

letzte Aktualisierung: 02.09.2020

BGH, Beschl. v. 8.4.2020 – II ZB 3/19

GmbHG § 60 Abs. 1 Nr. 4
Fortsetzung einer GmbH bei Insolvenzplanverfahren

- a) Ein Insolvenzplan sieht den Fortbestand einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung bereits dann im Sinne des § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG vor, wenn er die Fortsetzung der Gesellschaft als Möglichkeit darstellt.
- b) Die Fortsetzung der Gesellschaft nach § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG setzt voraus, dass noch nicht mit der Verteilung des Gesellschaftsvermögens unter die Gesellschafter begonnen worden ist.

Beschluss berichtigt
aufgrund
Schreibfehlerberichtigung
vom 26. Mai 2020
Stoll,
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamtin der
Geschäftsstelle



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

II ZB 3/19

vom

8. April 2020

in der Handelsregistersache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

GmbHG § 60 Abs. 1 Nr. 4

- a) Ein Insolvenzplan sieht den Fortbestand einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung bereits dann im Sinne des § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG vor, wenn er die Fortsetzung der Gesellschaft als Möglichkeit darstellt.
- b) Die Fortsetzung der Gesellschaft nach § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG setzt voraus, dass noch nicht mit der Verteilung des Gesellschaftsvermögens unter die Gesellschafter begonnen worden ist.

BGH, Beschluss vom 8. April 2020 - II ZB 3/19 - OLG Celle
AG Lüneburg

ECLI:DE:BGH:2020:080420BIIZB3.19.0

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 8. April 2020 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Drescher und die Richter Wöstmann, Born, Dr. Bernau und V. Sander

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 8. März 2019 aufgehoben.

Auf die Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss des Amtsgerichts Lüneburg - Registergericht - vom 7. Februar 2019 aufgehoben. Das Amtsgericht - Registergericht - wird angewiesen, über die Anmeldung der Antragstellerin vom 29. November 2018 - UR-Nr. 900/2018, Notar S. - unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats neu zu entscheiden.

Gründe:

I.

1

Die Antragstellerin ist eine im Handelsregister des Amtsgerichts Lüneburg eingetragene Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die über eine gewerberechtliche Erlaubnis zur Ausübung des Bewachungsgewerbes verfügt. Sie war Komplementärin der S. Dienstleistungs

GmbH & Co. KG über deren Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet wurde. Die Kommanditgesellschaft wurde nach Bestätigung eines Insolvenzplans fortgesetzt und der Auflösungsvermerk im Handelsregister gelöscht.

2 Die Antragstellerin stellte Insolvenzantrag wegen drohender Zahlungsunfähigkeit. Das Insolvenzgericht beschloss antragsgemäß, das Insolvenzeröffnungsverfahren als vorläufiges Eigenverwaltungsverfahren nach § 270a Abs. 1 InsO zuzulassen, und bestimmte eine Frist zur Vorlage eines Insolvenzplans gemäß § 270b Abs. 1 InsO. Am 1. November 2017 wurde das Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung über das Vermögen der Antragstellerin eröffnet. Die Auflösung der Antragstellerin wurde von Amts wegen in das Handelsregister eingetragen.

3 Der vom Amtsgericht Lüneburg bestätigte Insolvenzplan vom 28. Februar 2018 enthielt unter anderem folgende Regelungen:

"1. Zusammenfassung bisheriges Verfahren

[...]

Durch diesen Insolvenzplan sollen die Insolvenzgläubiger der Schuldnerin bei (teilweiser) Befriedigung ihrer Insolvenzforderungen bessergestellt werden als im Falle der Durchführung eines Insolvenzhauptverfahrens. Im Rahmen der Insolvenzplanregelungen sollen diese Insolvenzgläubiger insbesondere durch die Zahlung eines Massebeitrags von dritter Seite teilweise befriedigt werden und im Übrigen auf ihre Insolvenzforderungen gegenüber dem Schuldner verzichten. Ferner soll die Schuldnerin von ihren Schulden befreit werden und ihr hierdurch die grundsätzliche Möglichkeit gegeben werden, entsprechend ihres Geschäftszwecks weiterhin werbend tätig zu sein. [...]

2.1.3. Zielsetzung des Insolvenzplans

Der Plan zielt auf einen schnelleren Abschluss des Gesamtverfahrens und eine höhere Befriedigungsquote der Gläubiger ab. Nur dadurch können die Auftraggeber langfristig an die dazu-

gehörige Kommanditgesellschaft gebunden bzw. neue Auftraggeber nachhaltig gewonnen werden."

4 Mit Beschluss vom 22. Mai 2018 hob das Amtsgericht Lüneburg das Insolvenzverfahren und mit Beschluss vom 6. August 2018 die zunächst angeordnete Überwachung der Erfüllung des Insolvenzplans auf. Am 29. November 2018 beschloss die Alleingesellschafterin der Antragstellerin die Fortsetzung der Gesellschaft. Mit notariell beglaubigter Erklärung vom selben Tag meldete der beauftragte Notar die Fortsetzung der Gesellschaft beim Handelsregister an.

5 Das Registergericht hat die Anmeldung mit der Begründung zurückgewiesen, der Insolvenzplan treffe keine abschließende und eindeutige Aussage zum Fortbestand der Gesellschaft. Die Beschwerde der Antragstellerin ist erfolglos geblieben. Dagegen wendet sie sich mit der vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde.

II.

6 Das Beschwerdegericht (OLG Celle, ZIP 2019, 611) hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

7 § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG eröffne zwar grundsätzlich die Möglichkeit zur Fortsetzung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Dies gelte indes nur, wenn in einem Insolvenzplan der Fortbestand der Gesellschaft vorgesehen werde. Der Insolvenzplan vom 28. Februar 2018 sehe lediglich eine abstrakte Möglichkeit einer Fortführung vor, ohne konkret zu umreißen, wann und wie das geschehen solle. Im Gegenteil enthalte der Plan allein Regelungen, die die Ver-

teilung des gesamten noch vorhandenen Vermögens an die Gläubiger vorsähen.

- 8 Wolle man die Fortsetzungsfähigkeit der Antragstellerin bejahen, hätten die Anmelder die Voraussetzungen für eine Fortsetzung der Gesellschaft nicht dargetan. Wenn - wie im Streitfall - zwischen der Aufhebung des Insolvenzplanverfahrens und dem Fortsetzungsbeschluss geraume Zeit vergehe, hier etwa sechs Monate, und zudem der Insolvenzplan die Verteilung sämtlicher finanzieller Mittel der Insolvenzschuldnerin vorsehe, könne das Registergericht zumindest verlangen, dass entsprechend den Anforderungen an eine wirtschaftliche Neugründung die Geschäftsführung versichern müsse, dass der Gegenstand der geschuldeten Stammeinlage zumindest zur Hälfte aufgebracht sei und zu ihrer freien Verfügung stehe. Entsprechendes fehle im Streitfall; das Registergericht habe für eine entsprechende Auflage auch noch keinen Anlass gehabt.

III.

- 9 Die Rechtsbeschwerde hat Erfolg. Sie führt unter Aufhebung der Entscheidungen der Vorinstanzen zur Anweisung an das Registergericht, über die Anmeldung der Antragstellerin vom 29. November 2018 unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats neu zu entscheiden.
- 10 1. Die Rechtsbeschwerde ist nach ihrer Zulassung durch das Beschwerdegericht gemäß § 70 Abs. 1 FamFG statthaft und auch im Übrigen zulässig.
- 11 2. Die Rechtsbeschwerde ist auch begründet. Das Beschwerdegericht hat zu Unrecht angenommen, dass das Registergericht den Antrag, die Fortsetzung der Antragstellerin in das Handelsregister einzutragen, ablehnen durfte,

weil der Insolvenzplan vom 28. Februar 2018 lediglich eine abstrakte Möglichkeit einer Fortführung vorsehe. Ein Insolvenzplan sieht den Fortbestand einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung bereits dann im Sinne des § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG vor, wenn er die Fortsetzung der Gesellschaft als Möglichkeit darstellt.

- 12 a) Das Registergericht hat die Pflicht, darüber zu wachen, dass Eintragungen im Handelsregister den gesetzlichen Erfordernissen und der tatsächlichen Rechtslage entsprechen. Eine Pflicht zur Amtsermittlung nach §§ 26, 382 FamFG besteht jedenfalls bei deklaratorischen Eintragungen nur, wenn entweder die formalen Mindestanforderungen für eine Eintragung nicht erfüllt sind oder wenn begründete Zweifel an der Wirksamkeit der zur Eintragung angemeldeten Erklärungen oder an der Richtigkeit der mitgeteilten Tatsachen bestehen. Zwar steht danach der Umfang der Ermittlungstätigkeit grundsätzlich im pflichtgemäßen Ermessen des Registerrichters und des Beschwerdegerichts. Das Rechtsbeschwerdegericht kann aber überprüfen, ob das vorinstanzliche Gericht die Grenzen seines Ermessens überschritten und insbesondere ohne berechtigten Grund inhaltliche Bedenken gegen eine Eintragung gesehen hat (BGH, Beschluss vom 21. Juni 2011 - II ZB 15/10, ZIP 2011, 1562 Rn. 10, 11).
- 13 b) Im Ausgangspunkt zutreffend hat das Beschwerdegericht die Kompetenz des Registergerichts zur Prüfung, ob der Insolvenzplan vom 28. Februar 2018 den Fortbestand der Antragstellerin vorsieht, bejaht.
- 14 aa) Wird eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über ihr Vermögen aufgelöst, kann sie nur in den in § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG genannten Fällen fortgesetzt werden (BGH, Beschluss vom 28. April 2015 - II ZB 13/14, ZIP 2015, 1533 Rn. 11). Dass ein

Insolvenzverfahren über das Vermögen der Antragstellerin nach §§ 212, 213 InsO eingestellt oder nach § 258 Abs. 1 InsO aufgehoben wurde und der bestätigte Insolvenzplan den Fortbestand der Gesellschaft vorsieht, gehört zu den Voraussetzungen für die Eintragung der Fortsetzung der Gesellschaft, die das Registergericht prüfen darf (vgl. BGH, Beschluss vom 28. April 2015 - II ZB 13/14, ZIP 2015, 1533; Klausmann, NZG 2015, 1300, 1304; Scholz/Cziupka, GmbHG, 12. Aufl., § 60 Rn. 108, 114; Gesell in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 6. Aufl., § 60 Rn. 66; HK-GmbHG/Koch, 8. Aufl., § 60 Rn. 21).

15 bb) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde kommt es nicht darauf an, ob das Registergericht zur Prüfung der Wirksamkeit gesellschaftsrechtlicher Maßnahmen in Insolvenzplänen berufen ist, oder ob die Kompetenzverteilung zwischen Insolvenzgericht und Registergericht letzteres an die Bestätigungsentscheidung des Insolvenzgerichts bindet (vgl. MünchKommInsO/Madaus, 4. Aufl., § 254a Rn. 22 mwN). Denn die registerrechtliche Prüfung, ob der Insolvenzplan den Fortbestand der Gesellschaft im Sinne des § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG vorsieht, betrifft keine gesellschaftsrechtliche Maßnahme im Insolvenzplan. Das Insolvenzgericht trifft auch keine bindende Feststellung dazu.

16 (1) Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde kann aus der Bestätigungsentscheidung des Insolvenzgerichts nicht auf eine beabsichtigte Fortsetzung der Schuldnerin geschlossen werden. Ein Insolvenzplan setzt keine Sanierungsabsicht des Unternehmens voraus, sondern kann auch eine abweichende Art der Liquidation und Verteilung der Masse vorsehen. Der Plan soll nach der Gesetzesbegründung zur Insolvenzordnung ausdrücklich für alle Verwertungsarten des Schuldnervermögens zur Verfügung stehen (Regierungsentwurf zur Insolvenzordnung, BT-Drucks. 12/2443, S. 91).

- 17 (2) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde kann auch aus dem Durchlaufen eines sogenannten Schutzschirmverfahrens gemäß § 270b InsO keine zwingende Ausrichtung des Insolvenzplans auf die Sanierung der Antragstellerin entnommen werden. Ebenso wenig lässt sich aus der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens in Eigenverwaltung gemäß § 270 InsO zwingend eine Sanierungsabsicht ableiten.
- 18 Die mit dem Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) vom 7. Dezember 2011 (BGBl. I S. 2582) in die Insolvenzordnung eingefügten Bestimmungen der §§ 270a, 270b verfolgen das Ziel, dem Schuldner den Zugang zum Verfahren der Eigenverwaltung nach § 270 InsO zu erleichtern und dadurch die Sanierungschancen zu verbessern. Für Schuldner, die noch nicht zahlungsunfähig sind, stellt § 270b InsO mit dem so genannten Schutzschirmverfahren ein eigenständiges Verfahren zur Vorbereitung einer Sanierung zur Verfügung, in dem für einen begrenzten Zeitraum das Vermögen des Schuldners dem unbegrenzten Zugriff seiner Gläubiger entzogen ist (BGH, Urteil vom 22. November 2018 - IX ZR 167/16, BGHZ 220, 243 Rn. 9). Auch wenn das Schutzschirmverfahren mithin auf eine Sanierung des Schuldners ausgerichtet ist, findet es spätestens mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens sein Ende. Dass danach von den Beteiligten eine Sanierung weiterhin angestrebt wird, ist nicht zwingend.
- 19 Die Eigenverwaltung soll zwar nach der Vorstellung des Gesetzgebers der Insolvenzordnung hauptsächlich für Verfahren in Betracht kommen, die auf eine Betriebsfortführung mit Sanierung ausgerichtet sind (Regierungsentwurf zur Insolvenzordnung, BT-Drucks. 12/2443, S. 226). Die Ausrichtung auf eine Sanierung ist indes nicht zwingend, so dass eine Eigenverwaltung auch angeordnet werden kann, wenn eine Liquidation beabsichtigt ist (AG Bremen,

ZinsO 2018, 193, 194; Reus/Höfer/Harig, NZI 2019, 57, 58; HambKommInsO/Fiebig, 7. Aufl., § 270 Rn. 6; Jaeger/Meller-Hannich, InsO, § 270 Rn. 6; MünchKommInsO/Kern, 4. Aufl., § 270 Rn. 101; Uhlenbruck/Zipperer, InsO, 15. Aufl., § 270 Rn. 4; aA AG Hamburg, ZIP 2014, 390, 391).

20 Selbst wenn man aus der Anordnung einer Eigenverwaltung nach Durchführung eines Schutzschirmverfahrens darauf schließen könnte, dass der Schuldner ursprünglich eine Sanierung beabsichtigt hat, die zu seinem Fortbestand nach Abschluss des Insolvenzverfahrens führt, kann sich das anfänglich verfolgte Ziel im laufenden Verfahren geändert haben, zumal die Entscheidungskompetenz im eröffneten Verfahren auf die Gläubiger übergeht. Entsprechend dem das Insolvenzverfahren beherrschenden Grundsatz der Gläubigerautonomie hat in erster Linie die Gläubigerversammlung über die angestrebte Verwertungsart zu befinden, nicht der Schuldner (§ 157 InsO; vgl. BGH, Beschluss vom 21. September 2005 - IX ZB 128/05, ZVI 2007, 80 Rn. 5).

21 c) Das Beschwerdegericht hat die inhaltlichen Anforderungen an die Regelung des Fortbestands der Gesellschaft im Insolvenzplan i.S.v. § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG überspannt. Im Plan muss - entgegen der Ansicht des Beschwerdegerichts - nicht konkret dargelegt werden, in welcher Art und Weise die Fortsetzung der Gesellschaft erfolgen soll. Ein Insolvenzplan sieht den Fortbestand der Gesellschaft i.S.v. § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG bereits dann vor, wenn er die Fortführung der Gesellschaft als eine Möglichkeit darstellt, die nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens im Ermessen der Gesellschafter steht (ebenso Brünkmans/Brünkmans, NZI 2019, 431, 433; Scholz/Cziupka, GmbHG, 12. Aufl., § 60 Rn. 114; aA BeckOK GmbHG/Lorscheider, Stand: 1. Februar 2020, § 60 Rn. 9i).

- 22 aa) Der Wortlaut des § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG ist nicht eindeutig. Die Verwendung des Wortes "vorsehen" lässt sowohl die Deutung als konkrete Festlegung des Fortbestands, als auch diejenige einer bloßen Möglichkeit zu.
- 23 bb) Aus der Gesetzgebungsgeschichte ergibt sich, dass der Insolvenzplan nur die Möglichkeit eines Fortbestands der Gesellschaft einräumen muss.
- 24 Die heutige Fassung des § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG geht auf Art. 48 Nr. 5 Buchst. a des Einführungsgesetzes zur Insolvenzordnung (EGInsO) vom 5. Oktober 1994 (BGBl. I S. 2911) zurück. Die Ersetzung des konkursrechtlichen Zwangsvergleichs durch das Instrument des Insolvenzplans erforderte eine Neufassung der Vorschrift. In der Vorgängerfassung des § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG war ein Beschluss über die Fortsetzung der durch die Eröffnung des Konkursverfahrens aufgelösten Gesellschaft vorgesehen, wenn das Verfahren nach Abschluss eines Zwangsvergleichs (§ 173 KO) aufgehoben worden war. Die Vorschrift enthielt keine der heutigen Fassung entsprechende Voraussetzung, wonach der Fortbestand der Gesellschaft vorgesehen sein muss. Dies erklärt sich daraus, dass der Zwangsvergleich in seiner Grundstruktur ein Vertrag des Schuldners mit seinen Gläubigern zur Beendigung des Konkurses darstellte. Er war in erster Linie auf die Sanierung des Schuldners durch Schuldenregulierung angelegt. Demgegenüber steht der Insolvenzplan nach der Zielsetzung des Gesetzgebers für alle Verwertungsarten des Schuldnervermögens, nicht nur für Sanierungen, zur Verfügung (Regierungsentwurf zur Insolvenzordnung, BT-Drucks. 12/2443, S. 91). Wenn der Gesetzgeber vor diesem Hintergrund die unter der Geltung der Konkursordnung getroffene Regelung zur Fortsetzung der Gesellschaft sinngemäß übernehmen wollte (so der Regierungsentwurf zum Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung, BT-Drucks. 12/3803, S. 82), ergab sich die Notwendigkeit zum Ausschluss der nunmehr möglichen,

liquidationsbezogenen Pläne. Dem dient die Voraussetzung, dass der Fortbestand der Gesellschaft im Insolvenzplan vorgesehen sein muss (vgl. zur aktienrechtlichen Parallelvorschrift MünchKommAktG/Koch, 4. Aufl., § 274 Rn. 8; KK-AktG/Winnen, 3. Aufl., § 274 Rn. 17). Eine weitergehende inhaltliche Anforderung an den Insolvenzplan, die für den konkursrechtlichen Zwangsvergleich nicht bestand, lässt sich aus der Neuregelung nicht ableiten.

25 cc) Das gefundene Auslegungsergebnis stützen auch systematische Erwägungen. Selbst wenn der Insolvenzplan einen Fortbestand der Gesellschaft vorsieht, bleibt die Entscheidung über eine Fortsetzung der Schuldnerin nach der gesetzlichen Konzeption der Gesellschafterversammlung vorbehalten, es sei denn sie ist nach § 225a Abs. 3 InsO selbst Gegenstand des Insolvenzplans. Der Plan kann zwar Gründe, die für eine Fortsetzung der Gesellschaft sprechen, benennen und konkrete Darlegungen zur Art und Weise der Fortführung der werbenden Tätigkeit enthalten, zwingend ist dies aber nicht. Die Gesellschafterversammlung ist in ihrer Entscheidung über die Fortsetzung der Schuldnerin ohnehin nicht an derartige Erwägungen im Plan gebunden.

26 dd) Das mit § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG verfolgte Regelungsziel spricht ebenfalls dafür, eine Fortsetzung der Gesellschaft zu erlauben, wenn der Insolvenzplan die Möglichkeit eines Fortbestands einräumt (Brünkmans/Brünkmans, NZI 2019, 431, 433).

27 Die Beschränkung der Fortsetzungsmöglichkeit der GmbH in § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG dient dem Gläubigerschutz, da im Regelfall nicht zu erwarten ist, dass die Gesellschaft in den nicht in § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG genannten Fällen nach Abschluss des Insolvenzverfahrens noch über maßgebliches Gesellschaftsvermögen verfügt, welches eine Fortsetzung ohne Gefährdung der

Gläubiger rechtfertigen könnte (BGH, Beschluss vom 28. April 2015 - II ZB 13/14, ZIP 2015, 1533 Rn. 12).

28 Der Schutz der Gläubiger gebietet es indes nicht, Gesellschaften die Fortsetzungsmöglichkeit zu versagen, deren Insolvenzplan lediglich die abstrakte Möglichkeit eines Fortbestands vorsieht. Andernfalls würde die privatautonome Bewältigung der Insolvenz, die das erklärte Ziel der Einführung des Insolvenzplans war (Regierungsentwurf zur Insolvenzordnung, BT-Drucks. 12/2443, S. 90), ohne rechtfertigenden Grund beschnitten. Bei der Beendigung des Insolvenzverfahrens durch einen Insolvenzplan, der nicht auf die Liquidation der Gesellschaft ausgerichtet ist, kann davon ausgegangen werden, dass das Unternehmen unter Mitwirkung seiner Gläubiger die zur Insolvenz führende unternehmerische Krise beseitigt und grundsätzlich - für die beteiligten Verkehrskreise erkennbar - als wirtschaftliche Einheit aus Sach- und Personalmitteln am Markt erhalten bleibt.

29 ee) Eine darüber hinausgehende Prüfung der materiellen Fortführungsfähigkeit der Gesellschaft, die das Beschwerdegericht auf Basis des Insolvenzplans vorgenommen hat, begegnet durchgreifenden systematischen Bedenken. Die Prüfung des Insolvenzplans durch das Insolvenzgericht findet jedenfalls dort ihre Grenzen, wo sie die Entscheidungskompetenz der Gläubigerversammlung beschneidet. Deswegen ist dem Insolvenzgericht eine Prüfung, ob der Plan wirtschaftlich zweckmäßig gestaltet ist und ob er voraussichtlich Erfolg haben wird, verwehrt (zur Prüfung nach § 231 Abs. 1 InsO: BGH, Beschluss vom 7. Mai 2015 - IX ZB 75/14, ZIP 2015, 1346 Rn. 8). Nichts anderes kann für die Prüfung des Registergerichts im Hinblick auf die Entscheidungskompetenz der Gesellschafterversammlung gelten, zumal es bei der Bewertung der Fort-

führungsfähigkeit der Gesellschaft nicht um die Prüfung der Einhaltung gesellschaftsrechtlicher Regelungen geht.

30 d) Nach dieser Maßgabe sieht der Insolvenzplan vom 28. Februar 2018 ausgehend von den Feststellungen des Beschwerdegerichts einen Fortbestand der Antragstellerin vor.

31 Das Beschwerdegericht hat verkannt, dass der Insolvenzplan keine konkreten Ausführungen enthalten muss, in welcher Weise die Fortsetzung der Gesellschaft geschehen soll. Es genügt, wenn er, wie der Insolvenzplan der Antragstellerin vom 28. Februar 2018, die Fortsetzung der Gesellschaft als Möglichkeit darstellt. Bereits einleitend unter Nr. 1. finden sich im Insolvenzplan Ausführungen zu dem weiteren Schicksal der Antragstellerin. Danach soll der Plan die Antragstellerin von ihren Schulden befreien und ihr dadurch grundsätzlich die Möglichkeit zur Ausübung einer verbenden Tätigkeit nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens verschaffen. Dies wird unter Nr. 2.1.3. des Plans aufgegriffen und als Zielsetzung des Insolvenzplans die langfristige Bindung der Kunden und die nachhaltige Gewinnung neuer Auftraggeber genannt. Auch insoweit wird mithin ein Fortbestand der Antragstellerin als möglich dargestellt. Demgegenüber lassen sich dem Insolvenzplan keine Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass die Antragstellerin mit Hilfe des Plans abgewickelt werden soll. Das ist nach den oben dargelegten Maßstäben ausreichend. Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts muss der Insolvenzplan kein Konzept über die Art und Weise der Geschäftsfortführung enthalten.

IV.

32 Der angefochtene Beschluss ist somit aufzuheben (§ 74 Abs. 5 FamFG). Die Sache ist nicht zur Endentscheidung reif. Das Registergericht und das Beschwerdegericht haben - aus ihrer Sicht folgerichtig - von ihrer weiteren Prüfungskompetenz keinen Gebrauch gemacht. Da diese zweckmäßigerweise durch das Registergericht ausgeübt wird, ist die Sache an dieses zurückzuverweisen (§ 74 Abs. 6 Satz 2 FamFG). Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

33 1. Die Fortsetzung der Gesellschaft nach § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG setzt voraus, dass noch nicht mit der Verteilung des Gesellschaftsvermögens unter die Gesellschafter begonnen worden ist. Das Registergericht kann der Antragstellerin eine entsprechende Versicherung abverlangen.

34 a) In Rechtsprechung und Literatur ist umstritten, ob die Fortsetzung der Gesellschaft nur in Betracht kommt, wenn die Vermögensverteilung unterlassen worden ist, und ob daneben die Gesellschaft über eine bestimmte Kapitalausstattung verfügen muss.

35 aa) Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts und einem Teil der Literatur schließt die begonnene Auskehrung des Gesellschaftsvermögens die Fortsetzung der Gesellschaft nicht per se aus. Stattdessen setze die Fortsetzung eine bestimmte Kapitalausstattung der Gesellschaft voraus (RGZ 118, 337, 340; Erle, GmbHR 1997, 973, 978; Fichtelmann, GmbHR 2003, 67, 68; Hennrichs, ZHR 159 (1995), 593, 607; Hirte, ZinsO 2000, 127, 131; MünchKommGmbHG/Berner, 3. Aufl., § 60 Rn. 245; Roth in Bork/Schäfer, GmbHG, 4. Aufl., § 60 Rn. 32; Wicke/Wicke, GmbHG, 3. Aufl., § 60 Rn. 12; Zech in Ensthaler/Füller/Schmidt, GmbHG, 2. Aufl., § 60 Rn. 24). Andere Stim-

men im Schrifttum wollen weitergehend auch auf die Voraussetzung einer bestimmten Kapitalausstattung verzichten (Altmeyers in Roth/Altmeyers, GmbHG, 9. Aufl., § 60 Rn. 41 ff.; Beckmann/Hofmann in Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, 4. Aufl., § 60 Rn. 63). Zur Begründung wird angeführt, dem auch im Aktienrecht umstrittenen Ausschluss der Fortsetzung bei begonnener Vermögensverteilung in § 274 Abs. 1 Satz 1 AktG komme für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung keine Vorbildfunktion zu. Es sei jedenfalls nicht einsehbar, warum eine Fortsetzung nicht möglich sein solle, wenn die Gesellschafter trotz begonnener Verteilung den Nachweis erbrächten, dass das Stammkapital bilanziell aufgebracht sei. Auch in der werbenden Gesellschaft finde keine registergerichtliche Kontrolle dahingehend statt, ob entgegen § 30 GmbHG Ausschüttungen vorgenommen worden seien.

- 36 bb) Die instanzgerichtliche Rechtsprechung und der überwiegende Teil des Schrifttums lassen eine Fortsetzung nur zu, wenn noch nicht mit der Verteilung des Vermögens an die Gesellschafter begonnen worden ist (BayObLG, DB 1978, 2164, 2165; OLG Düsseldorf, GmbHR 1979, 227, 228; OLG Celle, GmbHR 2008, 211, 212; Galla, GmbHR 2006, 635, 636; Gehrlein, DStR 1997, 31, 32; Fleischhauer in Fleischhauer/Wochner, Handelsregisterrecht, 4. Aufl., I. GmbH Rn. 43; Gustavus, Handelsregister-Anmeldungen, 9. Aufl., A 120; Schmidt/Sikora/Tiedtke, Praxis des Handelsregister- und Kostenrechts, 7. Aufl., Teil 1, E Rn. 1827; Casper in Ulmer/Habersack/Löbke, GmbHG, 2. Aufl., § 60 Rn. 131; Scholz/Cziupka, GmbHG, 12. Aufl., § 60 Rn. 99; Frank in Saenger/Inhuster, GmbHG, 3. Aufl., § 60 Rn. 66; Gesell in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 6. Aufl., § 60 Rn. 66; Haas in Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl., § 60 Rn. 91; HK-GmbHR/Koch, 8. Aufl., § 60 Rn. 21). Dabei wird unter anderem auf die Praktikabilität einer beschränkten Prüfung verwiesen. Auch werde mit

dem Beschluss, das Gesellschaftsvermögen zu verteilen, der Weg zur Beendigung der Gesellschaft unumkehrbar.

37 b) Der Senat folgt der zuletzt genannten Auffassung, wonach die Fortsetzung der Gesellschaft nur in Betracht kommt, wenn noch nicht mit der Verteilung des Gesellschaftsvermögens unter die Gesellschafter begonnen worden ist.

38 aa) Bei der Fortsetzung einer Aktiengesellschaft sieht § 274 Abs. 1 Satz 1 AktG ausdrücklich vor, dass mit der Vermögensverteilung noch nicht begonnen worden sein darf. Dies gilt auch im Fall einer Fortsetzung nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens gemäß § 274 Abs. 2 AktG (Bachmann in Spindler/Stilz, AktG, 4. Aufl., § 274 Rn. 10; Drescher in Henssler/Strohn, GesR, 4. Aufl., § 274 AktG Rn. 3; MünchKommAktG/Koch, 4. Aufl., § 274 Rn. 20; Riesenhuber in K. Schmidt/Lutter, AktG, 3. Aufl., § 274 Rn. 4; Großkomm. AktG/K. Schmidt, 4. Aufl., § 274 Rn. 10; KK-AktG/Winnen, 3. Aufl., § 274 Rn. 27). Im Gegensatz zum Aktienrecht lässt sich für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung dem Wortlaut des § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG keine ausdrückliche Einschränkung der Fortsetzung auf Fälle, in denen noch nicht mit der Verteilung des Vermögens begonnen worden ist, entnehmen. Insoweit kann jedoch nicht davon ausgegangen werden, dass mit der Auslassung im GmbHG eine bewusste Ablehnung der Notwendigkeit dieser Voraussetzung durch den Gesetzgeber verbunden wäre. In den Regierungsentwürfen zur Reform des GmbHG vom 31. Januar 1972 und vom 26. Februar 1973 war vorgesehen, das Verbot der Vermögensverteilung ausdrücklich aufzunehmen (BT-Drucks. 6/3088 und BT-Drucks. 7/253, jeweils S. 62 [§ 226 Abs. 1] und S. 208). Dass es hierzu im Rahmen der GmbHG-Novelle 1980 nicht gekommen ist, lag an den Widerständen gegen eine Gesamtreform des GmbH-Rechts und nicht

an Vorbehalten gegen die Neuregelung der Vorschrift zur Fortsetzung (vgl. RegE eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung und anderer handelsrechtlicher Vorschriften, BT-Drucks. 8/1347, S. 27).

39 bb) Beschließen die Gesellschafter nach der Aufhebung des Insolvenzverfahrens, mit der Verteilung des Gesellschaftsvermögens zu beginnen, geben sie damit zu erkennen, dass eine Fortsetzung nicht mehr beabsichtigt ist (vgl. Gesell in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 6. Aufl., § 60 Rn. 66). Vor diesem Hintergrund ist das Verbot der Vermögensverteilung bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung - ebenso wie bei der Aktiengesellschaft - ein notwendiger Ersatz für die sonst fehlende Fortsetzungskontrolle durch das Registergericht. Es sichert die Kapitalerhaltung, da das Rückzahlungsverbot des § 30 GmbHG nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens nicht gilt. Die Gesellschafter könnten ansonsten einen scheinbar auf Fortführung ausgerichteten Insolvenzplan benutzen, um in den Genuss der Auszahlung von Vermögen zu gelangen, ohne den Erstattungsanspruch nach § 31 GmbHG auszulösen (vgl. Galla, GmbHR 2006, 635, 636; KK-AktG/Winnen, 3. Aufl., § 274 Rn. 28).

40 cc) Ein darüber hinausgehender Schutz des Gesellschaftskapitals durch Prüfung der konkreten Kapitalausstattung ist, vorbehaltlich des Vorliegens einer wirtschaftlichen Neugründung, nicht erforderlich. Eine mit der Gründungskontrolle der Kapitalausstattung vergleichbare Prüfung bei der Eintragung der Fortsetzung findet im Gesetz keine Stütze und steht im Widerspruch zum lediglich deklaratorischen Charakter der Eintragung im Handelsregister. Sie würde das Registergericht überfordern und die Fortsetzung erschweren (vgl. Galla, GmbHR 2006, 635, 636; Gehrlein, DStR 1997, 31, 32; Casper in Ulmer/Habersack/Löbbecke, GmbHG, 2. Aufl., § 60 Rn. 131). Die Fortsetzung einer auf-

gelösten Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist nicht mit ihrer Neugründung vergleichbar, daher können die Gläubiger nicht mit der Unversehrtheit des Stammkapitals oder des gesetzlichen Mindestkapitals rechnen (Arnold in Henssler/Strohn, GesR, 4. Aufl., § 60 GmbHG Rn. 65; Casper in Ulmer/Habersack/Löbbe, GmbHG, 2. Aufl., § 60 Rn. 132; Gesell in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 6. Aufl., § 60 Rn. 68).

41 Dies gilt jedenfalls bei einer Fortsetzung nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens. Im Nachgang der Aufhebung des Insolvenzverfahrens setzt eine Fortsetzung voraus, dass der Zustand wiederhergestellt wird, der vor Eintritt der Insolvenzreife bestanden hat, mithin dürfen keine Insolvenzgründe mehr vorliegen. Die Gesellschaft musste vor dem Eintritt in das Insolvenzverfahren nicht über eine bestimmte Kapitalausstattung verfügen, weshalb eine solche nach dessen Aufhebung auch nicht zu fordern ist. Es ist nicht einsehbar, warum bei Fortsetzung einer aufgelösten Gesellschaft nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens höhere Anforderungen an die Kapitalausstattung gestellt werden sollten, zumal das Insolvenzplanverfahren einer privatautonomen Insolvenzbewältigung dient, die nicht durch gesetzlich nicht vorgesehene Anforderungen erschwert werden darf. Die Fortsetzung einer aufgelösten Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach Aufhebung eines Insolvenzverfahrens ist nicht mit ihrer Neugründung vergleichbar.

42 2. Das Vorliegen von Insolvenzgründen hat das Registergericht allenfalls dann zu prüfen, wenn begründete Zweifel im Hinblick auf eine Insolvenzreife bestehen.

43 a) Die Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung dürfen deren Fortsetzung nur beschließen, wenn der ursprüngliche Grund für die Auf-

lösung entfallen ist, mithin jedenfalls im Fall der Fortsetzung nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens keine Insolvenzreife mehr besteht (BayObLG, ZIP 1998, 739, 740; Brünkmans/Brünkmans, NZI 2019, 431, 433; Hacker/Petsch, ZIP 2015, 761, 763; Altmeppen in Roth/Altmeppen, GmbHG, 9. Aufl., § 60 Rn. 44; Beckmann/Hofmann in Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, 4. Aufl., § 60 Rn. 62; MünchKommGmbHG/Berner, 3. Aufl., § 60 Rn. 271; Frank in Saenger/Inhester, GmbHG, 3. Aufl., § 60 Rn. 67; HK-GmbHR/Koch, 8. Aufl., § 60 Rn. 21; nur zu § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG: Fichtelmann, GmbHR 2003, 67, 71; Nerlich in Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl., § 60 Rn. 356; zur Aktiengesellschaft: Großkomm. AktG/K. Schmidt, 4. Aufl., § 274 Rn. 11; einschränkend auf eine insolvenzrechtliche Überschuldung: FG Hessen, Urteil vom 12. September 2005 - 11 K 3284/04, juris Rn. 23; Gehrlein, DStR 1997, 31, 32; Casper in Ulmer/Habersack/Löbbe, GmbHG, 2. Aufl., § 60 Rn. 132; Scholz/Cziupka, GmbHG, 12. Aufl., § 60 Rn. 100; Gesell in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 6. Aufl., § 60 Rn. 68; zur Aktiengesellschaft: Drescher in Henssler/Strohn, GesR, 4. Aufl., § 274 Rn. 3). Auch wenn an als ursprünglichen Grund für die Auflösung die Eröffnung des Insolvenzverfahrens ansieht und daher der Auflösungsgrund mit dessen Aufhebung entfallen ist, kommt die Fortsetzung einer insolvenzreifen Gesellschaft nicht in Betracht.

44

b) Zwar hat die Antragstellerin nicht versichert, dass keine Insolvenzreife vorliegt, eine solche Erklärung ist indes entbehrlich, da die den Eintragungsantrag stellenden Geschäftsführer oder Liquidatoren nach § 15a Abs. 1 InsO ohnehin zur Insolvenzantragstellung verpflichtet wären, wenn die Gesellschaft insolvenzreif ist. Entsprechend den allgemeinen Grundsätzen muss das Registergericht das Vorliegen von Insolvenzgründen nur prüfen, wenn begründete Zweifel im Hinblick auf eine Insolvenzreife bestehen (vgl. Krafka, Registerrecht,

11. Aufl., Rn. 1155; Gesell in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 6. Aufl., § 60 Rn. 68).

45 Der vom Beschwerdegericht festgestellte Einsatz des gesamten bei der Antragstellerin noch vorhandenen Vermögens zur Tilgung der Masseschulden und zur quotalen Verteilung auf die Insolvenzgläubiger im Insolvenzplan begründet noch keine Zweifel im Hinblick auf eine Insolvenzreife der Antragstellerin im Zeitpunkt der Beschlussfassung über die Fortsetzung. Aus diesem Umstand kann noch nicht der Schluss auf eine rechnerische Überschuldung der Antragstellerin oder das Fehlen einer positiven Fortführungsprognose gezogen werden. Diese gilt vor allem, wenn man berücksichtigt, dass die Antragstellerin Komplementärin der S. Dienstleistungs GmbH & Co. KG ist, deren Fortsetzung das Registergericht ins Handelsregister eingetragen hat.

46 3. Im Streitfall sind keine Anhaltspunkte für das Vorliegen einer wirtschaftlichen Neugründung ersichtlich, die ausnahmsweise im Rahmen der registergerichtlichen Präventivkontrolle eine bestimmte Kapitalaufbringung und entsprechende Versicherung nach § 8 Abs. 2 GmbHG erforderlich machen würden.

47 a) Das Beschwerdegericht hat zutreffend erkannt, dass die Grundsätze der wirtschaftlichen Neugründung auch bei der Fortsetzung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach Einstellung oder Aufhebung des Insolvenzverfahrens gemäß § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG Anwendung finden können (vgl. BGH, Urteil vom 25. September 2018 - II ZR 190/17, ZIP 2018, 2214 Rn. 23 ff. zu § 274 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 AktG, § 258 InsO; Brünkmans/Brünkmans, NZI 2019, 431, 434; Scholz/Cziupka, GmbHG, 12. Aufl., § 60 Rn. 101; aA Hacker/Petsch, ZIP 2015, 761, 764). Die mit der wirtschaftlichen Neugründung

verbundenen Probleme eines wirksamen Gläubigerschutzes bestehen sowohl bei der "Wiederbelebung" eines durch das Einschlafenlassen des Geschäftsbetriebs zur leeren Hülse gewordenen Mantels durch Ausstattung mit einem (neuen) Unternehmen als auch im Zusammenhang mit der Verwendung des leeren Mantels einer aus dem Insolvenzverfahren entlassenen Gesellschaft, die nicht weiter fortgeführt wurde (zur Anwendung in der Liquidationsphase vgl. BGH, Urteil vom 10. Dezember 2013 - II ZR 53/12, ZIP 2014, 418 Rn. 10).

48 b) Es sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, die begründeten Anlass zur Prüfung einer wirtschaftlichen Neugründung geben.

49 aa) Allein die mit der Fortführung beabsichtigte Zweckänderung von einer Abwicklungs- hin zu einer werbenden Gesellschaft ist als solche keine wirtschaftliche Neugründung, weil die aufgelöste Gesellschaft nicht per se ein unternehmensleerer Mantel ist (BGH, Urteil vom 10. Dezember 2013 - II ZR 53/12, ZIP 2014, 418 Rn. 12 f.).

50 bb) Dass zwischen der Aufhebung des Insolvenzplanverfahrens und dem Fortsetzungsbeschluss geraume Zeit verging, lässt für sich genommen auch keine Rückschlüsse auf eine wirtschaftliche Neugründung zu. Für die Abgrenzung der wirtschaftlichen Neugründung durch eine Mantelverwendung von der (bloßen) Umorganisation oder Sanierung einer (noch) aktiven GmbH ist entscheidend, ob die Gesellschaft noch ein aktives Unternehmen betreibt, an das die Fortführung des Geschäftsbetriebs - sei es auch unter wesentlicher Umgestaltung, Einschränkung oder Erweiterung seines Tätigkeitsgebiets - in irgendeiner wirtschaftlich noch gewichtbaren Weise anknüpft, oder ob es sich tatsächlich um einen leer gewordenen Gesellschaftsmantel ohne Geschäftsbetrieb handelt, der seinen - neuen oder alten - Gesellschaftern nur dazu dient, unter

Vermeidung der rechtlichen Neugründung einer die beschränkte Haftung gewährleistenden Kapitalgesellschaft eine gänzlich neue Geschäftstätigkeit - ggf. wieder - aufzunehmen (BGH, Beschluss vom 7. Juli 2003 - II ZB 4/02, BGHZ 155, 318, 324; Beschluss vom 18. Januar 2010 - II ZR 61/09, ZIP 2010, 621 Rn. 6; Urteil vom 10. Dezember 2013 - II ZR 53/12, ZIP 2014, 418 Rn. 12).

51

Auf die Finanzausstattung der Gesellschaft kommt es für die Abgrenzung der wirtschaftlichen Neugründung von der Sanierung jedenfalls nicht an, wenn erkennbar ist, dass sie noch ein aktives Unternehmen betreibt, an das die Fortführung des Geschäftsbetriebs in irgendeiner wirtschaftlich noch gewichtbaren Weise anknüpfen kann (vgl. BGH, Urteil vom 6. März 2012 - II ZR 56/10,

BGHZ 192, 341 Rn. 11). Für eine fortgesetzte Geschäftstätigkeit der Antragstellerin spricht ihre Eigenschaft als persönlich haftende Gesellschafterin der S. Dienstleistungs GmbH & Co. KG und deren Fortsetzung.

Drescher

Wöstmann

Born

Bernau

V. Sander

Vorinstanzen:

AG Lüneburg, Entscheidung vom 07.02.2019 - HRB 207257 -

OLG Celle, Entscheidung vom 08.03.2019 - 9 W 17/19 -

Schreibfehlerberichtigung

in der Handelsregistersache

Antragstellerin, Beteiligte und
Rechtsbeschwerdeführerin,

werden die Abschriften des Beschlusses des II. Zivilsenats des
Bundesgerichtshofs vom 8. April 2020 dahingehend berichtigt, dass es in den
Entscheidungsgründen auf Seite 19, drittletzte Zeile von Rn. 43 richtig heißen
muss:

"... Auch wenn man als ursprünglichen Grund für die Auflösung die
Eröffnung des Insolvenzverfahrens ansieht ..."

Karlsruhe, 26. Mai 2020

Bundesgerichtshof
Geschäftsstelle des II. Zivilsenats

Stoll, Justizamtsinspektorin