



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

II ZB 33/20

vom

9. März 2021

in der Handelsregistersache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

GmbHG § 6 Abs. 2; FamFG § 395

Es ist nicht mehr erforderlich, die Eintragung eines Geschäftsführers von Amts wegen zu löschen, wenn sein Ausscheiden aufgrund einer Anmeldung eingetragen werden kann.

BGH, Beschluss vom 9. März 2021 - II ZB 33/20 - OLG Dresden
AG Chemnitz

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 9. März 2021 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Drescher, die Richter Wöstmann, Born, Dr. Bernau und V. Sander

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde des Beschwerdeführers gegen den Beschluss des 17. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Dresden vom 11. November 2020 wird auf seine Kosten zurückgewiesen.

Wert: 5.000 €

Gründe:

- 1 I. Der Beschwerdeführer ist seit dem 17. November 2017 als Geschäftsführer der T. GmbH im Handelsregister eingetragen. Das Registergericht teilte ihm mit Schreiben vom 21. August 2020 mit, dass beabsichtigt sei, diese Eintragung zu löschen. Grund hierfür war eine seit dem 4. April 2007 rechtskräftige Untersagung jeglichen Gewerbes, auch als Geschäftsführer eines Gewerbetreibenden, soweit § 35 GewO gilt. Der Beschwerdeführer wendet ein, da er am 4. September 2020 abberufen worden sei und statt seiner zwei neue Geschäftsführer bestellt worden seien, sei eine Löschung nicht mehr erforderlich. Mit der Eintragung der Abberufung könne das Ziel der Löschung seiner

Eintragung als Geschäftsführer einfacher erreicht werden. Mit Schreiben vom 22. September 2020 wurde die Anmeldung der Abberufung des Beschwerdeführers zurückgenommen, um, so dessen Begründung, die Eintragung der Bestellung der neuen Geschäftsführer zu ermöglichen. Der Widerspruch gegen die Löschungsankündigung und die Beschwerde blieben erfolglos. Mit der vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde will der Beschwerdeführer die Amtslöschung im Handelsregister abwenden.

2 II. Das Beschwerdegericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

3 Nach § 395 FamFG könne das Registergericht von Amts wegen eine Eintragung im Register löschen, wenn diese wegen des Mangels einer wesentlichen Voraussetzung unzulässig sei. Ein solcher Mangel sei anzunehmen, wenn die Eintragung von Anfang an unrichtig gewesen sei. Unrichtig sei die Eintragung eines GmbH-Geschäftsführers, der die Voraussetzungen des § 6 Abs. 2 GmbHG nicht erfülle. Die Eintragung sei zwecks Durchsetzung der dem öffentlichen Interesse dienenden Ausschlussgründe des § 6 Abs. 2 GmbHG nach § 395 FamFG unverzüglich von Amts wegen zu löschen.

4 Die Abberufung des Beschwerdeführers in der Gesellschafterversammlung vom 4. September 2020 habe den Mangel der Eintragung nicht beheben können. Der Geschäftsführer habe nicht wirksam abberufen werden können, da er nicht wirksam zum Geschäftsführer bestellt worden sei. Die Abberufung eines Geschäftsführers sei das Gegenstück zur Bestellung, d.h. derjenige korporationsrechtliche Akt, durch den die Bestellung rückgängig gemacht werde. Dies bedeute, dass für eine wirksame Abbestellung auch die Bestellung des Geschäftsführers wirksam erfolgt sein müsse. Das sei hier gerade nicht der

Fall. Der Bestellungsbeschluss sei gemäß § 134 BGB nichtig und werde auch nicht durch seine Eintragung geheilt.

5 III. Die Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg.

6 1. Die Rechtsbeschwerde ist aufgrund der Zulassung durch das Beschwerdegericht statthaft, § 70 Abs. 1 FamFG. Sie ist form- und fristgerecht eingelegt (§ 71 FamFG) und auch im Übrigen zulässig. Die Beschwerdebefugnis des Beschwerdeführers für die Rechtsbeschwerde folgt aus der Zurückweisung seiner Beschwerde gegen den Beschluss des Amtsgerichts (vgl. BGH, Beschluss vom 13. Juni 2002 - V ZB 30/01, BGHZ 151, 116, 121; Beschluss vom 3. Februar 2005 - V ZB 44/04, BGHZ 162, 137, 138 f.; Beschluss vom 20. September 2011 - II ZB 17/10, BGHZ 191, 84 Rn. 5; Beschluss vom 26. Juni 2018 - II ZB 12/16, ZIP 2018, 1591 Rn. 7; Beschluss vom 21. Juli 2020 - II ZB 26/19, ZIP 2020, 1658 Rn. 12).

7 2. Die Rechtsbeschwerde ist aber nicht begründet. Der Beschluss des Beschwerdegerichts hält rechtlicher Nachprüfung im Ergebnis stand. Der Beschwerdeführer kann der vom Registergericht beabsichtigten Löschung als Geschäftsführer nicht mit Erfolg widersprechen. Er konnte aufgrund der Untersagungsverfügung der Stadt C. vom 28. Februar 2007 nicht zum Geschäftsführer der T. GmbH bestellt werden. Seine dennoch erfolgte Eintragung ist von Amts wegen zu löschen.

8 a) Die form- und fristgerecht eingelegte Beschwerde des Beschwerdeführers gegen den Beschluss, mit dem das Registergericht seinen Widerspruch gegen die beabsichtigte Löschung zurückgewiesen hat, ist gemäß § 395 Abs. 3 i.V.m. § 393 Abs. 3 Satz 2 FamFG statthaft. Der Beschwerdeführer wäre durch die Löschung als Geschäftsführer in seinen Rechten beeinträchtigt und ist des-

halb beschwerdeberechtigt (§ 59 Abs. 1 FamFG; vgl. BGH, Beschluss vom 26. Juni 2018 - II ZB 12/16, ZIP 2018, 1591 Rn. 9).

9 b) Die Eintragung des Beschwerdeführers als Geschäftsführer der T. GmbH ist gemäß § 395 FamFG von Amts wegen zu löschen, weil seine Bestellung wegen eines Verstoßes gegen § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Alt. 2 GmbHG nichtig ist (§ 134 BGB).

10 Ein Geschäftsführer verliert seine Organstellung kraft Gesetzes, wenn eine persönliche Voraussetzung für dieses Amt gemäß § 6 Abs. 2 GmbHG entfällt (BGH, Urteil vom 1. Juli 1991 - II ZR 292/90, BGHZ 115, 78, 80; Beschluss vom 3. Dezember 2019 - II ZB 18/19, ZIP 2020, 73 Rn. 10). Das Registergericht hat seine Eintragung in diesem Fall von Amts wegen nach § 395 Abs. 1 Satz 1 FamFG im Handelsregister zu löschen (BGH, Beschluss vom 3. Dezember 2019 - II ZB 18/19, ZIP 2020, 73 Rn. 10).

11 Das Registergericht hat die Eintragung eines Geschäftsführers auch dann nach § 395 Abs. 1 Satz 1 FamFG und nicht nach § 398 FamFG zu löschen, wenn bereits dessen Bestellung wegen eines Verstoßes gegen § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Alt. 2 GmbHG nach § 134 BGB nichtig war. Auch in diesem Fall geht es nicht um die Löschung eines nichtigen Beschlusses, sondern um die Löschung der auf der Grundlage dieses Beschlusses unzulässigen Eintragung des Geschäftsführers (vgl. OLG Karlsruhe, NZG 2014, 1238; KG, ZIP 2012, 2151; ZIP 2019, 71, 72; OLG Frankfurt, ZIP 2017, 1273, 1278; Melchior, EWiR 2010, 419, 420; Schulte, NZG 2019, 646, 649; Krafka/Krafka, Registerrecht, 11. Aufl., Rn. 444; MünchKommFamFG/Krafka, 3. Aufl., § 395 Rn. 5; Holzer in Prütting/Helms, FamFG, 5. Aufl., § 395 Rn. 14; Altmeppen, GmbHG, 10. Aufl., § 6 Rn. 25; Paefgen in Habersack/Casper/Löbbe, GmbHG,

3. Aufl., § 6 Rn. 43; aA Müther in Bork/Jacoby/Schwab, FamFG, 3. Aufl., § 398 Rn. 2; Keidel/Heinemann, FamFG, 20. Aufl., § 395 Rn. 7; Nedden-Boeger in Schulte-Bunert/Weinreich, FamFG, § 395 Rn. 58).

12 Dem Beschwerdeführer war durch seit dem 4. April 2007 rechtskräftige Verfügung untersagt, jegliches Gewerbe auszuüben, soweit § 35 GewO gilt, und auch als Geschäftsführer eines Gewerbetreibenden tätig zu werden. Der Beschwerdeführer konnte daher nach § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Alt. 2 GmbHG nicht Geschäftsführer einer GmbH sein. Die dieses gesetzliche Verbot missachtende Bestellung ist gemäß § 134 BGB nichtig (vgl. OLG Hamm, ZIP 2011, 527; OLG Frankfurt, ZIP 2012, 870, 871; Wicke, GmbHG, 4. Aufl., § 6 Rn. 6; Altmeppen, GmbHG, 10. Aufl., § 6 Rn. 25; Pfisterer in Saenger/Inhester, GmbHG, 4. Aufl., § 6 Rn. 17; Buck-Heeb in Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, 5. Aufl., § 6 Rn. 12; Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl., § 6 Rn. 12; Tebben in Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl., § 6 Rn. 88; C. Schmidt-Leithoff in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 6. Aufl., § 6 Rn. 29; MünchKommGmbHG/Goette, 3. Aufl., § 6 Rn. 43; Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider in Scholz, GmbHG, 12. Aufl., § 6 Rn. 38; Paefgen in Habersack/Casper/Löbbe, GmbHG, 3. Aufl., § 6 Rn. 43; vgl. BGH, Beschluss vom 7. Mai 2007 - II ZB 7/06, BGHZ 172, 200 Rn. 12 zu § 6 Abs. 2 Satz 4 GmbHG aF). Eine Heilung des Eignungsmangels durch die dennoch vorgenommene Handelsregistereintragung ist nicht möglich (OLG Naumburg, ZIP 2000, 622, 624; BeckOK GmbHG/Wisskirchen/Kuhn, Stand: 1. November 2020, § 6 Rn. 28; Pfisterer in Saenger/Inhester, GmbHG, 4. Aufl., § 6 Rn. 17; C. Schmidt-Leithoff in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 6. Aufl., § 6 Rn. 29). Die Eintragung der Bestellung von Geschäftsführern wirkt nicht konstitutiv, sondern ist nur deklaratorisch (vgl. BGH, Beschluss vom 9. Mai 1960 - II ZB 3/60, WM 1960, 902; Urteil vom 6. November 1995 - II ZR 181/94,

ZIP 1995, 1983; Urteil vom 17. Februar 2003 - II ZR 340/01, ZIP 2003, 666, 667; Urteil vom 14. Mai 2019 - II ZR 299/17, BGHZ 222, 32 Rn. 34; Beschluss vom 21. Juli 2020 - II ZB 26/19, ZIP 2020, 1658 Rn. 29).

13 c) Die beabsichtigte Löschung lässt Rechtsfehler nicht erkennen. Das Rechtsbeschwerdegericht kann nur überprüfen, ob das Registergericht und das Beschwerdegericht die Grenzen ihres Ermessens überschritten haben (BGH, Urteil vom 24. Juni 1982 - III ZR 19/81, BGHZ 84, 285, 291 f.; Beschluss vom 8. April 2020 - II ZB 3/19, ZIP 2020, 1124 Rn. 12 mwN). Das ist nicht der Fall.

14 aa) Die Amtslöschung im Falle des Fehlens einer persönlichen Voraussetzung für das Amt als Geschäftsführer nach § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Alt. 2 GmbHG ist regelmäßig erforderlich, da erst mit der Amtslöschung diese im öffentlichen Interesse erlassene Vorschrift durchgesetzt werden kann (OLG Zweibrücken, GmbHR 2001, 435; OLG München, ZIP 2011, 1669, 1670; OLG Karlsruhe, NZG 2014, 1238; OLG Frankfurt, ZIP 2019, 921, 924; Haußleiter/Schemmann, FamFG, 2. Aufl., § 395 Rn. 16; vgl. auch BGH, Beschluss vom 3. Dezember 2019 - II ZB 18/19, ZIP 2020, 73 Rn. 10) und außerdem erst mit der Amtslöschung ein nach § 15 HGB fortbestehender Rechtsschein entfällt (OLG Frankfurt, ZIP 2019, 921, 924).

15 bb) Die Anmeldung der Abberufung des Klägers hat nicht dazu geführt, dass die Amtslöschung nicht mehr erforderlich ist.

16 (1) Allerdings ist es nicht mehr erforderlich, die Eintragung eines Geschäftsführers von Amts wegen zu löschen, wenn sein Ausscheiden aufgrund einer Anmeldung eingetragen werden kann.

17 § 395 FamFG dient dazu, im öffentlichen Interesse erlassene Vorschriften durchzusetzen (OLG München, ZIP 2011, 1669, 1670; KG, GmbHR 2012, 1367, 1369; OLG Karlsruhe, NZG 2014, 1238; OLG Frankfurt, Beschluss vom 21. Mai 2015 - 20 W 268/14, juris Rn. 31; OLG Düsseldorf, FGPrax 2019, 22, 23; Keidel/Heinemann, FamFG, 20. Aufl., § 395 Rn. 1; Holzer in Prütting/Helms, FamFG, 5. Aufl., § 395 Rn. 3). Einer Amtslöschung nach § 395 Abs. 1 FamFG und des damit verbundenen, auch zeitaufwändigen förmlichen Verfahrens nach § 395 Abs. 2 und 3 i.V.m. § 393 Abs. 3 bis 5 FamFG bedarf es zur Durchsetzung dieses Interesses nicht, wenn das Register auf einfacherem Weg berichtigt werden kann. Dies ist im Fall der beabsichtigten Amtslöschung eines Geschäftsführers wegen Fehlens einer persönlichen Voraussetzung der Fall, wenn eine entscheidungsreife Anmeldung der Beendigung der Vertretungsbefugnis dieses Geschäftsführers vorliegt. Mit dem Vollzug dieser Anmeldung kann der Zustand erreicht werden, der auch das Ergebnis des Verfahrens der Amtslöschung wäre (OLG Frankfurt, ZIP 2017, 1273, 1278). Die Amtslöschung hat wie auch die Eintragung des Ausscheidens des Geschäftsführers den Zweck, die Öffentlichkeit über die Beendigung der Vertretungsbefugnis zu informieren. Dass bei der Amtslöschung die Eintragung nicht nur gerötet wird, sondern ausdrücklich vermerkt wird, dass die Eintragung von Amts wegen gelöscht wird, macht nur deutlich, dass die Eintragung im Amtslöschungsverfahren gelöscht wird. Eine Information des Rechtsverkehrs über den Grund der Löschung ist damit nicht verbunden und nicht bezweckt. Ein Vorrang des Amtslöschungsverfahrens existiert nicht (vgl. KG, BeckRS 2018, 41007).

18 Der Eintragung der Beendigung der Vertretungsbefugnis aufgrund einer Abberufung steht es auch nicht entgegen, wenn bei fehlender Eignung nach § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 GmbHG schon die Bestellung nichtig war. Die Gesellschaft ist entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts befugt, einen Geschäfts-

fürer unabhängig von der Wirksamkeit seiner Bestellung jedenfalls solange (erneut) abgerufen, wie er in das Handelsregister eingetragen ist. Dies gilt auch im Fall des Fehlens einer persönlichen Voraussetzung nach § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Alt. 2 GmbHG (vgl. BGH, Urteil vom 1. Juli 1991 - II ZR 292/90, BGHZ 115, 78, 83; Beurskens in Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl., § 38 Rn. 82). Zwar ist die Bestellung einer Person, die aufgrund einer vollziehbaren Entscheidung einer Verwaltungsbehörde ein Gewerbe nicht ausüben darf, zum Geschäftsführer einer Gesellschaft, deren Unternehmensgegenstand ganz oder teilweise mit dem Gegenstand des Verbots übereinstimmt, gemäß § 134 BGB nichtig. Eine vorsorgliche Abberufung des im Handelsregister Eingetragenen kann aber bereits deshalb erforderlich sein, um den Rechtsschein des § 15 Abs. 1 und 3 HGB zu beseitigen. Zwar kann die Eintragung nach § 395 FamFG gelöscht werden. Das Amtslöschungsverfahren ist indes kein Weg, auf den sich die Gesellschaft vorrangig verweisen lassen muss. Zum einen kann die Gesellschaft das Verfahren nicht erzwingen, sondern nur anregen. Zum anderen kann der Nachweis des Fehlens der persönlichen Voraussetzungen tatsächlich oder rechtlich schwierig sein mit der Folge, dass das Verfahren längere Zeit in Anspruch nimmt als die Streichung der Eintragung des Geschäftsführers auf der Grundlage einer angemeldeten Abberufung. Dies ist für die Gesellschaft im Hinblick auf die fortdauernde Wirkung des § 15 Abs. 1 und 3 HGB bis zur Streichung nicht hinnehmbar. Aus demselben Grund kann die Gesellschaft auch nicht vorrangig auf die Anmeldung der unwirksamen Bestellung bzw. der Beendigung des Geschäftsführeramts nach § 39 GmbHG verwiesen werden. Zwar besteht auch insoweit eine Anmeldepflicht (OLG Frankfurt, GmbHR 1994, 802, 803; KG, BeckRS 2018, 41007; Oetker in Henssler/Strohn, GesR, 5. Aufl., § 39 GmbHG Rn. 2; Görner in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 6. Aufl., § 39 Rn. 3; Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider in Scholz, GmbHG, 12. Aufl., § 39

Rn. 2; Paefgen in Habersack/Casper/Löbbe, GmbHG, 3. Aufl., § 39 Rn. 26). Aber auch in diesem Fall kann es nötig werden, dem Handelsregister gegenüber das Fehlen der persönlichen Voraussetzungen nachzuweisen (vgl. BGH, Beschluss vom 25. Juli 2017 - II ZB 8/16, ZIP 2017, 2000 Rn. 11).

- 19 (2) Die Anmeldung der Abberufung macht die Amtslöschung aber nicht entbehrlich, weil sie zurückgenommen wurde. Eine Entfernung des Beschwerdeführers aus dem Register auf der Grundlage der Abberufung anstatt der angekündigten Löschung von Amts wegen ist danach nicht mehr möglich. Die Rücknahme der Anmeldung der Abberufung des Geschäftsführers nach § 39 Abs. 1 GmbHG beendet das durch die Anmeldung in Gang gesetzte Eintragsverfahren (vgl. BGH, Beschluss vom 9. Juli 2013 - II ZB 7/13, ZIP 2013, 1660 Rn. 6 f.). An der Wirkung der Rücknahme ändert sich auch nichts, wenn

die Anmeldung - wie die Rechtsbeschwerde behauptet - auf Veranlassung des Registergerichts zurückgenommen wurde.

Drescher

Wöstmann

Born

Bernau

V. Sander

Vorinstanzen:

AG Chemnitz, Entscheidung vom 23.09.2020 - HRB 30866 -

OLG Dresden, Entscheidung vom 11.11.2020 - 17 W 788/20 -