



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

II ZB 1/10

vom

1. März 2010

in dem Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Anordnung

Nachschlagewerk: nein

BGHZ: nein

BGHR: nein

AktG § 142 Abs. 8 a.F.; FamFG §§ 64, 70; FGG-RG Art. 111

- a) Ist das Verfahren auf gerichtliche Bestellung eines Sonderprüfers nach § 142 Abs. 8 AktG eingeleitet worden, ehe das FamFG in Kraft getreten ist (1. September 2009), dann ist nach Art. 111 Abs. 1 FGG-RG auf das gesamte Verfahren bis zu seinem rechtskräftigen Abschluss das seinerzeit geltende Verfahrensrecht (FGG) anzuwenden; aus der Sondervorschrift des Art. 111 Abs. 2 FGG-RG ergibt sich nichts Abweichendes.
- b) Hat das Oberlandesgericht über die Beschwerde in einem solchen Verfahren nach Inkrafttreten des FamFG befunden, ist eine hiergegen eingelegte Rechtsbeschwerde unzulässig; für den Erlass einer einstweiligen Anordnung entsprechend § 64 Abs. 3 FamFG ist deswegen schon mangels Eröffnung des Rechtsbeschwerdeverfahrens kein Raum.

BGH, Beschluss vom 1. März 2010 - II ZB 1/10 - OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat am 1. März 2010 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Goette und die Richter Caliebe, Dr. Reichart, Dr. Drescher und Bender

beschlossen:

Der Antrag der Antragsgegnerin, die Vollziehung des Beschlusses der 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Düsseldorf vom 14. August 2009 bis zur Vorlage der Rechtsbeschwerdebegründung auszusetzen, wird als unzulässig verworfen.

Gründe:

- 1 I. Die Antragsgegnerin, eine Bank, ist auf die Gewährung mittel- und langfristiger Kredite zur Förderung der gewerblichen Wirtschaft spezialisiert. Ihr Vorstand entschied im Geschäftsjahr 2001/2002, in Geldmarktpapiere zu investieren, die mit US-amerikanischen Konsumentenkrediten besichert waren. Außerdem räumte die Antragsgegnerin so genannten Zweckgesellschaften, die Forderungen aus solchen Krediten aufkauften und als Sicherheiten für die eigene Refinanzierung am Kapitalmarkt einsetzten, Liquiditätslinien ein. Dieses Geschäftsmodell führte die Antragsgegnerin im Juli 2007 in eine schwere Krise, weil sich der Markt für mit US-amerikanischen Konsumentenkrediten besicherte Geldmarktpapiere verschlechterte, die Antragsgegnerin aus den Liquiditätslinien in erheblichem Maß in Anspruch genommen wurde und sich über den Interbankenmarkt nicht mehr refinanzieren konnte.

- 2 Die Hauptversammlung der Antragsgegnerin beschloss am 27. März 2008 mit den Stimmen der Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW) als Hauptaktionärin die Bestellung eines Sonderprüfers, um mögliche Pflichtverletzungen des Vorstands und Aufsichtsrats im Vorfeld der Krise vom Juli 2007 aufzuklären. Nach Veräußerung der Aktien der KfW an eine US-amerikanische Beteiligungsgesellschaft hob eine außerordentliche Hauptversammlung der Antragsgegnerin am 25. März 2009 auf Initiative der neuen Hauptaktionärin den Beschluss über die Sonderprüfung auf und widerrief die Bestellung des Sonderprüfers. Gegen diese Entscheidung ist Klage erhoben worden.

- 3 Die Antragsteller des Ausgangsverfahrens, Aktionäre der Antragsgegnerin, haben im Juni 2009 bei dem Landgericht Düsseldorf die gerichtliche Bestellung eines Sonderprüfers beantragt, um die Prüfung möglicher Pflichtverletzungen zu einem Abschluss zu bringen. Das Landgericht hat dem Antrag am 14. August 2009 entsprochen. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat die landgerichtliche Entscheidung mit Beschluss vom 9. Dezember 2009 (ZIP 2010, 28 ff.) bestätigt, ohne die Rechtsbeschwerde zuzulassen, und eine Anhörungs-rüge der Antragsgegnerin mit Beschluss vom 4. Februar 2010 zurückgewiesen. Gegen den Beschluss vom 9. Dezember 2009 hat die Antragsgegnerin Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof eingelegt und hat sich Verlängerung für die Einreichung der Begründung bewilligen lassen.

- 4 Sie beantragt, im Wege der einstweiligen Anordnung den Beschluss des Landgerichts über die Bestellung des Sonderprüfers bis zur Vorlage der Rechtsbeschwerdebegründung außer Vollzug zu setzen.

5 II. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist unzulässig.

6 1. Als Antrag nach § 142 Abs. 8 AktG, § 64 Abs. 3 FamFG - ein ein selbständiges Verfahren einleitender Antrag nach § 49 FamFG ist nicht gestellt - ist er nicht statthaft. Es bedarf keiner Entscheidung, ob der Senat, sofern das Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) Anwendung fände und - woran es hier fehlt - das Oberlandesgericht die Rechtsbeschwerde nach § 70 Abs. 1 FamFG gegen seinen Beschluss vom 9. Dezember 2009 zugelassen hätte, in entsprechender Anwendung des § 64 Abs. 3 FamFG eine einstweilige Anordnung erlassen könnte (vgl. in diesem Sinn BGH, Beschl. v. 21. Januar 2010 - V ZB 14/10, juris, Tz. 3; Prütting/Helms/Abramenko, FamFG § 64 Rdn. 34). Denn das Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist nicht anwendbar, da hier für das Verfahren nach § 142 Abs. 8 AktG (in der bis zum 1. September 2009 gültigen Fassung) das Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit fortgilt.

7 a) Der Verweis auf die Vorschriften des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit in § 142 Abs. 8 AktG in der seit dem 1. September 2009 gültigen Fassung wurde durch Artikel 74 Nr. 12 Buchst. c des FGG-Reformgesetzes (FGG-RG) vom 17. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2586) eingeführt und nach Artikel 112 Abs. 1 FGG-RG am 1. September 2009 in Kraft gesetzt. Nach Artikel 111 Abs. 1 Satz 1 FGG-RG finden auf Verfahren, die bis zum Inkrafttreten des FGG-Reformgesetzes am 1. September 2009 eingeleitet wurden oder deren Einleitung bis zum Inkrafttreten dieses Gesetzes beantragt wurde, weiter die bis zum Inkrafttreten dieses Gesetzes geltenden Vorschriften Anwendung. Entsprechend richtete sich das Verfahren auf die von den Antragstellern nach § 142 Abs. 2 Satz 1 AktG vor dem 1. September 2009 beantragte Bestellung von Sonderprüfern

gemäß § 142 Abs. 8 AktG in der bis zum Inkrafttreten des FGG-Reformgesetzes gültigen Fassung nach dem Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

8 Dabei war ausreichend für die Anwendung alten Rechts in allen Instanzen, dass der Antrag in erster Instanz vor dem 1. September 2009 gestellt wurde. "Verfahren" im Sinne des Artikels 111 Abs. 1 Satz 1 FGG-RG ist nicht nur das Verfahren bis zum Abschluss einer Instanz. Vielmehr bezeichnet der Begriff die gesamte, bei Einlegung entsprechender Rechtsmittel auch mehrere Instanzen umgreifende gerichtliche Tätigkeit in einer Sache (BGH, Urt. v. 25. November 2009 - XII ZR 8/08, FamRZ 2010, 192 Tz. 5; Beschl. v. 25. November 2009 - XII ZB 46/09, FamRZ 2010, 189 Tz. 2; OLG Dresden MDR 2010, 104 f.; OLG Düsseldorf FGPrax 2009, 284 f.; OLG Hamm FGPrax 2009, 285 f.; OLG Köln FGPrax 2009, 286 f.; FGPrax 2009, 287, 288; OLG Schleswig FGPrax 2009, 289 (LS); FGPrax 2009, 290 f.; Bahrenfuß, FamFG Einl. Rdn. 69; Horndasch/Viefhues, Kommentar zum Familienverfahrensrecht Artikel 111 FGG-RG Rdn. 3; MünchKommZPO/Pabst, Artikel 111 FGG-RG Rdn. 16; Meysen/Niepmann, FamFG Artikel 111 FGG-RG Rdn. 3; Musielak/Borth, Familiengerichtliches Verfahren Einl. Rdn. 90; Schulte-Bunert/Weinreich/Schürmann, FamFG 2. Aufl. Artikel 111 FGG-RG Rdn. 24; Demharter, RPfleger 2010, 68; Schnitzler, FF 2010, 17 f.; a.A. Prütting/Helms, FamFG Artikel 111 FGG-RG Rdn. 5; Zöllner/Geimer, ZPO 28. Aufl. FamFG Einl. Rdn. 54; ders., FamRB 2009, 386).

9 Aus Artikel 111 Abs. 2 FGG-RG ergibt sich nichts anderes. Zwar könnte der Wortlaut des Artikel 111 Abs. 2 FGG-RG, der auf das Vorhandensein einer Endentscheidung verweist, zu der Fehldeutung verleiten, "gerichtliches Verfahren" im Sinne des Artikels 111 Abs. 1 Satz 1 FGG-RG sei das Verfahren innerhalb eines Rechtszugs, nicht das gerichtliche Verfahren über den Instanzenzug hinweg, weil nach der Legaldefinition in § 38 Abs. 1 Satz 1 FamFG die Endent-

scheidung als instanzbeendende Entscheidung konzipiert sei. Insoweit ist der Wortlaut des Artikels 111 Abs. 2 FGG-RG aber schon nicht eindeutig, weil im Falle eines Angriffs der Endentscheidung mit einem Rechtsmittel das gerichtliche Verfahren nicht "abgeschlossen" wird (Schwamb, FamRB 2010, 27). Jedenfalls aber widersprechen Sinn und Zweck des Artikels 111 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 FGG-RG, wie sie sich aus der Gesetzgebungsgeschichte erschließen lassen, einer Beschränkung des Artikels 111 Abs. 1 Satz 1 FGG-RG auf die Instanz.

10 So lautete die Gesetzesbegründung zu Artikel 111 FGG-RG (jetzt: Artikel 111 Abs. 1 FGG-RG) in seiner ursprünglichen Fassung ausdrücklich dahin, sofern das Verfahren in erster Instanz noch nach dem bisherigen Recht eingeleitet worden sei, erfolge auch die Durchführung des Rechtsmittelverfahrens nach dem bisher geltenden Recht. Die Anwendung alten Rechts beziehe sich auch auf den nach bisherigem Recht geltenden Instanzenzug (BT-Drucks. 16/6308, S. 359). Daraus ergibt sich ohne weiteres, dass bei einem vor dem 1. September 2009 begonnenen Verfahren nach § 142 Abs. 2 AktG weiterhin die Regelungen des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit maßgeblich sind.

11 Die Anfügung der Absätze 2 bis 5 des Artikels 111 FGG-RG durch Artikel 22 des Gesetzes zur Strukturreform des Versorgungsausgleichs (VAStrRefG) vom 3. April 2009 (BGBl. I S. 700) sollte daran nichts ändern. Dem Gesetzgeber, der dabei eine Anregung des Bundesrates (BT-Drucks. 16/10144, S. 119 f.) aufnahm, ging es vielmehr lediglich um die Klarstellung, dass in Bestandsverfahren wie Betreuung, Vormundschaft oder Beistandschaft, die ihrer Natur nach Dauerverfahren sind und in denen in gewissen Zeitabständen bedarfsbedingt neue Anträge gestellt werden, jeder selbständige Verfahrensgegenstand, der mit einer nach § 38 Abs. 1 Satz 1 FamFG zu erlassenden Entscheidung zu erle-

digen ist, ein neues, selbständiges Verfahren darstellt. Die Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 16/11903, S. 61) enthält hingegen keinen Hinweis darauf, dass der Gesetzgeber seine Regelung im FGG-Reformgesetz zur einheitlichen Geltung neuen oder alten Rechts für den gesamten Instanzenzug ändern wollte (zur Entstehungsgeschichte des Artikels 111 Abs. 2 FGG-RG auch Schwamb, FamRB 2010, 27, 28).

- 12 Seinen Willen, Artikel 111 Abs. 1 Satz 1 FGG-RG instanzübergreifend verstanden zu wissen, hat der Gesetzgeber schließlich durch Artikel 9 Abs. 3 des Gesetzes zur Modernisierung von Verfahren im anwaltlichen und notariellen Berufsrecht, zur Errichtung einer Schlichtungsstelle der Rechtsanwaltschaft sowie zur Änderung sonstiger Vorschriften vom 30. Juli 2009 (BGBl. I S. 2449) zum Ausdruck gebracht. Denn die Verlängerung des Zeitraums, innerhalb dessen in allen Familiensachen die Nichtzulassungsbeschwerde ausgeschlossen sein sollte, bis zum 1. Januar 2020 in § 26 Nr. 9 EGZPO a.F. war nur dann geboten und sinnvoll, wenn für das Rechtsmittelverfahren in vor dem 1. September 2009 begonnenen Familiensachen altes Rechtsmittelrecht weiter gilt (zur Änderung des § 26 Nr. 9 EGZPO a.F. BT-Drucks. 16/12717, S. 63 f.; MünchKommZPO/Pabst, Artikel 111 FGG-RG Rdn. 17).
- 13 b) Für das Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 64 Abs. 3 FamFG gilt nichts anderes. Verfahren nach § 64 Abs. 3 FamFG im (Rechts-)Beschwerdeverfahren sind - wie nach altem Recht die Maßnahmen nach § 24 Abs. 3 FGG a.F. - vom Hauptsacheverfahren abhängig (Bahrenfuß/Joachim/Kräfte, FamFG § 64 Rdn. 10) und gehören sachlich zur Hauptsache. Dieser Zusammenhang erstreckt sich auf das Verfahrensrecht. Entsprechend kann innerhalb eines Hauptsacheverfahrens, für das nach Artikel 111 Abs. 1 Satz 1 FGG-RG noch die Bestimmungen des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit gelten, eine einstweilige Anordnung nach den

Vorschriften des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht ergehen (ausdrücklich Meysen/Niepmann, FamFG Artikel 111 FGG-RG Rdn. 4; zur Übergangsvorschrift in Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Anordnung auch BT-Drucks. 16/6308, S. 359; Bork/Jacoby/Schwab/Elzer, FamFG Vor § 38 Rdn. 22; Horn-dasch/Viefhues, Kommentar zum Familienverfahrensrecht Artikel 111 FGG-RG Rdn. 4; MünchKommZPO/Pabst, Artikel 111 FGG-RG Rdn. 7; Giers, FGPrax 2009, 47, 52; Schürmann, FuR 2009, 548, 549).

14 2. Der Antrag lässt sich auch nicht in einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 24 Abs. 3 FGG (dazu Spindler in K. Schmidt/Lutter, AktG § 142 Rdn. 62) umdeuten. Zwar kann der Bundesgerichtshof auf der Grundlage des § 24 Abs. 3 FGG a.F. einstweilige Anordnungen treffen. Voraussetzung ist aber ein zulässiges Rechtsmittel bzw. eine zulässige Vorlage nach § 28 FGG a.F. (Jansen/Briesemeister, FGG 3. Aufl. § 28 Rdn. 40; Keidel/Kuntze/Winkler/Meyer-Holz, FGG 15. Aufl. § 28 Rdn. 32; zu § 24 Abs. 3 FGG a.F. auch BGH, Beschl. v. 25. Oktober 1995 - AnwZ (B) 34/95, BRAK-Mitt. 1996, 34). Daran fehlt es.

15 Eine Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof kannte das weiter anwendbare Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht. Eine weitere sofortige Beschwerde zum Bundesgerichtshof war auch nach der Änderung des § 142 Abs. 5 AktG durch Artikel 1 Nr. 11 des Gesetzes zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) vom 22. September 2005 (BGBl. I S. 2802) nicht eröffnet (richtig Spindler in K. Schmidt/Lutter aaO; HeidelbergerKommAktG/Holzborn, § 142 Rdn. 20 a.E.; a.A. [ohne Stellungnahme zur Zuständigkeit] Hüffer, AktG 8. Aufl. § 142 Rdn. 30; Henn/Heider, Handbuch des Aktienrechts 8. Aufl. Kap. 10 Rdn. 56 a.E.; nicht überzeugend für eine sofortige weitere Beschwerde zum Oberlan-

desgericht Nirk/Ziemons/Jaeger, Handbuch der Aktiengesellschaft 11.40; Spindler/Stilz/Mock, AktG § 142 Rdn. 156; Firschner, BB 2005, 1865, 1867; Wilsing/Neumann, DB 2006, 31, 35).

16 III. Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst (zu § 64 Abs. 3 FamFG Keidel/Sternal, FamFG 16. Aufl. § 64 Rdn. 72).

Goette

Caliebe

Reichart

Drescher

Bender

Vorinstanzen:

LG Düsseldorf, Entscheidung vom 14.08.2009 - 31 O 38/09 (AktE) -

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 09.12.2009 - I-6 W 45/09 -