

Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf ✉ 40204 Düsseldorf
Juristische Fakultät, Prof. Dr. Christian Kersting, LL.M. (Yale)

**Lehrstuhl für Bürgerliches
Recht sowie deutsches und
internationales Unternehmens-,
Wirtschafts- und Kartellrecht**

**Prof. Dr. Christian Kersting,
LL.M. (Yale)**

Telefon +49 211 81-11660
Telefax +49 211 81-11645
Christian.Kersting@uni-
duesseldorf.de

**Heinrich-Heine-Universität
Düsseldorf**
Universitätsstraße 1
40225 Düsseldorf
Gebäude 24.81
Ebene U1 Raum 46

www.jura.uni-duesseldorf.de

**Stellungnahme für den Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages zu
dem Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Handelsgesetzbuchs,
BT-Drs. 17/13221 vom 23.4.2013**

I. Senkung der Mindestordnungsgelder

Die Absenkung der Mindestordnungsgelder ist uneingeschränkt zu begrüßen. Sie führt zu einer spürbaren Entlastung kleinerer Unternehmen, ohne dass die effektive Durchsetzung der Publizitätsvorschriften geschwächt wird.

Die vorgesehene Staffelung knüpft an die vom Gesetz vorgenommene Unterscheidung zwischen verschiedenen Größenklassen von Kapitalgesellschaften an (§§ 267 f. HGB). Die Staffelung der Mindestordnungsgelder in Abhängigkeit von der Größe der Kapitalgesellschaft ist dabei sinnvoll, weil auf kleinere Kapitalgesellschaften typischerweise bereits durch geringere

Ordnungsgelder nachhaltig eingewirkt werden kann. Gleiches gilt für die Mitglieder der vertretungsberechtigten Organe solcher Gesellschaften.

Hervorzuheben ist insofern auch, dass es nicht um die generelle Absenkung der Mindestordnungsgelder, sondern um ihre nachträgliche Ermäßigung geht, die erst dann in Betracht kommt, wenn die Publizitätspflicht erfüllt wurde. Nach Erfüllung der Pflicht dient das Ordnungsgeld nicht mehr der Erzwingung der Pflichterfüllung, sondern der Sanktionierung der Verspätung. Insofern führt die Gesetzesänderung nicht zu einer Schwächung der effektiven Durchsetzung der europarechtlich fundierten Publizitätsvorschriften. Die Gesetzesbegründung betont zu Recht, dass vielmehr ein Anreiz geschaffen wird, versäumte Fristen schnellstmöglich zu erfüllen.

Zur Umsetzung im Einzelnen:

Art. 1 Nr. 2 b) [§ 335 Abs. 4 S. 2 HGB-E]:

§ 335 Abs. 4 S. 2 HGB-E könnte noch deutlicher gefasst werden. Satz 1 regelt die Folge des Verstreichens der nach § 335 Abs. 3 S. 1 HGB gesetzten Sechswochenfrist zur Pflichterfüllung. Verstreicht diese Frist, ohne dass die Publizitätspflicht erfüllt wird oder die Unterlassung mittels Einspruchs gerechtfertigt wird, wird das Ordnungsgeld festgesetzt und die frühere Verfügung unter Androhung eines neuen Ordnungsgeldes wiederholt. Hierzu passt der folgende Satz 2, der den Fall der (verspäteten) Pflichterfüllung regelt, sprachlich nicht richtig. Das Wort „erst“ suggeriert, dass auch S. 1 einen Fall regelt, in dem die Pflicht erfüllt wurde. Dies ist jedoch nicht der Fall, S. 1 regelt den Fall der (noch) fehlenden Pflichterfüllung. Es sollte daher überlegt werden, das Wort „erst“ zu streichen.

§ 335 Abs. 4 S. 2 HGB-E würde dann lauten „Haben die Beteiligten die gesetzliche Pflicht nach Ablauf der Sechswochenfrist erfüllt, so hat das Bundesamt das Ordnungsgeld wie folgt herabzusetzen:“

Art. 1 Nr. 2 b) [§ 335 Abs. 4 S. 2 Nr. 4 HGB-E]:

§ 335 Abs. 4 S. 2 Nr. 4 HGB-E greift die Regelung in § 335 Abs. 3 S. 5 HGB auf, wonach das Bundesamt das Ordnungsgeld bei einer nur geringfügigen Überschreitung der Sechswochenfrist herabsetzen *kann*. Durch die Integrierung dieser Regelung als Nummer 4 in § 335 Abs. 4 S. 2 HGB-E wird jedoch aus der Kannvorschrift eine Mussvorschrift. Das Bundesamt hat zukünftig kein Entschließungsermessen mehr, sondern muss eine Herabsetzung vornehmen. Dies ist ausweislich der Begründung nicht gewollt; diese spricht auf S. 14 (erster Absatz) weiterhin nur von einer entsprechenden Möglichkeit des Bundesamtes.

Will man das bestehende Entschließungsermessen des Bundesamtes erhalten, so wäre die Nummer 4 als Satz 3 zu formulieren: „Das Bundesamt kann das Ordnungsgeld jeweils auf einen geringeren Betrag herabsetzen, wenn die Beteiligten die Sechswochenfrist nur geringfügig überschritten haben.“

Rechtspolitisch mag man allerdings durchaus überlegen, von der Kannvorschrift abzusehen und – so wie in § 335 Abs. 4 S. 2 HGB-E vorgeschlagen – einheitlich zu einer zwingenden Regelung überzugehen. Dies entspräche dem Anliegen einer obligatorischen Entlastung der Unternehmen wie es in den Nummern 1 bis 3 zum Ausdruck kommt. Zudem bliebe dem Bundesamt in jedem Fall Ermessen hinsichtlich der Höhe der Ermäßigung, so dass in den – wohl nur theoretischen – Fällen, in denen bislang von einer Herabsetzung trotz nur geringfügiger Fristüberschreitung abgesehen würde, auch

eine lediglich nominelle Herabsetzung in Betracht käme. Will man eine zwingende Regelung auch für Nr. 4, so sollte dann jedoch die Gesetzesbegründung auf S. 14 entsprechend angepasst werden.

Art. 1 Nr. 2 b) [**§ 335 Abs. 4 S. 3 HGB-E**]:

§ 335 Abs. 4 S. 3 HGB-E sorgt dafür, dass nach der Entscheidung des Bundesamtes (Festsetzung des Ordnungsgeldes und Androhung eines neuen Ordnungsgeldes) eine Herabsetzung nicht mehr in Betracht kommt. Begründet wird dies damit, dass in diesen Fällen die Beteiligten nicht am Verfahren mitgewirkt haben, so dass für eine Herabsetzung keine Veranlassung bestehe (Begründung, S. 14).

Rechtspolitisch überzeugt dies nicht unbedingt. Denn die Möglichkeit der Herabsetzung hängt von der Reaktionsschnelligkeit des Bundesamtes ab, welche aus der Sicht der Beteiligten zufällig ist. Wenn das Bundesamt nach Ablauf der Sechswochenfrist einen automatisierten Abgleich mit den Veröffentlichungen vornimmt und dann unmittelbar und vielleicht sogar weitgehend automatisiert eine Entscheidung trifft, bleibt den Beteiligten womöglich praktisch keine Zeit, von der Herabsetzungsregelung zu profitieren. Der Vorwurf der fehlenden Mitwirkung am Verfahren ginge insoweit ins Leere. Ein Anreiz, die Veröffentlichungspflicht nunmehr schnell zu erfüllen, bestünde nicht. Das Unternehmen könnte die neue Sechswochenfrist voll ausschöpfen.

Es wäre daher zu überlegen, in § 335 Abs. 4 S. 3 HGB-E anzuordnen, dass eine Herabsetzung auch noch aufgrund einer Pflichterfüllung *nach* einer Entscheidung des Bundesamtes (Festsetzung des angeordneten Ordnungsgeldes und Androhung eines neuen Ordnungsgeldes) möglich sein soll. Sicherzustellen wäre dabei jedoch, dass nach der Festsetzung eines weiteren (z.B. des zweiten) Ordnungsgeldes

nur noch dieses, nicht aber das vorherige (z.B. das erste) Ordnungsgeld herabgesetzt werden kann. § 335 Abs. 4 S. 3 HGB könnte wie folgt formuliert werden: „Bei der Herabsetzung sind auch Umstände zu berücksichtigen, die nach einer Entscheidung des Bundesamtes eingetreten sind; herabzusetzen ist dann das letzte festgesetzte Ordnungsgeld“.

Dies würde die Beteiligten insofern besserstellen, als sie sich noch nach einer Entscheidung des Bundesamtes (Festsetzung des angeordneten Ordnungsgeldes und Androhung eines neuen Ordnungsgeldes) die Herabsetzung des festgesetzten Ordnungsgeldes verdienen könnten, wenn sie schnell reagieren. Diese Möglichkeit entfielen erst dann, wenn ein zweites Ordnungsgeld festgesetzt und ein drittes Ordnungsgeld angedroht würde. Dann wäre das erste festgesetzte Ordnungsgeld endgültig zu zahlen und könnte nicht mehr herabgesetzt werden. Hierdurch würde ein Anreiz zur schnellstmöglichen Pflichterfüllung dauerhaft aufrechterhalten.

II. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und Verschulden

Mit der Schaffung der Möglichkeit der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand auch für den Fall der unverschuldeten Versäumung der Erfüllung der Offenlegungspflicht kann das Bundesamt den Besonderheiten des Einzelfalles Rechnung tragen. Dies ist, insbesondere vor dem Hintergrund der in der Begründung genannten Beispiele für unverschuldete Nichtoffenlegung, sinnvoll.

Allerdings ist bereits nach geltendem Recht Verschulden Voraussetzung für die Festsetzung eines Ordnungsgelds¹. Angesichts abweichender Auffassungen², ist die nun vorgesehene Regelung aber jedenfalls als Klarstellung zu begrüßen.

Fehlendes Verschulden wurde in der Praxis jedoch selten angenommen³. Inwiefern die Kodifizierung des Verschuldenserfordernisses hier Erleichterung schaffen wird, bleibt abzuwarten. Insofern mag man darüber nachdenken, eine solche Erwartung ausdrücklich in den Gesetzesmaterialien zu erwähnen.

Zur Umsetzung im Einzelnen:

Art. 1 Nr. 2 b) [§ 335 Abs. 5 S. 1 HGB-E]:

Die Regelung des Falles eines nicht schuldhaften Verstoßes gegen die Offenlegungspflicht im Rahmen des Wiedereinsetzungsverfahrens führt dazu, dass das für die Festsetzung eines Ordnungsgeldes nötige Verschulden zunächst vermutet wird. Es wird sogar vorgeschlagen, bei der Festsetzung des Ordnungsgeldes auf die *Verschuldensprüfung gänzlich zu verzichten* (Begründung S. 14). Waren die Beteiligten unverschuldet gehindert, in der Sechswochenfrist die Verpflichtung nachzuholen, können die Beteiligten nur die Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand *beantragen*. Demgegenüber wurde bislang davon ausgegangen, dass das Verschulden bei der

¹ Vgl. nur LG Bonn, Beschluss vom 21.3.2011, 35 T 1620/10, DStR 2011, 780, 781; LG Bonn, Beschluss vom 23.7.2010, 11 T 246/10, NZG 2010, 1276, 1277; LG Bonn, Beschluss vom 7.12.2009, 31 T 579/09, NJW-RR 2010, 698, 699; LG Bonn, Beschluss vom 16.5.2008, 11 T 52/07, NZG 2009, 593, 595; LG Bonn, Beschluss vom 22.04.2008, 11 T 28/07, BeckRS 2008, 10911; LG Hagen, Beschluss vom 11.5.2007, 24 T 2/07, NZI 2008, 112, 113; *Dannecker/Kern*, in: Staub, HGB⁵ (2012), § 335 Rn. 12, 28.

² Stellungnahme Bundesrat, Drs. 942/05 (Beschluss), S. 16 f.; *Quedenfeld*, in: MüKo HGB3 (2013), § 335 Rn. 16; *de Weerth*, NZI 2008, 711, 714.

³ Siehe etwa LG Bonn, Beschluss vom 27.8.2010, 31 T 1412/09, BeckRS 2010, 23273; LG Bonn, Beschluss vom 30.6.2008, 11 T 48/07, BeckRS 2008, 17128; LG Bonn, Beschluss vom 6.12.2007, 11 T 11/07, BeckRS 2008, 10908; LG Bonn, Beschluss vom 25.10.2007, 11 T 21/07, BeckRS 2008, 10910.

Festsetzung des Ordnungsgeldes positiv festzustellen ist⁴. Inwiefern hierin eine – angesichts des Charakters von Ordnungsgeld als Strafrecht im weiteren Sinne⁵ möglicherweise verfassungsrechtlich problematische – Verschärfung zu sehen ist, kann an dieser Stelle nicht vertieft erörtert werden.

Im Ergebnis dürfte die gefundene Regelung jedoch zulässig sein: Sie ermöglicht eine flexible Handhabung im Interesse der Beteiligten und gibt diesen ausreichend Gelegenheit, ihre Verteidigungsmittel vorzubringen. Zudem ist bereits für das geltende Recht anerkannt, dass mangels Erkennbarkeit der Gründe für eine fehlende Offenlegung den Beteiligten eine sekundäre Darlegungslast obliegt, sie also ohnehin gehalten sind, die Umstände darzulegen, die zur Nichteinhaltung der Fristen geführt haben⁶. In der Sache ändert sich also nur wenig.

Art. 1 Nr. 2 b) [§ 335 Abs. 5 S. 2 HGB-E]:

§ 335 Abs. 5 S. 2 HGB-E ordnet die Zurechnung des Verschuldens eines Vertreters an. Dies ist zwar bereits geltendes Recht soweit es um ein Vertreterverschulden im Verfahren geht (§ 335 Abs. 2 S. 1 HGB iVm §§ 17, 11 S. 5 FamFG iVm § 85 Abs. 2 ZPO). Soweit jedoch auch im Hinblick auf die Nichterfüllung der gesetzlichen Pflicht zur Offenlegung das Verschulden eines Vertreters zugerechnet werden soll, ist dies im Hinblick auf den Charakter von Ordnungsgeld als Strafrecht im weiteren Sinne⁷ nicht unproblematisch. Anerkannt ist lediglich, dass auf das Verschulden der Organe abgestellt werden

⁴ LG Bonn, Beschluss vom 21.3.2011 – 35 T 1620/10, DStR 2011, 780, 781; *Dannecker/Kern*, in: Staub, HGB⁵ (2012), § 335 Rn. 28; siehe auch die weiteren Nachweise oben in Fn. 1.

⁵ *Dannecker/Kern*, in: Staub, HGB⁵ (2012), § 335 Rn. 12, 28; siehe zu § 890 ZPO auch BVerfG, Beschluss vom 25.10.1966, 2 BvR 506/63, NJW 1967, 195, 196.

⁶ LG Bonn, Beschluss vom 21.3.2011 – 35 T 1620/10, DStR 2011, 780, 781.

⁷ Siehe oben Fn. 5.

kann⁸. Das Bundesverfassungsgericht hat offengelassen, inwiefern auch das Verschulden von weiteren Personen zugerechnet werden kann⁹.

Es könnte daher überlegt werden, § 335 Abs. 5 S. 2 HGB-E zu streichen. In der Sache dürfte es hierdurch nicht zu Sanktionslücken kommen. Denn selbst wenn nur das Verschulden von Organen und nicht auch das Verschulden sonstiger Vertreter (z.B. Steuerberater) zugerechnet werden könnte, so wird mit einem Verschulden sonstiger Vertreter regelmäßig auch ein Verschulden der Organe verbunden sein. Schließlich obliegt den Organen im Hinblick auf sonstige Vertreter die Erfüllung der der Gesellschaft obliegenden Auswahl-, Überwachungs- und Instruktionspflichten.

Eine zwingende Notwendigkeit zur Streichung des § 335 Abs. 5 S. 2 HGB-E besteht im Ergebnis jedoch nicht. Ist es nämlich verfassungsrechtlich zulässig, auch das Verschulden von Vertretern, die nicht Organe sind, zuzurechnen, so ist die Vorschrift unproblematisch. Selbst wenn aber nur das Organverschulden zugerechnet werden dürfte, so ist die Vorschrift doch zumindest einer entsprechenden verfassungskonformen Interpretation zugänglich.

⁸ BVerfG, Beschluss vom 25.10.1966, 2 BvR 506/63, NJW 1967, 195, 197; LG Bonn, Beschluss vom 7.12.2009, 31 T 579/09, NJW-RR 2010, 698, 699 mwN: „Eine Zurechnung fremden Verschuldens in entsprechender Anwendung des § 278 BGB bzw. des § 152 I 3 AO kommt nicht in Betracht. Denn angesichts des repressiven Charakters des Ordnungsgeldes setzt dessen Festsetzung eigenes Verschulden des Schuldners voraus. Die juristische Person ist als solche nicht handlungsfähig. Wird sie für schuldhaftes Handeln im strafrechtlichen Sinne in Anspruch genommen, so kann nur die Schuld der für sie verantwortlich handelnden Personen, insbesondere der für sie handelnden Organe maßgebend sein“.

⁹ BVerfG, Beschluss vom 25.10.1966, 2 BvR 506/63, NJW 1967, 195, 197: „Die Frage, ob der Kreis dieser Personen auf ihre Organe beschränkt ist oder darüber hinaus auf weitere Personen innerhalb der Organisation der juristischen Person - etwa Prokuristen, Handlungsbevollmächtigte, leitende Angestellte - erstreckt werden kann, braucht hier nicht entschieden zu werden.“

III. Verfahren zur Sicherstellung einer einheitlichen Rechtsprechung

Die Einführung einer Rechtsbeschwerde durch § 335a Abs. 3 HGB-E ist zu begrüßen. Sie dient der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung, was für die betroffenen Unternehmen einen erheblichen Gewinn an Rechtssicherheit bedeutet. Dieser Gewinn wird sich mit hoher Wahrscheinlichkeit in niedrigeren Rechtsberatungskosten sowie einer geringeren Fehleranfälligkeit bei der Erfüllung der Offenlegungspflicht niederschlagen.

Zur Umsetzung im Einzelnen:

Art. 1 Nr. 3 [§ 335a Abs. 4 S. 2 HGB-E]

§ 335a Abs. 4 S. 2 HGB-E enthält einen Schreibfehler. Will man an dem bisherigen § 335 Abs. 5a S. 2 HGB festhalten, so muss es anstelle von „§ 110a **Absatz 1** Satz 1 und 3“ richtig „§ 110a **Absatz 2** S. 1 und 3“ heißen. Ansonsten ginge die Verweisung auch inhaltlich fehl und würde sich nicht auf Rechtsverordnungsermächtigungen beziehen, sondern allgemein auf die Möglichkeit elektronischer Erklärungen. Zudem wird § 110a Abs. 1 OWiG bereits durch § 335a Abs. 4 S. 1 HGB-E für entsprechend anwendbar erklärt.

IV. Fazit

Es ist sinnvoll, Unternehmen, die ihre Offenlegungspflicht (nachträglich) erfüllen, von zu hohen Ordnungsgeldern zu entlasten. Dieses Ziel erreicht der vorgeschlagene Gesetzentwurf, ohne Gefahr zu laufen, die effektive Durchsetzung der Offenlegungspflicht zu behindern. Es gelingt vielmehr, die Entlastung insbesondere von kleinen Unternehmen mit der Setzung von Anreizen zu einer möglichst schnellen Pflichterfüllung zu verbinden. Punktuelle Verbesserungsmöglichkeiten wurden im Text benannt.

Die Einführung einer Rechtsbeschwerde liegt ebenfalls im Interesse der Unternehmen, die von größerer Rechtssicherheit profitieren. Gleiches gilt für die Kodifizierung des Verschuldenserfordernisses und die Regelung eines Verfahrens zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Auch hier wurden punktuelle Verbesserungsmöglichkeiten im Text benannt.

Düsseldorf, den 5. Juni 2013

A handwritten signature in black ink, reading "Christian Kersting". The signature is written in a cursive style with a prominent vertical stroke at the end.

Professor Dr. Christian Kersting, LL.M. (Yale)