

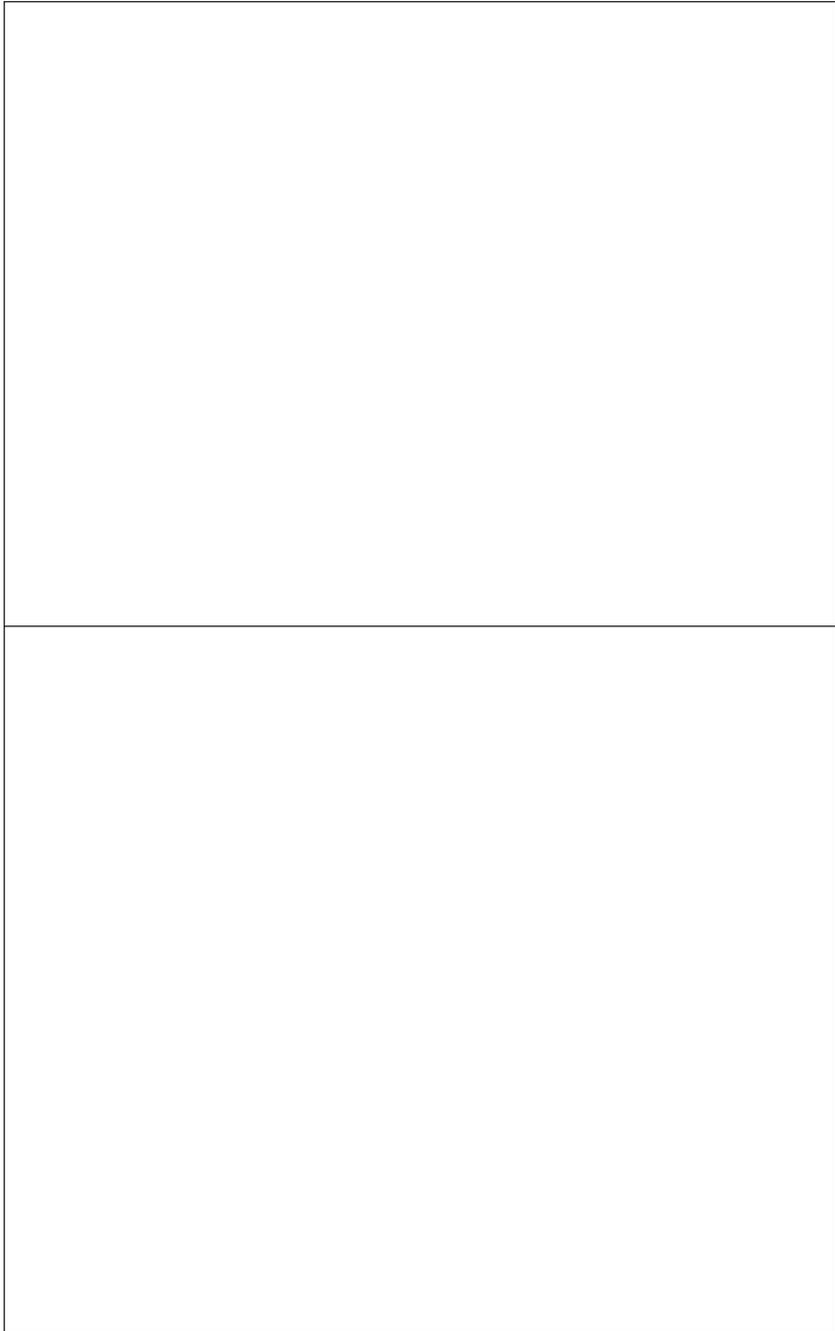
Joy Sievers

Recht- und zweckmäßiges Handeln des Geschäftsleiters bei der Abschlusserstellung

Die Sorgfaltsanforderungen der §§ 93 Abs. 1 AktG, 43 Abs. 1 GmbHG an die Erstellung des Jahres- und Konzernabschlusses



Nomos



Joy Sievers

Recht- und zweckmäßiges Handeln des Geschäftsleiters bei der Abschlusserstellung

Die Sorgfaltsanforderungen der §§ 93 Abs. 1 AktG, 43 Abs. 1 GmbHG an die Erstellung des Jahres- und Konzernabschlusses



Nomos

The book processing charge was funded by the Baden-Württemberg Ministry of Science, Research and Arts in the funding programme Open Access Publishing and the University of Freiburg.

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Freiburg, Univ., Diss., 2020

1. Auflage 2021

© Joy Sievers

Publiziert von
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden
www.nomos.de

Gesamtherstellung:
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden

ISBN (Print): 978-3-8487-8298-7

ISBN (ePDF): 978-3-7489-2689-4

DOI: <https://doi.org/10.5771/9783748926894>



Onlineversion
Nomos eLibrary



Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz.

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2020/2021 von der Juristischen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg als Dissertation angenommen. Ihre Erkenntnisse fallen seit Bekanntwerden des Wirecard-Skandals in rechtspolitisch turbulente Zeiten, die ein besonderes Licht auf die Abgrenzung von Bilanzpolitik und Bilanzmanipulation werfen. Die einschlägige Rechtsprechung und Literatur konnte bis einschließlich Februar 2021 berücksichtigt werden.

Ich danke meinem Doktorvater Herrn Professor Dr. Hanno Merkt für die engagierte Betreuung der Arbeit sowie Herrn Professor Dr. Lieder für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Der Kanzlei Willkie Farr & Gallagher LLP danke ich für die praktischen Einblicke in das Gesellschafts- und Bilanzrecht, die ich als wissenschaftliche Mitarbeiterin während meiner Promotionszeit dort erlangen durfte.

Mein tiefer Dank gilt schließlich meiner Familie, die mich auf meinem bisherigen Lebensweg stets nach Kräften unterstützt hat: Meinem Vater Konrad, der mich dazu ermutigt hat, eine juristische Laufbahn einzuschlagen; meiner Großmutter Dorothea, deren Wissbegier und Tatendrang ich mir stets zum Vorbild nehmen werde; meiner Mutter Andrea, deren grenzenlose Unterstützung der magische Schlüssel zu allem war; sowie meinem Partner Michael, an dessen Seite das Leben so voller Möglichkeiten ist. Sie alle haben Anteil an diesem Buch.

Frankfurt am Main, im Mai 2021

Joy Sievers

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	21
Einleitung	25
§ 1 Untersuchungsgegenstand	25
§ 2 Thematische Eingrenzung	27
§ 3 Gang der Untersuchung	28
Erster Teil: Rechtmäßiges Handeln des Geschäftsleiters – Gegenstand der rechtlichen Pflichtenbindung	30
§ 1 Quellen rechtlicher Pflichtenbindung bei der Abschlusserstellung	30
A. Internationale Rechnungslegungsstandards	30
I. Rezeptionsmethode: Zur Abgrenzung zwischen Inkorporation und dynamischer Verweisung	32
1. Meinungsstand	32
2. Stellungnahme vor dem Hintergrund aktueller Entwicklungen und Tendenzen	34
a) Umstrukturierung der EFRAG infolge des Maystadt-Reports	34
b) Anpassung der IAS-VO an Art. 290 AEUV	35
c) Auswirkung auf die Bewertung des Meinungstreits	38
II. Rezeptionsverfahren: Endorsement-Verfahren als demokratischer und rechtsstaatlicher Legitimationsprozess	39
1. Wesentlichkeitsvorbehalt	40
2. Bestimmtheitsgebot	43
a) „ <i>True and fair view</i> “-Prinzip	44
b) Europäisches öffentliches Interesse	46
c) Verständlichkeit, Erheblichkeit, Verlässlichkeit und Vergleichbarkeit	48

3. Beteiligung der EFRAG am Endorsement-Verfahren	51
a) Prozedurale Steuerung – Zur Umsetzung reflexhaft-demokratischer Mindeststandards in der Organisationsstruktur der EFRAG unter Berücksichtigung der Reformen infolge des Maystadt-Berichts	52
aa) Personelle Besetzung	53
(1) EFRAG Board	53
(2) EFRAG-TEG	54
bb) Finanzierung	56
cc) Entscheidungsprozess („Due Process“)	57
b) Materielle Steuerung	58
c) Schlussfolgerungen	58
4. Zur Notwendigkeit und Umsetzung kompensatorischer Steuerungsmaßnahmen auf Ebene der IFRS Foundation	59
a) Prozedurale Steuerung	60
aa) Personelle Besetzung der Trustees der IFRS Foundation und des IASB	61
bb) Finanzierung	63
cc) Standardsetzungsverfahren	64
b) Materielle Steuerung	65
III. Zusammenfassung	66
B. Rahmenkonzept	68
I. Keine Verbindlichkeit des Rahmenkonzepts kraft Inkorporation	68
II. Verweisungen auf das Rahmenkonzept in den internationalen Rechnungslegungsstandards	70
1. Abgrenzung zwischen statischer und dynamischer Verweisung	72
2. Europarechtskonformität der Verweisung	73
C. Gesetzlich normierte Vorschriften des HGB, AktG und GmbHG	75
D. Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung	76
I. Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung als unbestimmter Rechtsbegriff	77
1. Historische Überlegungen	77
2. Verfassungsrechtliche Überlegungen	79
II. Zusammenfassung	80

E. Regelwerk des DRSC	81
I. Anknüpfung der DRS an die Dogmatik der Rechtsquellenlehre – die DRS als widerlegbare Vermutung	81
II. Interpretationen internationaler Rechnungslegungsstandards	84
§ 2 Pflichtenbindung im Außen- und Binnenverhältnis	84
A. Außenverhältnis	85
I. Bilanzrechtliche Vorschriften zwischen Allgemein- und Individualschutz	86
1. H.M.: Vorliegend allgemeinschützender Charakter bilanzrechtlicher Vorschriften	86
2. M.M.: Vorwiegend individualschützender Charakter bilanzrechtlicher Vorschriften	87
3. Hybrider Ansatz: Doppelqualifikation bilanzrechtlicher Vorschriften	87
4. Stellungnahme im Lichte systematischer und funktionaler Erwägungen	88
a) Interessenschutz des Handelsbilanzrechts	88
b) Interessenschutz internationaler Rechnungslegungsstandards	90
II. Auswirkungen des Interessenschutzes auf die Rechtsnatur bilanzrechtlicher Vorschriften	91
III. Auswirkungen des Interessenschutzes auf die Sanktionierung bilanzrechtswidrigen Verhaltens nach § 823 Abs. 2 BGB	93
1. Insbesondere: Schutzgesetzqualität der §§ 242 ff. HGB	93
2. Insbesondere: Schutzgesetzqualität der §§ 91 Abs. 1 AktG, 41 GmbHG	94
a) Durchbrechung des Prinzips der Haftungskonzentration auf die Gesellschaft	96
b) Wertungswidersprüche zur Kapitalmarktinformationshaftung	97
3. Insbesondere: Schutzgesetzqualität des § 264 Abs. 2 Satz 3 HGB	98
B. Binnenverhältnis	98
I. Dogmatische, rechtsvergleichende und rechtsökonomische Anknüpfungspunkte der Legalitätspflicht – Überblick über den Status quo	98

II. Bilanzrechtliche Pflichten als Gegenstand der Legalitätspflicht	102
§ 3 Ergebnis	104
Zweiter Teil: Rechtmäßiges Handeln des Geschäftsleiters – Reichweite der Pflichtenbindung	106
§ 1 Status quo	107
A. Arten bilanzieller Freiräume	107
I. Unbestimmte Rechtsbegriffe	108
II. Wahlrechte	109
III. Schätzungen und Prognosen bei der Tatsachenermittlung	109
B. Rechtliche Grenzen potenzieller Freiräume bei der Abschlussstellung	110
C. Weiteres Vorgehen	111
§ 2 Unbestimmte Rechtsbegriffe	112
A. Begriffsbestimmung	112
B. Unbestimmte Rechtsbegriffe des Bilanzrechts im Syllogismus der Rechtsfolgebestimmung	113
I. Obersatz	114
II. Untersatz	116
III. Logische Schlussfolgerung	118
IV. Zwischenergebnis	119
C. Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe als Kompetenzfrage	120
I. Auslegungsfreiräume als richterlicher Delegationsauftrag	120
II. Subsumtionsfreiräume als richterlicher Delegationsauftrag	121
1. Ausnahme: Der tatbestandliche Beurteilungsspielraum der Verwaltung – insbesondere im Hinblick auf Prognoseentscheidungen	122
2. Ausnahme: Der tatbestandliche Beurteilungsspielraum des Normadressaten im Kapitalmarkt- und Kartellrecht	124

3. Schlussfolgerungen für einen tatbestandlichen Beurteilungsspielraum des Normadressaten im Bilanzrecht	126
a) Normative Ermächtigung des Normadressaten zur Abgabe von Schätzungen und Prognosen	126
b) Zwingende sachliche und funktionale Gründe für eine normative Ermächtigung des Normadressaten	127
D. Normativ-subjektiver Fehlerbegriff	128
I. Inhalt und Reichweite des normativ-subjektiven Fehlerbegriffs	129
1. Meinungsstand	130
a) BFHE 240, 162: Normativ-subjektiver Fehlerbegriff im Steuerrecht	130
b) Beschluss des OLG Frankfurt vom 04.02.2019: Normativ-subjektiver Fehlerbegriff im Enforcement-Verfahren	132
c) Schrifttum	133
2. Einordnung der verschiedenen Ansichten	135
II. Konsequenzen eines auf bilanzielle Rechtsfragen anwendbaren (weiten) normativ-subjektiven Fehlerbegriffs	136
1. Zivilrechtliche Haftung	137
a) Rechtslage bei Zugrundelegung eines objektiven Fehlerbegriffs	137
aa) Außenhaftung	137
bb) Binnenhaftung	139
b) Rechtslage bei Zugrundelegung eines normativ-subjektiven Fehlerbegriffs	141
aa) Außenhaftung	141
bb) Binnenhaftung	142
c) Schlussfolgerungen	143
2. Straf- und bußgeldrechtliche Sanktionierung	143
3. Nichtigkeit gem. § 256 AktG	145
4. Enforcement-Verfahren	146
a) Bisherige Rechtslage	146
b) Auswirkung der gesetzgeberischen Reformbestrebungen im FISG-RegE	148
5. Abschlussprüfung gem. § 317 HGB	149
III. Schlussfolgerungen und Ergebnis	153

§ 3 Wahlrechte im Handelsbilanzrecht	154
A. Bestandsaufnahme	154
I. Explizite Wahlrechte	155
1. Ansatz- und Bewertungswahlrechte	155
2. Zweifelsfälle	156
a) Zur Wahlrechtsqualität des § 250 Abs. 3 HGB hinsichtlich der Abgrenzung laufzeitabhängiger und laufzeitunabhängiger Unterschiedsbeträge	156
aa) Problematik	156
bb) Bislang vertretene Lösungsansätze	158
(1) Ansatz der herrschenden Meinung: § 250 Abs. 3 Satz 1 HGB als Aktivierungswahlrecht nur für ein vereinbartes Disagio	158
(2) <i>Tiedchens</i> Ansatz: § 250 Abs. 3 Satz 1 HGB als Aktivierungswahlrecht sowohl für ein vereinbartes Disagio als auch für ein vereinbartes Bearbeitungsentgelt	159
(3) <i>Henrichs</i> ' Ansatz: § 250 Abs. 3 Satz 1 HGB als Abbildungsoffenheit	159
cc) Stellungnahme und eigener Ansatz	160
(1) Wortlaut und Systematik des § 250 Abs. 3 Satz 1 HGB	160
(2) Gesetzgebungshistorie des § 250 Abs. 3 Satz 1 HGB	162
(3) Telos des § 250 Abs. 3 Satz 1 HGB unter besonderer Berücksichtigung der steuerrechtlichen Behandlung laufzeitabhängiger und laufzeitunabhängiger Unterschiedsbeträge seit BFHE 234, 168	162
(4) Schlussfolgerung: § 250 Abs. 3 Satz 1 HGB als Aktivierungswahlrecht für laufzeitunabhängige Unterschiedsbeträge	164
b) Zur Wahlrechtsqualität des § 254 HGB hinsichtlich der Bildung von Bewertungseinheiten	165
aa) Meinungsstand	166
bb) Stellungnahme	167

II. Implizite Wahlrechte	168
1. Abgrenzung impliziter Wahlrechte von ausfüllungsbedürftigen Regelungslücken	170
2. Abgrenzung impliziter Wahlrechte von unbestimmten Rechtsbegriffen	172
3. Abgrenzung impliziter Wahlrechte von Schätzungen und Prognosen	172
4. Ausgewählte Beispiele	174
a) Abschreibungen bei Vermögensgegenständen des Anlagevermögens (§ 253 Abs. 3 Satz 1 HGB) – zur Wahl der Abschreibungsmethode	175
b) Abschreibungen beim Umlaufvermögen (§ 253 Abs. 4 HGB) – zur Ermittlung des Niederstwerts	176
B. Bilanzrechtliche Determinanten der Wahlrechtsausübung	177
I. Zweck der Wahlrechtseröffnung	178
1. Arten gesetzlicher Wahlrechte	179
a) Vereinfachungswahlrechte	179
b) Billigkeitswahlrechte	181
c) Kompromisswahlrechte	182
d) Einheitsbilanz-Wahlrechte – Wegfall infolge des BilMoG	183
e) Subventionswahlrechte – Wegfall infolge des BilMoG	183
f) Beibehaltungswahlrechte des BilMoG	184
g) Originär bilanzpolitisch motivierte Wahlrechte	185
2. Wahlrechtsausübung und Einblicksgebot – der Einfluss des Einblicksgebots auf die Zweckbestimmung gesetzlicher Wahlrechte	186
a) Die Abweichungs- und Korrekturfunktion des Einblicksgebots	186
b) Die Interpretationsfunktion des Einblicksgebots bei Zweifeln an der Zweckbestimmung bilanzieller Wahlrechte	188
aa) Bewertungsvereinfachungsverfahren gem. § 256 Satz 1 HGB	189
bb) Außerplanmäßige Abschreibung nach § 253 Abs. 3 Satz 6 HGB	192
3. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen	194

II. Stetigkeitsgebot als Grenze der Wahlrechtsausübung	195
1. Anwendbarkeit des Stetigkeitsgebots auf die Wahlrechtsausübung	196
a) Die interperiodische Dimension der Ansatz- und Bewertungsstetigkeit	198
b) Die innerperiodische Dimension der Ansatz- und Bewertungsstetigkeit – Zur Gleichartigkeit von Vermögensgegenständen und Schulden	198
2. Ausnahmen vom Stetigkeitsgebot	200
§ 4 Wahlrechte in den Internationalen Rechnungslegungsstandards	202
A. Explizite Wahlrechte – Regelungsmethodik und Bestandsaufnahme	202
B. Implizite Wahlrechte	203
I. Terminologie	203
II. Identifizierung impliziter Wahlrechte unter Berücksichtigung des IAS 8.10	204
C. Rechtliche Determinanten	205
I. Zweck des Wahlrechts	205
1. Vereinfachungs-, Kompromiss- und Gleichwertigkeitswahlrechte	205
2. Einfluss des Gebots der „ <i>fair presentation</i> “ auf die Zweckbestimmung der Wahlrechtseröffnung	206
II. Stetigkeitsgebot	207
§ 5 Schätzungen und Prognosen	208
A. Ausgewählte Beispiele anzustellender Schätzungen und Prognosen bei der Abschlusserstellung	209
I. Schätzungen und Prognosen als Bezugspunkt des Handelsbilanzrechts	210
II. Schätzungen und Prognosen als Bezugspunkt internationaler Rechnungslegungsstandards	211
B. Bilanzrechtliche Determinanten	212
I. Handelsbilanzrechtliche Determinanten	212
1. Anforderungen an das Schätzungs- und Prognoseverfahren	213
a) Informationsgrundlage	213
b) Allgemeines Willkürverbot	213

2. Anforderungen an das Schätzungs- und Prognoseergebnis	214
a) Plausibilität des Schätzungs- oder Prognoseergebnisses	214
b) Vorsichtsprinzip	216
II. Determinanten der internationalen Rechnungslegungsstandards	218
1. Anforderungen an das Schätzungs- oder Prognoseverfahren	218
a) Informationsgrundlage gemäß IAS 8.32	218
b) „Vernünftige“ Schätzungen und Prognosen im Sinne des IAS 8.33	219
2. Anforderungen an das Schätzungs- oder Prognoseergebnis	219
a) Verlässlichkeit und Vergleichbarkeit	219
b) „Prudence Principle“	220
C. Schlussfolgerungen	221
§ 6 Zusammenfassung	222
 Dritter Teil: Zweckmäßigkeitentscheidungen bei der Abschlusserstellung	 224
§ 1 Gesellschaftsinteresse als Handlungsmaxime	224
A. Der positive Gehalt des Gesellschaftsinteresses bei der Abschlusserstellung	226
I. Gesellschaftsinteresse im Sinne langfristiger Wertsteigerung und Rentabilität	226
II. Rentabilitätsförderung durch Abschlusserstellung? – Eine rechtliche und empirische Betrachtung	227
1. Der indirekte Zusammenhang zwischen Abschlusserstellung und dauerhafter Rentabilität	227
2. Abschlussinformationen als Entscheidungsgrundlage von Share- und Stakeholdern	228
a) Relevanz der Abschlussinformationen für gegenwärtige und künftige Anteilseigner der Gesellschaft	228
aa) Aktionäre	229
bb) GmbH-Gesellschafter	230
b) Relevanz der Abschlussinformationen für die Gläubiger der Gesellschaft	231

3. Schlussfolgerungen für die Ausrichtung der Bilanzpolitik am Gesellschaftsinteresse	233
B. Der negative Gehalt des Gesellschaftsinteresses – Vermeidung von Interessenkonflikten	234
I. Variable Vergütungsbestandteile als Ursache eines Interessenkonflikts? – Zum Zusammenhang zwischen Vergütungs- und Bilanzpolitik	234
1. Nachhaltige Vergütungspolitik börsennotierter Gesellschaften	235
2. Nachhaltige Vergütungspolitik nicht börsennotierter Gesellschaften	237
II. Umgang mit Interessenkonflikten bei der Abschlusserstellung	238
1. Grundlagen	238
2. Insbesondere: Offenlegung	239
3. Insbesondere: Ermöglichung angemessener Kontrolle	241
§ 2 Haftungsrechtlich geschütztes Ermessen bei der Ausübung bilanzieller Freiräume	241
A. Bedürfnis und Zweck eines haftungsrechtlich geschützten Ermessens bei der Abschlusserstellung	242
I. Keine drohende Risikoaversion bei pflichtengebundenen Entscheidungen	243
II. Haftungsrechtlich geschütztes Ermessen als Korrelat zu übermäßigen Sanktionsrisiken	244
1. Zivilrechtliche Sanktionsrisiken des Geschäftsleiters bei zweckwidriger Ausübung bilanzieller Freiräume – insbesondere zu potenziell regressfähigen Schadensposten der Gesellschaft im Rahmen der Binnenhaftung	245
a) Fallgruppe 1: Überhöhte Gewinnausschüttung	246
aa) Konstellation 1: Schadensposten wegen überhöhter Gewinnausschüttung der Gesellschaft bei Einschlägigkeit des Haftungstatbestands des § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG bzw. § 43 Abs. 2 GmbHG	247
bb) Konstellation 2: Schadensposten bei Einschlägigkeit des Sonderhaftungstatbestands des § 93 Abs. 3 Nr. 2 AktG	249

cc) Konstellation 3: Schadensposten bei Einschlägigkeit des Sonderhaftungstatbestands des § 43 Abs. 3 GmbHG	250
b) Fallgruppe 2: Vergütung des Geschäftsleiters	251
c) Fallgruppe 3: Finanzierungskosten	252
d) Fallgruppe 4: Bilanzgarantiehafung	252
e) Fallgruppe 5: Regress für Kapitalmarktinformationshaftung der Gesellschaft	255
aa) Abschlussinformationen und Prospekthaftung	256
bb) Abschlussinformationen und Regelpublizitätshaftung	258
2. Strafrechtliche Sanktionsrisiken bei zweckwidriger Ausübung bilanzieller Freiräume	258
3. Zwischenergebnis	260
III. Besonderheit der Entscheidungssituation	260
B. Ausgestaltung eines haftungsrechtlich geschützten Ermessens	262
I. Business Judgment Rule	262
1. Merkmale einer unternehmerischen Entscheidung	262
2. Sonstige Anwendungsvoraussetzungen der Business Judgment Rule	265
a) Anforderungen an eine angemessene Informationsgrundlage	265
b) Wohl der Gesellschaft und Handeln ohne Sonderinteressen und sachfremde Einflüsse	267
II. Zum Erfordernis einer „Accounting Judgment Rule“	268
1. Stellungnahme auf Grundlage der bisherigen Untersuchungsergebnisse	269
2. „Accounting Judgment Rule“ im US-amerikanischen Recht	270
§ 3 Ergebnis	270
Vierter Teil: Zusammenfassung der wesentlichen Untersuchungsergebnisse in Thesen	272
Literaturverzeichnis	279

Abkürzungsverzeichnis

A. A.	andere Ansicht
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a. F.	alte Fassung
AG	Die Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
ARC	Accounting Regulatory Committee
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BB	Betriebs-Berater
BC	Basis of Conclusion
Begr.	Begründung
Beschl.	Beschluss
BFH	Bundesfinanzhof
BFuP	Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BiRiLiG	Bilanzrichtlinien-Gesetz
BJR	Business Judgment Rule
BMF	Bundesministerium der Finanzen
bspw.	beispielsweise
BT-Drcks.	Bundestags-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
DB	Der Betrieb
DCF	Discounted Cashflow
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
dies.	dieselbe; dieselben
DIN	Deutsches Institut für Normung e.V.
DK	Der Konzern
DM	Deutsche Mark

Abkürzungsverzeichnis

DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DPR	Deutsche Prüfstelle für Rechnungslegung
DRSC	Deutsches Rechnungslegungs Standards Committee e.V.
DStR	Deutsches Steuerrecht
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
EAR	European Accounting Review
EBITDA	Earnings before Interests, Taxes, Depreciation and Amortisation
ECOFIN-Rat	Rat der Wirtschafts- und Finanzminister der Europäischen Union
EFRAG	European Financial Reporting Advisory Group
EFRAG-TEG	European Financial Reporting Advisory Group – Technical Expert Group
EG	Europäische Gemeinschaft
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
ELJ	European Law Journal
ELR	European Law Review
EstG	Einkommensteuergesetz
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuG	Europäisches Gericht Erster Instanz
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
evtl.	eventuell
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EZG	Europäische Zentralbank
f., ff.	folgende
FASB	Financial Accounting Standards Board
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Goldammer's Archiv
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
GoB	Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung
GS	Gedächtnisschrift
GuV	Gewinn- und Verlustrechnung
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Hdb.	Handbuch
HGB	Handelsgesetzbuch
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber

IAS	International Accounting Standards
IASB	International Accounting Standards Board
IASC	International Accounting Standards Committee
IC	Interpretations Committee; Interpretationen des Interpretations Committee
IDW	Institut der Wirtschaftsprüfer
IFRIC	International Financial Reporting Interpretations Committee; Interpretationen des International Financial Reporting Interpretations Committee
IFRS	International Financial Reporting Standards
IG	Guidance on Implementing
insbes.	insbesondere
IOSCO	International Organisation of Securities Committee
IRZ	Zeitschrift für Internationale Rechnungslegung
i. V. m.	in Verbindung mit
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KOM	Kommission
KoR	Zeitschrift für internationale und kapitalmarktorientierte Rechnungslegung
LG	Landgericht
lit.	Buchstabe
M&A	Mergers & Acquisitions
m. E.	meines Erachtens
MMVO	Marktmissbrauchsverordnung
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OLG	Oberlandesgericht
Rn.	Randnummer
S.	Seite
SIC	Standing Interpretations Committee; Interpretationen des Standing Interpretations Committee
Slg.	Sammlung
sog.	sogenannt
StuB	Steuern und Bilanzen
StuW	Steuer und Wirtschaft
TUG	Transparenzrichtlinie-Umsetzungsgesetz
u. a.	unter anderem
Urt.	Urteil
US-GAAP	US-Generally Accepted Accounting Principles
u. U.	unter Umständen

Abkürzungsverzeichnis

verb.	verbunden
Verf.	Verfasser
VerwArch	Verwaltungsarchiv
vgl.	vergleiche
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
WIB	Wertpapierinformationsblatt
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht / Wertpapiermitteilungen
WPg	Die Wirtschaftsprüfung
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
WpÜG	Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz
z. B.	zum Beispiel
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZPO	Zivilprozessordnung
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft
zfbf	Schmalenbachs Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung

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 Zweckmäßigkeitentscheidungen 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.

Erster Teil: Rechtmäßiges Handeln des Geschäftsleiters – Gegenstand der rechtlichen Pflichtenbindung

W. Müller spricht in seinem Beitrag zu Pflichten und Ermessen bei der Abschlusserstellung vom Jahres- und Konzernabschluss als einem gesetzlich und/oder regulatorisch weitgehend abgesteckten Gebiet.¹² Der erste Teil der Untersuchung soll diese Aussage konkretisieren und widmet sich dazu den Quellen rechtlicher Pflichtenbindung im Bereich der Abschlusserstellung, ihrer Rechtsnatur und schließlich der Frage, inwieweit die bestehenden Pflichten kraft Legalitätspflicht Eingang in das Binnenverhältnis zwischen Geschäftsleiter und Gesellschaft finden.

§ 1 *Quellen rechtlicher Pflichtenbindung bei der Abschlusserstellung*

Unter den Quellen rechtlicher Pflichtenbindung ist der Blick naturgemäß zunächst auf das Europarecht zu richten, welches die Abschlusserstellung längst nicht mehr nur in Gestalt national umzusetzender Richtlinien beeinflusst, sondern durch Rezeption internationaler Rechnungslegungsstandards kraft Verordnung für den Abschlusspflichtigen auch unmittelbar bindende Wirkung entfaltet. Im Anschluss daran werden mit den gesetzlichen Vorschriften des Handelsbilanzrechts, des Aktien- und GmbH-Gesellschaftsrechts, den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung und den DRS die in Betracht kommenden nationalen Quellen rechtlicher Pflichtenbindung untersucht.

A. Internationale Rechnungslegungsstandards

Das Regelwerk des IASB besteht bekanntlich aus fünf Kernelementen, darunter die IAS/IFRS und die zugehörigen, heute vom IC entwickelten Interpretationen, die gemeinsam als internationale Rechnungslegungsstandards im Sinne des Art. 2 IAS-VO anzusehen sind und deren Rezeption in

12 W. Müller, in: Liber amicorum Happ, S. 182.

das Europäische Recht in der IAS-VO geregelt ist.¹³ Gemäß Art. 3 Abs. 1 i. V. m. Art. 6 Abs. 2 IAS-VO i. V. m. Art. 5a Komitologiebeschluss beschließt die Kommission derzeit noch im sogenannten Regelungsverfahren mit Kontrolle über die Anwendbarkeit internationaler Rechnungslegungsstandards in der Europäischen Union, die mit Inkrafttreten der entsprechenden Kommissionsverordnung für kapitalmarktorientierte Gesellschaften im Anwendungsbereich des Art. 4 IAS-VO verbindlich werden.¹⁴

Die Vereinbarkeit des in der IAS-VO vorgesehenen Endorsement-Verfahrens zur Rezeption internationaler Rechnungslegungsstandards in das Europäische Recht wurde nach Kritik aus den Vorjahren¹⁵ zuletzt im Jahr 2008 monographisch von *Wojcik* aufgearbeitet und auf dessen Vereinbarkeit mit europäischem Primärrecht hin untersucht.¹⁶ Im Anschluss an die seither zu verzeichnenden Entwicklungen und die sich abzeichnende Anpassung des Endorsement-Verfahrens an Art. 290 AEUV lohnt es sich jedoch, die Rezeption der internationalen Rechnungslegungsstandards in das Europäische Recht erneut zu betrachten und die Schlussfolgerungen *Wojciks* und anderer Literaturvertreter in diesem Lichte zu aktualisieren.

-
- 13 Dazu und zu den weiteren Elementen des Regelwerks in Gestalt der Anwendungsleitlinien (*Application Guidance*), der Umsetzungsleitlinien (*Implementation Guidance*) und dem an späterer Stelle zu behandelnden Rahmenkonzept (*Conceptual Framework for Financial Reporting*) etwa *Pellens/Fülbier/Gassen/Sellhorn*, Internationale Rechnungslegung, S. 71 f.; *Wojcik*, Internationale Rechnungslegungsstandards als europäisches Recht, S. 253.
 - 14 Verbindlichkeit erlangen die internationalen Rechnungslegungsstandards darüber hinaus auch für solche Gesellschaften, die bei der Erstellung des Konzernabschlusses von dem in § 315e Abs. 3 Satz 2 statuierten Wahlrecht Gebrauch gemacht.
 - 15 Zu Zweifeln an der Europarechtskonformität des Endorsement-Verfahrens *Hennrichs*, ZHR 170 (2006), 498, 511 ff.; *Schulze-Osterloh*, ZIP 2003, 93, 98 ff.; *ders.*, DK 2004, 173, 174 f. Noch zur Vereinbarkeit der Rezeption der IAS nach § 292 HGB a. F. mit nationalem Verfassungsrecht *Hommelhoff*, in: FS Odersky, S. 779 ff.; *ders./Schwab*, in: FS Kruse, S. 699 f. Eingehend zur Thematik *Wojcik*, Internationale Rechnungslegungsstandards als europäisches Recht, S. 96 ff.
 - 16 *Wojcik*, Internationale Rechnungslegungsstandards als europäisches Recht, *passim*.

I. Rezeptionsmethode: Zur Abgrenzung zwischen Inkorporation und dynamischer Verweisung

Die verschiedenen Methoden zur Übernahme privater Regelsätze in Europäisches Recht umfassen unter anderem die sogenannte Inkorporation des betreffenden Regelsatzes, indem der Gesetzgeber dessen Wortlaut in einer hoheitlichen Norm aufnimmt oder in einem zugehörigen Anhang abbildet.¹⁷ Diesen Weg hat ausweislich des Art. 3 Abs. 1 IAS-VO auch der Unionsgesetzgeber zur Übernahme internationaler Rechnungslegungsstandards gewählt und sich damit für eine Rezeptionsmethode entschieden, deren Europarechtskonformität grundsätzlich anerkannt ist.¹⁸ Wenn im Schrifttum in der Vergangenheit gleichwohl Zweifel an der Vereinbarkeit des Endorsement-Verfahrens mit europäischem Primärrecht laut wurden, so stützten diese sich in Teilen auf eine vermeintliche „*Dynamisierung*“ der Inkorporation, aufgrund derer die weitreichende gesetzgeberische Freiheit als typischer Wesenszug der Inkorporation eingeschränkt würde. Der entsprechende Meinungsstand ist nachfolgend in kurzen Worten zunächst zu skizzieren und sodann unter Berücksichtigung der aktuellen Entwicklungen des Endorsement-Verfahrens neu zu bewerten.

1. Meinungsstand

Wer die in Art. 3 Abs. 1 IAS-VO formal angelegte Inkorporation internationaler Rechnungslegungsstandards in der Vergangenheit wertungsmäßig bislang als dynamische Verweisung verstand, stützte sich vor allem darauf, dass die Kommission bei der ihr übertragenen Entscheidungsbefugnis zur Rezeption einzelner internationaler Rechnungslegungsstandards einem faktischen Zwang ausgesetzt sei, der den ergebnisunabhängigen Charakter der Inkorporation konterkariere.¹⁹ Während der Gesetzgeber über die Inkorporation privater Regelsätze nämlich üblicherweise in einem ordnungs-

17 *Augsberg*, Rechtsetzung zwischen Staat und Gesellschaft, S. 174 f.; *Denninger*, Normsetzung im Umwelt- und Technikrecht, S. 136 Rn. 135; *Rönck*, Technische Normen, S. 156 f.; *Zubke-von Thünen*, Technische Normung, S. 731; *Wojcik*, Internationale Rechnungslegungsstandards als europäisches Recht, S. 109.

18 Ausführlich *Wojcik*, Internationale Rechnungslegungsstandards als europäisches Recht, S. 111 ff.

19 *Euler*, BB 2002, 875, 876; *Kable*, WPg 2003, 262, 263; *Schulze-Osterloh*, Der Konzern 2004, 173, 174; *ders.*, ZIP 2003, 93, 99. Ebenfalls eine faktische Zwangslage beschreibend, ohne aber hiervon auf die Europarechtswidrigkeit zu schließen:

gemäßigen Legislativverfahren entscheide, diese also einer intensiven, ergebnisoffenen Überprüfung durch die beteiligten Organe aussetze und sie im Rahmen eines demokratischen, rechtsstaatlichen Verfahrens vollständig in seinen Regelungswillen aufnehme,²⁰ stelle sich die Situation speziell bei der Übernahme internationaler Rechnungslegungsstandards anders dar. Denn erstens würde die Ablehnung einzelner Standards ebenso wie die Durchsetzung von „*carve outs*“ die mit der IAS-VO angestrebten europäischen Konvergenzbestrebungen *ad absurdum* führen.²¹ Zweitens gefährdeten „*carve outs*“ oder abgelehnte Standards die Wettbewerbsfähigkeit europäischer Unternehmen, die durch die Übernahme internationaler Rechnungslegungsstandards in das europäische Recht überhaupt erst gestärkt werden sollte. Und drittens schließlich bürde sie gerade den an US-amerikanischen Börsen gelisteten europäischen Unternehmen erhebliche Mehrbelastungen auf, weil deren nach internationalen Rechnungslegungsstandards erstellte Abschlüsse von der SEC nur anerkannt würden, wenn diese vollständig mit den vom IASB verlautbarten Standards übereinstimmen.²² Das formal ergebnisoffen konzipierte Übernahmeverfahren verkümmere vor diesem Hintergrund faktisch zu einem Übernahmeautomatismus, zu einem „*demokratiethoretischen Feigenblatt*“.²³

Die Gegenansicht, die das Endorsement internationaler Rechnungslegungsstandards nicht nur formal, sondern auch wertungsmäßig als Inkorporation qualifiziert, versucht diesem Vorwurf bislang vor allem dadurch zu begegnen, dass sie mit der Übernahme des ehemaligen IAS 39 auf den bislang einzigen Fall verweist, in dem die Kommission einen Standard

Hennrichs, ZHR 170 (2006), 498, 512 f.; *Merschmeyer*, Die Kapitalschutzfunktion des Jahresabschlusses, S. 152, 153.

- 20 *Rönck*, Technische Normen, S. 194 f.; *Zubke-von Thünen*, Technische Normung, S. 318, 733.
- 21 *Buchheim/Knorr/Schmidt*, KoR 2008, 334, 335.
- 22 Vgl. SEC Release No 33-8879. Zu den Hintergründen dieser Maßnahme und aktuellen Tendenzen der SEC hinsichtlich der Anwendung internationaler Rechnungslegungsstandards *Pellens/Fülbrig/Gassen/Sellhorn*, Internationale Rechnungslegung, S. 45.
- 23 So pointiert *Hennrichs*, ZHR 170 (2006), 498, 412. *Wojcik*, Internationale Rechnungslegungsstandards als europäisches Recht, S. 122 verweist überdies auf *Schulze-Osterlob*, Der Konzern 2004, 173, 174, der unmissverständlich formuliert: „*Materiell, wenn auch nicht der Rechtsform nach, ist die Befugnis zur Rechtsetzung einer privatrechtlichen Institution anvertraut worden. Mit dem Demokratieprinzip ist dieser Zustand nicht vereinbar.*“ *Hommelhoff*, in: Großkommentar zum HGB, 4. Aufl., § 292a Anh. Rn. 11 spricht plastisch auch von einer „*Unterwerfungserklärung unter die Standards eines privaten Gremiums*“.

zunächst nur unter Aussparung zweier Sonderregelungen übernommen hatte und an diesen Sonderregelungen auch nach erneuter Überarbeitung des Standards durch das IASB teilweise festhielt. Darüber hinaus weist sie darauf hin, dass die in Art. 3 Abs. 2 IAS-VO statuierte Pflicht der Kommission zur ergebnisoffenen Prüfung der dort genannten Übernahmekriterien auch gerichtlich überprüfbar sei,²⁴ und bezieht sich damit wohl auf die Nichtigkeitsklage gegen pflichtwidrig übernommene internationale Rechnungslegungsstandards, die als Rechtsakte mit Verordnungscharakter neben den Mitgliedstaaten, dem Europäischen Parlament und dem Rat in den Grenzen des Art. 263 Abs. 4 AEUV auch die abschlusspflichtigen Gesellschaften als Normadressaten zur Klage berechtigen.²⁵ Auch dadurch würde einem faktischen Übernahmезwang entgegengewirkt.

2. Stellungnahme vor dem Hintergrund aktueller Entwicklungen und Tendenzen

a) Umstrukturierung der EFRAG infolge des Maystadt-Reports

Um die bereits 2002 entfachte Meinungsstreitigkeit im Lichte aktueller Reformen und Entwicklungen neu zu bewerten, ist zunächst auf die Umstrukturierung der EFRAG infolge des Maystadt-Reports einzugehen. Obgleich EFRAG nämlich als privatrechtliche Vereinigung am eigentlichen Endorsement-Verfahren nicht beteiligt ist, übt sie auf die Übernahme internationaler Rechnungslegungsstandards in das Europäische Recht faktisch erheblichen Einfluss aus, indem sie zum einen als gemeinsames „Sprachrohr“ der EU im Standardsetzungsverfahren des IASB auftritt und zum anderen die Kommission bei der Prüfung der Übernahmekriterien aus Art. 3 Abs. 2 IAS-VO berät.

2013 damit beauftragt, den Beitrag der EU zur Entwicklung internationaler Rechnungslegungsstandards zu evaluieren und neue Einflussmöglichkeiten der EU auf die Arbeit des IASB aufzuzeigen, gelangte der Sonderbeauftragte Maystadt unter anderem zu folgender Einschätzung:

24 *Wojcik*, Internationale Rechnungslegungsstandards als europäisches Recht, S. 127.

25 Rechtsakte mit Verordnungscharakter sind Rechtsakte mit allgemeiner Geltung, die nicht in einem förmlichen Gesetzgebungsverfahren im Sinne des Art. 289 AEUV erlassen wurden, vgl. anstelle vieler *Dörr*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 263 AEUV Rn. 81; *Herrmann*, NVwZ 2011, 1352 ff.

„EFRAG is the technical advisor of the Commission and is responsible for assessing whether the standards fulfil these criteria. In practice, EFRAG’s judgement has been that these criteria have always been fulfilled and, until now, all the standards issued by the IASB have been adopted by the European Union.“²⁶

Diese Einschätzung mag Kritiker des Endorsement-Verfahrens in der von ihnen benannten Gefahr eines Übernahmeautomatismus gestärkt haben, kann mittlerweile aber nicht mehr aufrechterhalten werden. Denn infolge des Maystadt-Reports hat sich nicht nur die Governance-Struktur der EFRAG,²⁷ sondern auch deren Zusammenarbeit mit der Kommission verändert. Zwar ist der Unionsgesetzgeber der Anregung des Sonderkommissars Maystadt, die Übernahmekriterien des Art. 3 Abs. 1 IAS-VO zu erweitern oder Leitlinien für die Auslegung des Kriteriums des europäischen öffentlichen Interesses herauszugeben, nicht gefolgt. Umgesetzt wurde aber die ebenfalls im Maystadt-Report geäußerte Anregung, EFRAG zu einer gründlicheren Prüfung der Übernahmekriterien anzuhalten. So ist in dem 2016 veröffentlichten *Working Arrangement* zwischen der Kommission und EFRAG festgehalten, dass Einschätzungen der EFRAG nicht nur durch Studien, Erklärungen und Nachweise gestützt werden sollen, sondern dass EFRAG – über die Kriterien des Art. 3 Abs. 1 IAS-VO hinausgehend – auch makroökonomische Auswirkungen ermitteln und berücksichtigen soll.²⁸ Das allein mag ergebnisoffene Beratungen der Kommission durch EFRAG sowie hierauf basierend eine ergebnisoffene Übernahmeentscheidung der Kommission nicht garantieren. Nichtsdestotrotz dürfte der erhöhte Begründungsaufwand aber nicht nur im Rahmen der Standardentwicklung dazu beitragen, dass EFRAG europäischen Interessen verstärkt zur Durchsetzung verhilft, sondern eben auch einem etwaigen Übernahmeautomatismus der Kommission weitere Schranken setzen.

b) Anpassung der IAS-VO an Art. 290 AEUV

Die Rezeption internationaler Rechnungslegungsstandards im Rahmen des Endorsement-Verfahrens erfolgte mit Inkrafttreten der IAS-VO zunächst im sogenannten Regelungsverfahren,²⁹ dessen Vereinbarkeit mit

²⁶ Maystadt-Report, S. 8.

²⁷ Dazu sogleich unten Abschnitt A. II. 3.

²⁸ Working Arrangement between the European Commission and EFRAG, S. 2.

²⁹ Vgl. Art. 6 Abs. 2 IAS-VO a. F. i. V. m. Art. 5 des Beschlusses 1999/498/EG, ABl. L. 184 vom 17.07.1999, S. 23 ff.

europäischem Primärrecht aber unter anderem wegen der schwachen Beteiligung des Europäischen Parlaments bezweifelt wurde.³⁰ Seit 2008 werden die internationalen Rechnungslegungsstandards deshalb im sogenannten Regelungsverfahren mit Kontrolle übernommen.³¹ Hiernach setzt die wirksame Indossierung der Standards voraus, dass weder der Rat noch das Europäische Parlament sich innerhalb einer Regelfrist von drei Monaten nach Einleitung des Endorsement-Verfahrens gegen den von der Kommission vorgelegten Übernahmeentwurf aussprechen.³² Die Stellung des Europäischen Parlaments, das im bloßen Regelverfahren noch überhaupt kein Vetorecht innehatte, ist dadurch erheblich erstarkt. Es fungiert nun, vergleichbar einem „Mini-Mitentscheidungsverfahren“, als paritätisches Kontrollorgan neben dem Rat.³³ Demgegenüber sind die Einflussmöglichkeiten des ARC als Sachverständigengremium der Mitgliedstaaten durch Einführung des Regelungsverfahrens mit Kontrolle gesunken. Dessen Stellungnahmen können die Übernahme eines Standards in Europäisches Recht seither nicht mehr verhindern, sondern allein noch den weiteren Gang des Verfahrens beeinflussen.³⁴ Mit der nunmehr zu erwartenden Anpassung der IAS-VO an den Vertrag von Lissabon darf aber auch das Regelungsverfahren mit Kontrolle als Auslaufmodell gelten.³⁵ Denn die

30 Eingehend zur Europarechtskonformität des Regelungsverfahrens *Wojcik*, Internationale Rechnungslegungsstandards als europäisches Recht, S. 157 ff.

31 Vgl. Art. 6 Abs. 2 IAS-VO i. V. m. Art. 5a des Beschlusses 2006/512/EG, ABl. L 200 vom 22.07.2006 S. 11 ff.

32 Vgl. Art. 5a Komitologiebeschluss i. V. m. IAS-VO.

33 Im Kleinen zeichnete sich diese erstarkte Stellung nach Ansicht von *Lanfermann/Röbricht*, BB 2008, 826, 828 f. bereits kurz vor Einführung des Regelungsverfahrens mit Kontrolle beim Endorsement des IFRS 8 ab. Der zuständige Ausschuss des Europäischen Parlaments zeigte sich damals besorgt, dass mit IFRS 8 eine inhaltlich dem US-amerikanischen SFAS 131 und folglich dem Standard eines Drittlandes entsprechende Regelung in das Europäische Recht inkorporiert werden sollte. Ungeachtet der damals noch bloß beratenden Funktion des Europäischen Parlaments kam die Kommission deshalb der Forderung nach, vor der Indossierung des IFRS 8 zumindest eine weitere Folgenabschätzung durchzuführen, vgl. Vgl. Nr. 4 und 5 des Entschließungsantrags des Ausschusses für Wirtschaft und Währung des Europäischen Parlaments vom 18.04.2005, B6-0157/2007.

34 Vgl. Art. 5a Abs. 2, 4 des Beschlusses 2006/512/EG, ABl. L 200 vom 22.07.2006, S. 11 ff.

35 Vgl. Erwägungsgrund 27 der Interinstitutionellen Vereinbarung zwischen dem Europäischen Parlament, dem Rat der Europäischen Union und der Europäischen Kommission über bessere Rechtsetzung vom 13. April 2016, ABl. L 123 vom 12.05.2016, S. 1 ff., in dem alle drei Organe die Notwendigkeit anerkennen, die bestehenden Basisrechtsakte, in denen wie in der IAS-VO noch immer auf das

mit dem Vertrag von Lissabon eingeführte Unterscheidung zwischen sogenannten delegierten Rechtsakten quasi-legislativer Art, die die Änderung oder Ergänzung von Basisrechtsakten zum Gegenstand haben (Art. 290 AEUV), und exekutiven Durchführungsakten, die lediglich den Vollzug des Basisrechtsakts regeln, gelten für beide Arten von Rechtsakten unterschiedliche primärrechtliche Bestimmungen. So ist der Erlass von Durchführungsakten nach Art. 291 Abs. 3 AEUV in Verbindung mit der 2011 in Kraft getretenen neuen Komitologieverordnung nur noch in Gestalt des neu eingeführten Beratungs- und des Prüfverfahrens³⁶ zulässig. Und Basisrechtsakte, die zum Erlass delegierter Rechtsakte ermächtigen, sind den Voraussetzungen des Art. 290 AEUV anzupassen, dessen Abs. 2 b) ein Vetorecht des Europäischen Parlaments gegen den Erlass der betreffenden Rechtsakte primärrechtlich festschreibt. Basisrechtsakte, in denen – wie in der IAS-VO – bislang noch auf das Regelungsverfahren mit Kontrolle Bezug genommen wird, sind dieser Unterscheidung zwischen delegierten und Durchführungsrechtsakten anzupassen³⁷ und sollen ausweislich einer entsprechenden Gesetzesinitiative der Kommission ganz überwiegend in delegierende Gesetzgebungsakte im Sinne des Art. 290 AEUV überführt werden.³⁸ Das schließt die IAS-VO mit ein,³⁹ die als Basisrechtsakt den Voraussetzungen des Art. 290 AEUV angepasst werden soll.⁴⁰

Regelungsverfahren mit Kontrolle Bezug genommen wird, an den Rechtsrahmen des Vertrags von Lissabon anzupassen.

- 36 Art. 4 und 5 Verordnung (EU) Nr. 182/2011, ABl. L 55 v. 16.02.2011 S. 15 f.
- 37 Die Kommission verpflichtete sich bereits im Rahmen der Verordnung (EU) Nr. 182/2011 vom 16.02.2011, ABl. L 55 v. 28.02.2011, S. 19 dazu, Basisrechtsakte, die im Regelungsverfahren mit Kontrolle durchzuführen sind, zu gegebener Zeit auf der Grundlage der in Art. 290, 291 AEUV festgelegten Kriterien anzupassen.
- 38 Vgl. COM (2016) 799, S. 4f. Die Gesetzgebungsinitiative war am 01. und 17.04.2019 Gegenstand der ersten Lesung im Europäischen Parlament. Der ursprünglich von der Kommission gewählte Ansatz, die betreffenden Basisrechtsakte nicht einzeln zu ändern, sondern im Rahmen einer Omnibus-Verordnung vorzusehen, dass die in den Basisrechtsakten enthaltenen Bezugnahmen auf das Regelungsverfahren mit Kontrolle als Bezugnahmen auf Art. 290 bzw. im Ausnahmefall auf Art. 291 AEUV zu verstehen seien, ist vom Rat abgelehnt worden.
- 39 Dieses bleibt bis zur Anpassung sämtlicher Basisrechtsakte an die Neuerungen des Vertrags von Lissabon weiterhin anwendbar, vgl. Art. 12 Satz 2 der Komitologieverordnung.
- 40 Vgl. dazu den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Anpassung von Rechtsakten, in denen auf das Regelungsverfahren mit Kontrolle Bezug genommen wird, an Art. 290 und 291 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, COM (2016) 799 und Ziffer 79 des

Auch wenn das Gesetzgebungsverfahren dazu aktuell noch nicht abgeschlossen ist,⁴¹ lassen sich der Gesetzgebungsinitiative die wesentlichen Neuerungen bereits entnehmen. Eine erste Neuerung liegt dabei in der Abschaffung des ARC, das durch ein neues Sachverständigengremium der Mitgliedstaaten mit bislang noch unbekannter Zusammensetzung ersetzt wird.⁴² Eine zweite Neuerung liegt sodann in der zeitlichen Straffung des Verfahrens, die vor allem durch ein möglichst konzentriertes Zusammenwirken des neuen Sachverständigengremiums, des Rates und des Europäischen Parlaments erreicht werden und darüber hinaus wohl auch zu einer verbesserten Kommunikation der Beteiligten beitragen soll. Schließlich gibt Art. 290 Abs. 2 a) AEUV Rat und Europäischem Parlament jeweils *einzel*n das Recht, die im Basisrechtsakt enthaltene Befugnisübertragung auf die Kommission, die nach den Vorstellungen des Europäischen Parlaments speziell für die IAS-VO auf fünf Jahre zu begrenzen ist,⁴³ jederzeit ohne Begründung zu widerrufen. Das gleicht die Stellung beider Organe im Vergleich zum aktuellen Regelungsverfahren mit Kontrolle weiter an.

c) Auswirkung auf die Bewertung des Meinungsstreits

Was die Auswirkung der beschriebenen Entwicklungen auf den dargestellten Meinungsstreit angeht, so ist zuzugeben, dass die Argumente der Vertreter einer faktischen dynamischen Verweisung ihrem Kern nach noch immer ihre Berechtigung haben. Die Rezeption internationaler Rechnungslegungsstandards steht nach wie vor im Mittelpunkt des bereits angesprochenen Zielkonflikts zwischen globalen Konvergenzbestrebungen und einer europäischen Individuallösung und drängt die Kommission auch im Interesse der Wettbewerbsfähigkeit europäischer Unternehmen weiterhin zur Übernahme sämtlicher verlaubarer Standards. Man wird sogar annehmen dürfen, dass der Druck zur Übernahme immer neuer Standards umso stärker steigt, je weiter die Konvergenzbestrebun-

zugehörigen Annex 1 COM (2106) 799 vom 14.12.2016. Beides ist samt der vom Europäischen Parlament vorgenommenen Änderungen abrufbar unter:
https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0409_DE.pdf.

41 Vgl. auch die Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 17.04.2019 (P8_TA (2019)0409) infolge der ersten Lesung.

42 Darauf hinweisend auch *Pellens/Füllbier/Gassen/Sellhorn*, Internationale Rechnungslegung, S. 81.

43 So die Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 17.04.2019 (P8_TA (2019)0409) infolge der ersten Lesung.

gen voranschreiten. Auch hält sich die gesetzgeberische Änderungsfreiheit im Endorsement-Verfahren nach wie vor dadurch in Grenzen, dass die inhaltlichen Änderungsbefugnisse der Kommission an den verlautbarten Standards sich auf bloße „*carve outs*“ beschränken. Das Endorsement bleibt damit die auch von *Wojcik* bereits beschriebene „*sehr sensible, wenn nicht heikle Aufgabe*“ im Spannungsfeld zwischen politischer Zielsetzung und einer ergebnisoffenen Kontrolle extern entwickelter Regelungen.⁴⁴

Diese letztlich nicht auflösbare Problematik soll aber den Blick darauf nicht verschleiern, dass die beschriebenen Entwicklungen gleichwohl dazu beigetragen haben – bzw. mit Anpassung der IAS-VO an Art. 290 AEUV auch künftig verstärkt dazu beitragen werden – der Gefahr eines Übernahmeautomatismus entgegenzutreten. Das gilt in besonderem Maße für die bereits im Regelungsverfahren mit Kontrolle erstarkte und unter Art. 290 AEUV auch künftig erstarkende Stellung des Europäischen Parlaments im Endorsement-Verfahren, die als gewisses Gegengewicht zu den Bestrebungen der Kommission der wohl stärkste Garant eines möglichst ergebnisoffenen Endorsement-Verfahrens ist.⁴⁵ Wenngleich also die Kommission durchaus unter Druck steht, die internationalen Rechnungslegungsstandards in Europäisches Recht zu übernehmen, wird man einen *Übernahmezwang* nicht bejahen können. Gerade auch im Kontext der zu verzeichnenden jüngeren Entwicklungen erscheint es nicht gerechtfertigt, die Bestimmungen der IAS-VO einer dynamischen Verweisung auf die internationalen Rechnungslegungsstandards wertungsmäßig gleichzusetzen.

II. Rezeptionsverfahren: Endorsement-Verfahren als demokratischer und rechtsstaatlicher Legitimationsprozess

Wenn also gesichert ist, dass die Inkorporation internationaler Rechnungslegungsstandards in das Europäische Recht mehr ist als ein bloßes „*Alibi-verfahren*“⁴⁶, insbesondere nicht schon die Rezeptionsmethode als solche gegen europäisches Primärrecht verstößt, ist in einem nächsten Schritt insbesondere auch angesichts der zu erwartenden Anpassung der IAS-VO an Art. 290 AEUV näher auf die Ausgestaltung des Endorsement-Verfahrens

44 *Wojcik*, Internationale Rechnungslegungsstandards als europäisches Recht, S. 127.

45 In diesem Sinne auch *Wojcik*, Internationale Rechnungslegungsstandards als europäisches Recht, S. 125 ff.

46 So pointiert *Wojcik*, Internationale Rechnungslegungsstandards als europäisches Recht, S. 127.

einzuweisen. Der Fokus soll dabei auf drei Problemkreise gelegt werden, die in der Vergangenheit immer wieder Zweifel an der Europarechtskonformität des Endorsement-Verfahrens zutage förderten. Konkret geht es erstens um die Vereinbarkeit der in der IAS-VO auf die Kommission übertragenen Befugnisse mit dem Wesentlichkeitsvorbehalt. Zweitens sind die Übernahmekriterien des Art. 3 Abs. 2 IAS-VO in den Blick zu nehmen, die auch nach der Anpassung der IAS-VO an die Anforderungen des Art. 290 AEUV unverändert Bestand haben werden und deren Vereinbarkeit mit den unionsrechtlichen Bestimmtheitsanforderungen auch in jüngerer Zeit wiederholt infrage gestellt wurde. Drittens schließlich ist die soeben bereits knapp skizzierte Rolle der EFRAG am und im Vorfeld des Endorsement-Verfahrens vor dem Hintergrund der zuletzt zu verzeichnenden Reformen neu zu beleuchten.

1. Wesentlichkeitsvorbehalt

Die Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen auf die Kommission hat sich ähnlich wie die Ermächtigung der Verwaltung zum Erlass von Rechtsverordnungen auf die Regelung nicht wesentlicher Elemente zu beschränken. Dieser vom EuGH in verschiedenen Grundsatzentscheidungen⁴⁷ statuierte Wesentlichkeitsvorbehalt lässt sich dogmatisch aus dem Prinzip des institutionellen Gleichgewichts und dem europarechtlichen Demokratieprinzip ableiten,⁴⁸ folgt aber mit Anpassung der IAS-VO an die Bestimmungen des Art. 290 AEUV auch unmittelbar aus dessen Abs. 1 UAbs. 2 Satz 2.⁴⁹ Zur Abgrenzung wesentlicher von unwesentlichen Befugnisübertragungen stellte der EuGH lange Zeit darauf ab, ob die der Kommission übertragenen Befugnisse die grundsätzliche Ausrichtung der

47 Vgl. EuGH, Urt. v. 17.12.1970, Rs. 25/70, „Köster“, Slg. 1970, 1161 Rn. 6; EuGH, Urt. v. 30.10.1975, Rs. 23/75, „Rey/Soda“, Slg. 1975, I-1279 Rn. 10; EuGH, Urt. v. 27.10.1992, Rs. C-240/90, „Deutschland/Kommission“, Slg. 1992, I-5383 Rn. 36; EuGH, Urt. v. 14.10.1999, „Atlanta/Europäische Gemeinschaft“, C-104/97 P, Slg. 1999, I-6983 Rn. 76; EuGH, v. 06.07.2000, „Molkereigenossenschaft Wiedergelt-ingen“, C-356/97, Slg. 2000, I-5461 Rn. 21.

48 Gellermann, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 290 AEUV Rn. 7; Schmidt, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 290 AEUV Rn. 25.

49 Zur Ähnlichkeit der Vorschrift mit dem Wesentlichkeitsvorbehalt des BVerfG Bueren, EuZW 2012, 167, 170; Hellmann, Der Vertrag von Lissabon, S. 63 (Fn. 409); Streinz/Obler/Herrmann, Der Vertrag von Lissabon, § 10 Abschnitt III. Unterabschnitt 2.; v. Danwitz, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 374.

Gemeinschaftspolitik betreffen und deshalb *politische Entscheidungen* erfordern.⁵⁰ Anhand dieses – verglichen mit der Rechtsprechung des BVerfG durchaus großzügigen – Maßstabs⁵¹ gestaltete sich die in der IAS-VO enthaltene Ermächtigung der Kommission zur Übernahme internationaler Rechnungslegungsstandards unproblematisch. Denn die wesentlichen politischen Entscheidungen haben Rat und Europäisches Parlament als Unionsgesetzgeber in der IAS-VO selbst getroffen, indem sie die eigentliche Verpflichtung kapitalmarktorientierter Gesellschaften zur Abschlusserstellung nach internationalen Rechnungslegungsstandards normiert und den Gegenstand sowie die Voraussetzungen des Endorsement-Verfahrens eigens festgelegt haben.⁵² Seit der Entscheidung des EuGH zum Schengener Grenzkodex aus dem Jahr 2012 stellt sich allerdings die Frage, inwiefern die hieraus abgeleitete Schlussfolgerung, nach der die IAS-VO mit dem Wesentlichkeitsvorbehalt vereinbar sei, weiterhin Bestand haben kann. Denn der EuGH legt seit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon ein merklich strengeres Verständnis des Wesentlichkeitsvorbehalts an den Tag und knüpft diesen nicht mehr bloß an die politische Bedeutsamkeit der betreffenden Regelung, sondern ähnlich der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung auch an deren Grundrechtsbezug: Eine Regelung gilt nunmehr auch dann als wesentlich, wenn sie gravierende Grundrechtseingriffe zur Folge hat.⁵³

Zwar betraf der konkret zur Entscheidung stehende Sachverhalt im Fall des Schengener Grenzkodex eine Befugnisübertragung auf den Rat, sodass unklar ist, ob der EuGH künftig auch bei Befugnisübertragungen auf die Kommission einen vergleichbar strengen Maßstab anlegen wird.⁵⁴ Da allerdings der Wesentlichkeitsvorbehalt hier wie dort einem einheitlichen dogmatischen Fundament entwächst, erscheint es nur folgerichtig, die Rechtsprechung des EuGH auch auf Maßnahmen der Kommission zu

50 EuGH, Urt. v. 27.10.1992, Rs. C-240/90, „Deutschland/Kommission“, Slg. 1992, I-5383 Rn. 37.

51 Grundlegend BVerfGE 43, 89, 126; BVerfGE 61, 260, 275; BVerfGE 83, 130, 142.

52 So noch *Wojcik*, Internationale Rechnungslegungsstandards als europäisches Recht, S. 137.

53 EuGH, Urt. v. 05.09.2012, C-355/10, „Schengener Grenzkodex“ = EuGRZ 2012, 625.

54 Zweifelnd auch *Schmidt*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 290 AEUV Rn. 28 mit Hinweis darauf, dass der EuGH in der Vergangenheit gegenüber dem Rat oftmals eine strengere Linie vertreten habe.

übertragen.⁵⁵ Hinsichtlich der IAS-VO lassen sich vor diesem Hintergrund zumindest Bedenken an der Vereinbarkeit der auf die Kommission übertragenen Indossierungsbefugnisse mit dem Wesentlichkeitsvorbehalt nicht leugnen. Denn der Unionsgesetzgeber hat den stärksten Grundrechtseingriff zwar selbst geregelt, indem er die kapitalmarktorientierten Gesellschaften in Art. 4 Abs. 1 IAS-VO eigens zur Abschlusserstellung nach internationalen Rechnungslegungsstandards verpflichtet hat. Der Erlass sämtlicher aus den internationalen Rechnungslegungsstandards erwachsender Einzelpflichten bleibt aber mit der Übernahme der Standards der Kommission überlassen.

Bei Lichte betrachtet muss gleichwohl auch hieraus nicht zwangsläufig ein Verstoß gegen die erhöhten Anforderungen des Wesentlichkeitsvorbehalts folgen. Denn auch ein streng interpretierter Wesentlichkeitsvorbehalt verbietet nicht jeden Grundrechtseingriff delegierter Rechtsakte, sondern, wie vom EuGH betont, eben nur erhebliche Eingriffe.⁵⁶ Orientiert man sich hinsichtlich der Erheblichkeitsschwelle erneut an der Entscheidung in Sachen Schengener Grenzkodex, so wird deutlich, dass die dortige Befugnisübertragung unter anderem mit der Festnahme und Rückführung aufgegriffener Personen existenzielle Eingriffe in Leib, Leben und Freiheit der Betroffenen ermöglichte.⁵⁷ Damit sind die Einschnitte, die den Gesellschaften im Anwendungsbereich der IAS-VO aus der Übernahme einzelner internationaler Rechnungslegungsstandards erwachsen, aber keineswegs vergleichbar. Sicherlich sind die Standards geeignet, die unternehmerische Freiheit ihrer Regelungsadressaten (Art. 16 GRCh) zu beschränken. Immerhin umfasst die unternehmerische Freiheit auch das Recht der Gesellschaft, in den Grenzen ihrer Verantwortlichkeit frei über ihre wirtschaftlichen, technischen und finanziellen Ressourcen zu verfügen⁵⁸ – ein Recht, das durch die Implementierung technisch und finanziell aufwendiger Prozesse zur Generierung neuer Finanzdaten betroffen wird. Um eine *erhebliche* Beschränkung der unternehmerischen Freiheit handelt es sich hierbei dennoch nicht. Denn insbesondere ist mit der Abschlusserstellung nicht die operative Geschäftstätigkeit als Kern unternehmerischer Betätigung betroffen, sondern allein deren bilanzielle Abbildung. Zwei-

55 So letztlich auch *Schmidt*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 290 AEUV Rn. 28.

56 *Schmidt*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 290 AEUV Rn. 28.

57 EuGH, Urt. v. 05.09.2012, C-355/10, „*Schengener Grenzkodex*“, Rs. C-355/10 Rn. 77 = EuGRZ 2012, 625.

58 EuGH, Urt. v. 27.03.2014, „*Telekabel*“, Rs. C-314/12, = NJW 2014, 1577, 1579.

tens sind die mit den Standards einhergehenden Einschränkungen der unternehmerischen Freiheit im Verhältnis zu den Kapazitäten desjenigen zu betrachten, der von ihnen konkret betroffen ist. Hierbei handelt es sich nach Art. 4 IAS-VO um kapitalmarktorientierte Muttergesellschaften, deren Wertpapiere an einem geregelten Markt gehandelt werden; mithin um Gesellschaften, die sich bewusst auf stark reguliertem Boden bewegen. Damit verstoßen die in der IAS-VO auf die Kommission übertragenen Befugnisse zur Rezeption internationaler Rechnungslegungsstandards auch im Lichte der jüngeren EuGH-Rechtsprechung nicht gegen den europarechtlichen Wesentlichkeitsvorbehalt.

2. Bestimmtheitsgebot

Die in der IAS-VO enthaltene Befugnisübertragung muss neben dem Wesentlichkeitsvorbehalt auch den europarechtlichen Bestimmtheitsanforderungen genügen. Das folgt *de lege lata* aus dem europarechtlichen Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung,⁵⁹ wird sich aber mit Anpassung der IAS-VO an Art. 290 AEUV auch explizit aus Abs. 1 UAbs. 2 Satz 1 AEUV dieser Vorschrift ergeben. Von Bedeutung ist diese primärrechtliche Kodifizierung der Bestimmtheitsanforderungen in Art. 290 Abs. 1 UAbs. 2 Satz 1 AEUV vor allem deshalb, weil sie strikter ist als die vom EuGH bislang aufgestellten Grundsätze. Genügte es bislang noch, dass die IAS-VO als Basisrechtsakt die Grenzen der auf die Kommission übertragenen Befugnisse zu erkennen gab,⁶⁰ wird nach Art. 290 AEUV maßgeblich sein, ob Ziel, Inhalt, Geltungsbereich und Dauer der Befugnisübertragung hinreichend bestimmt festgelegt sind.⁶¹

Bei näherer Betrachtung zeigt sich, dass die IAS-VO unter Berücksichtigung der geplanten Anpassungen an Art. 290 AEUV jedenfalls hinsichtlich des Ziels, des Geltungsbereichs und der Dauer ihrer Befugnisübertragung hinreichend bestimmt ist. Denn das *Ziel* der Befugnisübertragung geht bereits nach aktueller Fassung unmittelbar aus Art. 1 IAS-VO hervor. Danach

59 EuGH, Urt. v. 21.05.1987, verb. Rs. 133 bis 136/85, „*Rau*“, Slg. 1987, 2289 Rn. 32; *Knemeyer*, Das Europäische Parlament, S. 204.

60 EuGH, Urt. v. 05.06.1988, Rs. 291/86, „*Central-Import/Münster*“, Slg. 1988, 3679 Rn. 13.

61 Eingehend zur Konkretisierung dieser in Art. 290 Abs. 1 UAbs. 2 Satz 1 AEUV aufgelisteten Bestimmtheitsanforderungen auch vor dem Hintergrund der bisherigen Rechtsprechung des EuGH *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 290 Rn. 44 ff.; 48 ff.

soll die Übernahme internationaler Rechnungslegungsstandards dazu dienen, die Abschlussinformationen kapitalmarktorientierter Gesellschaften zu harmonisieren, um die Transparenz und Vergleichbarkeit der Abschlüsse und damit letztlich eine effiziente Funktionsweise des Kapitalmarkts zu fördern. Das System der internationalen Rechnungslegungsstandards soll zu einer effizienten und kostengünstigen Funktionsweise des Kapitalmarkts beitragen, den Schutz der Anleger und das Vertrauen in die Finanzmärkte stärken⁶² und europäische Unternehmen in die Lage versetzen, am Kapitalmarkt unter gleichen Wettbewerbsbedingungen um Finanzmittel zu konkurrieren.⁶³

Auch der *Geltungsbereich* der Befugnisübertragung wird in Art. 2 IAS-VO schon derzeit hinreichend konkret vorgegeben, indem die Befugnisübertragung mit den vom IASB verlautbarten internationalen Rechnungslegungsstandards auf einen konkret festgelegten Übernahmegegenstand beschränkt wird. Weiterhin ist die *Dauer* der Befugnisübertragung nach aktueller Fassung der IAS-VO zwar noch unbestimmt, wird aber im Rahmen der zu erwartenden Anpassung der IAS-VO an Art. 290 AEUV explizit geregelt werden und soll nach dem Willen des Europäischen Parlaments auf einen Zeitraum von fünf Jahren begrenzt werden.⁶⁴

Damit bleibt allein zweifelhaft, ob die in Art. 3 Abs. 2 IAS-VO aufgeführten Übernahmekriterien den Inhalt bzw. nach bislang geltendem Maßstab die Grenze der Befugnisübertragung⁶⁵ hinreichend bestimmt festlegen. Darauf ist nachfolgend einzugehen.

a) „*True and fair view*“-Prinzip

Erstes Übernahmekriterium ist nach Art. 3 Abs. 2 IAS-VO die Vereinbarkeit internationaler Rechnungslegungsstandards mit dem auch als Einblicksgebot bezeichneten „*true and fair view*“-Prinzip des heutigen Art. 4 Abs. 3 der Bilanzrichtlinie. Weil dieses als Hauptzielbestimmung letztlich sämtliche Einzelvorschriften der Bilanzrichtlinie prägt und ein im Einklang mit den Einzelvorschriften erstellter Abschluss deshalb den Anforde-

62 Erwägungsgrund 4 der IAS-VO.

63 Erwägungsgrund 4 der IAS-VO.

64 Vgl. die Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 17.04.2019 (P8_TA (2019)0409), Abschnitt VIII. (Finanzstabilität, Finanzdienstleistungen und Kapitalmarktunion), Ziffer 79, Art. 5a Abs. 2.

65 Dazu bereits *Wojcik*, Internationale Rechnungslegungsstandards als europäisches Recht, S. 137 ff.

rungen des „*true and fair view*“-Prinzips in aller Regel genügt,⁶⁶ liegt die Schlussfolgerung nahe, dass die Übernahme internationaler Rechnungslegungsstandards mit dem „*true and fair view*“-Prinzip nur dann vereinbar sei, wenn der betreffende Standard nicht gegen die Einzelvorschriften der Bilanzrichtlinie verstoße. Indes hat der Unionsgesetzgeber selbst sich einem derart strikten Verständnis des „*true and fair view*“-Prinzips noch in Erwägungsgrund 9 der IAS-VO ausdrücklich entgegengestellt und betont, dass die Vereinbarkeit des Standards mit sämtlichen Richtlinienbestimmungen gerade nicht erforderlich sei. Wie das „*true and fair view*“-Prinzip als Übernahmekriterium stattdessen zu verstehen sei, hat der Gesetzgeber bedauerlicherweise offengelassen und im Schrifttum damit Zweifel an der Vereinbarkeit des Art. 3 Abs. 2 IAS-VO mit dem Bestimmtheitsgebot geweckt.⁶⁷ Klar ist insoweit nur, dass das „*true and fair view*“-Prinzip sich als Übernahmekriterium nach der Vorstellung des Unionsgesetzgebers wohl vor allem auf die hinter den Einzelvorschriften stehenden wesentlichen Grundsätze der Bilanzrichtlinie konzentrieren und deren Einhaltung sicherstellen soll.⁶⁸ Der EuGH hat diese Anforderung dahingehend konkretisiert, dass die Auslegung sich möglichst weitgehend an den allgemeinen Grundsätzen des Art. 31 der vierten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie zu orientieren habe, die heute in Art. 6 der Bilanzrichtlinie niedergeschrieben sind.⁶⁹ Auf den konkreten Einzelfall mit Augenmaß angewendet, erscheint ein dergestalt konkretisiertes „*true and fair view*“-Prinzip durchaus geeignet, der in der IAS-VO enthaltenen Befugnisübertragung eine erste, hinreichend bestimmte Grenze zu setzen. Die in der Praxis von EFRAG

66 Das ergibt bereits der Umkehrschluss aus Art. 4 Abs. 3 Satz 2 der Bilanzrichtlinie, vgl. im Übrigen aber auch EuGH, Urt. v. 27.06.1996, „*Tomberger*“, Rs. C-234/94, Slg. 1996, I-3145 Rn. 18; EuGH, Urt. v. 14.09.1999, „*DE + ES*“, Rs. C-275/97, Slg. 1996, I-5331 Rn. 26 ff. sowie aus dem Schrifttum *Hennrichs*, Wahlrechte, S. 143 ff.; *ders.*, NZG 2005, 783, 785; *Hüttemann/Meyer*, in: Staub, Großkommentar zum HGB-Bilanzrecht, § 264 Rn. 28 ff.; *Wojcik*, Internationale Rechnungslegungsstandards als europäisches Recht, S. 141 f.

67 Zweifelnd, die Vereinbarkeit des „*true and fair view*“-Prinzips mit europarechtlichen Bestimmtheitsanforderungen aber letztlich bejahend *Wojcik*, Internationale Rechnungslegungsstandards als europäisches Recht, S. 143. Kritisch auch *Alexander*, Accounting in Europe 2006, 65, 71.

68 *Hennrichs*, NZG 2005, 783, 785 mit Hinweis darauf, dass das „*true and fair view*“-Prinzip die Vereinbarkeit internationaler Rechnungslegungsstandards mit Systematik, Zweck und grundlegenden Anforderungen der Richtlinienvorschriften sicherstellen solle.

69 EuGH, Urt. v. 27.06.1996, „*Tomberger*“, Rs. C-234/94, Slg. 1996, I-3145 Rn. 18.

gelebte und teilweise auch von den Abschlussadressaten befürwortete⁷⁰ Interpretation des „*true and fair view*“-Prinzips dahingehend, dass dieses sich letztlich allein auf die Vereinbarkeit der internationalen Rechnungslegungsstandards mit dem Vorsichtsprinzip beziehen soll, ist mit dem so abgesteckten Gehalt des „*true and fair view*“-Prinzips allerdings nicht vereinbar.⁷¹

b) Europäisches öffentliches Interesse

Zweites Übernahmekriterium ist die Vereinbarkeit der internationalen Rechnungslegungsstandards mit dem europäischen öffentlichen Interesse. Lange Zeit nur stiefmütterlich behandelt, hat dieses Kriterium vor allem infolge des Maystadt-Berichts verstärkte Aufmerksamkeit erlangt, nachdem der Sonderbeauftragte Maystadt dessen Unbestimmtheit anmahnte und vorschlug, zur Konkretisierung des europäischen öffentlichen Interesses zwei weitere Merkmale in die IAS-VO aufzunehmen. Danach sollten die Standards erstens die Finanzstabilität und zweitens die wirtschaftliche Entwicklung der EU nicht gefährden oder hemmen dürfen.⁷² Obwohl grundsätzlich Einigkeit darüber besteht, dass die Finanzstabilität und die wirtschaftliche Entwicklung der EU prägende Faktoren des europäischen öffentlichen Interesses sind, hat der Unionsgesetzgeber jedoch darauf verzichtet, sie im Anschluss an den Maystadt-Bericht *expressis verbis* in den Katalog des Art. 3 Abs. 2 IAS-VO aufzunehmen. Zu groß war die von den Abschlusspflichtigen und -adressaten⁷³ sowie von Vertretern des Schrift-

70 Vgl. dazu eine entsprechende Umfrage der Kommission, in der ein Teil der Befragten sich eine explizite Aufnahme des Vorsichtsprinzips in den Katalog des Art. 3 Abs. 2 IAS-VO wünschte, andere hingegen das Vorsichtsprinzip vom „*true and fair view*“-Prinzip umfasst sahen. Die Kommission neigte in der Stellungnahme zu diesem Umfrageergebnis der letztgenannten Ansicht zu, vgl. Commission Staff Working Document, Evaluation of Regulation (EC) No 1606/2002 of 19 July 2002 on the application of International Accounting Standards vom 18.06.2015, SWD (2015) 120, S. 48.

71 Vgl. nur EFRAG, Endorsement Advice on IFRS 9 (*Financial Instruments*), S. 58.

72 Der Sonderbeauftragte Maystadt berief sich insofern auf das von ihm eingeholte Feedback der interessierten Öffentlichkeit, demzufolge EFRAG die öffentlichen Belange bei seiner Prüfung nicht hinreichend berücksichtige, vgl. Maystadt-Report, S. 5.

73 Vgl. Commission Staff Working Document on the Evaluation of the IAS Regulation, COM (2015) 301, S. 9. Im Rahmen einer groß angelegten Evaluation der IAS-VO hat die Kommission Feedback der Stakeholder eingeholt und hierzu

tums⁷⁴ geäußerte Befürchtung, dass die Einführung neuer Kriterien die bereits existierende Auslegungsunsicherheit nur verschärfen würde.

Zweifel an der hinreichenden Bestimmtheit des Merkmals des europäischen öffentlichen Interesses sind allerdings geblieben.⁷⁵ Denn zur Auslegung bleibt der Rechtsanwender noch immer auf die Schlussfolgerungen des Rates vom 17. Juli 2000 verwiesen, auf die im 9. Erwägungsgrund der IAS-VO konkretisierend Bezug genommen wird. Hiernach muss die Übernahme internationaler Rechnungslegungsstandards, um dem europäischen öffentlichen Interesse zu entsprechen, zur Schaffung eines einheitlichen Wertpapiermarkts, insbesondere zu einer von Wettbewerb geprägten Finanzierung der EU-Unternehmen, zu einer verbesserten Liquidität und einem stärkeren Wettbewerb etwa zwischen Finanzintermediären beitragen.⁷⁶ Da aber argumentiert werden kann, dass die Einführung internationaler Rechnungslegungsstandards zur Erreichung dieser grundlegenden Ziele letztlich wohl stets beiträgt,⁷⁷ bleibt das Kriterium des europäischen öffentlichen Interesses auch in diesem Kontext vage. Dass es in der Praxis dennoch Kontur erlangt hat, liegt vor allem an den umfangreichen Begründungen zu den Übernahmeempfehlungen der EFRAG, die sich zur Prüfung des europäischen öffentlichen Interesses üblicherweise auf vier konkrete Prüfungsschritte beschränkt. Diese bestehen erstens aus dem zu erwartenden Zusammenspiel des neu zu indossierenden Standards mit

mehrere hundert Beiträge ausgewertet, die die Kommission durch öffentliche Befragung, durch Einrichtung einer aus öffentlichen und privaten Organisationen bestehenden informellen Expertengruppe sowie durch Befragung des mit Vertretern der Mitgliedstaaten besetzten ARC eingeholt hatte.

74 Vgl. *Bischof/Daske*, Accounting in Europe 2016, 129, 152 f.; *dies.*, Study on IFRS Endorsement Criteria in Relation to IFRS 9, S. 26, mit der begründeten Befürchtung, die Einführung weiterer Kriterien würde zu zusätzlichen Definitionsschwierigkeiten führen.

75 *Zuleeg*, 2009, The Rationale for EU Action, S. 7 „*there is a lack of clarity in setting out what exactly is meant by a EPG*“; *Alexander*, Accounting in Europe 2006, 65, 71 „*The European public good’ is inherently incapable of interpretation in an objective or operationally effective way*“. Kritisch auch *Bischof/Daske*, Accounting in Europe 2016, 129, 147, die darauf hinweisen, dass die bestehenden Unklarheiten auch dadurch verstärkt werden, dass in den verschiedenen Übersetzungen der IAS-VO teilweise der in der Politikwissenschaft wurzelnde Begriff des europäischen öffentlichen Interesses, teilweise der stärker ökonomisch geprägte Begriff des europäischen Gemeinwohls gebraucht wird.

76 Beratung des ECOFIN-Rates betreffend die Regulierung der europäischen Wertpapiermärkte, Nr. 10491/00 vom 17.07.2000.

77 In diese Richtung auch *Bischof/Daske*, Study on IFRS Endorsement Criteria in Relation to IFRS 9, S. 30.

den aktuellen Standards, zweitens aus den zu erwartenden Auswirkungen des betreffenden Standards auf das Verhalten der Investoren und der abschlusspflichtigen Gesellschaft, drittens aus den zu erwartenden Auswirkungen etwaiger Abweichungen zu den US-GAAP und viertens aus dem allgemeinen Kosten-/Nutzen-Verhältnis des betreffenden Standards.⁷⁸ Diese Anforderungen stehen nicht nur in weiten Teilen in Einklang mit den Vorschlägen, die schon die von der Kommission 2014 eingesetzte Expertengruppe zur Konkretisierung des europäischen öffentlichen Interesses gemacht hatte.⁷⁹ Vielmehr sind sie auch mit den angesprochenen Schlussfolgerungen des Rates und der Zielsetzung der IAS-VO vereinbar und zeigen, dass auch das zweite Übernahmekriterium der IAS-VO nicht nur bestimmbar, sondern als solches auch geeignet ist, das Endorsement-Verfahren inhaltlich zu steuern und zu begrenzen.

c) Verständlichkeit, Erheblichkeit, Verlässlichkeit und Vergleichbarkeit

Neben der Vereinbarkeit mit dem „*true and fair view*“-Prinzip und dem europäischen öffentlichen Interesse müssen die zu übernehmenden internationalen Rechnungslegungsstandards als Letztes schließlich den Kriterien der Verständlichkeit, Erheblichkeit, Verlässlichkeit und Vergleichbarkeit genügen, die Finanzinformationen erfüllen müssen, um ihren Adressaten als Entscheidungsgrundlage zu dienen. Da diese Anforderungen unter den in Art. 3 Abs. 2 IAS-VO aufgeführten wohl am ehesten greifbar und zudem durch das Rahmenkonzept des IASB vorgeprägt sind,⁸⁰ hat sich im Schrifttum und unter den Experten der EFRAG weitgehender Konsens bezüglich deren Auslegung herausbilden können.⁸¹

78 Vgl. EFRAG Endorsement Advice on IFRS 9 (*Financial Instruments*), Appendix 3, S. 59 ff.

79 Vgl. die entsprechend veröffentlichte Liste mit Prüfungspunkten der Expert Group on the IAS Regulation, Working Paper: Adoption of International Standards, S. 4.

80 Dazu *Wagenhofer*, Internationale Rechnungslegungsstandards – IAS/IFRS, S. 128 ff.

81 Vgl. *Bischof/Daske*, Accounting in Europe 2016, 129, 141 ff.; *dies.*, Study on IFRS Endorsement Criteria in Relation to IFRS 9, S. 22 ff.; *Heuser/Theile*, IFRS Handbuch Rn. 266 ff.; *van Hulle*, WPg 2003, 968, 980; *Pellens/Füllbier/Gassen/Sellhorn*, Internationale Rechnungslegung, S. 108 ff. Vgl. stellvertretend für die Perspektive der EFRAG jüngst EFRAG's Letter to the European Commission regarding endorsement of Definition of Material (*Amendments to IAS 1 and IAS 8*), Anhang 2.

So setzt das Merkmal der Verständlichkeit voraus, dass die Anwendung des zu indossierenden Standards in Abschlussinformationen mündet, die für einen kundigen Abschlussleser verständlich sind.⁸²

Erheblichkeit verlangt, dass die bereitgestellten Informationen für den Abschlussadressaten im Rahmen seiner Entscheidungsfindung relevant sind. Das ist immer dann der Fall, wenn die Informationen erstens dazu dienen, die Leistung der Unternehmensleitung zu beurteilen, wenn sie es zweitens ermöglichen, vergangene, gegenwärtige oder künftige Entwicklungen des Unternehmens einzuordnen und wenn sie dem Abschlussadressaten drittens dabei behilflich sind, die von ihm in der Vergangenheit getroffenen wirtschaftlichen Entscheidungen zu bestätigen oder zu korrigieren.⁸³ Das Kriterium der Verlässlichkeit verlangt sodann, dass die Anwendung des betreffenden Standards Informationen hervorbringt, die den zugrundeliegenden Sachverhalt vollständig und unverzerrt abbilden und letztlich das beinhalten, was der Abschlussadressat vernünftigerweise erwarten darf.⁸⁴ Vergleichbarkeit setzt schließlich voraus, dass gleichgelagerte Geschäftsvorfälle im Abschluss gleich, besondere Geschäftsvorfälle hingegen abweichend dargestellt werden.⁸⁵

Nun weisen vereinzelte Literaturvertreter darauf hin, dass sich auch die Anwendung dieser eher technischen Kriterien im Einzelfall schwierig gestalten kann.⁸⁶ Denn sowohl die Verständlichkeit als auch die Erheblichkeit, Verlässlichkeit und Vergleichbarkeit der Abschlussinformationen hängen von zahlreichen Faktoren ab, die sich *ex ante* unter „*Laborbedingungen*“ nur schwer antizipieren lassen. So wird etwa die Verständlichkeit der Informationen nicht nur durch die Ausgestaltung des betreffenden Standards beeinflusst, sondern auch dadurch, in welcher Form und in welchem Kontext die betreffenden Informationen präsentiert werden. Die Erheblichkeit der Informationen hängt sodann ganz von der betreffenden Adressatengruppe und deren wirtschaftlichen Beziehungen zur Gesellschaft ab. Und zusätzliche Anwendungsschwierigkeiten ergeben sich

82 *Barth*, Accounting and Business Research, Vol. 37, 2007, 7, 9; *Bischof/Daske*, Study on IFRS Endorsement Criteria in Relation to IFRS 9, S. 22.

83 *Barth*, Accounting and Business Research, Vol. 37, 2007, 7, 9; *Bischof/Daske*, Study on IFRS Endorsement Criteria in Relation to IFRS 9, S. 23.

84 *Maines/Wahlen*, Accounting Horizons 2006, 399 ff.

85 *Bischof/Daske*, Study on IFRS Endorsement Criteria in Relation to IFRS 9, S. 24. Eingehend zum Verlässlichkeitskriterium auch *Maines/Wahlen*, Accounting Horizons, Vol. 20, 2006, 339 ff.

86 *Bischof/Daske*, Accounting in Europe 2016, 129, 141 ff.; *dies.*, Study on IFRS Endorsement Criteria in Relation to IFRS 9, S. 22 ff.

schließlich aus potenziellen Zielkonflikten zwischen den einzelnen Übernahmekriterien, die der Unionsgesetzgeber in der IAS-VO nicht ausdrücklich aufgelöst hat.⁸⁷ Der hinreichenden Bestimmtheit der Übernahmekriterien sind die hiermit einhergehenden Unsicherheiten jedoch nicht abträglich.⁸⁸ Denn der Unionsgesetzgeber hat mit der Verständlichkeit, Erheblichkeit, Verlässlichkeit und Vergleichbarkeit Anforderungen statuiert, deren materieller Gehalt entsprechend den obigen Definitionen grundsätzlich jedermann verständlich sein dürfte – insbesondere der Kommission und der sie beratenden EFRAG. Da der Unionsgesetzgeber in der IAS-VO insbesondere keinem der technischen Übernahmekriterien den ausdrücklichen Vorrang eingeräumt hat, ist auch ersichtlich, dass die Verständlichkeit, Erheblichkeit, Verlässlichkeit und Vergleichbarkeit der Abschlussinformationen grundsätzlich gleichberechtigt nebeneinanderstehen und bei sich ergebenden Zielkonflikten deshalb im Wege praktischer Konkordanz zu einem größtmöglichen Ausgleich zu bringen sind, ohne dass das Ergebnis der hiermit verbundenen Abwägung abstrakt-generell durch den Unionsgesetzgeber vorweggenommen werden müsste. Ebenso ist klar, dass etwaige Interessenkonflikte verschiedener Abschlussadressaten, wie sie sich innerhalb ein und desselben Kriteriums etwa hinsichtlich der *Erheblichkeit* der betreffenden Informationen ergeben können, im Zweifel zugunsten der Gläubiger und Gesellschafter als den primär geschützten Adressaten der internationalen Rechnungslegungsstandards aufzulösen sind. Das ergibt sich zwar unmittelbar nur aus dem Rahmenkonzept des IASB, liegt aber dem Gesamtsystem der internationalen Rechnungslegungsstandards zugrunde und hat insoweit bei Erlass der IAS-VO auch Eingang in den Willen des Unionsgesetzgebers gefunden.⁸⁹ Sofern sich auch vor diesem Hintergrund noch Schwierigkeiten ergeben sollten, die Auswirkungen eines Standards im Wege etwa durchgeführter Feldversuche, Studien und

87 *Bischof/Daske*, Accounting in Europe 2016, 129, 144; *dies.*, Study on IFRS Endorsement Criteria in Relation to IFRS 9, S. 26, verweisen exemplarisch unter anderem auf den Konflikt zwischen der Vollständigkeit, die eine möglichst hohe Informationsdichte verlangt und der Verständlichkeit, die Schwerpunktsetzung verlangt.

88 So ohne nähere Begründung auch *Wojcik*, Internationale Rechnungslegungsstandards als europäisches Recht, S. 144 f., der den Kriterien der Verständlichkeit, Erheblichkeit, Verlässlichkeit und Vergleichbarkeit im Übrigen aber kaum eigenständigen materiellen Gehalt entnehmen will, weil es sich bei ihnen um Kriterien handle, die bereits auf Ebene des IASB geprüft würden.

89 So auch *Wojcik*, Internationale Rechnungslegungsstandards als europäisches Recht, S. 218. Näher dazu Abschnitt II. 4. b). Zum Interessenschutz der internationalen Rechnungslegungsstandards eingehend § 2 A. I. 4. b).

dergleichen zu antizipieren, liegt das in der Komplexität der Abschlusserstellung und damit in der Natur der Sache begründet, nicht aber in der mangelnden Bestimmtheit der in Art. 3 Abs. 2 IAS-VO aufgeführten technischen Übernahmekriterien.

3. Beteiligung der EFRAG am Endorsement-Verfahren

Es ist bereits angeklungen, dass die EFRAG im Endorsement-Verfahren insofern eine besondere Rolle einnimmt, als sie einerseits als privatrechtliche Vereinigung nicht zu den formalen Akteuren des Endorsement-Verfahrens zählt, andererseits aber im Auftrag der Kommission die Vereinbarkeit der zu übernehmenden internationalen Rechnungslegungsstandards mit den Übernahmekriterien der IAS-VO prüft und damit bei der Einleitung des Endorsement-Verfahrens eine Schlüsselrolle einnimmt. Eine derartige Beteiligung Privater an der Erfüllung hoheitlicher Aufgaben geht naturgemäß mit einer Reduzierung staatlichen Einflusses einher, die mit rechtsstaatlichen und demokratischen Anforderungen nach allgemeiner Ansicht nur dann vereinbar ist, wenn sie durch entsprechende prozedurale und materielle Steuerungsmaßnahmen des Hoheitsträgers kompensiert wird. Anders ausgedrückt muss der private Akteur zumindest reflexhaft-demokratische Mindeststandards aufweisen.⁹⁰ So hat denn auch *Wojcik* im Jahr 2008 eingehend untersucht, inwieweit entsprechende Steuerungsmaßnahmen in der Organisationsstruktur und hinsichtlich der inhaltlichen Tätigkeit der EFRAG implementiert sind – mit dem zugegeben ernüchternden Ergebnis, dass EFRAG insbesondere aufgrund von Defiziten in der personellen Besetzung ihrer Handlungsträger und der Finanzierung ihrer Tätigkeit als demokratisch „äußerst schwach“ legitimierte Vereinigung

90 *Berberich*, Ein Framework für das DRSC, S. 114; *Schmidt-Preuß*, VVDStRL 56 (1997), 160, 205 ff. („demokratisch-rechtsstaatliche Mindeststandards“); *Wojcik*, Internationale Rechnungslegungsstandards als europäisches Recht, S. 182 f. Zu der vergleichbaren Problematik hinsichtlich der §§ 342, 342a HGB a. F. bereits *Hellermann*, NZG 2000, 1097, 1102; *Hommelhoff/Schwab*, in: FS Kruse, S. 693, 700; *Schwab*, BB 1999, 731, 732 mit der Formulierung, dem Standardsetzer müssten „einige wichtige Rahmendaten“ vorgegeben werden. Grundlegend zur Dogmatik des Gewährleistungsverwaltungsrechts *Voßkuhle*, VVDStRL 62 (2003), 266, 310 ff.; *ders.*, Hdb. d. Staatsrechts § 43 Rn. 61; *Trute*, DVBl. 1996, 950, 955 ff. („staatliche Legitimationsverantwortung“).

anzusehen sei.⁹¹ Hier ist vor dem Hintergrund der 2014 im Anschluss an den Maystadt-Bericht eingeleiteten Reformen nunmehr neu anzusetzen.

- a) Prozedurale Steuerung – Zur Umsetzung reflexhaft-demokratischer Mindeststandards in der Organisationsstruktur der EFRAG unter Berücksichtigung der Reformen infolge des Maystadt-Berichts

Prozedurale Steuerungsmaßnahmen dienen der Umsetzung reflexhaft-demokratischer Mindeststandards noch in der Organisationsstruktur des privaten Akteurs und sollen die Rahmenbedingungen einer gemeinwohlorientierten Beteiligung an der betreffenden hoheitlichen Aufgabe gewährleisten.⁹² Erster Ansatzpunkt hat im Hinblick auf die Beteiligung der EFRAG am Endorsement-Verfahren deshalb die Sicherstellung einer ausgewogenen und interessengerechten personellen Besetzung der entscheidungsberechtigten Gremien der EFRAG zu sein. Als geeignete Auswahlkriterien anerkannt sind insofern neben der fachlichen Kompetenz vor allem die Unparteilichkeit sowie eine in geografischer und beruflicher Hinsicht ausgewogene Zusammensetzung ihrer Entscheidungsträger. Zweiter Ansatzpunkt ist sodann die Finanzierung der EFRAG, die eine einseitige Interessenberücksichtigung nicht begünstigen darf.⁹³ Drittens schließlich haben prozedurale Steuerungsmaßnahmen darauf hinzuwirken, dass das Entscheidungsverfahren innerhalb der EFRAG reflexhaft-demokratischen Mindestanforderungen genügt, indem es Transparenz vermittelt, Publizität und Partizipation der Öffentlichkeit gewährleistet und letztlich in eine begründete Entscheidung mündet.⁹⁴ Gerade mit Blick auf die beiden erstgenannten Aspekte sind seit 2014 deutliche Entwicklungstendenzen erkennbar.

91 *Wojcik*, Internationale Rechnungslegungsstandards als europäisches Recht, S. 165.

92 Hierzu eingehend auch *Wojcik*, Internationale Rechnungslegungsstandards als europäisches Recht, S. 190 ff.

93 *Ebert*, Private Normsetzung, S. 205 f.; *Wojcik*, Internationale Rechnungslegungsstandards als europäisches Recht S. 203. Grundlegend auch *Hommelhoff/Schwab*, in: FS Kruse, S. 693, 711; *dies.*, BFuP 1998, 38, 51 f.

94 *Ebert*, Private Normsetzung, S. 217; *Hommelhoff/Schwab*, BFuP 1998, 38, 51; *Wojcik*, Internationale Rechnungslegungsstandards als europäisches Recht, S. 207.

aa) Personelle Besetzung

Die materielle Vereinbarkeit internationaler Rechnungslegungsstandards mit den Übernahmekriterien der IAS-VO wird innerhalb der EFRAG von der EFRAG-TEG geprüft, die als Expertengruppe für die technische Facharbeit zuständig ist. Während EFRAG-TEG diese Aufgabe allerdings bis zu den Reformen im Jahr 2014 allein und unabhängig wahrnahm und ihre Prüfungsergebnisse gegenüber der Kommission auch selbstständig kommunizierte,⁹⁵ ist es nunmehr das neu eingerichtete, an die Stelle des Supervisory Board getretene EFRAG Board, das die Letztverantwortung für die im Namen der EFRAG abgegebenen Stellungnahmen trägt und im Kooperationsverhältnis zwischen EFRAG und der Kommission damit eine tragende Rolle einnimmt.⁹⁶ Zu erörtern ist vor diesem Hintergrund nicht allein die personelle Besetzung der EFRAG-TEG, sondern auch die Zusammensetzung des EFRAG Board.

(1) EFRAG Board

Die insgesamt 16 satzungsmäßig vorgesehenen Mitglieder des EFRAG Board sollen sich individuell durch hohe fachliche Kompetenz auszeichnen und in ihrer Gesamtheit eine nach geografischer Herkunft, Geschlecht und beruflichem Hintergrund der Mitglieder möglichst breit aufgestellte Gruppe bilden.⁹⁷ Um diesen Anforderungen in der Praxis zur Umsetzung zu verhelfen, ist die Hälfte der 16 satzungsmäßig vorgesehenen Mitglieder des EFRAG Board mit Vertretern nationaler Standardsetzer zu besetzen und die andere Hälfte mit Vertretern europäischer Stakeholderorganisationen, zu denen aktuell neben einer Vereinigung europäischer Industrie- und Handelsunternehmen auch Vereinigungen europäischer Banken, Versicherer, Wirtschaftsprüfer und Nutzer zählen und die in ihrer Gesamtheit also die Interessen unterschiedlichster Abschlussadressaten repräsentieren.⁹⁸ Um die Unparteilichkeit der Board-Mitglieder sicherzustellen, verpflichten diese sich mit Amtsantritt dazu, ausschließlich im europäischen

95 Vgl. EFRAG Annual Review 2005, S. 5 „EFRAG operates through a Technical Expert Group (TEG), which takes its decisions independently of the Supervisory Board and all other interests”.

96 Vgl. Art. 10.1 a). So auch Pellens/Fülbier/Gassen/Sellhorn, Internationale Rechnungslegung, S. 80.

97 Art. 4.2 EFRAG Internal Rules.

98 Art. 9.1 EFRAG Internal Rules.

öffentlichen Interesse zu handeln.⁹⁹ Den oben genannten reflexhaft-demokratischen Anforderungen an die personelle Besetzung entscheidungsbefugter Gremien ist damit sowohl auf dem Papier als auch in der praktischen Umsetzung Rechnung getragen. Insbesondere ist die Besetzung des Präsidenten des EFRAG Board, der die verschiedenen Ansichten innerhalb der EFRAG zusammenführen und diese nach außen vertreten soll, positiv zu bewerten. Denn mit *Jean-Paul Gauzès* ist 2016 ein Präsident ins Amt gewählt worden, der nicht nur selbst ehemaliges Mitglied des Europäischen Parlaments ist, sondern auch unmittelbar von der Kommission nach Rücksprache mit Rat und Europäischem Parlament nominiert wurde.¹⁰⁰ Weil diese Nominierung von der Mitgliederversammlung der EFRAG zu bestätigen war, ist der Präsident damit zwar demokratisch nicht legitimiert. Zu einem erhöhten reflexhaft-demokratischen Legitimationsniveau innerhalb des EFRAG Board dürfte die Vorschlagsberechtigung der Kommission sowie die Abstimmung mit den gesetzgebenden Organen der EU aber gleichwohl beitragen.

(2) EFRAG-TEG

Wenn in der Vergangenheit eine unzureichende Umsetzung reflexhaft-demokratischer Mindeststandards hinsichtlich der personellen Besetzung der EFRAG-TEG beklagt wurde, so richtete sich diese Kritik vor allem auf die Dominanz von Vertretern großer Industrieunternehmen und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften sowie die im Gegenzug fehlende Repräsentanz insbesondere von Gläubigern und Investoren. Bemängelt wurde, dass EFRAG sich auf dem Papier zwar das Ziel gesetzt hatte, neben der fachlichen Eignung der Mitglieder auch auf eine geografisch und beruflich möglichst vielfältige Besetzung ihrer Expertengruppe Wert zu legen,¹⁰¹ die Realität diesem Anspruch allerdings nicht gerecht wurde.¹⁰² Dazu ist aus heutiger Sicht zunächst anzumerken, dass die Kriterien hinsichtlich der personellen Zusammenstellung der EFRAG-TEG im Zuge der 2014 umgesetzten Reformmaßnahmen bereits auf dem Papier noch einmal erheblich verschärft und denjenigen angeglichen wurden, die auch für das EFRAG Board gel-

99 Art. 7 a) EFRAG Internal Rules.

100 Art. 8.1 EFRAG Internal Rules.

101 EFRAG Annual Review 2005, S. 5.

102 *Wojcik*, Internationale Rechnungslegungsstandards als europäisches Recht, S. 201.

ten. Insbesondere ist sicherzustellen, dass kein Sektor, keine berufliche Gruppierung und kein Land die Stimmmehrheit erlangt und dadurch die inhaltlichen Positionen der EFRAG-TEG einseitig zu seinen Gunsten prägen kann.¹⁰³ Es sollen deshalb auch nie mehr als drei Mitglieder der Expertengruppe aus demselben Land kommen.¹⁰⁴ Weil im Übrigen mindestens vier Mitglieder von nationalen Standardsetzern nominiert werden dürfen (hierunter die nationalen Standardsetzer Frankreichs, Deutschlands, Italiens und aktuell noch des Vereinigten Königreichs),¹⁰⁵ ist auch eine starke Liaison der Arbeit der Expertengruppe zu wirtschaftlich bedeutsamen europäischen Mitgliedstaaten gewährleistet. Weiterhin zeigt gerade die aktuelle Zusammensetzung der EFRAG-TEG, dass diese eigens gesetzten Anforderungen der EFRAG an die Besetzung ihrer Entscheidungsträger auch praktisch zur Umsetzung gelangen.¹⁰⁶ Zwar lässt sich eine gewisse Dominanz der Wirtschaftsprüfer nach wie vor jedenfalls insofern verzeichnen, als diese die größte aller vertretenen Interessengruppen stellen. Die für Beschlussfassungen der EFRAG-TEG benötigte einfache Mehrheit können sie aktuell aber selbst dann nicht stellen, wenn mit einem Anwesenheitsquorum von 60 % nur das erforderliche Minimum der EFRAG-Mitglieder beschließt. Des Weiteren ist positiv zu verzeichnen, dass in der Expertengruppe unter anderem mit Vertretern von Banken, Versicherungen, Industrieunternehmen und einem Akademiker Mitglieder verschiedener beruflicher Herkunft vertreten sind. Dadurch wird sichergestellt, dass der Entscheidungsprozess durch möglichst vielfältige Perspektiven bereichert wird und keine Interessengruppe die inhaltlichen Positionen der EFRAG-TEG allein in ihrem Sinne beeinflussen kann. Für zusätzliche Pluralität sorgt sodann auch der dauerhafte Beobachterstatus der Kommission, der EZB und diverser europäischer Finanzaufsichtsbehörden, die ihrerseits zumindest ein Rederecht haben und sich dadurch auf unmittelbarem Weg in die Entscheidungsprozesse der EFRAG-TEG einbringen können.¹⁰⁷ Auch dem in der Geschäftsordnung festgelegten geografischen Proporz ist innerhalb der aktuellen Besetzung der Expertengruppe insofern Genüge getan, als das EFRAG Board die „drei pro Land-Quote“ bei der Auswahl der Mitglieder eingehalten hat. Bedauerlich ist zwar, dass – wohl wegen

103 Es sollen deshalb auch nie mehr als drei Mitglieder aus demselben Land kommen, Art. 20.2 b) EFRAG Internal Rules.

104 Art. 20.2 b) EFRAG Internal Rules.

105 Art. 25.2 EFRAG Internal Rules.

106 Die aktuelle, seit dem 01.04.2019 bestehende personelle Zusammensetzung der EFRAG TEG ist auf der Website der EFRAG veröffentlicht.

107 Art. 25.3 EFRAG Internal Statutes.

des fehlenden Engagements bei der Finanzierung der EFRAG – wie schon im EFRAG Board kein einziger Entsandter eines osteuropäischen Mitgliedstaats in der Expertengruppe Mitglied ist. Da allerdings mit dem EFRAG CFSS ein Beratungsgremium für EFRAG Board und EFRAG-TEG eingerichtet ist, das gerade jenen nationalen Standardsetzern und damit denjenigen Mitgliedstaaten Einflussnahme zusichert, die weder zu den ständigen Mitgliedern des EFRAG Board gehören noch einen der rotierenden Sitze erhalten, wird die hierdurch bewirkte Einbuße an Pluralität hinreichend kompensiert.¹⁰⁸

Vor diesem Hintergrund genügt neben der Besetzung des EFRAG Board auch die personelle Besetzung der EFRAG-TEG reflexhaft-demokratischen Mindeststandards.

bb) Finanzierung

Wurde EFRAG früher noch ausschließlich durch Beiträge privatwirtschaftlicher Berufs- und Interessenverbände finanziert, wird seit 2011 ein Großteil ihres zuletzt knapp 6,4 Mio. Euro umfassenden Haushalts durch europäische Betriebskostenzuschüsse gedeckt.¹⁰⁹ Die Kommission ist hiermit der in Schrifttum und Praxis schon lange völlig zu Recht propagierten Forderung nachgekommen, einer zu großen Einflussnahme privater Verbände durch finanzielle Maßnahmen entgegenzutreten. Der zweitgrößte Anteil unter den Einnahmen der EFRAG entfällt auf Zuwendungen nationaler Standardsetzer, zu denen aktuell die Standardsetzer Frankreichs, Deutschlands, des Vereinigten Königreichs, Italiens, Schwedens, Dänemarks, der Niederlande, Spaniens und Luxemburgs zählen.¹¹⁰ Dieses finanzielle Engagement einzelner Mitgliedstaaten ist einer finanziellen Förderung der EFRAG durch privatwirtschaftliche Beiträge zwar ohne Zweifel vorzuziehen. Weil die Besetzung der Boardmitglieder aber an Vertreter zahlender Mitglieder der EFRAG rückgekoppelt ist, wäre es zweifelsohne wünschenswert, wenn sich entweder sämtliche Mitgliedstaaten an einer direkten Finanzierung der EFRAG beteiligen würden oder aber wenn die Kommissi-

108 In diese Richtung auch *Pellens/Fülbier/Gassen/Sellhorn*, Internationale Rechnungslegung, S. 80.

109 EFRAG zählt zu den Begünstigten des Beschlusses Nr. 716/2009/EG vom 16. September 2009, Abl. L 253 vom 25.09.2009, S. 8 ff. Die Betriebskostenzuschüsse machten 2018 entsprechend der finanziellen Angaben im Jahresbericht der EFRAG 45 % ihres Haushalts aus, vgl. EFRAG Annual Review 2018, S. 30.

110 Vgl. EFRAG Annual Review 2018, S. 31.

sion ihre finanziellen Mittel ausweiten und die Rückkopplung hierdurch ein Stück weit aufweichen würde. Das würde der erwünschten breiteren geografischen Repräsentation der Boardmitglieder zusätzlichen Auftrieb geben.

Insbesondere zu beanstanden sind letztlich aber vor allem die von privaten Organisationen stammenden „*contributions in kind*“, die unter anderem in der Entsendung von Personal an EFRAG bestehen und 2018 knapp 20 % des Haushalts der EFRAG ausmachten. Da sie im Jahresbericht der EFRAG bislang in keiner Weise näher aufgeschlüsselt werden, wäre zur Aufdeckung potenzieller Interessenkonflikte oder sonstiger Einflüsse ein erhöhtes Maß an Transparenz in dieser Hinsicht zweifelsfrei wünschenswert.

cc) Entscheidungsprozess („*Due Process*“)

Als Säulen eines reflexhaft-demokratischen Entscheidungsprozesses wurden eingangs Transparenz, Publizität und Öffentlichkeitsbeteiligung genannt, die in eine begründete Entscheidung münden sollen. Der sogenannte „*Due Process*“, den EFRAG vor ihren Übernahmeempfehlungen an die Kommission in diesem Zusammenhang durchläuft, ist mit diesen Anforderungen vereinbar. Denn zum einen ist der Entscheidungsprozess in der Geschäftsordnung der EFRAG und dem sie ergänzenden sogenannten „*EFRAG Due Process Explanatory Memorandum*“ ausdrücklich festgelegt und entfaltet insofern innerhalb der EFRAG bindende Wirkung. Zum anderen sind im Entscheidungsprozess selbst die wesentlichen Mechanismen zur Gewährleistung reflexhaft-demokratischer Anforderungen implementiert. Eingeleitet wird der „*Due Process*“ unmittelbar im Anschluss an die Verlautbarung eines neuen bzw. geänderten internationalen Rechnungslegungsstandards durch das IASB. Da EFRAG den Standardsetzungsprozess auf Ebene des IASB proaktiv begleitet, hat sie sich zu diesem Zeitpunkt also bereits ein vorläufiges Bild von der Vereinbarkeit des Standards mit den Übernahmekriterien der IAS-VO gemacht. Zu Beginn des „*Due Process*“ veröffentlicht die Expertengruppe deshalb diese vorläufige Konformitätseinschätzung verbunden mit einer Einladung an die Öffentlichkeit, hierzu innerhalb eines Monats Stellung zu beziehen. Nachdem die Expertengruppe die eingegangenen Stellungnahmen in einem nächsten Schritt ausgewertet und ihre bisherige Einschätzung auf deren Grundlage neu bewertet und hinterfragt hat, leitet sie dem EFRAG Board ihre endgültige, mit einer ausführlichen Begründung („*Basis for Conclusions*“)

versehene Empfehlung zu. Billigt das EFRAG Board die Empfehlung der Expertengruppe seinerseits – nach Möglichkeit einstimmig, jedenfalls aber mit einer Zweidrittelmehrheit der abstimmenden Boardmitglieder – leitet es die endgültige Übernahmeempfehlung schließlich an die Kommission weiter. Den eingangs statuierten Mindestanforderungen an einen transparenten, öffentlichen Entscheidungsprozess ist damit ohne Probleme Genüge getan.¹¹¹

b) Materielle Steuerung

Materiell wird die Tätigkeit der EFRAG zunächst durch die Übernahmekriterien der IAS-VO selbst gesteuert, welche EFRAG dazu anhalten, ihre Prüfung unter anderem am europäischen öffentlichen Interesse auszurichten. Darüber hinaus wird die Beteiligung der EFRAG am Endorsement-Verfahren seit 2016 auch durch das neu geschlossene Working Arrangement zwischen EFRAG und der Kommission gesteuert. Letzteres prägt das Kooperationsverhältnis zwischen beiden vor allem insofern, als es der Kommission anlassbezogen die Möglichkeit gibt, EFRAG um eine materiell erweiterte Stellungnahme zu ersuchen, die neben den Übernahmekriterien der IAS-VO etwa auch eine von EFRAG vorzulegende Folgenabschätzung hinsichtlich Kosten und Nutzen sowie der weiterreichenden makroökonomischen Folgen des neu einzuführenden oder zu ändernden Standards berücksichtigt. Darüber hinaus hat die Kommission die Möglichkeit, EFRAG bei Bedarf auch nach Abgabe einer endgültigen Übernahmeempfehlung um zusätzliche Analysen, Nachweise, Erklärungen oder Ergänzungen zu ersuchen und dadurch die materiellen Anforderungen an die Übernahmeempfehlungen über die Kriterien des Art. 3 Abs. 2 IAS-VO hinausgehend an die jeweilige Übernahmesituation anzupassen. Die inhaltlichen Rahmenbedingungen der EFRAG sind damit im Interesse der EU hinreichend konkret festgelegt.

c) Schlussfolgerungen

Die seit 2014 angestoßenen Reformen haben auf Ebene der EFRAG sowohl die prozeduralen als auch die materiellen Maßnahmen zur Sicherung

111 In diesem Sinne auch bereits *Wojcik*, Internationale Rechnungslegungsstandards als europäisches Recht, S. 212.

reflexhaft-demokratischer Mindeststandards gestärkt. Allen voran steht insoweit in prozeduraler Hinsicht die Neugründung des EFRAG Board, das paritätisch mit Vertretern nationaler Standardsetzer und europäischer Stakeholderorganisationen besetzt ist und anders als das frühere *Supervisory Board* die Letztentscheidungsbefugnis hinsichtlich der von EFRAG an die Kommission abgegebenen Übernahmeempfehlungen innehat.

Zu einer weiteren Verbesserung des Legitimationsniveaus hat insbesondere auch die bereits 2009 von der Kommission angestoßene finanzielle Förderung der EFRAG mit europäischen Mitteln beigetragen, die gemeinsam mit den Beiträgen nationaler Standardsetzer einen Großteil des jährlichen Haushalts der EFRAG deckt. In materieller Hinsicht ist sodann die Vereinbarung eines Working Agreement mit der Kommission als maßgebliche Verbesserung anzusehen, da es das Kooperationsverhältnis zwischen EFRAG und Kommission erstmals ausdrücklich regelt und der Kommission insbesondere die Möglichkeit einräumt, den Prüfungsgegenstand der EFRAG anlassbezogen auch über die Kriterien des Art. 3 Abs. 2 IAS-VO hinaus zu erweitern. Wenngleich vor diesem Hintergrund insbesondere im Umgang mit privatwirtschaftlichen Sach- und Personalzuwendungen in Gestalt der sogenannten „*contributions in kind*“ punktuell nach wie vor Verbesserungsbedarf besteht, sind hinreichend reflexhaft-demokratische Mindeststandards auf Ebene der EFRAG nicht nur implementiert, sondern durch die Reformen der vergangenen Jahre noch gestärkt worden.

4. Zur Notwendigkeit und Umsetzung kompensatorischer Steuerungsmaßnahmen auf Ebene der IFRS Foundation

Wojcik ist in seiner Untersuchung zur Europarechtskonformität des Endorsement-Verfahrens zwar zu dem Ergebnis gelangt, dass dieses nicht gegen europäisches Primärrecht verstoße. Gleichzeitig hat er aber betont, dass es den Gründen, die allgemein für die rechtliche Unbedenklichkeit der Inkorporation ins Feld geführt würden, wegen der nicht von der Hand zu weisenden „*Dynamisierung*“ des Endorsement-Verfahrens speziell im Falle der internationalen Rechnungslegungsstandards an Überzeugungskraft fehle.¹¹² Die Tendenz zu einem „*Alles oder Nichts*“ bei der Übernahme der Standards in europäisches Recht, die starke Rolle der Kommission bei der Übernahme und die strukturell bedingte Sachverstandsasymmetrie

112 *Wojcik*, Internationale Rechnungslegungsstandards als europäisches Recht, S. 189.

zwischen dem IASB auf der einen und der Kommission bzw. dem europäischen Gesetzgeber auf der anderen Seite verfehlten nach Ansicht Wojciks das Ziel des Gesetzgebers, mit der Inkorporation als Rezeptionsmethode ein hohes demokratisches Legitimationsniveau internationaler Rechnungslegungsstandards sicherzustellen. Um diese Defizite des Endorsement-Verfahrens auszugleichen, bedürfe es deshalb, wie schon für die Tätigkeit der EFRAG, auch für die Standardentwicklung durch das IASB kompensierender prozeduraler und materieller Steuerungsmechanismen. Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass diese Forderung ihre Gültigkeit bis heute nicht verloren hat, da die jüngeren Entwicklungen die Dynamisierung des Endorsement-Verfahrens zwar ein Stück weit entschleunigen, aber nicht beseitigen konnten.¹¹³ Nach wie vor bedarf es zur Sicherstellung zumindest reflexhaft-demokratischer Mindeststandards auf Ebene der IFRS Foundation deshalb entsprechender prozeduraler und materieller Steuerungsmaßnahmen, die vor dem Hintergrund aktueller Tendenzen näher in den Blick zu nehmen sind.

a) Prozedurale Steuerung

Zu den bedeutsamsten prozeduralen Steuerungsmaßnahmen der vergangenen Jahre zählt die Implementierung einer sogenannten „*three-tier Governancestruktur*“ durch Einrichtung eines *Monitoring Boards*. Seit 2009 wird die Tätigkeit des IASB bei der Standardentwicklung und -setzung dementsprechend nicht mehr allein durch die Trustees der IFRS Foundation beaufsichtigt, obgleich diese nach wie vor weitreichende Entscheidungskompetenzen etwa hinsichtlich der Ernennung der Boardmitglieder, der Finanzierung der Boardaktivitäten und der Festlegung der Geschäftsordnung sowie der Regelungen zur Standardsetzung innehaben.¹¹⁴ Vielmehr untersteht das IASB indirekt nunmehr auch dem *Monitoring Board*, das seinerseits die Besetzung und Tätigkeit der Trustees beaufsichtigt und als Gremium aus Vertretern international bedeutender, öffentlich rechenschaftspflichtiger Institutionen¹¹⁵ – hierunter auch der verantwortliche

113 Zur „hybriden Rechtsfortbildung“ durch Endorsement bereits Kirchner, in: FS Siegel, S. 201.

114 Ziffer 15 (a), (e), (g), (h) IFRS Foundation Constitution.

115 Mitglieder sind im Übrigen der Vorsitzende des IOSCO Emerging Markets Committee, der Vorsitzende des IOSCO Technical Committee, ein Gesandter der Japan Financial Services Agency, der Vorsitzende der SEC und der Vorsitzende des Basler Ausschusses für Bankenaufsicht als Beobachter, vgl. Ziffer 21

EU-Kommissar – ein dauerhaft hohes personelles und sachliches Legitimationsniveau innerhalb der IFRS Foundation gewährleisten soll.¹¹⁶

aa) Personelle Besetzung der Trustees der IFRS Foundation und des IASB

Wie schon hinsichtlich der personellen Besetzung des EFRAG Board und der EFRAG-TEG besteht auch auf Ebene der IFRS Foundation kein Zweifel daran, dass jedenfalls die satzungsmäßig auf dem Papier statuierten Anforderungen an die personelle Besetzung der Trustees der IFRS Foundation und der Mitglieder des IASB reflexhaft-demokratischen Mindeststandards genügen.¹¹⁷ Denn die insoweit in den Ziffern 6 und 24 der IFRS Foundation Constitution niedergelegten Kriterien sehen mit dem Ziel einer möglichst pluralistischen Zusammensetzung der Trustees und Boardmitglieder nicht nur einen festen geografischen Verteilungsschlüssel vor, sondern streben auch ein möglichst breit gefächertes berufliches Spektrum ihrer Mitglieder an. So wird für die Auswahl der insgesamt 22 Trustees der IFRS Foundation eine Mischung aus Abschlusserstellern, Investoren, sonstigen Abschlussnutzern, Wissenschaftlern, Mitgliedern von Aufsichtsbehörden und Regierungsbeamten anvisiert. Für die Auswahl der insgesamt 14 Boardmitglieder gilt Vergleichbares. Auch die Begrenzung der Amtszeit auf höchstens sechs Jahre für Trustees sowie höchstens zehn Jahre für Boardmitglieder gewährleistet auf Ebene der IFRS Foundation reflexhaft-demokratische Mindeststandards und wird in dieser Hinsicht flankiert durch die förmlich abzugebende Verpflichtung der Trustees und der Boardmitglieder, ihr Mandat ausschließlich im öffentlichen Interesse auszuüben.¹¹⁸ Um die Einhaltung dieser Verpflichtung sicherzustellen, unterliegen die Trustees einer regelmäßigen Rechenschaftspflicht unter anderem dadurch, dass sie im Fünfjahrestakt einen „*Review of the Structure and Effectiveness*“ durchzuführen haben, um das Feedback der interessierten Öffentlichkeit einzuholen und hierzu Stellung zu beziehen.¹¹⁹ Auch die Verpflichtung der Boardmitglieder zu gemeinnützigem Handeln wird in besonderer Weise abgesichert, indem die Boardmitglieder ihre Tätigkeit

IFRS Foundation Constitution. Zur personellen Zusammensetzung des Monitoring Board im Einzelnen vgl. Ziffer 5 IFRS Foundation Constitution.

116 So auch *Pellens/Fühlbier/Gassen/Sellhorn*, Internationale Rechnungslegung, S. 54.

117 So auch *Wojcik*, Internationale Rechnungslegungsstandards als europäisches Recht, S. 192 ff.

118 Vgl. Ziffern 6, 25 IFRS Foundation Constitution.

119 Ziffer 17 (c) IFRS Foundation Constitution.

bis auf drei Ausnahmen in Vollzeit auszuüben haben und dementsprechend während ihres Mandats keinerlei weitere Beschäftigungsverhältnisse unterhalten dürfen, aus denen sie einen wirtschaftlichen Nutzen ziehen könnten.¹²⁰

Ebenfalls den Verhältnissen auf Ebene der EFRAG vergleichbar, waren es in der Vergangenheit allerdings nicht diese hier skizzierten, satzungsmäßig festgelegten Mindeststandards, sondern vor allem deren praktische Umsetzung, die Anlass zu Kritik bot. Konkret bemängelt wurde insbesondere die zu verzeichnende Dominanz der Wirtschaftsprüfer, der Großunternehmen und der Vertreter anglo-amerikanischer Rechtssysteme im IASB, aufgrund derer von einer ausgewogenen Besetzung der Boardmitglieder keine Rede sein konnte.¹²¹ Umso erfreulicher ist es, dass die *aktuelle* personelle Besetzung des Board diesbezüglich ein anderes Bild zeichnet. Nicht nur ist der satzungsmäßig vorgegebene geografische Verteilungsschlüssel eingehalten, sondern auch die Dominanz der Wirtschaftsprüfer und der Vertreter anglo-amerikanischer Rechtssysteme hat abgenommen. Darüber hinaus sind mit Vertretern von Banken und Investoren im IASB nunmehr auch wichtige Abschlussadressaten vertreten und auch im Übrigen wird die erstrebte Vielfalt beruflicher Hintergründe erkennbar. So finden sich neben den bereits genannten Berufs- und Branchenvertretern auch Akademikerinnen, ehemalige Mitglieder nationaler Aufsichtsbehörden und ehemalige Mitglieder nationaler Standardsetzungskomitees.¹²² Ähnlich gestaltet sich die derzeitige Besetzung der Trustees, die ihrerseits den statutarisch vorgesehenen geografischen Verteilungsschlüssel entspricht und mit Vertretern von Banken, Aufsichtsbehörden, nationalen Standardsetzungskomitees, Großunternehmen verschiedener Branchen, mit Juristen und Beratern darüber hinaus für eine gewisse berufliche Vielfalt dort gesorgt hat, wo lange Zeit ebenfalls eine Dominanz des Berufsstandes der Wirtschaftsprüfer und der Vertreter anglo-amerikanischer Rechnungslegungssysteme zu erkennen war.¹²³

Damit bleibt festzuhalten, dass die personelle Besetzung der Entscheidungsträger auf Ebene der IFRS Foundation sowohl hinsichtlich der Trus-

120 Ziffer 24 IFRS Foundation Constitution.

121 Eingehend *Wojcik*, Internationale Rechnungslegungsstandards als europäisches Recht, S. 194.

122 Zur aktuellen Besetzung des IASB vgl. die Informationen unter <https://www.ifrs.org/groups/international-accounting-standards-board/#members>.

123 Zur aktuellen Besetzung der Trustees der IFRS Foundation vgl. die Informationen unter <https://www.ifrs.org/groups/trustees-of-the-ifs-foundation/>.

tees als auch hinsichtlich der Boardmitglieder reflexhaft-demokratischen Mindeststandards entspricht.

bb) Finanzierung

Der in den vergangenen Jahren stetig angestiegene Haushalt der IFRS Foundation wird zum Teil durch Einkünfte aus dem Vertrieb von Produkten der IFRS Foundation etwa in Form von Abonnements, Veröffentlichungen, Lizenzen etc. gedeckt, überwiegend aber durch Spenden privater und öffentlicher Einrichtungen. Gibt man zu bedenken, dass die Berufsgruppe der Wirtschaftsprüfer noch vor der Europäischen Union, China und Japan die größte Spendergruppe ausmacht, indem sie etwa ein Viertel aller insgesamt gesammelten Spenden abdeckt, erscheint die im Rahmen der 2015 durchgeführten „*Review of the Structure and Effectiveness*“ an die Trustees herangetragene Sorge gerechtfertigt, dass hierdurch die Unabhängigkeit der Standardentwicklung gefährdet würde. Selbst wenn nämlich eine von der IFRS Foundation durchgeführte stichprobenartige Überprüfung ergeben haben mag, dass die Wirtschaftsprüfungsgesellschaften in ihren Stellungnahmen zur Standardentwicklung nichts ansprechen würden, was die Unabhängigkeit des IASB unterlaufen könnte,¹²⁴ so ist dieser Aspekt allein freilich nicht geeignet, den Anschein einer Einflussnahme zu beseitigen. Zu denken ist nur an Abstimmungen außerhalb des formellen Standardsetzungsverfahrens – wenn es nicht sogar genügt, dass die Boardmitglieder sich bei ihrer Tätigkeit der starken finanziellen Abhängigkeit ihrer Vereinigung vom Stand der Wirtschaftsprüfer jedenfalls bewusst sind. Gerade diesen Defiziten können auch ein stark formalisiertes Standardsetzungsverfahren und eine Überwachung durch die Trustees nur begrenzt entgegenwirken, weshalb das Monitoring Board als Gremium öffentlich-rechtlicher Interessenträger gerade in dieser Hinsicht besondere Bedeutung entfaltet.¹²⁵ Im Interesse einer weitergehenden Stärkung eines reflexhaft-demokratischen Standardsetzungsprozesses gleichwohl zu begrüßen wäre jedoch zweifelsohne ein ausschließlich auf staatlichen Zuwendungen basierendes Finanzierungsmodell, das sich proportional am relativen BIP derjenigen Staaten orientiert, in denen die internationalen Rechnungslegungsstandards zum Einsatz kommen. Ein solches, auch von den

124 *Review of Structure and Effectiveness* (2015), Ziffer 96.

125 So aber die Trustees in der *Review of Structure and Effectiveness* (2015), Ziffer 96.

Trustees der IFRS Foundation favorisiertes Finanzierungsmodell konnte zwar trotz entsprechender Bemühungen bislang noch nicht durchgesetzt werden, wäre aber ein nächster wichtiger Schritt hin zu einer verbesserten Durchsetzung gemeinschaftlicher Interessen im Standardsetzungsprozess.¹²⁶

cc) Standardsetzungsverfahren

Das im „*Due Process Handbook*“ geregelte Standardsetzungsverfahren ist mit demokratischen Mindeststandards ohne Weiteres vereinbar. Das ist in der Vergangenheit im Schrifttum bereits hinreichend aufgearbeitet worden, ohne dass dem vor dem Hintergrund neuer Entwicklungen oder Tendenzen Wesentliches hinzuzufügen wäre.¹²⁷ In diesem Zusammenhang hervorzuheben ist nicht nur die Transparenz des eigentlichen Standardsetzungsverfahrens, innerhalb dessen die vom IASB veröffentlichten Erstentwürfe („*Exposure Drafts*“) in einem oder gegebenenfalls auch mehreren Zyklen bestehend aus der Einholung von Stellungnahmen der interessierten Öffentlichkeit, der Auswertung dieser Stellungnahmen und anschließenden Beratungsgesprächen entwickelt werden. Vielmehr wird die interessierte Öffentlichkeit auch in die Vor- und Nachbereitung des Standardsetzungsverfahrens einbezogen, indem sie zum einen Gelegenheit erhält, zu den vom IASB veröffentlichten Diskussionspapieren bezüglich der vom IASB aktuell verfolgten Agenda Stellung zu beziehen.¹²⁸ Zum anderen führt der IASB innerhalb von zwei Jahren nach Einführung neuer oder einer grundlegenden Überarbeitung bestehender Standards öffentlich einsehbare „*Post-Implementation Reviews*“ durch, in denen praktische Anwendungsprobleme sowie gegebenenfalls auftretende unbeabsichtigte Auswirkungen des neuen Standards unter erneuter Einbeziehung der Öffentlichkeit ermittelt werden sollen. Die Ergebnisse dieses Verfahrensschritts sind dabei, ebenso wie sämtliche in diesem Zusammenhang eingereichten Stellungnahmen, grundsätzlich öffentlich einsehbar.

126 Review of Structure and Effectiveness (2015), Ziffer 96. Das liegt auch an der von der IFRS Foundation kritisierten Weigerung einiger die IFRS in Anspruch nehmender Länder, überhaupt einen finanziellen Beitrag zur Arbeit der IFRS Foundation zu leisten.

127 Eingehend Pellens/Fülbier/Gassen/Sellhorn, Internationale Rechnungslegungsstandards, S. 80; Wojcik, Internationale Rechnungslegungsstandards als europäisches Recht, S. 212 ff.

128 Vgl. Ziffer 4.12 f. des Due Process Handbook.

b) Materielle Steuerung

Materielle Steuerungsmechanismen sollen der privatrechtlichen Vereinigung und hier konkret der IFRS Foundation bzw. dem IASB nach obigen Ausführungen ein gewisses sachlich-inhaltliches Legitimationsniveau dadurch vermitteln, dass sie den privaten Akteur zu einem gemeinwohlorientierten Handeln anhalten.¹²⁹ Hierzu ist zunächst anzumerken, dass eine Vereinbarung, wie sie 2016 in Gestalt eines Working Agreement zwischen Kommission und EFRAG geschlossen wurde, für die Zusammenarbeit zwischen Kommission und IASB kein vergleichbares Pendant findet. Darauf würde sich der IASB sinnvollerweise wohl auch weder einlassen können noch wollen, trägt er als Standardsetzer doch nicht allein europäischen, sondern globalen Konvergenzbestrebungen Rechnung. Nichtsdestoweniger wird sich eine materielle Steuerung des IASB zumindest indirekt aus den Übernahmekriterien des Art. 3 Abs. 2 IAS-VO ergeben, die das Gemeinwohl im Sinne des europäischen Wohls mit hinreichender Bestimmtheit ausgestalten und konkretisieren.¹³⁰ Sofern diese die etwaig konfligierenden Interessen einzelner Adressatengruppen nicht selbst zum Ausgleich bringen, sondern diese unter dem Kriterium des „europäischen öffentlichen Interesses“ lediglich wertungsfrei bündeln, ergeben sich hieraus insofern keine Steuerungsdefizite, als man davon ausgehen darf, dass der Unionsgesetzgeber sich die vom IASB selbst vorgenommene Interessenabwägung zugunsten der Gesellschafter und Gläubiger,¹³¹ wie sie damals bereits in den existierenden IAS zum Ausdruck gekommen ist, bei Erlass der IAS-VO zu eigen gemacht hat.¹³² Davon abgesehen wird als „Sprachrohr“ der Europäischen Union auch EFRAG dafür Sorge tragen, dass die europäischen Interessen im Rahmen des Standardsetzungsprozesses gewahrt werden, ist EFRAG unter dem Working Agreement mit der Kommission doch ihrerseits an die Übernahmekriterien des Art. 3 Abs. 2 IAS-VO und insofern an ein gemeinwohlorientiertes Handeln gebunden. Dadurch wird das materielle Legitimationsdefizit, das aus einer fehlenden

129 Vgl. dazu Abschnitt II. 3. b).

130 So zumindest im Hinblick auf das „*true and fair view*“-Prinzip als Übernahmekriterium auch *Wojcik*, Internationale Rechnungslegungsstandards als europäisches Recht, S. 217. Zur Vereinbarkeit der Übernahmekriterien mit den europarechtlichen Bestimmtheitsanforderungen bereits oben Abschnitt II. 2.

131 Vgl. dazu sogleich unten § 2 A. I. 4. a).

132 *Wojcik*, Internationale Rechnungslegungsstandards als europäisches Recht, S. 218.

direkten Vereinbarung zwischen dem Unionsgesetzgeber oder der Kommission und der IFRS Foundation resultiert, umfassend kompensiert.

III. Zusammenfassung

Ausgangspunkt des vorstehenden Untersuchungsabschnittes war die Erkenntnis, dass internationale Rechnungslegungsstandards als privat entwickelte Regelsätze Verbindlichkeit auf europäischer Ebene nur erlangen, soweit sie in das Europäische Recht rezipiert wurden.¹³³ Die entsprechenden rechtlichen Grundlagen hat der Unionsgesetzgeber in der IAS-VO geschaffen, derzufolge die internationalen Rechnungslegungsstandards Verbindlichkeit nur dann erlangen, wenn sie von der Kommission im Wege des Regelungsverfahrens mit Kontrolle in das Europäische Recht inkorporiert werden. Mit der zu erwartenden Anpassung der IAS-VO an den Vertrag von Lissabon und insofern konkret an die Voraussetzungen des Art. 290 AEUV wird das Regelungsverfahren mit Kontrolle durch ein Übernahmeverfahren abgelöst werden, das sich seinem voraussichtlichen Inhalt nach bislang nur einer entsprechenden Gesetzesinitiative der Kommission und den in erster Lesung vorgenommenen Änderungen des Europäischen Parlaments entnehmen lässt. Große Unterschiede zum Regelungsverfahren mit Kontrolle werden sich danach wohl kaum ergeben, wenn man bedenkt, dass das künftig abzuschaffende ARC als Sachverständigengremium der Mitgliedstaaten auch im Regelungsverfahren mit Kontrolle nur begrenzten Einfluss auf die Übernahme internationaler Rechnungslegungsstandards ausüben konnte und die Kommission ein von den Mitgliedstaaten zu besetzendes neues Sachverständigengremium auch weiterhin zu konsultieren hat. Nichts anderes gilt für die Dynamik zwischen Rat und

133 Daraus folgt im Umkehrschluss freilich auch, dass bereits verabschiedete, aber noch nicht in das Europäische Recht übernommene Standards für Gesellschaften im Anwendungsbereich der IAS-VO keine Verbindlichkeit entfalten. Sie können allenfalls Gegenstand freiwilliger Anwendung sein, wengleich dies richtigerweise nur dann erlaubt sein kann, wenn der neue Standard die bestehende Rechtslage ergänzt. Kollidiert er stattdessen mit bereits existierenden Standards, ist abzuwarten, ob und inwieweit er in Europäisches Recht übernommen wird, vgl. Kommentar der Kommission zur IAS-VO von November 2003, S. 4. Aus dem Schrifttum *Buchheim/Gröner/Kühne*, BB 2004, 1785 f.; *Driesch*, Beck'sches IFRS-Handbuch Rn. 74; *Henrichs*, in: Münchener Kommentar zum Bilanzrecht, Einführung in die Rechnungslegung nach IFRS Rn. 62 f.; *Heuser/Theile*, IFRS-Handbuch Rn. 65 ff.; *Knorr*, Accounting 2007, 11; *Oversberg*, DB 2007, 1597, 1601; *Pellens/Jödicke/Jödicke*, BB 2007, 2503, 2506 f.

Europäischem Parlament, deren jeweilige Befugnisse bereits im Regelungsverfahren mit Kontrolle weitgehend angeglichen waren und deshalb bei Anpassung der IAS-VO an Art. 290 AEUV ebenfalls nur wenig Raum für tiefgehende Veränderungen lassen. So werden sich gegenüber der bisherigen Rechtslage Veränderungen letztlich vor allem aus der bezweckten zeitlichen Straffung des Endorsement-Verfahrens ergeben, die durch ein möglichst konzentriertes Zusammenwirken des Rates, des Europäischen Parlaments und des neuen Sachverständigen-Gremiums erzielt werden und insofern einen verbesserten Austausch der Verfahrensbeteiligten gewährleisten sollen.

Kritischen Stimmen, die in der Vergangenheit eine gewisse Dynamisierung des Endorsement-Verfahrens dahingehend beklagten, dass die in der IAS-VO getroffene Grundsatzentscheidung für das Regelungssystem der internationalen Rechnungslegungsstandards sich bei der Übernahme einzelner Standards durch die Kommission kaum noch kritisch hinterfragen oder aussetzen lasse, ist ein gewisser Überzeugungsgrad auch aus heutiger Perspektive nicht abzuspüren. Die in der IAS-VO geschaffene Grundlage für die Inkorporation derartiger Standards deshalb aber wertungsmäßig als dynamische Verweisung qualifizieren zu wollen, ginge zu weit. Denn gerade die infolge des Maystadt-Berichts angestoßenen Reformen der vergangenen Jahre haben durch verstärkte prozedurale wie auch materielle Steuerungsmaßnahmen auf Ebene der EFRAG für ein stetig ansteigendes demokratisches Legitimationsniveau des Endorsement-Verfahrens gesorgt. Weniger bewegt waren in den vergangenen Jahren demgegenüber die Entwicklungen auf Ebene der IFRS Foundation. Die auch insofern geäußerte Forderung, die Einhaltung reflexhaft-demokratischer Mindeststandards durch entsprechende prozedurale und materielle Steuerungsmaßnahmen sicherzustellen, ist angesichts der beschriebenen Dynamisierung des Endorsement-Verfahrens nachvollziehbar und in weiten Teilen auch bereits umgesetzt – wenngleich die aktuelle Finanzierungsstruktur der IFRS Foundation noch immer nur unzureichend dazu beiträgt, der Einflussnahme von Sonderinteressen auf die Standardentwicklung entgegenzuwirken. Insofern ist der auch von den Trustees geäußerte Ruf nach einem finanziellen Engagement sämtlicher von den internationalen Rechnungslegungsstandards Gebrauch machender Staaten nur zu wiederholen. An der Vereinbarkeit des Endorsement-Verfahrens mit europäischem Primärrecht ändert dieses bloß punktuelle Defizit allerdings nichts.¹³⁴

134 So auch *Wojcik*, Internationale Rechnungslegungsstandards als europäisches Recht, S. 163.

B. Rahmenkonzept

Dem 1989 vom IASC verlautbarten, 2001 vom IASB übernommenen und 2018 grundlegend überarbeiteten Rahmenkonzept kommen drei ausdrücklich benannte Funktionen zu: Erstens soll es dem IASB als konzeptionelle Grundlage bei der Standardentwicklung dienen; zweitens soll es den Abschlusserstellern Leitfaden im Umgang mit solchen Konstellationen sein, in denen sich für einen spezifischen Geschäftsvorfall kein anwendbarer Standard findet oder in denen ein Standard verschiedene Möglichkeiten zur Sachverhaltsabbildung eröffnet; drittens soll es den Abschlussadressaten das Verständnis und die Auslegung internationaler Rechnungslegungsstandards erleichtern.¹³⁵ Vor allem die zweitgenannte Zweckrichtung ist im Rahmen dieser Untersuchung von Bedeutung, wirft sie doch die Frage auf, inwiefern die Bestimmungen des Rahmenkonzepts für abschlusspflichtige Gesellschaften im Anwendungsbereich der IAS-VO rechtliche Verbindlichkeit entfalten und von ihnen also bei der Abschlusserstellung zu beachten sind.

I. Keine Verbindlichkeit des Rahmenkonzepts kraft Inkorporation

Als privat entwickeltes Regelwerk gilt für das Rahmenkonzept grundsätzlich nichts anderes als für die internationalen Rechnungslegungsstandards. Auch das Rahmenkonzept kann also für die abschlusspflichtigen Gesellschaften im Anwendungsbereich der IAS-VO rechtliche Verbindlichkeit nur dann entfalten, wenn es wirksam in das europäische Recht indossiert ist. Ohne Weiteres ist allerdings erkennbar, dass das Rahmenkonzept – anders als die internationalen Rechnungslegungsstandards – bislang jedenfalls nicht in europäisches Recht *inkorporiert* wurde¹³⁶ und auf Basis der in der IAS-VO enthaltenen Befugnisübertragung im Rahmen des Endorsement-Verfahrens auch nicht inkorporiert werden kann. Denn die IAS-VO bezieht sich ausweislich der in Art. 2 enthaltenen Begriffsbestim-

135 Vgl. in dieser Weise kondensiert das Conceptual Framework for Financial Reporting 2018, Purpose and Status, Satz 1. Etwas breiter aufgefächert noch das Conceptual Framework for Financial Reporting 2010, Purpose and Status, Sätze 1 und 2.

136 Der im Schrifttum geäußerten Forderung, das Rahmenkonzept in das Europäische Recht zu übernehmen, ist der Unionsgesetzgeber bislang bedauerlicherweise nicht nachgekommen, vgl. nur *Henrichs*, ZHR 170 (2006), 498, 513; *Merk*, zfbf 2014, 477, 498.

mung allein auf die IAS/IFRS sowie die zugehörigen, mittlerweile vom IC herausgegebenen Interpretationen. Zur Übernahme des Rahmenkonzepts ermächtigt die IAS-VO demgegenüber nicht. Auch einen weiteren Sekundärakt, der die Kommission zu einer Übernahme des Rahmenkonzepts ermächtigen würde, sucht man vergebens. Um der Bedeutsamkeit des Rahmenkonzepts für die Abschlusserstellung Ausdruck zu verleihen, hat im Jahr 2003 lediglich die Kommission das Rahmenkonzept in seiner damals geltenden Fassung einem von ihr verfassten Arbeitspapier zur Kommentierung einzelner Standards als Anhang beigefügt und es in diesem Zusammenhang als „Grundlage für die Urteilsbildung bei der Lösung von Rechnungslegungsproblemen“¹³⁷ bezeichnet. Sie war damit der von EFRAG geäußerten Empfehlung gefolgt, den Abschlusspflichtigen doch immerhin den Zugang zu dem ansonsten nur kostenpflichtig abrufbaren Rahmenkonzept zu erleichtern.¹³⁸ Im Schrifttum hat dieser Schritt scheinbar für Missverständnisse gesorgt, indem er einigen Literaturvertretern als Argument für die rechtliche Verbindlichkeit des Rahmenkonzepts diente.¹³⁹ Einer solchen Annahme ist jedoch gleich aus mehreren Gründen entschieden entgegenzutreten. Denn abgesehen von der bereits fehlenden Ermächtigung der Kommission zur Inkorporation des Rahmenkonzepts sind Arbeitspapiere weder als Rechtsakt im Sinne des heutigen Art. 297 AEUV anzusehen noch werden sie üblicherweise im Amtsblatt veröffentlicht. Als verbindlicher Rechtsakt sind sie damit keineswegs anzusehen.¹⁴⁰

137 Kommentar der Kommission zur IAS-VO von November 2003, S. 6.

138 Der ebenfalls geäußerten Empfehlung der EFRAG, das Rahmenkonzept auch im Amtsblatt zu veröffentlichen, ist die Kommission hingegen nicht gefolgt, vgl. EFRAG Letter on Endorsement of existing International Accounting Standards and related interpretations vom 19.06.2002, S. 2.

139 Vgl. Schöllhorn/Müller, DStR 2004, 1623, 1624. Ähnlich Winnefeld, Bilanz-Hdb., Einführung Rn. 205 „Die EU hat das Rahmenkonzept als verbindlichen Anhang zu den übernommenen Standards angefügt, um die kohärente Anwendung der IAS/IFRS sicherzustellen.“

140 Henrichs, ZHR 170 (2006), 498, 513; Wojcik, Internationale Rechnungslegungsstandards als europäisches Recht, S. 265 mit Verweis auf EuGH, Urt. v. 29.05.1974, Rs. 185/73, „Hauptzollamt Bielefeld/Koenig“, Slg. 1974, 607 Rn. 6.

II. Verweisungen auf das Rahmenkonzept in den internationalen Rechnungslegungsstandards

Ogleich das Rahmenkonzept bislang nicht in das Europäische Recht inkorporiert worden ist, nehmen die indossierten internationalen Rechnungslegungsstandards doch immerhin an zahlreichen Stellen darauf Bezug. Nach *Merkt* lassen sich insofern vier verschiedene Formen der Bezugnahme unterscheiden:¹⁴¹ Zu finden sind zunächst Standards, die auf konkrete Definitionen des Rahmenkonzepts verweisen, ohne diese Definitionen selbst zu zitieren.¹⁴² Weiterhin gibt es Standards, die lediglich in allgemeiner Form auf den Zweck, die Leitlinien oder Zielsetzungen des Standards verweisen.¹⁴³ Bisweilen enthalten Standards auch wörtliche Zitate des Rahmenkonzepts, die unmittelbar in den Standard integriert werden. Und schließlich geben manche Standards Formulierungen aus dem Rahmenkonzept wortgleich oder wortähnlich wieder, ohne das Rahmenkonzept in diesem Zusammenhang explizit zu zitieren.¹⁴⁴ Das wirft die Frage auf, ob die betreffenden Teile des Rahmenkonzepts jedenfalls im Anwendungsbereich derartiger Standards kraft Verweisung rechtliche Verbindlichkeit erlangen.

Verhältnismäßig unproblematisch ist die Beantwortung dieser Frage hinsichtlich der beiden letztgenannten Gruppierungen. Da die einzelnen Passagen oder Bestandteile des Rahmenkonzepts hier nämlich – sei es mit oder ohne expliziter Kenntlichmachung – als integraler Bestandteil des Standards selbst unmittelbar in das Europäische Recht rezipiert wurden, nehmen sie an der legitimierenden Wirkung des Endorsement-Prozesses vollumfänglich teil und sind deshalb mit Inkrafttreten der betreffenden Kommissionsverordnung als verbindliches Recht anzusehen. Problematisch gestaltet sich vielmehr der Umgang mit den beiden erstgenannten Verweisungstechniken. Von besonderer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang zum einen IAS 8.10 i. V. m. 8.11 (b), der die Geschäftsleiter verpflichtet, beim Fehlen einschlägiger internationaler Rechnungslegungsstandards entsprechend ihrem Urteilsvermögen Bilanzierungs- und Bewertungsmethoden zu entwickeln und anzuwenden, welche zur Bereitstellung relevanter und verlässlicher Informationen führen, und hierzu auch die

141 *Merkt*, zfbf 2014, 744, 492.

142 Vgl. IAS 1.15, IAS 1.89.

143 Vgl. IAS 1.20, IAS 1.23.

144 *Merkt*, zfbf 2014, 477, 492; *Wawrzinek/Lübbing*, Beck'sches IFRS-Handbuch § 2 Rn. 9.

im Rahmenkonzept enthaltenen Definitionen, Erfassungskriterien und Bewertungskonzepte für Vermögenswerte, Schulden, Erträge und Aufwendungen zu berücksichtigen. Hier wird die soeben angesprochene, zweite Funktionsrichtung des Rahmenkonzepts konkret. Ebenfalls von grundsätzlicher Bedeutung ist sodann auch die in IAS 1.15 Satz 2 enthaltene Verweisung auf das Rahmenkonzept, derzufolge eine den tatsächlichen Verhältnissen entsprechende Darstellung erfordert, dass die Auswirkungen der Geschäftsvorfälle mit den im Rahmenkonzept enthaltenen Definitionen und Erfassungskriterien für Vermögenswerte, Schulden, Erträge und Aufwendungen glaubwürdig dargestellt werden. Schließlich knüpft auch die in IAS 1.19 niedergelegte Korrektur- und Abweichungsfunktion des Gebots der „*fair presentation*“ an die Vereinbarkeit des Abschlusses mit den im Rahmenkonzept geschilderten Zielsetzungen des Abschlusses an.

Vielfach hat man aus diesen und ähnlichen Verweisungen auf das Rahmenkonzept gefolgert, dass das Rahmenkonzept über den Umweg der Standards „*materiell weitgehend verpflichtend geworden*“ sei, hierdurch „*quasi Standardrang*“¹⁴⁵ oder „*quasi durch die Hintertür*“¹⁴⁶ rechtliche Bindungswirkung erlangt hätte. Um diese Sichtweise sinnvollerweise einordnen zu können, ist das regelungsmethodische Vorgehen des Standardsetzers näher zu betrachten. Zu Recht weist *Merkt* in diesem Zusammenhang darauf hin, dass die betreffenden Verweisungen als sogenannte konstitutive oder normergänzende Verweisungen zu qualifizieren sind, d. h. als solche Verweisungen, deren Regelungsinhalt sich nur dann erfassen lässt, wenn die Bezugsnorm – hier in Gestalt der jeweils relevanten Abschnitte des Rahmenkonzepts – mitgelesen wird.¹⁴⁷ Damit stellt sich aber erstens die Frage, ob die betreffenden Standards statisch auf das Rahmenkonzept in seiner Fassung zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des betreffenden Standards verweisen, oder ob sie dynamisch auf das Rahmenkonzept in seiner jeweils aktuell gültigen Fassung rekurren. Zweitens stellt sich die Frage, inwieweit eine derartige Verweisung mit europäischem Primärrecht überhaupt konform ist, beziehungsweise, welche Folgen aus einem etwaigen Primärrechtsverstoß resultieren.¹⁴⁸

145 *Wawrzinek/Lübbing*, in: Beck'sches IFRS-Handbuch, § 2 Rn. 13.

146 *Dehmel/Hommel/Kunkel*, BB 2018, 1706.

147 *Merkt*, zfbf 2014, 477, 493.

148 So auch *Merkt*, zfbf 2014, 477, 493.

1. Abgrenzung zwischen statischer und dynamischer Verweisung

Die Abgrenzung zwischen statischer und dynamischer Verweisung gestaltete sich bislang vor allem deshalb so schwierig, weil der Wortlaut der betreffenden Standards hierüber nicht explizit Aufschluss gab. Bezugsobjekt war ohne nähere Angaben schlicht das „Rahmenkonzept“ oder das „Rahmenkonzept zur Erstellung und Darstellung von Abschlüssen“. Damit war unklar, ob mit den jeweiligen Begriffen lediglich eine konkrete Fassung des Rahmenkonzepts gemeint war, oder ob es dem IASB überlassen bleiben sollte, unter der Überschrift des „Rahmenkonzepts“ oder des „Rahmenkonzepts zur Erstellung und Darstellung von Abschlüssen“ auch inhaltlich überarbeitete Fassungen zum Bezugsobjekt der betreffenden Standards zu machen. Die der Standardsetzung und deren Endorsement auf europäischer Ebene zugrundeliegenden Harmonisierungs- und Kohärenzbestrebungen mochten vor diesem Hintergrund für eine Deutung als dynamische Verweisung sprechen,¹⁴⁹ während eine europarechtskonforme Auslegung allenfalls die Annahme einer statischen Verweisung zuließ. Denn dynamische Verweisungen – das ist, soweit ersichtlich, unbestritten – sind weder mit primärrechtlichen Bestimmtheits- und Publizitätsanforderungen vereinbar, noch stehen sie wegen der indirekten Übertragung von Rechtssetzungsbefugnissen auf einen privaten Regelgeber mit dem Prinzip des institutionellen Gleichgewichts in Einklang, noch entsprechen sie dem europarechtlichen Demokratieprinzip, wenn sie den Erlass verbindlicher Rechtsnormen einem demokratisch nicht legitimierten Gremium überlassen.¹⁵⁰

Seit der grundlegenden Überarbeitung des Rahmenkonzepts in 2018 dürften sich die bestehenden Unklarheiten zugunsten einer Einordnung als statische Verweisung aufgelöst haben. Denn das neue „Rahmenkonzept für die Finanzberichterstattung“ setzt sich nicht nur seinem Namen nach vom „Rahmenkonzept zur Erstellung und Darstellung von Abschlüssen“ als dessen Vorgängerversion ab. Vielmehr hat die Verabschiedung des neuen Rahmenkonzepts konsequenterweise auch zu einer begrifflichen Anpassung derjenigen Standards geführt, die bislang auf das Rahmenkonzept

149 So auch *Wojcik*, Internationale Rechnungslegungsstandards als europäisches Recht, S. 266. Zum Gedanken der Harmonisierungs- und Kohärenzbestrebungen *Merkt*, zfbf 2014, 477, 493.

150 *Wojcik*, Internationale Rechnungslegungsstandards als europäisches Recht, S. 266 m.w.N.

verweisen.¹⁵¹ Diese begriffliche Anpassung ist auf europäischer Ebene von der Kommission im Endorsement-Verfahren mit Wirkung vom 1. Januar 2020 umgesetzt worden und wäre im Falle einer dynamischen Verweisung entbehrlich gewesen. Die in den Standards enthaltenen Verweisungen beziehen sich damit in statischer Form grundsätzlich auf das Rahmenkonzept für die Finanzberichterstattung in der 2018 vom IASB verabschiedeten Fassung. Das gilt nach der in IAS 1.15 Satz 2 enthaltenen Begriffsdefinition auch dort, wo nicht vom „Rahmenkonzept für die Finanzberichterstattung“, sondern nur vom „Rahmenkonzept“ die Rede ist. Ausnahmen gelten nur dort, wo das IASB und in der Folge die Kommission bewusst von einer begrifflichen Änderung abgesehen hat oder explizit auf eine Vorgängerversion des Rahmenkonzepts verwiesen wird; so beispielsweise in IFRS 3.11, der auf das „Rahmenkonzept für die Aufstellung und Darstellung von Abschlüssen“ und damit laut Fußnote auf die entsprechenden Leitlinien des 2001 vom IASB übernommenen Rahmenkonzepts in damaliger Fassung verweist.¹⁵² Auch diese Ausnahmen sprechen aber dafür, die betreffenden Verweisungen als solche statischer Natur einzuordnen.

2. Europarechtskonformität der Verweisung

Die statische Verweisung ist – auch, sofern sie sich auf die Werke privater Regelgeber bezieht – als Rezeptionsmethode mit europäischem Primärrecht grundsätzlich vereinbar. Denn der Inhalt des Bezugsobjekts nimmt, auf europäischer Ebene nicht anders als auf nationaler Ebene, als Bestandteil der Verweisungsnorm inhaltlich an deren Legitimationsprozess teil, wird in diesem Rahmen vom Gesetzgeber überprüft und mit Erlass der Verweisungsnorm letztlich „in seinen Rechtsetzungswillen“ aufgenommen.¹⁵³ Dieser Vorgang ist weder mit einer Übertragung von Gesetzgebungskompetenzen auf den privaten Regelgeber verbunden, die einen Verstoß gegen das Prinzip des institutionellen Gleichgewichts bedeuten

151 Vgl. Amendments to References to the Conceptual Framework in IFRS Standards von März 2018.

152 Vgl. im Übrigen etwa auch IFRIC 12 und 19 mit Verweisung auf das „Rahmenkonzept für die Aufstellung und Darstellung von Abschlüssen“ in seiner Fassung aus 2001, sowie IFRIC 20 und 22 mit Verweisung auf das „Rahmenkonzept für die Rechnungslegung“, und damit laut Fußnote auf das Rahmenkonzept in seiner Fassung aus 2010.

153 A. Brunner, Technische Normen, S. 124; Wojcik, Internationale Rechnungslegungsstandards als europäisches Recht, S. 120.

würde, noch durchbricht er unter Verstoß gegen das europarechtliche Demokratieprinzip die personelle und sachlich-inhaltliche Legitimationskette zwischen Unionsgesetzgeber bzw. Kommission und den Regelungsadressaten. Bezugsobjekte statischer Verweisungen können deshalb an der Geltungskraft ihrer Verweisungsnormen grundsätzlich teilhaben.¹⁵⁴

Obwohl die statische Verweisung vor diesem Hintergrund weitreichende Ähnlichkeit zur Rezeptionsmethode der Inkorporation aufweist, unterscheidet Erstere sich in einem wesentlichen Punkt von Letzterer. Anders als der Inkorporation fehlt es in Fällen der statischen Verweisung nämlich an einer Bekanntmachung des Bezugsobjekts durch den Unionsgesetzgeber bzw. die von ihm beauftragte Kommission. Gerade hierin kann aber insbesondere bei Bezugsobjekten privater Regelgeber ein Verstoß gegen den europarechtlichen Grundsatz der Rechtssicherheit liegen. Dieser verlangt, dass die Gemeinschaftsregelungen es ihren Adressaten ermöglichen, den Umfang der ihnen auferlegten Verpflichtungen genau zur Kenntnis zunehmen.¹⁵⁵ Das setzt unter anderem voraus, dass die Verweisungsnorm die Fundstelle des Bezugsobjekts angibt,¹⁵⁶ das Bezugsobjekt der Verweisung in den Amtssprachen der EU publiziert¹⁵⁷ sowie – als Minus zu den Anforderungen des Art. 297 Abs. 1 UAbs. 3 AEUV – wenn schon nicht im Amtsblatt veröffentlicht, so doch immerhin allgemein zugänglich ist.¹⁵⁸ Diesen Klarheits- und Publizitätsanforderungen genügt die jüngst in Kraft getretene Verordnung zur Anpassung der in den Standards enthaltenen Verweisungen an die aktuelle Fassung des Rahmenkonzepts jedoch nicht. Denn weder gibt sie die Fundstelle des Rahmenkonzepts an, noch ent-

154 BVerfG, Beschl. v. 01.03.1978, 1 BvR 786/70 = BVerfGE 47, 285, 309 ff., zitiert nach *Wojcik*, Internationale Rechnungslegungsstandards als europäisches Recht, S. 105.

155 EuGH, Urt. v. 01.10.1998, „*Vereinigtes Königreich/Kommission*“, C-209/96, Slg. 1998, I-5655 Rn. 35; EuGH, Urt. v. 20.05.2003, Slg. 2003, I-5121, Rn. 89; EuGH, Urt. v. 21.02.2006, „*Halifax u.a.*“, C-255/02, Slg. 2006, I-1609 Rn. 72; EuGH, Urt. v. 21.06.2007, C-158/06, Slg. 2007, I-5103; EuGH, Urt. v. 10.03.2009, C-345/06, Slg. 2009, I-1659 Rn. 46.

156 EuGH, Urt. v. 10.03.2009, C-345/06, Slg. 2009, I-1659 Rn. 47. Für das nationale Recht *Debus*, Verweisungen in deutschen Rechtsnormen, S. 127, der das Erfordernis einer Fundstellenangabe allerdings davon abhängig macht, wie schwierig die Bezugsnorm aufzufinden ist.

157 EuGH, Urt. v. 15.05.1986, „*Oryzomyli Kavallas u.a.*“, C-160/84, Slg. 1986, I-1633 Rn. 15 ff.; EuGH, Urt. v. 26.11.1998, „*Covita*“, C-370/96, Slg. 1998, I-7711 Rn. 27; EuGH, Urt. v. 08.11.2001, „*Silos*“, C-228/99, Slg. 2001, I-8401 Rn. 15; EuGH, Urt. v. 11.12.2007, C-161/06, Slg. 2007, I-10869.

158 Für das nationale Recht *Debus*, Verweisungen in deutschen Rechtsnormen, S. 120 ff. mit umfangreichen weiteren Literaturnachweisen.

spricht die aktuelle Fassung des Rahmenkonzepts selbst den an sie zu stellenden Klarheits- und Publizitätsanforderungen, wenn sie vom IASB nur in einzelne Amtssprachen der EU übersetzt¹⁵⁹ und im Übrigen auch nur kostenpflichtig zugänglich ist. An ebendiesem Mangel leiden auch die Verweisungen auf frühere Versionen des Rahmenkonzepts.

Nun mag man geneigt sein, zumindest die fehlende Fundstellenangabe in den europäischen Verweisungsvorschriften als unbedeutend einzustufen, weil das Rahmenkonzept über die Website der IFRS Foundation mühelos aufzufinden ist. Auch der kostenpflichtige Zugang zum Rahmenkonzept zu einem Preis von 50 Britischen Pfund erscheint aus Sicht der kapitalmarktorientierten Gesellschaften im Anwendungsbereich der IASVO marginal.¹⁶⁰ Problematisch ist und bleibt aber selbst bei großzügigem Maßstab die fehlende Übersetzung des Rahmenkonzepts in zahlreiche europäische Amtssprachen – ein Mangel, der weder durch eine praktisch gelebte Bereitschaft der Regelungsadressaten aufgefangen wird, das Rahmenkonzept gleichwohl zu beachten, noch gar dadurch geheilt wird, dass den meisten gesetzlichen Vertretern kapitalmarktorientierter Gesellschaften zumindest die englische Fassung des Rahmenkonzepts im Kern verständlich sein dürfte. Dies berücksichtigt, kann dem Rahmenkonzept deshalb trotz der in den Standards enthaltenen statischen Verweisungen weder in seiner aktuellen noch in früheren Fassungen rechtliche Verbindlichkeit zukommen.

C. Gesetzlich normierte Vorschriften des HGB, AktG und GmbHG

Auf nationaler Ebene ergeben sich Rechtsnormen mit Bezug zur Abschlusserstellung sowohl für den Einzel- als auch den Konzernabschluss überwiegend aus dem dritten Buch des HGB, und insoweit konkret aus den Vorschriften der §§ 242 ff. bis 288 sowie 290 ff. bis 314 HGB. Sie werden für den Abschluss von GmbH und AG ergänzt durch die rechtsformspezifischen Rechnungslegungsvorschriften der §§ 150 ff. AktG, 42 f. GmbHG sowie zwischen Geschäftsleitung und Gesellschaft im Bin-

159 Das Rahmenkonzept in seiner Fassung von 2018 ist ausweislich der Website der IFRS Foundation aktuell in 15 Sprachen übersetzt, darunter mit Portugiesisch, Französisch und Spanisch in drei Amtssprachen der EU.

160 So auch auf nationaler Ebene, auf der eine erschwerte Zugänglichkeit bei kostenpflichtigem Abruf von Regelwerken üblicherweise erst dann bejaht wird, wenn die Kosten nicht mehr „angemessen“, „zumutbar“ oder „verhältnismäßig“ sind, vgl. nur *Debus*, Verweisungen in deutschen Rechtsnormen, S. 125 m.w.N.

nenverhältnis zusätzlich durch die Organpflichten der §§ 91 Abs. 1 AktG respektive 41 GmbHG. Letztere verpflichten als gesetzliche Konkretisierungen der Leitungs- (§ 76 Abs. 1 AktG) bzw. Geschäftsführungspflicht (§ 35 Abs. 1 GmbHG) die Geschäftsleiter gegenüber der Gesellschaft dazu, für die ordnungsgemäße Buchführung Sorge zu tragen und rekurren damit trotz ihres eng gefassten Wortlauts nach weit überwiegender Ansicht nicht nur auf die Buchführungspflicht im engeren Sinne (§ 238 Abs. 1 HGB), sondern jedenfalls auch auf die Pflicht zur Unterzeichnung des Jahresabschlusses (§ 245 HGB) und die Pflicht zur Abgabe des Bilanzzeides § 264 Abs. 2 Satz 3 HGB als Buchführungspflichten im weiteren Sinne.¹⁶¹ Nach teils vertretener Auffassung beziehen sie sich gar auf sämtliche bilanzrechtlichen Pflichten des Dritten Buchs des HGB einschließlich der in §§ 325 ff. HGB normierten Prüfungs- und Offenlegungspflichten.¹⁶² Auf Inhalt und Reichweite dieser Vorschriften ist erst im nächsten Teil dieser Untersuchung einzugehen. Um nämlich allein die *Quellen* der bilanzrechtlichen Pflichtenbindung zu beleuchten, genügt an dieser Stelle die Erkenntnis, dass die gesetzlich normierten Vorschriften des HGB, des AktG und des GmbHG ihnen zweifelsohne angehören.

D. Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung

Die Vorschriften des Handelsbilanzrechts nehmen für die Erstellung des Jahresabschlusses in §§ 243 Abs. 1, 264 Abs. 1 Satz 1 HGB und für die Erstellung des Konzernabschlusses in § 297 Abs. 2 Satz 2 HGB auf die

161 *Adler/Düring/Schmaltz*, Rechnungslegung und Prüfung der Unternehmen, AktG, § 91 Rn. 19; *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 91 Rn. 3. Enges Begriffsverständnis aber bei *Deussen*, in: Beck'scher Onlinekommentar zum GmbHG, Einl. zu § 41. Des Weiteren *Fleischer*, WM 2006, 2021, 2022; *ders.*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 91 Rn. 5, der neben der Buchführungspflicht auch die Pflicht zur Bilanzierung aus § 242 Abs. 1 HGB und die Pflicht zur Unterzeichnung des Jahresabschlusses aus § 245 HGB zum Bezugsobjekt des § 91 Abs. 1 AktG zählt.

162 *Haas/Kersting*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 41 Rn. 9. Vgl. auch *Grigoleit/Tomasovic*, in: Grigoleit, AktG, § 91 Rn. 2; *Müller-Michaels*, in: Hölters, AktG, § 91 Rn. 3, die lediglich auf die §§ 264 ff. HGB verweisen, ohne die Reichweite dieses Verweises zu konkretisieren. Ebenso *Dauner-Lieb*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 91 Rn. 4, die auf die „*allgemeinen Regelungen*“ verweist sowie *Büteröwe*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 41 GmbHG; *W. Müller* in: Arbeitshandbuch für Vorstandsmitglieder, § 10 Rn. 11; Rn. 8; *Paefgen*, in: Ulmer/Habersack/Löbbecke, GmbHG, § 41 Rn. 1; *Spindler*, in: Münchener Kommentar zum AktG, § 91 Rn. 9.

Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung Bezug, indem sie anordnen, dass der Abschluss unter Beachtung der Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung zu erstellen ist. Abstrakt sind die Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung dabei als System von Regeln zu verstehen, das die gesamte Rechnungslegung umfasst.¹⁶³ Etwas konkreter formuliert, zählen zu diesem System all diejenigen Regeln, die eine zweckadäquate Rechnungslegung sicherstellen sollen.¹⁶⁴ Das macht die Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung im Umgang mit gesetzlichen Regelungslücken, aber auch als potenzielle Grenzen bilanzieller Freiräume bedeutsam.

Da mit Erlass des BiRiLiG zahlreiche dieser Grundsätze ausdrücklich kodifiziert wurden, hat die Frage nach deren rechtlicher Verbindlichkeit erheblich an Bedeutung eingebüßt. Aufgezählt seien nur das Stichtagsprinzip, das Saldierungsverbot, das Imparitäts- und Realisationsprinzip sowie der Grundsatz der Bilanzidentität, die allesamt ausdrücklich kodifiziert sind und damit Gesetzesrang einnehmen. Aber auch die nicht ausdrücklich kodifizierten Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung, zu denen etwa die Grundsätze der wirtschaftlichen Betrachtungsweise, der Richtigkeit und der Willkürfreiheit zählen, sind für den Abschlusspflichtigen nach einhelliger Ansicht rechtlich verbindlich.¹⁶⁵ Letzteres soll auch hier nicht in Abrede gestellt, nachfolgend aber mit einigen regelungsmethodischen Überlegungen verbunden werden.

I. Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung als unbestimmter Rechtsbegriff

1. Historische Überlegungen

Wenn die §§ 243 Abs. 1, 264 Abs. 1 Satz 1, 297 Abs. 2 Satz 2 HGB anordnen, dass bei der Abschlusserstellung die Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung zu beachten sind, so weckt das gerade im Hinblick auf die Erörterungen zum Rahmenkonzept des IASB in Abschnitt B II. Assoziationen mit einer Verweisung auf ein externes Normgefüge. Man mag sich

163 Böcking/Gros, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB; § 243 Rn. 1; Pöschke, in: Staub, Großkommentar zum HGB, § 238 Rn. 44a; Schmidt/Usinger, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, § 243 Rn. 1.

164 Kleindiek, in: Münchener Kommentar zum Bilanzrecht, § 243 Rn. 2; Merkt, in: Baumbach/Hopt, HGB, § 238 Rn. 12.

165 Kleindiek, in: Münchener Kommentar zum Bilanzrecht, § 243 Rn. 5.

fragen, ob die Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung als Handelsbräuche, betriebswirtschaftliche Fachnormen¹⁶⁶ oder schlicht außergesetzliche Rechtsnormen anzusehen sind,¹⁶⁷ die erst durch die Öffnungsklausel der soeben zitierten Normen mit Gesetzesrang oder gar überhaupt erst mit rechtlicher Verbindlichkeit ausgestattet werden.¹⁶⁸ Nach weit überwiegender, zutreffender Ansicht enthalten die §§ 243 Abs. 1, 264 Abs. 1 Satz 1, 297 Abs. 2 Satz 2 HGB mit dem Begriff der Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung jedoch keine Verweisung, sondern einen bloß unbestimmten Rechtsbegriff, der im Wege der Auslegung zu konkretisieren ist und als solcher auch die nicht ausdrücklich kodifizierten Grundsätze *a priori* mit Gesetzesrang ausstattet.¹⁶⁹ Hierfür spricht maßgeblich die von *Pöschke* analysierte historische Entwicklung insbesondere des § 238 Abs. 1 Satz 1 HGB, demzufolge die Buchführung im engeren Sinne – wie die Abschlusserstellung auch – den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung entsprechen muss. Die Vorschrift des § 238 Abs. 1 Satz 1 HGB geht ihrerseits auf § 38 HGB a. F. und Art. 28 ADHGB zurück, die mit ihrer Bezugnahme auf die GoB damals noch auf die tatsächlichen Gepflogenheiten sorgfältiger Kaufleute rekurriert und die Entwicklung der GoB insofern weitreichend in die Hände der Kaufleute selbst gelegt hatten.¹⁷⁰

166 *Kruse*, GoB, S. 74 Fn. 43 und 44; *Leffson*, GoB, S. 113 ff.

167 Vgl. *Beisse*, StuW 1984, 1, 6 f.; *Scheffler*, DStR 1999, 1285, 1286.

168 *Baetge/Kirsch/Thiele*, Bilanzen, S. 94, die die GoB einerseits zwar als unbestimmten Rechtsbegriff ansehen, andererseits aber davon ausgehen, dass die gesetzlichen Bezugnahmen auf die GoB als planvolle Verweise des Gesetzgebers auf die „zum Teil konkretisierten GoB sowie auf außergesetzliche Normen und Erkenntnisregeln“ anzusehen sind, die bei der Rechnungslegung zu beachten seien. Ähnlich *A/D/S*, Rechnungslegung und Prüfung, § 243 HGB Rn. 6; *Leffson*, GoB, S. 21, die die GoB im Ergebnis aber wie auch *Baetge/Kirsch/Thiele* als unbestimmten Rechtsbegriff einstufen.

169 BFHE 89, 191, 194; BFHE 95, 31, 32 f. Aus dem Schrifttum *Baetge/Fey/Fey*, in: *Kütting/Weber*, HdR, § 243 Rn. 4, 18; *Drüen*, in: *Kölner Kommentar zur Rechnungslegung*, § 238 Rn. 18; *Graf*, in: *Münchener Kommentar zum Bilanzrecht*, § 238 Rn. 48; *Henrichs*, Wahlrechte, S. 80 f.; *Henrichs*, WPg 2011, 861, 863; *Henrichs/Pöschke*, DK 2009, 532, 535; *Merkt*, in: *Baumbach/Hopt*, HGB, § 238 Rn. 11; *Moxter/Engel-Ciric*, Grundsätze ordnungsgemäßer Bilanzierung, S. 22 ff.; *Pöschke*, in: *Staub, Großkommentar zum HGB*, § 238 Rn. 42; *Schmidt/Usinger*, in: *Beck'scher Bilanz-Kommentar*, § 243 Rn. 12; *Schulze-Osterloh*, in: *HdJ*, Abt. I/1 Rn. 14; *Waschbuch*, in: *Beck'sches HdR*, A 100 Rn. 31. A. A. noch *Hüffer*, in: *Staub, Großkommentar zum HGB*, 4. Aufl., § 238 Rn. 43.

170 Vgl. dazu nur die Denkschrift des Reichsjustizamts von 1896, S. 45: „Durch den in dem bisherigen Art. 28 nicht enthaltenen Hinweis auf die Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung wird der wesentliche Punkt hervorgehoben, nach den Gepflogenheiten

Der hierin zum Ausdruck kommende „bewusste Verzicht des Gesetzgebers auf eine eigene Sachentscheidung“¹⁷¹ darf allerdings mit den Entwicklungen des Bilanzrechts seit 1900 und schließlich dem Erlass der §§ 243 Abs. 1, 264 Abs. 1 Satz 1 und 297 Abs. 2 Satz 2 HGB als überholt gelten.¹⁷² Denn ein überwiegend auf die praktische Kaufmannsübung gestütztes System von Regeln, das die gesamte Rechnungslegung umfassen und als Richtschnur im Umgang mit gesetzlichen Regelungslücken dienen soll, würde dem im letzten Jahrhundert zu verzeichnenden Bedeutungszuwachs des Bilanzrechts nicht gerecht; weder der Bedeutung der Handelsbilanz als maßgebliche Grundlage der Zahlungsbemessung noch der stetig wachsenden Bedeutung sowohl des Jahres- als auch des Konzernabschlusses als Informationsinstrument.¹⁷³ Gerade vor diesem Hintergrund spricht einiges dafür, dass in den Regelungen der §§ 243 Abs. 1, 264 Abs. 1 Satz 1 und 297 Abs. 2 Satz 2 HGB eine bewusste Abkehr des Gesetzgebers von den historischen Wurzeln der GoB zu erblicken und die dort getroffene Bezugnahme auf die GoB nicht als Verweis auf ein außergesetzliches Regelsystem zu erblicken, sondern als einen unbestimmten Rechtsbegriff, der im Einklang mit der Zweckrichtung des Jahres- und Konzernabschlusses durch methodische Rechtsanwendung aus dem bestehenden handelsbilanzrechtlichen Normgefüge heraus zu konkretisieren ist.

2. Verfassungsrechtliche Überlegungen

Neben der historischen Entwicklung des Bilanzrechts sprechen insbesondere auch verfassungsrechtliche Überlegungen dafür, die Bezugnahme der §§ 243 Abs. 1, 264 Abs. 1 Satz 1, 297 Abs. 2 Satz 2 HGB auf die Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung als unbestimmten Rechtsbegriff zu verstehen. Denn als Verweisung auf ein außergesetzliches System tatsächlich praktizierter Kaufmannsübung können die Vorschriften der §§ 243 Abs. 1, 264 Abs. 1 Satz 1, 297 Abs. 2 Satz 2 HGB nicht verfassungskonform verstanden werden. Das wäre weder mit demokratischen Anforderungen noch mit rechtsstaatlichen Bestimmtheits- und Publizitätsanforderungen

ten sorgfältiger Kaufleute zu beurtheilen, wie die Bücher geführt werden müssen.“, zitiert nach Pöschke, in: Staub, Großkommentar zum HGB, § 238 Rn. 38.

171 Pöschke, in: Staub, Großkommentar zum HGB, § 238 Rn. 39.

172 In diesem Sinne auch Pöschke, in: Staub, Großkommentar zum HGB, § 238 Rn. 40.

173 Vgl. Pöschke, in: Staub, Großkommentar zum HGB, § 238 Rn. 41.

vereinbar,¹⁷⁴ würde doch eine weitreichende Orientierung an der praktischen Kaufmannsübung eine überwiegend *induktive*, d. h. an Empirie orientierte Ermittlung der GoB verlangen, deren Ergebnisse der Abschlusspflichtige selbst nicht antizipieren kann. Auch vor diesem Hintergrund sind die nicht kodifizierten GoB deshalb bloße Ausprägungen des in §§ 243 Abs. 1, 264 Abs. 1 Satz 1, 297 Abs. 2 Satz 2 HGB normierten unbestimmten Rechtsbegriffs der GoB zu verstehen, dessen Regelungsgehalt – wie der Regelungsgehalt aller unbestimmten Rechtsbegriffe – primär *deduktiv*, d. h. durch Auslegung der gesetzlichen Vorschriften unter Berücksichtigung der Rechnungslegungszwecke zu ermitteln ist. Maßgeblich für die Herleitung der GoB sind damit in erster Linie die allgemein anerkannten juristischen Auslegungsmethoden der Rechtsanwendung, weshalb insbesondere eine den gesetzlichen Vorschriften widersprechende kaufmännische Praxis neue GoB freilich nicht zu begründen vermag.¹⁷⁵ Um aber der Wirtschaftlichkeit des Bilanzrechts Rechnung zu tragen, wird auch ein vorrangig deduktiver Ansatz zur Entwicklung der GoB nicht umhin kommen, den empirischen wie auch theoretischen Erkenntnissen der Betriebswirtschaftslehre als Ausdruck eines auch wirtschaftlich stimmigen Gesamtkonzepts handelsrechtlicher Bilanzierungsvorschriften Beachtung zu schenken.¹⁷⁶

II. Zusammenfassung

Es bleibt festzuhalten, dass neben den ausdrücklich kodifizierten Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung auch den nicht ausdrücklich kodifizierten Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung Gesetzesrang und damit rechtliche Verbindlichkeit zukommt. Das folgt aus den §§ 243 Abs. 1, 264 Abs. 1 Satz 1 und 297 Abs. 2 Satz 2 HGB, deren Bezugnahme auf die Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung verfassungskonform nur

174 Vgl. insofern bereits *Henrichs/Pöschke*, in: Fink/Schultze/Winkeljohann, Bilanzpolitik und Bilanzanalyse nach neuem Handelsrecht, S. 49 und *Pöschke*, in: Staub, Großkommentar zum HGB, § 238 Rn. 37 mit Hinweis darauf, dass die Rechnungslegungspflichten grundrechtsrelevante Pflichten statuieren, die daher einer gesetzlichen Regelung bedürfen, aus der Art und Umfang des Grundrechtseingriffs hervorgingen.

175 So *Henrichs/Pöschke*, in: Fink/Schultze/Winkeljohann, Bilanzpolitik und Bilanzanalyse nach neuem Handelsrecht, S. 51.

176 *Henrichs/Pöschke*, Der Konzern 2009, 532, 535; *Pöschke*, in: Staub, Großkommentar zum HGB, § 238 Rn. 44.

als unbestimmter Rechtsbegriff verstanden werden kann. Die Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung sind damit vorrangig deduktiv im Wege der Auslegung zu ermitteln, wobei die empirischen und theoretischen Erkenntnisse der Betriebswirtschaftslehre jedoch nicht außer Acht zu lassen sind.

E. Regelwerk des DRSC

Der Gesetzgeber hat das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJ) in § 342 Abs. 1 HGB ermächtigt, eine private Einrichtung durch Vertrag anzuerkennen und ihr unter anderem die Aufgabe zu übertragen, Empfehlungen zur Anwendung der Grundsätze über die Konzernrechnungslegung zu entwickeln (Nr. 1) und Interpretationen internationaler Rechnungslegungsstandards zu erarbeiten (Nr. 4). Von dieser Ermächtigung hat das BMJ am 03.09.1998 Gebrauch gemacht und einen Standardisierungsvertrag mit dem eigens zu diesem Zweck gegründeten DRSC geschlossen. Nachdem der DRSC den Standardisierungsvertrag 2011 wegen Finanzierungsschwierigkeiten gekündigt hatte, gelang nach einer Phase der Neustrukturierung am 02.12.2011 der Abschluss eines neuen Vertrags mit unbegrenzter Laufzeit.¹⁷⁷ Damit stellt sich nach den bisherigen Erörterungen auch hinsichtlich der vom DRSC herausgegebenen Empfehlungen in Gestalt der DRS sowie hinsichtlich der Interpretationen im Sinne des § 342 Abs. 1 Nr. 1 und 4 HGB die Frage, inwieweit sie bei der Erstellung des Konzernabschlusses als Quelle rechtlicher Pflichtenbindung zu beachten sind.

I. Anknüpfung der DRS an die Dogmatik der Rechtsquellenlehre – die DRS als widerlegbare Vermutung

Ausgangspunkt ist wie schon hinsichtlich des vom IASB entwickelten Regelwerks die Erkenntnis, dass das DRSC als privatrechtlicher Verein verbindliche Regelungen grundsätzlich nur für seine Mitglieder treffen kann. Von abschlusspflichtigen Gesellschaften sind die Regelungen des DRSC deshalb nur dann und nur insoweit zu beachten, als diese zuvor

177 Vgl. § 10 des Standardisierungsvertrags zwischen dem BMJ und dem DRSC vom 02.12.2011, abrufbar unter: https://www.drsc.de/app/uploads/2017/03/1112_02_SV_BMJ-DRSC.pdf.

durch einen hoheitlichen Rezeptionsakt mit rechtlicher Verbindlichkeit ausgestattet wurden. In der Vergangenheit sorgte § 342 Abs. 2 HGB diesbezüglich für Unklarheiten, weil er vorsieht, dass die Beachtung der die Konzernrechnungslegung betreffenden GoB vermutet wird, sofern die Gesellschaft die vom DRSC herausgegebenen und vom BMJ bekanntgemachten Empfehlungen beachtet hat. Welcher Verbindlichkeitsgrad den DRS in Anbetracht dieser Regelung erwächst, war und wird noch immer unterschiedlich bewertet. Klar ist nur, dass ihr jedenfalls keine Ermächtigung des DRSC zum Erlass verbindlicher Empfehlungen zu entnehmen ist. Das gibt bereits der Wortlaut der Vorschrift nicht her, ganz zu schweigen davon, dass derartige Ermächtigungen verfassungsrechtlich ohnehin nur in den Grenzen des Art. 80 GG gegenüber der Exekutive vorgesehen sind.¹⁷⁸

Aber auch als unwiderlegbare Vermutung kann § 342 Abs. 2 HGB nicht verstanden werden, würde sie die vom BMJ bekanntgemachten DRS doch letztlich in den Rang einer verbindlichen Konkretisierung des unbestimmten Rechtsbegriffs der GoB (§ 297 Abs. 2 Satz 2 HGB) erheben und sie damit einer gesetzlichen Regelung gleichstellen.¹⁷⁹ Denn das BMJ ist hierzu weder in § 342 HGB noch an anderer Stelle ermächtigt worden.¹⁸⁰ Die dem DRSC zugewiesene Aufgabenbeschreibung im 2011 neu geschlossenen Standardisierungsvertrag mag deshalb zwar darauf hinweisen, dass die DRS, wenn sie „in deutschsprachiger Fassung vom BMJ nach § 342 Abs. 2 HGB bekannt gemacht sind“, die Vermutung für sich haben, Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung „zu sein“. ¹⁸¹ Die rechtlichen Voraussetzungen hierfür sind in § 342 HGB jedoch nicht angelegt.

178 *Biener*, in: FS Weber, S. 458; *Budde/Steuber*, DStR 1998, 1181, 1185; *Ebke*, ZIP 1999, 1193, 1201; *Ebke/Paal*, in: Münchener Kommentar zum HGB, § 342 Rn. 22; *Paal*, Rechnungslegung und DRSC S. 83 f.

179 *Ebke*, ZIP 1999, 1193, 1202; *Paal*, Rechnungslegung und DRSC, S. 87 jeweils mit Hinweis darauf, dass § 342 Abs. 2 HGB dann einer dynamischen Verweisung gleichkäme.

180 *Budde/Steuber*, DStR 1998, 1181, 1185; *Ebke*, ZIP 1999, 1193, 1201; *Ebke/Paal*, in: Münchener Kommentar zum HGB, § 342 Rn. 22; *Paal*, Rechnungslegung und DRSC, S. 83 f.

181 Vgl. nur exemplarisch DRS 20. Diese Vorbemerkung des DRSC wird dann aber wieder eingeschränkt durch den Hinweis darauf, dass die GoB gewährleisten sollen, dass die Gesetze ihrem Sinn und Zweck entsprechend angewandt werden und deshalb einem stetigen Wandel unterliegen, sodass jedem Anwender zu empfehlen sei, bei einer Anwendung der Standards sorgfältig zu prüfen, ob diese unter Berücksichtigung aller Besonderheiten im Einzelfall der jeweiligen gesetzlichen Zielsetzung entspricht.

Allenfalls stellt sich daher die Frage, ob § 342 Abs. 2 HGB als *widerlegbare* Vermutung verstanden werden darf. Hierauf konzentriert sich denn, soweit ersichtlich, mittlerweile auch die fachwissenschaftliche Diskussion. Der Gesetzeswortlaut legt die Einordnung als widerlegbare Vermutung auf den ersten Blick nahe und auch aus Perspektive der abschlusspflichtigen Gesellschaft ergäben sich hieraus keine Bedenken.¹⁸² Schließlich könnte eine den DRS zuwiderhandelnde Gesellschaft immerhin noch argumentieren, dass auch eine andere als die in den DRS vorgesehene Bilanzierungsweise mit den GoB vereinbar sei oder schlicht ein atypischer Sachverhalt vorläge, auf den die bekanntgemachten DRS nicht passten. Sie würde deshalb, wenn sie sich außerhalb des Anwendungsbereichs des § 342 Abs. 2 HGB bewegt, lediglich auf eine ihr günstige Rechtsfolge verzichten, ohne hierbei unmittelbar oder mittelbar einem Rechtszwang zur Befolgung der DRS zu unterliegen.¹⁸³ Mit einer widerlegbaren Vermutung verbunden wäre allerdings eine Bindung der Gerichte an die bekanntgegebenen DRS und damit jedenfalls für diese eine partielle Rechtsgeltung, die mit der richterlichen Unabhängigkeit aus Art. 97 Abs. 1 GG nicht vereinbar ist.¹⁸⁴ Immerhin sind auch bekanntgegebene DRS weder formelle noch materielle Gesetze, noch können sie normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften gleichgesetzt werden.¹⁸⁵ Dieses „*Novum im Kanon der durch den Gesetzgeber verwendeten Regulierungsstrategien*“¹⁸⁶ ist mit Verfassungsrecht nicht vereinbar.¹⁸⁷ Trotz seines missverständlichen Wortlauts ist § 342 Abs. 2 HGB deshalb im Wege verfassungskonformer Auslegung dahin einzuschränken, dass auch bekanntgemachte DRS nicht mehr als bloße „*Empfehlungen*“ an die abschlusspflichtige Gesellschaft und die kontrollie-

182 Für die Einordnung als widerlegbare Vermutung insofern *Ebke*, ZIP 1999, 1193, 1202; *Paal*, Rechnungslegung und DRSC, S. 86 ff.

183 So auch *Schwab*, in: Staub, Großkommentar zum HGB, § 342 Rn. 83. Vgl. auch *Schülte*, IDW-Standards- und Unternehmensrecht, S. 94 f. mit Hinweis darauf, dass für eine solche Sichtweise nicht nur der Wortlaut des § 342 Abs. 2 HGB streitet, sondern auch der Umstand, dass Empfehlungen üblicherweise ohnehin nur bezwecken, dem Adressaten ein bestimmtes Verhalten auf rechtlich unverbindliche Art und Weise nahezu legen. Auf europäischer Ebene ergibt sich das aus der Vorschrift des Art. 288 AEUV, auf nationaler Ebene kann auf den Regelungsinhalt des § 675 Abs. 2 BGB verwiesen werden.

184 *Schwab*, in: Staub, Großkommentar zum HGB, § 342 Rn. 89.

185 Dazu eingehend *Schwab*, in: Staub, Großkommentar zum HGB, § 342 Rn. 88.

186 So *Schülte*, IDW-Standards und Unternehmensrecht, S. 96.

187 In diesem Sinne *Schwab*, in Staub, Großkommentar zum HGB, § 342 Rn. 89.

renden Gerichte darstellen.¹⁸⁸ Sie sind damit bei der Anwendung des Konzernbilanzrechts zwar als Hilfestellung, nicht aber als Quelle verbindlicher Pflichtenbindung anzusehen.

II. Interpretationen internationaler Rechnungslegungsstandards

Die Interpretationen des DRSC zur Anwendung internationaler Rechnungslegungsstandards beschränken sich ausweislich der Grundsätze und Leitlinien für die Arbeit des DRSC auf Interpretationen spezifisch nationaler Sachverhalte, die vom IC nicht behandelt werden.¹⁸⁹ Ausdrücklich ist insofern niedergeschrieben, dass das DRSC, um das Ziel einer global weitgehend einheitlichen Anwendung der IFRS nicht zu konterkarieren, „bei der Entwicklung nationaler Auslegungen Zurückhaltung üben und nur dort über Verlautbarungen tätig werden sollte, wo ein Sachverhalt vorrangig von nationaler Bedeutung ist [...]“.¹⁹⁰ Damit ist klargestellt, dass die vom DRSC verlautbarten Interpretationen in den Arbeitsbereich des IC nicht eingreifen, sondern diese schlicht für Fragestellungen nationaler Bedeutung ergänzen sollen. Es ergibt sich sowohl aus dem Wortlaut als auch aus der Gesetzesbegründung, dass die „Interpretationen“ im Sinne des § 342 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 HGB mit „Empfehlungen“ im Sinne der Nr. 1 nicht gleichzusetzen sind und dementsprechend weder bekanntgegeben werden¹⁹¹ noch an der Vermutungswirkung des Abs. 2 teilhaben.¹⁹² Damit kommt ihnen von vornherein unter keinem Gesichtspunkt rechtliche Verbindlichkeit zu.

§ 2 Pflichtenbindung im Außen- und Binnenverhältnis

Der vorstehende Untersuchungsabschnitt hat mit den internationalen Rechnungslegungsstandards, den gesetzlichen Vorschriften des Handelsbilanzrechts samt GoB sowie den rechtsformspezifischen Vorschriften des

188 *Budde/Steuber*, DStR 1998, 1181, 1184; *Schwab*, in: Staub, Großkommentar zum HGB, § 342 Rn. 89.

189 Vgl. nur *Schmidt/Holland*, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, § 342 Rn. 12.

190 Grundsätze und Leitlinien für die Arbeit des DRSC vom 19.03.2018, S. 3.

191 Vgl. insofern auch § 1 Abs. 3 Satz 3 des Standardisierungsvertrags zwischen dem BMJ und dem DRSC, der die Bekanntmachung ausschließlich auf die „Standards“ bezieht, die im Übrigen im Standardisierungsvertrag von den Interpretationen klar begrifflich abgegrenzt sind.

192 *Schmidt/Holland*, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, § 342 Rn. 13.

Aktien- und des GmbH-Gesetzes einen Überblick über die verschiedenen Quellen abschlussrelevanter Pflichten geben. Dabei ist wohl kaum der Rede wert, dass ein rechtmäßiges Verhalten des Geschäftsleiters bei der Abschlusserstellung nunmehr eben die Einhaltung ebendieser rechtlichen Pflichten bedingt, und zwar unabhängig davon, ob diese Pflichten wie etwa die §§ 242 ff. HGB die Gesellschaft als Rechtssubjekt adressieren oder ob sie wie die §§ 264 ff. HGB unmittelbar den Geschäftsleiter als gesetzlichen Vertreter in die Pflicht nehmen.¹⁹³ Interessanter als die Frage nach dem konkreten Adressaten abschlussrelevanter Pflichten ist deshalb die teilweise noch offene Frage, *wem* gegenüber die Geschäftsleitung konkret zu rechtmäßigem Handeln bei der Abschlusserstellung verpflichtet ist. Um ihr nachzugehen, ist zwischen Außen- und Binnenverhältnis zu differenzieren.

A. Außenverhältnis

Für das Außenverhältnis der Gesellschaft bzw. der Geschäftsleitung wird bereits seit langem diskutiert, ob die bilanzrechtlichen Pflichten vorwiegend dem Allgemein- oder dem Individualschutz dienen, und ob der Geschäftsleiter als Handlungsobjekt der Gesellschaft damit der Allgemeinheit oder einem individualisierten Personenkreis zu bilanzrechtskonformem Verhalten verpflichtet ist. Mit dieser Thematik eng verknüpft ist naturgemäß die Bestimmung der Rechtsnatur bilanzrechtlicher Vorschriften, die jedenfalls unter der Interessentheorie teils dem öffentlichen Recht, teils dem Sonderprivatrecht der Kaufleute zugeordnet werden. Beide Aspekte haben ihrerseits wiederum Auswirkungen auf eine Reihe unterschiedlicher Fragestellungen, zu denen neben der Anwendbarkeit von Kollisionsnormen bei Sachverhalten mit Auslandsbezug¹⁹⁴ und der Disponibilität bilanzrechtlicher Vorschriften auch deren Qualifikation als Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB zählt.¹⁹⁵ Gerade Letzteres ist im Hinblick auf

193 Das folgt nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen bereits aus der Stellung der Geschäftsleitung als Handlungsorgan der Gesellschaft, vgl. nur *Spindler*, in: Münchener Kommentar zum AktG, § 91 Rn. 4.

194 Dazu *Ekkenga*, in: *Rechtswissenschaft im Wandel*, S. 402 f.; *Henrichs*, in: *FS Horn*, S. 390 ff.; *Merkt*, *ZGR* 2017, 460 ff.; *Sandberger*, in: *Sonnenberger*, *Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrechts*, S. 566 f.

195 Dazu und zu weiteren Konsequenzen auch *Icking*, *Die Rechtsnatur des Handelsbilanzrechts*, S. 446 ff.

die später noch zu betrachtenden Sanktionen für rechtswidriges Handeln bei der Abschlusserstellung von herausgehobener Bedeutung.

I. Bilanzrechtliche Vorschriften zwischen Allgemein- und Individualschutz

Im Schrifttum haben sich zur rechtsdogmatischen Einordnung bilanzrechtlicher Vorschriften drei Ansichten herausgebildet.

1. H.M.: Vorliegend allgemeinschützender Charakter bilanzrechtlicher Vorschriften

Die noch immer herrschende Meinung sieht den allgemeinschützenden Charakter bilanzrechtlicher Vorschriften im Vordergrund und ordnet diese in der Folge dem öffentlichen Recht zu.¹⁹⁶ Normzweck der bilanzrechtlichen Pflichten sei es, für *jedermann* einsehbare Informationsgrundlagen zur Beurteilung der Gesellschaft zu schaffen. Im Vordergrund der vom Jahres- und Konzernabschluss ausgehenden Informationsfunktion stünden damit keine individuellen oder zumindest individualisierbaren Interessen, sondern schlicht der Schutz des Wirtschaftsverkehrs.¹⁹⁷ Auch, soweit die Zweckrichtung des Abschlusses auf die Steuerbemessung sowie darauf gerichtet sei, durch Dokumentation und Selbstkontrolle der Geschäftsleitung ein Mindestmaß an Gläubigerschutz zu gewährleisten, seien lediglich Allgemeininteressen betroffen.¹⁹⁸ Verwiesen wird schließlich auch auf die umfangreichen staatlichen Möglichkeiten, die Einhaltung der Rechnungslegungsvorschriften zu überwachen bzw. durch Sanktionen und Zwangsmaßnahmen nach §§ 331 ff. HGB, § 283 Abs. 1 Nr. 5-7 StGB, § 283b StGB,

196 A/D/S, Rechnungslegung und Prüfung, § 242 HGB Rn. 29; *Canaris*, Handelsrecht, § 12 III 2 und 3; *Crezelius*, ZGR 1999, 252, 255 f., 257; *Henrichs/Pöschke*, in: Fink/Schultze/Winkeljohann, Bilanzpolitik und Bilanzanalyse nach neuem Handelsrecht S. 49; *Icking*, Die Rechtsnatur des Handelsbilanzrechts, *passim*; *Kindler*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 229; *Pfitzer/Oser*, in: Küting/Pfitzer/Weber, HdR, § 238 Rn. 2; *Pöschke*, in: Staub, Großkommentar zum HGB, Vor § 238 Rn. 3; *Störk/Schellhorn*, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, § 245 Rn. 2.

197 *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, § 41 Rn. 2.

198 *Kindler*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 273; *Canaris*, Handelsrecht, § 12 III Rn. 15 ff.

§ 35 GewO in diese einzugreifen. Auch dies sei typisch für öffentlich-rechtliche Vorschriften, die allein oder überwiegend im Interesse der Allgemeinheit stünden.¹⁹⁹

2. M.M.: Vorwiegend individualschützender Charakter bilanzrechtlicher Vorschriften

Der tradierten Ansicht der herrschenden Meinung stellen sich diejenigen Literaturvertreter entgegen, die insbesondere unter Berücksichtigung der systematischen Verortung der bilanzrechtlichen Vorschriften im HGB und ihrer zunehmend in den Vordergrund rückenden Informationsfunktion von einem überwiegend individualschützenden Charakter ausgehen und das Bilanzrecht in der Folge auch dem Sonderprivatrecht der Kaufleute zuordnen wollen.²⁰⁰ Sie betonen die historische Verwurzelung des Bilanzrechts als gewachsenes Recht der Kaufleute für die Kaufleute²⁰¹ und weisen darauf hin, dass die Abschlussadressaten als Profiteure der Informationsfunktion nicht mit der breiten Allgemeinheit gleichzusetzen, sondern als Konglomerat verschiedener Teilgruppen mit jeweils spezifischen Informationsbedürfnissen anzusehen seien.²⁰²

3. Hybrider Ansatz: Doppelqualifikation bilanzrechtlicher Vorschriften

Ein vermittelnder Ansatz geht schließlich dahin, bilanzrechtliche Vorschriften in Anerkennung ihrer sowohl allgemeinschützenden als auch individualschützenden Funktion zugleich als Vorschriften öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Natur zu qualifizieren und sie nach dem Vorbild bank- und kapitalmarktrechtlicher Vorschriften als „*öffentliches Gesellschaftsrecht*“ anzusehen.²⁰³ Die mit der Rechtsnatur des Bilanzrechts zusammenhängenden Fragestellungen, wie sie etwa die Anwendbarkeit

199 *Ebricke*, ZGR 2000, 351, 378; *Kindler*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 229.

200 Vgl. auch *Claussen/Korth*, in: Kölner Kommentar zum Rechnungslegungsrecht, § 245 Rn. 5.

201 *Merkt*, Unternehmenspublizität, S. 31 ff.

202 *Merkt*, ZGR 2017, 460, 464 ff.

203 *Ekkenga*, in: Rechtswissenschaft im Wandel, S. 402 f.; *Hennrichs*, in: FS Horn, S. 390 ff.; *Sandberger*, in: *Sonnenberger*, Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrechts, S. 566.

kollisionsrechtlicher Normen bei Sachverhalten mit Auslandsbezug betreffen, seien vor diesem Hintergrund unter Berücksichtigung der jeweiligen Zweckrichtung der in Rede stehenden Normen konkret am Einzelfall zu erörtern.²⁰⁴

4. Stellungnahme im Lichte systematischer und funktionaler Erwägungen

a) Interessenschutz des Handelsbilanzrechts

Es lässt sich kaum leugnen, dass für eine überwiegend individualschützende Funktion zumindest der handelsbilanzrechtlichen Vorschriften zunächst deren systematische Verortung spricht. Dies nicht nur deshalb, weil das Gros der Vorschriften auf nationaler Ebene im HGB, und damit eben in einem Regelwerk verortet ist, welches mit dem Sonderprivatrecht der Kaufleute traditionell individualschützende Vorschriften entfaltet. Vielmehr spricht auch die europarechtliche Verwurzelung des Bilanzrechts in der vierten und siebenten *gesellschaftsrechtlichen* Richtlinie für einen individualschützenden Charakter.²⁰⁵

Funktional ist zunächst zwischen Jahres- und Konzernabschluss zu differenzieren. Für Ersteren lassen sich mit der Informations- und Rechenschaftsfunktion sowie der Zahlungsbemessungsfunktion zwei grundlegende Zweckrichtungen unterscheiden, wobei gerade die Informationsfunktion gegenüber Außenstehenden seit der *Daihatsu*-Entscheidung des EuGH für Diskussionspotenzial sorgt.²⁰⁶ In ihr hatte der EuGH darüber zu entscheiden, ob der deutsche Gesetzgeber die Bestimmung des Art. 6 der Ersten Richtlinie 68/151 EWG vollständig in nationales Recht umgesetzt hatte. Dieser verpflichtete die Mitgliedstaaten, geeignete Maßregeln „für den Fall an[zudrohen], daß die in Artikel 2 Abs. 1 Buchstabe f vorgeschriebene Offenlegung der Bilanz- und der Gewinn- und Verlustrechnung unterbleibt“. Der deutsche Gesetzgeber hatte die Richtlinienbestimmung in § 335 Satz 1 Nr. 6 i. V. m. Satz 2 HGB dergestalt umgesetzt, dass Zwangsmaßnahmen durch Festsetzung eines Zwangsgeldes bis zu 10.000 DM zwar festgesetzt werden konnten. Antragsberechtigt waren aber mit den Gesellschaftern, Gläubigern und dem Betriebsrat der Gesellschaft nur ausgewählte Personenkreise. Das warf die Frage auf, inwieweit auch sonstige Personen durch

204 Hennrichs, in: FS Horn, S. 391.

205 Hennrichs, in: FS Horn, S. 392.

206 EuGH, Urt. v. 04.12.1997, „*Daihatsu*“, Rs. C-97/96, Slg. 1997, I-6858.

die Richtlinienbestimmung berechtigt werden sollten.²⁰⁷ Der EuGH legte die Richtlinienbestimmung unter Berücksichtigung ihrer Erwägungsgründe und der Kompetenzzuweisung in Art. 54 Abs. 3 Buchst. g EGV²⁰⁸ weit aus und erstreckte den Schutz der Rechnungslegungsvorschriften im Ergebnis auf sämtliche interessierten Personen.²⁰⁹ Auf dieser Grundlage geht die überwiegende Anzahl der Literaturvertreter und nach einem Urteil aus dem Jahr 2001 auch das LG Bonn davon aus, dass die Abschlussinformationen nicht auf den Schutz individueller Interessen einzelner Abschlussadressaten abzielen, sondern allgemein auf den Schutz des Zahlungs- und Kreditverkehrs.²¹⁰ Neben der Zahlungsbemessung in Gestalt der steuerlichen Gewinnermittlung wird auf diese Weise auch die Fremdinformation des Jahresabschlusses zum funktionalen Argument für einen überwiegend allgemeinschützenden Charakter bilanzrechtlicher Vorschriften, während die Zahlungsbemessungsfunktion in Form der Ausschüttungsbemessung ebenso wie die Selbstinformation zumindest mittelbar den Individualinteressen der Gläubiger Rechnung tragen sollen.²¹¹

Wie oben bereits dargestellt, halten Befürworter einer überwiegend individualschützenden Funktion des Jahresabschlusses dieser Argumentation entgegen, dass der Kreis interessierter und damit vom Jahresabschluss adressierter Personen der breiten Allgemeinheit keineswegs gleichzusetzen sei, weil von den Gesellschaftern über Lieferanten, Arbeitnehmer bis hin zu Gläubigern des Kapitalmarkts sämtliche Adressaten spezifische Interessen verfolgten und durch die Informationen des Jahresabschlusses in eben diesen jeweiligen Interessen geschützt und begünstigt würden.²¹² Dem ist grundsätzlich zuzustimmen, wenngleich damit allerdings noch nicht beantwortet ist, ob der hieraus erwachsende Individualschutz lediglich reflexhafter Natur ist oder vom Gesetzgeber funktional beabsichtigt war. Letzteres wird man im Handelsbilanzrecht nur für die Gläubiger der Gesellschaft annehmen können. Soweit die bilanzrechtlichen Vorschriften nämlich gerade darauf hinwirken, ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage im Sinne des § 264 Abs. 2 Satz 1 HGB zu vermitteln und dadurch das Informationsniveau des Jahresabschlusses anzuheben, soll dies sowohl im Wege der

207 EuGH, Urt. v. 04.12.1997, „*Daihatsu*“, Rs. C-97/96, Slg. 1997, I-6858, 6860.

208 Die Vorschrift entspricht dem heutigen Art. 50 Abs. 2 Buchst. g AEUV.

209 EuGH, Urt. v. 04.12.1997, „*Daihatsu*“, Rs. C-97/96, Slg. 1997, I-6858, 6867.

210 LG Bonn, Urt. v. 15.05.2001 – 11 O 181/00 = AG 2001, 484, 485 f. Dazu auch *Schnorr*, ZHR 170 (2006), 9, 22.

211 *Pfitzer/Oser/Lauer*, in: Küting/Weber, Der Konzernabschluss, Kap. 2 Rn. 6.

212 *Merkt*, ZGR 2017, 460, 466.

Fremdinformation als auch mittelbar im Wege der Selbstinformation und -kontrolle gezielt den Gläubigern zugutekommen. Das verdeutlicht der vom Gesetzgeber geäußerte konzeptionelle Hinweis darauf, dass in der Bilanz überhaupt nur solche Vermögensgegenstände ausgewiesen würden, die den Gläubigern als Schuldendeckungspotenzial dienen.²¹³ Auch materiell-rechtlich wird der beabsichtigte Gläubigerschutz etwa im Vorsichtsprinzip, im Realisations- und Imparitätsprinzip erkennbar. Er ist als Korrelat zur beschränkten Haftung der Kapitalgesellschaften in besonderem Maße geboten.²¹⁴ Auf die sonstigen Abschlussadressaten, die nicht der Gruppe der Gläubiger angehören, lässt sich diese Argumentation jedoch nicht übertragen. So finden sich auch in den bilanzrechtlichen Vorschriften selbst keine Anhaltspunkte für einen gesetzgeberischen Willen dahingehend, deren Interessen mehr als nur reflexhaft zu schützen.

b) Interessenschutz internationaler Rechnungslegungsstandards

Geht man entsprechend der vorstehenden Ausführungen davon aus, dass die Vorschriften des Handelsbilanzrechts primär dem individuellen Schutz der Gläubigerinteressen dienen, so wird man dies für die internationalen Rechnungslegungsstandards erst recht annehmen müssen, deren Zwecksetzung sich nach IAS 1.9 gar allein darauf beschränkt, *„Informationen über die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage und die Cashflows eines Unternehmens bereitzustellen, die für ein breites Spektrum von Adressaten nützlich sind, um wirtschaftliche Entscheidungen zu treffen.“* Obwohl der Kreis potenzieller Adressaten hier wie schon für das Handelsbilanzrecht denkbar weit gezogen und letztlich auf jede interessierte Person erstreckt werden kann, gibt zumindest das Rahmenkonzept aber für die internationalen Rechnungslegungsstandards unmissverständlich Aufschluss darüber, wessen Schutz die Informationen des Abschlusses funktional dienen. Hiernach sollen die im Abschluss bereitgestellten Informationen primär solche sein, die gegenwärtigen und künftigen *Gesellschaftern* und *Gläubigern* als sogenannten *„primary users“* nützlich sind. Ihren individuellen Informationsbedürfnissen suchen die internationalen Rechnungslegungsstandards vorrangig und vor allem zielgerichtet Rechnung zu tragen, wohl anerkennend, dass andere Abschlussadressaten die bereit gestellten Informationen zwar nütz-

213 Vgl. insoweit nur BT-Drcks. 16/10067, S. 47.

214 *Schnorr*, ZHR 170 (2006), 9, 27, 29.

lich finden mögen, aber eben nicht im Fokus der Regelsetzung stehen.²¹⁵ Die jeweiligen individuellen Interessen dieser zweitrangigen Nutzergruppen werden durch die internationalen Rechnungslegungsstandards dementsprechend anders als die individuellen Interessen der Gesellschafter und Gläubiger allenfalls reflexhaft geschützt.

II. Auswirkungen des Interessenschutzes auf die Rechtsnatur bilanzrechtlicher Vorschriften

Wie die Darstellung des aktuellen Meinungsstands bereits zu erkennen gegeben hat, knüpfen Literaturvertreter die rechtsdogmatische Einordnung bilanzrechtlicher Vorschriften als öffentliches oder privates Recht nicht selten an die Unterscheidung zwischen allgemein- und individualschützendem Charakter der Vorschriften. Das ist als greifbares Abgrenzungskriterium im Sinne der Interessentheorie grundsätzlich nachvollziehbar, gleichwohl mit Vorsicht zu genießen, steht unlängst doch die modifizierte Subjektstheorie zur Abgrenzung öffentlich-rechtlicher von privatrechtlichen Vorschriften im Vordergrund.²¹⁶ Letztere stellt bekanntlich darauf ab, ob Zuordnungsobjekt der betreffenden Vorschriften ein Hoheitsträger ist, weil die Vorschrift gerade einen Träger hoheitlicher Gewalt berechtigt oder verpflichtet und insofern Sonderrecht des Staates normiert.²¹⁷ Gerade hierunter lässt sich das Bilanzrecht aber kaum subsumieren, werden doch der Staat im Allgemeinen und die Verwaltungsbehörden im Konkreten durch die bilanzrechtlichen Vorschriften selbst zu nichts berechtigt oder verpflichtet. Sie haben ausschließlich die Möglichkeit, gewissermaßen als „*Polizei im Verkehr zwischen Privaten*“ durch die bereits genannten Sanktionsmaßnahmen sowie auf zweiter Stufe des Enforcement-Verfahrens durch die BaFin die *Einhaltung* bilanzrechtlicher Vorschriften sicherzustellen.²¹⁸ Hieran wird auch die geplante Reform des Enforcement-Verfahrens durch das FISG nichts ändern. Ganz im Gegenteil wird es die Wächterrolle

215 Ziffer 1.10 des Conceptual Framework for Financial Reporting: *“Other parties, such as regulators and members of the public other than investors, lenders and other creditors, may also find general purpose financial reports useful. However, those reports are not primarily directed to these other groups”*.

216 So auch *Icking*, Die Rechtsnatur des Handelsbilanzrechts, S. 209; *W. Müller*, in: FS Moxter, S. 77 ff.; *Schnorr*, ZHR 170 (2006), 9, 23.

217 *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 3 Rn. 13.

218 So zutreffend *Schnorr*, ZHR 170 (2006), 9, 23. A. A. unter Heranziehung der modifizierten Subjektstheorie *Schröder*, Zivilrechtliche Außenhaftung der

des Staates noch verstärken, indem es anlassbezogene Prüfungen künftig dem zweistufigen Aufbau des Enforcement-Verfahrens entzieht und stattdessen dem alleinigen Zuständigkeitsbereich der BaFin zuweist. Auch im Rahmen der nach wie vor zweistufig ausgestalteten Stichprobenprüfung wird das Kompetenzgefüge zwischen der auf erster Stufe stehenden privat-rechtlich organisierten Prüfstelle und der BaFin auf der zweiten Stufe zugunsten einer stärker hoheitlich geprägten Bilanzkontrolle nachjustiert.²¹⁹

Auch der Hinweis darauf, dass die bilanzrechtlichen Vorschriften Grundrechtseingriffe gegenüber Privaten darstellten, verfängt als Argument für eine öffentlich-rechtliche Qualifizierung nicht. Sie unterscheidet das Bilanzrecht nicht von den zahlreichen nicht dispositiven Vorschriften des Bürgerlichen Rechts, die etwa in §§ 134, 138 BGB, 276 Abs. 3 BGB oder in §§ 104, 106 BGB die Dispositionsfreiheit unter Privaten beschränken. Völlig zutreffend weist *Merkt* deshalb darauf hin, dass eine öffentlich-rechtliche Qualifizierung bilanzrechtlicher Vorschriften ohne Not die Kategorien des öffentlichen Rechts, des zwingenden und des dispositiven Privatrechts vermischt. Vielmehr können die Vorschriften des Bilanzrechts ohne Schwierigkeiten den zwingenden Vorschriften des Gesellschaftsrechts zugeordnet werden.²²⁰ Dieses Ergebnis wird durch die Interessentheorie, sofern man diese ergänzend heranziehen will, nach den vorstehenden Ausführungen zum *überwiegend* individualschützenden Charakter bilanzrechtlicher Vorschriften nur gestützt.

Vorstandsmitglieder bei Verletzung der Buchführungs- und Rechnungslegungspflicht, S. 256.

219 Ergeben sich bei einer Stichprobenprüfung durch die private Prüfstelle künftig Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen Rechnungslegungsvorschriften, wird es der BaFin nach § 106 i. V. m. § 107 I 1 WpHG-E erlaubt sein, die Bilanzkontrolle ohne Weiteres an sich zu ziehen. Die speziell im Wirecard-Fall aufgekommene Frage, ob der BaFin eine derartige Eingriffsbefugnis außerhalb des § 108 I 4 WpHG bereits bislang zustand, wird sich damit künftig nicht mehr stellen. Eingehend hierzu auf Grundlage des geltenden Rechts *Böcking/Gros*, Gutachten zum Verhältnis von BaFin und DPR im zweistufigen Enforcementverfahren, S. 45 ff. sowie *U. H. Schneider*, NZG 2020, 1401 ff., die sich gegen eine derartige Eingriffsbefugnis aussprechen. A. A. insbesondere *AKBR*, NZG 2020, 938, 944.

220 Vgl. *Merkt*, ZGR 2017, 640, 647.

III. Auswirkungen des Interessenschutzes auf die Sanktionierung bilanzrechtswidrigen Verhaltens nach § 823 Abs. 2 BGB

Der Interessenschutz bilanzrechtlicher Vorschriften ist neben der rechtsdogmatischen Einordnung als öffentlich-rechtliches oder privates Recht auch von Einfluss darauf, ob die Vorschriften des Bilanzrechts als Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB anzusehen sind und damit bei rechtswidriger Abschlusserstellung Anknüpfungspunkt einer Außenhaftung der Gesellschaft bzw. ihres Geschäftsführers sein können. Denn als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB ist eine Norm nach allgemeinem Verständnis nur dann anzusehen, wenn sie ihrem Inhalt und ihrem Zweck nach gerade dazu dienen soll, den Einzelnen oder einzelne Personenkreise gegen die Verletzung eines Rechtsguts zu schützen, wenn der Gesetzgeber bei Erlass des Gesetzes also einen solchen Rechtsschutz gewollt oder zumindest mitgewollt hat.²²¹

1. Insbesondere: Schutzgesetzqualität der §§ 242 ff. HGB

Schnell zu bejahen ist nach den obigen Ausführungen die Schutzgesetzqualität der §§ 242 ff. HGB, die funktional – und eben nicht bloß reflexhaft – dem Gläubigerschutz dient.²²² Zu denken ist im Rahmen einer potenziellen Außenhaftung insofern an Konstellationen, in denen der Gesellschaft beispielsweise ein Kredit gewährt wurde, obwohl sie entgegen dem im Abschluss gezeichneten Bild nicht kreditwürdig war.²²³ Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass die §§ 242 ff. bis 264 HGB unmittelbar nur die Gesellschaft adressieren, mithin im Außenverhältnis auch nur einen Schadensersatzanspruch gegen die Gesellschaft selbst zur Folge haben können. Das wird für die Gläubiger der Gesellschafter aber gerade bei Liquidationsengpässen oder einer Insolvenz der Gesellschaft nur von begrenztem Nutzen sein. Von Interesse ist für sie deshalb insbesondere auch die Frage nach einer unmittelbaren Außenhaftung der Geschäftsführer selbst, wenngleich diese über die §§ 242 ff. HGB allein nicht begründet werden kann.

221 BGH, Urt. v. 19.07.2004 – II ZR 218/03 = NZG 2004, 816, 817 („Infomatec“). Zuletzt auch BGHZ 218, 96; BGHZ 197, 225; BGHZ 192, 90; BGHZ 188, 326; BGHZ 186, 58. Monographisch zur Schutzqualität bilanzrechtlicher Vorschriften zuletzt *Schröder*, Zivilrechtliche Außenhaftung der Vorstandsmitglieder bei Verletzung der Buchführungs- und Rechnungslegungspflicht, *passim*.

222 In diesem Sinne auch *Schnorr*, ZHR 170 (2006), 9, 24.

223 So auch der Sachverhalt zu BGHZ 125, 366, 377.

2. Insbesondere: Schutzgesetzqualität der §§ 91 Abs. 1 AktG, 41 GmbHG

Eine unmittelbare Außenhaftung der Geschäftsleiter kommt unzweifelhaft jedenfalls aus § 823 Abs. 2 i. V. m. den Strafvorschriften der § 331 Nr. 1 oder 2 bzw. § 400 Abs. 1 Nr. 1 AktG²²⁴ in Betracht, deren Schutzgesetzqualität in Rechtsprechung und Schrifttum allgemein anerkannt ist.²²⁵ Dabei wird interessanterweise der Schutzbereich der genannten Strafvorschriften dem Schutzbereich der handelsbilanzrechtlichen Vorschriften und der internationalen Rechnungslegungsstandards nicht vollkommen gleichgesetzt, insbesondere also für Verletzungen handelsbilanzrechtlicher Vorschriften nicht auf die Gläubiger der Gesellschaft beschränkt. Vielmehr wird der strafrechtliche Schutzbereich dahingehend ausgeweitet, dass die Strafvorschriften sowohl die Gesellschafter als auch die Gläubiger schützen sollen, die mit der Gesellschaft in rechtlicher Beziehung stehen oder in eine solche Beziehung treten wollen.²²⁶ Zutreffend weist *Schnorr* allerdings

224 Dazu auch Kapitel 2 § 2 D. II. 2 und Kapitel 3 § 2 A. II. 2.

225 Aus der Rechtsprechung zu § 331 HGB: LG Bonn, Urt. v. 15.05.2001 – 11 O 181/00 = AG 2001, 484 ff.; OLG Hamm, Urt. v. 03.02.2014 – 8 U 47/10 = BeckRS 2015, 257; OLG Düsseldorf = AG 2011, 31 ff.; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 16.11.2012 – 17 Kap 1/09 = BeckRS 2012, 23479; KG Berlin, AG 2010, 254. Aus dem Schrifttum zu § 331 HGB *Abram*, NZG 2003, 307; *von Bernuth/Kremer*, BB 2013, 2186, 2188; *Böcking/Gros/Rabenhorst*, in: *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, HGB, § 331 Rn. 8; *Fleischer*, WM 2006, 2021, 2026; *ders.*, AG 2006, 2, 8; *Grottel/H. Hoffmann*, in: *Beck'scher Bilanz-Kommentar*, § 331 HGB Rn. 40; *Kort*, EWiR 2001, 767, 768; *Rodewald*, BB 2001, 2155, 2161; *Schnorr*, ZHR 170 (2006) 9, 17; *Stackmann*, NJW 2013, 1985, 1987; *Quedenfeld*, in: *Münchener Kommentar zum HGB*, § 331 Rn. 2; *Waßmer*, in: *Münchener Kommentar zum Bilanzrecht*, § 331 HGB Rn. 2. Aus der Rechtsprechung zu § 400 Abs. 1 Nr. 1 AktG: BGH AG 2002, 43, 44; BGH NJW 2004, 2664, 2665; BGH AG 2006, 162, 163; BGH NJW 2012, 1800, 1802; LG Bonn AG 2001, 484, 488; LG Hamburg, Urt. v. 12.06.2013 – 309 O 426/08 = BeckRS 2013, 10766. Aus dem Schrifttum zu § 400 Abs. 1 Nr. 1 AktG: *Kau/Kukat*, BB 2000, 1045, 1047; *Rodewald*, BB 2001, 2155, 2161; *Groß*, WM 2002, 477, 483; *Fleischer*, NJW 2003, 2584, 2585; *Kiethe*, WM 2007, 722, 726; *Schaal*, in: *Münchener Kommentar zum AktG*, § 400 Rn. 3. Eingehend auch *Schröder*, *Zivilrechtliche Außenhaftung der Vorstandsmitglieder bei Verletzung der Buchführungs- und Rechnungslegungspflicht*, S. 176 ff.

226 *Altenhain*, in: *Kölner Kommentar zum Rechnungslegungsrecht*, § 331 HGB Rn. 15; *v. Bernuth/Kremer*, BB 2013, 2186, 2188; *Otto*, in: *Heymann*, HGB, § 331 Rn. 2; *Schulze-Osterloh/Servatius*, in: *Baumbach/Hueck*, Anh. § 82 GmbHG Rn. 3; *Sorgenfrei*, in: *Münchener Kommentar zum StGB*, § 331 HGB Rn. 2; *Quedenfeld*, in: *Münchener Kommentar zum HGB*, § 331 Rn. 2. Vgl. auch *Dannecker*, in: *Staub*, *Großkommentar zum HGB mit umfangreichen Nachweisen zu reichsgerichtlicher Rechtsprechung* in Fn. 18.

darauf hin, dass selbst bei extensiver Schutzgesetzqualität eine Außenhaftung des Geschäftsleiters jedenfalls dadurch erschwert wird, dass die Verletzung der genannten Vorschriften grundsätzlich ein vorsätzliches Handeln verlangt und „*nur in besonders qualifizierten, selten vorliegenden Fällen Fahrlässigkeit ausreichen lässt.*“²²⁷ Vor diesem Hintergrund erlangt die Frage nach der Schutzgesetzqualität der §§ 91 Abs. 1 AktG, 41 GmbHG und eine darauf basierende, potenzielle Außenhaftung des Geschäftsleiters für Rechtsverstöße bei der Abschlusserstellung besondere Bedeutung. Sie ist jüngst von *Schröder* umfassend untersucht worden, wobei eine Auslegung beider Vorschriften unter Berücksichtigung grammatischer, historischer, systematischer und funktionaler Aspekte sich letztlich als wenig ergiebig erwies. Insbesondere lassen sich weder dem Wortlaut der Vorschriften Anhaltspunkte für oder gegen einen allgemein- oder individualschützenden Charakter entnehmen noch erweist sich deren Entstehungsgeschichte als ergiebig.²²⁸ Aus beidem lassen sich in der Folge auch keine tragfähigen Rückschlüsse darauf ziehen, ob die §§ 91 Abs. 1 AktG, 41 GmbHG allein als Kompetenzvorschriften der Geschäftsleitung im Binnenverhältnis zu verstehen sind²²⁹ oder nach Ansicht *Schröders* zumindest auch die herausgehobene Bedeutung bilanzrechtlicher Vorschriften betonen. Allenfalls die systematische Einordnung beider Vorschriften im Abschnitt „*Vorstand*“ bzw. „*Vertretung und Geschäftsführung*“ mag leise dafür sprechen, dass beide allein der Unternehmensordnung dienen und einen individuellen Schutz der Abschlussadressaten und hierunter konkret der Gläubiger nicht bezwecken.²³⁰

227 *Schnorr*, ZHR 170 (2006), 9, 17.

228 Vgl. *Schröder*, Zivilrechtliche Außenhaftung der Vorstandsmitglieder bei Verletzung der Buchführungs- und Rechnungslegungspflicht, S. 256 ff.

229 So etwa *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 91 Rn. 1; *Spindler*, in: Münchener Kommentar zum AktG, § 91 Rn. 1.

230 A. A. aber *Schröder*, Zivilrechtliche Außenhaftung der Vorstandsmitglieder bei Verletzung der Buchführungs- und Rechnungslegungspflicht, S. 249, demzufolge die Tatsache, dass § 91 Abs. 1 AktG überhaupt hervorgehoben werde, dafür spreche, dass auch außerhalb der Gesellschaft ein Interesse an Buchführung und Abschlusserstellung bestünde. Andernfalls wäre die Vorschrift des § 91 Abs. 1 AktG als bloße Ausprägung des § 76 Abs. 1 AktG überflüssig.

a) Durchbrechung des Prinzips der Haftungskonzentration auf die Gesellschaft

Angesichts der vorstehenden Ausführungen ist *Schröder* darin zuzustimmen, dass letztlich weniger die methodische Auslegung entscheidend gegen die Schutzgesetzqualität der §§ 91 Abs. 1 AktG, 41 GmbHG spricht, als vielmehr die damit verbundene Durchbrechung der grundsätzlich auf die Gesellschaft konzentrierten Außenhaftung, die insbesondere im System der Kapitalmarktinformationshaftung zu Wertungswidersprüchen führen würde. Denn das in § 93 Abs. 2 AktG zum Ausdruck kommende Prinzip der Haftungskonzentration lässt Ausnahmen in Gestalt einer Außenhaftung der Geschäftsleiter nur in begrenztem Umfang zu. Anerkannt sind insoweit insbesondere Fallkonstellationen, in denen (i) der Schutz besonders bedeutsamer Rechtsgüter in Rede steht, (ii) die Rechtsverletzungen des Geschäftsleiters einen besonderen Unrechtsgehalt einnehmen, (iii) Fallkonstellationen, die für einen Dritten mit einem erheblichen Schadensrisiko verbunden sind oder in denen (iv) eine Funktionsstörung der Binnenhaftung oder ein erhöhtes Ausfallrisiko der Gesellschaft zu erwarten ist.²³¹

Von einem Schutz besonders bedeutsamer Rechtsgüter kann bei einer Verletzung reiner Vermögensinteressen, wie sie infolge bilanzrechtswidrigen Handelns allein denkbar sind, kaum die Rede sein.²³² Auch einen besonderen Unrechtsgehalt nehmen Verstöße gegen bilanzrechtliche Vorschriften nach der Vorstellung des Gesetzgebers ersichtlich erst dann ein, wenn sie zumindest straf- oder bußgeldrechtliche Tatbestände verwirklichen, deren Schutzgesetzqualität im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB aber auch ohne Rückgriff auf die §§ 91 Abs. 1 AktG, 41 GmbHG anerkannt ist. Allenfalls lässt eine Durchbrechung der Haftungskonzentration sich damit im Anwendungsbereich der §§ 91 Abs. 1 AktG, 41 GmbHG durch ein potenziell erhebliches Schadensrisiko der Gläubiger und in diesem Zusammenhang zugleich durch ein erhöhtes Ausfallrisiko der Gesellschaft begründen, das die Gefahr einer Funktionsstörung der Haftungskonzentration birgt. Angesprochen sind damit insbesondere die bereits genannten Fälle, in denen die Gesellschaft zahlungsunfähig zu werden droht, die Abschlussinformationen dies aber wegen bilanzrechtswidriger Abschlusserstellung

231 Eingehend *Schröder*, Zivilrechtliche Außenhaftung der Vorstandsmitglieder bei Verletzung der Buchführungs- und Rechnungslegungspflicht, S. 286 ff.

232 *Schröder*, Zivilrechtliche Außenhaftung der Vorstandsmitglieder bei Verletzung der Buchführungs- und Rechnungslegungspflicht, S. 288.

nicht erkennen lassen.²³³ Auch und gerade hier werden es in der Regel zwar die vorsätzlichen Bilanzrechtsverstöße sein, die der Geschäftsleiter bereits im Bewusstsein einer bereits eingetretenen wirtschaftlichen Schieflage der Gesellschaft mit Verdeckungsabsicht begeht. Nichtsdestotrotz erscheint es nicht ausgeschlossen, dass gerade im Bereich der Abschlusserstellung, in dem die Grenzen zwischen Pflichtenbindung und Freiräumen ohnehin gerne verschwimmen, auch schon ein nur fahrlässiger Bilanzrechtsverstoß des Geschäftsleiters für Dritte erhebliche Schadensrisiken bergen kann – etwa dann, wenn der Geschäftsleiter fahrlässig davon ausgeht, einen bilanziellen Freiraum maximal auszuschöpfen, während er objektiv betrachtet bereits die Grenzen der Rechtmäßigkeit überschritten hat. Da auch in solchen Fallkonstellationen die teils hervorgehobene Korrelation zwischen ordnungsmäßiger Buchführung und Bilanzierung und der Haftungsbeschränkung der Gesellschaft gestört ist, spricht auf den ersten Blick nichts gegen eine Durchbrechung der Haftungskonzentration auf den Geschäftsleiter.²³⁴

b) Wertungswidersprüche zur Kapitalmarktinformativhaftung

Wenngleich die vorstehenden Ausführungen also auch in den Fällen einer bloß fahrlässig bilanzrechtswidrigen Abschlusserstellung für eine Durchbrechung der Haftungskonzentration sprechen mögen, vermag dieser Gedanke wegen der zuletzt von *Schröder* erörterten Gefahr haftungssystematischer Widersprüche im Ergebnis nicht zu fruchten. Denn eine Außenhaftung des Geschäftsleiters bereits für leicht fahrlässige Bilanzrechtsverstöße fügt sich nicht in das sonstige Haftungssystem für fehlerhafte Publizität ein, das im Bereich der Kapitalmarktinformativhaftung ansonsten zumindest grob fahrlässige Rechtsverstöße voraussetzt. Da sowohl die Abschlussinformationen als auch die (übrigen) Kapitalmarktinformativinformationen es aber den Adressaten ermöglichen sollen, im Vertrauen auf die Richtigkeit der Informationen Vermögensdispositionen zu treffen, wäre es wider-

233 *Schröder*, Zivilrechtliche Außenhaftung der Vorstandsmitglieder bei Verletzung der Buchführungs- und Rechnungslegungspflicht, S. 289; *Verse*, ZHR 170 (2006), 398, 417.

234 Vgl. *Schnorr*, ZHR 170 (2006), 9, 30 mit Hinweis darauf, dass derjenige, der im Geschäftsverkehr das Privileg einer auf das Gesellschaftsvermögen beschränkten Haftung in Anspruch nimmt, den legitimen Informationsbedürfnissen Dritten durch eine bilanzrechtskonforme Abschlusserstellung Rechnung zu tragen habe.

sprüchlich, wenn die Verletzung bilanzrechtlicher Pflichten bereits bei einfacher Fahrlässigkeit zu einer Außenhaftung des Geschäftsleiters führen würde, während die Haftungstatbestände für fehlerhafte Kapitalmarktinformationen allesamt ein grob fahrlässiges Handeln verlangten.²³⁵

3. Insbesondere: Schutzgesetzqualität des § 264 Abs. 2 Satz 3 HGB

Die aufgezeigten Wertungswidersprüche zum sonstigen Haftungssystem für fehlerhafte Publizität setzen sich im Rahmen des § 264 Abs. 2 Satz 3 HGB fort und stehen als solche zwar nicht zwangsläufig dessen Schutzgesetzqualität, wohl aber einer hieraus potenziell folgenden Außenhaftung des Geschäftsleiters für leicht fahrlässige Pflichtverstöße entgegen. Auch die Abgabe eines Bilanzzeides darüber, dass der Jahresabschluss nach bestem Wissen ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage vermittelt, ist damit kein Anknüpfungspunkt einer Außenhaftung nach § 823 Abs. 2 BGB.²³⁶

B. Binnenverhältnis

I. Dogmatische, rechtsvergleichende und rechtsökonomische Anknüpfungspunkte der Legalitätspflicht – Überblick über den Status quo

Dass der Geschäftsleiter nicht nur im Außenverhältnis, sondern auch gegenüber der Gesellschaft im Binnenverhältnis zu rechtmäßigem Verhalten bei der Abschlusserstellung verpflichtet ist, ergibt sich ausdrücklich weder aus dem Aktien- noch aus dem GmbH-Gesetz, sondern folgt aus der üblicherweise in der Sorgfaltspflicht des Geschäftsleiters (§§ 93 Abs. 1 Satz 1 AktG, 43 Abs. 1 GmbHG) verankerten Legalitätspflicht. Diese folgt dogmatisch teilweise bereits aus der § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG verorteten

235 So explizit *Schröder*, Zivilrechtliche Außenhaftung der Vorstandsmitglieder bei Verletzung der Buchführungs- und Rechnungslegungspflicht, S. 293. Vgl. im Übrigen auch *Fleischer*, WM 2006, 2021, 2029; *Grigoleit*, Gesellschafterhaftung für interne Einflussnahme, S. 138 f.; *Mülbert/Steup*, WM 2005, 1633, 1646.

236 *Fleischer*, WM 2006, 2021, 2028; *Schröder*, Zivilrechtliche Außenhaftung der Vorstandsmitglieder bei Verletzung der Buchführungs- und Rechnungslegungspflicht, S. 302. Grundlegend zum Bilanzzeit etwa *Abendroth*, WM 2008, 1147 ff.

Schadensabwendungspflicht,²³⁷ die wegen der aus Rechtsverstößen typischerweise resultierenden Nachteile für die Gesellschaft auch eine Binnenpflicht der Geschäftsleiter zu rechtstreuem Verhalten beinhalten soll. Da die Schadensabwendungspflicht aber spätestens dann an ihre Grenzen stößt, wenn die aus einem Rechtsverstoß zu erwartenden Vorteile die Nachteile überwiegen,²³⁸ plädiert die überwiegende Ansicht ganz recht dafür, die Legalitätspflicht grundlegend aus dem universellen Geltungsvorrang der Rechtsordnung herzuleiten.²³⁹ Dieser kommt im Recht der Kapitalgesellschaften indirekt unter anderem in den §§ 396 AktG, 62 GmbHG,²⁴⁰ im Übrigen aber auch darin zum Ausdruck, dass der in der Satzung vereinbarte Unternehmensgegenstand sich nach § 134 BGB innerhalb der geltenden Rechtsordnung zu bewegen hat.²⁴¹ Darf nämlich schon der Unternehmensgegenstand nicht gegen rechtliche Vorschriften verstoßen, kann auch ein hieraus abgeleitetes privatautonomes Gesellschaftsinteresse das Geschäftsleiterhandeln nicht über rechtliche Vorgaben hinweg

237 *Abelshausen*, Leitungshaftung, S. 213; *Harnos*, Geschäftsleiterhaftung bei unklarer Rechtslage, S. 91; *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, § 24 Rn. 81; *Wilsing*, in: Krieger/U. H. Schneider, Hdb. Managerhaftung, § 27 Rn. 22.

238 Kritisch deshalb *Bicker*, AG 2014, 8, 9; *Bunz*, Schutz unternehmerischer Entscheidungen, S. 120; *Fleischer*, ZIP 2005, 141, 144; *Habersack*, in: FS U. H. Schneider, S. 433 f.; *Harzenetter*, Innenhaftung, S. 103 f.; *Holle*, Legalitätskontrolle, S. 47 f.; *Rahlmeyer*, Vorstandshaftung, S. 54. Eingehend zur Konstellation der nützlichen Pflichtverletzung *Breitenfeld*, Organschaftliche Binnenhaftung, S. 53.

239 In diesem Sinne auch *Fischbach*, Haftung des Vorstands, S. 52; *Fleischer*, ZIP 2005, 141, 142 ff.; *Habersack*, in: FS U. H. Schneider, S. 43; *Holle*, AG 2011, 778, 785; *Kaulich*, Haftung von Vorstandsmitgliedern, S. 98; *Rahlmeyer*, Vorstandshaftung, S. 54; *Roth*, Unternehmerisches Ermessen, S. 132; *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 516; *Verse*, ZHR 175 (2011), 401, 406.

240 Beide Vorschriften knüpfen für eine behördliche Auflösung der Gesellschaft tatbestandlich an gesetzwidrige Handlungen der Geschäftsleiter an, die von den übrigen Gesellschaftsorganen nicht unterbunden werden. Damit appellieren sie jedenfalls mittelbar an die Rechtstreue der Geschäftsleiter auch und gerade im Binnenverhältnis gegenüber der Gesellschaft, vgl. *Holle*, Legalitätskontrolle, S. 48 ff. Einen ähnlichen Appell will man ferner § 93 Abs. 4 Satz 1 AktG entnehmen, vgl. *Paefgen*, Unternehmerische Entscheidungen, S. 17; *Dreher*, in: FS Konzen, S. 92; *Spindler*, in: Münchener Kommentar zum AktG, § 93 Rn. 64. Kritisch aber *Bicker*, AG 2014, 8, 9; *Bunz*, Schutz unternehmerischer Entscheidungen, S. 120; *Fleischer*, ZIP 2005, 141, 144; *Habersack*, in: FS U. H. Schneider, S. 429, 433 f.; *Harzenetter*, Innenhaftung, S. 103 f.; *Holle*, Legalitätskontrolle, S. 47 f.; *Rahlmeyer*, Vorstandshaftung, S. 54.

241 Anstelle aller *Hüffer*, in: Hüffer/Koch, § 93 Rn. 6.

determinieren.²⁴² In diesem Zusammenhang selten berücksichtigt, lassen sich auch die §§ 91 Abs. 1 AktG, 41 GmbHG als gesetzliche Anknüpfungspunkte eines universellen Geltungsvorrangs der Rechtsordnung heranziehen, da sie als gesetzliche Konkretisierung der Leitungs- (§ 76 Abs. 1 AktG) bzw. der Geschäftsführungspflicht (§ 35 Abs. 1 GmbHG) die Geschäftsleiter gegenüber der Gesellschaft verpflichten, mit der Buchführung für eine der Gesellschaft im Außenverhältnis auferlegte Pflicht Sorge zu tragen. Auch die §§ 91 Abs. 1 AktG, 41 GmbHG sind vor diesem Hintergrund als punktueller Ausdruck eines universellen Geltungsvorrangs der Rechtsordnung und einer hieraus abzuleitenden Legalitätspflicht der Geschäftsleiter zu verstehen.

Wer die Legalitätspflicht des Geschäftsleiters über diese gesellschaftsrechtlichen Erwägungen hinaus noch rechtsvergleichend und rechtsökonomisch einzubetten sucht, findet in zahlreichen Jurisdiktionen entsprechende Anhaltspunkte.²⁴³ Allen voran steht insoweit das US-amerikanische Recht,²⁴⁴ dessen Spruchpraxis zur Legalitätspflicht auf das Jahr 1909 zurückgeht,²⁴⁵ insbesondere aber mit der 1974 ergangenen Entscheidung *Miller v. AT&T* zur weitreichenden Anerkennung der Legalitätspflicht beigetragen hat. Das Gericht, das die Legalitätspflicht damals als Gegenstück zum Geschäftsleiterermessen der Verwaltungsmitglieder von AT&T postulierte,²⁴⁶ dient bis heute als Vorbild praktischer und rechtstheoreti-

242 Holle, Legalitätskontrolle, S. 62. In diese Richtung auch Breitenfeld, Organschaftliche Binnenhaftung, S. 89; Langenbucher, in: FS Lwowski, S. 333.

243 Vgl. etwa für Österreich Schlosser, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder, S. 39; für die Schweiz Grass, Business Judgment Rule, S. 94 f.; für Großbritannien Pennington, Company Law, S. 709. Für weitere Jurisdiktionen vgl. Möslein, Grenzen unternehmerischer Leitungsmacht im marktoffenen Verband, S. 171 f. (Fn. 770).

244 Eingehend hierzu auch Fleischer, ZIP 2005, 141, 146 ff.

245 Vgl. die Entscheidung *Roth v. Robertson*, 64 Misc. 343, 346; 118 N.Y.S. 351, 353 (Sup. Ct. 1909), in der das Gericht wie folgt formulierte: „*Even though committed to the benefit of the corporation, illegal acts [committed by its directors] may amount to a breach of fiduciary duty.*“ Zur Begründung berief sich das Gericht auf den Vorrang öffentlicher Interessen: „*To hold any other rule would establish a dangerous precedent, tacitly countenancing the wasting of corporate funds for purposes of corrupting public morals.*“

246 Vgl. *Miller v. American Telephone & Telegraph Co.*, 507 F.2d, 759, 762 unter Bezugnahme auf *Roth v. Robertson*: „*[W]e are convinced that the business judgment rule cannot insulate the defendant directors from liability if they did in fact breach 18 U.S.C. § 610, as plaintiffs have charged.*“

scher Ausführungen zur Legalität der Geschäftsleiter²⁴⁷ und dürfte überdies auch die frühe Aufnahme der Legalitätspflicht in die vom American Law Institute entwickelten Principles of Corporate Governance begünstigt haben, die in der internationalen Debatte um die Bausteine guter Corporate Governance ihrerseits unverkennbaren Vorbildcharakter entfaltet haben.²⁴⁸

Aus rechtsökonomischer Perspektive sei, wie von anderer Seite auch,²⁴⁹ nur auf den früh von *Brennan* und *Buchanan* geäußerten Gedanken verwiesen, dass ein fairer Wettbewerb nur innerhalb eines durch die Rechtsordnung gesetzten Rahmens stattfinden könne und die Geschäftsleiter deshalb die rechtlichen Vorschriften als „*rules of the game*“ zu beachten hätten.²⁵⁰ Die hieran anknüpfende Metapher eines „*level playing field*“ ist Grundlage des Wettbewerbs- sowie weiter Teile des Kapitalmarktrechts und als solche unbestritten.²⁵¹ Ganz in diesem Sinne hinterfragt auch die „*Theory of Efficient Breach*“ allein den Geltungsvorrang vertraglicher Pflichten vor dem Gesellschaftsinteresse, nicht aber Geltungsvorrang gesetzlicher Pflichten.²⁵²

247 *Eisenberg*, 51 U. Pitt. L. Rev. 945 (1990); *Beveridge*, 45 DePaul L. Rev. 729; *Rapp*, 7 Fordham J. Corp. & Fin. L. 101, 106 (2001); American Law Institute, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations, Volume 1, Parts I-VI. Nicht immer wird die Legalitätspflicht dabei allerdings als Ausprägung der Sorgfaltspflicht angesehen. Insbesondere die Entscheidungen des Delaware Case Law knüpfen bevorzugt an die Treuepflicht (*duty of loyalty*) an, vgl. *Stone v. Ritter*, 911 A.2d.362 (Del. 2006); *Ryan v. Gifford*, 918 A.2d 341 (del. Ch. 2007); *Desimone v. Barrows*, 924 A.2d 908 (Del. Ch. 2007). Hierzu auch *Rosenberg*, 52 Santa Clara L. Rev. 81 (2012).

248 § 2.01 (b) (1) American Law Institute, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations.

249 Vgl. nur *Fleischer*, ZIP 2005, 141 ff.

250 *Brennan/Buchanan*, The reason of rules, *passim*. Daran anknüpfend etwa *Vanberg*, Rules and choice in economics, S. 11 ff.

251 *Fleischer*, ZIP 2005, 141 ff.

252 Grundlegend zur „*Theory of Efficient Breach*“ bereits Oliver Wendell Holmes im Jahr 1897: „*The duty to keep a contract at common law means a prediction that you must pay damages if you not keep it, – and nothing else.*“, *Holmes*, 10 Harv. L. Rev. 457, 462 (1897), zitiert nach *Klass*, Efficient Breach, in: *Klass/Letsas/Saprai*, Philosophical Foundations of Contract Law, S. 362. Weiterführend insbesondere *Robert L. Birmingham*, der sich in seinen Ausführungen ebenfalls allein auf die Verletzung vertraglicher, nicht aber gesetzlicher Pflichten bezieht: „*A contractual obligation is not necessarily an obligation to perform, but rather an obligation to choose between performance and compensatory damage.*“ *Birmingham*, 24 Rutgers L. Rev. 273, 284, 288 f. (1970); *Posner*, Economic Analysis of Law, *passim*. Zur Entwicklung der Theory of Efficient Breach aus jüngerer Zeit etwa

Damit bleibt festzuhalten, dass die den Geschäftsleitern im Binnenverhältnis auferlegte Legalitätspflicht – nicht nur als Folge der Schadensabwendungspflicht, sondern vor allem auch als Ausdruck eines universellen Geltungsvorrangs der Rechtsordnung – sowohl normativ als auch rechtsvergleichend und rechtsökonomisch auf sicherem Fundament steht.

II. Bilanzrechtliche Pflichten als Gegenstand der Legalitätspflicht

Die Legalitätspflicht des Geschäftsleiters hat nach hier zugrunde gelegtem Begriffsverständnis zwei Ausprägungen. Erstens hat der Geschäftsleiter unter der Legalitätspflicht die ihm im Aktien- und GmbH-Gesetz unmittelbar gegenüber der Gesellschaft auferlegten Organpflichten zu beachten (sogenannte *interne Pflichtenbindung*). Das ist so selbstverständlich, dass man es teilweise als überflüssig erachtet, den Begriff der Legalitätspflicht in diesem Zusammenhang überhaupt zu bemühen.²⁵³ Zweitens hat der Geschäftsleiter unter der Legalitätspflicht die im Außenverhältnis gegenüber Dritten oder der Allgemeinheit normierten Pflichten zu befolgen (sogenannte *externe Pflichtenbindung*). Hier entfaltet die Legalitätspflicht eigenständige materielle Wirkung als Bindeglied zwischen Außen- und Binnenverhältnis, indem sie Außenverantwortlichkeit in das Binnenverhältnis transponiert und auf diese Weise einen Gleichlauf zwischen Außen- und Binnenpflichten herstellt.²⁵⁴ Gerade hier wird sie im Hinblick auf die bilanzrechtlichen Pflichten der internationalen Rechnungslegungsstandards, aber auch der nationalen Vorschriften aus HGB, AktG und GmbHG relevant, wobei es keinen Unterschied macht, ob die im Außenverhältnis begründeten Pflichten die Gesellschaft selbst oder deren Geschäftsleiter adressieren; in beiden Fällen sind sie als Bestandteil der Rechtsordnung

Craswell, in: Benson, Readings in the Theory of Contract Law, *passim*; *Klass*, Efficient Breach, Chapter 18, in: *Klass/Letsas/Saprai*, Philosophical Foundations of Contract Law, *passim*.

253 Vgl. nur *Holle*, Legalitätskontrolle, S. 44 mit Hinweis darauf, dass der Begriff der Legalitätspflicht insofern nicht mehr sei als eine „*terminologische Aufwertung*“ dessen, was sich aus den betreffenden Binnenpflichten ohnehin ergebe.

254 Folge ist, dass eine Verletzung der Außenpflichten stets auch eine Verletzung der Legalitätspflicht und damit der Sorgfaltspflicht gegenüber der Gesellschaft bedeutet, vgl. *Hopt*, in: Großkommentar zum AktG, § 93 Rn. 99; *Fleischer*, ZIP 2005, 151, 156; *Mertens*, in: Kölner Kommentar zum AktG, § 93 Rn. 34; *Raiser/ Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, § 14 Rn. 66; *Spindler*, in: Münchener Kommentar zum AktG, § 93 Rn. 63 f.; *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 509.

im Binnenverhältnis von der Legalitätspflicht umfasst.²⁵⁵ Andernfalls nämlich befände sich der Geschäftsleiter entweder in der privilegierten Lage, aufgrund der rechtlichen Eigenständigkeit der Gesellschaft und dem hieraus resultierenden Prinzip der Haftungskonzentration Pflichtverletzungen begehen zu können, ohne hierfür eigene zivilrechtliche Sanktionen fürchten zu müssen. Oder er befände sich umgekehrt wegen des fehlenden Gleichlaufs zwischen Außen- und Binnenpflichten in dem Dilemma, die ihm selbst im Außenverhältnis aufgetragenen Pflichten befolgen zu müssen, im Binnenverhältnis aber wegen eines etwaig entgegenstehenden Gesellschaftsinteresses zum genauen Gegenteil verpflichtet zu sein. Beides kann nur verhindert werden, wenn hinsichtlich der im Außenverhältnis normierten Pflichten nicht nach Adressat unterschieden wird.

Abschließend lässt sich damit festhalten, dass der Geschäftsleiter nicht nur im Außenverhältnis, sondern unter der Legalitätspflicht auch im Binnenverhältnis zur Beachtung sämtlicher bilanzrechtlicher Pflichten gehalten ist, sei es zur Befolgung der internationalen Rechnungslegungsstandards, der im dritten Buch des HGB normierten, teils den Geschäftsleiter,²⁵⁶ teils die Gesellschaft²⁵⁷ adressierenden Pflichten aus §§ 242 ff., 264 ff., 290 ff. HGB, der flankierenden rechtsformspezifischen Anforderungen an die Abschlusserstellung gemäß §§ 150 ff. AktG, 42 f. GmbHG oder der Organpflichten aus §§ 91 Abs. 1 AktG, 41 GmbHG. Sie alle sind Gegenstand der Legalitätspflicht und haben damit im Außen- wie im Binnenverhältnis gleichermaßen Vorrang vor dem Gesellschaftsinteresse.

255 Das kommt in den zur Legalitätspflicht veröffentlichten Beiträgen oft nur unzureichend zum Ausdruck, was sich insbesondere an der Tendenz zeigt, die Legalitätspflicht einerseits auf die innerhalb des Aktien- und GmbH-Gesetzes statuierten Geschäftsleiterpflichten, andererseits auf die außerhalb des Aktien- und GmbH-Gesetzes statuierten Pflichten der Gesellschaft zu beziehen, *Bicker*, AG 2014, 8; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 93 Rn. 15 ff.; *Spindler*, in: Münchener Kommentar zum AktG, § 93 Rn. 74; *Krieger/U. H. Schneider*, Hdb. Managerhaftung, § 27 Rn. 21. In diesem Schema ist für etwaige außerhalb des Aktien- und GmbH-Gesetzes normierte Verhaltenspflichten der Geschäftsleiter kein Raum.

256 Vgl. nur die §§ 264 ff. HGB.

257 Vgl. insofern § 242 Abs. 1 bis 3 HGB, der unmittelbar die Gesellschaft als Formkaufmann im Sinne des § 6 Abs. 1 HGB i. V. m. § 3 Abs. 1 AktG bzw. § 13 Abs. 3 GmbHG adressiert.

§ 3 Ergebnis

Der erste Teil dieser Untersuchung hat sich mit den Quellen rechtlicher Pflichtenbindung befasst, die der Geschäftsleiter bei der Erstellung von Jahres- und Konzernabschlüssen zu befolgen hat. Hierzu zählen für kapitalmarktorientierte Gesellschaften im Anwendungsbereich des Art. 4 IAS-VO die internationalen Rechnungslegungsstandards, nicht aber das ihnen zugrundeliegende Rahmenkonzept. Sofern Standards oder Interpretationen auf Teile des Rahmenkonzepts verweisen, handelt es sich hierbei um statische Verweisungen, die zwar als Rezeptionsmethode keinen grundlegenden europarechtlichen Bedenken begegnet, gleichwohl aber europarechtlichen Publikations- und Klarheitsanforderungen genügen muss. Diesen Anforderungen, die unter anderem eine Übersetzung des Verweisungsobjekts in die europäischen Amtssprachen umfassen, haben Unionsgesetzgeber und Kommission bislang weder für die aktuelle noch für frühere Fassungen des Rahmenkonzepts entsprochen.

Das Endorsement-Verfahren zur Übernahme internationaler Rechnungslegungsstandards in das Europäische Recht hat sich seit Inkrafttreten der IAS-VO im Jahr 2002 stark gewandelt und ist mit der zu erwartenden Anpassung der IAS-VO an die Voraussetzungen des Art. 290 AEUV noch immer nicht abgeschlossen. Den einst beklagten demokratischen und rechtsstaatlichen Mängeln des Endorsement-Verfahrens ist der Unionsgesetzgeber insbesondere in den vergangenen zehn Jahren durch umfangreiche Maßnahmen entgegengetreten, zu denen neben der Anpassung des Endorsement-Verfahrens an das Regelungsverfahren mit Kontrolle vorrangig die Reformen auf Ebene der EFRAG zählen. Hier haben Unionsgesetzgeber und Kommission mit verstärkten prozeduralen und materiellen Steuerungsmaßnahmen die erforderlichen Schritte eingeleitet, um eine gemeinwohlorientierte Beteiligung der EFRAG am Endorsement-Verfahren und dem Standardsetzungsprozess auf Ebene des IASB sicherzustellen. Zwar dauert der in den europäischen Konvergenzbestrebungen wurzelnde Zielkonflikt zwischen einem möglichst ergebnisoffenen Endorsement-Verfahren einerseits und der zu verzeichnenden „Dynamisierung“ der Standardrezeption andererseits auch vor dem Hintergrund dieser Maßnahmen weiter fort. Zweifel an der Vereinbarkeit des Endorsement-Verfahrens mit europäischem Primärrecht erscheinen mittlerweile aber jedenfalls nicht mehr angebracht.

Auf nationaler Ebene ergeben sich abschlussrelevante Pflichten rechtsformspezifisch aus dem Aktien- und GmbH-Gesetz, allen voran aber sowohl für den Jahres- als auch den Konzernabschluss aus dem dritten

Buch des HGB und den nicht ausdrücklich kodifizierten GoB, die als Ausprägungen des unbestimmten Rechtsbegriffs der GoB ihrerseits Gesetzesrang einnehmen. Demgegenüber sind die vom DRSC entwickelten und vom BMJ gegebenenfalls bekanntgemachten DRS ungeachtet der in § 342 Abs. 2 HGB zum Ausdruck kommenden Vermutungswirkung als bloße „Empfehlungen“ anzusehen und mögen bei der Abschlusserstellung damit zwar als Hilfestellung fungieren, nicht aber als Quelle verbindlicher Pflichten.

Adressat der bilanzrechtlichen Pflichten ist im Außenverhältnis teils die Gesellschaft, teils der Geschäftsleiter selbst als deren gesetzlicher Vertreter. Das ergibt sich aus den betreffenden Vorschriften der internationalen Rechnungslegungsstandards, des AktG, des GmbHG und des HGB jeweils ausdrücklich. Die insofern statuierte Pflichtenbindung findet kraft Legalitätspflicht auch in das Binnenverhältnis zwischen Geschäftsleiter und Gesellschaft Eingang und wird bei rechtswidrigem Verhalten des Geschäftsleiters damit Grundlage einer Binnenhaftung aus § 93 Abs. 2 AktG respektive § 43 Abs. 2 GmbHG. Anders als die Bestimmung des konkreten Pflichtadressaten ist die Frage, wessen Schutz die bilanzrechtlichen Pflichten dienen, hoch umstritten und von der Bestimmung der Rechtsnatur über deliktsrechtliche Haftungsfragen bis hin zur Anwendbarkeit von Kollisionsnormen bei Sachverhalten mit Auslandsbezugs Anknüpfungspunkt verschiedener weiterer Problematiken. Im Hinblick darauf ist festzuhalten, dass sowohl die Vorschriften des Handelsbilanzrechts als auch die der internationalen Rechnungslegungsstandards vorrangig individualschützender Natur sind. Während Erstere zielgerichtet allein dem Gläubigerschutz dienen, bezwecken Letztere darüber hinaus auch den Schutz der Gesellschafter. Auch wenn sowohl die Vorschriften des Handelsbilanzrechts als auch die internationalen Rechnungslegungsstandards insofern als Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB einzuordnen sind, wird sich die Außenhaftung für Bilanzrechtsverstöße aber primär auf die Gesellschaft konzentrieren. Denn erstens ist die Gesellschaft überwiegend selbst Adressat der betreffenden Pflichten und somit im Außenverhältnis alleiniges Haftungssubjekt. Zweitens wäre selbst dort, wo unmittelbar der Geschäftsleiter Pflichtadressat ist, eine Außenhaftung bereits für einfach-fahrlässige Bilanzrechtsverstöße mit den gesetzgeberischen Wertungen der kapitalmarktrechtlichen Informationshaftung nicht vereinbar. Eine Außenhaftung des Geschäftsleiters selbst kommt damit allenfalls im Zusammenhang mit einem Verstoß gegen straf- und bußgeldrechtliche Vorschriften in Betracht.

Zweiter Teil: Rechtmäßiges Handeln des Geschäftsleiters – Reichweite der Pflichtenbindung

Der voranstehende Teil dieser Untersuchung hat sich mit den Quellen der rechtlichen Pflichtenbindung befasst, die der Geschäftsleiter als Handlungsorgan der Gesellschaft bei der Erstellung des Jahres- und Konzernabschlusses zu beachten hat. Dass diese rechtliche Pflichtenbindung das Verhalten des Geschäftsleiters zwar weitreichend, aber letztlich nicht abschließend determiniert, ist dabei bereits angeklungen und dient insbesondere der Betriebswirtschaftslehre als Anlass, nach immer neuen Mitteln und Wegen zu suchen, um bilanzielle Freiräume bestmöglich im Sinne unternehmenspolitischer Ziele zu nutzen.²⁵⁸ Wie sogleich aufzuzeigen ist, bleibt der exakte Grenzverlauf zwischen Pflichtenbindung und verbleibenden Freiräumen dabei aber häufig unklar. Der zweite Teil dieser Untersuchung soll sich deshalb mit der Reichweite der bilanzrechtlichen Pflichtenbindung auseinandersetzen und erörtern, wo und inwieweit dem Geschäftsleiter bei der Abschlusserstellung überhaupt bilanzielle Freiräume verbleiben.²⁵⁹

258 Vgl. nur Baetge/Kirsch/Thiele, Bilanzen, S. 153: „Voraussetzung für Bilanzpolitik ist, dass der Gesetzgeber [...] bestimmte Bilanzierungsweisen ausdrücklich erlaubt, bestimmte Sachverhalte gar nicht regelt oder aber einzelne Situationen nicht eindeutig klärt und damit Interpretationen ermöglicht.“; Coenenberg/Haller/Schultze, Jahresabschluss und Jahresabschlussanalyse, S. 1015: „Je detaillierter und umfangreicher die Vorschriften, umso geringer ist die Menge an zur Verfügung stehenden bilanzpolitischen Maßnahmen.“. Offensiv in diesem Zusammenhang auch Küting, der den Vorstand als primären Träger der Bilanzpolitik „nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet“ sieht, „die im Bilanzrecht nun einmal bestehenden Gestaltungsspielräume auszunutzen, und zwar so, daß das Verhalten der Adressaten in dem für das Unternehmen günstigsten Sinne beeinflusst wird.“, vgl. Küting, DStR 1996, 934, 935 unter Verweis auf Kropff, in: Baetge, Der Jahresabschluß im Widerstreit der Interessen, S. 183. Zu aktuellen bilanzpolitischen Gestaltungsmöglichkeiten etwa Zwirner/Boecker/Busch, StuB 2017, Sonderausgabe, S. 1, 3 ff.

259 Derartige Handlungs- und Beurteilungsfreiräume werden nachfolgend zusammenfassend auch als „Freiräume“ oder „bilanzielle Freiräume“ bezeichnet.

§ 1 Status quo

A. Arten bilanzieller Freiräume

Die Diskussion über die Grenze zwischen Pflichtenbindung und verbleibenden Freiräumen kann auf zwei Ebenen ansetzen. Die erste Ebene betrifft die Frage, inwieweit sich Freiräume von der Pflichtenbindung schon hinsichtlich des „Ob“ der Abschlusserstellung und ihres Umfangs ergeben. Die zweite Ebene betrifft die Art und Weise der Abschlusserstellung und damit konkret die Darstellung, den Ansatz und die Bewertung von Vermögensgegenständen und Schulden in Bilanz und GuV.

Der Fokus des fachwissenschaftlichen Interesses liegt mit gutem Grund auf der zweitgenannten Ebene.²⁶⁰ Denn Freiräume hinsichtlich des „Ob“ der Abschlusserstellung ergeben sich von vornherein nur in engen, gesetzlich klar abgesteckten Grenzen. So dürfen etwa Kleinstkapitalgesellschaften im Sinne des § 267a HGB darauf verzichten, den Jahresabschluss um einen Anhang zu erweitern, § 264 Abs. 1 Satz 5 HGB. Auch das Konzernbilanzrecht eröffnet in § 293 HGB größenabhängige Erleichterungen von der Abschlusserstellung, nach denen einzelne Bestandteile des Konzernabschlusses nicht erstellt werden müssen. In diesen Fällen ist es der Entscheidung des Geschäftsleiters überlassen, von der gesetzlich vorgesehenen Erleichterungsmöglichkeit Gebrauch zu machen oder nicht. Dasselbe gilt für die in § 297 Abs. 1 Satz 2 HGB vorgesehene Möglichkeit, den Konzernabschluss in die entgegengesetzte Richtung um eine Segmentberichterstattung zu *erweitern*.²⁶¹ Der Grenzverlauf zwischen Pflichtenbindung und Freiräumen ist hier also auch ohne vertiefte Untersuchung hinreichend klar abgesteckt. Ein ähnlicher Befund ergibt sich sodann auch hinsichtlich der Darstellungspflichten in Bilanz und GuV, die ebenfalls in Abhängigkeit von der Größe der Kapitalgesellschaft ausgestaltet sind (vgl. §§ 266, 275 Abs. 2, 276 HGB).

Anders gestaltet sich die Lage allerdings hinsichtlich des Ansatzes und der Bewertung von Vermögensgegenständen und Schulden in Bilanz und GuV. Diesbezüglich werden bis zu drei Arten bilanzieller Freiräume unterschieden, deren Verortung und Reichweite anhaltende Schwierigkeiten bereiten.

260 Vgl. nur *Hennrichs*, Wahlrechte, *passim*; *Merkt*, DK 2017, 353 ff.; *Pöschke*, ZGR 2018, 647 ff.

261 *Merkt*, in: *Baumbach/Hopt*, § 254 Rn. 8; *BT-Drcks. BilMoG*, S. 63.

I. Unbestimmte Rechtsbegriffe

Vertreter der Betriebswirtschaftslehre erblicken bilanzielle Ansatz- und Bewertungsfreiräume teilweise bereits dort, wo in den Ansatz- und Bewertungsvorschriften des Handelsbilanzrechts und der internationalen Rechnungslegungsstandards aufgrund der Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe verschiedene vertretbare Auslegungsvarianten in Betracht kommen.²⁶² Die Rede ist insoweit von „Ermessensspielräumen“, „faktischen“ oder „verdeckten“ Wahlrechten, die dem Normadressaten eine entsprechende Wahlmöglichkeit einräumen und insofern ein bilanzpolitisches Instrument „von besonderer Bedeutung“ darstellen sollen.²⁶³ In der Rechtswissenschaft ist dieser Ansatz bislang auf Ablehnung gestoßen.²⁶⁴ Hier ist man sich einig, dass sich auch hinter unbestimmten Rechtsbegriffen ein zumindest rechtstheoretisch eindeutiger Gesetzesbefehl verbirgt, dessen letztverbindliche Auslegung durch die Gerichte zu erfolgen hat und nicht im Ermessen des Normadressaten steht.²⁶⁵

Um die Gesellschaft bzw. die Geschäftsleiter in derartigen Konstellationen dennoch vor übermäßigen Haftungsrisiken und sonstigen Folgen von Bilanzrechtsverstößen zu schützen, werden jedoch auch unter Vertretern der Rechtswissenschaft unterschiedliche Rechtsfiguren diskutiert. Speziell mit Blick auf die Abschlusserstellung ist insofern bisweilen die Rede von einem (auch) auf Rechtsfragen bezogenen normativ-subjektiven Fehlerbegriff.²⁶⁶ Sodann wird – teils unter dem Schlagwort der „Legal Judgment Rule“²⁶⁷ – auch ein auf gesellschaftsrechtlicher Ebene anzusiedelndes, an

262 Berger, in: FS Knorr, S. 506; Coenenberg/Haller/Schultze, Jahresabschluss und Jahresabschlussanalyse, S. 1007; Küting/Weber, Die Bilanzanalyse, S. 41; Küting, BB 2011, 2091 ff.; Tanski, Bilanzpolitik und Bilanzanalyse nach IFRS, S. 56 ff.; ders., DStR 2004, 1843, 1846 f.; Wagenhofer, Internationale Rechnungslegungsstandards IAS/IFRS, S. 569. Speziell am Beispiel des IFRS 5 wohl auch Böcking/Worret, DK 2016, 119 ff.

263 Küting, BB 2011, 2091, 2093.

264 Jüngst Merkt, DK 2017, 353, 358; Pöschke, ZGR 2018, 647, 655. Kritisch auch bereits Henrichs, Wahlrechte, S. 51 ff. im Anschluss an Döllerer, ZHR 157 (1993), 349, 354: „Der Kaufmann und noch weniger ein Gericht dürfen bei schwierigen Fragen des Bilanzrechts nicht auf halbem Weg stehenbleiben und resignierend ein Wahlrecht annehmen.“

265 Merkt, DK 2017, 353, 358.

266 Eingehend zum Meinungsstand unten § 2 D. I. 1.

267 Zum Begriff der „Legal Judgment Rule“ Bürkle, VersR 2013, 792, 793 ff.; Nietsch, ZGR 2015, 631, 652; Spindler, in: Münchener Kommentar zum AktG, § 93 Rn. 83; ders., in: FS Canaris, S. 403, 421. Kritisch Verse, ZGR 2017, 174, 193.

die Business Judgment Rule angelehntes Haftungsprivileg diskutiert, das den Geschäftsleiter vor einer Binnenhaftung schützen soll.²⁶⁸ Beides bedarf im Rahmen dieser Untersuchung näherer Betrachtung.

II. Wahlrechte

Vertiefter Untersuchungsbedarf besteht sodann hinsichtlich der sogenannten Wahlrechte, die als Ausprägung bilanzieller Freiräume grundsätzlich anerkannt sind und solche Konstellationen bezeichnen, in denen das Bilanzrecht den Normadressaten bei verwirklichtem Tatbestand mehrere Rechtsfolgen zur Wahl stellt.²⁶⁹ Kennzeichnet der Gesetzgeber derartige Wahlrechte nicht explizit durch Verwendung von Begriffen wie „können“, „dürfen“, „braucht nicht“ und dergleichen, ergeben sich teils erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten zu bloßen gesetzlichen Regelungslücken und mitunter auch zu Schätzungen und Prognosen im Rahmen der Sachverhaltsermittlung. Beispielhaft hierfür stehen die planmäßigen Abschreibungen nach § 253 Abs. 3 HGB. Dessen Satz 2 führt hierzu allein aus, dass der Abschreibungsplan sich auf diejenigen Geschäftsjahre zu verteilen hat, in denen der Vermögensgegenstand voraussichtlich genutzt werden kann. Zur Abschreibungsmethode, die etwa linear, degressiv, progressiv oder leistungsbezogen erfolgen kann, schweigt der Wortlaut aber. Wie ist das Schweigen des Gesetzgebers zu verstehen? Als implizites Wahlrecht des Rechtsanwenders, unter den in Betracht kommenden Abschreibungsmethoden selbst zu wählen, oder als gesetzliche Regelungslücke, die im Wege der Rechtsfortbildung durch die Gerichte verbindlich zu schließen ist?

III. Schätzungen und Prognosen bei der Tatsachenermittlung

Eine letzte Kategorie bilanzieller Freiräume ist, wie soeben bereits angeklungen, dort anerkannt, wo die Anwendung bilanzrechtlicher Ansatz- oder Bewertungsvorschriften gegenwartsbezogene Schätzungen oder zukunftsgerichtete Prognosen erfordert. Denn hier kann und wird häufig auch eine sorgfältig ermittelte Schätzungs- oder Prognosegrundlage in eine Vielzahl plausibler Schätzungs- oder Prognoseergebnisse münden, unter denen der Geschäftsleiter sich dann auf eines festzulegen hat. Um

268 Dazu § 2 Abschnitt D. II. 1. a).

269 *Henrichs*, Wahlrechte, S. 3.

am Beispiel des § 253 Abs. 3 Satz 1 HGB zu bleiben, mag sich etwa die voraussichtliche Nutzungsdauer von Vermögensgegenständen oder ein am Ende der Nutzungszeit etwa zu erwartender Restwert nicht immer präzise prognostizieren lassen.²⁷⁰ Weiteres Paradebeispiel sind bei der Bildung von Rückstellungen für ungewisse Verbindlichkeiten die Erwägungen darüber, ob und vor allem in welcher Höhe eine künftige Inanspruchnahme der Gesellschaft zu erwarten ist.²⁷¹ Hier wird sich regelmäßig eine ganze Bandbreite plausibler Ergebnisse ergeben, von denen nur eines Eingang in die Bilanz finden kann.

B. Rechtliche Grenzen potenzieller Freiräume bei der Abschlusserstellung

Die Reichweite bilanzieller Freiräume ergibt sich in erster Linie aus dem Bilanzrecht selbst,²⁷² ist dort aber keineswegs eindeutig determiniert und hat auch im Schrifttum bedauerlicherweise eine nur zögerliche und abschnittsartige Konkretisierung erfahren. Mit Ausnahme der von *Hennrichs* in seiner Habilitationsschrift erörterten Grenzen bilanzieller Ansatz- und Bewertungswahlrechte²⁷³ beschränken sich die wissenschaftlichen Beiträge mit dem Stetigkeitsprinzip, dem Einblicksgebot, dem Willkürverbot, dem Vorsichtsprinzip und der Plausibilitätsgrenze häufig auf bloße Schlagworte,²⁷⁴ weshalb die Grenze zwischen rechtmäßiger Bilanzpolitik und rechtswidriger Bilanzmanipulation teilweise fließend erscheint.²⁷⁵ Nach wie vor

270 *A/D/S*, Rechnungslegung und Prüfung, § 253 HGB Rn. 415; *Hennrichs*, AG 2006, 698, 706; *Kable/Heinstein*, HdJ, Abt. II/2 Rn. 125; *Nordmeyer/Göbel*, in: Beck'sches Handbuch der Rechnungslegung, B 212 Rn. 140; WP-Handbuch. Band I, Kap. E Rn. 394.

271 *Pöschke*, ZGR 2018, 647, 663.

272 Vgl. *Hennrichs*, AG 2006, 698, 703; *Pöschke*, ZGR 2018, 647, 657. Aus der Betriebswirtschaftslehre *Peemöller*, Bilanzanalyse und Bilanzpolitik, S. 203 f.; *Wöhe*, Bilanzierung und Bilanzpolitik, S. 58 f.

273 Monographisch einzig *Hennrichs*, Wahlrechte, *passim*. Vgl. jüngst außerdem *Pöschke*, ZGR 2018, 647, 654.

274 Vgl. nur *Baetge/Kirsch/Thiele*, Bilanzen, S. 163 zum Einblicksgebot als Grenze; *Bitz/Schmeeloch/Wittstock/Patek*, Der Jahresabschluss, S. 726 zur Begrenzung der Wahlrechtsausübung und der Ausübung methodenbasierter Schätzungen und Prognosen durch das Stetigkeitsgebot; *Wagenhofer/Ewert*, Externe Unternehmensrechnung, S. 243 mit Verweis auf das Stetigkeitsgebot, die Willkürfreiheit und das Einblicksgebot als Grenzen der Wahlrechtsausübung.

275 Unter den Begriff der Bilanzpolitik werden im Rahmen dieser Untersuchung nur rechtmäßige Verhaltensweisen gefasst, auch wenn vom Begriff der Bilanzpolitik her keine Notwendigkeit bestehen mag, „das bilanzpolitische Verhalten

ist das Verhältnis zwischen dem Einblicksgebot und der Ausübung von Wahlrechten problematisch und wirft die Frage auf, inwiefern diese überhaupt zweckmäßig ausgeübt werden dürfen.

C. Weiteres Vorgehen

Der vorstehend grob skizzierte Erkenntnisstand zum Grenzverlauf zwischen Pflichtenbindung und bilanziellen Freiräumen bei der Abschlusserstellung gibt für das weitere Vorgehen im Rahmen dieser Untersuchung folgende Anhaltspunkte:

Erstens konzentriert sich die Betrachtung bilanzieller Freiräume bislang vordringlich auf Freiräume beim Ansatz und der Bewertung von Vermögensgegenständen und Schulden in Bilanz und GuV. Demgegenüber bilden Freiräume hinsichtlich der Darstellung – und insoweit insbesondere der Gliederung – von Bilanz und GuV allenfalls Nebenschauplatz fachwissenschaftlicher Diskussion. Dasselbe gilt für Freiräume hinsichtlich des Umfangs der Abschlusserstellung, die ein „opt in“ oder „opt out“ von der Pflichtaufgabe der Abschlusserstellung dadurch ermöglichen, dass einzelne Bestandteile des Abschlusses freiwillig weggelassen oder überobligatorisch erstellt werden dürfen. Diese Schwerpunktsetzung erscheint insofern nachvollziehbar, als diese letztgenannten Freiräume ihrem Umfang nach jeweils von der Größe der Kapitalgesellschaft abhängig sind und damit im Außenverhältnis wie auch unter der Legalitätspflicht im Binnenverhältnis klar umgrenzt sind. Für eine vertiefte Untersuchung besteht insoweit auch vorliegend kein Bedürfnis, weshalb sich die nachfolgenden Ausführungen auf etwaige bilanzielle Freiräume beim Ansatz und der Bewertung von Vermögensgegenständen und Schulden beschränken werden. Ein Schwerpunkt ist dabei auf die Problematik zu legen, welche Arten von Ansatz- und Bewertungsfreiräumen diesbezüglich überhaupt unterschieden werden können und inwieweit Freiräume auch bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe bestehen können. Des Weiteren ist erkennbar, dass sich gerade dort, wo der Gesetzgeber Ansatz- und Bewertungswahlrechte nicht explizit normiert, Schwierigkeiten hinsichtlich der Abgrenzung sogenannter impliziter Wahlrechte von gesetzlichen Regelungslücken und Schätzungs- und Prognosefreiräumen ergeben. Auch das gilt es in den Blick zu nehmen.

auf die Einhaltung rechtlicher Normen beziehungsweise kaufmännischer Usance zu beschränken“, vgl. Lücke, DB 1969, 2285, 2287.

Was schließlich die rechtlichen Grenzen bilanzieller Freiräume anbelangt, so sind diese bislang nur ausschnittsweise konkretisiert und bedürfen deshalb ebenfalls vertiefter Ausführungen.

§ 2 Unbestimmte Rechtsbegriffe

Die vorstehende Bestandsaufnahme hat ergeben, dass der Umgang mit unbestimmten Rechtsbegriffen in Rechtswissenschaft und Betriebswirtschaftslehre ein geteiltes Meinungsbild verursacht hat.²⁷⁶ Der in der Betriebswirtschaftslehre vertretene Ansatz, dem Normadressaten bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe die Wahl zwischen mehreren vertretbaren Auslegungsfreiräumen zu überlassen, ist in der Rechtswissenschaft auf Ablehnung gestoßen und soll Anlass bieten, den Umgang mit unbestimmten Rechtsbegriffen und einer hieraus potenziell resultierenden Rechtsunsicherheit für den Bereich der Abschlusserstellung nunmehr näher zu betrachten.

A. Begriffsbestimmung

Die Definition unbestimmter Rechtsbegriffe ist wohl so unbestimmt und vage wie diese selbst: Als unbestimmt gelten Rechtsbegriffe immer dann, wenn ihr Inhalt oder Umfang durch Ungewissheit geprägt ist.²⁷⁷ Ursache einer solchen Ungewissheit kann dabei sein, dass ein Rechtsbegriff vom Gesetzgeber normativ in unterschiedlichem Kontext gebraucht wird. Regelmäßig wird die Ungewissheit aber schlicht darin begründet liegen, dass der Bedeutungsgehalt eines vom Gesetzgeber verwendeten Rechtsbegriffs im Detail unklar ist.²⁷⁸ *Philipp Heck* hat dieses – auch im Bilanzrecht gängige – Phänomen zeitlebens treffend umschrieben: „*Wir haben einen Vorstellungskern, den nächstliegenden Wortsinn, und einen Vorstellungshof, der allmählich in wortfremde Vorstellungen führt. Die Bedeutung läßt sich dann*

276 Dazu oben § 1 A. I.

277 Grundlegend, *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, S. 159.

278 *Kaulich*, Haftung von Vorstandsmitgliedern, S. 51 im Anschluss an *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, S. 159; *Looschelders/W. Roth*, Juristische Methodik, S. 131 ff.

mit einem Monde vergleichen, der in dunstigen Wolken sich mit einem Hofe umgibt.“²⁷⁹

Vor diesen Hintergrund können im Bilanzrecht nicht nur die in diesem Zusammenhang häufig zitierten normativen Rechtsbegriffe „angemessen“, „wesentlich“, „dauernd“, „vorübergehend“, „klar und übersichtlich“, oder aus den internationalen Rechnungslegungsstandards die Begriffe „virtually certain“, „probable“, „possible“, „remote“ oder „reasonably assured“ als unbestimmt bezeichnet werden, sondern letztlich beinahe alle vom Gesetzgeber verwendeten Begriffe²⁸⁰ – auch die zahlreichen deskriptiven Rechtsbegriffe, deren Inhalt grundsätzlich einer Tatsachenfeststellung zugänglich ist.²⁸¹ Wenn also beispielsweise § 255 Abs. 2 Satz 2 HGB normiert, dass in die Berechnung der Herstellungskosten „angemessene Teile der Materialgemeinkosten, der Fertigungsgemeinkosten und des Werteverzehrs des Anlagevermögens, soweit dieser durch die Fertigung veranlasst ist“ zu inkludieren sind, so gestaltet sich, wie sich der Kommentarliteratur entnehmen lässt, neben dem normativ geprägten Angemessenheitsbegriff auch etwa die Anwendung des Begriffs der Material- und der Fertigungsgemeinkosten, des Werteverzehrs und der Veranlassung im Detail ungewiss.²⁸²

B. Unbestimmte Rechtsbegriffe des Bilanzrechts im Syllogismus der Rechtsfolgebestimmung

Die Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe verlangt, dass diese im Wege der Auslegung auf den zu beurteilenden Lebenssachverhalt hin konkretisiert werden – ein Unterfangen, das keineswegs in ein eindeutiges Ergebnis münden muss und insofern stark subjektiv geprägt ist. In der Betriebswirtschaftslehre ist deshalb der Ruf laut geworden, dem Geschäfts-

279 Ph. Heck, Das Problem der Rechtsgewinnung, S. 66, 156, zitiert nach Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, § 5 Rn. 167. Zustimmend Engisch, Einführung in das juristische Denken, S. 159; Larenz, JZ 1962, 105; Looschelders/W. Roth, Juristische Methodik, S. 134, die ebenfalls von einem Begriffskern und einem Begriffshof bzw. einem Kern- und einem Randbereich sprechen.

280 Zu Recht Zippelius, Juristische Methodenlehre, S. 47 mit der vom Bilanzrecht losgelösten Feststellung, es könne „für die meisten Wörter auch die Grenze der ihnen gerade noch zuordenbaren Bedeutungen nicht völlig exakt bestimmt werden.“

281 Vgl. nur Engisch, Einführung in das juristische Denken, S. 150; Kaulich, Haftung von Vorstandsmitgliedern, S. 52; Larenz, Methodenlehre, S. 288 f.; Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, § 5 Rn. 177 f.

282 Zu Einzelheiten Kahle/Haas/Schulz, in: Baetge/Kirsch/Thiele, Bilanzrecht, § 255 Rn. 188 ff.

leiter einen vollumfänglichen Auslegungsfreiraum im Außen-, und in der Folge wohl auch im Binnenverhältnis zuzugestehen, sollte im Moment der Rechtsanwendung eine verbindliche höchstrichterliche Klärung der Rechtslage noch ausstehen.²⁸³ Doch bevor hierzu Stellung bezogen werden kann, ist zu klären, wo bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe des Bilanzrechts das subjektive Moment überhaupt zutage tritt. Grundlage dieser Erörterung ist der Syllogismus der Rechtsanwendung, der die Bestimmung der Rechtsfolge für einen bestimmten Lebenssachverhalt von zwei Prämissen abhängig macht.²⁸⁴ Erste Prämisse ist, dass der Tatbestand der anzuwendenden Vorschrift in einem Obersatz einer hierfür vom Gesetzgeber angeordneten Rechtsfolge zugeordnet werden kann. Zweite Prämisse ist, dass der konkrete Lebenssachverhalt in einem Untersatz unter den Tatbestand subsumiert, sprich: diesem zugeordnet werden kann. Sind beide Prämissen erfüllt, folgt hieraus der logische Schluss, dass die für den Tatbestand angeordnete Rechtsfolge auch für den konkreten Lebenssachverhalt gilt.²⁸⁵

I. Obersatz

Die Zuordnung eines gesetzlichen Tatbestands zu der für ihn geltenden Rechtsfolge setzt voraus, dass die betreffende Vorschrift sich bereits unmittelbar selbst durch einen konditionalen Aufbau auszeichnet oder sich ein Konditionalschema jedenfalls durch sprachliche Umformulierung der Vorschrift aufdecken lässt.²⁸⁶ Im Bilanzrecht bereitet dies in der Regel keine größeren Schwierigkeiten, wie sich an folgenden Beispielen zeigt:

- (1) *„Der Kaufmann hat zu Beginn seines Handelsgewerbes und für den Schluß eines jeden Geschäftsjahrs einen das Verhältnis seines Vermögens und seiner Schulden darstellenden Abschluß (Eröffnungsbilanz, Bilanz) aufzustellen.“* (§ 242 Abs. 1 Satz 1 HGB). Ebenso gut könnte man formulieren: *„[Tatbestand] Wer Kaufmann ist, [Rechtsfolge] hat zu Beginn [...]“*
- (2) *„Rückstellungen sind für ungewisse Verbindlichkeiten und für drohende Verluste aus schwebenden Geschäften zu bilden.“* (§ 249 Abs. 1 Satz 1 HGB). Konditional könnte man formulieren: *„[Tatbestand] Bestehen*

283 Zum Meinungsstand vgl. erneut § 1 B. I.

284 Zippelius, Juristische Methodenlehre, S. 79 f.

285 Anstelle vieler Zippelius, Juristische Methodenlehre, S. 76 f.

286 Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie, § 4 Rn. 115 ff.

ungewisse Verbindlichkeiten oder drohen aus schwebenden Geschäften Verluste, [Rechtsfolge] sind hierfür Rückstellungen zu bilden.“

- (3) „Dazu [Zu den Herstellungskosten, Anm. d. Verfasserin] gehören die Materialkosten, die Fertigungskosten und die Sonderkosten der Fertigung sowie angemessene Teile der Materialgemeinkosten, der Fertigungsgemeinkosten und des Werteverzehrs des Anlagevermögens, soweit dieser durch die Fertigung veranlasst ist.“ (§ 255 Abs. 2 Satz 2 HGB). Alternativ könnte die Vorschrift lauten: „[Tatbestand] Ist ein Vermögensgegenstand mit seinen Herstellungskosten anzusetzen, [Rechtsfolge] gehören hierzu [...].“

Während sich die Bildung des Obersatzes bei Verwendung hinreichend bestimmter Rechtsbegriffe in der schlichten Zuordnung einer Rechtsfolge zu ihren Voraussetzungen erschöpft, bedarf es bei Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe zusätzlich einer ersten Konkretisierung in Gestalt einer Definition.²⁸⁷ Erst im Anschluss kann nämlich im Untersatz sinnvollerweise festgestellt werden, ob der betreffende Lebenssachverhalt sich unter diese Definition auch konkret fassen lässt. *Larenz* spricht insoweit treffend von der Aufdeckung „des im Text beschlossenen, aber gleichsam verhüllten Sinnes“ unbestimmter Rechtsbegriffe und verdeutlicht damit, dass unbestimmte Rechtsbegriffe, auch wenn sie sich mitunter nicht eindeutig dechiffrieren lassen, dennoch einen vom Gesetzgeber fest zugewiesenen Bedeutungsinhalt verkörpern, der vom Rechtsanwender – sei es vom Normadressaten selbst oder einem kontrollierenden Gericht – allein zu erkennen, aber nicht im Rahmen von Plausibilitätsgrenzen selbst zu bestimmen ist.²⁸⁸ Dieser Erkenntnisprozess folgt dabei üblicherweise einer festen Auslegungsmethodik, bei deren Anwendung entsprechend dem *savignyschen* Auslegungskanon neben dem Wortlaut,²⁸⁹ der Gesetzessystematik und der Gesetzgebungshistorie insbesondere der Sinn und Zweck der Norm zu berücksichtigen ist. Sofern es sich um unbestimmte Rechtsbegriffe der in das Europäische Recht inkorporierten internationalen Rechnungslegungsstandards handelt, stellt sich an dieser Stelle die Frage, ob gewissermaßen als

287 Vgl. nur *Kaulich*, Haftung von Vorstandsmitgliedern, S. 54.

288 *Pöschke*, ZGR 2018, 647, 655.

289 Da aufgrund der Unbestimmtheit des Rechtsbegriffs gerade mehrere Konkretisierungsmöglichkeiten vom Wortlaut gedeckt zu sein scheinen, kann der Wortlaut im Rahmen der Auslegung freilich nur die Grenze zwischen Auslegung und ergänzender Rechtsfortbildung markieren, vgl. *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 441; *Kaulich*, Haftung von Vorstandsmitgliedern, S. 54 mit Verweis auf BVerfGE 71, 108, 115; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 322, 343; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, S. 47.

zusätzliche Auslegungsquelle neben den ihrerseits inkorporierten Interpretationen auch die Auslegungshinweise des Rahmenkonzepts verbindlich zu beachten sind.²⁹⁰ Selbst wenn das Rahmenkonzept nämlich nach den einschlägigen Ausführungen des ersten Teils dieser Untersuchung selbst nicht in das europäische Recht inkorporiert wurde,²⁹¹ ist davon auszugehen, dass der europäische Gesetzgeber sich durch wortgetreue Übernahme der vom IASB verlautbarten Standards grundsätzlich auch die gesetzgeberische Intention des IASB zu eigen macht, wie sie mitunter in den Auslegungshinweisen des Rahmenkonzepts zum Ausdruck kommt. Soll durch Auslegung also der vom Gesetzgeber beabsichtigten Funktion für den Einzelfall zum Ausdruck verholfen werden, darf im Rahmen einer systematischen, historischen und teleologischen Auslegung internationaler Rechnungslegungsstandards das Rahmenkonzept nicht außer Acht gelassen werden. Unabhängig davon aber dürfte klar sein, dass die eingangs erwähnte subjektive Prägung, die der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe zu eigen ist, sich erstmals im Rahmen des hier angesprochenen Auslegungsprozesses manifestiert – gleich, ob diese Auslegung sich auf unbestimmte Rechtsbegriffe des Handelsbilanzrechts oder der internationalen Rechnungslegungsstandards bezieht.

II. Untersatz

Eine weitere subjektive Prägung weist sodann die Bildung des Untersatzes auf, in dessen Rahmen der konkrete Lebenssachverhalt unter den gesetzlichen Tatbestand und damit auch unter die zuvor definierten unbestimmten Rechtsbegriffe subsumiert wird. Von Subsumtion soll dabei nach vorherrschendem Begriffsverständnis immer dann gesprochen werden, wenn die Tatbestandsmerkmale den Merkmalen des zu beurteilenden Sachverhalts gleichgesetzt bzw. ihnen untergeordnet werden können.²⁹² Subjektive Prägung erlangt der Subsumtionsvorgang dadurch, dass selbst die im Rahmen der Auslegung bereits erreichte Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe regelmäßig nicht so weitgehend ist, dass sie einen logisch vollkommen begründbaren Subsumtionsschluss ermöglicht.²⁹³ Da sich nämlich der durch Auslegung in Gang gesetzte Definitionsvorgang unbe-

290 Zu dieser Problematik bereits *Merkt*, DK 2017, 353, 358; *ders.*, zfbf 2014, 744.

291 Dazu Kapitel 1 § 1 B. I.

292 *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 275.

293 *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 275.

stimmter Rechtsbegriffe nicht ins Unendliche fortsetzen lässt, vielmehr irgendwann seine sprachliche Grenze erreicht, steht am Ende des Subsumtionsvorgangs regelmäßig ein sogenanntes „Elementarurteil“,²⁹⁴ oder mit anderen Worten eine „Evidenzbehauptung“,²⁹⁵ die allein wahrnehmungs- oder erfahrungsgestützt und damit in hohem Maße durch subjektive Eindrücke des Rechtsanwenders geprägt ist. Larenz erläutert das einprägsam am Beispiel des „roten Autos“: Weil der Begriff „rot“ nicht definiert werden könne, sei ein logischer Subsumtionsschluss mittels Begriffsdefinition ausgeschlossen. Stattdessen bedürfe es eines auf Wahrnehmung beruhenden Urteils, das allein durch Vergleich des Autos mit anderen Objekten zustande käme, die der Wahrnehmende als „rot“ anzusehen gelernt habe. Dieser Gedanke lässt sich auf das Bilanzrecht übertragen. Beispielhaft hierfür stehen die oben unter Abschnitt § 2 A. aufgezählten normativen unbestimmten Rechtsbegriffe. Denn insofern ist bereits angeklungen, dass deren Anwendung Werturteile des Rechtsanwenders verlangt, denen zwar im Wege der Auslegung leitende Gesichtspunkte und Wertungskriterien zugrunde gelegt werden können, die sich aber einer rein logischen Subsumtion hierunter entziehen und in letzter Konsequenz deshalb eine eigene Beurteilung des Rechtsanwenders verlangen, die „durch jedermann überzeugende Erwägungen nicht mehr auszufüllen ist“. ²⁹⁶ Nichts anders gilt aber auch für die deskriptiven Begriffe des Anlage- und Umlaufvermögens (§§ 266 Abs. 2, 253 Abs. 3, 4 HGB), die in letzter Konsequenz ebenfalls ein Elementarurteil bzw. eine Evidenzbehauptung des Rechtsanwenders verlangen. Denn das Anlagevermögen lässt sich zunächst definieren als die Gesamtheit derjenigen Gegenstände, die nicht dazu bestimmt sind, dauernd dem Geschäftsbetrieb zu dienen. Die Dauerhaftigkeit selbst lässt sich hingegen begrifflich nur noch insoweit konkretisieren, als hierunter jedenfalls kein absoluter Zeitbegriff im Sinne von „immer“ oder „für alle Zeiten“ zu verstehen sei.²⁹⁷ Eine weitergehende abstrakte begriffliche Eingrenzung stößt hingegen an ihre Grenzen.

294 Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 274.

295 Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie, § 21 Rn. 686.

296 Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 294.

297 Vgl. nur A/D/S, Rechnungslegung und Prüfung, Teilband 6, § 247 HGB Rn. 107.

III. Logische Schlussfolgerung

Subjektiv geprägt ist die Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe schließlich auch dann, wenn diese nicht auf Tatbestands-, sondern auf Rechtsfolgenrechte einer gesetzlichen Norm stehen. Denn sie bedürfen hier einer dem Auslegungs- und Subsumtionsvorgang auf Tatbestandsseite entsprechenden Konkretisierung und Spezifizierung auf das tatsächliche Verhalten des Normadressaten hin und erfordern damit gleichsam eigene Einschätzungen des Rechtsanwenders. Im Bilanzrecht finden sich unbestimmte Rechtsbegriffe auf Rechtsfolgenrechte naturgemäß weniger unter den Ansatzvorschriften; ob bestimmte Vermögensgegenstände oder Schulden in Ansatz zu bringen sind oder nicht, ist schließlich eine wenig komplexe gesetzliche Anordnung, die auf Rechtsfolgenrechte auch ohne unbestimmte Rechtsbegriffe auskommt. Zum Einsatz kommen unbestimmte Rechtsbegriffe auf Rechtsfolgenrechte aber als Bestandteil der Bewertungsvorschriften, die vom Normadressaten auf Rechtsfolgenrechte gerade kein schlichtes Handeln oder Unterlassen mehr verlangen,²⁹⁸ sondern die Anstrengung eines Erkenntnisprozesses, der sich auf tatsächliche Vorgänge zu beziehen hat und sich deshalb gesetzgebungstechnisch kaum anders als durch Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe beschreiben lässt. Zur Erläuterung dienen folgende

Beispiele:

- (1) Erstes Beispiel ist § 248 Abs. 2 Satz 2 HGB, demzufolge selbst geschaffene Marken, Drucktitel, Verlagsrechte, Kundenlisten oder *vergleichbare immaterielle Vermögensgegenstände des Anlagevermögens* nicht in die Bilanz aufgenommen werden dürfen. Wann ein immaterieller Vermögensgegenstand des Anlagevermögens im Sinne dieser Vorschrift „*vergleichbar*“ ist, kann durch Auslegung für den konkreten Sachverhalt nicht geklärt werden. Zwar kann durch historische und teleologische Auslegung als Charakteristikum der Vergleichbarkeit ausgemacht werden, dass die Herstellungskosten eines vergleichbaren immateriellen Vermögensgegenstands nicht eindeutig von den Aufwendungen für die Entwicklung des Unternehmens abgrenzbar sind.²⁹⁹ Welche Vermögensgegenstände hierunter konkret zu subsumieren sind, erfordert

298 Anders die Ansatzvorschriften, die als Rechtsfolge eben nur vorsehen, dass bestimmte Vermögensgegenstände, Schulden und sonstige Bilanzposten überhaupt in Ansatz oder umgekehrt gerade nicht in Ansatz gebracht werden.

299 Vgl. im Anschluss an DRS 24 aus der h.L. nur *Schmidt/Usinger*, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, § 248 HGB Rn. 15.

aber dennoch eine eigene Einschätzung des Rechtsanwenders. Denn durch die Auslegung ist das Vergleichbarkeitsmerkmal zwar näher konkretisiert worden. Die Frage aber, wann die Herstellungskosten eines immateriellen Vermögensgegenstands des Anlagevermögens von den Aufwendungen für die Entwicklung des Unternehmens „*nicht eindeutig abgrenzbar sind*“, stößt an eine definitorische Grenze. Denn man wird die „*nicht eindeutige Abgrenzbarkeit*“ sprachlich unter Umständen zwar anders umschreiben, nicht aber so weit eingrenzen und konkretisieren können, dass die Subsumtion hierunter eines Elementarurteils oder einer Evidenzbehauptung entbehrt.

- (2) Gemäß § 253 Abs. 1 Satz 2 HGB sind Rückstellungen in Höhe ihres *nach vernünftiger kaufmännischer Beurteilung notwendigen Erfüllungs Betrags* anzusetzen. Nach vernünftiger kaufmännischer Beurteilung erforderlich ist ein Betrag, wenn er unter Berücksichtigung der tatsächlichen Verhältnisse innerhalb der Bandbreite möglicher Inanspruchnahmen liegt und vor diesem Hintergrund weder besonders pessimistisch noch besonders optimistisch ist.³⁰⁰ Auch hier wird erkennbar, dass weitere sprachliche Konkretisierungen allenfalls begrenzt möglich sind, im Rahmen der Subsumtion der Tatsachengrundlage unter diese Rechtsfolge also wie auch im ersten Beispiel ein Elementarurteil oder eine Evidenzbehauptung erforderlich ist.

IV. Zwischenergebnis

Unbestimmte Rechtsbegriffe stehen in den Vorschriften des Bilanzrechts sowohl auf Tatbestands- als auch auf Rechtsfolgenseite. Hier wie dort weist deren Anwendung ein zweistufiges subjektives Gepräge dergestalt auf, dass unbestimmte Rechtsbegriffe im Rahmen eines Obersatzes zunächst zu definieren und sodann im Rahmen des Untersatzes und des dort angestregten Subsumtionsvorgangs auf den jeweiligen Lebenssachverhalt hin zu spezifizieren sind. Aus diesem subjektiven Gepräge erwachsen dem Rechtsanwender Beurteilungsfreiräume, die nachfolgend sowohl hinsichtlich der Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe auf Tatbestands- als auch hinsichtlich der Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe auf Rechtsfolgenseite als Auslegungs- und Subsumtionsfreiräume bezeichnet werden sollen. Auslegungsfreiräume ergeben sich bei der Konkretisierung des Obersatzes daraus, dass je nach Gewichtung der Auslegungsmethoden

300 Schubert/Andrejewski, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, § 253 HGB Rn. 154.

und der hieraus erwachsenden Argumente unterschiedliche Auslegungsergebnisse in Betracht kommen. Subsumtionsfreiräume erwachsen dem Rechtsanwender daraus, dass der Lebenssachverhalt, welcher der Rechtsanwendung im konkreten Fall zugrunde liegt, sich selbst den durch Auslegung konkretisierten unbestimmten Rechtsbegriffen nicht reibungslos im Sinne einer logischen Schlussfolgerung zuordnen lässt. Das insofern vom Rechtsanwender verlangte, nicht auf Logik, sondern auf einer subjektiven Einschätzung beruhende und damit notwendig subjektiv geprägte Elementarurteil beruht also auf einem Subsumtionsfreiraum.

C. Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe als Kompetenzfrage

Im untechnischen Sinne dürfen sowohl der Normadressat als auch der gesetzliche Richter als Rechtsanwender unbestimmter Rechtsbegriffe gelten. Denn Ersterer hat die an ihn adressierten Verhaltensgebote zu befolgen und dazu die vom Gesetzgeber verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe auszulegen und auf seinen Lebenssachverhalt zu beziehen; Letzterer das Verhalten des Normadressaten im Nachhinein zu kontrollieren. Inwieweit der Normadressat aber bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe befugt sein kann, Auslegungs- oder Subsumtionsfreiräume innerhalb der Grenzen des Vertretbaren als Rechtsanwender im *technischen* Sinne verbindlich auszuüben, bedarf vor dem Hintergrund der bereits dargestellten Meinungsverschiedenheit speziell für die unbestimmten Rechtsbegriffe des Bilanzrechts vertiefender Betrachtung.

I. Auslegungsfreiräume als richterlicher Delegationsauftrag

Unter den Vertretern der Rechtswissenschaft bestehen keine Zweifel daran, dass die Auslegungsfreiräume bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe sowohl auf Tatbestands- als auch auf Rechtsfolgenseite verbindlich durch den gesetzlichen Richter zu konkretisieren sind und insofern einen richterlichen Delegationsauftrag oder ein „*Mandat zur richterlichen Rechtsgestaltung*“ beinhalten.³⁰¹ Dem ist uneingeschränkt zu-

301 Eingehend (auch zur Zulässigkeit der Delegation vor dem Hintergrund verfassungsrechtlicher Grenzen) *Röthel*, Normkonkretisierung im Privatrecht, S. 48 ff., 161. Ebenso *Arden*, Unklare Rechtslage, S. 45; *Kaulich*, Haftung von Vorstandsmitgliedern, S. 58; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, § 23 Rn. 855 ff.

zustimmen, denn die Judikative kann ihrer verfassungsrechtlich in der Gewaltenteilung angelegten Kontrollfunktion nicht gerecht werden, wenn die Normadressaten unbestimmte Rechtsbegriffe verbindlich auslegen und damit den Bedeutungsgehalt der sie betreffenden gesetzlichen Normen innerhalb einer bloßen Vertretbarkeitsgrenze weitgehend selbst festlegen könnten.³⁰² Dritten, die durch die betreffenden Normen zielgerichtet oder reflexhaft geschützt werden, wäre dieser Zustand unzumutbar,³⁰³ mit den rechtsstaatlichen Geboten der Rechtssicherheit und der Rechtseinheit wäre er ebenso unvereinbar wie mit der aus Art. 3 GG folgenden Rechtsanwendungsgleichheit.³⁰⁴ Die Ausübung von Auslegungsfreiräumen ist deshalb Aufgabe des gesetzlichen Richters – im Bilanzrecht wie in jedem anderen Rechtsgebiet auch.³⁰⁵

II. Subsumtionsfreiräume als richterlicher Delegationsauftrag

Für die Ausübung von Subsumtionsfreiräumen gilt grundsätzlich nichts anderes als schon für die Ausübung der Auslegungsfreiräume: Auch sie werden in der Rechtswissenschaft zu Recht als Delegationsauftrag an die rechtsprechende Gewalt verstanden, unbestimmte Rechtsbegriffe auf den entscheidungsrelevanten Lebenssachverhalt hin zu konkretisieren. Denn die verfassungsrechtlichen Erwägungen zur Ausübung von Auslegungsfreiräumen, und insofern insbesondere die verfassungsrechtlich abzuleitende Kontrollfunktion des gesetzlichen Richters, tragen dem Grunde nach auch im Umgang mit Subsumtionsfreiräumen.³⁰⁶ Da allerdings den Geboten der Rechtssicherheit, der Rechtseinheit und der Rechtsanwendungsgleichheit naturgemäß eine umso geringere Bedeutung zukommt, je stärker der Rechtsbegriff auf den betreffenden Lebenssachverhalt mit dessen spezifischen Details hin konkretisiert wird,³⁰⁷ wird für Subsumtionsfreiräume – anders als für Auslegungsfreiräume – in bestimmten Konstellationen eine Durchbrechung der richterlichen Letztentscheidungsbefugnis diskutiert.

302 *Kaulich*, Haftung von Vorstandsmitgliedern, S. 58

303 Zur Schutzgesetzqualität bilanzrechtlicher Vorschriften bereits Kapitel 1 § 2 A. II.

304 Hierzu eingehend *Kaulich*, Haftung von Vorstandsmitgliedern, S. 60.

305 In diesem Sinne speziell für das Bilanzrecht auch *Merkt*, DK 2017, 353, 358; *Pöschke*, ZGR 2018, 647, 655.

306 *Kaulich*, Haftung von Vorstandsmitgliedern, S. 63.

307 *Kaulich*, Haftung von Vorstandsmitgliedern, S. 63 im Anschluss an *Riehm*, Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtsanwendung, S. 174.

Vordringlich betrifft dies die Anerkennung eines der richterlichen Kontrolle entzogenen, sogenannten tatbestandlichen Beurteilungsspielraums der Verwaltung beim Vollzug öffentlich-rechtlicher Vorschriften. Da in den vergangenen Jahren aber insbesondere im Kartell- und Kapitalmarktrecht ursprünglich exekutive Verantwortungsbereiche auf den Normadressaten übertragen wurden, erstreckt sich die Diskussion nunmehr auch auf den Normadressaten und fragt, inwieweit er bei der Wahrnehmung ursprünglich exekutiver Verantwortungsbereiche selbst zur letztverbindlichen Ausübung von Subsumtionsfreiräumen befugt sein kann. Die insofern ausgetauschten Argumente gilt es nachfolgend zu beleuchten. Inwieweit können sie auf den Umgang mit Subsumtionsfreiräumen im Bilanzrecht übertragen werden?

1. Ausnahme: Der tatbestandliche Beurteilungsspielraum der Verwaltung – insbesondere im Hinblick auf Prognoseentscheidungen

Exekutive Befugnisse zur Ausübung von Subsumtionsfreiräumen werden, wie der Begriff des tatbestandlichen Beurteilungsspielraums schon suggeriert, allein auf Tatbestandsseite diskutiert.³⁰⁸ Auf Rechtsfolgenseite der von ihnen zu vollziehenden Normen wird demgegenüber allenfalls erörtert, inwiefern die Behörde sogenannte Ermessensentscheidungen treffen kann, die den tatbestandlichen Beurteilungsspielräumen meist zwar als Pendant gegenübergestellt werden, sich von diesen aber grundlegend unterscheiden. Denn Ermessensentscheidungen kennzeichnen sich dadurch, dass der zuständigen Behörde „*kann oder darf-Befugnisse*“ übertragen werden und der Gesetzesbefehl damit von vornherein zwei zulässige Handlungsmöglichkeiten umfasst.³⁰⁹ Das gleicht, übertragen auf das Bilanz-

308 Zur Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe auf Rechtsfolgenseite knapp immerhin *Schoch*, in: Hoffman-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, § 50 Rn. 263: „*Die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe auf der Tatbestandsseite einer Norm (was ihren Einsatz auch auf der Rechtsfolgenseite, z.B. zur Steuerung des Ermessens, nicht ausschließt) [...]*.“ Im Hinblick auf Prognoseentscheidungen ebenfalls nicht zwischen Tatbestands- und Rechtsfolgenseite differenzierend *Schwabenbauer/Kling*, VerwArch 101 (2010), 231, 232.

309 Vgl. nur *Maurer*, Allg. Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 9. Verwendet der Gesetzgeber demgegenüber unbestimmte Rechtsbegriffe, steht hinter diesen aus Gründen der Rechtssicherheit, der Bindungswirkung und des Vertrauensschutzes zumindest rechtstheoretisch ein eindeutiger Gesetzesbefehl, vgl. *Pöschke*, ZGR 2018, 647, 655; *Schoch*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, § 50 Rn. 263.

recht, eher der Einräumung von Wahlrechten als der Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe.

Dass der Gesetzgeber Letztentscheidungsbefugnis zur Ausübung von Subsumtionsfreiräumen in Ausnahmefällen von der Judikative auf die Exekutive übertragen kann, ist unbestritten und wird verfassungsrechtlich damit rechtfertigt, dass Art. 19 Abs. 4 GG zwar effektiven Rechtsschutz vor verwaltungsrechtlichem Handeln garantiere, eine geschützte Rechtsposition aber nicht begründe, sondern voraussetze.³¹⁰ In engen Grenzen müsse es dem Gesetzgeber deshalb möglich sein, die Ausübung von Subsumtionsfreiräumen durch normative Ermächtigung auf die zuständige Behörde zu übertragen und sie damit einer vollumfänglichen Kontrolle durch die Gerichte zu entziehen.³¹¹ Ob die betreffende Vorschrift eine normative Ermächtigung der Behörde beinhalte, sei dabei im Wege der Auslegung zu ermitteln, verlange jedoch sowohl inhaltlich als auch funktionell einer besonderen Absicherung: Inhaltlich seien zwingende Sachgründe erforderlich, die auf den Besonderheiten des Gegenstands und/oder den Grenzen richterlicher Erkenntnismöglichkeit basierten und deshalb eine reduzierte gerichtliche Kontrolldichte verlangten. Funktionell müsse die Rechtsanwendung wegen einer hiermit verbundenen, in besonderer Weise subjektiv geprägten Wahrnehmung des zugrundeliegenden Sachverhalts derart schwierig nachvollziehbar sein, dass eine gerichtliche Kontrolle gewissermaßen an ihre Funktionsgrenzen stoße.³¹²

Eine normative Ermächtigung kann danach – für das Bilanzrecht besonders interessant – mitunter solchen unbestimmten Rechtsbegriffen entnommen werden, deren Anwendung eine behördliche Prognoseentscheidung verlangt. Denn sie sind in der Auswahl und Gewichtung der ihnen zugrunde gelegten Faktoren zwangsläufig subjektiv geprägt.³¹³ Nichtsdestotrotz wird im verwaltungsrechtlichen Schrifttum allerdings auch in die-

310 Aus dem Schrifttum etwa *Sachs*, GG, Art. 19 Rn. 128 ff.; *ders./Jasper*, NVwZ 2012, 649, 650. Aus der Rechtsprechung BVerfG, Beschl. v. 31.05.2011 – 1 BvR 857/07 Rn. 67; BVerfG (1. Kammer des Ersten Senats), Beschl. v. 08.12.2011 – 1 BvR 1932/08 Rn. 21, jeweils unter Verweis auf BVerfGE 116, 1, 11; BVerfGE 113, 273, 310; BVerfGE 83, 182, 195; BVerfGE 78, 214, 226.

311 BVerfG, Beschl. v. 31.05.2011 – 1 BvR 857/07 Rn. 73.

312 Vgl. *Kaulich*, Haftung von Vorstandsmitgliedern, S. 66; *Schoch*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, § 50 Rn. 288. Aus der Rechtsprechung BVerfG, Beschl. v. 08.12.2011 – 1 BvR 1932/08 Rn. 26 mit Verweis auf BVerfGE 84, 34, 50; BVerfGE 84, 59, 77.

313 *Decker*, in: Posser/Wolff, Beck'scher Online-Kommentar zur VwGO, § 114 Rn. 36 f.

sem Zusammenhang immer wieder betont, dass nicht bereits jedwede Prognoseentscheidung eine Beschränkung der gerichtlichen Kontrollmöglichkeiten rechtfertigen könne. An die inhaltlichen und funktionellen Gründe eines tatbestandlichen Beurteilungsspielraums der Behörde seien vielmehr hohe Anforderungen zu stellen; es müssten insofern besondere Umstände vorliegen.³¹⁴ Und so können den Beispielen, in denen ein tatbestandlicher Beurteilungsspielraum der Behörde bejaht wird, zahlreiche unbestimmte Rechtsbegriffe gegenüber gestellt werden, bei deren Anwendung eine behördliche Prognose zwar erforderlich ist, die Letztentscheidungsbefugnis aber gleichwohl bei der Judikative verbleibt.³¹⁵ Eine einheitliche Dogmatik hat sich dazu nicht herausbilden können – zu sehr ist die Frage nach der Letztentscheidungsbefugnis von der konkret einschlägigen Norm abhängig.³¹⁶

2. Ausnahme: Der tatbestandliche Beurteilungsspielraum des Normadressaten im Kapitalmarkt- und Kartellrecht

Ein tatbestandlicher Beurteilungsspielraum des Normadressaten selbst wird bislang vor allem für solche Vorschriften diskutiert, in denen ein ursprünglich exekutiver Verantwortungsbereich durch Neuregelung auf den Normadressaten übertragen wurde und ein zuvor bestehender Beurteilungsspielraum der Behörde damit auf den Normadressaten übergegangen sein könnte. Konkret geht es in diesem Zusammenhang zum einen um die Befreiung von der Ad-hoc-Mitteilungspflicht, wie sie mittlerweile in Art. 17 Abs. 4 MMVO³¹⁷ geregelt ist.³¹⁸ Während eine solche Befreiung unter dem früheren § 15 Abs. 1 Satz 1 WpHG³¹⁹ bis in die Jahre 2003/2004 eine Genehmigung durch die BaFin verlangte, hat der Emittent seither

314 Vgl. nur *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 198; *Schoch*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, § 50 Rn. 289: „Es gibt keinen Grundsatz, dass behördliche Prognoseentscheidungen nur eingeschränkt gerichtlich überprüfbar sind.“ Aus der Rechtsprechung insofern BVerfGE 88, 40, 60; BVerfGE 103, 142, 157; BVerfGE NVwZ 2008, 1229, 1231.

315 Übersicht etwa bei *Riese*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 114 Rn. 155.

316 In diesem Sinne *Riese*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 114 Rn. 154.

317 Vgl. vormals § 15 Abs. 3 WpHG.

318 Hierzu bereits, *Kaulich*, Haftung des Vorstands, S. 110.

319 Vgl. § 15 Abs. 1 Satz 1 WpHG in der Fassung vom 01.07.2002.

selbst zu beurteilen, ob der Befreiungstatbestand des Art. 17 Abs. 4 MMVO erfüllt ist.

Zum anderen geht es um die Freistellung vom Kartellverbot nach Art. 101 Abs. 3 AEUV,³²⁰ die unter Geltung des damaligen Art. 81 Abs. 3 VO 17/62 als administratives Freistellungsverfahren ausgestaltet war, seit Erlass der VO 1/2003 aber als Legalausnahme wirkt: Vereinbarungen, die unter Art. 101 Abs. 3 AEUV fallen, sind damit *ipso iure* auch ohne behördliche Freistellung wirksam. Ob die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV vorliegen, ist nunmehr von den betreffenden Unternehmen selbst zu prüfen.³²¹ Nichts anderes gilt seit der Anpassung des § 2 GWB an das europäische System der Legalausnahme für den Anwendungsbereich dieser Vorschrift. Auch hier haben die Unternehmen nun eigenverantwortlich zu prüfen, ob die Voraussetzungen einer Legalausnahme erfüllt sind.

Da unter der jeweiligen alten Rechtslage sowohl für die Befreiung von der Ad-hoc-Mitteilungspflicht als auch für die Freistellung vom Kartellverbot ein tatbestandlicher Beurteilungsspielraum der zuständigen Behörden diskutiert wurde, stellt sich die Frage, inwieweit ein solcher Beurteilungsspielraum mit dem Übergang zur neuen Rechtslage auf die Unternehmen als Normadressaten selbst übergegangen ist.³²² Ganz überwiegend wird diese Frage jedoch verneint.³²³ Dazu wird teils schlicht darauf Bezug genommen, dass es bereits nach alter Rechtslage an hinreichenden inhaltlichen und funktionellen Gründen eines tatbestandlichen Beurteilungsspielraums fehlte und ein solcher deshalb gar nicht erst auf den Normadressat

320 Auch insofern bereits *Kaulich*, Haftung des Vorstands, S. 108.

321 *Nordemann*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, Art. 101 AEUV Rn. 9.

322 Diskutiert wird das vordringlich hinsichtlich der Ausübung von Subsumtionsfreiräumen im Zusammenhang mit der Freistellung vom Kartellverbot gem. Art. 101 Abs. 3 AEUV, weil diesbezüglich ein tatbestandlicher Beurteilungsspielraum der Kommission nach altem Recht durchgängig bejaht wurde, vgl. bereits EuGH, Urt. v. 13.07.1966, „*Grundig/Corsten*“, Rs. 56 und 58/64, Slg. 1966, 321, 396.

323 Zur Freistellung vom Kartellverbot gem. Art. 101 Abs. 3 AEUV *Spindler*, in: FS Canaris, S. 421 f.; *Kaulich*, Haftung des Vorstands, Teil 4 (Fn. 25) m.w.N. Für § 2 GWB *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 2 GWB Rn. 59; *Nordemann*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Wettbewerbsrecht, § 2 GWB Rn. 200; wohl auch *Bunte*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, § 2 GWB Rn. 8 sowie *Nothdurft*, in: FS Hirsch, S. 285, 286 f. Für Art. 17 Abs. 4 MMVO (bzw. die Vorgängervorschrift des § 15 Abs. 3 WpHG); unklar OLG Frankfurt, Urt. v. 12.02.2009, 2 Ss-OWi 514/08. Für die Anwendung sämtlicher Vorschriften einen tatbestandlichen Beurteilungsspielraum ebenfalls ablehnend *Kaulich*, Haftung des Vorstands, S. 113 ff.

en übergegangen sein kann. Speziell mit Blick auf die Freistellung vom Kartellverbot nach Art. 101 Abs. 3 AEUV bestünde darüber hinaus die Besonderheit, dass der ehemals der Kommission zugestandene tatbestandliche Beurteilungsspielraum ganz maßgeblich auf einem der Kommission zugewiesenen politischen Gestaltungsauftrag basierte, der dem Normadressaten als Privatperson außerhalb des europäischen institutionellen Kompetenzgefüges in dieser Form selbstredend nicht zukommen könne.³²⁴ Gründe, die ein Abweichen vom richterlichen Mandat zur Letztentscheidung durch normative Ermächtigung des Normadressaten rechtfertigten, seien deshalb nicht ersichtlich.³²⁵

3. Schlussfolgerungen für einen tatbestandlichen Beurteilungsspielraum des Normadressaten im Bilanzrecht

a) Normative Ermächtigung des Normadressaten zur Abgabe von Schätzungen und Prognosen

Die vorstehenden Ausführungen verdeutlichen, dass für die Annahme tatbestandlicher Beurteilungsspielräume des Normadressaten grundsätzlich keine anderen Anforderungen angelegt werden als für die Annahme tatbestandlicher Beurteilungsspielräume der Verwaltung. Hier wie dort macht man diese von einer durch Auslegung zu ermittelnden normativen Ermächtigung des Gesetzgebers abhängig, die ihrerseits wiederum an besondere inhaltliche und funktionale Gründe gekoppelt sein muss. Begründen lässt sich die Zulässigkeit einer solchen Ermächtigung im Hinblick auf den Normadressaten damit, dass auch der allgemeine Justizgewährungsanspruch aus Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. dem Rechtsstaatsprinzip wie schon Art. 19 Abs. 4 GG eine geschützte Rechtsposition nicht begründe, sondern voraussetze und es dem Gesetzgeber daher in engen Grenzen erlaubt sein muss, dem Normadressaten zulasten etwaig geschützter Dritter einen gerichtlich nur bedingt überprüfbaren Beurteilungsspielraum einzuräumen.³²⁶ Was die Ausübung von Schätzungen und Prognosen anbelangt, so

324 *Kaulich*, Haftung des Vorstands, S. 114.

325 Hierzu eingehend *Kaulich*, Haftung des Vorstands, S. 113 ff.

326 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 30.04.2003 – 1 PBvU 1/02 = NJW 2003, 1924, 1925 mit Hinweis darauf, dass sich der allgemeine Justizgewährungsanspruch aus Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. dem Rechtsstaatsprinzip und die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG nur hinsichtlich ihrer Anwendungsbereiche, nicht aber hinsichtlich ihres rechtsstaatlichen Kerngehalts unterscheiden.

ist eine normative Ermächtigung des Normadressaten denn indirekt auch im Handelsbilanzrecht angelegt, wenn der Gesetzgeber in § 321 Abs. 2 Satz 4 HGB eigens auf sogenannte Ermessensspielräume Bezug nimmt und diese insofern ausdrücklich von den ebenfalls genannten „Bilanzierungs- und Bewertungswahlrechten“ unterscheidet. Auch die internationalen Rechnungslegungsstandards spielen vorsichtig auf eine Ermächtigung des Normadressaten an, indem sie diese dem Fehlerbegriff des IAS 8.41 entziehen und in IAS 8.33 betonen, dass die Verwendung vernünftiger Schätzungen (deren Begriff auch die hier als Prognosen bezeichneten zukunftsbezogenen Beurteilungen umfasst³²⁷) bei der Abschlusserstellung unumgänglich ist und deren Verlässlichkeit im Sinne des IAS 1.17 nicht beeinträchtigt. Für eine auf sämtliche Schätzungen und Prognosen bezogene normative Ermächtigung des Normadressaten lassen sich damit sowohl dem Handelsbilanzrecht als auch den internationalen Rechnungslegungsstandards Anhaltspunkte entnehmen.

b) Zwingende sachliche und funktionale Gründe für eine normative Ermächtigung des Normadressaten

Dass die erforderlichen zwingenden sachlichen und funktionalen Gründe einer normativen Ermächtigung des Normadressaten vorliegen, mag man im Bilanzrecht insofern bezweifeln, als diese bei der Anwendung zahlreicher Vorschriften erforderlich sind, die obigen Ausführungen zum behördlichen Beurteilungsspielraum aber ergeben haben, dass an das Vorliegen dieser Gründe hohe Anforderungen zu stellen sind, die nur in besonders gelagerten Prognoseentscheidungen erfüllt sind. Speziell im Bilanzrecht zeigt sich aber, dass zwingende sachliche und funktionale Gründe für sämtliche Schätzungs- und Prognoseentscheidungen bestehen, denn sie alle erfordern besondere, tiefgehende Kenntnisse der internen betrieblichen Abläufe und Besonderheiten und insofern häufig ökonomisch hoch komplexe Schätzungs- oder Prognoseprozesse, deren zugrundeliegende Annahmen selbst unter Zuhilfenahme von Sachverständigen nicht bis ins letzte Detail nachvollziehbar, sondern nur auf ihre Plausibilität hin überprüfbar sein werden. Das anerkennt auch der BGH, wenn er im Musterfeststellungsverfahren zum Verkaufs- und Börsenzulassungsspekt der Telekom unter Bezugnahme auf die einschlägige Fachliteratur ganz selbstverständlich ausführt, dass bei der Grundstücksbewertung „im Rahmen

327 Vgl. insoweit die Begriffsbestimmung aus IAS 8.5.

üblicher Wertfestsetzungsmethoden der Verkehrswertermittlungen [...] Spannweiten von bis +/- 30 % als möglich und tolerabel“ anzusehen seien.³²⁸ Wie sollte es dem Gericht ohne besondere Sach- und Fachnähe möglich sein, etwa bei der Bewertung von Rückstellungen die Bestimmung eines nach vernünftiger kaufmännischer Beurteilung anfallenden Erfüllungsbetrags (§ 253 Abs. 1 Satz 2 HGB) oder die Ermittlung des konkret beizulegenden Zeitwerts (§ 253 Abs. 1 Satz 3 HGB) *innerhalb* bloßer Plausibilitätsgrenzen treffender einzuschätzen als der Normadressat selbst? Mag man in Einzelfällen bedauerlicherweise den Eindruck erlangen, dass die Funktionsgrenzen mancher Gerichte bereits bei der Auslegung des Bilanzrechts erreicht sind, gilt dies jedenfalls im Umgang mit Schätzungen und Prognosen, weshalb die strengen Anforderungen an eine normative Ermächtigung des Normadressaten zur Ausübung von Subsumtionsfreiräumen diesbezüglich erfüllt sind. Von Schätzungen und Prognosen abgesehen, verbleibt die verbindliche Ausübung von Subsumtionsfreiräumen bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe jedoch im Kompetenzbereich der rechtsprechenden Gewalt und belässt dem Normadressaten insofern keinerlei eigenen Freiraum.

D. Normativ-subjektiver Fehlerbegriff

Nach den vorstehenden Ausführungen sind weder die abschlusspflichtige Gesellschaft noch die für sie handelnden Geschäftsleiter bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe normativ dazu ermächtigt, die hierbei entstehenden Auslegungsfreiräume und – mit Ausnahme von Schätzungen und Prognosen – auch die hierbei entstehenden Subsumtionsfreiräume letztverbindlich auszuüben. Diese Aufgabe ist und bleibt verfassungsrechtlich der rechtsprechenden Gewalt vorbehalten. Was hieraus für den im Bilanzrecht vermeintlich geltenden normativ-subjektiven Fehlerbegriff folgt, der teilweise gar zu den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung gezählt wird,³²⁹ ist im Lichte der jüngeren BFH-Rechtsprechung zum Fehlerbegriff im Steuerrecht,³³⁰ des Anfang 2019 ergangenen Beschlusses des

328 BGH, Beschl. v. 22.11.2016 – XI ZB 9/13 = NZG 2017, 378, 380 f.

329 Rödder, Ubg 2012, 717, 719; v. Wolfersdorff/Rödder/Schmidt-Fehrenbacher/Beisheim/Gerner, DB 2012, 2241, 2243. Kritisch Schulze-Osterloh, BB 2013, 1131, 1132.

330 BFHE 240, 162.

OLG Frankfurt a.M. zum Fehlerbegriff im Enforcement-Verfahren³³¹ und den gesetzgeberischen Reformbestrebungen zum Erlass eines FISG nunmehr kritisch zu hinterfragen.

I. Inhalt und Reichweite des normativ-subjektiven Fehlerbegriffs

Ein Jahres- oder Konzernabschluss gilt bei Zugrundelegung eines normativ-subjektiven Fehlerbegriffs nur dann als fehlerhaft, wenn der Kaufmann – bzw. bei Kapitalgesellschaften der Geschäftsleiter als deren Handlungsorgan – objektiv gegen Vorschriften des Bilanzrechts verstoßen hat und dies nach den im Zeitpunkt der Abschlusserstellung bestehenden Erkenntnismöglichkeiten bei pflichtgemäßer und gewissenhafter Prüfung hätte erkennen können.³³² Da aber ein objektiver Verstoß gegen die Vorschriften des Bilanzrechts sowohl darauf beruhen kann, dass bereits der abzubildende Lebenssachverhalt in tatsächlicher Hinsicht falsch beurteilt wurde, als auch darauf, dass – wie in den hier maßgeblichen Situationen – eine unklare Rechtslage *ex ante* falsch eingeschätzt wurde, ist in der Vergangenheit immer wieder diskutiert worden, wie weit der normativ-subjektive Fehlerbegriff bei der Abschlusserstellung reicht: Bezieht er sich nur auf die Ermittlung derjenigen Tatumstände, die den abzubildenden Lebenssachverhalt konstituieren und damit allein auf die Ebene der Sachverhaltsermittlung? Oder umfasst er auch die Rechtsanwendung mitsamt der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe? Wie ließe sich in letztgenanntem Fall das verfassungsrechtliche Spannungsverhältnis auflösen zwischen der richterlichen Letztentscheidungsbefugnis hinsichtlich der Ausübung von Auslegungsfreiräumen und einem normativ-subjektiven Fehlerbegriff, der *de facto* einem weitreichenden Beurteilungsfreiraum der Gesellschaft bzw. ihres Geschäftsleiters gleichkommt?

331 OLG Frankfurt, Beschl. v. 04.02.2019 – WpÜG 3/16, WpÜG 4/16 = BeckRS 2019, 6427.

332 A/D/S, Rechnungslegung und Prüfung, § 172 AktG Rn. 43; *Bezenberger*, in: Großkommentar zum AktG, § 256 Rn. 42; *Haas/Kersting*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 42a Rn. 22; *Henrichs*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, § 9 Rn. 481; *ders.*, NZG 2013, 681, 682; *Henrichs/Pöschke*, in: Münchener Kommentar zum AktG, § 172 Rn. 76; *Küting/Ranker*, WPg 2005, 1, 2 f.; *W. Müller*, in: FS Quack, S. 359, 367; *Pöschke*, ZGR 2018, 643, 677; *Prinz*, in: FS W. Müller, S. 687, 690, 693; *ders.*, Steuerberater-Jahrbuch 2007/2008, S. 203, 207; *Schulz*, in: Bürgers/Körber, AktG, § 172 Rn. 13. Vgl. auch IDW RS HFA 6 Tz. 14.

1. Meinungsstand

Der in Rechtsprechung und Schrifttum existierende Meinungsstand zur Reichweite eines auf Rechtsfragen bezogenen normativ-subjektiven Fehlerbegriffs bei der Abschlusserstellung stellt sich durchwachsen dar. Als Meilenstein darf insofern die soeben bereits angesprochene Entscheidung des BFH aus dem Jahr 2013 gelten, in der der BFH den normativ-subjektiven Fehlerbegriff für Rechtsfragen im Steuerrecht aufgegeben hat.³³³ Die tragenden Erwägungen des Großen Senats sollen deshalb zu Beginn der hier angestellten Erwägungen kurz beleuchtet werden. Anfang 2019 ist der bisherige Meinungsstand sodann mit dem Beschluss des OLG Frankfurt am Main zur Aufgabe des normativ-subjektiven Fehlerbegriffs für das Enforcement-Verfahren um eine weitere gerichtliche Entscheidung bereichert worden, die sich mit der Frage nach dem maßgeblichen Fehlerbegriff erstmals auch spezifisch für den Anwendungsbereich des Bilanzrechts auseinandersetzt und den Fokus damit weg vom Steuerrecht lenkt. Welche Bedeutung dieser jüngeren Entscheidung in der Diskussion um einen weitreichenden, auch auf Rechtsfragen bezogenen normativ-subjektiven Fehlerbegriff zukommt, wird nicht zuletzt vor dem Hintergrund der geplanten Reform des Enforcement-Verfahrens durch den FISG-RegE zu erörtern sein.

a) BFHE 240, 162: Normativ-subjektiver Fehlerbegriff im Steuerrecht

Zu den tragenden Gründen des BFH für die Aufgabe eines auf Rechtsfragen bezogenen normativ-subjektiven Fehlerbegriffs zählten erstens verfassungsrechtliche Überlegungen, nach denen sich aus Art. 20 Abs. 3 GG und Art. 97 Abs. 1 GG eine Verpflichtung der rechtsprechenden Gewalt ergeben soll, ihren Entscheidungen die objektiv richtige Rechtslage zugrunde zu legen.³³⁴ Ein die Gerichte im Ergebnis bindendes „*faktisches Wahlrecht*“ des Normadressaten zwischen mehreren vertretbaren Rechtsansichten – man könnte im Anschluss an die bisherigen Ausführungen auch von einem tatbestandlichen und rechtsfolgenseitigen Beurteilungsspielraum

333 BFH, Beschl. v. 31.01.2013 – GrS 1/10 = BFH DStR 2013, 633, 640 Rn. 78.

334 Darstellung des der Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalts etwa in den Entscheidungsbesprechungen von *Henrichs*, NZG 2013, 681 ff.; *Pondelik*, SteuK 2013, 273 ff.; *Prinz*, WPg 2013, 650 ff.; *Schulze-Osterlob*, BB 2013, 1131 ff.; *Weber-Grellet*, DStR 2013, 729 ff.

des Normadressaten sprechen – dürfe dem Normadressaten deshalb nicht eingeräumt werden. Das gelte insbesondere auch vor dem Hintergrund des Art. 3 Abs. 1 GG in seiner Ausprägung der Besteuerung nach Leistungsfähigkeit, der ein besonders hohes Interesse an einer gleichmäßigen Besteuerung begründe und dem auch im Umgang mit Rechtsanwendungsfragen Rechnung zu tragen sei.³³⁵ Hierin kommt, bezogen auf das Steuerrecht, die ebenfalls bereits angesprochene, verfassungsrechtlich auch außerhalb des Steuerrechts geforderte Rechtsanwendungsgleichheit zum Ausdruck. Zweitens entkräftet der Große Senat das von Befürwortern eines normativ-subjektiven Fehlerbegriffs regelmäßig angeführte, auch auf das Handelsbilanzrecht übertragbare Argument, dass sich wegen der Zweischneidigkeit der Bilanz etwaige objektive Rechtsverstöße im Ergebnis ohnehin stets ausgleichen würden. Exemplarisch stellt der Große Senat dazu auf ein zu Unrecht als Betriebsvermögen behandeltes Privatvermögen ab, welches im Falle eines endgültigen Wertverlusts durchaus zu einer dauerhaften Gewinnminderung im Betriebsvermögen führe.³³⁶ Davon abgesehen sei die Zweischneidigkeit der Bilanz auch deshalb kein tragfähiges Argument, weil sich selbst bei einem Rechtsverstoß, der sich in einer späteren Periode ausgleiche, immerhin beachtliche Zins- und Liquidationsvorteile des Normadressaten ergeben könnten.³³⁷ Inwieweit der BFH sich mit dieser Überlegung in Widerspruch zur Jubiläumsrückstellungs-Entscheidung des BVerfG stellen soll, ergibt sich dabei nicht.³³⁸ Denn das BVerfG hat in seiner Entscheidung selbst klargestellt, dass auch bloß vorübergehende Steuereffekte den Steuerpflichtigen je nach Höhe des Jahresüberschusses oder Gewinns und je nach Entwicklung des Steuersatzes positiv oder negativ treffen könnten und sie deshalb ebenso wie Steuerstundungseffekte aufgrund vorübergehender Zins- und Liquidationsvorteile einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung bedürften.³³⁹ Dass das BVerfG eine solche Rechtfertigung im Falle der konkret Streitgegenständlichen Norm des § 52 Abs. 6 Satz 1 und 2 EStG für gegeben erachtete, ist insoweit irrelevant.

335 BFH, Beschl. v. 31.01.2013 – GrS 1/10 = BFH DStR 2013, 633, 637 f. Rn. 61.

336 Beschl. v. 31.01.2013 – GrS 1/10 = BFH DStR 2013, 633, 637.

337 Beschl. v. 31.01.2013 – GrS 1/10 = BFH DStR 2013, 633, 638 f. Rn. 68 f.

338 So aber, wenn auch ohne nähere Begründung, *Hennrichs*, NZG 2013, 681, 684.

339 BVerfG, Beschl. v. 12.05.2009 – 2 BvL 1/00 = NZG 2009, 836, 839 Rn. 36.

b) Beschluss des OLG Frankfurt vom 04.02.2019: Normativ-subjektiver Fehlerbegriff im Enforcement-Verfahren

Der Entscheidung des OLG Frankfurt am Main³⁴⁰ zur Aufgabe eines auf Rechtsfragen bezogenen Fehlerbegriffs im Enforcement-Verfahren liegt die Beschwerde einer börsennotierten Gesellschaft zugrunde, deren Konzernabschluss für das Geschäftsjahr 2012 im Enforcement-Verfahren als fehlerhaft gerügt wurde. Konkret hatte die BaFin vier Verstöße gegen internationale Rechnungslegungsstandards im Zusammenhang mit dem Erwerb von Gesellschaftsanteilen gerügt, die allesamt auf umstrittenen bilanzrechtlichen Auslegungsfragen hinsichtlich der Bilanzierung des „Goodwill“ der akquirierten Gesellschaft basierten. Erstens ging es um den von BaFin und Beschwerdeführerin unterschiedlich beurteilten Anwendungsbereich des in IFRS 3.19 zugrunde gelegten Methodenwahlrechts zur Bilanzierung des Geschäfts- oder Firmenwerts bei Unternehmenszusammenschlüssen; zweitens um die Zuordnung des Geschäfts- oder Firmenwerts zu einer von der Beschwerdeführerin segmentübergreifend gebildeten zahlungsmittelgenerierenden Einheit und deren Vereinbarkeit mit IAS 36.80 Satz 2 (b); drittens ging es um den Regelungsgehalt des IAS 36.136 Satz 1 und diesbezüglich um die Frage, wann ein Teilbetrag des Geschäfts- oder Firmenwerts, der einer einzelnen zahlungsmittelgenerierenden Einheit zugeordnet ist, als signifikant im Sinne der Vorschrift gilt; viertens schließlich ging es um die Frage, ob die Voraussetzungen des IAS 39.46 (c) erfüllt waren, die es der Beschwerdeführerin erlaubt hätten, die von ihr gehaltene Beteiligung an der Holdinggesellschaft zu den Anschaffungskosten anstatt zum beizulegenden Zeitwert zu bilanzieren.³⁴¹ Hinsichtlich der Streitgegenständlichen Rechtsfragen führte die Beschwerdeführerin an, sich in letzter Konsequenz jedenfalls für eine vertretbare, weil nicht nachweislich irreführende oder unsachgerechte Auslegungsvariante entschieden zu haben.³⁴² Sie berief sich damit, wenngleich nicht ausdrücklich, auf einen ihr vermeintlich zustehenden, auch auf die Beurteilung von Rechtsfragen bezogenen normativ-subjektiven Fehlerbegriff. Der Senat lehnte diese Sichtweise ab und schloss sich hierzu argumentativ in zentralen Punkten dem

340 OLG Frankfurt, Beschl. v. 04.02.2019 – WpÜG 3/16, WpÜG 4/16 = BeckRS 2019, 6427.

341 OLG Frankfurt, Beschl. v. 04.02.2019 – WpÜG 3/16, WpÜG 4/16 = BeckRS 2019, 6427 Rn. 5-11.

342 OLG Frankfurt, Beschl. v. 04.02.2019 – WpÜG 3/16, WpÜG 4/16 = BeckRS 2019, 6427 Rn. 25, 62.

BFH an, insbesondere den von ihm angestellten verfassungsrechtlichen Erwägungen. Zwar sei dem allgemeinen Gleichheitssatz und dem verfassungsrechtlich garantierten Rechtsstaatsprinzip gerade im Steuerrecht wegen des öffentlichen Interesses an einer gesetzlichen und gleichmäßigen Besteuerung eine *überragende* Bedeutung beizumessen. Nichtsdestotrotz könne im Grundsatz aber auch für das Enforcement-Verfahren nichts anderes gelten: Wie in sämtlichen Rechtsgebieten sei nach Art. 20 Abs. 3, 92 ff. GG auch im Bilanzrecht letztendlich das erkennende Gericht berufen, Auslegungs- und Subsumtionsfreiräume bei Anwendung der streitentscheidenden Vorschriften verbindlich aufzufüllen. Sei die Feststellung eines Rechtsverstoßes für den Normadressaten wie im Enforcement-Verfahren generell mit Sanktionen verbunden, sei es aus den genannten verfassungsrechtlichen Gründen ausgeschlossen, den Eintritt dieser Sanktionen von nicht näher bestimmten Vertretbarkeitserwägungen abhängig zu machen. Sofern es speziell um die Kontrolle internationaler Rechnungslegungsstandards im Enforcement-Verfahren ginge, sei ferner zu beachten, dass die BaFin nach den Leitlinien der ESMA auf deren europaeinheitliche, gemeinsame und kohärente Anwendung hinzuwirken habe. Diese Aufgabe sei nicht zu erreichen, würde man jede vertretbare Rechtsansicht des Abschlusserstellers als fehlerfrei ansehen.³⁴³

c) Schrifttum

Die überwiegende Ansicht der Literaturvertreter spricht sich seit jeher für einen weiten, auch auf die Beurteilung von Rechtsfragen bezogenen normativ-subjektiven Fehlerbegriff aus.³⁴⁴ Daran hat, soweit dieser Problembereich im Anschluss an die Entscheidung des BFH für das Bilanzrecht überhaupt noch einmal aufgegriffen wurde, auch die teilweise Aufgabe

343 OLG Frankfurt, Beschl. v. 04.02.2019 – WpÜG 3/16, WpÜG 4/16 = BeckRS 2019, 6427 Rn. 95-97.

344 A/D/S, Rechnungslegung und Prüfung, § 172 AktG Rn. 43; *Balthasar*, Bestandskraft handelsrechtlicher Jahresabschlüsse, S. 129 ff.; *Bezzenberger*, in: Großkommentar zum AktG, § 256 Rn. 42 ff.; *Grottel/Schubert*, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, 8. Aufl., § 253 HGB Rn. 805; *Haas/Kersting*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 42a Rn. 22; *Hennrichs*, DStR 2009, 1446, 1448; *Hennrichs/Pöschke*, in: Münchener Kommentar zum AktG, § 172 Rn. 76 ff.; *W. Müller*, in: FS Quack, S. 366 f.; *U. Prinz*, in: FS W. Müller, S. 690, 693; *Prinz*, Steuerberater Jahrbuch 2007/2008, S. 203, 207; *Rödter/Hageböke*, Ubg 2008, 401, 404. Aus der Praxis IDW RS HFA 6 Rn. 14.

des normativ-subjektiven Fehlerbegriffs im Steuerrecht kaum etwas geändert. Zwar sieht sich namentlich *Schulze-Osterloh*, der sich wegen verfassungsrechtlicher Bedenken bereits vor der Entscheidung des BFH kritisch zu einem weiten normativ-subjektiven Fehlerbegriff geäußert hatte, in seiner Kritik gestärkt³⁴⁵ und weiß sich nunmehr in Gesellschaft einzelner weiterer Literaturvertreter.³⁴⁶ Die Mehrheit plädiert im Schrifttum demgegenüber auch im Lichte der BFH-Entscheidung für eine vollumfängliche Beibehaltung des normativ-subjektiven Fehlerbegriffs und wird dabei vom IDW gestützt.³⁴⁷ So sieht *Weber-Grellet* es im Handelsbilanzrecht weniger bedenklich als im Steuerrecht, dem Normadressaten zwischen verschiedenen vertretbaren Rechtsansichten die Wahl einzuräumen. Denn die Vorschriften des Handelsbilanzrechts betreffen in erster Linie ohnehin das Verhältnis der Gesellschafter untereinander, wohingegen es im Steuerrecht mit der Gleichmäßigkeit der Steuerbelastung schlechthin unvereinbar sei, die Höhe der Steuerbelastung nach Maßgabe einer vertretbaren Rechtsauslegung zu bestimmen.³⁴⁸ Auch *Henrichs* führt bilanzrechtsspezifische Besonderheiten ins Feld und weist insofern darauf hin, dass es keine objektiv richtige Bilanz geben könne, jede Gewinnermittlung durch Periodisierung vielmehr konzeptionell bedingt unsicher sei und sich diese Unsicherheit notwendig auch in den rechtlichen Periodisierungsregeln spiegele, die vielfach nur aus allgemeinen Bilanzierungs- und Bewertungsprinzipien bestünden. Die Konkretisierung derartiger Vorschriften sei deshalb ein arbeitsteiliger Prozess, bei dem richterliche Erkenntnis auf praktischer Bilanzierungsübung aufbaue. Dieser bilanzrechtlichen Besonderheit gelte es durch Zugrundelegung eines normativ-subjektiven Fehlerbegriffs ebenso Rechnung zu tragen, weshalb mehr als eine pflichtgemäße und gewissenhafte Prüfung aller rechtlichen Gesichtspunkte vom Kaufmann redlicherweise nicht verlangt werden könne. Er sei deshalb vor den potenziell weitreichenden Folgen eines *ex post* festgestellten Bilanzrechtsverstößes zu schützen.³⁴⁹

345 *Schulze-Osterloh*, BB 2007, 2335, 2336; *ders.*, BB 2013, 1131, 1132 ff.; *ders.*, ZHR 179 (2015), 9, 13, 41 ff.

346 *Schubert*, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, § 253 HGB Rn. 805; *Tiedchen*, in: *Schulze-Osterloh/Henrichs/Wüstemann*, HdJ, Rn. 25.

347 *Friedl/Buchner*, StuB 2014, 183, 184; *Henrichs*, NZG 2013, 681, 686; *Henrichs/Pöschke*, in: Münchener Kommentar zum AktG, § 172 Rn. 76 ff.; *Pöschke*, ZGR 2018; *Prinz*, WPg 2013; *Rogall/Curdt*, Ubg 2013, 345, 348; *Winnefeld*, Bilanz-Hdb., Kap. I Rn. 18.

348 *Weber-Grellet*, DStR 2013, 729, 731.

349 *Henrichs*, NZG 2013, 681, 682.

2. Einordnung der verschiedenen Ansichten

Die Darstellung des aktuellen Meinungsstands gibt zu erkennen, dass die Gegner eines weiten, auch auf Rechtsfragen bezogenen normativ-subjektiven Fehlerbegriffs sich in der Rechtsprechung wie im Schrifttum vorrangig auf verfassungsrechtliche Erwägungen stützen. Sofern das OLG Frankfurt am Main einen auf Rechtsfragen bezogenen normativ-subjektiven Fehlerbegriff speziell bei der Anwendung internationaler Rechnungslegungsstandards ablehnt, tritt als ergänzendes Argument der an die BaFin gerichtete Auftrag hinzu, im Enforcement-Verfahren auf eine kohärente Anwendung der Standards hinzuwirken.³⁵⁰ Diese grundlegende, von der konkreten mitgliedstaatlichen Ausgestaltung des Enforcement-Verfahrens unabhängige Erwägung wird auch nach Umsetzung der im FISG-RegE enthaltenen Reformbestrebungen nicht an Gültigkeit verlieren, sondern im Gegenteil mit zunehmender Ausweitung der Überwachungsfunktion der BaFin in den §§ 107 ff. WpHG-E noch an Bedeutung gewinnen.³⁵¹

Die angeführten verfassungsrechtlichen Erwägungen gegen einen weiten normativ-subjektiven Fehlerbegriff sind konsistent mit den oben bereits getätigten Ausführungen zur richterlichen Letztentscheidungsbefugnis bei der Ausübung von Auslegungsfreiräumen.³⁵² Allein deswegen sollen aber die Argumente der herrschenden Meinung nicht ignoriert werden. Inwieweit vermögen sie die bisherigen Erwägungen zur Ausübung von Auslegungs- und Subsumtionsfreiräumen in ein anderes Licht zu rücken?

Wenig überzeugend erscheint jedenfalls die Argumentation *Weber-Grellets*, nach der ein auf Rechtsfragen bezogener normativ-subjektiver Fehlerbegriff im Handelsbilanzrecht anders als im Steuerrecht weniger bedenklich sei, weil unter anderem der verfassungsrechtliche Grundsatz der Gleichmäßigkeit der Steuerbelastung nicht betroffen sei.³⁵³ Denn dieser ist lediglich Ausprägung des allgemeinen, aus Art. 3 Abs. 1 GG folgenden Gebots der Rechtsanwendungsgleichheit, das sich als solches auf sämtliche Rechtsgebiete erstreckt. Auch kann das Handelsbilanzrecht mit zunehmender Betonung der Informationsfunktion immer weniger auf das von

350 OLG Frankfurt, Beschl. v. 04.02.2019 – WpÜG 3/16, WpÜG 4/16 = BeckRS 2019, 6427 Rn. 96.

351 Näher zu einzelnen gesetzgeberischen Maßnahmen sogleich unter Abschnitt D. II. 4.

352 Vgl. § 2 C. I und II.

353 *Weber-Grellet*, DStR 2013, 729, 731.

Weber-Grellet herangezogene bloße Verhältnis der Gesellschafter untereinander reduziert werden. Sodann mag auch das von *Hennrichs* angeführte Argument, dass periodische Gewinnermittlung nun einmal konzeptionell bedingt unsicher sei, für sich genommen nicht genügen, um verfassungsrechtliche Bedenken am normativ-subjektiven Fehlerbegriff auszuräumen. Denn eine gewisse konzeptionelle Unsicherheit ist nicht nur den Vorschriften des Bilanzrechts gemein, sondern den Vorschriften verschiedener anderer Rechtsgebiete, mit denen Gesellschaft und Geschäftsleiter bei ihrer Tätigkeit in Berührung kommen. Das gilt insbesondere für das bereits angesprochene Kapitalmarkt- und Kartellrecht. An der fehlenden verfassungsrechtlichen Ermächtigung des Normadressaten zur Ausübung von Auslegungsfreiräumen ändert das allerdings nichts. Es bleiben deshalb vor allem die vermeintlich weitreichenden Konsequenzen eines objektiven Bilanzrechtsverstoßes, die von Befürwortern eines weiten normativ-subjektiven Fehlerbegriffs angeführt werden und das besondere Bedürfnis für einen abgesenkten Fehlerbegriff gerade im Bereich der Abschlusserstellung rechtfertigen sollen. Sie sind im nächsten Abschnitt im Anschluss an die Vorarbeit *Schulze-Osterloh*³⁵⁴ unter Berücksichtigung der jüngeren Entwicklungen infolge der Entscheidung des OLG Frankfurt am Main und aktueller Tendenzen vor dem Hintergrund des FISG-RegE eingehend zu untersuchen.

II. Konsequenzen eines auf bilanzielle Rechtsfragen anwendbaren (weiten) normativ-subjektiven Fehlerbegriffs

So weitreichend die Konsequenzen eines objektiven Bilanzrechtsverstoßes sind, so weitreichend ist auch ein auf Rechtsfragen bezogener normativ-subjektiver Fehlerbegriff im Bilanzrecht. Zahlreiche Ansatzpunkte kommen in den Sinn, angefangen von zivilrechtlichen Haftungsrisiken der Gesellschaft und des Geschäftsleiters, straf- und bußgeldrechtlichen Sanktionierungen über die Nichtigkeit des Feststellungsbeschlusses nach § 256 AktG bis hin zur Versagung eines uneingeschränkten Testats durch den Abschlussprüfer und der Feststellung sowie Veröffentlichung von Bilanzierungsfehlern im Enforcement-Verfahren.³⁵⁵ Von persönlicher Relevanz für den Geschäftsleiter – und damit im Rahmen dieser Untersuchung von besonderer Bedeutung – sind die potenziellen Konsequenzen eines

354 Vgl. *Schulze-Osterloh*, ZHR 179 (2015), 9, 30 ff.

355 *Schulze-Osterloh*, ZHR 179 (2015), 9, 30 ff.

normativ-subjektiven Fehlerbegriffs im Bereich zivil- und strafrechtlicher Sanktionen. Es erscheint deshalb angezeigt, diesbezügliche Überlegungen gleich zu Anfang zu stellen und auf die übrigen Konsequenzen eines objektiven Bilanzrechtsverstößes erst im Anschluss einzugehen.

1. Zivilrechtliche Haftung

Gegenüberzustellen sind nachfolgend jeweils die Außen- und Binnenhaftungsrisiken bei Zugrundelegung eines objektiven und eines normativ-subjektiven Fehlerbegriffs. Wo wirkt dieser sich auf die zivilrechtlichen Haftungsrisiken der Gesellschaft und ihres Geschäftsleiters aus?

a) Rechtslage bei Zugrundelegung eines objektiven Fehlerbegriffs

Was zunächst die zivilrechtlichen Haftungsrisiken für objektive Bilanzrechtsverstöße anbelangt, so sind insofern nachfolgend freilich nur solche Verstöße zu berücksichtigen, die Resultat einer unklaren Rechtslage sind und insofern nicht unter Missachtung einer bereits ergangenen höchst-richterlichen Rechtsprechung oder einer im Schrifttum bereits gefestigten Meinung erfolgen.³⁵⁶ Denn nur sie würden durch Zugrundelegung eines normativ-subjektiven Fehlerbegriffs überhaupt privilegiert.³⁵⁷

aa) Außenhaftung

Eine Außenhaftung des Geschäftsleiters selbst kommt in Fällen eines objektiven Bilanzrechtsverstößes nach den Ausführungen des ersten Teils dieser Untersuchung allenfalls bei vorsätzlichem Handeln im Anwendungsbe- reich des § 826 BGB in Betracht, und damit in nur in solchen Fallkonstel- lationen, in denen der Geschäftsleiter von einem auf Rechtsfragen bezoge- nen normativ-subjektiven Fehlerbegriff ohnehin nicht mehr profitieren würde. Insbesondere ist nach den Ausführungen des ersten Teils dieser Untersuchung eine deliktsrechtliche Außenhaftung nach § 823 Abs. 2 BGB

356 Eingehend zum Begriff der unklaren Rechtslage *Arden*, Unklare Rechtslage, S. 43 ff. m.w.N.

357 Zu den Voraussetzungen des normativ-subjektiven Fehlerbegriffs vgl. noch ein- mal oben Abschnitt D. I.

für die einfach-fahrlässige Verletzung einer bilanzrechtlichen Vorschrift ausgeschlossen.³⁵⁸ Im Fokus der Außenhaftung stehen damit allein die Haftungsrisiken der Gesellschaft für objektive Bilanzrechtsverstöße, die freilich in erster Linie dann drohen, wenn sie sich vertraglich – etwa im Rahmen von Kreditverträgen – zu einer objektiv rechtmäßigen Abschlussstellung verpflichtet hat. Welcher Verschuldensmaßstab in derartigen Fällen zum Tragen kommt, hängt dementsprechend gleichermaßen von der zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarung ab. Sollte aber der gesetzliche Verschuldensmaßstab aus § 276 Abs. 1 und 2 BGB gelten, wonach der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten hat, kann die Gesellschaft sich für einen objektiven Rechtsverstoß nur dann entschuldigen, wenn sie einem Rechtsirrtum unterlegen ist. Dasselbe würde in Ermangelung einer spezialgesetzlichen Verschuldensregelung für eine deliktische Außenhaftung der Gesellschaft nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit der verletzten bilanzrechtlichen Vorschrift als Schutzgesetz gelten.³⁵⁹ An einen Rechtsirrtum stellen Rechtsprechung und Schrifttum allerdings traditionell hohe Anforderungen. Er soll nur dann vorliegen, wenn der Anspruchsgegner selbst nach sorgfältiger Prüfung der Rechtslage³⁶⁰ mit einer anderen Beurteilung durch die Gerichte nicht zu rechnen brauchte.³⁶¹ In den hier betrachteten Konstellationen, in denen ein Bilanzrechtsverstoß das Resultat einer unklaren Rechtslage ist, wird eine Entschuldigung der Gesellschaft und des Geschäftsleiters wegen Rechtsirrtums damit regelmäßig ausscheiden. Denn gerade bei unklarer Rechtslage muss der Anspruchsgegner nach überwiegender Auffassung damit rechnen, dass das erkennende Gericht im Nachhinein eine andere als die von ihm zugrunde gelegte Rechtsansicht vertritt.³⁶² Grund für die restriktive Handhabung des Rechtsirrtums ist der Gedanke einer angemessenen Risikoverteilung: Wer seine Interessen trotz zweifelhafter Rechtslage auf

358 § 2 A. III.

359 Förster, in: Hau/Poseck, BeckOK BGB, § 823 Rn. 284. Zur Schutzgesetzqualität der die Gesellschaft adressierenden bilanzrechtlichen Vorschriften vgl. Kapitel 1 § 2 A. I, III.

360 Zu den intensiv diskutierten Anforderungen an die Ermittlung der Rechtslage Verse, ZGR 2017, 174, 176 ff.

361 Aus jüngerer Zeit etwa BGH, Urt. v. 30.04.2014 – VIII ZR 103/13 = NJW 2014, 2720 Rn. 23; BGH, Beschl. v. 29.06.2010 – XI ZR 308/09 = NJW 2010, 2339 Rn. 3. Aus dem Schrifttum Grundmann, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 276 Rn. 73 f.; Lorenz, in: Hau/Poseck, BeckOK BGB, § 276 Rn. 28; Verse, ZGR 2017, 174, 181. Kritisch Harnos, Geschäftsleiterhaftung bei unklarer Rechtslage, S. 287 ff.

362 BGH, Urt. v. 11.06.2014 – VIII ZR 349/13 = NJW 2014, 2717, 2720 Rn. 36.

Kosten fremder Rechte wahrnimmt, soll seinem Gegenüber das Risiko rechtlicher Fehleinschätzungen nicht aufbürden können.³⁶³

bb) Binnenhaftung

Die Haftungstatbestände der §§ 93 Abs. 2 Satz 1 AktG, 43 Abs. 2 GmbHG erlauben der Gesellschaft, von ihrem Geschäftsleiter im Binnenverhältnis Ersatz für Sorgfaltspflichtverletzungen zu verlangen, aus denen der Gesellschaft ein Schaden erwachsen ist. Da sich die Legalitätspflicht als Ausprägung der Sorgfaltspflicht grundsätzlich akzessorisch zum Umfang der Außenpflichten der Gesellschaft verhält, kommt im Falle eines objektiven Bilanzrechtsverstößes damit insbesondere eine Regressnahme der Gesellschaft bei ihrem Geschäftsleiter in Betracht.³⁶⁴ Zu beachten ist jedoch, dass dem Geschäftsleiter im Rahmen der Binnenhaftung auch ohne Zugrundelegung eines im Bilanzrecht geltenden normativ-subjektiven Fehlerbegriffs eine rechtsgebietsunabhängige Haftungserleichterung zugestanden wird, die im Schrifttum in Anlehnung an das haftungsrechtlich geschützte Ermessen aus § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG vereinzelt auch mit dem Begriff der *Legal Judgment Rule* umschrieben wird. Danach hat der Geschäftsführer eine Binnenhaftung nicht zu befürchten, wenn die Rechtslage auch nach sorgfältiger Rechtsermittlung unklar bleibt und der Geschäftsleiter sich je nach Auffassung unter mehreren in Betracht kommenden Auslegungsergebnissen je für eine Rechtsauffassung entschieden hat, die „vertretbar“³⁶⁵, „nicht geradezu unvertretbar“³⁶⁶, „am besten vertretbar“³⁶⁷ oder mindestens „annähernd gleichwertig vertretbar“³⁶⁸ ist wie die übrigen Rechtsauffassun-

363 Verse, ZGR 2017, 174, 187.

364 Zu den potenziell in Betracht kommenden Schadensposten später noch eingehend Kapitel 3 § 2 A. II. 1. a).

365 Harnos, Geschäftsleiterhaftung bei unklarer Rechtslage, S. 274, 294; Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, § 14 Rn. 81.

366 Bachmann, WM 2015, 105, 109; Seibt/Wollenschläger, ZIP 2014, 545, 553; Spindler, in: Münchener Kommentar zum AktG, § 93 Rn. 83; Wilsing, in: Krieger/U. H. Schneider, Hdb. Managerhaftung, § 31 Rn. 26; Zimmermann, WM 2008, 433, 435.

367 Langenbucher, ZBB 2013, 16, 22, dies., in: FS Lwowski, S. 344 f.

368 Bayer, in: FS K. Schmidt, S. 92; Berger, Vorstandshaftung und Beratung, S. 351 ff., 357; Dreher, in: FS Konzen, S. 93; Hasselbach/Ebbinghaus, AG 2014, 873, 879; Holle, AG 2016, 270, 279; Scholl Vorstandshaftung und Vorstandsermessen, § 1 Rn. 43; Thole, ZHR 171 (2009), 504, 522, 524.

gen.³⁶⁹ Zu befürworten ist hierunter allein diejenige Ansicht, die für eine schlichte Vertretbarkeitsauffassung plädiert, da alle darüber hinausgehenden Anforderungen nur für zusätzliche Rechtsunsicherheit sorgen werden und dem Geschäftsleiter damit wohl eher Steine als Brot geben.

Hat der Geschäftsleiter also seiner Rechtsermittlungspflicht Genüge getan und sich für eine vertretbare Rechtsauffassung entschieden, fehlt es nach Auffassung des Schrifttums bereits an einer Verletzung der Legalitätspflicht.³⁷⁰ Das soll den Vorteil haben, dass mangels Pflichtwidrigkeit nicht nur eine Haftung des Geschäftsleiters aus § 93 Abs. 2 AktG bzw. § 43 Abs. 2 GmbHG ausgeschlossen ist, sondern auch eine Abberufung des Geschäftsleiters wegen wichtigem Grund und eine Anfechtung von Entlastungsbeschlüssen nach § 120 Abs. 2 Satz 1 AktG bzw. § 46 Nr. 5 GmbHG ausscheidet.³⁷¹ Da die Voraussetzungen einer Abberufung wie auch einer Anfechtung aber, wie von *Arden* jüngst ausführlich begründet, auch bei einem schuldlosen Verstoß gegen die Legalitätspflicht in der Regel nicht erfüllt sind, scheint es vorzugswürdig, eine Durchbrechung der Legalitätspflicht zu vermeiden und dem Geschäftsleiter die soeben beschriebene Haftungserleichterung dogmatisch stattdessen auf Verschuldensebene zuzugestehen.³⁷² Allein in dieser Hinsicht würde sich die gesellschaftsrechtliche Haftungserleichterung wohl von einem normativ-subjek-

369 Unentschlossen *U. Binder/Kraayvanger*, BB 2015, 1219, 1222 ff.

370 *Berger*, Vorstandshaftung und Beratung, S. 307 ff.; *Binder*, Grenzen der Vorstandshaftung, S. 169; *Bürkle*, VersR 2013, 792, 796; *Dreher*, in: FS Konzen, S. 97; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 93 Rn. 32; *Habersack*, in: FS U. H. Schneider, S. 429, 437; *Hopt/Roth*, in: Großkommentar zum AktG, § 93 Rn. 140; *Spindler*, in: Münchener Kommentar zum AktG, § 93 Rn. 83; *Thole*, ZHR 171 (2009), 504, 523.

371 Vgl. *Sander/Schneider*, ZGR 2013, 725, 744 f. mit Hinweis darauf, dass auch ein schuldloser Verstoß gegen die Legalitätspflicht zu einer Abberufung des Geschäftsleiters führen könne.

372 *Arden*, Haftung der Geschäftsleiter und Aufsichtsratsmitglieder bei unklarer Rechtslage, S. 82 f.; *Buck-Heeb*, BB 2013, 2247, 2254; *Bührle*, Unternehmerische Gestaltungsfreiheit versus aufsichtsrechtliche Regulierung, S. 135; *Harnos*, Geschäftsleiterhaftung bei unklarer Rechtslage, S. 149 ff.; *Hauger/Palzer*, ZGR 2015, 33, 46 ff.; *Holle*, Legalitätskontrolle, S. 62 ff.; *ders.*, AG 2016, 270 ff.; *Koch*, in: Hüfner/Koch, AktG, § 93 Rn. 19; *Paefgen*, AG 2014 554, 560; *Verse*, ZGR 2017, 174, 192. In ständiger Rechtsprechung auch BGH, Urt. v. 28.04.2015 – II ZR 63/15 = NZG 2015, 792, 794; BGH, Urt. v. 20.09.2011 – II ZR 234/09 = NZG 2011, 1271, 1272.

tiven Fehlerbegriff im Bilanzrecht unterscheiden, da Letzterer bereits die Pflichtwidrigkeit entfallen ließe.³⁷³

Unabhängig von der Verortung der Haftungserleichterung zeigt sich aber jedenfalls, dass es im Binnenverhältnis eines speziell bilanzrechtlichen Fehlerbegriffs nicht bedarf, um den Geschäftsleiter vor den Haftungsrisiken für objektive Bilanzrechtsverstöße zu schützen. Vielmehr wird er bereits nach gesellschaftsrechtlichen Maßstäben eine Binnenhaftung nicht zu befürchten haben, solange er sich nach sorgfältiger Rechtsmittlung für eine vertretbare Auffassung entscheidet. Dieser unabhängig vom Bilanzrecht für sämtliche Rechtsverstöße geltende Schutz erscheint letztlich auch nur sachgerecht. Denn anders als ein Dritter im Außenverhältnis profitiert die Gesellschaft als Anspruchsteller im Binnenverhältnis auch von einem etwaigen Nutzen eines Rechtsverstößes, sodass es nur angemessen ist, wenn sie als Prinzipal gegenüber dem Geschäftsleiter im Binnenverhältnis die aus einer unklaren Rechtslage erwachsenden Risiken bis zu einem gewissen Grad selbst trägt.³⁷⁴

b) Rechtslage bei Zugrundelegung eines normativ-subjektiven Fehlerbegriffs

aa) Außenhaftung

Im Rahmen einer potenziellen Außenhaftung für Bilanzrechtsverstöße wird die Gesellschaft zweifelsohne von einem normativ-subjektiven Fehlerbegriff profitieren. Denn eine Entlastung kommt dann bereits unter deutlich geringeren Anforderungen in Betracht als nach Maßgabe eines ansonsten allein in Betracht kommenden Rechtsirrtums. Die Gesellschaft hätte dann zu ihrer Entlastung nur darzulegen und zu beweisen, dass selbst bei pflichtgemäßer Prüfung der Rechtslage ein objektiver Rechtsverstoß nicht erkennbar war. Das wird ihr nach den bereits gemachten Ausführungen bereits dann gelingen, wenn sie eine sorgfältige Ermittlung

373 *Hennrichs*, NZG 2013, 681, 686; *Pöschke*, ZGR 2018, 647, 678; wohl auch *Schulze-Osterloh*, ZHR 179 (2015), 9, 34.

374 *Buck-Heeb*, BB 2013, 2247, 2250, 2251, 2253 f.; *Bührle*, Unternehmerische Gestaltungsfreiheit versus aufsichtsrechtliche Regulierung, S. 143; *Engert*, in: GS Unberath, S. 91, 110 mit Fn. 59; *Hauger/Palzer*, ZGR 2015, 33, 50 f.; *Holle*, AG 2016, 270, 278 f.; *Kaulich*, Haftung von Vorstandsmitgliedern, S. 159 ff.; *Scholl*, Vorstandshaftung und Vorstandsermessen, § 1 Rn. 42; *Verse*, ZGR 2017, 174, 186 ff.

der Rechtslage nachweisen kann und sie ihrem Handeln eine vertretbare Rechtsauffassung zugrunde gelegt hat.³⁷⁵ Demgegenüber wird ihr eine Entlastung wegen eines Rechtsirrtums bei unklarer Rechtslage letztlich nie gelingen.³⁷⁶

bb) Binnenhaftung

In welchem Umfang sich der normativ-subjektive Fehlerbegriff für den Geschäftsleiter im Binnenverhältnis entlastend auswirkt, hängt davon ab, welcher Rechtsansicht man im Rahmen der oben dargestellten Streitigkeit über eine gesellschaftsrechtliche Haftungserleichterung bei unklarer Rechtslage zuneigt.³⁷⁷ Wer der auch hier befürworteten Ansicht zuneigt, bereits bei Vertretbarkeit der von ihm gewählten Rechtsansicht eine Ersatzpflicht aus §§ 93 Abs. 2 AktG, 43 Abs. 2 GmbHG zu verneinen, wird in der Zugrundlegung eines normativ-subjektiven Fehlerbegriffs wenig Mehrwert erblicken. Wer demgegenüber auf gesellschaftsrechtlicher Ebene eine Binnenhaftung des Geschäftsleiters erst ausschließen will, wenn dieser die am besten vertretbare („optimale“) Rechtsansicht gewählt hat, wird einen für Bilanzrechtsverstöße geltenden normativ-subjektiven Fehlerbegriff als Absenkung des Binnenhaftungsrisikos empfinden. Wie von *Pöschke* erörtert, wirkt sich die entlastende Wirkung des normativ-subjektiven Fehlerbegriffs allerdings nicht nur auf den Umfang der Legalitätspflicht aus, sondern, weil die Bandbreite zulässiger Abbildungen sich vergrößert, indirekt auch auf den potenziellen Anwendungsbereich eines haftungsfreien Ermessens: *„Der mögliche Anwendungsbereich der BJR endet im Grundsatz dort, wo die Grenze zur fehlerhaften, sprich: rechtswidrigen, bilanziellen Abbildung überschritten wird. Unter Berücksichtigung des normativ-subjektiven Fehlerbegriffs wird die Grenze zur rechtswidrigen Bilanzierung aber erst und nur dann überschritten, wenn ein pflichtgemäß und gewissenhaft handelnder Kaufmann – ggf. unter Einholung fachmännischen Rats – im Zeitpunkt der Feststellung des Abschlusses die Rechtswidrigkeit erkennen konnte.“*³⁷⁸ Je weiter das Spektrum derjenigen Auslegungsergebnisse, die unter dem normativ-subjektiven Fehlerbegriff als rechtmäßig anzusehen sind, umso größer

375 *Hennrichs*, NZG 2013, 681, 686.

376 Vgl. Abschnitt D. II. 1. a) aa).

377 Vgl. erneut zum Streitstand oben D II 1. a) bb).

378 *Pöschke*, ZGR 2018, 647, 678.

auch die Bandbreite der bei der Abschlusserstellung zu treffenden Zweckmäßigkeitseinscheidungen.

c) Schlussfolgerungen

Die Gegenüberstellung zivilrechtlicher Haftungsrisiken bei Zugrundelegung eines objektiven und eines normativ-subjektiven Fehlerbegriffs zeigt, dass dieser zentrale Wirkkraft im Außenverhältnis der Gesellschaft gegenüber Dritten entfaltet, indem er sich über den deutlich enger gefassten Anwendungsbereich des Rechtsirrtums hinwegsetzt. Im Übrigen kommt er allenfalls insofern zum Tragen, als er im Rahmen einer etwaigen Binnenhaftung des Geschäftsleiters die unübersichtlich geratene Diskussion zur *Legal Judgment Rule* im Sinne des Geschäftsleiters auflöst. Da nach hier vertretener Ansicht allerdings auch nach gesellschaftsrechtlichen Maßstäben eine Binnenhaftung für Rechtsverstöße bereits dann ausgeschlossen ist, wenn der Geschäftsleiter sich nach sorgfältiger Rechtsermittlung für eine vertretbare Rechtsansicht entschieden hat, hält sich der Mehrwert eines speziell für Bilanzrechtsverstöße geltenden normativ-subjektiven Fehlerbegriff darüber hinaus in Grenzen.

2. Straf- und bußgeldrechtliche Sanktionierung

Im Ergebnis ohne Auswirkungen wird der normativ-subjektive Fehlerbegriff wohl im Bereich der strafrechtlichen Sanktionierung rechtswidriger Abschlusserstellung sein, weil hier im Umgang mit Rechtsverstößen infolge unklarer Rechtslage ohnehin deutlich mildere Vorgaben gelten als im Bereich der zivilrechtlichen Haftung. Befürwortet wird insbesondere im Rahmen des § 331 HGB ein Evidenzerfordernis auf Tatbestandsebene, dessen Wirkung derjenigen des normativ-subjektiven Fehlerbegriffs inhaltlich in nichts nachsteht. Denn eine Tatbestandsverwirklichung soll hiernach nur dann in Betracht kommen, wenn die vom Geschäftsleiter gewählte Rechtsansicht nach Meinung aller Fachleute evident unvertretbar ist.³⁷⁹

379 *Becker/Endert*, ZGR 2012, 699, 714; *Dannecker*, in: Staub, Großkommentar HGB, § 331 Rn. 42; *Grottel/H. Hoffmann*, in: BeckBilKomm, § 331 HGB Rn. 11; *Otto*, in: Heymann, HGB, § 331 Rn. 26; *Südbeck/Eidam*, in: Park, Kapitalmarktstrafrecht, § 331 HGB Rn. 21; *Schüppen*, Systematik und Auslegung des Bilanzstrafrechts, S. 167; *Spatscheck/Wulf*, DStR 2003, 173, 175; *Sorgenfrei*, in: Münchener

Dieses Evidenzkriterium wird konsequenterweise auch für den im FISG-RegE vorgesehenen § 331a HGB-E gelten müssen, der die bislang in § 331 Nr. 3a HGB unter Strafe gestellte Abgabe eines unrichtigen Bilanzzeides in einen eigenständigen Straftatbestand der unrichtigen Versicherung überführt, mit Ausnahme einer Erhöhung des Strafrahmens für vorsätzliches Handeln und einer Ausweitung der Strafbarkeit auf leichtfertiges Handeln jedoch den bisherigen Regelungsgehalt der Vorschrift nicht antastet.³⁸⁰ Bei einer evident unvertretbaren Ansicht bewegt der Geschäftsleiter sich aber ohnehin außerhalb des Anwendungsbereichs eines auf Rechtsfragen bezogenen normativ-subjektiven Fehlerbegriffs.

Auch im Rahmen der Bußgeldtatbestände aus § 334 HGB wird es letztlich auf einen normativ-subjektiven Fehlerbegriff bei der Beurteilung zweifelhafter Rechtsfragen schon gar nicht ankommen, da insofern bei sorgfältiger Ermittlung der Rechtslage durch den Geschäftsleiter jedenfalls ein Verbotsirrtum aus § 17 StGB in Betracht kommt.³⁸¹ Zwar wird der Anwendungsbereich des § 17 StGB insbesondere in der Rechtsprechung grundsätzlich eng gezogen und ein Verbotsirrtum in der Regel bereits dann verneint, wenn der Täter Unrechtszweifel hatte und diese zumindest aus Gleichgültigkeit in Kauf nahm.³⁸² Eine Ausnahme hiervon ist aber gerade dann zu machen, wenn der Täter sich, wie in den hier maßgeblichen Fällen, trotz sorgfältiger Ermittlung der Rechtslage einer unklaren Rechtslage gegenüber sieht. In solchen Fällen scheidet eine Entschuldigung wegen Verbotsirrtums erst dann aus, wenn es dem Täter zumutbar gewesen wäre, auf die fragliche Handlung zu verzichten.³⁸³ Weil die Abschlusser-

Kommentar zum StGB, § 331 HGB Rn. 53; *Stahlschmidt*, *StuB* 2003, 107, 108; *Tiedemann*, *ZIP* 2004, 2044, 2056; *Wiedmann*, in: *Wiedmann/Böcking/Gros, Bilanzrecht*, § 331 HGB Rn. 7; *Quedenfeld*, in: *Münchener Kommentar zum HGB*, § 331 Rn. 35; *Waßmer*, *ZWH* 2012, 306, 307. Zahlreiche Praxisbeispiele bei *Reck*, *StuB* 2000, 234, 236 f. Aus der Rechtsprechung LG München I, *Urt. v. 08.04.2003 – 4 KLS 305 Js 52373/00 = NJW* 2003, 2328 ff.; LG Düsseldorf, *Urt. v. 04.08.2009 – 7 O 274/09 = Beck RS* 2009, 87169; LG Bonn, *Urt. v. 23.08.2000 – 2 O 125/002317 = NJOZ* 2001, 2316, 2319. A. A. *Kiethe*, *NStZ* 2004, 73, 74 f.

380 BR-Drcks. 9/21, S. 28 f.

381 Insofern sieht der FISG-RegE jedenfalls mit Blick auf den Geschäftsleiter keine regulatorischen Neuerungen vor. Zur geplanten Ausweitung der Bußgeldtatbestände für Abschlussprüfer demgegenüber *Velte*, *StuB* 2020, 817, 818.

382 BGHSt 4, 1, 4; BGHSt 27, 196, 202; BGH *NJW* 2011, 1236, 1239 Rn. 34; *Fischer*, *StGB*, § 17 Rn. 5; *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: *Schönke/Schröder, StGB*, § 17 Rn. 5. A. A. *Harnos*, *Geschäftsleiterhaftung bei unklarer Rechtslage*, S. 224 ff.; *Leite*, *GA* 2012, 688, 691 ff.

383 Vgl. *Verse*, *ZGR* 2017, 174, 182 f. mit umfangreicher Übersicht zum Meinungsstand.

stellung aber nicht optional ist, wird dem Geschäftsleiter der Verzicht auf eine rechtlich umstrittene Bilanzierungsentscheidung nie zumutbar sein, weshalb er sich wegen Verbotsirrtums im Sinne des § 17 StGB stets wird entschuldigen können. Auch insofern bedarf es eines speziell für das Bilanzrecht geltenden, auf Rechtsfragen bezogenen normativ-subjektiven Fehlerbegriffs also nicht.

3. Nichtigkeit gem. § 256 AktG

Gemäß § 256 Abs. 5 AktG ist ein festgestellter Jahresabschluss wegen Verstoßes gegen die Bewertungsvorschriften der §§ 253 bis 256a HGB nichtig, wenn einzelne Posten entweder überbewertet sind (Nr. 1), oder wenn sie unterbewertet sind und dadurch die Vermögens- und Ertragslage der Gesellschaft vorsätzlich unrichtig wiedergegeben oder verschleiert wird (Nr. 2). Die Regelung des § 256 Abs. 5 AktG, die analog auch auf den Jahresabschluss von Gesellschaften mit beschränkter Haftung anwendbar ist,³⁸⁴ ist potenzieller Ansatzpunkt eines normativ-subjektiven Fehlerbegriffs, der die Gesellschaft in diesem Kontext vor den potenziell schwerwiegenden Folgen einer Nichtigkeit schützen soll: vor der Pflicht zur Berichtigung des Jahresabschlusses und des hierauf beruhenden Gewinnverwendungsbeschlusses; vor der unter Umständen entstehenden Pflicht, an die Gesellschafter bereits ausgezahlte Gewinne zurückzufordern und vor dem damit einhergehenden Vertrauensverlust auf Seiten der Gesellschafter, der insbesondere für Publikumsgesellschaften mit weit gestreutem Aktionärskreis besonders schwerwiegend sein dürfte.³⁸⁵ Von Bedeutung ist der normativ-subjektive Fehlerbegriff in diesem Zusammenhang allerdings nur im Rahmen des § 256 Abs. 5 Nr. 1 AktG und damit in Fällen, in denen das Vermögen zu hoch bzw. die Schulden zu niedrig angesetzt sind. Denn für Fälle einer Unterbewertung hält Nr. 2 mit dem dort statuierten subjektiven Element in Gestalt des Vorsatzes einen eigenen Schutzmechanismus vor unbilligen Nichtigkeitsfolgen bereit, der einen normativ-subjektiven Fehlerbegriff verzichtbar macht. Schließlich schützt der normativ-subjektivi-

384 So zumindest die zutreffende h.M., vgl. aus der Rechtsprechung BGH, Urt. v. 02.07.2013 = NZG 2013, 957, 958 Rn. 7; OLG Hamm, Urt. v. 17.04.1991 – 8 U 173/90 = AG 1992, 233, 234. Aus dem Schrifttum *Haas/Kersting*, in: *Baumbach/Hueck, GmbHG*, § 42a Rn. 22; *J. Koch*, in: *Münchener Kommentar zum AktG*, § 256 Rn. 87.

385 Vgl. nur *Rölike*, in: *Spindler/Stilz, AktG*, § 256 Rn. 89.

ve Fehlerbegriff mit dem Erfordernis einer sorgfältigen Rechtsermittlung und der Wahl einer zumindest vertretbaren Rechtsansicht im Ergebnis vor fahrlässigen Rechtsverstößen, nicht aber vor vorsätzlichen.

Aber auch in Fällen des § 256 Abs. 5 Nr. 1 AktG, in denen ein vorsätzlicher Verstoß gegen Bewertungsvorschriften nicht erforderlich ist, zeichnet sich ein potenzieller Anwendungsbereich eines normativ-subjektiven Fehlerbegriffs allenfalls in engen Grenzen ab. Denn erstens erfüllt nach einhelliger Ansicht nicht bereits jede Überbewertung den Nichtigkeitstatbestand des § 256 Abs. 5 Nr. 1 AktG, sondern – um die Gesellschaft vor den potenziell schwerwiegenden Nichtigkeitsfolgen zu schützen – nur wesentliche Rechtsverstöße.³⁸⁶ Zweitens kann die Nichtigkeit nach Abs. 5 Nr. 1 AktG nur in den zeitlichen Grenzen des Abs. 6 und damit dann nicht mehr geltend gemacht werden, wenn seit der Bekanntmachung des Abschlusses nach § 325 Abs. 2 HGB drei Jahre verstrichen sind. Spätestens nach Ablauf dieser Zeit hat ein normativ-subjektiver Fehlerbegriff im Rahmen einer Nichtigkeitsprüfung ohnehin keine Bedeutung mehr.

4. Enforcement-Verfahren

a) Bisherige Rechtslage

In dem 2004 eingeführten zweistufigen Enforcement-Verfahren prüften bislang auf einer ersten Stufe die DPR und auf einer zweiten Stufe die BaFin die Rechtmäßigkeit von Jahres- und Konzernabschlüssen kapitalmarktorientierter Gesellschaften. Prüfungsmaßstab war dabei nach § 342b Abs. 2 Satz 1 HGB respektive § 106 WpHG die Vereinbarkeit der Abschlüsse mit den gesetzlichen Vorschriften einschließlich der Grundsätze ord-

386 Im Kern richtet sich die Wesentlichkeit sowohl nach der Bedeutung der verletzten Norm als auch nach einer betragsmäßigen Betrachtung, vgl. *J. Koch*, in: Münchener Kommentar zum AktG, § 256 Rn. 59 mit Darstellung der unterschiedlichen Ansätze zur Ermittlung der betragsmäßigen Wesentlichkeit. Dass die insofern diskutierten Beispiele absolut betrachtet zu extremen Ergebnissen führen können, verdeutlicht das Urteil des OLG Frankfurt in der *causa* Kirch, in dem das Gericht zu dem Ergebnis gelangte, dass bei einer Bilanzsumme der Deutsche Bank AG von 840 Milliarden Euro die Wesentlichkeit der Überbewertung zu verneinen war, obwohl Rückstellungen in Milliardenhöhe nicht gebildet worden waren, vgl. OLG Frankfurt, Urt. v. 18.03.2008 – 5 U 171/06 = WM 2008, 986, 987.

nungsmäßiger Buchführung oder den sonstigen durch Gesetz zugelassenen Rechnungslegungsstandards.

In Fällen, in denen die Anwendung der betreffenden Vorschriften mit Auslegungs- und Subsumtionsschwierigkeiten behaftet und die konkrete Rechtslage deshalb unklar war, konnte die prüfpflichtige Gesellschaft sich nach einer lange Zeit vorherrschenden Ansicht im Schrifttum sowohl gegenüber DPR und BaFin als auch im Rahmen einer nachfolgenden gerichtlichen Kontrolle auf den normativ-subjektiven Fehlerbegriff stützen, der also eine Fehlerfeststellung nur dann erlaubte, wenn die Gesellschaft sich im Lichte der bestehenden Unsicherheiten für eine juristisch unvertretbare Rechtsansicht entschieden hatte. Diesem potenziellen Wirkungsbereich des normativ-subjektiven Fehlerbegriffs nahm das OLG Frankfurt am Main mit seiner bereits besprochenen Entscheidung aus dem Jahr 2019 jedenfalls für die Praxis die Grundlage.³⁸⁷ Kern der Entscheidung war und ist die Rückkehr zur objektiven Rechtslage: Verstößt die Gesellschaft nach Ansicht von DPR und BaFin nunmehr gegen die Vorschriften des Bilanzrechts, seien diese in ihrer Entscheidung über die Fehlerfeststellung und -veröffentlichung nicht mehr durch eine vertretbare Rechtsansicht der Gesellschaft gebunden. Im Rahmen einer nachfolgenden gerichtlichen Kontrolle habe dann das Gericht letztverbindlich darüber zu entscheiden, welche der in Betracht kommenden Rechtsauffassungen mit geltendem Recht vereinbar sei. Durchgreifendes Argument derjenigen Literaturvertreter, die einen normativ-subjektiven Fehlerbegriff im Rahmen des Enforcement-Verfahrens bislang befürworteten, war die von der Fehlerveröffentlichung ausgehende „Prangerwirkung“, die ihnen als unbillige Sanktionsmaßnahme erschien, wenn ein Verstoß gegen Bilanzrechtsvorschriften lediglich das Resultat einer unklaren Rechtslage war.³⁸⁸ Diesen Bedenken versuchte das OLG in seinem Beschluss durch Betonung des Wesentlichkeitserfordernisses Rechnung zu tragen, das in den §§ 342b Abs. 2 Satz 1 HGB, 106 WpHG zwar nicht ausdrücklich angelegt, letztlich jedoch unbestritten ist.³⁸⁹ Zu beurteilen sei die Wesentlichkeit des Fehlers dabei nach den Grundsätzen

387 So auch Pöschke, WPg 2019, 672, 677 „Es ist nicht zu erwarten, dass das OLG seine sehr ausführlich begründete Sichtweise in künftigen Verfahren ändern wird [...].“

388 Konkret dazu Hennrichs, NZG 2013, 681, 686 f.; Pöschke, WPg 2019, 872, 874. Grundlegend zur beabsichtigten Prangerwirkung der Fehlerveröffentlichung Hennrichs, in: Schwark/Zimmer, Kapitalmarktrechts-Kommentar, Vorb. vor §§ 37n-u WpHG Rn. 10.

389 OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 22.01.2009 – WpÜG 1/08 = AG 2009, 328, 329. Aus dem Schrifttum anstelle vieler Merkt, in: Baumbach/Hopt, HGB, § 342b Rn. 11.

des OLG in Anbetracht der Zielsetzung des Enforcement-Verfahrens, die darin besteht, das Vertrauen der Anleger in die Integrität und Stabilität des Kapitalmarkts sowie in die Richtigkeit von Unternehmensabschlüssen zu stärken und Unregelmäßigkeiten bei der Erstellung von Abschlüssen präventiv entgegenzuwirken.³⁹⁰ Anders als nach § 256 Abs. 4 Nr. 1 AktG kann nach dem im Enforcement-Verfahren geltenden Wesentlichkeitsbegriff also nicht nur die Bedeutung der verletzten bilanzrechtlichen Vorschrift, sondern darüber hinausgehend auch berücksichtigt werden, wie sich bei der Abschlusserstellung die betreffende Rechtslage gestaltete.³⁹¹ Betraf sie etwa eine Fragestellung, die „im nationalen und internationalen Schrifttum überaus kontrovers diskutiert und unterschiedlich behandelt“ wird und mündete deshalb auch eine sorgfältige Rechtsermittlung nicht in eine eindeutige Einschätzung des Normadressaten, ist das nach Ansicht des OLG in der *ex post* angestellten Gesamtwertung zu berücksichtigen und kann dazu führen, dass die Feststellung eines Bilanzrechtsverstoßes mangels Wesentlichkeit ausscheidet.³⁹²

b) Auswirkung der gesetzgeberischen Reformbestrebungen im FISG-RegE

Die derzeitigen gesetzgeberischen Reformbestrebungen betreffend das Enforcement-Verfahren dürften die Rechtsprechung des OLG Frankfurt am Main stützen, wenn nicht gar einem auf Rechtsfragen bezogenen normativ-subjektiven Fehlerbegriff im Enforcement-Verfahren gänzlich den Boden entziehen. Wenngleich der Gesetzgeber im Zuge der rechtspolitischen Aufarbeitung der Causa Wirecard progressiven Forderungen nach einer Abschaffung der Zweistufigkeit des Enforcement-Verfahrens,³⁹³ nach er-

390 Zuletzt OLG Frankfurt, Beschl. v. 04.02.2019, WpÜG 3/16 und WpÜG 4/16 = BeckRS 2019, 6427 Rn.103. Vgl. aber auch OLG Frankfurt, Beschl. v. 22.01.2009, WpÜG 1/08 = AG 2009, 328, 329 unter Bezugnahme auf die Begründung zum RegE BilKoG, BT-Drcks. 15/3421, S. 11 f.

391 OLG Frankfurt, Beschl. v. 04.02.2019, WpÜG 3/16 und WpÜG 4/16 = BeckRS 2019, 6427 Rn. 103. Dazu auch *Pöschke*, WPg 2019, 872, 876.

392 OLG Frankfurt, Beschl. v. 04.02.2019, WpÜG 3/16 und WpÜG 4/16 = BeckRS 2019, 6427 Rn. 108.

393 *Lenz/Leidner*, Stellungnahme zum Entwurf eines FISG, S. 2; *Schüppen*, DStR 2021, 246, 250 ff. Für die Beibehaltung eines zweistufigen Verfahrens hingegen *Philipp*, StuB 2020, 880, 884; AKB, BB 2020, 2731.

höherer Transparenz durch Veröffentlichung sämtlicher Untersuchungsergebnisse³⁹⁴ oder nach einer Neupositionierung der BaFin als oberste Bundesbehörde³⁹⁵ nicht nachgekommen ist, stärken die im Gesetzesentwurf geplanten Maßnahmen die Überwachungsfunktion der BaFin, indem die Behörde künftig unmittelbar für anlassbezogene Prüfungen zuständig ist und bei Anhaltspunkten für eine fehlerhafte Rechnungslegung auch die weiterhin der Prüfstelle zugewiesenen Stichprobenprüfungen noch während des laufenden Verfahrens an sich ziehen kann. Der hierhinter stehenden gesetzgeberischen Intention, die Bilanzkontrolle nicht nur schneller und transparenter, sondern auch effektiver zu machen,³⁹⁶ kann nur eine auch materiell-rechtlich starke Prüfungskompetenz entsprechen, die weder die BaFin selbst noch im Falle von Stichprobenprüfungen die privatrechtliche Prüfstelle bei rechtlichen Unklarheiten an die Rechtsauffassung des Geschäftsführers bzw. des abschlusspflichtigen Unternehmens bindet. Aus § 109 Abs. 2 Satz 4 WpHG-E geht dies nunmehr jedenfalls mit Blick auf die BaFin unmissverständlich hervor: Sie darf künftig anordnen, dass der Fehler „unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Bundesanstalt [...] zu berichtigen ist.“ Einem auf Rechtsfragen bezogenen normativ-subjektiven Fehlerbegriff im Enforcement-Verfahren kann vor diesem Hintergrund kein Raum verbleiben.

5. Abschlussprüfung gem. § 317 HGB

Der Prüfungsmaßstab im Rahmen der Abschlussprüfung ist mit dem Prüfungsmaßstab im Enforcement-Verfahren weitgehend vergleichbar: Zu prüfen ist nach § 317 Abs. 2 Satz 2 HGB, ob bei der Abschlusserstellung die gesetzlichen Vorschriften und die sie ergänzenden Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags oder der Satzung beachtet worden sind. Legte man dieser Prüfung einen normativ-subjektiven Fehlerbegriff zugrunde, wäre der Abschlussprüfer bei unklarer Rechtslage an die Rechtsauffassung der Gesellschaft gebunden, sofern diese vertretbar ist. Eine Einschränkung oder gar Versagung des Testats wegen Gesetzesverstöße wäre dann ausgeschlossen. Ohne normativ-subjektiven Rechtsbegriff käme grundsätzlich auch bei unklarer Rechtslage eine Einschränkung oder Versagung des

394 Lenz/Leidner, Stellungnahme zum Entwurf eines FISG, S. 2 f.

395 Böcking/Gros/Wirth, Stellungnahme zum Entwurf eines FISG, S. 5.

396 BR-Drcks. 9/21, S. 1.

Testats in Betracht, wenn Abschlussprüfer und Gesellschaft zu unterschiedlichen Auslegungsergebnissen gelangen. Auch insofern ist allerdings zu beachten, dass es bei der Erteilung des Testats wie schon im Rahmen des Enforcement-Verfahrens und der Nichtigkeitsprüfung nach § 256 Abs. 5 Nr. 1 AktG darauf ankommt, ob die unterschiedlichen Rechtsansichten zwischen Abschlussprüfer und Gesellschaft für die Darstellung der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage wesentlich sind.³⁹⁷ Letzteres ist dabei wie schon im Enforcement-Verfahren erneut sowohl nach quantitativen als auch qualitativen Maßstäben zu ermitteln,³⁹⁸ wobei indes zu berücksichtigen ist, dass der Bezugspunkt der Wesentlichkeitsprüfung im Rahmen der Abschlussprüfung ein anderer ist als im Enforcement-Verfahren. Im Enforcement-Verfahren ist die Wesentlichkeit vor dem Hintergrund der allgemeinen Ziele der Bilanzkontrolle zu beurteilen, namentlich ihrer präventiven Wirkung und ihrem Zweck, das Vertrauen von Kapitalanlegern in den Kapitalmarkt und die Richtigkeit von Unternehmensabschlüssen zu stärken. Das ermöglicht eine tendenziell starke Berücksichtigung bestehender Rechtsunsicherheit im Rahmen der Wesentlichkeitsprüfung, da Vertrauen naturgemäß umso weniger geschaffen und präventive Wirkung umso weniger erzielt werden kann, je stärker eine Rechtslage mit Unsicherheiten und Meinungsverschiedenheiten behaftet ist. Ein ähnlicher Zusammenhang ergibt sich bei der Wesentlichkeitsprüfung im Rahmen der Abschlusserstellung hingegen nicht. Denn für die Frage, welchen Einfluss ein Bilanzrechtsverstoß auf die Darstellung der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Gesellschaft hat, ist die Beschaffenheit der Rechtslage nicht relevant. Vielmehr ist insbesondere eine qualitative Wesentlichkeit insofern vor allem dann anzunehmen, wenn die verletzten Einzelvorschriften, wie schon im Rahmen der Wesentlichkeitsprüfung nach § 256 Abs. 1

397 Das gelangt in § 322 Abs. 4 Satz 4 HGB zum Ausdruck und ist allgemein anerkannt, vgl. *Böcking/Gros/Rabenborst*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB; § 317 Rn. 13; *Bormann*, in: Münchener Kommentar zum Bilanzrecht, § 322 Rn. 63; *Ebke*, in: Münchener Kommentar zum HGB, § 322 Rn. 30, 36; *Habersack/Schürnbrand*, in: Staub, Großkommentar zum HGB, § 322 Rn. 18; *Hermann*, in: Heymann, HGB, § 322 Rn. 8; *Orth/Schaefer*, in: Baetge/Kirsch/Thiele, Bilanzrecht, § 322 HGB Rn. 65; *Schulze-Osterloh*, ZHR 179 (2015), 9, 35; WP Handbuch, Band I Q Rn. 470 ff.

398 *Habersack/Schürnbrand*, in: Staub, Großkommentar zum HGB, § 322 Rn. 19; *Schmidt/Almeling*, in: Beck'scher Bilanzrechtskommentar, § 317 Rn. 12; *Schulze-Osterloh*, ZHR 179 (2015), 9, 35; WP Handbuch, Bd. I Q Rn. 472 ff.

Nr. 5 AktG, eine besondere Bedeutung erlangen.³⁹⁹ Maßgeblich ist deshalb bei divergierenden Rechtsauffassungen der Gesellschaft und des Abschlussprüfers vor allem zu berücksichtigen, auf welche konkrete Vorschrift sich die Rechtsunsicherheit bezieht. Die Praxis hat diesbezüglich bislang stets Großzügigkeit walten lassen und selbst wesentliche objektive Bilanzrechtsverstöße nur dann zum Anlass einer Einschränkung oder Versagung des Testats genommen, wenn die von der Gesellschaft zugrunde gelegte Rechtsansicht schlichtweg nicht mehr vertretbar war.⁴⁰⁰ Eines auf Rechtsfragen bezogenen normativ-subjektiven Fehlerbegriffs bedurfte es deshalb mit Blick auf die Abschlussprüfung nicht.

Inwieweit sich dies mit Erlass eines FISG ändern wird, bleibt abzuwarten. Im Regierungsentwurf vorgesehen ist jedenfalls keine unmittelbare Änderung des rechtlichen Maßstabs für die Einschränkung oder Versagung des Testats, sondern unter anderem eine Verschärfung zivil- und strafrechtlicher Sanktionierung sorgfaltswidriger Abschlussprüfung.⁴⁰¹ Die zivilrechtliche Haftung der Abschlussprüfer nach § 323 Abs. 1 Satz 1 HGB-E soll durch erweiterte Haftungsobergrenzen gegenüber den geprüften Unternehmen verschärft werden: Die Obergrenze für die Prüfung kapitalmarktorientierter Unternehmen wird von bislang vier Millionen auf sechzehn Millionen Euro und für die Prüfung sonstiger Unternehmen von einer Million auf 1,5 Millionen Euro heraufgesetzt (§ 318 Abs. 2 HGB-E). Für grob fahrlässiges Verhalten soll es – ebenso wie bislang schon für vorsätzliches Verhalten – keine Haftungsobergrenze mehr geben. Das soll die „*notwendigen Anreize zu einer sorgfältigen und gewissenhaften Prüfung der Rechnungslegungsunterlagen [...] setzen*“ und eine „*ausreichend abschreckende Abndung*“ ermöglichen.⁴⁰² Kritik an den geplanten Reformen ist indes in beide Richtungen zu vernehmen: Interessenvertretern des Berufsstands der Wirtschaftsprüfer gehen die Verschärfungen erwartungsgemäß zu weit. Sie sehen den Regelungs- und Sanktionsrahmen bereits heute als ausreichend an und verweisen auf empirische Erkenntnisse, die den fehlenden Zusammenhang zwischen Haftung und Qualität der Abschlussprüfung

399 OLG Dresden, Urt. v. 17.01.2019 – 8 U 1020/18 = AG 2019, 764, 767; *Ebke*, in: Münchener Kommentar zum HGB, § 322 Rn. 38; *Schmidt/Küster/Bernhard*, in: Beck'scher Bilanzrechtskommentar, § 322 HGB Rn. 171.

400 WP-Handbuch 2012, Bd. 1, Q Rn. 476. Aus dem Schrifttum auch *Schulze-Osterloh*, ZHR 179 (2015), 7, 35.

401 Eingehend zur Abschlussprüferhaftung *de lege lata Nietsch*, WM 2021, 158 ff.

402 BR-Drcks. 9/21, S. 2, 60.

belegen würden.⁴⁰³ Die ohnehin schon schwierige Abgrenzung zwischen grober und leichter Fahrlässigkeit und der damit potenziell verbundenen „*hindsight bias*“ der Gerichte würde ebenso wie die schwierige Versicherbarkeit grob fahrlässiger Verstöße zu einer weitgehenden Verdrängung mittelständischer Wirtschaftsprüfungsgesellschaften und einer hieraus resultierenden Marktkonzentration auf die „*Big Four*“ führen.⁴⁰⁴ Anderen geht die Verschärfung der zivilrechtlichen Sanktionsmaßnahmen nicht weit genug. Sie fordern eine außerdeltische Haftungsgrundlage zugunsten geschädigter Gläubiger und Aktionäre⁴⁰⁵ und eine inhaltliche Ausweitung der Prüfungsintensität.⁴⁰⁶

Die geplanten Änderungen betreffend die strafrechtliche Sanktionierung des Abschlussprüfers sehen eine Anhebung des Strafrahmens von drei Jahren auf fünf Jahre Freiheitsstrafe bei Verletzung der Berichtspflicht gem. § 332 HGB vor. Auch eine Ausweitung dieses Straftatbestands auf leichtfertiges Handeln ist angedacht, wobei unklar bleibt, wie eine leichtfertige Verletzung der Berichtspflicht konkret aussehen soll. Denn nach wie vor soll nach der gesetzgeberischen Vorstellung allein die Erteilung eines *subjektiv* unrichtigen Bestätigungsvermerks und damit nur eine unehrliche, nicht hingegen eine objektiv schlechte Prüftätigkeit nach § 332 HGB strafbar sein. „*Leichtfertige Unehrlichkeit*“ ist aber, wie im Schrifttum bereits zu Recht kritisch angemerkt, schon denklogisch ausgeschlossen.⁴⁰⁷

Allein wenn die beschriebenen Neuerungen der Praxis überhaupt einen hinreichenden Anlass gäben, den bislang großzügigen Umgang mit Rechtsfehlern unter dem Wesentlichkeitskriterium zu überdenken, käme

403 Vgl. Wirtschaftsprüferkammer, Stellungnahme zum Entwurf eines FISG, S. 14 und IDW, Stellungnahme zum Entwurf eines FISG, S. 13 ff. sowie *Veidt/Uhlmann*, BB 2020, 2608, 2609 f. mit Verweis auf London Economics, Study on the Economic Impact of Auditors' Liability Regimes, S. 300, 315. Die insofern herangezogenen empirischen Ergebnisse dürften die Annahme eines fehlenden Zusammenhangs zwischen Haftung und Prüfungsqualität jedoch bei näherem Hinsehen nicht stützen: Dass nach den Ergebnissen der Studie keine Anzeichen dafür bestehen, dass eine Haftungsgrenze die Prüfungsqualität verringert, erlaubt nicht den Umkehrschluss, dass ein Wegfall der Haftungsgrenze für grob fahrlässiges Verhalten auf die Prüfungsqualität keinen positiven Einfluss haben kann.

404 So auch Deutscher Anwaltsverein, Stellungnahme zum Entwurf eines FISG, S. 7; AKB, BB 2020, 2731, 2734. Dies erkennt auch der Gesetzgeber, vgl. BR-Drcks. 9/21, S. 4.

405 *Böcking/Gros/Wirth*, Stellungnahme zum Entwurf eines FISG, S. 3.

406 Vgl. nur *Böcking/Gros/Wirth*, Stellungnahme zum Entwurf eines FISG, S. 3

407 So bereits *Hennrichs*, DB 2021, 268, 273; *Schüppen*, DStR 2021, 246, 251.

einem auf Rechtsfragen bezogenen normativ-subjektiven Fehlerbegriff im Rahmen der Abschlussprüfung überhaupt Bedeutung zu.⁴⁰⁸

III. Schlussfolgerungen und Ergebnis

Insgesamt zeigt sich, dass ein normativ-subjektiver Fehlerbegriff nur punktuell wirkt: am ehesten noch im Rahmen der Außenhaftung der Gesellschaft dort, wo der Verschuldensmaßstab des § 276 BGB zur Anwendung kommt und mit ihm der in seinem Anwendungsbereich traditionell eng gefasste Rechtsirrtum. Im Übrigen beschränkt sich der Wirkungsbereich eines auf Rechtsfragen bezogenen normativ-subjektiven Fehlerbegriffs auf Fälle, in denen im Rahmen der Nichtigkeitsprüfung nach § 256 Abs. 5 Nr. 1 AktG, des Enforcement-Verfahrens und der Abschlussprüfung ein quantitativ oder qualitativ wesentlicher Fehler anzunehmen wäre. Gerade hier zeigt sich aber, dass ein normativ-subjektiver Fehlerbegriff die in ihrer Wirkung jeweils austarierte Wesentlichkeitsschwelle konterkariert und deshalb auch unabhängig von den geäußerten verfassungsrechtlichen Bedenken mit gesetzgeberischen Wertungen – und insofern insbesondere dem vom Gesetzgeber bezweckten Gläubigerschutz – nicht vereinbar ist.

Auch bei einer Außenhaftung der Gesellschaft gegenüber Dritten ist nicht einsichtig, warum die Gesellschaft ausgerechnet zulasten ihres Anspruchsgegners vor den Folgen eines objektiven Bilanzrechtsverstößes bewahrt werden soll. Zwar werden die hohen Voraussetzungen eines entschuldigenden Rechtsirrtums üblicherweise damit begründet, dass derjenige, der seine Interessen trotz zweifelhafter Rechtslage auf Kosten fremder Rechte wahrnimmt, das Risiko der zweifelhaften Rechtslage nicht dem anderen Teil zuschieben können soll. Diese Situation liegt bei der Abschlusserstellung nicht vor, weil es sich bei ihr um eine Pflichtaufgabe handelt, derer sich die Gesellschaft auch bei Rechtsrisiken nicht entziehen kann. Dennoch muss die Abschlusserstellung aber – gerade weil es sich bei ihr um eine Pflichtaufgabe handelt – haftungsrechtlich in den Verantwortungsbereich der Gesellschaft fallen. Insbesondere im Rahmen einer deliktischen Außenhaftung nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung

408 Dies, zumal sich aus den Strafverfolgungsstatistiken der vergangenen Jahre bereits ablesen lässt, dass eine effektive Strafverfolgung von Abschlussprüfern nicht stattfindet, vgl. insofern etwa *Bauer*, Die Neuregelung der Strafbarkeit des Jahresabschlussprüfers, S. 131 ff.; *Lenz/Leidner*, Stellungnahme zum FISG, S. 6 sowie bereits *Waßmer*, ZIS 2011, 648, 653.

mit der verletzten bilanzrechtlichen Vorschrift als Schutzgesetz ist nicht einsichtig, warum der vom Gesetzgeber bezweckte Individualschutz des Bilanzrechts⁴⁰⁹ durch Zugrundelegung eines normativ-subjektiven Fehlerbegriffs unterlaufen werden sollte.

Ein auf Rechtsfragen bezogener normativ-subjektiver Fehlerbegriff ist damit in jeder Hinsicht abzulehnen.

§ 3 Wahlrechte im Handelsbilanzrecht

Auch nach den tiefgreifenden Reformmaßnahmen des BilMoG räumt der Gesetzgeber dem Abschlusspflichtigen im Handelsbilanzrecht eine Vielzahl von Ansatz- und Bewertungswahlrechten ein.⁴¹⁰ Gemeint sind damit solche Ansatz- und Bewertungsvorschriften, die ihrem Adressaten bei erfülltem Tatbestand die Wahl zwischen mehreren Rechtsfolgen eröffnen.⁴¹¹ Um die Reichweite der bilanzrechtlichen Pflichtenbindung im Lichte der so verstandenen Wahlrechte zu konkretisieren, ist zunächst im Rahmen einer Bestandsaufnahme zu untersuchen, wo dem Abschlusspflichtigen – insbesondere vor dem Hintergrund der mit dem BilMoG umgesetzten Reformmaßnahmen – bei der Abschlusserstellung überhaupt Ansatz- und Bewertungswahlrechte eingeräumt werden. Hier soll die Konzentration ganz auf diejenigen Vorschriften gerichtet werden, deren Wahlrechtsqualität nach aktuellem Meinungsstand noch zweifelhaft ist. Sodann ist die Frage zu beantworten, welchen bilanzrechtlichen Grenzen die Wahlrechtsausübung unterliegt und wo damit bei der Wahlrechtsausübung die exakte Schnittstelle zwischen Pflichtenbindung und verbleibenden Freiräumen zu verorten ist.

A. Bestandsaufnahme

Auf die Einräumung von Ansatz- und Bewertungswahlrechten deutet üblicherweise bereits eine wortlautorientierte Auslegung der betreffenden Vorschriften hin, da der Gesetzgeber Wahlmöglichkeiten des Normadressaten regelmäßig durch Verwendung der Begriffe „können“, „dürfen“ und

409 Dazu bereits Kapitel 1 § 2 A. III.

410 Zum Einfluss des BilMoG auf die Wahlrechte des Handelsbilanzrechts vgl. nur *Schmidt/Ries*, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, § 246 HGB Rn. 86.

411 Anstelle vieler *Henrichs*, Wahlrechte, S. 35; *Pöschke*, ZGR 2018, 647, 656.

dergleichen kenntlich macht.⁴¹² Es soll diesbezüglich nachfolgend auch von expliziten Wahlrechten gesprochen werden. In Abgrenzung zu diesen wird immer wieder diskutiert, inwiefern dem Bilanzierenden bei der Abschlussstellung Wahlrechte auch implizit dort eingeräumt werden, wo der Gesetzgeber die Abbildung eines Geschäftsvorfalles gar nicht oder nur unvollständig geregelt hat. Die nachfolgenden Ausführungen sollen im Rahmen einer Bestandsaufnahme Klarheit bringen.

I. Explizite Wahlrechte

1. Ansatz- und Bewertungswahlrechte

Die mit dem BilMoG bezweckte Annäherung des Handelsbilanzrechts an die internationalen Rechnungslegungsstandards war, wie soeben bereits angeklungen, mit tiefgreifenden Reformmaßnahmen und hierunter auch mit einer Abschaffung zahlreicher Wahlrechte verbunden.⁴¹³ Zu den verbliebenen, unstreitig als solche anerkannten Ansatzwahlrechten zählen seither (i) das Wahlrecht zum Ansatz selbst geschaffener immaterieller Vermögensgegenstände des Anlagevermögens (§ 248 Abs. 2 Satz 1 HGB), (ii) das Wahlrecht zum Ansatz aktiver latenter Steuern (§ 274 Abs. 1 Satz 2 HGB) und (iii) das Wahlrecht zur Bildung von Rückstellungen für bestimmte Altersversorgungsverpflichtungen (Art. 28 Abs. 1 EGHGB). Die Wahlrechtsqualität des § 250 Abs. 3 Satz 1 HGB, den die herrschende Meinung ebenfalls den Ansatzwahlrechten zuzählt, ist sogleich gesondert zu thematisieren. Zu den Bewertungswahlrechten zählen sodann unstreitig zumindest (i) das Wahlrecht zur Festbewertung von Sachanlagen sowie Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffen (§ 240 Abs. 3 HGB), (ii) das Wahlrecht zur Bewertung gleichartiger Vermögensgegenstände des Vorratsvermögens mit dem gewogenen Durchschnitt (§ 240 Abs. 4 HGB), (iii) das Wahlrecht zur außerplanmäßigen Abschreibung von Finanzanlagen bei nur vorübergehender Wertminderung (§ 253 Abs. 3 Satz 6 HGB), (iv) die Wahl der Höhe des Abzinsungssatzes bei Altersversorgungsverpflichtungen und vergleichbaren Verpflichtungen (§ 253 Abs. 2 Satz 2 HGB),⁴¹⁴ (v) das Wahlrecht zur Bemessung der Herstellungskosten unter Einbeziehung angemess-

412 *Henrichs*, Wahlrechte, S. 3.

413 Vgl. BT-Drcks. 16/10067, S. 34, 47.

414 Das Wahlrecht ist auf die Abzinsung bestimmter Rentenverpflichtungen entsprechend anwendbar, vgl. § 253 Abs. 2 Satz 3 HGB.

sener Aufwendungen für soziale Einrichtungen des Betriebs, für freiwillige soziale Leistungen und für die betriebliche Altersversorgung (§ 255 Abs. 2 Satz 3 HGB),⁴¹⁵ (vi) das Wahlrecht zur Beibehaltung des niedrigeren Wertansatzes bei Vermögensgegenständen des Anlagevermögens nach Art. 24 Abs. 1 EGHGB und (vii) die in den Übergangsregelungen zum BilMoG enthaltenen Wahlrechte zur Beibehaltung gebildeter Rückstellungen (Art. 67 Abs. 1 Satz 2 EGHGB), bestimmter Bilanzposten (Art. 67 Abs. 3 EGHGB), niedrigerer Wertansätze (Art. 67 Abs. 4 Satz 1 EGHGB) sowie zur Fortführung von Bilanzierungshilfen und einer im Konzernabschluss nach § 302 HGB vorgenommenen Kapitalkonsolidierung (Art. 67 Abs. 5 EGHGB).⁴¹⁶

2. Zweifelsfälle

Während es in den vorstehend aufgezählten Fällen keinen Anlass gibt, an der Wahlrechtsqualität der betreffenden Vorschriften zu zweifeln, kann Entsprechendes für die §§ 250 Abs. 3 sowie 254 HGB nicht gesagt werden. Denn hinsichtlich beider Vorschriften lässt eine rein wortlautorientierte Auslegung zwar auf die Einräumung eines Wahlrechts schließen. Aus teleologischen sowie teils auch systematischen und historischen Gründen stößt deren Qualifizierung als Wahlrechte gerade unter Literaturvertretern aber dennoch auf Skepsis.

- a) Zur Wahlrechtsqualität des § 250 Abs. 3 HGB hinsichtlich der Abgrenzung laufzeitabhängiger und laufzeitunabhängiger Unterschiedsbeträge

aa) Problematik

So eindeutig der Wortlaut in den vorstehend aufgezählten Normen auf die Einräumung eines Ansatz- oder Bewertungswahlrechts schließen lässt, so eindeutig ist er auch in der bereits angesprochenen Regelung des § 250

415 Das Wahlrecht ist auf selbst geschaffene immaterielle Vermögensgegenstände des Anlagevermögens entsprechend anwendbar, vgl. § 255 Abs. 2a Satz 1 HGB.

416 Das Wahlrecht zur Beibehaltung der Vorjahresahlen im Übergangsjahr aus Art. 67 Abs. 8 Satz 2 EGHGB dürfte mittlerweile wohl keine praktische Relevanz mehr haben.

Abs. 3 Satz 1 HGB: „Ist der Erfüllungsbetrag einer Verbindlichkeit höher als der Ausgabebetrag, so darf der Unterschiedsbetrag in den Rechnungsabgrenzungsposten auf Aktiuseite aufgenommen werden.“ Ob dem gesetzgeberischen Willen mit einer Qualifikation des § 250 Abs. 3 Satz 1 HGB als Wahlrecht allerdings tatsächlich Rechnung getragen ist, ist bei näherem Hinsehen alles andere als eindeutig. Grund für die bestehenden Unsicherheiten ist der potenzielle Anwendungsbereich des § 250 Abs. 3 Satz 1 HGB. Denn ist der Erfüllungsbetrag einer Verbindlichkeit höher als der Ausgabebetrag, kann das, wirtschaftlich betrachtet, zwei Ursachen haben.⁴¹⁷ Entweder ist der sich ergebende Unterschiedsbetrag Folge eines von den Parteien im Rahmen eines Darlehensvertrags vereinbarten *laufzeitabhängigen* Auszahlungsabgeldes oder Rückzahlungsaufgeldes. Ein solcher Unterschiedsbetrag kann als Entgelt für Kapitalüberlassungskosten des Darlehensgebers angesehen werden und soll nachfolgend auch als „Disagio“ bezeichnet werden.⁴¹⁸ Ebenso ist denkbar, dass der Unterschiedsbetrag Folge eines *laufzeitunabhängigen* sogenannten Bearbeitungsentgelts ist, den der Darlehensnehmer zum Ausgleich der Kapitalbeschaffungskosten des Darlehensgebers zu zahlen hat.⁴¹⁹ Darüber hinaus kommt selbstverständlich auch eine – in der Praxis wohl übliche, vorliegend aber nicht weiter bedeutsame – Kombination aus Disagio und Bearbeitungsentgelt in Betracht.⁴²⁰

Zweifel an der Wahlrechtsqualität des § 250 Abs. 3 Satz 1 HGB ergeben sich vor diesem Hintergrund nun daraus, dass ein Wahlrecht über die Aufnahme des sich ergebenden Unterschiedsbetrags in den aktiven Rechnungsabgrenzungsposten nach herrschender Meinung sowohl im Fal-

417 Von *Ballwieser* als dritte Konstellation genannt sind die bisweilen anfallenden Vermittlungskonstellationen Dritter, die im Jahr der Darlehensvergabe unmittelbar und in voller Höhe zu zahlen sind. Da sie allerdings nicht bloß eine zahlenmäßige Differenz zwischen Erfüllungs- und Ausgabebetrag der Darlehensverbindlichkeit begründen, sondern eine eigene Verbindlichkeit gegenüber dem Dritten, sind sie vom Anwendungsbereich des § 250 Abs. 3 Satz 1 HGB nach richtiger Ansicht von vornherein nicht erfasst, vgl. *Tiedchen*, in: Schulze-Osterloh/Henrichs/Wüstemann, HdJ, Kap. II, Posten der aktiven Rechnungsabgrenzung Rn. 158.

418 Das entspricht dem üblichen Sprachgebrauch im Schrifttum, das im Rahmen des § 250 Abs. 3 HGB zwischen Agio und Disagio nicht weiter unterscheidet, vgl. nur *Hayn*, in: Beck'sches HdR, B 216 Rn. 75 m.w.N.

419 *Henrichs*, in: Münchener Kommentar zum HGB, § 250 Rn. 40. Welche Funktion das Disagio hat, ist durch Vertragsauslegung zu ermitteln, vgl. BGHZ 133, 355, 358.

420 So etwa der Lebenssachverhalt zum Urt. des BFH v. 22.06.2011 – I R 7/10 = DStR 2011, 1704 ff.

le eines vereinbarten Disagios, als auch im Falle eines Bearbeitungsentgelts, und damit in beiden potenziellen Anwendungskonstellationen des § 250 Abs. 3 Satz 1 HGB zu Unstimmigkeiten mit dem Prinzip der periodengerechten Abgrenzung führt.⁴²¹ Im Falle eines Disagios nämlich, in dem eine periodengerechte Abgrenzung wegen der Laufzeitabhängigkeit des Unterschiedsbetrags die Bildung eines Rechnungsabgrenzungspostens nach § 250 Abs. 1 HGB verlangt, wäre dem Normadressaten durch ein Wahlrecht in § 250 Abs. 3 Satz 1 HGB eine sofortige Aufwandsverrechnung erlaubt. Demgegenüber läge die Situation bei Vereinbarung eines laufzeitunabhängigen Bearbeitungsentgelts genau umgekehrt. Ein solches dürfte nach § 250 Abs. 3 Satz 1 HGB in einen Rechnungsabgrenzungsposten aufgenommen und über die Darlehenslaufzeit abgegrenzt werden, obwohl es periodengerecht grundsätzlich als sofortiger Aufwand in Abzug zu bringen wäre.⁴²² Wie also ist § 250 Abs. 3 Satz 1 HGB in Anbetracht dieser Friktionen zu verstehen?

bb) Bislang vertretene Lösungsansätze

- (1) Ansatz der herrschenden Meinung: § 250 Abs. 3 Satz 1 HGB als Aktivierungswahlrecht nur für ein vereinbartes Disagio

Die ganz herrschende Meinung stützt sich jedenfalls dann, wenn der Unterschiedsbetrag sich als Disagio aus den Kapitalüberlassungskosten des Darlehensgebers ergibt, auf den insoweit eindeutigen Wortlaut der Vorschrift und bejaht aus § 250 Abs. 3 HGB ein Wahlrecht des Bilanzierenden zwischen der Aktivierung des Betrags als Rechnungsabgrenzungsposten und Sofortabzug.⁴²³ Auch wenn an sich die Voraussetzungen einer verpflichtenden Aktivierung nach § 250 Abs. 1 HGB erfüllt seien, so sei

421 Eingehend dazu *Hennrichs*, in: Münchener Kommentar zum Bilanzrecht, § 250 Rn. 44; *ders.*, Wahlrechte, S. 414.

422 Den Kapitalbeschaffungskosten steht keine unmittelbare Vertragsleistung gegenüber, sodass Ausgabe und Aufwand nicht wie nach § 250 Abs. 1 HGB gefordert in unterschiedliche Perioden fallen, vgl. *Ballwieser*, in: Münchener Kommentar zum HGB, § 250 Rn. 14; *A/D/S*, Rechnungslegung und Prüfung, Teilband 6, § 250 HGB Rn. 89.

423 *A/D/S*, Rechnungslegung und Prüfung, § 250 HGB Rn. 85; *Fehlberg*, in: BeckOK HGB, § 250 Rn. 9; *Kütting/Trützschler*, in: Kütting/Pfitzer/Weber, Handbuch der Rechnungslegung, § 250 Rn. 84; *Merkt*, in: Baumbach/Hopt, HGB, § 250 Rn. 8; *Schubert/Waubke*, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, § 250 Rn. 39.

doch die im Wortlaut des § 250 Abs. 3 Satz 1 HGB zum Ausdruck kommende klare Entscheidung des europäischen und nationalen Gesetzgebers zu respektieren, dem Normadressaten in der beschriebenen Konstellation gleichwohl ein Wahlrecht einräumen zu wollen. Die mit dem Wahlrecht geschaffene Möglichkeit, das Disagio in Abweichung von § 250 Abs. 1 als sofortigen Aufwand in Abzug zu bringen, sei mit dem Vorsichtsprinzip und dem dadurch bewirkten Gläubigerschutz erklär- und vereinbar.⁴²⁴ Weil diese Überlegung aber eben nur auf solche Unterschiedsbeträge zutrifft, die sich als Disagio aus Kapitalüberlassungskosten des Darlehensgebers ergeben, sieht die herrschende Meinung laufzeitunabhängige Unterschiedsbeträge in Gestalt von Bearbeitungsentgelten vom Anwendungsbereich des § 250 Abs. 3 Satz 1 HGB nicht umfasst.

- (2) *Tiedchens* Ansatz: § 250 Abs. 3 Satz 1 HGB als Aktivierungswahlrecht sowohl für ein vereinbartes Disagio als auch für ein vereinbartes Bearbeitungsentgelt

Lediglich *Tiedchen* vertritt, noch weitergehend als die herrschende Meinung, bislang wohl die Ansicht, dass der Anwendungsbereich des § 250 Abs. 3 Satz 1 HGB als Wahlrecht sämtliche Unterschiedsbeträge umfasse, gleich, ob diese aus der Vereinbarung eines Disagio oder eines Bearbeitungsentgelts resultierten.⁴²⁵ Er stützt sich hierzu maßgeblich auf den historischen Hintergrund des § 250 Abs. 3 Satz 1 HGB, für dessen Vorgängerefassung aus § 133 Nr. 6 AktG 1937 anerkannt gewesen sei, dass zum Unterschiedsbetrag auch die laufzeitunabhängigen Ausgabekosten in Form von Emissions- und Stempelkosten zählten. Da aus den Begründungen der seither geltenden Gesetzesfassungen nicht hervorgehe, dass der Gesetzgeber den weiten Anwendungsbereich der Regelung einschränken wollte, sei an einer weiten Auslegung der Vorschrift festzuhalten.

- (3) *Hennrichs'* Ansatz: § 250 Abs. 3 Satz 1 HGB als Abbildungs Offenheit

Hennrichs stellt sich den beiden vorgenannten Ansichten diametral entgegen, wenn er wegen der bereits beschriebenen Unstimmigkeiten mit dem

424 Vgl. *Ballwieser*, in: Münchener Kommentar zum HGB, § 250 Rn. 15.

425 So *Tiedchen*, in: Schulze-Osterloh/Hennrichs/Wüstemann, HdJ, Kap. II, Posten der aktiven Rechnungsabgrenzung, Rn. 156.

Prinzip der periodengerechten Abgrenzung die Wahlrechtsqualität des § 250 Abs. 3 Satz 1 HGB gänzlich in Abrede stellt und die Vorschrift stattdessen als bloße „Abbildungsoffenheit“ versteht.⁴²⁶ Diese soll nach seiner Ansicht lediglich zum Ausdruck bringen, dass sich hinter dem beschriebenen Unterschiedsbetrag unterschiedliche Sachverhalte verbergen könnten, die je nach Lage des Einzelfalls eine unterschiedliche bilanzielle Abbildung verlangen. Das Wort „darf“ sei in diesem Zusammenhang schlicht so zu verstehen, dass der Unterschiedsbetrag „nicht in jedem Fall“, sondern eben nur dann in einem Rechnungsabgrenzungsposten aktiviert werden müsse, wenn er als Disagio von der Laufzeit des Darlehens abhängig sei und wegen seines zinsähnlichen Charakters deshalb die Voraussetzungen zur Aktivierung eines Rechnungsabgrenzungspostens im Sinne des § 250 Abs. 1 HGB erfülle.⁴²⁷ Beruhe der Unterschiedsbetrag demgegenüber auf einem laufzeitunabhängigen Bearbeitungsentgelt, sei dieses periodengerecht als sofortiger Aufwand in Abzug zu bringen. Vergleichend zieht *Hennrichs* den bilanziellen Umgang mit Vorauszahlungen auf Miet- oder Pachtverbindlichkeiten heran, die vom Schuldner unstreitig durch Aktivierung eines Rechnungsabgrenzungspostens periodengerecht abzugrenzen seien. Es bestünde insofern kein maßgeblicher Unterschied zu einem vereinbarten Disagio. Auch widerspreche es der interpretativen Funktion des Einblicksgebots aus § 264 Abs. 2 HGB, die Vorschrift des § 250 Abs. 3 Satz 1 HGB als Wahlrecht zu verstehen. Da im Zweifel nämlich stets dasjenige Auslegungsergebnis vorzuziehen sei, das den bestmöglichen Einblick in die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Gesellschaft verspreche, vertrage sich die Annahme ergebnisglättender und damit rein bilanzpolitisch motivierter Wahlrechte mit dem Einblicksgebot nicht.

cc) Stellungnahme und eigener Ansatz

(1) Wortlaut und Systematik des § 250 Abs. 3 Satz 1 HGB

Die vorgestellten Ansätze vermögen allesamt überzeugende Gesichtspunkte für sich in Anspruch zu nehmen, sind allerdings auch nicht frei

⁴²⁶ *Hennrichs*, Wahlrechte, S. 416 f.

⁴²⁷ *Hennrichs*, Wahlrechte, S. 416 ff.; *ders.*, in: Münchener Kommentar zum Bilanzrecht, § 250 Rn. 43. Ebenso wohl bereits auch *Böcking*, Bilanzrechtstheorie und Verzinslichkeit, S. 167; *Böcking/Gros*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, § 250 Rn. 16.

von Unstimmigkeiten. Das gilt namentlich bereits für den Wortlaut des § 250 Abs. 3 Satz 1 HGB, demzufolge ein Unterschiedsbetrag zwischen Erfüllungs- und Ausgabebetrag einer Verbindlichkeit in den Rechnungsabgrenzungsposten auf Aktivseite aufgenommen werden „darf“, der also andeutet, ein Wahlrecht für eine ansonsten nicht erlaubte Rechnungsabgrenzung einzuräumen. Das spricht gegen das von der herrschenden Meinung angenommene Wahlrecht, ein laufzeitabhängiges Disagio auch als *sofortigen Aufwand* in Abzug bringen zu dürfen.⁴²⁸ Dasselbe gilt, soweit auch *Tiedchen* mit seiner besonders weitreichenden Ansicht ein auf sämtliche Unterschiedsbeträge bezogenes Wahlrecht annimmt. Der Wortlaut des § 250 Abs. 3 Satz 1 HGB spricht vielmehr allein dafür, das in der Vorschrift angelegte Wahlrecht allein auf laufzeitunabhängige Unterschiedsbeträge in Gestalt von Bearbeitungsentgelten zu begrenzen. Da Letztere nämlich von § 250 Abs. 1 HGB nicht erfasst sind, ergibt die Verwendung des Begriffs „dürfen“ in § 250 Abs. 3 Satz 1 HGB insofern Sinn. So verstanden, erklärt sich im Übrigen auch, warum § 250 Abs. 3 Satz 1 HGB nicht von der Aktivierung *als* Rechnungsabgrenzungsposten, sondern lediglich davon spricht, dass der Unterschiedsbetrag „in den Rechnungsabgrenzungsposten auf Aktivseite aufgenommen werden“ dürfe. Denn ein laufzeitunabhängiger Unterschiedsbetrag, der in Ausübung des Wahlrechts aus § 250 Abs. 3 Satz 1 HGB über die Laufzeit des ihm zugrundeliegenden Darlehens gleichwohl abgegrenzt werden darf, hat mehr den Charakter einer Bilanzierungshilfe als den eines „klassischen“ Rechnungsabgrenzungspostens im Sinne des § 250 Abs. 1 HGB.⁴²⁹ Die im Wortlaut enthaltene Anspielung auf ein Aktivierungswahlrecht gerade für *laufzeitunabhängige* Unterschiedsbeträge wird damit innerhalb des § 250 HGB durch einen Vergleich mit Abs. 1 gestützt. Bekräftigt wird dieser Befund durch die Regelung des § 268 Abs. 6 HGB, derzufolge ein nach § 250 Abs. 3 HGB „in den Rechnungsabgrenzungsposten“ auf der Aktivseite aufgenommener Unterschiedsbetrag „in der Bilanz gesondert auszuweisen oder im Anhang anzugeben“ ist. Auch hierdurch wird der Eindruck gestützt, dass der Anwendungsbereich des § 250 Abs. 3 Satz 1 die Bildung eines dem Rechnungsabgrenzung nur ähnlichen Postens betrifft, der aufgrund besagter Ähnlichkeit zwar „in den Rechnungsabgrenzungsposten“ aufzunehmen, im Übrigen aber „in der Bilanz gesondert auszuweisen oder im Anhang anzugeben“ sei. Damit kann festgehalten werden, dass sowohl eine grammatische als auch eine systematische Auslegung

428 In diesem Sinne bereits *Hennrichs*, Wahlrechte, S. 416 f.

429 *Fehlberg*, in: Häublein/Hoffmann-Theinert, BeckOK HGB, § 250 Rn. 9.

des § 250 Abs. 3 Satz 1 HGB dafür sprechen, dessen Anwendungsbereich als Wahlrecht auf laufzeitunabhängige Unterschiedsbeträge zu begrenzen.

(2) Gesetzgebungshistorie des § 250 Abs. 3 Satz 1 HGB

Auch die Gesetzgebungshistorie des § 250 Abs. 3 Satz 1 HGB streitet für die Qualifikation des § 250 Abs. 3 Satz 1 HGB als Wahlrecht zur Abgrenzung laufzeitunabhängiger Unterschiedsbeträge. Insofern sei auf die oben dargestellten Ausführungen *Tiedchens* vollumfänglich Bezug genommen.

(3) Telos des § 250 Abs. 3 Satz 1 HGB unter besonderer Berücksichtigung der steuerrechtlichen Behandlung laufzeitabhängiger und laufzeitunabhängiger Unterschiedsbeträge seit BFHE 234, 168

Die herrschende Meinung begründet das von ihr nur auf laufzeitabhängige Unterschiedsbeträge beschränkte Wahlrecht aus § 250 Abs. 3 Satz 1 HGB teleologisch vor allem damit, dass die in § 250 Abs. 3 Satz 1 HGB eröffnete Möglichkeit, den Unterschiedsbetrag sofort in Abzug zu bringen, letztlich nur dem Vorsichtsprinzip und damit dem Gläubigerschutz zur Durchsetzung ver helfe. Dem ist grundsätzlich zuzustimmen, da der Abschlusspflichtige sich durch einen sofortigen Abzug des Unterschiedsbetrags ärmer rechnet als er dies nach dem Regelfall des § 250 Abs. 1 müsste. Nichtsdestotrotz hat *Henrichs* zu Recht darauf aufmerksam gemacht, dass die Einräumung eines „*Vorsichtswahlrechts*“ zum Zwecke des Gläubigerschutzes aus regelungsmethodischer Sicht sonderbar ist, hätte der Gesetzgeber doch die Möglichkeit gehabt, dem Vorsichtsgedanken durch eine verpflichtende Regelung noch besser zur Durchsetzung zu verhelfen. Auch mit den bereits angestellten wortlautorientierten, systematischen und historischen Erwägungen vermag die Annahme der herrschenden Meinung nicht recht zu harmonieren. Insbesondere aber drängen sich seit der Entscheidung des BFH vom 22.06.2011 zum Umgang mit laufzeitabhängigen und -unabhängigen Unterschiedsbeträgen in der Steuerbilanz Zweifel daran auf, ob die hinter § 250 Abs. 3 Satz 1 HGB stehende *ratio* mit dem Gläubigerschutz tatsächlich richtig erkannt ist.⁴³⁰

Nach Ansicht des BFH ist zwischen laufzeitabhängigen und -unabhängigen Unterschiedsbeträgen insofern zu differenzieren, als für Erstere nach

430 BFHE 234, 168 ff.

§ 5 Abs. 1 Nr. 5 EStG zwingend ein aktiver Rechnungsabgrenzungsposten zu bilden ist, wohingegen Letztere stets sofort in Abzug zu bringen sind. Der BFH grenzt sich mit dieser Sichtweise nicht nur vom vorinstanzlichen Urteil des FG Köln,⁴³¹ sondern nach verbreitetem Verständnis auch von seiner eigenen bisherigen Rechtsprechung ab, die zwischen laufzeitabhängigen und laufzeitunabhängigen Unterschiedsbeträgen scheinbar nicht differenziert, sondern beide als aktivierungspflichtigen Betrag im Sinne des § 5 Abs. 1 Nr. 5 EStG aufgefasst hatte.⁴³² Den maßgeblichen Grund für die Gleichbehandlung beider Unterschiedsbeträge erblickt er dabei in der fast wortgleichen Entsprechung des § 5 Abs. 1 Nr. 5 EStG und des § 250 Abs. 1 HGB, der die Bildung eines aktiven Rechnungsabgrenzungspostens dann vorsieht, wenn Ausgaben erst in späteren Perioden zu Aufwand werden. Das setzt nach einhelliger Ansicht im Handels- wie im Steuerrecht voraus, dass einer Vorleistung des Kaufmanns eine noch nicht erbrachte zeitbezogene Gegenleistung des Vertragspartners gegenübersteht.⁴³³ Für die Beantwortung der Frage, was nun als zeitbezogene Gegenleistung anzusehen sei, kam es nach Ansicht des vorinstanzlichen FG Köln dabei weniger auf die zivilrechtliche Gestaltung und Beurteilung des Darlehensvertrags, als vielmehr auf den wirtschaftlichen Gehalt der mit der Darlehensgewährung zusammenhängenden Leistungsvorgänge an. Vor diesem Hintergrund, so das FG, seien Darlehensverträge als einheitliche Geschäfte zu betrachten, die ihrer wirtschaftlichen Natur nach nicht in Einzelgeschäfte aufgeteilt werden können, nach denen der Darlehensgläubiger einmal die Beschaffung des Kapitals und sodann gesondert Auszahlung sowie zeitliche Überlassung andererseits jeweils für sich getrennt schulde. Wirtschaftlich betrachtet, schulde der Darlehensschuldner deshalb auch nicht ein gesondertes Entgelt für jede dieser Einzelgeschäfte. Auch wenn im Darlehensvertrag Sonderbeträge für die Beschaffung, Auszahlung und/oder Überlassung des Kapitals vereinbart seien, so bildeten diese letztlich nur einzelne Bestandteile eines *Gesamtentgelts* für die Kapitalüberlassung. Wirtschaftlich betrachtet, stelle deshalb sowohl ein laufzeitunabhängig zu zahlendes Bearbeitungsentgelt als auch ein laufzeitabhängig vereinbartes Disagio eine Vergütung für die Kapitalüberlassung dar.⁴³⁴

431 FG Köln, Urt. v. 12.11.2009 – 13 K 3803/06 = BeckRS 2009, 26028544.

432 Arbeitskreis „*Steuern und Revision*“ im Bund der Wirtschaftsakademiker (BWA) e.V. Berlin, DStR 2011, 2211 ff. A. A. der BFH selbst, vgl. BFHE 234, 168, 171.

433 Anstelle vieler *Merkt*, in: Baumbach/Hopt, HGB, § 250 Rn. 1.

434 FG Köln, Urt. v. 12.11.2009 – 13 K 3803/06 = DStRE 2010, 915, 916.

Diesen vom FG Köln hervorgehobenen wirtschaftlichen Zusammenhang laufzeitabhängig und laufzeitunabhängig zu bezahlender Beträge hat der BFH in seiner Entscheidung vom 22.06.2011 nicht geteilt. Stattdessen betonte er, dass ein Vorleistungscharakter stets, aber auch nur dann zu bejahen sei, wenn der Empfänger die Leistung bei vorzeitiger Vertragsbeendigung zeitanteilig zurückzahlen habe. Laufzeitunabhängig gezahlte Unterschiedsbeträge könnten deshalb nicht durch Bildung eines Rechnungsabgrenzungspostens abgegrenzt werden. Des Weiteren sei zu berücksichtigen, dass der Darlehensgeber ein laufzeitunabhängig vereinbartes Bearbeitungsentgelt in seiner Bilanz unstreitig nicht in einen passiven Rechnungsabgrenzungsposten aufnehmen dürfe, sondern diesen vielmehr unmittelbar in voller Höhe als Ertrag auszuweisen habe. Dann sei spiegelbildlich betrachtet jedoch nicht einsichtig, warum der Darlehensnehmer das von ihm entrichtete Bearbeitungsentgelt nach § 5 Abs. 1 Nr. 5 EStG seinerseits gleichwohl in einen aktiven Rechnungsabgrenzungsposten aufnehmen dürfe.

Die Ausführungen des BFH rücken die Regelung des § 250 Abs. 3 Satz 1 HGB noch einmal in ein helleres Licht. Sie legen nahe, das Wahlrecht als bewusste Abweichung von der steuerrechtlichen Behandlung laufzeitunabhängiger Unterschiedsbeträge anzusehen: Wenn steuerrechtlich nach höchstrichterlicher Rechtsprechung des BFH zwischen laufzeitabhängigen und laufzeitunabhängigen Unterschiedsbeträgen dergestalt zu differenzieren ist, dass für Erstere ein aktiver Rechnungsabgrenzungsposten zu bilden ist, während Letztere als sofortiger Aufwand in Abzug zu bringen sind, lässt dies vermuten, dass das Wahlrecht des § 250 Abs. 3 Satz 1 HGB den Zweck verfolgt, speziell für das Handelsbilanzrecht eine Abgrenzung laufzeitunabhängiger Unterschiedsbeträge über die Laufzeit des Darlehens hinweg zu ermöglichen.

(4) Schlussfolgerung: § 250 Abs. 3 Satz 1 HGB als Aktivierungswahlrecht für laufzeitunabhängige Unterschiedsbeträge

Alle vier Auslegungskriterien deuten darauf hin, dass sich § 250 Abs. 3 Satz 1 HGB entgegen der Ansicht der herrschenden Meinung und teilweise auch entgegen der Ansicht *Tiedchens* als Wahlrecht nicht auf laufzeitabhängige Unterschiedsbeträge bezieht, sondern dass die Vorschrift sich umgekehrt gerade auf laufzeitunabhängige Unterschiedsbeträge bezieht, die nicht zwingend periodengerecht sofort in Abzug zu bringen sind, im Abschluss aber in Ausübung des Wahlrechts auch in einen aktiven

Rechnungsabgrenzungsposten aufgenommen werden *dürfen*. Entgegen der von *Hennrichs* vertretenen Ansicht ist § 250 Abs. 3 Satz 1 HGB damit auch nicht als bloße Abbildungsoffenheit zu verstehen. Denn abgesehen davon, dass eine wortlautorientierte Auslegung dieses Ergebnis nicht stützt, fehlen auch jegliche sonstigen Anhaltspunkte, die eine Qualifikation des § 250 Abs. 3 Satz 1 als Abbildungsoffenheit stützen – zumal die Vorschrift als die dann einzige Abbildungsoffenheit des Handelsbilanzrechts ein regelungs-methodisches Unikat darstellen würde. Insbesondere bleiben aber nach Auslegung der Vorschrift keine hinreichenden Zweifel am Auslegungsergebnis, die unter Rückgriff auf die interpretative Funktion des Einblicksgebots die Ablehnung eines Wahlrechts stützen würden. Damit ist davon auszugehen, dass § 250 Abs. 3 Satz 1 HGB ein Wahlrecht zur Aktivierung laufzeitunabhängiger Unterschiedsbeträge normiert.

b) Zur Wahlrechtsqualität des § 254 HGB hinsichtlich der Bildung von Bewertungseinheiten

Die durch das BilMoG neu eingeführte Regelung des § 254 Satz 1 HGB⁴³⁵ ermöglicht unter bestimmten Voraussetzungen die Zusammenfassung von Grund- und Sicherungsgeschäften zu Bewertungseinheiten und legalisiert damit eine lange vor dem BilMoG geübte Praxis:⁴³⁶ *„Werden Vermögensgegenstände, Schulden, schwebende Geschäfte oder mit hoher Wahrscheinlichkeit erwartete Transaktionen zum Ausgleich gegenläufiger Wertänderungen oder Zahlungsströme aus dem Eintritt vergleichbarer Risiken mit Finanzinstrumenten zusammengefasst (Bewertungseinheit), sind § 249 Abs. 1, § 252 Abs. 1 Nr. 3 und 4, § 253 Abs. 1 Satz 1 und § 256a in dem Umfang und für den Zeitraum nicht anzuwenden, in dem die gegenläufigen Wertänderungen oder Zahlungsströme sich ausgleichen.“* Die praktische Bedeutung der Vorschrift zeigt sich etwa in folgendem

Beispiel:⁴³⁷ Die Z-GmbH schließt mit Wirkung zum 01.01.2018 ein in fünf Jahren fälliges Darlehen in Höhe von einer Million US-Dollar ab. Der Währungskurs des US-Dollars steht bei 0,8323 €. Zur Absicherung des Währungsrisikos schließt sie, ebenfalls mit Wirkung zum 01.01.2016,

435 Die Einführung der in § 254 Satz 1 HGB enthaltenen Regelung beruht auf der Ausübung des in Art. 2 Abs. 5 Satz 3 der Bilanzrichtlinie enthaltenen Wahlrechts der Mitgliedstaaten.

436 BT-Drcks. 16/10067, S. 59.

437 Ähnliches Beispiel bei *Lüdenbach/Freiberg*, BB 2010, 2683.

einen Terminkauf von US-Dollars mit gleicher Frist und gleichem Volumen ab. Bis zum 31.12.2018 steigt der Kurs des US-Dollars gegenüber dem Euro auf 0,8710 €. Da die gegenläufigen Wertänderungen von Grund- und Sicherungsgeschäft sich ausgleichen, darf eine Bewertungseinheit gebildet werden, die Grund- und Sicherungsgeschäft mit einem Betrag von 832.327,62 € zusammenfasst.

aa) Meinungsstand

Auch wenn der Wortlaut des § 254 Satz 1 HGB weniger eindeutig sein mag als der Wortlaut der bereits aufgezählten expliziten Wahlrechte, so suggeriert die Verwendung des Begriffs „werden“ nach überwiegender Ansicht dennoch die gesetzgeberische Absicht, die Bildung einer Bewertungseinheit bei der Abschlusserstellung von einer Willensentscheidung des Bilanzierenden abhängig machen und ihm ein diesbezügliches Wahlrecht einzuräumen. Es entspricht deshalb auch der herrschenden Meinung, die Bildung von Bewertungseinheiten im Sinne des § 254 Satz 1 HGB als optional anzusehen.⁴³⁸ Wenn vereinzelte Vertreter des Schrifttums sich dieser Ansicht dennoch entgegenstellen und in § 254 Satz 1 HGB eine Pflicht zur bilanziellen Zusammenfassung von Grund- und Sicherungsgeschäft erblicken,⁴³⁹ so begründen sie diese Ansicht in zweierlei Weise. Zum einen führen sie an, dass in dem Umfang, in dem die Risiken des Grund- und Sicherungsgeschäfts einander im Sinne des § 254 Satz 1 HGB ausgleichen, nicht einzusehen sei, warum diese tatsächlichen Verhältnisse sich nicht zwingend auch in der Bildung einer Bewertungseinheit bei der Abschlusserstellung zu spiegeln hätten. Die herrschende Meinung erlaube mit der Annahme eines Wahlrechts in lebensfremder Weise den

438 In diesem Sinne *Ballwieser*, in: Münchener Kommentar zum HGB, § 254 Rn. 17; *Böcking/Gros/Wallek*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, § 254 Rn. 20; *Fehlberg*, in: Häublein/Hoffmann-Theinert, BeckOK zum HGB, § 254 Rn. 15; *Gelhausen/Fey/Kämpfer*, Rechnungslegung und Prüfung nach dem BilMoG, Kap. H, Rn. 86; *Hoffmann/Lüdenbach*, NWB Kommentar Bilanzierung, § 254 HGB Rn. 1; *Lüdenbach/Freiberg*, BB 2010, 2683 ff; *Merkt*, in: Baumbach/Hopt, HGB, § 254 Rn. 1; *Schmidt/Usinger*, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, § 254 Rn. 5. Aus der Rechtsprechung BFH, Urt. v. 02.12.2015, I R 83/13 = DStR 2016, 1314, 1317. Vgl. des Weiteren IDW RS HFA 35 Tz. 12.

439 In diesem Sinne *Bertram*, in: Haufe HGB Bilanz-Kommentar, § 254 Rn. 5; *Glaser/Hachmeister*, BB 2011, 555 ff.; *Löw/Scharpf/Weigel*, WPg 2008, 1016; *Prinz*, in: Kölner Kommentar zum Rechnungslegungsrecht, § 254 Rn. 1 f.; *Scharpf*, in: Küting/Pfitzer/Weber, HdB, § 254 Rn. 19 ff.

Ablauf zweier getrennt voneinander ablaufender Willensbildungsprozesse dort, wo faktisch nur einer vorläge. Sie erlaube nämlich einmal die rein tatsächliche, sachverhaltsbezogene Entscheidung des Abschlusspflichtigen darüber, ob er zur Kompensation der Risiken aus dem Grundgeschäft ein korrespondierendes Sicherungsgeschäft abschließt, und im Anschluss hieran eine eigene bilanzpolitische Entscheidung des Abschlusspflichtigen darüber, ob Grund- und Sicherungsgeschäft auch im Abschluss als Bewertungseinheit abgebildet werden sollen.⁴⁴⁰ Hierdurch ermögliche die herrschende Meinung die rein bilanzpolitisch motivierte Aufspaltung eines einheitlichen wirtschaftlichen Vorgangs.

Zum anderen führen die Gegner eines Wahlrechts an, dass die in § 254 Satz 1 HGB angeordneten rechtlichen Folgen alternativlos seien, um beim Vorliegen von Bewertungseinheiten eine verzerrte Abbildung der tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnisse der Gesellschaft zu vermeiden. Denn die für Bewertungseinheiten suspendierten Bilanzierungsregeln aus §§ 249 Abs. 1, 252 Abs. 1 Nr. 3 und 4, 253 Abs. 1 Satz 1 und 256a HGB entbehrten als Ausprägungen des Vorsichtsprinzips ihres Zwecks, wenn die Risiken von Grund- und Sicherungsgeschäft einander ausglich.⁴⁴¹ So sei die Bildung der in § 249 Abs. 1 HGB vorgeschriebenen Rückstellungen nicht erforderlich, wenn etwaige Verluste aus dem Grundgeschäft in voller Höhe durch das Sicherungsgeschäft kompensiert würden und der tatsächliche Eintritt eines Verlusts damit realistischerweise gar nicht zu erwarten sei. Auch eine strikte Einzelbewertung von Grund- und Sicherungsgeschäft würde in Verbindung mit dem Realisations- und Imparitätsprinzip dazu führen, dass etwa im obigen Beispiel die Verbindlichkeit aus dem Darlehen zum Ende des Geschäftsjahres 2018 in Höhe von 38.638,73 € abzuschreiben wäre, während umgekehrt die gleichzeitige Wertsteigerung aus dem Sicherungsgeschäft noch nicht realisiert wäre und deshalb in der Bilanz nicht ausgewiesen werden dürfte.

bb) Stellungnahme

Nach vorzugswürdiger Ansicht begründet § 254 Satz 1 HGB kein Wahlrecht zur Bildung von Bewertungseinheiten. Das folgt zunächst aus der bereits angesprochenen und an späterer Stelle noch vertiefend zu betrachtenden Interpretationsfunktion des Einblicksgebots, die der Annahme rein

440 Darauf eingehend *Lüdenbach/Freiberg*, BB 2010, 2683.

441 Dazu etwa *Glaser/Hachmeister*, BB 2011, 555, 556.

bilanzpolitisch motivierter Wahlrechte entgegensteht, sofern sich hierfür keine eindeutigen gesetzgeberischen Anhaltspunkte ergeben. Gerade um ein solches, rein bilanzpolitisch motiviertes Wahlrecht würde es sich aber handeln, wenn der Abschlusspflichtige von der bilanziellen Bildung einer Bewertungseinheit auch dann absehen dürfte, wenn eine solche in rein tatsächlicher Hinsicht bestünde und die durch § 254 Satz 1 HGB suspendierten Bilanzierungsregeln der §§ 249 Abs. 1, 252 Abs. 1 Nr. 3 und 4, 253 Abs. 1 Satz 1 und 256a HGB deshalb ihres Anwendungsgrunds entbehren. Die bilanzielle Abbildung tatsächlich bestehender Bewertungseinheiten hat sich wohl auch in der Praxis gerade deshalb gebildet, weil sie den tatsächlichen Verhältnissen eben am besten entspricht. Dann aber ist nicht ersichtlich, warum gerade der BilMoG-Gesetzgeber, dem es auf eine grundlegende Anhebung des Informationsniveaus ankam, mit Einführung des § 254 Satz 1 HGB eine bewusst verzerrte Abbildung der tatsächlichen Verhältnisse erlauben wollte.⁴⁴² Das lässt sich auch nicht mit der Annahme eines in § 254 Satz 1 HGB vermeintlich verkörperten Vorsichtswahlrechts rechtfertigen, da auch ein überobligatorisches Maß an Vorsicht geeignet ist, das Informationsniveau abzusenken. Von diesen teleologischen Erwägungen abgesehen, rechtfertigt sich die Annahme eines Wahlrechts zur bilanziellen Bildung von Bewertungseinheiten aber auch nicht unter Hinweis auf den Wortlaut des § 254 Satz 1 HGB. Denn mit der Verwendung des Begriffs „werden“ umschreibt der Gesetzgeber den Tatbestand der Vorschrift, und damit zunächst nicht mehr als die rein tatsächliche Entscheidung zur Bildung einer Bewertungseinheit durch Abschluss eines entsprechenden Sicherungsgeschäfts, die als sachverhaltsgestaltende Maßnahme selbstredend in der Wahl des Abschlusspflichtigen steht. Mit einer typischerweise auf Rechtsfolgenseite eingeräumten Wahl zwischen verschiedenen Rechtsfolgen hat das allerdings nichts gemein.

II. Implizite Wahlrechte

Auch dort, wo der Gesetzgeber die Abbildung eines Geschäftsvorfalles gar nicht oder nur unvollständig geregelt hat, können sich nach einhelliger Ansicht Wahlrechte des Normadressaten ergeben, die in Abgrenzung zu den soeben besprochenen expliziten Wahlrechten dann auf einem bloß

442 So denn auch ausdrücklich BT-Drcks. 344/08, S. 127: „Die Bildung von Bewertungseinheiten dient allein der Risikoabsicherung, nicht der Steuerung des Jahresergebnisses.“

beredenen Schweigen des Gesetzgebers beruhen. Bedeutung erlangen derartige bloß implizit eingeräumte Wahlrechte weniger beim Ansatz, als vielmehr bei der Bewertung von Vermögensgegenständen und Schulden, weil gerade die äußerst kondensiert geregelten Bewertungsvorschriften häufig Abbildungsregeln vorgeben, ohne sich jedoch auf eine konkrete Abbildungsmethode festzulegen.⁴⁴³ So verpflichtet der Gesetzgeber den Abschlusspflichtigen beispielsweise in § 253 Abs. 3 Satz 1 HGB dazu, bei Vermögensgegenständen des Anlagevermögens mit zeitlich begrenzter Nutzung die Anschaffungs- oder die Herstellungskosten um planmäßige Abschreibungen zu vermindern und verlangt, die Anschaffungs- oder Herstellungskosten auf die Geschäftsjahre zu verteilen, in denen der Vermögensgegenstand voraussichtlich genutzt werden kann. Darüber, ob die Abschreibung etwa linear, degressiv, progressiv oder nach einer Kombination mehrerer Methoden erfolgen soll, schweigt er aber.⁴⁴⁴ Hier stellt sich die Frage, ob der Gesetzgeber den Abschlusspflichtigen ermächtigen wollte, sich im Einklang mit den GoB unter den in Betracht kommenden Methoden auf eine festzulegen.

Die Abgrenzung impliziter Wahlrechte ist dabei in verschiedener Hinsicht mit Schwierigkeiten verbunden. Problematisch ist erstens die Abgrenzung zu sogenannten Regelungslücken, die ebenfalls auf einem Schweigen des Gesetzgebers beruhen, im Gegensatz zu impliziten Wahlrechten aber nicht als regulatorischer Freiraum, sondern als Delegationsauftrag an die Rechtsprechung zur letztverbindlichen Lückenschließung durch Rechtsfortbildung anzusehen sind. Weiterhin ist auch die Abgrenzung impliziter Wahlrechte von unbestimmten Rechtsbegriffen problematisch, deren exakter Regelungsgehalt für den Rechtsanwender oftmals nicht eindeutig erkennbar ist. Schließlich stellt sich hier – wie auf Ebene der internationalen Rechnungslegungsstandards gleichermaßen – die Frage, inwieweit sich implizite Wahlrechte von Schätzungs- und Prognosefreiräumen unterscheiden und inwieweit beide Arten bilanzieller Freiräume damit gleichen oder gesonderten rechtlichen Grenzen unterliegen. Es sind diese Schnittstellen, an denen es dem Begriff der impliziten Wahlrechte derzeit noch an Kontur mangelt, die aber für deren Identifikation von essenzieller Bedeutung sind.

443 Coenenberg/Haller/Schultze, Jahresabschluss und Jahresabschlussanalyse, S. 1005.

444 Vgl. insofern auch Pöschke, ZGR 2018, 647, 666; Tiedchen, in: Münchener Kommentar zum Bilanzrecht, § 253 HGB Rn. 96, Winnefeld, Bilanz-Handbuch, Kapitel E Rn. 995.

1. Abgrenzung impliziter Wahlrechte von ausfüllungsbedürftigen Regelungslücken

Der Begriff der Regelungslücke wird in Rechtsprechung und Schrifttum im Detail uneinheitlich gebraucht.⁴⁴⁵ Einigkeit besteht aber jedenfalls darüber, dass solche Lücken, die eine verbindliche richterliche Rechtsfortbildung erfordern und damit als implizite Wahlrechte des Bilanzierenden ausscheiden, nur dann anzunehmen sind, wenn ein *regelungsbedürftiger* Sachverhalt ganz oder teilweise ungeregelt ist.⁴⁴⁶ Denn versteht man gesetzliche Regelungen als Antwort des Gesetzgebers auf regelungsbedürftige Sachverhalte, kann im Umkehrschluss vom Fehlen einer gesetzlichen Regelung und einem hieraus entstehenden, ersatzweise von der Rechtsprechung zu befriedigenden rechtspolitischen Normsetzungsbedürfnis nur dann ausgegangen werden, wenn das geschriebene Recht seine Regelungsfunktion nicht oder nicht vollständig erfüllt.⁴⁴⁷

Die Ursachen einer in diesem Sinne verstandenen ausfüllungsbedürftigen Regelungslücke können vielfältig sein.⁴⁴⁸ Sie können zunächst darauf beruhen, dass der Gesetzgeber einen regelungsbedürftigen Sachverhalt oder einzelne regelungsbedürftige Bestandteile eines Sachverhalts schlicht übersehen hat. Zweitens ist vorstellbar, dass dem Gesetzgeber bei Erlass eines Gesetzes ein ausgereiftes Regelungskonzept fehlte und er deshalb die weitere Entwicklung der betreffenden Regelung der Rechtsprechung überlassen wollte. Ebenfalls kommt in Betracht, dass der Gesetzgeber aufgrund widerstrebender politischer Kräfte regelungsunfähig war. Endlich können Regelungslücken sich nach einem Tätigwerden des Gesetzgebers auch daraus entwickeln, dass bereits erlassene Regelungen etwa wegen ökonomischer oder technischer Entwicklungen überholt sind oder dass nachträglich erlassene Regelungen in Widerspruch zur bestehenden Rechtslage treten und insofern eine Kollisionslücke begründen. Ganz gleich, worauf das Regelungsbedürfnis im Einzelfall auch beruhen mag, ist es jedenfalls entscheidendes Charakteristikum ausfüllungsbedürftiger Regelungslücken und grenzt dieses von impliziten Wahlrechten des Gesetzgebers ab. Erst,

445 Siehe bereits *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 16 ff. Aus jüngerer Zeit zum Begriff der Lücke und den verschiedenen Lückenarten etwa *Möllers*, Juristische Methodenlehre, § 6 Rn. 98 ff; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, § 23 Rn. 841 ff.

446 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, § 23 Rn. 832 ff.

447 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, § 23 Rn. 842 ff.

448 Dazu samt der nachfolgend genannten Ursachen *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, § 23 Rn. 859 ff.

wenn der Gesetzgeber einen Sachverhalt in dem Bewusstsein und der Fähigkeit offengelassen hat, diesen einer gesetzlichen Regelung zuführen zu können, besteht Raum für die Annahme eines impliziten Wahlrechts des Normadressaten. Letzteres kann damit nicht bereits bei jedwedem gesetzgeberischen Schweigen angenommen werden, sondern erst dann, wenn ein gewissermaßen beredtes Schweigen auf den gesetzgeberischen Willen schließen lässt, dem Normadressaten bei der Abschlusserstellung die Wahl zwischen verschiedenen Handlungsmöglichkeiten einzuräumen.⁴⁴⁹ Wann ein solches beredtes Schweigen anzunehmen ist, kann selbstredend nur individuell am jeweiligen Einzelfall ermittelt werden. Anhaltspunkte lassen sich im Hinblick auf solche Vorschriften, die wie § 253 Abs. 3 HGB die Bilanzierung eines Sachverhalts unvollständig regeln, bestmöglich aber bereits der einschlägigen Gesetzesbegründung entnehmen. So formuliert der Gesetzgeber diesbezüglich in der Gesetzesbegründung zum BilMoG: *„Dem Vorschlag, die progressive Abschreibung [...] als nicht mehr zulässig zu verbieten, wird nicht gefolgt. In der Praxis werden die lineare Abschreibung, die degressive Abschreibung, die Leistungsabschreibung und die progressive Abschreibung als mit den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung vereinbar angesehen, soweit sie den tatsächlichen Verlauf des Werteverzehrs abbilden. Auch nach den internationalen Rechnungslegungsstandards erfolgt keine abschließende Aufzählung anzuwendender Abschreibungsmethoden, sondern ist grundsätzlich jede betriebswirtschaftlich sinnvolle Abschreibungsmethode zulässig.“*⁴⁵⁰ Damit gibt der Gesetzgeber selbst zu erkennen, sämtliche der von ihm aufgezählten Abschreibungsmethoden für zulässig zu halten, solange sie dem tatsächlichen Verlauf des Werteverzehrs Rechnung tragen. Das lässt darauf schließen, implizite Wahlrechte gerade dann anzunehmen, wenn entsprechend den Kompromisswahlrechten⁴⁵¹ mehrere betriebswirtschaftlich sinnvolle Bewertungsmethoden im Einklang mit den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung stehen und in der maßgeblichen Fallkonstellation geeignet sind, ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage zu vermitteln. Dann bedarf es keiner richterlichen Lückenfüllung, sondern es ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber in Kenntnis der betreffenden Thematik schlicht kein Bedürf-

449 Anders aber insbesondere Vertreter der Betriebswirtschaftslehre, die „implizite“, „faktische“ oder „verdeckte“ Wahlrechte großzügig immer schon dann annehmen wollen, wenn gesetzgeberische Regelungen zumindest teilweise offen, sprich: nicht explizit abschließend geregelt sind, vgl. nur *Tanski*, DStR 2004, 1843, 1845 f.

450 BT-Drcks. 16/10067, S. 56 f.

451 Dazu sogleich unten Abschnitt B. I. 1. c).

nis gesehen hat, die GoB durch eine eigene Regelung auf den speziellen Sachverhalt hin auszuformen und dem Abschlusspflichtigen insoweit abschließende Vorgaben zu machen.

2. Abgrenzung impliziter Wahlrechte von unbestimmten Rechtsbegriffen

Schwierig gestaltet sich naturgemäß auch die Abgrenzung impliziter Wahlrechte von unbestimmten Rechtsbegriffen, da sich gerade bei unbestimmten Rechtsbegriffen oftmals auch im Wege der Auslegung nur schwer erkennen lässt, wo der in ihnen verkörperte Gesetzesbefehl endet und ein möglicherweise beredtes Schweigen des Gesetzgebers anfängt. Rechtliche Unklarheiten bezüglich der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe können sich damit in Unklarheiten über das Bestehen und die Reichweite impliziter Wahlrechte fortsetzen. Aus Perspektive des Abschlusspflichtigen mag es in solchen Situationen verlockend sein, diesen Graubereich zu eigenen Gunsten auszunutzen und im Zweifel Zuflucht in der Annahme eines impliziten Wahlrechts zu suchen.⁴⁵² Diese Tendenz mündet, auf die Spitze getrieben, auch in den bereits erwähnten Vorstoß mancher betriebswirtschaftlicher Literaturvertreter, die unbestimmte Rechtsbegriffe gar mit impliziten Wahlrechten gleichsetzen wollen.⁴⁵³ Hier ist allerdings Vorsicht geboten. Es bleibt bei den oben herausgearbeiteten Grundsätzen, nach denen die verbindliche Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe auch und gerade bei hieraus resultierender Rechtsunsicherheit letztverbindlich dem erkennenden Gericht überlassen ist. Erst dort, wo nach Ansicht des Gerichts die Reichweite des in einem unbestimmten Rechtsbegriff verkörperten Gesetzesbefehls endet, besteht Raum für die Annahme eines impliziten Wahlrechts.

3. Abgrenzung impliziter Wahlrechte von Schätzungen und Prognosen

Im Handelsbilanzrecht und insbesondere auch im später noch zu behandelnden Anwendungsbereich der internationalen Rechnungslegungsstan-

452 So *Hennrichs*, Wahlrechte, S. 51 f. mit Verweis auf *Döllerer*, ZHR 173 (1993), 349, 354, der seinerseits bereits darauf hinwies, dass weder „*der Kaufmann und noch weniger ein Gericht [...] bei schwierigen Fragen des Bilanzrechts [...] auf halbem Weg stehenbleiben und resignierend ein Wahlrecht annehmen*“ dürfen.

453 Zum Meinungsstand bereits § 1 B. I.

dards ist die Abgrenzung impliziter Wahlrechte von Schätzungs- und Prognosefreiräumen bedeutsam. Terminologisch werden Letztere allzu häufig auch den impliziten Wahlrechten zugeordnet,⁴⁵⁴ was sich bei Bestimmung der rechtlichen Grenzen bilanzieller Freiräume als unglücklich erweist.⁴⁵⁵

Um Unklarheiten zu vermeiden, werden deshalb im Rahmen dieser Untersuchung mit dem Begriff der impliziten Wahlrechte nur solche bilanziellen Freiräume bezeichnet, die als inhaltliche Entsprechung zu expliziten Wahlrechten die Wahl zwischen mehreren Rechtsfolgen eröffnen. Als Schätzungen und Prognosen sollen demgegenüber die vom Abschlusspflichtigen verlangten Einschätzungen individueller, tatsächlicher Vorgänge und Umstände bezeichnet werden, wie sie etwa im Rahmen des § 253 Abs. 3 HGB hinsichtlich der voraussichtlichen Nutzungsdauer eines Vermögensgegenstands, seines am Ende der Nutzungsdauer voraussichtlich verbleibenden Restwerts und seines voraussichtlichen, tatsächlichen Werteverzehrs erforderlich sind.⁴⁵⁶ Dass sich am Ende eines solchen sachverhaltsbezogenen Erkenntnisprozesses aufgrund von Schätzungs- oder Prognoseunsicherheiten mitunter eine Vielzahl plausibler Schätzungs- oder Prognoseergebnisse ergeben und insofern auch von Schätzungs- oder Prognosefreiräumen gesprochen werden kann, ändert nichts daran, dass sie als Bestandteil der Sachverhaltsermittlung und insofern als *Bezugspunkt* der Rechtsanwendung die individuell-konkreten Umstände des Abschlusspflichtigen betreffen.⁴⁵⁷ Nach welcher Methode derartige Schätzungen und Prognosen im Rahmen der Abschlusserstellung gegebenenfalls in die Sachverhaltsabbildung Eingang finden, ist demgegenüber eine hiervon zu trennende, abstrakt-generell zu beantwortende Rechtsfrage, hinsichtlich derer der Gesetzgeber dem Abschlusspflichtigen explizit oder implizit ein

454 Vgl. etwa *Lüdenbach*, in: Haufe, IFRS Kommentar, § 24 Rn. 8. Unklar auch *Pöschke*, ZGR 2018, 647, 665, der das implizite Wahlrecht zur Methodenwahl im Rahmen planmäßiger Abschreibungen (§ 253 Abs. 3 HGB) scheinbar nicht den Wahlrechten, sondern den „*übrigen Schätzungs- und Prognosefreiräumen*“ zuordnen und die gerichtliche Kontrolle der Methodenwahl damit auf eine bloße Plausibilitätskontrolle beschränken will, andererseits aber auch hervorhebt, dass „*der Bilanzierende – wie bei der Ausübung von Wahlrechten – jedenfalls hinsichtlich der angewendeten Schätzmethoden ferner das Stetigkeitsgebot beachten*“ müsse.

455 So bereitet die Abgrenzung zwischen Wahlrechten und Schätzungs- und Prognosefreiräumen insbesondere im Anwendungsbereich der internationalen Rechnungslegungsstandards Schwierigkeiten, weil nur erstere dem Stetigkeitsgebot unterliegen, vgl. unten Abschnitt *Lüdenbach*, in: Haufe, IFRS Kommentar, § 24 Rn. 8.

456 Dazu etwa *Hennrichs*, AG 2006, 698, 699.

457 *Arden*, Unklare Rechtslage, S. 43.

Wahlrecht einräumen kann. Beides ist bei der Betrachtung der rechtlichen Grenzen bilanzieller Freiräume nicht in einen Topf zu werfen.⁴⁵⁸

4. Ausgewählte Beispiele

Inwieweit dem Abschlusspflichtigen implizite Wahlrechte eingeräumt sind, wird für ganz verschiedene Konstellationen diskutiert, darunter neben der bereits angesprochenen Wahl der Abschreibungsmethode bei planmäßigen Abschreibungen auf das Anlagevermögen (§ 253 Abs. 3 HGB) etwa die Wahl der Methode zur Niederstwertermittlung im Sinne des § 253 Abs. 4 HGB, die Wahl der Methode zur Herstellungskostenbewertung im Rahmen des § 255 Abs. 2 HGB, die Bewertung anschaffungsähnlicher Vorgänge in Gestalt von Tauschgeschäften, Sacheinlagen oder unentgeltlich erworbenen Vermögensgegenständen oder die Möglichkeit zur Teilgewinnrealisierung bei langfristiger Fertigung.⁴⁵⁹ In diesen Katalog reiht sich die Methodenwahl zur Abbildung von Bewertungseinheiten im Sinne des § 254 Satz 1 HGB ein, hinsichtlich derer der BilMoG-Gesetzgeber kein explizites Wahlrecht normiert, in der Gesetzesbegründung aber gleichwohl deutlich gemacht hat, dem Abschlusspflichtigen die Wahl zwischen sogenannter Einfrierungs- und Durchbuchungsmethode zu überlassen:⁴⁶⁰ „... bleibt es den Unternehmen aber weiterhin selbst überlassen, die gegenläufigen Wertänderungen oder Zahlungsströme entweder „durchzubuchen“ oder die Bilanzierung „einzufrieren“.“⁴⁶¹

Im Rahmen einer umfassenden Bestandsaufnahme sämtliche impliziten Wahlrechte herauszuarbeiten, würde den Rahmen dieser Untersuchung sprengen. Die vorgenannten Abgrenzungsmerkmale und Charakteristika impliziter Wahlrechte sollen nachfolgend deshalb anhand zweier ausgewählter Beispiele zur Abschreibung bei Vermögensgegenständen des Anlage- und Umlaufvermögens dargestellt werden.

458 Beispielhaft zur Abgrenzung im Anwendungsbereich der internationalen Rechnungslegungsstandards unten, § 4 B.

459 Hennrichs, Wahlrechte, S. 46 ff.

460 Vertiefend zu den Bewertungsmethoden etwa Böcking/Gros/Wallek, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, § 254 Rn. 10.

461 BT-Drcks. 344/08, S. 209.

a) Abschreibungen bei Vermögensgegenständen des Anlagevermögens
(§ 253 Abs. 3 Satz 1 HGB) – zur Wahl der Abschreibungsmethode

Vertiefend ist zunächst auf die Wahl der Abschreibungsmethode bei planmäßigen Abschreibungen auf Vermögensgegenstände des Anlagevermögens zurückzukommen.⁴⁶² Wie bereits erörtert, verlangt § 253 Abs. 3 Satz 1 HGB insofern nur, dass planmäßige Abschreibungen überhaupt vorgenommen werden und setzt lediglich einen Abschreibungsplan voraus, der die Anschaffungs- oder Herstellungskosten des betreffenden Vermögensgegenstands auf die Zeit der voraussichtlichen Nutzungsdauer verteilt.⁴⁶³ Eine bestimmte Abschreibungsmethode⁴⁶⁴ ist dem Normadressaten insoweit aber gerade nicht verpflichtend auferlegt, weshalb ihm nach ganz überwiegender, zutreffender Ansicht eine die Wahl unter den in Betracht kommenden betriebswirtschaftlich sinnvollen und dem tatsächlichen Wertverzehr des Vermögensgegenstands nicht offensichtlich widersprechenden Abbildungsmethoden eröffnet ist.⁴⁶⁵ Das hat zur Folge, dass der Normadressat insbesondere zwischen linearer, degressiver und leistungsabhängiger Abschreibung weitgehend frei wählen darf, während eine progressive Abschreibung, die mit fortschreitender Nutzungsdauer zu steigenden Abschreibungsbeträgen führt, nur für besondere Vermögensgegenstände in Betracht kommt, deren Leistung mit fortschreitender Nutzungsdauer tendenziell steigt.⁴⁶⁶ Nach anderer, insbesondere früher ver-

462 Dazu auch bereits *Pöschke*, ZGR 2018, 647, 665 ff.

463 Vgl. nur *Merkt*, in: Baumbach/Hopt, HGB, § 253 Rn. 12.

464 Eingehend zu den einzelnen Abschreibungsmethoden in Gestalt der linearen, degressiven, progressiven, leistungsabhängigen Abschreibung samt denkbarer Kombinationsmöglichkeiten und umfangreicher Rechenbespiele *Thiele/Breithaupt/Kahling/Prigge*, in: Baetge/Kirsch/Thiele, Bilanzrecht, § 253 HGB Rn. 246 ff.

465 *A/D/S*, Rechnungslegung und Prüfung, § 253 HGB Rn. 384; *Kleindiek*, in: Staub, Großkommentar zum HGB, § 253 Rn. 88; *Pöschke*, ZGR 2018, 647, 666; *Schubert/Andrejewski*, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, § 253 HGB Rn. 238 f.; *Schulze-Osterloh*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl., § 42 Rn. 398; *Tiedchen*, in: Münchener Kommentar zum Bilanzrecht, § 253 HGB Rn. 96; *Thiele/Breithaupt/Kahling/Prigge*, in: Baetge/Kirsch/Thiele, Bilanzrecht, § 253 HGB Rn. 245; *Winnefeld*, Bilanz-Handbuch, Kap. E Rn. 995.

466 Ausdrücklich dazu *Merkt*, in: Baumbach/Hopt, HGB, § 253 Rn. 13; *Schubert/Andrejewski*, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, § 253 HGB Rn. 246; *Schulze-Osterloh*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl., § 42 Rn. 398; *Winnefeld*, Bilanz-Handbuch, Kap. E Rn. 1009. Unklar *Thiele/Breithaupt/Kahling/Prigge*, in: Baetge/Kirsch/Thiele, Bilanzrecht, § 253 HGB Rn. 268. Ausnahmen werden für maschinelle Großanlagen wie etwa Großkraftwerke, Verkehrsbetriebe, Erdgas-

treterer Ansicht hat der Normadressat demgegenüber diejenige Abschreibungsmethode zu wählen, die der voraussichtlichen Nutzungskurve am besten gerecht wird.⁴⁶⁷ Soweit diese Nutzungskurve nicht durch den voraussichtlichen Werteverzehr, sondern durch den voraussichtlichen Verlauf des wirtschaftlichen Nutzens bestimmt werden sollte mit der Konsequenz, dass planmäßige Abschreibungen unter Umständen also auch dann vorzunehmen seien, wenn ein Werteverzehr trotz umfangreicher Nutzung nicht eintrete, lässt sich dies in Anbetracht der bereits zitierten Gesetzesbegründung zum BilMoG aus heutiger Perspektive nicht mehr halten. Denn in ihr stellt der Gesetzgeber ausdrücklich auf den tatsächlichen Werteverzehr ab.⁴⁶⁸

b) Abschreibungen beim Umlaufvermögen (§ 253 Abs. 4 HGB) – zur Ermittlung des Niederstwertes

Wie die Vermögensgegenstände des Anlagevermögens sind auch Vermögensgegenstände des Umlaufvermögens nach § 253 Abs. 1 HGB zunächst mit ihren Anschaffungs- oder Herstellungskosten anzusetzen. Diese Ausgangswerte sind nach Abs. 4 um Abschreibungen zu vermindern, wenn der am Bilanzstichtag auf sie entfallende Börsen- oder Marktpreis (Satz 1), hilfsweise der ihnen beizulegende Wert (Satz 2), die Anschaffungs- oder Herstellungskosten unterschreitet. Da dieser nach Abs. 4 anzusetzende Niederstwert bei materiellen Vermögensgegenständen des Umlaufvermögens aber aus zwei Perspektiven ermittelt werden kann – nämlich einmal unter Zugrundelegung der Verhältnisse am Beschaffungsmarkt und der dortigen Wiederbeschaffungs- oder Wiederherstellungskosten und ein andermal unter Zugrundelegung der Verhältnisse am Absatzmarkt und des dort zu erzielenden Verkaufserlöses – stellt sich die Frage, ob dem Normadressaten auch hier ein implizites Wahlrecht eingeräumt ist.

Wenngleich der Wortlaut des § 253 Abs. 4 HGB für die Annahme eines impliziten Wahlrechts Raum lässt, ist die Annahme eines solchen anders als bei § 253 Abs. 3 HGB aber mit dem Sinn und Zweck der Vorschrift

leitungen etc. sowie für Hotels diskutiert, deren Auslastung zu Beginn der Inbetriebnahme gering ist und erst mit fortschreitender Nutzung steigt, *Winnefeld*, Bilanz-Handbuch, Kap. E Rn. 1009.

467 *Hennrichs*, Wahlrechte, S. 342 (Fn. 305).

468 Vgl. den Auszug der Gesetzesbegründung zum BilMoG unter Abschnitt II. 1.

nicht vereinbar.⁴⁶⁹ Denn als Ausprägung des Imparitätsprinzips dienen die Abschreibungen auf Vermögensgegenstände des Umlaufvermögens nach § 253 Abs. 4 HGB dazu, nachteilige Preisveränderungen bereits dann zu berücksichtigen, wenn die Realisation des Verlusts noch aussteht. Verluste sollen antizipiert und so früh wie möglich in die Bilanz aufgenommen werden.⁴⁷⁰ Da Vermögensgegenstände des Umlaufvermögens aber *per definitionem* zum Absatz bestimmt sind, kann es sich bei diesen Verlusten nur um die am Absatzmarkt entstehenden Verluste handeln. Vor diesem Hintergrund kann der niedrigere beizulegende Wert sich grundsätzlich nur nach den Verhältnissen am Absatzmarkt richten. Ausnahmen kommen allenfalls für solche Vermögensgegenstände in Betracht, die zwar dem Umlaufvermögen zuzuordnen, ihrer Natur nach aber gleichwohl eher *absatzfern* sind, weil sie selbst voraussichtlich nicht am Absatzmarkt verwendet werden.⁴⁷¹ Als Paradebeispiel hierfür gelten Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffe, deren Wert sich bei Zugrundelegung der Verhältnisse am Absatzmarkt nur mit erheblichen Berechnungsschwierigkeiten ermitteln lässt. Sie dürfen deshalb regelmäßig unter Zugrundelegung der Konditionen am Beschaffungsmarkt bewertet werden.⁴⁷²

B. Bilanzrechtliche Determinanten der Wahlrechtsausübung

Es ist kaum verwunderlich, dass das bilanzpolitische Gestaltungspotenzial der im Handelsbilanzrecht verankerten Wahlrechte in Wissenschaft und Praxis bislang deutlich mehr Beachtung gefunden hat als die rechtlichen Grenzen der Wahlrechtsausübung. Während gerade die Betriebswirt-

469 Dazu etwa *Böcking/Korn*, in: Beck'sches HdR, B 164 Rn. 105; *Ekkenga*, in: Kölner Kommentar zum Rechnungslegungsrecht, § 253 HGB Rn. 130; *Kleindiek*, in: Staub, Großkommentar zum HGB, § 253 Rn. 118.

470 Vgl. zum Zweck des § 253 Abs. 4 HGB *Böcking/Korn*, Beck'sches HdR, B 164 Rn. 66.

471 *Böcking/Gros/Wirth*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, § 253 Rn. 101; *Brösel/Olbrich*, in: Küting/Pfitzer/Weber, HdR, § 253 Rn. 638; *Merkt*, in: Baumbach/Hopt, HGB, § 253 Rn. 24; *Morck/Drüen*, in: Koller/Kindler/Roth/Drüen, HGB, § 253 Rn. 11; *Poll*, in: Häublein/Hoffmann-Theinert, BeckOK zum HGB, § 253 Rn. 78.

472 Dazu und zu weiteren Ausnahmefällen *A/D/S*, Rechnungslegung und Prüfung, § 253 HGB Rn. 488, 502 f.; *Ballwieser*, in: Münchener Kommentar zum HGB, § 253 Rn. 59; *Kleindiek*, in: Staub, Großkommentar zum HGB, § 253 Rn. 117; *Schubert/Berberich*, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, § 253 HGB Rn. 516 ff.; *Schulze-Osterloh*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl., § 42 Rn. 405 f.

schaftslehre stets nach neuen Wegen sucht, um die Wahlrechtsausübung im Rahmen eines bilanzpolitischen Gesamtkonzepts zu optimieren,⁴⁷³ überlässt sie die exakte Grenzbestimmung zwischen rechtmäßiger und rechtswidriger Wahlrechtsausübung regelmäßig der Rechtswissenschaft, oftmals nur in knappen Worten darauf hinweisend, dass die Wahlrechtsausübung „dem Stetigkeitsgebot“⁴⁷⁴, „dem Stetigkeits- und Einblicksgebot“⁴⁷⁵ oder schlicht „den Rechtsvorschriften“ genügen müsse.⁴⁷⁶ In den hierdurch entstandenen Graubereich haben sich die Vertreter der Rechtswissenschaft bislang allerdings nur zögerlich vorgewagt; eine letzte systematische Untersuchung zu den bilanzrechtlichen Determinanten der Wahlrechtsausübung findet sich, soweit ersichtlich, in der von *Hennrichs* verfassten, 1999 erschienenen Habilitationsschrift.⁴⁷⁷ Insbesondere vor dem Hintergrund der tiefgreifenden Veränderung der „Wahlrechtslandschaft“ durch das BilMoG erscheint eine aktuelle Auseinandersetzung mit den Ergebnissen dieser Untersuchung und den bilanzrechtlichen Determinanten der Wahlrechtsausübung im Allgemeinen aber dringend geboten. Der nachfolgende Abschnitt wird sich deshalb damit auseinandersetzen, inwieweit die Ausübung bilanzieller Wahlrechte rechtlichen Begrenzungen noch durch das Handelsbilanzrecht selbst unterliegt.

I. Zweck der Wahlrechtseröffnung

Da jedes normative Tätigwerden des Gesetzgebers so zu verstehen und anzuwenden ist, dass der vom Gesetzgeber verfolgte Zweck auch erreicht wird, darf und sollte es selbstverständlich sein, dass eine erste Determinante der Wahlrechtsausübung noch in der Funktion des Wahlrechts selbst begründet liegt.⁴⁷⁸ Wie sogleich aufzuzeigen ist, erweist sich die Zweckbe-

473 Jüngst etwa *Zwirner/Boecker/Busch*, *StuB* 2017, *StuB* 2017, Sonderausgabe „Bilanzpolitik aktuell – Gestaltungsmöglichkeiten zum Jahresabschluss 2017.“

474 *Wagenhofer/Ewert*, *Externe Unternehmensrechnung*, S. 243.

475 *Coenenberg/Haller/Schultze*, *Jahresabschluss und Jahresabschlussanalyse*, S. 1015.

476 *Peemöller*, *Bilanzanalyse und Bilanzpolitik*, S. 203. Vgl. auch *Winnefeld*, *Bilanz-Handbuch*, Kap. D Rn. 2100, der gar davon spricht, dass Aktivierungs- und Passivierungswahlrechte dem Normadressaten „im Rahmen eines „Bilanzierungs-ermessens“ die freie Entscheidung“ über Aktivierung und Passivierung einräumten.

477 *Hennrichs*, *Wahlrechte, passim*. Daran anknüpfend zuletzt *Pöschke*, *ZGR* 2018, 647, 654 ff.

478 *Hennrichs*, *Wahlrechte*, S. 243 f. In diesem Sinne jüngst auch *Pöschke*, *ZGR* 2018, 647, 657.

stimmung bilanzieller Wahlrechte unter Umständen jedoch als tückisch. Das gilt insbesondere für die Frage, welchen Einfluss das Einblicksgebot aus § 264 Abs. 2 Satz 1 HGB auf die Zweckbestimmung ausübt.

1. Arten gesetzlicher Wahlrechte

Versucht man den Zweck der gesetzlichen Wahlrechte zunächst ganz unvoreingenommen zu ermitteln, so zeigt sich, dass je nach Zweckrichtung verschiedene Arten von Wahlrechten identifiziert werden können. Konnte *Henrichs*, seinerseits auf die Vorarbeiten *Bauers*⁴⁷⁹ und *Siegels*⁴⁸⁰ aufbauend, in seiner Arbeit mit Vereinfachungs-, Billigkeits-, Einheitsbilanz-, Subventions-, Ergebnisglättungs- und Kompromisswahlrechten immerhin sechs Arten bilanzieller Wahlrechte unterscheiden,⁴⁸¹ gilt nachfolgend zu überprüfen, inwiefern diese Kategorisierung insbesondere nach den Änderungen des BilMoG noch trägt.

a) Vereinfachungswahlrechte

Einer ersten Kategorie können nach wie vor solche Wahlrechte zugeordnet werden, die der Gesetzgeber dem Abschlusspflichtigen einräumt, um die Bilanzierung zu vereinfachen. Sie sind Ausdruck des gesetzgeberischen Bestrebens, Kosten und Nutzen der bilanziellen Sachverhaltsabbildung in ein angemessenes Verhältnis zu setzen und ein auch wirtschaftlich sinnvolles Bilanzrecht zu schaffen.⁴⁸² In Konstellationen, in denen eben dieses Kosten-/Nutzen-Verhältnis aus dem Gleichgewicht zu geraten droht, eröffnet der Gesetzgeber dem Abschlusspflichtigen deshalb durch Einräumung eines Wahlrechts die Möglichkeit, von einer gesetzlich vorgesehenen Vereinfachung Gebrauch zu machen oder aber – ganz im Sinne eines möglichst realitätsgetreuen Einblicks in die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage –

479 *Bauer*, BB 1981, 766, 768 ff.; *Siegel*, in: Leffson/Rückle/Großfeld, HURB, S. 420 ff.

480 *Siegel*, in: Leffson/Rückle/Großfeld, HURB, S. 420 ff.

481 *Henrichs*, Wahlrechte, S. 66 ff.

482 Vgl. nur *Henrichs*, in: Münchener Kommentar zum Bilanzrecht, § 256 HGB Rn. 10.

mit überobligatorischem Aufwand nach dem gesetzlichen Standard vorzugehen.⁴⁸³

Als Unterfall dieser sogenannten Vereinfachungswahlrechte ist die Regelung des § 256 HGB zu nennen, die in Satz 1 nicht nur ein eigenes Wahlrecht normiert, sondern in Satz 2 darüber hinaus auch den Anwendungsbereich der beiden in § 240 Abs. 3 und 4 HGB statuierten Wahlrechte erweitert. Sie ist ausweislich ihrer amtlichen Überschrift („*Bewertungsvereinfachung*“) ausdrücklich dem Vereinfachungsgedanken verpflichtet und sieht eine Bewertungsvereinfachung für Vermögensgegenstände des Sachanlagevermögens sowie für Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffe vor, die anstelle der sonst erforderlichen Einzelbewertung (§ 252 Abs. 1 Nr. 3 HGB) einer Festbewertung (§ 240 Abs. 3 HGB) bzw. bei gleichartigen Vermögensgegenständen und Schulden einer Gruppen- oder Durchschnittsbewertung unterzogen werden dürfen (§ 240 Abs. 4 HGB).⁴⁸⁴ Vermögensgegenstände sowie Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffe im Anwendungsbereich des § 240 Abs. 3 HGB dürfen zu diesem Zweck mit gleichbleibender Menge und gleichbleibendem Wert angesetzt werden, Vermögensgegenstände im Anwendungsbereich des § 240 Abs. 4 HGB pauschal nach dem gewogenen Durchschnittswert der zu Anfang des Geschäftsjahres vorhandenen und während des Geschäftsjahres erworbenen Vermögensgegenstände bewertet werden.⁴⁸⁵

Im Fall des § 256 Satz 1 HGB resultiert der Vereinfachungseffekt aus der Möglichkeit, für den Wertansatz gleichartiger Vermögensgegenstände des Vorratsvermögens zu unterstellen, „*dass die zuerst oder dass die zuletzt angeschafften oder hergestellten Vermögensgegenstände zuerst verbraucht oder veräußert worden sind*“. Durch Zugrundelegung einer solchen fiktiven Verbrauchsfolge kann das Vorratsvermögen bewertet werden, ohne dass der Abschlusspflichtige exakt ermitteln muss, welche der zum Schluss des Geschäftsjahres auf Lager liegenden Vorräte zu welchem konkreten Preis angeschafft bzw. zu welchen Kosten hergestellt worden sind. Der hierdurch bewirkte Vereinfachungseffekt ist von Bedeutung, wenn gleichartige Vermögensgegenstände untrennbar miteinander vermischt oder vermengt werden, erspart dem Abschlusspflichtigen erheblichen Dokumentationsaufwand und entspricht damit eben dem Gedanken der Wirtschaft-

483 *Hennrichs*, Wahlrechte, S. 67 f. So auch *Bauer*, BB 1981, 766, 768; *Siegel*, in: *Leffson/Rückle/Großfeld*, HURB, S. 420.

484 *Graf*, in: *Münchener Kommentar zum Bilanzrecht*, § 240 HGB Rn. 43; *Hennrichs*, Wahlrechte, S. 68.

485 Vgl. nur *Merkt*, in: *Baumbach/Hopt*, HGB, § 240 Rn. 7 f.

lichkeit, wie er im Rechnungslegungsrecht des HGB an so vielen Stellen zum Ausdruck kommt.⁴⁸⁶ Es lässt sich damit nicht bestreiten, dass neben den Wahlrechten des § 256 Satz 2 i. V. m. § 240 Abs. 3 und 4 HGB auch die Zweckrichtung des in § 256 Satz 1 HGB vorgesehenen Wahlrechts zutreffend mit dem Vereinfachungsgedanken beschrieben werden kann.⁴⁸⁷

b) Billigkeitswahlrechte

Als zweite Kategorie zählt *Henrichs* im Anschluss an *Siegel* die sogenannten Billigkeitswahlrechte, deren Zweck darin bestehen soll, unbillig empfundene Wirkungen bilanzrechtlicher Vorschriften in bestimmten Sonderfällen abzufedern. In diese Gruppierung fielen vor dem BilMoG namentlich die Wahlrechte zur Bildung von Bilanzierungshilfen, die es ermöglichen sollten, durch Aktivierung einmaliger Aufwendungen, die ansonsten nicht als Vermögensgegenstände oder Rechnungsabgrenzungsposten erfasst werden konnten, eine bilanzielle Überschuldung oder einen zu hohen Verlustausweis zu verhindern.⁴⁸⁸ Bis zum Inkrafttreten des BilMoG war den Billigkeitswahlrechten neben dem in § 269 Satz 1 HGB a. F. statuierten Wahlrecht, Ingangsetzungs- oder Erweiterungsaufwendungen des Geschäftsbetriebs zu aktivieren, nach strittiger Auffassung auch das Wahlrecht zur Aktivierung des Geschäfts- oder Firmenwerts nach § 255 Abs. 4 Satz 1 HGB a. F. zuzuordnen.⁴⁸⁹ Mittlerweile ist allein noch das Wahlrecht zum Ansatz aktiver latenter Steuern (§ 274 Abs. 1 Satz 2 HGB) den Billigkeitswahlrechten zuzuordnen. Obgleich nämlich aus der Gesetzesbegründung zum BilMoG explizit hervorgeht, dass aktive latente Steuern nach der Vorstellung des Gesetzgebers nicht als Bilanzierungshilfe, sondern als Sonderposten eigener Art anzusehen sind,⁴⁹⁰ ändert diese neue Klassifikation nichts daran, dass aktive latente Steuern, die weder als Vermögensgegenstand noch als Rechnungsabgrenzungsposten anzusehen sind und einen zu hohen Verlustausweis in der Handelsbilanz ausgleichen sollen,

486 *Henrichs*, in: Münchener Kommentar zum Bilanzrecht, § 256 HGB Rn. 10.

487 In diesem Sinne auch *A/D/S*, Rechnungslegung und Prüfung, § 256 HGB Rn. 7; *Mayer-Wegelin*, in: Küting/Pfitzer/Weber, HdR, § 256 Rn. 10.

488 *Hottmann*, in: Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon, Stichwort „Bilanzierungshilfen“.

489 Für die Einordnung als Billigkeitswahlrecht *Henrichs*, Wahlrechte, S. 68. A. A. *Siegel*, in: Leffson/Rückle/Großfeld, HURB, S. 420.

490 BT-Drcks. 16/10067, S. 67. Anders noch der durch das BiRiLiG eingeführte § 274 Abs. 2 Satz 1 HGB a. F.

die typischen Merkmale einer Bilanzierungshilfe nach wie vor erfüllen.⁴⁹¹ Das zeigt auch das nachfolgende

Beispiel: Im handelsrechtlichen Abschluss der X-GmbH sind Rückstellungen für drohende Verluste aus schwebenden Geschäften in Höhe von 10.000 € anzusetzen (§ 249 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 HGB). Für Zwecke der steuerlichen Gewinnermittlung scheidet die Bilanzierung einer Drohverlustrückstellung gem. § 5 Abs. 4a EStG allerdings aus. Da Verluste im Zeitpunkt der Realisierung zu steuerlich abzugsfähigen Betriebsausgaben führen, existiert eine abzugsfähige temporäre Differenz, sodass die Voraussetzungen zur Aktivierung einer latenten Steuer erfüllt sind (§ 274 Abs. 1 Satz 2 HGB). Die Möglichkeit, die erwartete Steuerbelastung nun erfolgswirksam auf Aktivseite anzusetzen, hat zur Folge, dass das Jahresergebnis zunächst nur in Höhe des zurückgestellten Betrags und nicht auch noch in Höhe der darauf zunächst zu bezahlenden Steuern belastet wird und im Laufe der Folgejahre bis zum endgültigen Eintritt oder Ausbleiben des Verlusts schrittweise abgebaut wird.

Sofern *Siegel* also formuliert, dass das Wahlrecht zum Ansatz aktiver latenter Steuern „*nicht als Billigkeitsmaßnahme, sondern zwecks Rechnungsabgrenzung*“⁴⁹² eingeräumt wurde, wird man der Prämisse zustimmen, die hieraus abgeleitete Schlussfolgerung allerdings umkehren müssen: Gerade weil das Wahlrecht zum Ansatz aktiver latenter Steuern es ermöglicht, künftige Steuerentlastungen bilanziell zu antizipieren und sie periodisch bis zu ihrem erwarteten Eintritt abzugrenzen, dient das Wahlrecht der Abmilderung ungewollter Auswirkungen des Bilanzrechts und ist damit letztlich Ausdruck eines gesetzgeberischen Billigkeitsgedankens.

c) Kompromisswahlrechte

Weiterhin gehen *Hennrichs* und *Siegel* davon aus, dass der Gesetzgeber dem Normadressaten Wahlrechte teilweise auch schlicht deshalb einräumt, weil er die verschiedenen zur Wahl gestellten Alternativen im Hinblick auf die gesetzlichen Zwecke der Rechnungslegung als gleichwertig ansieht.⁴⁹³ Dabei kann es sich entweder um Fälle handeln, in denen die richtige Lösung schon unter Fachleuten umstritten ist und in denen für die ver-

491 Einige Vertreter des Schrifttums halten deshalb nach wie vor am Begriff der Bilanzierungshilfe fest, vgl. nur *Merkt*, in: Baumbach/Hopt, HGB, § 274 Rn. 3.

492 *Siegel*, in: Leffson/Rückle/Großfeld, HURB, S. 420.

493 *Hennrichs*, Wahlrechte, S. 73; *Siegel*, Leffson/Rückle/Großfeld, HURB, S. 421.

schiedenen Auffassungen gleichermaßen gute Gründe sprechen. Die Einführung des Wahlrechts stellt dann, wie etwa § 255 Abs. 2 Satz 3 HGB, schlicht einen *sachlichen* Kompromiss dar.⁴⁹⁴ Ebenso kann es sich aber um Wahlrechte handeln, die einem *politischen* Kompromiss entstammen. Besonders evident war das vor Inkrafttreten des BilMoG bei denjenigen Wahlrechten, die auf der vierten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie beruhen. In ihr hatte der europäische Gesetzgeber den nationalen Gesetzgebern zahlreiche Wahlrechte für eine vereinfachte Anpassung der nationalen Vorschriften an die europäische Richtlinie eingeräumt, die der deutsche Gesetzgeber dann seinerseits an den Abschlusspflichtigen „*weitergereicht*“ hat.⁴⁹⁵ Mittlerweile verblieben ist aus dieser Kategorie allerdings allein noch das Wahlrecht aus Art. 28 Abs. 1 Satz 1 EGHGB, das die Bildung von Rückstellungen für Altzusagen betrifft.

d) Einheitsbilanz-Wahlrechte – Wegfall infolge des BilMoG

Die frühere Kategorie der sogenannten Einheitsbilanz-Wahlrechte, mit denen der Gesetzgeber dem Normadressaten die Erstellung einer einheitlichen Handels- und Steuerbilanz ermöglichen und aufwendige Überleitungsrechnungen ersparen wollten, sind mit Streichung der §§ 250 Abs. 1 Satz 2 und 255 Abs. 5 Satz 3 HGB⁴⁹⁶ als den beiden einzigen Wahlrechten dieser Zweckrichtung entfallen.

e) Subventionswahlrechte – Wegfall infolge des BilMoG

Ebenfalls dem BilMoG zum Opfer gefallen ist die ehemalige Kategorie der Subventionswahlrechte. Auch sie hatten ihren Ursprung im Steuerrecht, das dem Normadressaten mitunter Wahlrechte einräumte, um ihn zu einem als förderungswürdig angesehenen Verhalten zu bewegen. Die jeweils korrespondierenden handelsrechtlichen Wahlrechte sollten in diesem Zusammenhang nur dem Grundsatz der umgekehrten Maßgeblichkeit Rechnung tragen,⁴⁹⁷ haben aber mit Abschaffung der umgekehrten

494 So auch *Henrichs*, Wahlrechte, S. 71.

495 *Henrichs*, Wahlrechte, S. 71.

496 Vgl. noch *Henrichs*, Wahlrechte, S. 69.

497 *Henrichs*, Wahlrechte, S. 69; *Siegel*, in: Leffson/Rückle/Großfeld, HURB, S. 417, 420.

Maßgeblichkeit durch das BilMoG ihren einzigen Zweck eingebüßt. Der früher den Subventionswahlrechten zuzuordnende § 254 Satz 1 HGB a. F. ist dementsprechend ebenso wie die übrigen Subventionswahlrechte aus §§ 247 Abs. 3, 273, 279 Abs. 2, 280 Abs. 2 und 281 Abs. 1 HGB a. F. mit Inkrafttreten des BilMoG aufgehoben worden.⁴⁹⁸

f) Beibehaltungswahlrechte des BilMoG

Mit Inkrafttreten des BilMoG wurden in Art. 67 Abs. 1 EGHGB Wahlrechte zur Beibehaltung der nach § 249 Abs. 2 HGB a. F. bereits gebildeten Rückstellungen, der nach § 247 Abs. 3 i. V. m. § 273 HGB a. F. bereits gebildeten Sonderposten mit Rücklageanteil und der nach § 250 Abs. 1 Satz 2 HGB a. F. bereits aktivierten Rechnungsabgrenzungsposten eingeführt. Der Zweck dieser auch als Beibehaltungswahlrechte bezeichneten Wahlrechte⁴⁹⁹ dürfte – wie der Zweck sonstiger Übergangsvorschriften auch – darin liegen, das Vertrauen des Rechtsanwenders in die bestehende Rechtslage und den gesetzgeberischen Willen zur Fortentwicklung des Rechts in einen angemessenen Ausgleich zu bringen, die Übergangsphase einer praktikablen Lösung zuzuführen und dem Rechtsanwender hierdurch die Umstellung auf die neue Rechtslage zu erleichtern.⁵⁰⁰ Ganz in diesem Sinne stehen die Beibehaltungswahlrechte des BilMoG letztlich den Billigkeits- und Vereinfachungswahlrechten gleich.

498 BT-Drcks. 16/10067, S. 59: *„Die Berücksichtigung nur steuerrechtlich zulässiger – regelmäßig subventionspolitisch motivierter – Abschreibungen im handelsrechtlichen Jahresabschluss hat zur Folge, dass es zu erheblichen Verzerrungen in der Darstellung der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage kommt. Die im handelsrechtlichen Jahresabschluss ausgewiesenen Vermögensgegenstände werden nicht in Höhe des periodengerechten (tatsächlichen) Werteverzehrs, sondern schneller abgeschrieben. Dies mag bei einer das Vorsichtsprinzip stark betonenden handelsrechtlichen Rechnungslegung noch vertretbar sein, ist es schlechterdings aber nicht mehr, wenn die Gläubigerschutz- und die Informationsfunktion des handelsrechtlichen Jahresabschlusses auf gleicher Ebene stehen. Demgemäß ist die Aufhebung des § 254 Satz 1 HGB geboten.“*

499 Schmidt/Ries, in: Beck'scher Bilanzkommentar, § 246 HGB Rn. 86.

500 Vgl. Kirsch, DStR 2009, 1048 ff.

g) Originär bilanzpolitisch motivierte Wahlrechte

Abschließend seien mit der Kategorie der originär bilanzpolitisch motivierten Wahlrechte noch solche Wahlrechte angesprochen, die nach dem gesetzgeberischen Willen gerade darauf abzielen, dem Abschlusspflichtigen eine ihm bilanzpolitisch besonders günstige Darstellung der tatsächlichen Verhältnisse zu ermöglichen. Hierzu zählen beispielsweise die in § 340f HGB verankerten Wahlrechte der Kreditinstitute zur Bildung und Beibehaltung von Vorsorgereserven und zur Überkreuzverrechnung.⁵⁰¹ Sie dienen gerade dazu, in schlechten Jahren Ergebnisglättung zu ermöglichen und hierdurch „eine Verschlechterung der Ertragslage oder gar den Eintritt von Verlusten zu verdecken, um das Vertrauen der Öffentlichkeit in das Kreditinstitut zu erhalten“.⁵⁰² Die Einräumung derartiger Wahlrechte ermöglicht dem Abschlusspflichtigen, hier in Gestalt des Kreditinstituts, die eigene bilanzpolitische Außendarstellung nicht nur reflexhaft, sondern eben ganz gezielt zum eigenen Vorteil auszurichten.⁵⁰³

Keine Ergebnisglättung, sondern im Gegenteil eine unmittelbare Verbesserung des Eigenkapitals ermöglicht das im BilMoG neu eingeführte Wahlrecht zur Aktivierung selbst geschaffener immaterieller Vermögensgegenstände des Anlagevermögens in Höhe der Herstellungskosten (§ 248 Abs. 2 Satz 1 HGB). Die dahinterstehende Absicht des Gesetzgebers bestand erklärtermaßen darin, zum einen der zunehmenden Bedeutung immaterieller Vermögensgegenstände im Wirtschaftsleben Rechnung zu tragen und diese stärker als zuvor in den Fokus der Abschlussadressaten zu rücken. Ganz speziell sollte das Wahlrecht aber „insbesondere innovative mittelständische Unternehmen begünstigen, die erst am Beginn ihrer wirtschaftlichen Entwicklung stehen (Start-ups)“. Sie sollten „die Möglichkeit erhalten, ihre Außendarstellung zu verbessern“ und durch eine Verbesserung der Eigenkapitalquote sowie eine entsprechende Verbesserung ihres Ratings von besseren Finanzierungskonditionen zu profitieren.⁵⁰⁴ Auch das Wahlrecht zur Aktivierung immaterieller Vermögensgegenstände des Anlagevermögens kann damit als originär bilanzpolitisch motiviertes Wahlrecht aufgefasst werden.

501 So schon *Henrichs*, Wahlrechte, S. 70.

502 *Henrichs*, Wahlrechte, S. 70.

503 *Henrichs*, Wahlrechte, S. 70.

504 BT-Drcks. 16/10067, S. 49.

2. Wahlrechtsausübung und Einblicksgebot – der Einfluss des Einblicksgebots auf die Zweckbestimmung gesetzlicher Wahlrechte

Das Einblicksgebot des § 264 Abs. 2 Satz 1 HGB wurde im ersten Teil dieser Untersuchung bereits angesprochen und in seinen Grundzügen skizziert. Es folgt, wie bereits erwähnt, europarechtlich seit 2013 aus Art. 4 Abs. 3 Satz 1 der Bilanzrichtlinie, geht seinem Ursprung nach aber auf Art. 2 Abs. 3 Satz 1 der vierten EG-Richtlinie respektive Art. 16 Abs. 3 der siebten EG-Richtlinie zurück und verlangt, dass der Abschluss der Gesellschaft einen *true and fair view*, das heißt ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Gesellschaft vermittelt.

a) Die Abweichungs- und Korrekturfunktion des Einblicksgebots

Der Einfluss des Einblicksgebots auf die Zweckbestimmung gesetzlicher Wahlrechte und damit letztlich auf die Wahlrechtsausübung insgesamt, ist bereits seit Langem Gegenstand fachwissenschaftlicher Diskussion.⁵⁰⁵ Ausgangspunkt der Meinungsverschiedenheit ist dabei der heutige Art. 4 Abs. 4 der Bilanzrichtlinie, demzufolge einzelne Bestimmungen der Richtlinie dann nicht anzuwenden sind, wenn andernfalls ein den tatsächlichen Verhältnissen widersprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Unternehmens vermittelt würde. Die hierin zum Ausdruck gelangende Abweichungs- und Korrekturfunktion des Einblicksgebots kann gerade hinsichtlich der Wahlrechtsausübung, die in besonderem Maße Einfluss auf das im Abschluss vermittelte Bild ausüben kann, unterschiedlich strikt gehandhabt werden.⁵⁰⁶ Der aktuelle Meinungsstand lässt sich im Wesentlichen aber auf zwei Ansätze herunterbrechen.

Vereinzelt nehmen Literaturvertreter die beschriebene Korrektur- oder Abweichungsfunktion des Einblicksgebots und die in ihm zum Ausdruck kommende Hauptzielbestimmung zum Anlass, das Einblicksgebot bei der Anwendung der Einzelschriften zum obersten Gebot zu erheben.⁵⁰⁷

505 Vgl. nur *Hüttemann/Meyer*, in: Staub, Großkommentar zum HGB, § 264 Rn. 42.

506 Zu Vergleichen mit dem angelsächsischen Recht, das das Einblicksgebot zum *overriding principle* erhebt, *Hüttemann/Meyer*, in: Staub, Großkommentar zum HGB, § 264 Rn. 17; *Reiner*, in: Münchener Kommentar zum HGB, § 264 Rn. 35.

507 *Claussen*, in: FS Goerdeler, S. 91; *ders./Korth*, in: Kölner Kommentar zum Rechnungslegungsrecht, § 264 HGB Rn. 33 ff.; *van Hulle*, in: FS Budde, S. 313; *Siegel*, in: Leffson/Rückle/Großfeld, HURB, S. 425 f.

Danach ist bei der Wahlrechtsausübung möglichst diejenige Alternative zu wählen, die am ehesten ein „getreues Bild“ der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage gewährleistet. Weil diese Ansicht aber die gesetzlich eröffneten Wahlrechte auf bloße Abbildungsoffenheiten reduziert, deren Ausübung nicht durch eine ihnen genuin zukommende Zweckrichtung, sondern eben allein durch das Einblicksgebot als oberste Handlungsmaxime bestimmt wird, ist ihr nicht zu folgen. Mit dem expliziten Ausnahmecharakter der Korrektur- und Abweichungsfunktion des Einblicksgebots aus Art. 4 Abs. 4 Satz 1 der Bilanzrechtlinie ist eine solche Sichtweise nicht vereinbar.⁵⁰⁸

Auf der anderen Seite des Meinungsspektrums stand lange Zeit die These der völligen Unabhängigkeit der Wahlrechtsausübung vom Einblicksgebot.⁵⁰⁹ Grundlage dieses Ansatzes war die auf *Moxter* zurückgehende Abkopplungsthese,⁵¹⁰ derzufolge Bilanz und GuV im Interesse einer möglichst unverzerrten Gewinnermittlung frei vom Einwirkungsbereich des Einblicksgebots bleiben sollten, während im Anhang als dem wesentlichen Informationsinstrument des Abschlusses Erläuterungen bezüglich der Wahlrechtsausübung erforderlich, aber eben auch hinreichend sein sollten, um dem gesetzlich geforderten Informationsniveau zu entsprechen.⁵¹¹ Das Einblicksgebot beeinflusste hiernach also weder die Zweckbestimmung des Wahlrechts, noch überhaupt dessen Ausübung. Dass auch dieser Ansatz heute allenfalls in stark abgeschwächter Form Bestand haben kann, resultiert aus der herausgehobenen Stellung des Einblicksgebots als Hauptzielbestimmung der Bilanzrichtlinie und wird durch den Wortlaut des Einblicksgebots bestätigt, der einen allein auf den Anhang beschränkten Wirkbereich des Einblicksgebots in keinerlei Hinsicht stützt.⁵¹²

508 *Störk/Schellhorn*, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, § 264 HGB Rn. 28, der ebenfalls darauf hinweist, dass eine derart strikte Handhabung der Abweichungs- und Korrekturfunktion des Einblicksgebots zu einem wohl unerträglichen Maß an Rechtsunsicherheit führen würde.

509 Vgl. nur *A/D/S*, Rechnungslegung und Prüfung, § 264 HGB Rn. 107; *Beisse*, in: FS Döllerer, S. 25, 42; *Clemm*, in: FS Budde, S. 135, 161 ff., 154; *W. Müller*, in: FS Moxter, S. 75, 91 f.; *Schildbach*, BFuP 1987, 1, 7 f., 13; *Streim*, in: FS Moxter, S. 391, 398; *Wöhe*, DStR 1985, 715, 720. Weitere Literaturnachweise bei *Henrichs*, Wahlrechte, S. 330 (Fn. 267).

510 *Moxter*, AG 1979, 141, 143; *ders.*, ZIP 1987, 608, 610; *ders.*, in: FS Budde, S. 419 ff.; *ders.*, Bilanzlehre Bd. II, S. 67 f.

511 *A/D/S*, Rechnungslegung und Prüfung, § 264 HGB Rn. 107.

512 *Merkt*, in: Baumbach/Hopt, HGB, § 264 Rn. 12; *Ruppelt*, in: Häublein/Hoffmann-Theinert, BeckOK HGB, § 264 Rn. 39.2.

Die vorzugswürdige herrschende Meinung geht deshalb einen Mittelweg, der die Korrektur- und Abweichungsfunktion des Einblicksgebots zwar nicht unberücksichtigt lässt, ihr letztlich aber nur subsidiäre Wirkung zugesteht.⁵¹³ Konkret heißt das zunächst, dass die vorrangige Grenze der Wahlrechtsausübung sich aus dem gesetzlichen Zweck der Wahlrechtsöffnung ergibt. Das Einblicksgebot vermag diese Zweckbestimmung nicht grundlegend zu ändern, entfaltet aber interpretative Wirkung, sobald sich Zweifel an der Zweckbestimmung ergeben. In solchen Fällen ist unter mehreren in Betracht kommenden Zweckrichtungen diejenige zu wählen, die mit dem Einblicksgebot am besten vereinbar ist. Die in Art. 4 Abs. 4 der Bilanzrichtlinie zum Ausdruck kommende Korrektur- und Abweichungsfunktion des Einblicksgebots beschränkt sich vor diesem Hintergrund auf besonders gelagerte Sachverhalte und soll konkret im Falle der Wahlrechtsausübung allein einem rechtsmissbräuchlichen Verhalten des Normadressaten entgegenwirken.⁵¹⁴ Letzteres ist beispielsweise anzunehmen, wenn der Geschäftsleiter sich in Ausübung des in § 256 Satz 1 HGB statuierten Wahlrechts für die Anwendung der Lifo-Methode entscheidet, obwohl diese mit dem betrieblichen Geschehensablauf *völlig unvereinbar* ist; so etwa, wenn das betreffende Vorratsvermögen aus leicht verderblichen Lebensmitteln⁵¹⁵ oder aus Gegenständen besteht, die während des Geschäftsjahres stets vollständig aufgebraucht werden.⁵¹⁶

b) Die Interpretationsfunktion des Einblicksgebots bei Zweifeln an der Zweckbestimmung bilanzieller Wahlrechte

Wenn die Auswirkungen des Einblicksgebots also vorrangig nicht in dessen Abweichungs- und Korrekturfunktion, sondern in dessen Interpretationsfunktion begründet liegen, stellt sich die Frage, was hieraus für solche Wahlrechte folgt, deren Zweckbestimmung Zweifel aufwirft.

513 *Hennrichs*, Wahlrechte, S. 340 ff.

514 Vgl. nur *W. Müller*, in: *Liber amicorum Happ*, S. 191; *Störk/Schellhorn*, in: *Beck'scher Bilanz-Kommentar*, § 264 HGB Rn. 25 ff.

515 *Hennrichs*, in: *Münchener Kommentar zum Bilanzrecht*, § 256 HGB Rn. 20; *ders.*, *Ubg* 2011, 705, 707.

516 *A/D/S*, *Rechnungslegung und Prüfung*, § 256 HGB Rn. 18; *Hennrichs*, in: *Münchener Kommentar zum Bilanzrecht*, § 256 HGB Rn. 20.

aa) Bewertungsvereinfachungsverfahren gem. § 256 Satz 1 HGB

Oben ist bereits festgehalten worden, dass das Wahlrecht zur Anwendung der in § 256 Satz 1 HGB genannten Bewertungsvereinfachungsverfahren – wie die amtliche Überschrift auch zu erkennen gibt – jedenfalls der Vereinfachung dient. Da die nach § 256 Satz 1 HGB anwendbare Lifo-Methode aber unterstellt, dass die zuletzt angeschafften oder hergestellten Vermögensgegenstände zuerst verbraucht worden sein, stellt sich die Frage, inwieweit die hierdurch in Zeiten steigender Preise gebildeten stillen Reserven Einfluss auf die weitere Zweckbestimmung des Wahlrechts haben. Zur Veranschaulichung der Problematik dient folgendes

Beispiel:⁵¹⁷ Am 01.01.2017 befanden sich im Lager der X-GmbH 1.000 Einheiten eines Rohstoffs zu Anschaffungskosten von 6 € pro Einheit. Den Buchhaltungsunterlagen lässt sich zu Beginn des Monats Juli 2017 ein Zugang 1.000 weiterer Einheiten zu Anschaffungskosten von 7 € je Einheit entnehmen, zum Ende des Monats August durch Veräußerung ein Abgang von 1.000 Einheiten zu einem Veräußerungserlös von 8 € je Einheit und zum Anfang des Monats Dezember ein Zugang von 1.000 Einheiten zu Anschaffungskosten von 9 € je Einheit. Am 31.12.2017 können als Endbestand folglich 2.000 Einheiten verzeichnet werden. Bei der Bewertung dieser 2.000 im Endbestand befindlichen Einheiten spielt es bei Inanspruchnahme des in § 259 Satz 1 HGB statuierten Wahlrechts – darin kommt zunächst der beschriebene Vereinfachungseffekt zum Ausdruck – keine Rolle, zu welchem konkreten Preis die nunmehr auf Lager liegenden 2.000 Einheiten Rohstoffe konkret erworben wurde. So mag es beispielsweise zwar sein, dass sich unter den 2.000 Einheiten neben den 1.000 Einheiten, die zum Preis von je 9 € erworben wurden, insgesamt 400 Einheiten befinden, die zum Preis von je 6 € erworben wurden und 600 Einheiten, die zum Preis von je 7 € je Einheit erworben wurden. Für die bilanzielle Bewertung des Rohstoffs spielt das allerdings keine Rolle, kann doch nach § 259 Satz 1 Var. 1 unterstellt werden, dass (i) es sich bei den 2.000 im Lager befindlichen Einheiten um diejenigen Rohstoffe handelt, die zuletzt angeschafft wurden (Fifo-Methode), sprich: um 1.000 Einheiten zu je 9 € und weitere 1.000 Einheiten zu je 7 € oder dass (ii) es sich bei den 2.000 im Lager befindlichen Einheiten um diejenigen Rohstoffe handelt, die zuerst angeschafft wurden (Lifo-Methode), sprich: um 1.000 Einheiten

517 Das hier in stark abgewandelter Form dargestellte Beispiel geht zurück auf *Coenenberg/Haller/Schultze*, Jahresabschluss und Jahresabschlussanalyse, Aufgaben und Lösungen, Aufgabe 4.3, S. 70.

zu je 6 € und weitere 1.000 Einheiten zu je 7 €. Die im Vorratsvermögen befindlichen Rohstoffe wären dann folglich bei Zugrundelegung der Fifo-Methode in Höhe von 14.500 € in der Bilanz auszuweisen, bei Zugrundelegung der Lifo-Methode in Höhe von insgesamt nur 13.000 €. Vergleicht man den nach Lifo-Methode anzusetzenden Wert mit dem Wert, der dem Endbestand bei Zugrundelegung des zeitlich letzten Anschaffungspreises in Höhe von 9 € zukäme, zeigt sich, dass die Anwendung der Lifo-Methode im Falle unterjähriger Preissteigerungen zur Bildung stiller Reserven führt – im gewählten Beispiel ganz konkret zur Bildung stiller Reserven in Höhe von 5.000 € – und damit im Gegensatz zur Fifo-Methode einen verstärkten Ergebnisglättungseffekt hat, der potenziell bilanzpolitisch genutzt werden kann und der bilanzierungspflichtigen Kapitalgesellschaft damit zusätzlich zu dem durch § 256 Satz 1 HGB bewirkten Vereinfachungseffekt zugute kommen kann. Des Weiteren zeigt das Beispiel, dass die Lifo-Methode im Gegensatz zur Fifo-Methode auch den Ausweis von Scheingewinnen vermeidet und damit zum Substanzerhalt beiträgt, sofern – wie im vorliegenden Beispiel – der unterjährige Verbrauch bzw. die unterjährigen Veräußerungen des betreffenden Vorratsvermögens vollständig aus den unterjährigen Anschaffungen gedeckt werden kann und der zu Beginn des Geschäftsjahres vorhandene Anfangsbestand deshalb nicht angegriffen werden muss. Während im Beispiel nämlich die Veräußerung der 1.000 Rohstoffeinheiten Ende August 2017 *nominal* einen durchschnittlichen Gewinn in Höhe von 1.000 € bewirkt, ist aufgrund der erhöhten Wiederbeschaffungskosten zu 8 € je Einheit im Dezember 2017 *substanzial* ein Verlust in Höhe von 1.000 € eingetreten. Werden die im Endbestand enthaltenen Rohstoffe allerdings nicht wie nach der Fifo-Methode zu 14.500 € ausgewiesen, sondern nur zu 13.000 €, wirkt das dem potenziellen Ausweis eines tatsächlich nur *scheinbar* erzielten Gewinnes in Höhe von 1.000 € entgegen. Da die Anwendung der Lifo-Methode seit Inkrafttreten des Steuerreformgesetzes 1990 auch steuerrechtlich anerkannt ist (§ 6 Abs. 1 Nr. 2a EStG), ist die Vermeidung derartiger Scheingewinne auch für die Besteuerung maßgeblich.

Weil die Ausübung des in § 256 Satz 1 HGB normierten Wahlrechts also in Zeiten steigender Preise durch die Bildung stiller Reserven zur Ergebnisglättung und damit zum Substanzerhalt beiträgt, vertreten einige Stimmen im Schrifttum die Ansicht, dass in eben dieser Ergebnisglättung bzw. „Vermeidung von Scheingewinnen“ eine weitere Zweckrichtung des Wahlrechts läge und das Wahlrecht dementsprechend auch gezielt bilanz-

politisch genutzt werden könne.⁵¹⁸ Das entwertet den Vereinfachungsgedanken des § 256 Satz 1 HGB insoweit, als im Rahmen einer bilanzpolitischen Nutzung nach dieser Ansicht selbst dann die Lifo-Methode angewendet werden dürfte, wenn ein Vereinfachungseffekt gar nicht einträte.

Gerade das ist aber mit der interpretativen Wirkung des Einblicksgebots nicht vereinbar.⁵¹⁹ Denn sie verlangte für die Annahme eines originär bilanzpolitisch motivierten Wahlrechts eine dahinterstehende Absicht des Gesetzgebers, an der es gerade fehlt, wenn dieser bei der Einführung des Wahlrechts primär eine Vereinfachung der Bewertungsregeln für den Abschlusspflichtigen im Sinn hatte. Sofern die Anwendung der Lifo-Methode der abschlusspflichtigen Gesellschaft also in Zeiten steigender Preise bilanzpolitisch zum Vorteil gereichen kann, so ist dieser Effekt reflexhafter Natur und kann daher bilanzpolitisch nur insoweit genutzt werden, als der Vereinfachungsgedanke gewahrt ist und also ein Vereinfachungseffekt bei der Gesellschaft auch tatsächlich eintritt. Keineswegs kann es demgegenüber mit dem Zweck des § 256 Satz 1 HGB vereinbar sein, die Lifo-Methode allein um ihrer bilanzpolitischen Wirkung willen anzuwenden, wenn die hiermit beabsichtigte Vereinfachung wie in den oben bereits genannten Beispielen⁵²⁰ bei der Gesellschaft erkennbar ausbleibt.⁵²¹

Sodann kann eine weitere Zweckrichtung des § 256 Satz 1 HGB auch nicht in der Substanzerhaltung liegen, zu der die Anwendung der Lifo-Methode in Zeiten steigender Preise durch Bildung stiller Reserven beiträgt.⁵²² Das hätte zur Folge, dass die Lifo-Methode in Zeiten fallender Preise nicht angewendet werden und der vom Gesetzgeber unzweifelhaft

518 *Herzig/Gasper*, DB 1991, 557, 558; *Gasper*, Die Lifo-Bewertung, S. 70 ff.; *Fischer*, in: *Herzig*, Vorratsbewertung nach der Lifo-Methode, S. 1, 2; *Mayer-Wegelin*, in: *Küting/Pfitzer/Weber*, HdR, § 256 Rn. 10. Zur Möglichkeit einer bilanzpolitischen Nutzung des § 256 Satz 1 HGB auch *Grottel/F. Huber*, in: *Beck'scher Bilanz-Kommentar*, § 256 HGB Rn. 8 f.; *Wöhe*, Bilanzierung und Bilanzpolitik, S. 476, 478, 489 („Mittel zur Bildung stiller Reserven“, „Möglichkeit der gezielten Beeinflussung des Periodengewinns“). Für § 6 Abs. 1 Nr. 2a EStG *Glanegger*, in: *Schmidt*, EStG, § 6 Rn. 351.

519 Ablehnend auch *Henrichs*, Wahlrechte, S. 397; *Siegel*, DB 1991, 1941, 1943.

520 Vgl. § 2 B. I 1. a).

521 Dazu eingehend *Henrichs*, in: *Münchener Kommentar zum Bilanzrecht*, § 256 HGB Rn. 11, 18.

522 So auch *Henrichs*, in: *Münchener Kommentar zum Bilanzrecht*, § 256 HGB Rn. 11. A. A. *A/D/S*, Rechnungslegung und Prüfung, § 256 HGB Rn. 8; *Herzig/Gasper* DB 1991, 557, 558 f.; *Gasper*, Die-Lifo-Bewertung, S. 70 ff.; *Mayer-Wegelin*, DB 2001, 554.

beabsichtigte Vereinfachungseffekt dann nicht genutzt werden könnte.⁵²³ Zwar hat der Gesetzgeber in seiner Begründung zum Steuerreformgesetz an verschiedenen Stellen explizit darauf hingewiesen, dass durch die Einführung des § 6 Abs. 1 Nr. 2 EStG und der damit ermöglichten Anwendung der Lifo-Methode eine Scheingewinnbesteuerung vermieden werden solle.⁵²⁴ Auch hat das BMF in seinem 2015 veröffentlichten Rundschreiben den Zweck des § 6 Abs. 1 Nr. 2 EStG explizit in der Verhinderung der Scheingewinnbesteuerung erblickt.⁵²⁵ Aus diesen spezifisch steuerrechtlichen Erwägungen ergeben sich allerdings für das Handelsbilanzrecht keine Rückschlüsse auf eine über den Vereinfachungsgedanken hinausgehende Zweckbestimmung des § 256 Satz 1 HGB, zumal es mit dem im handelsrechtlichen Rechnungslegungsrecht vorherrschenden Prinzip der nominellen Kapitalerhaltung nicht im Einklang stünde, die Bilanz als Instrument zur Scheingewinnvermeidung zu verstehen.⁵²⁶ Ebenfalls ist unerheblich, dass dem Gesetzgeber die Verwendung der Lifo-Methode zur Scheingewinnvermeidung bei Aufnahme des heutigen § 256 Satz 1 HGB in das AktG 1965 bekannt war.⁵²⁷ Damit liegt die einzige Zweckrichtung des § 256 Satz 1 HGB ebenso wie schon die Zweckrichtung § 250 Satz 2 i. V. m. § 240 Abs. 3 und 4 HGB in der Bewertungsvereinfachung.⁵²⁸

bb) Außerplanmäßige Abschreibung nach § 253 Abs. 3 Satz 6 HGB

Schwierigkeiten bereitet sodann auch die Zweckbestimmung des in § 253 Abs. 3 Satz 6 HGB verankerten Wahlrechts zur außerplanmäßigen Abschreibung von Finanzanlagen bei nur vorübergehender Wertminderung. Da das Wahlrecht in Abweichung von Satz 5 der Vorschrift eine Rückkehr zum strengen Niederstwertprinzip für Finanzanlagen ermöglicht, wird es bisweilen als Vorsichtswahlrecht eingestuft, dessen Zweck darin bestehen soll, eine vorsichtigere Bewertung zu ermöglichen als nach Satz 5

523 So auch *Hennrichs*, in: Münchener Kommentar zum Bilanzrecht, § 256 HGB Rn. 18.

524 Vgl. *Kessler/Suchan*, DStR 2003, 345, 347; *Mayer-Wegelin*, in: Küting/Pfitzer/Weber, HdR, § 256 HGB Rn. 18; *ders.*, S. 554; *Moxter*, Bilanzlehre S. 157.

525 BFH, Schreiben v. 12.05.2015, BStBl. I 15, 462.

526 *Hennrichs*, Wahlrechte, S. 396.

527 *Mayer-Wegelin*, in: Küting/Pfitzer/Weber, HdR, § 256 HGB Rn. 10a.

528 In diesem Sinne etwa auch *Hüttemann/Meinert*, DB 2013, 1865; *dies.*, Die Lifo-Methode in Handels- und Steuerbilanz S. 42 ff. Aus der Rechtsprechung BFH, Urt. v. 20.06.2000, BStBl. II 2001, S. 636 ff.

gefordert.⁵²⁹ Das hat zu Recht Kritik hervorgerufen. So hat namentlich *Hennrichs* argumentiert, dass die Einräumung eines solchen vermeintlichen „Vorsichtswahlrechts“ bereits in sich widersprüchlich sei, da bereits die Einräumung eines Wahlrechts dem Vorsichtsgedanken widerspreche. Stattdessen hätte der Gesetzgeber im Fall des § 253 Abs. 3 Satz 6 HGB vielmehr auf die Einräumung eines Wahlrechts verzichten und stattdessen die Abschreibung auf den niedrigeren Wert zwingend vorschreiben müssen, um dem Vorsichtsprinzip mit Sicherheit zur Durchsetzung zu verhelfen.⁵³⁰ Näherliegend als die Annahme eines Vorsichtswahlrechts sei es deshalb, das Wahlrecht als Ausdruck einer verhältnismäßigen Zurückhaltung des Gesetzgebers und damit gewissermaßen als Kompromisswahlrecht einzustufen.⁵³¹ *Siegel* spricht demgegenüber von einem Unsicherheitswahlrecht, das der Abschwächung von Bewertungsunsicherheiten diene⁵³² und *K. Müller* und *Kropff* sehen den gesetzgeberischen Fokus vor allem in der Gewährleistung einer stetigen Vorratsbewertung⁵³³ und würden daher – wohl ähnlich wie *Siegel* – ebenfalls von einem Unsicherheitswahlrecht ausgehen.

Zuzugeben ist insbesondere *Hennrichs*, dass die Annahme eines auf vorsichtige Bilanzierung *abzielenden* Wahlrechts sich als widersprüchlich erweist. Es kann nicht Zweck des § 253 Abs. 3 Satz 6 HGB sein, dem Normadressaten die Wahl zwischen zwei Handlungsmöglichkeiten einzuräumen, nur um diese sodann im Rahmen einer zweckorientierten Anwendung der Vorschrift sogleich wieder auf eine Handlungsmöglichkeit zu reduzieren und den Normadressaten im Rahmen einer teleologischen Wahlrechtsausübung stets zur Bewertung nach dem strengen Niederstwertprinzip zu zwingen. Auch wenn die Ausübung des Wahlrechts durch außerplanmäßige Abschreibung dem Vorsichtsprinzip entspricht, wird man deshalb eher von einer Art „*Mosaikwahlrecht*“ ausgehen haben, das Elemente eines Kompromiss- und gegebenenfalls auch Unsicherheitswahlrechts in sich trägt.

529 Ohne Bezugnahme auf den heutigen § 253 Abs. 3 Satz 6 HGB *Kropff*, WPg 1966, 369, 373 f.; *J. Müller*, Das Stetigkeitsprinzip im neuen Bilanzrecht, S. 72, *ders.*, BB 1987, 1629, 1631, 1634.

530 *Hennrichs*, Wahlrechte, S. 72 f. In Abkehr von der früher vertretenen Ansicht dann auch *Kropff*, in: FS Baetge, S. 76, 87.

531 Dazu sogleich unten. § 253 Abs. 3 Satz 6 HGB beruht seinerseits auf einem Wahlrecht der europäischen Mitgliedstaaten in Art. 35 Abs. 1 lit. c) aa) der vierten EG-Richtlinie.

532 *Siegel*, in: Leffson/Rückle/Großfeld, HURB, S. 420.

533 *Kropff*, WPg 1966, 369, 373 f.

Jedenfalls aber kann es entgegen einer teilweise vertretenen Auffassung im Einklang mit der interpretativen Funktion des Einblicksgebots nicht vereinbar sein, den Zweck des § 253 Abs. 3 Satz 6 HGB in der Eröffnung eines bilanzpolitischen Spielraums zu erblicken.⁵³⁴ Dass nämlich gerade die Einräumung eines solchen Spielraums der gesetzgeberischen Absicht entspricht, wird nirgends erkennbar – auch nicht aus der Gesetzesbegründung zum BilMoG, in der der Gesetzgeber zum Ausdruck brachte, durch die überwiegende Streichung der damals noch bestehenden Wahlrechte zur außerplanmäßigen Abschreibung bei nur vorübergehender Wertminderung den bilanzpolitischen Gestaltungsspielraum des Abschlusspflichtigen verringern zu wollen.⁵³⁵ Denn damit brachte der Gesetzgeber nur zum Ausdruck, sich der bilanzpolitischen Wirkung des in § 253 Abs. 3 Satz 6 HGB einzig noch verbliebenen Wahlrechts zur außerplanmäßigen Abschreibung bei nur vorübergehender Wertminderung bewusst zu sein und damit reflexhaft einen solchen Spielraum zu eröffnen. Von der gesetzgeberischen Absicht, ein originär bilanzpolitisch motiviertes Wahlrecht einzuräumen, kann demgegenüber hinsichtlich des § 253 Abs. 3 Satz 6 HGB keine Rede sein.

3. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Ausübung der Wahlrechte in Einklang mit ihrer gesetzgeberischen Funktion zu erfolgen hat und sich seit Inkrafttreten des BilMoG je nach Zweckrichtung fünf Arten bilanzieller Wahlrechte unterscheiden lassen: neben den Vereinfachungswahlrechten nämlich die Billigkeits-, die Kompromiss-, die Beibehaltungs- und die originär bilanzpolitisch motivierten Wahlrechte. Die in Art. 4 Abs. 4 der Bilanzrichtlinie zum Ausdruck kommende Korrektur- und Abweichungsfunktion verlangt nicht, dass diese Wahlrechte stets so ausgeübt werden, wie es der Gewährleistung eines möglichst hohen Informationsniveaus wohl am besten entspräche. Letzteres hätte nicht nur eine erhebliche Rechtsunsicherheit zur Folge, sondern würde die Wahlrechte zu Abbildungsoffenheiten degradieren und die bewusst als Ausnahme konzipierte Korrektur- und Abweichungsfunktion entgegen der gesetzgeberischen Absicht zur Handlungsmaxime machen. Vielmehr kommt dem Einblicksgebot bei der Zweckbestimmung bilanzieller Wahlrechte

534 *Henrichs*, Wahlrechte, S. 243 ff., 340 f., 387 ff.

535 BT-Drcks. 16/10067, S. 34.

stattdessen in erster Linie eine interpretative Wirkung zu. Was hieraus folgt, zeigt sich am Beispiel der in §§ 256 Satz 1, 253 Abs. 3 Satz 6 HGB statuierten Wahlrechte, denen allenfalls eine reflexhafte, nicht aber eine originär beabsichtigte bilanzpolitische Funktion zukommt. Von derartigen Zweifelsfälle abgesehen, bleibt die interpretative Funktion des Einblicksgebots aber letztlich folgenlos. Insbesondere läuft es dem Einblicksgebot deshalb nicht zuwider, wenn der Abschlusspflichtige bei der Wahlrechtsausübung – im Einklang mit der Zweckbestimmung – sich reflexhaft ergebende bilanzpolitische Spielräume ausnutzt.⁵³⁶ In Betracht kommt dies insbesondere im Rahmen der Billigkeits-, der Kompromiss- oder der Beibehaltungswahlrechte – unter der Voraussetzung, dass ein Vereinfachungseffekt tatsächlich eintritt, aber letztlich auch bei der Ausübung der Vereinfachungswahlrechte. So betrachtet, bleibt die begrenzende Wirkung der Zweckrichtung bei der Wahlrechtsausübung überschaubar.

II. Stetigkeitsgebot als Grenze der Wahlrechtsausübung

Eine zweite Grenze der Wahlrechtsausübung ergibt sich nach einhelliger Ansicht aus dem Stetigkeitsgebot. Dieses ist seit Inkrafttreten des BilMoG nicht nur für angewandte Bewertungs- (§ 252 Abs. 1 Nr. 6 HGB), sondern auch für Ansatzmethoden (§ 246 Abs. 3 Satz 1 HGB) gesetzlich normiert, weshalb die Reichweite des Stetigkeitsprinzips jedenfalls in dieser Hinsicht mittlerweile geklärt ist.⁵³⁷ Ebenso hat der BilMoG-Gesetzgeber das Stetigkeitsgebot des § 252 Abs. 1 Nr. 6 HGB von einer Soll- in eine Muss-Vorschrift gewandelt, von der gemäß § 252 Abs. 2 HGB nur in begründeten Ausnahmefällen abgewichen werden darf.⁵³⁸ Auch in dieser Hinsicht hat der Gesetzgeber das Stetigkeitsprinzip also gestärkt und zugleich früheren

536 Ähnlich auch *Pöschke*, ZGR 2018, 647, 659 f. mit Verweis auf *Henrichs*, Wahlrechte, S. 341 ff. und *Baetge/Commandeur/Hippel*, in: Küting/Pfitzer/Weber, HdR, § 264 HGB Rn. 46, der im Übrigen aber davon ausgeht, dass eine bilanzpolitische Ausübung von Wahlrechten dort gegen das Einblicksgebot verstößt, wo der Gesetzgeber das Wahlrecht gerade deshalb eingeräumt hat, weil er den Bilanzierenden für besser geeignet hält, die im Hinblick auf das Einblicksgebot optimale Bilanzierungsvariante zu wählen. Um welche Wahlrechte es sich hierbei handeln soll, wird dabei nicht erkennbar.

537 Darstellung des Streitstandes bei *Henrichs*, Wahlrechte, S. 251 m.w.N.

538 Die Vorschrift ist auf die Ansatzstetigkeit entsprechend anwendbar, vgl. § 246 Abs. 3 Satz 2 HGB.

Streitigkeiten über dessen Verbindlichkeitsgrad den Boden entzogen.⁵³⁹ Welche Bedeutung aber hat das Stetigkeitsgebot konkret für die Ausübung handelsbilanzieller Wahlrechte? Hierüber besteht, wie sich sogleich zeigen wird, in verschiedener Hinsicht nach wie vor Uneinigkeit. Zu unterscheiden sind insofern zum einen die Frage, *unter welchen Voraussetzungen* das Stetigkeitsgebot auf die Wahlrechtsausübung Anwendung findet, und zum anderen die Diskussion darüber, *in welcher Art und Weise* es sich auf die Wahlrechtsausübung auswirkt.

1. Anwendbarkeit des Stetigkeitsgebots auf die Wahlrechtsausübung

Zu den Literaturvertretern, die die Anwendbarkeit des Stetigkeitsgebots auf die Wahlrechtsausübung von bestimmten Voraussetzungen abhängig machen wollen, zählte aus früherer Zeit insbesondere *Kalabuch*, die zwischen manipulationsspezifischen und manipulationsunspezifischen Wahlrechten unterscheiden und nur Letztere durch das Stetigkeitsgebot begrenzen wollte. Auch die Unterscheidung *Rümmeles* zwischen Wertansatzwahlrechten „*erster bis dritter Ebene*“ und „*Methodenwahlrechten*“ zielte darauf ab, die Reichweite des Stetigkeitsgebots auch ohne Vorliegen eines im Sinne des § 252 Abs. 2 HGB begründeten Ausnahmefalles einzugrenzen. Da *Rümmele* nämlich zu den sogenannten Wertansatzwahlrechten erster Ebene nur solche zählte, die sogenannte planmäßige Ereignisse betreffen, sollte das Stetigkeitsgebot abgesehen von den stetigkeitsgebundenen Methodenwahlrechten auch nur auf planmäßige Ereignisse anwendbar sein. Wahlrechte zweiter bis dritter Ebene waren demgegenüber nach *Rümmele* solche, die dem Bilanzierenden alternative Handlungsoptionen für außerplanmäßige Ereignisse gewährten und dementsprechend eine „*flexible Handhabung der zur Anwendung kommenden Bewertungsregeln*“ forderten. Sie waren daher nach *Rümmeles* Ansicht einer Begrenzung durch das

539 Vgl. nur *Baetge/Kirsch/Thiele*, Bilanzen, S. 107: „*Sollen heißt müssen, wenn können!*“, die insofern eine Abweichung von der Bewertungsstetigkeit auch ohne Rückgriff auf § 252 Abs. 2 HGB befürworten, „*wenn z.B. andere gesetzliche Vorschriften eine Abweichung von der Soll-Vorschrift nahelegen bzw. rechtfertigen.*“ Diese Ansicht kann in Anbetracht des nunmehr eindeutigen Wortlautes des § 252 Abs. 1 Nr. 6 HGB keine Geltung mehr beanspruchen, vgl. auch *Böcking/Gros/Wirth*, in: *Ebenroth/Boujong/Joost*, HGB, § 252 Rn. 36 mit Hinweis darauf, dass der verschärfte Wortlaut gerade vermeiden soll, dass das Stetigkeitsgebot „*als untergeordneter Grundsatz*“ oder „*Empfehlung*“ verstanden wird.

Stetigkeitsgebot nicht zugänglich.⁵⁴⁰ Auf die heutige Wahlrechtslandschaft bezogen, wären es damit neben den Methodenwahlrechten nur noch das Wahlrecht aus § 255 Abs. 2 Satz 3 HGB und das implizite Wahlrecht zur Bestimmung des Diskontierungszinsfußes bei der Bewertung von Pensionsrückstellungen, die nach *Rümmeles* Verständnis vom Stetigkeitsgebot umfasst wären.

Ebenfalls vertreten wurde und wird noch immer die von *Selchert* geprägte Ansicht, nach der das Stetigkeitsgebot die Wahlrechtsausübung nur dann begrenzen soll, wenn der Kaufmann bei der Bewertung – und seit Einführung des § 246 Abs. 3 Satz 1 HGB wohl auch beim Ansatz von Vermögensgegenständen – im wahrsten Sinne des Wortes „*methodisch*“ und damit also planmäßig, systematisch und zielgerichtet vorgeht.⁵⁴¹ Das verleiht der Wahlrechtsbegrenzung durch das Stetigkeitsgebot eine subjektive Prägung. Denn erst dann, wenn die gewählte Methode nach dem Willen des Kaufmannes planmäßig und unabhängig von der Anwendungssituation immer wieder zur Anwendung gelangen soll, gehen die Vertreter dieser Ansicht von der nach § 252 Abs. 1 Nr. 6 HGB und nunmehr auch nach § 246 Abs. 3 Satz 1 HGB erforderlichen Bewertungs- respektive *Ansatzmethode* aus.⁵⁴² Dass unter diesen hier dargestellten Ansätzen zur Begrenzung des Stetigkeitsgebots letztlich keiner zu überzeugen vermag, hat *Hennrichs* bereits ausführlich begründet, ohne dass dem an dieser Stelle Wesentliches hinzuzufügen ist. So finden denn, soweit ersichtlich, die beiden erstgenannten Ansichten heute auch keine Anhänger mehr. Was allerdings die heute noch immer befürwortete Begrenzung des Stetigkeitsgebots auf ein methodisches Vorgehen des Kaufmannes anbelangt,⁵⁴³ so ist die hiermit verbundene Versubjektivierung des Stetigkeitsgebots mit dessen normativ geprägtem Charakter nicht vereinbar.⁵⁴⁴ Schon die Änderung des Stetigkeitsgebots in eine Muss-Vorschrift, von der nur in begründeten Ausnahmefällen abgesehen werden darf, verbietet es, den Anwendungsbereich des Stetigkeitsgebots vom tatsächlichen Verhalten des Abschlusspflichtigen abhängig zu machen und damit weitgehend in dessen Belieben zu stellen. Weiter kann ein subjektiv geprägtes Verständnis des Stetigkeitsgebots auch nicht im Sinne des europäischen Gesetzgebers

540 Umfassend zum damaligen Streitstand mit Darstellung der Ansichten *Kalabuchs* und *Rümmeles* *Hennrichs*, *Wahlrechte*, S. 253 ff.

541 *Fülbier/Kuschel/Selchert*, in: Küting/Pfitzer/Weber, HdR, § 252 HGB Rn. 141.

542 *Fülbier/Kuschel/Selchert*, in: Küting/Pfitzer/Weber, HdR, § 252 HGB Rn. 141.

543 *Fülbier/Kuschel/Selchert*, in: Küting/Pfitzer/Weber, HdR, § 252 HGB Rn. 141. Eingehend zum Streitstand bereits *Hennrichs*, *Wahlrechte*, S. 263 f.

544 *Hennrichs*, *Wahlrechte*, S. 263 f.

gewesen sein, wenn schon der Gesetzgeber selbst den Anwendungsbereich des Stetigkeitsgebots seit Erlass der Bilanzrichtlinie im Jahr 2013 anders als noch in der vierten EG-Richtlinie nicht mehr allein mit dem Begriff der „*Bewertungsmethoden*“ umschreibt, sondern von „*Rechnungslegungsmethoden und Bewertungsgrundlagen*“ spricht. Das lässt auf ein deutlich weiteres Verständnis des Stetigkeitsgebots schließen als von *Selchert* vorgeschlagen. Gerade auch vor diesem Hintergrund lässt sich eine auf den Methodenbegriff fokussierte Sichtweise deshalb nicht mehr rechtfertigen.

a) Die interperiodische Dimension der Ansatz- und Bewertungsstetigkeit

Was sodann den inhaltlichen Gehalt des Stetigkeitsgebots anbelangt, so ist naturgemäß zunächst vom Wortlaut der §§ 252 Abs. 1 Nr. 6, 246 Abs. 3 Satz 1 HGB auszugehen, der insofern nur verlangt, dass „*die auf den vorhergehenden Jahresabschluss angewandten*“ Ansatz- und Bewertungsmethoden beibehalten werden. Wurde also etwa der Wert eines von der X-GmbH erworbenen Leichtmetalls im Vorjahr unter Ausübung des Wahlrechts aus § 256 Satz 1 HGB unter Heranziehung der Lifo-Methode bewertet, ist auch der Wert der im aktuellen Geschäftsjahr erworbenen Bestände dieses Leichtmetalls nach Lifo-Methode zu ermitteln. Im Sinne einer möglichst umfassenden, langfristigen Vergleichbarkeit der Abschlüsse im Zeitverlauf erstreckt sich das Stetigkeitsgebot nach wohl einhelliger Ansicht darüber hinaus auch auf solche Ansatz- und Bewertungsmethoden, die zwar nicht im vorhergehenden Abschluss der Gesellschaft, dafür aber in einem Abschluss angewandt wurden, der bereits mehr als ein Jahr zurückliegt.⁵⁴⁵ Man kann insoweit auch von der interperiodischen Wirkung des Stetigkeitsgebots sprechen.⁵⁴⁶

b) Die innerperiodische Dimension der Ansatz- und Bewertungsstetigkeit
– Zur Gleichartigkeit von Vermögensgegenständen und Schulden

Weiterhin besteht Konsens darüber, dass das Stetigkeitsgebot zur Förderung der von ihm bezweckten Vergleichbarkeit unter Umständen auch auf

545 *Pittruff/Schmidt/Siegel*, in: Beck'sches HdR, B 161 Rn. 60. Vgl. im Übrigen bereits *A/D/S*, Rechnungslegung und Prüfung, § 252 HGB Rn. 108; *Förschle/Kropp*, ZfB 1986, 873, 881 f. A. A. nur *Eckes*, BB 1985, 1435, 1437.

546 *Küting/Tesche*, DStR 2009, 1491.

die innerhalb eines Geschäftsjahres, d. h. innerperiodisch neu hergestellten oder angeschafften Vermögensgegenstände sowie auf neu angesammelte Schulden Anwendung finden kann. Die hierzu früher teils vertretene Ansicht, nach der eine derartige Ausweitung des Stetigkeitsgebots den Grundsatz der Einzelbewertung aus § 252 Abs. 1 Nr. 3 HGB verletzte,⁵⁴⁷ kann sich mit diesem Argument von vornherein nur auf die Bewertungs-, und nicht auch auf die Ansatzstetigkeit beziehen, hat sich aber auch bezüglich jener zu Recht nicht durchsetzen können. Denn es entspricht zwar dem in § 252 Abs. 1 Nr. 3 HGB statuierten Vorsichtsprinzip, Vermögensgegenstände und Schulden einzeln, d. h. für sich und unabhängig von den Wertverhältnissen anderer Vermögensgegenstände und Schulden zu bewerten. Über die Frage, nach welcher Methode oder welchem Vorgehen eine solche Bewertung zu erfolgen hat, ist damit aber gerade keine Aussage getroffen.⁵⁴⁸ Sind also beispielsweise die Anschaffungs- oder Herstellungskosten von Vermögensgegenständen des Anlagevermögens nach § 253 Abs. 1 Satz 1 HGB um planmäßige Abschreibungen zu vermindern, so folgt aus dem Grundsatz der Einzelbewertung nur, dass die Höhe der Abschreibungen für jeden Vermögensgegenstand einzeln zu ermitteln sind. Ob die Höhe dabei nach linearer, degressiver oder progressiver Methode ermittelt wird, beeinflusst die beabsichtigte Wirkung des Einzelbewertungsgrundsatzes nicht. Zu Recht spricht man dem Stetigkeitsgebot deshalb neben der interperiodischen auch eine innerperiodische Dimension zu, sofern die neu entstandenen oder erworbenen Vermögensgegenstände und Schulden den bestehenden gleichartig sind.⁵⁴⁹ Gleichartigkeit verlangt dabei

547 *Eckes*, BB 1985, 1435, 1437 f.; *ders.*, Bewertungsstetigkeit, S. 1437 f.; *Pfleger*, DB 1984, 785, 787; *Selchert*, DB 1984, 1889, 1891; *Söffing*, DB 1987, 2598, 2601. Weitere Nachweise bei *Hennrichs*, Wahlrechte, S. 257 f. (Fn. 49).

548 In diesem Sinne bereits *Förschle/Kropp*, ZfB 1986, 873, 883; *Hennrichs*, Wahlrechte, S. 290; *Pittroff/Schmidt/Siegel*, in: Beck'sches HdR, B 161 Rn. 64. Zum Inhalt des Grundsatzes der Einzelbewertungen anstelle vieler *Fülbier/Kuschel/Selchert*, in: Küting/Pfitzer/Weber, HdR, § 252 Rn. 60.

549 *A/D/S*, Rechnungslegung und Prüfung, § 252 HGB Rn. 197, 129; *Förschle/Kropp*, ZfB 1986, 873, 882 f.; *Küting/Tesche*, DStR 2009, 1491; *Schulze-Osterloh*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl., § 42 Rn. 257; *Störk/Büssow*, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, § 252 HGB Rn. 58. Vgl. auch *Fülbier/Kuschel/Selchert*, in: Küting/Pfitzer/Weber, HdR, § 252 HGB Rn. 130, 141 f., die insofern dogmatisch aber nicht am Stetigkeitsgebot ansetzen wollen, sondern vom Grundsatz der Einheitlichkeit der Bewertung als nicht kodifiziertem GoB ausgehen. Lediglich nach dem von *Selchert* angelegten subjektiven Verständnis des Stetigkeitsgebotes kommt es nicht auf eine Gleichartigkeit, sondern konsequenterweise darauf an, ob der Bilanzierende die von ihm angelegte Bewertungsmethode so definiert, dass sie „auf Vermögensgruppen innerhalb einzelner Bilanzpositionen oder Bilanzpo-

die *Art- und Funktionsgleichheit* der betreffenden Vermögensgegenstände bzw. Schulden und stellt also auf die Eigenschaften der Ansatz- oder Bewertungsobjekte selbst ab.⁵⁵⁰ Zu weitreichend erscheint es demgegenüber, die Gleichartigkeit in Abhängigkeit vom Zweck des jeweiligen Wahlrechts zu bestimmen und den Normadressaten deswegen etwa bei Kompromisswahlrechten, die mehrere Bewertungsmethoden unabhängig von den konkreten Vergleichsgegenständen für gleichwertig erachten, auch unabhängig von der Art- und Funktionsgleichheit umfassend unter dem Stetigkeitsgebot zu binden.⁵⁵¹ Denn die Reichweite des Stetigkeitsgebots ist in erster Linie nicht in Abhängigkeit von der Zweckrichtung bilanzieller Wahlrechte, sondern vom Zweck des Stetigkeitsgebots selbst zu bestimmen. Da das Stetigkeitsgebot aber die Vergleichbarkeit der Jahresabschlüsse fördern und zur Objektivierung der Rechnungslegung beitragen soll,⁵⁵² erscheint es vorzugswürdig, neben der Beschaffenheit gerade auch auf die Funktion der Vermögensgegenstände im operativen Geschehen abzustellen. Dort, wo Vermögensgegenstände oder Schulden erkennbar Art- oder Funktionsunterschiede aufweisen, sollten diese Unterschiede nicht durch eine strikte Anknüpfung an den Wahlrechtszweck und eine damit einhergehende Bindung unter dem Stetigkeitsgebot nivelliert werden.

2. Ausnahmen vom Stetigkeitsgebot

Die vorstehenden Ausführungen lassen erahnen, dass das Stetigkeitsgebot aufgrund seiner weitreichenden interperiodischen Dimension die Wahlausübung in erheblichem, wenn nicht gar buchstäblich entscheiden-

sitionen insgesamt einheitlich“ anzuwenden ist, vgl. *Fülbier/Kuschel/Selchert*, in: *Kütting/Pfitzer/Weber*, HdR, § 252 HGB Rn. 142. Mit dem normativen Charakter des Stetigkeitsgebots ist allerdings auch diese Ausprägung des methodischen Ansatzes nicht vereinbar, vgl. zu Recht *Hennrichs*, Wahlrechte, S. 264.

550 *A/D/S*, Rechnungslegung und Prüfung, § 252 HGB Rn. 107; *Baetge/Ziesemer/Schmidt*, in: *Baetge/Ziesemer/Thiele*, Bilanzrecht, § 252 HGB Rn. 249; *Clausen/Korth*, DB 1988, 921, 924; *Förschle/Kropp*, ZfB 1986, 873, 882 f.; *Kleindiek*, in: *Staub*, Großkommentar zum HGB, § 252 Rn. 49; *Kütting/Tesche*, DStR 2009, 1491; *Schulze-Osterloh*, in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG, § 42 Rn. 257; *Störk/Büssow*, in: *Beck'scher Bilanz-Kommentar*, § 252 Rn. 58. Im Ergebnis letztlich wohl ebenso *Pittroff/Schmidt/Siegel*, in: *Beck'sches HdR*, B 161 Rn. 62, die „im Bewertungsobjekt liegende sachliche Gründe“ verlangen.

551 So aber *Hennrichs*, Wahlrechte, S. 292 f.

552 *Kleindiek*, in: *Staub*, Großkommentar zum HGB, § 252 Rn. 46; *Störk/Büssow*, in: *Beck'scher Bilanz-Kommentar*, § 252 HGB Rn. 55.

den Sinne determinieren und die ihm gesetzlich eingeräumten Wahlmöglichkeiten damit auf null reduzieren kann. Umso bedeutsamer ist für die Ermittlung bilanzieller Freiräume bei der Wahlrechtsausübung deshalb die Frage, unter welchen Umständen Ausnahmen vom Stetigkeitsgebot zulässig sind. Auch insofern gilt gemäß §§ 246 Abs. 3 Satz 2, 252 Abs. 2 HGB aber ein strikter Maßstab, demzufolge Ausnahmen nur in begründeten Ausnahmefällen zulässig sind. Der vor allem früher, vereinzelt aber auch heute noch verfochtene, weitreichende Katalog unterschiedlicher Ausnahmetatbestände, der selbst bei bilanzpolitischer Neuorientierung eine Durchbrechung des Stetigkeitsgebotes ermöglichen sollte,⁵⁵³ lässt sich deshalb spätestens seit der klarstellenden Wandlung des § 252 Abs. 1 Nr. 6 HGB von einer Soll- in eine Muss-Vorschrift nicht mehr rechtfertigen.⁵⁵⁴ Stattdessen wird man dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift Rechnung tragen, und eine Durchbrechung des Stetigkeitsgebots eben auf besondere Ausnahmefälle beschränken müssen. Dies, zumal der dem Stetigkeitsgebot zugrundeliegende heutige Art. 6 Abs. 1 b) der Bilanzrichtlinie eine Durchbrechung in Ausnahmefällen gar nicht ausdrücklich vorsieht.⁵⁵⁵ Anpassungen können danach nur dann erlaubt sein, wenn sie wegen einer Änderung tatsächlicher oder rechtlicher Umstände erforderlich sind, um wieder zu einem klaren und übersichtlichen Abschluss zu gelangen, der den Anforderungen des Einblicksgebots entspricht.⁵⁵⁶ Das mag der Fall sein bei Änderungen der Gesetzeslage oder wesentlichen Rechtsprechungsänderungen⁵⁵⁷ sowie in tatsächlicher Hinsicht bei der Einleitung von Sanierungsmaßnahmen⁵⁵⁸ oder nachhaltigen betrieblichen Veränderungen.⁵⁵⁹ Das bedeutet, dass sich Entscheidungsfreiräume bei der Wahlrechtsausübung wohl seltener aufgrund eines Ausnahmefalls im Sinne des § 252 Abs. 2 HGB, als vielmehr dort eröffnen, wo der Anwendungsbereich des Stetigkeitsgebots erst gar nicht betroffen ist, weil es sich entweder um eine

553 So aber noch *A/D/S*, Rechnungslegung und Prüfung, § 252 HGB Rn. 112.

554 So auch *Kleindiek*, in: Staub, Großkommentar zum HGB, § 252 Rn. 51.

555 Dazu auch *Störk/Büssow*, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, § 252 HGB Rn. 61.

556 *Störk/Büssow*, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, § 252 HGB Rn. 59; *Hennrichs*, Wahlrechte, S. 323 ff.; *Kleindiek*, in: Staub, Großkommentar zum HGB, § 252 Rn. 51.

557 *Kleindiek*, in: Staub, Großkommentar zum HGB, § 252 Rn. 51.

558 *Kütting/Tesche*, DStR 2009, 1491, 1496; *Störk/Büssow*, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, § 252 HGB Rn. 61.

559 *A/D/S*, Rechnungslegung und Prüfung, § 252 HGB Rn. 113; *Hennrichs*, Wahlrechte, S. 304, 318; *Kleindiek*, in: Staub, Großkommentar zum HGB, § 252 Rn. 51; *Schulze-Osterloh*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl., § 42 Rn. 335.

erstmalige Wahlrechtsausübung handelt oder ein Bilanzierungssachverhalt so oder in vergleichbarer Form bislang noch nicht abzubilden war.⁵⁶⁰

§ 4 Wahlrechte in den Internationalen Rechnungslegungsstandards

A. Explizite Wahlrechte – Regelungsmethodik und Bestandsaufnahme

Auch in den internationalen Rechnungslegungsstandards finden sich, wenngleich deutlich seltener als im Handelsbilanzrecht, explizite Wahlrechte,⁵⁶¹ die sich dadurch kennzeichnen, dass der Standardsetzer dem Normadressaten anstelle einer eindeutigen Vorgabe die Wahl zwischen mehreren Bilanzierungstechniken oder -methoden einräumt. Regelungsmethodisch hat der Standardsetzer derartige Wahlrechte lange Zeit vor allem durch die Einräumung sogenannter *allowed alternative treatments* abgebildet. Der Normadressat konnte sich damit grundsätzlich frei entscheiden zwischen einer als Benchmark gesetzten Bewertungsmethode und eben einem alternativen bewertungsmethodischen Vorgehen – wenngleich die erlaubte Alternativmethode vom Standardsetzer in der Regel indirekt dadurch diskriminiert wurde, dass sie mit dem Erfordernis umfangreicher zusätzlicher Hinweis- und Erläuterungspflichten verbunden war.⁵⁶² Mittlerweile sind derartige *allowed alternative treatments* aus den internationalen Rechnungslegungsstandards vollständig entfernt worden.⁵⁶³ Es finden sich vereinzelt nur noch vollkommen gleichwertige Wahlmöglichkeiten, die dann ähnlich wie im Handelsbilanzrecht durch Verwendung der Begriffe „können“, „dürfen“, „entweder [...] oder“, „alternativ“ und dergleichen erkennbar werden. Beispielhaft zu nennen ist in diesem Zusammenhang die Folgebewertung des Sachvermögens nach IAS 16.30 ff., die dem Bilanzierenden sowohl nach Anschaffungs- als auch nach Neubewertungsmodell erlaubt ist: „Ein Unternehmen wählt als Rechnungslegungsmethoden entweder das Anschaffungskostenmodell nach Paragraph 30 oder das Neubewertungsmodell nach Paragraph 31 aus und wendet dann diese Methode auf eine gesamte Gruppe von Sachanlagen an.“ Weitere explizite Wahlrechte gewähren IAS 2.25 hinsichtlich der Zuordnung der Anschaffungs-

560 In diesem Sinne auch *Pöschke*, ZGR 2018, 647, 662.

561 Teils werden diese auch als „offene Wahlrechte“ bezeichnet, vgl. *Merkt*, DK 2017, 353, 356; *Tanski*, DStR 2004, 1843, 1845 f.

562 Dazu *Baetge/Kirsch/Thiele*, Konzernbilanzen, S. 23.

563 *Rammert*, in: Lüdenbach/Hoffmann, IFRS-Kommentar, § 51 Rn. 16.

und Herstellungskosten zum Vorratsvermögen nach Fifo-Methode „oder“ Durchschnittsmethode sowie IAS 20.24 hinsichtlich der Bilanzierung von Investitionszuschüssen, die passivisch als eigener Posten ausgewiesen werden oder aber direkt mit dem Buchwert der entsprechenden Vermögenswerte verrechnet werden dürfen. Ebenso ergibt sich ein Wahlrecht bei der Bewertung der Anschaffungskosten des Vorratsvermögens, die gemäß IAS 2.21 auch nach retrograder Methode anstatt nach Anschaffungskostenmethode erfolgen darf.⁵⁶⁴

B. Implizite Wahlrechte

I. Terminologie

Neben den expliziten Wahlrechten ergeben sich sodann auch im Anwendungsbereich der internationalen Rechnungslegungsstandards implizite Wahlrechte, wobei im Einklang mit den obigen Ausführungen sogleich einschränkend anzumerken ist, dass derartige Wahlrechte sich entgegen mancher Literaturstimmen nicht schon hinsichtlich der Auslegung und Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe ergeben können.⁵⁶⁵ Denn bei ihnen geht es erneut allein um die Ermittlung eines zwar unklaren, aber nicht zur Disposition des Normadressaten stehenden Rechtsbefehls.⁵⁶⁶ Des Weiteren ist es gerade im Anwendungsbereich der internationalen Rechnungslegungsstandards zweckdienlich, als implizite Wahlrechte nur solche Freiräume zu bezeichnen, die die Wahl von Bewertungsmethoden und -verfahren zum Gegenstand haben, und diese den konkret-individuellen, rein tatsachenbezogenen Schätzungs- und Prognosefreiräumen nicht gleichzusetzen.⁵⁶⁷ Da nur Erstere nämlich einer Begrenzung durch das Stetigkeitsgebot des IAS 8.13 unterliegen, unterscheiden sich die rechtlichen Determinanten der Wahlrechtsausübung explizit von denen der Schätzungs- und Prognosefreiräume.⁵⁶⁸ Um die Abgrenzung zwischen beiden beispielhaft zu verdeutlichen, ist etwa von einem impliziten Metho-

564 Dazu und zu weiteren Beispielen *Driesch*, IFRS-Handbuch, § 45 Rn. 17.

565 So aber auf Ebene der internationalen Rechnungslegungsstandards etwa *Lüdenbach*, in: Haufe, IFRS Kommentar, § 24 Rn. 8; *Tanski*, DStR 2004, 1843, 1846.

566 Dazu bereits oben § 2 B. I.

567 Vgl. oben, § 3 A. II. 3.

568 Dazu *Lüdenbach*, in: Haufe, IFRS Kommentar, § 24 Rn. 8. Zu Unterschieden auch zwischen der Änderung einer Rechnungslegungsmethode und einer Schätzungsänderung *Fink/Zeyer*, PiR 2011, 181 ff.

denwahlrecht insofern auszugehen, als die *fair value*-Bewertung einer nicht börsennotierten Unternehmensbeteiligung nach IFRS 13 kein verbindliches Bewertungsverfahren vorgibt und insofern sowohl über Multiplikatoren (insbesondere durch Anknüpfung an das EBITDA) erfolgen kann als auch nach DCF-Methode.⁵⁶⁹ Demgegenüber sind bloße Schätzungen und Prognosen wie schon bei der Abschreibung nach Handelsbilanzrecht etwa hinsichtlich der Nutzungsdauer von Vermögensgegenständen erforderlich.⁵⁷⁰

II. Identifizierung impliziter Wahlrechte unter Berücksichtigung des IAS 8.10

Nun ist hinsichtlich der gesetzlichen Regelungslücken im Anwendungsbereich des Handelsbilanzrechts dafür plädiert worden, zwischen intendierten und nicht intendierten Regelungslücken zu unterscheiden und zur Annahme impliziter Wahlrechte ein beredtes Schweigen des Gesetzgebers voraussetzen. Auf die internationalen Rechnungslegungsstandards kann das nicht übertragen werden, denn hier hat der Standardsetzer den Umgang mit Regelungslücken ausdrücklich geregelt. So hat nach IAS 8.10 beim Fehlen eines IFRS der Geschäftsleiter stets selbst darüber zu entscheiden, welche Rechnungslegungsmethode zu entwickeln und anzuwenden ist, um zu Informationen zu führen, die erstens für die Bedürfnisse der wirtschaftlichen Entscheidungsfindung der Adressaten von Bedeutung sind und die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage sowie den Cashflow des Unternehmens den tatsächlichen Verhältnissen entsprechend darstellen; zweitens den *wirtschaftlichen* Gehalt von Geschäftsvorfällen und sonstigen Ereignissen und Bedingungen widerspiegeln; drittens neutral und damit frei von verzerrenden Einflüssen sind; viertens vorsichtig sowie fünftens in allen wesentlichen Gesichtspunkten vollständig sind. Zu diesem Zweck hat der Bilanzierende sich so weit möglich am Rahmenkonzept und vergleichbaren Standards zu orientieren, vgl. IAS 8.11. Damit ist für den Anwendungsbereich der internationalen Rechnungslegungsstandards geklärt, dass Regelungslücken jedweder Art, seien sie beabsichtigt oder unbeabsichtigt, nach den Kriterien der IAS 8.10 und 8.11 vom Bilanzierenden

569 Dazu auch *Lüdenbach*, in: Hauf, IFRS Kommentar, § 24 Rn. 8 im Anschluss an *Fink/Zeyer*, PiR 2011, 181, 184.

570 Zu Schätzungen und Prognosen bei der Anwendung internationaler Rechnungslegungsstandards unten, § 5 A. II und B. II.

selbst zu schließen sind. Der gerichtlichen Kontrolle unterliegt damit nur noch die Frage, ob erstens überhaupt eine Regelungslücke vorliegt und ob der Geschäftsleiter zweitens die genannten Kriterien zur Schließung der Regelungslücken berücksichtigt hat. Von einem impliziten Wahlrecht des Normadressaten ist damit nur insoweit auszugehen, als unter Berücksichtigung dieser Kriterien verschiedene Möglichkeiten in Betracht kommen, eine Regelungslücke zu schließen.

C. Rechtliche Determinanten

I. Zweck des Wahlrechts

1. Vereinfachungs-, Kompromiss- und Gleichwertigkeitswahlrechte

Selbstverständlich sind die in das nationale Recht inkorporierten internationalen Rechnungslegungsstandards wie auch die Vorschriften des Handelsbilanzrechts ihrem Zweck entsprechend anzuwenden. Dieser Zweck kann bei der Einräumung der in den internationalen Rechnungslegungsstandards enthaltenen Wahlrechte unterschiedlich ausfallen. So wird das in IAS 2.25 verankerte Wahlrecht zwischen Fifo- und Durchschnittsmethode auf einem Vereinfachungsgedanken des Standardsetzers basieren, während dem Abschlusspflichtigen ein Wahlrecht aber auch deshalb eingeräumt sein kann, weil der Standardsetzer die zur Wahl gestellten Bilanzierungs- oder Bewertungsmethoden für gleichwertig erachtet und es deshalb nicht für erforderlich erachtet, dem Abschlusspflichtigen eine von beiden verbindlich vorzuschreiben. Schließlich ist nicht auszuschließen, dass gerade in dem von Pluralität geprägten internationalen Standardsetzungsprozess die Einräumung eines Wahlrechts auch bloßer Ausdruck einer rechtspolitischen Kompromissbildung ist. Ganz gleich aber, von welcher Zweckrichtung die Einräumung eines Wahlrechts auch getragen ist – für sich allein wird sie den Abschlusspflichtigen jedenfalls selten in seiner Wahlrechtsausübung binden. Denn stellt der Standardsetzer dem Bilanzierenden verschiedene Bilanzierungstechniken oder -methoden bereits deshalb zur Auswahl, weil er sie zur Verfolgung seiner übergeordneten Regelungsziele als gleichwertig erachtet, ist nicht einsichtig, inwiefern der Bilanzierende sich aufgrund dessen vorrangig zur Wahl der einen oder anderen Alternative veranlasst oder verpflichtet sehen sollte. Ebenso verhält es sich für diejenigen Wahlrechte, die Ausdruck eines Kompromisses sind und insofern gar keinen spezifischen Aussagegehalt beinhalten, der

den Bilanzierenden bei deren Ausübung leiten könnte. Es bleiben nur die Vereinfachungswahlrechte, die bilanzpolitisch jedenfalls nicht insoweit ausgeübt werden dürfen, als hierdurch der Vereinfachungseffekt unterlaufen wird. Diesbezüglich sei auf die Ausführungen zum Umgang mit Vereinfachungswahlrechten im Handelsbilanzrecht verwiesen.⁵⁷¹

2. Einfluss des Gebots der „*fair presentation*“ auf die Zweckbestimmung der Wahlrechtseröffnung

IAS 1.15 statuiert das Gebot der „*fair presentation*“, demzufolge der Abschluss ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage darzustellen hat. Es stellt sich damit auch im Anwendungsbereich der internationalen Rechnungslegungsstandards die Frage, inwiefern sich aus diesem Gebot Einwirkungen auf die Zweckbestimmung bestehender Wahlrechte ergeben.⁵⁷² Insofern ist zunächst zu beachten, dass auch dem Gebot der „*fair presentation*“ eine dem „*true and fair view*“-Prinzip nach Art. 4 Abs. 4 der Bilanzrichtlinie vergleichbare Korrektur- und Abweichungsfunktion zukommt, die sich nach IAS 1.19 auf „*äußerst seltene Ausnahmefälle*“ beschränkt. Grundsätzlich ist wie auch nach Handelsbilanzrecht daher von einer Dominanz der Einzelsvorschriften vor der Generalnorm auszugehen, die nach IAS 1.17 „*unter nahezu allen Umständen*“ ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild vermitteln.⁵⁷³ In Anbetracht dessen ist wie auch im Handelsbilanzrecht zunächst nicht davon auszugehen, dass der Normadressat sich unter den ihm eingeräumten Wahlrechten stets für diejenige Alternative zu entscheiden hätte, die dem Abschlussadressaten einen bestmöglichen Einblick in die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Unternehmens gewährt. Denn das würde erstens dem Ausnahmecharakter der Korrektur- und Abweichungsfunktion nicht gerecht,⁵⁷⁴ würde zweitens auch hier ein unzumutbares Maß an Rechtsunsicherheit hervorrufen und drittens gerade im Hinblick auf Kompromiss- und Gleichwertigkeitswahlrechte wohl

571 § 3 B. I. 2. b) aa).

572 Zur Problematik auf Ebene des Handelsbilanzrechts oben § 3 B. I. 2.

573 Dazu *Hinz*, in: Beck'sches HdR, B 106 Rn. 68.

574 Dies, zumal das Gebot der „*fair presentation*“ wie schon das „*true and fair view*“-Prinzip nach vorzugswürdiger Ansicht kein „*overriding principle*“ darstellt, dessen Erfüllung per se Vorrang vor den Bestimmungen der Einzelnormen zukommt, *Hinz*, in: Beck'sches HdR, B 106 Rn. 65; *Hoffmann/Lüdenbach*, in: Haufe, IFRS Kommentar, § 1 Rn. 71.

auch dem Willen des Standardsetzers nicht entsprechen, da Letztere sich ja gerade dadurch kennzeichnen, dass bereits der Standardsetzer selbst unter verschiedenen in Betracht kommenden Bilanzierungsweisen keine vorzugswürdige identifiziert hat. Die Korrektur- und Abweichungsfunktion beschränkt sich damit im Bereich der Wahlrechtsausübung wie schon die Korrektur- und Abweichungsfunktion des „*true and fair view*“-Prinzip vor allem auf erkennbar rechtsmissbräuchliche Fälle. Davon abgesehen wird man auch dem Gebot der „*fair presentation*“ eine Interpretationsfunktion entnehmen können, die sich allerdings auf die Zweckbestimmung der Wahlrechte nur in Zweifelsfällen auswirkt und im Übrigen einer im Einklang mit der Zweckbestimmung erfolgenden bilanzpolitischen Nutzung nicht entgegensteht.⁵⁷⁵

II. Stetigkeitsgebot

Wie schon im Anwendungsbereich des Handelsbilanzrechts hat die abschlusspflichtige Gesellschaft auch unter den internationalen Rechnungslegungsstandards stetig zu bilanzieren und seine Wahlrechtsausübung entsprechend auszurichten.⁵⁷⁶ Das folgt aus IAS 8.13, demzufolge ein Unternehmen seine Rechnungslegungsmethoden für ähnliche Geschäftsvorfälle, sonstige Ereignisse und Bedingungen stetig auszuwählen und anzuwenden hat und ist Konsequenz der vom Standardsetzer bezweckten Vergleichbarkeit, die den Abschlussadressaten in die Lage versetzen soll, zumindest Abschlüsse ein und desselben Unternehmens im Zeitablauf zu vergleichen (IAS 8.15).⁵⁷⁷ Aus dem Wortlaut des IAS 8.13 ergibt sich dabei, dass der Bezugspunkt der Vergleichbarkeit und Stetigkeit auch nach internationalen Rechnungslegungsstandards die jeweiligen Geschäftsvorfälle selbst sind, weshalb der Anwendungsbereich der Stetigkeit sich auf art- und funktionsgleiche Wahlrechte bezieht und durch die Zweckbestimmung des auszuübenden Wahlrechts nicht beeinflusst wird.⁵⁷⁸ Des Weiteren ist IAS 8.14 zu entnehmen, dass die gesetzlich erlaubten Ausnahmen vom Stetigkeitsgebot ähnlich eng gefasst sind wie der Ausnahmetatbestand des § 252 Abs. 2 HGB und eine Änderung der Rechnungslegungsmethoden nur dann erlauben, wenn diese aufgrund eines IFRS erforderlich ist oder

⁵⁷⁵ So auch für das „*true and fair view*“-Prinzip, vgl. § 3 B. I. 2. b).

⁵⁷⁶ So auch *Tanski*, DStR 2004, 1843, 1845.

⁵⁷⁷ Dazu auch *Driesch*, in: Beck'sches IFRS-Handbuch, § 45 Rn. 10.

⁵⁷⁸ Dazu auf Ebene des Handelsbilanzrechts bereits § 3 B. II. 1. b).

zu einer Verbesserung des durch den Abschluss vermittelten Informationsniveaus führt. Insbesondere ist deshalb wie schon im Anwendungsbereich des Handelsbilanzrechts davon auszugehen, dass eine Änderung der bilanzpolitischen Ausrichtung der Gesellschaft bzw. eine damit verbundene Änderung der Wahlrechtsausübung keinen Ausnahmefall im Sinne der Vorschrift begründen, sondern durch IAS 8.14 gerade begrenzt werden. Sobald die abschlusspflichtige Gesellschaft sich im Anwendungsbereich des Stetigkeitsgebots bewegt, dürften bilanzielle Freiräume bei der Wahlrechtsausübung damit auch nach internationalen Rechnungslegungsstandards weitgehend ausgeschlossen sein.⁵⁷⁹ Von größerer Bedeutung sind deshalb wiederum solche Konstellationen, in denen der Anwendungsbereich des Stetigkeitsgebots gar nicht erst betroffen ist, weil im Sinne des IAS 8.16 keine Änderung der Rechnungslegungsmethoden vorliegt. Das ist dann der Fall, wenn sich die Geschäftsvorfälle, sonstigen Ereignisse oder Bedingungen grundsätzlich von früheren Geschäftsvorfällen, Ereignissen oder Bedingungen unterscheiden oder wenn eine Rechnungslegungsmethode auf solche Geschäftsvorfälle, sonstige Ereignisse oder Bedingungen angewendet wird, die sich früher noch nicht ereignet haben oder unwesentlich waren. Hier können sich auch bei der Wahlrechtsausübung nach internationalen Rechnungslegungsstandards bilanzielle Freiräume ergeben.

§ 5 Schätzungen und Prognosen

Mehr noch als die Wahlrechte werden die bei der Abschlusserstellung vielfach erforderlichen Schätzungen und Prognosen als Einbruchstelle bilanzpolitisch nutzbarer Zweckmäßigkeitssentscheidungen gesehen.⁵⁸⁰ Es handelt sich bei ihnen nach der oben bereits angestellten Abgrenzung zu impliziten Wahlrechten um Beurteilungen individueller tatsächlicher Umstände, die als Bezugspunkt der Rechtsanwendung letztlich die Sachver-

579 Vgl. aber *Hammen*, in: Buschhüter/Striegel, Kommentar Internationale Rechnungslegung, IAS 8 Rn. 35, mit der (nicht näher begründeten) Ansicht, dass die im Guidance on Implementing IAS 8 genannten Beispiele den Schluss zuließen, dass die Verbesserung des Informationsniveaus mehr behauptet als im Detail belegt werden müsse.

580 Bereits *Kütting*, DStR 1996, 934, 943 mit Hinweis darauf, dass sich mit den „Ermessensspielräumen“ in Gestalt von Schätzungs- und Prognosefreiräumen der größte Teil des bilanzpolitischen Instrumentariums still und unsichtbar vollzieht.

haltsermittlung betreffen.⁵⁸¹ Da sich regelmäßig mehr als ein in Betracht kommendes Schätzungs- oder Prognoseergebnis ermitteln lässt, ist – wohl in Anlehnung an die Terminologie des § 321 Abs. 4 Satz 1 HGB – insoweit auch von sogenannten Ermessensentscheidungen des Abschlusspflichtigen die Rede, die sich bei den anzustellenden Schätzungen und Prognosen ergeben können.⁵⁸² Im Rahmen dieser Untersuchung wird zur Vermeidung von Missverständnissen hingegen von Schätzungs- und Prognosefreiräumen gesprochen.⁵⁸³

Noch immer zu wenig Beachtung finden die bilanzrechtlichen Grenzen von Schätzungs- und Prognosefreiräumen, die als Grenze zwischen rechtmäßigem und rechtswidrigem Verhalten für den Geschäftsleiter von besonderer Bedeutung sind. Sie sollen sogleich schwerpunktmäßig betrachtet werden, nachdem zuvor aus dem Anwendungsbereich des Handelsbilanzrechts und der internationalen Rechnungslegungsstandards einige kurze Beispiele potenzieller Schätzungs- und Prognosefreiräume dargestellt wurden.

A. Ausgewählte Beispiele anzustellender Schätzungen und Prognosen bei der Abschlusserstellung

In ihrem Standardwerk zur Erstellung und Analyse des Jahresabschlusses haben sich *Coenberg et al.* bereits an einer möglichst umfangreichen Bestandsaufnahme sachverhaltsbezogener Schätzungen und Prognosen versucht, wenngleich sie zwischen diesen und zwischen den hiervon abzugrenzenden impliziten Wahlrechten sowie unbestimmten Rechtsbegriffen nicht immer trennscharf unterscheiden.⁵⁸⁴ Auch *Henrichs* hat in einem 2006 von ihm veröffentlichten Beitrag umfangreiche Beispiele sachverhalts-

581 § 3 A. II. 3.

582 So etwa *A/D/S*, Rechnungslegung und Prüfung, § 264 HGB Rn. 106; *Ballwieser*, in: *Baetge/Kirsch/Thiele*, Bilanzrecht, § 264 HGB Rn. 60; *Winnefeld*, Bilanz-Handbuch, Kap. C Rn. 673. Den Begriff des Individualspielraums verwendend *Coenberg/Haller/Schultze*, Jahresabschluss und Jahresabschlussanalyse, S. 1009.

583 In diesem Sinne auch *Pöschke*, ZGR 2018, 647, 649, der zu Recht darauf hinweist, dass der Begriff des Ermessensspielraums, der auch bereits im Verwaltungsrecht und zur Umschreibung des haftungsrechtlich geschützten Ermessens im Sinne des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG verwendet wird, unglücklich gewählt ist.

584 *Coenberg/Haller/Schultze*, Jahresabschluss und Jahresabschlussanalyse, S. 1012 ff.

bezogener Schätzungen und Prognosen herausgearbeitet.⁵⁸⁵ Entsprechend viele potenzielle Beispiele drängen sich im Anschluss daran auf. Um zu veranschaulichen, was mit Schätzungen und Prognosen im Bereich der Abschlusserstellung konkret gemeint ist und um welche potenziellen Freiräume des Abschlusspflichtigen es in diesem Abschnitt geht, sollen allerdings einige ausgewählte Referenzen genügen.

I. Schätzungen und Prognosen als Bezugspunkt des Handelsbilanzrechts

Zu nennen sind aus dem Anwendungsbereich des Handelsbilanzrechts beispielsweise die Prognose der voraussichtlichen Nutzungsdauer und des voraussichtlichen Wertminderungsverlaufs, die nach § 253 Abs. 3 HGB im Rahmen planmäßiger Abschreibungen auf Vermögensgegenstände des Anlagevermögens (§ 253 Abs. 3 HGB) ebenso erforderlich sind wie die Prognose eines voraussichtlich verbleibenden Restwerts, der von den Anschaffungs- oder Herstellungskosten in Abzug zu bringen ist.⁵⁸⁶ Auch die Beurteilung, ob bei Vermögensgegenständen des Anlagevermögens eine eingetretene Wertminderung *voraussichtlich dauernder* Natur ist und deshalb gem. § 253 Abs. 4 HGB außerplanmäßig abzuschreiben ist, bedarf einer Prognose des Normadressaten. Weiterhin erfordern neben den Abschreibungen auf Vermögensgegenstände des Anlagevermögens auch Abschreibungen auf Vermögensgegenstände des Umlaufvermögens sachverhaltsbezogene Schätzungen und Prognosen des Normadressaten, konkret etwa hinsichtlich des zum Bilanzstichtag aktuellen Börsenpreises, Marktpreises oder beizulegenden Werts im Sinne des § 253 Abs. 4 HGB. Das gilt nicht nur für materielle Vermögensgegenstände des Umlaufvermögens, sondern auch beispielsweise für Forderungen, deren künftige Einbringlichkeit zu prognostizieren ist⁵⁸⁷ und für Unternehmensbeteiligungen, deren Bewertung beispielsweise über Multiplikatoren (insbesondere: EBITDA) oder nach DCF-Methode erfolgen kann und insofern zahlreiche komplexe Prognoseelemente enthält, die sich in den Worten des BGH „*letzter Vergewisserung entzieh[en]*“.⁵⁸⁸ Weiterhin exemplarisch zu nennen

585 *Hennrichs*, AG 2006, 698, 699.

586 *A/D/S*, Rechnungslegung und Prüfung, Teilband 1, § 253 HGB Rn. 415; *Nordmeyer/Göbel*, in: Beck'sches HdR, B 212 Rn. 140; *Kable/Heinstein*, HdJ, Abt. II/2 Rn. 125; *Hennrichs*, AG 2006, 698, 706; *Winnefeld*, Bilanz-Hdb., Kap. E Rn. 1017.

587 Dazu eingehend anstelle vieler *Schubert/Berberich*, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, § 253 HGB Rn. 567 ff.

588 BGHZ 138, 371, 384.

sind sodann die zur Bildung von Rückstellungen erforderlichen Schätzungen und Prognosen darüber, wie hoch die Wahrscheinlichkeit einer künftigen Inanspruchnahme ist. Sind die Voraussetzungen zum Ansatz einer Rückstellung in der Bilanz nach § 249 Abs. 1 Satz 1 HGB erfüllt, bedarf es darüber hinaus einer zukunftsgerichteten Einschätzung des Sachverhalts dahingehend, wie hoch der „nach vernünftiger kaufmännischer Beurteilung notwendige Erfüllungsbetrag“ im Sinne des § 253 Abs. 1 Satz 2 bzw. bei Drohverlustrückstellungen aus schwebenden Geschäften der zu erwartende Verpflichtungsüberschuss ist.⁵⁸⁹

II. Schätzungen und Prognosen als Bezugspunkt internationaler Rechnungslegungsstandards

Auch im Anwendungsbereich der internationalen Rechnungslegungsstandards finden sich – teils noch weitergehend als im Anwendungsbereich des Handelsbilanzrechts – Vorschriften, deren Anwendung sachverhaltsbezogene Schätzungen und Prognosen verlangen.⁵⁹⁰ IAS 8.32 zählt insofern als Gegenstand von Schätzungen beispielhaft risikobehaftete Forderungen, die Überalterung von Vorräten, den beizulegenden Zeitwert finanzieller Vermögenswerte oder Schulden, Gewährleistungsverpflichtungen und die Nutzungsdauer und den erwarteten Abschreibungsverlauf des künftigen wirtschaftlichen Nutzens abschreibungsfähiger Vermögenswerte auf. Weiterhin zu nennen ist etwa die Bildung von Rückstellungen nach IAS 37, die gemäß IAS 37.5 auf ihren Barwert abzuzinsen sind und dazu über die Anforderungen des Handelsbilanzrechts hinausgehend eine Schätzung des Abzinsungszeitraums und des nach aktuellen Markterwartungen anzusetzenden Abzinsungssatzes verlangen. Zweitens sind bei der Ermittlung der Rückstellungshöhe künftige Ereignisse wie etwa Preissteigerungen zu berücksichtigen, sofern ausreichende objektive und substantielle Hinweise auf deren Eintritt vorliegen. Auch dies erfordert mitunter komplexe Einschätzungen des Abschlusspflichtigen.⁵⁹¹ Die Aufzählung könnte fortgeführt werden.

589 Eingehend etwa *Schubert*, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, § 249 HGB Rn. 60.

590 Eingehend *Henrichs*, AG 2006, 698, 700 ff.

591 *Henrichs*, AG 2006, 698, 702.

B. Bilanzrechtliche Determinanten

Inwieweit die vom Normadressaten im Rahmen der Abschlusserstellung vorzunehmenden Schätzungen und Prognosen bereits durch das Bilanzrecht selbst determiniert werden und wo sich mithin überhaupt Schätzungs- und Prognose*freiräume* ergeben können, soll in diesem Abschnitt für die Anwendung des Handelsbilanzrechts und der internationalen Rechnungslegungsstandards jeweils gesondert betrachtet und geklärt werden. Gedanklich bieten sich dabei zwei potenzielle Ansatzpunkte an. Zum einen können rechtliche Determinanten in Gestalt verfahrensbezogener Anforderungen bereits den Schätzungs- und Prognoseprozess selbst betreffen. Zum anderen ist denkbar, dass die bilanzrechtlichen Determinanten „*ergebnisbezogen*“ wirken und insofern die am Ende des Schätzungs- oder Prognoseprozesses stehende Bandbreite der in Betracht kommenden Schätzungs- oder Prognoseergebnisse eingrenzen.

I. Handelsbilanzrechtliche Determinanten

Ausdrückliche Determinanten abschlussrelevanter Schätzungen und Prognosen finden sich im Handelsbilanzrecht zunächst in § 253 Abs. 1 Satz 1 HGB, der verlangt, dass Rückstellungen in Höhe des „*nach vernünftiger kaufmännischer Beurteilung*“ notwendigen Erfüllungsbetrags ausgewiesen werden. Zweitens ist § 255 Abs. 2 Satz 1 HGB zu nennen, der die Schätzung der Herstellungskosten insofern begrenzt, als nur „*angemessene Teile*“ der Materialgemeinkosten, der Fertigungskosten und des Wertverzehr des Anlagevermögens sowie gegebenenfalls „*angemessene Teile*“ der Kosten der allgemeinen Verwaltung und „*angemessene Aufwendungen*“ für soziale Einrichtungen des Betriebs etc. in die Ermittlung der Herstellungskosten einbezogen werden dürfen. Während das Erfordernis der vernünftigen kaufmännischen Beurteilung im Rahmen des § 253 Abs. 1 Satz 1 HGB schwerpunktmäßig das *Verfahren* reguliert, anhand dessen die Höhe der Rückstellungen zu ermitteln sind, ist der Begriff der Angemessenheit in § 255 Abs. 2 Satz 2 HGB als ergebnisbezogene Eingrenzung der potenziell in Betracht kommenden Schätzungsergebnisse zu verstehen.

Beide Normen zeigen, dass das Handelsbilanzrecht sowohl verfahrens- als auch ergebnisbezogene Eingrenzungen abschlussrelevanter Schätzungen und Prognosen kennt. Vor diesem Hintergrund soll nachfolgend untersucht werden, inwieweit sich dem Handelsbilanzrecht auch losgelöst von der Bewertung der Rückstellungshöhe und der Herstellungskosten

allgemeine verfahrens- und ergebnisorientierte Schätzungs- und Prognoseanforderungen entnehmen lassen.

1. Anforderungen an das Schätzungs- und Prognoseverfahren

a) Informationsgrundlage

Abschlussrelevante Schätzungen und Prognosen müssen selbstredend auf einer zutreffenden, vollständigen Informationsgrundlage basieren.⁵⁹² Anders kann ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage im Sinne des § 264 Abs. 2 Satz 2 HGB von vornherein nicht vermittelt werden. In diesem Sinne formuliert auch das IDW in seinem Prüfungsstandard, dass der Abschlussersteller beurteilen müsse, „ob die für eine Schätzung verwendeten Daten richtig, vollständig und relevant sind. [...] Der Abschlussprüfer wird beurteilen, ob die gesamte Datenbasis angemessen analysiert und dargestellt wurde, um eine plausible Grundlage für die vorgenommenen Schätzungen zu bilden.“⁵⁹³

b) Allgemeines Willkürverbot

Der Bilanzierende hat bei der Abschlusserstellung grundsätzlich auch das allgemeine Willkürverbot zu befolgen, das im Handelsbilanzrecht zwar nicht ausdrücklich statuiert ist, als nicht ausdrücklich kodifizierter Grundsatz ordnungsmäßiger Buchführung jedoch allgemeine Anerkennung erfährt⁵⁹⁴ und insofern nach § 243 Abs. 1 HGB Gesetzesrang einnimmt.⁵⁹⁵ Welche Folgen sich aus dem allgemeinen Willkürverbot konkret ergeben, war bereits vor zwei Jahrzehnten kaum geklärt.⁵⁹⁶ Daran hat sich auch heute nichts geändert. Nach wie vor wird das allgemeine Willkürverbot im Schrifttum im Kern mit der Formulierung umschrieben, die Bewertung

⁵⁹² So wohl auch *Hennrichs*, AG 2006, 698, 704.

⁵⁹³ IDW PS 314 vom 02.07.2001, Ziffer 3.1.1 = WPg 2001, 906, 907.

⁵⁹⁴ Vgl. nur *Störk/Büssow*, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, § 252 HGB Rn. 68 m.w.N.

⁵⁹⁵ Dazu Kapitel 1, § 1 D. I.

⁵⁹⁶ *Hennrichs*, Wahlrechte, S. 347. Ebenso *A/D/S*, Rechnungslegung und Prüfung, § 252 HGB Rn. 126.

müsse jedenfalls „frei von sachfremden Erwägungen“ sein, ohne dass konkretisiert würde, welche Erwägungen denn als sachfremd anzusehen seien.⁵⁹⁷

Bezogen auf die bei der Abschlusserstellung vorzunehmenden Schätzungen und Prognosen dürfte das allgemeine Willkürverbot zunächst die Informationsgrundlage beeinflussen, in die eben nur sachdienliche – oder nach der Formulierung des IDW: relevante – Informationen einbezogen werden dürfen. Darüber hinaus wird man dem allgemeinen Willkürverbot im Hinblick auf das Schätzungs- oder Prognoseverfahren wohl die Anforderung entnehmen können, die zugrunde gelegten Informationen angemessen zu gewichten und insofern also einzelne Schätzungs- oder Prognosefaktoren weder über- noch unterzugewichten. In der Praxis wird die begrenzende Wirkung des allgemeinen Willkürverbots indes von geringer Wirkung sein, da sich, wie auch *Henrichs* anmerkt, wohl stets Mittel und Wege finden lassen, die konkrete Abwägung und Gewichtung einzelner Schätzungs- oder Prognosefaktoren sachlich zu begründen.⁵⁹⁸

2. Anforderungen an das Schätzungs- und Prognoseergebnis

a) Plausibilität des Schätzungs- oder Prognoseergebnisses

Es ist eingangs angeklungen, dass § 255 Abs. 2 HGB für bestimmte Bestandteile der Herstellungskosten ein Angemessenheitserfordernis vorsieht: In die Ermittlung der Herstellungskosten einzubeziehen sind nur „angemessene“ Materialgemeinkosten, Fertigungsgemeinkosten etc. Angemessen bedeutet in diesem Zusammenhang, dass die Zurechnung der Gemeinkosten zu einem bestimmten Vermögensgegenstand nur insoweit erfolgen darf, wie sie bei einer normalen Auslastung der technischen und personellen Fertigungskapazitäten anfallen.⁵⁹⁹ Alle hierüber hinausgehenden Kosten, wie sie etwa in Gestalt von Leerkosten bei dauerhafter Kapazitätsunterauslastung entstehen, sind – sofern es sich nicht um branchentypische Schwankungen handelt – auszuklammern.⁶⁰⁰ Geht man davon aus, dass jede Schätzung als Bestandteil des Abschlusses einen Ausschnitt

597 *Störk/Büssow*, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, § 252 HGB Rn. 68. Damals bereits *A/D/S*, Rechnungslegung und Prüfung, § 252 HGB Rn. 126; *Henrichs*, Wahlrechte, S. 247 f. m.w.N.

598 *Henrichs*, Wahlrechte, S. 348 „Denn „sachliche Gründe“ für ihre Bilanzierungs- und Bewertungsentscheidungen zu benennen, wird die Praxis nicht verlegen sein.“.

599 *Böcking/Gros/Wirth*, in: Ebenroth/Boujong/Joost, HGB, § 255 Rn. 48.

600 *Merkt*, in: Baumbach/Hopt, HGB, § 255 Rn. 18.

der tatsächlichen Verhältnisse der Gesellschaft beschreibt, so grenzt § 255 Abs. 2 HGB mit seinem Angemessenheitserfordernis dasjenige Spektrum potenzieller Zustandsbeschreibungen ein, das sich auch nach Berücksichtigung der soeben dargestellten verfahrensbezogenen Anforderungen an den Schätzungsprozess noch ergeben kann.

Außerhalb des in § 255 Abs. 2 HGB statuierten Angemessenheitserfordernisses gelten mit dem Plausibilitätserfordernis geringere Anforderungen. So ist man sich in Rechtsprechung und Schrifttum darüber einig, dass das Bilanzrecht vom Normadressaten nicht mehr erwartet als ein für einen sachverständigen Dritten „nachvollziehbares“, „vernünftiges“, „widerspruchsfreies“, oder in anderen Worten „plausibles“ Ergebnis.⁶⁰¹ Diese Ansicht erscheint aus mehreren Gründen zutreffend. Erstens: Wenn der Gesetzgeber in § 255 Abs. 2 HGB explizit ein Angemessenheitskriterium normiert hat, spricht dies im Umkehrschluss dafür, dass für alle sonstigen im Handelsbilanzrecht angelegten Schätzungen und Prognosen, für die spezifische Anforderungen nicht normiert sind, ein anderer Maßstab gelten muss. Denn als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens kann das Angemessenheitskriterium, das entsprechend seiner obigen Definition stark auf die Ermittlung der Herstellungskosten zugeschnitten ist, nicht gelten. Sodann spricht einiges dafür, dass der außerhalb des § 255 Abs. 2 HGB geltende Maßstab verglichen mit dem Angemessenheitskriterium ein geringerer sein muss. Denn zum einen scheint ein strikterer Maßstab als das Plausibilitätserfordernis, der für alle übrigen Schätzungen und Prognosen allgemeine Geltung beanspruchen kann, sinnvollerweise nicht denkbar. Zum anderen würde wohl jeder striktere Maßstab die Bilanzkontrolle durch Abschlussprüfer und Gerichte an ihre Grenzen bringen, die Schätzungen und Prognosen wegen fehlender Sachnähe ihrerseits nur bis zu einem gewissen Grad nachvollziehen können. Darauf weist auch das IDW in seinen Prüfungsstandards hin⁶⁰² und äußert sich damit im Einklang

601 Aus der Rechtsprechung OLG Frankfurt, Urt. v. 24.03.2015 – 11 U 103/14 = BeckRS 2016, 13828 Rn. 42 für die Bildung von Rückstellungen: *„Für diese Aspekte wird zwar grundsätzlich eine vernünftige kaufmännische Beurteilung verlangt, worunter Objektivität und eine bestimmte – über 50 % liegende – Wahrscheinlichkeit zu verstehen sind [...]. Maßgeblich bleiben jedoch weiterhin subjektive Schätzungen, die allein für sachverständige Dritte nachvollziehbar sein müssen [...].* Aus dem Schrifttum *Hennrichs*, Wahlrechte, S. 53; *ders.*, AG 2006, 698, 704; *Pöschke*, ZGR 2018, 647, 665; *Thomann/Zempel*, BilR eKommentar, § 342b Rn. 38 f.

602 IDW PS 315: Die Prüfung von Zeitwerten = WPg 2006, 309 ff., Tz. 15 *„Die mit der Schätzung von Wertansätzen bzw. einzelnen wertbestimmenden Komponenten von Posten verbundene Unsicherheit oder nicht vorhandene objektive Informationen*

mit § 321 Abs. 2 Satz 4 HGB, der eigene Ermessensentscheidungen des Bilanzierenden anerkennt.⁶⁰³ Auch sei noch einmal auf das Musterfeststellungsverfahren zum Börsengang der Telekom AG verwiesen, in dem der BGH zu den bei der Grundstücksbewertung erforderlichen Schätzungen ausführte, dass „im Rahmen üblicher Wertfestsetzungsmethoden der Verkehrswertermittlungen [...] Spannbreiten von bis +/- 30 % als möglich und tolerabel“ anzusehen seien.⁶⁰⁴ Das eröffnet innerhalb der Bandbreite plausibler Schätzungs- und Prognoseergebnisse bilanzielle Freiräume des Abschlusspflichtigen und ist insoweit als Aufforderung an Abschlussprüfer und Gerichte zu verstehen, sich innerhalb einer Bandbreite plausibler Ergebnisse mit eigenen Einschätzungen zurückzuhalten.⁶⁰⁵

b) Vorsichtsprinzip

Sofern sich bei Einhaltung der verfahrensmäßigen Anforderungen an den Schätzungs- oder Prognoseprozess eine Bandbreite plausibler Schätzungs- oder Prognoseergebnisse ergibt, stellt sich die Frage, ob der Abschluss-

können es unmöglich machen, ausreichende Prüfungswerte für die Ermittlung des Zeitwerts zu erlangen.“; IDW PS 314: Die Prüfung von geschätzten Werten in der Rechnungslegung = WPg 2001, 906 ff., Tz. 9, „Dabei ist zu beurteilen, ob geschätzte Werte unter den jeweiligen Umständen plausibel sind und – sofern erforderlich – in angemessener Weise erläutert wurden. Nachweise, die geschätzte Werte belegen, sind häufig schwieriger zu erhalten und haben weniger Aussagekraft als Nachweise, die andere Werte in der Rechnungslegung belegen.“, zitiert nach Hennrichs, AG 2006, 698, 704 (Fn. 36).

603 Mit dem Begriff der Ermessensentscheidung in § 321 Abs. 2 Satz 4 HGB können, systematisch betrachtet, nur diejenigen Schlussfolgerungen gemeint sein, die der Bilanzierende in Gestalt von Schätzungen oder Prognosen zum Ausdruck bringt. Wenn nämlich § 321 Abs. 2 Satz 4 HGB im Übrigen von sachverhaltsgestaltenden Maßnahmen und ausgeübten Wahlrechten spricht, verbleiben überhaupt nur noch Schätzungen und Prognosen, die dem Bilanzierenden potenziell Raum für eigene subjektive Einschätzungen eröffnen können.

604 BGH, Beschl. v. 22.11.2016 – XI ZB 9/13 = NZG 2017, 378, 380 f.

605 Ausdrücklich IDW PS 315: Die Prüfung von Zeitwerten = WPg 2006, 309 ff., Tz. 16: „Bei der Ermittlung von Zeitwerten auf der Grundlage eines Bewertungsmodells ist es nicht Aufgabe des Abschlussprüfers, eigenes Ermessen anstelle der gesetzlichen Vertreter auszuüben. Stattdessen beurteilt der Abschlussprüfer das Bewertungsmodell danach, ob es angemessen ist und die zugrundeliegenden Annahmen plausibel sind.“ Vgl. auch BGH, Urt. v. 22.11.2016 – XI ZB 9/13 = NZG 2017, 378, 386 zur richterlichen Überprüfung der Bewertung von Immobilienvermögen: „Fehlerhaft ist das Ergebnis erst dann, wenn es als solches nicht mehr vertretbar ist.“

pflichtige sich hierunter auf ein beliebiges Ergebnis festlegen darf und ihm insofern also ein bilanzpolitisch nutzbarer Freiraum eröffnet ist, oder ob ihn konkret das Vorsichtsprinzip dazu anhält, seinem Abschluss stets das pessimistischste aller in Betracht kommenden Ergebnisse zugrunde zu legen. Letzteres ist abzulehnen. Denn das Vorsichtsprinzip soll den Kaufmann bekanntlich allein dazu anhalten, sich *im Zweifel* ärmer als reicher zu rechnen.⁶⁰⁶ Es ist insofern weder als Freischein noch als sture Pflicht zur Bildung stiller Reserven zu begreifen.⁶⁰⁷ Dementsprechend wäre es missverstanden, wollte man ihm die Pflicht des Normadressaten entziehen, seinem Abschluss stets das ihm ungünstigste Schätzungs- oder Prognoseergebnis zugrunde zu legen bzw. in seinen Erkenntnisprozess von vornherein auch nur die ihm ungünstigsten Schätzungs- oder Prognosefaktoren einzubeziehen.⁶⁰⁸ Erst dann, wenn sich unter den in Betracht kommenden Wertansätzen mehrere als gleich wahrscheinlich erweisen, wird er sich deshalb unter Berücksichtigung des Vorsichtsprinzips für das niedrigere zu entscheiden haben.⁶⁰⁹ Können die jeweiligen Schätzungs- oder Prognosefaktoren aber etwa auf so unterschiedliche Art und Weise miteinander ins Verhältnis gesetzt werden, dass die verschiedenen Wertansätze sich ihrer Wahrscheinlichkeit nach gar nicht erst als vergleichbar erweisen, werden dem Normadressaten bei der Wahl des letztlich in den Abschluss aufzunehmenden Schätzungs- oder Prognoseergebnisses aus dem Vorsichtsprinzip keine Einschränkungen erwachsen.

606 Glaser/Hachmeister, BB 2011, 555, 557. Vgl. auch Sigloch/Keller/Meffert, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, Anh. §§ 41-42a Rn. 286, die dann aber davon ausgehen, dass nach dem Vorsichtsprinzip bei Aktivposten stets die untere Grenze und bei Passivposten stets die obere Grenze des Schätzungsrahmens als Wertansatz zu wählen sei.

607 Treffend Hennrichs, AG 2006, 698, 703 „Aber es sind doch immerhin angemessen auch die Risiken einzubeziehen.“

608 Sigloch/Keller/Meffert, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, Anh. §§ 41-42a Rn. 286. Weniger strikt demgegenüber A/D/S, Rechnungslegung und Prüfung, § 252 HGB Rn. 73; Füllbier/Kuschel/Selchert, in: Küting/Pfitzer/Weber, HdR, § 252 HGB Rn. 77; Hennrichs, AG 2006, 698, 703; Störk/Büssow, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar zum HGB, § 252 Rn. 33, nach denen ein Wert zu wählen ist, der „bei den Aktiva möglichst nahe am unteren, bei den Rückstellungen möglichst nahe am oberen Wert liegt [...]“

609 Hennrichs, AG 2006, 698, 703; Schulze-Osterloh, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl., § 42 Rn. 326.

II. Determinanten der internationalen Rechnungslegungsstandards

Verglichen mit den handelsrechtlichen Bilanzierungsvorschriften setzen sich die internationalen Rechnungslegungsstandards selbstverständlicher und klarer mit den Determinanten abschlussrelevanter Schätzungen und Prognosen auseinander. Ausgangspunkt ist dabei das in IAS 8.32 enthaltene Eingeständnis, dass *„aufgrund der mit Geschäftstätigkeiten verbundenen Unsicherheiten [...] viele Posten in den Abschlüssen nicht präzise bewertet, sondern nur geschätzt werden [können].“* Der Begriff der Schätzung bezieht sich dabei nach der Definition des IAS 8.5 auf sämtliche Einschätzungen *„des derzeitigen Status von Vermögenswerten und Schulden und [...] des künftigen Nutzens und künftiger Verpflichtungen im Zusammenhang mit Vermögenswerten und Schulden“* und umfasst folglich auch die hier als Prognosen bezeichneten, zukunftsbezogenen Einschätzungen des Abschlusspflichtigen. Indem der Standardsetzer dem Umgang mit Schätzungen und Prognosen in IAS 8 einen festen Platz im Gefüge der internationalen Rechnungslegungsstandards einräumt, anerkennt er, dass beide in den Abschluss zwar in Form eines punktuellen Wertansatzes einfließen, tatsächlich aber regelmäßig gerade keine *„Punktlandung“*, sondern das Ergebnis eines mit teils erheblichen Unsicherheiten behafteten Schätzungs- oder Prognoseprozesses sind. Das kommt in den verfahrens- und ergebnisbezogenen Anforderungen der internationalen Rechnungslegungsstandards an die abschlussrelevanten Schätzungen und Prognosen sodann auch zum Ausdruck.

1. Anforderungen an das Schätzungs- oder Prognoseverfahren

a) Informationsgrundlage gemäß IAS 8.32

Die Anforderungen an die Informationsgrundlage des Schätzungs- oder Prognoseverfahrens unterscheiden sich nicht von derjenigen Informationsgrundlage, die auch für Schätzungen und Prognosen nach Handelsbilanzrecht zu verlangen ist.⁶¹⁰ Anzustellen sind sie gemäß IAS 8.32 *„auf Grundlage der zuletzt verfügbaren verlässlichen Informationen“*. Das erfordert neben einer umfassenden Informationsgrundlage vor allem die Richtigkeit der ermittelten Informationen und ergibt sich sowohl aus dem Tatbestandsmerkmal der Verlässlichkeit als auch grundlegend aus dem Grundsatz

610 Dazu oben Abschnitt I. 1. a).

glaubwürdiger Darstellung (*faithful representation*), wie er im Rahmenkonzept statuiert ist.⁶¹¹

b) „Vernünftige“ Schätzungen und Prognosen im Sinne des IAS 8.33

Gemäß IAS 8.33 beeinträchtigt die Verwendung „vernünftiger“ Schätzungen und Prognosen die Verlässlichkeit des Abschlusses nicht. Die Vorschrift nimmt damit auf das in IAS 1.17 statuierte Verlässlichkeitserfordernis Bezug und bringt damit zum Ausdruck, was für Schätzungen und Prognosen des Handelsbilanzrechts aus dem allgemeinen Willkürverbot abzuleiten ist: Sofern der jeweilige Standard keine konkreten Vorgaben enthält, sind die ihnen zugrundeliegenden Informationen angemessen ins Verhältnis zu setzen und einzelne Schätzungs- und Prognosefaktoren dabei weder über- noch unterzugeschichtet.⁶¹² Inwieweit das Vernunftskriterium des IAS 8.33 in der Praxis tatsächlich begrenzende Wirkung entfaltet, darf aber bezweifelt werden. Denn auch hier werden sich, von eklatanten Fällen abgesehen, in der Regel Mittel und Wege finden lassen, die konkrete Gewichtung und Abwägung der jeweiligen Schätzungs- oder Prognosefaktoren sachlich zu begründen.⁶¹³

2. Anforderungen an das Schätzungs- oder Prognoseergebnis

a) Verlässlichkeit und Vergleichbarkeit

IAS 8.33 bringt neben dem verfahrensbezogenen Erfordernis „vernünftiger“ Schätzungen und Prognosen zugleich zum Ausdruck, dass vernünftige Schätzungen und Prognosen die Verlässlichkeit nicht beeinträchtigen, und damit positiv formuliert stets als verlässlich im Sinne des IAS 1.17 an-

611 Vgl. Wawrzinek/Lübbig, in: Beck'sches IFRS-Handbuch, § 2 Rn. 86.

612 Konkrete Vorgaben hinsichtlich der Gewichtung einzelner Schätzungsfaktoren enthält etwa IAS 38.23: „Ein Unternehmen schätzt nach eigenem Ermessen aufgrund der zum Zeitpunkt des erstmaligen Ansatzes zur Verfügung stehenden substanziellen Hinweise den Grad der Sicherheit ein, der dem Zufluss an künftigem wirtschaftlichen Nutzen aus der Nutzung des Vermögenswerts zuzuschreiben ist, wobei externen substanziellen Hinweisen größeres Gewicht beizumessen ist.“

613 Siehe oben Abschnitt I. 1. b) mit Verweis auf Hennrichs, Wahlrechte, S. 348 „Denn „sachliche Gründe“ für ihre Bilanzierungs- und Bewertungsentscheidungen zu benennen, wird die Praxis nicht verlegen sein“.

zusehen sind. Auch nach internationalen Rechnungslegungsstandards ist also davon auszugehen, dass die Beachtung der soeben bezeichneten verfahrensmäßigen Schätzungs- und Prognoseanforderungen grundsätzlich in ein rechtmäßiges Ergebnis mündet und insofern also nicht mehr zu verlangen ist als dessen Plausibilität.

Dass bei einer Bandbreite plausibler Schätzungs- oder Prognoseergebnisse sodann wie auch im Handelsbilanzrecht vordringlich die Perspektive des Abschlusspflichtigen maßgeblich ist und deshalb ein Wertansatz, der sich innerhalb dieser Bandbreite bewegt, im Rahmen der Bilanzkontrolle nicht durch einen anderen, ebenfalls rechtmäßigen Wertansatz ersetzt werden kann, kommt in den internationalen Rechnungslegungsstandards nur vereinzelt zum Ausdruck. Zu nennen ist etwa IAS 38.23, demzufolge ein Unternehmen aufgrund der zum Zeitpunkt des erstmaligen Ansatzes zur Verfügung stehenden substantiellen Hinweise „nach eigenem Ermessen“ schätzt, mit welcher Sicherheit aus der Nutzung eines Vermögenswerts ein künftiger wirtschaftlicher Nutzen erwächst. Auch IAS 37.38 spricht sich innerhalb der Bandbreite plausibler Ergebnisse für einen bilanziellen Freiraum aus, indem er hinsichtlich der Bewertung von Rückstellungen die Perspektive des Managements betont. Im Übrigen kann aber auf die obigen Ausführungen zum Regelungsgehalt des § 321 Abs. 2 Satz 4 HGB verwiesen werden, der sich auf die Abschlussprüfung auch solcher Abschlüsse bezieht, die nach internationalen Rechnungslegungsstandards aufgestellt wurden. Er anerkennt mit den von ihm explizit aufgeführten Ermessensentscheidungen, dass es innerhalb der rechtlichen Grenzen des Bilanzrechts subjektive Einschätzungen des Abschlusspflichtigen geben kann, die einer Bilanzkontrolle nicht zugänglich sind.

b) „Prudence Principle“

Ausdrücklich von einem Vorsichtserfordernis sprechen die internationalen Rechnungslegungsstandards allein in IAS 8.10 b) iv und beziehen sich dort ausschließlich auf die Entwicklung und Anwendung von Rechnungslegungsmethoden, die nach IAS 8.5 von Schätzungen und Prognosen zu unterscheiden sind.⁶¹⁴ Hiervon abgesehen, ist das sogenannte „*Prudence Principle*“ in die 2018 überarbeitete Fassung des Rahmenkonzepts erneut aufgenommen worden und strahlt von dort auf die Auslegung und Anwendung internationaler Rechnungslegungsstandards – und folglich auch

614 Zum Abgrenzungserfordernis bereits § 3 A. II. 3.

auf die in diesem Zusammenhang anzustellenden Schätzungen und Prognosen – aus.⁶¹⁵ Was hieraus konkret folgt, ist auf den ersten Blick indes zweifelhaft. Denn Einigkeit besteht nur insoweit, als dem „*Prudence Principle*“ jedenfalls eine schwächere Wirkung zukommen soll als dem handelsrechtlichen Vorsichtsprinzip, ohne dass die hieraus folgenden Unterschiede aber je näher konkretisiert würden.⁶¹⁶

Es bleibt damit für die Zwecke dieser Untersuchung zunächst nur die Erkenntnis, dass das „*Prudence Principle*“ der internationalen Rechnungslegungsstandards das Verhalten des Geschäftsleiters jedenfalls weniger stark zu determinieren beabsichtigt als das Vorsichtsprinzip des Handelsbilanzrechts und insofern wohl zu verstehen als Prinzip einer möglichst neutralen, ausgeglichenen Darstellung der wirtschaftlichen Verhältnisse der Gesellschaft, in dem Chancen und Risiken angemessen zueinander ins Verhältnis gesetzt werden.⁶¹⁷ Um diesem Unterschied bei der Vornahme von Schätzungen und Prognosen Rechnung zu tragen, wird man davon ausgehen können, dass das „*Prudence Principle*“ den Geschäftsleiter wohl nicht im Sinne einer Zweifelsregel dazu anhalten wird, bei gleicher Wahrscheinlichkeit zweier Wertansätze den niedrigeren zu wählen. Für Schätzungen und Prognosen ergeben sich bei der Anwendung internationaler Rechnungslegungsstandards deshalb aus dem „*Prudence Principle*“ keine zusätzlichen Beschränkungen.

C. Schlussfolgerungen

Die vorstehenden Ausführungen haben ergeben, dass das Handelsbilanzrecht und die internationalen Rechnungslegungsstandards in erster Linie das Schätzungs- oder Prognoseverfahren determinieren und insofern eine

615 Zur Berücksichtigung des Rahmenkonzepts bei der Auslegung und Anwendung der internationalen Rechnungslegungsstandards bereits § 2 B. I.

616 *Hennrichs*, AG 2006, 698, 703: „[...] wobei freilich dem Vorsichtsprinzip nach den IFRS tendenziell eine weniger herausragende Bedeutung beigemessen wird als nach bisheriger deutscher Sichtweise zum HGB.“; *Pellens/Fülber/Gassen/Sellborn*, Internationale Rechnungslegung, S. 110 „Diese starke Betonung des Vorsichtsprinzips ist Ausdruck der Gläubigerschutzorientierung des HGB, die den informationsorientierten IFRS naturgemäß eher fehlt“; *Rubnke/Simons*, Rechnungslegung nach IFRS und HGB, S. 260, nach denen der Geschäftsleiter eine nicht nähere umrissene „Art mittlere Vorsicht“ walten lassen soll.

617 *Mujkanovic*, Prudence Principle – Jetzt auch ein Vorsichtsprinzip in den IFRS?, nwb Experten-Blog, Eintrag vom 03.05.2018, abrufbar unter: <https://www.nwb-experten-blog.de/prudence-principle-jetzt-auch-ein-vorsichtsprinzip-in-den-ifsrs>.

umfassende, inhaltlich fehlerfreie Informationsgrundlage und eine angemessene Gewichtung aller relevanten Informationen verlangen. Sind diese Anforderungen erfüllt, wird das Schätzungs- oder Prognoseergebnis in der Regel plausibel sein. Mehr als ein plausibles Ergebnis wird vom Bilanzierenden, von gesetzlichen Spezialfällen abgesehen, denn auch nicht verlangt. Man mag diesen Befund in Anknüpfung an die Ausführungen in § 2 D. I. als einen tatsachenbezogenen normativ-subjektiven Fehlerbegriff bezeichnen, den nicht nur das Handelsbilanzrecht, sondern auch die internationalen Rechnungslegungsstandards normieren. Eingeschränkt wird dieser im Handelsbilanzrecht aber teilweise durch das Vorsichtsprinzip, das vom Abschlusspflichtigen verlangt, unter mehreren gleich wahrscheinlichen Schätzungs- oder Prognoseergebnissen den niedrigeren auszuwählen.

§ 6 Zusammenfassung

Der zweite Teil dieser Untersuchung hat bestätigt, dass sich bilanzielle Freiräume der Gesellschaft bzw. des für sie handelnden Geschäftsleiters sowohl bei der Ausübung von Wahlrechten als auch dort ergeben können, wo die Anwendung bilanzrechtlicher Vorschriften tatsachenbezogene Schätzungen und Prognosen verlangt.

Die in dieser Untersuchung betrachteten Ansatz- und Bewertungswahlrechte werden vom Gesetzgeber teilweise explizit, teilweise implizit normiert und in ihrer Ausübung durch den ihnen zugeordneten Zweck und das Stetigkeitsgebot begrenzt. In der Regel wird die begrenzende Wirkung insbesondere der Zweckbestimmung aber gering ausfallen. Denn sie steht einer bilanzpolitischen Ausübung der Wahlrechte nicht grundsätzlich entgegen und wird letztlich nur im Bereich der Vereinfachungswahlrechte relevant, deren Ausübung einen Vereinfachungseffekt auch tatsächlich zur Folge haben muss und der betrieblichen Realität nicht erkennbar widersprechen darf. Dieser Vereinfachungseffekt darf durch eine bilanzpolitisch motivierte Wahlrechtsausübung nicht konterkariert werden.

Was eine Begrenzung der Wahlrechtsausübung durch das Stetigkeitsgebot anbelangt, so bezieht dieses sich nur auf art- und funktionsgleiche Vermögensgegenstände und Schulden und umfasst damit insbesondere neue oder besonders gelagerte Geschäftsvorfälle nicht. Gerade insofern steht deshalb auch das Stetigkeitsgebot einer bilanzpolitisch motivierten Wahlrechtsausübung nicht entgegen.

Die nach Handelsbilanz und internationalen Rechnungslegungsstandards vorzunehmenden Schätzungen und Prognosen müssen in erster Linie verfahrensbezogenen Anforderungen an eine hinreichende Informationsgrundlage und eine angemessene Gewichtung der relevanten Informationen genügen, werden im Übrigen aber regelmäßig zu einer Bandbreite plausibler Schätzungs- oder Prognoseergebnisse führen, aus denen der Geschäftsleiter auswählen kann. Er wird hierbei nur im Handelsbilanzrecht durch das Vorsichtsprinzip gebunden, aufgrund dessen er aus der Bandbreite plausibler Schätzungs- oder Prognoseergebnisse unter mehreren gleich wahrscheinlichen Ergebnissen das jeweils niedrigere anzusetzen hat. Für Schätzungen und Prognosen im System der internationalen Rechnungslegungsstandards, das dem Vorsichtsprinzip geringere Bedeutung beimisst als das Handelsbilanzrecht, lässt sich eine solche Einschränkung nicht rechtfertigen.

Keine Freiräume erwachsen der Gesellschaft bzw. dem Geschäftsleiter demgegenüber aus der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe, die letztverbindlich vom erkennenden Gericht auszulegen sind. Ein auf Rechtsfragen bezogener normativ-subjektiver Fehlerbegriff ist in diesem Zusammenhang weder verfassungskonform, noch besteht hierfür unter Berücksichtigung der potenziellen Folgen eines Bilanzrechtsverstoßes überhaupt ein Bedürfnis.

Dritter Teil: Zweckmäßigkeitentscheidungen bei der Abschlusserstellung

Basierend auf der Annahme, dass ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter im Sinne der §§ 93 Abs. 1 Satz 1 AktG, 43 Abs. 1 GmbHG unter der Legalitätspflicht zuvörderst verpflichtet ist, die ihm selbst und der Gesellschaft auferlegten Pflichten einzuhalten, haben die beiden vorangegangenen Teile dieser Untersuchung sich mit den Anforderungen an ein rechtmäßiges Handeln des Geschäftsleiters bei der Abschlusserstellung auseinandergesetzt. Dabei hat sich gezeigt, dass das Handeln des Geschäftsleiters bei der Abschlusserstellung trotz zahlreicher bilanzrechtlicher Einzelpflichten nicht abschließend durch das Bilanzrecht determiniert ist. Vielmehr verbleiben sowohl hinsichtlich des Ansatzes als auch hinsichtlich der Bewertung von Vermögensgegenständen und Schulden Entscheidungsfreiräume darüber, wie innerhalb der bilanzrechtlichen Grenzen mit Wahlrechten, Schätzungs- und Prognosefreiräumen zu verfahren ist. Die Ausübung derartiger Freiräume ist unter Zweckmäßigkeitgesichtspunkten am Gesellschaftsinteresse auszurichten, wobei sogleich zu klären ist, wie sich das Gesellschaftsinteresse im Hinblick auf die Abschlusserstellung konkret gestaltet. Weiterhin ist zu klären, welche Sorgfaltsanforderungen für das Zustandekommen von Zweckmäßigkeitentscheidungen im Bereich der Abschlusserstellung gelten. Insbesondere stellt sich insofern die Frage, ob Zweckmäßigkeitentscheidungen bei der Ausübung bilanzieller Freiräume als unternehmerische Entscheidungen im Sinne der Business Judgment Rule anzusehen sind. Denn sie konkretisiert in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG nicht nur die für unternehmerische Entscheidungen geltenden Anforderungen an ein sorgfaltspflichtkonformes Entscheidungsverfahren. Vielmehr normiert sie zugleich ein haftungsrechtlich geschütztes Ermessen für solche Konstellationen, in denen sich Zweckmäßigkeitentscheidungen des Geschäftsleiters im Nachhinein als zweckwidrig entpuppen.

§ 1 *Gesellschaftsinteresse als Handlungsmaxime*

Dass der Geschäftsleiter die von ihm zu treffenden Zweckmäßigkeitentscheidungen im Interesse der Gesellschaft zu treffen hat, darf angesichts seiner Stellung als Handlungsorgan der Gesellschaft und als Treuhänder

fremden Vermögens als rechtliche Selbstverständlichkeit gelten und wird im Allgemeinen aus der Treuepflicht des Geschäftsleiters abgeleitet.⁶¹⁸ Diese wiederum ist zwar gesetzlich nicht ausdrücklich kodifiziert, kommt im Aktien- und GmbH-Gesetz aber an verschiedenen Stellen implizit zum Ausdruck⁶¹⁹ und genießt daher allgemeine Anerkennung.⁶²⁰ Was konkret die Wahrung des Gesellschaftsinteresses für die Ausübung bilanzieller Freiräume bedeutet, ist bislang aber, soweit ersichtlich, noch kaum geklärt. Nur bei *Pöschke* finden sich Ausführungen zumindest zu potenziellen Interessenkonflikten bei der Abschlusserstellung, die ein Handeln im Interesse der Gesellschaft gefährden können.⁶²¹ Um einen Interessenkonflikt bei der Abschlusserstellung aber überhaupt feststellen zu können, ist zunächst der positive Gehalt des Gesellschaftsinteresses zu konkretisieren und dazu herauszuarbeiten, wie sich das Gesellschaftsinteresse bei der Ausübung bilanzieller Freiräume gestaltet. Angesprochen ist damit die Ausrichtung der unternehmerischen Bilanzpolitik, die ihre Daseinsberechtigung allein hier im Rahmen abschlussrelevanter Zweckmäßigkeitentscheidungen hat und die Frage betrifft, wie sich durch eine zielgerichtete Ausübung bilanzieller Freiräume unternehmerische Ziele erreichen lassen.⁶²² Erst im Anschluss hieran ist zu erörtern, woraus sich bei der Ausübung derartiger Freiräume potenzielle Interessenkonflikte ergeben können und wie mit ihnen umzugehen ist.

618 Grundlegend *Fleischer*, WM 2003, 1045, 1046.

619 So beispielsweise im Wettbewerbsverbot des § 88 Abs. 1 AktG, vgl. nur *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 93 Rn. 113; *ders.*, WM 2003, 1045. Zur analogen Anwendung des aktienrechtlichen Wettbewerbsverbots auf die GmbH etwa *Altmeynen*, in: *Altmeynen*, GmbHG, § 43 Rn. 3; *U. H. Schneider*, in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 126.

620 Vgl. *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 93 Rn. 113 ff.; *ders.*, WM 2003, 1045; *Hopt/Roth*, in: Großkommentar zum AktG, § 93 Rn. 97, 227; *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 84 Rn. 10; *Krieger/Sailer-Coceani*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 93 Rn. 21; *Lutter*, in: Liber Amicorum M. Winter, S. 447, 452; *Merkt*, ZHR 159 (1995), 423 ff.; *Mertens/Cahn*, in: Kölner Kommentar zum AktG, § 93 Rn. 95 ff.; *Möllers*, in: Hommelhoff/Hopt/v. Werder, Handbuch Corporate Governance, S. 423. Zur GmbH *Fleischer*, in: Münchener Kommentar zum GmbHG, § 43 Rn. 152 ff.; *Mertens*, in: Hachenburg, GmbHG, § 43 Rn. 35 ff.; *Paefgen*, in: Ulmer/Habersack/Löbbe, GmbHG, § 43 Rn. 70 ff.; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 35 Rn. 42 sowie aus der Rechtsprechung bereits BGHZ 49, 30, 31, BGH, Urt. v. 23.09.1985 – II ZR 246/84 = WM 1985, 1443.

621 *Pöschke*, ZGR 2018, 647, 683 f.

622 Näher zum Begriff der Bilanzpolitik *Bitz/Schneeloch/Wittstock/Patek*, Der Jahresabschluss: Nationale und internationale Rechtsvorschriften, S. 679 ff.; *Tanski*, Bilanzpolitik und Bilanzanalyse, S. 3 ff.

A. Der positive Gehalt des Gesellschaftsinteresses bei der Abschlusserstellung

I. Gesellschaftsinteresse im Sinne langfristiger Wertsteigerung und Rentabilität

Die Recherche zeigt, dass die Konkretisierung des Gesellschaftsinteresses in einem solchen Umfang, dass sie „zur konkreten Ableitung von Entscheidungen in Konfliktfällen“ etwas beizutragen vermag, nicht nur für den Bereich der Abschlusserstellung, sondern auch losgelöst hiervon nicht abschließend gelungen ist.⁶²³ Es stehen sich seit geraumer Zeit zwei Ansätze zur Bestimmung des Gesellschaftsinteresses gegenüber, nämlich zum einen die wohl herrschende Meinung, die das Unternehmensinteresse als Konglomerat konfligierender, aber im Grundsatz gleichrangiger Interessen von Gesellschaftern, Arbeitnehmern und Gläubigern bis hin zur Allgemeinheit versteht;⁶²⁴ zum anderen der Ruf nach einer Betonung des „Shareholder value“ und mit ihm nach einem mehr oder weniger stark ausgeprägten „Gewichtsvorsprung“ der Gesellschafterinteressen vor den übrigen Interessen.⁶²⁵ Nachdem die Problematik in den vergangenen Jahren und Jahrzehnten ein beträchtliches Maß an Aufmerksamkeit genossen hat, scheint mittlerweile eine gewisse Phase der Stagnation eingetreten zu sein.⁶²⁶ Auch im Rahmen dieser Untersuchung soll der Streit nicht weiter vertieft werden. Denn er relativiert sich insofern, als die Vertreter beider Ansichten sich als kleinsten gemeinsamen Nenner darauf zu einigen vermögen, dass jedenfalls die Bestandserhaltung der Gesellschaft sowie die Förderung des Unternehmenserfolges im Sinne langfristiger Wertsteigerung und Rentabilität jedenfalls im grundsätzlichen Interesse aller Gruppierungen liegt.⁶²⁷ Gerade hieran ist für die Zwecke dieser Untersuchung nachfolgend anzusetzen.

623 Kritisch insoweit etwa *Spindler*, in: Münchener Kommentar zum AktG, § 76 Rn. 68 ff., der offen bezweifelt, ob die Figur des Unternehmensinteresses überhaupt in irgendeiner Weise tauglich sei, die rechtlichen Bindungen des Geschäftsleiters zu konkretisieren.

624 *Kort*, AG 2012, 605, 608.

625 So ausdrücklich *Seibt*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 76 Rn. 12.

626 Vgl. wiederum *Spindler*, in: Münchener Kommentar zum AktG, § 76 Rn. 68 im Anschluss an *Mertens*, AG 1990, 49, 54, die das Gesellschaftsinteresse gar als „juristisches Ei des Kolumbus“ bezeichnen.

627 *Mertens/Cahn*, in: Kölner Kommentar zum AktG, § 76 Rn. 21 f.; *Hoch*, in: Küffer/Koch, AktG, § 76 Rn. 34; *Kort*, in: Großkommentar zum AktG, § 76 Rn. 53;

II. Rentabilitätsförderung durch Abschlusserstellung? – Eine rechtliche und empirische Betrachtung

1. Der indirekte Zusammenhang zwischen Abschlusserstellung und dauerhafter Rentabilität

Die Förderung der Bestandserhaltung sowie der langfristigen Wertsteigerung und Rentabilität verlangt vor allem die Sicherstellung einer soliden wirtschaftlichen Basis der Gesellschaft im Sinne einer angemessenen, nicht zwangsläufig maximalen Gewinnerzielung.⁶²⁸ Die Abschlusserstellung vermag zu diesem Ziel allerdings von vornherein nur einen indirekten Beitrag zu leisten. Denn die Funktionen des Abschlusses als Instrument der Selbst- und Fremdinformation, sowie im Falle des Jahresabschlusses darüber hinaus als Grundlage der Gewinnermittlung und der Besteuerung, geben bereits zu erkennen, dass der Abschluss das Schicksal der Gesellschaft primär nicht steuern, sondern es lediglich *abbilden* soll.⁶²⁹ Der Abschluss kann und soll Indikator des vergangenen – und im Rahmen von Prognosen in begrenztem Umfang auch des künftigen – wirtschaftlichen Erfolgs der Gesellschaft sein, nicht aber dessen unmittelbarer Grund. In Anbetracht dieses fehlenden unmittelbaren Zusammenhangs kann das Gesellschaftsinteresse bei der Ausübung bilanzieller Freiräume aber allenfalls insoweit geeignete Handlungsmaxime sein, als zwischen dem Abschluss und einer langfristigen Wertsteigerung oder Rentabilität der Gesellschaft zumindest ein indirekter Zusammenhang besteht. Denkbar ist das vor allem dann, wenn der Abschluss seinen Adressaten als Entscheidungsgrundlage für die Ausgestaltung ihrer wirtschaftlichen Beziehungen zur Gesellschaft dient. Inwieweit das der Fall ist, ist im nächsten Abschnitt aus rechtlicher und auch ökonomischer Perspektive zu beleuchten.

ders., AG 2012, 605, 609; *Clemm*, in: FS Ritter, S. 675 ff.; *Semler*, Leitung und Überwachung, Rn. 40; *Langenbacher*, DStR 2005, 2083 f.; *Nietsch*, ZGR 2015, 631, 637; *Selzner*, AG 2013, 818, 820; *Seibt*, ZIP 2013, 1597, 1598; *Kort*, AG 2012, 605, 609. Aus der Rechtsprechung OLG Hamm, Urt. v. 10.05.1995 – 8 U 59/94 = AG 1995, 512, 514.

628 *Kort*, in: Großkommentar zum AktG, § 76 Rn. 53; *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 76 Rn. 30 f.; *Spindler*, in: Münchener Kommentar zum AktG, § 76 Rn. 73; *Semler*, Leitung und Überwachung, Rn. 40 ff., 48.

629 Zu den Funktionen des Jahres- und Konzernabschlusses etwa *Winnefeld*, Bilanz-Hdb., S. 7 ff.; *Schulze-Osterloh*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 42 Rn. 26.

2. Abschlussinformationen als Entscheidungsgrundlage von Share- und Stakeholdern

Die Informationen des Jahres- und Konzernabschlusses adressieren ein ganzes Bündel unterschiedlicher Akteure, allen voran gegenwärtige und künftige Anteilseigner sowie Gläubiger der Gesellschaft, denen der Abschluss gemäß § 264 Abs. 2 Satz 1 HGB ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Gesellschaft vermitteln soll.⁶³⁰ Man neigt vor diesem Hintergrund der grundsätzlichen Aussage zu, dass die Abschlussinformationen das Gesellschaftsinteresse wohl umso stärker zu fördern vermögen, je eher sie den Erwartungen der Abschlussadressaten entsprechen.⁶³¹ Um aber aus dem Gesellschaftsinteresse konkrete Leitlinien für die Ausgestaltung der Bilanzpolitik ableiten zu können, bedarf es einer näheren, möglichst auch empirisch untermauerten Betrachtung speziell derjenigen Abschlussinformationen, die für die Abschlussadressaten als Entscheidungsgrundlage tatsächlich von Bedeutung sind. Erster Blickpunkt ist insofern der Informationsbedarf gegenwärtiger und künftiger Anteilseigner der Gesellschaft.

a) Relevanz der Abschlussinformationen für gegenwärtige und künftige Anteilseigner der Gesellschaft

Die gegenwärtigen, und bei publikationspflichtigen Gesellschaften auch die künftigen Gesellschafter zählen unstreitig sowohl im Anwendungsbereich des Handelsbilanzrechts als auch im Anwendungsbereich der internationalen Rechnungslegungsstandards zu den primären Adressaten des Jahres- bzw. Konzernabschlusses.⁶³² Für die nach internationalen Rech-

630 *Hennrichs*, Wahlrechte, S. 4. Eingehend zu den unterschiedlichen Abschlussadressaten auch *A/D/S*, Rechnungslegung und Prüfung, § 297 HGB Rn. 3; *Förschle/Rimmelpacher*, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, § 297 HGB Rn. 1; *Schulze-Osterloh*, in: Schulze-Osterloh/Hennrichs/Wüstemann, HdJ, Rechtsgrundlagen des Jahres- und des Konzernabschlusses Rn. 35.

631 Ganz ausdrücklich spricht man deshalb regelmäßig auch von der Bilanzpolitik als der „*bewussten Beeinflussung des Jahresabschlusses in der Absicht, dadurch beim Adressaten die von der Unternehmenspolitik gewünschten Eindrücke zu erzielen.*“, vgl. *Kropff*, ZGR 1993, 41; *Clemm*, WPg 1989, 357, 358 ff.; *ders.*, in: FS Budde, S. 149 f.

632 Für den Jahresabschluss vgl. *Schulze-Osterloh*, in: Schulze-Osterloh/Hennrichs/Wüstemann, HdJ, 1. Rechtsgrundlagen des Jahres- und des Konzernabschlusses Rn. 35. Für den Konzernabschluss vgl. *A/D/S*, Rechnungslegung und

nungslegungsstandards erstellten Abschlüsse ergibt sich das explizit aus dem Rahmenkonzept, demzufolge die im Abschluss vermittelten Informationen eine große Zahl von Nutzern in die Lage versetzen sollen, wirtschaftlich relevante Entscheidungen zu treffen.⁶³³ Im Anwendungsbereich des Handelsbilanzrechts erwächst die Informationsfunktion aus einer Gesamtschau unterschiedlicher Vorschriften, allen voran dem Einblicksgebot aus § 264 Abs. 2 Satz 1 HGB und den Publikationsvorschriften der §§ 325 ff. HGB.⁶³⁴ Inwieweit aber werden die Abschlussinformationen von den Adressaten auch genutzt? Die empirische Datenlage hierzu ist bedauerlicherweise gerade im europäischen und insofern auch im deutschen Raum überschaubar und einschlägige Beiträge aus dem US-amerikanischen Raum, die in den vergangenen Jahren vermehrt einen sogenannten „*winter of discontent*“ ausriefen und den fehlenden praktischen Nutzen der Abschlussinformationen für die Gesellschafter beklagten,⁶³⁵ sind wegen der abweichenden Rechnungslegungssysteme nur mit Vorsicht zu genießen.

aa) Aktionäre

Aufschlussreich gestaltet sich jedenfalls hinsichtlich der Aktionäre die im Auftrag des Deutschen Aktieninstituts durchgeführte Studie zu „*Verhalten und Präferenzen deutscher Aktionäre*“. Sie untersuchte zuletzt 2018 unter der Leitung von *Pellens* – und damit nach entsprechenden vorgelagerten Studien aus den Jahren 2005, 2009 und 2014 bereits zum vierten Mal – das Informationsverhalten privater und institutioneller Aktionäre der Deutschen Post DHL Group und bietet damit nicht nur eine Momentaufnahme, sondern enthält zugleich wertvolle Hinweise auf die Entwicklung

Prüfung, § 297 HGB Rn. 3; *Ballwieser*, in: Baetge/Kirsch/Thiele, Bilanzrecht, § 297 HGB Rn. 7; *Förschle/Rimmelspacher*, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, § 297 HGB Rn. 1; *Schulze-Osterloh*, in: Schulze-Osterloh/Hennrichs/Wüstemann, HdJ, 1. Rechtsgrundlagen des Jahres- und des Konzernabschlusses Rn. 36.

633 Dazu bereits Kapitel 1 § 2 A. I. 4. b).

634 *Hinz*, in: Beck'sches HdR, B 100 Rn. 17 ff.

635 *Lev*, *The End of Accounting*, 2016, *passim*; *ders.*, *Accounting and Business Research* 2018, 465, 467 ff. unter anderem mit dem Zitat eines CFO eines großen börsennotierten US-Unternehmens, demzufolge die Aktionäre die Abschlussinformationen weder verstünden, noch sich für sie interessierten. Vgl. auch *Khan et al.* (2017) – *Do the FASB's standards add shareholder value?*, Working Paper, Columbia School of Business.

des Informationswerts im Zeitverlauf.⁶³⁶ Zu den zentralen Erkenntnissen der Studie zählt hinsichtlich der befragten Privatanleger vor allem die Erkenntnis, dass sämtliche Bestandteile des Geschäftsberichts gegenüber der gleichgelagerten Studie aus 2014 als weniger bedeutend und aktuell bewertet werden und deswegen auch weniger intensiv genutzt werden als andere Informationskanäle.⁶³⁷ Weiterhin gaben die Privataktionäre mehrheitlich an, positive Erfolgstrends im Rahmen des Geschäftsberichts stärker zu gewichten als negative und im Rahmen ihrer Anlageentscheidung Dividendenänderungen, gefolgt von Gewinn- und Cashflowänderungen, die größte Relevanz beizumessen.⁶³⁸ Ein abweichendes Bild zeigt sich unter den befragten institutionellen Anlegern. Sie zählen neben Cashflowänderungen insbesondere die Managementqualität, die Ertragslage und die strategische Ausrichtung des Unternehmens zu den wichtigsten Orientierungsgrößen ihrer Anlageentscheidungen und benennen als wichtigsten Informationskanal dementsprechend auch den direkten Informationsaustausch mit der Geschäftsleitung.⁶³⁹ Ein allgemeiner Trend dergestalt, dass positive Erfolgstrends stets stärker gewichtet würden als negative, vermochte die Studie unter den institutionellen Aktionären demgegenüber nicht festzustellen.⁶⁴⁰

bb) GmbH-Gesellschafter

Empirische Untersuchungen zur praktischen Bedeutung der Abschlussinformationen für GmbH-Gesellschafter sind, soweit ersichtlich, bislang

636 Vgl. aus der Reihe der Studien des Deutschen Aktieninstituts *Pellens/Ablich/Schmidt*: Verhalten und Präferenzen deutscher Aktionäre 2018; *Pellens/Schmidt*, Verhalten und Präferenzen deutscher Aktionäre 2014; *Ernst/Gassen/Pellens*, Verhalten und Präferenzen deutscher Aktionäre 2009; *Ernst/Gassen/Pellens*, Verhalten und Präferenzen deutscher Aktionäre 2005.

637 Als bedeutsamsten, aktuellsten und verständlichsten Informationskanal zählt die Mehrheit der Teilnehmer nach wie vor die Wirtschaftspresse. Weder der Geschäftsbericht noch die Zwischenberichterstattung findet sich in den Top drei der am häufigsten genutzten Informationsquellen, *Pellens/Ablich/Schmidt*, Verhalten und Präferenzen deutscher Aktionäre 2018, S. 14.

638 *Pellens/Ablich/Schmidt*, Verhalten und Präferenzen deutscher Aktionäre 2018, S. 19.

639 *Pellens/Ablich/Schmidt*, Verhalten und Präferenzen deutscher Aktionäre 2018, S. 20.

640 *Pellens/Ablich/Schmidt*, Verhalten und Präferenzen deutscher Aktionäre 2018, S. 21.

noch nicht erhoben worden. Mutmaßen lässt sich allerdings vor dem Hintergrund der zwischen AG und GmbH bestehenden Strukturunterschiede – insbesondere der typischerweise geringen Anzahl vom GmbH-Gesellschaften und des persönlichen Kontakts zwischen Gesellschaftern und Geschäftsleitern –, dass der Informationsnutzen des Jahres- und Konzernabschlusses für GmbH-Gesellschafter im Regelfall noch deutlich geringer sein dürfte als für institutionelle Anleger einer Aktiengesellschaft. Da Erstere an der Geschäftsleitung typischerweise „näher dran“ sind als die Aktionäre am Vorstand, werden die Abschlussinformationen für sie allenfalls vor allem bei der Bewertung ihrer Gesellschaftsanteile und im Hinblick auf die Gewinnverwendung von Bedeutung sein, nicht aber als Informationsquelle über die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft.

b) Relevanz der Abschlussinformationen für die Gläubiger der Gesellschaft

Was sodann die Gläubiger der Gesellschaft anbelangt, so ist die empirische Datenlage für sie mindestens ebenso überschaubar wie für die Gesellschafter. Das gilt in besonderem Maße für die Gläubiger aus Lieferungen und Leistungen. Ein gewisser Bedeutungsgrad der Abschlussinformationen soll für sie deshalb an dieser Stelle nicht ausgeschlossen, gleichwohl aber als tendenziell gering eingestuft werden. Denn erstens werden die Abschlussinformationen, wenn sie denn von den betreffenden Gläubigern überhaupt fachgerecht ausgewertet werden können, als stichtagsbezogene Momentaufnahme regelmäßig nicht die erforderliche Aktualität aufweisen; zweitens werden Faktoren wie etwa die bestehenden Geschäftsverhältnisse oder der persönliche Kontakt zur Geschäftsleitung die aussagekräftigeren Informationsquellen darstellen und drittens werden Gläubiger sich gerade bei größeren Lieferungen und Leistungen ohnehin durch Bankbürgschaften und dergleichen vor einem Ausfall sichern. Die größere Bedeutung haben die Abschlussinformationen deshalb für die Kreditinstitute als Darlehensgeber der Gesellschaft. Für sie ist der Abschluss typischerweise gleich in zweierlei Hinsicht von Bedeutung: zum einen im Rahmen der *Kreditvergabe* bei der Bonitätsprüfung der Gesellschaft. Da die Bank für ihre Kreditnehmer umso mehr Eigenkapital vorhalten muss, je höher sich das Ausfallrisiko gestaltet, hängen das „Ob“ und die Erstkonditionen der Kreditvergabe unmittelbar vom Rating der Gesellschaft ab. Diese durch Basel II im Jahr 2004 verpflichtend eingeführte Ausrichtung der regulatorischen Eigenkapitalanforderungen am Kreditrisiko haben sich

durch Basel III noch verschärft,⁶⁴¹ wengleich nur in Ansätzen bekannt ist, mit welcher Gewichtung speziell die Bilanzdaten in die Bonitätsprüfung Eingang finden. Eine 2007 vom DRSC durchgeführte Befragung von 32 Kreditinstituten zur Bedeutung des Jahres- und Konzernabschlusses für die Bonitätsanalyse mittelständischer Unternehmen hat diesbezüglich nur ergeben, dass die Abschlussinformationen für 92 % der Befragten zu den drei wichtigsten Arten quantitativer Informationen zählen.⁶⁴² Immerhin gaben 84 % der Befragten weiterhin an, dass in Anbetracht aller bei der Kreditvergabe berücksichtigten Informationen die Abschlussdaten einen Anteil von mehr als 50 % einnehmen würden. Damit bleibt zwar die konkrete Gewichtung der Abschlussinformationen unklar. Immerhin kann aber festgehalten werden, dass die Abschlussinformationen jedenfalls im Rahmen der Kreditvergabe eine beachtliche Rolle spielen.⁶⁴³

Zum anderen sind die Abschlussinformationen für Kreditinstitute während der Kreditlaufzeit von Bedeutung.⁶⁴⁴ Das gilt insbesondere dann, wenn die Vertragsparteien Finanzkennzahlen vereinbart haben, zu deren Einhaltung sich das kreditnehmende Unternehmen verpflichtet hat. Allen voran sind insofern wohl die Vereinbarung eines *EBITDA Interest Cover* als Verhältnis des EBITDA zum Zinsaufwand und einer *Leverage Ratio*, die das Verhältnis des *Net Debt* zum EBITDA beschreibt. Beide Kennzahlen werden erfolgsabhängig auf der Grundlage der Informationen aus Quartals-

641 Winterfeld/Rümker, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 124a Rn. 227 ff., 244 ff.

642 DRSC, Rechnungslegung aus Sicht von Kreditinstituten als Rechnungslegungsadressaten, S. 10. Dabei kommt im Konzernverbund dem Konzernabschluss bzw. einem *pro forma* konsolidierten Abschluss freilich eine deutlich höhere Bedeutung zu als den vorhandenen Einzelabschlüssen, vgl. ebenda, S. 13.

643 Zu der Frage, inwieweit die Gewichtung der Abschlussdaten innerhalb der Bonitätsprüfung von weiteren Faktoren abhängt, etwa von der Größe des Unternehmens (so 54 % der Befragten), der Kredithöhe (so 42 % der Befragten) oder der Kapitalmarktorientierung (so 30 % der Befragten), vgl. DRSC, Rechnungslegung aus Sicht von Kreditinstituten als Rechnungslegungsadressaten, S. 11 f.

644 Ergänzend erwähnt sei aber, dass die Vereinbarung derartiger *Covenants* wie auch die Reaktion auf einen *Covenant*-Bruch konjunkturell bedingt stark schwankt: Während in konjunkturell guten Zeiten tendenziell wenige bis gar keine *Covenants* vereinbart werden und ein *Covenant*-Bruch anstelle der Neuverhandlung oder gar der Fälligkeitstellung des Darlehens nur die Zahlung einer Strafgebühr (*Waiver Fee*) zur Folge hat, ist in Zeiten der Rezession ein gegenläufiger Trend erkennbar. Vgl. die Studie von Roland Berger in Zusammenarbeit mit der Leipzig Graduate School of Management von Haghani/Holzamer/Zülch/Böhm/Kretzmann, Financial Covenants in der Unternehmensfinanzierung 2014, S. 5.

oder Abschlussberichten errechnet und hängen damit von der Ausübung bilanzieller Freiräume ab.⁶⁴⁵

3. Schlussfolgerungen für die Ausrichtung der Bilanzpolitik am Gesellschaftsinteresse

Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich für die Ausrichtung der Bilanzpolitik und damit für Ausübung bilanzieller Freiräume ein geteiltes Bild.

Grundlegend lässt sich die Bilanzpolitik bekanntlich entweder progressiv durch den Ausweis möglichst hoher Ergebnisse und eines entsprechend hohen Eigenkapitals ausrichten oder konservativ durch den Ausweis möglichst geringer Ergebnisse und eines entsprechend geringen Eigenkapitals.⁶⁴⁶ Welche Richtung sich im Interesse der Gesellschaft tendenziell eher als förderlich erweist, lässt sich vor dem Hintergrund der obigen Erörterungen aber nicht pauschal feststellen. Zu sehr konfliktieren die Interessen der einzelnen Beteiligten. Bereits unter den Gesellschaftern ergibt sich wegen der unterschiedlichen Gewichtung der Abschlussinformationen durch private und institutionelle Anleger kein einheitliches Bild. Denn während mit Blick auf die Privatanleger und die von ihnen im Rahmen der Studie bekundete stärkere Gewichtung positiver Informationen eine progressive Bilanzpolitik förderlich sein kann, muss für institutionelle Anleger, die eine entsprechende Tendenz gerade nicht haben erkennen lassen, nicht das gleiche gelten. Für GmbH-Gesellschafter lassen sich in Ermangelung empirischer Untersuchungen ohnehin kaum belastbare Aussagen treffen – insbesondere nicht zur konkreten *Gewichtung* der im Abschluss vermittelten Informationen im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Entscheidungsprozesse. Die wohl stärkste Bedeutung dürften die Abschlussinformationen für Kreditinstitute als Darlehensgeber haben, und zwar sowohl im Rahmen des Kreditvergabeprozesses als auch gerade in konjunkturell schlechten Zeiten während der Vertragslaufzeit. Auch wenn es insofern an Informationen zur Gewichtung der einzelnen Bilanzdaten fehlt, dürfte sich tendenziell allerdings – wie auch während der Vertragslaufzeit unter den vereinbarten Finanzkennzahlen – eine eher progressive Bilanzpolitik als förderlich er-

645 Vgl. *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, HGB, Handelsrechtliche Nebengesetze, Bankgeschäfte, Kap. 4 (Kreditgeschäft und Kreditsicherung) H/7; *Rieg*, BC 2010, 252 ff.

646 Grundlegend zu den Zielfunktionen der Bilanzpolitik *Tanski*, Bilanzpolitik und Bilanzanalyse, S. 8 ff.; *Zwirner/Boecker/Busch*, StuB, Beilage zu Heft 21/2017, S. 2.

weisen – soweit diese nicht nur im Rahmen des rechtlich, sondern auch des vertraglich Erlaubten liegt. Pauschale Richtlinien für die Ausrichtung des bilanzpolitischen Konzeptes der Gesellschaft können deshalb aus der Perspektive des Gesellschaftsinteresses nicht abgeleitet werden. Sie sind vielmehr sowohl grundlegend als auch im Hinblick auf einzelne, insbesondere eigenkapitalrelevante Entscheidungen unter Berücksichtigung der individuellen Situation der Gesellschaft mit Augenmaß abzuleiten und zu entwickeln. Insoweit ist das Gesellschaftsinteresse dann als Handlungsmaxime zur Ausübung bilanzieller Freiräume auch geeignet.

B. Der negative Gehalt des Gesellschaftsinteresses – Vermeidung von Interessenkonflikten

Sofern sich aus dem Gesellschaftsinteresse als Handlungsmaxime unter Berücksichtigung der individuellen Situation der abschlusspflichtigen Gesellschaft ein bilanzpolitisches Konzept zur Ausübung bilanzieller Freiräume ableiten lässt, hat der Geschäftsleiter dieses nach den obigen Grundsätzen bei der Ausübung bilanzieller Freiräume zu beachten. Dabei hat er als negative Ausprägung eines gesellschaftsorientierten Handelns freilich auch unbeeinflusst von Sonderinteressen und sachfremden Einflüssen zu handeln.⁶⁴⁷ Inwieweit der Geschäftsleiter aber bei der Abschlusserstellung überhaupt frei von Interessenkonflikten handeln kann, steht dann in Zweifel, wenn der Geschäftsleiter neben einer festen auch eine variable Vergütung für seine Tätigkeit erhält und diese zumindest in Teilen an bilanzielle Größen anknüpft.⁶⁴⁸

I. Variable Vergütungsbestandteile als Ursache eines Interessenkonflikts? – Zum Zusammenhang zwischen Vergütungs- und Bilanzpolitik

Eine allgemein anerkannte Definition des Begriffs des Interessenkonflikts existiert bislang nicht. Im Anschluss an die von *Kumpan* in diesem Zusammenhang geleistete Grundlagenarbeit soll jedoch für die Zwecke dieser Untersuchung ein dem allgemeinen Sprachgebrauch entsprechendes Verständnis zugrunde gelegt werden, wonach ein Interessenkonflikt dann gege-

647 Für die AG *Hopt/Roth*, in: Großkommentar zum AktG, § 93 Rn. 90, 229. Für die GmbH *Altmeppen*, in: *Altmeppen, GmbHG*, § 43 Rn. 27.

648 Kritisch auch *Pöschke*, ZGR 2018, 647, 684.

ben ist, wenn in ein und derselben Person verschiedene, nicht miteinander zu vereinbarende Erklärungen oder Handlungen aufeinander treffen, von denen sich mindestens eine nachteilig auf einen Dritten – hier die Gesellschaft – auswirken kann, deren Interessen die Person zu wahren übernommen hat.⁶⁴⁹ Grundlage eines solchen Interessenkonflikts kann damit eine Kollision zwischen den Eigeninteressen des Geschäftsleiters und denen der Gesellschaft sein, wie sie durch kurzfristige, an bilanzielle Größen anknüpfende Vergütungsanreize des Geschäftsleiters ausgelöst wird, die ihn zu einer besonders aggressiven Bilanzpolitik anspornen, einem langfristig rentabilitätsfördernden Verhalten aber nicht zwangsläufig entsprechen. Diese Problematik hat der Gesetzgeber erkannt und nach der Finanzkrise teilweise auch geregelt.

1. Nachhaltige Vergütungspolitik börsennotierter Gesellschaften

Durch Erlass des Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) hat der Gesetzgeber in § 87 Abs. 1 AktG ein Sonderrecht für die Vergütung von Vorstandsmitgliedern börsennotierter Gesellschaften geschaffen und deren Vergütungsstruktur an eine nachhaltige Unternehmensentwicklung gekoppelt.⁶⁵⁰ Hiernach sind variable Vergütungsbestandteile so auszugestalten, dass sie eine mehrjährige Bemessungsgrundlage haben; für außerordentliche Entwicklungen soll der Aufsichtsrat eine Begrenzungsmöglichkeit vereinbaren (§ 87 Abs. 1 Sätze 2 und 3 AktG). Variable Vergütungsbestandteile können vor diesem Hintergrund etwa die mehrjährige Entwicklung von Gewinnparametern, des Börsenkurses oder des „*Economic Value Added*“⁶⁵¹ berücksichtigen. Weitere Gestaltungsmodelle bestehen in „*Bonus-bank*“-Modellen, die die Auszahlung einer variablen Vergütung zeitlich strecken, um bei künftig eintretenden negativen Entwicklungen die noch nicht ausgezahlten Bonusteile zurückzubehalten. Auf dieser Linie liegt auch die Vereinbarung von „*Claw-Back*“-Klauseln, die für den Fall einer nur vorübergehend positiven Entwicklung der Gesellschaft Rückforderungsmöglichkeiten vorsehen. Üblich sind darüber hinaus ver-

649 *Kumpan*, Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, S. 615.

650 Grundlegend zum Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung etwa *Bauer/Arnold*, AG 2009, 717 ff.; *Fleischer*, NZG 2009, 801 ff.; *Thüsing*, AG 2009, 517 ff.

651 Dazu etwa *Dillerup/Stoi*, Unternehmensführung, Ziffer 3.2.3.2.

pflichtende Eigeninvestments der Vorstandsmitglieder mit einer entsprechend langfristigen Bindungsdauer.⁶⁵²

Allein von derartigen langfristigen variablen Vergütungsbestandteilen gehen grundsätzlich keine Interessenkonflikte hinsichtlich der vom Vorstand zu treffenden bilanzpolitischen Entscheidungen aus. Denn eine langfristig ausgerichtete, mithin periodenübergreifende Vergütungspolitik schafft bei den einzelnen Vorstandsmitgliedern eine Anreizwirkung, die mit einer am Gesellschaftsinteresse orientierten Bilanzpolitik grundsätzlich im Einklang steht. So dürfte eine Bilanzpolitik, die unter Berücksichtigung etwa der Rechtsform der Gesellschaft, ihrer Gesellschafterstruktur, ihrer Kapitalmarktorientierung, ihrer Finanzierungssituation etc. die Ausübung bilanzieller Freiräume gestaltet und auf diese Weise indirekt zur Rentabilität der Gesellschaft beiträgt, im Rahmen langfristiger Vergütungsbestandteile auch den Vorstandsmitgliedern zum Vorteil gereichen.⁶⁵³ Eine andere Beurteilung ergibt sich indes, wenn die Kompensation der Vorstandstätigkeit *neben* langfristigen Vergütungsbestandteilen auch kurzfristige Anreize setzt. Derartige Mischsysteme sollen mit dem Nachhaltigkeitsgedanken des § 87 Abs. 1 AktG zwar vereinbar sein, sofern die kurzfristigen Anreize die langfristigen nicht überwiegen.⁶⁵⁴ Auch ist nicht ausgeschlossen, dass selbst kurzfristige Anreize isoliert betrachtet das Gesellschaftsinteresse fördern können, wenn etwa beim Erwerb oder der Veräußerung von Unternehmensteilen nicht bloß „Tafelsilber verscherbelt“, sondern eine dem Gesellschaftswohl dienende strategische Entscheidung umgesetzt wird.⁶⁵⁵ Gerade dann, wenn die vereinbarten kurzfristig ausgerichteten Vergütungsbestandteile aber an stichtagsbezogene, rein bilanzielle Größen oder Kennzahlen anknüpfen, ist nicht ausgeschlossen, dass Vorstandsmitglieder vor dem Hintergrund einer möglicherweise ungewissen persönlichen Zukunft im Unternehmen oder aufgrund anderer Umstände einen mit Sicherheit eintretenden schnellen finanziellen Vorteil einem langfristigen, aber dafür ungewisseren finanziellen Anreiz vorziehen und die Ausübung bilanzieller Freiräume bilanzpolitisch entsprechend ausrichten werden.

652 Eingehend zu diesen und weiteren Gestaltungsmöglichkeiten *Bauer/Arnold*, AG 2009, 717, 723.

653 Zur Auslegung der Nachhaltigkeit im Sinne der allgemeinen Rentabilitätsverpflichtung auch *Kocher/Bednarz*, DK 2011, 77, 78; *Wagner*, AG 2010, 774, 776; *Thüsing/Forst*, GWR 2010, 515, 516 ff.

654 *Mertens*, AG 2011, 57, 62. So auch ausdrücklich der Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drcks. 16/13433, S. 10.

655 *Thüsing*, AG 2009, 517, 520.

2. Nachhaltige Vergütungspolitik nicht börsennotierter Gesellschaften

Der Gesetzgeber hat sich bei Erlass des VorstAG noch im laufenden Gesetzgebungsverfahren dazu entschieden, den Wortlaut des § 87 Abs. 1 AktG auf börsennotierte Aktiengesellschaften zu beschränken. Das ist insoweit erstaunlich, als die Ausrichtung der Vorstandsvergütung an der langfristigen Rentabilitätsförderung der Gesellschaft bis dahin unstrittig und mit gleichem Maßstab auch für nicht börsennotierte Gesellschaften anerkannt war und durch das VorstAG auch scheinbar nicht beseitigt werden sollte. Dementsprechend stellt sich seither allerdings die Frage, inwieweit sich nach dem Willen des Gesetzgebers eine grundsätzlich nachhaltige Vergütungspolitik nicht börsennotierter Gesellschaften von einer nachhaltigen Vergütungspolitik börsennotierter Gesellschaften unterscheiden soll. Und während man hierzu beispielsweise liest, dass in einer nicht börsennotierten Gesellschaft „die Nachhaltigkeit eher zurücktreten“ könne als in einer börsennotierten Gesellschaft⁶⁵⁶ oder dass das in § 87 Abs. 1 Satz 2 AktG verankerte Nachhaltigkeitsanfordernis als bloße Zielvorstellung zu beachten sei,⁶⁵⁷ bleiben die konkreten Unterschiede zwischen einer nachhaltigen Vergütungspolitik börsennotierter und nicht börsennotierter Gesellschaften dennoch weiterhin unklar. Für den hier zu betrachtenden Zusammenhang zwischen Vergütungs- und Bilanzpolitik ist das indes nicht weiter störend. Denn ungeachtet etwaiger Unterschiede im Detail darf doch jedenfalls als gesichert gelten, dass die Nachhaltigkeitsanforderungen an die Vergütungspolitik nicht börsennotierter Gesellschaften keinesfalls *höher* sein sollen als die Nachhaltigkeitsanforderungen an die Vergütungspolitik börsennotierter Gesellschaften. Mischsysteme zwischen langfristigen und kurzfristigen stichtagsbezogenen Vergütungsbestandteilen können dementsprechend auch für Vorstandsmitglieder nicht börsennotierter Gesellschaften implementiert werden. Gerade in diesen Mischsystemen sind aber, wie soeben erörtert, Interessenkonflikte zu einer im Gesellschaftsinteresse ausgestalteten Bilanzpolitik angelegt. Nichts anderes gilt für die Vergütung der GmbH und das insofern aus der Treuepflicht abgeleitete Erfordernis einer grundsätzlich nachhaltigen Vergütungspolitik,⁶⁵⁸ das die Vereinbarung kurzfristiger variabler Vergütungsbestandteile im Rahmen eines Mischsystems gleichfalls nicht ausschließt. Damit bleibt

656 *Spindler*, in: Münchener Kommentar zum AktG, § 87 Rn. 78.

657 *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 87 Rn. 25; *Kort*, in: Großkommentar zum AktG, § 87 Rn. 118.

658 Dazu *Uffmann*, DB 2019, 2281, 2287.

festzuhalten, dass Interessenkonflikte zwischen kurzfristigen finanziellen Vergütungsanreizen und einer langfristig rentabilitätsfördernden Bilanzpolitik auch für Geschäftsleiter nicht börsennotierter Gesellschaften denkbar sind.⁶⁵⁹

II. Umgang mit Interessenkonflikten bei der Abschlusserstellung

1. Grundlagen

Nachdem der vorstehende Untersuchungsabschnitt ergeben hat, dass Interessenkonflikte zwischen langfristig rentabilitätsfördernder Bilanzpolitik und kurzfristigen Vergütungsanreizen der Vorstandsmitglieder denkbar sind, stellt sich die Frage, wie damit umzugehen ist. Losgelöst von der Thematik der Abschlusserstellung hat sich hierzu im Schrifttum eine Trias an Verhaltensgeboten herausgebildet, nach der Vorstandsmitglieder einen Interessenkonflikt gegenüber Vorstandskollegen und Aufsichtsrat unverzüglich offenzulegen haben,⁶⁶⁰ eine angemessene Kontrolle darüber ermöglichen müssen, dass sie ihrer Treuepflicht genügen⁶⁶¹ und – um ihrer Treuepflicht zu genügen – selbstredend der Pflicht unterliegen, dem Gesellschaftsinteresse gegenüber etwaigen Eigeninteressen unbedingten Vorrang einzuräumen (*Prioritätsgrundsatz*).⁶⁶² Letzteres verbietet es daher

659 Zu der Erkenntnis, dass Geschäftsleiter derartige Interessenkonflikte üblicherweise denn auch zugunsten kurzfristiger Performanceeffekte auflösen wird, vgl. *Rappaport*, *Financial Analysts Journal* 61 (2005), 65 ff.; *Crocker/Slemrod*, *RAND Journal of Economics* 38 (2007), 698 ff. sowie speziell für die Bankenpraxis *Chen/Steiner/Whyte*, *Journal of Banking & Finance* 30 (2006), 915 ff.

660 *Bürgers/Körber*, in: *Bürgers/Israel*, *AktG*, § 93 Rn. 6; *Fleischer*, in: *Spindler/Stilz*, *AktG*, § 93 Rn. 124; *ders.*, *WM* 2003, 1045, 1050; *Hopt*, in: *Großkommentar zum AktG*, § 93 Rn. 185; *Mertens/Cahn*, in: *Kölner Kommentar zum AktG*, § 93 Rn. 110; *U. Schmidt*, in: *Heidel*, *Aktienrecht und Kapitalmarktrecht*, § 93 *AktG* Rn. 44. Für die GmbH *Ziemons*, in: *Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt*, *GmbHG*, § 43 Rn. 90. Grundlegend auch *Kumpen*, *Der Interessenkonflikt im Deutschen Privatrecht*, § 7. Zur Offenlegungspflicht vgl. auch *Ziff* 4.3.4 *DCGK*.

661 *Fleischer*, in: *Spindler/Stilz*, *AktG*, § 93 Rn. 124; *ders.*, *WM* 2003, 1045; *Hopt/Roth*, in: *Großkommentar zum AktG*, § 93 Rn. 186; *U. Schmidt*, in: *Heidel*, *Aktienrecht und Kapitalmarktrecht*, § 93 *AktG* Rn. 44.

662 Grundlegend etwa *Fleischer*, in: *Spindler/Stilz*, *AktG*, § 93 Rn. 122; *Bürgers/Israel*, in: *Bürgers/Körber*, *AktG*, § 93 Rn. 6; *Hopt/Roth*, in: *Großkommentar zum AktG*, § 93 Rn. 148; *Hopt*, *ZGR* 2004, 1, 39; für die GmbH *Kleindiek*, in: *Lutter/Hommelhoff*, *GmbHG*, § 43 Rn. 19; *Semler*, in: *Kubis/Semler/Peltzer*, *Arbeitshandbuch für Vorstandsmitglieder*, § 1 Rn. 171.

den Geschäftsleitern, bei der Aufstellung des Jahresabschlusses etwaige Wahlrechte maßgeblich im Hinblick auf die sich aus der Bilanzierung ergebenden Vergütungsvorteile auszuüben oder sich unter verschiedenen plausiblen Schätzungs- und Prognoseergebnissen für dasjenige zu entscheiden, das allein oder überwiegend in ihren persönlichen Vergütungsinteressen liegt.⁶⁶³ Da ungeachtet dieser eindeutigen Handlungsmaßgabe indes schwierig festzustellen ist, ab welchem Punkt Eigen- und Gesellschaftsinteresse tatsächlich auseinanderfallen⁶⁶⁴ – zumal das Gesellschaftsinteresse sich hinsichtlich der Abschlusserstellung ja ohnehin nur schwierig konkretisieren lässt – kommen aber gerade der Offenlegungspflicht und der Pflicht zur Ermöglichung angemessener Kontrolle eine besondere Bedeutung zu.⁶⁶⁵

2. Insbesondere: Offenlegung

Da die Geschäftsleiter organschaftlich allein gegenüber der Gesellschaft zur Treue verpflichtet sind und nicht auch gegenüber den Anteilseignern der Gesellschaft, ist zunächst festzuhalten, dass Adressat der Offenlegungspflicht auch nur die Gesellschaft⁶⁶⁶ – und stellvertretend für diese das Kontrollorgan der Geschäftsleitung – sein kann. Adressat der Offenlegungspflicht ist danach für die Aktiengesellschaft der Aufsichtsrat, der nach § 171 AktG ohnehin mit der Prüfung des Jahres- und/oder Konzernabschlusses betraut ist und insoweit auch ohne den speziellen Anlass eines Interessenkonflikts bilanzpolitische Entscheidungen des Vorstands auf ihre Vereinbarkeit mit dem Gesellschaftsinteresse hin zu überprüfen hat.⁶⁶⁷ Für Gesellschaften mit beschränkter Haftung ist zu differenzieren: Ist kraft Gesetzes oder aufgrund des Gesellschaftsvertrags für die Gesellschaft ein Aufsichtsrat zu bilden, so ist dieser das für die Prüfung des Abschlusses

663 So ausdrücklich auch *U. Schmidt*, in: Heidel, Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, § 93 AktG Rn. 42.

664 So auch *Pöschke*, ZGR 2018, 647, 684.

665 Ähnlich *Pöschke/Henrichs*, in: Münchener Kommentar zum AktG, § 171 Rn. 38 mit Hinweis auf eine besondere Prüfungspflicht des Aufsichtsrats in entsprechenden Konstellationen.

666 Zur Rechenschaftspflicht aus § 666 BGB insoweit bereits BGH, Urt. v. 30.03.1967 – II ZR 245/63 = NJW 1967, 1462 f. Zur Übertragung auf die organschaftliche Treuepflicht *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 93 Rn. 118; *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im Deutschen Privatrecht, S. 616.

667 *Henrichs/Pöschke*, in: Münchener Kommentar zum AktG, § 171 Rn. 36 f.

zuständige Kontrollorgan und insofern auch Adressat einer Offenlegungspflicht der Geschäftsleitung.⁶⁶⁸ Im Übrigen ist nach § 46 Nr. 1 GmbHG die Gesellschafterversammlung für die Überwachung der Geschäftsleitung zuständig und dementsprechend als Offenlegungsadressat anzusehen.

Inwieweit eine Offenlegung tatsächlich erforderlich ist, hängt nach allgemeiner Ansicht vom Kenntnisstand des potenziellen Offenlegungsadressaten ab: Wenn der Konflikt offensichtlich oder für den Adressaten auf andere Weise erkennbar ist, bedarf es einer Offenlegung nicht.⁶⁶⁹ Danach kann in den hier in Rede stehenden Konstellationen eine Offenlegung entbehrlich sein, wenn der Offenlegungsadressat über die konkrete Vergütungspolitik und die hierfür entscheidenden bilanziellen Kennzahlen im Bilde ist. Diese Voraussetzung wird zunächst beim Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft erfüllt sein, der nach § 87 AktG ohnehin für die Festsetzung der Vergütung des Vorstands zuständig ist. Des Weiteren wird sie bei einem vertraglich oder gemäß § 25 Abs. 1 MitBestG eingerichteten Aufsichtsrat, der jeweils analog § 46 Nr. 5 GmbHG Personalkompetenz hat und insofern die Vergütung der Geschäftsleitung bestimmt, auch bei der GmbH erfüllt sein. Gleiches gilt bei fehlendem Aufsichtsrat für die Gesellschafterversammlung als Offenlegungsadressat. Auch sie ist über die konkrete Vergütungsstruktur der Geschäftsleiter im Bilde und kann von dieser eigenständig auf potenzielle Interessenkonflikte hinsichtlich der Ausübung der Bilanzpolitik schließen. Anders verhält es sich demgegenüber bei einem nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG gebildeten Aufsichtsrat, der keine Personalkompetenz hat und deshalb über die Vergütungsstruktur der Geschäftsleitung nicht zwangsläufig exakt im Bilde ist.⁶⁷⁰ Ihm gegenüber wird die Geschäftsleitung die hier relevanten Interessenkonflikte ausdrücklich offenzulegen haben. Denn selbst die Kenntnis von der Vereinbarung kurzfristiger Vergütungsbestandteile wird für sich genommen nicht genügen, um etwaige Interessenkonflikte der Geschäftsleiter erkennen und einschätzen zu können.

668 § 171 AktG gilt für eine GmbH mit Aufsichtsrat gem. spezialgesetzlicher Verweisung aus §§ 25 Abs. 1 MitBestG bzw. § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG bzw. bei freiwillig gebildetem Aufsichtsrat gem. § 52 Abs. 1 GmbHG entsprechend.

669 *Kumpian*, Der Interessenkonflikt im Deutschen Privatrecht, S. 617.

670 Das gilt insbesondere dann, wenn die nach § 285 Nr. 9a Satz 5 HGB verlangten Angaben gem. § 286 Abs. 4 HGB entbehrlich sind.

3. Insbesondere: Ermöglichung angemessener Kontrolle

An die Ermöglichung einer angemessenen Kontrolle sind mit Blick auf die hier in Rede stehenden Interessenkonflikte wohl keine besonderen Anforderungen zu stellen. Denn üblicherweise bedeutet die Ermöglichung angemessener Kontrolle, dass der Geschäftsleiter entsprechende Dokumentation vorhält, aus der sich ein mit dem Gesellschaftsinteresse konformes Handeln ergibt.⁶⁷¹ Für den Aufsichtsrat bzw. die Gesellschafterversammlung als zuständiges Kontrollorgan wird insofern vor allem von Bedeutung sein, dass sie sich ein Bild über die grundsätzliche Ausrichtung der Bilanzpolitik sowie darüber machen können, welchen Einfluss diese auf die Ausübung vergütungsrelevanter Wahlrechte, Schätzungs- und Prognosefreiräume hat. Je nachdem, inwieweit sich derartige Informationen nicht in der erforderlichen Eindeutigkeit dem Abschluss selbst, und insoweit auch nicht den Anhangangaben entnehmen lassen, wird die Geschäftsleitung zusätzliche Informationen bereitstellen müssen, um eine angemessene Kontrolle gesellschaftstreuem Handeln zu ermöglichen.

§ 2 Haftungsrechtlich geschütztes Ermessen bei der Ausübung bilanzieller Freiräume

Der bisherige Stand der Untersuchung erlaubt folgende Feststellungen: Erstens gibt es bilanzielle Freiräume bei der Abschlusserstellung, die daraus resultieren, dass die Ausübung von Wahlrechten sowie die Abgabe von Schätzungen und Prognosen bilanzrechtlich nur bis zu einem gewissen Grad determiniert wird. Welche gesellschaftsrechtlichen Anforderungen an die Ausübung derartiger Freiräume erwachsen, ist hinsichtlich der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht des Geschäftsleiters nunmehr geklärt: Um dem indirekten Zusammenhang zwischen Abschlusserstellung und dauerhafter Rentabilität der Gesellschaft Rechnung zu tragen, gebietet diese dem Geschäftsleiter, bilanzielle Freiräume im Interesse der Gesellschaft auszuüben und diesem bei auftretenden Interessenkonflikten den unbedingten Vorrang einzuräumen. Demgegenüber sind die Anforderungen der Sorgfaltspflicht aus § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG bzw. § 43 Abs. 1 GmbHG an die Ausübung bilanzieller Freiräume in dieser Untersuchung bislang nur insoweit konkretisiert worden, als der Geschäftsleiter unter der Legalitätspflicht jedenfalls gehalten ist, die bilanzrechtlichen Grenzen derarti-

671 Vgl. nur *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 93 Rn. 124.

ger Freiräume einzuhalten. Ob und welche weiteren Anforderungen dem Geschäftsleiter bei der Ausübung bilanzieller Freiräume aus der Sorgfaltspflicht erwachsen, ist nunmehr zu klären. Schwierig ist dies allerdings vor allem deshalb, weil der in § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG und § 43 Abs. 1 GmbHG statuierte Sorgfaltsmaßstab denkbar unbestimmt ist. Einziger gesetzlicher Anknüpfungspunkt sind insofern die Anwendungsvoraussetzungen der Business Judgment Rule aus § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG, derzufolge eine Sorgfaltspflichtverletzung jedenfalls dann *nicht* vorliegt, wenn der Geschäftsleiter bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf Grundlage angemessener Information und zum Wohl der Gesellschaft zu handeln. Für unternehmerische Entscheidungen stellen diese Anforderungen also zugleich eine verbindliche Konkretisierung der Sorgfaltspflicht und ein Haftungsprivileg dar: Selbst wenn sich seine Entscheidung im Nachhinein als zweckwidrig erweist, ist er der Gesellschaft gegenüber mangels Sorgfaltspflichtverletzung nicht aus §§ 93 Abs. 2 AktG, 43 Abs. 2 GmbHG zum Schadenersatz verpflichtet.

Für den Geschäftsleiter stellt sich damit in erster Linie die Frage, ob die Zweckmäßigkeitentscheidungen, die er bei der Ausübung bilanzieller Freiräume trifft, als unternehmerische Entscheidungen im Sinne der Business Judgment Rule anzusehen sind und in ihrem Sorgfaltsmaßstab damit durch die Anwendungsvoraussetzungen der Business Judgment Rule konkretisiert werden. Falls ja: Wie sind die dort statuierten Voraussetzungen in Bezug auf die Ausübung bilanzieller Freiräume zu verstehen; inwieweit ist deren Anwendung auf die Ausübung bilanzieller Freiräume mit Besonderheiten verbunden? Die Diskussion hierüber hat mittlerweile Fahrt aufgenommen⁶⁷² und soll Anlass geben, die Frage nach einem haftungsrechtlich geschützten Ermessen des Geschäftsleiters für Zweckmäßigkeitentscheidungen im Rahmen der Abschlusserstellung grundlegend zu durchleuchten.

A. Bedürfnis und Zweck eines haftungsrechtlich geschützten Ermessens bei der Abschlusserstellung

Noch vor der Erörterung spezifischer Anwendungsfragen zur Business Judgment Rule ist zu ermitteln, ob und woraus sich bei der Abschlusserstellung überhaupt ein entsprechendes Bedürfnis für ein haftungsrechtlich

672 Vgl. nur *Merkt*, DK 2017, 353 ff.; *Kubner*, DK 2017, 360 ff.; *Pöschke*, ZGR 2018, 647 ff sowie zuvor bereits *W. Müller*, in: *Liber amicorum Happ*, S. 179 ff.

geschütztes Ermessen ergibt. Ausgangspunkt dieser Erwägungen ist eine Betrachtung des teleologischen Fundaments der Business Judgment Rule – inwieweit treffen die gesetzgeberischen Erwägungen zu Bedürfnis und Zweck der BJR auch auf die Ausübung bilanzieller Freiräume bei der Abschlusserstellung zu?

I. Keine drohende Risikoaversion bei pflichtengebundenen Entscheidungen

Eine erste Funktion der Business Judgment Rule liegt in der Vermeidung einer übermäßigen Risikoaversion des Geschäftsleiters, die angesichts des bestehenden, strikten Sanktionsregimes für Sorgfaltsverstöße andernfalls droht. Die Business Judgment Rule dient insoweit als Korrelat zu der verhältnismäßig strikten Ausgestaltung der Binnenhaftung nach § 93 Abs. 2 AktG⁶⁷³ und der aus Sorgfaltspflichtverletzungen darüber hinaus resultierenden Gefahr strafrechtlicher Sanktionen. Beides, so die Befürchtung, könnte den Geschäftsleiter in eine übermäßige Risikoscheu treiben, da es mit Harbarth ab einem „gewissen Komplexitätsgrad [...] gar nicht möglich ist, gefahrlos zu handeln.“⁶⁷⁴ Da aber die Gesellschaft, und letztlich alle mit ihr verbundenen Interessengruppen wirtschaftlichen Erfolg nur genießen können, wenn der Geschäftsleiter in angemessenem Umfang bereit ist, „Chancen wahrzunehmen und Risiken einzugehen“⁶⁷⁵, kann ein übertrieben risikoaverses Verhalten des Geschäftsleiters wirtschaftlich nur von Nachteil sein.⁶⁷⁶ Die Business Judgment Rule soll diesen Effekt abfedern. Bei Pflichtaufgaben wie der Abschlusserstellung greift diese Funktion aber ins Leere. Denn das „Ob“ der Abschlusserstellung ist, wie bereits angesprochen, im Gegensatz zu typischen operativen Maßnahmen des Geschäfts-

673 Eingehend zum aktienrechtlichen Haftungsregime *Pfertner*, Unternehmerische Entscheidungen, S. 25 ff.

674 *Harbarth*, in: FS Hommelhoff, S. 325.

675 *Lutter*, in: Das Unternehmerbild in der sozialen Marktwirtschaft und die Managerhaftung, S. 152.

676 Treffend *Langenbacher*, DStR 2005, 2083, 2084: Der Vorstand „wird von den Anteilseignern mit der Führung der AG betraut, weil man sich von ihm das Erzielen möglichst hoher Erträge erhofft. Seine Aufgabe liegt deshalb nicht in der Reduktion von Risiken, sondern gerade umgekehrt in der Suche nach dem rechten Maß an Risikobereitschaft“. Weiterhin auch *Harbarth*, in: FS Hommelhoff, S. 324; *Holle*, AG 2011, 778, 782; *Kuntz*, GmbHR 2008, 121, 122; *Pfertner*, Unternehmerische Entscheidungen, S. 44 ff.; *Schlimm*, Das Geschäftsleiterermessen des Vorstands, S. 48.

leiters grundsätzlich nicht dispositiv.⁶⁷⁷ Damit kann der Geschäftsleiter sich der Ausübung bilanzieller Freiräume selbst bei potenziell scharfem Sanktionsregime nicht verweigern. Eine Lähmung unternehmerischer Initiative⁶⁷⁸ droht insofern also nicht.⁶⁷⁹

II. Haftungsrechtlich geschütztes Ermessen als Korrelat zu übermäßigen Sanktionsrisiken

Dass eine übertriebene Risikoaversion bei der Abschlusserstellung nicht zu befürchten ist, soll nicht bedeuten, dass drohende, scharfe Sanktionsrisiken nicht auch für sich genommen bereits die Annahme eines haftungsrechtlich geschützten Ermessens rechtfertigen können – gerade bei der Erfüllung gesetzlicher Pflichtaufgaben, wenn es dem Geschäftsleiter innerhalb des gesetzlich determinierten Rahmens der Pflichtaufgabe ohnehin nicht möglich ist, diejenige übertriebene und unverantwortliche Risikobereitschaft an den Tag zu legen, die den Gesetzgeber überhaupt erst zur Einführung eines strikten Sanktionsregimes für Sorgfaltspflichtverstöße veranlasst hat. Damit ist potenziell auch die Ausübung bilanzieller Freiräume angesprochen, die jedenfalls nach dem hier zugrunde gelegten Verständnis bei der Abgabe von Schätzungen und Prognosen auf plausible Ergebnisse beschränken und bei der Ausübung von Wahlrechten gar auf Handlungsalternativen, die der Gesetzgeber selbst normiert hat. Und wenngleich das hinter derartigen Freiräumen verborgene bilanzpolitische Potenzial an dieser Stelle nicht kleingeredet werden soll, so ist doch auch anzumerken, dass eine für die Gesellschaft besonders risikobehaftete Bilanzierung vor allem dann droht, wenn der Geschäftsleiter die Grenzen bilanzieller Freiräume überschreitet. So handelte es sich auch bei den aufsehenerregenden Bilanzskandalen Anfang der Zweitausenderjahre um bewusste Grenzübertritte.⁶⁸⁰ Doch welche Sanktionsrisiken drohen dem Geschäftsleiter für die zweckwidrige Ausübung bilanzieller Freiräume denn nun konkret?

⁶⁷⁷ Vgl. Kapitel 2 § 1 B.

⁶⁷⁸ Kübler/Assmann, Gesellschaftsrecht, § 15 III 5 b).

⁶⁷⁹ Eingehend dazu und zu weiteren teleologischen Widerständen eines auf die Erfüllung von Pflichtaufgaben angewandten, haftungsrechtlich geschützten Ermessens im Sinne der BJR *Holle*, Legalitätskontrolle, S. 74 ff.

⁶⁸⁰ Dazu anstelle vieler *Tanski*, DStR 2002, 2003 ff.

1. Zivilrechtliche Sanktionsrisiken des Geschäftsleiters bei zweckwidriger Ausübung bilanzieller Freiräume – insbesondere zu potenziell regressfähigen Schadensposten der Gesellschaft im Rahmen der Binnenhaftung

Die zivilrechtlichen Haftungsrisiken des Geschäftsleiters wegen zweckwidriger Ausübung bilanzieller Freiräume konzentrieren sich auf eine Binnenhaftung gegenüber der Gesellschaft aus § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG respektive § 43 Abs. 2 GmbHG.⁶⁸¹ Die Schärfe dieses organschaftlichen Binnenhaftungstatbestands ergibt sich abgesehen von dem auf Verschuldensebene anzulegenden typisierten Fahrlässigkeitsmaßstab⁶⁸² insbesondere aus der in § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG normierten Beweislastumkehr zulasten des Geschäftsleiters.⁶⁸³ Erschwerend tritt sodann die nur unter engen Voraussetzungen zulässige Verzichts- und Vergleichsmöglichkeit nach § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG hinzu, nach der ein Verzicht oder Vergleich vor Ablauf einer dreijährigen Frist nach Bekanntwerden der Pflichtverletzung nicht wirksam vereinbart werden kann.⁶⁸⁴ Auch statutarische Haftungsbeschränkungen, die vor allem für ein leicht fahrlässiges Verhalten der Geschäftsleiter in Betracht kämen, sind wegen der Satzungsstrenge nach § 23 Abs. 5 AktG unzulässig.⁶⁸⁵ Gegen das Risiko einer Binnenhaftung kann der Geschäftsleiter sich sodann selbst durch den Abschluss einer D&O-Versicherung nur bedingt absichern, da der insofern nach § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG zwingend zu vereinbarende Selbstbehalt in Höhe von mindestens 10 % in Anbetracht der teils exorbitant hohen Schadenssummen von Organhaf-

681 Zur Haftungskonzentration bereits Kapitel 1 § 2 A. III. 2. a).

682 Dazu *Langenbucher*, DStR 2005, 2083.

683 Grundlegend bereits BGHZ 152, 280, 284 = DStR 2003, 124 ff. Seither ständige Rspr., vgl. zuletzt BGHZ 202, 26 = BGH NZG 2014, 1058 Rn. 33. Aus der Kommentarliteratur anstelle vieler *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 93 Rn. 221 f.; *Spindler*, in: Münchener Kommentar zum AktG, § 93 Rn. 282, 285. Eingehend auch *Bachmann*, Gutachten E zum 70. DJT, S. 33 ff. A. A. *Kindler*, in: FS Goette, S. 231, 234; *Wach*, in: FS Schütze, S. 663, 671. *De lege ferenda* auch *Paefgen*, AG 2014, 554, 565.

684 Eingehend hierzu *Dietz-Vellmer*, NZG 2011, 248 ff; *Hasselbach*, DB 2010, 2037 ff.

685 Ganz h.M. vgl. nur *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 84 Rn. 71 f.; *ders.* WM 2005, 909, 914; *Grunewald*, AG 2013, 813, 815; *Habersack*, ZHR 177 (2013), 782, 794; *Langenbucher*, Aktien- und Kapitalmarktrecht, § 4 Rn. 159; *Mertens/Cahn*, in: Kölner Kommentar zum AktG, § 93 Rn. 8. Kritisch *Hoffmann*, NJW 2012, 1393, 1395; *Paefgen*, AG 2014, 554, 570; *Spindler*, AG 2013, 889, 896.

tungsprozessen für den Geschäftsleiter unter Umständen noch immer existenzvernichtend sein kann.⁶⁸⁶

Inwiefern aber stellt die potenzielle Härte einer organschaftlichen Binnenhaftung für den Geschäftsleiter ein Risiko dar, mit dessen Verwirklichung er bei der Ausübung bilanzieller Freiräume tatsächlich zu rechnen hat? Die Frage zielt vor allem auf die Erörterung potenzieller Schadensposten der Gesellschaft ab, der bislang noch kaum Beachtung geschenkt wurde.⁶⁸⁷ Das mag unter anderem an der bislang noch fehlenden Rechtsprechung zum Thema liegen, aber auch daran, dass der Zusammenhang zwischen Jahres- und Konzernabschluss der Gesellschaft und ihrem wirtschaftlichen Erfolg eben nur indirekter Natur ist. Aus einer zweckwidrigen Ausübung bilanzieller Freiräume allein wird der Gesellschaft ein materieller Schaden kaum erwachsen. Allerdings ist der Abschluss Anknüpfungspunkt für eine Reihe unterschiedlicher Maßnahmen: Für die Gewinnverwendung etwa, für die Zahlung variabler Vergütungsleistungen an den Geschäftsleiter oder im Außenverhältnis für den Vertragsschluss bzw. die Vereinbarung bestimmter Konditionen mit Gläubigern. Hierin liegen mögliche Ausgangspunkte für regressfähige Schadensposten der Gesellschaft.

a) Fallgruppe 1: Überhöhte Gewinnausschüttung

Die im Jahresabschluss enthaltene Bilanz hat Ausschüttungsbemessungsfunktion, bildet also den numerischen Ausgangspunkt der gesellschaftsrechtlichen Regelungen zur Gewinnverteilung.⁶⁸⁸ Für die Aktiengesellschaft ergibt sich dies bereits aus § 174 Abs. 1 AktG, der den Bilanzgewinn zum Entscheidungsgegenstand des Gewinnverwendungsbeschlusses erhebt. Denn der Bilanzgewinn errechnet sich gemäß § 158 Abs. 1 AktG auf Grundlage des in der Bilanz ausgewiesenen Jahresüberschusses. Auch das Recht der GmbH knüpft die Ergebnisverwendung an den in der Bilanz

686 Vgl. dazu auch *Pförtner*, Unternehmerische Entscheidungen, S. 38, mit Verweis auf *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 93 Rn. 228; *Paefgen*, AG 2014, 554, 582; *Rahmann/Ramm*, GWR 2013, 435, 436; *Reichert*, ZHR 177 (2013), 756, 771, die darauf hinweisen, dass die Versicherungsleistungen jedenfalls in den bekannt gewordenen Fällen der vergangenen Jahre nicht selten auf Deckungssummen begrenzt waren, die die Schadenssumme nicht vollständig abdeckten.

687 Die Problematik knapp thematisierend *Kubner*, DK 2017, 360, 361.

688 *Pöschke*, ZGR 2018, 647, 648. Eingehend zur Ausschüttungsbemessungsfunktion *Henrichs*, StuW 2005, 256, 257 ff.

ausgewiesenen Jahresüberschuss an. Die Gesellschafter beschließen insofern nämlich gemäß § 29 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 Satz 1 GmbH grundsätzlich über den Jahresüberschuss zuzüglich eines Gewinnvortrags und abzüglich eines Verlustvortrags (sog. Jahresergebnis, vgl. § 268 Abs. 1 HGB) und ausnahmsweise über den Bilanzgewinn, wenn es vor Aufstellung der Bilanz bereits zu einer teilweisen Ergebnisverwendung gekommen ist (§ 29 Abs. 1 Satz 2 GmbHG i. V. m. § 268 Abs. 1 HGB). Es besteht damit sowohl bei der GmbH als auch bei der AG ein gesetzlich konzipierter Zusammenhang zwischen der Höhe des Jahresüberschusses und der Höhe des potenziell ausschüttungsfähigen Gewinns, der zur Folge hat, dass sich die Ausübung bilanzieller Freiräume auf die Höhe des ausgeschütteten Gewinns auswirken kann.

- aa) Konstellation 1: Schadensposten wegen überhöhter Gewinnausschüttung der Gesellschaft bei Einschlägigkeit des Haftungstatbestands des § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG bzw. § 43 Abs. 2 GmbHG

Ein Schadensposten der Gesellschaft kann sich im Rahmen der §§ 93 Abs. 2 Satz 1 AktG, 43 Abs. 2 GmbHG nach dem vorstehend Gesagten grundsätzlich daraus ergeben, dass ein Rückzahlungsanspruch der Gesellschaft gegen ihre(n) Gesellschafter wegen überhöhter Gewinnausschüttung sich als wirtschaftlich wertlos erweist oder aber daraus, dass ein entsprechender Rückzahlungsanspruch der Gesellschaft⁶⁸⁹ gar nicht erst entsteht.

Letzteres ist insofern von Bedeutung, als sich ein Rückzahlungsanspruch der AG gegen ihre Aktionäre wegen überhöhter Gewinnausschüttung allein auf die Spezialvorschrift des § 62 Abs. 1 AktG stützen kann, die aber nur bei Nichtigkeit des Gewinnverwendungsbeschlusses und im Übrigen auch nur dann einschlägig ist, wenn der Aktionär bei Empfang der Dividende bösgläubig war. Denkbar ist also in diesem Zusammenhang, dass trotz grundsätzlich überhöhter Gewinnausschüttung die Wesentlichkeitsschwelle zur Nichtigkeit nach § 256 Abs. 1 Nr. 1 AktG nicht überschritten ist und der Rechtsgrund der Ausschüttung damit fortbesteht.⁶⁹⁰ Ebenso

689 Ein Rückzahlungsanspruch der AG gegen ihre Gesellschafter kann sich allein auf § 62 Abs. 1 Satz 1 AktG stützen.

690 Zur Wesentlichkeitsschwelle im Rahmen des § 256 Abs. 5 Nr. 1 AktG bereits Kapitel 2 § 2 D. II. 3.

ist denkbar, dass die Gesellschaft die nach § 62 Abs. 1 AktG erforderliche Bösgläubigkeit ihres Anspruchsgegners nicht beweisen kann.⁶⁹¹

Auch ein Rückzahlungsanspruch der GmbH gegen ihre Gesellschafter kann an der Nichtigkeitsschwelle analog § 256 Abs. 1 Nr. 1 AktG oder an der fehlenden Bösgläubigkeit des Anspruchsgegners scheitern. Denn stellt die Gewinnausschüttung einen Verstoß gegen das Kapitalerhaltungsgebot aus § 30 Abs. 1 Satz 1 GmbHG dar,⁶⁹² kann sich ein Erstattungsanspruch der Gesellschaft gegen den Gesellschafter nur aus § 31 Abs. 1 GmbHG ergeben, der aber nach Absatz 2 ausscheidet, wenn der Gesellschafter bei Zahlungsempfang gutgläubig war. Im Übrigen kann sich ein Rückzahlungsanspruch gegen den Gesellschafter mangels spezialgesetzlicher Regelung nur aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB ergeben.⁶⁹³ Auch insofern wird der gutgläubige Gesellschafter aber geschützt, wenn er nach § 32 GmbHG davon ausging oder ausgehen durfte, die Zahlung aufgrund eines ordnungsgemäßen und rechtswirksam zustande gekommenen Gewinnverwendungsbeschlusses erhalten zu haben. War dem Gesellschafter die Nichtigkeit des Gewinnverwendungsbeschlusses demgegenüber grob fahrlässig unbekannt, scheidet der Rückzahlungsanspruch der Gesellschaft zwar nicht nach § 32 GmbHG, wohl aber gem. §§ 818 Abs. 3, 819 BGB wegen Entreicherung.⁶⁹⁴

Beispiel:⁶⁹⁵ Die M-AG passiviert eine aus dem Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag mit ihrer Tochtergesellschaft T1-GmbH resultierende Verlustausgleichsverpflichtung nur in Höhe des im Jahresabschluss der Tochtergesellschaft festgestellten Jahresfehlbetrags (10.838.735,22 €). Tatsächlich ist der Jahresfehlbetrag der T1-GmbH aber in Höhe von 12.798.118 € zu niedrig ausgewiesen, weil in eben dieser Höhe tatsächlich nichtexistierende Forderungen aus Scheinrechnungen aktiviert wurden. Darüber hinaus aktiviert die M-AG eine Forderung aus dem Verkauf ihrer Anteile an der T2-GmbH in Höhe von 48.000.000 €, obwohl dem Anteilskäufer ein Rücktrittsrecht zustand, mit dessen Ausübung spätestens zum Zeitpunkt der Feststellung des Jahresabschlusses zu rechnen war.

691 Zu Gut- und Bösgläubigkeit des Dividendenempfängers und der Verteilung der Beweislast *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 62 Rn. 13 f.

692 Dazu sogleich § 2 A. II. 1. a) cc).

693 OLG Stuttgart, Urt. v. 11.02.2004 – 14 U 23/03 = NZG 2004, 675; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, § 29 Rn. 43; *Pentz*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 29 Rn 82; *Altmeyen*, in: Altmeyen, GmbHG, § 29 Rn. 61.

694 *Wimmer*, DStR 1997, 1931, 1932.

695 Dem Beispiel liegt der Sachverhalt eines Urteils des OLG Dresden zugrunde, Urt. v. 16.02.2006 – 2 U 0290/05 = WM 2006, 2177 ff.

In der Folge weist der vom Aufsichtsrat festgestellte Jahresabschluss der M-AG unter Aktivierung der Kaufpreisforderung und ohne vollständige Passivierung der Verlustausgleichsverpflichtung gegenüber der T1-GmbH einen Bilanzgewinn in Höhe von 5.797.397 € aus. Auf Grundlage dieses Jahresabschlusses beschließt die Hauptversammlung, 3.164.000 € des Bilanzgewinns für Dividendenzahlungen zu verwenden und den verbleibenden Betrag von 2.633.733 € als Gewinn vorzutragen. Bei bilanzrechtskonformer Behandlung der Verlustausgleichsverpflichtung und der Kaufpreisforderung wäre ein ausschüttungsfähiger Bilanzgewinn nicht entstanden. Zu der Dividendenzahlung in Höhe von 3.164.000 € wäre es dann nicht gekommen.

bb) Konstellation 2: Schadensposten bei Einschlägigkeit des Sonderhaftungstatbestands des § 93 Abs. 3 Nr. 2 AktG

Sind anstelle des allgemeinen Binnenhaftungstatbestands die Sonderhaftungstatbestände der §§ 93 Abs. 3 Nr. 2 AktG, 43 Abs. 3 GmbHG einschlägig, gilt ein von §§ 249 ff. BGB abweichender Schadensbegriff, der auf eine Gesamtbetrachtung der Vermögenssituation unter Einbeziehung etwaiger Rückerstattungsansprüche der Gesellschaft verzichtet und stattdessen die vom Geschäftsleiter zu widerlegende Vermutung aufstellt, dass der Gesellschaft ein Schaden in Höhe der durch die Pflichtverletzung abgeflossenen Mittel entstanden sei.⁶⁹⁶ Danach ist die überhöhte Gewinnausschüttung grundsätzlich als Schaden der Gesellschaft ersatzfähig; dass die Gesellschaft durchsetzbare Rückzahlungsansprüche gegen ihre(n) Gesellschafter hat und sich diese schadensmindernd anrechnen lassen muss, ist sodann vom Geschäftsleiter darzulegen und zu beweisen.⁶⁹⁷

Die Sonderhaftungstatbestände aus §§ 93 Abs. 3 Nr. 2 AktG, 43 Abs. 3 GmbHG sind allerdings nur dann anwendbar, wenn die überhöhte Gewinnausschüttung zu einer Verletzung kapitalerhaltender Pflichten führt. Diese kann bei der Aktiengesellschaft nur in einem Verstoß gegen das

696 *Habersack/Schürnbrand* WM 2005, 957, 958; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 93 Rn. 258; *Bürgers*, in: Bürgers/Körber, AktG, § 93 Rn. 41; *Hölters*, in: Hölters, AktG, § 93 Rn. 274, 289.

697 *Spindler*, in: Münchener Kommentar zum AktG, § 93 Rn. 252; BGH NZG 2011, 1271, 1274; *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 93 Rn. 68 f.; *Mertens/Cahn*, in: Kölner Kommentar zum AktG, § 93 Rn. 134; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 93 Rn. 258; *Fleischer* DStR 2009, 1204, 1206; *Marsch-Barner* ZHR 173 (2009), 723, 725.

Verbot der Einlagenrückgewähr aus § 57 Abs. 1 Satz 1 AktG erblickt werden. Ein solcher Verstoß setzt seinerseits allerdings wiederum voraus, dass die Zahlung wegen eines unwirksamen Gewinnverwendungsbeschlusses rechtsgrundlos und damit rechtswidrig im Sinne des § 57 AktG erfolgt ist.⁶⁹⁸ Der Sonderhaftungstatbestand des § 93 Abs. 3 Nr. 2 AktG greift damit nicht bereits bei jeder überhöhten Gewinnausschüttung, sondern nur dann, wenn diese nach § 256 Abs. 1 Nr. 1 AktG als wesentlich anzusehen ist. Im Übrigen bleibt die Gesellschaft entsprechend der obigen Ausführungen auf den Binnenhaftungstatbestand des § 93 Abs. 2 AktG verwiesen.

cc) Konstellation 3: Schadensposten bei Einschlägigkeit des Sonderhaftungstatbestands des § 43 Abs. 3 GmbHG

Bei der GmbHG stellt eine überhöhte Gewinnausschüttung nur dann einen Verstoß gegen die Kapitalerhaltungsregeln des § 30 GmbHG dar, wenn die Zahlung erstens aus dem zum Erhalt des Stammkapitals erforderlichen Vermögen der Gesellschaft erfolgt ist (§ 30 Abs. 1 Satz 1 GmbHG). Das ist der Fall, wenn der Betrag des Stammkapitals nicht durch das Reinvermögen der Gesellschaft gedeckt ist oder durch die Zahlung jedenfalls darunter absinken würde,⁶⁹⁹ wenn die Zahlung also anders gewendet weder durch freie Gewinnrücklagen noch durch vorhandene Gewinnvorträge gedeckt werden kann⁷⁰⁰ und deshalb eine Unterbilanz herbeiführt oder vertieft.⁷⁰¹ Nach § 30 Abs. 1 GmbHG gebunden sind damit diejenigen Vermögensgrößen, die zur Deckung der Verbindlichkeiten und des Stammkapitals erforderlich sind.⁷⁰² Das nachfolgende Beispiel soll demonstrieren, dass diese Voraussetzung auch durch eine Dividendenzahlung erfüllt werden kann, die wegen fehlerhafter Bewertung eines ergebnisrelevanten Bilanzpostens zu hoch ausfällt.

Beispiel: Die Bilanz der X-GmbH für das Geschäftsjahr 2016 weist Vermögensgegenstände in Höhe von 100.000 € aus, ein Stammkapital in Höhe von 25.000 €, einen Gewinnvortrag in Höhe von 25.000 € und Verbindlichkeiten in Höhe von 50.000 €. Zur Deckung des Stammkapitals

698 *Bayer*, in: Münchener Kommentar zum AktG, § 57 Rn. 66; *Henze*, in: Großkommentar zum AktG, § 57 Rn. 26; *Cahn/v. Spannenberg*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 57 Rn. 30; *Fleischer*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 57 Rn. 10.

699 *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG § 30 Rn. 13.

700 BGHZ 157, 72.

701 *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 30 Rn. 32.

702 *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 30 Rn. 19 f.

und der bestehenden Verbindlichkeiten werden folglich 75.000 € benötigt; sie dürfen an den Gesellschafter gemäß § 30 Abs. 1 Satz 1 GmbHG nicht ausgezahlt werden. Die übrigen 25.000 € werden vom Gesellschafter am 01.04.2017 zur Ausschüttung beschlossen. Stellt sich nun aber heraus, dass die B-GmbH zum Ende des Geschäftsjahres 2016 tatsächlich nicht über Vermögensgegenstände in Höhe von 100.000 € verfügt, sondern nur über solche in Höhe von 75.000 €, weil etwaige in der Bilanz ausgewiesene Forderungen in Höhe von 25.000 € beispielsweise auf Scheinrechnungen beruhen oder wegen Zahlungsunfähigkeit des Schuldners hätten abgeschrieben werden müssen, ist die Dividendenzahlung an den Gesellschafter in Höhe von 25.000 € nicht aus dem freien Vermögen der Gesellschaft erfolgt, sondern aus dem zur Deckung des Stammkapitals und der bestehenden Verbindlichkeiten gebundenen Vermögen.

Als zweites setzt ein Verstoß gegen § 30 GmbHG voraus, dass die Dividendenzahlung nach Absatz 1 Satz 2 Alternative 2 nicht durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gegen den Gesellschafter gedeckt ist. Da sich mangels spezialgesetzlicher Rechtsgrundlage ein Rückgewähranspruch der Gesellschaft gegen den Gesellschafter in Höhe der gezahlten Dividende nur aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB ergeben kann, kommt es insoweit also maßgeblich darauf an, ob der Zahlung ein Rechtsgrund in Form eines wirksamen Gewinnverwendungsbeschlusses zugrunde liegt. Dies hängt – wie schon bei der AG – davon ab, ob der Bilanzierungsfehler die Nichtigkeitsschwelle des § 256 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 AktG überschreitet. Darüber hinaus ist auf eine potenzielle Entreicherung nach § 818 Abs. 3 BGB zu achten. Fehlt es hiernach an einem werthaltigen Rückzahlungsanspruch der Gesellschaft und stellt die überhöhte Gewinnausschüttung folglich einen Verstoß gegen § 30 Abs. 1 GmbHG dar, gelten für die Schadensberechnung die im vorigen Abschnitt bereits erörterten Besonderheiten.

b) Fallgruppe 2: Vergütung des Geschäftsleiters

Ein ersatzfähiger Schaden kann der Gesellschaft bei zweckwidriger Ausübung bilanzieller Freiräume freilich auch wegen überhöhter Vergütung des Geschäftsleiters entstehen, sofern variable Vergütungsleistungen an

bilanzielle Größen anknüpfen.⁷⁰³ Insofern kommt es ganz auf die konkrete vertragliche Ausgestaltung der Vergütung an. Im Übrigen ergeben sich bei der Ermittlung des Schadenspostens aber keine Besonderheiten.

c) Fallgruppe 3: Finanzierungskosten

Weiterhin kann der Gesellschaft ein Schaden wegen zweckwidriger Ausübung bilanzieller Freiräume auch im Zusammenhang mit der Unternehmensfinanzierung entstehen.⁷⁰⁴ Das ist im Rahmen der Erörterungen zum Zusammenhang zwischen den Abschlussinformationen und der Kreditvergabe, der Kreditlaufzeit sowie den Kreditkonditionen bereits angeklungen. Insofern sei noch einmal in Erinnerung gerufen, dass Abschlussinformationen nicht nur im Rahmen des Jahres- und/oder Konzernabschlusses, sondern gegebenenfalls auch im Rahmen halbjährlicher oder quartalsweise zu erstattender Berichte Bedeutung erlangen können; insbesondere im Zusammenhang mit vertraglich vereinbarten *Financial Covenants*. Gerade hier können sich konkret bezifferbare finanzielle Nachteile der Gesellschaft ergeben, wenn infolge einer zweckwidrigen Ausübung bilanzieller Freiräume bestimmte Grenzwerte überschritten werden und die von der Gesellschaft gemachten Zusicherungen dadurch verletzt werden.

d) Fallgruppe 4: Bilanzgarantiehaftung

In jüngerer Zeit haben zwei Urteile des OLG Frankfurt⁷⁰⁵ und des OLG München⁷⁰⁶ für Aufsehen gesorgt, die über die Auslegung von Bilanzgarantien in Unternehmenskaufverträgen zu entscheiden hatten.⁷⁰⁷ In bei-

703 Vgl. hierzu auch *Coenenberg/Haller/Schultze*, Jahresabschluss und Jahresabschlussanalyse, S. 1006; *Kuhner*, DK 2017, 360, 361. Zum Zusammenhang zwischen Bilanz- und Vergütungspolitik bereits oben § 1 A. B. I.

704 *Coenenberg/Haller/Schultze*, Jahresabschluss und Jahresabschlussanalyse, S. 1006; *Kuhner*, DK 2017, 360, 361.

705 OLG Frankfurt, Urt. v. 07.05.2015 – 26 U 35/12 = NZG 2016, 435 ff.

706 OLG München, Urt. v. 30.03.2011 – 7 U 4226/10 = BeckRS 2011, 7200.

707 Der Terminus „Bilanzgarantie“ bezieht sich dabei nicht allein auf die Bilanz, sondern auf den gesamten Jahres- oder Konzernabschluss. Vgl. zur Terminologie in diesem Zusammenhang auch *Kleissler*, NZG 2017, 531 (Fn. 3); *Witte/Gerrardy*, in: *Drygala/Wächter*, Bilanzgarantien bei M&A-Transaktionen, Teil 1, Abschnitt 3 („Ausgestaltung von Bilanzgarantien – objektive und subjektive Elemente“); *Rabe/Blunk*, GmbHR 2011, 408, 410.

den Fällen hatten Gesellschafter beim Verkauf ihrer Anteile die Richtigkeit des aktuellen Jahresabschlusses der Gesellschaft garantiert, im Fall des OLG Frankfurt mit folgender Klausel:

„(1) Der Verkäufer garantiert nach § 276 BGB in den Grenzen des Abs. 3 [...].

d) Der Jahresabschluss der [Gesellschaft] zum 31.12.2007 ist mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns unter Beachtung der Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung nach den gesetzlichen Vorschriften unter Wahrung der Bilanzierungs- und Bewertungskontinuität erstellt worden und vermittelt zu den jeweiligen Stichtagen gem. § 267 II HGB ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Gesellschaft. Die Verkäufer versichern ausdrücklich, dass nicht bilanzierte Pensionszusagen nicht bestehen.“⁷⁰⁸

Ganz ähnlich garantierte der Verkäufer in dem vom OLG München zu entscheidenden Fall:

„Der Jahresabschluss der [Gesellschaft] für das Geschäftsjahr 2008 ist unter Beachtung der Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung sowie unter Wahrung der Bilanzierungs- und Bewertungsvorschriften erstellt und vermittelt ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Gesellschaft. [...] Die Bilanzsumme beträgt per 31.12.2008 € 470.931. Der Jahresüberschuss beträgt € 17.736,33 [...].“

Beide Gerichte haben die ihnen jeweils vorgelegte Klausel als sogenannte harte Bilanzgarantie ausgelegt, mithin als solche, in denen der Verkäufer die objektive Richtigkeit und Vollständigkeit des Abschlusses garantiert – auch und gerade hinsichtlich solcher Tatsachen, die ihm bei Erstellung des Abschlusses noch nicht erkennbar waren und deren Nichtberücksichtigung folglich auch keine Verletzung geltender Bilanzierungsvorschriften darstellt.⁷⁰⁹ Dass sich über dieses Auslegungsergebnis in Anbetracht des Wortlauts beider Klauseln trefflich streiten lässt, muss hier nicht weiter

708 Wortlaut der Klausel aus dem nicht veröffentlichten Tatbestand der Vorinstanz, LG Limburg a. d. Lahn Urt. v. 19.03.2012 – 1 O 28/10, abgedruckt u.a. bei Schulz/Sommer, NZG 2018, 50. Die Verweis- und Rechtschreibfehler entstammen dem Original.

709 OLG Frankfurt, Urt. v. 07.05.2015 – 26 U 35/12 = NZG 2016, 435, 436; OLG München, Urt. v. 30.03.2011 – 7 U 4226/10 = BeckRS 2011, 7200 Rn. 27.

vertieft werden.⁷¹⁰ Beide Urteile geben vielmehr Anlass zu der Frage, ob und welche Auswirkungen die Haftung der Gesellschafter aus einer harten Bilanzgarantie für die Gesellschaft und in der Folge gegebenenfalls auch für den Geschäftsleiter haben kann. Das wird im Wesentlichen zunächst davon abhängen, in welchem Umfang der Gesellschafter gegenüber dem Käufer aus der Bilanzgarantie haftet. Haftet er auf Ersatz des negativen Interesses in Form einer Kaufpreisdifferenz und hat er den Käufer damit lediglich so zu stellen, wie dieser stünde, wenn der vorgelegte Abschluss von vornherein fehlerfrei gewesen wäre, wird dem Gesellschafter aus einer darauf basierenden Kaufpreisanpassung regelmäßig kein regressfähiger Schaden entstehen.⁷¹¹ Denn die Kaufpreisanpassung führt dann nur dazu, dass das Äquivalenzinteresse zwischen dem Gesellschafter als Verkäufer und dem Käufer wiederhergestellt wird. Auch dann, wenn die Ersatzpflicht des Gesellschafters anstelle einer Kaufpreisanpassung auf eine Bilanzfüllung gerichtet ist,⁷¹² wird ihm hieraus in der Regel kein regressfähiger Schaden entstehen. Denn auch eine Bilanzauffüllung stellt – wenngleich auf anderem Wege – lediglich das Äquivalenzinteresse der Parteien wieder her. Allenfalls könnte dem Gesellschafter dann ein regressfähiger Schaden erwachsen, wenn er gegenüber dem Käufer nicht Ersatz des negativen, sondern des positiven Interesses in Gestalt des Nichterfüllungsschadens schuldet. Dieser kann bei einer Garantiehaftung in den Worten des BGH konkret darin liegen, dass die erworbenen Anteile an der übernommenen Gesellschaft aufgrund einer in der Bilanz nicht zum Ausdruck gekommenen, tatsächlich schlechteren Ertragslage des Unternehmens im Zeitpunkt des Vertragsschlusses weniger wert waren, als wenn sich die Garantieusage als richtig erwiesen hätte.⁷¹³ Allenfalls insofern kann die Garantiehaftung also dazu führen, dass der Gesellschafter als Verkäufer schlechter dasteht als er stünde, wenn der Abschluss von vornherein fehlerfrei gewesen wäre. Selbst in solchen Fällen, in denen also zumindest ein potenziell regressfähiger Schaden besteht, bleibt allerdings offen, auf welcher Grundlage der Gesellschafter diesen von der Gesellschaft ersetzt verlangen kann.⁷¹⁴ Damit

710 Eingehend dazu *Henrichs*, NZG 2016, 1255 ff.; *Mehbrey/Hofmeister*, NZG 2016, 419 ff.; *Wächter*, BB 2016, 711 ff.; *Schiff/Mayer*, BB 2016, 2627 ff.; *Schulz/Sommer*, NZG 2018, 50 ff.

711 So das OLG Frankfurt, Urt. v. 07.05.2015 – 26 U 35/12 = NZG 2016, 435 ff.

712 So noch die Vorinstanz, vgl. LG Limburg a. d. Lahn, Urt. v. 19.03.2012 – 1 O 28/10, der sich das OLG Frankfurt insofern ausdrücklich entgegengestellt hatte.

713 Explizit BGHZ 123, 49.

714 Zwar ergeben sich aus dem Treueverhältnis zwischen Gesellschaft und Gesellschafter Informationspflichten, wie sie einzelgesetzlich zumindest für Gesell-

ist auch eine hierauf potenziell beruhende Binnenhaftung des Geschäftsleiters gegenüber der Gesellschaft zweifelhaft.

e) Fallgruppe 5: Regress für Kapitalmarktinformationshaftung der Gesellschaft

Ist die Gesellschaft Emittentin von Wertpapieren, sind deren Jahres- und Konzernabschlüsse als Informationsinstrumente der Anleger sowohl beim Markteintritt als auch während der laufenden Marktteilnahme von Bedeutung.

Beim Markteintritt zählen die Jahres- und Konzernabschlüsse der Emittentin aus den Vorjahren der Emissionen zu den Angaben des Wertpapierprospekts (vgl. § 7 WpPG i. V. m. den Vorschriften der europäischen Prospektverordnung (Prospekt-DVO): Zu veröffentlichen sind hiernach bei der Emission von Aktien die testierten Abschlüsse der vergangenen drei Geschäftsjahre sowie bei der Emission von Schuldverschreibungen und derivativen Wertpapieren je nach Höhe der Mindeststückelung die testierten Abschlüsse der vergangenen zwei oder drei Jahre.⁷¹⁵ Darüber hinaus ist der Jahresabschluss im Rahmen des Wertpapier-Informationsblattes (WIB) zumindest insofern von Bedeutung, als der im WIB gem. § 3a Abs. 3 Satz 2 Nr. 5 WpPG anzugebende Verschuldungsgrad auf Grundlage des aktuellsten Jahresabschlusses zu berechnen ist. Außerdem muss das WIB nach § 3a Abs. 5 Nr. 3 WpPG einen Hinweis auf den aktuellsten Jahresabschluss, sowie darauf enthalten, wo und wie dieser erhältlich ist.⁷¹⁶

Im Rahmen der laufenden Marktteilnahme erlangen Jahres- und Konzernabschluss ihre Bedeutung sodann vor allem als Berichtsinstrumente der Regelpublizität, sofern die Emittentin nicht als inländische große Kapitalgesellschaft im Sinne des § 267 Abs. 3 Satz 2 HGB ohnehin schon verpflichtet ist, testierte Abschlüsse zu publizieren. Weiterhin haben sämt-

schaften mit beschränkter Haftung in § 51a GmbHG statuiert sind. Inwieweit diese allerdings auch eine Pflicht der Gesellschaft gegenüber den Gesellschaftern umfasst, ist unklar.

715 Vgl. insoweit aus der Prospekt-DVO Art. 3 i. V. m. Anhang IX, Ziffer 11.1 bzw. Anhang IV, Ziffer 13.1.

716 Inwieweit diese Bezugnahme bereits genügt, um potenzielle Haftungsrisiken nach § 11 WpPG zu begründen, ist bislang noch kaum beleuchtet worden, ist letztlich aber auch ohne Bedeutung, weil der Haftungsmaßstab des § 11 WpPG sich vom Haftungsmaßstab des § 9 WpPG für den eigentlichen Haftungsprospekt ohnehin nicht unterscheidet.

liche Emittenten von Wertpapieren nach § 40 Abs. 1 BörsG halbjährliche Zwischenberichte zu erstellen und zu veröffentlichen. Sie werden um zusätzliche Berichtspflichten nur dann ergänzt, wenn einzelne Börsenordnungen eine Pflicht zur Quartalsberichterstattung vorsehen.

In engen Grenzen wird schließlich vertreten, dass einzelne Angaben des Jahresabschlusses die Qualität von Insiderinformationen erlangen, und damit Gegenstand einer Ad-hoc-Publizitätspflicht aus Art. 17 MAR werden können. Das soll insbesondere dann der Fall sein, wenn die Veröffentlichung kursrelevanter Informationen allein im Rahmen der Regelpublizität dazu führen würden, dass die Informationen erheblich entwertet würden,⁷¹⁷ wobei konkret insbesondere das Jahresergebnis angesprochen ist, sofern dieses in erheblichem Umfang von eigenen Prognosen des Emittenten oder der allgemeinen Markterwartung abweicht.⁷¹⁸ Auch die auf dem Abschluss beruhende Gewinnverwendung könne, wenn sie von entsprechenden Prognosen in erheblichem Umfang abweiche, eine Insiderinformation darstellen.⁷¹⁹ Derartige erhebliche Abweichungen bestimmter Bilanzposten oder der Gewinnverwendung von der bestehenden Erwartung werden in der Regel aber eher auf tatsächlichen wirtschaftlichen Entwicklungen beruhen als auf einer bilanzpolitisch nachteilhaften Ausübung bilanzieller Freiräume. Damit können sich regressfähige Schadensposten der Gesellschaft allenfalls dann ergeben, wenn eine zweckwidrige Ausübung bilanzieller Freiräume in eine Prospekt- oder Regelpublizitätshaftung der Gesellschaft gegenüber ihren Anlegern mündet. Um dem weiter nachzugehen, sind die Voraussetzungen einer solchen Haftung näher zu betrachten.

aa) Abschlussinformationen und Prospekthaftung

Voraussetzung der Prospekthaftung aus § 9 Abs. 1 WpPG ist es, dass wesentliche Angaben im Prospekt unrichtig oder unvollständig sind. Selbst wenn es sich bei einzelnen Abschlussinformationen aber um wesentliche Angaben handeln sollte,⁷²⁰ wird es zu der Verwirklichung dieses Haftungstatbestands allein aufgrund einer zweckwidrigen Ausübung bilanzieller

717 *Mock*, WPg 2018, 1594, 1598.

718 Dabei seien an eine allgemeine Markterwartung wie auch sonst hohe Voraussetzungen zu stellen, jedenfalls also eine Vielzahl von Ergebnisprognosen zu verlangen, *Mock*, WPg 2018, 1594, 1595.

719 *Mock*, WPg 2018, 1594, 1596.

720 *Groß*, in: *Groß*, Kapitalmarktrecht, § 9 WpPG Rn. 68.

Freiräume nicht kommen. Wenngleich nämlich unter den Angabenbegriff neben Tatsachen auch Werturteile in Form von Schätzungen und Prognosen fallen,⁷²¹ sind diese im Sinne des § 9 Abs. 1 WpPG erst dann als unrichtig anzusehen, wenn sie im Zeitpunkt der Prospektbilligung auf einer unrichtigen Tatsachengrundlage basierten oder kaufmännisch nicht mehr vertretbar waren.⁷²² Nach dem hier zugrunde gelegten Verständnis bilanzieller Freiräume bestehen diese aber mit Blick auf Schätzungen und Prognosen ohnehin nur insoweit, als der Geschäftsleiter auf zutreffender Informationsgrundlage arbeitet und sich innerhalb der bilanzrechtlichen Plausibilitätsgrenze bewegt.⁷²³ Die Ausübung bilanzieller Freiräume kann folglich von vornherein nur dann zu unrichtigen Prospektangaben führen, wenn der Geschäftsleiter die bilanzrechtlichen Grenzen dieser Freiräume *überschreitet*, in anderen Worten also bilanzrechtswidrig handelt. Dann aber bewegt er sich in einem Bereich, der den Haftungstatbestand des § 9 Abs. 1 WpPG nicht berührt.

Zwar ist ein Prospekt nach herrschender Meinung auch dann als unrichtig anzusehen, wenn zwar sämtliche in ihm enthaltenen Einzeltatsachen richtig sind, dafür aber der Gesamteindruck eines Prospekts unrichtige Vorstellung von der Vermögens-, Ertrags- und Liquiditätslage der Emittentin weckt. Das ist insbesondere dann zu bejahen, wenn für sich genommen richtige Angaben im Verhältnis zu anderen Angaben über- oder untergewichtet werden.⁷²⁴ Damit ist aber nicht die Ausübung bilanzieller Freiräume angesprochen, sondern die Darstellung und Aufbereitung der im Prospekt enthaltenen Informationen, mithin also ein Verantwortungsbereich des Geschäftsleiters, der vom Gegenstand dieser Untersuchung nicht erfasst ist.

Im Übrigen gilt für den Haftungstatbestand des § 9 Abs. 1 WpPG der Verschuldensmaßstab des § 12 Abs. 1 WpPG, demzufolge ein Verschulden der Gesellschaft ausscheidet, wenn sie nachweisen kann, dass der Geschäftsleiter als ihr Handlungsorgan die Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit der Prospektangaben nicht kannte und die Unkenntnis nicht auf grober Fahrlässigkeit beruht. Mit dem Erfordernis grober Fahrlässigkeit sind die Haftungsvoraussetzungen des § 9 Abs. 1 WpPG aber ohnehin so weit angehoben, dass ein haftungsrechtlich geschütztes Ermessen bei der

721 *Groß*, in: *Groß*, Kapitalmarktrecht, § 9 WpPG Rn. 44.

722 *Groß*, in: *Groß*, Kapitalmarktrecht, § 9 WpPG Rn. 44; *Mülbert/Steup*, in: *Habersack/Mülbert/Schlitt*, Unternehmensfinanzierung am Kapitalmarkt, § 41 Rn. 39.

723 Dazu Kapitel 2 § 5 A. I.

724 *Groß*, Kapitalmarktrecht, § 9 WpPG Rn. 40 m.w.N.

Abschlusserstellung nicht mehr zum Tragen käme.⁷²⁵ Damit begründet aber die Prospekthaftung ohnehin keine solchen Sanktionsrisiken, die von der privilegierenden Wirkung eines haftungsrechtlich geschützten Ermessens umfasst wären.

bb) Abschlussinformationen und Regelpublizitätshaftung

Die Haftung für fehlerhafte Regelpublizität ist spezialgesetzlich nicht geregelt, jüngst aber von *Hahn* monographisch untersucht worden.⁷²⁶ In Betracht kommt danach *de lege lata* allein die Haftung der Gesellschaft nach den zivilrechtlichen Deliktstatbeständen der §§ 823 ff. BGB, wobei eine Haftung aus § 823 Abs. 1 BGB bereits daran scheitern wird, dass weder eine Verletzung der Regelpublizitätspflichten oder eine damit zusammenhängende Verletzung der bilanzrechtlichen Vorschriften noch gar die hier relevante bloß zweckwidrige Ausübung bilanzieller Freiräume eine Verletzung der in § 823 Abs. 1 BGB genannten Schutzgüter darstellt.⁷²⁷ Auch eine Außenhaftung der Gesellschaft aus § 823 Abs. 2 BGB kommt bei einer bloß zweckwidrigen Ausübung bilanzieller Freiräume keineswegs in Betracht.⁷²⁸ Erst recht gilt das für eine Außenhaftung nach § 826 BGB wegen Missbrauchs des Publizitätsmittels, die einen Schädigungsvorsatz voraussetzt und damit Sanktionsrisiken anspricht, die durch das haftungsrechtlich geschützte Ermessen der Business Judgment Rule ohnehin nicht geschützt werden sollen.

2. Strafrechtliche Sanktionsrisiken bei zweckwidriger Ausübung bilanzieller Freiräume

Strafrechtliche Sanktionsrisiken können sich für den Geschäftsleiter im Zusammenhang mit der Abschlusserstellung namentlich aus § 331 HGB sowie subsidiär aus § 400 Abs. 1 Nr. 1 AktG respektive § 82 Abs. 2 Nr. 2

725 Zutreffend etwa *Bachmann*, WM 2015, 105, 106, der darauf hinweist, dass ein haftungsrechtlich geschütztes Ermessen aus § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG einer Herabsetzung des nach § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG anzulegenden Sorgfaltsmaßstabs auf grobe Fahrlässigkeit weitgehend entspricht.

726 *Hahn*, Regelpublizitätshaftung, *passim*.

727 Insbesondere ist nicht das Mitgliedschaftsrecht der Anleger betroffen, vgl. *Hahn*, Regelpublizitätshaftung, S. 175 f.

728 Kapitel 1 § 2 A. III. 2. b).

GmbHG ergeben, die die unrichtige Wiedergabe oder Verschleierung der Verhältnisse bzw. des Vermögensstands der Gesellschaft unter Strafe stellen.⁷²⁹ Die geringe Anzahl von Verurteilungen im Anwendungsbereich dieser Vorschriften hat im Schrifttum die Ansicht genährt, es handle sich bei ihnen um ein rein „symbolisches Strafrecht“, dem seit der reichsgerichtlichen Judikatur keine Bedeutung mehr zukomme.⁷³⁰ Diese Ansicht wird empirisch insoweit getragen, als in den Strafverfolgungsstatistiken der vergangenen zehn Jahre das Jahr 2010 mit insgesamt nur 14 wegen unrichtiger Darstellung nach § 331 StGB Verurteilten den Höchststand markiert.⁷³¹ Grund hierfür mag einerseits der Umstand sein, dass in solchen Verfahren, in denen Bilanzstraftaten überhaupt eine Rolle spielen, häufig gleichzeitig Insolvenz-, Betrugs- oder Untreuedelikte erfasst sind und die Strafverfolgung sich hierauf beschränkt (§ 154a StPO) bzw. von einer Verfolgung der Bilanzstraftaten abgesehen wird (§ 154 StPO).⁷³² Davon abgesehen wird aber in den hier diskutierten Konstellationen einer rechtmäßigen, aber zweckwidrigen Ausübung bilanzieller Freiräume bereits der objektive Tatbestand nicht erfüllt sein. Zwar kann eine unrichtige Wiedergabe im Sinne des § 331 Abs. 1 Nr. 1 HGB nach überwiegender Ansicht auch dann vorliegen, wenn auf der Grundlage zutreffender Tatsachen falsche Schlussfolgerungen in Form von Schätzungen, Prognosen, Bewertungen oder sonstigen Beurteilungen gezogen wurden.⁷³³ Das kann aber keineswegs für solche Beurteilungen gelten, die innerhalb der bilanzrechtlichen Grenzen getroffen wurden und sich als solche innerhalb einer plausiblen Bandbreite in Betracht kommender Schätzungs- oder Prognoseergebnisse

729 Zu den für diese Untersuchung ebenfalls nicht relevanten Straftatbeständen der §§ 332, 333 StGB vgl. *Spatcheck/Wulf*, DStR 2003, 173, 177.

730 In diesem Sinne etwa *Fleischer*, NJW 2003, 2584 ff., der den Vorschriften des Bilanzstrafrechts nur in der reichsgerichtlichen Judikatur Bedeutung beimisst.

731 Auch hinsichtlich der §§ 400 Abs. 1 Nr. 1 AktG, 82 Abs. 2 Nr. 2 GmbHG zeichnet sich ein ähnliches Bild. Für letzteren finden sich in den Strafverfolgungsstatistiken der vergangenen Jahre gar keine Einträge.

732 *Becker/Endert*, ZGR 2012, 699, 714; *Dannecker*, in: Staub: Großkommentar zum HGB, Vor §§ 331 Rn. 47; *Sorgenfrei*, in: Münchener Kommentar zum StGB, Vor §§ 331 HGB Rn. 27; *Südbeck/Eidam*, in: Park, Kapitalmarktstrafrecht, § 331 HGB Rn. 10; *Waßmer*, in: Münchener Kommentar zum Bilanzrecht, Vor §§ 331-335b HGB Rn. 54 f.; *ders.*, ZIS 2011, 648, 649.

733 *Dannecker*, in: Staub, Großkommentar zum HGB, § 331 Rn. 58 ff.; *Sorgenfrei*, in: Münchener Kommentar zum StGB, Vor §§ 331 ff. HGB Rn. 49; *Quedenfeld*, in: Münchener Kommentar zum HGB, § 331 Rn. 34; *Cobet*, Fehlerhafte Rechnungslegung, S. 19 f. Zum Evidenzerfordernis bereits Kapitel 2 § 2 D. II. 2.

bewegen.⁷³⁴ Dasselbe gilt sodann auch mit Blick auf die Insolvenzstrafat-ten der §§ 283 Abs. 1 Nr. 7a, 283b Abs. 1 Nr. 3a StGB, die zwar ein einfach fahrlässiges Handeln genügen lassen,⁷³⁵ dafür aber voraussetzen, dass infolge der Bilanzaufstellung die Übersicht über den Vermögensstand erschwert wird. Letzteres erfordert nämlich erneut eine unrichtige Darstellung oder Verschleierung der tatsächlichen Vermögensverhältnisse,⁷³⁶ an der es bei einer noch rechtmäßigen Ausübung bilanzieller Freiräume fehlt. Nichts anderes gilt schließlich hinsichtlich der Bußgeldvorschriften aus § 334 HGB, die bereits ihrem eindeutigen Wortlaut nach einen Verstoß gegen Vorschriften des Bilanzrechts verlangen und damit gleichfalls nur ein bilanzrechtswidriges Handeln sanktionieren.

3. Zwischenergebnis

Die vorstehenden Ausführungen erlauben die Feststellung, dass sich Sanktionsrisiken des Geschäftsleiters infolge einer rechtmäßigen, aber zweckwidrigen Ausübung bilanzieller Freiräume allein dort ergeben können, wo diese auf die Gewinnausschüttung, die Finanzierungssituation der Gesellschaft oder die Vergütung des Geschäftsleiters Einfluss hat. Allein aus diesen Fallkonstellationen kann der Gesellschaft ein regressfähiger Schaden erwachsen. Allein diese Fallkonstellationen stecken damit auch den potenziellen Anwendungsbereich der BJR im Rahmen der Abschlusserstellung ab.

III. Besonderheit der Entscheidungssituation

Als Korrelat eines ansonsten möglicherweise übermäßig strikten Sanktionsregimes soll die Business Judgment Rule dem Geschäftsleiter vor allem in solchen Entscheidungssituationen zugutekommen, die von Unsicherheit und hoher Komplexität geprägt und insofern für haftungsträchtige Fehlentscheidungen besonders anfällig sind.⁷³⁷ Typischerweise sind damit

734 *Dannecker*, in: Staub, Großkommentar zum HGB, § 331 Rn. 59; *Florstedt*, Grundsätze der Unternehmensbewertung für das Strafrecht, wistra 2007, 441.

735 Vgl. §§ 283 Abs. 5, 283 Abs. 2 StGB.

736 Anstelle vieler *Heine/Schuster*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 283 Rn. 44.

737 Aus der Gesetzesbegründung zum UMAG, BT-Drcks. 15/5092, S. 11 f. Aus dem Schrifttum etwa *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 93 Rn. 18; *Mertens/Cahn*, in: Kölner Kommentar zum AktG, § 93 Rn. 17.

vor allem Entscheidungen mit Zukunftsbezug angesprochen, deren Auswirkungen *ex ante* kaum sicher antizipiert werden können. In solchen Situationen besteht für ein haftungsrechtlich geschütztes Ermessen des Geschäftsleiters ein besonderes Bedürfnis.⁷³⁸

Wenn derartige Entscheidungssituationen in der Kommentarliteratur beispielhaft benannt werden, ist typischerweise die Rede von Entscheidungen über Standorterweiterungen, über die Vergabe von Krediten, die Durchführung von M&A-Transaktionen oder die Verhandlung von Vertragsinhalten.⁷³⁹ Die Ausübung bilanzieller Freiräume wird in diesem Zusammenhang selten genannt und, falls doch, nur zögerlich in den Kreis privilegierter Entscheidungen aufgenommen.⁷⁴⁰ Das ist insofern nicht verwunderlich, als die Abschlusserstellung eben kein klassischer Bestandteil operativer Unternehmenstätigkeit ist, sondern diese gerade nur abbildet. Andererseits sind auch Zweckmäßigkeitentscheidungen bei der Ausübung bilanzieller Freiräume typischerweise mit Unsicherheiten behaftet und aufgrund der Vielzahl von Abschlussadressaten in ihren Auswirkungen besonders schwer abzuschätzen. Stets muss der Geschäftsleiter die voraussichtlichen Auswirkungen seiner Bilanzpolitik auf die verschiedenen Adressaten prognostizieren und abwägen, welchen bilanzpolitischen Zielen er im Interesse der Gesellschaft im Zweifel den Vorrang gibt. Die Ausübung bilanzieller Freiräume im Interesse der Gesellschaft setzt damit nicht nur die Antizipation der unterschiedlichen Reaktionen einzelner Adressatengruppen voraus, sondern bei entsprechenden Diskrepanzen eben auch eine Abwägung und Gewichtung.⁷⁴¹ Vor diesem Hintergrund werden die bilanzpolitischen Entscheidungen des Geschäftsleiters

738 *Dauner-Lieb*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 93 AktG Rn. 20; *Mertens/Cahn*, in: Kölner Kommentar zum AktG, § 93 Rn. 17; *Spindler*, in: Münchener Kommentar zum AktG, § 93 Rn. 49.

739 Mit Rechtsprechungsnachweisen etwa *Hopt/Roth*, in: Großkommentar zum AktG, § 93 Rn. 84; *Ott*, ZGR 2017, 149, 153; *Spindler*, in: Münchener Kommentar zum AktG, § 93 Rn. 49.

740 Zögerlich *Spindler*, in: Münchener Kommentar zum AktG, § 93 Rn. 49 zur Ausübung bilanzieller Wahlrechte, „*die anscheinend kaum prognostische Elemente enthalten. Doch ist selbst hier zu bedenken, dass diese Entscheidungen keineswegs nur vergangenheitsorientiert sind, sondern auch zukunftsgerichtete Elemente, nämlich der beabsichtigten Wirkungen auf Gläubiger, Kapitalmarkt, Staat (Fiskus) oder der Öffentlichkeit generell, enthalten.*“.

741 *Pöschke*, ZGR 2018, 647, 680 (Fn. 152) nennt insoweit das Beispiel, dass eine Rückstellung – im Rahmen der bilanzrechtlich zulässigen Bandbreite von Wertansätzen – bewusst niedrig bewertet wird, es später aber zu einer deutlich höheren Inanspruchnahme kommt.

bei der Ausübung bilanzieller Freiräume typischerweise komplex, unsicherheitsbehaftet und zukunftsbezogen sein und stehen den typisch operativen Zweckmäßigkeitentscheidungen des Geschäftsleiters damit in nichts nach.

B. Ausgestaltung eines haftungsrechtlich geschützten Ermessens

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass auch bei der Ausübung bilanzieller Freiräume Bedarf für ein haftungsrechtlich geschütztes Ermessen des Geschäftsleiters besteht, wie es in der Business Judgment Rule kodifiziert ist. Der nachfolgende Abschnitt wird sich vor diesem Hintergrund damit auseinandersetzen, ob die Business Judgment Rule auch ihren Voraussetzungen nach auf bilanzpolitische Zweckmäßigkeitentscheidungen anwendbar ist.

I. Business Judgment Rule

1. Merkmale einer unternehmerischen Entscheidung

Eingangsschwelle für die Inanspruchnahme der Business Judgment Rule ist gemäß § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG das Vorliegen einer unternehmerischen Entscheidung. Sie steckt den Anwendungsbereich der Business Judgment Rule ab. Dass sich die Konturierung dieses Tatbestandsmerkmals nach wie vor als schwierig erweist und in der Literatur ein ganzes Bündel unterschiedlicher Definitionsansätze hervorgebracht hat, ist angesichts der historischen Entwicklung der BJR kaum überraschend. Immerhin blickt die erst 2008 kodifizierte BJR seit der Entscheidung des BGH in Sachen ARAG/Garmenbeck nicht nur auf eine umfangreiche Judikatur zurück, in der ausgehend vom „weiten Handlungsspielraum“ über das „Entscheidungs-ermessen“ bis hin zum „unternehmerischen Ermessenspielraum“ und dem „unternehmerischen Handeln“ mit ganz verschiedenen Begriffen gearbeitet wurde.⁷⁴² Vielmehr ist die BJR als transatlantisch verwurzelte Rechtsfigur auch durch den anglo-amerikanischen Sprachgebrauch und insofern durch den Begriff der „business decision“ geprägt, der sich wohl am ehesten als „Geschäftsentscheidung“ übersetzen lässt. Der schließlich vom Gesetzgeber gewählte Begriff der „unternehmerischen Entscheidung“ setzt sich von diesem

742 Zur Terminologie *Roth*, Unternehmerisches Ermessen, S. 10 f.

Konglomerat unterschiedlicher Begrifflichkeiten nicht bewusst ab und ist einer wortlautorientierten Auslegung kaum zugänglich. Da weiterhin auch gesetzessystematische Erwägungen den Anwendungsbereich der Business Judgment Rule kaum näher einzugrenzen vermögen, bleibt nur die Besinnung auf das bereits erörterte teleologische Fundament der BJR unter Heranziehung der Gesetzesbegründung zum UMAG. Beidem sind nach teils vertretener Ansicht zunächst Anhaltspunkte dafür zu entnehmen, dass unternehmerische Entscheidungen sich, positiv umschrieben, durch eine gewisse Unsicherheit⁷⁴³ und/oder einen Zukunftsbezug⁷⁴⁴ auszeichnen⁷⁴⁵ – allesamt Kriterien, die bilanzpolitischen Entscheidungen nach den soeben gemachten Ausführungen gemein sind⁷⁴⁶ und deshalb im Rahmen dieser Untersuchung nicht näher hinterfragt werden sollen.⁷⁴⁷ Zweitens lässt sich, negativ definiert, jedenfalls die Erfüllung gesetzlicher Pflichten aus dem Anwendungsbereich der Business Judgment Rule ausklammern – dem Geschäftsleiter einen „sicheren Hafen“ für rechtswidriges Handeln einzuräumen, war vom Gesetzgeber nie beabsichtigt.⁷⁴⁸ Im Graubereich zwischen derartigen rechtlich gebundenen Entscheidungen über die Erfüllung gesetzlicher Pflichtaufgaben und den in Abschnitt A. III. aufgezählten Paradebeispielen unsicherheits- und komplexitätsbehafteter unternehmerischer Entscheidungen herrscht indes Unklarheit: Wie ist mit solchen

743 Baums, ZGR 2011, 218, 223; Spindler, in: Münchener Kommentar zum AktG, § 93 Rn. 36, 41.

744 Grigoleit/Tomasic, in: Grigoleit, AktG, § 93 Rn. 31; Hölters, AktG, § 93 Rn. 30; Bürgers/Israel, in: Bürgers/Körber, AktG, § 93 Rn. 11; Habersack, in: Münchener Kommentar zum AktG, § 116 Rn. 40; Ibrig/Schäfer, Rechte und Pflichten des Vorstands, § 38 Rn. 1523; Brömmelmeyer, WM 2005, 2065, 2066; Dauner-Lieb, in: Henssler/Strohn, GesR, § 93 AktG Rn. 20; Koch, in: Hüffer/Koch, AktG, § 93 Rn. 18; Schäfer, ZIP 2005, 1253, 1256. In diese Richtung ausdrücklich auch die Gesetzesbegründung zum UMAG, vgl. BT-Drcks. 15/5092, S. 11: Unternehmerische Entscheidungen sind „[...] infolge ihrer Zukunftsbezogenheit durch Prognosen und nicht justiziable Einschätzungen geprägt. Dies unterscheidet sie von der Beachtung gesetzlicher, satzungsmäßiger oder anstellungsvertraglicher Pflichten ohne tatbestandlichen Beurteilungsspielraum.“.

745 Für die Zusammenfassung der genannten Kriterien unter einer sog. Kombinationsthese Lieder, ZGR 2018, 523, 530.

746 So auch Merkt, DK 2017, 353, 355; W. Müller, in: Liber amicorum Happ, S. 192; Ott, ZGR 2017, 149, 154 f.; Pöschke, ZGR 2018, 647, 680; Spindler, in: Münchener Kommentar zum AktG, § 93 Rn. 49; ders., in: FS Canaris, S. 414 ff.

747 Kritisch Ott, ZGR 2017, 149, 153 f.

748 Vgl. BT-Drcks. 15/5092, S. 11: „Für illegales Verhalten gibt es keinen „sicheren Hafen“ im Sinne einer haftungstatbestandlichen Freistellung, es kann hier im Einzelfall aber am Verschulden fehlen.“.

Entscheidungen umzugehen, die einerseits zwar die positiven Merkmale unternehmerischer Entscheidungen erfüllen und vor dem Hintergrund potenzieller Sanktionsrisiken als haftungsträchtig gelten dürfen, zugleich aber bei der Wahrnehmung gesetzlicher Pflichtaufgaben getroffen werden?

Diejenigen Literaturvertreter, die sich gegen eine Anwendbarkeit der Business Judgment Rule auf derartige Entscheidungen aussprechen,⁷⁴⁹ begründen ihre Ansicht überwiegend damit, dass Entscheidungen im Rahmen gesetzlicher Pflichtaufgaben nicht allein dem Gesellschaftswohl, sondern vorrangig den jeweiligen spezialgesetzlichen Zielvorgaben verhaftet seien.⁷⁵⁰ Das ist nicht in Abrede zu stellen, wirkt sich allerdings dort nicht aus, wo eben – wie bei der Ausübung bilanzieller Freiräume im Rahmen der Abschlusserstellung – auch *nach* Beachtung der gesetzlichen Zielvorgaben spezialgesetzlich nicht determinierte Freiräume verbleiben. Hier eignen sich dann auch die jeweiligen spezialgesetzlichen Zielvorgaben nicht mehr als Orientierungspunkt, weshalb primäre Handlungsmaxime dann nur noch das Gesellschaftsinteresse sein kann. Grundsätzlich spricht deshalb nichts dagegen, Entscheidungen im Rahmen gesetzlicher Pflichtaufgaben dem Anwendungsbereich der BJR zu unterstellen und den unternehmerischen Entscheidungsbegriff damit weit auszulegen. Eine Anknüpfung an die BJR als gesetzliche Kodifizierung eines haftungsrechtlich geschützten Ermessens käme nur dann nicht in Betracht, wenn deren übrige Anwendungsvoraussetzungen aufgrund der Eigenheiten der bilanzpolitischen Zweckmäßigkeitentscheidungen kein geeigneter Kontrollmaßstab eines sorgfältigen Entscheidungsverfahrens wären. Darauf ist nunmehr einzugehen.

749 *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 93 Rn. 69a; *Grigoleit*, in: Grigoleit/Tomasic, AktG § 93 Rn. 17; *Habersack*, in: FS U. H. Schneider, S. 436 f.; *Harnos*, Geschäftsleiterhaftung bei unklarer Rechtslage, S. 142 ff.; *Holle*, AG 2011, 778, 784; *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 93 Rn. 11, 16; *Langenbucher*, in: FS Lwowski, S. 240 f.; *Spindler*, in: FS Canaris, S. 412 ff.; *Paefgen*, AG 2014, 554, 560. A. A. *Brömmelmeyer*, WM 2005, 2065, 2066; *v. Falkenhausen*, NZG 2012, 644, 646 f.; *Hopt/Roth*, in: Großkommentar zum AktG, § 93 Rn. 75; *Kocher*, CCZ 2009, 215, 217; *W. Müller*, in: Liber amicorum Happ, S. 181; *Winnen*, Innenhaftung des Vorstands nach dem UMAG, S. 157 ff. Differenzierend für Pflichtaufgaben im Bereich der Compliance *Niensch*, ZGR 2015, 631, 643 ff.

750 *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 93 Rn. 11.

2. Sonstige Anwendungsvoraussetzungen der Business Judgment Rule

Nach § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG liegt eine Pflichtverletzung dann nicht vor, wenn der Geschäftsleiter bei seiner Entscheidung „vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.“ Was bedeutet das für bilanzpolitische Zweckmäßigkeitentscheidungen des Geschäftsleiters bei der Ausübung bilanzieller Freiräume?

a) Anforderungen an eine angemessene Informationsgrundlage

Die Ausführungen zur unternehmerischen Entscheidung haben bereits zu erkennen gegeben, dass auch ein Jahrzehnt nach der Kodifizierung der BJR im Aktiengesetz noch längst nicht alle Anwendungs- und Auslegungsfragen abschließend geklärt sind.⁷⁵¹ Dieser Eindruck bestätigt sich für das Merkmal der angemessenen Informationsgrundlage, dessen Reichweite stark umstritten ist: Genügt es, dass der Geschäftsleiter vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Informationen zu handeln⁷⁵² oder muss er auf Basis einer objektiv vollständigen Informationsgrundlage gehandelt haben⁷⁵³? Der Wortlaut des § 93 Abs. 1 Satz 2

751 Zu diesem Befund etwa *Bachmann*, WM 2015, 105 ff; *Pförtner*, Unternehmerische Entscheidungen, S. 1 ff.

752 In diesem Sinne *Bachmann*, ZHR 177 (2013), 1, 10; *Druey*, in: FS Goette, S. 57, 65; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 93 Rn. 70 ff.; *Hopt/Roth*, in: Großkommentar zum AktG, § 93 Rn. 102 ff.; *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 93 Rn. 21; *Paefgen*, AG 2014, 554, 561; *Redeke*, ZIP 2011, 59, 60 ff; *Spindler*, NZG 2005, 865, 872.

753 *Altmeppen*, in: Altmeppen, GmbHG, § 43 Rn. 14; *Mertens/Cahn*, in: Kölner Kommentar zum AktG, § 93 Rn. 66; *Kindler*, ZHR 162 (1998), 101, 106; *Goette*, ZGR 2008, 436, 447 f. Auch die Rechtsprechung stellte bislang häufig strenge Anforderungen, vgl. etwa BGH, Beschl. v. 14.07.2008 – II ZR 202/07 = NJW 2008, 3361; BGHZ 197, 304; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 09.12.2009 – 1-6 W 45/09 = AG 2010, 126, 128. Vgl. aber auch BGH, Beschl. v. 03.11.2008 – II ZR 236/07 = NZG 2009, 117 f.; BGH, Urt. v. 22.02.2011 – NZG 2011, 549, 550 f. sowie jüngst BGH, Urt. v. 12.10.2016 – 5 StR 134/15 (*HSH Nordbank*) = NJW 2017, 578, 580, der einerseits davon spricht, dass der Geschäftsleiter „alle verfügbaren Informationsquellen tatsächlicher und rechtlicher Art“ auszuschöpfen habe, es dann aber ausreichen lässt, wenn sich der Geschäftsleiter „eine unter Berücksichtigung des Faktors Zeit und unter Abwägung der Kosten und Nutzen weiterer Informationsgewinnung „angemessene“ Tatsachenbasis verschafft“, deren Reichweite sich nach der Bedeutung der Entscheidung zu richten habe.

AktG, der das Merkmal des „vernünftigerweise Annehmen-Dürfens“ sprachlich gewissermaßen vor die Klammer zieht, spricht für die erstgenannte Sichtweise; ebenso die eindeutige Gesetzesbegründung zum UMAG, derzufolge es genügt, wenn der Geschäftsleiter „vernünftigerweise angenommen [hat], auf der Grundlage angemessener Information gehandelt zu haben“. Die Anforderungen hieran sollen nach dem gesetzgeberischen Willen nicht verrechtlicht oder scheinobjektiviert werden – in der Annahme, dass unternehmerische Entscheidungen häufig „auch auf Instinkt, Erfahrung, Phantasie und Gespür für künftige Entwicklungen und einem Gefühl für die Märkte und die Reaktion der Abnehmer und Konkurrenten“ beruhen und dass dieses subjektive Element einer jeden Zweckmäßigkeitentscheidung sich auch durch umfängliche objektive Informationen nicht ersetzen lässt.⁷⁵⁴ Diese Sichtweise deckt sich nicht nur allgemein mit dem Zweck der Business Judgment Rule, sondern konkret im Hinblick auf bilanzpolitische Entscheidungen auch mit den obigen Erörterungen zur Ermittlung des Gesellschaftszwecks: Den Geschäftsleiter zu verpflichten, sämtliche objektiv zur Verfügung stehenden Informationen zu den potenziellen Auswirkungen seiner bilanzpolitischen Entscheidungen zu ermitteln und zu gewichten, stellte ihn vor eine Herkulesaufgabe, die zu erfüllen ihm weder möglich noch sinnvollerweise abzuverlangen ist. Es muss dem Geschäftsführer daher erlaubt sein, bereits bei der Zusammenstellung und Beschaffung seiner Informationen Schwerpunkte etwa hinsichtlich besonders wichtiger Adressatengruppen zu setzen. Vernünftigerweise wird er dementsprechend bereits dann annehmen dürfen, auf Grundlage angemessener Informationen zu handeln, wenn seine bilanzpolitische Informationsgrundlage neben der Stellung der Gesellschaft am Markt und der Gesellschafterstruktur die konkrete Finanzierungssituation sowie potenzielle steuerrechtliche Implikationen seiner bilanzpolitischen Entscheidungen umfasst. Der Bezugspunkt dieser Informationsgrundlage unterscheidet sich damit grundlegend von denjenigen Informationen, die als Grundlage des Schätzungs- und Prognoseverfahrens einzuholen sind.⁷⁵⁵

Warum und inwieweit an die bilanzpolitische Informationsgrundlage mit *W. Müller* zusätzliche, erhöhte Anforderungen gestellt werden soll-

754 BT-Drcks. 15/5092, S. 11 f.

755 Klarstellend auch *Pöschke*, ZGR 2018, 647, 682 mit Hinweis darauf, dass der unternehmerische Charakter der Bilanzierungsentscheidungen vielfach gerade darin liegt, die bilanzpolitischen Ziele festzulegen und die Wirkung der bilanziellen Darstellung auf den Abschlussadressaten zu prognostizieren.

ten,⁷⁵⁶ ist dabei nicht ersichtlich. Insbesondere rechtfertigen sich – wie auch immer geartete – erhöhte Anforderungen nicht pauschal dadurch, dass der Geschäftsleiter bei seinen Entscheidungen weniger stark unter Zeitdruck stünde als bei klassisch operativen Entscheidungen.⁷⁵⁷ Zwar ist richtig, dass der Geschäftsleiter bei Festsetzung des konkreten Umfangs seiner Informationsgrundlage den zeitlichen Rahmen der Abschlusserstellung und -publikation zu berücksichtigen hat. Weil der gesetzlich vorgegebene Zeitraum zur Offenlegung aber gerade für kapitalmarktorientierte Gesellschaft mit einer Frist von vier Monaten nach dem Abschlussstichtag für Jahres- und Konzernabschlüsse (§ 325 Abs. 1a Satz 1, Abs. 3, 4 HGB) und einer Frist von drei Monaten nach dem Stichtag für Halbjahresfinanzberichte (§ 115 Abs. 1 Satz 1 WpHG) durchaus eng bemessen ist, ist *Pöschke* in seiner Einschätzung zuzustimmen, dass gerade bei komplexen Geschäfts- und Konzernstrukturen auch bilanzpolitische Entscheidungen durchaus unter Zeitdruck getroffen werden müssten.⁷⁵⁸ Der pauschale Ruf nach einer erhöhten Informationsgrundlage würde solchen Situationen kaum gerecht.

b) Wohl der Gesellschaft und Handeln ohne Sonderinteressen und sachfremde Einflüsse

Als weitere Anwendungsvoraussetzung verlangt die BJR, dass der Geschäftsleiter nach § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG bei seiner Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Das Merkmal ist Ausfluss der Treuepflicht und unterscheidet sich inhaltlich grundsätzlich nicht von dem oben bereits besprochenen Handeln im Gesellschaftsinteresse.⁷⁵⁹ Besonderheit der Business Judgment Rule ist aber, dass ein Handeln zum Wohle der Gesellschaft nicht objektiv erforderlich ist, sondern der Geschäftsleiter irren darf: Hatte er *ex ante* vernünftigerweise Grund zu der Annahme, mit der Ausrichtung seiner bilanzpolitischen Entscheidungen im Interesse der Gesellschaft zu handeln, erwächst ihm unter der BJR kein haftungsrechtliches Risiko daraus, dass sich seine Entscheidungen im Nachhinein gleichwohl als nachteilhaft erweisen mögen. Letztlich ist hierin eine Beschränkung der Binnenhaftung auf

756 *W. Müller*, in: *Liber amicorum Happ*, S. 197.

757 So auch *Pöschke*, ZGR 2018, 647, 683.

758 *Pöschke*, ZGR 2018, 647, 683.

759 *Hopt/Roth*, in: *Großkommentar zum AktG*, § 93 Rn. 73.

vorsätzliches und grob fahrlässiges Handeln zu erblicken.⁷⁶⁰ Zu beachten ist jedoch, dass als ungeschriebene Ausprägung der Treuepflicht auch im Rahmen der BJR vorausgesetzt wird, dass der Geschäftsleiter frei von Sonderinteressen und sachfremden Einflüssen handelt.⁷⁶¹ Auf dieses Merkmal bezieht sich der Maßstab des „vernünftigerweise Annehmen-Dürfens“ demgegenüber nicht.⁷⁶² Die sich insofern bei der Ausrichtung bilanzpolitischer Entscheidungen stellende Problematik kurzfristig ausgerichteter, variabler Vergütungskomponenten des Geschäftsleiters wird hier folglich erneut relevant.⁷⁶³

II. Zum Erfordernis einer „Accounting Judgment Rule“

Mit dem im Schrifttum verstärkt zu verzeichnenden Interesse an einem haftungsrechtlich geschützten Ermessen des Geschäftsleiters im Bereich der Abschlusserstellung mehrten sich auch solche Stimmen, die sich mit der Berechtigung einer sogenannten „Accounting Judgment Rule“ auseinandersetzen.⁷⁶⁴ Grundlage hierfür ist das vorherrschende Verständnis, dass die Business Judgment Rule erstens keine abschließende Kodifikation eines haftungsrechtlich geschützten Ermessens darstellt, und es zweitens gerade im Bereich rechtlich gebundener Entscheidungen dogmatisch vorzugswürdig erscheint, ein etwaiges Ermessen außerhalb der BJR zu veror-

760 *Bachmann*, WM 2015, 105. A. A. *de lege lata Paefgen*, AG 2014, 554, 562 f.

761 Vgl. BT-Drcks. 15/5092, S. 11. Vgl. im Übrigen *Hopt/Roth*, in: Großkommentar zum AktG, § 93 Rn. 90; *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 93 Rn. 25; *Spindler*, in: Münchener Kommentar zum AktG, § 93 Rn. 60 ff.; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 93 Rn. 72; *Roth*, Unternehmerisches Ermessen, S. 87 ff.; *Schäfer*, ZIP 2005, 1253, 1257; *Lutter*, in: FS Canaris, S. 245, 248 ff.

762 *Hopt/Roth*, in: Großkommentar zum AktG, § 93 Rn. 92; *Spindler*, in: Münchener Kommentar zum AktG, § 93 Rn. 63; *Schäfer*, ZIP 2005, 1253, 1257; *Lutter*, in: FS Canaris, S. 247; *ders.*, in: FS Priester, S. 422. A. A. *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 93 Rn. 25; *Paefgen*, in: Ulmer/Habersack/Löbbe/Paefgen, § 43 GmbHG Rn. 114.

763 So auch *Pöschke*, ZGR 2018, 647, 684.

764 In diese Richtung vor allem *Kubner*, DK 2017, 360, 366, der ausdrücklich von einem „Accounting Judgment“ spricht und insoweit dafür plädiert, das Gedanken- gut der Business Judgment Rule auch auf diesen Bereich zu übertragen. Gegen eine „Accounting Judgment Rule“ als eigenständige Rechtsfigur, aber für die Anwendung der BJR *Pöschke*, ZGR 2018, 647, 686; *W. Müller*, in: Liber amicorum Happ, S. 192 ff.; ebenso wohl *Merkt*, DK 2017, 353 ff.

ten. In Anbetracht der vorstehenden Ausführungen fällt eine Stellungnahme hierzu wie folgt aus.

1. Stellungnahme auf Grundlage der bisherigen Untersuchungsergebnisse

Auf Grundlage der bisherigen Untersuchung kann festgehalten werden, dass das Merkmal der unternehmerischen Entscheidung eine Anwendung der BJR auf sämtliche Zweckmäßigkeitentscheidungen des Geschäftsleiters zulässt, und damit auch auf solche Zweckmäßigkeitentscheidungen, die – wie die Ausübung bilanzieller Freiräume – bei der Wahrnehmung gesetzlicher Pflichtaufgaben zu treffen sind. Die Anforderungen, die unter der BJR an einen sorgfältigen Entscheidungsprozess gestellt werden, lassen sich auf die Ausübung bilanzieller Freiräume übertragen und sind als Kontrollmaßstab bilanzpolitischer Zweckmäßigkeitentscheidungen auch geeignet. Insbesondere muss es genügen, dass der Geschäftsleiter vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Informationen und zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Denn der in dieser Untersuchung unternommene Versuch, das Gesellschaftsinteresse mit Blick auf die bilanzpolitische Ausrichtung der Gesellschaft zu konkretisieren, hat zum einen gezeigt, dass die Wirkung bilanzpolitischer Maßnahmen sich nur schwer antizipieren lässt. Zum anderen ist deutlich geworden, dass auch die Anforderungen an eine angemessene Informationsgrundlage mit Blick auf die Abschlusserstellung kaum konkretisieren lassen. In ihrer Komplexität, ihrem Zukunftsbezug und der daraus für den Geschäftsleiter resultierenden Unsicherheiten und Haftungsrisiken stehen die Zweckmäßigkeitentscheidungen bei der Ausübung bilanzieller Freiräume den unstreitig unter die BJR fallenden operativen Zweckmäßigkeitentscheidungen damit in nichts nach. Ein dem Geschäftsleiter zuzugestehendes haftungsrechtlich geschütztes Ermessen kann damit mühelos in der Business Judgment Rule des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG verortet werden. Einer eigenständigen, außerhalb der BJR anzusiedelnden Rechtsfigur in Gestalt einer „*Accounting Judgment Rule*“ bedarf es nicht.⁷⁶⁵

765 So zutreffend *Pöschke*, ZGR 2018, 647, 686, der darauf hinweist, dass der Begriff der „*Accounting Judgment Rule*“ den Anschein erwecken würde, es handle sich beim haftungsrechtlich geschützten Ermessen des Geschäftsleiters um ein Rechtsinstitut des Bilanzrechts, das eigenen Regeln folgt.

2. „Accounting Judgment Rule“ im US-amerikanischen Recht

Den soeben gemachten Ausführungen hat auch die im US-amerikanischen Recht geführte Diskussion um die Einführung einer „Accounting Judgment Rule“ nichts voraus. Denn diese bezieht sich allein auf ein haftungsrechtlich geschütztes Ermessen des *Abschlussprüfers*. Wissenschaftliche Beiträge der letzten Jahre sind insoweit zu dem Ergebnis gekommen, dass die Einführung einer solchen, an das Vorbild der Business Judgment Rule angelehnten Accounting Judgment Rule die Haftungssituation der Abschlussprüfer verbessern würde und vor diesem Hintergrund zu befürworten sei.⁷⁶⁶ In Deutschland könnten derartige Überlegungen mit der geplanten Verschärfung der Abschlussprüferhaftung durch das FISG ebenfalls Auftrieb erlangen.⁷⁶⁷ Mit einem Ermessen des *Geschäftsleiters* haben sie indes keine echten Berührungspunkte. Für die Zwecke dieser Untersuchung bleibt damit festzuhalten, dass sich auch aus dem „Mutterland“ des unternehmerischen Ermessens keine Anhaltspunkte ergeben, die soeben dargestellten Grundsätze zum haftungsrechtlich geschützten Ermessen des Geschäftsleiters bei der Abschlusserstellung zu hinterfragen.

§ 3 Ergebnis

Bilanzielle Freiräume sind wie alle Entscheidungsfreiräume des Geschäftsleiters im Interesse der Gesellschaft und damit so auszuüben, dass die langfristige Rentabilität der Gesellschaft gefördert wird. Die besondere Schwierigkeit liegt dabei im Bereich der Abschlusserstellung zunächst darin, dass der Abschluss die tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnisse der Gesellschaft nicht unmittelbar gestaltet, sondern sie nur abbildet. Al-

766 Vgl. Kang/Trotman/Trotman, *Accounting, Organizations and Society*, 2015, 59 ff. im Anschluss an die grundlegenden Ausführungen von Peecher/Solomon/Trotman, *Accounting, Organizations and Society*, 2013, 596 ff. Für eine Gegenüberstellung von *Business Judgment* und *Accounting Judgment* vgl. Johnson, *Accounting, Organizations and Society*, 205 ff. Im Übrigen auch Libby/Luft, *Accounting Organizations and Society*, 1993, 425 ff.; Kachelmeier/Reichert/Williamson, *Journal of Accounting Research*, 2008, 341 ff.; Bayou/Reinstein/Williams, *Accounting, Organizations and Society*, 109 ff.

767 Bislang vereinzelt etwa Niemann, *DStR* 2004, 52 ff., sowie jüngst in Reaktion auf den Referentenentwurf zum FISG Lenz, *DB* 2020, 2085, 2086, mit Verweis auf die einschlägigen Prüfungsstandards IDW PS 201 Rn. 21, 22 bzw. IDW EPS 201 Rn. 23, 24.

lerdings ist ein indirekter Zusammenhang zwischen Abschlusserstellung und Rentabilität dort erkennbar, wo der Abschluss zumindest teilweise zur Entscheidungsgrundlage seiner Adressaten wird und deren wirtschaftlichen Beziehungen zur Gesellschaft insofern beeinflusst. Das kommt vor allem bei Gesellschaftern und Gläubigern in Gestalt von Kreditinstituten in Betracht, auch wenn diesbezügliche empirische Untersuchungen überschaubar sind und zur Konkretisierung dieses indirekten Zusammenhangs bislang nur wenig beitragen. Der Geschäftsleiter steht deshalb vor der weiteren Schwierigkeit, die häufig ungewissen Reaktionen der Abschlussadressaten auf seine bilanzpolitischen Zweckmäßigkeitsentscheidungen zu antizipieren und dabei potenziell divergierende Reaktionen einzelner Adressatengruppen gegeneinander abwägen zu müssen. Die hierdurch entstehenden Entscheidungssituationen sind denen klassisch operativer Zweckmäßigkeitsentscheidungen vergleichbar und setzen den Geschäftsleiter Binnenhaftungsrisiken aus. Dem Geschäftsleiter ist deshalb auch bei Zweckmäßigkeitsentscheidungen im Rahmen der Abschlusserstellung ein haftungsrechtlich geschütztes Ermessen zuzugestehen, das mühelos in der Business Judgment Rule verortet werden kann. Denn die insofern in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG statuierten Anwendungsvoraussetzungen der Business Judgment Rule sind auch auf die Ausübung bilanzieller Freiheiten anwendbar und als Maßstab eines sorgfaltskonformen Entscheidungsverfahrens geeignet. Einer eigenständigen, außerhalb der Business Judgment Rule zu verortenden Rechtsfigur im Sinne einer „*Accounting Judgment Rule*“ bedarf es dazu nicht.

Vierter Teil: Zusammenfassung der wesentlichen Untersuchungsergebnisse in Thesen

1. Ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter im Sinne der §§ 93 Abs. 1 Satz 1 AktG, 43 Abs. 1 GmbHG hat sich bei der Abschlusserstellung zuvörderst rechtmäßig zu verhalten. Rechtmäßig handelt der Geschäftsleiter sowohl im Außen- als auch unter der Legalitätspflicht im Binnenverhältnis dann, wenn er die rechtlichen Pflichten beachtet, die das Bilanzrecht teilweise ihm selbst, teilweise der Gesellschaft als Rechtssubjekt auferlegt.
2. Quellen der bilanzrechtlichen Pflichtenbindung sind für kapitalmarkt-orientierte Gesellschaften im Anwendungsbereich des Art. 4 IAS-VO die internationalen Rechnungslegungsstandards, für alle übrigen Gesellschaften die Vorschriften der §§ 242 ff., 290 ff. HGB, die durch die rechtsformspezifischen §§ 150 ff. AktG, 42 f. GmbHG ergänzt werden. Die vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich kodifizierten GoB sind Konkretisierungen des in §§ 243 Abs. 1, 264 Abs. 1 Satz 1, 297 Abs. 2 Satz 2 HGB enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffs „*Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung*“ und haben als solche Gesetzesrang. Keine Quelle rechtlicher Pflichtenbindung ist das zuletzt 2018 überarbeitete Rahmenkonzept des IASB. Es ist weder formal in das Europäische Recht inkorporiert worden noch haben Teile des Rahmenkonzepts aufgrund von Verweisungen Eingang in das Europäische Recht gefunden. Zwar sind die in den Standards und Interpretationen enthaltenen Bezugnahmen auf das Rahmenkonzept als statische Verweisungen anzusehen und stellen damit eine grundsätzlich europarechtskonforme Rezeptionsmethode dar. Jedoch ist bislang keine einzige Fassung des Rahmenkonzepts im Einklang mit den europarechtlichen Publikationsanforderungen bekanntgegeben worden. Ebenfalls keine Quelle rechtlicher Pflichtenbindung sind trotz der in § 342 Abs. 2 HGB angeordneten Vermutungswirkung die DRS. Sie fungieren bei der Abschlusserstellung allenfalls als Hilfestellung.
3. Das auf europäischer Ebene unter der IAS-VO eingerichtete Endorsement-Verfahren zur Übernahme internationaler Rechnungslegungsstandards in das Europäische Recht hat in den vergangenen Jahren wesentliche Veränderungen durchlaufen und steht mit der zu erwartenden Anpassung der IAS-VO an Art. 290 Abs. 1 AEUV vor weiteren

Neuerungen. Die Indossierung internationaler Rechnungslegungsstandards wird künftig nicht mehr im Regelungsverfahren mit Kontrolle erfolgen; an der starken Stellung des Europäischen Parlaments, das im Regelungsverfahren mit Kontrolle als gleichberechtigtes Organ neben dem Rat fungiert, wird sich jedoch nichts ändern. Auch die zu erwartende Auflösung des ARC wird auf den Ablauf des künftigen Endorsement-Verfahrens nur geringe Auswirkungen haben. Denn die Rolle des ARC beschränkt sich als Sachverständigenausschuss der Mitgliedstaaten bereits derzeit im Regelungsverfahren mit Kontrolle auf die Abgabe bloßer Stellungnahmen. Weitere Änderungen des Endorsement-Verfahrens resultierten in den vergangenen Jahren indirekt aus der Umstrukturierung der EFRAG, wie sie maßgeblich durch den Maystadt-Report angestoßen wurde. Hierzu zählen neben der Einführung eines EFRAG Board die weitreichende Finanzierung des jährlichen Haushalts der EFRAG durch europäische und mitgliedstaatliche Zuwendungen und die Vereinbarung eines *Working Arrangement* zwischen EFRAG und Kommission. Sämtliche dieser Maßnahmen haben zu einer Anhebung des reflexhaft-demokratischen Legitimationsniveaus der EFRAG beigetragen.

4. Obwohl bilanzrechtliche Pflichten sowohl allgemein- als auch individualschützender Natur sind, steht ihr individualschützender Charakter im Vordergrund. Dieser erstreckt sich in den Vorschriften des Handelsbilanzrechts auf die Gläubiger als primäres Schutzobjekt, in den internationalen Rechnungslegungsstandards darüber hinaus auch auf die Gesellschafter. Die übrigen Adressaten des Jahres- und Konzernabschlusses werden durch die Vorschriften des Bilanzrechts nur reflexhaft geschützt. Aufgrund des individualschützenden Charakters bilanzrechtlicher Vorschriften können diese mit Ausnahme der §§ 91 Abs. 1 AktG, 41 GmbHG grundsätzlich als Schutzgesetze qualifiziert werden. Eine Außenhaftung des Geschäftsleiters selbst folgt hieraus aber nicht.
5. Die Vorschriften des Bilanzrechts sind sowohl unter der Interessen- als auch unter der modifizierten Subjektstheorie dem nicht dispositiven Privatrecht der Kaufleute zuzuordnen.
6. Trotz zahlreicher bilanzrechtlicher Pflichten bleiben dem Geschäftsleiter bei der Erstellung sowohl des Jahres- als auch des Konzernabschlusses verschiedene bilanzielle Freiräume. Sie können sich bei der Ausübung von Wahlrechten und der Abgabe von Schätzungen oder Prognosen ergeben, die durch das Bilanzrecht jeweils nicht abschließend determiniert werden. Keine bilanziellen Freiräume ergeben sich

- demgegenüber bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe, deren letztverbindliche Auslegung und Subsumtion allein der Judikative vorbehalten ist.
7. Obwohl aus der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe ein erhebliches Maß an Rechtsunsicherheit resultieren mag, ist der Gesellschaft bzw. dem Geschäftsleiter als deren Vertreter ein auf Rechtsfragen bezogener normativ-subjektiver Fehlerbegriff nicht zuzugestehen. Er ist im Anschluss an die Erwägungen des BFH und des OLG Frankfurt a. M. mit Verfassungsrecht nicht vereinbar und im Hinblick auf die potenziellen Folgen objektiver Bilanzrechtsverstöße nicht erforderlich. Das gilt auch vor dem Hintergrund der aktuellen gesetzgeberischen Reformbestrebungen zum Erlass eines Gesetzes zur Stärkung der Finanzmarktintegrität.
 8. Wahlrechte bestehen in erster Linie dort, wo der Gesetzgeber dem Normadressaten explizit die Wahl zwischen mehreren Rechtsfolgen eingeräumt hat. Sie umfassen damit im Handelsbilanzrecht auch die Regelung des § 250 Abs. 3 Satz 1 HGB, die der Gesellschaft ein Wahlrecht dahingehend einräumt, auch laufzeitunabhängige Unterschiedsbeträge zwischen dem Erfüllungs- und dem Ausgabebetrag einer Verbindlichkeit in den Rechnungsabgrenzungsposten aufzunehmen. Demgegenüber statuiert § 254 Satz 1 HGB entgegen einer verbreiteten Ansicht kein Wahlrecht zur Bildung von Bewertungseinheiten.
 9. Sofern der Gesetzgeber bzw. Standardsetzer der abschlusspflichtigen Gesellschaft Wahlrechte auch implizit einräumt, beruhen diese in Abgrenzung zu planwidrigen Regelungslücken auf einem beredten Schweigen, unterscheiden sich im Übrigen aber nicht von expliziten Wahlrechten. Sofern implizite Wahlrechte die Wahl zwischen mehreren zulässigen Bewertungsmethoden zum Gegenstand haben, sind sie von Schätzungen und Prognosen abzugrenzen, wobei letztere sich als Bestandteil der Sachverhaltsermittlung und als Bezugspunkt der Rechtsanwendung allein auf die Beurteilung tatsachenbezogener individueller Vorgänge beziehen.
 10. Die Ausübung von Wahlrechten des Handelsbilanzrechts hat in erster Linie im Einklang mit deren Zweck zu erfolgen. Unterscheiden lassen sich dabei ihrer Funktion nach Vereinfachungs-, Billigkeits-, Kompromiss-, Beibehaltungs- sowie originär bilanzpolitisch motivierte Wahlrechte. Bei der Zweckbestimmung ist in Zweifelsfällen das Einblicksgebot zu beachten, das die Funktion des § 256 Satz 1 HGB auf ein reines Vereinfachungswahlrecht reduziert.

Die Abweichungs- und Korrekturfunktion des Einblicksgebots kommt allein bei einer rechtsmissbräuchlichen Wahlrechtsausübung zum Tragen und steht einer bilanzpolitischen Ausübung der Wahlrechte nicht entgegen, solange deren jeweilige Zweckbestimmung hierdurch nicht konterkariert wird. Damit scheidet eine bilanzpolitische Nutzung der Vereinfachungswahlrechte aber dann aus, wenn ein Vereinfachungseffekt bei der abschlusspflichtigen Gesellschaft erst gar nicht eintritt.

11. Wahlrechte des Handelsbilanzrechts sind nicht nur entsprechend ihrer Zweckbestimmung, sondern hinsichtlich art- und funktionsgleicher Vermögensgegenstände und Schulden auch stetig auszuüben. Ausnahmen vom Stetigkeitsgebot sind nach § 252 Abs. 2 HGB nur unter engen Voraussetzungen zulässig und kommen insbesondere bei bloßer Änderung der bilanzpolitischen Strategie nicht in Betracht. Daraus folgt, dass bilanzielle Freiräume sich bei der Wahlrechtsausübung in der Regel dort ergeben, wo die abzubildenden Geschäftsvorfälle aufgrund der ihnen zukommenden Eigenheiten erst gar nicht den Anwendungsbereich des Stetigkeitsgebots tangieren.
12. Auch die Wahlrechte der internationalen Rechnungslegungsstandards sind entsprechend ihrer Zweckbestimmung und im Einklang mit dem in IAS 8.13 statuierten Stetigkeitsgebot auszuüben. Dabei ergeben sich im Vergleich zur Wahlrechtsausübung nach Handelsbilanzrecht keine wesentlichen Unterschiede.
13. Erfordert die Anwendung bilanzrechtlicher Vorschriften die Abgabe von Schätzungen und Prognosen, müssen diese sowohl nach Handelsbilanzrecht als auch nach internationalen Rechnungslegungsstandards auf einer vollständigen, richtigen Informationsgrundlage basieren. Darüber hinaus sind die relevanten Schätzungs- und Prognoseverfahren, sofern sie unter einer anzuwendenden Bewertungsmethode nicht ohnehin auf spezifische Art zum Tragen kommen, jedenfalls angemessen zu gewichten. Die Beachtung dieser verfahrensmäßigen Anforderungen führt in der Regel zu plausiblen Schätzungs- und Prognoseergebnissen – was insoweit sowohl nach Handelsbilanzrecht als auch nach internationalen Rechnungslegungsstandards ausreichend ist. Ergibt sich anstelle eines einzigen eine Bandbreite plausibler Schätzungs- oder Prognoseergebnisse, hat der Geschäftsleiter bei gleicher Eintrittswahrscheinlichkeit das niedrigere auszuwählen, ist darüber hinaus aber durch das Vorsichtsprinzip oder das „*Prudence Principle*“ der internationalen Rechnungslegungsstandards nicht gebunden. Auch insofern können sich dann also bilanzielle Freiräume ergeben.

14. Der Geschäftsleiter hat bilanzielle Freiräume bei der Abschlusserstellung im Interesse der Gesellschaft auszuüben und die hiermit verbundenen Zweckmäßigeitsentscheidungen damit so auszurichten, dass die Rentabilität der Gesellschaft langfristig gefördert wird. Wenngleich dieser Maßstab ob seiner Unbestimmtheit selten zu eindeutigen Entscheidungen führen wird, ist er als Handlungsmaxime zur Ausübung bilanzieller Freiräume grundsätzlich geeignet. Er trägt insoweit dem indirekten Zusammenhang zwischen dem Abschluss und Rentabilität der Gesellschaft Rechnung, der sich darin äußert, dass zumindest ein Teil der im Abschluss enthaltenen Informationen zur Entscheidungsgrundlage insbesondere von Gesellschaftern und Gläubigern wird und deren wirtschaftliche Beziehungen zur Gesellschaft beeinflussen kann.
15. Die Ausübung bilanzieller Freiräume im Gesellschaftsinteresse setzt als negatives Merkmal voraus, dass der Geschäftsleiter frei von Interessenkonflikten handelt. Daran muss es nicht zwangsläufig fehlen, wenn variable Vergütungsbestandteile des Geschäftsleiters an bilanzielle Kennzahlen geknüpft sind. Denn auch die Vergütungspolitik des Geschäftsleiters ist grundsätzlich langfristig auszurichten, weshalb sich die Interessenlage des Geschäftsleiters und die bilanzpolitische Interessenlage der Gesellschaft in der Regel decken werden. Problematisch kann allerdings eine solche Vergütungspolitik sein, die als Mischsystem sowohl langfristige als auch kurzfristige variable Vergütungsbestandteile erlaubt und dabei wiederum an bilanzielle Kennzahlen anknüpft. Hier können sich im Einzelfall eher Interessenkonflikte ergeben. Im Umgang mit derartigen Interessenkonflikten hat der Geschäftsleiter in erster Linie eine angemessene Kontrolle seiner bilanzpolitischen Entscheidungen zu ermöglichen. Für den Aufsichtsrat bzw. die Gesellschafterversammlung als das zuständige Kontrollorgan wird dabei vor allem von Bedeutung sein, dass sie sich im Rahmen ihrer Prüfungspflicht aus § 171 AktG (analog) ein möglichst exaktes Bild über die Ausrichtung der Bilanzpolitik und die hieraus im Einzelnen folgenden Entscheidungen machen können. Das mag deutlich weitreichendere Angaben zur Bilanzpolitik erfordern als sie sich etwa aus dem Anhang des Abschlusses entnehmen lassen.
16. Bei der Ausübung bilanzieller Freiräume steht dem Geschäftsleiter nach § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG ein haftungsrechtlich geschütztes Ermessen zu. Das trägt nicht nur der besonderen Komplexität bilanzpolitischer Entscheidungen Rechnung, sondern auch den zivilrechtlichen Sanktionsrisiken, die auch im Bereich der Abschlusserstellung aus

zweckwidrigen Entscheidungen resultieren können. Denn *ex ante* kann der Geschäftsleiter erstens kaum treffsicher antizipieren, wie sich bilanzpolitische Entscheidungen auf das Verhalten der Abschlussadressaten und deren wirtschaftliche Beziehungen zur Gesellschaft tatsächlich auswirken werden. Zweitens sind bei potenziell divergierenden Reaktionen unterschiedlicher Adressatengruppen oder einzelner Adressaten gegebenenfalls schwierige Abwägungsentscheidungen zu treffen. Der Geschäftsleiter bewegt sich hier ähnlich den klassisch operativen Entscheidungen auf besonders unsicherem Terrain.

17. Der Anwendbarkeit des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG steht es nicht entgegen, dass die Ausübung bilanzieller Freiräume bei der Abschlusserstellung – und damit bei der Wahrnehmung einer gesetzlichen Pflichtaufgabe – erfolgt. Das Merkmal der „*unternehmerischen Entscheidung*“ schließt eine Anwendung der Business Judgment Rule auch auf solche Fälle nicht aus.
18. Die in der Business Judgment Rule für unternehmerische Entscheidungen konkretisierten Sorgfaltsanforderungen an das Entscheidungsverfahren sind auf die Ausübung bilanzieller Freiräume ohne Weiteres anwendbar. Insbesondere ist nicht ersichtlich, welche höheren oder anderen Sorgfaltsanforderungen an die Ausübung bilanzieller Freiräume sinnvollerweise zu stellen wären. Das gilt vor allem hinsichtlich der nach § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG erforderlichen Informationsgrundlage, die bei der Ausübung bilanzieller Freiräume im Vergleich zu sonstigen Zweckmäßigkeitentscheidungen nicht prinzipiell erhöht ist und insbesondere objektiv weder vollständig sein kann noch muss. Vielmehr genügt es entsprechend dem Wortlaut der Business Judgment Rule, wenn der Geschäftsleiter vernünftigerweise annehmen durfte, auf Grundlage angemessener Information zu handeln. Davon umfasst sind all diejenigen – schwer zu konkretisierenden – Informationen, die zur bilanzpolitischen Ausübung bilanzieller Freiräume erforderlich sind und insofern etwa Informationen hinsichtlich der Gesellschafter- und Gläubigerstruktur, der konkreten Finanzierungssituation der Gesellschaft und potenzieller steuerrechtlicher Implikationen.
19. Einer Accounting Judgment Rule im Sinne eines eigenständigen, außerhalb des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG zu verortenden, haftungsrechtlich geschützten Ermessens bedarf es nicht. Der Geschäftsleiter ist bei der Ausübung bilanzieller Freiräume durch die Business Judgment Rule hinreichend geschützt.

Literaturverzeichnis

- Abeltshauser*, Thomas E.: Leitungshaftung im Kapitalgesellschaftsrecht: Zu den Sorgfalts- und Loyalitätspflichten von Unternehmensleitern im deutschen und im US-amerikanischen Kapitalgesellschaftsrecht, Köln 1994.
- Abendroth*, Christiane: Der Bilanzzeit – sinnvolle Neuerung oder systematischer Fremdkörper?, WM 2008, 1147–1151.
- Abram*, Nils: Ansprüche von Anlegern wegen Verstoßes gegen Publizitätspflichten oder den Deutschen Corporate Governance Kodex?, NZG 2003, 307–313.
- Adler*, Hans/*Düring*, Walther/*Schmaltz*, Kurt, Rechnungslegung und Prüfung der Unternehmen, 2. Teilband, 6. Aufl., Stuttgart 1994.
- Adler*, Hans/*Düring*, Walther/*Schmaltz*, Kurt: Rechnungslegung und Prüfung der Unternehmen, 3. Teilband, 6. Aufl., Stuttgart 1995.
- Adler*, Hans/*Düring*, Walther/*Schmaltz*, Kurt: Rechnungslegung und Prüfung der Unternehmen, 5. Teilband, 6. Aufl., Stuttgart 1997.
- Alexander*, David: Legal Certainty, European-ness and Realpolitik, Accounting in Europe 2006, Vol. 3, 65–80.
- American Law Institute: Principles of Corporate Governance: Analyses and Recommendations, Volume 1, Parts I-VI, Philadelphia 1994.
- Arbeitskreis „Steuern und Revision“ im Bund der Wirtschaftsakademiker (BWA) e.V. Berlin: Bilanzierung von Kreditbearbeitungsgebühren – Zugleich Anmerkung zum Urteil des BFH vom 22.6.2011, I R 7/10, DStR 2011, 2211–2213.
- Arbeitskreis Bilanzrecht Hochschullehrer Rechtswissenschaft (AKBR): Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Finanzmarktintegrität, BB 2020, 2731–2736.
- Arbeitskreis Bilanzrecht Hochschullehrer Rechtswissenschaft (AKBR): Bekämpfung von Unregelmäßigkeiten bei der Rechnungslegung einschließlich Betrug – Denkbare weitere Schritte zur Reform von Abschlussprüfung, Bilanzkontrolle und Corporate Governance, NZG 2020, 938–945.
- Arden*, Julius: Haftung der Geschäftsleiter und Aufsichtsratsmitglieder bei unklarer Rechtslage, Tübingen 2018.
- Bachmann*, Gregor: Reform der Organhaftung? – Materielles Haftungsrecht und seine Durchsetzung in privaten und öffentlichen Unternehmen: Gutachten E zum 70. DJT, München 2014.
- Bachmann*, Gregor: Zehn Thesen zur deutschen Business Judgment Rule, WM 2015, 105–112.
- Baetge*, Jörg/*Kirsch*, Hans-Jürgen/*Thiele*, Stefan: Bilanzen, 15. Aufl., Düsseldorf 2019.
- Baetge*, Jörg/*Kirsch*, Hans-Jürgen/*Thiele*, Stefan: Bilanzrecht, 88. Lfg., Bonn 2002.

- Baetge*, Jörg: Der Jahresabschluss im Widerstreit der Interessen: Vortragsreihe des Instituts für Revisionswesen an der Westfälischen Wilhelms-Universität, Münster, Sommersemester 1982, Wintersemester 1982/1983, Düsseldorf 1983.
- Balthasar*, Helmut: Die Bestandskraft handelsrechtlicher Jahresabschlüsse: Änderungen und Berichtigungen nach deutschem Recht, US-amerikanischen GAAP und IAS, Berlin 1999.
- Barth*, Mary E.: Standard-setting measurement issues and the relevance of research, *Accounting and Business Research*, 2007, Vol. 37, 7–15.
- Bauer*, Jobst-Hubertus/*Arnold*, Christian: Festsetzung und Herabsetzung der Vorstandsvergütung nach dem VorstAG, AG 2009, 717–731.
- Bauer*, Jörg: Zur Rechtfertigung von Wahlrechten in der Bilanz, BB 1981, 766–772.
- Bauer*, Thea Christine: Die Neuregelung der Strafbarkeit des Jahresabschlussprüfers: Ein Vorschlag de lege ferenda zur Erfassung der strafwürdigen und strafbedürftigen Konstellationen von beruflichem Fehlverhalten des Jahresabschlussprüfers, Tübingen 2017.
- Baumbach*, Adolf/*Hopt*, Klaus: Handelsgesetzbuch, 39. Aufl., München 2020.
- Baumbach*, Adolf/*Hueck*, Alfred: GmbHG: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 18. Aufl., München 2006.
- Baums*, Theodor: Haftung wegen Falschinformation des Sekundärmarktes, ZHR 167 (2003), 139–192.
- Baums*, Theodor: Risiko und Risikosteuerung im Aktienrecht, ZGR 2011, 218–274.
- Bayer*, Walter: Legalitätspflicht der Unternehmensleitung, nützliche Gesetzesverstöße und Regress bei verhängten Sanktionen – dargestellt am Beispiel von Kartellverstößen, in: Bitter, Georg (Hrsg.): Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag, Köln 2009, S. 85–103. Zit.: *Bayer*, in: FS K. Schmidt, S.
- Bayou*, Mohamed E./*Reinstein*, Alan/*Williams*, Paul F.: To tell the truth: A discussion of issues concerning truth and ethics in accounting, *Accounting, Organizations and Society*, 2011, Vol. 36, 109–124.
- Beck'scher Bilanz-Kommentar: Handels- und Steuerbilanz, §§ 238 bis 339, 342 bis 342e HGB: *Grottel*, Bernd/*Schmidt*, Stefan/*Schubert*, Wolfgang J./*Störk*, Ulrich (Hrsg.), 12. Aufl., München 2020.
- Beck'scher Bilanz-Kommentar: Handels- und Steuerbilanz, §§ 238 bis 339, 342 bis 342e HGB: *Ellrott*, Helmut/*Förschle*, Gerhart/*Grottel*, Bernd/*Kozikowski*, Michael/*Schmidt*, Stefan/*Winkeljohann*, Norbert (Hrsg.), 8. Aufl., München 2012.
- BeckOK BGB: *Hau*, Wolfgang/*Poseck*, Roman (Hrsg.), 57. Aufl., München 2021.
- BeckOK HGB: *Häublein*, Martin/*Hoffmann-Theiner*, Roland (Hrsg.) 31. Aufl., München 2019.
- Beck'sches Handbuch der Rechnungslegung, Bd. 1: *Böcking*, Hans-Joachim/*Castan*, Edgar/*Heymann*, Gerd/*Pfitzer*, Norbert/*Scheffler*, Eberhard (Hrsg.), Stand: 50. Ergänzungslieferung, Stand: Juli 2016, München 2016.
- Beck'sches Handbuch der Rechnungslegung, Bd. 1: *Böcking*, Hans-Joachim/*Castan*, Edgar/*Heymann*, Gerd/*Pfitzer*, Norbert/*Scheffler*, Eberhard (Hrsg.), Stand: 35. Ergänzungslieferung, Stand: März 2011, München 2011.

- Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon: *Alber, Matthias/Arendt, Hendrik/Faber, Stephan* (Verf.), 49. Aufl., München 2019.
- Becker, Christian/Endert, Volker*: Außerbilanzielle Geschäfte, Zweckgesellschaften und Strafrecht, ZGR 2012, 699–729.
- Beisse, Heinrich*: Die Generalnorm des neuen Bilanzrechts, in: Knobbe-Keuk, Brigitte (Hrsg.): Handelsrecht und Steuerrecht: Festschrift für Dr. Dr. h.c. Georg Döllerer, Düsseldorf 1988, S. 25–44. Zit.: *Beisse*, in: FS Döllerer, S.
- Beisse, Heinrich*: Zum Verhältnis von Bilanzrecht und Betriebswirtschaftslehre, StuW 1984, 1–14.
- Berberich, Jens*: Ein Framework für das DRSC – Modell einer verfassungskonformen gesellschaftlichen Selbststeuerung im Bilanzrecht, Berlin 2002.
- Berger, Axel*: Die IFRS als prinzipienbasiertes Normenwerk – Wie viel Prinzipienorientierung ist aus Sicht einer Enforcementeinrichtung verträglich?, in: Bruns, Hans-Georg / Herz, Robert H. / Neubürger, Heinz-Joachim / Tweedie, David (Hrsg.): Globale Finanzberichterstattung – Entwicklung, Anwendung und Durchsetzung von IFRS – Festschrift für Liesel Knorr, Stuttgart 2008, S. 489-514. Zit.: *Berger*, in: FS Knorr, S.
- Berger, Victoria*: Vorstandshaftung und Beratung: Ision-Kriterien, unternehmerische Entscheidung und Legal Judgment Rule, Baden-Baden 2015.
- Bernuth, Wolf H./Kremer, Rene M.*: Schadensersatz wegen fehlerhafter Kapitalmarktinformation für Investoren in Aktienderivate?, BB 2013, 2186–2191.
- Bertram, Klaus/Brinkmann, Ralph/Kessler, Harald/Müller, Stefan* (Hrsg.): Haufe HGB Bilanz Kommentar, 9. Aufl., Stuttgart 2018.
- Beveridge, Norwood P.*: Does the Corporate Director Have a Duty Always to Obey the Law?, 45 De Paul L. Rev. 729 (1996).
- Bicker, Eike*: Legalitätspflicht des Vorstands – ohne Wenn und Aber?, AG 2014, 8–14.
- Biener, Herbert*: Die Standardentwicklung als neue Möglichkeit zur Fortentwicklung der Rechnungslegung, in: Küting, Karlheinz / Langenbucher, Günther (Hrsg.): Internationale Rechnungslegung – Festschrift für Professor Dr. Claus-Peter Weber zum 60. Geburtstag, S. 451–462. Zit.: *Biener*, in: FS Weber, S.
- Binder, Sabrina*: Grenzen der Vorstandshaftung: Eine Untersuchung der vorhandenen Beschränkungen der Haftung der Vorstandsmitglieder gegenüber der Aktiengesellschaft und der Möglichkeiten und Notwendigkeiten der Schaffung von Haftungserleichterungen de lege lata und de lege ferenda, Berlin 2016.
- Binder, Ulrike/Kraayvanger, Jan*: Regress der Kapitalgesellschaft bei der Geschäftsleitung für gegen das Unternehmen verhängte Geldbußen, BB 2015, 1219–1230.
- Birmingham, Robert L.*: Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency, 24 Rutgers Law Review 273 (1970).
- Bischof, Jannis/Daske, Holger*: IFRS Endorsement – Criteria in Relation to IFRS 9, Study for the ECON Committee of the European Parliament, 2015, abrufbar unter: [http://www.europarl.europa.eu/cmsdata/93527/IPOL_STU\(2015\)563460_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/cmsdata/93527/IPOL_STU(2015)563460_EN.pdf). Zit.: *Bischof / Daske*, Study on IFRS Endorsement Criteria in Relation to IFRS 9, S.

- Bischof, Jannis/Daske, Holger*: Interpreting the European Union's IFRS Endorsement Criteria: The Case of IFRS 9, Accounting in Europe, 2016, Vol. 13, 129–168.
- Bitz, Michael/Schneeloch, Dieter/Wittstock, Wilfried/Patek, Guido*: Der Jahresabschluss: Nationale und internationale Rechtsvorschriften, Analyse und Politik, 6. Aufl., München 2014.
- Blunk, Andreas/Rabe, Sebastian*: Bilanz- und Eigenkapitalgarantien beim GmbH-Geschäftsanteilskauf, GmbHHR 2011, 408–413.
- Böcking, Hans-Joachim/Worret, Daniel*: Ermessensspielräume und Bilanzierungsfehler bei der Anwendung des IFRS 5 – Theoretische Gestaltungsmöglichkeiten und Enforcement-Fehlerfeststellungen, Der Konzern 2015, 119–127.
- Böcking, Hans-Joachim*: Bilanzrechtstheorie und Verzinslichkeit, Wiesbaden 1988.
- Böcking, Hans-Joachim/Gros, Marius*: Gutachten zur Prüfung der Rechtsauffassung der BaFin, dass die DPR nach § 342b Abs. 4 HGB auch dann auf erster Stufe prüfen muss und kann, wenn mögliche Betrugshandlungen (einschließlich möglicher Betrugs-handlungen durch das Management) im Raum stehen, abrufbar unter: https://www.accounting.uni-frankfurt.de/fileadmin/user_upload/dateien_abteilungen/abt_rec/LS_Boecking/Dokumente/Rechtsgutachten_BaFin_Boecking_Gros_20201011_inkl_2Anhaenge_und_2Anlagen.pdf.
- Böcking, Hans-Joachim/Gros, Marius/Wirth, Willy*: Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Finanzmarktintegrität (FISG) vom 26. Oktober 2020, abrufbar unter: https://www.accounting.uni-frankfurt.de/fileadmin/user_upload/dateien_abteilungen/abt_rec/LS_Boecking/Dokumente/FISG_Stellungnahme_2020_Boecking_Gros_Wirth.pdf.
- Bobl, Werner*: Der Jahresabschluss nach neuem Recht, WPg 1986, 29–36.
- Bormann, Michael/Böttger, Jonas*: Die Abschlussprüfung im Blick des FISG-RegE – Bilanzbetrug adé?, NZG 2021, 330–334.
- Breitenfeld, Eva*: Die organschaftliche Binnenhaftung der Vorstandsmitglieder für gesetzeswidriges Verhalten: Eine Untersuchung der aktienrechtlichen Legalitätspflicht, Berlin 2016.
- Brennan, Geoffrey/Buchanan, James M.*: The reason of rules – Constitutional political economy, Cambridge 1986.
- Brömmelmeyer, Christoph*: Neue Regeln für die Binnenhaftung des Vorstands – Ein Beitrag zur Konkretisierung der Business Judgment Rule, WM 2005, 2065–2070.
- Brunner, Andreas*: Technische Normen in Rechtsetzung und Rechtsanwendung, Basel 1991.
- Buchheim, Regine/Gröner, Susanne/Kühne, Mareike*: Übernahme von IAS/IFRS in Europa: Ablauf und Wirkung des Komitologieverfahrens auf die Rechnungslegung, BB 2004, 1783–1788.
- Buchheim, Regine/Knorr, Liesel/Schmidt, Martin*: Anwendung der IFRS in Europa: Das neue Endorsement-Verfahren, KoR 2008, 334–341.
- Buck-Heeb, Petra*: Die Haftung von Mitgliedern des Leitungsorgans bei unklarer Rechtslage, BB 2013, 2247–2257.

- Budde*, Wolfgang Dieter/*Steuber*, Elgin: Normsetzungsbefugnis eines deutschen Standard Setting Body, DStR 1996, 1181–1187.
- Bueren*, Eckart: Grenzen der Durchführungsrechtssetzung im Unionsrecht – Neuerungen nach Lissabon?, EuZW 2012, 167–173.
- Bührle*, Stefan: Unternehmerische Gestaltungsfreiheit versus aufsichtsrechtliche Regulierung: Der Vorstand in Banken- und Versicherungsunternehmen im Spannungsfeld zwischen unternehmerischer Gestaltungsfreiheit und aufsichtsrechtlicher Regulierung, Berlin 2016.
- Bunte*, Hermann-Josef/*Langen*, Eugen (Hrsg.): Kartellrecht: Kommentar – Band 1: Deutsches Kartellrecht, 13. Aufl., Köln 2018.
- Bunz*, Thomas: Der Schutz unternehmerischer Entscheidungen durch das Geschäftsleiterermessen: Ein Beitrag zu mehr Rechtssicherheit im Umgang mit der Business Judgment Rule, Köln 2011.
- Bürgers*, Tobias/*Körber*, Torsten (Hrsg.), Aktiengesetz – Kommentar, 4. Aufl., Heidelberg 2017.
- Bürk*, Jürgen: Aufsichtsrechtliches Legal Judgment: Sachlicher Anwendungsbereich und prozedurale Voraussetzungen, VersR 2013, 792–802.
- Buschhüter*, Michael/*Striegel*, Andreas (Hrsg.): Kommentar Internationale Rechnungslegung – IFRS, Wiesbaden 2011.
- Busse von Colbe*, Walther: Die neuen Rechnungslegungsvorschriften aus betriebswirtschaftlicher Sicht, WPg 1987, 117–126.
- Bydlinksi*, Franz: Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., Wien 1991.
- Casper*, Matthias: Persönliche Außenhaftung der Organe bei fehlerhafter Information des Kapitalmarkts?, BKR 2005, 83–90.
- Chen*, Carl R./*Steiner*, Thomas L./*Whyte*, Ann Marie: Does stock option-based executive compensation induce risk-taking? An analysis of the banking industry, Journal of Banking & Finance, 2006, Vol. 30, 915–945.
- Claussen*, Carsten P.: Zum Stellenwert des § 264 Abs. 2 HGB, in: Havermann, Hans (Hrsg.): Bilanz- und Konzernrecht: Festschrift zum 65. Geburtstag von Reinhard Goerdeler, Düsseldorf 1987, S. 79–91. Zit.: *Claussen*, in: FS Goerdeler, S.
- Clemm*, Hermann: § 264 HGB und Wahlrechte, in: Förchle, Gerhart (Hrsg.): Rechenschaftslegung im Wandel: Festschrift für Wolfgang Dieter Budde, Düsseldorf 1995, S. 135–156. Zit.: *Clemm*, in: FS Budde, S.
- Clemm*, Hermann: Bilanzpolitik und Ehrlichkeits („True and fair view“-) Gebot, WPg 1989, 357–366.
- Cobet*, Hans: Fehlerhafte Rechnungslegung – Eine strafrechtliche Untersuchung zum neuen Bilanzrecht am Beispiel von § 331 Abs. 1 Nr. 1 des Handelsgesetzbuchs, Pfaffenweiler 1991.
- Coenenberg*, Adolf G./*Haller*, Axel/*Schultze*, Wolfgang: Jahresabschluss und Jahresabschlussanalyse, 24. Aufl., Stuttgart 2016.

- Europäische Kommission: Evaluation of Regulation (EC) N 1606/2002 of 19 July 2002 on the application of International Accounting Standards vom 18.06.2015, SWD (2015) 120, abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SWD:2015:0120:FIN:EN:PDF>.
- Craswell, Richard: Two Economic Theories of Enforcing Promises, in: Benson, Peter: *Readings in the Theory of Contract Law*, Cambridge 2001.
- Crezelius, Georg: Jahresabschlußpublizität bei deutscher Kapitalgesellschaft. Besprechung der Entscheidung EuGH, DB 1997, 2598 – „Daihatsu“, ZGR 1999, 252–263.
- Crocker, Keith J./Slemrod, Joel: The Economics of Earnings Manipulation and Managerial Compensation, RAND Journal of Economics, 2007, Vol. 38, 698–713.
- Danwitz, Thomas von: *Europäisches Verwaltungsrecht*, Berlin 2008.
- Debus, Alfred: *Verweisungen in deutschen Rechtsnormen*, Berlin 2007.
- Dehmel Inga/Hommel, Michael/Kunkel, Tessa: *Conceptual Framework for Financial Reporting 2018 auf dem Prüfstand*, BB 2018, 1706–1710.
- Denninger, Erhard: *Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Normsetzung im Umwelt- und Technikrecht*, Baden-Baden 1990.
- Deutscher Anwaltverein: *Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Finanzen und des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Finanzmarktintegrität (Finanzmarktintegritätsstärkungsgesetz – FISG)*, 2020, abrufbar unter: https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Gesetzestexte/Gesetze_Gesetzesvorhaben/Abteilungen/Abteilung_VII/19_Legislaturperiode/2020-10-26-Finanzmarktintegritaetsstaerkungsgesetz/0-Gesetz.html.
- Dietz-Vellmer, Fabian: *Organhaftungsansprüche in der Aktiengesellschaft – Anforderungen an Verzicht oder Vergleich durch die Gesellschaft*, NZG 2011, 248–254.
- Dillerup, Ralf/Stoi, Roman, *Unternehmensführung*, 3. Aufl., München 2011.
- Döllner, Georg: Die Verknüpfung handels- und steuerrechtlicher Rechnungslegung, ZHR 157 (1993), 349–354.
- Dreher, Meinrad: Die kartellrechtliche Bußgeldverantwortlichkeit von Vorstandsmitgliedern. Vorstandshandeln zwischen aktienrechtlichem Legalitätsprinzip und kartellrechtlicher Unsicherheit, in: Dauner-Lieb, Barbara/Hommelhoff, Peter/Jacobs, Matthias/Kaiser, Dagmar/Weber, Christoph (Hrsg.): *Festschrift für Horst Konzen zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen 2006, S. 85–108. Zit.: Dreher, in FS Konzen, S.
- Driesch, Dirk/Riese, Joachim/Schlüter, Jörg/Senger, Thomas: *Beck'sches IFRS-Handbuch – Kommentierung der IFRS/IAS*, 5. Aufl. 2016.
- DRSC: *Rechnungslegung aus Sicht von Kreditinstituten als Rechnungslegungsadressaten – Empirische Ergebnisse und Implikationen für die Weiterentwicklung der nationalen und internationalen Rechnungslegungsnormen für mittelständische Unternehmen*, 2008, abrufbar unter: https://www.drsc.de/app/upload/s/2017/03/081218_DRSC_Bankenstudie.pdf.

- DRSC: Standardisierungsvertrag zwischen dem Bundesministerium der Justiz (BMJ) und dem DRSC e.V. vom 02.12.2011, abrufbar unter: https://www.drs.c.de/app/uploads/2017/03/111202_SV_BMJ-DRSC.pdf.
- Druey*, Jean Nicolas: Standardisierung der Sorgfaltspflicht? Fragen zur Business Judgment Rule, in: Habersack, Mathias/Hommelhoff, Peter (Hrsg.): Festschrift für Wulf Goette zum 65. Geburtstag, München 2011, S. 54–74. Zit.: *Druey*, in: FS Goette, S.
- Drygala*, Tim/Wächter, Gerhard H. (Hrsg.): Bilanzgarantien bei M&A-Transaktionen: Beiträge der 1. Leipziger Konferenz „Mergers / Acquisitions“ am 16. und 17.05.2014 in Leipzig, München 2015.
- Ebenroth*, Carsten Thomas/*Boujong*, Karlheinz/*Joost*, Detlev/*Strohn*, Lutz: HGB – Kommentar, Band 1: §§ 1-342e, 3. Aufl., München 2014.
- Ebert*, Elke: Private Normsetzung für die Rechnungslegung – Möglichkeiten und Grenzen, Sternenfels 2002.
- Ebke*, Werner: Der Deutsche Standardisierungsrat und das Deutsche Rechnungslegungs Standards Committee – Aussichten für eine professionelle Entwicklung von Rechnungslegungsgrundsätzen, ZIP 1999, 1193–1201.
- Eckes*, Burkhard: Bewertungsstetigkeit – Muß- oder Sollvorschrift? Geänderte Konzeption im neuen Entwurf eines Bilanzrichtlinie-Gesetzes, BB 1985, 1435–1444.
- ECOFIN-Rat: Beratung betreffend die Regulierung der europäischen Wertpapiermärkte, Nr. 10491/00 vom 17.07.2000, abrufbar unter: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10491-2000-INIT/de/pdf>.
- EFRAG: Annual Review 2005, abrufbar unter: <https://www.efrag.org/Assets/Download?assetUrl=%2Fsites%2Fwebpublishing%2FSiteAssets%2FAnnual%2520Report%25202005.pdf>.
- EFRAG: Annual Review 2018, abrufbar unter: <https://www.efrag.org/Assets/Download?assetUrl=%2Fsites%2Fwebpublishing%2FSiteAssets%2FAnnual%2520Report%25202018.pdf>.
- EFRAG: Endorsement Advice on IFRS 9 *Financial Instruments* vom 15.09.2015, abrufbar unter: <https://www.efrag.org/Assets/Download?assetUrl=%2Fsites%2Fwebpublishing%2FSiteAssets%2FEndorsement%2520Advice%2520on%2520IFRS%25209.pdf>.
- EFRAG: Internal Rules, 2019, abrufbar unter: <https://www.efrag.org/Assets/Download?assetUrl=%2Fsites%2Fwebpublishing%2FSiteAssets%2FEFRAG%2520Internal%2520Rules%2520approved%2520191212%2520.pdf>.
- EFRAG: Letter on Endorsement of existing International Accounting Standards and related interpretations vom 19.06.2002, abrufbar unter: <https://www.efrag.org/Assets/Download?assetUrl=%2Fsites%2Fwebpublishing%2FProject%20Documents%2F112%2FEFRAG%20endorsement%20letter.pdf&AspxAutoDetectCookieSupport=1>.

- EFRAG: Letter to the European Commission regarding endorsement of Definition of Material (Amendments to IAS 1 and IAS 8) vom 20.02.2019, abrufbar unter: <https://www.efrag.org/Assets/Download?assetUrl=%2Fsites%2Fwebpublishing%2FSiteAssets%2FFinal%2520Letter%2520to%2520the%2520EC%2520on%2520the%2520endorsement%2520of%2520Definition%2520of%2520Material%2520-%2520Signed.pdf>.
- Ehricke*, Ulrich: Zur Teilnehmerhaftung von Gesellschaftern bei Verletzungen von Organpflichten mit Außenwirkung durch den Geschäftsführer einer GmbH, ZGR 2000, 351–383.
- Eisenberg*, Melvin A.: The Duty of Care of Corporate Directors and Officers, U. Pitt. L. Rev. 945 (1990).
- Ekkenga*, Jens: Offene Fragen zur Rechnungslegung einer in Deutschland ansässigen Private Company Limited by Shares, in: Gropp, Walter/Lipp, Martin/Steiger, Heinhard (Hrsg.): Rechtswissenschaft im Wandel – Festschrift des Fachbereichs Rechtswissenschaft zum 400jährigen Gründungsjubiläum der Justus-Liebig-Universität Gießen, Tübingen 2007, S. 395–407. Zit.: *Ekkenga*, in: Rechtswissenschaft im Wandel, S.
- Engert*, Andreas: Der Rechtsirrtum in der Verschuldenshaftung, in: Arnold, Stefan/Lorenz, Stefan (Hrsg.): Gedächtnisschrift für Hannes Unberath, München 2015, S. 91–110. Zit.: *Engert*, in: GS Unberath, S.
- Engisch*, Karl: Einführung in das juristische Denken, 12. Aufl., Stuttgart 2018.
- Entschließungsantrag des Ausschusses für Wirtschaft und Währung des Europäischen Parlaments zu dem Entwurf einer Verordnung der Kommission zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1752/2003 betreffend die Übernahme bestimmter internationaler Rechnungslegungsstandards in Übereinstimmung mit der Verordnung (EG) Nr. 1606/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf "International Financial Reporting Standard" (IFRS) 8 bezüglich der Berichterstattung über operative Segmente (C6-0000/0000) vom 18.04.2005, B6-0157/2007, abrufbar unter: <https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+MOTION+B6-2007-0157+0+DOC+PDF+V0//DE>.
- Ernst*, Edgar/*Gassen*, Joachim/*Pellens*, Bernhard: Verhalten und Präferenzen deutscher Aktionäre 2009 – Eine Befragung von privaten und institutionellen Anlegern zum Informationsverhalten, zur Dividendenpräferenz und zur Wahrnehmung von Stimmrechten, Frankfurt a. M. 2009.
- Ernst*, Edgar/*Gassen*, Joachim / *Pellens*, Bernhard: Verhalten und Präferenzen deutscher Aktionäre 2005 – Eine Befragung von privaten und institutionellen Anlegern zum Informationsverhalten, zur Dividendenpräferenz und zur Wahrnehmung von Stimmrechten, Frankfurt a. M. 2005.
- Eschenfelder*, Eike Dirk: Accounting Compliance – Haftungsrisiken und Organisationsanforderungen bei der Rechnungslegung in Kapitalgesellschaften, BB 2014, 685–689.
- Euler*, Roland: Paradigmenwechsel im handelsrechtlichen Einzelabschluss: Von den GoB zu den IAS?, BB 2002, 875–880.

- Expert Group on the IAS Regulation: Working Paper: Adoption of International Standards vom 24.10.2014, abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/transparency/reg-expert/index.cfm?do=groupDetail.groupDetailDoc&id=27157&no=5>.
- Falkenhausen*, Joachim Freiherr von: Die Haftung außerhalb der Business Judgment Rule – Ist die Business Judgment Rule ein Haftungsprivileg für Vorstände?, NZG 2012, 644–651.
- Fink*, Christian/*Zeyer*, Fedor: Bilanzierungsänderung nach IAS 8 – Änderung von Rechnungslegungsmethoden und Schätzungen nach IFRS, PiR 2011, 181–187.
- Fischbach*, Jonas: Die Haftung des Vorstands im Aktienkonzern, Baden-Baden 2009.
- Fischer*, Norbert: Lifo und Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung, in: Herzig, Norbert (Hrsg.): Vorratsbewertung nach der Lifo-Methode ab 1990, Köln 1990, S. 1–11.
- Fischer*, Thomas (Verf.), Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen – Kommentar, 66. Aufl., München 2019.
- Fleischer*, Holger: Aktienrechtliche Legalitätspflicht und „nützliche“ Pflichtverletzungen von Vorstandsmitgliedern, ZIP 2005, 141–152.
- Fleischer*, Holger: Buchführungsverantwortung des Vorstands und Haftung der Vorstandsmitglieder für fehlerhafte Buchführung WM 2006, 2021–2029.
- Fleischer*, Holger: Das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung, NZG 2009, 801–806.
- Fleischer*, Holger: Das Haffa-Urteil – Kapitalmarktstrafrecht auf dem Prüfstand, NJW 2003, 2584–2586.
- Fleischer*, Holger: Erweiterte Außenhaftung der Organmitglieder im Europäischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, ZGR 2004, 437–479.
- Fleischer*, Holger: Handbuch des Vorstandsrechts, München 2006.
- Fleischer*, Holger: Kompetenzüberschreitungen von Geschäftsleitern im Personen- und Kapitalgesellschaftsrecht, DStR 2009, 1204–1210.
- Fleischer*, Holger: Prognoseberichterstattung im Kapitalmarktrecht und Haftung für fehlerhafte Prognosen, AG 2006, 2–16.
- Fleischer*, Holger: Zur organschaftlichen Treuepflicht der Geschäftsleiter im Aktien- und GmbH-Recht, WM 2003, 1045–1058.
- Florstedt*, Tim: Grundsätze der Unternehmensbewertung für das Strafrecht, wistra 2007, 441–449.
- Förschle*, Gerhart/*Kropp*, Manfred: Die Bewertungsstetigkeit im Bilanzrichtlinien-Gesetz, ZfB 1986, 873–893.
- Friedl*, Gunther/*Buchner*, Markus: Die Änderung eines Jahresabschlusses – Ablauf einer Fehlerkorrektur nach handelsrechtlichen Vorschriften, StuB 2014, 183–189.
- Gasper*, Richard: Die Lifo-Bewertung: Zielsetzung, GoB-Konformität, Verfahren, Düsseldorf 1996.
- Gelhausen*, Hans Friedrich/*Fey*, Gerd / *Kämpfer*, Georg: Rechnungslegung und Prüfung nach dem Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz, Düsseldorf 2009.

- Glaser, Andreas/Hachmeister, Dirk: Pflicht oder Wahlrecht zur Bilanzierung bilanzierender Bewertungseinheiten nach dem BilMoG, BB 2011, 555–559.
- Goette, Wulf: Gesellschaftsrechtliche Grundfragen im Spiegel der Rechtsprechung, ZGR 2008, 436–453.
- Goette, Wulf: Leitung, Aufsicht, Haftung – zur Rolle der Rechtsprechung bei der Sicherung einer modernen Unternehmensführung, in: Geiß, Karlmann/Nehm, Kay/Brandner, Hans Erich/Hagen, Horst (Hrsg.): Festschrift aus Anlaß des fünfzigjährigen Bestehens von Bundesgerichtshof, Bundesanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof, Köln 2000, S. 123–142. Zit.: Goette, in: FS 50 Jahre BGH, S.
- Grabitz, Eberhard (Begr./Hilf, Meinhard (Fortf.)/Nettesheim, Martin (Hrsg.): Das Recht der Europäischen Union, Band 1: EUV/AEUV, Loseblatt, 47. Ergänzungslieferung, München 2012.
- Grass, Andrea R.: Business Judgment Rule: Schranken der richterlichen Überprüfbarkeit von Management-Entscheidungen in aktienrechtlichen Verwaltungsprozessen, Zürich 1998.
- Grigoleit, Hans Christoph: Gesellschafterhaftung für interne Einflussnahme im Recht der GmbH – Dezentrale Gewinnverfolgung als Leitprinzip des dynamischen Gläubigerschutzes, München 2003.
- Groeben, Hans v. d./Schwarze, Jürgen/Hatje, Armin (Hrsg.): Europäisches Unionsrecht: Vertrag über die Europäische Union, Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Band 4: Art. 174 bis 358 AEUV, 7. Aufl., München 2015.
- Gross, Werner: Deliktische Außenhaftung des GmbH-Geschäftsführers, ZGR 1998, 551–569.
- Groß, Wolfgang: Haftung für fehlerhafte oder fehlende Regel- oder ad-hoc-Publizität, WM 2002, 477–486.
- Groß, Wolfgang: Kapitalmarktrecht – Kommentar zum Börsengesetz, zur Börsenzulassungs-Verordnung, zum Wertpapierprospektgesetz und zur Prospektverordnung, 7. Aufl., München 2020.
- Grunewald, Barbara: Haftungsvereinbarungen zwischen Aktiengesellschaft und Vorstandsmitgliedern, AG 2013, 813–818.
- Habersack, Mathias/Schürnbrand, Jan: Die Rechtsnatur der Haftung aus §§ 93 Abs. 3 AktG, 43 Abs. 3 GmbHG, WM 2005, 957–961.
- Habersack, Mathias: Die Legalitätspflicht des Vorstands der AG, in: Burgard, Ulrich/Hadding, Walther/Mülbert, Peter O./Nietsch, Michael/Welter, Reinhard (Hrsg.): Festschrift für Uwe H. Schneider zum 70. Geburtstag, Köln 2011, S. 429–441. Zit.: Habersack, in: FS U. H. Schneider, S.
- Habersack, Mathias: Perspektiven der aktienrechtlichen Organhaftung, ZHR 177 (2013), 782–806.
- Hachenburg, Max (Hrsg.): Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Band 2: §§ 35-52, 8. Aufl., Berlin 1997.

- Haghani, Sascha/Holzamer, Matthias/Zülch, Henning/Böhm, Josefine/Kretzmann, Christian*: Financial Covenants in der Unternehmensfinanzierung 2014 – Studie, abrufbar unter: <https://www.rolandberger.com/de/Publications/Financial-Covenants-in-der-Unternehmensfinanzierung-2014.html>.
- Hahn*, Regelpublizitätshaftung: Die zivilrechtliche Haftung für fehlerhafte Regelpublizität des Emittenten und der verantwortlichen Organmitglieder am Kapitalmarkt, Baden-Baden 2018.
- Harbarth*, Stephan: Unternehmerisches Ermessen des Vorstands im Interessenkonflikt, in: Erle, Bernd (Hrsg.): Festschrift für Peter Hommelhoff zum 70. Geburtstag, Köln 2012, S. 323–341. Zit.: *Harbarth*, in: FS Hommelhoff, S.
- Harnos*, Rafael: Geschäftsleiterhaftung bei unklarer Rechtslage: Eine Untersuchung am Beispiel des Kartellrechts, Berlin 2013.
- Harzenetter*, Tobias: Innenhaftung des Vorstands der Aktiengesellschaft für so genannte nützliche Pflichtverletzungen: Illegales Verhalten von Vorstandsmitgliedern in der Absicht, das Unternehmenswohl zu fördern, und die Haftung aus § 93 Abs. 2 AktG, Hamburg 2008.
- Hasselbach*, Kai/*Ebbinghaus*, Felix: Anwendung der Business Judgement Rule bei unklarer Rechtslage, AG 2014, 873–883.
- Hasselbach*, Kai: Der Verzicht auf Schadensersatzansprüche gegen Organmitglieder, DB 2010, 2037–2044.
- Hauger*, Nils F. W./*Palzer*, Christoph: Kartellbußen und gesellschaftsrechtlicher Innenregress, ZGR 2015, 33–83.
- Heck*, Philipp: Das Problem der Rechtsgewinnung, 2. Aufl., Tübingen 1932.
- Heidel*, Thomas (Hrsg.): Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, 5. Aufl., Baden-Baden 2020.
- Hellermann*, Johannes: Private Standardsetzung im Bilanzrecht – öffentlich-rechtlich gesehen, NZG 2000, 1097–1103.
- Hellmann*, Vanessa: Der Vertrag von Lissabon: Vom Verfassungsvertrag zur Änderung der bestehenden Verträge – Einführung mit Synopse und Übersichten, Berlin 2009.
- Hennrichs*, Joachim/*Pöschke*, Moritz: Die Bedeutung der IFRS für die Auslegung und Anwendung des (Konzern-)bilanzrechts nach dem BilMoG, Der Konzern 2009, 532–540.
- Hennrichs*, Joachim/*Pöschke*, Moritz: Fortentwicklung der GoB vor dem Hintergrund von BilMoG und IFRS, in: Fink, Christian (Hrsg.): Bilanzpolitik und Bilanzanalyse nach neuem Handelsrecht, Stuttgart 2010, S. 47–63.
- Hennrichs*, Joachim: Bilanz- und steuerrechtliche Aspekte der sog. Scheinauslandsgesellschaften – Am Beispiel der englischen Private Company Limited by Shares, in: Berger, Klaus Peter (Hrsg.): Zivil- und Wirtschaftsrecht im europäischen und globalen Kontext: Festschrift für Norbert Horn zum 70. Geburtstag, Berlin 2006, S. 387–402. Zit.: *Hennrichs*, in FS Horn, S.
- Hennrichs*, Joachim: Bilanzgestützte Kapitalerhaltung, HGB-Jahresabschluss und Maßgeblichkeitsprinzip – Dinosaurier der Rechtsgeschichte?, StuW 2005, 256–264.

- Hennrichs*, Joachim: Blick ins Bilanz(steuern)recht, NZG 2016, 1255–1259.
- Hennrichs*, Joachim: Fehlerbegriff und Fehlerbeurteilung im Enforcementverfahren, DStR 2009, 1446–1451.
- Hennrichs*, Joachim: Prognosen im Bilanzrecht, AG 2006, 698–706.
- Hennrichs*, Joachim: Unternehmensfinanzierung und IFRS im deutschen Mittelstand, ZHR 170 (2006), 498–521.
- Hennrichs*, Joachim: Wahlrechte im Bilanzrecht der Kapitalgesellschaften: unter besonderer Berücksichtigung der EG-Bilanz-Richtlinie, Köln 1999.
- Hennrichs*, Joachim: Finanzmarktintegritätsstärkungsgesetz (FISG) – die „richtigen Antworten auf Wirecard“?, DB 2021, 268–279.
- Hennrichs*, Joachim: Zum Fehlerbegriff im Bilanzrecht, NZG 2013, 681–687.
- Hennrichs*, Joachim: Zur normativen Reichweite der IFRS, NZG 2005, 783–787.
- Herrmann*, Christoph: Individualrechtsschutz gegen Rechtsakte der EU „mit Verwaltungscharakter“ nach dem Vertrag von Lissabon, NVwZ 2011, 1352–1357.
- Herzig*, Norbert/*Gasper*, Richard: Die Lifo-Methode in der Handels- und Steuerbilanz, DB 1991, 557–565.
- Herzig*, Norbert/*Gasper*, Richard: Eine Zwischenbilanz zur Lifo-Diskussion, DB 1992, 1301–1307.
- Heuser*, Paul J./*Theile*, Carsten: IFRS-Handbuch: Einzel- und Konzernabschluss, 6. Aufl., Köln 2019.
- Heymann*, Ernst (Begr.): Handelsgesetzbuch (ohne Seerecht) – Kommentar, Band 3: Buch 3 §§ 238–341a, 2. Aufl., Berlin 1990.
- Hirte*, Heribert/*Mülbert*, Peter O./*Roth*, Markus (Hrsg.): Aktiengesetz – Großkommentar, 2. Band: §§ 53a–75, 4. Aufl., Berlin 2008.
- Hirte*, Heribert/*Mülbert*, Peter O./*Roth*, Markus (Hrsg.): Aktiengesetz – Großkommentar, 4. Band, Teilband 2: §§ 92–94, 5. Aufl., Berlin 2015.
- Hirte*, Heribert/*Mülbert*, Peter O./*Roth*, Markus (Hrsg.): Aktiengesetz – Großkommentar, 12. Band: §§ 256–290, 4. Aufl., Berlin 2010.
- Hoffmann-Riem*, Wolfgang/*Schmidt-Aßmann*, Eberhard/*Voßkuhle*, Andreas: Grundlagen des Verwaltungsrechts: Band 1: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation, 2. Aufl., München 2012.
- Hoffmann*, Gunter M.: Existenzvernichtende Haftung von Vorständen und Aufsichtsräten, NJW 2012, 1393–1399.
- Holle*, Philipp Maximilian: Die Binnenhaftung des Vorstands bei unklarer Rechtslage, AG 2016, 270–280.
- Holle*, Philipp Maximilian: Legalitätskontrolle im Kapitalgesellschafts- und Konzernrecht, Tübingen 2014.
- Holle*, Philipp Maximilian: Rechtsbindung und Business Judgment Rule, AG 2011, 778–786.
- Holmes*, Oliver Wendell Jr.: The Path of the Law, 10 Harvard Law Review 457 (1897).
- Hölters*, Wolfgang (Hrsg.): Aktiengesetz – Kommentar, 3. Aufl., München 2017.

- Hommelhoff, Peter/Hopt, Klaus J./Werder, Axel* (Hrsg.): Handbuch Corporate Governance: Leitung und Überwachung börsennotierter Unternehmen in der Rechts- und Wirtschaftspraxis, 2. Aufl., Stuttgart 2009.
- Hommelhoff, Peter/Schwab, Martin*: Gesellschaftliche Selbststeuerung im Bilanzrecht – Standard Setting Bodies und staatliche Regulierungsverantwortung nach deutschem Recht, BFuP 1998, 38–56.
- Hommelhoff, Peter/Schwab, Martin*: Staatsersetzende Privatgremien im Unternehmensrecht, in: Drenseck, Walter (Hrsg.): Festschrift für Heinrich Wilhelm Kruse zum 70. Geburtstag, Köln 2001, S. 693–718. Zit.: *Hommelhoff/Schwab*, in: FS Kruse, S.
- Hommelhoff, Peter*: Deutscher Konzernabschluss: International Accounting Standards und das Grundgesetz, in: *Böttcher, Reinhard* (Hrsg.): Festschrift für Walter Odersky zum 65. Geburtstag am 17. Juli 1996, Berlin 1996, S. 779–797. Zit.: *Hommelhoff*, in: FS Odersky, S.
- Hüffer, Uwe/Koch, Jens* (Hrsg.): Aktiengesetz – Kommentar, 15. Aufl., München 2021.
- Hüttemann, Rainer/Meinert, Carsten*: Anwendungsfragen der Lifo-Methode in Handels- und Steuerbilanz, DB 2013, 1865–1872.
- Icking, Jan*: Die Rechtsnatur des Handelsbilanzrechts – Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von öffentlichem und privatem Recht, Berlin 2000.
- IFRS Foundation Constitution, effective from 1 December 2018, abrufbar unter: <https://www.ifrs.org/-/media/feature/about-us/legal-and-governance/constitution-docs/ifrs-foundation-constitution-2018.pdf?la=en>.
- IFRS Foundation: Due Process Handbook – Approved by the Trustees January 2013, abrufbar unter: <https://www.ifrs.org/content/dam/ifrs/about-us/legal-and-governance/constitution-docs/due-process-handbook.pdf>.
- IFRS Foundation: Trustee’s Review of Structure and Effectiveness: Feedback Statement July 2015, abrufbar unter: <https://www.ifrs.org/content/dam/ifrs/project/2015-trustees-review/request-for-views/educational-materials/feedback-statement-request-for-views.pdf?la=en&hash=42108D8D8DA3D374EC5484A46977D05D5B69F18A>. Zit.: Review of the Structure and Effectiveness, S.
- Ibrig, Hans-Christoph/Schäfer, Carsten*: Rechte und Pflichten des Vorstands, Köln 2014.
- Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim*: Wettbewerbsrecht – Band 1: Kommentar zum Europäischen Kartellrecht: EU, 6. Aufl., München 2019.
- Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim*: Wettbewerbsrecht – Band 2, Teil 1: Kommentar zum Deutschen Kartellrecht: GWB, 5. Aufl., München 2014.
- Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland (Hrsg.): WP Handbuch: Wirtschaftsprüfung, Rechnungslegung, Beratung, Band 1, 14. Aufl., Düsseldorf 2012.
- Institut der Wirtschaftsprüfer: Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Finanzmarktintegrität, 2020, abrufbar unter: https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Gesetzestexte/Gesetze_Gesetzesvorhaben/Abteilungen/Abteilung_VII/19_Legislaturperiode/2020-10-26-Finanzmarktintegritaet_staerkungsgesetz/0-Gesetz.html.

- Isensee, Josef/Kirchhof, Paul* (Hrsg.): Handbuch des Staatsrechts, Band 3: Demokratie – Bundesorgane, 3. Aufl., Heidelberg 2005.
- Kachelmeier, Steven J./Reichert, Bernhard E./Williamson, Michael G.*: Measuring and Motivation Quantity, Creativity, or Both, *Journal of Accounting Research*, 2008, Vol. 46, 341–373.
- Kable, Holger*: Zur Zukunft der Rechnungslegung in Deutschland: IAS im Einzel- und Konzernabschluss?, *WPg* 2003, 262–275.
- Kajüter, Peter/Barth, Daniela*: Segmentberichterstattung nach IFRS 8 – Übernahme des Management Approach, *BB* 2007, 428–434.
- Kang, Yoon Ju/Trotman, Andrew J./Trotman, Ken T.*: The effect of an Audit Judgment Rule on audit committee members' professional skepticism: The case of accounting estimates, *Accounting, Organizations and Society*, 2015, Vol. 46, 59–76.
- Kau, Wolfgang M./Kukat, Klaus*: Haftung von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern bei Pflichtverletzung nach dem Aktiengesetz, *BB* 2000, 1045–1050.
- Kaulich, Matthias*: Die Haftung von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft für Rechtsanwendungsfehler, Berlin 2012.
- Kessler, Manfred/Suchan, Stefan Wilhelm*: Das „Lifo-Urteil“ des BFH und seine Bedeutung für das Handelsrecht, *DStR* 2003, 345–347.
- Khan, Urooj/Li, Bin/Rajgopal, Shivaram/Venkatachalam, Mohan*: Do the FASB's Standards add Shareholder Value?, Working Paper vom 24.09.2014, abrufbar unter: <https://www.american.edu/kogod/research/upload/kogod-accounting-and-finance-seminars-rajgopal-research-doc.pdf>.
- Kiethe, Kurt*: Strafrechtlicher Anlegerschutz durch § 400 I Nr. 1 AktG – Zugleich Besprechung von LG München I, Urteil vom 08.04.2003 – 4 KLS 305 Js 52373/99 (EM.TV), *NStZ* 2004, 73–77.
- Kindler, Peter*: Unternehmerisches Ermessen und Pflichtenbindung, *ZHR* (162) 2008, 101–119.
- Kindler, Peter*: Vorstands- und Geschäftsführerhaftung mit Augenmaß – Über einige neuere Grundsatzentscheidungen des II. Zivilsenats des BGH zu §§ 93 AktG und 43 GmbHG, in: Habersack, Mathias/Hommelhoff, Peter (Hrsg.): Festschrift für Wulf Goette zum 65. Geburtstag, München 2011, S. 231–238. Zit.: *Kindler*, in: FS Goette, S.
- Kirchner, Christian*: Zur Interpretation von internationalen Rechnungslegungsstandards: das Problem ‚hybrider Rechtsfortbildung‘, in: Schneider, Dieter (Hrsg.): Kritisches zu Rechnungslegung und Unternehmensbesteuerung – Festschrift zur Vollendung des 65. Lebensjahres von Theodor Siegel, Berlin 2005, S. 201–217. Zit.: *Kirchner*, in: FS Siegel, S.
- Kirsch, Hanno*: Übergangsvorschriften zum Jahresabschluss nach dem Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz, *DStR* 2009, 1048–1053.
- Klass, Gregory*: Efficient Breach, in: Klass, Gregory/Letsas, George/Saprai, Prince: *Philosophical Foundations of Contract Law*, Oxford 2014.
- Kleisler, Max*: Die Bilanzgarantie: Eine Betrachtung von Tatbestand und Rechtsfolgen nach einem Urteil des OLG Frankfurt a.M., *NZG* 2017, 531–538.

- Knemeyer*, Simone: Das Europäische Parlament und die gemeinschaftliche Durchführungsrechtsetzung: Die Rolle des Europäischen Parlaments bei der Delegation von Rechtssetzungsbefugnissen auf die Europäische Kommission, Baden-Baden 2003.
- Koch*, Helmut: Die Problematik des Niederwertprinzips, WPg 1957, 60–63.
- Kocher*, Dirk/*Bednarz*, Liane: Mehrjährigkeit der variablen Vorstandsvergütung im Lichte der Nachhaltigkeit nach dem VorstAG, Der Konzern 2011, 77–84.
- Koller*, Ingo/*Kindler*, Peter/*Roth*, Wulf-Henning/*Drüen*, Klaus-Dieter (Hrsg.): Handelsgesetzbuch – Kommentar: 9. Aufl., München 2019.
- Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Band 2, *Zöllner*, Wolfgang/*Noack*, Ulrich (Hrsg.), 3. Aufl., Köln 2009.
- Kölner Kommentar zum Rechnungslegungsrecht (§§ 238-342e HGB), *Claussen*, Carsten P./*Scherrer*, Gerhard (Hrsg.), Köln 2011.
- Kort*, Michael: Vorstandshandeln im Spannungsverhältnis zwischen Unternehmensinteresse und Aktionärsinteresse, AG 2012, 605–610.
- Kort*, Michael: Zum Schadensersatzanspruch des Aktionärs wegen unrichtiger Darstellung der Vermögensverhältnisse der AG, EWiR 2001, 767–768.
- Krieger*, Gerd/*Schneider*, Uwe H. (Hrsg.): Handbuch Mangerhaftung: Vorstand, Geschäftsführer, Aufsichtsrat – Pflichten und Haftungsfolgen – Typische Risikobereiche, 3. Aufl., Köln 2017.
- Kropff*, Bruno: Bilanzwahrheit und Ermessensspielraum in den Rechnungslegungsvorschriften des Aktiengesetzes 1965, WPg 1966, 369–380.
- Kropff*, Bruno: Sinn und Grenzen von Bilanzpolitik – im Hinblick auf den Entwurf des Bilanzrichtlinie-Gesetzes, in: Baetge, Jörg (Hrsg.): Der Jahresabschluß im Widerstreit der Interessen: Vortragsreihe des Instituts für Revisionswesen an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster, Sommersemester 1982, Wintersemester 1982/1983, Düsseldorf 1983, S. 179–211.
- Kropff*, Bruno: Vorsichtsprinzip und Wahlrechte, in: Fischer, Thomas R. (Hrsg.): Jahresabschluß und Jahresabschlußprüfung: Probleme, Perspektiven, internationale Einflüsse – Festschrift zum 60. Geburtstag von Jörg Baetge, Düsseldorf 1997, S. 65–95. Zit.: *Kropff*, in: FS Baetge, S.
- Kropff*, Bruno: Zur Wirksamkeit bilanzpolitisch motivierter Rechtsgeschäfte, ZGR 1993, 41–62.
- Kubis*, Dietmar/*Semler*, Johannes/*Peltzer*, Martin: Arbeitshandbuch für Vorstandsmitglieder, 2. Aufl., München 2015.
- Kübler*, Friedrich/*Assmann*, Heinz-Dieter: Gesellschaftsrecht – Die privatrechtlichen Ordnungsstrukturen und Regelungsprobleme von Verbänden und Unternehmen, 6. Aufl., Heidelberg 2006.
- Kuhner*, Christoph: Die Business Judgment Rule im Bilanzrecht, Der Konzern 2017, 360–366.
- Kumpfan*, Christoph: Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht: Eine Untersuchung zur Fremdinteressenwahrung und Unabhängigkeit, Tübingen 2014.

- Kuntz, Thilo: Geltung und Reichweite der Business Judgment Rule in der GmbH, GmbHR 2008, 121–128.
- Küting, Karlheinz/Pfitzer, Norbert/Weber, Claus-Peter: Handbuch der Rechnungslegung – Einzelabschluss, Stand: 26. Ergänzungslieferung, Stand: Dezember 2017, Stuttgart 2017.
- Küting, Karlheinz/Ranker, Daniel: Die buchhalterische Änderung handelsrechtlicher Jahresabschlüsse, WPg 2005, 1–11.
- Küting, Karlheinz/Tesche, Thomas: Der Stetigkeitsgrundsatz im verabschiedeten neuen deutschen Bilanzrecht, DStR 2009, 1491–498.
- Küting, Karlheinz/Weber, Claus-Peter (Hrsg.): Der Konzernabschluss – Praxis der Konzernrechnungslegung nach HGB und IFRS, 14. Aufl., Stuttgart 2018.
- Küting, Karlheinz/Weber, Claus-Peter: Die Bilanzanalyse: Beurteilung von Abschlüssen nach HGB und IFRS, 11. Aufl., Stuttgart 2015.
- Küting, Karlheinz: Das Spannungsverhältnis zwischen Bilanzpolitik und Bilanzanalyse – Zur Interdependenz von Jahresabschlußgestaltung und Jahresabschlußbeurteilung, DStR 1996, 934–944.
- Küting, Karlheinz: Unbestimmte Rechtsbegriffe im HGB und in den IFRS: Konsequenzen für Bilanzpolitik und Bilanzanalyse, BB 2011, 2091–2095.
- Langfermann, Georg/Röbriht, Victoria: Auswirkungen des geänderten IFRS-Endorsement-Prozesses auf die Unternehmen, BB 2008, 826–830.
- Langenbucher, Katja: Aktien- und Kapitalmarktrecht, 4. Aufl., München 2018.
- Langenbucher, Katja: Rechtsermittlungspflichten und Rechtsbefolgungspflichten des Vorstands – Ein Beitrag zur aktienrechtlichen Legalitätspflicht, in: Bitter, Georg / Ott, Claus / Schimansky, Herbert (Hrsg.): Bankgeschäfte zwischen Markt, Regulierung und Insolvenz: Festschrift für Hans-Jürgen Lwowski zum 75. Geburtstag, München 2014, S. 333–347. Zit.: Langenbucher, in: FS Lwowski, S.
- Langenbucher, Katja: Vorstandshaftung und Legalitätspflicht in regulierten Branchen, ZBB 2013, 16–23.
- Langenbucher, Katja: Vorstandshandeln und Kontrolle, DStR 2005, 2083–2090.
- Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin 1995.
- Larenz, Karl: Entwicklungstendenzen der heutigen Zivilrechtsdogmatik, JZ 1962, 105–109.
- Leffson, Ulrich: Die Grundsätze ordnungsmässiger Buchführung, 7. Aufl., Düsseldorf 1987.
- Leffson, Ulrich/Rückle, Dieter / Großfeld, Bernhard: Handwörterbuch unbestimmter Rechtsbegriffe im Bilanzrecht des HGB, Köln 1986.

- Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 17. April 2019 zu dem Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Anpassung von Rechtsakten, in denen auf das Regelungsverfahren mit Kontrolle Bezug genommen wird, an Artikel 290 und 291 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (COM(2016)0799 – C8-0524/2016 – 2016/0400A(COD)), 2019, abrufbar unter: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0410_DE.pdf.
- Lenz, Hansrudi: Haftung und Strafbarkeit des Abschlussprüfers im FISG-RegE, BB 2021, 683–687.
- Lenz, Hansrudi/Leidner, Jacob Justus: Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Finanzmarktintegrität – Finanzmarktintegritätsstärkungsgesetz (FISG) – des Bundesministeriums der Finanzen und des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, 2020, abrufbar unter: https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Gesetzestexte/Gesetze_Gesetzesvorhaben/Abteilungen/Abteilung_VII/19_Legislaturperiode/2020-10-26-Finanzmarktintegritaetsstaerkungsgesetz/Stellungnahme-uni-wuerzburg.pdf?__blob=publicationFile&v=1.
- Leite, Alaor: Der Unrechtszweifel als Verbotsirrtum, GA 2012, 688–703.
- Lev, Baruch: The deteriorating usefulness of financial report information and how to reverse it, Accounting and Business Research, 2018, 465–493.
- Lev, Baruch: The End of Accounting and the Path Forward for Investors and Managers, 2016.
- Libby, Robert/Luft, Joan: Determinants of judgment performance in accounting settings: Ability, knowledge, motivation, and environment, Accounting, Organizations and Society, 1993, Vol. 18, 425–450.
- Lieder, Jan: Unternehmerische Entscheidungen des Aufsichtsrats, ZGR 2018, 523–583.
- Loewenheim, Ulrich/Meessen, Karl. M./Riesenkampff, Alexander/Kersting, Christian/Meyer-Lindemann, Jürgen (Hrsg.): Kartellrecht – Europäisches und Deutsches Recht, 3. Aufl., München 2016.
- London Economics: Study on the Economic Impact of Auditors' Liability Regimes, 2006, abrufbar unter: <https://londoneconomics.co.uk/blog/publication/study-on-the-economic-impact-of-auditors-liability-regimes/>.
- Looschelders, Dirk/Roth, Wolfgang: Juristische Methodik im Prozess der Rechtsanwendung: Zugleich ein Beitrag zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen von Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung, Berlin 1996.
- Löw, Edgar/Scharpf, Paul/Weigel, Wolfgang: Auswirkungen des Regierungsentwurfs zur Modernisierung des Bilanzrechts auf die Bilanzierung von Finanzinstrumenten, WPg 2008, 1011–1020.
- Lücke, Wolfgang: Bilanzstrategie und Bilanztaktik, DB 1969, 2285–2295.
- Lüdenbach, Norbert/Freiberg, Jens: Handelsbilanzielle Bewertungseinheiten nach IDW ERS HFA 35 unter Berücksichtigung der steuerbilanziellen Konsequenzen, BB 2010, 2683–2688.

- Ludewig, Rainer: Die Einflüsse des „true and fair view“ auf die zukünftige Rechnungslegung, AG 1987, 12–15.
- Lutter, Marcus: Interessenkonflikte und Business Judgment Rule, in: Heldrich, Andreas (Hrsg.): Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Band 2, München 2007, S. 245–255. Zit.: Lutter, in: FS Canaris, S.
- Lutter, Marcus: Wie stellt sich die Haftungsfrage dar?, in: Handwerkskammer Düsseldorf (Hrsg.): Das Unternehmerbild in der sozialen Marktwirtschaft und die Managerhaftung – Unternehmer-Verantwortung nach den Ergebnissen des 1. und 2. Röpke-Symposiums, Düsseldorf 2009, S. 150–156.
- Lutter, Marcus: Zur Bindung der Organmitglieder an die Kodex-Erklärung nach § 161 AktG, in: Hoffmann-Becking, Michael/Hüffer, Uwe/Reichert, Jochem (Hrsg.): Liber amicorum für Martin Winter, Köln 2011, S. 447–451. Zit.: Lutter, in: Liber amicorum M. Winter, S.
- Maines, Lauren A./Wahlen, James Michael: The Natur of Accounting Information Reliability: Inferences from Archival and Experimental Research, Accounting Horizons, 2006, Vol. 20, 399–425.
- Marks, Peter: Entwicklungstendenzen beim Bestätigungsvermerk (Teil I und Teil II), WPg 1989, 121–128.
- Marsch-Barner, Reinhard: Vorteilsausgleich bei der Schadensersatzhaftung nach § 93 AktG, ZHR 173 (2009), 723–734.
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter/Herzog, Roman/Herdegen, Matthias/Klein, Hans H./Scholz, Rupert: Grundgesetz – Kommentar, 88. Lieferung, Stand: August 2019, München 2019.
- Maurer, Hartmut: Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl., München 2017.
- Maystadt, Philipp: Should IFRS Standards be more ‚European‘? – Mission to Reinforce the EU’s Contribution to the Development of International Accounting Standards, 2013, abrufbar unter: <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=E&N&f=ST%2015614%202013%20INIT>. Zit.: Maystadt-Report, S.
- Mehrbrey, Kim Lars/Hofmeister, Lisa: Schadensersatz bei Verletzung einer Bilanzgarantie, NZG 2016, 419–421.
- Merkt, Hanno: Bilanzierungsentscheidungen und unternehmerisches Ermessen, Der Konzern 2017, 353–360.
- Merkt, Hanno: Das IFRS Conceptual Framework aus regelungsmethodischer Sicht, zfbf 2014, 477–504.
- Merkt, Hanno: Der internationale Anwendungsbereich des deutschen Rechnungslegungsrechts (zugleich zur Frage, ob das Rechnungslegungsrecht zum Privatrecht gehört), ZGR 2017, 460–473.
- Merkt, Hanno: Unternehmensleitung und Interessenkollision, ZHR 159 (1995), 423–453.
- Merkt, Hanno: Unternehmenspublizität – Offenlegung von Unternehmensdaten als Korrelat der Marktteilnahme, Tübingen 2001.
- Merschmeyer, Marc: Die Kapitalschutzfunktion des Jahresabschlusses und Übernahme der IAS, IFRS für die Einzelbilanz, Frankfurt a. M. 2005.

- Mertens, Hans-Joachim: Der Aktionär als Wahrer des Rechts?, AG 1990, 49–55.
- Mertens, Hans-Joachim: Vorstandsvergütung in börsennotierten Aktiengesellschaften, AG 2011, 57–63.
- Meyer, Claus/Meisenbacher, Michaela: Bilanzpolitik auf der Basis von IAS/IFRS, insbesondere in Zeiten der Krise, DStR 2004, 567–572.
- Michalski, Lutz (Begrs.)/Heidinger, Andreas/Leible Stefan/Schmidt, Jessica (Hrsg.): Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Band 2: §§ 35-88 GmbHG, EGGmbHG, 3. Aufl., München 2017.
- Mock, Sebastian: Ad-hoc-Publizitätspflicht bei der Auf- und Feststellung von Unternehmensabschlüssen, WPg 2018, 1594–1600.
- Möslein, Florian: Grenzen unternehmerischer Leitungsmacht im marktoffenen Verband – Aktien- und Übernahmerecht, Rechtsvergleich und europäischer Rahmen, Berlin 2007.
- Moxter, Adolf/Engel-Ciric, Dejan: Grundsätze ordnungsgemäßer Bilanzierung, Düsseldorf 2019.
- Moxter, Adolf: Bilanzlehre, Band 2: Einführung in das neue Bilanzrecht, 3. Aufl., Wiesbaden 1991.
- Moxter, Adolf: Zum Verhältnis von handelsrechtlichen Grundsätzen ordnungsmäßiger Bilanzierung und True-and-fair-view-Gebot bei Kapitalgesellschaften, in: Förchle, Gerhart (Hrsg.): Rechenschaftslegung im Wandel: Festschrift für Wolfgang Dieter Budde, München 1995, S. 419–429. Zit.: Moxter, in: FS Budde, S.
- Mujanovic, Robin: Prudence Principle – Jetzt auch ein Vorsichtsprinzip in den IFRS?, nwb Experten-Blog, Eintrag vom 03. Mai 2018, abrufbar unter: <https://www.nwb-experten-blog.de/prudence-principle-jetzt-auch-ein-vorsichtsprinzip-in-den-ifrs>.
- Mülbert, Peter O./Steup, Steffen: Emittentenhaftung für fehlerhafte Kapitalmarktinformationen am Beispiel der fehlerhaften Regelpublizität, WM 2005, 1633–1655.
- Müller, Jürgen: Das Stetigkeitsprinzip im neuen Bilanzrecht, BB 1987, 1629–1637.
- Müller, Jürgen: Das Stetigkeitsprinzip im neuen Bilanzrecht, Wiesbaden 1989.
- Müller, Welf: Bilanzentscheidungen und Business Judgment Rule, in: Hoffmann-Becking, Michael (Hrsg.): Liber amicorum Wilhelm Happ, Köln 2007, S. 179–199. Zit.: W. Müller, in: Liber amicorum Happ, S.
- Müller, Welf: Der Jahresabschluss im Spannungsfeld zwischen öffentlichem Recht und Gesellschaftsrecht, in: Ballwieser, Wolfgang (Hrsg.): Bilanzrecht und Kapitalmarkt: Festschrift zum 65. Geburtstag von Professor Dr. Dr. h.c. Dr. h.c. Adolf Moxter, Düsseldorf 1994, S. 75–99. Zit.: W. Müller, in: FS Moxter, S.
- Müller, Welf: Die Änderung von Jahresabschlüssen – Möglichkeiten und Grenzen, in: Westermann, Harm Peter (Hrsg.): Festschrift für Karlheinz Quack zum 65. Geburtstag am 3. Januar 1991, Berlin 1991, S. 353–372. Zit.: W. Müller, in: FS Quack, S.
- Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1: §§ 1-75: Goette, Wulf/Habersack, Mathias (Hrsg.), 4. Aufl., München 2016.

- Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 2: §§ 76-117, MitbestG, DrittelbG: *Goette, Wulf/Habersack, Mathias/Kalls, Susanne* (Hrsg.), 5. Aufl., München 2019.
- Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 3: §§ 118-178: *Goette, Wulf* (Hrsg.), 4. Aufl., München 2018.
- Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 4: §§ 179-277: *Kropff, Bruno* (Hrsg.), 3. Aufl., München 2011.
- Münchener Kommentar zum BGB, Band 12: Internationales Privatrecht II, Internationales Wirtschaftsrecht, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 50-253): *Hein, Jan von* (Hrsg.), 7. Aufl., München 2018.
- Münchener Kommentar zum Bilanzrecht, Band 2: §§ 238-342e HGB: *Hennrichs, Joachim/Kleindiek, Detlef/Watrin, Christoph* (Hrsg.), München 2013.
- Münchener Kommentar zum GmbH-Gesetz, Band 2: §§ 35-52: *Fleischer, Holger/Goette, Wulf* (Hrsg.), 3. Aufl., München 2019.
- Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 4: Drittes Buch. Handelsbücher §§ 238-342e HGB: *Ebke, Werner* (Hrsg.), 3. Aufl., München 2013.
- Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch – Nebenstrafrecht II: *Joecks, Wolfgang* (Hrsg.), 2. Aufl., München 2015.
- Niemann, Walter*: Ermessen, unbestimmter Rechtsbegriff und Beurteilungsspielraum bei der Abschlussprüfung, DStR 2004, 52–57.
- Nietsch, Michael*: Abschlussprüferhaftung nach Wirecard – Uwe H. Schneider zum 80. Geburtstag, WM 2021, 158–169.
- Nietsch, Michael*: Geschäftsleiterermessen und Unternehmensorganisation bei der AG, ZGR 2015, 631–666.
- Nothdurft, Jörg*: Ökonomie vor Gericht – Richterliche Überprüfung wirtschaftlicher Fragen im deutschen und europäischen Kartellverwaltungsprozess, in: Müller, Gerda (Hrsg.): Festschrift für Günter Hirsch, München 2008, S. 285–300. Zit.: *Nothdurft*, in: FS Hirsch, S.
- NWB Kommentar Bilanzierung: Handels- und Steuerrecht, *Hoffmann, Wolf-Dieter/Lüdenbach, Norbert* (Hrsg.), 10. Aufl., Herne 2019.
- Ohler, Christoph*: Die Finanzierung des IASB durch EG-Sonderabgaben, EuZW 2006, 679–683.
- Ott, Nicolas*: Anwendungsbereich der Business Judgment Rule aus Sicht der Praxis – Unternehmerische Entscheidungen und Organisationsermessen des Vorstands, ZGR 2017, 149–173.
- Oversberg, Thomas*: Übernahme der IFRS in Europa: Der Endorsement-Prozess – Status quo und Aussicht, DB 2007, 1597–1602.
- Paal, Boris*: Rechnungslegung und DRSC, Baden-Baden 2001.
- Paefgen, Walter G.*: Organhaftung: Bestandsaufnahme und Zukunftsperspektiven, AG 2014, 554–584.
- Paefgen, Walter G.*: Unternehmerische Entscheidungen und Rechtsbindung der Organe in der AG, Köln 2002.

- Park*, Tido (Hrsg.): Kapitalmarktstrafrecht: Straftaten, Ordnungswidrigkeiten, Finanzaufsicht, Compliance – Handkommentar, 4. Aufl., Baden-Baden 2017.
- Peecher*, Mark Everett/*Solomon*, Ira/*Trotman*, Ken T.: An accountability framework for financial statement auditors and related research questions, *Accounting, Organizations and Society*, 2013, Vol. 38, 596–620.
- Peemöller*, Volker H.: Bilanzanalyse und Bilanzpolitik: Einführung in die Grundlagen, 3. Aufl., Wiesbaden 2003.
- Pellens*, Bernhard/*Ablich*, Katrin/*Schmidt*, André: Verhalten und Präferenzen deutscher Aktionäre 2018 – Eine Befragung von privaten und institutionellen Anlegern zum Informationsverhalten, zur Dividendenpräferenz und zur Stimmrechtsnutzung, abrufbar unter: https://www.dai.de/files/dai_usercontent/dokumente/studien/2019-07-10%20Studie%20Aktionaersverhalten%202018.pdf.
- Pellens*, Bernhard/*Fülbier*, Rolf Uwe/*Gassen*, Joachim/*Sellhorn*, Thorsten: Internationale Rechnungslegung: IFRS 1 bis 16, IAS 1 bis 41, IFRIC-Interpretationen, Standardentwürfe, 10. Aufl., Stuttgart 2017.
- Pellens*, Bernhard/*Jödicke*, Dirk/*Jödicke*, Ralf: Anwendbarkeit nicht freigegebener IFRS innerhalb der EU, *BB 2007*, 2503–2507.
- Pellens*, Bernhard/*Schmidt*, André: Verhalten und Präferenzen deutscher Aktionäre 2014 – Eine Befragung von privaten und institutionellen Anlegern zum Informationsverhalten, zur Dividendenpräferenz und zur Wahrnehmung von Stimmrechten, abrufbar unter: https://www.dai.de/files/dai_usercontent/dokumente/studien/2014-11-02%20Studie%20Aktionaersverhalten.pdf.
- Pennington*, Robert R.: *Pennington's Company Law*, 8. Aufl. 2001.
- Pfertner*, Bernd: *Unternehmerische Entscheidungen*, Tübingen 2017.
- Philipps*, Holger: Reform des Enforcement – Wie soll es mit der Bilanzkontrolle in Deutschland weitergehen?, *StuB 2020*, 880–885.
- Pondelik*, Marc: Anm. zu BFH, 31.01.2013 – GrS 1/10: Aufgabe des subjektiven Fehlerbegriffs hinsichtlich bilanzieller Rechtsfragen, *SteuK 2013*, 273.
- Pöschke*, Moritz: Bilanzsteuerliche Behandlung von Sale-and-lease-back-Gestaltungen, *DB 2017*, 625–630.
- Pöschke*, Moritz: Fehlerfeststellung im Enforcement-Verfahren bei unklarer Rechtslage – Zugleich Anmerkung zu OLG Frankfurt a.M. vom 04.02.2019 – WpÜG 3/16, WpÜG 4/16, *WPg 2019*, 872–878.
- Pöschke*, Moritz: Wahlrechte und „Ermessensspielräume“ im Bilanzrecht und die Business Judgement Rule, *ZGR 2018*, 647–687.
- Poser*, Richard: *Economic Analysis of Law*, 1972.
- Prinz*, Ulrich: Abschied vom subjektiven Fehlerbegriff für steuerbilanzielle Rechtsfragen – Anmerkung zum BFH-Beschluss vom 31.01.2013, *WPg 2013*, 650–656.
- Prinz*, Ulrich: Bilanzkorrekturen (Bilanzberichtigung, Bilanzänderung): Aktuelle Entwicklungen, neue Streitpunkte, in: *Piltz*, Detlev (Hrsg.): *Steuerberater Jahrbuch 2007/2008*, Köln 2008, S. 203–222.

- Prinz, Ulrich*: Die handels- und steuerrechtliche Änderung von Jahresabschlüssen – Gemeinsamkeiten und Unterschiede, aktuelle Entwicklungen, in: Hommelhoff, Peter (Hrsg.): Gesellschaftsrecht, Rechnungslegung, Steuerrecht: Festschrift für Welf Müller zum 65. Geburtstag, München 2001, S. 687–703. Zit.: *Prinz*, in: FS W. Müller, S.
- Rahlmeyer, Niklas*: Vorstandshaftung zwischen traditionellem deutschen Aktienrecht und kapitalmarktorientierter Corporate Governance, Baden-Baden 2010.
- Rahmann, Detlef/Ramm, Joachim*: Managerhaftung, D&O-Versicherung und internes Risikomanagement, GWR 2013, 435–436.
- Raiser, Thomas/Veil, Rüdiger*: Recht der Kapitalgesellschaften: Ein Handbuch für Praxis und Wissenschaft, 6. Aufl., München 2015.
- Rapp, Geoffrey*: On the Liability of Corporate Directors to Holders of Securities for Illegal Corporate Acts: Can the Tension Between the „Net-Loss“ and „No-Duty-to-Disclose“ Rules Be Resolved, 7 Fordham J. Corp. & Fin. L. 101 (2001).
- Rappaport, Alfred*: The Economics of Short-Term Performance Obsession, Financial Analysts Journal, 2005, Vol. 61, 65–79.
- Reck, Reinhard*: Grundlagen der unrichtigen Darstellung von Sachverhalten im Jahresabschluss, StuB 2000, 234–237.
- Redeke, Julian*: Zur gerichtlichen Kontrolle der Angemessenheit der Informationsgrundlage im Rahmen der Business Judgement Rule nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG, ZIP 2011, 59–64.
- Reichert, Jochem*: Existenzgefährdung bei der Durchsetzung von Organhaftungsansprüchen, ZHR 177 (2013), 756–781.
- Riehm, Thomas*: Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtsanwendung: Argumentation – Beweis – Wertung, München 2006.
- Rittner, Fritz*: Zur Verantwortung des Vorstands nach § 76 Abs. 1 AktG 1965, in: Ballerstedt, Kurt/Hefermehl, Wolfgang (Hrsg.): Festschrift für Ernst Geßler: Zum 65. Geburtstag am 5. März 1970, München 1971, S. 139–158. Zit.: *Rittner*, in: FS Geßler, S.
- Rödder, Thomas/Hageböke, Jens*: Die neuere BFH-Rechtsprechung zur Bilanzberichtigung bei unsicherer Rechtslage, Ubg 2008, 401–407.
- Rödder, Thomas*: Die kleine Organschaftsreform, Ubg 2012, 717–723.
- Rodewald, Jörg*: Lagebericht als Investor-Relations-Instrument – Möglichkeiten und Grenzen aus rechtlicher Sicht, BB 2001, 2155–2161.
- Rogall, Matthias/Curdt, Thomas*: Der Beschluss des Großen Senats zum subjektiven Fehlerbegriff, Ubg 2013, 345–353.
- Rönck, Rüdiger*: Technische Normen als Gestaltungsmittel des europäischen Gemeinschaftsrechts: Zulässigkeit und Praktikabilität ihrer Rezeption zur Realisierung des gemeinsamen Marktes, Berlin 1995.
- Rosenberg, David*: Delaware’s Expanding Duty of Loyalty and Illegal Conduct: A Step Towards Corporate Social Responsibility, 52 Santa Clara L. Rev. 81 (2012).
- Altmeyen, Holger* (Hrsg.): Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung – Kommentar, 10. Aufl., München 2021.

- Roth*, Markus: Unternehmerisches Ermessen und Haftung des Vorstands: Handlungsspielräume und Haftungsrisiken insbesondere in der wirtschaftlichen Krise, München 2001.
- Röthel*, Anne: Normkonkretisierung im Privatrecht, Tübingen 2004.
- Rowedder*, Heinz (Begr.)/*Schmidt-Leitboff*, Christian (Hrsg.): Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung – Kommentar, 6. Aufl., München 2017.
- Rudolph*, Hans-Joachim (Verf.)/*Deiters*, Mark (Verf.)/*Wolter*, Jürgen (Hrsg.): SK-StGB – Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 5. Band, 9. Aufl., Köln 2019.
- Rüthers*, Bernd/*Fischer*, Christian/*Birk*, Axel: Rechtstheorie: mit Juristischer Methodenlehre, 9. Aufl., München 2016.
- Sachs*, Michael/*Jasper*, Christian: Regulierungsermessen und Beurteilungsspielräume – Verfassungsrechtliche Grundlagen, NVwZ 2012, 649–653.
- Sachs*, Michael: Grundgesetz: Kommentar, 8. Aufl., München 2018.
- Sandberger*, Otto: Anknüpfung von handels- und gesellschaftsrechtlichen Vorschriften zur Rechnungslegung und Publizität (Thesenpapier), in: Sonnenberger, Hans Jürgen (Hrsg.): Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrechts, Tübingen 2007, S. 563–574.
- Sander*, Julian/*Schneider*, Stefan: Die Pflicht der Geschäftsleiter zur Einholung von Rat, ZGR 2013, 725–759.
- Schäfer*, Carsten: Die Binnenhaftung von Vorstand und Aufsichtsrat nach der Renovierung durch das UMAG, ZIP 2005, 1253–1259.
- Scheffler*, Eberhard: Internationale Rechnungslegung und deutsches Bilanzrecht, DStR 1999, 1285–1292.
- Schiff*, Jack/*Mayer*, Carolin: Sorgfaltspflichten des Verkäufers und des Käufers beim Unternehmenskauf: die neue Rechtsprechung, BB 2016, 2627–2632.
- Schildbach*, Thomas: Die neue Generalklausel für den Jahresabschluß von Kapitalgesellschaften – zur Interpretation des Paragraphen 264 Abs. 2 HGB, BFuP 1987, 1–15.
- Schlimm*, Katrin: Das Geschäftsleiterermessen des Vorstands einer Aktiengesellschaft – Die Kodifikation einer „Business Judgment Rule“ deutscher Prägung in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG, Baden-Baden 2008.
- Schlösser*, Lothar: Die Organhaftung der Mitglieder des Vorstands der Aktiengesellschaft, Wien 2001.
- Schmidt-Preuß*, Matthias: Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 56 (1997), 160–234.
- Schmidt*, Karsten: Handelsrecht, 6. Aufl., Köln 2014.
- Schmidt*, Ludwig (Verf.)/*Weber-Grellet*, Heinrich (Hrsg.): EStG – Kommentar, 38. Aufl., München 2019.
- Schmidt*, Matthias: On the Legitimacy of Accounting Standard Setting by Privately Organised Institutions in Germany and Europe, in: Schmalenbach Business Review, 2002, Vol. 54, 171–193.

- Schneider*, Uwe H.: Die Verantwortung der BaFin für die Bilanzkontrolle, NZG 2020, 1401–1406.
- Schnorr*, Rudolf: Geschäftsleiterhaftung für fehlerhafte Buchführung, ZHR 170 (2006), 9–38.
- Schoch*, Friedrich / *Bier*, Wolfgang / *Schneider*, Jens-Peter (Hrsg.): Verwaltungsgerichtsordnung – Kommentar, 37. Ergänzungslieferung, Stand: Juli 2019, München 2019.
- Scholl*, Bernd: Vorstandshaftung und Vorstandsermessen: Rechtliche und ökonomische Grundlagen, ihre Anwendung in der Finanzkrise sowie der Selbstbehalt bei der D&O-Versicherung, Baden-Baden 2015.
- Schöllborn*, Thomas/*Müller*, Martin: Bedeutung und praktische Relevanz des Rahmenkonzepts (Conceptual Framework) bei Erstellung von IFRS-Abschlüssen nach zukünftigem „deutschem Recht“ (Teil I) – Darstellung unter Berücksichtigung der IAS-VO und des BilReG, DStR 2004, 1623–1627.
- Scholz*, Franz: Kommentar zum GmbH-Gesetz mit Anhang Konzernrecht, 12. Aufl., Köln 2018.
- Schön*, Wolfgang: Bestandskraft fehlerhafter Bilanzen – Information, Gewinnverteilung, Kapitalerhaltung, in: Geiß, Karlmann/Nehm, Kay/Brandner, Hans Erich/Hagen, Horst (Hrsg.): Festschrift aus Anlaß des fünfzigjährigen Bestehens von Bundesgerichtshof, Bundesanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof, Köln 2000, S. 153-180. Zit.: *Schön*, in: FS 50 Jahre BGH.
- Schönke*, Adolf/*Schröder*, Horst (Verf.), Strafgesetzbuch – Kommentar, 30. Aufl., München 2019.
- Schröder*, Diedrich: Die zivilrechtliche Außenhaftung der Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft bei Verletzung der Buchführungs- und Rechnungslegungspflicht, Baden-Baden 2018.
- Schülen*, Werner: Die Aufstellung des Anhangs, WPg 1987, 223–231.
- Schülte*, Thilo: IDW-Standards und Unternehmensrecht – Zur Geltung und Wirkung privat gesetzter Regeln, Berlin 2014.
- Schüppen*, Matthias: Der Regierungsentwurf des Gesetzes zur Stärkung der Finanzmarktintegrität (FISG) – Hart, bissig, unausgegoren, DStR 2021, 246–254.
- Schulz*, Thomas/*Sommer*, Daniel: Bilanzgarantien in der M&A-Praxis, NZG 2018, 50–54.
- Schulze-Osterloh*, Joachim/*Hennrichs*, Joachim/*Wüstemann*, Jens: Handbuch des Jahresabschlusses (HdJ), 72. Aktualisierung, Köln 2019.
- Schulze-Osterloh*, Joachim: Bilanzberichtigung bei Verkennung der Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung, BB 2007, 2335–2337.
- Schulze-Osterloh*, Joachim: Das Ende des subjektiven Fehlerbegriffs bei der Anwendung von Bilanzrecht, BB 2013, 1131–1134.
- Schulze-Osterloh*, Joachim: Internationale Rechnungslegung für den Einzelabschluss und für Unternehmen, die den öffentlichen Kapitalmarkt nicht in Anspruch nehmen – zur Ausübung des Mitgliedstaatenwahlrechts nach Art. 5 der IAS-Verordnung, ZIP 2003, 93–101.

- Schulze-Osterloh*, Joachim: Internationalisierung der Rechnungslegung und ihre Auswirkungen auf die Grundprinzipien des deutschen Rechts, *Der Konzern* 2004, 173–177.
- Schulze-Osterloh*, Joachim: Objektiver und subjektiver Fehlerbegriff im Handelsbilanzrecht, *ZHR* 179 (2015), 9–43.
- Schüppen*, Matthias: Systematik und Auslegung des Bilanzstrafrechts, Köln 1993.
- Schwab*, Martin: Der Standardisierungsvertrag für das DRSC – Eine kritische Würdigung (Teil I), *BB* 1999, 731–738.
- Schwabenbauer*, Thomas/*Kling*, Michael: Gerichtliche Kontrolle administrativer Prognoseentscheidungen am Merkmal der „Zuverlässigkeit“, *VerwArch* 101 (2010), 231–256.
- Schwark*, Eberhard/*Zimmer*, Daniel (Hrsg.): Kapitalmarktrechts-Kommentar: Börsengesetz mit Börsenzulassungsverordnung, Verkaufsprospektgesetz mit Verkaufsprospektverordnung, Wertpapierhandelsgesetz, Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz, 4. Aufl., München 2010.
- SEC Release NO 33-8879 vom 21.12.2007: Acceptance From Foreign Private Issuers of Financial Statements Prepared in Accordance With International Financial Reporting Standards Without Reconciliation to U.S. GAAP, abrufbar unter: <https://www.sec.gov/rules/final/2007/33-8879.pdf>.
- Seibert*, Ulrich: Das 10-Punkte-Programm – Unternehmensintegrität und Anlegerschutz, *BB* 2003, 693–698.
- Seibt*, Christoph H./*Wollenschläger*, Bernward: Revision des Europäischen Transparenzregimes: Regelungsinhalte der TRL 2013 und Umsetzungsbedarf, *ZIP* 2014, 545–554.
- Selzner*, Harald: Drittvergütungen in der Übernahme, *AG* 2013, 828–827.
- Semler*, Johannes: Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft: Die Leitungsaufgabe des Vorstands und die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats, 2. Aufl., Köln 1996.
- Siegel*, Theodor: Grundsatzprobleme der LIFO-Methode und des Indexverfahrens, *DB* 1991, 1941–1948.
- Spatscheck*, Rainer/*Wulf*, Martin: Straftatbestände der Bilanzfälschung nach dem HGB – ein Überblick, *DStR* 2003, 173–180.
- Spindler*, Gerald/*Stilz*, Eberhard (Hrsg.): Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1, §§ 1-149, 4. Aufl., München 2019.
- Spindler*, Gerald/*Stilz*, Eberhard (Hrsg.): Kommentar zum Aktiengesetz, Band 2, §§ 150-410, SpruchG, SE-VO, 4. Aufl., München 2019.
- Spindler*, Gerald: Die Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat für fehlerhafte Auslegung von Rechtsbegriffen, in: Heldrich, Andreas (Hrsg.): Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Band 2, München 2007, S. 403–428. Zit.: *Spindler*, in: FS Canaris, S.
- Spindler*, Gerald: Organhaftung in der AG – Reformbedarf aus wissenschaftlicher Perspektive, *AG* 2013, 889–904.

- Spindler*, Gerald: Haftung und Aktionärsklagen nach dem neuen UMAG, NZG 2005, 865–872.
- Stackmann*, Nikolaus: Böses Erwachen – die gesetzliche Haftung für fehlgeschlagene Kapitalanlagen, NJW 2013, 1985–1989.
- Stahlschmidt*, Michael: Schlafende Straftatbestände des HGB, StuB 2003, 107–112.
- Staub*, Hermann (Begr.)/*Canaris*, Claus-Wilhelm/*Habersack*, Mathias/*Schäfer*, Carsten (Hrsg.): Handelsgesetzbuch: Großkommentar, Band 5, §§ 238-289a, 5. Aufl., Berlin 2014.
- Staub*, Hermann (Begr.)/*Canaris*, Claus-Wilhelm/*Habersack*, Mathias/*Schäfer*, Carsten (Hrsg.): Handelsgesetzbuch: Großkommentar, Band 6: §§ 290-315a; Anhang IFRS, 5. Aufl., Berlin 2011.
- Staub*, Hermann (Begr.)/*Canaris*, Claus-Wilhelm/*Habersack*, Mathias/*Schäfer*, Carsten (Hrsg.), Handelsgesetzbuch – Großkommentar, Band 7, Teilband 2: §§ 331-342e, 5. Aufl., Berlin 2012.
- Staub*, Hermann (Begr.)/*Canaris*, Claus-Wilhelm/*Schilling*, Wolfgang/*Ulmer*, Peter (Hrsg.), Handelsgesetzbuch – Großkommentar, Band 3, Teilband 2: §§ 290-342a, 4. Aufl., Berlin 2002.
- Streim*, Hannes: Die Generalnorm des § 264 Abs. 2 HGB – Eine kritische Analyse, in: Ballwieser, Wolfgang (Hrsg.): Bilanzrecht und Kapitalmarkt: Festschrift zum 65. Geburtstag von Professor Dr. Dr. h.c. Dr. h.c. Adolf Moxter, Düsseldorf 1994, S. 391–406. Zit.: *Streim*, in: FS Moxter, S.
- Streinz*, Rudolf/*Ohler*, Christoph/*Herrmann*, Christoph: Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU: Einführung mit Synopse, 3. Aufl., München 2010.
- Streinz*, Rudolf: EUV/AEUV: Vertrag über die Europäische Union, Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl., München 2018.
- Tanski*, Joachim S.: Bilanzpolitik und Bilanzanalyse nach IFRS: Instrumentarium, Spielräume, Gestaltung, München 2006.
- Tanski*, Joachim S.: Bilanzpolitische Spielräume in den IFRS, DStR 2004, 1843–1847.
- Thole*, Christoph: Managerhaftung und Gesetzesverstöße, ZHR 173 (2009), 504–535.
- Thüsing*, Gregor/*Forst*, Gerrit: Nachhaltigkeit als Zielvorgabe für die Vorstandsvergütung, GWR 2010, 515–518.
- Thüsing*, Gregor: Das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung, AG 2009, 517–529.
- Tiedemann*, Klaus: Anm. zu LG Düsseldorf, Urt. v. 22.07.2004 – XV 5/03, ZIP 2004, 2044–2057.
- Tipke*, Klaus/*Lang*, Joachim: Steuerrecht, 23. Aufl., Köln 2018.
- Titgemeyer*, Marion: Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Finanzmarktintegrität: Diskussion der Reformpläne in der Literatur, BB 2021, 491–494.
- Trute*, Hans-Heinrich: Die Verwaltung und das Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, DVBL 1996, 950–964.

- Tubbesing*, Günter: „A True and Fair View“ im englischen Verständnis und 4. EG-Richtlinie, AG 1979, 91–95.
- Uffman*, Katharina: Drittanstellung von Interim Managern – Ende der Streitfrage in Sicht?, DB 2019, 2281–2288.
- Ulmer*, Peter (Hrsg.): HGB-Bilanzrecht: Rechnungslegung, Abschlußprüfung, Publizität, Teilband 1: §§ 238-289 HGB: Grundlagen, Jahresabschluß der Personen- und Kapitalgesellschaften, Berlin 2002.
- Ulmer*, Peter/*Habersack*, Mathias/*Löbbe*, Marc: GmbHG – Großkommentar, Band 2: §§ 29-52, 2. Aufl., Tübingen 2014.
- Van Hulle*, Karel: „True and Fair View“ im Sinne der 4. Richtlinie, in: Förtschle, Gerhart (Hrsg.): Rechenschaftslegung im Wandel: Festschrift für Wolfgang Dieter Budde, München 1995, S. 313–326. Zit.: *van Hulle*, in: FS Budde, S.
- Van Hulle*, Karel: Von den Bilanzrichtlinien zu International Accounting Standards, WPg 2003, 968–981.
- Vanberg*, Viktor J.: Rules and choice in economics, 1994.
- Veidt*, Reiner J./*Uhlmann*, Peter: Geplante Haftungsverschärfungen für Abschlussprüfer nach FISG-RefE – ein Konzentrationstreiber im Prüfermarkt, BB 2020, 2608–2611.
- Velte*, Patrick: Der Referentenentwurf für ein Finanzmarktintegritätsstärkungsgesetz (FISG) – Reform der internen Corporate Governance nach dem Wirecard-Skandal, StuB 2020, 817–826.
- Velte*, Patrick/*Graewe*, Daniel: Zwingende Einrichtung von Compliance-Management-Systemen bei börsennotierten AG nach dem Wirecard-Skandal?, DB 2020, 2529–2534.
- Verse*, Dirk: Compliance im Konzern, ZHR 175 (2011), 401–425.
- Verse*, Dirk: Organhaftung bei unklarer Rechtslage, ZGR 2017, 174–195.
- Vofskuhle*, Andreas: Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62 (2003), 266–335.
- Wach*, Karl J. T.: Zeitbombe BGHZ 152, 280: Erfolgshaftung für unternehmerische Entscheidungen?, in: Geimer, Reinhold/Kaissis, Athanasios/Thümmel, Roderich C. (Hrsg.): Ars aequi et boni in mundo – Festschrift für Rolf A. Schütze zum 80. Geburtstag, München 2014, S. 663–678. Zit.: *Wach*, in: FS Schütze, S.
- Wächter*, Gerhard H.: Bilanzgarantien und ihre Auslegung, BB 2016, 711–714.
- Wagenhofer*, Alfred/*Ewert*, Ralf: Externe Unternehmensrechnung, 3. Aufl., Berlin 2015.
- Wagenhofer*, Alfred: Internationale Rechnungslegungsstandards – IAS/IFRS: Grundlagen und Grundsätze – Bilanzierung, Bewertung und Angaben – Umstellung und Analyse, 6. Aufl., München 2013.
- Wagner*, Jens: Nachhaltige Unternehmensentwicklung als Ziel der Vorstandsvergütung, AG 2010, 774–779.
- Waßmer*, Martin Paul: Bilanzielle Fragen als Vorfragen von Strafbarkeit – Berührung- und Reibpunkte zwischen Bilanzrecht und Strafrecht, ZWH 2012, 306–311.

- Waßmer, Martin Paul: Defizite und Neuerungen im Bilanzstrafrecht des HGB, ZIS 2011, 648–659.
- Weber-Grellet, Heinrich: Abschied vom subjektiven Fehlerbegriff – Anmerkungen zum Beschluss vom 31.01.2013, GrS 1/10, DStR 2013, 729–733.
- Wiedmann, Harald/Böcking, Hans-Joachim/Gros, Marius: Bilanzrecht: §§ 238-342e HGB, §§ 135-138, 158-161 KAGB – Kommentar, 4. Aufl., München 2019.
- Wimmer, Richard: Die zivil- und strafrechtlichen Folgen mangelhafter Jahresabschlüsse bei GmbH und KG, DStR 1997, 1931-1937.
- Winnefeld, Robert: Bilanz-Handbuch, 5. Aufl., München 2015.
- Winnen, Armin: Die Innenhaftung des Vorstands nach dem UMAG – Eine Untersuchung des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG und der Durchsetzungsmöglichkeiten von Innenhaftungsansprüchen, Baden-Baden 2009.
- Wirtschaftsprüferkammer: Stellungnahme zum Referentenentwurf des BMJV und des BMF eines Gesetzes zur Stärkung der Finanzmarktintegrität, abrufbar unter: https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Gesetzestexte/Gesetze_Gesetzesvorhaben/Abteilungen/Abteilung_VII/19_Legislaturperiode/2020-10-26-Finanzmarktintegritaetsstaerkungsgesetz/0-Gesetz.html.
- Wöhe, Günter: Bilanzierung und Bilanzpolitik, 9. Aufl., München 1997.
- Wöhe, Günter: Möglichkeiten und Grenzen der Bilanzpolitik im geltenden und im neuen Bilanzrecht, DStR 1985, 715–721.
- Wojcik, Karl-Philipp: Die internationalen Rechnungslegungsstandards IAS/IFRS als europäisches Recht, Berlin 2008.
- Wolfersdorff, Janine von/Rödter, Thomas/Schmidt-Fehrenbacher, Volker/Beisheim, Michael/Gerner, Mathias: Der Fraktionsentwurf zur „Kleinen Organschaftsreform“: Guter Wille, aber kein wirklicher Rechtsfrieden, DB 2012, 2241–2247.
- Working Arrangement between the European Commission and EFRAG, Stand: Juni 2016, abrufbar unter: <https://www.efrag.org/Assets/Download?assetUrl=%2Fsites%2Fwebpublishing%2Fsiteassets%2Fworking%2520arrangements%2520EFRAG-EC.pdf>.
- Zimmermann, Martin: Kartellrechtliche Bußgelder gegen Aktiengesellschaft und Vorstand: Rückgriffsmöglichkeiten, Schadensumfang und Verjährung, WM 2008, 433–442.
- Zippelius, Reinhold: Juristische Methodenlehre, 12. Aufl., München 2021.
- Zubke-von Thünen, Thomas: Technische Normung in Europa – Mit einem Ausblick auf grundlegende Reformen der Legislative, Berlin 1999.
- Zuleeg, Fabian: The Rationale for EU Action: What are European Public Goods?, 2009.
- Zwirner, Christian/Boecker, Corinna/Busch, Julia: StuB 2017, Sonderausgabe „Bilanzpolitik aktuell – Gestaltungsmöglichkeiten zum Jahresabschluss 2017“.