

Prof. Dr. Christoph Teichmann, Domerschulstr. 16, 97070 Würzburg

Stellungnahme für den Rechtsausschuss des  
Deutschen Bundestages

**Betr. BT-Drs. 17/13221 v. 23.04.2013**

Domerschulstraße 16  
D – 97070 Würzburg

Telefon 0931/318-2327  
Telefax 0931/318-2980

teichmann@jura.uni-wuerzburg.de

8. Juni 2013

Der Gesetzentwurf zur Änderung des Handelsgesetzbuches (BT-Drs. 17/13221) hat zum Ziel, die Belastungen für kleine und kleinste Kapitalgesellschaften zu reduzieren, die sich aus dem Ordnungsgeldverfahren des § 335 HGB ergeben. Der Vorschlag knüpft an das MicroBilG an, mit dem Erleichterungen für Kleinstkapitalgesellschaften hinsichtlich der zu erstellen Rechnungslegungsunterlagen eingeführt wurden.

Die vorgeschlagene Neuregelung erlaubt die nachträgliche Senkung bereits angedrohter Ordnungsgelder bei, wenn auch verspäteter, Erfüllung der Offenlegungspflichten. Sie erleichtert außerdem die Möglichkeit der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und will eine einheitliche Rechtsprechung sicherstellen.

Die Änderung steht im Spannungsfeld zweier, tendenziell gegenläufiger Regelungsziele: Die handelsrechtlichen Offenlegungspflichten sollen einerseits effektiv durchgesetzt werden, die daraus resultierenden Belastungen für kleine und kleinste Kapitalgesellschaften andererseits auf das hierfür notwendige Maß beschränkt werden. Da es hierbei um die Umsetzung europäischer Vorgaben geht, sollen vor der Erörterung des Gesetzentwurfs die unionsrechtlichen Grundlagen dargelegt werden.

## **I. Europäische Publizitäts- und Bilanzrichtlinien**

### **1. Offenlegung der Rechnungslegungsunterlagen**

#### **a) Grundsatz**

Zentrale Pfeiler der Offenlegungspflichten von Kapitalgesellschaften sind die Publizitätsrichtlinie (zunächst RL 68/151/EWG, dann neugefasst in RL 2009/101/EG) und die Bilanzrichtlinie (78/660/EWG). Die Richtlinien gelten für Kapitalgesellschaften, in Deutschland also für GmbH und Aktiengesellschaft. Aus den beiden Richtlinien ergibt sich die Verpflichtung der Mitgliedstaaten, die Offenlegung bestimmter Rechnungslegungsunterlagen sicherzustellen. Maßgeblich ist Artikel 7 PubIRL:

*„Die Mitgliedstaaten drohen geeignete Maßnahmen zumindest für den Fall an, ... dass die in Art. 2 Buchstabe f vorgeschriebene Offenlegung der Rechnungslegungsunterlagen unterbleibt...“*

Art. 2 Buchstabe f der Publizitätsrichtlinie verweist auf die bilanzrechtlichen Richtlinien. Vorliegend ist die Bilanzrichtlinie (78/660/EWG) von Interesse, die insbesondere den Inhalt und die Offenlegung von Jahresabschluss, Anhang und Lagebericht regelt.

### **b) Erleichterungen für Kleinstkapitalgesellschaften**

Die Reform der Bilanzrichtlinie (RL 2012/6/EU) ermöglicht Erleichterungen für Kleinstkapitalgesellschaften. Diese werden folgendermaßen definiert:

*Gesellschaften, die am Bilanzstichtag zwei der drei folgenden Schwellenwerte nicht überschreiten:*  
a) Bilanzsumme von 350.000 €, b) Nettoumsatzerlöse von 700.000 €, c) durchschnittliche Anzahl der während des Geschäftsjahres Beschäftigten von 10.

Diese Gesellschaften können eine verkürzte Bilanz sowie eine verkürzte Gewinn- und Verlustrechnung aufstellen; außerdem können sie auf Anhang und Lagebericht verzichten. Schließlich können sie ihre Verpflichtung zur Offenlegung des Jahresabschlusses auch dadurch erfüllen, dass sie ihre Bilanz in elektronischer Form beim Betreiber des Bundesanzeigers hinterlegen. Der deutsche Gesetzgeber hat diese Erleichterungen mit Erlass des MicroBilG in das deutsche Recht übernommen.

## **2. Gebot der effektiven Umsetzung**

### **a) EuGH-Entscheidungen zu § 335 HGB a.F.**

Europäische Richtlinien bedürfen der effektiven Umsetzung durch die Mitgliedstaaten. Der Europäische Gerichtshof hat der Bundesrepublik Deutschland in zwei Entscheidungen bescheinigt, die Publizitätspflichten von Kapitalgesellschaften nicht effektiv umgesetzt zu haben.

Stein des Anstoßes war die Regelung des § 335 HGB a.F. Demnach konnte ein Zwangsgeld festgesetzt werden, wenn Kapitalgesellschaften ihrer Pflicht zur Offenlegung der Bilanz nicht nachkamen. Das Zwangsgeld wurde jedoch nicht von Amts wegen festgesetzt, sondern nur auf Antrag. Antragsberechtigt waren die Gesellschafter, die Gläubiger und der (Gesamt-) Betriebsrat der Gesellschaft. Die Begrenzung des Antragsrechts auf diese Personengruppen führte dazu, dass mehr als 90 % der deutschen Kapitalgesellschaften ihrer Offenlegungspflicht nicht nachkamen. Dies hat der Europäische Gerichtshof in zwei Entscheidungen gerügt (Urteil vom 4.12.1997, Rs. C-97/96, „Daihatsu“, sowie Urteil vom 29.9.1998, Rs. C-191/95, „Kommission/Deutschland“).

Die Kehrtwende brachte das EHUG von 2006. Seitdem leitet das Bundesamt für Justiz von Amts wegen ein Ordnungsgeldverfahren ein, wenn die Mitglieder des vertretungsberechtigten Organs einer Kapitalgesellschaft gegen die Pflicht zur Offenlegung der Rechnungslegungsunterlagen verstoßen (§ 335 Abs. 1 HGB). Empirische Erhebungen zeigen, dass mittlerweile mehr als 90 % der Kapitalgesellschaften ihre Offenlegungspflichten erfüllen.

### **b) Effektive Umsetzung der Hinterlegungspflicht**

Kleinstkapitalgesellschaften unterliegen zwar nach § 326 Abs. 2 HGB n.F. nicht mehr der Offenlegungspflicht im engeren Sinne, vielmehr genügt eine Hinterlegung der Bilanz beim Betreiber des Bundesanzeigers. Diese reduzierte Form der Offenlegung ist durch die Richtlinie 2012/6/EU auch erlaubt. Sie unterliegt aber gleichfalls dem europäischen Effektivitätsgrundsatz. Denn die den Kleinstkapitalgesellschaften gestattete Hinterlegung substituiert die ansonsten geltende Offenlegungspflicht. Erwägungsgrund 9 der Richtlinie 2012/6/EU macht diesen Zusammenhang deutlich:

*„Es sollte den Mitgliedstaaten deshalb erlaubt sein, Kleinstbetriebe von der allgemeinen Offenlegungspflicht zu befreien, sofern die Informationen aus der Bilanz im Einklang mit den nationalen Vorschriften bei mindestens einer benannten zuständigen Behörde ordnungsgemäß hinterlegt und an das Unternehmensregister übermittelt werden, so dass auf Antrag eine Abschrift erhältlich sein sollte.“* (Hervorhebung durch Verf.)

Die Befreiung von der Offenlegungspflicht hängt also davon ab, dass tatsächlich hinterlegt wird. Aus diesem Grunde muss der nationale Gesetzgeber die unterbliebene Hinterlegung ebenso effektiv sanktionieren wie eine unterbliebene Offenlegung. Er muss geeignete Maßnahmen für den Fall androhen, in dem die Hinterlegung unterbleibt.

### **3. Geltung für Auslandsgesellschaften**

Die rechtspolitische Bedeutung der effektiven Umsetzung hängt auch mit dem zunehmenden Auftreten von Scheinauslandsgesellschaften zusammen. Auf Basis der europäischen Niederlassungsfreiheit gründen zahlreiche deutsche Unternehmer ausländische Kapitalgesellschaften, deren Tätigkeitsschwerpunkt in Deutschland liegt. Dieses Phänomen ist zwar mittlerweile etwas in den Hintergrund getreten, ordnungspolitisch besteht aber weiterhin ein Interesse, bei derartigen „Briefkastengesellschaften“ zumindest auf eine korrekte Einhaltung ihrer Publizitätspflichten zu achten. Dazu gehören die Anmeldung einer Zweigniederlassung (§§ 13e ff. HGB) und die Offenlegung der Rechnungslegungsunterlagen in deutscher Sprache.

Aus Gründen des Unionsrechts muss der deutsche Gesetzgeber jede Erleichterung, die er den Kleinstkapitalgesellschaften deutschen Rechts gewährt, auch den nach ausländischem Recht gegründeten Gesellschaften zubilligen. Dies ist durch das MicroBilG auch geschehen: § 325a HGB n.F. regelt die Offenlegungspflichten von Zweigniederlassungen ausländischer Kapitalgesellschaften und verweist insoweit auf § 326 Abs. 2 HGB, wonach Kleinstkapitalgesellschaften die Offenlegung durch Hinterlegung der Bilanz ersetzen können. Ebenso werden die jetzt geplanten Erleichterungen des Ordnungsgeldverfahrens auch den im Ausland gegründeten Gesellschaften zugute kommen.

## **II. Reform des Ordnungsgeldverfahrens**

### **1. Rechtspolitische Zielsetzung**

Der Gesetzentwurf (BT-Drs. 17/13221) sieht eine Senkung der Mindestordnungsgelder für kleine und kleinste Kapitalgesellschaften vor. Dies geschieht in der Weise, dass zunächst ein höheres Ordnungsgeld angedroht wird, dieses aber in geringerer Höhe festgesetzt wird, wenn die Gesellschaft zwar verspätet, aber doch noch vor Festsetzung des Ordnungsgeldes ihre Offenlegungs- oder Hinterlegungspflicht erfüllt. In diesem Fall ist das Ordnungsgeld zwingend herabzusetzen (auf einen Betrag von 1.000 Euro für kleine und auf einen Betrag von 500 Euro für kleinste Kapitalgesellschaften).

Die Privilegierung der kleinen und kleinsten Kapitalgesellschaften wird damit begründet, dass ihnen nach dem MicroBilG bereits „abgesenkte Offenlegungspflichten“ zugute kommen (BT-Drs. 17/13221, S. 9). Dieser Begründungszusammenhang erscheint fragwürdig. Man könnte auch umgekehrt argumentieren: Wenn eine Gesellschaft schon Erleichterungen bei der Rechnungslegung genießt (verkürzte Bilanz, Verzicht auf Anhang und Lagebericht), sollte sie diese geringeren Anforderungen wenigstens rechtzeitig erfüllen. Die geringeren Beträge beim Ordnungsgeld bedürfen meines Erachtens einer anderen Begründung: Kleine und Kleinstgesellschaften werden durch die Beträge überproportional belastet. Dieser Gedanke, dass eine Gleichbehandlung von großen und kleinen Gesellschaften faktisch eine Ungleichbehandlung

bedeutet, weil ein und dieselbe Maßnahme kleine Unternehmen härter trifft als große, vermag die Herabsetzung zu rechtfertigen.

Man muss sich allerdings vor Augen halten, dass man damit auch die im Ausland gegründeten „Briefkastengesellschaften“, bei denen es sich gleichfalls sehr oft um kleine Unternehmen handelt, entsprechend privilegiert (s.o.).

Es bleibt weiterhin zu bedenken, dass man im deutschen Recht eine Kapitalgesellschaft mittlerweile sehr günstig gründen kann (Stichworte: Unternehmergesellschaft und Musterprotokoll). Es handelt sich dabei um einen Personenkreis, der häufig über wenige oder gar keine unternehmerische Erfahrung verfügt und zumeist nicht die Ressourcen hat, um sich angemessen beraten zu lassen. Man erweist diesen Unternehmen keinen Dienst, wenn man ihnen bei der Erstellung ihrer Rechnungslegungsunterlagen allzu viel Spielraum lässt. Denn spätestens in der Insolvenz drohen harte Konsequenzen. Wurden die Bücher nicht ordnungsgemäß geführt, so greift mit Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Straftatbestand des § 283b StGB: Wer es entgegen dem Handelsrecht unterlässt, die Bilanz seines Vermögens in der vorgeschriebenen Zeit aufzustellen, muss mit Freiheitsstrafe von bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe rechnen. Die handelsrechtlichen Regeln, die auf die Geschäftsführer kleiner Gesellschaften einen gewissen Druck zur rechtzeitigen Offenlegung ausüben, erfüllen insoweit auch eine Warnfunktion. Sie ist in Zeiten, in denen der Einstieg in die Haftungsbeschränkung immer mehr erleichtert wird, wichtiger denn je.

## **2. Effektive Durchsetzung der Offenlegungspflichten**

Es ist somit aus Gründen des Unionsrechts und aus rechtspolitischen Erwägungen angezeigt, weiterhin auf eine hohe Offenlegungsquote hinzuwirken. Das Ordnungsgeldverfahren vermag dies auch in der vorgeschlagenen Form noch zu erreichen.

### **a) Grundmuster des Ordnungsgeldverfahrens**

Das Ordnungsgeldverfahren des § 335 HGB vollzieht sich in mehreren Stufen: Zunächst wird Kapitalgesellschaften, die ihrer Offenlegungspflicht nicht nachkommen, ein Ordnungsgeld *angedroht*. Das angedrohte Ordnungsgeld beträgt mindestens 2.500 Euro. Daran will der vorliegende Gesetzentwurf nichts ändern. Die Androhung als solche hat allerdings noch keine unmittelbaren Konsequenzen. Sie setzt vielmehr eine Frist von sechs Wochen in Gang, innerhalb derer die Gesellschaft ihrer Offenlegungspflicht nachkommen kann. Wenn dies geschieht, bleibt es bei der weitgehend folgenlosen Androhung. Die Gesellschaft trägt lediglich die Kosten des Verfahrens (§ 335 Abs. 3 S. 2 HGB).

Kommt die Kapitalgesellschaft innerhalb der Sechswochenfrist ihrer Offenlegungspflicht nicht nach, wird das Ordnungsgeld *festgesetzt*. Daraus folgt eine Zahlungspflicht der betroffenen Gesellschaft in Höhe des Ordnungsgeldes. Außerdem wird ein weiteres Ordnungsgeld angedroht. Dieser Vorgang kann sich mehrfach wiederholen, bis die Gesellschaft ihrer Offenlegungspflicht nachkommt.

Eine Erfüllung der Offenlegungspflicht nach Festsetzung lässt die Verpflichtung zur Zahlung des Ordnungsgeldes nicht mehr entfallen. Das Bundesamt für Justiz kann allerdings bei nur geringfügiger Überschreitung der Sechswochenfrist schon nach geltendem Recht das Ordnungsgeld herabsetzen (§ 335 Abs. 3 S. 5 HGB).

## **b) Geplante Erleichterungen**

### *aa) Herabsetzung des Ordnungsgeldes*

Der Gesetzesvorschlag sieht für Kleinbetriebe eine Erleichterung vor, wenn sie ihrer Offenlegungspflicht unter Versäumung der mit der Ordnungsgeldandrohung verbundenen Sechs-Wochen-Frist nicht nachkommen. Es bleibt zwar bei der Regelung, dass bei Versäumung der Frist das angedrohte Ordnungsgeld nunmehr festzusetzen ist. Kommt die Gesellschaft jedoch ihrer Offenlegungspflicht nach, bevor das Ordnungsgeld festgesetzt wird, ist das Ordnungsgeld herabzusetzen (§ 335 Abs. 4 S. 2 HGB): Auf 500 Euro für Kleinstkapitalgesellschaften, auf 1.000 Euro für kleine Kapitalgesellschaften, ansonsten auf 2.500 Euro, wenn zuvor ein höherer Betrag angedroht worden war. Bei nur geringfügiger Überschreitung der Frist ist das Ordnungsgeld jeweils auf einen noch geringeren Betrag festzusetzen.

Die geplante Regelung stellt weiterhin eine effektive Umsetzung der Offenlegungs- bzw. Hinterlegungspflichten sicher. Denn es bleibt dabei, dass die Androhung auf 2.500 Euro gerichtet ist. Es bleibt auch dabei, dass die Gesellschaft in jedem Fall die Kosten des Verfahrens trägt. Allein Gesellschaften, die ihrer Offenlegungspflicht nachkommen – wenn auch erst nach Ablauf der sechs Wochen – können überhaupt in den Genuss der Herabsetzung kommen. Die Erleichterung fördert daher den Anreiz zur Veröffentlichung. Wer dieser Pflicht nicht nachkommt, dem droht weiterhin die Eskalation des § 335 Abs. 3 HGB, also die Androhung erneuter Ordnungsgelder, die dem Betrag nach auch weiter ansteigen können. Und nur wer die nötigen Kennzahlen mitteilt, die eine Einordnung als Kleinstkapitalgesellschaft tragen, kann von den Vergünstigungen profitieren, die für diese Gruppe vorgesehen sind.

### *bb) Erleichterung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand*

Ein weiterer Schwerpunkt der Gesetzesänderung liegt auf dem Verfahren zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Diese kann gerade bei kleinen Unternehmen angezeigt sein, wenn beispielsweise der Inhaber schwer erkrankt ist. Die Wiedereinsetzung setzt voraus, dass die Beteiligung unverschuldet daran gehindert waren, fristgemäß Einspruch einzulegen oder ihren gesetzlichen Offenlegungspflichten nachzukommen (§ 335 Abs. 5 HGB-E). Diese Erleichterung ist angemessen und begegnet aus meiner Sicht keinen Bedenken.

### *cc) Sicherstellung einer einheitlichen Rechtsprechung*

Schließlich soll eine einheitliche Rechtsprechung gewährleistet werden, indem bei Divergenz einzelner Kammern des allein zuständigen LG Bonn eine Rechtsbeschwerde an das Oberlandesgericht statthaft sein soll (§ 335a Abs. 3 HGB-E). Auch diese Änderung erscheint sinnvoll und begegnet aus meiner Sicht keinen Bedenken.

## **3. Änderungsvorschläge**

Nach alledem kann dem Gesetzentwurf im Grundsatz zugestimmt werden. Im Folgenden sollen lediglich kleinere Änderungen angeregt werden:

### **a) Erwähnung des § 326 Abs. 2 HGB in § 335 Abs. 1 HGB-E**

Kleinstkapitalgesellschaften können seit dem MicroBilG ihre Offenlegungspflichten durch Hinterlegung der Bilanz gemäß § 326 Abs. 2 HGB erfüllen. Diese Hinterlegung tritt an die Stelle der gemäß § 325 HGB angeordneten Offenlegung. Das Ordnungsgeldverfahren bezieht sich aber streng genommen nur auf diejenigen Fälle, in denen die Pflichten aus § 325 oder § 325a HGB nicht befolgt wurden. Das ergibt sich aus § 335 Abs. 1 HGB in der derzeit geltenden Fassung:

„Gegen die Mitglieder des vertretungsberechtigten Organs einer Kapitalgesellschaft, die

1. § 325 über die Pflicht zur Offenlegung des Jahresabschlusses, des Lageberichts, des Konzernabschlusses, des Konzernlageberichts oder anderer Unterlagen der Rechnungslegung oder

2. § 325a über die Pflicht zur Offenlegung der Rechnungsunterlagen der Hauptniederlassung nicht befolgen, ist wegen des pflichtwidrigen Unterlassens der rechtzeitigen Offenlegung vom Bundesamt für Justiz (Bundesamt) ein Ordnungsgeldverfahren nach den Absätzen 2 bis 6 durchzuführen; ...“

Bei strenger Lesart dieser Vorschrift wäre ein Verstoß gegen die Vorschrift des § 326 Abs. 2 HGB kein Anlass, um ein Ordnungsgeldverfahren einzuleiten. Da dem Ordnungsgeld ein Strafcharakter zukommt, ist hier aber eine klare und bestimmte Gesetzessprache geboten. Ich rede daher an, an das Ende von Nr. 2 ein „oder“ anzufügen, dem eine neue Nr. 3 folgt:

„§ 326 Abs. 2 über die Hinterlegung der Bilanz“

#### **b) „Kann-“ oder „Soll-“ Regelung in § 335 Abs. 4 HGB-E**

Weiterhin ist zu erwägen, ob die bislang zwingend vorgesehene Herabsetzung nicht besser durch eine „Kann-“ oder „Soll-“ Regelung ersetzt werden sollte. Der bislang vorgeschlagene Wortlaut zwingt das Bundesamt dazu, bei einer verspäteten Offenlegung oder Hinterlegung, die noch vor der Festsetzungsentscheidung erfolgt, das Ordnungsgeld herabzusetzen. Dies kann ein sehr langer Zeitraum sein. Es entzieht sich meiner Kenntnis, wie lange das Bundesamt für seine Festsetzungsentscheidungen braucht. Es können aber durchaus Situationen eintreten, bei denen hierfür aus Gründen der Überlastung der zuständigen Behörde oder anderer Störungen im Verwaltungsablauf eine längere Zeit vergeht. Dieser Zeitraum käme dann zwingend der säumigen Gesellschaft zugute. Es erscheint mir vorzugswürdig, es in das Ermessen der Behörde zu stellen, ob die Säumnis von einer Natur ist, die eine derart großzügige Herabsetzung gerechtfertigt erscheinen lässt. Soll ein Ermessen gewährt werden, empfiehlt sich eine „Kann-Regelung“. Will man das Ermessen eingrenzen und verdeutlichen, dass jedenfalls im Regelfall herabzusetzen ist, könnte man dies durch eine „Soll-Regelung“ kenntlich machen.

#### **c) Gefahr von zeitlichen Informationslücken**

Der jetzige Text schafft gewisse Unsicherheiten für den Fall, dass die Gesellschaft ihre Bilanz zur Hinterlegung einreicht, der zuständige Beamte dies aber bis zur Festsetzungsentscheidung – aus welchen Gründen auch immer – nicht erfährt. Nach dem jetzigen Wortlaut des § 335 Abs. 4 HGB-E gilt: „Bei der Herabsetzung sind nur Umstände zu berücksichtigen, die vor der Entscheidung des Bundesamtes eingetreten sind.“ Die Bilanz wird gemäß § 326 Abs. 2 HGB jedoch nicht beim Bundesamt für Justiz eingereicht, sondern beim Betreiber des Bundesanzeigers. Es erscheint nicht ausgeschlossen, dass hierdurch zeitliche Informationslücken entstehen. Fraglich ist, wie eine solche Überschneidung der Ereignisse vermieden werden kann. Möglicherweise genügt hierzu eine interne Verwaltungsregelung, wonach der zuständige Sachbearbeiter bei dem Betreiber des Bundesanzeigers nachfragen muss, bevor er seine Entscheidung trifft.

*Mit freundlichen Grüßen,*

*Christoph Teichmann*

Prof. Dr. Christoph Teichmann