
Datum: 20.07.2016
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 28. Zivilsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 28 Wx 9/16
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2016:0720.28WX9.16.00

Vorinstanz: Landgericht Bonn, 11 T 63/16

Tenor:

Auf die Rechtsbeschwerde wird der Beschluss des Landgerichts Bonn vom 03.03.2016 – 11 T 63/16 (EHUG – 00107644/2014 – 01/03) aufgehoben. Die Beschwerde der Beschwerdeführerin gegen die Ordnungsgeldfestsetzung vom 21.10.2015 – EHUG 00107644/2014 – 01/03 – wird insgesamt kostenpflichtig zurückgewiesen.

Von der Erhebung von Gerichtskosten für das Rechtsbeschwerdeverfahren wird abgesehen.

Gründe:

I.

Die Beschwerdeführerin wendet sich gegen die Festsetzung eines zweiten Ordnungsgeldes in Höhe von 6.000,00 EUR durch den Rechtsbeschwerdeführer wegen der verspäteten Einreichung der Jahresabschlussunterlagen 2012 bei dem Betreiber des elektronischen Bundesanzeigers. Nach entsprechender Androhung setzte der Rechtsbeschwerdeführer gegen die Beschwerdeführerin unter dem 10.02.2015 ein erstes Ordnungsgeld in Höhe von 2.500 EUR fest und drohte unter Setzung einer weiteren Nachfrist von sechs Wochen das streitgegenständliche weitere (zweite) Ordnungsgeld in Höhe von 6.000 EUR an. Die Erhöhung des Betrages wurde unter Betonung des Sanktionscharakters des Ordnungsgeldes u.a. darauf gestützt, dass bereits für das Geschäftsjahr 2011 am 05.02.2014 ein erstes Ordnungsgeld in Höhe von 2.500 EUR festgesetzt worden war, sich die Beschwerdeführerin davon nicht hat beeindrucken lassen und sie weiterhin nicht offengelegt hat, weswegen

1

2

3

aufgrund der wiederholten Missachtung eine spürbare Erhöhung erforderlich und angemessen sei.

Mit Entscheidung vom 21.10.2015, zugestellt am 24.10.2015, setzte der Rechtsbeschwerde sodann das angedrohte Ordnungsgeld entsprechend fest unter Androhung eines weiteren dritten Ordnungsgeldes in Höhe von 9.500 EUR für den Fall der weiterhin unterlassenen Offenlegung. Gestützt wurde die Festsetzung und Androhung auf die weiterhin nicht erfolgte Offenlegung der Unterlagen auch für das Geschäftsjahr 2011, wegen derer zuvor ein weiteres (zweites) Ordnungsgeld in Höhe von 5.000 EUR unter dem 24.09.2015 festgesetzt worden war. Die am 09.11.2015 eingelegte Beschwerde ist - während am 19.11.2015 tatsächlich die Offenlegung erfolgt ist - trotz Aufforderung nicht begründet worden. Der Rechtsbeschwerdeführer half der Beschwerde unter dem 29.01.2016 nicht ab und legte sie dem Landgericht zur Entscheidung vor. Dieses setzte mit Beschluss vom 03.03.2016, auf den wegen der Einzelheiten verwiesen wird (Bl. 10 ff. d.A.), das Ordnungsgeld unter Zurückweisung der Beschwerde im Übrigen auf 5.000 EUR herab und ließ die Rechtsbeschwerde zu. Das Landgericht stützte sich dabei darauf, dass das zweite Ordnungsgeld - wie in allen anderen vergleichbaren Verfahren - nur in dieser Höhe festzusetzen sei. Eine weitere Herabsenkung wegen der späteren Veröffentlichung käme indes u.a. wegen § 335 Abs. 4 S. 3 HGB nicht mehr in Betracht. 4

Mit der am 01.04.2016 eingereichten und zugleich begründeten Rechtsbeschwerde, wendet sich der Rechtsbeschwerdeführer gegen die ihm am 11.03.2016 zugegangene Entscheidung und meint, es müssten – wie § 335 Abs. 1c HGB nunmehr klarstellend regele - frühere Verstöße bei der Bemessung des Ordnungsgeldes Berücksichtigung finden können; zudem sei das Ermessen gerichtlich auch nur eingeschränkt überprüfbar. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Rechtsmittelschrift (Bl. 28 ff. d.A.) verwiesen. 5

Der Rechtsbeschwerdeführer beantragt, 6

den Beschluss des Landgerichts Bonn vom 03.03.2016 – 11 T 63/16 – aufzuheben, soweit das Ordnungsgeld auf 5.000 EUR herabgesetzt worden ist, und die Beschwerde gegen die Ordnungsgeldfestsetzung vom 21.10.20145 – EHUG 00107644/2014 – 01/03 – zurückzuweisen. 7

Die Beschwerdeführerin beantragt, 8

der Beschwerde stattzugeben, soweit ein höheres Ordnungsgeld als 1.000 EUR festgesetzt wurde, hilfsweise den Beschluss des Landgerichts Bonn vom 03.03.2016 – 11 T 63/16 – zu bestätigen. 9

Die Beschwerdeführerin verweist darauf, dass sie nach Umsatzeinbrüchen wegen Erkrankungen unter § 267 Abs. 1 HGB falle und deswegen das Ordnungsgeld nach § 335 Abs. 4 S. 2 HGB herabzusetzen sei. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Schriftsatz vom 20.06.2016 (Bl. 53 ff. d.A.) verwiesen. 10

Der Senat hat mit Beschluss vom 12.04.2016, auf den zur Meidung von Wiederholungen Bezug genommen wird (Bl. 36 d.A.), unter Setzung von Stellungnahmefristen angeordnet, dass im schriftlichen Verfahren entschieden werden soll. 11

II. 12

13

Die Rechtsbeschwerde führt zur Aufhebung der angegriffenen Entscheidung und zur Zurückweisung der Beschwerde.

1. Die Rechtsbeschwerde ist zulässig. Sie ist infolge der Zulassung im angegriffenen Beschluss statthaft (§ 335a Abs. 3 S. 1 HGB). Sie ist in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt und begründet (§ 335a Abs. 3 S. 2 HGB i.V.m. § 71 FamFG). Gemäß § 335a Abs. 3 S. 4 HGB steht die Rechtsbeschwerde dem Rechtsbeschwerdeführer zu, welcher nach § 335a Abs. 3 S. 5 HGB nicht dem Anwaltszwang unterliegt. 14

2. Die Rechtsbeschwerde ist begründet. 15

Die angefochtene Entscheidung beruht auf einer Verletzung des Rechts i.S.d. § 335a Abs. 3 S. 2 HGB i.V.m. § 72 Abs. 1 FamFG, da eine Rechtsnorm – namentlich § 335 Abs. 4 S. 1 HGB – durch das Landgericht nicht richtig angewendet worden ist. Damit war nach § 335a Abs. 3 S. 2 HGB i.V.m. § 74 Abs. 5 FamFG der angefochtene Beschluss, der sich auch nicht aus anderen Gründen als zutreffend darstellt (§ 335a Abs. 3 S. 2 HGB i.V.m. § 74 Abs. 2 FamFG), aufzuheben. Der Senat konnte nach § 335a Abs. 3 S. 2 HGB i.V.m. § 74 Abs. 6 S. 1 FamFG in der entscheidungsreifen Sache aber selbst entscheiden. 16

a) Die gesetzlichen Voraussetzungen für die Festsetzung des Ordnungsgeldes lagen vor, wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, worauf hier zur Meidung von Wiederholungen Bezug genommen wird. Insbesondere ist das Vertretenmüssen bis zuletzt nicht konkret in Zweifel gezogen worden – wobei ohnehin auch § 335 Abs. 5 S. 9 HGB eingreifen würde, da die nicht weiter begründete Beschwerde mangels dahingehender Anhaltspunkte seinerzeit nicht zugleich als (stillschweigender) Wiedereinsetzungsantrag für die Verschuldensfrage auszulegen war. Letztlich greift die Beschwerdeführerin im Schriftsatz vom 20.06.2016 die Annahme einer Verwirklichung der tatbestandlichen Voraussetzungen der Ordnungsgeldfestsetzung als solches auch ausdrücklich nicht an. 17

b) Das Landgericht hat auch zutreffend erkannt, dass wegen § 335 Abs. 4 S. 3 HGB die hier eben erst nach der behördlichen Festsetzung des Ordnungsgeldes erfolgte Veröffentlichung als solches - unabhängig von der Rechtskraft - schon von Gesetzes wegen nicht mehr zur Herabsetzung des Ordnungsgeldes führen kann und dass insbesondere auch bei späteren Veröffentlichungen keine (automatische) pauschale Herabsetzung weiterer Ordnungsgelder jeweils nur auf das Mindestordnungsgeld von 2.500 EUR geboten ist (vgl. bereits Senat v. 04.01.2016 – 28 Wx 29/15, zur Veröffentlichung bestimmt). Auch eine (sonstige) Herabsenkung eines Ordnungsgeldes aus Billigkeitsgründen etc. sieht das Gesetz trotz des Verweises aus § 335 Abs. 2 S. 1 HGB u. a. auf die in § 390 Abs. 4 S. 2 FamFG enthaltene Billigkeitsregelung gerade nicht vor (st. Rspr. des Senats, vgl. etwa Beschluss v. 02.02.2016 - 28 Wx 20/15, GmbHR 2016, 367 m.w.N.). Daher tragen auch die auf eine Herabsenkung auf 1.000 EUR gezielten Ausführungen im Schriftsatz vom 20.06.2016 nicht und es kommt nicht darauf an, ob die Beschwerdeführerin unter § 267 Abs. 1 HGB zu subsumieren ist. 18

c) Das Landgericht hat jedoch zu Unrecht das Ordnungsgeld von 6.000 EUR auf 5.000 EUR herabgesetzt. 19

aa) Entgegen Ziff. II. 2. der Rechtsbeschwerdebegründung kann das Landgericht als Beschwerdegericht allerdings Ermessensfehler bei der Bemessung der Höhe der Ordnungsgeldfestsetzung im Zuge der Beschwerdeentscheidung grundsätzlich vollumfänglich überprüfen und auch korrigieren. Es bedarf keiner grundlegenden Entscheidung des Senats, ob und wie verwaltungsgerichtliche Grundsätze der Ermessenskontrolle entsprechend gelten, denn jedenfalls die Streitgegenständliche Frage 20

nach einer Berücksichtigung auch anderer (früherer) Verstöße wegen der Nichtveröffentlichung von Angaben aus früheren Geschäftsjahren, berührt ohnehin eine wesentliche tragende Frage der Ermessensausübung und wäre zumindest als Ermessensfehlgebrauch verwaltungsgerichtlich voll überprüfbar.

bb) Entgegen dem Landgericht ist es jedoch gerade nicht zu beanstanden, dass der Rechtsbeschwerdeführer bei der Bemessung des Ordnungsgeldes frühere (feststehende oder sogar rechtskräftig sanktionierte) Verstöße der Beschwerdeführerin gegen ihre gesetzlichen Publizitätspflichten berücksichtigt hat.

21

(1) Eine vom Landgericht demgegenüber favorisierte „atomisierende“ Betrachtungsweise, wonach jeweils nur die Nichtveröffentlichung für das konkrete Geschäftsjahr (hier: 2012) – letztlich dann zumeist mit den in der Verwaltungspraxis verfestigten „Schritten“ (2.500 EUR – 5.000 EUR – 7.500 EUR -10.000 EUR etc.) - möglich wäre, ist vom Gesetz so nicht geboten und nicht sinnvoll. Insofern verweist der Rechtsbeschwerdegegner zutreffend auf § 335 Abs. 1c HGB, wonach bei der behördlichen Ermessensausübung zur Höhe eines Ordnungsgeldes auch – und darum geht es hier - „frühere Verstöße der betroffenen Person zu berücksichtigen“ sind. Diese durch Gesetz vom 20.11.2015 (BGBl. I S. 2029) – übrigens auch ohne Übergangsfrist (Art. 77 EGHGB) - geschaffene Regelung ist bewusst nur als Klarstellung gemeint gewesen (BT-Drs. 18/5010, 57) und zeigt, dass die vom Rechtsbeschwerdegegner schon seit einiger Zeit versuchte maßvolle Erhöhung der Ordnungsgelder bei „Wiederholungstätern“ richtig ist. Zwar ist die in solchen Fällen vorgenommene vorsichtige Erhöhung des zweiten Ordnungsgeldes von 5.000 EUR auf 6.000 EUR durchaus im Schrifttum als „fraglich“ angegriffen worden, weil Anknüpfungspunkt für das Ordnungsgeld allein und ausschließlich die schuldhafte Versäumung der Nachfrist für den Abschluss des konkreten betreffenden Bilanzjahres ist (so *Kaufmann/Kurpat*, MDR 2014, 1, 4). Dies ist dogmatisch zwar als solches richtig, greift indes im Ergebnis zu kurz. Diese Lesart verkennt, dass jedenfalls die Bemessung des Ordnungsgeldes für den konkreten Verstoß (der in der Tat auf den konkreten Abschluss bezogen ist) dennoch nach allgemeinen Grundsätzen im Ermessen des Rechtsbeschwerdeführers steht und dann – wie auch sonst bei der Bemessung von Ordnungsgeldern – in umfassender Gesamtabwägung etwa Kriterien wie Verschulden, Bedeutung der Publizität, aber eben gerade auch die „Beharrlichkeit“ der Publizitätsverweigerung eine Rolle spielen können (so allgemein auch *MüKo-BilanzR/Waßner*, 2013, § 335 Rn. 70). Dass dann auch - im Unrechtsgehalt identische - Publizitätsverletzungen betreffend frühere Geschäftsjahre bei der Bemessung des Ordnungsgeldes für ein späteres Geschäftsjahr in die Betrachtung einbezogen werden, ist beanstandungsfrei.

22

(2) Dafür streitet nach Ansicht des Senats insbesondere auch, dass das Ordnungsgeld eben nicht nur Beugemittel, sondern gerade auch repressive strafähnliche Sanktion ist (BVerfG v. 09.01.2014 – 1 BvR 299/13, NZG 2014, 460). Insofern kann etwa im Bußgeldbereich anerkanntermaßen bei der Bemessung nach § 17 OWiG zu berücksichtigen sein, ob der Täter – vorwerfbar – frühere gegen ihn bereits ergangene Sanktionen aufgrund in innerem Zusammenhang stehender Taten sich nicht hat zur Warnung dienen lassen, oder, anders ausgedrückt, ob der Täter eine frühere – ihm noch anlastbare (verwertbare) – sanktionsmäßige Warnung negiert hat (vgl. etwa *KK-OWiG/Mitsch*, 4. Aufl. 2014, § 17 Rn. 75 ff.; *Göhler/Gürtler*, OWiG, 15. Aufl. 2009, § 17 Rn. 20 ff m.w.N.). Auch im Strafrecht sind über § 46 Abs. 2 StGB („Vorleben“) einschlägige Vorstrafen ein gewichtiger Strafzumessungsgrund (statt aller *Stree/Kinzig*, in: *Schönke/Schröder StGB*, 29. Aufl. 2014, § 46 Rn. 30 ff., für noch nicht rechtskräftige Vorstrafe etwa auch *BGH v. 28.10.2008 - 5 StR 312/08*, NStZ-Rr 2009, 44). Im vorliegenden Bereich kann dann nichts anderes gelten.

23

(3) Auch der Beugecharakter - der im fraglichen Bereich gerade mit Blick auf eine richtlinienkonforme Auslegung des gesamten Verfahrens auf eine möglichst effektive Durchsetzung der Publizitätspflichten auszurichten ist – streitet letztlich ebenfalls für eine strenge Sichtweise: Führt man sich vor Augen, dass bei der Androhung von weiteren Ordnungsgeldern anerkanntermaßen eine „spürbare Anhebung“ der Ordnungsgelder geboten ist vor dem Hintergrund einer Einwirkung auf den Betroffenen mit dem Ziel der effizienten Durchsetzung der gesetzlichen Publizitätspflichten (*Rausch*, in: Schulte-Bunert/Weinreich, FamFG, 4. Aufl. 2014, Anhang zu §§ 388 bis 392 FamFG (EHUG) Rn. 8; siehe allgemein für Erhöhung auf 5.000 EUR beim zweiten Ordnungsgeld LG Bonn v. 02.07.2009 - 39 T 193/09, BeckRS 2009, 19310; LG Bonn v. 18. 6. 2013 – 37 T 580/12, NZG 2013, 1220 und Senat v. 04.01.2016 – 28 Wx 29/15, zur Veröffentlichung bestimmt; v. 02.02.2016 - 28 Wx 20/15, GmbHR 2016, 367; generell auch MüKo-FamFG/*Krafka*, 2. Aufl. 2013, § 389 Rn. 1), kann eine zusätzliche Verstärkung dieses Beugecharakters bei gleichförmigen früheren Verstößen nur sachgerecht sein. Das Verfahren ist auch sonst stets darauf ausgelegt, den Druck auf den Säumigen zu erhöhen. So soll etwa die Kombination der Festsetzung mit einer erneuten Androhung eines weiteren Ordnungsgeldes ganz bewusst ein Mittel der Verfahrensbeschleunigung sein; der Gesetzgeber hat gehofft, die Behörden würde stets alle Möglichkeiten voll ausschöpfen (BT-Drs. 14/2353, S. 25; dem folgend Staub/*Dannecker/Kern*, HGB, 5. Aufl. 2012, § 335 Rn. 33). Das dies - auch mit Blick auf das Gebot der möglichst effektiven Richtlinienumsetzung - dann auch im hier diskutierten Bereich geschieht, ist nicht zu beanstanden.

(3) Gesichtspunkte der Effektivität des Verfahrensablaufs streiten zuletzt ebenfalls nicht gegen eine solche Lesart. Insbesondere kann – wenn frühere Verstöße (noch) nicht sicher feststehen bzw. nicht rechtskräftig beschieden sind -, auf eine Beschwerde gegen ein solcherart erhöhtes (weiteres) Ordnungsgeld im Abhilfeverfahren wegen der parallel ebenfalls angegriffenen, in anderen Verfahren sanktionierten Verstöße wegen früherer Jahresabschlüsse jedenfalls gemäß § 335a Abs. 1 HGB i.V.m. § 21 FamFG ausgesetzt werden, um so die Verfahren in der korrekten Reihenfolge der gerichtlichen Klärung zuzuführen. Gleiche Möglichkeiten hat das Landgericht und über § 335a Abs. 3 S. 2 HGB auch der Senat im Rechtsbeschwerdeverfahren. Auch mit Blick darauf bedarf es mithin keiner atomisierenden Betrachtungsweise nur der einzelnen Zeitabschnitte bei den Publizitätspflichten. 25

3. Das Vorbringen der Beschwerdeführerin im Schriftsatz vom 20.06.2016 ist - auch mit Blick auf die Antragstellung - bei verständiger Würdigung nicht als (konkludente) Anschlussrechtsbeschwerde i.S.d. § 335 Abs. 3 S. 2 HGB i.V.m. 73 FamFG zu verstehen. Denn eine solche wäre hier nur bis zum Ablauf einer (Not-)Frist von einem Monat nach der Bekanntgabe der Begründungsschrift der Rechtsbeschwerde zulässig gewesen; diese Frist ist nicht verlängerbar. Es ist mit Blick darauf aber nicht anzunehmen, dass der anwaltliche Vertreter trotz der eher unglücklichen Antragsfassung ein evident unzulässiges Rechtsmittel hat einlegen wollen. 26

4. Die Kostenentscheidung für die Gerichtsgebühren des Rechtsbeschwerdeverfahrens, von deren Erhebung nach Auffassung des Senats abzusehen ist, basiert auf § 335a Abs. 3 S. 2 HGB i.V.m. §§ 74 Abs. 4 FamFG i.V.m. dem – auch für Beschwerdeverfahren geltenden (*Borth/Grandel*, in: Musielak/Borth, FamFG, 5. Aufl. 2015, § 84 Rn. 2, § 81 Rn. 1) - § 81 Abs. 1 S. 2 FamFG. Eine Überbürdung der Kostenlast auf die Beschwerdeführerin erscheint wegen der unrichtigen Rechtsanwendung durch das Landgericht in erster Instanz ebenso wenig sachgerecht wie eine Überbürdung der Kosten auf den im Ergebnis obsiegenden Rechtsbeschwerdeführer. Die Anwendung des § 81 Abs. 1 S. 2 FamFG ist nicht zwingend 27

nachrangig gegenüber einer sonst denkbaren Kostenniederschlagung aus § 21 GNotKG (MüKo-FamFG/Schindler, 2. Aufl. 2013, § 81 Rn. 19).

Das Vorgenannte gilt aber nicht für das eigentliche Beschwerdeverfahren. Eine Kostenentscheidung zu den außergerichtlichen Kosten der Beteiligten (§ 335a Abs. 3 S. 6 HGB i.V.m. Abs. 2 S. 6 HGB) ist nicht veranlasst, zumal die Beschwerdeführerin unterlegen ist und bei dem Rechtsbeschwerdeführer keine besonderen Kosten (etwa durch Beauftragung eines Rechtsanwalts) angefallen sind. 28

Rechtsbehelfsbelehrung: 29

Diese Entscheidung ist unanfechtbar. 30