
Datum: 27.04.2021
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 3. Zivilsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 3 Wx 65/21
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2021:0427.3WX65.21.00

Vorinstanz: Amtsgericht Duisburg

Tenor:

Das Rechtsmittel wird zurückgewiesen.

Geschäftswert: 5.000 €.

-
- Gründe:** 1
- I. 2
- Als Geschäftsführer der betroffenen Gesellschaft ist seit ihrer erstmaligen Eintragung 2013 der Beteiligte eingetragen. Im Rahmen der Prüfung zur Einleitung eines Gewerbeuntersagungsverfahrens gegen ihn wurde dem Ordnungsamt der Stadt Duisburg bekannt, dass er mit Rechtskraft zum 27. August 2016 wegen zuletzt 2012 begangenen Betruges in 898 Fällen, wobei es in 338 Fällen beim Versuch blieb, zu einer Freiheitsstrafe von 1 Jahr 6 Monaten verurteilt wurde. Hiervon unterrichtete das Amt das Registergericht unter dem 2. November 2020. 3
- Mit Schreiben vom 11. November 2020 hat das Registergericht dem Beteiligten mitgeteilt, es sei beabsichtigt, seine Eintragung als Geschäftsführer zu löschen, da seine Eintragung infolge eines Amtsunfähigkeitstatbestandes unzulässig geworden sei. Hiergegen hat der Beteiligte fristgerecht Widerspruch eingelegt. Auf die Ausführungen in dessen Begründung hin hat ihn das Registergericht mit Datum vom 10. Dezember 2020 unter anderem auf folgendes hingewiesen: Eine Tätigkeit als Geschäftsführer komme für den Beteiligten frühestens ab dem 28. August 2021 wieder in Betracht; bis dahin müsse, solle eine Führungslosigkeit der GmbH vermieden werden, eine andere Person als Geschäftsführer bestellt werden und der Beteiligte als Geschäftsführer ausscheiden; erfolge dies nicht, werde das Gericht den Widerspruch kostenpflichtig zurückweisen und den Beteiligten als 4

Geschäftsführer löschen. Eine dem Beteiligten zunächst bis zum 30. Dezember 2020 gesetzte Äußerungsfrist hat das Registergericht auf dessen Bitte alsdann bis zum 1. Februar 2021 verlängert, ferner hat es nach Ankündigung eines Beurkundungstermins zum 4. Februar 2021 bis zur 6. Kalenderwoche zugewartet. In dieser Zeit ist die notariell beglaubigte Anmeldung der Eintragung der im hiesigen Beschlusseingang Bezeichneten als weitere – einzelvertretungsberechtigte, von § 181 BGB befreite – Geschäftsführerin bei Gericht eingegangen; die antragsgemäße Eintragung im Handelsregister ist am 17. Februar 2021 erfolgt.	
Durch die angefochtene Entscheidung hat das Registergericht den Widerspruch des Beteiligten gegen die Löschungsankündigung zurückgewiesen.	5
Hiergegen wendet er sich mit seinem unter dem 19. März 2021 begründeten Rechtsmittel. Das Registergericht hat diesem Rechtsmittel mit weiterem Beschluss vom 25. März 2021 nicht abgeholfen und die Sache dem Beschwerdegericht zur Entscheidung vorgelegt.	6
Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Akten Bezug genommen.	7
II.	8
Das Rechtsmittel des Beteiligten ist als Beschwerde statthaft (§§ 395 Abs. 3, 393 Abs. 3 Satz 2 und 1 FamFG) und infolge der vom Registergericht ordnungsgemäß erklärten Nichtabhilfe dem Senat zur Entscheidung angefallen (§ 68 Abs. 1 Satz 1, 2. Halbs. FamFG).	9
Die Zulässigkeit der Beschwerde im übrigen sei unterstellt. Diese Möglichkeit ist eröffnet, da sich im vorliegenden Verfahren eine Verwerfung und eine Zurückweisung einer Beschwerde weder bezüglich der Rechtskraft, noch hinsichtlich der Folge für die (Gerichts-)Kosten unterscheiden und der Beteiligte mit Schriftsatz vom 31. März 2021 deutlich gemacht hat, das vom Amtsgericht geäußerte Bedenken gegen die Zulässigkeit nicht zur Grundlage einer Rechtsmittellücknahme machen zu wollen.	10
In der Sache erweist sich die Beschwerde jedoch als unbegründet. Zu Recht beabsichtigt das Registergericht, die Eintragung des Beteiligten als Geschäftsführer der betroffenen Gesellschaft zu löschen.	11
Ist eine Eintragung im Register wegen des Mangels einer wesentlichen Voraussetzung unzulässig, kann das Registergericht sie von Amts wegen löschen, § 395 Abs. 1 Satz 1 FamFG.	12
1.	13
Das Tatbestandserfordernis dieser Vorschrift ist, was auch die Beschwerde nicht in Zweifel zieht, hier erfüllt.	14
Nach § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3e), 1. Fall GmbHG kann Geschäftsführer einer GmbH nicht sein, wer nach § 263 StGB zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr verurteilt worden ist, wobei dieser Ausschluss regelmäßig für die Dauer von fünf Jahren seit der Rechtskraft des Urteils gilt. Unerheblich ist, ob die Strafe zur Bewährung ausgesetzt worden ist (statt aller: Baumbach/Hueck-Beurskens, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 6 Rdnr. 21 m.w.Nachw.). Liegt der besagte gesetzliche Ausschlussgrund vor, ist eine dennoch erfolgte Bestellung nichtig, tritt er nachträglich ein, hat dies den sofortigen Amtsverlust zur Folge, ohne dass eine Abberufung erforderlich wäre (Michalski u.a. – Tebben, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 6 Rdnr. 88 f; Rowedder/Schmidt-Leithoff – Schmidt-Leithoff, GmbHG, 6. Aufl. 2017, § 6 Rdnr. 29; Scholz-	15

Schneider/ Schneider, GmbHG, 12. Aufl. 2018 ff, § 6 GmbHG Rdnr. 38; MK-Goette, GmbHG, 3. Aufl. 2018, § 6 Rdnr. 45).	
Hier hat der Beteiligte nachträglich sein Amt verloren, als er 2016 zu einer Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr wegen Betruges (§ 263 StGB) verurteilt wurde.	16
2.	17
Auch wenn die Voraussetzungen vorliegen, ist das Registergericht zu einer Löschung von Amts wegen nur berechtigt („kann“), nicht verpflichtet.	18
Steht dem Registergericht danach ein Entschließungsermessen zu, mag fraglich erscheinen, in welchem Umfang der Senat als Beschwerdegericht insofern zur Nachprüfung berufen ist. Das kann indes hier dahingestellt bleiben. Denn weder sind Ermessensfehler des Registergerichts feststellbar, noch würde der Senat, stünde ihm ein eigenes Ermessen zu, dieses anders ausüben als das Amtsgericht. Dessen Absicht, im vorliegenden Fall die Geschäftsführereintragung des Beteiligten zu löschen, ist nicht zu beanstanden.	19
Eine Löschung nach § 395 FamFG ist veranlasst, wenn das Fortbestehen der Eintragung Schädigungen Dritter zur Folge haben kann oder dem öffentlichen Interesse widerspräche; sie kann unterbleiben, wenn sie niemandem nützt, aber schwere wirtschaftliche Nachteile für den Betroffenen mit sich bringt (Keidel-Heinemann, FamFG, 20. Aufl. 2020, § 395 Rdnr. 28 m.w.Nachw.). Durch § 6 Abs. 2 GmbHG soll sichergestellt werden, dass zu Geschäftsführern nur Personen bestellt werden, die zu einer ordnungsgemäßen Geschäftsführung bereit und in der Lage sind. Damit dient die Vorschrift nicht nur den Interessen der Gesellschafter, sondern auch dem Schutz von Gläubigern und Dritten, gerade dann, wenn sie sich auf die Publizität des Handelsregisters verlassen. Daher ist, falls eine zum Geschäftsführer bestellte Person die gesetzlichen Anforderungen nicht erfüllt, deren Löschung als Geschäftsführer aus dem Handelsregister erforderlich; im Kommentarschrifttum wird dies verbreitet dahin formuliert: bei nachträglichem Eintritt eines Ausschlussgrundes „ist“ zu löschen (zu Vorstehendem: OLG Naumburg FGPrax 2000, 121 f – juris-Version Tz. 15; OLG Zweibrücken NJW-RR 2001, 1689 f – juris-Version Tz. 6; Tebben a.a.O., Rdnr. 89; Schmidt-Leithoff a.a.O.; Schneider/Schneider a.a.O.; vgl. auch BayObLG NJW-RR 1989, 934 f – insbes. juris-Version Tz. 27).	20
An diesen Gegebenheiten geht die Argumentation des Beteiligten weitgehend vorbei.	21
Einerseits – vergangenheitsbezogen – geht es nicht darum, ob er im Hinblick auf die Verurteilung vom Registergericht aus einem Amt, das er derzeit noch innehätte, zu entfernen wäre; bei einer derartigen Frage wäre es möglicherweise angebracht, den Zeitraum seit Tatbegehung und eine seitdem etwa gezeigte Rechtstreue in den Blick zu nehmen. Vielmehr ist entscheidend, den Gefahren zu begegnen, die daraus folgen, dass die Eintragungen zu der betroffenen Gesellschaft im Handelsregister in einem ganz wesentlichen Punkte, nämlich bei der organschaftlichen Vertretung, schon jetzt falsch sind (und nicht erst werden sollen), dies mit allen Folgen für den Geschäfts- und Rechtsverkehr. Für welchen Zeitraum sie als falsch zu gelten haben, hat der Gesetzgeber durch die Festsetzung der Fünfjahresfrist vorgegeben. Aus diesen Gründen kommt es erst recht nicht auf die Dauer des zur Verurteilung führenden Ermittlungsverfahrens an.	22
Andererseits – zukunftsbezogen – lässt sich nicht sagen, die Löschung nütze niemandem und stelle eine bloße Förmerei dar. Da sich die Unrichtigkeit des Registers zu den Vertretungsverhältnissen zu jedem Zeitpunkt auswirken kann, kommt es nicht darauf an, ob	23

die durch die Löschung geschaffene Registerlage voraussichtlich für einen bestimmten Mindest-Zeitraum Bestand haben wird, also „genügend lange“ (hier nur wenige Monate) vor Ablauf der Fünfjahresfrist vollzogen wird. Ob insofern anders zu urteilen wäre, ließe sich feststellen, dass das Lösungsverfahren selbst vom Gericht verzögert betrieben worden wäre, kann unentschieden bleiben; denn so liegen die Dinge erkennbar nicht: Wie der Sachverhaltsdarstellung oben unter I. zu entnehmen, hat der einzige größere Zeitraum zwischen den gesetzlich vorgegebenen Verfahrensschritten auf Gesuchen des Beteiligten um Fristverlängerung bzw. Einräumung einer weiteren Frist beruht.

Ferner sind außergewöhnliche wirtschaftliche Belastungen für den Beteiligten oder die Gesellschaft jedenfalls nunmehr nicht feststellbar, nachdem – der Anregung des Registergerichts folgend – die organschaftliche Handlungsfähigkeit der GmbH durch Bestellung einer „weiteren“ „einzelnvertretungsberechtigten“ Geschäftsführerin sichergestellt worden ist und überdies die beabsichtigte Löschung als solche es dem Beteiligten ohnehin nicht unmöglich macht, im Unternehmen noch Funktionen wahrzunehmen, namentlich – in anderer rechtlicher Stellung – nach außen aufzutreten. 24

III. 25

Einer Entscheidung über die Kosten des Beschwerdeverfahrens bedarf es nicht. Die Tragung der Gerichtskosten ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz (§§ 22 Abs. 1, 25 Abs. 1 GNotKG), und eine Anordnung der Erstattung außergerichtlicher Kosten scheidet bereits deshalb aus, weil dem Beschwerdeführer kein im entgegengesetzten Sinne Beteiligter gegenübersteht. 26

Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Rechtsbeschwerde nach § 70 Abs. 2 Satz 1 FamFG liegen nicht vor. 27

Die Wertfestsetzung findet ihre Grundlage in §§ 61 Abs. 1 Satz 1, 36 Abs. 3 GNotKG. 28