

Schriftenreihe zum Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

Herausgegeben von Lutz Michalski,
Axel Jäger und Klaus-Rudolf Wagner

Band 40

Anja Wiedemann

Die GmbH nach ihrer Löschung aus dem Handelsregister

Erfordernis einer „Nach-GmbH“?

B. Beendigung der GmbH

Wie bereits erwähnt, beinhaltet das geltende Recht keine Vorschrift, die bestimmt, wie die Beendigung der GmbH eintritt. Es regelt jedoch das Stadium der Auflösung, welches zum Untergang der Gesellschaft führen soll (§§ 66 ff. GmbHG) und enthält die bereits einführend erwähnten Vorschriften zur Löschung aus dem Handelsregister.

I. Gesetzlich vorgesehener regulärer Ablauf bis zur Beendigung

Das vorgesehene reguläre Verfahren zur Beendigung der GmbH gliedert sich in drei Phasen: Zunächst wird die Gesellschaft aufgelöst, dann liquidiert und am Ende erlischt sie, wird also vollständig aus dem Rechtsverkehr beseitigt.¹⁴ Zeigt sich hinterher noch Vermögen oder anderer Abwicklungsbedarf, schließt sich eine sogenannte Nachtragsliquidation an.¹⁵ Weil diese für den Fall, dass schon vorher eine Abwicklung stattgefunden hat, nicht im GmbH-Gesetz geregelt ist, wird hier § 273 Abs. 4 AktG entsprechend angewandt.¹⁶

1. Auflösung und ihre Folgen

Die Auflösung kann auf einer autonomen Entscheidung der Gesellschafter beruhen, die damit zum Ausdruck bringen, dass sie die GmbH ihrem Ende zuführen wollen (vgl. § 60 Abs. 1 Nr. 1, 2 sowie Abs. 2 GmbHG). Sie kann aber auch gesetzlich vorgegeben sein (insbesondere § 60 Abs. 1 Nr. 4–7 GmbHG) oder durch die Entscheidung einer staatlichen Stelle (§ 60 Abs. 1 Nr. 3 i. V. m. §§ 61, 62 GmbHG) angeordnet werden.¹⁷ In diesen Fällen erfolgt die Auflösung hauptsächlich, um Gefahren für den Rechtsverkehr zu begegnen, die von der GmbH ausgehen, oder zum Schutze der Gesellschafterminderheit.¹⁸ Durch die Auflösung geht die GmbH unstreitig noch nicht unter.¹⁹ Sie tritt vielmehr ins Abwick-

14 Lutter/Hommelhoff – *Kleindiek*, § 60, Rdn. 1.

15 Vgl. Roth/*Altmeppen*, § 74, Rdn. 21.

16 So ganz herrschende Meinung, vgl. statt aller BGHZ 53, 264, 267 f.; Lutter/Hommelhoff – *Kleindiek*, § 74, Rdn. 19; Rowedder/Schmidt-Leithoff – *Rasner*, § 74, Rdn. 18.

17 S. auch MüKoGmbHG – *Berner*, § 60, Rdn. 2.

18 Zu §§ 61, 62 GmbHG MüKoGmbHG – *Berner*, § 60, Rdn. 108.

19 Statt aller Baumbach/Hueck – *Haas*, § 60, Rdn. 2 f.

lungsstadium ein, wodurch sich lediglich der Zweck der Gesellschaft ändert: der Liquidationszweck überlagert in der Folge den Zweck der werbenden Gesellschaft.²⁰ Die GmbH ist nicht mehr vorrangig auf den Betrieb eines Unternehmens gerichtet, um Gewinne zu erzielen. Ihr Ziel stellt nun primär die Gläubigerbefriedigung und sekundär die Verteilung des verbleibenden Vermögens an die Gesellschafter dar.²¹

2. Liquidation und Löschung

Durch die Liquidation soll die GmbH ihrem ordnungsgemäßen Ende zugeführt werden.²² Das Vermögen muss verflüssigt, die Gläubiger befriedigt und das übrigbleibende Vermögen unter die Gesellschafter verteilt werden (§§ 70, 72 GmbHG). Die erforderlichen Handlungen für die Erfüllung der Verpflichtungen der GmbH und die Geltendmachung ihrer Rechte müssen vorgenommen werden. Dadurch wird der vollständige Untergang der Gesellschaft angestrebt. Während der Abwicklung besteht die GmbH unverändert als juristische Person fort.²³ Nach der Liquidation ist deren Ende gemäß § 74 Abs. 1 S. 1 GmbHG zur Eintragung ins Handelsregister anzumelden, woraufhin die Gesellschaft nach § 74 Abs. 1 S. 2 GmbHG gelöscht wird. Die Registerlöschung stellt grundsätzlich den Abschluss des Beendigungsverfahrens der GmbH dar.

II. Löschung aufgrund Vermögenslosigkeit

Bei Vermögenslosigkeit der GmbH findet demgegenüber kein Liquidationsverfahren statt, weil in diesem Fall keine Aktiva zur Verflüssigung sowie Befriedigung der Gläubiger und späteren Verteilung an die Gesellschafter vorhanden sind.²⁴ Das Registergericht kann die GmbH dann gemäß § 394 Abs. 1 FamFG ohne Abwicklung löschen.²⁵ Grund hierfür ist der Schutz des Rechtsverkehrs vor vermögenslosen Gesellschaften, die als lebensunfähig angesehen werden.²⁶ Durch die noch bestehende Eintragung entsteht der Eindruck, die GmbH verfüge weiterhin über das erforderliche Haftungskapital und könne noch aktiv am

20 Scholz – K. Schmidt, § 69, Rdn. 3.

21 Roth/Altmeyen, § 70, Rdn. 2.

22 MüKoGmbHG – Berner, § 60, Rdn. 9.

23 Passarge/Torwegge, Rdn. 17.

24 Michalski – Nerlich, § 60, Rdn. 16.

25 MüKoGmbHG – Berner, § 60, Rdn. 62.

26 BayObLG Rpfleger 96, 72.

Rechtsleben teilnehmen.²⁷ Um Schäden potentieller Gläubiger zu vermeiden, ist deshalb die Löschung vorzunehmen.²⁸ Dafür ist es unerheblich, wie es zu der Vermögenslosigkeit gekommen ist. Die Löschung nach § 394 Abs. 1 FamFG kann auch nach der Durchführung eines Insolvenzverfahrens erfolgen, wenn infolgedessen Vermögenslosigkeit vorliegt. Findet sich nach der Amtslöschung noch Vermögen, sieht § 66 Abs. 5 GmbHG eine Liquidation vor. Der für die Liquidation nach Löschung gemäß § 74 Abs. 1 S. 2 GmbHG verwendete Begriff der Nachtragsliquidation passt in diesem Fall eigentlich nicht²⁹, da zuvor noch keine Liquidation stattgefunden haben muss, der jene gemäß § 66 Abs. 5 GmbHG nun nachfolgt. Dennoch wird er der Einfachheit halber und aufgrund der Vergleichbarkeit mit der Situation, in der bereits eine Abwicklung vorausging, im Folgenden sowohl für die Liquidation gemäß § 66 Abs. 5 GmbHG als auch für jene analog § 273 Abs. 4 AktG verwendet.

III. Löschungswirkung und Beendigungstatbestände

Hinsichtlich beider Arten der Löschung ist umstritten, ob sie lediglich den vorher schon eingetretenen Untergang der juristischen Person bekunden oder das Ende erst durch die Löschungseintragung eintritt. Jedenfalls wird dem Rechtsverkehr dadurch publiziert, dass im Grunde von dem vollkommenen Untergang der Personenvereinigung auszugehen ist.³⁰ Mit dem Streit um die Löschungswirkung unmittelbar verbunden ist der, zu welchem Zeitpunkt genau die Beendigung der GmbH eintritt. Im Folgenden soll der Streitstand hinsichtlich der Löschungswirkung dargestellt werden. Sollte der Löschung nach den dargestellten Meinungen keine Bedeutung für den Untergang der GmbH beigemessen werden, wird gleichzeitig darauf eingegangen, woran das Ende der Gesellschaft geknüpft wird.

1. Deklaratorische Wirkung der Löschung

Früher herrschte die Meinung vor, die Löschung im Handelsregister habe lediglich deklaratorische Bedeutung.³¹ Danach beeinflusst die Handelsregisterlö-

27 Müther, Rpfleger 99, 10, 11.

28 MüKoGmbHG – Berner, § 60, Rdn. 153.

29 Rowedder/Schmidt-Leithoff – Rasner, § 60, Rdn. 64; vgl. dazu auch Galla, S. 1 f.

30 MüKoGmbHG – Berner, § 60, Rdn. 11.

31 Vgl. auch zum Nachstehenden z. B. RGZ 109, 387, 391; BGH LM Nr. 1 zu § 74 GmbHG; BGHZ 48, 303, 307; OLG Stuttgart NJW 69, 1493; Nebelung, DNotZ 35,

sung den Bestand der GmbH als solcher nicht. Die Löschung sei keine Bedingung für die Beendigung der GmbH, da sich diese komplett außerhalb des Registers vollziehe. Durch die Löschung werde lediglich die widerlegbare Vermutung begründet, dass die Gesellschaft erloschen sei.³²

a. Begründung der deklaratorischen Wirkung der Löschung

Begründet wurde die deklaratorische Wirkung der Löschung mit § 2 Abs. 3 LösSchG³³, der nunmehr sinngemäß in § 66 Abs. 5 GmbHG und für die Aktiengesellschaft in § 264 Abs. 2 AktG enthalten ist³⁴. Danach ist eine Liquidation durchzuführen, falls sich nach der Löschung aufgrund Vermögenslosigkeit doch noch Vermögen zeigt. Aus der Notwendigkeit einer Liquidation wird der nach dieser Ansicht zwingende Schluss gezogen, dass die Gesellschaft noch als Rechtspersönlichkeit besteht, denn die Liquidation eines nichtexistenten Gebildes sei nicht denkbar.³⁵

Zum Teil wurden auch § 2 Abs. 1 S. 2 und 3 LösSchG zur Untermauerung der Auffassung herangezogen³⁶, die bestimmten, dass die Gesellschaft mit Löschung als aufgelöst gilt und eine Liquidation nicht stattfindet.³⁷ Daraus wurde gefolgert, dass die Gesellschaft so zu behandeln sei, als habe eine Liquidation stattgefunden. Da die Liquidation mit ihrem Abschluss, das heißt der Verteilung des Vermögens, zum Erlöschen der GmbH führe, müsse dasselbe für die Löschung nach § 2 LösSchG gelten.³⁸

451, 452; *Marowski*, JW 38, 11; zur AG KGJ 41, 138; GroßKomm – *Wiedemann*, § 273, Anm. 3; noch heute OLG Düsseldorf MittBayNot 11, 303, 304 (der 3. Zivilsenat erkennt dort der Löschung „nur rechtsbekundende, nicht jedoch rechtsgestaltende Wirkung“ zu und weicht damit von der Ansicht des 16. Zivilsenats desselben Gerichts ab, der in GmbHR 04, 572, 574 der sogleich zu behandelnden Lehre vom Doppeltatbestand folgt); *Bartl – Koch*, § 74, Rdn. 4.

32 OLG Düsseldorf JR 51, 666; *Däubler*, GmbHR 64, 246, 247.

33 Gesetz über die Auflösung und Löschung von Gesellschaften und Genossenschaften vom 9. Oktober 1934, RGBl. S. 914, kurz LösSchG; auf § 2 Abs. 3 LösSchG beruft sich beispielsweise *Marowski*, JW 38, 11.

34 Für die KGaA § 290 Abs. 3 AktG; für die eG § 83 Abs. 5 GenG; für OHG und KG ohne natürliche Person als persönlich haftenden Gesellschafter § 145 Abs. 3 HGB.

35 RGZ 155, 42, 45.

36 *J. Müller*, JurBüro 85, 335, 339.

37 Von 1986 bis 1994 § 2 Abs. 1 S. 3 und 4 LösSchG; jetzt bestimmt § 60 Abs. 1 Nr. 7 GmbHG die Auflösung und aus § 66 Abs. 5 GmbHG ergibt sich, dass grundsätzlich in diesem Fall keine Liquidation stattfindet.

38 *J. Müller*, JurBüro 85, 335, 339.

Zur Unterstützung der Meinung wurde auch die amtliche Begründung zum Löschg³⁹ angeführt. In dieser wird erwähnt, dass die Regelung des Löschg nur die bisherige Rechtsprechung, die von einer Beendigung außerhalb des Registers ausging, bestätigen und ihr eine klare gesetzliche Grundlage geben, aber keine Rechtsänderung herbeiführen sollte. Dies deutet darauf hin, dass der Untergang der Gesellschaft sich weiterhin unabhängig von der Registereintragung vollzieht.⁴⁰

Des Weiteren spreche für die Annahme einer deklaratorisch wirkenden Löschung, dass das GmbH-Recht eben nicht die konstitutive Wirkung der Löschung vorsehe, im Gegensatz zu der konstitutiven Eintragung gemäß § 11 Abs. 1 GmbHG.⁴¹

In der Vergangenheit herrschte allerdings nach dieser Ansicht keine völlige Einigkeit darüber, welche Kriterien zum Erlöschen einer Kapitalgesellschaft führen. Es wurden vielmehr unterschiedliche Merkmale herangezogen.

b. Beendigungskriterium: Vermögenslosigkeit

Die meisten Befürworter der deklaratorischen Wirkung der Löschung stellen allein auf das Kriterium Vermögenslosigkeit ab.⁴² Nur diese sei entscheidend für die Beendigung der Gesellschaft.⁴³ Vermögenslosigkeit liegt in der Regel mit dem Schluss der Liquidation vor, wenn also kein verteilungsfähiges Vermögen mehr vorhanden ist.⁴⁴ Da die Liquidation die Zersetzung der Gesellschaft zum Ziel hat, muss nach dieser Ansicht mit ihrem Ende auch der Untergang der Gesellschaft einhergehen.⁴⁵ Die Vermögenslosigkeit kann aber auch, wie § 394 Abs. 1 FamFG zeigt, ohne Liquidation eintreten, wenn die GmbH während ihrer werbenden Tätigkeit oder infolge eines durchgeführten Insolvenzverfahrens vermögenslos geworden ist.

Weist die Gesellschaft jedoch noch Vermögen auf, hat die Löschung nach § 394 Abs.1 FamFG aufgrund Vermögenslosigkeit, der nicht zwingend eine Auflösung vorangeht, insofern konstitutive Wirkung, als die Gesellschaft da-

39 Reichsanzeiger 1934, Nr. 243, vom 17.10.34, abgedruckt bei *Bergmann*, S. 35.

40 RGZ 155, 42, 45.

41 *Bretschneider*, S. 15.

42 Siehe nur RGZ 109, 387, 391; BGH LM Nr. 1 zu § 74 GmbHG; KGJ 31, A267; OLG Frankfurt DB 81, 83; *Groschuff*, JW 35, 1738, 1742; *Schumann*, S. 17, 22.

43 Noch heute Zöllner – *Vollkommer*, § 50, Rdn. 4.

44 *Bretschneider*, S. 21.

45 *Schumann*, S. 21 f.

durch nun jedenfalls aufgelöst ist und dementsprechend in das Abwicklungsstadium eintritt.⁴⁶

c. Beendigungskriterium: Vermögenslosigkeit und Betriebseinstellung beziehungsweise Wille zur Betriebseinstellung

Insbesondere vor Erlass des Löschungsgesetzes vom 09.10.1934 wurde in der Rechtsprechung erwogen, für das Erlöschen einer Kapitalgesellschaft neben der Vermögenslosigkeit auch die dauerhafte Betriebseinstellung zu verlangen.⁴⁷

Zunächst wurde die Einstellung des Geschäftsbetriebes nicht als Auflösungs- oder sogar Beendigungsgrund angesehen, da das Gesetz dies nicht bestimme.⁴⁸ Vielmehr sehe § 60 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG (beziehungsweise für die AG § 262 Abs. 1 Nr. 2 AktG) vor, dass die Gesellschafter einen Auflösungsbeschluss zu fassen haben, so dass ihr Wille, den Betrieb fortzuführen, entscheidend sei.⁴⁹ Auf diesen Willen zur Betriebsfortführung sei zu schließen, wenn die Gesellschafter den entsprechenden Auflösungsbeschluss nicht fassten.⁵⁰

In einer späteren Entscheidung zur Aktiengesellschaft hat das Kammergericht allerdings auf einen solchen förmlichen Auflösungsbeschluss verzichtet und es für das Erlöschen als ausreichend erachtet, wenn neben der Vermögenslosigkeit auch die dauernde Einstellung der geschäftlichen Tätigkeit vorliege und aus den Umständen zu schließen sei, dass der Gesellschaft und ihren Organen der Wille zur Fortsetzung des Betriebes fehle.⁵¹ Dann wurde die Gesellschaft als aufgelöst angesehen und ihre Liquidation mangels Abwicklungsbedarfs für gegenstandslos gehalten, so dass die Gesellschaft als vollbeendet galt.⁵²

Auch später hat diese Meinung noch vereinzelt Zustimmung gefunden.⁵³ Danach wurde Vollbeendigung angenommen, wenn die Gesellschaft wegen ihrer Vermögenslosigkeit aufgrund des Löschungsgesetzes aus dem Handelsregister gelöscht wurde.⁵⁴ Falls die Löschung der vermögenslosen GmbH aber nicht erfolgte, wurde für das Erlöschen der Gesellschaft neben der Vermögenslosig-

46 *Crisolli/Groschuff/Kaemmel*, § 2 LösChG, Anm. 14 f.

47 KG JW 27, 1383; LG Berlin JW 34, 2719.

48 KGJ 45, 178, 179.

49 Staub – Pinner, § 292, Anm. 23.

50 Ebd.

51 KG JW 27, 1383; für die GmbH bestätigt durch RGZ 149, 293, 296.

52 KG JW 27, 1383.

53 OLG Karlsruhe DB 78, 1219, 1220; LG Ravensburg NJW 64, 597, 598; LG Stuttgart Die Justiz 64, 89; *Winnefeld*, BB 75, 70, 71.

54 OLG Karlsruhe DB 78, 1219, 1220; LG Ravensburg NJW 64, 597, 598.

keit entweder die dauernde Betriebseinstellung⁵⁵ oder der fehlende Wille zur Betriebsfortführung⁵⁶ gefordert. Nach der letzten Variante dieser Ansicht reicht allein die Tatsache der Betriebseinstellung neben der Vermögenslosigkeit nicht für den Untergang der Gesellschaft, solange die Gesellschafter noch den Willen zur Aufrechterhaltung der Gesellschaft erkennen lassen.⁵⁷ Erst wenn aufgrund der Vermögenslosigkeit eine Wiederaufnahme des Betriebes nicht möglich sei und aus dem Verhalten der Leitungsorgane geschlossen werden könne, dass der Geschäftsbetrieb dauerhaft eingestellt sei, erlösche die GmbH außerhalb des Registers von allein.⁵⁸

Für das Erfordernis eines weiteren Merkmals neben der Vermögenslosigkeit wurde angeführt, der Begriff der Vermögenslosigkeit sei unklar, weswegen keine zu weitreichenden Folgen an ihn geknüpft werden sollten.⁵⁹ Des Weiteren haben die Verfechter dieser Auffassung den Wortlaut des § 2 Abs. 1 LösChG vorgebracht, nach dem eine Kapitalgesellschaft bei Vermögenslosigkeit gelöscht werden „kann“.⁶⁰ Daraus wurde geschlossen, dass die vermögenslose Gesellschaft nicht in jedem Fall ihre Rechtspersönlichkeit verlieren soll. Der Richter habe vielmehr ein Ermessen und könne beispielsweise von einer Löschung absehen, wenn konkrete Nachweise bestehen, dass die Gesellschaft ihren Betrieb bald wieder aufnehmen werde.⁶¹

d. Beendigungskriterium: Vermögenslosigkeit und Wegfall der Organisation

Andere Autoren haben zusätzlich zur Vermögenslosigkeit noch den Wegfall der gesamten Organisation der Gesellschaft für ihre Beendigung gefordert.⁶² Allein der Wille zur Betriebsfortführung reiche nicht für den Fortbestand der GmbH, sondern dieser Wille müsse sich durch die Beibehaltung der Organisation in Form der Organe manifestieren.⁶³ Die Vermögenslosigkeit allein genüge für den Untergang der Gesellschaft demgegenüber auch nicht, weil dadurch das Vor-

55 *E. Ulmer*, SJZ 47, 195, 198; so auch schon *Crisolli*, JW 34, 963, 964.

56 OLG Karlsruhe DB 78, 1219, 1220; *Winnefeld*, BB 75, 70, 72.

57 OLG Karlsruhe DB 78, 1219, 1220.

58 *Winnefeld*, BB 75, 70, 72.

59 LG Stuttgart Die Justiz 64, 89.

60 *Winnefeld*, BB 75, 70, 72.

61 Ebd.; so auch OLG Frankfurt DB 81, 83.

62 *Butz*, GmbHR 72, 270, 275; *Schlutius*, S. 14; für die AG *Godin/Wilhelmi*, § 273, Anm. 3; ähnlich *Cramer*, S. 33; auch von Wegfall der Organisation spricht RGZ 155, 42, 48.

63 *Butz*, S. 157.