

Stellungnahme des Arbeitskreises Bilanzrecht Hochschullehrer Rechtswissenschaft*

betreffend BVerfG 1 BvR 121/11 (Verfassungsbeschwerde der dGmbH zur Verfassungsmäßigkeit des § 264 Abs. 3 HGB)

A. Zum Sachverhalt

Die Beschwerdeführerin ist eine deutsche GmbH (im Folgenden kurz: dGmbH oder Bf.), die (mittelbar) Tochtergesellschaft einer österreichischen GmbH (im Folgenden kurz: öGmbH) ist. Die österreichische Muttergesellschaft erstellt ihren Konzernabschluss nach österreichischem Recht. Die Bf. ist in diesen Konzernabschluss der öGmbH einbezogen.

Im Hinblick auf die Einbeziehung in den Konzernabschluss der öGmbH verzichtete die dGmbH auf die Offenlegung des von ihr nach deutschem HGB aufgestellten Jahresabschlusses. Sie beruft sich hierbei auf § 264 Abs. 3 i.V.m. § 290 Abs. 1 HGB.

Das Bundesamt für Justiz vertritt die Auffassung, dass eine Befreiung nach § 264 Abs. 3 HGB nicht gegeben sei, weil dies entsprechend dem klaren Wortlaut des § 290 Abs. 1 HGB voraussetze, dass das Mutterunternehmen seinen Sitz in Deutschland habe, was bei der öGmbH nicht der Fall ist. Diese Auffassung wurde vom LG Bonn durch Beschluss vom 6.12.2010 (38 T 1168/10) bestätigt. Das LG Bonn verweist zur Begründung u.a. darauf, die Ungleichbehandlung von in- und ausländischen Mutterunternehmen sei angesichts unterschiedlicher Bilanzierungs- und Gläubigerschutzvorschriften aus Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt.

Hiergegen richtet sich die Verfassungsbeschwerde der Bf. Sie rügt, der Beschluss des LG Bonn entziehe ihr den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG), weil die Sache dem EuGH hätte vorgelegt werden müssen. Außerdem hätten das Bundesamt für Justiz und das LG Bonn die Vorschriften der § 264 Abs. 3 i.V.m. § 290 Abs. 1 HGB in gegen Art. 3 Abs. 1, 19 Abs. 3 GG verstoßender Weise ausgelegt und angewendet, weil deren Rechtsauffassung zu ungerechtfertigten Gleichheitsverstößen führe. Zum einen werde nach der Rechtsansicht des Bundesamtes und des LG Bonn eine Unternehmensgruppe mit einem ausländischen Mutterunternehmen gegenüber einem Konzern mit inländischem Mutterunternehmen ohne Rechtfertigungsgrund schlechter gestellt. Zum anderen liege auch eine nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung einer GmbH verglichen mit einer Personenhandelsgesellschaft i.S. des § 264a HGB vor, weil bei Letzterer gem. § 264b HGB auch ein Konzernabschluss eines ausländischen Mutterunternehmens von der Offenlegung befreit.

* Dem Arbeitskreis gehören an: Georg Crezelius, Klaus-Dieter Drüen, Jens Ekkenga, Joachim Hennrichs, Peter Hommelhoff, Klaus Jürgen Hopt, Rainer Hüttemann, Christian Kersting, Detlef Kleindiek, Bruno Kropff, Hanno Merkt, Hans-Joachim Priester, Wolfgang Schön, Joachim Schulze-Osterloh.

B. Rechtliche Erwägungen

Der Fall wirft zunächst die Frage auf, ob die im Wortlaut des § 264 Abs. 3 i.V.m. § 290 Abs. 1 HGB angelegte Beschränkung der Befreiungsmöglichkeit auf Tochterkapitalgesellschaften von inländischen Mutterunternehmen mit EU-Recht vereinbar ist (dazu unten I.). Diese Problematik hat eine verfassungsrechtliche Dimension unter dem Aspekt des gesetzlichen Richters gem. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG (vgl. BVerfGE 73, 339 [unter B. I. 1 a)]; 82, 159).

Sodann ist fraglich, ob die Vorschriften des § 264 Abs. 3 i.V.m. § 290 Abs. 1 HGB in der Lesart des Bundesamtes für Justiz und des LG Bonn unter gleichheitsrechtlichen Aspekten verfassungsgemäß sind (dazu unten II.).

I. EU-rechtliche Problematik und gesetzlicher Richter

Der in § 264 Abs. 3 (dazu allgemein z.B. *Merkt* in Baumbach/Hopt, HGB, 35. Aufl. 2012, § 264 Rn. 27) i.V.m. § 290 Abs. 1 HGB angelegte Inlandsbezug des Mutterunternehmens (*Förschle/Deubert* in Beck'scher Bilanzkomm., 8. Aufl. 2012, § 264 Rn. 116; *Graf/Bisler* in MünchKomm. BilanzR, § 264 HGB Rn. 102; *Hüttemann* in Großkomm. HGB, 4. Aufl. 2002, § 264 Rn. 62; *Schulze-Osterloh* in Handbuch des Jahresabschlusses, Abt. I/1 (2010) Rn. 58; *Wiedmann* in Ebenroth/Boujong/Jost/Strohn, HGB, 2. Aufl. 2008, § 264 Rn. 34 f.) ist EU-rechtlich unter zweierlei Aspekten problematisch. Zum einen fragt es sich, ob die Regelung eine zutreffende Umsetzung des Art. 57 der Bilanzrichtlinie (Richtlinie 78/660/EWG) ist (unten 1.). Zum anderen ist die Vereinbarkeit der Beschränkung auf inländische Mutterunternehmen mit der Niederlassungsfreiheit gem. Art. 49 AEUV i.V.m. Art. 54 AEUV fraglich (unten 2.). Beide europarechtlichen Fragen werden im Streitfall entscheidungserheblich. Für die Auslegung des EU-Rechts ist der EuGH zuständig (unten 3.).

1. Korrekte Umsetzung des Art. 57 der Bilanzrichtlinie?

Art. 57 Bilanzrichtlinie hat folgenden Wortlaut (Hervorhebungen durch die Verfasser):

„Unbeschadet der Richtlinien 68/151/EWG und 77/91/EWG brauchen die Mitgliedstaaten die Bestimmungen der vorliegenden Richtlinie über den Inhalt, die Prüfung und die Offenlegung des Jahresabschlusses nicht auf Gesellschaften anzuwenden, die ihrem Recht unterliegen und Tochterunternehmen im Sinne der Richtlinie 83/349/EWG sind, sofern folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

a) das Mutterunternehmen unterliegt dem Recht eines Mitgliedstaats;

b) alle Aktionäre oder Gesellschafter des Tochterunternehmens haben sich mit der bezeichneten Befreiung einverstanden erklärt; diese Erklärung muß für jedes Geschäftsjahr abgegeben werden;

c) das Mutterunternehmen hat sich bereit erklärt, für die von dem Tochterunternehmen eingegangenen Verpflichtungen einzustehen;

d) die Erklärungen nach Buchstaben b) und c) sind nach den in den Rechtsvorschriften der einzelnen Mitgliedstaaten vorgesehenen Verfahren gemäß Artikel 3 der Richtlinie 68/151/EWG offenzulegen;

e) das Tochterunternehmen ist in den von dem Mutterunternehmen nach der Richtlinie 83/349/EWG aufgestellten konsolidierten Jahresabschluß einbezogen;

- f) die bezeichnete Befreiung wird im Anhang des von dem Mutterunternehmen aufgestellten konsolidierten Abschlusses angegeben;
- g) der unter Buchstabe e) bezeichnete konsolidierte Abschluß, der konsolidierte Lagebericht sowie der Bericht der mit der Prüfung beauftragten Person werden für das Tochterunternehmen nach den in den Rechtsvorschriften der einzelnen Mitgliedstaaten vorgesehenen Verfahren gemäß Artikel 3 der Richtlinie 68/151/EWG offengelegt.“

Es spricht u.E. einiges dafür, dass die Formulierung „Recht eines Mitgliedstaats“ gem. Art. 57 Bilanzrichtlinie sämtliche EU-Mitgliedstaaten einschließen soll, also Mutterunternehmen aus anderen Mitgliedstaaten ebenfalls erfasst (vgl. *Luttermann* in MünchKomm. AktG, 2. Aufl. 2003, § 264 HGB Rn. 174; ferner *Ballwieser* in Baetge/Kirsch/Thiele, BilanzR, Komm., § 264 HGB Rn 123; *Tromp/Nagler/Gehrke*, GmbHR 2009, 641, 643, 645). Für dieses Verständnis der Richtlinie spricht zum einen der **Wortlaut des Art. 57**, denn die Richtlinie formuliert „eines Mitgliedstaats“ und nicht „des Mitgliedstaats“. Zum anderen entspricht dieses Verständnis der **auf den Binnenmarkt bezogenen grundsätzlichen Zwecksetzung der Bilanzrichtlinie**, die ausweislich der Erwägungsgründe zur Richtlinie eine „Koordinierung der einzelstaatlichen Vorschriften über die Gliederung und den Inhalt des Jahresabschlusses und des Lageberichts sowie über die Bewertungsmethoden und die Offenlegung dieser Unterlagen“ bezweckt (Erwägungsgrund 1) und diesbezüglich „gleichwertige rechtliche Mindestbedingungen“ schaffen will (Erwägungsgrund 3); die Bestimmungen der Richtlinie dienen dazu, „die Vergleichbarkeit und die Gleichwertigkeit der in den Jahresabschlüssen gemachten Angaben zu gewährleisten“ (Erwägungsgrund 5). Wenn nach der Harmonisierungsidee der EU-Bilanzrichtlinien die koordinierten einzelstaatlichen Vorschriften zur Rechnungslegung „gleichwertige rechtliche Mindestbedingungen“ schaffen, dann sind für die Voraussetzungen der Befreiung von der Offenlegung eben sämtliche einzelstaatlichen Vorschriften der Mitgliedstaaten „gleich gut“.

Zwar ist Art. 57 Bilanzrichtlinie als Mitgliedstaatenwahlrecht formuliert. Ob die Mitgliedstaaten bei dessen Ausübung aber eine Regelung vorsehen dürfen, die ein Tochterunternehmen einer EU-ausländischen Konzernspitze im Vergleich zu einem Tochterunternehmen eines inländischen Mutterunternehmens benachteiligt, erscheint doch ganz zweifelhaft (vgl. auch *Reiner* in MünchKomm. HGB, 2. Aufl. 2008, § 264 Rn. 114; *Kuntze-Kaufhold*, BB 2006, 428, 431). Im Lichte der Niederlassungsfreiheit, an die der umsetzende Mitgliedstaat bei der Richtlinienumsetzung gebunden ist (EuGH, Urteil vom 18. 9. 2003 - C-168/01, Slg. 2003, I-9409, Rn.26, 27 - „Bosal Holding“), ist dem Gesetzgeber eine Diskriminierung verboten. Der Gesetzgeber kann sich insbesondere nicht unter Verweis auf seinen prinzipiell bestehenden Ermessensspielraum im Wege eines argumentum a fortiori darauf berufen, ihm müsse eine derartige Unterscheidung erlaubt sein, weil er sich auch dafür entscheiden könne, überhaupt keine Ausnahme vorzusehen.

2. Niederlassungsfreiheit

Unter dem Aspekt der Niederlassungsfreiheit gem. Art. 49 AEUV i.V.m. Art. 54 AEUV ist fraglich, ob die Beschränkung der Befreiungsmöglichkeit auf den Fall der Einbeziehung in einen Konzernabschluss eines deutschen Mutterunternehmens eine verdeckte Diskriminierung darstellt und ob diese gerechtfertigt ist. Auch dafür spricht u.E. einiges, denn nach der Interpretation des Bundesamtes für Justiz und des LG Bonn wird ein Konzern mit Mutterunternehmen in einem anderen Mitgliedstaat für die Offenlegung gegenüber einem Konzern mit deutschem Mutterunternehmen schlechter gestellt. Dies kann man als eine Diskriminierung EU-ausländischer Mutterunternehmen ansehen.

Ausweislich des Wortlautes des Art. 49 Abs. 1 AEUV ist auch die Freiheit zur Gründung von Tochterunternehmen von der Niederlassungsfreiheit umfasst. Für einen Eingriff in den Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit genügt nach der Rechtsprechung des EuGH schon die bloße Gefahr, dass ein Ausländer aufgrund von Mehrbelastungen im Vergleich zu Inländern vom Zuzug ins Inland abgeschreckt würde (EuGH, Urteil vom 12.12.2002 – Rs C-324/00, Slg. 2002, I-11779, Rn. 32 - „Lankhorst Hohorst“). In diesem Zusammenhang lässt sich nicht von vornherein ausschließen, dass ein EU-ausländisches Unternehmen möglicherweise die Gründung eines deutschen Tochterunternehmens unterlässt, weil der konsolidierte Jahresabschluss nicht dieselben Befreiungswirkungen erzielt wie der eines inländischen Mutterunternehmens mit der Konsequenz größerer Belastungen im Hinblick auf den Aufwand der Konzernorganisation.

3. Zuständigkeit des EuGH und Pflicht zur Vorlage im Vorabentscheidungsverfahren

Letztlich brauchen die hier angesprochenen Fragen an dieser Stelle aber nicht abschließend beurteilt zu werden. Denn jedenfalls erscheinen uns die europarechtlichen Fragen keineswegs so geklärt oder offenkundig, dass sich eine Anrufung des EuGH dazu erübrigt hätte. Vielmehr bestehen an der EU-Rechtskonformität der Vorschriften des § 264 Abs. 3 i.V.m. § 290 Abs. 1 HGB in der Interpretation durch das Bundesamt für Justiz und das LG Bonn u.E. zumindest durchaus berechtigte Zweifel (vgl. auch *Tromp/Nagler/Gehrke*, GmbHR 2009, 641 ff.; *Kuntze-Kaufhold*, BB 2006, 428 ff.; *Ballwieser* in Baetge/Kirsch/Thiele, BilanzR, Komm., § 264 HGB Rn 123 [der zu Recht auf den Widerspruch zu § 291 HGB verweist]; *Luttermann* in MünchKomm. AktG, 2. Aufl. 2003, § 264 HGB Rn. 174 [unter Hinweis auf Art. 57 der Bilanzrichtlinie]; *Reiner* in MünchKomm. HGB, 2. Aufl. 2008, § 264 Rn. 114). Über die Auslegung von EU-Recht hat aber verbindlich der EuGH zu entscheiden. Das LG Bonn war im vorliegenden Fall als Beschwerdegericht letztinstanzlich zuständig (vgl. § 335 Abs. 5 S. 6 HGB). Daher hätte das LG Bonn die Fragen u.E. gem. Art. 267 Abs. 3 AEUV dem EuGH vorlegen müssen. Dadurch, dass das LG Bonn dies nicht getan, sondern die Sache selbst entschieden hat, hat es der Bf. den gesetzlichen Richter entzogen und Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG verletzt.

II. Gleichheitsrechtliche Problematik

Unter gleichheitsrechtlichen Aspekten ist die Vorschrift des § 264 Abs. 3 i.V.m. § 290 Abs. 1 HGB in dreifacher Hinsicht problematisch: Zum einen wird der Fall, dass das Mutterunternehmen eine deutsche Kapitalgesellschaft ist, anders behandelt als der Fall, dass das Mutterunternehmen in einem anderen Mitgliedstaat der EU sitzt. Zum anderen ist der Bezug auf ein inländisches Mutterunternehmen in der vergleichbaren Befreiungsvorschrift gem. § 264b HGB nicht enthalten. Schließlich enthält auch die Vorschrift des § 291 HGB keine vergleichbare Beschränkung auf inländische Mutterunternehmen.

Die fraglichen Fälle sind u.E. allesamt hinreichend vergleichbar. Es geht in allen Fällen um die Befreiung von an sich grundsätzlich gegebenen Pflichten zur Aufstellung, Prüfung und Offenlegung.

Rechtfertigende Gründe dafür, in einem Fall, nämlich im Fall des § 264 Abs. 3 i.V.m. § 290 Abs. 1 HGB, die Befreiung vom Inlandsbezug des Mutterunternehmens abhängig zu machen, in den anderen Fällen dagegen EU-ausländische Mutterunternehmen genügen zu lassen, sind u.E. nicht gegeben. Insbesondere überzeugt der vom LG Bonn herangezogene Aspekt nicht, dass der Inlandsbezug in § 264 Abs. 3 i.V.m. § 290 Abs. 1 HGB deshalb gerechtfertigt sei, weil Gläubiger sonst Schwierigkeiten bei der Auswertung von Abschlüssen hätten, die auf der Grundlage von Rechnungslegungsvorschriften anderer Mitgliedstaaten aufgestellt worden

sind. Dieser Einwand ist u.E. bei der gebotenen EU-rechtskonformen Beurteilung des nationalen Rechts **nicht legitim** und daher **nicht geeignet**, um die Beschränkung der Befreiungsmöglichkeit auf Inlandskonzerne zu rechtfertigen:

Soweit EU-ausländische Mutterunternehmen in Rede stehen, die ihren Konzernabschluss auf der Grundlage der IAS-Verordnung der EU (Verordnung [EG] Nr. 1606/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Juli 2002 betreffend die Anwendung internationaler Rechnungslegungsstandards, ABl. L 243 vom 11.9.2002) nach den von der EU übernommenen International Financial Reporting Standards (IFRS) erstellen (**IFRS-Anwender**), versteht sich das u.E. von selbst, weil diese Konzernabschlüsse auf EU-weit einheitlich geltenden Rechnungslegungsstandards beruhen und es insoweit zwischen den Mitgliedstaaten gar keine Unterschiede im Normbestand gibt. Die innerhalb der EU anzuwendenden IFRS sind in allen Mitgliedstaaten dieselben. Daher bereitet insoweit auch die Auswertung von Konzernabschlüssen von Mutterunternehmen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat keine besonderen Schwierigkeiten. Im Streitfall einer österreichischen GmbH wird die Auswertung der Abschlussunterlagen nicht einmal durch das Sprachenproblem belastet.

Aber auch soweit EU-ausländische Mutterunternehmen in Rede stehen, die ihren **Konzernabschluss auf der Grundlage einzelstaatlicher Vorschriften** erstellen, kann u.E. nicht eingewandt werden, zwischen den verschiedenen Mitgliedstaaten bestünde ein Gläubigerschutzgefälle, weshalb die Beschränkung auf inländische Konzernabschlüsse gerechtfertigt sei. Wie unter I. 1. angedeutet, bezwecken die **europäischen Bilanzrichtlinien** gerade die Koordinierung der einzelstaatlichen Bilanzvorschriften mit dem Ziel, „**gleichwertige rechtliche Mindestbedingungen**“ zu schaffen (Erwägungsgrund 3 der Bilanzrichtlinie) und „die Vergleichbarkeit und die Gleichwertigkeit der in den Jahresabschlüssen gemachten Angaben zu gewährleisten“ (Erwägungsgrund 5 der Bilanzrichtlinie). Dieselben Erwägungsgründe waren für die Konzernbilanzrichtlinie (83/349/EWG) tragend (s. insbes. deren Erwägungsgründe 1, 3 und 6).

Aus Sicht des EU-Rechts sind die mitgliedstaatlichen Vorschriften zur Rechnungslegung mithin aufgrund der Harmonisierung durch die Bilanzrichtlinien **normativ gleichwertig** und auch und gerade unter dem Aspekt des Gläubigerschutzes „gleich gut“. Dieser **Binnenmarktzweck** ist geradezu die Legitimation der europäischen Bilanzrichtlinien. Es würde diese Grundidee des europäischen Gesetzgebers konterkarieren, wenn mit der Begründung unterschiedlicher Gläubigerschutzniveaus doch eine Beschränkung auf nationale Abschlüsse gerechtfertigt würde. Aus europarechtlicher Sicht gibt es keinen Vertrauensschutz, der über die mit den europäischen Bilanzrichtlinien angestrebte Mindestharmonisierung hinausreichte. Gläubiger und Investoren müssen die Rechnungslegungsvorschriften so akzeptieren, wie das EU-ausländische Recht sie gestaltet. Entsprechend hat der EuGH bereits im Urteil „Centros“ entschieden: Die Einhaltung europäischer Mindeststandards zum Gläubigerschutz und die Möglichkeit, sich über die Herkunft der EU-ausländischen Gesellschaft und deren Gläubigerschutzmechanismen zu informieren, reichen aus um Investoren und Gläubiger zu schützen (EuGH, Urteil vom 09.03.1999 - Rs C-212/97, Slg. 1999, I-1459, Rn. 36 - „Centros“; später auch EuGH, Urteil vom 30.09.2003 - Rs. C-167/01, Slg. 2003, I-10155, Rn. 98 - „Inspire Art“). Daher ist der vom LG Bonn hervorgehobene Gedanke des Gläubigerschutzes insoweit u.E. kein tauglicher Rechtfertigungsgrund für die Verengung des § 264 Abs. 3 i.V.m. § 290 Abs. 1 HGB auf inländische Mutterunternehmen.

Der Gesichtspunkt, dass Gläubiger bei EU-ausländischen Mutterunternehmen **Schwierigkeiten** hätten, eine grenzüberschreitende **Verlustübernahmeverpflichtung im Ausland durchzusetzen** (so *Wiedmann* in Ebenroth/Boujong/Jost/Strohn, HGB, 2. Aufl. 2008, § 264 Rn. 35; ihm folgend LG Bonn, a.a.O.), taugt zur Rechtfertigung des Inlandsbezugs des Mutterunternehmens u.E. ebenfalls nicht. Zum einen besteht die Verlustübernahmeverpflichtung i.S. des § 302 AktG (oder eine entsprechende freiwillig übernommene Verpflichtung), an die § 264

Abs. 3 HGB anknüpft, gar nicht im Verhältnis des Mutterunternehmens zu den Gläubigern des Tochterunternehmens, sondern allein zwischen Mutter- und Tochterunternehmen (*Hüffer*, AktG, 10. Aufl. 2012, § 302 Rn. 5). Zwar bezweckt das Gesetz mit der Verlustübernahmeverpflichtung durchaus auch Gläubigerschutz (vgl. *Kleindiek*, ZGR 2001, 479, 489 f.; *Hennrichs*, ZHR 174 [2010], 683, 684), aber dies wird gewährleistet durch eine Innenhaftung des Mutterunternehmens gegenüber der Tochter (*Hüffer*, AktG, 10. Aufl. 2012, § 302 Rn. 5; vgl. auch *Veil* in *Spindler/Stilz*, AktG, 2. Aufl. 2010, § 302 Rn. 3). Bei der Rechtsverfolgung bezogen auf diese Verlustübernahmeverpflichtung handelt es sich also grundsätzlich um einen konzerninternen Vorgang.

Zum anderen mag es zwar sein, dass die Rechtsverfolgung im Ausland im Einzelfall erschwert ist. Das mag sich dann auch auf Gläubiger auswirken, etwa wenn sie in den Verlustausgleichsanspruch vollstrecken oder bei Beendigung des Vertrags Sicherheitsleistung bzw. eine Bürgschaft des herrschenden Unternehmens verlangen (vgl. § 303 AktG); auch die Geltendmachung von Ansprüchen nach § 309 Abs. 4 S. 3 AktG kann schwieriger sein. Solche rein **faktische Rechtsverfolgungsschwierigkeiten** können aber nationale Sonderwege vor dem Hintergrund der angesprochenen Binnenmarktidee des europäischen Gesellschaftsrechts nicht rechtfertigen, sonst wären diese nämlich stets legitimiert, weil die grenzüberschreitende Rechtsverfolgung naturgemäß immer aufwendiger ist als die rein nationale. Der Gesetzgeber hat in § 264 c HGB der Binnenmarktidee Vorrang gegenüber etwaigen Problemen der Rechtsverfolgung bei ausländischem Sitz eingeräumt. Es gibt keinen Grund für eine andere Wertung im Rahmen des § 264 Abs. 3 HGB.