
Datum: 05.10.2016
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 28. Zivilsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 28 Wx 18/16
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2016:1005.28WX18.16.00

Vorinstanz: Landgericht Bonn, 38 T 273/15

Tenor:

Die Rechtsbeschwerde vom 21.07.2016 gegen den Beschluss des Landgerichts Bonn vom 17.06.2016 – 38 T 273/15 – wird zurückgewiesen.

Eine Erstattung außergerichtlicher Kosten findet nicht statt.

Gründe:

1

I.

2

Der Beschwerdeführer wendet sich gegen die Festsetzung eines Ordnungsgeldes i.H.v. 2.500 EUR gegen ihn persönlich durch den Rechtsbeschwerdeführer wegen Nichteinreichung der Jahresabschlussunterlagen 2008 betreffend die im Rubrum genannte GmbH bei dem Betreiber des elektronischen Bundesanzeigers. Der Beschwerdeführer ist einer von zwei im Handelsregister eingetragenen Geschäftsführern der GmbH. Diese kam der Pflicht, ihren Jahresabschluss zum Stichtag 31.12.2008 offen zu legen, innerhalb der vom Gesetz hierfür eröffneten Jahresfrist nicht nach. Aus diesem Grund führte der Rechtsbeschwerdeführer zunächst gegen die GmbH unter dem Aktenzeichen EHUG - 00108207/2010 - 01/01 ein Ordnungsgeldverfahren durch und erließ am 06.07.2010 eine Androhungsverfügung. Da die GmbH in der ihr dort gesetzten Sechs-Wochen-Frist weiterhin untätig blieb, setzte der Rechtsbeschwerdeführer am 11.07.2011 ein (erstes) Ordnungsgeld i.H.v. 2.500 EUR gegen sie fest. Zugleich wurde ihr ein weiteres (zweites) Ordnungsgeld i.H.v. 5.000 EUR für den Fall angedroht, dass man der Offenlegungspflicht für den genannten Jahresabschluss weiterhin innerhalb einer neu mit Zustellung zu laufen beginnenden Sechs-Wochen-Frist nicht nachkommt. Die GmbH legte Beschwerde ein, welche das Landgericht Bonn mit Beschluss

3

vom 29.12.2011 - 16 T 540/11 - zurückwies. Im Folgenden setzte der Rechtsbeschwerdeführer wegen des vorgenannten und weiterhin nicht offengelegten Jahresabschlusses weitere Ordnungsgelder fest, und zwar mit Entscheidungen vom 20.04.2012 i.H.v. 5.000 EUR, mit Entscheidung vom 07.11.2012 i.H.v. 7.500 EUR, mit Entscheidung vom 27.05.2013 i.H.v. 10.000 EUR und zuletzt mit Entscheidung vom 27.02.2014 i.H.v. 12.500 EUR. Dabei wurde jeweils eine erneute sechswöchige Nachfrist gesetzt, jeweils verbunden mit der Androhung, im Falle der weiteren Säumigkeit ein weiteres, jeweils um 2.500 EUR höheres Ordnungsgeld festzusetzen. Während die GmbH gegen die Entscheidungen vom 20.04.2012 und vom 07.11.2012 noch Beschwerde einlegte, die durch das Landgericht Bonn mit Entscheidungen vom 27.08.2012 (37 T 756/12) und vom 28.02.2013 (32 T 1165/12) zurückgewiesen wurden, blieben die zuletzt ergangenen Entscheidungen vom 27.05.2013 und vom 27.02.2014 unanfechtbar. Auch wegen anderer Jahresabschlüsse aus den Geschäftsjahren 2009-2013 gab es eine Vielzahl von Verfahren gegen die GmbH.

Am 18.02.2015 vermerkte die zuständige Sachbearbeiterin bei dem Rechtsbeschwerdeführer in der Akte zum Jahresabschluss 2008, dass die die GmbH betreffende Unterakte wegen der fortbestehenden Reaktionslosigkeit geschlossen werde, wobei wegen der Details auf den Vermerk Bezug genommen wird. Weiter heißt es dort, das Ordnungsgeldverfahren zum Jahresabschluss 2008 werde nunmehr gegen das vertretungsberechtigte Organ der Gesellschaft gerichtet. Dazu sei eine Androhungsverfügung in einer neuen Unterakte an ein Mitglied des vertretungsberechtigten Organs zu senden. Von dieser "Schließung der Unterakte" wurden weder die Gesellschaft noch deren Vertretungsorgane informiert. Die Vollstreckung aus den bestandskräftig gewordenen Ordnungsgeldentscheidungen gegen die GmbH will der Rechtsbeschwerdeführer gegen diese im Übrigen fortsetzen. 4

Am 18.02.2015 erließ der Rechtsbeschwerdeführer unter dem Aktenzeichen EHUG - 00108207/2010 - 02/01 eine Androhungsverfügung unmittelbar gegen den Beschwerdeführer, auf die wegen der Einzelheiten ebenfalls Bezug genommen wird. Die vorherigen Verfahren gegen die GmbH wurden ebenso wenig erwähnt wie die Absicht, mit neuen Ordnungsgeldfestsetzungen nicht weiter gegen die GmbH vorgehen zu wollen. Dem Beschwerdeführer wurde aufgegeben, innerhalb von sechs Wochen nach Zustellung der Verfügung die Abschlussunterlagen zum 31.12.2008 offen zu legen. Zugleich wurde die Festsetzung eines Ordnungsgelds i.H.v. 2.500 EUR angedroht. Diese Verfügung wurde dem Beschwerdeführer am 20.02.2015 zugestellt, der darauf nicht reagierte. Da auch eine Offenlegung weiterhin nicht erfolgte, erließ der Rechtsbeschwerdeführer unter dem 29.06.2015 gegen den Beschwerdeführer die hier streitgegenständliche Entscheidung, mit der ein entsprechendes Ordnungsgeld festgesetzt wurde. Zugleich wurde unter Setzung einer weiteren Sechs-Wochen-Frist für den Fall der weiteren Untätigkeit ein erneutes Ordnungsgeld in Höhe von dann 5.000 EUR angedroht. 5

Gegen diese ihm am 09.07.2015 zugestellte Entscheidung hat der Beschwerdeführer am 23.07.2015 Beschwerde eingelegt. Er hat dies darauf gestützt, dass die GmbH nur einen alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführer "mit Sitz in Holland" habe und eine Sitzverlegung vorgenommen werden solle. An den Beschwerdeführer würde Post nur unrechtmäßig zugestellt, da sich unter seiner Adresse weder ein Firmenschild noch ein Briefkastenschild, das auf die GmbH hinweise, befinde. Eine weitere Begründung erfolgte trotz entsprechender Fristsetzung durch den Rechtsbeschwerdeführer nicht. Dieser hat daraufhin am 17.09.2015 der Beschwerde nicht abgeholfen und die die Akten dem Landgericht Bonn vorgelegt. 6

Das Landgericht Bonn hat mit dem angegriffenen Beschluss vom 17.06.2016, auf den wegen der weiteren Einzelheiten Bezug genommen wird (Bl. 16 ff. d.A.), unter Zulassung der Rechtsbeschwerde die Ordnungsgeldentscheidung einschließlich der Festsetzung von Zustellungskosten aufgehoben. Es hat dies darauf gestützt, dass der Rechtsbeschwerdeführer nur alternativ gegen Gesellschaft oder Organ vorgehen könne, hier aber zuvor schon gegen die GmbH vorgegangen sei. Der Gesetzgeber habe kein zeitlich gestaffeltes Ordnungsgeldverfahren gegen mehrere Vermögensmassen wegen ein und desselben Verstoßes eröffnen wollen. Die praktizierte, nicht offen gelegte "Schließung der Unterakte" im gegen die GmbH geführten Verfahren finde im Gesetz keine Stütze. Aber auch unter Zugrundelegung eines abweichenden Standpunktes wäre Zulässigkeitsvoraussetzung für die Durchführung eines weiteren Verfahrens gegen das Organ jedenfalls, dass wegen des gleichen Stichtages zuvor geführte Verfahren beendet werden und diese Beendigung den Beteiligten des ersten Verfahrens und jedenfalls den Beteiligten des beabsichtigten weiteren Verfahrens kundgetan wird. Ohne eine entsprechende Mitteilung hätte der Adressat des neuen Verfahrens keine Möglichkeit, festzustellen, ob es sich bei dem nun gegen ihn gerichteten weiteren Verfahren um ein allein zulässiges „alternatives“ Verfahren handelt. Fehle ihm die Möglichkeit dieser Prüfung, sei er in seiner Entscheidung, ob er der Androhung Folge leiste oder nicht, nicht frei – was nicht hingenommen werden könne. Offen gelassen hat das Landgericht, ob die Durchführung eines weiteren Ordnungsgeldverfahrens nicht zudem auch bedingt, dass die Vollstreckung aus zuvor im früheren Verfahren ergangenen und bestandskräftig gewordenen Entscheidungen eingestellt wird – weil sonst faktisch doch wieder ein kumulatives Vorgehen drohe. Das Argument, insoweit sei zwischen Ordnungsgeldverfahren und Vollstreckungsverfahren zu unterscheiden, erscheine jedenfalls aus der Perspektive der tangierten Grundrechte (Art. 2 GG, Art. 14 GG) kunstgriffig.

Gegen diese, ihm am 22.06.2016 bekanntgemachte Entscheidung hat der Rechtsbeschwerdeführer am 21.07.2016 Rechtsbeschwerde eingelegt. Er ist der Ansicht, jedenfalls bei einer Beendigung des Ordnungsgeldverfahrens gegen die Gesellschaft sei die alternative Inanspruchnahme der Organe – auch nach Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelungen – möglich, insbesondere mit Blick auf die Beugefunktion der gesetzlichen Regelungen. Dass diese Regelungen auch Sanktionscharakter haben, sei irrelevant, da wegen der verschiedenen Betroffenen, die jeweils die individuell gesetzte Nachfrist schuldhaft nicht eingehalten haben, keine „Doppelbestrafung“ vorliege. Zudem zeige der Vergleich mit § 30 OWiG, dass ein Vorgehen gegen Gesellschaft und Organ nebeneinander in weitem Umfang möglich sein müsse. Ein regelmäßiges Vorgehen gegen die Gesellschaft und dann erst – mit der Folge der Haftung mit dem Privatvermögen – gegen die Organe entspreche zudem allein auch etwaigen Verhältnismäßigkeitserwägungen. Eine Mitteilungspflicht hinsichtlich der „Beendigung“ bestehe bei einem Adressatenwechsel ebenfalls nicht und sei auch nicht geboten – zumal der gesetzliche Vertreter regelmäßig ohnehin über alles im Bilde sei und bei einem versehentlichen späteren erneuten Vorgehen gegen die von ihm vertretene Gesellschaft Rechtsmittel einlegen könne. Ein Verzicht auf bestandskräftige Forderungen durch die Behörde sei ebenfalls nicht geboten, haushaltsrechtlich mit Blick auf § 59 BHO gar nicht möglich und wegen des Sanktionscharakters untunlich. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Rechtsmittelschrift (Bl. 48 ff. d.A.) verwiesen.

Der Beschwerdeführer beantragt,

den Beschluss des Landgerichts Bonn vom 17.06.2016 – 38 T 273/15 – aufzuheben und die Beschwerde gegen die Ordnungsgeldfestsetzung vom 20.06.2015 – EHUG – 00108207/2010 -02/02 – zurückzuweisen.

Der Senat hat mit Beschluss vom 02.08.2016, dem Rechtsbeschwerdegegner zugestellt am 10.08.2016, angeordnet, dass ohne Erörterung in einem Termin im schriftlichen Verfahren entschieden werden soll und eine Frist zur Stellungnahme binnen 1 Monats ab Zustellung gesetzt. Von der Gelegenheit zur Stellungnahme wurde kein Gebrauch gemacht.

II. 12

Die zulässige Rechtsbeschwerde ist unbegründet. Das Landgericht hat die angegriffene Ordnungsgeldentscheidung jedenfalls im Ergebnis zu Recht aufgehoben. Zwar bestehen entgegen der Rechtsauffassung des Landgerichts keine Bedenken an einem „Auswechseln“ der Betroffenen der Ordnungsgeldverfahren von der Gesellschaft hin zu ihren Organen (und ggf. umgekehrt), doch hat der Rechtsbeschwerdeführer zwingende Verfahrensvorgaben missachtet und seine Entscheidung dadurch angreifbar gemacht. Ergibt - wie hier - die Begründung des angefochtenen Beschlusses zwar eine Rechtsverletzung, stellt sich die Entscheidung aber aus anderen Gründen als richtig dar, ist die Rechtsbeschwerde insgesamt zurückzuweisen, § 335a Abs. 3 S. 2 HGB i.V.m. § 74 Abs. 2 FamFG. 13

1. Entgegen der Rechtsauffassung des Landgerichts bestehen keine grundsätzlichen Bedenken, dass – wie hier – ein wegen bestimmter Jahresabschlussunterlagen zunächst (nur) gegen die Gesellschaft als solches begonnenes Ordnungsgeldverfahren „beendet“ und sodann (nur) gegen die Organe der Gesellschaft fortgeführt wird, also auf einen anderen Adressaten umgewechselt („umgeswitcht“) wird. 14

a) Im Ausgangspunkt ist dabei allerdings der Grundgedanke des Landgerichts zutreffend, dass der Rechtsbeschwerdeführer nur alternativ gegen einen Beteiligten und nicht kumulativ (nebeneinander) gegen Gesellschaft und ihre Organmitglieder vorgehen kann. 15

aa) Der Wortlaut des Gesetzes ist in diesem Punkt freilich wenig klar. § 335 Abs. 1 HGB besagt in S. 2 zur streitgegenständlichen Problematik nur, dass das Ordnungsgeldverfahren „auch“ gegen die Kapitalgesellschaft durchgeführt werden kann, für die die Mitglieder des vertretungsberechtigten Organs die in § 335 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 2 HGB genannten Pflichten zu erfüllen haben. Damit macht das Gesetz nicht transparent, wie dieses Nebeneinander im Detail auszugestalten ist. Soweit die zur Auslegung heranzuziehenden Gesetzgebungsmaterialien davon sprechen, dass Satz 2 klarstellen soll, dass die Verhängung des Ordnungsgeldes „alternativ“ auch gegen die Kapitalgesellschaft erfolgen können soll (BT-Drs. 16/2781, 82), besagt dies wenig. Ungeachtet der Bedeutung der Gesetzesbegründung bei der Auslegung aus methodischer Sicht kann das „alternativ“ hier ohne weiteres auch nur im Sinne einer reinen Handlungsalternative verstanden werden, ohne damit ein echtes rechtliches Ausschließlichkeitsverhältnis zum Ausdruck zu bringen. Die Gesetzesbegründung eröffnet a.a.O. nämlich, dass der Gesetzgeber mit S. 2 (erneut) ausschließlich den Bedürfnissen des Rechtsbeschwerdeführers an einer Verschlinkung des Verfahrens Rechnung tragen wollte. Es sollte nur „sichergestellt“ werden, dass die Zustellung an die dann zum Adressaten gemachte Gesellschaft – die auch in diesem Fall an die gesetzlichen Vertreter zu erfolgen hat – stets einfach und ohne Zweifelsfragen am Geschäftssitz der Gesellschaft erfolgen kann. Damit betrat man seinerzeit Neuland, denn die vorherige gesetzliche Regelung in §§ 335, 335a HGB a.F. sah die Festsetzung von Zwangsgeld durch Registergerichte nach § 140a FGG a.F. nur direkt gegen die Mitglieder der vertretungsberechtigten Organe vor und provozierte damit in der Praxis in der Tat nicht selten Zustellungsprobleme. Diese Probleme waren (und sind) auch von anderer Stelle bekannt, denn auch sonst richteten (und richten) sich Zwangsgelder im Registerrecht (nur) gegen die handelnden natürlichen Personen (vgl. etwa für den unbefugten Firmengebrauch § 392 FamFG = § 140 FGG a.F. oder für sonstige Registersachen etwa § 388 FamFG = § 132 FGG 16

a.F.). Von dieser Praxis rückte man im hiesigen Bereich seinerzeit bewusst ab, (nur) um das Verfahren zu Gunsten des Rechtsbeschwerdeführers einfacher zu gestalten. Angesichts dieser gesetzgeberischen Zwecksetzung spricht sogar einiges dafür, die Formulierung in der Gesetzesbegründung („alternativ“) in der Tat weniger im Sinne eines echten rechtlichen Ausschließlichkeitsverhältnisses zu verstehen als bloß im Sinne einer neu eröffneten Handlungsalternative.

bb) Auch Sinn und Zweck des § 335 HGB, unter dem Eindruck der Vorgaben der maßgeblichen Richtlinie die möglichst effektive Durchsetzung der Erfüllung der Offenlegungspflichten zu erreichen, könnten dafür sprechen, ein kumulatives Vorgehen sowohl gegen die Mitglieder des vertretungsberechtigten Organs als auch gegen die Gesellschaft selbst zuzulassen. Folgerichtig ließe sich dies aber allenfalls dann durchhalten, wenn das Ordnungsgeld nur als Beugemittel zu verstehen wäre. Es ist indes allgemein anerkannt, dass das gemäß § 335 HGB festgesetzte Ordnungsgeld nicht nur reines Beugemittel, sondern auch eine repressive strafähnliche Sanktion darstellt (BVerfG v. 09.01.2014 – 1 BvR 299/13, NZG 2014, 460; dem folgend Senat v. 09.07.2015 - 28 Wx 6/15, GmbHR 2015, 1086, 1087; v. 03.11.2015 - 28 Wx 12/15, GmbHR 2016, 61, 62; v. 02.02.2016 - 28 Wx 20/15, GmbHR 2016, 367, 370). Damit liegt auf der Hand, dass jedenfalls ein freies kumulatives Vorgehen gegen Gesellschaft und Organ eindeutig zu weit führen würde (so auch LG Bonn v. 13.01.2016 – 39 T 384/14, n.v.; *Grottel/Hoffmann*, in: Beckscher Bilanz-Kommentar, 9. Aufl. 2014, § 335 Rn. 10; Münster/Freising, in Betram u.a., Haufe HGB Bilanz Kommentar § 335 HGB Rn.12; *Hoffmann*, NWB Kommentar Bilanzierung Online (Stand Januar 2016), § 335 Rn. 11; *Wenzel*, BB 2008, 769, 770). Dies wird letztlich auch vom Rechtsbeschwerdeführer selbst nicht anders vertreten.

17

Soweit die Rechtsbeschwerde aber auf die Regelungen im OWiG verweist, die (angeblich) Vorbild für § 335 HGB gewesen sein sollen, trägt das keine weitere Auslegung: Zum einen ist der angebliche Vorbildcharakter zweifelhaft. Denn bei der Neufassung der Regelungen zur Stärkung der Durchsetzung der Offenlegungspflichten in § 334 HGB-E war zwar zunächst geplant, ein Bußgeldverfahren gegen Organmitglieder in Abkehr von dem unzureichenden früheren registerrechtlichen Ordnungsgeldverfahren in § 335a HGB a.F., § 140a FGG a.F. einzuführen (BT-Drs. 16/960, S. 78). Der Bundesrat hatte indes Bedenken, weil die Verhängung eines Bußgeldes Verschulden in Form des § 10 OWiG voraussetzt und man davon ausging, dass das jedenfalls primär Beugecharakter habende Ordnungsgeld u.U. gar keinem Verschuldenserfordernis unterliegen würde (BT-Drs. 16/960, S. 79). Dies wiederum bot im weiteren Gesetzgebungsverfahren schlussendlich Anlass zum Verzicht auf eigene Bußgeldtatbestände und zur schlichten Modifikation des herkömmlichen Ordnungsgeldverfahrens (BT-Drs. 16/2781, 82). Vor diesem Hintergrund erscheint es fernliegend, in § 30 OWiG ein Vorbild für § 335 HGB zu sehen.

18

Zum anderen erlaubt auch § 30 OWiG nicht die beliebige kumulative bußgeldrechtliche Ahndung bei der juristischen Person als Verbandssanktion einerseits und den Organmitgliedern andererseits. Zwar ist die „doppelte“ Ahndung von Organen etc. und jur. Person nach zutreffender Meinung (statt aller OLG Hamm v. 27. 4. 1973 - 5 Ss OWi 19/73, NJW 1973, 1851, 1853; *Rebmann/Roth/Herrmann*, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, Stand: 23. Lfg.: Feb. 2016, § 30 Rn. 38; *Göhler/Gürtler*, OWiG, 15. Aufl. 2009, § 30 Rn. 29) kein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 3 GG (=Verbot der Doppelbestrafung). Indes sorgt § 30 Abs. 4 OWiG hier grundsätzlich für eine Verfolgung in einem einheitlichen Verfahren, was der Gesetzgeber für erforderlich hielt, weil eine getrennte Verfolgung schnell zu Problemen führen könnte, die einer Doppelahndung mindestens nahekommen würde (BT-Drs. 5/1269, 61 als Begründung zu § 19 OWiG-E; kritisch *Tiedemann*, ZStW 1983, 796). Auch aus

19

prozesswirtschaftlichen Gründen ist eine Abstimmung der beiden Sanktionen unumgänglich (vertiefend *Rebmann/Roth/Herrmann*, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, Stand: 23. Lfg.: Feb. 2016, § 30 Rn. 39; *Göhler/Gürtler*, a.a.O., § 30 Rn. 28, 30) und getrennte Verfahren sind im Gegenschluss aus § 30 Abs. 4 S. 1 OWiG daher grundsätzlich unzulässig und nur in den seltenen Fällen des § 30 Abs. 4 S. 2 OWiG denkbar. Aus § 30 Abs. 4 S. 1 OWiG folgt zudem, dass bei einem gewollten Vorgehen nur gegen den Verband das Verfahren gegen das Organ sogar zunächst einzustellen ist (*Rebmann/Roth/Herrmann*, a.a.O., § 30 Rn. 40, 51, 56; *Göhler/Gürtler*, a.a.O., § 30 Rn. 28). All dem wäre vorliegend aber gar nicht ohne weiteres Rechnung zu tragen.

cc) Gegen die Möglichkeit einer freien kumulativen Ahndung spricht zuletzt ein Vergleich mit der gesetzlichen Regelung in § 890 ZPO: Während die Vollstreckungsregelung in § 888 ZPO anerkanntermaßen reinen Beugecharakter hat und deswegen dort ein kumulatives Vorgehen gegen Gesellschaft und Organ wegen identischer Verpflichtungen für zulässig erachtet wird (OLG Frankfurt v. 09.04.2015 – 6 W 32/15, GRUR-RR 2015, 408; ebenso BeckOK-ZPO/*Stürner*, Ed. 20, § 888 Rn. 4a), ist die Sachlage bei § 890 ZPO deutlich differenzierter zu sehen. Denn nach h.M. werden die dort geregelten Ordnungsmittel – ganz ähnlich wie bei § 335 HGB – nicht nur als reine Maßnahme zur Beugung des Willens des Schuldners verstanden, sondern sollen – weswegen auch dort ein Verschulden geprüft wird – ebenfalls (auch) strafrechtliche (repressive) Elemente beinhalten (st. Rspr, vgl. BVerfG v. 25.10.1966 – 2 BvR 506/63, BVerfG 20, 323 [332] = NJW 1967, 195; BGH v. 12.01.2012 – I ZB 43/12, GRUR 2012, 541 Tz. 8; *Zöller/Stöber*, ZPO, 31. Aufl. 2016, § 890 Rn. 5). Damit soll nach Auffassung des BGH „schwerlich vereinbar“ sein, dass aufgrund einer von einer natürlichen Person begangenen Zuwiderhandlung ein und dasselbe Ordnungsmittel gegen mehrere Personen (hier: sowohl gegen die (nicht) handelnde Person als auch gegen die juristische Person) festgesetzt wird (BGH v. 12.01.2012 – I ZB 43/12, GRUR 2012, 541 Tz. 8). Deswegen soll im Rahmen des § 890 ZPO ein Ordnungsgeld bei einem nur gegen die juristische Person gerichteten Unterlassungsgebot grundsätzlich nur gegen die juristische Person und allein die ersatzweise bestimmte Ordnungshaft gegen das Organmitglied festzusetzen sein, das schuldhaft gegen das Verbot verstoßen hat. Entsprechendes gilt, wenn auch das Organ neben der juristischen Person Titelschuldner ist, sein schuldhaftes Verhalten, das Gegenstand des Ordnungsmittelverfahrens ist, aber der juristischen Person nach § 31 BGB zuzurechnen ist. Die juristische Person ist selbst nicht handlungsfähig. Sie handelt durch ihre Organe. Deren schuldhafte Zuwiderhandlung muss sie sich nach § 31 BGB zurechnen lassen. Die Festsetzung von Ordnungsmitteln gegen die juristische Person und ihre Organe setzt daher nur einen schuldhaften Verstoß des Organs gegen das Unterlassungsgebot voraus. Dagegen besteht kein Anlass, aufgrund einer der juristischen Person zurechenbaren schuldhaften Zuwiderhandlung ihres Organs daneben zusätzlich Ordnungsmittel gegen das Organ festzusetzen oder dessen gesamtschuldnerische Haftung zu begründen (BGH a.a.O.; siehe dies bestätigend und auch auf Vertragsstrafen ausdehnend BGH v. 08.05.2014 – I ZR 210/12, GRUR 2014, 797 Tz. 57 f.; siehe auch *Sturhahn*, in: *Schuschke/Walker*, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 6. Aufl. 2016, § 890 Rn. 46 m.w.N.). Auch diese – durchaus nach hier übertragbaren Gedanken – verbieten ersichtlich ein freies kumulatives Vorgehen gegen Gesellschaft und Organmitglieder auch im vorliegenden Bereich.

b) Das Vorgenannte bedeutet – insofern dann entgegen dem Landgericht – aber ausdrücklich nicht, dass der Rechtsbeschwerdeführer als Behörde sich deswegen von Anfang an bereits (verbindlich) festlegen muss, gegen wen das Ordnungsgeldverfahren eingeleitet und durchgeführt werden soll.

aa) Dafür mag zwar u.U. der Wortlaut des § 335 Abs. 4 S. 1 HGB sprechen, wonach dann, wenn die (konkret) Beteiligten nicht spätestens sechs Wochen nach dem Zugang der Androhung der gesetzlichen Pflicht entsprochen oder die Unterlassung mittels Einspruchs gerechtfertigt haben, das Ordnungsgeld festzusetzen und „zugleich die frühere Verfügung unter Androhung eines erneuten Ordnungsgeldes zu wiederholen ist“. Diese Spezialregelung zu der in die fast gleiche Richtung gehenden Regelung in § 389 Abs. 3 FamFG - die wohl deswegen vom Verweis in § 335 Abs. 2 S. 1 HGB ausgenommen worden ist (vgl. auch § 335 a HGB a.F. i.V.m. § 140a Abs. 2 S. 3 FGG a.F.) – scheint davon auszugehen, dass nach der Auswahl des Adressaten der Androhung mit einer ganzen Kette von Maßnahmen zwingend fortzufahren ist, bis der gesetzlichen Verpflichtung irgendwann tatsächlich genügt worden ist. Dass mit behördlichen Maßnahmen zwingend fortzufahren ist, bis die Offenlegungspflichten schlussendlich erfüllt sind, ist mit Blick auf eine richtlinienkonforme Auslegung der gesetzlichen Regelungen auch nicht in Frage zu ziehen. War schon zu § 140a FGG a.F. anerkannt, dass nach der ersten Verfahrenseinleitung kein richterliches Ermessen mehr im Hinblick auf die wiederholte Androhung und Festsetzung von Ordnungsgeldern bestand (*Jansen/Steder*, FGG, 3. Aufl. 2006, § 140a Rn. 81; *Jansen*, DStR 2000, 596, 598) – weil man insbesondere auch ein „Freikaufen“ von der Offenlegungspflicht verhindern wollte (BT-Drs. 14/2353, 30) - , kann heute nichts anderes gelten.

bb) Indes ist dem Rechtsbeschwerdeführer zuzugeben, dass bei Annahme einer verbindlichen und unverrückbaren Festlegung auf einen konkreten Adressaten durch dessen erste Inanspruchnahme der Rechtsbeschwerdeführer faktisch wohl gezwungen würde, im Zweifel stets sogleich gegen die Organmitglieder mit dem Ziel von deren persönlicher Haftung vorzugehen – während ein von § 335 Abs. 1 S. 2 HGB gewolltes einfaches Vorgehen gegen die Gesellschaft, für deren Verbindlichkeiten die Organmitglieder nicht direkt mit ihrem Privatvermögen haften, eigentlich aus Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten demgegenüber vorrangig sein und deswegen der Regelfall sein müsste. Denn angesichts der oben aufgezeigten Gesetzgebungsgeschichte kann die gesetzliche Formulierung („auch“) keinesfalls so verstanden werden, dass zwingend zunächst gegen Organmitglieder vorzugehen sein soll und nur in besonderen Fällen (subsidiär) gegen die Gesellschaft. Richtigerweise besteht ein Auswahlermessen, dass schon aus Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten regelmäßig zu Gunsten der vorrangigen Inanspruchnahme nur der Gesellschaft auszuüben sein wird. Der dann zudem entstehende „Zustellungsvorteil“ (= Zustellung am Sitz der Gesellschaft) ist offenkundig und braucht zur Begründung der Inanspruchnahme der Gesellschaft in der Androhungsverfügung auch nicht ausdrücklich erwähnt zu werden (LG Bonn v. 29.06.2009 – 30 T 537/09, BeckRS 2009, 19309; v. 20.01.2015 – 37 T 587/14, n.v.).

cc) Da Sinn und Zweck des § 335 Abs. 4 S. 1 HGB zudem nur ist, dass die Behörde zur effektiven Durchsetzung der Offenlegungspflichten einen einmal festgestellten Verstoß nicht irgendwann „ahndungsfrei“ im Raum stehen lassen können soll, wäre es indes bei genauerer Betrachtung untunlich, diese effektive Durchsetzung durch Annahme einer (unnötigen) „Adressaten-Fixierung“ auf den einmal eingeschlagenen Adressaten zu erschweren – gerade wenn sich die weitere Inanspruchnahme dieses Adressaten (hier: der Gesellschaft) als sinnfrei erwiesen hat. Ein stures Festhalten an dem ersten Adressaten wäre dann der Pflichterfüllung sogar letztlich abträglich. Es muss somit schon deswegen eine Korrekturmöglichkeit geben. Für einen solchen Ausweg finden sich auch klare Anhaltspunkte im Gesetz: So wird zur (wie gezeigt ähnlichen) Regelung in § 389 Abs. 3 FamFG von der h.M. vertreten, dass das Registergericht ohnehin die Möglichkeit haben soll, die Rechtfertigung eines eingeleiteten Zwangsgeldverfahrens erneut zu überprüfen oder gegebenenfalls infolge der Erkenntnis neuer Tatsachen oder etwa auch auf Grund eines

23

24

verspäteten Einspruchs zu dem Ergebnis zu gelangen, dass die bereits erlassene Androhungsverfügung nicht rechtens (= unrechtmäßig) war. Dann habe es nicht nur (stillschweigend) von der Festsetzung des Zwangsgeldes abgesehen, sondern darüber hinaus die bereits ergangene Verfügung durch einen das Verfahren beendenden Beschluss aufzuheben und dies den Beteiligten nach § 15 FamFG zur Kenntnis zu bringen (so etwa MüKo-FamFG/Krafka, 2. Aufl. 2013, § 389 Rn. 4; ähnlich Kreidel/Heinemann, FamFG, 18. Aufl. 2014, § 389 Rn. 8; Bahrenfuss/Steup, FamFG, 2. Aufl. 2013, § 389 Rn. 14). Ein solches Aufheben einer Androhung kommt zudem auch in Betracht, wenn sich aufgrund besserer Erkenntnisse zeigt, dass sich die Androhung auf eine andere Handlung zu richten hat oder das Verfahren durch andere Ereignisse „gegenstandslos“ wird (so Nedden-Boerger, in: Schulte-Bunert/Weinreich, FamFG, 5. Aufl. 2016, § 389 Rn. 11). Diese Gedanken zur „Gegenstandslosigkeit“ oder zu denkbaren Handlungsalternativen lassen sich zwanglos auf den hier fraglichen Bereich übertragen. Damit kann dann, wenn sich ein weiteres Vorgehen gegen den zuerst ausgewählten Adressaten als untunlich erwiesen hat, die Androhung gegen diesen aufgehoben werden. In einem zweiten Schritt kann - unter erneuter ermessensfehlerfreier Auswahl - dann aber gegen einen neuen Adressaten mit dem vollen gesetzlichen Handlungsinstrumentarium weiter vorgegangen werden. Nichts anderes ist hier aber geschehen und wäre als solches mithin bedenkenfrei.

2. Bei diesem nach dem Vorgenannten grundsätzlich möglichen „Wechsel“ auf den Beklagten als neuen Adressaten wurden indes zwingende verfahrensrechtliche Vorgaben missachtet, die dann im Ergebnis zur Aufhebung der angegriffenen Entscheidung führen mussten. 25

a) Hier hat der Rechtsbeschwerdeführer zwar intern vermerkt, dass das Verfahren gegen die Gesellschaft „beendet“ wird, doch genügt dies schon aus Gründen der Rechtssicherheit und – klarheit, wie das Landgericht zutreffend erkannt hat, gerade nicht. Schon aus den oben zitierten Stimmen zu § 389 Abs. 3 FamFG ergibt sich, dass in vergleichbaren Fällen zunächst eine bereits ergangene Androhungsverfügung aufzuheben und dies den Beteiligten zur Kenntnis zu bringen ist. Das ist auf den vorliegenden Bereich zu übertragen, so dass die Androhung gegen die zuerst in Anspruch genommene Gesellschaft aufzuheben wäre und dann – unter Verweis auf das Vorgenannte – vor allem das Organmitglied persönlich mit einer neuen Androhungsverfügung als neuer Adressat anzuschreiben gewesen wäre. Daran fehlt es vorliegend, was aber schon für sich genommen zur Aufhebung der konkreten Ordnungsgeldfestsetzung führen musste. Aus den vom Landgericht genannten Gründen – nämlich der Möglichkeit für den Adressaten, selbständig zu prüfen, ob er kumulativ oder alternativ in Anspruch genommen wird, kann es insbesondere auch nicht genügen, dass eine solche „Beendigungsmitteilung“ - wie hier - einfach während des laufenden Beschwerdeverfahrens zur Kenntnis gebracht wird (so aber wohl LG Bonn v. 20.07.2015 – 37 T 736/14, n.v.; v. 31.03.2015 – 39 T 393/14, n.v., v. 31.03.2015 – 39 T 390/14, n.v.). 26

b) Ohne dass es hier noch darauf ankommen würde, stellt der Senat zudem klar, dass der Rechtsbeschwerdeführer - anderes klingt beim Landgericht an – aber nicht zusätzlich gehalten ist, in solchen Fällen auf die Vollstreckung etwaiger bereits bestandskräftiger Ordnungsgelder gegen die Gesellschaft zu „verzichten“, wenn er sich für ein weiteres (alternatives) Vorgehen gegen Organmitglieder entscheiden will. Ungeachtet der Frage nach der genauen Reichweite der Handlungsspielräume der Rechtsbeschwerdeführers im Betreibungsverfahren mit Blick auf § 59 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BHO (dazu jüngst Kuntze-Kaufhold, GmbHR 2015, 1177, 1182) ist jedenfalls ein pauschaler Verzicht auf solche Forderungen haushaltsrechtlich schwerlich möglich. Im Hinblick auf den Sanktionscharakter der Ordnungsgelder wäre ein solcher Verzicht auch in der Sache nicht tunlich und geboten. Eine faktisch kumulativ wirkende „Doppelbestrafung“ liegt darin – entgegen dem Landgericht – 27

ebenfalls nicht und eine solche Sichtweise ist auch nicht etwa kunstgriffig. Ziel des Ordnungsgeldverfahrens ist allein die effektive Durchsetzung der Publizitätspflichten und insofern erscheint es gerade nicht fernliegend, für früher schuldhaft versäumte Nachfristen und deswegen verhängte Ordnungsgelder weiter das Gesellschaftsvermögen haften zu lassen und für nunmehr schuldhaft versäumte weitere Nachfristen den neuen Adressaten. Insofern sei nur ergänzt, dass die Gesellschaft ohnehin nicht selten einen Regressanspruch gegen ihre Organmitglieder haben wird, so dass die ja allein aus Zustellungsvereinfachungsgründen gegen die Gesellschaft gerichteten Ordnungsgelder in geeigneten Fällen schlussendlich doch von den eigentlich ja selbst schuldhaft untätigen Organmitgliedern (wirtschaftlich) zu tragen sein werden. Diese stehen dann nicht anders dar, als wenn sie von Anfang an selbst in Anspruch genommen worden wären – und dann wäre ebenfalls die gesamte Kette von Ordnungsgeldern verhängt worden.

c) Die Berufung auf die fehlende Transparenz des hier vorgenommenen „Umswitchens“ ist dem Beschwerdeführer zuletzt nicht schon deswegen unmöglich geworden, weil er seinerzeit gegen die gegen ihn gerichtete Androhungsverfügung keinen Einspruch (§ 335 Abs. 4 HGB) eingelegt hat. Auch wenn § 391 Abs. 2 FamFG nicht von dem (allerdings auch nur das behördliche Verfahren regelnden) Verweis in § 335 Abs. 2 HGB erfasst ist, entspricht es der h.M., dass bei einer mangels Einspruchs bestandskräftig gewordenen Androhung diese eine sog. Tatbestandswirkung entfaltet und eine Beschwerde daher nicht mehr darauf gestützt werden kann, dass die Androhung materiell nicht gerechtfertigt gewesen sei (LG Bonn v. 24.06.2008 - 30 T 40/08, BB 2008, 2120 m. Anm. *Eisolt, Wenzel*, BB 2008, 769, 770; Stollenwerk/Krieg, GmbHR 2008, 575, 580; *Rausch*, in: Schulte-Bunert/Weinreich, FamFG, 5. Aufl. 2016, Anh. Zu §§ 388 bis 292 FamFG (EHUG) Rn. 17 f. m.w.N.). Diese Rechtsfigur greift vorliegend aber nicht ein. Denn es geht gerade nicht um die materielle Veröffentlichungspflicht – die ohnehin außer Frage steht – sondern allein um die reine Verfahrensfrage einer (zulässigen) alternativen oder (unzulässigen) kumulativen Inanspruchnahme, zu der sich die hiesige Androhung als solche auch gar nicht verhält und die daher von der Tatbestandswirkung auch nicht erfasst werden konnte. Diese Frage kann daher auch im Beschwerdeverfahren noch gerichtlich überprüft werden.

3. Der Senat erlaubt sich abschließend noch den Hinweis, dass die Höhe des Mindestordnungsgeldes als solches bei dem streitgegenständlichen ersten Ordnungsgeld nicht zu beanstanden gewesen wäre. Ob bei wiederholten Verstößen von Organmitgliedern eine besondere Verhältnismäßigkeitsprüfung geboten wäre, die eine Steigerung der Ordnungsgelder in gewohntem Rahmen als eher kritisch erscheinen lässt (so LG Bonn v. 31.03.2015 – 39 T 390/14, n.v.; v. 31.03.2015 – 39 T 393/14, n.v.), stellt der Senat unter dem Gesichtspunkt der effektiven Durchsetzung der Publizitätspflichten und der sonst auch stets (nur) die Organmitglieder adressierenden Registerverfahren (siehe oben) aber ausdrücklich in Frage, ohne dies hier abschließend entscheiden zu müssen.

4. Wegen § 2 Abs. 1 GNotGKG ist nur über die außergerichtlichen Kosten zu befinden. Eine Kostenentscheidung betreffend der außergerichtlichen Kosten der Beteiligten ist dann nicht veranlasst (§ 335a Abs. 3 S. 6 i.V.m. Abs. 2 S. 6 HGB).

Rechtsbehelfsbelehrung:

Diese Entscheidung ist unanfechtbar.

28

29

30

31

32

