
Datum: 14.11.2006
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 15. Zivilsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 15 W 95/06
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2006:1114.15W95.06.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 41 T 1/06

Tenor:

Unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels wird der angefochtene Beschluss teilweise aufgehoben und wie folgt neu gefasst:

Auf die erste Beschwerde des Beteiligten zu 2) wird der Beschluss des Amtsgerichts vom 04.01.2006 abgeändert.

Die Zurückweisung der Anmeldung vom 23.12.2005 wird durch folgende Zwischenverfügung ersetzt:

Dem Vollzug der Anmeldung stehen derzeit die Hindernisse entgegen, dass

- die Anmeldung entgegen § 12 Abs.1 HGB nicht öffentlich beglaubigt

ist,

- eine öffentlich beglaubigte Unterschriftzeichnung entsprechend §§

39 Abs.4 GmbHG, 12 Abs.1 HGB nicht vorliegt, und

- die Verfügung der Bundesanstalt für
Finanzdienstleistungsaufsicht

vom 22.12.2005 weder in Ausfertigung, noch in öffentlich

beglaubigter Abschrift vorgelegt worden ist.

Zur Behebung der Eintragungshindernisse durch Vorlage der entsprechenden Unterlagen wird dem Beteiligten zu 2) eine Frist von einem Monat ab Zustellung der Entscheidung gesetzt.

Der Gegenstandswert für das Verfahren der weiteren Beschwerde wird auf 10.000 € festgesetzt; er beträgt im Umfang der Zurückweisung des Rechtsmittels 2.000 €.

Gründe	1
I.)	2
Die Beteiligte zu 1) hat nach Einschätzung der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BAFin) unerlaubte Bankgeschäfte im Sinne des KWG betrieben. Die BAFin hat deshalb am 22.12.2005 gegen die Beteiligte zu 1) eine Verfügung erlassen, durch die u.a.	3
• der Beteiligte zu 1) aufgegeben wird, ihren Geschäftsbetrieb sofort einzustellen, soweit sie das Einlagen- und Kreditgeschäft betreibt, • der Beteiligte zu 1) die Werbung für die unerlaubte Tätigkeit untersagt wird, • die sofortige Abwicklung der unerlaubt betriebenen Geschäfte angeordnet wird, • der Beteiligte zu 2) zum Abwickler der ohne die erforderliche Erlaubnis betriebenen Geschäfte bestellt und ihm die Befugnisse eines Geschäftsführers der Beteiligten zu 1) für sämtliche Maßnahmen übertragen wird, die zur Abwicklung der unerlaubt betriebenen Geschäfte notwendig seien.	4
Mit Schreiben vom 23.12.2005 beantragte der Beteiligte zu 2) unter Vorlage einer von ihm anwaltlich beglaubigten Abschrift der Verfügung der BAFin seine Bestellung zum Abwickler in das Handelsregister einzutragen. Das Registergericht wies zunächst auf Bedenken gegen diese Eintragung hin und gab dem Beteiligten zu 2) Gelegenheit zur ergänzenden Stellungnahme. Nachdem dieser auf seinem Antrag beharrte und sich u.a. auf die Handhabung bei anderen Registergerichten berief, hat das Amtsgericht den Antrag durch Beschluss vom 04.01.2006 zurückgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass die Eintragung des Abwicklers nach § 37 KWG gesetzlich nicht vorgesehen sei.	5
Gegen die Entscheidung des Amtsgerichts hat der Beteiligte zu 2) Beschwerde erhoben. Zu Begründung hat er u.a. die Auffassung vertreten, es bestehe ein unabweisbares Bedürfnis dafür, den Geschäftsverkehr darüber zu unterrichten, dass er in seiner Eigenschaft als Abwickler <u>allein</u> zur Vertretung der Gesellschaft befugt sei, weil deren Geschäftstätigkeit ausschließlich in unerlaubten Geschäften bestanden habe, die nunmehr abzuwickeln seien. Das Landgericht hat die Beschwerde durch Beschluss vom 08.02.2006 (veröffentlicht in WM 2006, 621) zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde des Beteiligten zu 2), der die Beteiligte zu 1) entgegen tritt.	6
II.)	7

Die weitere Beschwerde ist nach den §§ 27, 29 FGG statthaft sowie formgerecht eingelegt.

Die Beschwerdebefugnis des Beteiligten zu 2) ergibt sich daraus, dass seine Erstbeschwerde ohne Erfolg geblieben ist.

In der Sache ist die weitere Beschwerde begründet, da die Entscheidung des Landgerichts auf einer Verletzung des Rechts beruht, § 27 FGG.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist das Landgericht offenbar von einer zulässigen Erstbeschwerde ausgegangen. Dabei hat sich das Landgericht allerdings nicht näher mit der Frage der Beschwerdebefugnis (§ 20 FGG) auseinandergesetzt. Soweit es um die Zurückweisung einer Anmeldung zum Handelsregister geht, folgt die Beschwerdebefugnis grundsätzlich der Antragsbefugnis (Senat NJW-RR 2005, 629). Anmelde- bzw. Antragsbefugnis hinsichtlich Eintragungen, die die Vertretungsverhältnisse einer GmbH betreffen, sind grundsätzlich die Geschäftsführer in vertretungsberechtigter Zahl (§ 78 GmbHG). Bereits die Antrags- und Beschwerdebefugnis des Beteiligten zu 2) setzt daher die Feststellung voraus, dass diesem die Befugnisse eines Geschäftsführers der Beteiligten zu 1) zustehen. Dies ist aus den noch zu erörternden Gründen aufgrund der Verfügung der BaFin vom 22.12.2005 zu bejahen.

Gegenstand der vom Senat zu treffenden Entscheidung ist ausschließlich der erstinstanzlich gestellte Antrag des Beteiligten zu 2), seine Bestellung als Abwickler durch Eintragung im Handelsregister zu verlautbaren. Der im Erstbeschwerdeverfahren vertretene Auffassung des Beteiligten zu 2), er sei nunmehr als alleiniger gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft im Handelsregister zu verlautbaren, kann der Senat nicht den weitergehenden Antrag entnehmen, die eingetragenen Geschäftsführer der Gesellschaft zu löschen, obwohl die von ihm in Anspruch genommene Rechtsposition konsequent zu einem solchen Antrag führen müsste. Denn ein solcher Antrag wäre bereits unzulässig, weil im Beschwerdeverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine verfahrensgegenständliche Erweiterung des gestellten Antrags über den Gegenstand der erstinstanzlichen Entscheidung hinaus unzulässig ist (vgl. Keidel/Sternal, FG, 15. Aufl., § 23, Rdnr. 7).

In der Sache hält die landgerichtliche Entscheidung der rechtlichen Prüfung letztlich nicht stand. Im Ansatz zutreffend ist das Landgericht davon ausgegangen, dass die registerrechtliche Eintragungsfähigkeit einer Tatsache nicht von einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung abhängig ist. Dies entspricht seit der Grundsatzentscheidung des Reichsgerichts vom 30.09.1944 (DNotZ 1944, 195f) der ganz h.A. in Rechtsprechung und Literatur (vgl. etwa BGH NJW 1992, 1452 = DNotZ 1993, 176; NJW 1998, 1071; KG NJW-RR 1996, 227; OLG Hamburg DNotZ 1986, 1451; OLG Sachsen-Anhalt ZIP 1993, 1500; Ebenroth/Boujong/Joost, HGB, 2001, § 8 Rdn.58; Baumbach/Hopt, HGB, 32. Aufl., § 8 Rdn.5). Wie das Landgericht weiter zutreffend ausgeführt hat, lässt sich die gesetzlich nicht ausdrücklich bestimmte Eintragungsfähigkeit einer Tatsache nur aus der Funktion des Handelsregisters herleiten, die Verhältnisse einer Gesellschaft oder –allgemein ausgedrückt– eines im Handelsregister eingetragenen Rechtssubjekts im Interesse des Handelsverkehrs zutreffend abzubilden (BGH DNotZ 1993, 176, 180). Dabei ist, wie das Landgericht zutreffend herausgestellt hat, im Hinblick auf die strenge Formalisierung des Registerrechts und die notwendige Übersichtlichkeit des Handelsregisters Zurückhaltung geboten (BGH a.a.O.). Erforderlich ist danach regelmäßig ein dringendes Bedürfnis des Rechtsverkehrs hinsichtlich der Publizierung der betreffenden Tatsache (BGH NJW 1998, 1071; KG a.a.O.).

Nicht zu folgen vermag der Senat dem Landgericht insoweit, als dieses ein dringendes Bedürfnis an der registerrechtlichen Publizierung mit der Begründung verneint hat, dass die BAFin die Bestellung des Abwicklers gemäß § 37 Abs.1 S.3 KWG veröffentlichen könne. Dies ist nach Auffassung des Senats der falsche Blickwinkel. Ob ein dringendes Bedürfnis für die registerförmige Publizierung besteht, beurteilt sich alleine aus der Sicht des Rechtsverkehrs. Jeder, der Geschäftsbeziehungen mit der Gesellschaft anzuknüpfen gedenkt, soll unschwer erkennen können, wie die Vertretungsverhältnisse der Gesellschaft geregelt sind, ob er also mit der Gültigkeit oder Ungültigkeit des in Aussicht genommenen Geschäfts zu rechnen hat (BGH NJW 1980, 932, 933; OLG Hamburg a.a.O.). Dem einzelnen Teilnehmer am Rechtsverkehr gegenüber ist die BAFin mit Rücksicht auf § 4 Abs.4 FinDAG jedoch allenfalls mittelbar verpflichtet (vgl. BGH NJW 2005, 742ff), während eine extensive "Informationspolitik" andererseits Haftungsrisiken bezogen auf das betroffene Unternehmen birgt. Schon deshalb vermögen die öffentlich-rechtlichen Handlungsbefugnisse der BAFin also nicht sicherzustellen, dass der Rechtsverkehr über ihre Maßnahmen in hinreichendem Maße informiert wird, da ihre "Informationspolitik" hinter ihren tatsächlichen Eingriffen in die Geschäftsführung des betroffenen Unternehmens durchaus zurückbleiben kann. Ob aus der Sicht des Handelsverkehrs ein erhebliches Bedürfnis nach der registerförmigen Publizierung der Abwicklerbestellung besteht, muss daher unabhängig von den Veröffentlichungsmöglichkeiten der BAFin nach den Auswirkungen der Abwicklerbestellung auf den allgemeinen Rechtsverkehr beurteilt werden.

Insoweit geht der Senat davon aus, dass der Beteiligte zu 2) aufgrund der Verfügung der BAFin vom 22.12.2005 die Stellung eines Geschäftsführers der Beteiligten zu 1) im Sinne der §§ 35 ff GmbHG erlangt hat. Durch die genannte Verfügung, einem Verwaltungsakt im Sinne des § 35 VwVfG, sind dem Beteiligten zu 2) ausdrücklich die Befugnisse eines Geschäftsführers übertragen worden. Die Verfügung ist gemäß 49 KWG sofort vollziehbar. An derartige Verwaltungsakte sind die Gerichte der freiwilligen Gerichtsbarkeit gebunden (Keidel/Schmidt, FG, 15.Aufl., § 1 FGG Rdn.45). Für eine Nichtigkeit der Verfügung (§ 44 VwVfG) bestehen keine Anhaltspunkte.

Fraglich kann danach allenfalls sein, ob § 37 KWG, dessen Handlungsbefugnisse die BAFin jedenfalls nicht überschreiten wollte, tatsächlich die (öffentlich-rechtliche) Bestellung eines Geschäftsführers im engeren gesellschaftsrechtlichen Sinn ermöglicht. Dies ist zu bejahen. Zwar lässt sich dem Wortlaut des § 37 Abs.1 S.2 KWG nicht unmittelbar entnehmen, welche rechtlichen Kompetenzen dem Abwickler zukommen können, jedoch wird die Vorschrift schon aufgrund ihrer Entstehungsgeschichte (vgl. insbesondere BR-Drucks. 963/96 S.91) in der Rechtsprechung einhellig so verstanden, dass dem Abwickler die Befugnisse eines Geschäftsführers im Sinne des vertretungsberechtigten Organs einer Gesellschaft zukommen (BGH NJW-RR 2003, 1630; Hess.VGH NJW-RR 2005, 1643; ZIP 2005, 1915; vgl. auch BGH ZIP 2006, 1454). Hierfür spricht auch der erklärte Zweck der Neufassung des § 37 KWG durch das "Gesetz zur Umsetzung von EG-Richtlinien zur Harmonisierung bank- und wertpapieraufsichtsrechtlicher Vorschriften vom 22.10.1997". Nach der Begründung des Entwurfs (vgl. oben) kam es dem Gesetzgeber nämlich darauf an, durch die Regelungen des § 37 KWG dem gemeinschaftsrechtlichen Gebot einer effektiven Durchsetzung der Richtlinieninhalte zu entsprechen. Da ein effektives "Abwickeln" verbotener, aber wirksamer Rechtsgeschäfte praktisch auch die Fähigkeit zu rechtsgeschäftlichem Handeln im Außenverhältnis erfordert, kann § 37 KWG auch unter diesem Gesichtspunkt nur so verstanden werden, dass dem Abwickler die Geschäftsführerposition im Sinne der rechtsgeschäftlichen Handlungsfähigkeit soll übertragen werden können. Der Vollständigkeit halber sei bemerkt, dass er dabei nach dem Gesetzeszweck notwendigerweise als einzelvertretungsberechtigt angesehen werden muss, da die Übertragung der

Geschäftsführerbefugnisse ja gerade voraussetzt, dass die ordentlichen Geschäftsführer eine ordnungsgemäße Abwicklung nicht gewährleisten.

Muss man somit davon ausgehen, dass der Beteiligte zu 2) die Befugnisse eines Geschäftsführers der Beteiligten zu 1) hat, so folgt die Zulässigkeit der Eintragung in das Handelsregister, wenn nicht unmittelbar aus § 39 Abs.1 GmbHG, so doch aus der hier zum Ausdruck kommenden Wertung, welche Bedeutung der organschaftlichen Vertretungsmacht für den Rechtsverkehr zukommt. Entgegen der Auffassung der Beteiligten zu 1) und des Landgerichts kann es dabei nicht darauf ankommen, dass dem Abwickler die Geschäftsführerbefugnisse nur zum Zwecke der Abwicklung der verbotenen Geschäfte übertragen werden können. Dies ergibt sich nach Auffassung des Senats aus Folgendem:

Die Befugnisse des Abwicklers leiten sich von den Eingriffsbefugnissen der BAFin gemäß § 37 KWG ab, die ihrerseits als ordnungsbehördliche Befugnisse an den Grundsätzen der Erforderlichkeit und Angemessenheit ausgerichtet werden müssen. Was der Abwickler danach öffentlich-rechtlich darf, hängt im Wesentlichen davon ab, was sich nach den Gegebenheiten des Einzelfalls als notwendig erweist, um die unerlaubten Geschäfte effektiv abzuwickeln. Diese Frage betrifft jedoch allein die öffentlich-rechtlichen Beziehungen zwischen der BAFin und dem Abwickler auf der einen sowie dem betroffenen Unternehmen auf der anderen Seite. Im Außenverhältnis sind die Befugnisse des organschaftlichen Vertreters einer Handelsgesellschaft hingegen nicht beschränkbar (vgl. §§ 37 GmbHG, 126 Abs.2 HGB, 82 AktG, 27 Abs.2 GenG). Dies muss, wenn man ihm die Stellung eines Geschäftsführers zugesteht, auch für den Abwickler gemäß § 37 KWG gelten. Hierfür spricht einerseits der notwendige Schutz des Rechtsverkehrs, der durch die vorgenannten Vorschriften gewährleistet werden soll. Aber auch der o.a. Zweck eines effizienten ordnungsbehördlichen Handelns legt ein solches Verständnis nahe. Denn es liegt auf der Hand, dass eine effektive Tätigkeit des Abwicklers kaum möglich ist, wenn er im Einzelfall gegenüber einem Außenstehenden nachweisen müsste, dass ein in Aussicht genommenes Rechtsgeschäft durch den Zweck der Abwicklung gedeckt ist und deshalb von ihm mit Wirkung für die betroffene Gesellschaft vorgenommen werden kann. Unter beiden Gesichtspunkten erscheint es vielmehr geboten, die rechtsgeschäftlichen Handlungsmöglichkeiten des Abwicklers als im Außenverhältnis unbeschränkt anzusehen. Überschreitet der Abwickler dabei seine im öffentlich-rechtlichen Innenverhältnis beschränkten Befugnisse, so ist die BAFin verpflichtet, dies durch entsprechende Weisungen zu unterbinden, was das betroffene Unternehmen ggf. im Wege verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes erzwingen kann (vgl. hierzu Hess. VGH NJW-RR 2005, 1915ff).

Der Eintragungsfähigkeit der Bestellung eines Abwicklers gemäß § 37 KWG kann schließlich auch nicht entgegen gehalten werden, dass hier eine ausdrückliche Regelung fehlt, während die Registereintragung etwa in § 38 KWG ausdrücklich geregelt worden ist. Eine solche Annahme ist schon deshalb nicht zwingend, weil die Abwicklung gemäß § 38 KWG die Liquidation des betroffenen Unternehmens meint. Von daher ist die Regelungsnotwendigkeit hinsichtlich des registerrechtlichen Verfahrens offensichtlich. Dem gegenüber muss eine Abwicklerbestellung gemäß § 37 KWG nicht zwingend zur Übertragung von Geschäftsführerbefugnissen führen. Maßgebend ist vielmehr immer die konkrete Verfügung der BAFin (vgl. Hess. VGH ZIP 2005, 1915ff). Da jedoch schon die bloße Möglichkeit der Übertragung von Geschäftsführungsbefugnissen im Gesetzeswortlaut des § 37 KWG keinen ausdrücklichen Niederschlag gefunden hat, kann aus dem Fehlen registerrechtlichen Regelungen nicht auf die Unzulässigkeit der Registereintragung geschlossen werden.

Klarstellend bleibt hinzuzufügen, dass die Bestellung eines Abwicklers gem. § 37 Abs. 1 KWG nicht zu einer Verdrängung der gesetzlichen Vertretungsbefugnis der auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage bestellten und weiterhin im Handelsregister eingetragenen Geschäftsführer der Gesellschaft führt (BGH ZIP 2006, 1454). Die Abgrenzung der Geschäftsführungsbefugnisse der Geschäftsführer einerseits und des Abwicklers andererseits kann ausschließlich öffentlich-rechtlich geregelt werden.

Nach alledem kann die angefochtene Entscheidung keinen Bestand haben. Eine abschließende Entscheidung im Sinne der Anordnung der Eintragung ist dem Senat jedoch nicht möglich, da die Anmeldung des Beteiligten zu 2) an den im Tenor näher bezeichneten formellen Mängeln leidet. Bejaht man nämlich im Interesse des Rechtsverkehrs die registerrechtliche Eintragungsfähigkeit der Bestellung eines Abwicklers, wenn ihm die Befugnisse eines Geschäftsführers übertragen sind, so muss man konsequenterweise auch diejenigen formellen Anforderungen an die Anmeldung des Abwicklers stellen, die das Gesetz für die Anmeldung des Geschäftsführers vorsieht, soweit diese nicht aufgrund der Besonderheiten des Bestellungsverfahrens entbehrlich erscheinen. Aus Sicht des Senats ist danach zunächst zur Verifizierung der Urheberschaft der Anmeldung und der Information des Rechtsverkehrs die öffentliche Beglaubigung der Anmeldung, die Zeichnung der Unterschrift und deren öffentliche Beglaubigung erforderlich (§ 12 Abs.1 HGB i.V.m. § 39 Abs.4 GmbHG analog). Darüber hinaus erscheint auch die Vorlage der Bestellungsverfügung in Urschrift/Ausfertigung oder öffentlich beglaubigter Abschrift erforderlich (§ 39 Abs.2 GmbHG analog). Dies auch deshalb, weil dem Registergericht nur so die Prüfung ermöglicht wird, ob dem Abwickler im Einzelfall tatsächlich die Befugnisse eines Geschäftsführers übertragen worden sind. Entbehrlich erscheinen im Hinblick auf die öffentlich-rechtliche Grundlage der Bestellung hingegen die Angaben nach § 39 Abs.3 GmbHG.

Da es sich bei den vorgenannten formellen Mängeln um behebbare Eintragungshindernisse handelt, war gemäß § 26 S.2 HRV der Erlass einer Zwischenverfügung in Betracht zu ziehen. Da die Vorinstanzen diese Überlegung, von ihrem Standpunkt aus konsequent, nicht angestellt und damit ihr Ermessen hinsichtlich der Wahl zwischen dem Erlass einer Zwischenverfügung und der sofortigen Zurückweisung nicht ausgeübt haben, steht diese Entscheidung nunmehr dem Senat zu, der dabei auch zu einer eigenen Ermessensausübung befugt ist (vgl. Senat GmbHR 2006, 255ff m.w.N.). Auf dieser Grundlage hat sich der Senat für den Erlass einer Zwischenverfügung entschieden, da allein leicht behebbare formelle Eintragungshindernisse vorliegen.

Nach einer Behebung der vorbezeichneten Eintragungshindernisse wird die Fassung des Registereintrags im pflichtgemäßen Ermessen des Registergerichts stehen (vgl. Keidel/Krafka/Willer, Registerrecht, 6.Aufl. Rdn.76). Im Hinblick auf die von Seiten des Beteiligten zu 2) vorgelegten Eintragungen anderer Registergerichte weist der Senat jedoch vorsorglich darauf hin, dass die Eintragung so gestaltet sein muss, dass die Befugnisse der vertretungsberechtigten Person für jedermann ohne Schwierigkeiten aus dem Handelsregister zu entnehmen ist, und zwar auch für denjenigen, der mit den nationalen Rechtsvorschriften nicht vertraut ist (BGH NJW 1998, 1071, 1072). Unzureichend wäre danach die bloße Eintragung der Abwicklerbestellung unter Bezugnahme auf § 37 KWG und/oder die Verfügung der BAFin. Ebenso sind interne Beschränkungen der Vertretungsmacht, die nicht auf das Außenverhältnis durchschlagen, nicht zu verlautbaren, da dies den notwendigen Verkehrsschutz eher in Frage stellen würde (BGH a.a.O. S.1071). Ohne dem Registergericht vorgreifen zu wollen, könnte sich der Senat daher eine Formulierung vorstellen, wonach der Beteiligte zu 2) "zum Abwickler gemäß § 37 KWG mit den Befugnissen eines einzelvertretungsberechtigten Geschäftsführers" bestellt worden ist.

