

OLG Jena, Beschl. v. 9.3.2006 - 6 W 693/05 (LG Mühlhausen)

Anhängig beim BGH unter dem Az. II ZB 7/06

Leitsätze des Gerichts:

1. Daraus, dass §13g Abs.2 Satz2 HGB nicht auf §8 Abs.3 Satz1 GmbHG (i.V.m. §6 Abs.2 Satz3 und 4 GmbHG) verweist, folgt nicht, das Registergericht dürfe ein ihm bekannt gewordenes, gegen den Geschäftsführer der zur Eintragung angemeldeten Limited-Zweigniederlassung gerichtetes Gewerbeverbot nicht bei der Entscheidung über das Vorliegen der Eintragungsvoraussetzungen berücksichtigen.

2. Auch wenn das für die Gesellschaft maßgebliche Recht keine besonderen Anforderungen an die Person des geschäftsführenden Organs stellt, kann ohne Widerspruch zur 11. (Zweigniederlassungs-)Richtlinie wegen eines im Inland gegen den alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführer (director) der Gesellschaft verhängten Gewerbeverbots die Eintragung einer Zweigniederlassung verweigert werden.

Gründe:

I. Die Beteiligte ist aufgrund Gesellschaftsvertrags vom 19.11.2004 gegründet und im Registrar of Companies für England eingetragen. Der Geschäftszweck der Beteiligten ist mit "Hochbau" bestimmt. Als ihr Geschäftsführer (director) ist P.I. benannt. P.I. ist rechtskräftig untersagt die Ausübung des "Maurerhandwerks" und "jede andere selbstständige Gewerbeausübung sowie jede Tätigkeit als Vertretungsberechtigter eines Gewerbebetreibenden oder als mit der Leitung eines Gewerbebetriebs beauftragte Person ... ausgenommen die Tätigkeit als handwerklich-technischer Betriebsleiter in einem Arbeitnehmerverhältnis" (Bescheid des Thüringer Landesverwaltungsamts v. 29.3.2000).

Am 11.1.2005 hat die Beteiligte die Eintragung einer Zweigniederlassung in Deutschland beim Handelsregister des AG Mühlhausen angemeldet. Als Geschäftsgrundstück der Zweigniederlassung ist das Anwesen in N. angegeben.

Das AG Mühlhausen hat mit Beschluss vom 18.5.2005 die Anmeldung zurückgewiesen. Der hiergegen eingelegten Beschwerde hat das Registergericht nicht abgeholfen (Beschl. v. 22.6.2005). Das Landgericht hat die Beschwerde zurückgewiesen. Hiergegen hat die Beteiligte "Beschwerde" eingelegt. Sie macht geltend, die angefochtene Entscheidung leide aus den vom OLG Oldenburg in einem Beschluss vom 28.5.2001 ... 5 W 71/01 angeführten Gründen an einer Verletzung des Gesetzes: §13g HGB könne im Geltungsbereich des §8 GmbHG nicht entsprechend angewendet werden.

II.1. Das als weitere Beschwerde nach §27 FGG aufzufassende Rechtsmittel ist als solches statthaft und auch im Übrigen zulässig. Die Vorinstanzen haben die Beteiligte zutreffend als existent und in Deutschland rechts- und verfahrenshandlungsfähig angesehen. Die an keine Frist gebundene weitere Beschwerde ist statthaft (§27 FGG) und formgerecht eingelegt (§29 Abs.1 Satz1 und 2 FGG). Die Beschwerdeführerin ist als im Registrar of Companies for England and Wales eingetragene private limited company auch dann rechtsfähig ... und damit am Verfahren beteiligungsfähig ..., wenn sich ihr tatsächlicher (Verwaltungs-)Sitz im Inland befindet (BGHZ 154, 185 = ZIP 2003, 718 (m. Bespr. Leible/Hoffmann, S.925) ... *Überseering*, dazu EWIR 2003, 571 (Paefgen); BGH ZIP 2005, 805 = NJW 2005, 1648, 1649, dazu EWIR 2005, 431 (Bruns); Bayer, BB 2003, 2357, 2363; *Lieder*, DZWIR 2005, 399, 404). Die Befugnis zur Einlegung der weiteren Beschwerde ergibt sich schon daraus, dass die Erstbeschwerde zurückgewiesen wurde.

2. Das Rechtsmittel hat in der Sache keinen Erfolg. Zu Recht wurde der Beschwerdeführerin die Eintragung ihrer inländischen Zweigniederlassung in das Handelsregister mit der Begründung verweigert, dass die Eintragungsvoraussetzungen nicht gegeben seien, weil der angemeldete Geschäftsführer P.I. nicht befugt sei, als gesetzlicher Vertreter einer juristischen Person in der Bundesrepublik Deutschland tätig zu werden.

a) Die Eintragung einer inländischen Zweigniederlassung eines Einzelkaufmanns oder einer juristischen Person mit Satzungssitz oder Hauptniederlassung im Ausland in das inländische Handelsregister wird in §13d HGB geregelt. Für Zweigniederlassungen von GmbH mit Sitz im Ausland gelten nach §13e Abs.1 HGB ergänzend §13e Abs.2 ... 5 und §13g HGB.

Als private limited company englischen Rechts handelt es sich bei der Beschwerdeführerin um eine GmbH mit Sitz im Ausland i.S.v. §13e Abs.1 HGB; dies folgt aus der Nennung dieser Rechtsform in Art.1 der 12. (Einpersonen-GmbH-)Richtlinie, die auch für die Auslegung der 11. (Zweigniederlassungs-)Richtlinie herangezogen werden kann (*Lutter/Bayer* , in: *Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 16.Aufl., 2004, §12 Rz.11; Kindler* , NJW 1993, 3301, 3304; KG ZIP 2003, 2297 = GmbHR 2004, 116, 117 , dazu EWIR 2004, 185 (Mankowski)).

b) Handelt es sich um eine Gesellschaft aus einem anderen Mitgliedstaat des EG-Vertrages, so sind die §§13d ff. HGB europarechtskonform im Lichte der Grundfreiheiten des EG-Vertrages sowie der hier einschlägigen 11. (Zweigniederlassungs-)Richtlinie auszulegen und anzuwenden (vgl. OLG Zweibrücken ZIP 2003, 849). Diese europarechtskonforme Auslegung hat insbesondere zur Folge, dass die Eintragung einer Zweigniederlassung nicht mit dem Argument verweigert werden darf, dieser stehe nach deutschem Recht schon begrifflich das Fehlen einer Hauptniederlassung entgegen. Vielmehr umfasst der Begriff der Zweigniederlassung nach der Rechtsprechung des EuGH auch solche Niederlassungen, bei denen es sich faktisch um die Hauptniederlassung handelt (das belegen die Sachverhalte von EuGH ZIP 1999, 438 (m. Bespr. Roth, S.861 u. Werlauff, S.867) = NJW 1999, 2027 ... Centros , dazu EWIR 1999, 259 (Neye) , und EuGH ZIP 2003, 1885 (m. Bespr. Ziemons, S.1913) = NJW 2003, 3331 ... Inspire Art, dazu EWIR 2003, 1029 (Drygala) ; Senatsbeschl. v. 9.9.2005 ... 6 W 302/05; OLG Zweibrücken ZIP 2003, 849, 850; Lieder , DZWIR 2005, 399, 401 m.w.N.; ausf. Wachter , ZNotP 2005, 122, 124; vgl. noch *Lutter/Bayer* , aaO, §12 Rz.15 a.E.).

c) Der Eintragung steht jedoch entgegen, dass dem angemeldeten Geschäftsführer P.I. durch bestandskräftigen Bescheid des Thüringer Landesverwaltungsamts vom 29.3.2000 im Inland jede selbstständige Gewerbeausübung sowie jede Tätigkeit als Vertretungsberechtigter eines Gewerbetreibenden oder als mit der Leitung eines Gewerbebetriebs beauftragte Person untersagt worden ist. Dieses Verbot umfasst auch ... wie bereits die Vorinstanzen zutreffend festgestellt haben ... die Tätigkeit als Leiter einer inländischen Zweigniederlassung der Beschwerdeführerin.

aa) Zwar müssen die Geschäftsführer (directors) einer englischen private limited company bei der Anmeldung einer inländischen Zweigniederlassung ... anders als die Geschäftsführer einer deutschen GmbH ... keine Versicherung abgeben, dass in ihrer Person keine Bestellungshindernisse (nach deutschem und/oder englischem Recht) bestehen. Dies folgt daraus, dass in §13g Abs.2 Satz2 HGB nicht auf §8 Abs.3 Satz1 GmbHG (i.V.m. §6 Abs.2 Satz3 und 4 GmbHG) verwiesen wird (*Lutter/Bayer* , aaO, §8 Rz.14; *Hachenburg/Ulmer* , GmbHG, 8.Aufl., 1992, §8 Rz.33; *Rowedder/Schmidt-Leithoff* , GmbHG, 4.Aufl., 2002, §8 Rz.27).

Dieser fehlende Verweis beruht nicht auf einem Redaktionsversehen des Gesetzgebers; vielmehr ergibt sich aus den Materialien zur Neufassung der gesetzlichen Regelung im Rahmen der Umsetzung der 11. (Zweigniederlassungs-)Richtlinie durch Gesetz vom 22.7.1993 (BGBl I, 1282ff.) der eindeutige Wille, von einem solchen Anmeldeerfordernis abzusehen und damit der bis dahin anderslautenden h.M. (vgl. BayObLG WM 1986, 1557, 1559, m. zust. Anm. *Bokelmann* , EWIR 1986, 1113, 1114; OLG Düsseldorf GmbHR 1993, 98; a.A. *Rowedder* , GmbHG, 1.Aufl., 1985, §12 Rz.44; ausf. *Kaiser* , AG 1991, 18f.) bewusst entgegenzutreten (BR-Drucks. 690/92, S.49, 53; *Seibert* , GmbHR 1992, 738, 741). Hierbei ging der Gesetzgeber von der Überlegung aus, dass diese Vorschrift "nicht für Vorstandsmitglieder ausländischer GmbH passt" (BR-Drucks. 690/92, S.49). Begründet wird dies damit, dass sich die Bestellung

dieser Vorstandsmitglieder nach dem jeweiligen ausländischen Recht beurteilen und deshalb von den ausländischen Organmitgliedern keine Versicherung darüber verlangt werden kann, dass keine Umstände vorliegen, die ihrer Bestellung entgegenstehen (BR-Drucks. 690/92, S.49f.).

Im Regelfall erhält das inländische Registergericht somit von einem Bestellhindernis keine Kenntnis und wird daher eine Eintragung der Zweigniederlassung auch dann vornehmen, wenn ein potenzieller director nach deutschem Recht nicht zum Geschäftsführer einer GmbH bestellt werden kann (so zutreffend *Wachter*, ZNotP 2005, 122, 130). Dieser Rechtszustand ist unbefriedigend, als (Fehl-)Entscheidung des Gesetzgebers aber hinzunehmen; allerdings ist dringend eine gesetzliche Korrektur zu empfehlen.

bb)Fraglich ist indes, ob diese fehlende Verpflichtung zur Abgabe einer Versicherung i.S.v. §8 Abs.3 i.V.m. §6 Abs.2 Satz3 und 4 GmbHG zugleich bedeutet, dass ein im Inland ausgesprochenes (bestandskräftiges) Gewerbeausübungsverbot dann unbeachtlich ist, wenn der Verbotsadressat nicht als Geschäftsführer einer GmbH, sondern als Leiter der inländischen Zweigniederlassung einer ausländischen Kapitalgesellschaft bestellt werden soll. Diese Problematik ist umstritten und noch nicht höchstrichterlich geklärt.

(1)Das OLG Oldenburg hat in seinem Beschluss vom 28.5.2001 ... 5 W 71/01 (GmbHR 2002, 29) die Auffassung vertreten, dass die Eintragung einer Zweigniederlassung nicht wegen des gegenüber dem alleinvertretungsberechtigten director einer ausländischen Gesellschaft ausgesprochenen Gewerbeverbots verweigert werden dürfe. Auch Personen, die im Inland gem. §6 Abs.2 Satz3 und 4 GmbHG nicht als Geschäftsführer eingesetzt werden könnten, dürften als Direktoren einer ausländischen Gesellschaft die Zweigniederlassung im Inland weiterbetreiben. Dabei beschränkt sich der Senat jedoch darauf, ohne zusätzliche eigene Argumentation die Gesetzesbegründung (BR-Drucks. 690/92, S.52f.) wörtlich zu wiederholen; im Übrigen wird auf *Kindler* (NJW 1993, 3301, 3305) sowie auf *Lutter* (in: *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 15.Aufl., 2000, §12 Rz.22) verwiesen, wobei Letzterer allerdings ergänzend bemerkt, dass "dies keine gute Lösung" sei. Im Schrifttum wird diese Auffassung etwa von *Wachter*, ZNotP 2005, 122, 130f. und *Cl. Just*, EWiR 2006, 17, 18 zu *OVG Münster ZIP 2006, 136 (LS)* = *ZVI 2006, 56* vertreten.

(2)Den gegenteiligen Standpunkt haben nicht nur die Vorinstanzen im streitgegenständlichen Verfahren, sondern ebenso bereits die Vorinstanzen zu OLG Oldenburg (vgl. GmbHR 2002, 29), nämlich das AG Westerstede (RIW 2001, 67, 68) und das LG Oldenburg (28.3.2001 ... 12 T 1294/00) sowie das AG Limburg a.d. Lahn (GewArch 2005, 28, 29) und obiter auch das OVG Münster (*ZVI 2006, 56* = BB 2005, 2259, 2260) eingenommen; im Schrifttum folgen dieser Auffassung insbesondere *Altmeyen* (in: *Roth/Altmeyen*, GmbHG, 5.Aufl., 2005, §6 Rz.9 a.E.) sowie *Seifert* (RIW 2001, 68, 69).

(3)Weitergehend nehmen *Lutter/Bayer* (aaO, §12 Rz.22 a.E.) in einer solchen Konstellation sogar einen Missbrauch der Niederlassungsfreiheit an und wollen einer ausländischen Kapitalgesellschaft, die ihren tatsächlichen (Verwaltungs-)Sitz im Inland hat (sog. Scheinauslandsgesellschaft), unter Hinweis auf EuGH *ZIP 1999, 438* = NJW 1999, 2027, 2028 ... *Centros* und EuGH *ZIP 2003, 1885* = NJW 2003, 3331, 3334 ... Inspire Art die Anerkennung verweigern (ebenso tendenziell und obiter OLG Zweibrücken ZIP 2003, 849, 851; KG *ZIP 2003, 2297* = GmbHR 2004, 116, 119; vgl. auch *Knapp*, DNotZ 2003, 85, 89; *Rehberg*, in: *Eidenmüller*, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, §7 Rz.51; zweifelnd allerdings *Wachter*, ZNotP 2005, 122, 130f.).

cc)Nach Abwägung aller Gesichtspunkte schließt sich der Senat im Ergebnis der Auffassung der Vorinstanzen an. Das Ergebnis der Gegenmeinung, wonach eine Person, die aufgrund eines im Inland wirksamen, vom Registergericht als solches hinzunehmenden Verbots (zur Rechtmäßigkeit einer an einen limited-director gerichteten Gewerbeuntersagung OVG Münster *ZVI 2006, 56* = BB 2005, 2259; *Mankowski*, *ZVI 2006, 45*) nicht zum Geschäftsführer einer GmbH bestellt werden kann, dennoch als (wirksam bestellter) director einer englischen private limited company über eine eingetragene Zweigniederlassung im Inland Geschäfte betreiben darf, ist untragbar und mit dem Prinzip der Einheit der Rechtsordnung unvereinbar (so bereits

zur früheren Rechtslage zutreffend BayObLG WM 1986, 1557).

(1) Weder der fehlende Verweis in §13g Abs.2 Satz2 HGB auf §8 Abs.3 GmbHG noch die Ausführungen in der Gesetzesbegründung stehen diesem allein sachgerechten Ergebnis entgegen.

Wer als vertretungsberechtigter Geschäftsführer einer ausländischen Kapitalgesellschaft bestellt werden kann, bestimmt sich generell nach dem maßgeblichen Gesellschaftsstatut, im Falle der Beschwerdeführerin somit nach englischem Recht. An die Person des directors einer private limited company englischen Rechts stellt das Gesetz keine besonderen Anforderungen. Wer allerdings aufgrund eines gerichtlichen Beschlusses (disqualification order) als ungeeignet angesehen wurde, kommt als director nicht in Betracht (ausf. *Wachter*, ZNotP 2005, 122, 130; *Fleischer*, WM 2004, 157, 160f.). Davon abgesehen, dass dem deutschen Handelsregister der Zweigniederlassung insofern kein Prüfungsrecht zusteht (so zutreffend *Wachter*, ZNotP 2005, 122, 130), ist hier nicht ersichtlich, dass der Geschäftsführer der Beschwerdeführerin in England disqualifiziert worden wäre.

Diese Grundsätze gelten indes nicht für die Eintragung der inländischen Zweigniederlassung einer ausländischen Kapitalgesellschaft. Hier stehen vielmehr die Interessen des inländischen Rechtsverkehrs im Vordergrund, genauer der Schutz der Allgemeinheit vor der geschäftlichen Tätigkeit von Personen, die nicht die nötige Gewähr dafür bieten, dass sie die Geschäfte der Zweigniederlassung nach Maßgabe der einschlägigen Vorschriften ordnungsgemäß führen. Die Organbestellung und Vertretungsregelung der ausländischen Kapitalgesellschaft als solche werden nur reflexartig dadurch berührt, dass die inländische Zweigniederlassung nicht von einer Person geleitet werden darf, die nach Maßgabe des inländischen Gewerberechts hierfür nicht geeignet ist und der deshalb diese Tätigkeit verboten wurde (vgl. auch *Seifen*, RIW 2001, 68, 69).

Nicht zuletzt erfordert das Prinzip der Einheit der Rechtsordnung, dass das gegen den Geschäftsführer der Beschwerdeführerin ausgesprochene Tätigkeitsverbot auch im registerrechtlichen Verfahren zu beachten ist. Würde man anders entscheiden und die Eintragung der Zweigniederlassung der Beschwerdeführerin zulassen, dann könnte die Situation eintreten, dass im Falle einer Durchsetzung der Gewerbeuntersagung durch die zuständige Behörde gem. §35 GewO (dazu jüngst OVG Münster *ZVI 2006, 56* = BB 2005, 2259, 2260, m. zust. Anm. *Cl. Just*, EWIR 2006, 17, 18) die eingetragene Zweigniederlassung de facto handlungsunfähig würde, weil der zur Leitung der Zweigniederlassung allein berechtigte Geschäftsführer P.I. nicht mehr tätig sein dürfte. Es ist nicht sachgerecht, diesen nicht unwahrscheinlichen Zustand (vgl. nochmals OVG Münster *ZVI 2006, 56* = BB 2005, 2259) sehenden Auges in Kauf zu nehmen; vielmehr sind die Konsequenzen des Tätigkeitsverbots bereits bei der Eintragung der Zweigniederlassung zu berücksichtigen.

(2) Die hier vertretene Auffassung verstößt auch weder gegen die Niederlassungsfreiheit gem. Art.43, 48 EG noch gegen die 11. (Zweigniederlassungs-)Richtlinie.

Zwar stellt die Weigerung, die inländische Zweigniederlassung einer wirksam errichteten ausländischen Kapitalgesellschaft in das Handelsregister einzutragen, einen Eingriff in die gem. Art.43, 48 EG geschützte Niederlassungsfreiheit der Beschwerdeführerin dar (EuGH *ZIP 2003, 1885* = NJW 2003, 3331, 3333). Dieser Eingriff ist jedoch auch nach den strengen Maßstäben der EuGH-Rechtsprechung dann gerechtfertigt, wenn die in Rede stehende nationale Maßnahme nicht diskriminierend wirkt, aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses erfolgt sowie zur Erreichung des verfolgten Ziels geeignet und erforderlich ist (EuGH *ZIP 2003, 1885* = NJW 2003, 3331, 3334; EuGH *ZIP 1999, 438* = NJW 1999, 2027, 2029; EuGH NJW 1996, 579, 581).

Die Eintragungsverweigerung beeinträchtigt die Niederlassungsfreiheit zunächst nicht in diskriminierender Weise. Denn die Versagung der Eintragung einer Zweigniederlassung wirkt in der vorliegenden Konstellation unterschiedslos in gleicher Weise auf inländische wie auch auf ausländische Gesellschaften.

Der vorliegende Eingriff ist auch durch zwingende Gründe des Allgemeinwohls gerechtfertigt. Als solche kommen anerkanntermaßen in Betracht: der Schutz der Interessen der Gesellschaftsgläubiger, der Minderheitsgesellschafter, der Arbeitnehmer, des Fiskus (EuGH ZIP 2002, 2037 (m. Bespr. Eidenmüller, S.2233) = NJW 2002, 3614, 3617 ... Überseering, dazu EWIR 2002, 1003 (Neye)) sowie sämtliche sonstigen schutzwürdigen Belange, die der EuGH in seiner Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit bislang gebilligt hat (Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, aaO, §3 Rz.23; vgl. im Einzelnen Streinz/Müller-Graff, EUV/EGV, 2003, Art.43 EUV Rz.76). Auch die Lauterkeit des Handelsverkehrs (EuGH Slg. 1997, I-6843, Rz.18ff.; Eidenmüller, aaO, §3 Rz.23) und die Zuverlässigkeit besonderer Personengruppen (EuGH Slg. 1988, 111, Rz.29) kommen als zwingende Erfordernisse des Gemeinwohls in Betracht.

Die verfügte Gewerbeausübungsversagung zielt vorliegend darauf ab, den Rechtsverkehr vor Personen zu schützen, von denen eine ordnungsgemäße Geschäftsausübung nicht zu erwarten ist, weil den Betroffenen die Zuverlässigkeit zum Betrieb eines Gewerbes bzw. zur Leitung eines Gewerbebetriebes fehlt. Dabei handelt es sich um schutzwürdige Belange, die eine Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit rechtfertigen können.

Die beabsichtigte Eintragungsversagung ist auch geeignet, den Schutz des Rechtsverkehrs zu erreichen. Soweit der Senat die beantragte Eintragung der Beschwerdeführerin ablehnt, wird verhindert, dass Herr P.I. als Vertretungsberechtigter eines Gewerbebetreibenden tätig wird. Die beabsichtigte Sicherung der vorstehend bezeichneten schutzwürdigen Belange würde damit tatsächlich erreicht.

Schließlich ist die Maßnahme dann erforderlich, wenn es im Vergleich hierzu kein milderes Mittel gibt, das die Niederlassungsfreiheit weniger beeinträchtigen würde. Von zentraler Bedeutung ist in diesem Zusammenhang, ob die von dem inländischen Verbot bezweckten Schutzinteressen nicht schon durch das Gründungsrecht der ausländischen Kapitalgesellschaft ausreichend gewährleistet werden. So stellt sich hier die Frage, ob nicht eine disqualification des directors nach englischem Recht im Vergleich zur Eintragungsversagung ein milderes Mittel darstellt. Das ist jedoch bereits deshalb zweifelhaft, weil dem deutschen Handelsregister der Zweigniederlassung im Bezug auf das Vorliegen einer disqualification oder kein Prüfungsrecht zusteht (Wachter, ZNotP 2005, 122, 130). Auch geht eine disqualification des directors deutlich über die Verweigerung der Handelsregistereintragung einer Zweigniederlassung im Inland hinaus. Sie hätte nämlich zur Folge, dass der Betroffene nicht nur in Deutschland, sondern auch in England keine limited betreiben dürfte. Demgegenüber lässt die Eintragungsversagung der Zweigniederlassung die Qualifikation des directors in Bezug auf das englische Recht unberührt. Er ist auch weiterhin in der Lage, die englische limited zu leiten. Die Folgen, die sich aus der hier vertretenen Auffassung ergeben, werden zudem dadurch abgemildert, dass die Eintragung einer inländischen Zweigniederlassung einer ausländischen Kapitalgesellschaft im Falle, dass der (einzige) Geschäftsführer aufgrund eines Tätigkeitsverbots i.S.v. §6 Abs.2 Satz3 und 4 GmbHG nicht zur Leitung der Zweigniederlassung berechtigt ist, schon dann erfolgen kann, wenn ein Vertreter nach §13e Abs.2 Satz4 Nr.3 HGB angemeldet wird, der die Befugnis hat, die inländische Zweigniederlassung umfassend in allen ihren Angelegenheiten zu vertreten.

Auch eine spätere Gewerbeuntersagungsverfügung nach §35 GewO kommt nicht als milderes Mittel in Betracht. Denn dies könnte im Ergebnis dazu führen, dass die eingetragene Zweigniederlassung faktisch handlungsunfähig würde. Die Konsequenzen des Tätigkeitsverbots sind bereits bei der Eintragung der Zweigniederlassung zu berücksichtigen.

(2) Auch die 11. (Zweigniederlassungs-)Richtlinie steht diesem Ergebnis nicht entgegen: Sie ist zwar im Hinblick auf Offenlegungspflichten abschließend (vgl. Art.2 Abs.1: "lediglich"); auch dürfen Verletzungen dieser Pflicht nach BGH ZIP 2005, 805 = NJW 2005, 1648 nicht mit Haftungssanktionen belegt werden, die sich am Recht der Vor-GmbH orientieren (so auch Lieder, DZWIR 2005, 399, 400ff.; a.A. Leible/Hoffmann, RIW 2005, 544ff.; vgl. auch Lutter/Bayer, aaO, §11 Rz.22, §12 Rz.16). Doch ebenso wenig wie z.B. weitergehende öffentlich-rechtliche Informationspflichten ausgeschlossen sind (so ausdrücklich die der Richtlinie vorangestellten Erwägungsgründe), steht die 11. (Zweigniederlassungs-)Richtlinie der Durchsetzung eines strafrechtlichen oder verwaltungsrechtlichen Tätigkeitsverbots i.S.v. §6

Abs.2 Satz3 und 4 GmbHG entgegen, wobei es dahinstehen kann, ob diese gesetzliche Regelung analog auf den Leiter der inländischen Zweigniederlassung einer ausländischen Kapitalgesellschaft erstreckt werden kann oder ob sich das Tätigkeitsverbot unmittelbar aus der Wirkung des bestandskräftigen Hoheitsakts (hier Bescheid des Thüringer Landesverwaltungsamts v. 29.3.2000) ergibt.

cc)Der Senat lässt (vorläufig) die Frage dahinstehen, ob bereits der Umstand, dass eine Scheinauslandsgesellschaft von einer Person als Hauptgesellschafter errichtet wird, der im Inland die Ausübung eines Gewerbes und die Tätigkeit als GmbH-Geschäftsführer untersagt ist, als Missbrauch der Niederlassungsfreiheit zu qualifizieren ist mit der Folge, dass bereits der Scheinauslandsgesellschaft als solche die Anerkennung und damit die Rechtsfähigkeit abzuspochen wäre. Denn ob die Beschwerdeführerin als Scheinauslandsgesellschaft zu qualifizieren ist, ergibt sich nicht mit letzter Sicherheit aus den Verfahrensakten.

3.In dem von ihm beabsichtigten Sinn kann der Senat nicht entscheiden, ohne von der vorstehend genannten Entscheidung des OLG Oldenburg (GmbHR 2002, 29) abzuweichen. Daher ist die streitgegenständliche Rechtsfrage, ob die Eintragung der inländischen Zweigniederlassung der Beschwerdeführerin in das Handelsregister mit der Begründung verweigert werden kann, dass die Eintragungsvoraussetzungen nicht gegeben sind, weil der angemeldete Geschäftsführer P.I. nicht befugt sei, als gesetzlicher Vertreter einer juristischen Person in der Bundesrepublik Deutschland tätig zu werden, gem. §28 Abs.2 FGG dem BGH vorzulegen.

Mitgeteilt von Richter am OLG Prof. Dr. Walter Bayer, Jena