

Bundesministerium der Justiz
Dr. Jan Techert
Mohrenstraße 37
10117 Berlin

Weinheim, den 4. August 2024

Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2022/2464 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Dezember 2022 zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 537/2014 und der Richtlinien 2004/109/EG, 2006/43/EG und 2013/34/EU hinsichtlich der Nachhaltigkeitsberichterstattung von Unternehmen

Sehr geehrter Herr Dr. Techert,

gerne möchten wir zu dem Regierungsentwurf eines CSRD-Umsetzungsgesetzes vom 23.07.2024 Stellung zu nehmen. 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 kapitalmarktorientierter Unternehmen im nationalen wie internationalen Umfeld einsetzt. Unserer Vereinigung gehören heute mehr als 70 Mitgliedsfirmen an, die zusammen ein Umsatzvolumen von über 250 Milliarden Euro und mehr als 1,2 Mio. Mitarbeiter repräsentieren. Unsere Mitgliedsunternehmen firmieren in Teilen als Kapital-, in Teilen aber auch als Personengesellschaften i.S.d. PubliG und erstellen im Gros der Fälle Konzernabschlüsse und -lageberichte nach HGB, in manchen Fällen auch Konzernabschlüsse nach IFRS.

Beim Vergleich der nunmehr vorliegenden Regelungsvorschläge des Regierungsentwurfs (RegE) mit dem Referentenentwurf (RefE) aus dem April 2024 haben wir leider festgestellt, dass eine nicht unerhebliche Zahl an Anpassungsvorschlägen, die seitens der VMEBF wie auch einer Vielzahl anderer Kommentatoren eingereicht wurden, keine Berücksichtigung

**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.: (0671) 20121375 · 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

gefunden haben. Wir möchten daher nun auch zu den Umsetzungsvorschlägen der Bundesregierung zur CSRD Stellung nehmen und unsere Ansichten entsprechend begründen.

Im Folgenden finden Sie daher unsere Stellungnahme zu den aus unserer Sicht wesentlichen Fragestellungen i.Z.m. der Umsetzung der CSRD in deutsches Recht, wie sie derzeit im Rahmen des RegE eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2022/2464 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.12.2022 zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 537/2014 und der Richtlinie 2004/109/EG, 2006/43/EG und 2013/34/EU hinsichtlich der Nachhaltigkeitsberichterstattung von Unternehmen vorgeschlagen werden. Unsere Anmerkungen sind in der Reihenfolge der Paragraphen der betroffenen Gesetze aufgeführt, die Reihenfolge der Befassung sagt folglich nichts über die Bedeutung der jeweiligen Anmerkungen aus.

1. Angabe nichtfinanzieller Leistungsindikatoren

Mit dem RegE wird (wie auch bereits im RefE) vorgeschlagen, den §§ 289 Abs. 3 bzw. 315 Abs. 3 HGB jeweils einen Satz 2 anzufügen, wonach eine Kapitalgesellschaft von der Pflicht des Satzes 1 – also der Angabe nichtfinanzieller Leistungsindikatoren im finanziellen Teil des (Konzern-)Lageberichts, soweit diese für das Verständnis des Geschäftsverlaufs oder der Lage von Bedeutung sind – befreit sind, wenn die Kapitalgesellschaft ihren (Konzern-)Lagebericht im Einklang mit §§ 289b Abs. 1-4, 289c-289e HGB bzw. §§ 315b Abs. 1-4, 315c HGB aufstellt, der (Konzern-)Lagebericht also faktisch einen (Konzern-)Nachhaltigkeitsbericht i.S.d. CSRD beinhaltet. Dies suggeriert, dass die bislang nach §§ 289 Abs. 3 bzw. 315 Abs. 3 HGB im finanziellen Teil des (Konzern-)Lageberichts anzugebenden nichtfinanziellen Leistungsindikatoren im Falle der Erstellung eines (Konzern-)Nachhaltigkeitsberichts i.S.d. CSRD implizit bereits in diesem enthalten sind (was auch Art. 19a Abs. 8 bzw. Art. 29a Abs. 7 BilanzRL n.F. unterstellen).

Aus unserer Sicht ist dieser Vorschlag jedoch nicht sachgerecht, da im Zusammenhang mit §§ 289 Abs. 3 bzw. 315 Abs. 3 HGB im Gros der Anwendungsfälle nicht nur nachhaltigkeitsbezogene, sondern auch rein geschäftsbezogene nichtfinanzielle Leistungsindikatoren (z.B. die Anzahl der Festnetzanschlüsse bei einem Telekommunikationsunternehmen) angegeben werden, was im Kontext der Bedeutung dieser Leistungsindikatoren für das Verständnis des Geschäftsverlaufs oder der Lage auch sinnvoll und erforderlich ist. Ein (Konzern-)Nachhaltigkeitsbericht i.S.d. CSRD würde derartige nichtfinanzielle Leistungsindikatoren, die nur einen begrenzten bis gar keinen Bezug zur Nachhaltigkeitsleistung des Unternehmens/Konzerns haben, aus unserer Sicht nur selten (wenn überhaupt) enthalten. Nach unserem Verständnis hat der deutsche Gesetzgeber diese bereits in Art. 19a Abs. 2 bzw. Art. 29a Abs. 2 BilanzRL i.d.F. der CSR-RL 2014/95/EU enthaltene Regelung seinerzeit aus gutem Grund nicht im Zuge des CSR-RUG in deutsches Recht übernommen, so dass diese aus unserer Sicht unsachgerechte Regelung nun auch nicht mit der Umsetzung der CSRD ins HGB übernommen werden sollte.

2. Konzernbefreiungsmöglichkeiten

§§ 289b Abs. 4 bzw. 315b Abs. 4 HGB-E nennen als Voraussetzungen für die Befreiung von der Aufstellung eines (Konzern-)Nachhaltigkeitsberichts, dass bestimmte Angaben im (Konzern-)Lagebericht der Gesellschaft gemacht werden.

Gerade in Konzernstrukturen sind Tochter- oder Teilkonzernmutterunternehmen jedoch oftmals nach §§ 264 Abs. 3, 264b HGB von der Pflicht zur Aufstellung eines Lageberichts befreit. Nach unserem Verständnis stehen die Vorgaben der §§ 289b Abs. 4 bzw. 315b Abs. 4 HGB-E in dieser Hinsicht im Widerspruch zu §§ 289b Abs. 2 Satz 3 bzw. 315b Abs. 2 Satz 3 HGB-E, wonach andere Befreiungsvorschriften (die Begründung erwähnt hierbei explizit die §§ 264 Abs. 3, 264b HGB) unberührt bleiben sollen.

Es ist nicht nachvollziehbar und sachlich auch nicht vertretbar, dass eine Gesellschaft, die von der Aufstellung eines (Konzern-)Lageberichts befreit ist, diesen schließlich doch aufstellen müsste, um damit die Voraussetzungen für die Befreiung von der Pflicht zur Aufstellung eines (Konzern-)Nachhaltigkeitsberichts zu erreichen. Ein Lösungsvorschlag für dieses Dilemma könnte sein, die Inanspruchnahme der Befreiung – analog zum Vorgehen nach § 264 Abs. 3 Nr. 4 HGB – in den befreienden Konzernlagebericht aufzunehmen.

3. Formulierung des Wesentlichkeitsverständnisses gem. CSRD

Die Angabepflichten der CSRD werden durch das in Art. 19a Abs. 1 BilanzRL n.F. kodifizierte Wesentlichkeitsverständnis begrenzt. Nach dem Grundsatz der doppelten Wesentlichkeit (*double materiality*) sind in den Nachhaltigkeitsbericht die Angaben aufzunehmen, die „für das Verständnis der Auswirkungen der Tätigkeiten des Unternehmens auf Nachhaltigkeitsaspekte sowie das Verständnis der Auswirkungen von Nachhaltigkeitsaspekten auf Geschäftsverlauf, Geschäftsergebnis und Lage des Unternehmens erforderlich sind“.

Der Grundsatz der doppelten Wesentlichkeit ist in Deutschland eigentlich bereits seit Anwendung der CSR-RL 2014/95/EU im Zuge des CSR-RUG verankert. In diesem Zusammenhang wurde in der Begründung zum Reg-E CSR-RUG jedoch die für die Berichterstattung zu nichtfinanziellen Leistungsindikatoren im Wirtschaftsbericht bereits geltende Wesentlichkeitsformel (§ 289 Abs. 3 HGB) mit Blick auf die nichtfinanzielle Berichterstattung in einer „Weise modifiziert, dass die Angabe zugleich („sowie“) auch für das Verständnis der Auswirkungen der Geschäftstätigkeit auf nichtfinanzielle Belange erforderlich sein muss“.¹ In der deutschsprachigen Literatur hat sich daher in Teilen die wohl herrschende Meinung verfestigt, dass die nach dem CSR-RUG geforderten nichtfinanziellen Informationen lediglich eine Schnittmenge der bereits bestehenden Berichterstattung im Lagebericht darstellen und nicht zu einer Ausweitung des Berichtsumfangs führen.² Allerdings wird diese Auslegung teilweise auch als sprachlich unsauber kritisiert, da die deutsche Übersetzung des bisherigen Richtlinien texts eine „oder“-Verknüpfung anstatt der derzeitigen „sowie“-Verknüpfung hätte unterstellen sollen.³ Eine „oder“-Verknüpfung würde auch im Einklang mit den Äußerungen der EU-Kommission im Nachtrag zu den unverbindlichen Leitlinien zur nichtfinanziellen Berichterstattung stehen.⁴

Diese Diskussion um die Auslegung der doppelten Wesentlichkeit wurde in der deutschen Übersetzung der CSRD leider unbefriedigend gelöst, da diese Sprachfassung die „sowie“-

¹ BT-Drucks. 18/9982, S. 48.

² Vgl. BT-Drucks. 18/9982, S. 48 f.

³ Vgl. zur Diskussion u.a. Richter/Johne/König, WPg 2017, S. 568.

⁴ Vgl. Mitteilung der EU-Kommission, Leitlinien für die Berichterstattung über nichtfinanzielle Informationen: Nachtrag zur klimabezogenen Berichterstattung (2019/C 209/01), S. 4.

Verknüpfung auf dieselbe Weise formuliert wie das CSR-RUG. Somit bleiben die Ungenauigkeiten, die zu der oben beschriebenen Diskussion geführt haben, auch mit der CSRD bestehen. In der englischen Sprachfassung des Art. 19a Abs. 1 BilanzRL n.F. findet sich dagegen eine nach unserer Ansicht klarere Formulierung, nach der nachhaltigkeitsbezogene Informationen anzugeben sind, „[that are] necessary to understand the undertaking’s impacts on sustainability matters, and information necessary to understand how sustainability matters affect the undertaking’s development, performance and position“ – also Informationen, die für das Verständnis der Auswirkungen der Unternehmenstätigkeit auf die in der Richtlinie definierten Nachhaltigkeitsaspekte erforderlich sind, aber auch Informationen, die für das Verständnis der Auswirkungen der Nachhaltigkeitsaspekte auf Geschäftsverlauf, Geschäftsergebnis und Lage des Unternehmens benötigt werden. Damit bekräftigt die englische Sprachfassung der CSRD die Relevanz der Informationen i.S. einer „oder“-Verknüpfung von Outside-in- und Inside-out-Perspektive.⁵

Wie schon im RefE, wird nun auch im RegE in § 289c Abs. 1 HGB-E vorgeschlagen, in den Nachhaltigkeitsbericht diejenigen Angaben aufzunehmen, die „für das Verständnis der Auswirkungen der Tätigkeiten der Kapitalgesellschaft auf Nachhaltigkeitsaspekte sowie das Verständnis der Auswirkungen von Nachhaltigkeitsaspekten auf den Geschäftsverlauf, das Geschäftsergebnis und die Lage der Kapitalgesellschaft erforderlich sind“. Damit wird zwar die deutsche Sprachfassung des Art. 19a Abs. 1 BilanzRL n.F. auch durch § 289c Abs. 1 HGB-E bestätigt. Das oben geschilderte Auslegungsproblem wird dadurch jedoch nicht abschließend gelöst. Wir schlagen daher vor, § 289c Abs. 1 Satz 1 HGB-E auf eine Art und Weise zu formulieren, die auch in der deutschen Sprachfassung keine Missverständnisse im Hinblick auf die Auslegung des Wesentlichkeitsverständnisses zulässt.

In diesem Zusammenhang wäre unseres Erachtens auch die Formulierung des § 315c Abs. 1 Nr. 1 HGB-E anzupassen. Diese lautet derzeit: „es sind diejenigen Angaben zu machen, die für das Verständnis der Auswirkungen des Konzerns auf Nachhaltigkeitsaspekte und das Verständnis der Auswirkungen von Nachhaltigkeitsaspekten auf den Geschäftsverlauf, das Geschäftsergebnis und die Lage des Konzerns erforderlich sind“. Wir schlagen zum einen vor, auf das „Verständnis der Auswirkungen *der Tätigkeit* des Konzerns auf Nachhaltigkeitsaspekte“ abzustellen, zum anderen aber auch hier die gewählte „und“-Formulierung im Sinne einer klareren und unmissverständlichen Umsetzung des Grundsatzes der doppelten Wesentlichkeit umzuformulieren.

4. Aufstellungs- vs. Offenlegungslösung für den (Konzern-)Lagebericht

Der RefE schlägt mit §§ 289g, 315e HGB-E (weiterhin) eine Aufstellungslösung für den (Konzern-)Lagebericht im ESEF-Format vor. Zwar findet sich in den Vorschlägen zur Anpassung des EGHGB im RegE nunmehr eine Verschiebung der Erstanwendung der §§ 289g, 315e HGB-E auf Unterlagen der Einzel- bzw. Konzernrechnungslegung für ein nach dem 31.12.2025 beginnendes Geschäftsjahr. Wir widersprechen jedoch auch dieser zeitlich leicht verschobenen Implementierung einer Aufstellungslösung ausdrücklich. Stattdessen plädieren

⁵ Vgl. so auch *Fink/Schmidt*, KoR 2023, S. 112 f.

wir für die Implementierung einer Offenlegungslösung. Zum einen erwarten wir mit der Implementierung einer Aufstellungslösung (anders als die EU, die hierin gem. der Erwägungsgründe zur CSRD wohl „das Potenzial erheblicher Kosteneinsparungen“⁶ auch beim Ersteller sieht) insbesondere für nicht kapitalmarktorientierte Unternehmen unverhältnismäßig hohe Kosten auf die Ersteller von (Konzern-)Lageberichten zukommen. So hat ESMA bereits i.Z.m. der Verabschiedung der ESEF-Verordnung Umsetzungskosten von 43,5-68,9 Mio. EUR für das erste Berichtsjahr und 12,7-24,4 Mio. EUR für die wiederkehrenden Kosten geschätzt.⁷ Schon die Implementierung einer bloßen Offenlegungslösung erfordert den Einsatz spezieller Software und – schwerwiegender – zusätzlich zu implementierende Prozessschritte und aufzubauende (personelle) Ressourcen für die Unternehmen, auch i.Z.m. der Prüfung des (Konzern-)Lageberichts. Gerade für die Unternehmen, die erstmals ab dem 01.01.2025 Nachhaltigkeitsbericht zu erstellen haben, würde die Verschiebung der Erstanwendung einer Aufstellungslösung zudem dazu führen, dass für dieses eine Berichtsjahr Prozesse und Routinen für eine „schriftliche“ Aufstellung eingeführt werden müssten, die im zweiten Anwendungsjahr aufgrund der ESEF-Aufstellungslösung komplett überarbeitet und ersetzt werden müssten. Aus Kosten-Nutzen-Gesichtspunkten erscheint uns dieses Vorgehen nicht tragbar.

Zum anderen erwachsen aus der Umsetzung einer Aufstellungslösung nach unserer Einschätzung aber auch verschiedene rechtliche Fragestellungen, deren Lösung wir aktuell nicht absehen können. Dies betrifft beispielsweise Fragen rund um die Verwendung beglaubigter Abschriften oder Übersetzungen von Rechnungslegungsunterlagen für z.B. Ausschreibungsverfahren oder Kundenprojekte, wenn die Unterlagen im Original nur noch im elektronischen Format existieren. Darüber hinaus befürchten wir einen deutlichen Anstieg der Haftungsrisiken, wenn sich z.B. ein Lageberichtseid künftig auch auf das bei einer Aufstellungslösung elektronische Format des (Konzern-)Lageberichts erstrecken würde.

Schließlich möchten wir darauf hinweisen, dass sich im Falle der Umsetzung einer Aufstellungslösung für den (Konzern-)Lagebericht im ESEF-Format v.a. für nicht kapitalmarktorientierte Unternehmen die absurde Situation ergeben würde, wonach diese zwar den (Konzern-)Lagebericht im ESEF-Format aufzustellen hätten, die finanzielle Berichterstattung jedoch weiterhin weder im ESEF-Format aufzustellen, noch in diesem offenzulegen wäre. Neben den dabei auftretenden technischen und prozessualen Herausforderungen bei der Aufstellung eines ESEF-(Konzern-)Lageberichts würden die Unternehmen die Dokumente in der Folge auch in unterschiedlichen Formaten offenlegen: den (Konzern-)Abschluss voraussichtlich im PDF-Format, den (Konzern-)Lagebericht dagegen im XHTML-/XBRL-Format. Hierin sehen wir eine immense Herausforderung für die berichtenden Unternehmen. Eine andere theoretische Möglichkeit wäre natürlich, dass die Unternehmen auch den (Konzern-)Abschluss – freiwillig – im ESEF-Format aufstellen würden. Dies wäre aus unserer Sicht jedoch alleine schon aus Kosten-Nutzen-Erwägungen kein gangbarer Weg. Wir bitten daher mit Nachdruck darum, die Möglichkeit der Umsetzung einer reinen Offenlegungslösung noch einmal zu prüfen und diese für die Umsetzung in §§ 289g, 315e HGB-E in Erwägung zu ziehen.

⁶ Vgl. Erwägungsgrund 55 zur CSRD.

⁷ Vgl. Mitteilung der EU-Kommission, Aktionsplan: Finanzierung nachhaltigen Wachstums, C(2018) 8612 final, S. 2.

5. Verknüpfung mit dem Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG)

Grundsätzlich begrüßen wir die bereits im RefE vorgesehene Befreiungsmöglichkeit von der Berichtspflicht gem. § 10 Abs. 2 LkSG, wenn das entsprechende Unternehmen einen Nachhaltigkeitsbericht i.S.d. § 289c HGB-E – verpflichtend oder freiwillig – erstellt und dieser gem. § 314b Abs. 1 HGB-E geprüft wird. Diese Befreiung gilt auch, wenn das Unternehmen als Tochterunternehmen in den Konzernnachhaltigkeitsbericht eines Mutterunternehmens einbezogen wird und in der Folge gem. § 289b Abs. 2-4 HGB den Lagebericht nicht um einen Nachhaltigkeitsbericht zu erweitern hat. Darüber hinaus erkennen wir die Vereinfachung für bestimmte kapitalmarktorientierte Gesellschaften an, die aus der Ausweitung der Einreichungsfrist für LkSG-Berichte über das Geschäftsjahr 2023 bis zum 31.12.2025 festschreibt.

Allerdings stellen sich uns im Gesamtkontext der Lieferkettenregulatorik noch einige Anwendungsfragen, die möglichst im Rahmen des weiteren Gesetzgebungsverfahrens beantwortet bzw. beseitigt werden sollten. So stellt sich uns z.B. die Frage, ob eine entsprechende Befreiung auch greift, wenn über die Wesentlichkeitsanalyse bestimmte Themen nicht in den Nachhaltigkeitsbericht i.S.d. § 289c HGB-E aufgenommen werden. So wäre es z.B. denkbar, dass ein Unternehmen lediglich ESRS E1 und ESRS S1 als wesentliche Themenblöcke identifiziert, wohingegen gerade Themen mit ausdrücklichem Lieferkettenbezug – wie ESRS S2 – wesentlichkeitsbedingt keine Berücksichtigung finden. Nach unserer Lesart der §§ 10 Abs. 5, 6 LkSG-E würde die befreiende Wirkung des Nachhaltigkeitsberichts trotzdem greifen, da die Ersetzungsmöglichkeit an keine weiteren Voraussetzungen geknüpft ist. Eine ausdrückliche Klarstellung dieser Lesart in den Gesetzesmaterialien würde der Anwendungspraxis sicherlich weiterhelfen.

Darüber hinaus würden wir erneut anmerken, dass der Erstanwendungszeitpunkt der Berichtspflichten nach dem LkSG (trotz der oben bereits adressierten Erleichterung für bestimmte kapitalmarktorientierte Unternehmen) nicht auf die gestaffelten Erstanwendungszeitpunkte der Nachhaltigkeitsberichterstattung, wie sie gem. EGHGB-E vorgeschlagen werden, abgestimmt ist. So haben nach unserem Verständnis Unternehmen mit ≥ 1.000 und < 3.000 Arbeitnehmern nach dem LkSG den ersten Bericht spätestens vier Monate nach dem Schluss des Geschäftsjahres, das im Laufe des Kalenderjahres 2024 abläuft, beim BAFA einzureichen. Die zeitlichen Vereinfachungen, die sich auf das Berichtsjahr 2023 beziehen, greifen für diese Unternehmen nicht. Als eine wirksame Maßnahme zum Bürokratieabbau schlagen wir daher vor, für nicht kapitalmarktorientierte Unternehmen den *Erstanwendungszeitpunkt* der Berichtspflichten nach dem LkSG nach hinten zu verschieben, um dadurch die vorgesehene Verknüpfung von LkSG- und Nachhaltigkeitsberichterstattung tatsächlich sachgerecht umzusetzen. Gerade mit Blick auf den für große, nicht kapitalmarktorientierte Gesellschaften vorgesehenen Erstanwendungszeitpunkt der Nachhaltigkeitsberichtspflichten ab dem 01.01.2025 erachten wir es als unsachgerecht, diese Unternehmen für nur ein einzelnes Jahr der BAFA-Berichtspflicht zu unterwerfen, da diese ab 2025 einen befreienden Nachhaltigkeitsbericht erstellen werden. Der damit verbundene u.a. prozessuale Aufwand erscheint uns nicht gerechtfertigt. Natürlich wissen wir um die Möglichkeit, bereits für 2024 einen freiwilligen und geprüften Nachhaltigkeitsbericht nach europarechtlichen Vorgaben zu erstellen. Allerdings sind wir uns auch der knappen zeitlichen wie auch personellen Ressourcen gerade im Bereich der nicht kapitalmarkt-

orientierten Unternehmen bewusst, so dass dies für das Gros der Unternehmen keine realistische Option darstellt. Wir schlagen daher vor, den Erstanwendungszeitpunkt der Berichtspflichten nach dem LkSG für nicht kapitalmarktorientierte Unternehmen grundsätzlich (ggf. aber auch nur den für Unternehmen, die ≥ 1.000 und < 3.000 Arbeitnehmer beschäftigen) um ein Jahr nach hinten zu verschieben und damit einen Gleichlauf mit den Nachhaltigkeitsberichtspflichten herzustellen.

6. Erforderliche Anpassung des Publizitätsgesetzes (PublG)

Abschließend möchten wir noch auf ein aus unserer Sicht bedeutendes Anpassungserfordernis innerhalb des PublG hinweisen. Nach § 5 Abs. 6 PublG können Unternehmen i.S.d. § 3 Abs. 1 PublG 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 PublG 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 PublG fallenden Personenhandels-gesellschaft, deren persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person oder eine andere Personenhandels-gesellschaft 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 Personenhandels-gesellschaft 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.

Sachverhalt: 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.

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.

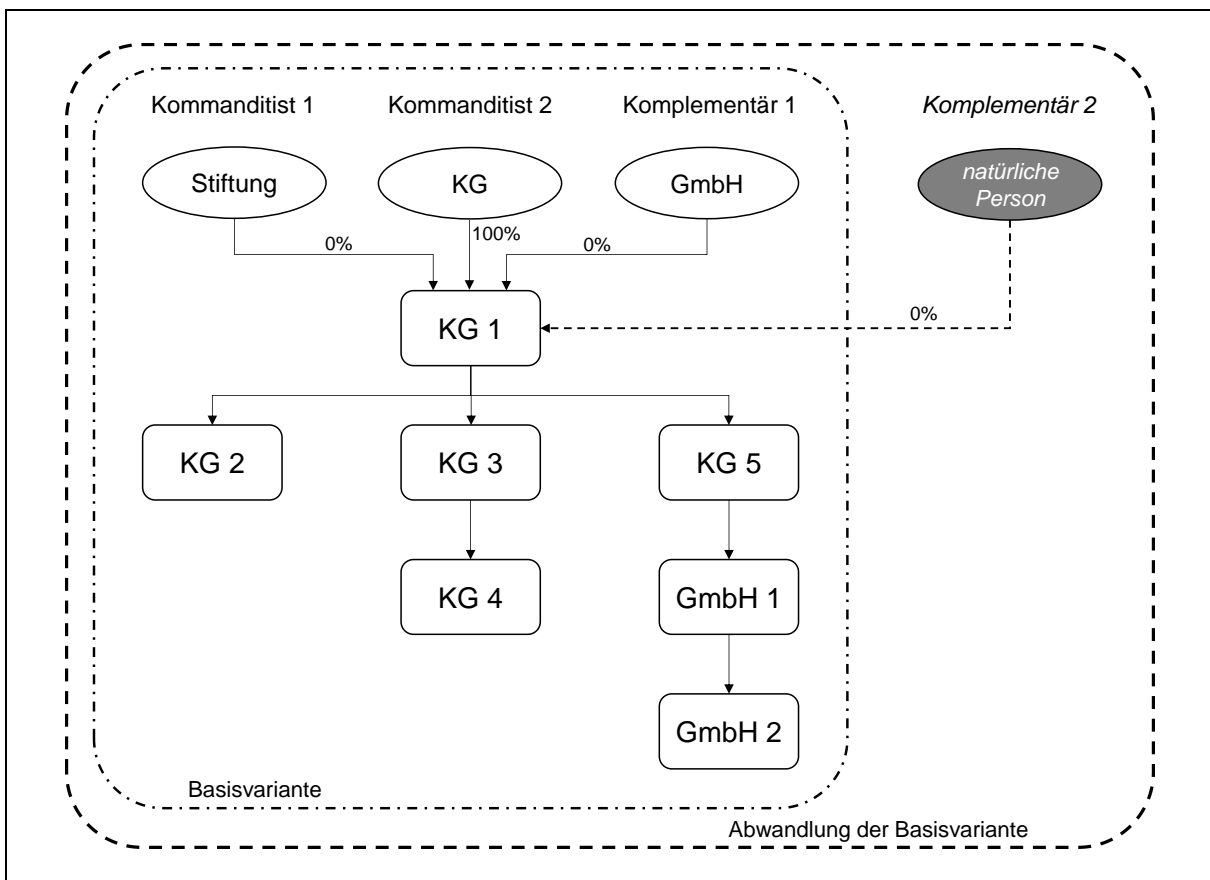


Abbildung: Fiktive Konzernstruktur in Basisvariante und Abwandlung

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.⁸ 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.⁹ 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 Gesellschafter der GmbH & Co. KG kraft seiner Gesellschafterstellung für die Verbindlichkeiten der GmbH & Co. KG eintritt.“¹⁰

⁸ Vgl. *Störk/Deubert*, in: *BeBiKo*, 13. Aufl. 2022, § 264b HGB, Rz. 82.

⁹ Vgl. u.a. *Oser/Ollinger*, DB 2017, S. 2047; *Oser*, in: *Beck HdR*, 68. EL 2022, B 110, Rz. 167.

¹⁰ Beschluss des LG Bonn vom 30.09.2009, 30 T 848/09.

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.“¹¹ Gerade das „Hinausgehen“ der Befreiungsmöglichkeiten für Personenhandelsgesellschaften – der Gesetzgeber ebenso wie die den handelsrechtlichen Regelungen zugrunde liegende EU-Richtlinie¹² 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 PubiG mit Blick auf die EU-rechtlichen Vorgaben wie auch die Überlegungen zur ursprünglichen Einführung des § 264b HGB nach unserem Verständnis sachgerecht bzw. sogar geboten.

Lösungsvorschlag: Gerade in dem diskutierten Sachverhaltsszenario wird die Logik des derzeit bestehenden Erfordernisses einer teleologischen Reduktion bei der Anwendung des § 5 Abs. 6 PubiG 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 Mutterunternehmen gegenüber sich selbst nicht möglich ist, da „das Vermögen des Mutterunternehmens bereits für dessen eigene Verbindlichkeiten haftet“.¹³ 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

¹¹ BT-Drucks. 14/1806, S. 18 f.

¹² 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.

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

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“¹⁴ des Mutterunternehmens kann nach unserem Verständnis regelmäßig auch der Konzernabschluss dieses Mutterunternehmens verwendet werden.

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

Wir hoffen, Ihnen mit unseren Anmerkungen einige Hinweise auf Verbesserungspotenziale im Gesetzgebungsverfahren rund um ein künftiges Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2022/2464 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.12.2022 zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 537/2014 und der Richtlinie 2004/109/EG, 2006/43/EG und 2013/34/EU hinsichtlich der Nachhaltigkeitsberichterstattung von Unternehmen gegeben zu haben und damit zu einem anwendbaren und wettbewerbsfähigen Gesetz beigetragen zu haben.

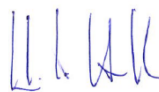
Selbstverständlich stehen wir Ihnen gerne für Rückfragen sowie die weitere Diskussion unserer Anmerkungen gerne zur Verfügung.

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

¹⁴ BT-Drucks. 18/4050, S. 58.