

MEILICKE HOFFMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE

Download von der Meilicke Hoffmann & Partner Webseite. © MEILICKE HOFFMANN & PARTNER 1999 - Alle Rechte vorbehalten

Kein Rechtsschutz gegen rechtswidrige Handelsregistereintragungen?

RA Dr. Wienand Meilicke, Licencié en droit français, LL.M. taxation (N.Y.U.), Fachanwalt für Steuerrecht, Bonn

I. Einleitung

Im Rahmen der Umwandlung einer AG in eine KG hat das OLG Hamm mit Beschluss vom 27.11.2000 eine Amtslöschung der Eintragung der KG wegen Verletzung der funktionellen Zuständigkeit des Richters des Registergerichts sowie wegen Nichtbeachtung der Registersperre des § 16 Abs. 2 UmwG verneint. Der Beschluss, mit welchem der Rechtsweg gegen vom Rechtspfleger verfügte rechtswidrige Handelsregistereintragungen für unzulässig erklärt wird, wirft Fragen zum Grundverständnis unseres Rechtsstaates auf.

II. Der Fall

Am 24. Februar 2000 verkündete der Aufsichtsratsvorsitzende der Friedrich Grohe AG gegen den Widerspruch der Minderheitsaktionäre einen Beschluß der Hauptversammlung, wonach die Umwandlung in eine Kommanditgesellschaft beschlossen worden sei. Am 29.2.2000 meldete der Vorstand der Friedrich Grohe AG den Formwechsel zur Eintragung in das Handelsregister an, wobei er wahrheitsgemäß erklärte, "bisher" seien keine Anfechtungsklagen erhoben worden. Innerhalb der am Freitag, den 24.3.2000 um Mitternacht ablaufenden Anfechtungsfrist gingen fünf Anfechtungsklagen von insgesamt zehn Aktionären der Friedrich Grohe AG beim zuständigen Landgericht Hagen ein. Eine den Zeitraum vom 29.2. bis 24.3.2000 abdeckende Negativerklärung nach § 16 Abs. 2 UmwG holte der Rechtspfleger beim Amtsgericht Iserlohn nicht ein. Vielmehr verfügte er bereits am Montag, den 27.3.2000 die Eintragung der Umwandlung in eine Kommanditgesellschaft, die vom Urkundsbeamten der Geschäftsstelle am 28.3.2000 vollzogen wurde. Den am 31.3.2000 gestellten Antrag auf Löschung der ohne Beachtung des § 16 Abs. 2 UmwG vorgenommenen Eintragung wies der Rechtspfleger bereits am 4.4.2000 mit der Begründung zurück, nach § 202 Abs. 3 UmwG ließen Mängel des Formwechsels die Wirkungen der Eintragung der neuen Rechtsform oder des Rechtsträgers neuer Rechtsformen unberührt. Die genannte Vorschrift gewähre unabhängig von der Schwere des Mangels umfassenden Bestandsschutz.

Das mit dem Löschantrag nach §§ 142, 144 FGG zunächst befasste Landgericht Hagen stellte sich auf den Standpunkt, die in § 16 Abs. 2 UmwG vorgeschriebene Erklärung, dass innerhalb der Anfechtungsfrist keine Anfechtungsklage erhoben worden ist, genüge den Anforderungen des § 16 Abs. 2 UmwG, wenn sie vor Ablauf der Klagefrist abgegeben wird. Das OLG Hamm erklärt diese Auffassung im Beschluß vom 27.11.2000 zutreffend für "bedenklich", lehnt es aber trotzdem ab, die Eintragung des Formwechsels auf ihre Rechtmäßigkeit zu überprüfen. Eine vom Rechtspfleger verfügte Eintragung einer Umwandlung in das Handelsregister sei auch dann unanfechtbar bestandskräftig, wenn sie rechtswidrig ist.

III. Kauf Dir einen Rechtspfleger ...

Für die M & A - Praxis bietet die Rechtsauffassung des OLG Hamm ungeahnte Chancen. Warum soll ein übernahmebegieriges Unternehmen sich noch à la Mannesmann/Vodafone um die Aktionäre des Zielunternehmens bemühen? Warum soll es noch mit dem Vorstand des Zielunternehmens eine Verständigung versuchen? Das OLG Hamm bietet eine billigere Lösung: Kauf Dir doch einen Rechtspfleger! Wenn z.B. die Deutsche Bank AG sich die Dresdner Bank AG einverleiben will, so liegt nichts näher, als dass sie einen Rechtspfleger beim Handelsregister des Amtsgerichts Frankfurt veranlasst, die Verschmelzung der Dresdner Bank AG auf die Deutsche Bank AG bestandskräftig und unanfechtbar in das Handelsregister einzutragen.

Die vom OLG Hamm angeordnete Bestandskraft rechtswidrig eingetragener Umwandlungen würde in dem gebildeten Beispielfall dazu führen, dass die Aktionäre der Dresdner Bank AG kraft unanfechtbarer Rechtspflegerentscheidung Minderheitsaktionäre bei Deutsche Bank AG werden, und dass Vorstand und

MEILICKE HOFFMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE

Download von der Meilicke Hoffmann & Partner Webseite. © MEILICKE HOFFMANN & PARTNER 1999 - Alle Rechte vorbehalten

Aufsichtsrat der Dresdner Bank AG ihre Positionen ersatzlos verlieren. Eine Rückabwicklung durch Spaltung würden die bestandskräftig und unanfechtbar zu Aktionären der Deutsche Bank AG beförderten Dresdner-Aktionäre nicht durchsetzen können, da sie in der Hauptversammlung der Deutsche Bank AG nicht über die dafür erforderliche 3/4 Mehrheit verfügen würden.

IV. Ausgleich in anderer Weise?

Das OLG Hamm will "einen anderen Ausgleich" gewähren, soweit die Rechtsbeeinträchtigung eines Einzelnen aus der rechtswidrigen Eintragung einer Umwandlung nicht im Wege der Berichtigung der Eintragung beseitigt werden kann, erörtert aber weder den Umfang noch den Anspruchsgegner für den Ausgleichsanspruch.

1. Umfang des auszugleichenden Schadens

Im Fall der Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine Personengesellschaft sind die wichtigsten Schadenspositionen die folgenden:

a) Steuerlicher Schaden

Das Wirksamwerden des Formwechsels hat zunächst steuerliche Folgen. Der Mehrheitsgesellschafter, der seine Aktien im Betriebsvermögen hielt, hat zwar Vorteile, nämlich die Körperschaftsteuererstattung nach § 4 Abs. 5 UmwStG und die steuerfreie Aufstockung der Buchwerte der abschreibungsfähigen Wirtschaftsgüter nach § 4 Abs. 6 UmwStG in der bis 31.12.2000 gültigen Fassung. Für die Minderheitsaktionäre bedeutet das Wirksamwerden des Formwechsels aber empfindliche steuerliche Nachteile. Die Minderheitsaktionäre müssen nämlich das anteilige verwendbare Eigenkapital der in eine Personengesellschaft umgewandelten AG nach § 7 Satz 1 Nr. 1 UmwStG als Einkünfte aus Kapitalvermögen versteuern, obwohl ihnen keine Liquidität in Form einer Ausschüttung zufließt. Außerdem werden alle Gewinne aus der Veräußerung der bisherigen Aktien steuerpflichtig. Damit nicht genug, schreibt § 4 Abs. 1 UmwStG vor, dass für Zwecke der Berechnung eines zukünftigen Veräußerungsgewinns der Minderheitsaktionäre nicht mehr die tatsächlichen Anschaffungskosten, sondern fiktive Anschaffungskosten in Höhe des anteiligen buchmäßigen Eigenkapitals der umgewandelten Gesellschaft zugrundegelegt werden.

b) Wegfall der Kapitalerhaltungsvorschriften

Solange eine Gesellschaft als Aktiengesellschaft fortbesteht, werden die Gläubiger und die Minderheitsaktionäre vor einer Auszahlung des Eigenkapitals durch das Verbot der Rückzahlung von Grundkapital nach § 57 AktG, durch das Verbot der Rückzahlung der Kapitalrücklage nach § 150 AktG und durch das Umgehungsverbot der §§ 71 ff. AktG geschützt. Dieser Schutz fällt mit Wirksamwerden des Formwechsels in eine Personengesellschaft fort. So hat die Friedrich Grohe AG unter Berufung auf das Wirksamwerden des Formwechsels 90 % ihres Grundkapitals von bisher DM 142 Mio in entnahmefähige Rücklagen umgewandelt und den größten Teil ihres Eigenkapitals von bisher DM 560 Mio an ihren Mehrheitsgesellschafter ausgezahlt. Außerdem hat sie ihrem Mehrheitsgesellschafter ein Darlehen von DM 590 Mio gewährt, um dem Mehrheitsgesellschafter zu ermöglichen, seine Schulden zurückzuzahlen, die er für den Erwerb von Aktien der Friedrich Grohe AG eingegangen war. In der Rechtsform der AG wäre diese Darlehensgewährung nicht möglich gewesen, da sie gegen § 71 a AktG verstoßen hätte. Die dadurch ausgelöste zusätzliche Verschuldung der Friedrich Grohe AG gefährdet das Investment ihrer Minderheitsaktionäre und Gläubiger.

c) Andere Eingriffe

Die vorstehend erörterten Schadenspositionen aus einer rechtswidrigen Umwandlung lassen sich in Geld beziffern. Wie aber soll der Ausgleich bei Eingriffen in die Stimmrechtsverhältnisse ausschauen, wenn, wie z.B. im Fall der Friedrich Grohe AG, ein nicht verhältnismäßiger Formwechsel in das Handelsregister eingetragen wird, durch welchen der bisherige Mehrheitsgesellschafter einziger Gesellschafter der

MEILICKE HOFFMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE

Download von der Meilicke Hoffmann & Partner Webseite. © MEILICKE HOFFMANN & PARTNER 1999 - Alle Rechte vorbehalten

Komplementär-AG wird, während die bisherigen Minderheitsaktionäre bei der Bestellung und Abberufung der Verwaltungsträger von jedem Stimmrecht ausgeschlossen werden, oder wenn eine Verschmelzung in das Handelsregister eingetragen wird, durch welche die bisherigen Mehrheitsgesellschafter einer der verschmolzenen Gesellschaften zu Minderheitsgesellschaftern des neuen Rechtsträgers werden? Wie sollen die Gesellschafter, in deren Rechte die Umwandlung eingreift, den hypothetischen Kausalverlauf beweisen, der sich ergeben hätte, wenn ihnen ihre Stimmrechte nicht durch Rechtspflegerverfügung entzogen worden wären? Wie würden z.B. die Aktionäre der durch Rechtspflegerverfügung auf die Deutsche Bank AG verschmolzenen Dresdner Bank AG beweisen, daß sie ein besseres Umtauschverhältnis oder einen höheren Kaufpreis hätten heraushandeln können, wenn sie die Verschmelzung von ihrer vorherigen rechtmäßigen Zustimmung hätten abhängig machen können? Will das OLG Hamm den durch rechtswidrige, aber unanfechtbare Entscheidung eines Rechtspflegers verletzten Bürgern die Beweislast dafür aufbürden, daß sie sich besser gestanden hätten, wenn der rechtswidrige Eingriff in ihre Rechte nicht stattgefunden hätte? Schon die Benachteiligung durch die Beweislastprobleme zeigt, dass der vom OLG Hamm angedachte Ausgleich keine ausreichende Kompensation für die gerichtliche Anfechtung rechtswidriger Eingriffe durch die öffentliche Gewalt darstellt.

2. Anspruchsgegner des Ausgleichsanspruchs

Das OLG Hamm schweigt auch zu der Frage, wen es als Anspruchsgegner für den Ausgleich ansieht.

a) § 16 Abs. 3 Satz 5 UmwG analog?

Zunächst drängt sich die Frage auf, ob in Analogie zu § 16 Abs. 3 Satz 5 UmwG eine Schadensersatzpflicht der umgewandelten Gesellschaft begründet werden kann. Dagegen spricht jedoch, dass das Verfahren des § 16 Abs. 3 UmwG nur auf Antrag des Rechtsträgers, gegen den sich die Anfechtungsklage richtet, in Gang gesetzt wird. Ohne einen Antrag nach § 16 Abs. 3 UmwG ist dem umgewandelten Rechtsträger die Auferlegung einer Schadensersatzpflicht m. E. nicht zuzumuten. Die Aktionäre, die für den angefochtenen Beschluss gestimmt haben, müssen ebenso wie der umgewandelte Rechtsträger die Möglichkeit haben, den Ausgang des Anfechtungsprozesses abzuwarten. Das werden sie immer dann tun, wenn sie die aus der Umwandlung erwarteten Vorteile nicht hoch genug einschätzen, um das Risiko einer Schadensersatzpflicht einzugehen. Ein Rechtspfleger am Amtsgericht kann nicht gut durch Vornahme einer rechtswidrigen Eintragung in das Handelsregister den Mehrheitsaktionär oder dem umgewandelten Rechtsträger eine Schadensersatzpflicht auferlegen, wenn für den Schaden weder der Mehrheitsaktionär noch der umgewandelte Rechtsträger, sondern allein der Rechtspfleger verantwortlich ist.

Gegen eine analoge Anwendung der Schadensersatzpflicht des § 16 Abs. 3 UmwG spricht auch, dass ein Antrag auf vorzeitige Eintragung nach dieser Vorschrift nur Erfolg hat, wenn die Vorteile der vorzeitigen Vollziehung des Umwandlungsbeschlusses die aus der Rechtswidrigkeit drohenden Nachteile übersteigen. Es kann aber nicht davon ausgegangen werden, dass die an der Umwandlung beteiligten Rechtsträger überhaupt Vorteile haben, obwohl sie keinen Antrag nach § 16 Abs. 3 UmwG gestellt haben. Das sieht man besonders deutlich beim Formwechsel einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft. Diese hat nämlich nur für den Mehrheitsaktionär Steuervorteile aus der Erstattung des Körperschaftsteuerguthabens und dem Step-up der §§ 4 Abs. 4 - 6 UmwStG. Die in eine Personengesellschaft umgewandelte Aktiengesellschaft hat aus dem Formwechsel nur Nachteile, da der Step-up nach § 18 Abs. 2 Satz 2 UmwStG für die Gewerbesteuer nicht gilt und da die umgewandelte Personengesellschaft nach § 18 Abs. 4 Satz 2 UmwStG Gewerbesteuer zahlen muss, wenn ihre Kommanditisten in den fünf Jahren nach der Umwandlung Kommanditanteile veräußern. Bei Veräußerung von Aktien durch Aktionäre braucht eine AG keine GewSt zu zahlen.

Den Aktionären eines rechtswidrig umgewandelten Rechtsträgers ist mit einer Schadensersatzpflicht des umgewandelten Rechtsträgers auch nicht gedient. Sie zahlen nämlich den Schadensersatz letztlich aus eigener Tasche.

MEILICKE HOFFMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE

Download von der Meilicke Hoffmann & Partner Webseite. © MEILICKE HOFFMANN & PARTNER 1999 - Alle Rechte vorbehalten

b) Haftung der Verwaltungsträger nach §§ 25, 205 UmwG?

In dem Verfahren über die Amtspflichtverletzung hat das Land Nordrhein-Westfalen geltend gemacht, die von der rechtswidrigen Umwandlung betroffenen Aktionäre sollten ihren Schaden nach §§ 25, 205 AktG bei den Verwaltungsträgern der umgewandelten Aktiengesellschaft geltend machen. Nach § 25 Abs. 1 Satz 2, 205 Abs. 1 Satz 2 UmwG tritt die Schadensersatzpflicht der Verwaltungsträger jedoch nur bei schuldhaftem Verhalten ein. Ein Verschulden wird den Verwaltungsträgern in der Regel nicht nachzuweisen sein, wenn der Rechtspfleger einträgt, obwohl Anfechtungsklage erhoben worden ist und obwohl die Verwaltungsträger aus diesem Grunde eine Erklärung nach § 16 Abs. 2 UmwG überhaupt nicht abgegeben haben. Wenn die Umwandlung durch die Handelsregistereintragung unanfechtbar bestandskräftig wird, trifft die Verwaltung auch kein Verschulden an der Ausnutzung eines Rechtsscheins.

c) Bereicherungsansprüche gegen den Mehrheitsaktionär

Wenn, wie bei der formwechselnden Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine Personengesellschaft, einzelne Aktionäre Steuervorteile haben, stellt sich die Frage, ob diese Aktionäre nicht nach Bereicherungsgrundsätzen zur Herausgabe der Vorteile an die durch die rechtswidrige Umwandlung geschädigten Personen verpflichtet sind. Nach § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB ist zur Herausgabe verpflichtet, wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt. Das Kriterium der Erlangung "ohne rechtlichen Grund" liegt wohl ohne weiteres vor, wenn der Vorteil nicht aufgrund eines rechtmäßigen Umwandlungsbeschlusses, sondern durch eine rechtswidrige Handelsregistereintragung des Rechtspflegers erfolgt. Zweifelhaft ist aber, ob zwischen den steuerlichen Nachteilen des umgewandelten Rechtsträgers und der Minderheitsaktionäre und den Steuervorteilen des Mehrheitsaktionärs der von § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB geforderte Kausalzusammenhang besteht. Diskussionswürdig erscheint aber ein Ausgleichsanspruch in Analogie zu § 243 Abs. 2 Satz 2 AktG.

d) Ansprüche aus Staatshaftung

Einigermaßen gesichert ist, dass die von einer rechtswidrigen Handelsregistereintragung Betroffenen Ansprüche aus Amtspflichtverletzung haben, wenn ein Rechtspfleger eine rechtswidrige Handelsregistereintragung verfügt.

Sollte der vom OLG Hamm angedachte Ausgleich aus Amtspflichtverletzung am fehlenden Verschulden des Rechtspflegers scheitern, so bleiben nur noch Ansprüche aus enteignungsgleichem Eingriff. Dem durch die Eintragung einer rechtswidrigen Umwandlung geschädigten Rechtsträger und seinen Gesellschaftern wird nämlich ein ungleiches Sonderopfer auferlegt, wenn die Umwandlung auch zugunsten bösgläubiger Beteiligter für bestandskräftig erklärt wird. Wenn der Ausschluss des Rechtsweges gegen rechtswidrige Rechtspflegerverfügungen wirklich verfassungskonform sein sollte, so muß man wenigstens auf das vorkonstitutionelle "Dulde und Liquidiere!" zurückgreifen können.

V. Kritik an der Rechtsauffassung des OLG Hamm

Angesichts der vorstehend aufgezeigten Konsequenzen stellt sich die Frage, ob die Bestandskraft von rechtswidrig in das Handelsregister eingetragenen Umwandlungen wirklich so weit geht, dass ein Rechtspfleger trotz rechtzeitig erhobener Anfechtungsklagen und ohne Einschaltung des Prozessgerichts gemäß § 16 Abs. 3 UmwG unanfechtbar Umwandlungen vornehmen kann.

1. Gesetzeswortlaut

Die §§ 20, 202 UmwG schreiben vor, dass die Eintragung der Verschmelzung bzw. des Formwechsels in das Handelsregister eine konstitutive Rechtsänderung zur Folge hat und dass Mängel der Verschmelzung bzw. des Formwechsels die Wirkungen der Eintragung unberührt lassen, ohne ausdrücklich danach zu unterscheiden, ob das Verfahren des § 16 Abs. 3 UmwG eingehalten wurde oder nicht. Auch die Literatur macht diese Unterscheidung nicht oder jedenfalls nicht ausdrücklich. Einerseits geht die Literatur als

MEILICKE HOFFMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE

Download von der Meilicke Hoffmann & Partner Webseite. © MEILICKE HOFFMANN & PARTNER 1999 - Alle Rechte vorbehalten

selbstverständlich davon aus, dass es zur Eintragung einer Umwandlung in das Handelsregister erst kommt, wenn das Prozessgericht dafür nach § 16 Abs. 3 UmwG den Weg freigemacht hat. Dass das Handelsregister eine Eintragung vornehmen könnte, ohne eine die ganze Anfechtungsfrist abdeckende Erklärung einzuholen, wird in der Literatur, so weit ersichtlich, nicht für möglich gehalten. Einzelne Stimmen in der Literatur können jedoch dahin verstanden werden, dass die Endgültigkeit der Wirkung der Handelsregistereintragung auch dann gelten soll, wenn keine Negativerklärung nach § 16 Abs. 2 UmwG eingeholt wurde und keine Freigabe der Handelsregistereintragung durch das Prozessgericht nach § 16 Abs. 3 Satz 1 UmwG erfolgt ist. So meint *Grunewald*, eine rechtswidrige Eintragung der Verschmelzung in das Handelsregister mache diese auch außerhalb der Fälle des § 16 Abs. 3 UmwG unumkehrbar. Dagegen plädiert *Bork* für einen Bestandsschutz gerade deshalb, weil die Anteilshaber ausreichend dadurch geschützt seien, dass sie gegen einen fehlerhaften Formwechsel in der Frist des § 195 UmwG eine Klage hätten erheben können, geht also offenbar davon aus, dass im Falle rechtzeitig erhobener Anfechtungsklagen und ohne Einhaltung des Verfahrens des § 16 Abs. 3 UmwG kein Bestandsschutz besteht.

2. Gesetzesmaterialien und Gesetzssystematik

Deutlicher als der Gesetzeswortlaut ist die aus den Gesetzesmaterialien sich erschließende Gesetzssystematik. Während vor Erlass des UmwG das Handelsregister selbst in - wenn auch beschränktem Umfang - zu prüfen hatte, ob der Umwandlungsbeschluss rechtmäßig ist und ob eine erhobene Anfechtungsklage offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat, wollte der Gesetzgeber mit § 16 Abs. 2 Satz 2 UmwG ausdrücklich klarstellen, dass ein Fehlen der Negativerklärung nach Satz 1 die Eintragung der Umwandlung hindert. Um divergierende Entscheidungen zwischen Handelsregister und Prozessgericht auszuschließen, hat der Gesetzgeber vorgesehen, dass die Frage, ob eine Umwandlung trotz einer erhobenen Anfechtungsklage eingetragen werden kann, nur noch das für diese Klage zuständige Prozessgericht in dem gesonderten Verfahren des § 16 Abs. 3 UmwG entscheiden kann. Aufgrund dieser eindeutigen Regelung ist der Gesetzgeber offenbar davon ausgegangen, dass die Eintragung einer Umwandlung bei fristgerechter Erhebung der Anfechtungsklage ohne einen Beschluss des Prozessgerichts nach § 16 Abs. 3 Satz 1 UmwG ausgeschlossen ist. Folglich ist der Gesetzgeber auch davon ausgegangen, dass das gesonderte Verfahren des § 16 Abs. 3 UmwG eine ausreichende Gewährung des Rechtsweges i.S. von Art. 19 Abs. 4, 20 Abs. 3 GG darstellt. Dagegen ergibt sich aus den Gesetzesmaterialien oder der Gesetzssystematik kein Anhaltspunkt dafür, daß der Gesetzgeber einen Rechtspfleger ermächtigen wollte, durch rechtswidrige Eintragungen in das Handelsregister unanfechtbar und unumkehrbar Umwandlungen von Gesellschaften zu bewirken. Im Gegenteil hat der Gesetzesverfasser als Motiv für die in §§ 20 Abs. 2, 202 Abs. 3 UmwG angeordnete Endgültigkeit von Umwandlungen angegeben, gesellschaftsrechtliche Akte sollten "möglichst" erhalten werden. Der völlige Ausschluss des Rechtsweges gegen rechtswidrige Eintragungsverfügungen des Rechtspflegers ist verfassungsrechtlich aber nicht "möglich". Deshalb erstreckt sich auf diesen Fall auch nicht die in §§ 20 Abs. 2, 202 Abs. 3 UmwG angeordnete Bestandskraft.

3. Verfassungskonforme Auslegung

Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG ordnet an, dass jedem der Rechtsweg offensteht, der durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt wird. Das BVerfG hat erst jüngst entschieden, dass es mit Art. 19 Abs. 4 GG unvereinbar ist, Entscheidungen des Rechtspflegers der Prüfung durch den Richter zu entziehen. Das BVerfG stellt ausdrücklich fest, dass auch Belange der Rechtssicherheit den völligen Ausschluss des Rechtsweges nicht rechtfertigen können.

a) Rechtsweg der Amtslöschung nach §§ 142, 144 FGG

§§ 142 - 144 FGG sehen eine Amtslöschung nur unter Einschränkungen vor. Eine allgemeine Rechtmäßigkeitskontrolle i.S. von Art. 19 Abs. 4 GG ist diesen Vorschriften nicht zu entnehmen, wie man schon daran sieht, dass das Gericht bei der Amtslöschung nach §§ 142 - 144 FGG von Amts wegen tätig wird, während der Rechtsweg nach Art. 19 Abs. 4 GG sich nur auf Antrag dessen eröffnet, der sich in seinen Rechten verletzt glaubt. Außerdem stellen die §§ 142 - 144 FGG die Löschung einer falschen Handelsregistereintragung in Form einer Kann-Vorschrift in das Ermessen des Richters. Dagegen gewährt Art. 19 Abs. 4 GG i.V. mit Art. 20 Abs. 3 GG demjenigen, der durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten

MEILICKE HOFFMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE

Download von der Meilicke Hoffmann & Partner Webseite. © MEILICKE HOFFMANN & PARTNER 1999 - Alle Rechte vorbehalten

verletzt ist, einen Anspruch auf Beseitigung der Rechtsverletzung. Insbesondere § 144 Abs. 2 FGG, welcher als Voraussetzung für die Löschung eines eingetragenen Hauptversammlungsbeschlusses verlangt, dass der Beschluss durch seinen Inhalt zwingende Vorschriften des Gesetzes verletzt und seine Beseitigung im öffentlichen Interesse erforderlich erscheint, schließt es aus, das Amtslöschungsverfahren als Rechtsweg i.S. von Art. 19 Abs. 4 GG anzusehen; denn der Rechtsweg des GG steht jedem, der durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt ist, gerade auch dann offen, wenn er in seinen verzichtbaren Rechten verletzt ist und die Beseitigung der Verletzung nur den privaten Interessen des Verletzten dient. Selbst wenn dem öffentlichen Interesse durch eine Aufrechterhaltung der Rechtsverletzung gedient wäre, eröffnet Art. 19 Abs. 4 GG den Rechtsweg zu den Gerichten gegen Rechtsverletzungen durch die öffentliche Gewalt.

Da dem Land Nordrhein-Westfalen aus Amtspflichtverletzung Schadensersatzpflichten von bis zu DM 1,1 Mrd drohen, wäre wohl auch vertretbar gewesen, das öffentliche Interesse an der Beseitigung der vom Rechtspfleger verfügten Rechtsverletzung zu bejahen. Die gegenteilige Beurteilung des OLG Hamm ändert aber nichts daran, dass das Amtslöschungsverfahren nach §§ 142 - 144 FGG nicht der Beseitigung individueller Rechtsverletzungen, sondern dem öffentlichen Interesse dient und deshalb nicht den nach Art. 19 Abs. 4 GG eröffneten Rechtsweg des Betroffenen gegen rechtswidrige Eintragungsverfügungen des Rechtspflegers in das Handelsregister darstellt.

b) Rechtspflegererinnerung

Obwohl das OLG Hamm mit einer Rechtspflegererinnerung gar nicht befasst war, macht es im Beschluss vom 27.11.2000 auch Aussagen über die Zulässigkeit der Rechtspflegererinnerung nach § 11 RechtspflegerG und der sich daran anschließenden Beschwerde gegen rechtswidrige Eintragungen in das Handelsregister. Es beruft sich auf die in der Tat herrschende Meinung, Erinnerung und Beschwerde gegen rechtswidrige Handelsregistereintragungen seien nur unter den einschränkenden Voraussetzungen der §§ 142 - 144 FGG zulässig. Dieser Auffassung kann aber nicht gefolgt werden.

Der Wortlaut des § 11 RechtspflegerG gibt für die herrschende Meinung, welche die Erinnerung gegen rechtswidrige Handelsregistereintragungen für unzulässig erklärt, nichts her. Nach § 11 Abs. 1 RechtspflegerG ist gegen die Entscheidungen des Rechtspflegers nämlich das Rechtsmittel gegeben, das nach den allgemeinen verfahrensrechtlichen Vorschriften zulässig ist. Findet gegen die Entscheidung nach den allgemeinen verfahrensrechtlichen Vorschriften kein Rechtsmittel statt, so eröffnet § 11 Abs. 2 Satz 1 RechtspflegerG dennoch binnen der für die sofortige Beschwerde geltenden Frist die Erinnerung. § 11 Abs. 3 Satz 1 RechtspflegerG schließt zwar gerichtliche Verfügungen von der Anfechtung mit der Erinnerung aus, wenn sie nach den Vorschriften des FGG wirksam geworden sind "und nicht mehr geändert werden können". Im FGG fehlt aber für Handelsregistereintragungen eine den §§ 62, 55 FGG entsprechende Vorschrift. Da § 11 Abs. 3 Satz 1 RechtspflegerG die Unanfechtbarkeit der Verfügungen des Rechtspflegers nur für den Fall anordnet, daß sie "nach den Vorschriften des FGG" nicht mehr geändert werden können, spricht schon der Wortlaut gegen die Annahme, Eintragungen in das Handelsregister seien gerichtliche Verfügungen, für welche der Rechtsweg nach § 11 Abs. 3 Satz 1 RechtspflegerG ausgeschlossen ist.

aa) Deklaratorische Handelsregistereintragungen

Das BayObLG hat sogar im Falle der falschen Eintragung der Vertretungsbefugnis eines Geschäftsführers die Auffassung vertreten, eine Beschwerde gegen die falsche Eintragung sei nicht statthaft, zulässig sei nur die Anregung auf Einleitung eines Amtslöschungsverfahrens nach § 142 FGG. Schon für solche Eintragungen kann aber nicht anerkannt werden, dass die Berichtigung im Ermessen des nur auf Anregung handelnden Gerichts liegt, sodass das Beschwerdegericht die Berichtigung der falschen Eintragung der Vertretungsbefugnis auch unterlassen kann. Durch die falsche Eintragung einer Vertretungsbefugnis gehen große Gefahren für die Vertretenen aus. Die vertretene Gesellschaft und ihre Gesellschafter haben deshalb einen Rechtsanspruch auf die Berichtigung einer falschen Eintragung der Vertretungsbefugnis in das Handelsregister. Ein Recht der Handelsregisterrichterschaft, unrichtige Eintragungen nach ihrem Ermessen zu berichtigen oder bestehen zu lassen, kann nicht anerkannt werden.

MEILICKE HOFFMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE

Download von der Meilicke Hoffmann & Partner Webseite. © MEILICKE HOFFMANN & PARTNER 1999 - Alle Rechte vorbehalten

In der Praxis ist deshalb bei deklaratorisch wirkenden Handelsregistereintragen auch noch kein Fall bekannt geworden, in welchem ein Gericht sich unter Berufung auf die Kann-Vorschrift der §§ 142 ff. FGG des Rechts berührt hätte, eine als falsch beanstandete Handelsregistereintragung bestehen zu lassen.

bb) Handelsregistereintragen mit konstitutiver Wirkung

Ob und unter welchen Umständen rechtswidrige Handelsregistereintragen, denen das Gesetz konstitutive Wirkung beilegt, rückgängig zu machen sind, ist umstritten. Unbestritten und unbestreitbar gehen von solchen Handelsregistereintragen aber Wirkungen aus, durch welche die davon Betroffenen in ihren Rechten verletzt werden können. Deshalb ist nicht einzusehen, warum nicht gerade auch gegen Handelsregistereintragen mit konstitutiver Wirkung der in Art. 19 Abs. 4 GG garantierte Rechtsweg offenstehen soll.

Letztlich kommt es aber auf die Frage, ob die Eintragung der Umwandlung in das Handelsregister nach einfachem Gesetzesrecht eine unabänderbare Verfügung i.S. von § 11 Abs. 3 Satz 1 RechtspflegerG ist und ob der einfache Gesetzgeber mit Erlaß der §§ 20, 202 UmwG rechtswidrige Handelsregistereintragen unanfechtbar bestandskräftig werden lassen wollte, nicht an. Ein solches Gesetz wäre nämlich ebenso verfassungswidrig wie die §§ 62 und 55 FGG. Deshalb zwingt schon die verfassungskonforme Auslegung dieser Vorschriften, die Rechtspflegereinerinnerung gegen Handelsregistereintragen für zulässig zu erklären.

Das OLG Hamm meint demgegenüber, nur im Fall der vormundschaftlichen Genehmigung, nicht aber im Falle der Eintragung einer Umwandlung in das Handelsregister führe die Handlung des Rechtspflegers zu einem unmittelbaren Eingriff in den Rechtskreis des Aktionärs. Dieses Argument ist jedoch in sich widersprüchlich. Das OLG Hamm sagt nämlich selbst, dass die Eintragung des Formwechsels in das Handelsregister konstitutiv, weil irreversibel, ist und dass sie zu einem Eingriff in die Rechte der Aktionäre führt.

Das OLG Hamm will einen Unterschied darin sehen, der Rechtspfleger beim Vormundschaftsgericht habe die Interessenwahrung der durch die Entscheidung betroffenen Rechtsträger im Auge zu haben, während das Handelsregister seine Interessenwahrung ausschließlich an der Publizitätsfunktion auszurichten habe. Wem aber soll § 16 Abs. 2 UmwG, welcher die Eintragung in das Handelsregister bei schwebender Anfechtungsklage verbietet, dienen, wenn nicht den Interessen der Aktionäre, die eine Anfechtungsklage erhoben haben? Ebenso wie die Interessenwahrung des Mündels Maßstab der Entscheidung des Vormundschaftsgerichts ist, so obliegt dem Handelsregister gegenüber den Aktionären die Amtspflicht zur Befolgung des § 16 Abs. 2 UmwG.

Wäre § 16 Abs. 2 UmwG dagegen so auslegen, dass die dort angeordnete Registersperre vom Rechtspfleger beim Handelsregister nicht im Interesse der anfechtenden Aktionäre zu beachten, sondern im Interesse des Mehrheitsgesellschafters möglichst zu umgehen, jedenfalls nicht anzuwenden ist, so wäre eine solche Auslegung selbst verfassungswidrig. Art. 19 Abs. 4 und die anderen Vorschriften des GG verbieten es nämlich, dass die öffentliche Gewalt Eingriffe in den Rechtskreis der betroffenen Rechtsträger vornimmt, ohne deren Interessen zu wahren, und Art. 19 Abs. 4 GG verbietet es, in diesem Fall den Rechtsweg auszuschließen.

c) Abgrenzung zum Beschluss des OLG Hamm vom 8.12.1993

Das OLG Hamm beruft sich auf seinen Beschluß vom 8.12.1993, in welchem es die Löschung einer Eingliederung nach § 320 AktG abgelehnt hat. In jenem Fall hatte der Registerrichter trotz erhobener Anfechtungsklage die Eintragung einen Tag nach Eingang der Handelsregisteranmeldung verfügt. Die Entscheidung ist aber mit dem hier vorliegenden Fall nicht vergleichbar.

Erstens bestand damals noch eine parallele Prüfungsbefugnis des Handelsregisters über die Anfechtbarkeit eines Hauptversammlungsbeschlusses, sodass die Eintragung nach erfolgter Prüfung in der Kompetenz des

MEILICKE HOFFMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE

Download von der Meilicke Hoffmann & Partner Webseite. © MEILICKE HOFFMANN & PARTNER 1999 - Alle Rechte vorbehalten

Handelsregisters lag. Die parallele Prüfungskompetenz von Prozessgericht und Handelsregister hat der Gesetzgeber mit dem Verfahren des § 16 Abs. 3 UmwG aber gerade abgeschafft.

Zweitens hat damals ein Richter die Eintragung verfügt. Handlungen eines Handelsregisterrichters können u.U. als Akt der Rechtsprechung, für welche Art. 19 Abs. 4 GG nicht gilt, eingeordnet werden, Handlungen eines Rechtspflegers aber nicht. Allerdings stellt die Eintragungsverfügung eines Handelsregisterrichters nur dann einen nicht nach Art. 19 Abs. 4 GG anfechtbaren Akt der Rechtsprechung dar, wenn die für die Rechtsprechung geltenden Verfahrensgarantien eingehalten worden sind. Insbesondere muss rechtliches Gehör gewährt worden sein, wenn die Verfügung eines Richters als Akt der Rechtsprechung eingeordnet werden soll. Daran mangelte es aber im Fall OLGZ 1994 S. 415 = DB 1994 S. 465, sodass dort jedenfalls ein Verstoß gegen die Grundsätze vorlag, welche das BVerfG im Beschluss vom 18.1.2000 aufgestellt hat.

d) Schutz des bösen Glaubens?

Es besteht nicht einmal ein sachliches Bedürfnis, die Berichtigung rechtswidriger Handelsregistereintragungen auszuschließen. In dem Zeitraum zwischen Vornahme der rechtswidrigen Eintragung und ihrer Berichtigung sind gutgläubige Dritte durch § 15 HGB und die Gesellschaft durch die Staatshaftung ausreichend geschützt. Bösgläubige Personen, welche die Unrichtigkeit der Handelsregistereintragung kennen und sie dennoch auszunutzen versuchen, verdienen keinen Schutz. In diesem Sinne weist *Grunewald* darauf hin, dass bei versehentlich falschen Eintragungen einer Verschmelzung § 20 Abs. 2 UmwG nicht gilt. Dann sei eine Rückgängigmachung der Verschmelzung nämlich problemlos möglich, da eine Vermischung von Vermögensmassen nicht stattgefunden haben wird, eben weil die Eintragung der Verschmelzung für alle Beteiligten überraschend kam. Ein solcher, Gutgläubensschutz nicht verdienender Fall liegt auch vor, wenn ein Rechtspfleger eine Umwandlung einträgt, obwohl alle Gesellschaftsorgane wissen, dass eine Negativerklärung i.S. von § 16 Abs. 2 UmwG noch nicht abgegeben worden ist und auch nicht abgegeben werden kann, weil die Anfechtungsfrist erst am Tage vor der Eintragung abgelaufen war und fristgerecht erhobene Anfechtungsklage deshalb noch gar nicht zugestellt sein können. Wenn die Gesellschaftsorgane ihrer Pflicht nachkommen, eingehende Mitteilungen über erfolgte Handelsregistereintragungen unverzüglich auf ihre Richtigkeit zu überprüfen, ist es ein leichtes, die Bekanntmachung zu stoppen und das Handelsregister zu berichtigen. Die falsche Handelsregistereintragung bleibt ein kurzes Intermezzo ohne wirtschaftliche Folgen.

Im Falle einer vorsätzlichen Herbeiführung oder einer vorsätzlichen Ausnutzung einer rechtswidrigen Handelsregistereintragung besteht kein Schutz des bösen Glaubens. Eine vorsätzlich rechtswidrige Vermögensvermischung durch die Gesellschaftsorgane lässt sich nämlich mit oder ohne Handelsregistereintragung nicht zuverlässig verhindern. Schutz vor der vorsätzlichen Ausnutzung des Rechtsscheins einer rechtswidrigen Handelsregistereintragung ist letztlich nur durch die Strafbarkeit der Untreue (§ 266 StGB) zu erreichen.

Hält man die Umwandlung dagegen für rechtswirksam, auch wenn sie rechtswidrig, aber unanfechtbar vom Rechtspfleger eingetragen worden ist, so sind die Verwaltungsorgane der umgewandelten Rechtsträger an die Rechtswirkungen der Handelsregistereintragung auch dann gebunden, wenn sie mit der Umwandlung nicht einverstanden sind. Z.B. verliert der Vorstand und Aufsichtsrat einer in eine Personengesellschaft umgewandelten Aktiengesellschaft sein Amt, und der vom Rechtspfleger überraschend zum persönlich haftenden Gesellschafter Beförderte haftet persönlich für die Verbindlichkeiten der Aktiengesellschaft, auch wenn er dem gar nicht zugestimmt hat. Vor allem aber erhält ein solcher durch rechtswidrige Rechtspflegerverfügung ernannter persönlich haftender Gesellschafter Geschäftsführungsbefugnisse, die ihm rechtmäßig nicht zustehen.

4. Dem europäischen Gemeinschaftsrecht konforme Auslegung

Die Rechtsauffassung, wonach Umwandlungen durch Eintragung in das Handelsregister auch dann unanfechtbar bestandskräftig werden, wenn die Eintragung aufgrund einer rechtswidrigen Verfügung eines Rechtspflegers erfolgt ist, verstößt schließlich auch gegen europäisches Gemeinschaftsrecht.

MEILICKE HOFFMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE

Download von der Meilicke Hoffmann & Partner Webseite. © MEILICKE HOFFMANN & PARTNER 1999 - Alle Rechte vorbehalten

a) Verschmelzungsrichtlinie

Nach Art. 7 der Verschmelzungsrichtlinie bedarf die Verschmelzung zumindest der Zustimmung der Hauptversammlung jeder der sich verschmelzenden Gesellschaften. Die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten müssen mindestens die einfache Mehrheit der Stimmen vorschreiben, sofern mindestens die Hälfte des gezeichneten Kapitals vertreten ist. Diese Regelung des Gemeinschaftsrechts schließt es aus, dass ein Mitgliedstaat eine Verschmelzung aufgrund bloßer Entscheidung eines Rechtspflegers beim Handelsregister wirksam werden lässt.

Mit einer ähnlichen Problematik hat der EuGH sich schon im Urteil vom 30.5.1991 befasst. In jenem Verfahren hatte kein geringerer als der griechische Gesetzgeber sich über eine Vorschrift der Kapitalerhöhungsrichtlinie hinweggesetzt, welche für Kapitalerhöhungen von Aktiengesellschaften einen Beschluss der Hauptversammlung verlangt. Der EuGH befand, dass das gemeinschaftsrechtliche Erfordernis eines Hauptversammlungsbeschlusses mit qualifizierter Mehrheit einer nationalen Regelung entgegensteht, wonach durch eine Handlung der Geschäftsführung die Erhöhung des Grundkapitals der Unternehmen beschlossen werden kann. Dieses Verbot nationaler Alleingänge ohne den gemeinschaftsrechtlich geforderten Hauptversammlungsbeschluss hat der EuGH in ständiger Rechtsprechung bestätigt.

Wenn nicht einmal ein nationaler Gesetzgeber sich darüber hinwegsetzen kann, dass das europäische Gemeinschaftsrecht einen mit qualifizierter Mehrheit gefassten Hauptversammlungsbeschluss für Kapitalerhöhungen in einer Aktiengesellschaft erfordert, so ist nicht anzunehmen, dass das Gemeinschaftsrecht dem deutschen Gesetzgeber gestattet, einem Rechtspfleger die Rechtsmacht einzuräumen, durch eine sogar nach deutschem Recht rechtswidrige Eintragung in das Handelsregister eine Verschmelzung von Aktiengesellschaften endgültig und unanfechtbar zu bewirken, obwohl das europäische Gemeinschaftsrecht dafür den qualifizierten Beschluss der Hauptversammlungen der an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträger fordert.

2. Europarecht als Vorfrage für Formwechsel

Nun hatte das OLG Hamm sich allerdings nicht mit einer gemeinschaftsrechtlich harmonisierten Verschmelzung, sondern mit einem gemeinschaftsrechtlich nicht harmonisierten Formwechsels zu befassen. Es kann jedoch nicht angenommen werden, dass der deutsche Gesetzgeber die Endgültigkeit und Unanfechtbarkeit der Eintragung eines Formwechsels im Handelsregister anders oder gar strenger hätte regeln wollen als im Falle der Verschmelzung. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH liegt ein Vorlagefall auch dann vor, wenn das nationale Recht eines Mitgliedsstaats auf das Gemeinschaftsrecht so verweist, dass die Auslegung des Gemeinschaftsrechts für die Auslegung des nationalen Rechts voregreiflich wird. M.E. stellt § 198 Abs. 3 UmwG eine solche Verweisung auf das Verschmelzungsrecht und die ihm zugrunde liegende Verschmelzungsrichtlinie dar, sodass die Frage über die Endgültigkeit einer durch einen Rechtspfleger rechtswidrig bewirkten Umwandlung nicht entschieden werden kann, ohne dem EuGH nach Art. 234 EWG-Vertrag die Frage vorzulegen, ob in Verschmelzungsfällen eine vom nationalen Recht angeordnete Unanfechtbarkeit der Entscheidung des Rechtspflegers mit dem europäischen Gemeinschaftsrecht vereinbar ist.

VI. Zusammenfassung

Nach Auffassung des OLG Hamm ist die durch einen Rechtspfleger verfügte Eintragung einer Umwandlung in das Handelsregister bestandskräftig und unanfechtbar, auch wenn rechtzeitig Anfechtungsklage erhoben worden ist und die Negativklärung nach § 16 Abs. 3 UmwG nicht vorliegt. Diese Rechtsauffassung ist weder mit dem Grundgesetz noch mit dem europäischen Gemeinschaftsrecht vereinbar.

4.1.1.17