

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GmbHG §§ 60, 72, 73; AktG § 274; UmwG § 3 – Fortsetzung einer aufgelösten GmbH aufgrund Fortsetzungsbeschlusses nach Beginn bzw. Beendigung der Vermögensverteilung; Umwandlung aufgelöster Rechtsträger

BGB § 1597a – Weiteres Verfahren nach Aussetzung der Beurkundung einer Vaterschaftsanerkennung gem. § 1597a Abs. 2 BGB und nachfolgender Vorlage eines die Vaterschaft bestätigenden Abstammungsgutachtens

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BGB § 883 Abs. 1 S. 2; AnfG §§ 3 Abs. 1, Abs. 2, 8 Abs. 2 S. 2 – Anfechtungsrelevanter Zeitpunkt der Vornahme einer Rechtshandlung bei vormerkungsgesichertem Anspruch aus unentgeltlichem Grundgeschäft; Abgrenzung der Vorsatzanfechtung von der Deckungsanfechtung

Literaturhinweis

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GmbHG §§ 60, 72, 73; AktG § 274; UmwG § 3

Fortsetzung einer aufgelösten GmbH aufgrund Fortsetzungsbeschlusses nach Beginn bzw. Beendigung der Vermögensverteilung; Umwandlung aufgelöster Rechtsträger

I. Sachverhalt

Eine GmbH wurde durch Gesellschafterbeschluss aufgelöst. Die Auflösung wurde im Handelsregister der Gesellschaft eingetragen, der Gläubigeraufruf wurde im Bundesanzeiger veröffentlicht. Nach Ablauf des Sperrjahres wurde das Restvermögen der Gesellschaft in einer das gezeichnete Kapital übersteigenden Höhe an die Alleingeschafterin (Muttergesellschaft) verteilt. Die Löschung der Gesellschaft wurde beantragt. Die hiergegen ergangene Zwischenverfügung beanstandet,

dass nach Mitteilung von dritter Seite noch unverfallbare Anwartschaften von ehemaligen Arbeitnehmern der Gesellschaft auf betriebliche Altersversorgung nach dem Betriebsrentengesetz (BetrAVG) bestünden und daher die Liquidation der Gesellschaft noch nicht beendet sei. Zwischen Muttergesellschaft, Gesellschaft und den jeweiligen Versorgungsanwärtern wurden im Rahmen der Liquidation, d.h. vor Aufstellung der Liquidationsschlussbilanz und vor Vermögensverteilung, Vereinbarungen geschlossen, die jeweils eine Übernahme der Versorgungsverpflichtungen durch die Muttergesellschaft vorsehen. Allerdings wurde hierbei die abschließende Regelung des § 4 BetrAVG zur Übertragung von unverfallbaren Versorgungsanwartschaften nicht beachtet, sodass die Schuldübernahmen unwirksam waren. Ein Schuldbeitritt der Muttergesellschaft ist gleichwohl erfolgt, sodass sie nunmehr auch für die Versorgungsverpflichtungen haftet. Die Unwirksamkeit der Schuldübernahme war weder den Liquidatoren noch der Muttergesellschaft bekannt, d.h. sie waren im Zeitpunkt der Vermögensverteilung (bzw. der Beschlussfassung über diese) und der anschließenden Anmeldung der Löschung der Gesellschaft davon ausgegangen, dass

die Verbindlichkeiten wirksam übertragen worden seien und die Liquidation daher beendet sei. Dies beruhe auf einem rechtlichen Irrtum über die Wirksamkeit der Übertragung, der tatsächliche Sachverhalt war den Liquidatoren und der Muttergesellschaft bekannt.

II. Frage

Kann die Muttergesellschaft aufgrund der noch nicht beendeten Liquidation der Gesellschaft (zum Zwecke einer Upstream-Verschmelzung) noch die Fortsetzung der Gesellschaft beschließen, da die Vermögensverteilung nur in der irrtümlichen Annahme erfolgte, dass die Liquidation im Übrigen bereits abgeschlossen sei?

III. Zur Rechtslage

Vorab ist anzumerken, dass bestehende Pensionsverpflichtungen aus einer betrieblichen Altersvorsorge bei der Liquidation einer GmbH erheblichen Gestaltungsaufwand auslösen. Diesbezüglich sei auf die ausführlichen Darstellungen in der Literatur verwiesen (vgl. insb. Passarge GmbH 2007, 701 ff.; ders., in: Passarge/Torwegge, Die GmbH in der Liquidation, 3. Aufl. 2020, Rn. 561 ff.). Eine Fortsetzung zum Zwecke der Verschmelzung kommt indes nur in Betracht, wenn die Gesellschaft noch fortsetzungsfähig ist.

1. Beginn der Verteilung des Gesellschaftsvermögens als zeitliche Grenze für die Fassung eines Fortsetzungsbeschlusses?

Eine GmbH, die durch Auflösungsbeschluss aufgelöst und in den Liquidationszustand versetzt worden ist, kann durch gegenläufigen Fortsetzungsbeschluss grundsätzlich fortgesetzt, also wieder zur werbenden Gesellschaft werden. Die wohl überwiegende Meinung stellt jedoch bestimmte vermögensrechtliche Anforderungen an die Fortsetzung.

a) Zum einen darf die Gesellschaft **nicht überschuldet** sein (BayObLG NZG 1998, 465; Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 60 Rn. 91; Henssler/Strohn/Arnold, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2021, § 60 Rn. 65; vgl. auch MünchKommGmbHG/Berner, 3. Aufl. 2018, § 60 Rn. 248). Sie muss demzufolge also über so viel Eigenkapital verfügen, dass eine Überschuldung nach den §§ 15a, 19 InsO ausgeschlossen ist (Gesell, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 6. Aufl. 2017, § 60 Rn. 68). Allerdings hat das Registergericht das Vorliegen von Insolvenzgründen nur zu prüfen, wenn begründete Zweifel im Hinblick auf eine Insolvenzreife bestehen (BGH NZG 2020, 1182 Rn. 42).

b) Zum anderen darf nach h.M. mit der Verteilung des Gesellschaftsvermögens unter die Gesellschafter noch nicht begonnen worden sein (vgl. auch § 274 Abs. 1

AktG), denn dadurch werde die Schranke zwischen Gesellschafts- und Gesellschaftervermögen nachhaltig durchbrochen (vgl. OLG Celle NZG 2008, 271; Baumbach/Hueck/Haas, § 60 Rn. 91 f.; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 60 Rn. 29; GroßkommGmbHG/Casper, 2. Aufl. 2016, § 60 Rn. 131; BeckOK-GmbHG/Lorscheider, Std.: 1.2.2021, § 60 Rn. 23; Herrler/Blath, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 2017, § 6 Rn. 1708; a. A. etwa MünchKommGmbHG/Berner, § 60 Rn. 243 ff., wonach es nur auf eine aus Gesichtspunkten des Gläubigerschutzes ausreichende Kapitalausstattung der Gesellschaft im Zeitpunkt der Beschlussfassung über die Fortsetzung ankomme). Als „unbestritten“ wird in der Literatur jedenfalls **die Unzulässigkeit der Fortsetzung für den Fall bezeichnet, in dem „schon das ganze Vermögen verteilt ist“** (Scholz/Scheller, GmbHG, 12. Aufl. 2021, § 60 Rn. 98).

Der BGH hat sich jüngst – in einem zwar zu § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG ergangenen, insoweit aber wohl verallgemeinerungsfähigen Urteil (in diesem Sinne wohl jedenfalls Scholz/Scheller, § 60 Rn. 98 f.; Henssler/Strohn/Arnold, § 60 Rn. 64; Altmeppen, 10. Aufl. 2021, GmbHG § 60 Rn. 40; nur in Bezug auf § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG erörternd allerdings Heckschen/Weitbrecht, ZIP 2020, 1737 ff.) – der h.M. angeschlossen (BGH NZG 2020, 1182 Rn. 32 ff.). Danach kommt die Fortsetzung der Gesellschaft nur in Betracht, wenn **noch nicht mit der Verteilung des Gesellschaftsvermögens unter die Gesellschafter begonnen worden ist** (BGH NZG 2020, 1182 Rn. 37).

Neben einem Hinweis auf dieses Erfordernis in § 274 Abs. 1 S. 1 AktG bei der Aktiengesellschaft stützt der BGH seine Entscheidung auf die Erwägung, mit dem Beginn der Verteilung des Gesellschaftsvermögens gäben die Gesellschafter zu erkennen, dass eine Fortsetzung nicht mehr beabsichtigt sei. Vor diesem Hintergrund sei 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 sichere die Kapitalerhaltung, da das Rückzahlungsverbot des § 30 GmbHG nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens nicht gelte. 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 (BGH NZG 2020, 1182 Rn. 37 ff.).

Ein darüber hinausgehender Schutz des Gesellschaftskapitals durch Prüfung der konkreten Kapitalausstat-

tung sei vorbehaltlich des Vorliegens einer wirtschaftlichen Neugründung aber nicht erforderlich. Eine mit der Gründungskontrolle der Kapitalausstattung vergleichbare Prüfung bei der Eintragung der Fortsetzung finde im Gesetz keine Stütze und stehe im Widerspruch zum lediglich deklaratorischen Charakter der Eintragung im Handelsregister. Sie würde das **Registergericht überfordern und die Fortsetzung erschweren**. Die Fortsetzung einer aufgelösten Gesellschaft mit beschränkter Haftung sei nicht mit ihrer Neugründung vergleichbar; daher könnten die Gläubiger nicht mit der Unversehrtheit des Stammkapitals oder des gesetzlichen Mindestkapitals rechnen. Das gelte „jedenfalls bei einer Fortsetzung nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens“ (BGH NZG 2020, 1182 Rn. 40 f.).

c) Diese Maßstäbe gelten nach unserem Dafürhalten auch im vorliegenden Fall, in dem – infolge eines rechtlichen Irrtums der Beteiligten – ggfs. unter Verstoß gegen § 73 GmbHG bereits zu einem Zeitpunkt mit der Verteilung des Gesellschaftsvermögens begonnen (bzw. dessen Verteilung sogar beendet) wurde, zu dem die Gesellschaft noch mit Verbindlichkeiten bzw. Anwartschaften aus dem BetrAVG belastet war. Zwar besteht gem. § 73 Abs. 1 GmbHG gerade ein Verbot der verfrühten Vermögensverteilung; es können in diesem Fall – ähnlich wie bei § 31 GmbHG – verschiedene Regressansprüche insbesondere auch der Gesellschaft bestehen (vgl. nur BGH NZG 2018, 625; BGH NZG 2020, 260; MünchKommGmbHG/H.-F. Müller, § 73 Rn. 32 ff.; Scholz/K. Schmidt/Scheller, § 73 Rn. 35 ff.). Nach der Rechtsprechung des BGH soll aber nach unserem Verständnis insbesondere die fehlende Fortsetzungskontrolle durch das Registergericht gerade durch **das formale – und infolge der entsprechenden Versicherung der Liquidatoren in der Handelsregisteranmeldung leicht nachprüfbar – Kriterium des Verbots des Beginns der Vermögensverteilung ersetzt** werden (so wohl auch Henssler/Strohn/Arnold, § 60 Rn. 64 und Altmeppen, § 60 Rn. 45 [Letzterer selbst in der Sache allerdings anderer Ansicht]).

Diese Intention würde konterkariert, wenn etwaige Regressansprüche der Gesellschaft aus § 73 GmbHG – die durch das Registergericht auf Bestehen und ggfs. Werthaltigkeit zu überprüfen wären – den unter Verstoß gegen § 73 Abs. 1 GmbHG erfolgenden Beginn der Vermögensverteilung i. S. d. vorstehenden Rechtsprechung „kompensieren“ könnten. Jedenfalls im Aktienrecht ist anerkannt, dass jegliche Auskehr von Vermögen unwiderrufflich die Fortsetzung hindert – was auch gilt, wenn Vermögen entgegen §§ 271, 272 AktG vor Befriedigung der Gläubiger oder vor Ablauf des Sperrjahrs verteilt

wurde (BeckOGK-AktG/Bachmann, Std.: 1.2.2021, § 274 Rn. 7). Sei überhaupt kein verteilungsfähiges Vermögen (mehr) vorhanden, müsse das Fortsetzungsverbot erst recht gelten (BeckOGK-AktG/Bachmann, § 274 Rn. 7).

Des Weiteren erschiene es wertungswidersprüchlich, derjenigen Gesellschaft, die unter Beachtung der gesetzlichen Bestimmungen gem. § 72 GmbHG mit der Vermögensverteilung begonnen hatte, die Fortsetzung der Gesellschaft durch Beschluss zu verwehren und dagegen derjenigen, die die Vermögensverteilung unter Verstoß gegen § 73 Abs. 1 GmbHG vorgenommen hatte, die Fortsetzung zu ermöglichen. Letztlich haben in beiden Fällen – in den Worten des BGH – die „Gesellschafter zu erkennen [gegeben], dass eine Fortsetzung nicht mehr beabsichtigt“ ist (BGH NZG 2020, 1182 Rn. 39).

Jedenfalls scheint uns dieses Ergebnis überzeugend, wenn man mit der h.M. sogar für den Fall der tatsächlichen Rückzahlung des Gesellschaftsvermögens an die Gesellschaft (dazu sogleich 2.) einen Fortsetzungsbeschluss nicht zulässt.

Zudem bleibt vorliegend zu beachten, dass nach der Sachverhaltschilderung bereits das gesamte Vermögen der Gesellschaft verteilt worden ist.

d) Dieses Ergebnis entspricht letztlich auch der h. M. in der umwandlungsrechtlichen Literatur zu § 3 Abs. 3 UmwG. Nach dieser Vorschrift können als übertragende Rechtsträger auch aufgelöste Rechtsträger beteiligt sein, wenn die Fortsetzung dieser Rechtsträger beschlossen werden könnte. Die Fortsetzung des Rechtsträgers in diesem Sinne sei insbesondere auch nach Beginn der Verteilung des Vermögens auf die Anteilseigner ausgeschlossen. Der Ausschluss der Fortsetzung ergebe sich in diesem Fall mittelbar aus § 274 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 S. 2 AktG, der auch entsprechend auf die GmbH anwendbar sei. Diese Vorschriften bezweckten einen Umgehungsschutz hinsichtlich des Verbots der Einlagenrückgewähr gem. § 57 AktG, § 30 GmbHG. Auch eine Rückzahlung der erhaltenen Leistungen (dazu sogleich auch ausführlich 2.) führe nicht mehr zur Wiederherstellung der Verschmelzungsfähigkeit (BeckOGK-UmwG/Drinhausen/Keinath, Std.: 1.4.2021, § 3 Rn. 30; ebenso Widmann/Mayer/Fronhöfer, UmwG, 179. Erg.-Lfg. Juli 2019, § 3 Rn. 48 m. w. N.).

Freilich geht die h.M. davon aus, dass eine einmal im Register eingetragene Verschmelzung nach § 20 Abs. 2 UmwG wirksam bleibt, auch wenn als übertragender

Rechtsträger eine GmbH i.L. verschmolzen wurde, deren Fortsetzung nicht mehr hätte beschlossen werden dürfen (BGH BeckRS 2001, 7163; Widmann/Mayer/Fronhöfer, § 3 Rn. 44).

2. Wiederherstellung der Fortsetzungsmöglichkeit durch vollständige Rückzahlung des Gesellschaftsvermögens?

Allerdings ist fraglich, ob man eine begonnene oder schon beendete Vermögensverteilung womöglich für unschädlich oder „heilbar“ halten kann, wenn das **ausgezählte Vermögen der Gesellschaft vollständig wieder zurückgezahlt** wird (vgl. in diese Richtung Nerlich, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 60 Rn. 326; Scholz/Scheller, § 60 Rn. 99). Dies stünde zumindest im **Einklang mit der Grundlageneentscheidung des Reichsgerichts zur Fortsetzungsfähigkeit der GmbH** (RGZ 118, 337, 340); das Reichsgericht hat darin die Rückzahlung des ausgekehrten Vermögens akzeptiert. Im Aktienrecht wird diese Möglichkeit indes wegen des klaren Wortlauts des § 274 Abs. 1 S. 1 AktG fast einhellig abgelehnt. Das Aktiengesetz von 1937 habe sich insoweit bewusst gegen die Ansicht des Reichsgerichts entschieden (vgl. nur MünchKommAktG/J. Koch, 5. Aufl. 2021, § 274 Rn. 2, 20).

Zu dieser Fragestellung hat sich der BGH in seiner bereits zitierten Entscheidung NZG 2020, 1182 bedauerlicherweise nicht geäußert. Die Tatsache, dass sich hierzu keinerlei Äußerungen finden, wird in der einschlägigen Literatur allerdings im Sinne der „Annahme einer prinzipiellen Unüberwindbarkeit [der] Fortsetzungsschranke“ durch den Beginn der Vermögensverteilung gedeutet, die auch durch eine vollständige Rückzahlung des ausgekehrten Kapitals nicht wieder rückgängig gemacht werden könne (Scholz/Scheller, § 60 Rn. 99 und 108, der in der Sache selbst mit überzeugenden Argumenten allerdings anderer Ansicht ist). Auch *Wachter* (GmbHR 2020, 838, 840 f.) führt aus, dass

„das Verbot der vorherigen Vermögensverteilung (im Sinne von § 72 GmbHG) [...] zwingend [gilt] und [...] unbedingt zu beachten [ist]. Es ist insbesondere nicht ausreichend, eine begonnene Vermögensverteilung wieder rückgängig zu machen. Im Interesse einer wirksamen Fortsetzung der Gesellschaft und zur Vermeidung von etwaigen Haftungsrisiken sollten die Gesellschafter in dem Beschluss ausdrücklich hervorheben, dass bislang noch keine Verteilung des Vermögens der Gesellschaft erfolgt ist.“

Tatsächlich dürfte es – da der BGH in seiner Entscheidung dem Beschwerdegericht eine umfassende Handlungsanweisung an die Hand gegeben hat

– nahe liegen, dass der BGH eine „Heilung“ der Vermögensverteilung durch Rückzahlung erwähnt hätte, wenn dies nach seiner Ansicht die Möglichkeit der Fortsetzung der Gesellschaft (erneut) begründen würde.

Auch wenn die Rechtslage insoweit noch nicht als abschließend geklärt anzusehen ist, bleibt damit jedenfalls zu beachten, dass die derzeitige h.M. es **nicht als ausreichend erachtet, wenn eine vollständige Rückzahlung erfolgt ist und dies in der Handelsregisteranmeldung versichert** wird (so der an sich überzeugende Vorschlag von Scholz/Scheller, § 60 Rn. 99 und 108, der i.E. zu Recht das Erfordernis einer „Nämlichkeit der Mittel“ ablehnt und lediglich eine betragsmäßige Übereinstimmung fordert).

3. Fazit

Eine Fortsetzung der Gesellschaft kommt nur dann in Betracht, wenn die Gesellschaft nicht überschuldet ist und mit der Vermögensverteilung an die Gesellschafter noch nicht begonnen wurde. Auch eine Wiederherstellung der Fortsetzungsmöglichkeit durch Rückzahlung dürfte nach h.M. ausscheiden. Insofern ist die aufgeworfene Frage dahingehend zu beantworten, dass eine Fortsetzung der Gesellschaft zum Zwecke der Verschmelzung nicht in Betracht kommen dürfte.