
Datum: 26.05.2010
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 2. Zivilsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 2 Wx 53/10
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2010:0526.2WX53.10.00

Tenor:

Auf die befristete Beschwerde des Beteiligten vom 26. März 2010 wird der Beschluss des Rechtspflegers des Amtsgerichts Aachen - Registergerichts - vom 19. März 2010 aufgehoben, soweit der Einspruch gegen die Zwangsgeldandrohung vom 12. Januar 2010 zurückgewiesen und gegen den Beteiligten ein Zwangsgeld von 500 € festgesetzt worden ist.

Im Verfahren vor dem Oberlandesgericht werden Gerichtskosten nicht erhoben.

Gründe

1.

Der Beteiligte ist geschäftsführender Mitgesellschafter der im Handelsregister des Amtsgerichts Aachen eingetragenen GmbH, die ihre gewerbliche Tätigkeit eingestellt hat und sich in Liquidation befindet. Am 19. November 2009 wurde in das Handelsregister gemäß § 3 EGGmbHG als inländische Geschäftsanschrift "B. 00, XXXXX C." eingetragen. Diese Anschrift war seitens der Gesellschaft bereits mit Schriftsatz vom 20. Februar 2002 mitgeteilt worden. Nachdem Übersendungen der Eintragungsnachricht an die angegebene Anschrift jeweils mit der Nachricht "Empfänger/Firma unter der angegebenen Anschrift nicht zu ermitteln" scheiterten, wurde der Beteiligte von dem Rechtspfleger des Amtsgericht mit Verfügung vom 1. Dezember 2009 auf die Pflicht zur Anmeldung der neuen inländischen Geschäftsanschrift gemäß §§ 13 Abs. 3 GmbH, 6 Abs. 1, 31 Abs. 1 HGB hingewiesen. Die Mitteilung einer neuen Anschrift erfolgte nicht. Mit nicht unterzeichneter Verfügung vom 12. Januar 2010 (Bl. 133 d.GA.), die mit dem Zusatz *"Dieses Schreiben wurde maschinell erstellt"*

1

2

3

und ist ohne Unterschrift gültig" versehen worden ist, wurde dem Beteiligten gemäß §§ 388 FamFG, 14 HGB unter Androhung eines Zwangsgeldes in Höhe von 500 € aufgegeben, innerhalb einer mit Zustellung beginnenden Frist von 2 Wochen die Änderung der Geschäftsanschrift zur Eintragung in das Handelsregister nachzuholen. Hiergegen legte der Beteiligte mit Schreiben vom 18. Januar 2010, welches am 20. Januar 2010 bei Gericht einging, Einspruch ein.

Diesen Einspruch hat das Amtsgericht mit Beschluss vom 18. März 2010, der am 19. März 2010 erlassen worden ist, zurückgewiesen. Zugleich hat der Rechtspfleger gegen den Beteiligten das andgedrohte Zwangsgeld von 500 € festgesetzt, die Festsetzung eines weiteren Zwangsgeld von 750 € andgedroht, sofern nicht die Verfügung binnen 2 Wochen ab Zustellung des Beschlusses verfolgt werde, sowie gegen den Beschluss das Rechtsmittel der Beschwerde zugelassen. Gegen den am 23. März 2010 (Bl. 144 d.GA.) zugestellten Beschluss hat der Beteiligte mit Schriftsatz seiner Verfahrensbevollmächtigten vom 26. März 2010 (Bl. 145 d.GA.), der am 29. März 2010 bei Gericht eingegangen ist, Beschwerde eingelegt. Das Amtsgericht hat mit Beschluss vom 13. März 2010 der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem Oberlandesgericht vorgelegt. 4

2. 5

a) 6

Auf das vorliegende Verfahren ist nach Art. 111 Abs. 1, 112 Abs. 1 FGG-RG das zum 1. September 2009 in Kraft getretene Verfahrensrecht anzuwenden. Beschwerdegericht ist deshalb hier das Oberlandesgericht, § 119 Abs. 1 Nr. 1 lit. b GVG n.F. 7

Die befristete - vom Registergericht in dem angefochtenen Beschluss zugelassene (§ 61 Abs. 2 FamFG) - Beschwerde des Beteiligten (§ 391 FamFG; vgl. auch Keidel/Heinemann, FamFG, 16. Auflage 2009, § 388 Rn. 28; § 391 Rn. 2 ff.) ist statthaft, soweit der Rechtspfleger des Registergerichts in dem Beschluss den Einspruch gegen die Zwangsgeldandrohung vom 12. Januar 2010 zurückgewiesen und gegen den Beteiligten ein Zwangsgeld in Höhe von 500 € festgesetzt hat. Gegen die in dem Beschluss des Rechtspflegers ebenfalls enthaltenen Androhung eines weiteren Zwangsgeldes in Höhe von 750,00 € findet dagegen nicht das Rechtsmittel der Beschwerde zum Senat statt (vgl. auch BayObLGZ 1978, 54; BayObLG, FGPrax 2004, 301). Insoweit ist die in dem Beschluss vom 18. März 2010 erteilte Rechtsbehelfsbelehrung (vgl. zu diesem Begriff § 39 FamFG) falsch. Wenn – wie hier – die Zwangsgeldfestsetzung mit einer erneuten Aufforderung in einem Beschluss verbunden ist, so kann sich die Beschwerde nur gegen die Zwangsgeldfestsetzung richten. Die erneute Androhung hingegen unterliegt nur der Anfechtung mittels Einspruch, über den das Registergericht zu entscheiden hat (vgl. Keidel/Heinemann, aaO, § 390 Rn. 28; § 391 Rn. 5). 8

b) 9

In der Sache hat das Rechtsmittel aus zwei selbstständigen Gründen Erfolg. 10

aa) 11

Eine Aufhebung des Beschlusses des Rechtspflegers, soweit dieser der Überprüfung durch den Senat unterliegt, hat bereits deshalb zu erfolgen, weil das vom Registergericht durchgeführte Verfahren, welches zur Festsetzung des Zwangsgeldes und zur Zurückweisung des Einspruchs geführt hat, fehlerhaft war. Nach § 390 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 12

FamFG ist der Einspruch durch Beschluss zu verwerfen und das angedrohte Zwangsgeld festzusetzen, wenn rechtzeitig Einspruch erhoben worden ist und das Gericht den Einspruch für unbegründet erachtet. Ein Zwangsgeld kann in diesen Fällen indes nur dann festgesetzt werden, wenn, was das Beschwerdegericht eigenständig zu prüfen hat (Keidel/Heinemann, aaO, § 391 Rn 9), zuvor das Zwangsgeld in zulässiger Weise angedroht worden ist (Keidel/Heinemann, aaO, § 390 Rn. 25).

Hieran fehlt es. Eine Androhung des Zwangsgeldes durch einen ausdrücklich gefassten Beschluss befindet sich nicht bei den Akten. Ein entsprechender förmlicher Beschluss (§ 38 FamFG) ist zwar nicht unbedingt notwendig. Für die Androhung von Zwangsgeld ist gesetzlich im FamFG keine besondere Form vorgeschrieben. Es liegt auch keine Endentscheidung vor, mit welcher der Verfahrensgegenstand auch nur teilweise erledigt wird (vgl. § 38 Abs. 1 FamFG). Vielmehr handelt es sich um eine bloße verfahrenseinleitende Verfügung als vorbereitende Nebenentscheidung (so MünchKommZPO/Krafka, 3. Auflage 2010, § 388 FamFG Rn. 23 unter Hinweis auf BT-Drucks. 16/6308, S. 195). Somit kann die Androhung des Zwangsgeldes auch weiterhin in Form einer Verfügung, die in diesem Falle indes mit einer Rechtsbehelfsbelehrung zu versehen ist (vgl. § 39 FamFG), ausgesprochen werden.

Vorliegend fehlt es indes auch an einer entsprechenden existenten Verfügung des Registergerichts. Das bei den Akten befindliche Schreiben des Rechtspflegers vom 12. Januar 2010, in dem die Verhängung eines Zwangsgeldes angedroht wird, ist nicht unterzeichnet worden. Damit kommt dem Schreiben keine Wirkung zu. Gerichtliche Entscheidungen ohne Unterschrift sind nicht existent, sondern stellen lediglich Entwürfe dar (st. Rspr. z.B. Senat, NJW 1988, 2805 betr. einen Beschluss des Rechtspflegers, der nur mit einer Paraphe versehen ist; Senat, Beschluss vom 20. Januar 2010, 2 Wx 109/09). Der in dem Schreiben aufgenommene Vermerk "*Dieses Schreiben wurde maschinell erstellt und ist ohne Unterschrift gültig*", ersetzt nicht die notwendige Unterschrift. Sinn und Zweck des Unterschriftserfordernisses ist die äußere Dokumentation der vom Gesetz geforderten eigenverantwortlichen Prüfung des Inhalts der Entscheidung. Entscheidungen in elektronischer Form sind erst ab dem Zeitpunkt möglich, in dem die Länder durch Rechtsverordnung diese Möglichkeit geschaffen haben. Voraussetzung für eine entsprechende Entscheidung ist – wenn diese grundsätzlich zugelassen worden ist –, dass die Entscheidung mit einer qualifizierten elektronischen Signatur nach dem SignG versehen ist. Dies ist hier nicht geschehen. Abgesehen davon hat das Land Nordrhein-Westfalen von der gesetzlich vorgesehenen Möglichkeit der Zulassung von Entscheidungen in elektronischer Form noch keinen Gebrauch gemacht.

Die Voraussetzungen für die grundsätzlich mögliche Heilung des Mangels sind vorliegend schon deshalb nicht gegeben, da auch die zu dem Schreiben verfasste Verfügung nicht von dem Rechtspfleger unterzeichnet, sondern nur, was indes nicht ausreicht (vgl. Senat. NJW 1988, 2805), mit einer Paraphe versehen ist.

bb)

Zudem scheidet die Verhängung eines Zwangsgeldes nach § 14 HGB i.V.m. §§ 388 ff. FamFG auch deshalb aus, weil die Voraussetzungen für Mitteilung einer neuen inländischen Geschäftsanschrift der Gesellschaft (§§ 13 Abs. 3 GmbHG, 31 Abs. 1 HGB) nicht gegeben sind. Nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) ist bei der Erstanmeldung einer GmbH seit dem 1. November 2008 auch eine inländische Geschäftsanschrift zur Eintragung anzumelden, § 8 Abs. 4 Nr. 1 GmbHG n.F. Die Geschäftsanschrift ist nunmehr Registerinhalt (§ 10 Abs. 1 Satz

1 GmbHG). Hierdurch soll die Zustellung an die Gesellschaft erleichtert werden (OLG München, BB 2009, 572 m.w.N.). Für die zum Stichtag 1. November 2008 bereits im Handelsregister eingetragenen Gesellschaften regelt die Übergangsvorschrift des § 3 Abs. 1 EGGmbHG, ob und ggf. wie diese der Pflicht aus § 8 GmbHG zur Anmeldung einer inländischen Geschäftsanschrift nachzukommen haben. § 3 Abs. 1 Satz 1 EGGmbHG erstreckt die Anmeldepflicht nicht auf alle Altgesellschaften, sondern macht hiervon im 2. Halbs. eine Ausnahme: Die Verpflichtung zur Anmeldung einer inländischen Geschäftsanschrift besteht nicht, wenn die Gesellschaft ihre Anschrift nach § 24 Abs. 2 Satz 1 HRV bereits mitgeteilt und sich diese Anschrift auch nicht geändert hat.

Dies ist hier der Fall. Die Gesellschaft hatte bereits im Jahre 2002 ihre inländische Geschäftsanschrift "B. 00 in C." mitgeteilt. Zudem steht aufgrund der vom Beschwerdegericht von Amts wegen (§ 26 FamFG) durchgeführten Ermittlungen fest, dass sich die Anschrift der in Liquidation befindlichen GmbH nicht geändert hat. Insoweit folgt der Senat den Angaben des von ihm persönlich in dem Termin vom 17. Mai 2010 angehörten Geschäftsführers der Gesellschaft. Dieser hat überzeugend aufgezeigt, dass die nicht mehr werbend tätige Firma nach wie vor in dem Kellergeschoss des Hauses ein Büro unterhält. Dieses verfüge über einen gesonderten Eingang, der über eine – von dem Haupteingang des Hauses aus gesehen – rechts neben dem Haus befindliche Kelleraußentreppe zu erreichen sei. Zudem sei am Eingang ein Briefkasten sowie ein größeres Schild angebracht, welches auf die GmbH hinweise. Für den Senat bestand keine Veranlassung, diesen Angaben des Geschäftsführers nicht zu folgen. Der Beteiligte hat zwei Lichtbilder zu den Akten gereicht. Die von dem Senat in Augenschein genommenen Lichtbilder geben die Situation vor Ort genauso wieder, wie sie der Geschäftsführer in dem Termin vor dem Senat geschildert hat. Zudem sind von dem Beschwerdeführer mehrere an die Geschäftsanschrift der Gesellschaft gerichtete Schreiben aus der jüngsten Vergangenheit vorgelegt worden. Diese belegen ebenfalls, dass die GmbH unter der Adresse "B. 00" weiterhin postalisch zu erreichen ist.

3. 19

Der Senat weist das Registergericht vorsorglich für weitere Verfahren auf folgende Punkte hin: 20

Die von dem Registergericht durchgeführte Zustellung durch Aufgabe zur Post ist seitens der Geschäftsstelle fehlerhaft ausgeführt worden. Insoweit bedarf es einer entsprechenden "Beurkundung der Zustellung gemäß § 15 Abs. 2 FamFG, § 184 ZPO durch Aufgabe zur Post" (vgl. nur Keidel/Sternal, FamFG, 16. Auflage 2009, § 15 Rn. 69; vgl. Keidel/Heinemann, aaO, § 390 Rn. 12, 13). Entsprechend sieht das von dem Registergericht benutzte Formular unter Ziffer III. gerade die Notwendigkeit der Beurkundung der Zustellung vor. 21

Zudem hätte das Registergericht vorliegend über den Einspruch nicht ohne Durchführung einer mündlichen Verhandlung entscheiden dürfen. Gemäß § 390 Abs. 1 FamFG soll das Gericht, wenn sich der Einspruch nicht ohne Weiteres als begründet erweist, den Beteiligten zur Erörterung der Sache zu einem Termin laden. Zwar hat der Gesetzgeber die bereits in § 134 FGG enthaltene Regelung "hat zu laden" nunmehr in eine Sollvorschrift geändert. Damit steht die mündliche Verhandlung nach neuer Rechtslage zwar im Ermessen des Gerichts. Da der Verhandlungstermin jedoch keine bloße Formalie darstellt, sondern der Gewährung des rechtlichen Gehörs dient, kann von der Terminierung jedoch nur in seltenen Ausnahmefällen abgesehen werden. Nicht ausreichend ist, dass der Einspruch offensichtlich unbegründet ist (Keidel/Heinemann, aaO, § 390 Rn. 9.). Dass der Rechtspfleger diese Grundsätze beachtet hat, ist nicht ersichtlich. Insbesondere fehlt jede Begründung dazu, warum vorliegend ein Ausnahmefall vorlag und eine Terminierung nicht angezeigt war. 22

Zudem hat der Rechtspfleger den Sachverhalt nur unzureichend und damit fehlerhaft aufgeklärt. Zumindest hätte im Abhilfeverfahren dem Beweisangebot "Augenscheinseinnahme" (Bl. 147 d.GA.) nachgegangen werden müssen.	23
Schließlich ist es in künftigen Verfahren geboten, im Rahmen der Aktenvorlage beim Beschwerdegericht einen aktuellen Registerauszug beizufügen.	24
4.	25
Dass das Amtsgericht über die Zwangsgeldfestsetzung entschieden hat, ohne zuvor in wirksamer Weise ein Zwangsgeld anzudrohen, stellt eine unrichtige Sachbehandlung durch das Registergericht im Sinne von § 16 Abs. 1 Satz 1 KostO dar, so dass etwa im Verfahren vor dem Oberlandesgericht angefallene Gerichtskosten nicht zu erheben sind. Im Übrigen bedarf es keiner Kostenentscheidung, da dem Beschwerdeführer kein Beschwerdegegner gegenüber steht.	26
Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Rechtsbeschwerde sind nicht gegeben.	27
<u>Geschäftswert des Verfahrens der Beschwerde:</u>	28
500 € gemäß § 131 Abs. 4 KostO i.V.m. § 30 KostO	29