

Bundesministerium der Justiz
Dr. Christian Eichholz
Herr Jan Witzmann
Mohrenstraße 37
10117 Berlin

Weinheim, den 19. Juni 2023

Anpassung der Befreiungsregelung des § 5 Abs. 6 PubiG i.Z.m. der Umsetzung der Corporate Sustainability Reporting Directive in deutsches Recht

Sehr geehrter Herr Dr. Eichholz,
sehr geehrter Herr Witzmann,

die am 05.01.2023 in Kraft getretene Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD) ist bis spätestens zum 06.07.2024 in deutsches Recht umzusetzen. Entsprechend wird Ihr Haus in den nächsten Monaten ein Umsetzungsgesetz zur CSRD erarbeiten. Dabei werden verschiedene handelsrechtliche Vorschriften zur Rechnungslegung bzw. Unternehmensberichterstattung umfangreiche Überarbeitungen erfahren.

Da durch diese Anpassungen eine nicht unerhebliche Änderung verschiedener Rechnungslegungsvorgaben im HGB erfolgen wird, möchten wir Ihr Augenmerk gerne auch auf eine Rechnungslegungsvorgabe des PubiG lenken, die aus unserer Sicht im Zuge dieser Bilanzrechtsreform angepasst werden sollte, womit ein bestehender Missstand behoben werden könnte. Wir möchten Ihnen diesen Missstand im Folgenden aufzeigen und die Hintergründe für die von uns geforderte PubiG-Anpassung erläutern.

1. Hintergrund und Einordnung der Anfrage

Wir als **Vereinigung zur Mitwirkung an der Entwicklung des Bilanzrechts für Familiengesellschaften e. V. (VMEBF)** sind ein Zusammenschluss deutscher Familienunternehmen verschiedenster Branchen, Rechtsformen und Größen, der sich für sinnvolle und vor allem faire Rahmenbedingungen in der Finanz- und Unternehmensberichterstattung nicht kapitalmarkt-

**Vereinigung zur Mitwirkung an der Entwicklung des Bilanzrechts für Familiengesellschaften e.V.
VMEBF e.V., c/o Freudenberg & Co. Kommanditgesellschaft, 69465 Weinheim**

Vorstand: Santokh Advani (Vorsitz) · Tel.: (040) 3347 500 60 · E-Mail: santokh.advani@mbholding.com
Prof. Dr. Dieter Truxius (stellv. Vorsitz) · Tel.: (06182) 898 2809 · E-Mail: dieter.truxius@accobis.com
Dr. Hans-Jörg Harth · Tel.: (06452) 70 2211 · E-Mail: drhtj@viessmann.com
Dr. Michael Reuter · Tel.: (0211) 3679 0646 · E-Mail: mail@michaelreuter.com
Dr. Thomas Ull · Tel.: (0421) 8980 4282 · E-Mail: thomas.ull@de.pwc.com

Bankkonto: Deutsche Bank AG, Mannheim · BIC: DEUTDE33XXX · IBAN: DE74 6707 0010 0040 1588 00

orientierter Unternehmen im nationalen wie internationalen Umfeld einsetzt. Unserer Vereinigung gehören heute über 70 Mitgliedsfirmen an, die zusammen ein Umsatzvolumen von über 250 Milliarden Euro und mehr als 1,2 Mio. Mitarbeiter repräsentieren. Ein nennenswerter Teil unserer Mitgliedsunternehmen firmiert als Personengesellschaften i.S.d. PubiG und ist entsprechend auch dessen Regelungen unterworfen. Vor diesem Hintergrund treffen Inkonsistenzen in den Regelungen des PubiG unsere Mitgliedsunternehmen in besonderem Maße.

2. Problemstellung

Nach § 5 Abs. 6 PubiG können Unternehmen i.S.d. § 3 Abs. 1 PubiG bestimmte Befreiungsmöglichkeiten hinsichtlich der Aufstellung, Prüfung und Offenlegung ihres Jahresabschlusses und Lageberichts in Anspruch nehmen, wenn sie in den Konzernabschluss eines Mutterunternehmens i.S.d. § 11 PubiG oder § 290 HGB einbezogen sind und im Übrigen die entsprechend geltenden Voraussetzungen des § 264 Abs. 3 HGB erfüllen.

Die Anwendung dieser Regelung wirft in der praktischen Anwendung verschiedene Fragen auf. So stellt sich zunächst die grundlegende Frage, wie die „entsprechend geltenden“ Voraussetzungen des § 264 Abs. 3 HGB im Falle einer unter das PubiG fallenden Personenhandelsgesellschaft, deren persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person oder eine andere Personenhandelsgesellschaft mit natürlicher Person als Vollhafter ist, anzuwenden sind. Insbesondere steht hierbei das Erfordernis einer Einstandspflicht des Mutterunternehmens für die vom Tochterunternehmen bis zum Abschlussstichtag eingegangenen Verpflichtungen im folgenden Geschäftsjahr in Frage. Darüber hinaus stellt sich im Kontext der rechtssystematischen Auslegung die Folgefrage, ob aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Spezifika einer Personenhandelsgesellschaft mit natürlicher Person als Vollhafter nicht eine Anwendung des § 264b HGB – mit allen dadurch bedingten Rechtsfolgen – anstelle des im Gesetzeswortlaut verwendeten § 264 Abs. 3 HGB sachgerecht und richtig wäre. Diesen Fragen soll im Folgenden unter Zuhilfenahme eines fiktiven Sachverhaltsszenarios nachgegangen werden. Auf eine Analyse und Darstellung der bestehenden Befreiungsregelungen der §§ 264 Abs. 3, 4 sowie 264b HGB wird an dieser Stelle verzichtet.

3. Sachverhaltsbeschreibung

Im Rahmen einer fiktiven Konzernstruktur soll zunächst eine typisch strukturierte GmbH & Co. KG betrachtet und bzgl. der Befreiungsmöglichkeiten analysiert werden (siehe dazu im Schaubild auf der Folgeseite die Basisvariante). Im Anschluss soll darauf aufbauend eine Anpassung der Basisvariante durch Eintritt einer natürlichen Person als weiteren Komplementär und Vollhafter erfolgen (siehe im Schaubild die Abwandlung der Basisvariante) und diskutiert werden.

In der Basisvariante wird zunächst eine typische GmbH & Co. KG mit drei Gesellschaftern – zwei Kommanditisten und einem Komplementär – betrachtet. Kommanditisten sind zum einen eine Stiftung, die lediglich eine Hafteinlage einbringt, zum andere eine KG, die 100 % der Kommanditeinlage einbringt. Komplementär in dieser Struktur ist eine GmbH, die keine Kommanditeinlage einbringt. Stimmrechte an der KG 1 stehen den Kommanditisten zu jeweils 50 % zu, die GmbH übernimmt die Geschäftsführung und die persönliche Haftung gegenüber

der KG 1. Die Haftung beschränkt sich auf das Vermögen der GmbH bzw. die Stammeinlagen der Gesellschafter der GmbH. Ein Konzernabschluss wird auf der Ebene der KG 1 erstellt. KG 1 ist in diesem Konstrukt als haftungsbeschränkte Personenhandelsgesellschaft i.S.d. § 264a HGB zu klassifizieren. Entsprechend können die Befreiungsvorschriften des § 264b HGB bei Erfüllung der Voraussetzungen in Anspruch genommen werden.

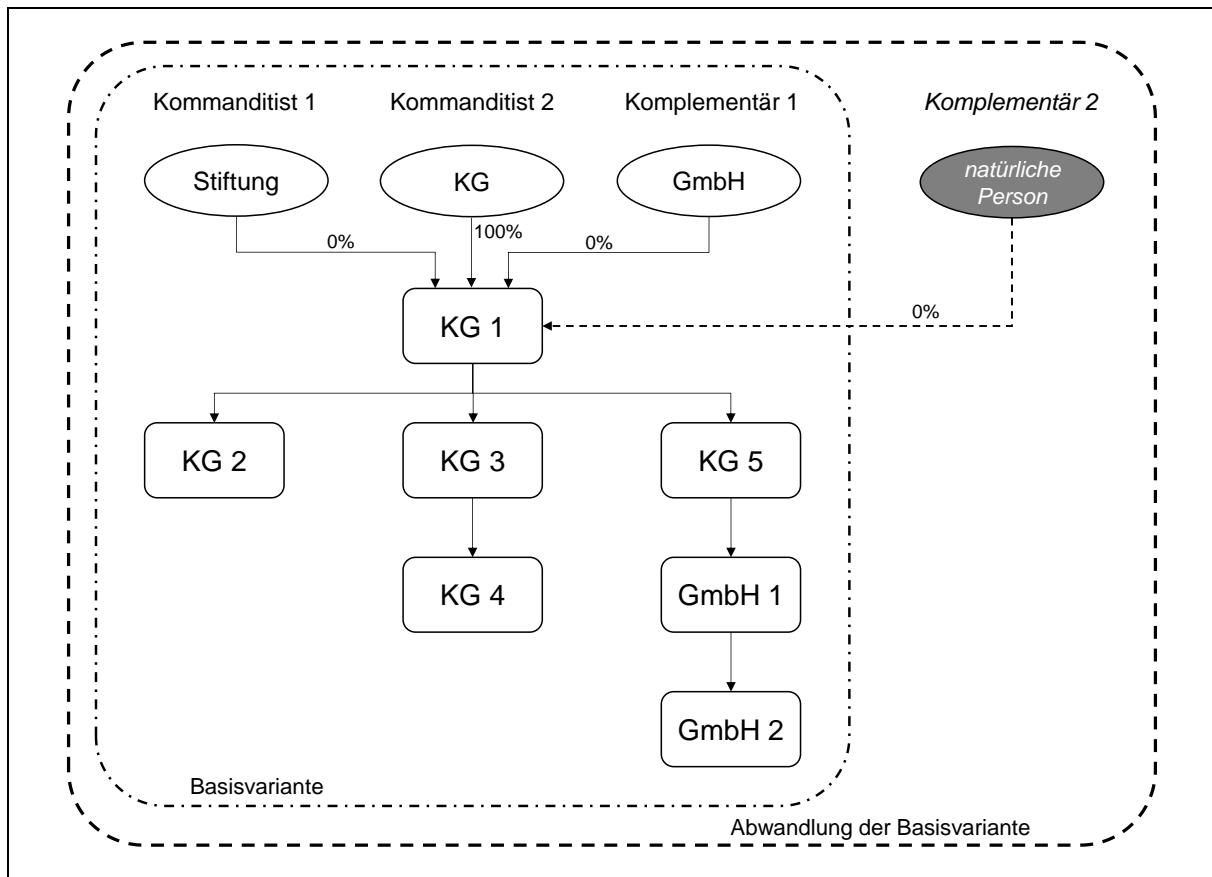


Abbildung: Fiktive Konzernstruktur in Basisvariante und Abwandlung

4. Sachverhaltsanalyse

Die Anwendung des § 264b HGB hat zur Folge, dass die KG 1 zum einen die Selbstbefreiungsmöglichkeiten für ihren eigenen Abschluss und Lagebericht in Anspruch nehmen kann. Zum anderen profitiert die KG 1 von den sog. „vereinfachten“ Befreiungsvoraussetzungen des § 264b HGB, der – im Gegensatz zu § 264 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 HGB – keine Einstandspflicht des Mutterunternehmens für die vom Tochterunternehmen bis zum Abschlussstichtag eingegangenen Verpflichtungen fordert.

In der Abwandlung der Basisvariante tritt nun eine natürliche Person als zusätzlicher Komplementär (ohne Kommanditeinlage) der KG 1 bei. Gesellschaftsrechtlich wäre die KG 1 damit nicht mehr als haftungsbeschränkte Personenhandelsgesellschaft (§ 264a HGB) anzusehen, sondern als Personenhandelsgesellschaft im Anwendungsbereich des PublG. In der Folge wären von KG 1 nicht mehr die Voraussetzungen des § 264b HGB zur Inanspruchnahme

etwaiger Befreiungsvorschriften zu erfüllen, sondern über die Regelungen des § 5 Abs. 6 PublG und den dortigen Verweis die Befreiungsvoraussetzungen des § 264 Abs. 3 HGB.

Bei der Inanspruchnahme der Befreiungsmöglichkeiten des § 5 Abs. 6 PublG gelten die Befreiungsvoraussetzungen des § 264 Abs. 3 HGB nach dem Gesetzeswortlaut entsprechend. Bei einer rein formalen Betrachtung wäre in dem oben beschriebenen Fall, also nach dem Eintritt des zusätzlichen Komplementärs (natürliche Person), die Selbstbefreiung der KG 1 gesetzessystematisch nicht (mehr) möglich. In der einschlägigen Literatur wird dies v.a. damit begründet, dass § 264 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 HGB für die Inanspruchnahme der Befreiungsmöglichkeiten das Entstehen des Mutterunternehmens für die bis zum Abschlusstichtag vom Tochterunternehmen eingegangenen Verpflichtungen erfordert. Eine Einstandspflicht, z.B. im Wege einer Haftungs- oder Verlustübernahme, durch das befreiende Mutterunternehmen für seine eigenen Verpflichtungen würde danach bereits dadurch scheitern, dass das Vermögen des Mutterunternehmens bereits für dessen eigene Verbindlichkeiten haftet.¹ Fraglich ist dabei jedoch, was genau im Anwendungsbereich des § 5 Abs. 6 PublG unter der „entsprechenden“ Anwendung der Befreiungsvoraussetzungen des § 264 Abs. 3 HGB zu verstehen ist. So weisen *Oser et al.* in verschiedenen Publikationen darauf hin, dass im Zuge der teleologischen Reduktion darauf geschlossen werden kann, dass bei Anwendung des § 5 Abs. 6 PublG eine Einstandspflicht des Mutterunternehmens nicht als Voraussetzung für die Inanspruchnahme der Befreiungsregelungen anzusehen ist.² Dem ist in sachlicher Hinsicht zuzustimmen, da bei der nicht haftungsbeschränkten Personenhandelsgesellschaft im Anwendungsbereich des PublG eben gerade die unbeschränkte Haftung der natürlichen Person als Vollhafter den Gläubigerschutzgedanken (noch) besser umsetzt als bei der haftungsbeschränkten Personenhandelsgesellschaften i.S.d. § 264a HGB.

Diese Argumentation lässt sich auch durch die Diskussionen des IDW rund um die Befreiungsvorschriften gem. § 264b HGB untermauern. So führt IDW RS HFA 7 zur handelsrechtlichen Rechnungslegung bei Personenhandelsgesellschaften in Tz. 6 beispielsweise zunächst aus, dass „ausweislich der Gesetzesmaterialien zum BilRUG [...] auch die Personenhandelsgesellschaft diese Befreiungsvoraussetzung erfüllen [kann], wenn sie selbst als Mutterunternehmen den Konzernabschluss und Konzernlagebericht aufstellt“. Damit erkennt das IDW die Selbstbefreiungsmöglichkeit des den Konzernabschluss erstellenden Mutterunternehmens ausdrücklich an. Begründet wird die Selbstbefreiungsmöglichkeit in IDW RS HFA 7.6 damit, dass „nach Sinn und Zweck der Vorschrift sowie aus Gläubigerschutzgesichtspunkten [keine Bedenken] gegen eine Inanspruchnahme der Befreiung für den Jahresabschluss des Mutterunternehmens“ bestehen. Das IDW referenziert mit Blick auf die letztgenannte Aussage zudem auf einen Beschluss des Landgerichts Bonn, das eine kompensatorische Wirkung der besonderen Haftungsstruktur der GmbH & Co. KG für die mangels Offenlegung des Jahresabschlusses der Muttergesellschaft fehlende Transparenz im Sinne des Gläubigerschutzgedankens feststellt. So konstatiert das Landgericht Bonn: „Der Gläubigerschutz ist trotz fehlender Veröffentlichung des Jahresabschlusses dadurch gewährleistet, dass der persönlich haftende

¹ Vgl. *Störk/Deubert*, in: BeBiKo, 13. Aufl. 2022, § 264b HGB, Rz. 82.

² Vgl. u.a. *Oser/Ollinger*, DB 2017, S. 2047; *Oser*, in: Beck HdR, 68. EL 2022, B 110, Rz. 167.

Gesellschafter der GmbH & Co. KG kraft seiner Gesellschafterstellung für die Verbindlichkeiten der GmbH & Co. KG eintritt.“³

Aber auch die Gesetzesbegründung zum Regierungsentwurf des KapCoRiLiG aus dem Jahr 1999, mit dem § 264b HGB seinerzeit in deutsches Recht umgesetzt wurde, kann in diesem Zusammenhang angeführt werden. So wird dort formuliert: „Mit § 264b HGB wird von der in Artikel 1 Nr. 4 der Richtlinie 90/605/EWG vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch gemacht, die Personenhandelsgesellschaft von der Beachtung der für Kapitalgesellschaften geltenden Rechnungslegungs-, Prüfungs- und Offenlegungsvorschriften zu befreien, wenn sie in den Konzernabschluss eines anderen Unternehmens einbezogen ist. Rechtssystematisch entspricht diese Möglichkeit im Grundsatz der bereits im geltenden Recht in § 264 Abs. 3 HGB vorgesehenen Befreiungsmöglichkeit, sie geht aber in Umsetzung der in der Richtlinie 90/605/EWG vorgesehenen Möglichkeiten weiter. So ist nicht erforderlich, dass die einschränkende Voraussetzungen des § 264 Abs. 3 Nr. 1 und 2 HGB vorliegen; die Bestimmungen des § 264 Abs. 3 Nr. 3 bis 5 werden in § 264b Nr. 2 bis 4 modifiziert.“⁴ Gerade das „Hinausgehen“ der Befreiungsmöglichkeiten für Personenhandelsgesellschaften – der Gesetzgeber ebenso wie die den handelsrechtlichen Regelungen zugrunde liegende EU-Richtlinie⁵ differenzieren dabei sprachlich nicht zwischen haftungsbeschränkten und nicht haftungsbeschränkten Personenhandelsgesellschaften – über diejenigen für Kapitalgesellschaften lassen sich als Hinweis auf den oben bereits beschriebenen Hintergrund der Regelungen des § 264b HGB heranziehen. Damit wäre eine Selbstbefreiung des Mutterunternehmens i.S.d. § 3 Abs. 1 PubliG mit Blick auf die EU-rechtlichen Vorgaben wie auch die Überlegungen zur ursprünglichen Einführung des § 264b HGB nach unserem Verständnis sachgerecht bzw. sogar geboten.

5. Lösungsvorschlag

Gerade in dem diskutierten Sachverhaltsszenario wird die Logik des derzeit bestehenden Erfordernisses einer teleologischen Reduktion bei der Anwendung des § 5 Abs. 6 PubliG i.V.m. § 264 Abs. 3 HGB eindrucksvoll sichtbar. So führt der Eintritt eines weiteren Komplementärs in der Abwandlung zur Basisvariante dazu, dass sich die Haftungsstruktur der Gesellschaft signifikant verbessert, da neben die haftungsbeschränkte Komplementär-GmbH eine natürliche Person als unbeschränkt haftender Vollhafter tritt und damit noch mehr als bei der typischen GmbH & Co. KG die besondere Haftungsstruktur der Gesellschaft die Inanspruchnahme der Befreiungsmöglichkeiten auch für das konzernberichterstattende Mutterunternehmen selbst rechtfertigt. Die teleologische Reduktion des Verweises auf § 264 Abs. 3 HGB in § 5 Abs. 6 HGB wird daher als nach geltender Rechtslage geboten angesehen.

Zu berücksichtigen wäre in diesem Zusammenhang aber auch der Umkehrschluss aus der Diskussion um eine Einstandspflicht des Mutterunternehmens als Argument gegen eine Selbstbefreiung desselben. So führen u.a. *Störk/Deubert* aus, dass eine Haftungs- oder Verlustübernahme durch das den befreienden Konzernabschluss aufstellende Mutterunterneh-

³ Beschluss des LG Bonn vom 30.09.2009, 30 T 848/09.

⁴ BT-Drucks. 14/1806, S. 18 f.

⁵ Es ist hierbei zu verweisen auf Art. 38 Abs. 2 lit. b der Bilanz-Richtlinie 2013/34/EU, ehemals Art. 1 Nr. 4 der Richtlinie 90/605/EWG, die entsprechende Regelungen in Art. 57a der Richtlinie 78/660/EWG eingefügt hat.

men gegenüber sich selbst nicht möglich ist, da „das Vermögen des Mutterunternehmens bereits für dessen eigene Verbindlichkeiten haftet“.⁶ Es müsste aber im Umkehrschluss darüber nachgedacht werden, ob nicht gerade diese Haftung des Vermögens des Mutterunternehmens für dessen eigene Verbindlichkeiten die Inanspruchnahme der Befreiungsmöglichkeiten für den Jahresabschluss und Lagebericht des Mutterunternehmens rechtfertigen muss. So sollten die Informationen des Konzernabschlusses und des Konzernlageberichts im Zusammenspiel mit der besonderen Haftungsstruktur des beschriebenen Konzerns regelmäßig ausreichen, um ein vermeintliches Informationsdefizit beim Gläubiger des Mutterunternehmens durch die Inanspruchnahme der Befreiungsregelungen auch für dessen eigenen Jahresabschluss und Lagebericht zu kompensieren – denn zu der nach der Begründung zum Regierungsentwurf des BilRUG vorzunehmenden „Einschätzung etwaiger wirtschaftlicher Chancen und Risiken“⁷ des Mutterunternehmens kann nach unserem Verständnis regelmäßig auch der Konzernabschluss dieses Mutterunternehmens verwendet werden.

In der Gesamtschau wäre daher aus unserer Sicht eine Anpassung des Verweises in § 5 Abs. 6 PubiG geboten. Dieser darf nicht, wie bisher, auf § 264 Abs. 3 HGB referenzieren, sondern müsste richtigerweise auf § 264b HGB gehen. Eine entsprechende Anpassung könnte im Zuge der CSRD-Umsetzung vergleichsweise einfach vorgenommen werden.

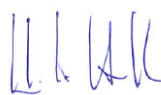
Wir hoffen, Ihnen mit diesem Schreiben die Hintergründe für unsere Forderung nach einer Anpassung des § 5 Abs. 6 PubiG transparent gemacht zu haben. Gerne stehen wir Ihnen für Rückfragen und zur Diskussion unserer Anregung zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Vereinigung zur Mitwirkung an der Entwicklung
des Bilanzrechts für Familiengesellschaften (VMEBF)




Santokh Advani



Dr. Hans-Jörg Harth



Dr. Michael Reuter



Prof. Dr. Dieter Truxius



Dr. Thomas Ull

⁶ Vgl. *Störk/Deubert*, in: *BeBiKo*, 13. Aufl. 2022, § 264b HGB, Rz. 82.

⁷ BT-Drucks. 18/4050, S. 58.