

Einleitung

»Das Bilanzrecht wäre einfach – aber es wäre dann auch wohl keine Wissenschaft mehr – wenn es für jede Bilanzierungsfrage nur eine Lösung gäbe.«
Bruno Kroppf¹

§ 1 Untersuchungsgegenstand

Der Geschäftsleiter einer Kapitalgesellschaft hat bei der Führung seiner Geschäfte die „Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden“, §§ 93 Abs. 1 Satz 1 AktG, 43 Abs. 1 GmbHG. Für den Geschäftsleiter folgt hieraus im Kern zweierlei: Erstens die Pflicht zu rechtmäßigem Handeln. Danach ist der Geschäftsleiter im Binnenverhältnis gegenüber der Gesellschaft verpflichtet, die ihm selbst und der Gesellschaft auferlegten gesetzlichen Bestimmungen einzuhalten (*Legalitätspflicht*) und deren Einhaltung durch nachgeordnete Unternehmensebenen sicherzustellen (*Legalitätskontrollpflicht*).² Zweitens betrifft die Sorgfaltspflicht die Zweckmäßigkeit seines Handelns: Der Geschäftsführer verwaltet treuhänderisch fremdes Vermögen und hat folglich dort, wo sein Handeln nicht durch gesetzliche Pflichten determiniert ist, im Interesse der Gesellschaft zu entscheiden.³ Die an derartige Zweckmäßigkeitseinscheidungen zu stellenden Sorgfaltsanforderungen werden seit Einführung der *Business Judgment Rule* in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG für die sogenannten unternehmerischen Entscheidungen konkretisiert. Maßgeblich ist hiernach, ob der

1 Kroppf, in: Baetge, Der Jahresabschluss im Widerstreit der Interessen, S. 205.

2 BGH, Urt. v. 10.07.2012 – VI ZR 341/10 = BGHZ 194, 26 Rn. 22; BGH, Beschl. v. 13.09.2010 – 1 StR 220/09 = NJW 2011, 88 Rn. 37. Aus dem Schrifttum Bicker, AG 2014, 8; Dauner-Lieb, in: Henssler-Strohn, GesR, § 93 AktG Rn. 7a; Fleischer, in: Spindler/Stilz, § 93 Rn. 14; ders., Hdb. des Vorstandsrechts, § 7 Rn. 4 ff.; ders., ZIP 2005, 141, 142; Goette, in: FS 50 Jahre BGH, S. 131 ff.; Habersack, in: FS U. H. Schneider, S. 430; Hopt/Roth, in: Großkommentar zum AktG, § 93 Rn. 58; Spindler, in: Münchener Kommentar zum AktG, § 93 Rn. 86 f.; Thole, ZHR 173 (2009), 504; Wiesner, in: Münchener Hdb. Gesellschaftsrecht, § 25 Rn. 23.

3 Vgl. nur Fleischer, in: Spindler/Stilz, AktG, § 93 Rn. 113 ff.; ders., WM 2003, 1045; Hopt/Roth, in: Großkommentar zum AktG, § 93 Rn. 97, 227.

Geschäftsleiter bei seiner Entscheidung „vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information und zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.“ Sind diese Voraussetzungen erfüllt, hat der Geschäftsleiter eine Binnenhaftung wegen Sorgfaltspflichtverletzung selbst dann nicht zu befürchten, wenn sich seine Entscheidung im Nachhinein als zweckwidrig erweist.

Nun ist es bei Weitem kein Geheimnis, dass sich hinter den hier so knapp skizzierten Facetten der Sorgfaltspflicht eine Vielzahl komplizierter Fragestellungen verbirgt. Das gilt in besonderem Maße für die Konkretisierung der Sorgfaltsanforderungen an die Erstellung von Jahres- und Konzernabschlüssen. Denn die Grenzen zwischen recht- und zweckmäßigem Handeln, zwischen bilanzrechtlicher Pflichtenbindung und verbleibenden bilanziellen Freiräumen, etwa in Gestalt von Wahlrechten, Schätzungs- und Prognosefreiräumen, sind hier oft unklar. Bei der Abschlusserstellung perpetuieren sich deshalb nicht bloß die für sämtliche Geschäftsführungsmaßnahmen diskutierten Probleme zu Legalität, Legalitätskontrolle und der Business Judgment Rule. Vielmehr hat die in der Rechtswissenschaft lange gelebte Zurückhaltung auf dem Gebiet des Bilanzrechts dazu geführt, dass sich spezifische Unklarheiten hinsichtlich der für die Abschlusserstellung geltenden Sorgfaltsanforderungen herausbilden konnten – insbesondere, was den Umgang mit unbestimmten Rechtsbegriffen⁴ und die Anwendbarkeit der Business Judgment Rule anbelangt⁵. Die vorliegende Untersuchung soll hierauf ein Licht werfen und dazu die Anforderungen an ein recht- und zweckmäßiges Handeln des Geschäftsleiters bei der Abschlusserstellung grundlegend aufarbeiten. Sie soll damit zugleich einen Beitrag leisten zu der jüngst entbrannten Debatte über die rechtspolitische Reaktion auf den Fall Wirecard, der als bislang größter Bilanzskandal der deutschen Nachkriegsgeschichte das mediale, wissenschaftliche und politische Interesse an Rechnungslegung und Abschlussprüfung belebt hat. Im Mittelpunkt dieser Debatte steht mit dem Gesetzesentwurf zur Stärkung der Finanzmarktintegrität (FISG) gegenwärtig eine Reform der Bilanzkontrolle auf sämtlichen Ebenen – vom Aufsichtsrat über den Abschlussprüfer bis hin zu DPR und BaFin.⁶ Als Pendant hierzu erscheint

4 Dazu aus rechtlicher Perspektive insbesondere bereits *Pöschke*, ZGR 2018, 647, 655 f.

5 Dazu zuletzt, *W. Müller*, in: *Liber amicorum Happ*, S. 161 ff.; *Pöschke*, ZGR 2018, 647 ff.; *Merkt*, DK 2017, 353 ff.; *Kuhner*, DK 2017, 361 ff.; *Henrichs*, AG 2006, ff.

6 Eingehend zu den geplanten Neuerungen etwa *Bormann/Böttger*, NZG 2021, 330 ff.; *Henrichs*, DB 2021, 268 ff.; *Lenz*, BB 2021, 683 ff.; *Schüppen*, DStR 2021, 246 ff.; *Titgemeyer*, BB 2021, 491 ff.

eine Analyse der gegenwärtigen Verantwortungsstruktur des Geschäftsleiters in Bezug auf die Rechnungslegung dringend geboten – nicht nur, um den Gegenstand der Bilanzkontrolle zu konturieren, sondern auch als Fundament künftiger Diskussionen um eine Nachjustierung der Pflichtenbindung des Geschäftsleiters.

§ 2 Thematische Eingrenzung

Um den Untersuchungsgegenstand in der erforderlichen Tiefe bearbeiten zu können, ist er thematisch in dreierlei Hinsicht einzugrenzen.

Erstens konzentriert sich die Untersuchung im Rahmen der Abschlusserstellung auf die Erstellung der Bilanz und GuV. Weitere Bestandteile des Jahres- und Konzernabschlusses im Sinne der §§ 264 Abs. 1, 297 Abs. 1 HGB werden allenfalls am Rande angesprochen. Zweitens ist mit dem Begriff der Abschlusserstellung nachfolgend allein der Bereich der Sachverhaltsabbildung gemeint, nicht aber der ihm zeitlich vorgelagerte Bereich der Sachverhaltsgestaltung⁷. Letzterer beschreibt üblicherweise die Durchführung bilanz- oder GuV-wirksamer Transaktionen mit dem Zweck, die spätere Abschlusserstellung bilanzpolitisch zu beeinflussen.⁸ Die insofern vom Geschäftsleiter zu treffenden Zweckmäßigkeitsentscheidungen unterscheiden sich als solche aber nicht von klassischen operativen Entscheidungen des Geschäftsleiters, wie sie von der Business Judgment Rule unstreitig umfasst sind.⁹ Sie sind damit für die hier interessierende Schnittstelle zwischen recht- und zweckmäßigem Handeln bei der Abschlusserstellung nicht von Bedeutung. Eine letzte thematische Eingrenzung betrifft sodann den Bereich der Legalitätskontrolle, der aus dieser Untersuchung auszuklammern ist.¹⁰ Denn die Frage, welche Sorgfaltsanforderungen für die Übertragung abschlussrelevanter Aufgaben auf nachgeordnete Unternehmensebenen oder unternehmensfremde Dritte gelten,

7 Monographisch dazu aber *Hinz*, Sachverhaltsgestaltungen im Rahmen der Jahresabschlusspolitik, *passim*; *Hoffmann*, Sachverhaltsgestaltende Jahresabschlusspolitik im Einzelabschluss bei gegebener Unternehmenskonstitution, *passim*.

8 Anstelle vieler *W. Müller*, in: Semler/Peltzer/Kubis, Arbeitshandbuch für Vorstandsmitglieder, § 10 Rn. 192.

9 So auch *Merkt*, DK 2017, 353, 357; *W. Müller*, in: Liber amicorum Happ, S. 194; *Pöschke*, ZGR 2018, 647, 668.

10 Zu der im FISG-RegE vorgesehenen Pflicht, als Vorstand einer börsennotierten Aktiengesellschaft ein angemessenes internes Risikomanagement- und Kontrollsystem zu implementieren vgl. etwa *Velte/Graewe*, DB 2020, 2529, 2530 ff.

führt mit dem Bereich der Compliance auf ein weites Feld, das speziell für die Abschlusserstellung bislang noch kaum erschlossen ist und im Rahmen dieser Untersuchung zu weit führen würde.¹¹

§ 3 Gang der Untersuchung

Um zunächst die Anforderungen an ein rechtmäßiges Handeln des Geschäftsleiters zu konkretisieren, ist in zwei Schritten vorzugehen. Im ersten Teil dieser Untersuchung ist der Blick auf diejenigen Vorschriften zu richten, die bei der Abschlusserstellung zu befolgen sind. Dazu ist zunächst herauszuarbeiten, aus welchen Quellen sie sich überhaupt ergeben. Der Fokus soll dabei auf die internationalen Rechnungslegungsstandards und das insofern zur Anwendung kommende Endorsement-Verfahren gelegt werden, dessen Legitimationswirkung vor dem Hintergrund aktueller Änderungen zu untersuchen ist. Sodann ist der Blick auf die Rechtsnatur der bilanzrechtlichen Pflichten zu richten. Die in diesem Zusammenhang erforderlichen Ausführungen dazu, ob die Vorschriften der Abschlusserstellung allgemein- oder individualschützend sind, sollen als Grundlage späterer Überlegungen zu den Sanktionsrisiken für rechtswidrige Abschlusserstellung dienen und aufzeigen, wem gegenüber Gesellschaft und Geschäftsleiter im Außenverhältnis überhaupt zur Einhaltung bilanzrechtlicher Pflichten gehalten sind. Schließlich ist auf die Pflichtenbindung des Geschäftsleiters im Binnenverhältnis unter der Legalitätspflicht einzugehen.

Im zweiten Teil dieser Untersuchung ist sodann die Reichweite der rechtlichen Pflichtenbindung zu betrachten und in diesem Zusammenhang vordringlich zu untersuchen, wo und innerhalb welcher Grenzen sich bei der Abschlusserstellung bilanzielle Freiräume ergeben können, die durch Zweckmäßigkeitentscheidungen des Geschäftsleiters aufzufüllen sind. Hierauf aufbauend sind im dritten Teil dieser Untersuchung sodann die Sorgfaltsanforderungen an ein zweckmäßiges Handeln des Geschäftsleiters zu konkretisieren und anschließend solche Konstellationen in den Blick zu nehmen, in denen sich die Ausübung bilanzieller Freiräume im Nachhinein zwar als rechtmäßig, aber zweckwidrig erweist. Ausgehend von den Anwendungsvoraussetzungen des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG soll dazu untersucht werden, ob und inwieweit dem Geschäftsleiter im Rah-

11 Vgl. nur *Eschenfelder*, BB 2014, 685, 688; *Fleischer*, WM 2006, 2021, 2024 f.; *Merk*, DK 2017, 353, 357.

men der Abschlusserstellung bereits unter der Business Judgment Rule ein haftungsrechtlich geschütztes Ermessen zur Ausübung der betreffenden Freiräume eingeräumt ist.