

# DNotI

Deutsches Notarinstitut

**Dokumentnummer:** 2zb1\_06

**letzte Aktualisierung:** 2.6.2008

**BGH**, 2.6.2008 - II ZB 1/06

GmbHG § 4 a; FGG § 144 a

## **Auflösung einer GmbH bei unzulässiger faktischer Sitzverlagerung**

Die faktische, gegen § 4 a Abs. 2 GmbHG verstoßende Verlagerung des Sitzes der Gesellschaft führt zu einem nachträglichen - dem gleichartigen anfänglichen Nichtigkeitsgrund vergleichbaren - Satzungsmangel, der die entsprechende Anwendung des § 144 a Abs. 4, 2. Var. FGG rechtfertigt.



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

II ZB 1/06

vom

2. Juni 2008

in der Handelsregistersache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

GmbHG § 4 a; FGG § 144 a

Die faktische, gegen § 4 a Abs. 2 GmbHG verstoßende Verlagerung des Sitzes der Gesellschaft führt zu einem nachträglichen - dem gleichartigen anfänglichen Nichtigkeitsgrund vergleichbaren - Satzungsmangel, der die entsprechende Anwendung des § 144 a Abs. 4, 2. Var. FGG rechtfertigt.

BGH, Beschluss vom 2. Juni 2008 - II ZB 1/06 - OLG Dresden

LG Chemnitz

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat am 2. Juni 2008 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Goette und die Richter Dr. Kurzwelly, Kraemer, Caliebe und Dr. Drescher

beschlossen:

Die weitere sofortige Beschwerde der Beteiligten vom 15. August 2005 gegen den Beschluss der 2. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Chemnitz vom 20. Juli 2005 wird auf deren Kosten zurückgewiesen.

Beschwerdewert: 3.000,00 €

#### Gründe:

- 1 I. Die Beteiligte, eine unter HRB 1 beim Amtsgericht - Registergericht - Chemnitz eingetragene GmbH, hatte ihren satzungsmäßigen und tatsächlichen Sitz zunächst in dem in diesem Amtsgerichtsbezirk gelegenen M. . Am 29. November 2002 meldete sie ihr Gewerbe - Beratung von Unternehmen und Institutionen aller Art - rückwirkend zum 1. September 2001 bei der Stadtverwaltung der im Amtsgerichtsbezirk E. gelegenen Stadt O. an. Durch Gesellschafterbeschluss vom 24. September 2003 wurden die Sitzverlegung der Beteiligten von M. nach O. und eine entsprechende Satzungsänderung beschlossen. Die bei dem Amtsgericht Chemnitz eingereichte Anmeldung dieser Veränderungen wurde von diesem gemäß § 13 h Abs. 2 HGB an das für den angeblichen neuen Sitz zuständige Amtsge-

richt E. weitergeleitet. Das Amtsgericht E. konnte jedoch eine tatsächliche Sitzverlegung nicht feststellen, da weder die Beteiligte noch deren Geschäftsführer unter den angegebenen Adressen und Telefonnummern erreichbar waren. Es lehnte daher durch Beschluss vom 27. Oktober 2004 die Eintragung der Sitzverlegung in das Handelsregister ab. Die dagegen von der Beteiligten eingelegte Beschwerde wies das Landgericht S. durch Beschluss vom 6. April 2005 - rechtskräftig - zurück, da es keine Anhaltspunkte für eine tatsächliche Geschäftstätigkeit der Beteiligten in O. gab.

2 Zwischenzeitlich hatte das Registergericht Chemnitz durch Verfügung vom 29. November 2004 die Beteiligte darauf hingewiesen, dass ein Satzungsmangel vorliege. Ausweislich des Satzungsänderungsbeschlusses vom 24. September 2003 habe die Gesellschaft ihren Sitz nicht mehr in M. , sondern in O. ; die Satzungsänderung sei jedoch mangels Eintragung in das Handelsregister nicht wirksam. Der Beteiligten wurde gleichzeitig entsprechend § 144 a FGG aufgegeben, bis spätestens 15. Januar 2005 die Satzung durch Anpassung an den tatsächlichen Sitz wirksam zu ändern oder die Unterlassung durch Widerspruch gegen die Verfügung zu rechtfertigen; komme die Gesellschaft dem nicht fristgerecht nach, sei der Mangel förmlich festzustellen mit der Folge, dass mit Rechtskraft dieser Feststellung die Gesellschaft aufgelöst sei. Da die Beteiligte der Auflage nicht nachkam, stellte das Amtsgericht Chemnitz durch Beschluss vom 22. Juni 2005 - dem Geschäftsführer der Beteiligten am 30. Juni 2005 zugestellt - fest, dass ein Mangel der Satzung in Gestalt des Auseinanderfallens von statutarischem und tatsächlichem Sitz vorliege und die Gesellschaft mit Rechtskraft dieser Feststellung als aufgelöst gelte.

3 Die hiergegen von der Beteiligten eingelegte Beschwerde wies das Landgericht zurück. Mit der weiteren sofortigen Beschwerde macht die Beteilig-

te geltend, § 4 a GmbHG stehe dem nachträglichen Auseinanderfallen von statutarischem und tatsächlichem Sitz nicht entgegen, jedenfalls sei auf diesen Sachverhalt § 144 a FGG nicht anwendbar. Das Oberlandesgericht möchte die weitere Beschwerde zurückweisen, sieht sich hieran jedoch durch die Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 20. Februar 2002 (ZIP 2002, 1400) gehindert, weil es bei Befolgung der dort geäußerten Rechtsansicht dem Rechtsmittel stattgeben müsste. Daher hat es die Sache dem Bundesgerichtshof gemäß § 28 Abs. 2 FGG zur Entscheidung vorgelegt.

4           II. Die Voraussetzungen für eine Vorlage nach § 28 Abs. 2 FGG sind aus den vom Oberlandesgericht in seinem Vorlagebeschluss angeführten Gründen gegeben. Nach dessen Ansicht rechtfertigt das nachträgliche Auseinanderfallen von statutarischem und tatsächlichem Sitz der Gesellschaft das Auflösungsverfahren nach § 144 a FGG i.V.m. § 4 a Abs. 2 GmbHG. Demgegenüber verneint das Bayerische Oberste Landesgericht in diesem Fall eine direkte oder analoge Anwendung des § 144 a FGG, so dass das vorlegende Oberlandesgericht mit seiner beabsichtigten Entscheidung hiervon abweichen würde. Einer Divergenz steht die Auflösung des Bayerischen Obersten Landesgerichts nicht entgegen; denn an dessen Stelle ist das Oberlandesgericht München für den gesamten Freistaat Bayern getreten und setzt daher i.S. des § 28 FGG die Rechtsprechung dieses Gerichts fort (vgl. dazu schon RGZ 148, 207, 209).

5           III. Die weitere Beschwerde der Beteiligten ist nicht begründet, weil auf das - im vorliegenden Fall gegebene - nachträgliche Auseinanderfallen von statutarischem und tatsächlichem Sitz der GmbH i.S. des § 4 a Abs. 2 GmbHG das Beanstandungs- und Auflösungsverfahren gemäß § 144 a Abs. 4, 2. Var. FGG wegen eines vergleichbar schweren, nachträglich eingetretenen Mangels der Satzung der Gesellschaft entsprechende Anwendung findet (1) und die Vorin-

stanzen einen derartigen zur Auflösung der Beteiligten (§ 60 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG) führenden Mangel zutreffend festgestellt haben (2).

6           1. Gemäß § 4 a Abs. 2 GmbHG hat der Gesellschaftsvertrag als Sitz der Gesellschaft in der Regel den Ort, an dem die Gesellschaft einen Betrieb hat oder den Ort, an dem sich die Geschäftsleitung befindet oder die Verwaltung geführt wird, zu bestimmen. Mit dieser durch das Handelsrechtsreformgesetz vom 22. Juni 1998 (BGBl. I, 1474 - HRefG 1998) eingeführten Regelung sollte die bis dahin freie Sitzwahl zur Vermeidung von Missbräuchen stärker beschränkt werden; namentlich sollte im Interesse des Gläubigerschutzes und einer effektiven Registerführung verhindert werden, dass Gesellschaften in der Satzung einen - angeblichen - Sitz verlautbaren, dem jede tatsächliche Beziehung zur Gesellschaft fehlt, und sich so - rechtsmissbräuchlich - dem Zugriff der Gläubiger und der öffentlichen Stellen zu entziehen versuchen (vgl. BT-Drucks. 13/8444 S. 75).

7           a) Enthält bereits die Gründungssatzung einer GmbH eine gegen § 4 a Abs. 2 GmbHG - und damit zugleich gegen den zwingenden Mindestinhalt des Gesellschaftsvertrags (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG, § 134 BGB) - verstoßende Sitzbestimmung, so hat das Registergericht wegen eines derartigen ursprünglichen Satzungsmangels die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister gemäß § 9 c GmbHG abzulehnen. Wird in einem derartigen Fall der Gesetzesverstoß (zunächst) nicht bemerkt und die Gesellschaft gleichwohl eingetragen, so berührt dieser anfängliche Mangel zwar nicht die wirksame Entstehung der Gesellschaft, führt aber nach allgemeiner Auffassung zum Amtsaufhebungsverfahren nach § 144 a Abs. 4, 2. Var. FG i. V. m. § 60 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG (vgl. nur: Hueck/Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG 18. Aufl. § 4 a Rdn. 8;

Emmerich in Scholz, GmbHG 10. Aufl. § 4 a Rdn. 19; Ulmer, FS Thomas Raiser, S. 439, 445).

- 8            b) Entspricht zwar - wie im vorliegenden Fall - die ursprüngliche satzungsmäßige Sitzbestimmung bei der Errichtung der Gesellschaft den gesetzlichen Vorgaben der §§ 4 a, 3 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG und verstößt ein nachträglich gefasster, mit einer Sitzverlegung verbundener Änderungsbeschluss - wie hier der Gesellschafterbeschluss vom 24. September 2003 - gegen § 4 a Abs. 2 GmbHG, so ist dieser nichtig (§ 134 BGB, § 241 Nr. 3, 3. Var. AktG) und darf nicht in das Handelsregister eingetragen werden (vgl. Emmerich in Scholz aaO § 4 a Rdn. 20). Demgemäß ist die von der Beteiligten beantragte Sitzverlegung von M.            nach O.            durch letztinstanzlichen Beschluss des Landgericht Stuttgart vom 6. April 2005 - rechtskräftig und für das vorliegende Verfahren bindend - zurückgewiesen worden.
- 9            c) Ist hier mithin der - zunächst gesetzeskonform begründete - Gesellschaftssitz ohne wirksame Änderung des Gesellschaftsvertrages an einen anderen Ort verlegt worden, so liegt eine sog. faktische nachträgliche Sitzverlegung vor, die zur Unrichtigkeit und damit zu einem nachträglichen Unzulässigwerden der ursprünglich zulässigen Sitzwahl führt: Statutarische Sitzbestimmung und tatsächlicher Sitz sind nicht mehr kongruent.
- 10            Für diese Fallkonstellation geht die herrschende Meinung, der sich auch das vorliegende Oberlandesgericht angeschlossen hat, zu Recht - wenn auch mit teilweise unterschiedlicher Begründung - von einer Anwendbarkeit des Beanstandungs- und Auflösungsverfahrens gemäß § 144 a Abs. 4, 2. Var. FGG i.V.m. § 60 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG aus (für direkte Anwendung: Bandehzadeh/Thoß, NZG 2002, 803, 805; Hueck/Fastrich in Baumbach/Hueck aaO § 4 a

Rdn. 8; Schulze-Osterloh in Baumbach/Hueck aaO Anh. § 77 Rdn. 34; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG 16. Aufl. § 4 a Rdn. 25; Roth in Roth/Altmeyden, GmbHG 5. Aufl. § 4 a Rdn. 11; Michalski/Nerlich, GmbHG § 4 a Rdn. 14; Emmerich in Scholz aaO § 4 a Rdn. 21 f.; Janssen/Steder, FGG 3. Aufl. § 144 a Rdn. 12; LG Memmingen, NZG 2002, 95, 96; für analoge Anwendung: insbes. Ulmer aaO S. 447 ff.; Schulze-Osterloh in Baumbach/Hueck aaO § 77 Rdn. 34; a.A. BayObLG aaO S. 1401; OLG Frankfurt, WM 1979, 929, 930; K. Schmidt in Scholz aaO 9. Aufl. § 60 Rdn. 39; Schmidt-Leithoff in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG 4. Aufl. § 4 a Rdn. 21).

11           aa) Die ursprünglich wirksame Satzungsklausel über den Sitz der Gesellschaft wird freilich durch eine solche bloße Veränderung der ihr zugrunde liegenden tatsächlichen Verhältnisse nicht nichtig (so zutr. Ulmer aaO S. 446 gegen die eine Nichtigkeit annehmenden Befürworter der unmittelbaren Anwendbarkeit des § 144 a FGG aaO). Nichtig ist ein Rechtsgeschäft, das bei seiner Vornahme gegen ein Verbotsgesetz i.S.v. § 134 BGB oder gegen sonstiges zwingendes Recht verstößt. Demgegenüber reicht allein die Veränderung tatsächlicher Umstände - wie hier der spätere Wegfall des von § 4 a Abs. 2 GmbHG geforderten Anknüpfungsortes infolge faktischer Verlagerung des Sitzes - nicht aus, um nachträglich die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts herbeizuführen (Ulmer aaO S. 446; insoweit auch BayObLG aaO S. 1401; K. Schmidt in Scholz aaO § 60 Rdn. 39; Schmidt-Leithoff aaO § 4 a Rdn. 21).

12           bb) Die faktische, gegen § 4 a Abs. 2 GmbHG verstoßende Verlagerung des Sitzes der Gesellschaft führt jedoch zu einem nachträglichen - dem gleichartigen anfänglichen Nichtigkeitsgrund vergleichbaren - Satzungsmangel, der die entsprechende Anwendung des § 144 a Abs. 4, 2. Var. FGG rechtfertigt.

- 13 Die Analogie ist vor dem Hintergrund des vom Gesetzgeber mit der Einführung des § 4 a Abs. 2 GmbHG verfolgten Normzwecks, das Auseinanderfallen von statutarischer Sitzbestimmung und tatsächlichem Sitz zu verhindern, um dadurch den Gläubigerzugriff und die amtliche Zustellung von Registerverfügungen am Satzungssitz der Gesellschaft zu ermöglichen, geboten. Für den Rechtsverkehr, insbesondere die Gläubiger der Gesellschaft und die staatlichen Stellen, macht es hinsichtlich des Erfordernisses einer effektiven Zugriffsmöglichkeit auf die GmbH keinen Unterschied, ob der in der Satzung ausgewiesene Sitz nie der tatsächliche Sitz der Gesellschaft war oder ob es erst später zu einer solchen, aus der Satzung nicht ersichtlichen Sitzverlegung kommt.
- 14 Nach dem im öffentlichen Interesse liegenden Normzweck sollen ersichtlich Verstöße gegen § 4 a Abs. 2 GmbHG in beiden Fallgestaltungen nicht sanktionslos bleiben; vielmehr war es das Anliegen des Gesetzgebers, durch Einfügung der Norm den Gerichten nunmehr eine effektive Möglichkeit an die Hand zu geben, gerade auch gegen die zunehmend aufgetretenen, als missbräuchlich empfundenen (nachträglichen) Sitzverlegungen einzuschreiten.
- 15 In Bezug auf diese Problemgruppe nachträglicher, missbrauchsanfälliger Sitzverlagerungen liegt auch eine unbewusste (Sanktions-) Regelungslücke vor, da der Gesetzgeber bei Einführung des § 4 a GmbHG offensichtlich übersehen hat, dass zur gebotenen Durchsetzung der Pflicht zu gesetzeskonformer Sitzbestimmung bei nachträglich eintretender Diskrepanz zwischen Satzungssitz und tatsächlichem Sitz der GmbH das - im Zuge des HRefG 1998 nicht modifizierte - Beanstandungs- und Auflösungsverfahren nach § 144 a Abs. 4 FGG nicht unmittelbar zur Anwendung kommen kann, weil die dort tatbestandlich vorausgesetzte Nichtigkeit der Satzungsbestimmung in dieser Fallkonstellation nicht vorliegt.

16 Zu Unrecht hat das Bayerische Oberste Landesgericht in seiner Entscheidung vom 20. Februar 2002 (aaO S. 1402) eine solche Regelungslücke mit der Erwägung verneint, der Gesetzgeber habe in Kenntnis der vor Einführung des § 4 a GmbHG bestehenden obergerichtlichen Rechtsprechung zur Ablehnung einer Amtsauflösung in den Fällen des nachträglichen Auseinanderfallens von satzungsmäßigem und tatsächlichem Sitz der GmbH auf die Anordnung einer Nichtigkeitsfolge in § 4 a GmbHG bewusst verzichtet. Damit unterstellt dieses Gericht ein Problembewusstsein des Gesetzgebers, das schon angesichts der Komplexität der durch das HRefG 1998 neu geregelten Materie in dieser Detailtiefe nicht vorausgesetzt werden kann, zumal ein "klarstellender" Regelungsbedarf nicht im Rahmen des neuen § 4 a GmbHG, sondern allenfalls bei der - nicht in das Reformgesetz einbezogenen - verfahrensrechtlichen Rechtsfolgenorm des § 144 a Abs. 4 FGG bestanden hätte [so zutr. Ulmer aaO S. 449; vgl. zudem zur beabsichtigten Beibehaltung des Regelungsinhalts dieser Vorschriften im Rahmen der aktuellen Reformgesetzgebungsverfahren: Art. 1 Nr. 4 (zu § 4 a GmbHG) RegE MoMiG v. 25. Juli 2007, BT-Drucks. 16/6140, S. 1, 68 f. sowie Art. 1 § 399 RegE FGG-ReformG v. 10. Mai 2007, BT-Drucks. 309/07, S. 169, 650 f.]. Im Übrigen ist die Unterstellung eines solchen bewussten Regelungsverzichts aber auch sinnwidrig, da er unvereinbar mit dem durch die Einfügung des § 4 a Abs. 2 GmbHG verfolgten Regelungszweck ist.

17 2. Im vorliegenden Fall hat danach das Amtsgericht - Registergericht - das Beanstandungs- und Auflösungsverfahren ordnungsgemäß analog § 144 a Abs. 4 FGG durchgeführt.

18 Zwar hat die Beteiligte zunächst eine - grundsätzlich mögliche - Satzungsänderung in Bezug auf den ursprünglichen Sitz der Gesellschaft in M.

dahingehend beschlossen, dass eine Sitzverlegung an einen angeblichen neuen Sitz der Gesellschaft in O. stattfinden sollte. Die beantragte Eintragung an dem behaupteten neuen Sitz wurde jedoch durch die Beschwerdeentscheidung des Landgerichts S. rechtskräftig - und damit auch für das vorliegende Beanstandungs- und Auflösungsverfahren gemäß § 144 a Abs. 4 FGG bindend - zurückgewiesen, weil eine tatsächliche Sitzverlegung an diesen angegebenen "neuen" Geschäftssitz nicht feststellbar war.

19

Die Beteiligte ist der Feststellung der Vorinstanzen nicht entgegengetreten, dass sie ihren tatsächlichen Sitz nicht mehr in dem in der Satzung ausgewiesenen M., sondern offenbar an einem anderen ungenannten Ort hat. Sie hat auch trotz der berechtigten Beanstandung des Registergerichts die Voraussetzungen für eine Ausnahme von dem Regelfall des § 4 a Abs. 2 GmbHG nicht dargetan; insoweit hat sie weder vorgetragen, an welchem anderen Ort als M. oder O. sie ihren Sitz hat, noch, warum eine solche, § 4 a Abs. 2 GmbHG widersprechende Sitzwahl ausnahmsweise zulässig sein sollte.

Insbesondere hat sie auch nicht, wie es erforderlich gewesen wäre, einen solchen anderen Ort - nach entsprechender Satzungsänderung - zum Handelsregister angemeldet.

Goette

Kurzwelly

Kraemer

Caliebe

Drescher

Vorinstanzen:

LG Chemnitz, Entscheidung vom 20.07.2005 - 2 HKT 678/05 -

OLG Dresden, Entscheidung vom 28.12.2005 - 3 W 954/05 -