

letzte Aktualisierung: 2.2.2022

KG, Beschl. v. 6.10.2021 – 22 W 63/21 und 22 W 72/21

FamFG §§ 383 Abs. 3, 394, 395

Unzulässige Löschung einer Gesellschaft wegen Vermögenslosigkeit bei fortgesetzter werbender Tätigkeit

1. Eine naheliegende Auslegung, dass mit der Erklärung „gegen eine bestimmte Registereintragung werde Beschwerde eingelegt“ tatsächlich nur die Einleitung eines Amtslöschungsverfahrens angeregt werden soll, scheidet aus, wenn davon ausgegangen werden kann, dass die rechtliche Bedeutung der Erklärung zutreffend eingeordnet worden ist.
2. Die Löschung einer Eintragung einer Löschung wegen Vermögenslosigkeit wegen ihrer Unzulässigkeit nach § 395 FamFG kommt nicht allein wegen Vorhandenseins von Vermögen in Betracht, sondern weil das gelöschte Unternehmen tatsächlich noch werbend am Markt tätig war.

Gründe

I.

- 1 Die Gesellschaft, eine Unternehmergegesellschaft mit einem Stammkapital von 500 EUR, ist am 4. Oktober 2019 in das Handelsregister des Amtsgerichts Charlottenburg Abteilung B eingetragen worden. Am 21. Mai 2021 erfolgte die Eintragung des Vermerks: „Die vermögenslose Gesellschaft ist auf Grund des § 394 FamFG von Amts wegen gelöscht.“ Alle Eintragungen wurden als gegenstandlos gekennzeichnet.
- 2 Mit notariell beglaubigten elektronischen Schreiben vom 14. Juni 2021 wandte sich der Beteiligte, der als Geschäftsführer eingetragen und Alleingesellschafter der Gesellschaft war, mit der Erklärung gegen diese Eintragung, dass gegen die Eintragung Beschwerde eingelegt werde. Er machte geltend, dass er erst am 12. Juni 2021 von der Löschung Kenntnis erhalten habe. Die Gesellschaft sei keineswegs vermögenslos, sondern Aktionärin der unter HRB 198895 eingetragenen S...# L... AG. Zugleich teilte er eine geänderte inländische Geschäftsanschrift mit. Das Schreiben enthält weiter ein Einverständnis, dass „die Urschrift der Handelsregisteranmeldung in der Urkundensammlung des beglaubigenden Notars verbleibt“.
- 3 Dieses Schreiben hat das Amtsgericht entsprechend dem Wortlaut als Beschwerde behandelt, dieser mit einem Beschluss vom 21. Juni 2021 nicht abgeholfen und dem Senat zur Entscheidung vorgelegt (Az.: 22 W 63/21). Zugleich hat es ausgeführt, dass eine Löschung der Eintragung nach § 395 FamFG in Betracht käme, wenn die Voraussetzungen für ihren Vollzug nicht vorgelegen hätten. Das sei hier aber nicht der Fall. Mit dem Hinweis, die Gesellschaft sei Aktionärin einer AG, sei weder im Einzelnen dargelegt noch nachgewiesen, dass die Gesellschaft noch über Vermögen verfüge. Selbst wenn dies der Fall wäre, wäre allenfalls eine Nachtragsliquidation anzurufen.
- 4 Nach einem Hinweis des Senats hat der Beteiligte auch gegen den Beschluss vom 21. Juni 2021 Beschwerde eingelegt, soweit die Durchführung eines Amtslösungsverfahrens abgelehnt worden ist. Dieser Beschwerde hat das Amtsgericht nicht abgeholfen und insoweit die Sache dem Senat mit einem Beschluss vom 12. August 2021 zur Entscheidung vorgelegt (Az.: 22 W 72/21).

II.

- 5 Die gegen die Eintragung der Löschung wegen Vermögenslosigkeit gerichtete Beschwerde ist als unzulässig zu verwerfen (vgl. Ziff. 1). Soweit sich der Beteiligte gegen die Entscheidung des Amtsgerichts wendet, ein Amtlösungsverfahren sei nicht durchzuführen, hat die Beschwerde Erfolg (vgl. Ziff. 2). Insoweit ist der Beschluss vom 21. Juni 2021 aufzuheben und die Sache nach § 69 Abs. 1 Satz 2 FamFG zur Durchführung eines Amtlösungsverfahrens zurückzuverweisen.
- 6 1. Die gegen die Eintragung gerichtete Beschwerde ist unstatthaft und insoweit nach § 68 Abs. 2 Satz 2 FamFG als unzulässig zu verwerfen.
- 7 Eine Eintragung in das Handelsregister ist zwar, wie sich etwa aus § 382 Abs. 1 Satz 1 FamFG ergibt, eine Endentscheidung. Dies gilt dabei auch für Eintragungen, die wie die Eintragung nach § 394 FamFG von Amts wegen erfolgen. Sie schließen das amtswegige

Verfahren ab. Die danach gegebene grundsätzliche Beschwerdefähigkeit nach § 58 Abs. 1 FamFG ist aber durch die ausdrückliche gesetzliche Anordnung nach § 383 Abs. 3 FamFG ausgeschlossen, wie das Amtsgericht zu Recht ausgeführt hat. Die Frage, ob mit der Erklärung vom 14. Juni 2021 tatsächlich nicht eine Anregung auf Löschung der Eintragung über die Löschung der Gesellschaft als vermögenslos gemeint war, wie dies in der Regel anzunehmen ist (vgl. dazu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01. März 2016 – I-3 Wx 191/15 –, juris Rn. 8; Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg, Beschluss vom 10. April 2015 – 11 W 17/15 –, juris Rn. 13; OLG Köln, Beschluss vom 17. März 2011 – I-2 Wx 27/11 –, juris

- 8 Rn. 9), war hier ausnahmsweise zu verneinen. Es handelte sich um eine notariell beglaubigte Erklärung, die vom Notar schon nach ihrem Wortlaut als Registeranmeldung eingeordnet und ausdrücklich nach § 378 Abs. 3 FamFG geprüft worden ist. Die Frage der Eintragungsfähigkeit der Erklärung umfasst dabei nach Auffassung des Senats auch die Frage, welche Bedeutung die Erklärungen gegenüber dem Registergericht haben können. Insoweit kann davon ausgegangen werden, dass der Beteiligte entsprechend aufgeklärt worden ist. Dass sich eine etwaige Prüfung lediglich auf den Wechsel der inländischen Geschäftsanschrift bezogen hat, ist der Erklärung aus der Sicht des Registergerichts nicht zu entnehmen.
- 9 2. Die gegen die Ablehnung der Einleitung eines Löschungsverfahren nach § 395 Abs. 1 FamFG gerichtete Beschwerde hat aber Erfolg.
- 10 a) Sie ist nach § 58 Abs. 1 FamFG statthaft und auch im Übrigen zulässig. Die Beschwerdebefugnis des Beteiligten ergibt sich daraus, dass er durch die Löschung der Gesellschaft unmittelbar in seinen Rechten als eingetragener Geschäftsführer, aber auch als (alleiniger) Gesellschafter der gelöschten GmbH beeinträchtigt ist (vgl. OLG Zweibrücken, Beschluss vom 28. Oktober 1988 – 3 W 121/88 –, juris; KG, Beschluss vom 22. Mai 2007 – 1 W 107/07 –, juris Rn. 6). Die Beschwerde ist auch nicht verfristet. Eine Zustellung des Beschlusses vom 21. Juni 2021 ist entgegen § 41 Abs. 1 Satz 2 FamFG nicht erfolgt. Die Beschwerdefrist nach § 61 Abs. 1 FamFG hat damit nicht zu laufen begonnen. Die am 2. August 2021 eingegangene Beschwerde ist damit nicht verfristet. Auch die Voraussetzungen des § 63 Abs. 1 FamFG sind gegeben. Die Gesellschaft verfügt zwar lediglich über ein Stammkapital von 500 EUR. Nach dem insoweit zugrunde zu legenden Vortrag des Beteiligten ist aber der Wert der von der Gesellschaft gehaltenen Aktien an der S... L... AG wesentlich höher. Die Formalien der Beschwerdeeinlegung sind gewahrt.
- 11 b) Die Beschwerde ist in der Sache auch erfolgreich. Die Eintragung der Löschung der Gesellschaft wegen Vermögenslosigkeit ist wegen eines wesentlichen Mangels unzulässig, so dass die Voraussetzungen für die Durchführung eines Löschungsverfahrens nach § 395 Abs. 1 FamFG vorliegen.
- 12 aa) Auch Löschungen stellen Eintragungen dar und unterfallen dem § 395 Abs. 1 FamFG (vgl. Senat, Beschluss vom 31. August 2018 – 22 W 33/15 –, juris Rdn. 14; Beschluss vom 31. Juli 2015 – 22 W 43/15 –, juris Rdn. 4; Bork/Jacoby/Müther, FamFG, 3. Aufl., § 395 Rdn. 2; Bumiller/Harders/Schwamb, FamFG, 12. Aufl., § 395 Rdn. 2; Keidel/Heinemann, FamFG, 20. Aufl., § 395 Rdn. 4). Die am 21. Mai 2021 erfolgte Löschung der Gesellschaft als vermögenslos ist auch wegen eines wesentlichen Mangels unzulässig. Allein das – nachträglich bekannt gewordene - Vorhandensein von Vermögen rechtfertigt allerdings eine Löschung der Eintragung nach § 394 FamFG nicht. Denn insoweit wäre eine weitere

Abwicklung durch eine Nachtragsliquidation durchzuführen, wie sich etwa aus § 66 Abs. 5 GmbHG ergibt (vgl. dazu Senat, Beschluss vom 31. August 2018 – 22 W 33/15 –, juris Rdn. 17; Beschluss vom 31. Juli 2015 – 22 W 43/15 –, juris Rdn. 5). Darauf hat das Amtsgericht zu Recht hingewiesen.

- 13 bb) Ob eine Löschung der Löschung schon dann gerechtfertigt ist, wenn das Registergericht bei der Ermittlung der Vermögenslosigkeit Verfahrensfehler begangen hat (so OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23. Juni 2017 – I-3 Wx 35/17 –, juris Rdn. 18f.; a.A. Bork/Jacoby/Müther, aaO, § 395 Rdn. 11), etwa wenn wie hier die Vermögensverhältnisse überhaupt nicht aufgeklärt werden, kann offenbleiben. Denn die Löschung nach § 394 FamFG ist jedenfalls dann wegen eines wesentlichen Mangels unzulässig, wenn es nicht nur an einer Vermögenslosigkeit fehlt, sondern darüber hinaus auch eine Gesellschaft betrifft, die noch werbend tätig ist (vgl. Bork/Jacoby/Müther, aaO, § 395 Rdn. 11).
- 14 Davon ist hier aber nach Auffassung des Senats mit ausreichender Sicherheit auszugehen (vgl. dazu Senat, Beschluss vom 13. Mai 2020 – 22 W 73/14 –, juris Rdn. 14 mwN). Die Gesellschaft ist nicht als vermögenslos im Sinne des § 394 FamFG anzusehen, weil sie jedenfalls über 9,43% der Aktien der S... L... AG verfügt. Dass diese Gesellschaft ausweislich der vorgelegten Bilanz einen nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrag ausweist, steht der Annahme eines Vermögenswertes nicht entgegen. Der Beteiligte hat nicht nur dargelegt, dass es sich bei der Gesellschaft um ein Start-Up-Unternehmen handelt, das beginnt sich im Bereich der Haarpflege- und Haarfärbeprodukte einen Namen zu machen, sondern auch durch entsprechende Unterlagen vorgetragen, dass die Gesellschaft über aktuelle Finanzierungszusagen der Investitionsbank Berlin verfügt. Dem stehen konkrete abweichende Feststellungen durch das Amtsgericht nicht entgegen. Eine Stellungnahme der Gesellschaft ist im Löschungsverfahren unterblieben. Die angehörte Industrie- und Handelskammer Berlin hat mitgeteilt, dass sie keine Erkenntnisse über die Vermögensverhältnisse habe. Soweit sich das Amtsgericht im Nichtabhilfeverfahren darauf bezogen hat, dass das Finanzamt mitgeteilt habe, dass die Gesellschaft über keine Vermögenswerte, insbesondere auch nicht über Grundvermögen verfüge, übersieht es, dass diese Erklärungen im Zusammenhang mit dem Hinweis stehen, dass das Finanzamt keine Informationen über die Gesellschaft hat, weil bisher keine Bilanz eingereicht und auch keine anderweitigen Erklärungen abgegeben worden seien. Auch die Tatsache, dass die Gesellschaft nicht die gerade vom Amtsgericht verlangten Unterlagen vorgelegt hat, rechtfertigt die Annahme einer Vermögenslosigkeit nicht. Insoweit sind grundsätzlich alle Tatsachen heranzuziehen, Beweismittelbeschränkungen sind nicht vorgesehen.
- 15 Die Gesellschaft ist auch noch als werbend tätig anzusehen. Denn ausweislich ihres Unternehmensgegenstandes ist sie im Bereich des Erwerbs, der Verwaltung und Veräußerung von Beteiligungen und anderen Vermögenswerten tätig. Derartige Beteiligungen hält sie aber an der S... L... AG. Diese Tätigkeit als Investor bedeutet weiter, dass sie nicht zwingend einen Geschäftsraum unterhalten muss, so dass ihre zeitweise Nichterreichbarkeit nicht den Schluss auf eine Unternehmenshülle zulässt.
- 16 cc) Nach alldem ist die Sache nach § 69 Abs. 1 Satz 2 FamFG zur Durchführung eines Amtlöschungsverfahrens an das Amtsgericht zurückzuverweisen. Die früher nach § 143 FGG bestehende Möglichkeit, dass das Amtlöschungsverfahren durch das Beschwerdegericht durchgeführt wird, ist mit dem Inkrafttreten des FamFG entfallen (vgl. Bork/Jacoby/Müther, aaO, § 396 FamFG). Im Rahmen der dann notwendigen Ermessensausübung wird das Registergericht zu berücksichtigen haben, dass die Eintragung

zu Unrecht erfolgt ist und die Gesellschaft dadurch nunmehr wegen des Wegfalls ihres Vertretungsorgans handlungsunfähig ist. Die Ausübung der Aktionärsrechte bei der S... L... AG ist damit ausgeschlossen, was für diese und die weiteren Gesellschafter nachteilig sein kann.

- 17 3. Eine Kostenentscheidung ist nicht zu treffen. Soweit die gegen die Eintragung gerichtete Beschwerde als unzulässig zu verwerfen war, ergibt sich die Verpflichtung zur Zahlung der Gerichtskosten aus dem Gesetz. Es liegt ein Rechtsmittel nach Nr. 19116 des Kostenverzeichnisses GNotKG vor. Die Zulassung der Rechtsbeschwerde kommt nicht in Betracht, weil es an den Voraussetzungen des § 70 Abs. 2 FamFG fehlt.
- 18 Bezuglich der Beschwerde wegen der Ablehnung der Einleitung des Amtslöschungsverfahrens nach § 395 FamFG fallen Gerichtskosten nicht an, weil die Beschwerde erfolgreich war. Eine Kostenerstattungsanordnung kommt alleine schon mangels weiterer Beteiligter nicht in Betracht.