
Teil 2 – Zum Verhältnis von Rechtswissenschaft und Rechnungslegung

Um die notwendige Kontextsensibilität zu gewährleisten (§ 2), wird die Rechnungslegung in § 3 zunächst abseits ihrer Ordnung als Denkmuster bzw. – präziser – als eigenständiges System umrissen. Dieser Ansatz ist nicht neu. Bereits 1972 hat *Klaus Hopt* im Hinblick auf das Wirtschaftsrecht die Idee entwickelt, dass es, um zu neuen Erkenntnissen zu gelangen, zunächst unter „Heranziehung neuer, anderen Disziplinen entnommener Gedankengänge“ erfasst werden müsse.¹⁰² Die Wirtschaftsordnung greife, so *Hopt*, zwar in andere Systeme (Familie, Gesellschaft usw.) über und es bestünden fließende Übergänge, aber grundsätzlich bilde sie ein eigenständig erfassbares, „die einzelnen Wirtschaftssubjekte überragendes Gefüge“.¹⁰³ Auf der Grundlage einer solchen Systemerfassung im *Hopt'schen* Sinne kann herausgestellt werden, weshalb sich zwingend eine strukturelle Kopplung von Rechnungslegungssystem und Rechtssystem herausbilden musste, anders ausgedrückt: warum die Ordnung der Rechnungslegung zwingend durch das Medium Recht zu erfolgen hatte (§ 4). Dies ermöglicht sodann eine Kritik der Ordnung der Rechnungslegung durch Recht in Deutschland. Auf die dabei erlangten Erkenntnisse muss der im Zentrum der Arbeit stehende Dogmatisierungsprozess zurückgreifen (Bestrebung um Kontextsensibilität) (§ 5).

§ 3 Rechnungslegung als Denkmuster und autopoietisches System

Bei der Rechnungslegung – um einen Begriff zu wählen, der möglichst alle Vorgänge und Ziele erfasst, um die es hier geht¹⁰⁴ – handelt es sich zunächst um ein vom Rechtssystem und der darauf bezogenen Wissenschaft losgelöstes Denkmuster¹⁰⁵. Zugleich ist sie ein autopoietisches System im Sinne der Systemtheorie. *Luhmann*¹⁰⁶ geht von einem andauernden – ungeordnet-anarchischen, evolutionären – Prozess der Ausdifferenzierung der modernen Gesellschaft in unterschiedliche (soziale) Sub- oder Teilsysteme aus. Als autopoietisch bezeichnet er dabei Systeme, die operativ geschlossen sind, weil sie sich selbst mit eigenen und nur mit eigenen Operationen reproduzieren. Operationen im autopoietischen System hätten, so *Luhmann*, nicht

¹⁰² Vgl. *Hopt* BB 1972, 1017 (1017, 1019). Vgl. im Hinblick auf die Bilanzierung (ohne systemtheoretisches Gedankengut) auch *Ordelheide*, in: Leuz/Pfaff/Hopwood, The Economics and Politics of Accounting, S. 269.

¹⁰³ *Hopt* BB 1972, 1017 (1019).

¹⁰⁴ Der Begriff erfasst den gesamten Gehalt und das Ziel der §§ 238 ff. HGB, also nicht nur Buchführung, Inventarisierung, Bilanzierung, Gewinn- und Verlustrechnung, Jahresabschlusserstellung etc. separat, vgl. nur *Canaris*, HandelsR, 23. Aufl., § 12 Rn. 3.

¹⁰⁵ Begriff übernommen von *Ordelheide*, in: Leuz/Pfaff/Hopwood, The Economics and Politics of Accounting, S. 269.

¹⁰⁶ *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, S. 62; *ders.*, Soziale Systeme, 1984, S. 59 ff., 557 ff.

den Sinn, Kontakte zwischen System und Umwelt zu ermöglichen. Sie dienten nur dazu, die Bedingungen für die Fortsetzung der eigenen Operationen bereitzustellen.

- 2 Ein solches System kommuniziert zwar über seine Umwelt aber nicht mit seiner Umwelt.¹⁰⁷ Seine Umwelt mag es irritieren oder auch destruieren. Es kann aber nicht bestimmen, wie die Kommunikation läuft. Diese Systemdefinition lässt sich auf die Rechnungslegung anwenden. Die rechtsunabhängige Funktion einer Bilanz als Teil der Rechnungslegung liegt darin, eine gedrängte Gegenüberstellung der Besitzposten einerseits und der Schulden und des Eigenkapitals (des Betriebsvermögens) andererseits zu ermöglichen. So vermag sie es bekanntlich, eine Zwischenabrechnung über das Unternehmen zu vermitteln. Zugleich gestattet sie es über den Eigenkapitalvergleich den Unternehmensgewinn zu ermitteln. Insofern hat das Rechnungslegungssystem für seine innergesellschaftliche Umwelt und die anderen Funktionssysteme der Gesellschaft aus historischer Perspektive erhebliche eigenständige Leistungen erbracht. Im frühen 20. Jahrhundert wurde sogar vertreten, dass es schlussendlich die Rechnungslegung gewesen sei, auf welche man die Entstehung des Kapitalismus zurückführen müsse. Der Sozialwissenschaftler *Werner Sombart* (1863 – 1941) schrieb, dass man Kapitalismus ohne doppelte Buchführung schlecht-hin nicht denken könne. Als Betrachtungsweise habe sie den Begriff des Kapitals und der kapitalistischen Unternehmung überhaupt erst geschaffen.¹⁰⁸ Kapitalismus und doppelte Buchführung verhielten sich wie Form und Inhalt zueinander. Man könne im Zweifel sein, ob sich der Kapitalismus in der doppelten Buchführung ein Werkzeug geschaffen habe, um seine Kräfte zu betätigen, oder ob die doppelte Buchführung in ihrem Geiste den Kapitalismus erst geboren habe.¹⁰⁹ *Sombart* bezeichnete die doppelte Buchführung deshalb als „eine der grandiosesten und folgenreichsten Erfindungen, besser Schöpfungen, des menschlichen Geistes“¹¹⁰ bzw. als „eines der kunstvollsten Gebilde des wunderreichen Gestaltungsvermögens der europäischen Menschheit“¹¹¹.
- 3 *Max Weber* (1864 – 1920) vertritt in seinem Werk „Die protestantische Ethik und der ‚Geist‘ des Kapitalismus“ die Auffassung, dass, wo kapitalistischer Erwerb rational erstrebt werde, das entsprechende Handeln an Kapitalrechnung orientiert sei.¹¹² Die rationale Buchführung habe erst die moderne rationale Organisation des kapitalistischen Betriebs ermöglicht und müsse deshalb als Sondererscheinung des

107 Luhmann Recht der Gesellschaft, S. 552.

108 Sombart, Der moderne Kapitalismus, Bd. II, 1. Halbband, S. 120, 121.

109 Sombart, Der moderne Kapitalismus, Bd. II, 1. Halbband, S. 118.

110 Sombart, Der moderne Kapitalismus, Bd. II, 1. Halbband, S. 118.

111 Sombart, Der moderne Kapitalismus, Bd. II, 1. Halbband, S. 119.

112 Weber, Gesammelte Aufsätze zur Rechtssoziologie I, Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus, Vorbemerkung, S. 238 f.

okzidentalnen Kapitalismus angesehen werden.¹¹³ In Webers „Wirtschaftsgeschichte“ heißt es, dass ein rationaler kapitalistischer Betrieb nur ein solcher sei, der seine Rentabilität durch das Mittel der modernen Buchführung und die Aufstellung der Bilanz kontrolliert.¹¹⁴ Joseph Schumpeter (1883 – 1950) wiederum sah in der doppelten Buchhaltung das überragende Denkmal einer rationalen Kosten-Gewinn-Kalkulation und in dieser wiederum das Werkzeug, welches die Logik der Unternehmung kraftvoll fördert.¹¹⁵ Nach Walter Eucken (1891 – 1950) habe sich der Mensch mit der einfachen und doppelten Buchführung, Bilanzierung und Aufstellung von Gewinn- und Verlustrechnungen die Mittel verschafft, um nach dem wirtschaftlichen Prinzip handeln zu können. Die Kenntnis der doppelten Buchführung sei damit eine Voraussetzung für den oberdeutschen Aufschwung des beginnenden 16. Jahrhunderts gewesen. Wo diese Kenntnis gefehlt oder sich nur zögernd durchgesetzt habe, wie in den hanischen Städten, sei die Entwicklung zurückgeblieben.¹¹⁶

Es ist nicht Aufgabe dieser Untersuchung, diese Kausalitätsannahmen zu überprüfen. Bei näherem Hinsehen ist die Verbindung zwischen Kapitalismus und Rechnungslegung wohl eher konzeptioneller Natur. Es lässt sich nicht feststellen, was hier „Henne“ und was „Ei“ war.¹¹⁷ Jedenfalls kommt dem Rechnungslegungssystem aber eine zentrale, eigenständige Bedeutung im Hinblick auf unser modernes, vom Kapitalismus geprägtes Gesellschaftssystem zu, und das ganz unabhängig vom Recht. 4

Das Rechnungslegungssystem ist dabei auch operativ in sich geschlossen, insofern es über rechnungslegungseigene Operationen verfügt. Die letzte, nicht weiter dekomponierbare Kommunikation, aus der das Rechnungslegungssystem besteht, ist dabei die Buchung eines Geschäftsvorfalls. Andere Kommunikationen wie etwa Investitionsentscheidungen können auf die Buchung Bezug nehmen. Zugleich bringen Buchungen diese Fremdkommunikationen in die Form einer Verwendungseinheit. Dies gilt insbesondere für die Zahlung, welche Luhmann als den autopoietischen Elementarvorgang des Wirtschaftssystems bezeichnet.¹¹⁸ Daraus folgt bereits, dass sich die Frage, was die „richtige“ und was eine „falsche“ Bilanzierung ist, ganz unabhängig vom Rechtssystem stellen lässt. Eigentlich ist es aber ein Gemeinplatz, dass das Beobachtungsschema „richtige Bilanzierung“ nicht notwendigerweise gleichbedeutend ist mit der Festlegung auf einen bestimmten Rechtsbegriff. So kann es im Rechnungslegungssystem etwa darum gehen, die Abweichung zwischen den für 5

113 Weber, Gesammelte Aufsätze zur Rechtssoziologie I, Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus, Vorbemerkung, S. 243.

114 Weber, Wirtschaftsgeschichte, S. 318.

115 Schumpeter, Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie, S. 162.

116 Eucken, Die Grundlagen der Nationalökonomie, S. 212 f.

117 Vgl. zu einer knappen Darstellung des Für und Wider Gleeson-White, Double Entry, S. 170 ff.; Fischer, Journal of Business Ethics 25 (2000), 299.

118 Dazu Luhmann, Soziale Systeme, S. 625.

ökonomische Unternehmenszielsetzungen erforderlichen Informationen einerseits und den Aussagen der externen Rechnungslegung andererseits zu verringern.¹¹⁹ Daran anknüpfend kann versucht werden, Informationsinstrumente zu entwerfen, welche den erwünschten Funktionen besser nachkommen könnten.¹²⁰ Das Recht ist bei dieser Betrachtungsweise nur etwas, was die Bedingungen für die Suche nach der ökonomisch-theoretisch „richtigen“ Bilanzierung erschwert.¹²¹ Diese Ballastnatur des Rechts tritt am deutlichsten hervor, wenn man sich den zeitlichen Zusammenhang zwischen dem Aufkommen der betriebswirtschaftlichen so genannten „normativen Bilanzforschung“ und der Zusammenführung des Bilanzrechts im HGB durch das Bilanzrichtlinienumsetzungsgesetz vom 19.12.1985 (BilRiLiG)¹²² vergegenwärtigt.

- 6 Normative Bilanzforschung bezeichnet die disziplingrenzenüberschreitende Beschäftigung der Betriebswirtschaftslehre mit dem geltenden Bilanzrecht unter Heranziehung der rechtswissenschaftlichen Methode, also in Unterwerfung unter die Regeln und Grenzen der Rechtsdogmatik.¹²³ *Beisse* beschreibt die selbstgestellte Aufgabe so: „Soweit sich die betriebswirtschaftliche Bilanzlehre an der Auslegung und Fortbildung bilanzrechtlicher Normen beteiligt, leistet sie selbst juristische Arbeit im eigentlichen Sinne.“ Es könnte „nicht Aufgabe der Betriebswirtschaftslehre sein, neue Grundsätze zur Gesetzesinterpretation zu entwickeln.“¹²⁴ Die sog. „Bilanzrechtsforschung“ ist mit anderen Worten „stets Gesetzesauslegung“ gewesen.¹²⁵ *Moxter* schreibt, dass „Bilanzlehre im Sinne der für dieses Fach stets zentralen Gewinnermittlungslehre“ zur rechtlichen Disziplin, zur Bilanzrechtslehre, geworden sei.¹²⁶
- 7 Um die Ballastnatur zu erfassen, muss man sich vergegenwärtigen, warum sich die Betriebswirte in Deutschland quasi „artfremd“ dazu entschieden, diese „de lege lata-

¹¹⁹ Vgl. *Wagner* Zfbf-Sonderheft 32/1993, 1 (3); *Moxter* Zfbf-Sonderheft 32/1993, 61 (71); *Wüstemann/Wüstemann* Zfbf 79 (2009), 31 (49) unter Bezugnahme auf *Leffson*, Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung, S. 279: „Dass nach den Grundsätzen ordnungsgemäßer Gewinnrealisierung [...] ein Jahresergebnis vermittelt wird, das „als Maßgröße des wirtschaftlichen Erfolgs unbrauchbar ist“, lässt sich wohl kaum bestreiten.“

¹²⁰ *Beisse* StuW 1984, 1 (11); *Moxter* Zfbf-Sonderheft 32/1993, 61 (71).

¹²¹ Vgl. zu diesem Aspekt im Kontext Wirtschaft – Rechtssystem: *Luhmann* Recht der Gesellschaft, S. 455.

¹²² BGBl. I, S. 2355.

¹²³ Zu den Wegbereitern zählt *Moxter* (vgl. programmatisch etwa *Moxter*, Bilanzrechtsprechung, § 1m S. 1ff.; *ders.* Zfbf-Sonderheft 32/1993, S. 61 (62, 73)); s. dazu auch *Wagner* Zfbf-Sonderheft 32/1993, S. 1 (9).

¹²⁴ *Beisse* StuW 1984, 1 (11, 14).

¹²⁵ *Wüstemann/Wüstemann* Zfbf 79 (2009), 31 (32); vgl. auch bereits *Wüstemann/Kierzek* Zfbf 77 (2007), 882 (884).

¹²⁶ *Moxter* Zfbf-Sonderheft 32/1993, 61 (62); vgl. dazu aus der Außensicht auch *Power*, in: *Leuz/Pfaff/Hopwood*, The Economics and Politics of Accounting, S. 376 (381): „[T]he role of many German financial accounting academics will tend to resemble that of their legal colleagues. A great deal of research tends to take the form of a jurisprudential style of commentary and problem solving which explores accounting norms, discusses internal consistency, interprets particular treatments, looks for solutions to new problems within existing legal frameworks and so on.“

Untersuchungen“ (Wagner¹²⁷) durchzuführen. Es fällt auf, dass die normative Bilanzforschung ihre Hochzeit in den 1980er- und 1990er-Jahren hatte und deshalb in Angriff genommen worden zu sein scheint, weil die Betriebswirtschaftslehre glaubte, sich der zunehmenden Kodifizierung des Bilanzrechts anpassen zu müssen. Ballwieser schreibt 1993 – also acht Jahre nach dem BilRiLiG –, dass die normative Bilanzforschung mit Blick auf die zu den einzelnen Teilstudien jeweils veröffentlichten Publikationen den in der BWL dominierenden Forschungsstrang der Beschäftigung mit der Rechnungslegung bilde.¹²⁸ Bei Pilhofer¹²⁹ wird die Prägekraft des BilRiLiG für die sich zu dieser Zeit mit der Rechnungslegung befassende Betriebswirtschaftslehre deutlich herausgestellt. Anlass für das Aufkommen der „normativen“ Forschung sei danach die Überlegung gewesen, dass betriebswirtschaftliche Erkenntnisse, sofern sie nicht mit dem Gesetzesrecht vereinbar waren, angesichts des BilRiLiG drohten, wertlos zu werden bzw., auf den Rang verdienstvoller rechtspolitischer Anregungen reduziert. Moxter schreibt, dass es zwar keine Illusionen darüber gab, dass der bilanziell ermittelte Gewinn etwa als betriebswirtschaftlich optimale Ausschüttung oder als befriedigender Maßstab steuerlicher Leistungsfähigkeit gelten könne, dass es aber keine realistischen Aussichten auf die praktische Anwendung besserer Maßstäbe gegeben habe.¹³⁰ Denn die rein betriebswirtschaftliche Bilanz sei angesichts der „Verrechtlichung“ der Rechnungslegung funktionslos. Ihr seien weder reine Informationsfunktionen noch Zahlungsbemessungsfunktionen verblieben.¹³¹ Das BilRiLiG beeinflusste also die betriebswirtschaftliche Methode. Diesen Befund darf man nicht überbewerten, da die rein betriebswirtschaftliche Bilanztheorie nicht aufgegeben wurde und der Stern der normativen Bilanzforschung im 21. Jahrhundert gesunken zu sein scheint. Die vorstehenden Ausführungen verdeutlichen aber die Ausgangsbeziehung von Rechts- und Rechnungslegungssystem: Das Rechtssystem ist aus Sicht des Rechnungslegungssystems zunächst einmal ein Umstand, der die Bedingungen für die weitere Ausdifferenzierung der Rechnungslegung erschwert.

127 Wagner Zfbf-Sonderheft 32/1993, S. 1 (9).

128 Ballwieser Zfbf-Sonderheft 32/1993, S. 107 (110).

129 Vgl. Pilhofer, Umsatz- und Gewinnrealisierung, S. 101; zum zeitlichen Zusammenhang Wagner Zfbf-Sonderheft 32/1993, S. 1 (9); ähnlich Wüstemann/Wüstemann Zfbf 79 (2009), 31 (32) Beisse StuW 1984, 1 (14).

130 Moxter Zfbf-Sonderheft 32/1993, 61 (73).

131 Moxter Zfbf-Sonderheft 32/1993, 61 (73, 78); s. dazu auch Wagner Zfbf-Sonderheft 32/1993, S. 1 (3 ff.); Schön ZHR 161 (1997), 133 (148).

§ 4 Zwingende strukturelle Kopplung von Rechnungslegungssystem und Rechtssystem

- 1 Man muss nach § 3 also zu dem Schluss kommen, dass Rechnungslegungssystem und Rechtssystem klar getrennt sind. Die automatische Übertragung der bilanziellen Betrachtungsweise in das Recht ist demnach genauso ausgeschlossen wie die Übertragung rechtlicher Wertungen in die Rechnungslegung. Warum sind dann aber Rechnungslegungssystem und Rechtssystem dennoch als *zwingend* strukturell gekoppelt anzusehen?
- 2 *Dass* eine Kopplung besteht, lässt sich zumindest in der Europäischen Union und Deutschland schnell und eindeutig ermessen: Auf europäischer Ebene wird der geltende Rechtsrahmen heute durch die Bilanz-Richtlinie von 2013 (Richtlinie 2013/34/EU) gesetzt. In Deutschland wird diese insbesondere durch das Dritte Buch des HGB, die §§ 238 ff. HGB, ausgefüllt. Auch die IAS-Verordnung (Verordnung (EG) Nr. 1606/2002) beschreitet keinen davon klar abgrenzbaren anderen Weg: Die Verordnung bezieht sich auf die seit den 1970er-Jahren entwickelten privaten internationalen Rechnungslegungsstandards IAS/IFRS. Diese werden im Wege des Endorsement- oder Komitologie-Verfahrens aber gerade in europäisches Recht transformiert und sind in der Folge im Rahmen des Konzernabschlusses kapitalmarktorientierter Unternehmen verpflichtend anzuwenden (vgl. noch §§ 27 ff.).
- 3 Über die rechtstheoretische Qualifikation der genannten Regeln muss man sich keine vertieften Gedanken machen. Es handelt sich um Recht im engen Sinne bzw. staatliches Recht (vgl. noch knapp § 29). Der deutsche Gesetzgeber hat sich zuletzt 2009 mit dem Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz (BilMoG¹³²) noch einmal ganz grundlegend dazu bekannt, dass dies in Deutschland auch weiterhin der Fall sein soll. Die skizzierte Kopplung würde das hier in Angriff genommene Vorhaben aber noch nicht rechtfertigen. Denn wenn die Rechnungslegung der Ordnung durch das Recht gar nicht zwingend bedürfte, stellte dies den hiesigen Forschungsansatz grundlegend infrage. Der Ökonom *Dieter Ordelheide* hat diesen Grundzweifel im Rahmen einer Betrachtung des Zusammenhangs von Politik und Rechnungslegung einmal so formuliert: „Is not our accounting – like the wheel – a human invention that, admittedly, has been slightly adapted over the course of time, but which nevertheless satisfies such fundamental human needs that it is, at its core, basically independent of the political organization of society?“¹³³ Man möchte ergänzen: Might it not also be independent of the *legal* organization of society? Es ist ja eine Binsenweisheit, dass auch funktionale Äquivalente zum Recht für die Funktionssysteme der Gesellschaft – also auch das Rechnungslegungssystem – die Leistungen

¹³² Gesetz zur Modernisierung des Bilanzrechts, BGBl. I 2009, S. 1102.

¹³³ *Ordelheide*, in: Leuz/Pfaff/Hopwood, The Economics and Politics of Accounting, S. 269 (270).

des Rechts erbringen können. Zudem bleibt der Umstand, dass das Recht, wie *Canaris* aufgezeigt hat, mit der Rechnungslegung fremdelt. Wenn Rechnungslegung nicht zwingend durch das Medium Recht geordnet werden müsste, dann könnten die hier angestrebten Dogmatisierungsprozesse natürlich weiterhin stattfinden. Sie wären auch aus dem Blickwinkel der in Europa und Deutschland unternommenen Rechnungslegungsordnung sinnvoll. Sie könnten dann aber nicht für sich in Anspruch nehmen, universell – und damit speziell für die Rechnungslegungspraxis – anschlussfähig zu sein. Es läge mit anderen Worten ein beständiger Schatten auf ihnen.

Hier wird die These vertreten, dass dem nicht so ist. Die Arbeit geht davon aus, 4 dass das moderne Rechnungslegungssystem sich so ausdifferenziert hat, dass die Kopplung mit dem Rechtssystem zwingend und das hier angestrebte Erkenntnisziel deshalb gerechtfertigt ist. Die zwingende Kopplung des Rechnungslegungssystems wird in zwei Schritten begründet: Zunächst wird unter Rückgriff auf Beobachtungen und deskriptive Beschreibungen unterschiedlicher (staatlicher und privater) Normensysteme knapp rekapituliert, was aus systemtheoretischer Sicht die Funktion des Rechts (gemeint ist hier dabei die „legal form“ bzw. der „legalism“¹³⁴) ausmacht (A.). Anschließend wird dann herausgearbeitet, weshalb die Ausdifferenzierung des Rechnungslegungssystems zu einer Zwangskopplung an das so verstandene Rechtssystem geführt hat (B.). Weiter untermauert wird diese These durch einen Exkurs zum Einfluss der durch das Politiksystem gestellten Anforderungen (C.).

A. Das Rechtssystem und die Funktion des Rechts

I. Abgrenzung

Für die hiesigen Zwecke wäre es unzureichend, sich auf einen Rechtsbegriff zu 5 stützen, der die Angabe bestimmter, das Recht als solches legitimierender Wesensmerkmale umfasst. Wer Recht mit staatlichem Recht gleichsetzt, kommt hier schon deshalb nicht weiter, da die Rechnungslegungsordnung in den meisten Ländern nicht (nur) mittels staatlichen Rechts erfolgt.¹³⁵

Die Arbeit weicht an dieser Stelle von anderen, in der Literatur anzutreffenden 6 Interpretationen der Bilanzrechtsgeschichte ab. In der Literatur wird teilweise die Auffassung vertreten, dass der in Deutschland (vermeintlich) eindeutig vorgegebene Bilanzzweck der Ausschüttungsbemessung und des Gläubigerschutzes zu einer aus

134 *Pirie Jurisprudence* 14 (2023), 1 (19).

135 Vgl. etwa nur *Hennrichs*, in: Hennrichs/Schruff, Stand und Perspektiven des europäischen Bilanzrechts, S. 1.

staatlichem Recht und in Gesetzesform gegossenen Bilanzordnung zwinge.¹³⁶ So schreibt *Beisse* exemplarisch, dass die „statische Ausprägung des Bilanzrechts“ zu einer verstärkten „Objektivierung“ des Bilanzinhalts führe. Diese sei aber nur durch gesteigerte „Verrechtlichung“ zu erreichen.¹³⁷ *Schön* vertritt unter Verweis auf *Beisse* die Auffassung, dass der normative Charakter der GoB entscheidend durch den Umstand gerechtfertigt werde, dass die rechtlichen Funktionen der Bilanz in erster Linie in der Ausschüttungsbemessung der Kapitalgesellschaften und der Grundlegung der steuerlichen Gewinnermittlung gefunden werden.¹³⁸ Folgerichtig ergebe sich ein Unterschied zu Rechnungslegungskonzeptionen, bei denen die Bilanz (nur) „Mittel der Information“ ist, wie den internationalen Rechnungslegungsstandards, die „einer fortdauernden Anpassung durch die Erkenntnisse der Betriebswirtschaft und der Kapitalmarkttheorie“ unterliegen könnten.¹³⁹ Dem wird hier entgegengehalten, dass Recht die Funktion, normative Erwartungen zu stabilisieren, grundsätzlich ganz formunabhängig erfüllen kann. Es lässt sich nicht leugnen, dass staatliches, verschriftliches Recht Leistungen für die Gesellschaft zu erbringen vermag, welche anderen Rechtsformen abgehen. Gerade die Geschichte des Rechnungslegungssystems und seine andersartige Ausdifferenzierung in vielen anderen Gesellschaften der Welt lehren jedoch, dass man diese Leistungen nicht überbewerten darf und ihnen keine gesteigerte Bedeutung zuzusprechen ist.

- 7 Auch ein weiterer, an anderen Wesensmerkmalen als der Staatlichkeit orientierter Rechtsbegriff brächte die Arbeit bald an Grenzen. So könnte man etwa aus dem Umstand, dass mancherorts in rechtlichen Auseinandersetzungen um den Inhalt von Rechnungslegungsfragen eine „Zeugenaussage“ (witness statement) eingeholt wird, anstatt dass – wie in Deutschland – ein Gericht unmittelbar eine Rechtsfrage entscheiden würde,¹⁴⁰ folgern, dass dort Rechnungslegungsvorgaben nicht als Recht gefasst würden. Dann ließe sich die Frage nach der universellen Anschlussfähigkeit der Arbeit schnell verneinen, ohne dass damit eine tiefergehende Erkenntnis verbunden wäre. Zu diesem ernüchternden Ausgangsbefund kommt man auch in anderen Zusammenhängen. Teilweise wurde dies bekanntlich zum Anlass genommen, um selbst Stellung zu der rechtstheoretischen Frage nach dem Wesensgehalt von Recht zu nehmen. In der Frage, was Recht ist, soll danach ein subjektiver Standpunkt eingenommen werden können.¹⁴¹ Es sei also möglich, ganz verschiedene

136 Vgl. insofern *Moxter* StuW 1989, 236 f.; vgl. daneben *Leffson*, Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung, S. 35 f.; *Beisse* StuW 1984, 1 (4); *Schön* ZHR 161 (1997), 133 (145).

137 *Beisse* StuW 1984, 1 (2).

138 *Schön* ZHR 161 (1997), 133 (145).

139 *Schön* ZHR 161 (1997), 133 (145).

140 Vgl. zu diesem Beispiel *Hennrichs*, in: *Hennrichs/Schruff*, Stand und Perspektiven des europäischen Bilanzrechts, S.1.

141 *Günther* Normative Orders Working Paper 03/2014, S. 4; vgl. insofern auch *Teubner*, in: *Liber Amoricum* Esser, 1995, S. 191 (198 ff.); *ders.* ZaÖRV 63 (2003), 1 (15): Private Regelwerke als „Normen konstitutio-

normative Ordnungen als rechtliche Ordnungen anzusehen, wobei es keine Rolle spielle, wie diese von moralischen sittlichen, religiösen oder sonstigen normativen Ordnungen abgegrenzt werden könnten. Recht solle sein, was die jeweiligen Akteure jeweils für Recht halten. Als solches könne Recht insbesondere ohne Weiteres auch abseits territorialer Linien und ohne das staatliche Gewaltmonopol bzw. eine zentralisierte Durchsetzungsmacht existieren. *Teubner* und *Fischer-Lescano* sprechen insofern etwa bekanntlich vom „global law without the state“.¹⁴² Danach gebe es private Regimes, die Rechtsgeltung nicht mehr in einer allein aus den staatlichen Rechtsordnungen abgeleiteten Form produzierten.¹⁴³ Sie hätten höherrangige, sekundäre Normierungen herausgebildet, also eine verfassungartige Grundordnung.¹⁴⁴ Die Bereichsordnungen hätten damit einen Status erreicht, der ihnen ermögliche, nach Maßgabe ihrer je eigenen Sekundärregeln an die Operationen anderer Rechtsordnungen und -regimes anzuknüpfen.¹⁴⁵

Die dargestellten Positionen wechseln von der reinen Beobachtung hin zu einem 8 ideologischen Standpunkt und versuchen, den Rechtsbegriff zu verbessern.¹⁴⁶ Es gehe, so *Pirie*, darum, den Begriff „Recht“ so zu erweitern bzw. zu verändern, dass er besser zur heutigen Welt zu passen scheint.¹⁴⁷

Inhaltlich ist gegen dieses Vorhaben nichts einzuwenden. Denn die Verschiedenheit 9 der unterschiedlichen Disziplinen, die sich mit dem Gegenstand „Recht“ befassen, bedingt es, so *Horst Dreier*, dass es mehrere Rechtsbegriffe geben muss, „die gleichermaßen legitim und adäquat sind.“¹⁴⁸ Auch sind erweiterte Rechtsbegriffe sicherlich besser dazu in der Lage, die globale Rechnungslegungsordnung zu erfassen, als eine enge, staatszentrierte Begriffsbestimmung. Es bleibt aber zweifelhaft, inwiefern diese Begriffsfindungsprojekte die Untersuchung tatsächlich weiterführen könnten.¹⁴⁹ Denn auch wenn man den Rechtsbegriff erweitert, bleibt es schlussendlich eine offene Frage, wo die Grenzen des Rechts zu ziehen sind und wie Recht von anderen sozialen Phänomenen abgegrenzt werden kann.¹⁵⁰ Zumeist fungiert bei

neller Qualität“; dazu auch *Möller*, in: Neue Theorien des Rechts, S. 47 (59); *Horst*, Transnationale Rechtserzeugung, S. 7, 80.

142 *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen, S. 43, 53 ff.

143 *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen, S. 43, 53 ff.; s. auch *Teubner*, in: FS Hopt, 2010, S. 1449 ff.; ders. ZaöRV 63 (2003), 1 (6); vgl. weiterhin etwa *Horst*, Transnationale Rechtserzeugung, S. 82, 165.

144 Vgl. *Renner*, Zwingendes transnationales Recht, S. 223; vgl. auch *Horst*, Transnationale Rechtserzeugung, S. 80.

145 *Renner*, Zwingendes transnationales Recht, S. 223; s. auch *Möller*, in: Neue Theorien des Rechts, S. 47 (60).

146 *Pirie* Jurisprudence 14 (2023), 1 (8) unter Berufung auf *Haslanger*.

147 *Pirie* Jurisprudence 14 (2023), 1 (6).

148 *Dreier* NJW 1986, 890 (891).

149 Vgl. zur Position der Zweifler etwa *Möllers*, in: ders., Geltung und Faktizität von Standards, 2009, S. 143 (148); *Roberts* Mod. L. Rev. 68 (2005), 1 (16 ff.); *Köndgen* AcP 206 (2006), 477 (479); *Tamanaha* Sydney Law Review 30 (2008), 375 (396); *Engert* RW 2014, 301 (308).

150 *Pirie* Jurisprudence 14 (2023), 1 (2).

dieser Herangehensweise das staatliche Recht dann doch weiterhin als der Abgrenzungsmaßstab.¹⁵¹ Dann bleibt aber unklar, was aus der Neudefinition folgen soll, da man den Staat nicht in der Pflicht sehen kann, nichtstaatliches Recht als solches anzuerkennen. Eine Gruppe kann eine andere nicht allein dadurch, dass sie eine bestimmte Form der Kommunikation (den „rechtlichen“ Code Recht/Unrecht) nutzt, dazu zwingen, ihre Regeln anzuerkennen.¹⁵² Die Eigen-Definition von Recht kann nicht aus sich heraus für den Staat bzw. sonstige Dritte bindend sein.¹⁵³ Schlussendlich muss die Arbeit die skizzierten Zweifel an veränderten Rechtsdefinitionen aber nicht abschließend bewerten. Denn wenn man die strukturelle Kopplung von Rechnungslegungs- und Rechtssystem bewerten will, kommt es nicht darauf an, was Recht und Nicht-Recht unterscheidet, sondern entscheidend auf die Funktion des Rechts, also darauf, wie Recht eine soziale Ordnung bereitstellt, menschliches Verhalten anleitet, menschliche Dispute löst, etc.¹⁵⁴

II. Funktion des Rechts nach Luhmann

- 10 Hier wird dabei *Luhmanns* Funktionsbestimmung des Rechts zugrunde gelegt. Die Funktion des Rechts ist danach darin zu sehen, dass Recht es ermöglicht, wissen zu können, mit welchen Erwartungen man sozialen Rückhalt findet und mit welchen nicht.¹⁵⁵ Wenn man dem Recht vertraue, könne man sich zumindest darauf verlassen, in seinen Erwartungen nicht diskreditiert zu werden. In der Folge könne man sich deshalb in höherem Maße riskantes Vertrauen oder auch Misstrauen leisten.¹⁵⁶ Schlussendlich bedeute dies, dass man in einer komplexeren Gesellschaft leben könne, in der personale oder interaktionelle Mechanismen der Vertrauenssicherung nicht mehr ausreichen.¹⁵⁷

B. Kopplung als Folge einer Ausdifferenzierung

- 11 Wenn man sich von dieser rechtlichen Funktionszuweisung aus dem Rechnungslegungssystem nähert, erkennt man eine schon sehr frühe Kopplung von Rechnungslegungssystem und Rechtssystem. So wird bereits in der ersten geschlossenen Darstellung der „Venezianischen Methode“ (Doppelten Buchführung) des italienischen

151 Michaels, in: Helfand, Negotiating State and Non-State Law, S. 41 (53).

152 Michaels, in: Helfand, Negotiating State and Non-State Law, S. 41 (54).

153 Vgl. Michaels, in: Helfand, Negotiating State and Non-State Law, S. 41 (55).

154 Vgl. zu dieser Unterscheidung in der Betrachtungsweise: *Pirie Jurisprudence* 14 (2023), 1 (19).

155 Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, S. 132.

156 Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, S. 132.

157 Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, S. 132.

Franziskanermönchs *Luca Pacioli* bzw. *Lucas de Burgo* (um 1445 – 1514/1517)¹⁵⁸ zwischen „richtiger“ Buchführung im Rechnungslegungssinne und „richtiger“ Buchführung im Sinne der Kaufmannsgepflogenheiten unterschieden. Im 12. Kapitel heißt es bei *Pacioli* (in der Übersetzung von *Jäger*): „Obgleich Du [für die Posten des Journals] viele verschiedene Zeichen gebrauchen kannst, sollst Du Dich doch der gewöhnlichen bedienen, welche die anderen inländischen Kaufleute anzuwenden pflegen, damit es nicht den Anschein bekommt, als ob Du von dem gewöhnlichen Handelsgebrauche (modo mercantesco) abweichest“¹⁵⁹ (Hervorhebung durch Verfasser).

Pacioli unterscheidet also implizit schon zwei Buchführungsmaßstäbe: den rechnungslegungsinternen Maßstab, wonach die Bücher so zu führen sind, wie es für die Funktionen des Rechnungslegungssystems am sinnvollsten ist, und den externen Maßstab, der auf den (rechtlichen?) Normbildungsprozess der Kaufleute abstellt. Diese Unterscheidung im Maßstab wurde seither nie erkennbar wieder aufgegeben. Exemplarisch sei auf *Lehmanns* Kommentierung des § 38 HGB a.F. verwiesen, wonach die „Gepflogenheiten sorgfältiger Kaufleute“¹⁶⁰ bzw. „die Methode, die sich gewohnheitsmäßig im Handelstand entwickelt hat“¹⁶¹ darüber bestimmen, wie die Bücher zu führen sind. Dagegen lässt sich vorbringen, dass sich nicht abschließend bestimmen lässt, ob, was wir bei *Pacioli* und *Lehmann* antreffen, schon als eine echte Kopplung des Rechnungslegungs- mit dem Rechtssystem anzusehen ist. Wie *Luhmann* herausstellt, lässt sich dies aber kaum vermeiden. In der Evolution von Gesellschaften würden Entwicklungsstufen, so *Luhmann*, an der Möglichkeit arbiträrer Normierung hängen. Da der Normfestlegung aber immer bereits die Mischform Normalität/Normativität vorausgehe, könne das Recht an diesen Entwicklungsschwellen die Vergangenheit so lesen, als ob es immer schon Recht gegeben habe. Das Recht müsse nie „anfangen“, sondern könne, sobald die Gesellschaft seine Ausdifferenzierung ermögliche, immer an vorgefundene Traditionen anschließen.¹⁶²

Auch wenn sich also schon frühe eine Kopplung des Rechnungslegungssystems mit dem Rechtssystem ausmachen lässt, wird diese – so die hier weiterhin vertretene These – aber erst wirklich notwendig, wenn sich die Rechnungslegung in einer bestimmten Weise auszudifferenzieren beginnt und zugleich ein solchermaßen ausdifferenziertes Rechnungslegungssystem zwingend mit dem Rechtssystem gekoppelt sein muss. Beide Teile dieser These sind falsifizierbar. Im Hinblick auf den zweiten Thesenteil ist dies der Fall, da man dabei von einer Funktionsbeschreibung des

158 *Pacioli*, *Particularis de Computis et Scripturis*, erstmalig publiziert 1494. Vorläufer der doppelten Buchführung gab es allerdings wohl schon 3.200 Jahre vor Christus, vgl. *Mattessich*, *Beginnings of Accounting, passim*.

159 *Pacioli*, *Particularis de Computis et Scripturis*, erstmalig publiziert 1494, S. 32.

160 *Lehmann*, in: *Düringer-Hachenburg*, HGB, 3. Aufl. 1930, § 38 HGB Anm. 15.

161 *Lehmann*, in: *Düringer-Hachenburg*, HGB, 3. Aufl. 1930, § 38 HGB Anm. 16.

162 *Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft*, S. 138.

Rechts auf die Ebene der Frage nach den Leistungen, die das Recht für ein anderes Funktionssystem der Gesellschaft – das Rechnungslegungssystem – erbringt, wechselt (mögliche Leistungen sind etwa Verhaltenssteuerung und Konfliktlösung).¹⁶³ Auf Ebene des Leistungsbereichs stehen, wie *Luhmann*¹⁶⁴ ausführt, viele funktionale Rechtsäquivalente für normatives Erwarten zur Verfügung.

- 14 Recht ist mit anderen Worten nicht das universelle Mittel, um soziale Ordnung und Konfliktlösung zu gewährleisten, sondern nur ein Mittel unter vielen, wenngleich eines, das, so *Luhmann*,¹⁶⁵ sozusagen die Funktion einer Reservewährung übernehme und eine Art letzte Sicherheit für Freiheit biete. Wenn die Rechnungslegungsordnung nicht dem Recht folgen würde, könnte sie auch ganz andere Mechanismen kennen, welche eine Befolgung sicherstellen.¹⁶⁶ Unter Eingeständnis dieser Falsifizierungsmöglichkeit wird hier vertreten, dass jedenfalls nicht ersichtlich ist, dass ein Rechnungslegungssystem einen anderen Weg als die Kopplung mit dem Rechtssystem einschlagen kann. Denn die Funktion des Recht vermag es, ein spezifisches Problem zu lösen, welches im Rechnungslegungssystem erst infolge seiner Ausdifferenzierung entstanden ist. Gemeint ist mit der systemischen Ausdifferenzierung der Rechnungslegung der Umstand, dass man dazu überging, der Rechnungslegung Außenwirkung zuzusprechen und zuzuerkennen. Die Entscheidung zur Außenwirkung ist nach hier vertretener Auffassung aus Sicht des Rechts als die bedeutendste evolutionäre Errungenschaft der Rechnungslegungsgeschichte anzusehen. Denn sie war der Auslöser für die seither andauernden Reaktionen des Rechts, mit seinen Begriffen und Programmen, auf die Rechnungslegung.

I. Ausgangslage

- 15 Die angesprochene Form der Ausdifferenzierung war in Deutschland ein schlechender, im Lichte der langen Geschichte der Rechnungslegung spät einsetzender Prozess. Noch Ende des 19. Jahrhunderts ging man, wie sich etwa bei *Schön* nachlesen lässt,¹⁶⁷ vor allem davon aus, dass Buchführung und Bilanzierung der Selbstinformation des Kaufmanns dienen sollten. Es wurde also primär darauf abgestellt, dass es im Eigeninteresse des Kaufmanns liege, ordentlich Rechnung zu legen. Bei Gesellschaften trat daneben noch der Gedanke, dass Rechnungslegung zur internen Gewinnverteilung erforderlich war, hinzu. Im preußischen Allgemeinen

163 Vgl. zu dieser Unterscheidung *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, S. 156.

164 *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, S. 160.

165 *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, S. 160; vgl. auch etwa *Pirie* Jurisprudence 14 (2023), 1 (14).

166 *Pirie* Jurisprudence 14 (2023), 1 (14) verweist etwa auf Gesellschaften, die sich jeder Form der Verkörperung oder Kategorisierung von „Was falsch ist“ verweigern und stattdessen interne Konflikte ausschließlich mittels Ad-Hoc-Verhandlungen und -Schlichtungen lösen.

167 *Schön* ZHR 161 (1997), 133 (136 ff.); s. etwa auch *Coenenberg/Haller/Schultze*, Jahresabschluss und Jahresabschlussanalyse, S. 10.

Landrecht von 1794 wurde erstmalig überhaupt anstatt von der Vorstellung einer reinen Totalgewinnverteilung konsequent vom Gedanken periodisch auszuschüttender Gewinnanteile ausgegangen,¹⁶⁸ wie bei *Barth* und *Gefler* nachzuvollziehen ist.¹⁶⁹ Die zu diesem Zweck ersonnenen rudimentären Rechnungslegungsregeln sollten aber noch allein dazu dienen, interne Streitigkeiten zwischen den Gesellschaftern zu vermeiden. Zusammenfassend kann also im Hinblick auf die damalige Zeit, sowohl wenn es um (Einzel-)Kaufleute als auch wenn es um Gesellschaften geht, von einer primären Innenwirkung der Rechnungslegung gesprochen werden.

Die Möglichkeit, die Bilanz gegenüber Außenstehenden offenzulegen, und die damit einhergehenden Beweis- und Reputationswirkungen der Rechnungslegung wurden dabei allenfalls mit in Erwägung gezogen. Dies galt auch noch bei Ausgestaltung der Rechnungslegungsregeln im ab 1861 in den Staaten des Deutschen Bundes geltenden Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch (ADHGB). Auf Gläubigerschutz im Wege der bilanzgestützten Kapitalerhaltung kam es – wie *Schön* ausführt¹⁷⁰ – bei der Aktiengesellschaft schon deshalb noch nicht an, da für die AG noch das Konzessionssystem galt (vgl. Art. 208 ADHGB), welches erst mit dem Gesetz vom 11.6.1870 betreffend Kommanditgesellschaften auf Aktien und Aktiengesellschaften entfiel. Nur im Gegenzug für dieses Entfallen wurde unter anderem die Publizität der AG-Bilanz vorgeschrieben (vgl. Art. 239 Abs. 1 Satz 2 ADHGB i.d.F. des nämlichen Gesetzes).¹⁷¹ Bei OHG und KG spielte der Gläubigerschutzgedanke hingegen eine untergeordnete Rolle, da die Teilhaber einer OHG – wie noch heute – unbeschränkt hafteten und die Kommanditisten für unberechtigt ausgezahlte Gewinne ebenfalls mit einer verschärften Haftung rechnen mussten (vgl. Art. 165 ADHGB).¹⁷² Im Lichte all dessen sei Zweit der Buchführung weiterhin, so *Schön*,¹⁷³ die persönliche Rechenschaftslegung des Kaufmanns im Interesse einer erfolgreichen Steuerung des Handelsgeschäfts gewesen. Die nachträglichen Beweiswirkungen ordnungsgemäß durchgeföhrter Bücher wären lediglich als (zulässiger) Reflex der Korrektheit, die der Kaufmann im wohlverstandenen Eigeninteresse walten lasse, erschienen. Beispielhaft sei diese These durch Verweis auf die im 19. Jahrhundert vehement geföhrte Kontroverse um Pflichten zur Vorlage der Handelsbücher und ihrer Beweiskraft im Prozess untermauert.¹⁷⁴ Dementsprechend setzt sich etwa *Wilhelm Endemann* in

168 Vgl. näher *Schneider*, in: Chmielewicz/Schweitzer, Handwörterbuch des Rechnungswesens, Sp. 712 (717); *Ballwieser*, in: FS Clemm, 1996, S. 1 (3).

169 *Gefler*, in: Muthesius, 75 Jahre Deutsche Treuhand-Gesellschaft 1890–1965, S. 132; *Barth*, Die Entwicklung des deutschen Bilanzrechts, S. 128 f.

170 *Schön* ZHR 161 (1997), 133 (139).

171 Vgl. dazu aus bilanzrechtlicher Sicht: *Döllerer* BB 1958, 1281.

172 *Schön* ZHR 161 (1997), 133 (139).

173 *Schön* ZHR 161 (1997), 133 (136).

174 Dazu ausführlich: *Anschütz/v. Völderndorff*, Kommentar zum ADHGB, Einl. Vierter Titel, Art. 28 ff, §§ 2, 3.

einem Beitrag in der ZHR aus dem Jahr 1859 ausführlich mit der möglichen Beweiskraft der Handelsbücher auseinander, da diese „doch in den Händen ihrer Aussteller bleiben.“¹⁷⁵ Goldschmidt vertritt noch in der 4. Auflage seines Werks „System des Handelsrechts“ von 1892 die Auffassung, dass die Einsicht der Handelsbücher durch Andere, da es sich um zusammenhängende Aufzeichnungen über den ganzen Geschäftsbetrieb handele, gefährlich sei. Die Vorlegung im Rechtsstreit erfolge deshalb grundsätzlich nur gegenüber dem Richter.¹⁷⁶ Sofern ein Zusammenhang zwischen ordnungsmäßiger Bilanzierung und Gläubigerschutz gesehen wurde, wurde dieser Zusammenhang, wie Schön weiter herausstellt,¹⁷⁷ ebenfalls nur reflexhaft gedacht: Die Bilanz sollte dem Kaufmann ermöglichen, sich selbst gegenüber Rechenschaft über sein Tun abzulegen. Das Meinungsbild sei dahin gegangen, dass der Kaufmann bereits aufgrund dieses Umstands zu einer nachhaltigen Wirtschaftsführung im Gläubigerinteresse angehalten werde, indem die Gläubigerbefriedigung sichergestellt und Konkurse verhindert werden.

II. Ausdifferenzierung der externen Dimension der Rechnungslegung

- 17 Erst Ende des 19. Jahrhunderts differenzierte sich neben dieser Innensicht (sehr schnell) die externe Dimension der Rechnungslegung aus. Anlass dafür waren die aufkommenden Bilanzskandale. Den wohl ersten modernen Bilanzskandal gab es bei der Niederschlesisch-Märkischen Eisenbahn, bei der Verluste durch Aufnahme von Fremdkapital in Gewinne transformiert wurden, die man sodann ausschüttete.¹⁷⁸ Auch die sog. Gründerkrise von 1873 soll durch mangelnde Bewertungsvorschriften, die zu überhöht bewerteten Sacheinlagen sowie zur Ausschüttung nicht realisierter Gewinne führten, ausgelöst worden sein.¹⁷⁹ Auf globaler Ebene gilt der Zusammenbruch der *Enron Corp.* aus Houston, Texas, im Jahr 2001 als paradigmatischer Bilanzskandal der Neuzeit und resultierte im Sarbanes-Oxley Act von 2002.¹⁸⁰ Das Unternehmen, „[w]idely promoted as one of the great corporations of a new age“¹⁸¹ hatte, unter Ausnutzung von Ermessensspielräumen der US-GAAP Verbindlichkeiten verborgen und nicht-existente Gewinne vorgetäuscht.¹⁸² Es stellte sich heraus, dass *Enron*, wie *Madrick* schreibt, nicht mehr war als eine Kreatur des

175 Vgl. *Endemann* ZHR 2 (1859), 329 (346 und *passim*).

176 *Goldschmidt*, *System des Handelsrechts*, S. 114.

177 *Schön* ZHR 161 (1997), 133 (138).

178 Vgl. dazu *Hensler/Dicken*, *Bilanzrecht*, Rn. 207.

179 *Schmitz*, *Wirtschaftskrisen und Rechnungslegung*, S. 98 ff. und noch Teil 4.

180 Vgl. dazu nur *Bushman/Landsman*, ABR 40 (2010), 259.

181 *Madrick*, *Challenge* 45 (2002), 117; vgl. dazu auch *Peemüller/Krehl/Hofmann/Lack*, *Bilanzskandale*, S. 46 f.

182 Näher *Peemüller/Krehl/Hofmann/Lack*, *Bilanzskandale*, S. 41 ff.

„accounting gimmickry“¹⁸³ Stoff für weitere internationale Bilanzskandale lieferten, um nur noch zwei der bekanntesten Fälle zu nennen, der Telekommunikationskonzern *WorldCom Inc.* aus Clinton, Mississippi, 2002¹⁸⁴ und der *Parmalat*-Konzern. *Parmalat* war einst der größte Nahrungsmittelproduzent Italiens, ist angesichts seines Kollapses im Dezember 2003 aber vor allem bekannt als „one of the biggest accounting frauds in corporate history“¹⁸⁵. Die Protagonisten von Deutschlands bekanntesten neuzeitlichen Bilanzskandalen waren der „Baulöwe“ *Jürgen Schneider*, der unter anderem durch Transaktionen innerhalb seiner Unternehmensgruppe die Bilanzierungsvorgabe, Vermögensgegenstände höchstens mit den fortgeführten Anschaffungs- und Herstellungskosten anzusetzen, umging, bevor er sich 1994 ins Ausland absetzte und sein Unternehmensimperium zusammenbrach,¹⁸⁶ die *Flowtex Technologie GmbH & Co. KG*, die im Jahr 2000 Insolvenz anmeldete,¹⁸⁷ sowie die am so genannten Neuen Markt notierte *Comroad AG* 2002.¹⁸⁸ All diese Skandale wurden zuletzt durch den Fall der *Wirecard AG* – jedenfalls vorerst – in den Schatten gestellt.¹⁸⁹

Richard Brooks fasst die sich im Lichte dieser Bilanzskandale seit dem Ende des 19. Jahrhunderts aufdrängende Erkenntnis in seinem Buch „*Bean Counters*“ treffend wie folgt zusammen: „a nicely balanced set of figures has often been a fraudster’s friend.“¹⁹⁰ „The same genius of double-entry bookkeeping that so enhanced the understanding of a business’s results could also be used to distort them.“¹⁹¹ Dabei waren nicht immer und ausschließlich fehlende oder unzureichend ausgestaltete (materielle) Rechnungslegungsnormen, also Inhaltsregeln, skandalauslösend. Darauf kommt es im vorliegenden Zusammenhang aber nicht an. Es geht vielmehr darum, dass die Bilanzskandale ein Bewusstsein dafür schufen, dass es notwendig war, rein juristische Konstruktionen, also die Begriffe und Programme des *Bilanzrechts*, von den internen Konstruktionen des Rechnungslegungssystems noch klarer zu unterscheiden, als es seit den Zeiten *Paciols* ohnehin bereits geschehen war.

Im Anschluss an *Luhmann* ließe sich die damit wichtig gewordene Wirkung des Rechts auf die Rechnungslegung dahingehend beschreiben, dass das Recht auf Zeit eine Differenz in der Rechnungslegung unter Indifferenz gegen alles andere stabili-

¹⁸³ *Madrick*, Challenge 45 (2002), 117; vgl. dazu auch *Peemüller/Krehl/Hofmann/Lack*, Bilanzskandale, S. 46 f.

¹⁸⁴ Dazu *Peemüller/Krehl/Hofmann/Lack*, Bilanzskandale, S. 49 ff.

¹⁸⁵ *Melis*, Corporate Ownership and Control 2 (2005), 108; zu *Parmalat* auch *Peemüller/Krehl/Hofmann/Lack*, Bilanzskandale, S. 69 ff.

¹⁸⁶ Dazu *Peemüller/Krehl/Hofmann/Lack*, Bilanzskandale, S. 84 ff.

¹⁸⁷ Dazu *Peemüller/Krehl/Hofmann/Lack*, Bilanzskandale, S. 92 ff.

¹⁸⁸ Dazu *Peemüller/Krehl/Hofmann/Lack*, Bilanzskandale, S. 92 ff.; *Hessler/Dicken*, Bilanzrecht, Rn. 208.

¹⁸⁹ Dazu *Peemüller/Krehl/Hofmann/Lack*, Bilanzskandale, S. 255 ff.

¹⁹⁰ *Brooks*, Bean Counters, S. 4.

¹⁹¹ *Brooks*, Bean Counters, S. 4.

siert.¹⁹² Das Rechtssystem ist dabei nicht in der Lage, die eigenen Operationen in ein autopoietische System, wie das Rechnungslegungssystem, direkt einzufügen.¹⁹³ Wenn es auf Bedürfnisse und Interessen der Rechnungslegung reagiert, befasst es sich mit ihr vielmehr bereits auf einer sekundären Ebene, indem es einen eigenen Begriff, im Netzwerk der eigenen Operationen zur Verfügung stellt.¹⁹⁴ Es tut dies, indem es eine spezifische Abgrenzung zwischen „richtiger“ und „falscher“ Bilanzierung von ihrer rechnungslegungsinternen Relevanz entkleidet und in seinem Code Recht/Unrecht zum Ausdruck bringt. Dem Rechtscode entsprechend wird also eine Sortierung nach geschützter und rechtlich nicht geschützter Bilanzierung vorgenommen.¹⁹⁵

- 20 Dieser Indifferenzerzeugungseffekt wird sodann durch die Akteure des Rechts (vor allem Gerichte) überwacht. Zuvor, als Rechnungslegung noch primär als internes Instrument der Kaufleute galt, war die Unterscheidung von rechnungslegungsinternen und juristischen Konstruktionen noch nicht zwingend notwendig. Erst unter den Voraussetzungen der Ausdifferenzierung der Außenwirkung der Rechnungslegung wird dieser Effekt als Formgewinn erkennbar, insofern er hilft, die mit der Ausdifferenzierung einhergehenden Bilanzskandale samt ihrer Schäden einzudämmen. Zwar sind theoretisch auch Äquivalente zum Recht denkbar, welche Bilanzskandale verhindern könnten, etwa ein System, bei dem die Bilanzierenden versuchen, aus Sicht ihrer Adressaten eine überzeugende Leistung abzuliefern, da sie die andernfalls eintretenden Konsequenzen fürchten. Zunächst ist es aber kaum möglich, die Rechnungslegungsauswirkung auf einen homogenen Adressatenkreis zu beschränken (näher § 24 D. II. 2.). Die Bilanzierenden könnten also nie präzise ermessen, auf wen sie sich ausrichten sollten. Zudem wäre die Leistungsfähigkeit eines solchen, ohne die Funktion des Rechtssystems auskommenden Systems stark begrenzt (näher § 29 B. III. 2.). Die denkbaren Äquivalente sind mithin so unattraktiv, dass es nicht vorstellbar erscheint, dass ein im Hinblick auf die Außenwirkung ausdifferenziertes Rechnungslegungssystem tatsächlich auf sie zurückgreifen würde.

C. Exkurs: Kopplung als Folge von Anforderungen des Politiksystems

- 21 Im Lichte neuerer Erkenntnis und Entwicklungen lässt sich die zwingende strukturelle Kopplung von Rechnungslegungssystem und Rechtssystem auch noch damit begründen, dass das Recht die Form ist, mit der sich politische Absichten im

192 Vgl. zur „Indifferenz um der Differenz willen“ am Beispiel des Vertrags: *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, S. 459.

193 Vgl. *Luhmann* Recht der Gesellschaft, S. 452.

194 Vgl. *Luhmann* Recht der Gesellschaft, S. 452.

195 Vgl. zu diesem Prozess *Luhmann* Recht der Gesellschaft, S. 452.

Rechnungslegungssystem durchsetzen lassen. Ein altbekanntes Beispiel dafür sind die an steuerrechtlichen Buchführungs- und Bilanzierungsvorschriften ausgerichtete Rechnungslegung über die Einkommensbesteuerung von Gewerbebetrieben (§ 5 I 1 EStG) und die Körperschaftsbesteuerung (§ 8 Abs. 1 Satz 1 KStG). Bemerkbar macht sich dieses, auf das Recht angewiesene Ansinnen, weiterhin bei den gesellschaftsrechtlichen Aspekten der Rechnungslegung. Der Jahresabschluss gibt den Ressourcenverteilungskonflikt zwischen den Unternehmensakteuren nicht nur wieder, er bestimmt auch darüber, was überhaupt der Inhalt dieses Konflikts ist. Hinzuweisen ist darüber hinaus auf zwei ganz aktuelle Beispiele:

I. Rechnungslegungsregeln und Finanzmarktregulierung

Die Finanzmarkt- und Wirtschaftskrise der Jahre 2007 und 2008 zeigt, wie Rechnungslegungsregeln sich unmittelbar auf das Leben der Menschen in der Gesellschaft auswirken und die wirtschaftliche Situation gesellschaftlicher Gruppen unmittelbar verändern können. Zugleich verdeutlichen die Krisenreaktionen, wie Rechnungslegungsregeln zunehmend als regulatorisches Instrument erkannt und wahrgenommen wurden. Ausgelöst wurde die Finanzkrise bekanntlich maßgeblich dadurch, dass Kreditnehmern mit geringer Bonität variabel verzinst Hypothekendarlehen gewährt wurden (Subprime-Kredite). Die Darlehensforderungen wurden (mitsamt den ihnen innewohnenden Risiken) anschließend von Kreditinstituten als verbrieft und komplexe Finanzinstrumente bzw.forderungsbesicherte Wertpapiere (Asset Backed Securities, wie insbesondere Collateralised Debt Obligations, CDOs) auf den globalen Finanzmärkten vermarktet. Dies wurde zum Problem als die Zinsen stiegen, sich Darlehensausfälle häuften und es zu Notverkäufen sowie sinkenden Immobilienpreisen kam.¹⁹⁶ Denn dadurch kam der Handel mit den durch die Finanzinstitute ausgegebenen Finanzinstrumenten, der zumeist Over-the-Counter (OTC) stattgefunden hatte, zum Erliegen. Heute wird allerdings vielfach auch vertreten, dass zumindest die weitere Krisenentwicklung massiv durch die geltenden Rechnungslegungsregeln begünstigt wurde. US-Finanzinstitute hatten die Finanzinstrumente in ihren Bilanzen nach dem Statement of Accounting Standard (SFAS) Nr. 115 („Accounting for certain investments in debt and equity securities“, FASB, 1993) und Nr. 133 („Accounting for derivative instruments and hedging activities“, FASB, 1998) zu bewerten. SFAS Nr. 115 zwang dazu, Investitionen in „debt and equity securities“, die zum Handelsbestand gehörten, mit dem beizulegenden Zeitwert (Fair Value) anzusetzen. SFAS Nr. 133 sah das Gleiche für alle freistehenden Derivate vor, die nicht für ein Hedge Accounting vorgesehen waren. Der Fair Value war dabei nach SFAS Nr. 157 („Fair Value Measurements“, FASB, 2006) als der Preis definiert,

196 Vgl. nur etwa Hofmann/Lorson/Melcher DB 2010, 233.

den man bekommen würde, wenn man den Vermögensgegenstand am heutigen Tag veräußern würde (Exit Price). Auch aufseiten des IASB gab es mit IAS 39 („Financial Instruments: Recognition and Measurement“) einen Standard, der Finanzinstrumente einem vergleichbaren Regime unterwarf. Die Standards beeinflussten die Krisenentwicklung insofern, als sie Finanzinstitute weltweit zu massiven Wertberichtigungen anhielten. Sie mussten ihre Finanzinstrumente auf die extrem niedrigen Werte abschreiben, welche ihnen die Asset-Backed-Securities-Indizes vorgaben.¹⁹⁷

- 23 Unterstützend wirkte es sich dabei aus, dass die Marktpreise durch Verkäufe, zu denen sich die Finanzinstitute gezwungen sahen, um ihre Eigenmittelanforderungen einzuhalten (fire sales), weiter unter Druck gerieten.¹⁹⁸ Die Fair-Value-Bilanzierung kann damit als „Krisenkatalysator“ angesehen bzw. ihr jedenfalls eine prozyklische Wirkung zugesprochen werden.¹⁹⁹ Das Financial Stability Forum (heute: Financial Stability Board) schrieb 2009: „[C]ompared with historical-cost based accounting, fair value accounting may add to procyclicality by making valuations more sensitive to the economic cycle, which may in turn have a procyclical impact on risk-taking decisions based on these valuations.“²⁰⁰ Denn der Zwang zum Fair-Value-Ansatz habe die Banken daran gehindert, bilanziell zu berücksichtigen, dass sie in der Lage und willens gewesen wären, die Vermögensgegenstände zu halten, bis sich die Marktpreise dafür wahrscheinlich erholt hätten.²⁰¹
- 24 Heute wird die These von der krisenbefeuerten Wirkung der Fair-Value-Bewertung teilweise aus guten Gründen in Zweifel gezogen.²⁰² Auch die Umstände, welche zum Zusammenbruch der US-amerikanischen Silicon Valley Bank (SVB) im Jahr 2023 führten, legen eher den Gegenschluss nahe.²⁰³ Im vorliegenden Zusammenhang kommt es aber vor allem auf den auf die Rechnungslegung eingenommenen Blick, der in der skizzierten Kritik zum Ausdruck kommt, an: Was eigentlich als ein Problem der Bankenregulierung und -aufsicht hätte angesehen werden müssen, wurde zu einem Problem der Rechnungslegung umdeklariert. Mittelbar wurde den Rechnungslegungsregeln damit eine Mitschuld an den massiven gesamtgesellschaftlichen Schäden und massiven Auswirkungen zugewiesen, welche die Krise auf das Leben der Menschen hatte. Damit wurden sie erstmalig ganz eindeutig zum Gegen-

197 Zum Ganzen etwa *Bushman/Landsman*, ABR 40 (2010), 259 (269).

198 *Bushman/Landsman*, ABR 40 (2010), 259 (269).

199 Vgl. dazu auch *Velte/Haaker StuW* 2012, 56 (61); vgl. aus theoretischer Sicht: *Plantin/Sapra/Shin*, Financial Stability Review 12 (2008), 85.

200 *Financial Stability Forum*, Report of the Financial Stability Forum on Addressing Procyclicality in the Financial System, S. 9.

201 *Bushman/Landsman*, ABR 40 (2010), 259 (269).

202 Vgl. *Laux/Leuz*, Journal of Economic Perspectives 24 (2010), 93 ff.; *Bischof/Laux/Leuz*, Journal of Financial Economics 141 (2021), 1188.

203 Vgl. *Fox/Brooke*, Changing Accounting Rules for Banks can Incentivize Better Risk Mitigation, ProMarket, 8.4.2023, abrufbar unter: <https://www.promarket.org/2023/04/08/changing-accounting-rules-for-banks-can-incentivize-better-risk-mitigation/>, letzter Abruf: 13.1.2025.

stand politischer Absichten, die sich nur mit den Mitteln des Rechts implementieren lassen. Denn als Konsequenz aus den angesprochenen Erkenntnissen, erkannte und nutzte man die Rechnungslegungsregeln nicht zuletzt auch als Instrument zur Krisenreaktion. So schlug das Financial Stability Forum vor, Rechnungslegungspraktiken, die einen unmittelbaren prozyklischen Effekt haben, zu verändern.²⁰⁴ Die EU forderte das IASB dementsprechend bereits im Oktober 2008 dazu auf, IAS 39 anzupassen. Unternehmen sollte erlaubt werden, ihre zum Handel bestimmten Wertpapiere bilanziell als Forderungen zu reklassifizieren.²⁰⁵ Die Änderungen wurden mit Verordnung (EG) Nr. 1004/2008 vom 15.10.2008 in europäisches Recht übernommen. In der Folge war es möglich, Finanzinstrumente, die eigentlich mit dem Fair Value hätten angesetzt werden müssen, als „Held to Maturity“ zu behandeln. Der politische Druck war sogar so groß, dass die IASB Umqualifizierungen rückwirkend bis in den Juni 2008 erlaubte, also bezogen auf einen Zeitpunkt, bevor die Preise für die Finanzinstrumente erheblich gesunken waren.²⁰⁶

II. Rechnungslegungsregeln und Klimawandel

Infolge des Klimawandels treten die Ansinnen der Politik im Hinblick auf das Rechnungslegungssystem auch nach der Finanzkrise weiterhin deutlich heraus. Auf der einen Seite müssen die Einflüsse (Chancen und Risiken) des Klimawandels in die Unternehmensberichterstattung einfließen, was direkte Auswirkungen auf die Unternehmensfinanzierung haben wird.²⁰⁷ Zum anderen wird an Wegen gearbeitet, wie die finanzielle und nicht-finanzielle Unternehmensberichterstattung dafür sorgen kann, dass Kapitalströme in Unternehmen (um-)geleitet werden, welche dem Ziel, die Folgen des Klimawandels zu begrenzen, Rechnung tragen. Der politische Gehalt der Rechnungslegung kommt dabei ganz deutlich etwa in der Bewegung hin zu Environmental Accounting oder Natural Capital Accounting zum Ausdruck. Ansätze wie das UN System of Environmental Economic Accounting (SEEA)²⁰⁸ oder das INCA-Projekt der EU (knowledge innovation project on an Integrated system

204 *Financial Stability Forum*, Report of the Financial Stability Forum on Addressing Procyclicality in the Financial System, S. 12.

205 Vgl. dazu *Bushman/Landsman*, ABR 40 (2010), 259 (269).

206 S. den Anhang zu Verordnung (EG) Nr. 1004/2008.

207 Vgl. dazu nur *Linnenluecke/Birt/Griffiths*, Accounting & Finance 55 (2015), 607; s. zum insofern (noch) bestehenden „information gap“ bzw. „elephant in the climate reporting room“ auch *Hodgson, Camilla, Accounting firms accused of missing climate risks in company audits*, FT, 18.7.2023, abrufbar unter: <https://www.ft.com/content/befa329f-43bb-42fb-baeb-e0ae22d68acf?shareType=nongift>, letzter Abruf: 13.1.2025.

208 S. *United Nations*, Ecosystem Accounting, abrufbar unter: <https://seea.un.org/ecosystem-accounting>, letzter Abruf: 13.1.2025.

of natural capital and ecosystem services accounting for the European Union)²⁰⁹ versuchen, Naturkapital (natural capital) zu definieren, zu quantifizieren und zu bewerten. Speziell geht es darum, Alternativen zur Bemessung der Leistung von Volkswirtschaften am Bruttoinlandsprodukt (BIP) aufzuzeigen. Die Ergebnisse der Bewegungen sollen aber auch in andere Rechnungslegungs- und Publizitätsregimes einfließen. Gleeson-White fasst die Idee dahinter wie folgt zusammen: „It seems that if we want to bring our infinitely voracious consumerism into line with the resources of our finite planet, we must consider giving our planet a value that the market can recognise and account for, assign a monetary value to the oceans, air, forests, rivers wilderness.“²¹⁰ „If numbers and money are the only language spoken in the global capitalist economy, then this is the language we must use.“²¹¹ „Through the way it values – or does not – the finite resources of the planet, double entry now has the potential to make or break life on the earth.“²¹² Man kann sicherlich unterschiedlicher Meinung darüber sein, wie überzeugend diese Idee ist. Jedenfalls muss man aber anerkennen, dass man für ihre Umsetzung das Rechnungslegungssystem noch zwingender und dauerhafter an das Rechtssystem koppeln wird müssen, als es ohnehin bereits der Fall ist.

D. Schlussfolgerungen

- 26 Der Arbeit kann damit die These zugrundegelegt werden, dass das Rechnungslegungssystem infolge der Ausdifferenzierung seiner Außenwirkung an das Rechtssystem gekoppelt wurde und dass diese Kopplung für ausdifferenzierte Rechnungslegungssysteme zwingend ist. Die funktionsorientierte Betrachtungsweise ermöglicht es, den strukturellen Kopplungsprozess als universell anzusehen. Es spielt in der Außenperspektive keine Rolle, welche Form die Kopplung angenommen hat und wie leistungsfähig sie für das Rechnungslegungssystem ist. So baut private Regelsetzung genauso auf dem Code Recht/Utrecht auf, wie der Versuch, Rechnungslegungsregeln empirisch zu begründen, indem (etwa in Form der Erhebung von Sachverständigungsgutachten) Rückschlüsse daraus gezogen werden, was „ehrliche“ Kaufleute tun. Im letzten Fall geben die Gerichte die begriffstechnischen Instrumente des Rechts zwar scheinbar wieder aus der Hand, die aufgegebene Kontrolle können sie aber in weitem Umfang wiedergewinnen, z.B. durch eine nachträgliche Prüfung in Form der Auslegung der Sachverständigenaussagen oder indem sie eine

209 S. European Union, Accounting for ecosystems and their services in the European Union, 2021 edition, abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/eurostat/documents/7870049/12943935/KS-FT-20-002-EN-N.pdf?e44610d-79e5-010a-5675-14fc4d8527d9;t=1624528835061>, letzter Abruf: 13.1.2025.

210 Jane Gleeson-White, Double Entry, New York 2011, S. 254.

211 Jane Gleeson-White, Double Entry, New York 2011, S. 249.

212 Jane Gleeson-White, Double Entry, New York 2011, S. 249.

gefundene Regel für sittenwidrig erklären. Für die vorliegende Untersuchung ist damit der Boden bereitet. Die Arbeit kann sich nun sicher sein, sich im Recht zu befinden und rechtsintern arbeiten zu können. Denn der Theorie nach spielt es für die Rechtswissenschaft keine Rolle, mit welcher Art von Rechtsnormen sie konfrontiert wird. Da die Rechtsanwendung im Angesicht konkreter Sachverhalte vor grundsätzlich gleichartige Probleme gestellt wird, ist von einer prinzipiellen Einheitlichkeit der juristischen Methodenlehre auszugehen.²¹³

213 *Bydlinski/Bydlinski*, Methodenlehre, S. 24.

§ 5 Unvollständige Ausdifferenzierung des deutschen Bilanzrechts

- 1 Mit dem Bekenntnis zur Einordnung des Bilanzrechts als Rechtsmaterie ist freilich nicht gesagt, dass der in Europa und Deutschland gewählte Weg der Rechnungslegungsordnung durch *staatliches* Recht aus der juristischen (Innen-)Sicht der richtige wäre. Auch wenn die Idee eines erweiterten Rechtsbegriffs hier zunächst nicht weitergeführt wurde (§ 4 A. I.), so ist es doch der Rechtspluralismus, welcher die theoretischen Grundlagen für die Innenkritik des Bilanzrechts liefert, insofern er eine Ideologiekritik des „legal centralism“ beabsichtigt und ermöglicht (A.). Sofern man die staatliche Bilanzrechtsordnung aus der Perspektive eines kritischen Rechtspluralismus untersucht, wird deutlich, dass die Kritik an ihr sich nicht an dem Ansinnen entzündet, die Rechnungslegung überhaupt staatlich-rechtlich regulieren zu wollen. Die Kritik richtet sich vielmehr darauf, wie stockend und zaghaft dies geschehen ist. Aus einem systemtheoretischen Blickwinkel heraus wird hier die These vertreten, dass das organisierte Entscheidungssystem des Bilanzrechtssystems (bislang) unvollständig ausdifferenziert ist (B.). Wie unter C. aufgezeigt wird, sensibilisiert diese Erkenntnis die anschließenden Dogmatisierungsprozesse und rechtfertigt sie zugleich.

A. Bezugnahme auf den kritischen Rechtspluralismus

- 2 Die Sozialwissenschaften führen uns vor Augen, dass ein schrittweiser Prozess der „Verrechtlichung“ gesellschaftlicher Praxis in modernen Gesellschaften grundsätzlich nichts Ungewöhnliches ist.²¹⁴ Das Recht lässt sich als ein Mechanismus beschreiben, der zwangsläufig alle gesellschaftlichen Fragen in Rechtsfragen überführt („Rechtsmaschine“²¹⁵). Gegen das Wirken dieser Rechtsmaschine vermag sich eine bestehende gesellschaftliche Praxis nicht dadurch zu wehren, dass sie auf ihre bestehenden und funktionierenden anderweitigen Ordnungsmechanismen verweist. Vor dem Verrechtlichungsprozess gibt es mit anderen Worten keinen Schutz. Dies hat das BVerfG etwa zentral in seinem Urteil zur Schulschreibreform herausgestellt. Dem Grundgesetz liege, so führt das BVerfG hier aus, nicht die Vorstellung zugrunde, dass sich jede vom Staat ergriffene Maßnahme auf eine verfassungsrechtliche Ermächtigung zurückführen lassen müsse. Es gehe vielmehr von der generellen Befugnis des Staates zum Handeln im Gemeinwohlinteresse aus und erlege ihm dabei (nur) sowohl formell als auch materiell bestimmte Beschränkungen auf. Ein

²¹⁴ Vgl. zur fortschreitenden „Verrechtlichung“ als Merkmal der modernen Gesellschaft *Kirchheimer*, Von der Weimarer Republik zum Faschismus, S. 32, 36; s. auch *W. Henke* JZ 1980, 369 (371f.) (negativ gewendet).

²¹⁵ *Möller*, in: Neue Theorien des Rechts, S. 47 (57) unter Bezugnahme auf *Teubner ARSP* 68 (1982), 13 (47 ff.).

Verbot, im Wege der Regelsetzung zu handeln, könne sich unter diesen Umständen nicht schon aus einer fehlenden verfassungsrechtlichen Ermächtigung, sondern nur aus den verfassungsrechtlichen Schranken staatlicher Entscheidungen ergeben.²¹⁶ Das heißt: „Daß ein Gegenstand dem Staat nicht ‚gehört‘, hindert diesen nicht daran, seinen Gebrauch bestimmten Regeln zu unterwerfen.“²¹⁷ So stehe auch der Umstand, dass die Sprache nicht aus einer staatlichen Quelle fließe und sich im gesellschaftlichen Gebrauch von selbst entwickele, einer staatlichen Regelung nicht entgegen. Denn diese, der Überziehung mit einer Regelglasur nicht entgegenstehende, Eigenschaft teile die Sprache, so das BVerfG, mit zahlreichen anderen Regelungsgegenständen.²¹⁸

In diesem Lichte erscheint der Umstand, dass die wesentlichen Bestimmungen der modernen Rechnungslegung in Deutschland heute die Form staatlichen Rechts haben, nicht mehr als außergewöhnlich. Zugleich bedeutet dies aber, dass man diesen Umstand, angeleitet durch die Systemtheorie des Rechts, kritisieren kann. Denn das Recht übt, indem es nur die rechtliche Kommunikation anerkennt und im Prozess seiner eigenen Ausdifferenzierung seine Umwelten in ein enges Korsett presst, eine Form struktureller Gewalt aus.²¹⁹ Aus diesem Grund muss es, sofern es mit seinen sozialen Umwelten, wie der Rechnungslegung, in Berührung kommt, Widerstände, Überschreitungen und Reibungen hervorrufen.²²⁰

B. Innenkritik der deutschen Bilanzrechtsordnung

Die Innenkritik des deutschen Bilanzrechts knüpft an *Luhmanns* Beobachtung²²¹ 4 an, dass das Rechtssystem einen organisierten, engen Bereich des rechtlich verbindlichen Entscheidens ausbildet, dessen Aufgabe es ist, das Recht festzustellen oder zu ändern. Für dieses Teilsystem selbst kennt das Recht keine eigene Bezeichnung, sondern allein für seine Subsysteme, die rechtsintern als Gerichte, Parlamente und Rechtswissenschaft bezeichnet werden. Jedes dieser Subsysteme ist, genau wie das Entscheidungssystem selbst, durch die Unterscheidung von Mitgliedern und Nichtmitgliedern ausdifferenziert. Die Mitglieder sind in ihrer Mitgliedschaftsrolle verpflichtet, Entscheidungen zu produzieren, die sich nach den (innerhalb der Organisation änderbaren) Programmen des Systems, also nach den Rechtsnormen, richten.

216 BVerfG Urt. v. 14.7.1998 – 1 BvR 1640/97 Rn. 122 = NJW 1998, 2515.

217 BVerfG Urt. v. 14.7.1998 – 1 BvR 1640/97 Rn. 123 = NJW 1998, 2515.

218 BVerfG Urt. v. 14.7.1998 – 1 BvR 1640/97 Rn. 123 = NJW 1998, 2515.

219 *Fischer-Lescano* Rechtskraft, S. 106; *Möller*, in: Neue Theorien des Rechts, S. 47 (63); *ders.*, Soziale Systeme 20 (2015), 257 ff.

220 *Möller*, in: Neue Theorien des Rechts, S. 47 (62).

221 *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, S. 145.

Die Existenz des organisierten Entscheidungssystems ist Voraussetzung dafür, dass durchgängig eine universelle und verlässlich erwartbare Codierung nach Recht/Unrecht stattfindet.²²² Zugleich entlastet die im organisierten Entscheidungssystem aufgebaute Reflexivität, so *Luhmann* weiter,²²³ das tägliche Leben: Man könne sich nicht, man brauche sich aber auch nicht auf die normativen Erwartungen anderer zu stützen, um sich im Recht oder im Unrecht zu wissen. Es komme darauf an, wie der Richter entscheidet. Das Problem ist aber, dass die Entscheidungsorganisationen des Rechtssystems ihre eigene Ausdifferenzierung nur bedingt kontrollieren können. Die These, dass die Ausdifferenzierung, wenn der Blick auf das deutsche Bilanzrecht gerichtet wird, bislang unvollständig geblieben ist, wird nachfolgend anhand zweier Bewandtnisse belegt. Im bilanzrechtsdogmatischen Teil 4 der Untersuchung tritt als dritte Bewandtnis die hohe Prävalenz der wirtschaftlichen Betrachtung und damit einer *ad hoc*- und *ad hominem*-Argumentation hinzu.

- 5 Zum Beleg der ersten Bewandtnis wird eine akteurszentrierte Betrachtungsweise eingenommen (I.). Dabei wird herausgestellt, dass es hier – zunächst ganz überspitzt ausgedrückt – um Recht ohne Gerichte und Rechtswissenschaftler geht. Aus diesem Grund mangelt es an zwei der zentralen Mitgliedergruppen des organisierten Entscheidungssystems im Bilanzrecht. Für sich genommen wäre diese Bewandtnis allerdings noch kaum von Belang. Denn es wäre zu vermuten, dass die Aufgaben von Rechtswissenschaften und Gerichten im Bilanzrecht von anderen Akteuren wahrgenommen werden. Diese Vermutung kann mangels entsprechender empirischer Erhebungen (und wohl auch Erhebbarkeit) nicht widerlegt werden. Gegen sie spricht aber die zweite hier anzuführende Bewandtnis: der mit einer Reihe außergewöhnlicher Hürden versehene Prozess der Ausdifferenzierung bilanzrechtlicher Normen (II.).

I. Akteurszentrierte Betrachtungsweise

- 6 Im Allgemeinen geht die Systemtheorie davon aus, dass die außenstehende Kommunikation im Recht grundsätzlich nicht angeschlossfähig ist, sondern zunächst in die juridische Grammatik überführt werden muss, da Gerichte und Rechtswissenschaftler exklusiv mit der Anwendung und Fortentwicklung des Rechts betraut werden, wodurch es sich von seinen „sozialen Umwelten“ abgrenzt. Es ist aber zweifelhaft, ob diese Selbstreferenzialität auch im Hinblick auf die Rechnungslegung funktioniert.

222 *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, S. 145.

223 *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, S. 149.

1. Rechtswissenschaftler

Bernhard Großfeld hat 1986 in der NJW aus Anlass des Inkrafttretens der §§ 238 ff. 7 HGB geschrieben, dass sich die Juristen vom Bilanzrecht „fernhielten und fernhalten“. Sie seien gegenüber diesem so wichtigen Rechtsgebiet abstinenter.²²⁴ Zugleich äußerte er aber die Erwartung, die voranschreitende normative Durchbildung des Bilanzrechts durch das BilRiLiG werde den Zugang zum Bilanzrecht für Juristen erleichtern und sich in der Folge Aufgabenbereich und Bild des Berufsstands erweitern.²²⁵ Schließlich handele es sich bei den §§ 238 ff. HGB um „normales Handelsrecht“. Juristen könnten das Bilanzrecht mit den normalen juristischen Techniken (plus einiger leicht erlernbarer Zusatztechniken) handhaben.²²⁶ Es ist eine Binsenweisheit, dass diese Erwartung sich nicht bestätigt hat.²²⁷ Zwar befassen sich Teile der Steuerrechtswissenschaft durchaus mit Fragen des materiellen Bilanzrechts, Handels- und Gesellschaftsrechtswissenschaft aber nur in geringem Umfang.²²⁸ Exemplarisch wird insofern oftmals darauf verwiesen, dass die Materie selbst in den ansonsten umfassendsten Handelsrechtslehrbüchern unserer Zeit gar nicht oder nur verknüpft abgehandelt wird. In der 23. Auflage des Handelsrechts-Lehrbuchs von *Canaris* heißt es etwa, dass das Bilanzrecht eine „ausgesprochene Spezialmaterie“ sei. Seine systematische und teleologische Sonderstellung gebe Anlass dazu, die §§ 238 ff. HGB „nur in den Grundzügen“ zu behandeln.²²⁹ In der 24. Auflage des Lehrbuchs wird das Dritte Buch des HGB dann gar nicht mehr behandelt.²³⁰ Eine klare Antwort auf die Frage, warum die Rechnungslegung kein beliebtes Betätigungsgebiet der Rechtswissenschaft ist, lässt sich nicht finden. *Hennrichs* vermutet, dass es daran liege, dass die Untersuchung von Bilanzierungsproblemen vielfach eine tiefergehende Kenntnis wirtschaftlicher Zusammenhänge voraussetze, die im rechtswissenschaftlichen Studium nicht vermittelt würde.²³¹ *Merkt* bringt vor, dass die Materie für Juristen schlichtweg unattraktiv sei. Das Bilanzrecht gelte unter ihnen als spröde und hochtechnische Spezialmaterie, die man tunlichst den Betriebs-

224 *Großfeld* NJW 1986, 955.

225 *Großfeld* NJW 1986, 955 (962); vgl. dazu auch *Hommelhoff*, in: Kleindiek/Oehler, Die Zukunft des deutschen Bilanzrechts, S. 141 (146).

226 *Großfeld* NJW 1986, 955.

227 Vgl. bereits 1977 *Großfeld* selbst, in *Großfeld*, Zivilrecht als Gestaltungsaufgabe, S. 65 f.: „[...] das Bilanzrecht [ist] weitgehend den Händen der Juristen entglitten und vornehmlich in die Kompetenz von Wirtschaftswissenschaftlern übergegangen [...] Es ist dies ein unverzeihliches Versäumnis der Juristen, das sie mit allen Kräften kompensieren müssen, wenn sie weiterhin den Anspruch auf Mitwirkung an der Ordnung der Wirtschaft stellen wollen.“

228 Vgl. zu diesem Befund schon *Hennrichs*, Wahlrechte im Bilanzrecht, S. 2 und später *ders.*, in: *Hennrichs/Schruff*, Stand und Perspektiven des europäischen Bilanzrechts, S. 1. S. auch *Crezelius* ZGR 1987, 1 (2): Bilanzrecht und Buchführung würden unter „Normaljuristen als eine Art von Geheimwissenschaft“ gelten.

229 *Canaris*, HandelsR, 23. Aufl., § 13 Rn. 17.

230 Vgl. dazu *Canaris*, HandelsR, 24. Aufl. § 1 Rn. 5.

231 *Hennrichs*, Wahlrechte im Bilanzrecht, S. 1.

wirten und namentlich den Bilanzwissenschaftlern überlassen sollte.²³² Für diese Untersuchung genügt es, festzuhalten, dass man das Rechnungslegungssystem zwar strukturell an das staatliche Recht gekoppelt hat, es aber an den maßgeblichen Akteuren fehlt, welche dazu berufen sind, auf dem Gebiet des Bilanzrechts die Codierung Recht/Unrecht voranzutreiben.

2. Gerichte

- 8 Komplexer ist die Lage auf Ebene der Gerichte. Es gibt bekanntlich durchaus einen steten Strom an Entscheidungen, die sich mittelbar mit der Klarstellung des Bilanzrechts befassen. Aufgrund von § 5 Abs. 1 Satz 1 EstG, wonach die Bestimmung des steuerlichen Gewinns an die handelsrechtlichen Regelungen geknüpft ist (sog. Maßgeblichkeitsgrundsatz), ist hier die Finanzgerichtsbarkeit der maßgebliche Akteur.²³³ Im Ausgangspunkt vermag die dem Maßgeblichkeitsgrundsatz zugrundeliegende Regelungsidee weiterhin zu überzeugen: Die Maßgeblichkeit entlastet den Gesetzgeber von der Aufgabe, Regelungen speziell im Hinblick auf die steuerliche Gewinnermittlung entwerfen zu müssen. Die bilanzierenden Steuerpflichtigen soll die Maßgeblichkeit hingegen von der Notwendigkeit einer zweifachen Buchführung und Bilanzierung befreien (Gedanke der Einheitsbilanz).²³⁴ Aus heutiger Sicht hemmt das Festhalten am Maßgeblichkeitsgrundsatz jedoch – wie die weitverbreitete rechts-politische Kritik aufzuzeigen vermoht hat²³⁵ – in zweierlei Hinsicht die Ausdifferenzierung der Bilanzrechtsordnung. Zunächst fingiert die Maßgeblichkeit die Einheit der rechtlichen Materie bloß noch, da der Steuergesetzgeber sie, insbesondere im Zuge des BilMoG und mit Billigung des Bundesverfassungsgerichts²³⁶, immer weiter durchlöchert hat. Die Steuerbilanz ist gegenüber der Handelsbilanz zwar weiterhin nicht völlig verselbständigt, mittlerweile existieren aber eine ganze Reihe steuergesetzlicher Sonderregelungen, etwa auf dem Gebiet der Rückstellungen, welche zur Folge haben, dass Handels- und Steuerbilanzierung teils deutlich auseinanderdriften.²³⁷ Diese Entwicklung hat zur Folge, dass die ursprüngliche Regelungsidee der

232 So die Beobachtung von *Merkt*, Unternehmenspublizität, S. 249.

233 Vgl. hierzu nur *Merkt*, in: *Hopt*, HGB, § 238 Rn. 12; *Hennrichs*, in: *Tipke/Lang*, Steuerrecht, § 9 Rn. 50; *Schön* ZHR 161 (1997), 133 (142). S. auch *Crezelius* ZGR 1987, 1 (3): Der BFH, und nicht der BGH, sei der „Bilanzgerichtshof“.

234 Vgl. BVerfG Beschl. v. 12.5.2009 – 2 BvL 1/00 = BVerfGE 123, 111 (123 f.) = BStBl. II 2009, 685 = DStRE 2009, 922 Rn. 34; s. auch BFH DStR 2020, 378 Rn. 39; s. auch *Crezelius* DB 1994, 689 (690); vgl. zur Kritik an diesem Narrativ nur: *Schulze-Osterloh* ZGR 2000, 594 (595).

235 Vgl. etwa *AK Bilanzrecht* BB 2002, 2372 (2380): „Der Transparenz des Rechtssystems dürfte eher eine von vornherein getrennte Steuerbilanzierung dienen.“; *Schulze-Osterloh* ZGR 2000, 594 ff.; *van Hulle* ZGR 2000, 537 (548) (vor dem Hintergrund europäischer Entwicklungen); *Hennrichs* DStJG 24 (2001), 301 (303).

236 BVerfG Beschl. v. 12.5.2009 – 2 BvL 1/00 = BVerfGE 123, 111 (121 ff.) = BStBl. II 2009, 685 = DStRE 2009, 922 Rn. 34.

237 BFH Urt. v. 20.11.2019 – XI R 46/17 = BFHE 266, 241 = BStBl. II 2020, 195 = DStR 2020, 378 Rn. 29.

Einheitsbilanzierung sich in praxi kaum noch verfolgen lässt.²³⁸ Der Maßgeblichkeitsgrundsatz bedroht die normative Geschlossenheit des Rechtsgebiets aber vor allem insofern, als er fortdauernd nahelegt, Handels- und Steuerbilanzrecht als Einheit zu denken. Denn daraus formt sich ein Hemmschuh für die Fortentwicklung der nationalen Handelsbilanzierung bzw. des Bilanzrechts allgemein. Insbesondere wirkt es, wenn das Steuerbilanzrecht fortgebildet wird, indirekt in der Regel auf das Handelsbilanzrecht zurück, wobei das Ausmaß dieser Rückwirkungen aufgrund der Übermacht steuerrechtlich motivierter Akteure auf dem Gebiet des Bilanzrechts nicht hoch genug eingeschätzt werden kann. Im Ergebnis wohnt dem Steuerrecht so eine faktische Bestimmungsmacht über die Auslegung des Handelsbilanzrechts inne. In der Literatur wird dieser Umstand nur teilweise als problematisch angesehen. So heißt es etwa bei *Beisse*, dass es die Organisation der Rechtspflege unvermeidlich mit sich bringe, dass Gerichte über rechtliche Vorfragen der verschiedensten Materien zu entscheiden haben. Die Judikatur der Steuergerichte zum Handelsbilanzrecht könnte schon deshalb nicht mit dem Willen des Gesetzgebers unvereinbar sein, weil die Verfassung und der Gesetzgeber von dem Vorhandensein solcher Parallelrechtsprechung ausgingen. Hätte der Gesetzgeber sie nicht gewollt, so brauche er nur den Maßgeblichkeitsgrundsatz abzuschaffen.²³⁹ Dies ist sicherlich richtig. Für den Anwender des Handelsbilanzrechts resultiert aus diesem Umstand aber ein ständiger Rechtfertigungsdruck: Es wird der Eindruck vermittelt, Abweichungen von den auf dem Gebiet des Steuerbilanzrechts gefundenen Ergebnissen müssten besonders begründet werden. Auch dieser Rechtfertigungsdruck lässt sich positiv wenden. So trägt er wohl zur Ausrichtung der Handelsbilanz am Vorsichtsprinzip bei: Insofern der Bilanzierende im Interesse einer günstigen Außendarstellung dazu motiviert sein könnte, sich „reich zu rechnen“, wird er durch seine gegenläufigen Interessen im Rahmen der Steuerbilanzierung zur Zurückhaltung und vorsichtigeren Ansätzen motiviert.²⁴⁰ Es kann also davon die Rede sein, dass die dem derzeitigen System inhärente Rückwirkung auf die Handelsbilanzierung fruchtbare „Checks and Balances“ entstehen lässt.

Nicht außer Acht gelassen werden darf aber, dass hierdurch die Legitimität des Rechtsgebiets weiter abnimmt. Denn es besteht, wie *Schön* ausführt,²⁴¹ aufgrund der faktischen Rückwirkung die „permanente[...] Gefahr“, dass die Aussagekraft einer nach den rechtlichen Regelungen erstellten Handelsbilanz durch (indirekte) 9 ursprünglich allein fiskalpolitisch motivierte Einflüsse kompromittiert wird. Die finanzgerichtliche Rechtsprechung wird sich zwar immer ihrer Bedeutung für die

238 *Hennrichs* DStJG 24 (2001), 301 (306).

239 *Beisse* StUW 1984, 1 (10).

240 Vgl. grundlegend *Döllerer* BB 1971, 1333 (1334); s. auch *Crezelius* DB 1994, 689 f.; *Schön* ZHR 161 (1997), 133 (142).

241 *Schön* ZHR 161 (1997), 133 (143); zur Gegenauaffassung etwa *Crezelius* DB 1994, 689 (691).

Handelsbilanzierung bewusst sein, sie vermag es aber bereits aufgrund ihrer Aufgabenstellung nicht, sich dem Ziel einer Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsordnung, also einer steuer- und handelsbilanzrechtlichen Wertungen gleichermaßen berücksichtigenden Fortbildung der Bilanzierungsprinzipien, zu verschreiben. Insofern *Beisse*²⁴² – zu Recht – von einem durch die Judikatur erarbeiteten einheitlichen „Kernbereich“ von Bilanzsteuerrecht und Handelsbilanzrecht ausgeht, wurde seine Entstehung also jedenfalls nicht bewusst betrieben. Vielmehr schwebt die Handelsbilanz „im Rechtssinne“ gerade aufgrund der voranschreitenden rein steuerlich beeinflussten Auslegung der ihr zugrundeliegenden Normen permanent in der Gefahr, in der Außenwahrnehmung als unbrauchbar zu erscheinen.

II. Ausdifferenzierung bilanzrechtlicher Normen

- 10 Dem bilanzrechtlichen Ausdifferenzierungsprozess steht als Hürde zunächst entgegen, dass der bilanzrechtliche Normenbestand erst vor verhältnismäßig kurzer Zeit eindeutig geschlossen wurde (1. a.) und sich politische Macht nur gehemmt in Bilanzrechtsnormen Bahn bricht (1. b.). Darüber hinaus erschwert das Festhalten am Zentralbegriff der Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung das normative Vertrauen im Hinblick auf Rechnungslegungserwartungen (1. c.). Für zusätzliche Akzeptanzprobleme sorgt der früh eingesetzte europäische Einfluss (1. d.). Insofern der Blick auf die Vorzeichen, unter welchen bilanzrechtliche Rechtsentwicklung stattfindet, erweitert wird, fällt auf, dass dem Rechtsgebiet aufgrund der ihm kaum zuteilwerdenden politischen Aufmerksamkeit rechtspolitische Diskussionen fremd sind (2. a.). Insbesondere unterliegt die Bilanzierung, anders als es die landläufige Einstufung des Bilanzrechts als öffentliches Recht suggerieren würde, selten interventionistischen Eingriffen. Regulierung erfolgt hier zudem häufig prozyklisch, also als Antwort auf tatsächliche oder vermeintliche Krisen, und wiederum nicht aufgrund eines eigenständigen politischen Gestaltungswillens (2. b.). Schließlich steht die staatliche Bilanzrechtsordnung unter einem beständigen Evolutions- und Rechtfertigungsdruck, dem sie bei der Konzernrechnungslegung bereits nachgeben musste, ohne dass die Fernwirkungen dieses Nachgebens bislang eindeutig geklärt wären (2. c.).

242 Vgl. in diese Richtung gehend aber die Ausführungen von *Beisse* StuW 1984, 1 (2), der von einem durch die Judikatur erarbeiteten einheitlichen „Kernbereich“ von Bilanzsteuerrecht und Handelsbilanzrecht spricht; ähnlich zuvor bereits *ders.* BB 1980, 637 (645 f.); vgl. ähnlich *Wüstemann/Wüstemann* Zbf 79 (2009), 31 (35).

1. Der vergangene und gegenwärtige Ausdifferenzierungsprozess

a. Späte eindeutige Schließung des Normenbestands

Erst das BiRiLiG von 1985, welches im 3. Buch des HGB zentrale und für alle 11 Kaufleute Anwendung findende Regelungen schuf, ist als ernsthafter Versuch anzuerkennen, das Bilanzrecht zu einem selbstreferentiellen System staatlichen Rechts im Sinne einer Einheitskodifikation zu schließen.²⁴³ Seither ist allein das sich an große, nicht als Kapitalgesellschaften organisierte Unternehmen richtende Publizitätsgesetz von 1969 (PublG) nicht in das HGB integriert, sondern wird bloß inhaltlich mit den §§ 238 ff. HGB abgestimmt.²⁴⁴ Vor dem BiRiLiG gab es zwar bereits staatliche Teilregelungen, die jedoch nicht den Anspruch einer vollständigen Kodifikation erheben konnten und wollten.²⁴⁵ So enthielt das ADHGB in seinen Art. 28 ff. einen Abschnitt zu den „Handelsbüchern“, der 1897 „nahezu unverändert“²⁴⁶ in das am 1.1.1900 in Kraft getretene HGB (§§ 38 – 43) übernommen wurde. Daneben wurden Regelungen zur Beweiskraft ordnungsgemäß geführter Handelsbücher (Art. 34 ff.) und ihrer Einbeziehung in Prozesse (Art. 37 ff.) getroffen (später §§ 45 und 46 HGB). Aktiengesellschaften sollten darüber hinaus die Grundsätze, nach welchen die Bilanz zur erstellen und der Gewinn zu berechnen und auszuzahlen ist, sowie die Art und Weise, wie die Prüfung der Bilanz erfolgt, in ihren Gesellschaftsvertrag aufnehmen (Art. 209). Zu im engeren Sinne materiell-bilanzrechtlichen Fragen wurde hier aber noch keine Stellung genommen.²⁴⁷

Die heute als Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung bekannten (materiell-bilanzrechtlichen) Bilanzierungsprinzipien wurden erst im Zuge einer Reihe von Reformen zum Ende des 19. Jahrhunderts teilweise ausformuliert.²⁴⁸ Auch infolgedessen waren sie aber Bestandteil des aktienrechtlichen ADHGB-Teils und galten zunächst einmal nur für die Bilanzierung der Aktiengesellschaften. Es wurden zudem nur mittelbare Ausschüttungssperren für die AG errichtet, wohingegen es noch kein Reformziel war, allgemeine, rechtsformunabhängige Gewinnermittlungs-vorschriften zu formulieren.²⁴⁹ Aus diesem Grund fanden die erdachten Regeln ursprünglich keinen Eingang in das HGB, sondern wurden in das 1937 in Kraft

243 Hennrichs, Wahlrechte im Bilanzrecht, S. 79 drückt es so aus, dass das Handelsbilanzrecht erst seither unzweifelhaft einen Teil der Rechtsordnung bilde.

244 Vgl. zum Ganzen Merkt, in: Hopt, HGB, 42. Aufl. 2023, Einl. vor § 238 Rn. 2.

245 Vgl. zur Historie des deutschen Bilanzrechts etwa Barth, Die Entwicklung des deutschen Bilanzrechts, S. 74 ff., 284 ff.; Gefßler, in: Muthesius, 75 Jahre Deutsche Treuhand-Gesellschaft 1890 – 1965, S. 133 ff.; Benston/Bromwich/Litan/Wagenhofer, in: dies., Worldwide Financial Reporting, S. 106 ff.

246 Vgl. zu dieser Wertung Schön ZHR 161 (1997), 133 (135); vgl. auch Ballwieser, in: FS Clemm, 1996, S. 1 (4).

247 Näher zum Ganzen Barth, Die Entwicklung des deutschen Bilanzrechts, S. 68, 79 ff.; Gefßler, in: Muthesius, 75 Jahre Deutsche Treuhand-Gesellschaft 1890 – 1965, S. 133 ff.

248 Vgl. Benston/Bromwich/Litan/Wagenhofer, in: dies., Worldwide Financial Reporting, S. 106 (108).

249 Moxter ZVglRWiss 103 (2004), 268 (269).

tretende Aktiengesetz übernommen (vgl. dessen Teil zur Rechnungslegung in den §§ 125 ff.) und dort ausgebaut (vgl. §§ 129 ff. AktG 1937). Auf diesem Weg gelangten sie später in das AktG 1965.²⁵⁰ Daneben gab es fortlaufend Teilbilanzierungsregeln, die auf die GmbH oder einzelne Branchen (Kreditinstitute, das Versicherungswesen) zugeschnitten waren.²⁵¹ Zwar hatte sich bereits nach Inkrafttreten des AktG 1965 die Auffassung durchgesetzt, dass es sich bei den aktienrechtlichen Regelungen überwiegend um Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung handele, die gemäß § 39 HGB a.F. von jedem Kaufmann beachtet werden müssten,²⁵² die Rechtsformunabhängigkeit kam aber erst mit dem BiRiLiG auch im Gesetz zum Ausdruck.

b. Weitgehender Verzicht auf politische Weichenstellungen

- 13 Selbst die Einheitskodifikation im BiRiLiG sticht sodann durch einen sehr weitgehenden Verzicht auf rechtspolitische Weichenstellungen im Hinblick auf die materielle Rechnungslegung heraus. Dies ist allgemein nichts Ungewöhnliches, arbeitet das Recht doch, wie angesprochen, regelmäßig mit bereits vorliegendem Normmaterial und liest die Vergangenheit, als habe es immer schon Recht gegeben. So dienen bekanntlich auch vermeintliche Gesetzeswerke „aus einem Guss“, wie das BGB, bei näherer Betrachtung zumeist eher der systematischen und geordneten Sammlung bestehenden Rechts und dazu, Widersprüche zwischen gewohnheits-, richter- und gesetzesrechtlichen Regelungen aufzulösen.²⁵³ Weitergehende Versuche wären, wie *Shapiro* ausführt, auch oft zum Scheitern verurteilt. Denn die zukünftige Entwicklung einer Gesellschaft ist zu wenig vorhersehbar, als dass alle denkbaren Eventualitäten bedacht werden könnten. Außerdem würde eine Gesamtneukodifikation dem Gesetzgeber ein Bündel vieler harter Entscheidungen abverlangen, was politisch höchst risikoreich wäre.²⁵⁴
- 14 Im Gesetzesentwurf des BiRiLiG heißt es aber ausdrücklich, dass der Entwurf darauf verzichte, die Rechnungslegung über das unbedingt notwendige Maß hinaus im Einzelnen festzulegen. Es werde in das HGB nur ein bereits anerkannter Grundbestand von Buchführungs- und Bewertungsgrundsätzen aufgenommen.²⁵⁵ Insbesondere sollten sich für die Rechnungslegung der Aktiengesellschaft „kaum grundsätzliche Änderungen“ ergeben.²⁵⁶ Zum Ausdruck kommt das auffällige Schweigen der Politik darüber hinaus insbesondere im Fehlen aussagekräftiger gesetzlicher Defini-

²⁵⁰ Vgl. dazu *Benston/Bromwich/Litan/Wagenhofer*, in: dies., Worldwide Financial Reporting, S. 106 (109); *Ballwieser* FS Clemm, 1996, S. 1 (5 f.).

²⁵¹ S. insofern *Schön* ZHR 161 (1997), 133.

²⁵² Vgl. Begr. RegE BiRiLiG, BT-Drucks. 10/317, S. 65.

²⁵³ Vgl. aus rechtshistorischer Perspektive nur *Haferkamp*, Das BGB, S. 81 ff.

²⁵⁴ Zum Ganzen, *Shapiro*, Legality, S. 199.

²⁵⁵ Begr. RegE BiRiLiG, BT-Drucks. 10/317, S. 68.

²⁵⁶ Begr. RegE BiRiLiG, BT-Drucks. 10/317, S. 68.

tionen der in das HGB übernommenen bilanzrechtlichen Grundbegriffe (vgl. dazu noch § 6 A.). Es wurde auch keine Rechtsverordnung zum HGB vorgesehen, die detailliertere Bilanzierungsanweisungen formulieren würde. Auffällig ist diese Leerstelle vor allem deshalb, da sich die Situation in Deutschland dadurch grundlegend von derjenigen etwa in Frankreich oder in Spanien unterscheidet. So übernimmt in Spanien das an das Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital angegliederte (staatliche) Instituto de Contabilidad y Auditoria de cuentas (ICAC) die Detailregelung, indem es Stellungnahmen zur Rechnungslegung veröffentlicht und den Rechtsanwendern die Möglichkeit bietet, Nachfragen zu Zweifelsfragen zu stellen, die dann mit Antwort veröffentlicht werden.²⁵⁷ Angesichts dessen wird schon seit Jahren eine Reform der europäischen Bilanzrichtlinien bzw. des nationalen Bilanzrechts gefordert. Man wünscht sich dabei, etwa aufseiten des Arbeitskreises Bilanzrecht Hochschullehrer Rechtswissenschaft, vor allem eine ausführlichere Grundbegriffsdefinition.²⁵⁸

c. Beispiel: „Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung“

Fortdauernde Zweifel daran, ob das Bilanzrecht in seiner durch das BilRiLiG gefundenen Form nunmehr systematisch geschlossen ist, muss aber vor allem die zentrale Figur der „Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung“ (GoB) wecken. Der andauernde Streit um den Bedeutungsgehalt der GoB und das Ausbleiben eines klaren Wandels dieses Bedeutungsgehalts erschweren es erheblich, zu bestimmen, wann eine Bilanznorm als Bilanzrechtsnorm produziert wurde. Die Folge davon ist, dass die Bilanzierenden nicht sicher wissen, mit welchen ihrer normativen Erwartungen sie sozialen Rückhalt finden.

So geht *Luhmann* davon aus, dass man, nur durch die Beobachtung des rekursiven Netzwerks ihrer Erzeugung feststellen kann, ob eine Norm eine Rechtsnorm ist oder nicht. Es soll also maßgeblich auf einen nachvollziehbaren Normproduktionszusammenhang ankommen.²⁵⁹ Denn nur durch Beobachtung des im Rechtssystem

15

²⁵⁷ Vgl. Real Decreto 302/1989, de 17 de marzo, por el que se aprueba el estatuto y la estructura organica del instituto de contabilidad y auditoria de cuentas, BOE número 77 de 31 de marzo de 1989, BOE-A-1989-7103; Real Decreto 296/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el régimen simplificado de la contabilidad, BOE número 50 de 27 de febrero de 2004, páginas 9248 a 9259, BOE-A-2004-3634; Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea, BOE o. 160 de 5 de julio de 2007, páginas 29016 a 29047, BOE-A-2007-13023.

²⁵⁸ Vgl. *Arbeitskreis Bilanzrecht Hochschullehrer Rechtswissenschaft*, Stellungnahme zur Konsultation der EU-Kommission betreffend IFRS für KMU, 15.3.2010, S. 10, abrufbar unter: https://bilanzrecht.uni-koeln.de/fileadmin/sites/ak-bilanzrecht/AK-BilR_StN_IFRS_for_SMEs_de.pdf, letzter Abruf: 5.5.2023. Vgl. auch *Hennrichs*, in: *Hennrichs/Schruff*, Stand und Perspektiven des europäischen Bilanzrechts, S. 19: eine echte Herkulesaufgabe.

²⁵⁹ *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, S. 138. Auch bei *Kelsen*, Reine Rechtslehre (Studienausgabe), S. 75, 84 ist davon die Rede, dass eine Norm stets nur dann als Rechtsnorm gelte, wenn sie auf eine bestimmte

beständig wiederholten Normproduktionszusammenhangs gewinnen normative Erwartungen eine höhere Sicherheit als bloße Projektionen, Vorhaben und Kommunikationsversuche.²⁶⁰ Zwar werden Erwartungen, die nicht als ausnahmslos sicher festgelegt sind, durch einzelne Störungen noch nicht zerstört,²⁶¹ die GoB sind aber wohl unstrittig eine ganz, wenn nicht *die* zentrale Figur des Bilanzrechts.

aa. Klarheit trotz Wandel im Normproduktionsprozess

- 17 Eine gesetzliche Vorgabe, dass sich die Bilanzierung nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung richten muss, fand sich etwa schon in § 38 Abs. 1 HGB a.F, wobei ihre Aufnahme in das Gesetz dem HGB-Gesetzgeber ein besonderes Anliegen war.²⁶² Die Regelung sollte sowohl für die formale als auch für die materielle Seite der Buchführung Bedeutung haben.²⁶³ Ursprünglich war dieser Verweis vom systemtheoretischen Standpunkt aus gesehen unproblematisch, weil sich der Einzelne über den Produktionsprozess der Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung sicher sein und so (wenngleich etwas mühevoll) absehen konnte, welchem Grundsatz Rechtsnormcharakter zukam. So sollten die Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung jedenfalls seit den Zeiten *Paciolis* die „Gepflogenheiten sorgfältiger Kaufleute“²⁶⁴ bzw. die sich gewohnheitsmäßig im Handelsstand entwickelten Methoden²⁶⁵ sein (vgl. bereits § 4 B.). Auch mit dem neuen HGB sollte sich der Verweischarakter zunächst nicht ändern. Statt die Buchführung „in starre Gesetzesvorschriften“ zu zwängen, wollte man, dass „wie früher [...] die kaufmännische Gewohnheit gelten und sich weiterentwickeln“ sollte.²⁶⁶ Der Verweis auf die GoB

Weise zustande gekommen, nach einer ganz bestimmten Regel erzeugt, nach einer spezifischen Methode gesetzt wurde. Das Recht regele seine eigene Erzeugung, und zwar in der Weise, dass die eine Rechtsnorm das Verfahren, in dem eine andere Rechtsnorm erzeugt wird, und – in verschiedenem Grade – auch den Inhalt der erzeugenden Norm regele. Nach *Raz, Authority of Law*, S. 42 ff., 48, 51 werde eine Regel, wenn sie als rechtsverbindlich gekennzeichnet werde, verbindlich. Dieser Kennzeichnungsakt zeige an, dass es in einer Gesellschaft eine Institution gibt, die über die Gesellschaftsmitglieder Autorität beansprucht und sie verpflichtet, sich an bestimmte Regeln zu halten, nur weil diese vorgebliche Autorität sie herausgegriffen hat und nicht, weil sie aus anderen Gründen gerechtfertigt sind. Bei *Hart, Concept of Law*, S. 94, 98, 239 (postscript) der sich besonders eignet, um die Ausführungen *Luhmanns* zu ergänzen, da er ausdrücklich eine deskriptive Theorie davon, was Recht ist, anstrebt (vgl. dazu auch *Pirie Jurisprudence* 14 (2023) 1 (9)), ist insofern von der „Rule of Recognition“ die Rede, die uns sage, wann man es mit einer rechtlichen Regel erster Ordnung (Primärregel) zu tun habe.

260 *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, S. 138.

261 *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, S. 138.

262 Vgl. (Zweiter) Entwurf eines Handelsgesetzbuches nebst Denkschrift in der Fassung der dem Reichstag gemachten Vorlage, Berlin 1987. Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuches und eines Einführungsgesetzes, Reichstag, 9. Legislaturperiode, IV. Session 1895/97 zu Nr. 632 S. 44; sowie zur Entstehungsgeschichte *Lehmann*, in: Düringer-Hachenburg, HGB, 3. Aufl. 1930, § 38 HGB Anm. 15; *Penndorf*, Geschichte der Buchhaltung in Deutschland, S. 238.

263 *Lehmann*, in: Düringer-Hachenburg, HGB, 3. Aufl. 1930, § 38 HGB Anm. 19.

264 *Lehmann*, in: Düringer-Hachenburg, HGB, 3. Aufl. 1930, § 38 HGB Anm. 15.

265 *Lehmann*, in: Düringer-Hachenburg, HGB, 3. Aufl. 1930, § 38 HGB Anm. 16.

266 *Lehmann*, in: Düringer-Hachenburg, HGB, 3. Aufl. 1930, § 38 HGB Anm. 15.

war also selbst dann noch bloß eine besondere Ausformung des handelsrechtlichen Gebots der Rücksichtnahme „auf die im Handelsverkehre geltenden Gewohnheiten und Gebräuche“ (§ 346 HGB).²⁶⁷ Das staatliche Recht nahm sich aus diesem speziellen Normerzeugungsprozess fast völlig heraus, wenn man den Ausführungen *Lehmanns* im Düringer-Hachenburg Kommentar zu § 38 HGB a.F. Glauben schenkt. *Lehmann* schreibt, dass die Buchführung bereits dann als der gesetzlichen Regelung genügend anzusehen sei, sofern sie nur „ein brauchbares Bild von dem Geschäft und der Vermögenslage gewährt.“²⁶⁸ Das staatliche Recht wolle die Normerzeugung nämlich nur insofern anleiten, als sich die Rechnungslegenden an den Handelsbräuchen von „sorgfältigen“ Kaufleuten orientieren²⁶⁹ und die „einschlägigen Lehrbücher der Buchhaltung“ zu Rate ziehen sollten.²⁷⁰ Allerdings wird dieses noch scheinbar klare Bild bereits dadurch eingetrübt, dass das HGB in den §§ 39 ff. a.F. – wie angesprochen – schon grundlegende materielle und nicht nur technisch-formale Bestimmungen zum Inhalt der Bilanz enthielt. Die Bilanzierenden konnten sich aber zumindest weitgehend darauf verlassen, dass das staatliche Recht insofern nur einen Minimalbestand an Bilanzrechtsnormen erzeugen wollte.

Die überwiegend klaren Verhältnisse lösten sich auch dann nicht auf, als die Rolle der „Handelsbräuche“ für die GoB, insbesondere durch *Johann Wilhelm Eugen Schmalenbach* präzisiert wurde. *Schmalenbach* setzte sich als einer der ersten aus betriebswirtschaftlicher Sicht mit der Bilanz und ihrem Aussagegehalt auseinander. Vor allem aber konnte er, so drückt es *Moxter* aus, unter dem Eindruck einer Verschlechterung der kaufmännischen Verhaltenssitten im Zuge von Krieg und Kriegsfolgen, also radikaler Besteuerung, Inflation und Weltwirtschaftskrise, dem noch vom Gesetzgeber des HGB zugrunde gelegten Narrativ einer „ehrabaren“ Rechnungslegung der Kaufmannsmehrheit nicht mehr folgen.²⁷¹ In der Folge kam er zu

267 Vgl. *Wüstemann/Wüstemann* Zbf 79 (2009), 31 (35); *Schön* ZHR 161 (1997), 133 (144); *Moxter* Zbf-Sonderheft 32/1993, 61 (65).

268 *Lehmann*, in: Düringer-Hachenburg, HGB, 3. Aufl. 1930, § 38 HGB Anm. 16.

269 Vgl. auch bereits *Rehm*, Die Bilanzen der Aktiengesellschaften, 1. Aufl. 1903, S. 60, demzufolge sich die Grundsätze kaufmännischer Buchführung „nicht am Einzel-, sondern am Durchschnittsbetrieb, an dem, was der verständige, der ordentliche Kaufmann derselben Branche tut“ bildeten. In der zweiten, völlig umgearbeiteten Auflage seines Werks von 1914 formuliert er dann anders (s. auch sogleich). Dort heißt es, dass die Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung, die grundlegenden Bestimmungen kaufmännischer Buchführung seien und „für alle Handelsbücher dieselben“ (vgl. *Rehm*, Die Bilanzen der Aktiengesellschaften, 2. Aufl. 1914, S. 91).

270 *Lehmann*, in: Düringer-Hachenburg, HGB, 3. Aufl. 1930, § 38 HGB Anm. 16. Vgl. zum Ganzen auch *Moxter* ZGR 1980, 254 (257 f.); Die (ursprüngliche) Erwähnung der GoB im HGB habe nur dazu gedient, „schwarze Schafe“ unter den Kaufleuten zu isolieren; ähnlich die historische Einordnung bei *Pöschke*, in: *Staub*, HGB, § 238 Rn. 39 f.: Vom historischen Gesetzgeber sei ein bloßes Buchführungskonzept verfolgt worden; ähnlich: *Penndorf*, Geschichte der Buchhaltung in Deutschland S. 238: Wie die Bücher geführt werden müssten, sollte nach den Gepflogenheiten sorgfältiger Kaufleute zu beurteilen sein, diese Anforderungen könnten aber je nach dem Gegenstande, der Art und insbesondere dem Umfange des Geschäfts verschieden sein; *Wüstemann/Wüstemann*, in: *FS Krawitz*, 2010, S. 751 (754).

271 *Moxter* ZGR 1980, 254 (257 f.).

dem Ergebnis, dass es bei den GoB und ihrer Ermittlung richtigerweise „weniger darauf an[komme], was man in der Praxis tut, als was man in der Praxis, und zwar in der Praxis ordentlicher und ehrbarer Kaufleute für richtig hält“²⁷². Der Kaufmann solle mithin nicht in der Lage sein, an seinen Partikularinteressen ausgerichtete, wirtschaftlich unverständige Buchungen durch die eigene entsprechende Praxis zu legitimieren.²⁷³ Es ist fraglich, was an dieser Überzeugung etwa im Lichte von *Paciolis* tatsächlich neu war.²⁷⁴ So vertrat beispielsweise auch *Hermann Rehm* bereits 1903 die Auffassung, dass das Recht ordnend an die Bilanz der kaufmännischen Unternehmung herantrete, „nicht wegen der Bedeutung, welche der Rechnungsabschluss für den Unternehmer selbst besitzt, sondern (...) wegen seiner Bedeutung für die Gläubiger und Gesellschafter desselben und solche, die das eine oder andere werden wollen“²⁷⁵. Jedenfalls änderte sich aber durch die Zugrundelegung von *Schmalenbachs* Überzeugung noch nichts am Normproduktionsprozess und den daran anknüpfenden normativen Erwartungen. Denn *Schmalenbach* ging wohl noch davon aus, dass auch (verbindliche) GoB empirisch-induktiv im Wege einer Feststellung der tatsächlichen Übungen und Gebräuche der ordentlichen und ehrbaren Kaufleute zu ermitteln seien, d.h. indem im Wege der statistischen Erhebung das Handeln (eines Teils) der Bilanzierungspraxis beobachtet wird.²⁷⁶ Dieses Konzept der Normproduktion ist dem Recht, man denke nur an das Gewohnheitsrecht, wohlbekannt.

- 19 Selbst die steuerbilanzrechtliche Rechtsprechung vertrat zunächst noch eine ähnliche Überzeugung. Exemplarisch wird in einem Urteil des IV. Senats des BFH aus dem Jahre 1966 davon gesprochen, dass sich der Inhalt der GoB, in erster Linie nach dem richte, „was das allgemeine Bewußtsein der anständigen und ordentlichen Kaufmannschaft, die der Verpflichtung zur Ersichtlichmachung der Geschäftsvorfälle und der Lage des Vermögens sorgfältig nachkommen will, hierunter versteht.“ Für das Gericht seien bei der Ermittlung der an die Ordnungsmäßigkeit der Buchführung zu stellenden Anforderungen „Gewohnheiten und Bräuche der

272 Vgl. *Schmalenbach*, ZfH 27 (1933), 225 (232).

273 Vgl. aus der zeitgenössischen Literatur *Wüstemann/Wüstemann*, in: FS Krawitz, 2010, S. 751 (755): Es dürfe nicht dem Kaufmann überlassen werden, „inwieweit er seinen Zahlungsverpflichtungen und seiner Rechenschaftspflicht nachkommen will“; ähnlich *Baetge/Kirsch/Thiele*, in: Kütting/Weber, 13. EL 2011, Kap. 4 Rn. 10; *Moxter*, Grundsätze ordnungsgemäßer Rechnungslegung, 2003, S. 10; *Euler*, Grundsätze ordnungsmäßiger Gewinnrealisierung S. 15 f.: die „Bilanzierungsfreiheit“ sei unzweckmäßig geworden; vgl. zur Kritik gegenüber einer sich an einer vermeintlich „gängigen Praxis“ orientierenden Gesetzgebung im Hinblick auf § 256a HGB auch *Hommel/Laas* BB 2008, 1666 (1667 f.).

274 Vgl. aber *Schön* ZHR 161 (1997), 133 (144): „entscheidende[r] Schritt vom ‚Sein‘ zum ‚Sollen‘.“

275 *Rehm*, Die Bilanzen der Aktiengesellschaften, 1. Aufl. 1903, Vorwort, S. III. Im Vorwort der zweiten Auflage seines Werks von 1914 heißt es ebenso deutlich: „das wichtigste an der Jahresbilanz ist die richtige Bewertung. Die Aktiva dürfen nicht über, die Passiva nicht unterbewertet werden“ (*Rehm*, Die Bilanzen der Aktiengesellschaften, 2. Aufl. 1914, Vorwort, S. V.).

276 Vgl. *Schmalenbach*, ZfH 27 (1933), 255 (231ff.); zu dieser Beobachtung auch etwa *Baetge/Kirsch/Thiele*, in: Kütting/Weber, 13. EL 2011, Kap. 4 Rn. 8, 9.

Kaufmannschaft“ von besonderer Bedeutung.²⁷⁷ Der BFH sorgte allein insofern für eine wichtige Klarstellung, als er damit begann, ein aus rechtstheoretischer Sicht unproblematisches Prinzip des geschriebenen Rechts über das Gewohnheitsrecht der Bilanzierung herauszustellen. Den Anstoß dazu hatte mit Georg Döllerer ein Jurist gegeben, der bereits 1959 schrieb, dass kaufmännische Auffassung und Übung nur als Hilfe bei der Ermittlung der Grundsätze ordnungsmäßiger Bilanzierung zu verwenden seien.²⁷⁸ Im Anschluss an ihn führte der IV. Senat im bereits angesprochenen Urteil von 1966 weiter aus, dass aus Gewohnheiten und Bräuchen der Kaufmannschaft dann keine Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung hergeleitet werden könnten, sofern sie „mit positiv-rechtlichen Regelungen in Widerspruch stehen“. Solche Gewohnheiten und Gebräuche seien nicht ohne weiteres selbst schon dann den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung gleichzusetzen, wenn sie von den meisten Kaufleuten lange Zeit hindurch unangefochten geübt werden.²⁷⁹ Nur wenige Jahre später formte der I. Senat des BFH diese Auffassung weiter aus, indem er die rechtsformspezifischen gesetzlichen Bilanzregeln für Aktiengesellschaften und GmbH als rechtsformneutrale GoB für das gesamte Gebiet des Bilanzsteuerrechts anerkannte.²⁸⁰

Bereits früh positionierte sich der BFH auch relativ eindeutig dahingehend, dass er die andauernde gewohnheitsrechtliche Entwicklung von GoB für abgeschlossen hielt. So heißt es in einer Entscheidung des I. Senats aus dem Jahr 1961, dass die Grundsätze ordnungsmäßiger Bilanzierung die Regeln seien, nach denen der Kaufmann zu verfahren hat, um zu einer dem gesetzlichen Zweck entsprechenden Bilanz zu gelangen, nicht aber die Regeln, die tatsächlich eingehalten werden. Für ihre Ermittlung könne freilich die tatsächliche Übung der Kaufleute eine wichtige Erkenntnisquelle sein; aber sie habe nicht die Kraft, Grundsätze ordnungsmäßiger Bilanzierung rechtsschöpferisch zu gestalten.²⁸¹ Damit wird der Vorstellung, dass der Handelsbrauch über die bereits seit *Paciolis* Zeiten entwickelten GoB noch neue, weitere Rechtsnormen hervorbringen könne, ein Riegel vorgeschoben.²⁸² Diese Auffassung überzeugt erst Recht, seit durch das BilRiLiG alle zentralen, zunächst ge-

277 BFH Urt. v. 12.5.1966 – IV 472/60 = BFHE 86, 118 = BStBl. III 1966, 371 = BeckRS 1966, 21000511.

278 Döllerer BB 1959, 1217 (1220).

279 BFH Urt. v. 12.5.1966 – IV 472/60 = BFHE 86, 118 = BStBl. III 1966, 371 = BeckRS 1966, 21000511.

280 Vgl. BFH I 208/63; BFHE 89, 191, BStBl. III 1967, 607; BFHE 95, 31, BStBl. II 1969, 291, beruhend auf den Vorarbeiten von Döllerer BB 1959, 1217 (1218 f.); vgl. dazu etwa *Moxter*, Bilanzrechtsprechung, § 1, S.1 f.; *Wüstemann/Wüstemann*, in: FS Krawitz, 2010, S. 751 (756); *Schön* ZHR 161 (1997), 133 (145): Das Aktienbilanzrecht wurde damit „zum „Schrittmacher“ der allgemeinen kaufmännischen Rechnungslegung“ erklärt.

281 BFH Urt. v. 31.5.1967 – I 208/63 = BFHE 89, 191 = BStBl. III 1967, 607 = BeckRS 1967, 21000867; sich daran anschließend: BFH Beschl. v. 3.2.1969 – GrS 2/68 = BFHE 95, 31 = BStBl. II, 1969, 291 = BeckRS 1969, 21000902.

282 Vgl. zu teilweise abweichenden Deutungen *Pöschke*, in: Staub, HGB, § 238 Rn. 35; *Merkt*, in: Hopt, HGB, § 238 Rn. 12; *Wüstemann/Wüstemann*, in: FS Krawitz, 2010, 751 (755); *dies.* Zfbf 79 (2009), 31 (35).

wohnheitsrechtlich erarbeiteten und dann durch Gesetzgeber und Rechtsprechung bestätigten GoB mehr oder weniger eindeutig Eingang in gesetzliche Regelungen gefunden haben (vgl. insbesondere § 252 HGB).²⁸³ Von Gewohnheitsrecht und Handelsbräuchen sind diese Normen ebenso weit entfernt, wie etwa von DIN-Normen.²⁸⁴

bb. Verunklarung durch Gesetzesrecht

- 21 Im Lichte der dargestellten Entwicklung wird deutlich, dass das normative Erwarten und damit die Funktion des Bilanzrechts heute primär durch § 238 Abs. 1 Satz 1 HGB beeinträchtigt werden, wonach der Kaufmann verpflichtet ist, „seine Handelsgeschäfte und die Lage seines Vermögens“ in seinen Büchern „nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung ersichtlich zu machen“. Daneben ist § 243 Abs. 1 HGB zu nennen, wonach der Jahresabschluss „nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung“ aufzustellen ist. Denn beide Verweise suggerieren fortlaufend die Existenz „ungeschriebenen“ Bilanzrechts, obwohl diese Annahme eigentlich längst überkommen ist (vgl. auch noch die Bezugnahme auf die GoB in § 264 Abs. 2 Satz 1 HGB und § 297 Abs. 2 Satz 2 HGB). Der gesetzliche Verweis auf die GoB war schon vor dem BilRiLiG fragwürdig, seit der vollumfänglichen Verschriftlichung der GoB erweist er sich aber eindeutig als Hemmschuh des bilanzrechtlichen Ausdifferenzierungsprozesses. Unproblematisch wäre er allenfalls dann, wenn er als (rein deklaratorische) Bindung der Rechtsanwender an das HGB gelesen würde,²⁸⁵ was aber nicht durchgängig geschieht. Vielmehr ist in der Literatur weiterhin davon die Rede, dass es neben den kodifizierten auch ungeschriebene GoB gebe, denen ebenfalls ein – wie auch immer gearteter – rechtlicher Geltungsanspruch zukäme.²⁸⁶ Solange zugleich davon ausgegangen wird, dass diese „ungeschriebenen“ GoB nicht mehr gewohnheitsrechtlich entstehen können, ergibt sich hieraus eine aus rechtsfunktionaler Sicht fatale Paradoxie.

283 Ähnlich das Fazit bei *Justenhoven/Usinger*, in: BeckBilKomm, § 243 HGB Rn. 19; vgl. auch *Hennrichs*, in: *Tipke/Lang, Steuerrecht*, § 9 Rn. 51; *ders.*, *Wahlrechte im Bilanzrecht*, S. 80 f.

284 Vgl. dazu *Pöschke*, in: *Staub, HGB*, § 238 Rn. 35; *Merkt*, in: *Hopt, HGB*, § 238 Rn. 12.

285 So werden die GoB in der betriebswirtschaftlichen Literatur teilweise als „Elemente einer für die Rechnungslegung aller Kaufleute geltenden Generalnorm“ bezeichnet (vgl. *Adler/Düring/Schmaltz*, § 264 Rn. 59, 93; *Siebler*, *Internationalisierung der Rechnungslegung*, S. 192), was eben die dargestellte Eigenschaft zum Ausdruck bringt.

286 Vgl. etwa *Böcking/Gros*, in: *E/B/J/S*, § 243 Rn. 6; *Leffson*, *Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung*, S. 152 ff.; *Kahle*, *Internationale Rechnungslegung*, S. 171; *Coenenberg/Haller/Schultze*, *Jahresabschluss und Jahresabschlussanalyse*, S. 47; *Siebler*, *Internationalisierung der Rechnungslegung*, S. 196; *Beisse*, in: *FS Müller*, 2001, S. 731 (736 ff.).

cc. Exkurs: Rechtspolitischer Vorschlag

Alles in allem erweisen sich die „Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung“ damit 22 als ein Begriff, der als Terminus technicus in der Vergangenheit zweifellos seinen Zweck erfüllt hat, aus heutiger Sicht aber historischen Ballast bildet. Indem er fortlaufend die Existenz von außerrechtlichen Bilanzierungsregeln suggeriert, deren normativer Produktionsprozess jedoch letztlich unklar bleiben muss, steht er der Ausdifferenzierung des Bilanzrechts entgegen. Die Auswirkungen des geschilderten Problems beschränken sich dabei nicht auf das Gebiet des Handelsbilanzrechts. Im Steuerbilanzrecht bietet die Bezugnahme auf die „handelsrechtlichen Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung“ in § 5 Abs. 1 Satz 1 EStG (Maßgeblichkeitsprinzip) Anlass zu vergleichbaren Unklarheiten. So wurde in der Literatur etwa vehement darüber diskutiert, ob hier tatsächlich „sämtliche geschriebenen und ungeschriebenen Gewinnermittlungsregeln“ des HGB in Bezug genommen würden.²⁸⁷ Es wäre der Bilanzrechtsdogmatik sehr geholfen, wenn der Verweis *de lege ferenda* aus dem HGB getilgt würde.

d. Akzeptanzprobleme infolge europäischer Beeinflussung

Als hinderlich für den Ausdifferenzierungsprozess des Bilanzrechts hat es sich darüber hinaus erwiesen, dass es bereits zu einem Zeitpunkt detaillierten Vorgaben des europäischen Rechts unterworfen wurde, als die nationale Entwicklung des Rechtsgebiets noch in den sprichwörtlichen Kinderschuhen steckte.²⁸⁸ Damit ist der Umstand angesprochen, dass das BilRiG 1985 nicht nur erstmalig die auf nationaler Ebene bis dato erarbeiteten Bilanzierungsprinzipien zusammenführte, sondern auch und vor allem der Umsetzung der Vierten²⁸⁹, Siebenten²⁹⁰ und Achten²⁹¹ Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts diente. Weiter verfestigt wurde der europäische Einfluss als 2013 die Vierte Richtlinie vom 25.7.1978 (sog. Bilanzrichtlinie) und die Siebente Richtlinie vom 13.6.1983 (sog. Konzernbilanzrichtlinie) durch die konsolidierte Richtlinie 2013/34/EU²⁹² ersetzt wurden. Für das Verständnis der Defizite des heutigen Rechts spielt der Aspekt der frühen Europäisierung eine zentrale Rolle. Denn in der Folge hielten fremde, aus der anglo-amerikanischen Praxis stammende, Bilanzierungsvorstellun-

287 Dafür *Hennrichs* DStJG 24 (2001), 301 (303); a.A. *Weber-Grellet* DB 1994, 2405 f.: „nicht jede einzelne handelsrechtliche Regelung und auch nicht die Vorschriften des HGB in ihrer Gesamtheit“ würden für maßgeblich erklärt; ebenso *ders.* DB 1997, 385 f.; *Schulze-Osterloh* ZGR 2000, 594 (595 f.).

288 Vgl. hierzu *Ebke/Schmidt*, in: MüKo-HGB, Vorwort Bd. 4; ähnlich *Schön* ZGR 2000, 706 (715); vgl. aus europäischer Perspektive auch *van Hulle* ZGR 2000, 537 ff., insb. 548 f.

289 Richtlinie 78/660/EWG des Rates v. 25.7.1978, ABl. EG Nr. L 222, S. 11.

290 Richtlinie 83/349/EWG des Rates v. 18.7.1983, ABl. EG Nr. L 193, S. 1.

291 Richtlinie 84/253/EWG des Rates v. 12.5.1984, ABl. EG Nr. L 126, S. 20.

292 Richtlinie 2013/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.6.2013, ABl. EU Nr. L 182, S. 19.

gen Einzug in das nationale Recht, ohne dass die hierdurch auftretenden Konflikte überzeugend gelöst wurden (aa.). Ungelöst ist bis heute auch der Einfluss, welchem dem EuGH bei der Auslegung des Bilanzrechts zukommt und speziell sein Einfluss auf die Steuerbilanzierung (bb.). Schließlich passt der Aufbau der europäischen Richtlinienbestimmungen „von oben nach unten“ nicht zur traditionellen Verfasstheit der deutschen Wirtschaft (cc.).

aa. Problematik der „großen Lösung“

- 24 Als bis heute problematisch erweist es sich zunächst, dass die ursprüngliche europäische Bilanzrichtlinie (die „Vierte Richtlinie“ 78/660/EWG) das Produkt eines „Geben und Nehmens“ zweier grundsätzlich unterschiedlicher Rechnungslegungsphilosophien war. Einerseits beruhte sie maßgeblich auf den Bestimmungen des deutschen AktG 1965, die auf diesem Wege in Europa zu geltendem Recht wurden. Andererseits nahm sie Einflüsse aus den durch die britische und US-amerikanische Rechnungslegungspraxis akzeptierten Rechnungslegungsstandards auf.²⁹³ Der Umstand, dass damit verschiedene Rechnungslegungskonventionen im europäischen Recht zusammenflossen, hätte sich nicht zwingend auf das deutsche Recht auswirken müssen. Denn aufgrund der funktionellen Kompetenzverteilung zwischen Europa und den Mitgliedstaaten ist das europäische Bilanzrecht nicht vollharmonisiert. Vielmehr bezieht sich die Bilanzrichtlinie 2013/34/EU – wie ihre Vorgängerrichtlinie – allein auf „Unternehmen bestimmter Rechtsformen“, zu denen in Deutschland Kapital- und ihnen gleichgestellte Gesellschaften zählen. Der deutsche Gesetzgeber entschied sich aber dazu, die europäischen Vorgaben mit den allgemeinen bilanzrechtlichen Regelungen verzahnen zu wollen. Vergleichbar mit dem Vorgehen im Rahmen der Schuldrechtsreform, optierte man bei der Richtlinienumsetzung für eine „große Lösung“, bei der die Richtlinienvorgaben sehr weitgehend „überschließend“ umgesetzt wurden. Zwar sind die durch das BilRiG eingeführten Bilanzrechtsnormen insofern deutlich zweigeteilt, als zwischen Vorschriften, die „für alle Kaufleute“ gelten (§§ 238 – 263 HGB), und ergänzenden Regelungen, die als rechtsformabhängiger Zusatz allein Kapital- bzw. diesen gleichgestellte Gesellschaften betreffen (§§ 264 – 335b HGB), unterschieden wird. Grundsätzlich ist das materielle europäisierte Bilanzrecht aber „rechtsformneutral“ ausgestaltet.²⁹⁴
- 25 Die Wahl einer „großen Lösung“ hat den Vorteil, dass dadurch einer Fragmentarisierung der Regelungsmaterie in einen europäischen und einen rein nationalen Teil entgegengewirkt wird. Insbesondere wird verhindert, dass die Rechnungslegungs-

293 Vgl. zur Entstehung der Vierten Richtlinie etwa *McLeay/Ordelheide/Young*, in: Leuz/Pfaff/Hopwood, *The Economics and Politics of Accounting*, S. 285 (286); *Schön* ZGR 2000, 706 (715 f.).

294 Vgl. Begr. RegE BiRiLiG, BT-Drucks. 10/317, S. 66 ff.; dazu auch etwa *Moxter* ZGR 1980, 254 (268).

vorgaben für (Einzel-)Kaufleute mangels wirtschaftlicher Relevanz ein isoliertes Sonderdasein fristen.²⁹⁵ Zugleich drohen solche Gesamtlösungen im Rahmen der Rechtsanwendung aber ungewollte Rückkopplungseffekte nach sich zu ziehen. So ist trotz seiner Regelung im Besonderen Teil des Bilanzrechts (§ 264 Abs. 2 Satz 1 HGB) insbesondere bis heute unklar, welcher Status dem aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis stammenden, den nationalen Rechnungslegungstraditionen diametral zuwiderlaufenden „true and fair view“-Grundsatz für die handelsbilanzrechtliche Rechnungslegung zukommt (näher § 22).

bb. Zu weitgehender Einfluss des EuGH

Hinzu tritt, dass Entscheidungen des EuGH über das Gebot zur richtlinienkonformen Auslegung und (im Zweifel) zur richtlinienkonformen Rechtsfortbildung²⁹⁶ infolge der überschließenden Umsetzung der Richtlinienvorgaben (zumindest mittelbar) auch auf den eigentlich unter nationaler Kontrolle stehenden Regelungsbereich durchschlagen. Wie der EuGH in seiner Entscheidung *Immo Chiaradia SPRL* ausgeführt hat, müssen die Mitgliedstaaten – obschon sie den Richtlinienwortlaut nicht wörtlich übernommen haben – den Zweck, die Grundsätze und die Bestimmungen der Bilanzrichtlinien beachten.²⁹⁷ Dies bestimmt wiederum die Grenzen des richterlichen Handelns, da die innerstaatlichen Gerichte das maßgebliche innerstaatliche Bilanzrecht so weit wie möglich anhand des Unionsrechts auslegen müssen.²⁹⁸ Daraüber hinaus sind sie an eine Auslegung der Richtlinienbestimmungen durch den EuGH gebunden.²⁹⁹ Der letztgenannte Umstand zieht das Problem nach sich, dass der BFH dem EuGH (infolge des Maßgeblichkeitsgrundsatzes) zwar vordergründig nur Fragen zur Auslegung der §§ 238 ff. HGB vorlegt, der Gerichtshof in der Folge aber mittelbar über das steuerrechtliche Betriebsvermögen mitzubestimmen beginnt.

Zwar sind die Bilanzrichtlinien – wie der EuGH zurecht herausgestellt hat – nicht darauf gerichtet, die Voraussetzungen festzulegen, unter denen die Finanzbehörden der Mitgliedstaaten die Jahresabschlüsse der Gesellschaften bei der Festsetzung der Besteuerungsgrundlage und der Höhe von Steuern zugrunde legen können oder

295 Dazu passt, dass die Bundesregierung im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zum BilRiLiG die Hauptauswirkung des Gesetzes auf „sonstige“ Unternehmen darin sah, dass „die von ihnen anzuwendenden Vorschriften künftig in größerem Umfang als bisher normiert sind“, vgl. Begr. RegE BilRiLiG, BT-Drucks. 10/317, S. 71.

296 Pöschke, in: Staub, HGB, Vor § 238 Rn. 24; Merkt, in: Hopt, HGB, Einleitung vor § 238 Rn. 46.

297 EuGH Urt. v. 15.6.2017 – C-444/16, C-445/16 („Immo Chiaradia SPRL“) = ECLI:EU:C:2017:465 Rn. 36; EuGH Urt. v. 7.1.2003 – C-306/99 („BIAO“) = ECLI:EU:C:2003:3 Rn. 75; vgl. dazu auch Pöschke, in: Staub, HGB, Vor § 238 Rn. 22; Hennrichs, Wahlrechte im Bilanzrecht, S. 84 ff.; ders./Pöschke Der Konzern 2009, 532 (535).

298 EuGH Urt. v. 15.6.2017 – C-444/16, C-445/16 („Immo Chiaradia SPRL“) = ECLI:EU:C:2017:465 Rn. 36.

299 EuGH Urt. v. 15.6.2017 – C-444/16, C-445/16 („Immo Chiaradia SPRL“) = ECLI:EU:C:2017:465 Rn. 36.

müssen.³⁰⁰ Den Mitgliedstaaten steht es also eigentlich frei, ob sie die auf Grundlage der Richtlinienbestimmungen erstellten Abschlüsse auch zu steuerlichen Zwecken Verwendung finden lassen³⁰¹ oder die Wirkungen der Richtlinienbestimmungen insofern korrigieren, um etwa zu einem zu versteuernden Ergebnis zu gelangen, das der wirtschaftlichen Realität näher kommt.³⁰² Infolge der skizzierten Zusammenhänge sind aber faktische Wechselwirkungen nicht sicher ausgeschlossen. Sie hängen vielmehr vom (selbstgewählten) Aufgabenzuschnitt des EuGH ab. Zusammenfassend muss man also zu dem Schluss kommen, dass sich aufgrund des europäischen Hintergrunds des Handelsbilanzrechts die aus der andauernden Verbindung von Handels- und Steuerbilanzrecht resultierenden Konflikte potenzieren: Entweder der EuGH nimmt sich bei seiner Aufgabe, das (Handels-)Bilanzrecht fortzubilden, übermäßig zurück, oder er begibt sich in die Gefahr, von einer steuerrechtlichen Warte aus gesehen übergriffig zu agieren.

cc. Widerspruch zur Verfasstheit der deutschen Wirtschaft

- 28 Schließlich stellt der Einfluss des europäischen Rechts die Akzeptanz des Bilanzrechts dadurch infrage, dass es zwischen Kapitalgesellschaften, die besonderen Rechnungslegungsregeln unterworfen sind, und sonstigen Gesellschaften, für die (theoretisch) ein weniger strenges Regime gilt, unterscheidet, was der speziellen Verfasstheit der deutschen Wirtschaft widerspricht. Es ist eine Binsenweisheit, dass gerade in Deutschland Kapitalgesellschaften nicht unbedingt „groß“ und damit besonders regelungsbedürftig sind, wohingegen sich zahlreiche Beispiele für „große“ (Familien-)Unternehmen anführen lassen, welche die organisatorische Form von Personengesellschaften bzw. Stiftungen haben. Dem zweitgenannten Aspekt hat der Gesetzgeber durch die Einführung des Publizitätsgesetzes Rechnung zu tragen versucht, was zu einer Zersplitterung des eigentlich im HGB konzentrierten Bilanzrechts geführt hat. Infolge des erstgenannten Aspekts ist es in der Vergangenheit zu heftigen rechtspolitischen Abwehrreaktionen gegenüber dem europäisierten Bilanzrecht gekommen, da der Anwendungsbereich von Bilanzierungsregeln, die im Rahmen des deutschen Regelungsmodells ursprünglich für Aktiengesellschaften konzipiert wurden, infolge der Rechtseuropäisierung auch auf (kleinere) GmbH erweitert wurde.³⁰³ Dabei spielt auch eine Rolle, dass die materiellen Bilanzierungs-

300 EuGH Urt. v. 7.1.2003 – C-306/99 („BIAO“) = ECLI:EU:C:2003:3 Rn. 70; EuGH Urt. v. 3.10.2013 – C-322/12 („Gimle“) = ECLI:EU:C:2013:632 Rn. 28; EuGH Urt. v. 15.6.2017 – C-444/16, C-445/16 („Immochiaradìa SPRL“) = ECLI:EU:C:2017:465 Rn. 33.

301 EuGH Urt. v. 7.1.2003 – C-306/99 („BIAO“) = ECLI:EU:C:2003:3 Rn. 70; EuGH Urt. v. 3.10.2013 – C-322/12 („Gimle“) = ECLI:EU:C:2013:632 Rn. 28; EuGH Urt. v. 15.6.2017 – C-444/16, C-445/16 („Immochiaradìa SPRL“) = ECLI:EU:C:2017:465 Rn. 33.

302 EuGH Urt. v. 3.10.2013 – C-322/12 („Gimle“) = ECLI:EU:C:2013:632 Rn. 28.

303 Vgl. exemplarisch *Hommelhoff*, in: Kleindiek/Oehler, Die Zukunft des deutschen Bilanzrechts, S. 141 (143): Die materiellen europäischen Rechnungslegungsvorgaben seien von „oben nach unten“ aufgebaut,

vorgaben mit weiten Publizitätspflichten verknüpft sind (vgl. § 325 HGB), was – so die Kritiker³⁰⁴ – die Geheimhaltungsinteressen kleinerer Unternehmen und ihrer Anteilseigner missachte. Das Unbehagen gegenüber dem auf europäischer Ebene verfolgten Regelungsansatz hat sich insbesondere in den um die Jahrtausendwende aufkommenden und schließlich 2009 im Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz (BilMoG) gipfelnden Bemühungen um grundlegende Bilanzrechtsreformen niedergeschlagen. Einer der Hauptgründe, der im Zuge der Reformdiskussion gegen eine stärkere Ausrichtung der Vorschriften für den Einzelabschluss auf die Interessen des Kapitalmarkts mittels der Übernahme der IAS/IFRS angeführt wurde, ist, dass mittelständische Kapitalgesellschaften „mit entschieden zu komplizierten und konsequent zu teuer handhabbaren Bilanzierungsregeln“ überzogen würden.³⁰⁵ Damit würden der mittelständischen Wirtschaft unerträgliche, weil unnötige Wettbewerbsnachteile aufgebürdet.³⁰⁶

2. Der zukünftige Ausdifferenzierungsprozess

Die skizzierten Vergangenheits- und Gegenwartsprobleme lassen bereits Zweifel aufkommen, wie nachhaltig der bilanzrechtliche Ausdifferenzierungsprozess vonstatten geht. Hinzu treten aber noch eine Reihe grundsätzlicher Probleme des Normsetzungsprozesses.

29

a. Fehlende politische Aufmerksamkeit

Die Bilanzrechtsentwicklung wird zunächst durch den Umstand gehemmt, dass Fragen der Rechnungslegung – wie große Teile des sonstigen Unternehmensrechts – von geringem unmittelbarem Interesse für einen Großteil der Bevölkerung (= der Wähler) sind. *Culpepper* spricht insofern von „low political salience“.³⁰⁷ Das geringe öffentliche Interesse hemmt den Gestaltungswillen der Politik bzw. erstickt ihn

30

„ohne die kleinen und mittleren Gesellschaften wirklich wesentlich zu entlasten“. Hierin sieht er einen „konzeptionelle[n] Fundamentalfehler“ des Bilanzrechts.

304 Vgl. zusammenfassend und den aktuellen Stand der Überlegungen wiedergebend *Schön*, in: FS K. Schmidt, 2019, 391; s. auch bereits *Hennrichs*, in: *Hennrichs/Schruff*, Stand und Perspektiven des europäischen Bilanzrechts, S. II: Es gehe „bei Rechnungslegung stets auch um Information (Rechenschaftslegung durch Rechnungslegung). Diese steht aber in einem natürlichen Spannungsverhältnis zu grundsätzlich ebenfalls legitimen Geheimhaltungsinteressen der Unternehmen. Die Regulierung des Bilanzrechts steht insoweit vor der Herausforderung, das rechte Verhältnis zu finden zwischen ausreichender und getreuer Information der Abschlussadressaten einerseits und Geheimnisschutz der Unternehmen andererseits“.

305 *Hommelhoff*, in: *Kleindiek/Oehler*, Die Zukunft des deutschen Bilanzrechts, S. 141 (145).

306 *Hommelhoff*, in: *Kleindiek/Oehler*, Die Zukunft des deutschen Bilanzrechts, S. 141 (145). Vgl. sodann auch Begr. RegE BilMoG, BT-Drucks. 16/10067, S. 33: Die IAS/IFRS seien „kleinen und mittelgroßen Unternehmen [...] aus Kostengründen nicht zuzumuten“ und es würde die Gefahr gesehen, dass „aufgrund des Detaillierungsgrades der IFRS wettbewerbsrelevante Daten preisgegeben werden müssen“.

307 *Culpepper*, Quiet Politics and Business Power, S. 4.

sogar vollends. Misslich ist dies insbesondere, weil die Rechnungslegungsordnung durchaus politisch gestaltet werden muss (vgl. § 4 C.). Hinzu kommt noch, dass die Allgemeinheit, selbst insofern sie sich grundsätzlich mit den Punkten befasst, an denen das Rechnungslegungs- auf das Gesellschaftssystem zurückwirkt, nicht dazu in der Lage ist, die Eigenwertungen des Rechnungslegungssystems nachzuvollziehen. Bereits die Kopplung des Systems an das Recht ist vielmehr überaus komplex und für Laien schwer verständlich. Dementsprechend findet der politische Kampf um die Ausgestaltung der Rechnungslegungsordnung zwangsläufig außerhalb des Scheinwerferlichts der Öffentlichkeit statt. Dies erhöht die Gefahr, dass er durch Partikularinteressen vereinnahmt wird. Die Tatsache, dass nur ein geringer Kreis von Personen überhaupt einen Anreiz dazu hat, sich mit der Materie zu befassen, erleichtert es Interessengruppen, auch wenn sie zahlenmäßig klein sind, großen Einfluss auf den Ausgang des politischen Kampfes zu nehmen und den Normbildungsprozess in ihrem Interesse zu beeinflussen.³⁰⁸

b. Prozyklität von Regulierungsbemühungen

- 31 Ein weiterer, sich ebenfalls negativ auf den weiteren Ausdifferenzierungsprozess auswirkender Aspekt sind die Aufmerksamkeitszyklen, welche Regelungsmaterien, die wie die Bilanzierung von geringer allgemein-politischer Relevanz sind, unterworfen sind. Politische Beachtung wird ihnen vor allem im Angesicht von Krisen und Skandalen, die auf andere Gesellschaftsbereiche abstrahlen, geschenkt.³⁰⁹ Das Bilanzrecht läuft angesichts dessen Gefahr, rein prozyklisch, also im Angesicht konkreter Krisen und erheblicher Mängel, fortgebildet zu werden.³¹⁰ Konkrete Beispiele dafür, dass es dazu bereits gekommen ist, lassen sich sowohl auf Ebene der internationalen als auch der europäischen und deutschen (HGB-)Rechnungslegung ausmachen. So wurde der Ruf nach einem gesetzgeberischen Eingriff etwa gerade im Zuge der rechtlichen Aufarbeitung der Finanzkrise von 2007/2008 besonders laut (vgl. bereits § 4 C. I.): Die Rechnungslegungsordnung wurde hineingezogen in einen Orbit „of complex political processes focused on restructuring the regulation of the world’s financial markets“.³¹¹ Auf Ebene des deutschen Rechts wird die

308 Vgl. *Culpepper*, Quiet Politics and Business Power, S. 5: „It is well-known among students of regulation that issue areas with concentrated costs and dispersed benefits are prone to capture by an interest group that has much at stake.“

309 Anders ist dies nach *Culpepper*, Quiet Politics and Business Power, S. 7 nur, sofern Polit-Aktivisten echte Anstrengungen unternehmen, um die politische Aufmerksamkeit zu mobilisieren.

310 Vgl. *Bushman/Landsman*, ABR 40 (2010), 259 zur Gesetzgebungsgeschichte des Corporate Reporting: „History attests to the influence of crisis and scandals as an impetus for regulatory intervention by politicians.“

311 *Bushman/Landsman*, ABR 40 (2010), 259.

Prozyklität bei einem Blick auf den Umgang mit der Rechnungslegungsaufsicht³¹² deutlich.³¹³ Um eine dritte Säule erweitert wurde die Kontrolle der Rechnungslegung kapitalmarktorientierter Unternehmen ursprünglich durch das Bilanzkontrollgesetz (BilKoG) vom 15.12.2004³¹⁴ in Reaktion auf Bilanzskandale im In- und Ausland, welche das Vertrauen der Kapitalmarktteilnehmer erschüttert hatten. Neben die externe Kontrolle durch Abschlussprüfer (§§ 316 ff. HGB, §§ 163 ff. AktG) und, bei Aktiengesellschaften, die interne Kontrolle durch den Aufsichtsrat (vgl. § 171 AktG) trat das so genannte Enforcement-Verfahren (§§ 342b ff. HGB a.F., §§ 106 ff. WpHG a.F.). Im Hinblick auf dieses Verfahren hatte die Regierungskommission Corporate Governance zunächst sogar vorgeschlagen, dass Verstöße gegen Rechnungslegungsvorschriften im Einvernehmen mit den betroffenen Unternehmen allein durch eine, dem britischen Financial Reporting Review Panel nachgebildete, privatwirtschaftlich getragene und organisierte Einrichtung untersucht werden sollten.³¹⁵

Schließlich entschied sich der Gesetzgeber zwar gegen ein ausschließlich aus einem privatrechtlichen Gremium bestehendes Enforcement-System, etablierte jedoch stattdessen ein zweistufiges Verfahren, bei dem die Kontrolle auf erster Stufe durch eine private Einrichtung und erst auf zweiter Stufe durch die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (Bafin) wahrgenommen wurde. Der privaten Prüfstelle wurde dabei eine starke Stellung zugesprochen. Zwar war gemäß § 107 WpHG a.F. grundsätzlich die Bafin für die Überprüfung der Rechnungslegung zuständig. Ihre Befugnisse waren jedoch bei Existenz einer Prüfstelle i.S.v. § 342b HGB a.F. (diese Rolle wurde durch die Deutsche Prüfstelle für Rechnungslegung e.V., DPR wahrgenommen) gemäß § 108 WpHG a.F. erheblich eingeschränkt. Zunächst wurde diese Ausgestaltung auch durchaus positiv aufgenommen.³¹⁶ Infolge des Skandals um die manipulierte Rechnungslegung der Wirecard AG wendete sich das Blatt jedoch, da das Bilanzrecht sprunghaft in den Blick der Öffentlichkeit rückte.³¹⁷

312 Vgl. zur bereits in den 1970er-Jahren kontrovers geführten Debatte um die Einführung eines „staatlichen Aktienamts“ zur Lösung aktueller Probleme der Rechnungslegung: *Claussen* AG 1979, 169 (187 ff.).

313 Vgl. zur Bedeutung allgemein Final Report of The Committee of Wise Men on the Regulation of European Securities Markets („Lamfalussy-Report“), 2001, S. 40; *Brown/Tarca*, European Accounting Review 14 (2005), 181 ff.

314 BGB, I 2004, S. 3408.

315 Vgl. Bericht der Regierungskommission „Corporate Governance“, Unternehmensführung – Unternehmenskontrolle – Modernisierung des Aktienrechts, BT-Drs. 14/7515, Rn. 277 ff.

316 Vgl. *Merk* ZGR 2007, 532 (536): Aus der „innovativen Kombination hoheitlicher und privater Einrichtungen der Aufsicht“ könnten sich interessante Perspektiven ergeben.

317 Vgl. *Schüermann*, Christof, „Die Haftungsgrenze muss raus“ – Bilanzexperten zum Fall Wirecard, Wirtschaftswoche, 9.8.2020, abrufbar unter: <https://www.wiwo.de/finanzen/steuern-recht/bilanzexperten-zum-fall-wirecard-die-haftungsgrenze-muss-raus/26075350.html>, letzter Abruf: 13.1.2025: „Insgesamt müsste die Thematik der „Rechnungslegung und die der Prüfung der Rechnungslegung“ deutlich an Stellenwert auch aus der Sicht des Staates gewinnen. Bedenken Sie doch mal den Stellenwert der Steuern aus der Perspektive des Staates. Wie die Organisation (Gesetze, Behörden, Prüfungen, Mitwirkungen, Durchsetzung, Strafbarkeit etc.) rund um die Steuern im Vergleich zur Rechnungslegung ausgestaltet ist, spricht doch Bände.“

- 33 Die rechtspolitische Entscheidung für ein privates Kontrollgremium wurde nunmehr massiv angezweifelt. Im Referentenentwurf für das 2021 beschlossene Gesetz zur Stärkung der Finanzmarktintegrität (FISG)³¹⁸ heißt es, das zweistufige Bilanzkontrollverfahren sei „an seine Grenzen gestoßen“ und die Kontrolle auf rein privatrechtlicher Ebene habe sich im Hinblick auf die Wirecard AG als ungeeignet erwiesen. Das Bilanzkontrollverfahren müsse daher grundlegend reformiert und zugunsten eines stärker staatlich-hoheitlich geprägten Verfahrens aufgegeben werden.³¹⁹ Als unmittelbare Krisenreaktion wurde das Enforcement-Verfahren sehr weitgehend verstaatlicht. Parallel dazu gab es sogar Vorschläge, die darauf abzielten, auch die Abschlussprüfung zu verstaatlichen.³²⁰ Diese konnten sich zwar nicht durchsetzen, jedenfalls wurden aber die Abschlussprüferhaftung und -aufsicht massiv verstärkt (vgl. § 323 HGB i.d.F. FISG). Der *Wirecard*-Skandal zeigt damit wie durch ein Brennglas die von allgemeinen rechtspolitischen Mechanismen weitgehend losgelöste, zumeist bloß als Krisengesetzgebung funktionierende Bilanzrechtsetzung. Grundsätzlich ist die politische Aufmerksamkeit, welche der Rechnungslegung im Nachgang (gefühlter) Krisen zuteilwird, zu begrüßen, da sich unterschiedliche politische Einstellungen herausbilden, die für den im Rahmen einer Rechtsfortbildung klassischen Zuschnitts notwendigen Ideenwettbewerb sorgen. Reine Kriseninterventionen bergen jedoch die Gefahr, dass das Recht eilig und ohne sorgfältige Überlegung reformiert wird, was die Statik einer komplexen Regelungsmaterie nachhaltig gefährdet.

c. Evolutionsdruck und Rechtfertigungzwang

- 34 Für den Ausdifferenzierungsprozess des Bilanzrechts erweist es sich zuletzt als folgenreich, dass das Rechnungslegungssystem einem beständigen Evolutionsdruck und Rechtfertigungzwang unterliegt. Die Rechnungslegenden müssen sich konstant mit der Abbildung im Wirtschaftsleben neu entstehender Geschäftsvorfälle und Veränderungen der Marktbedingungen befassen, was wiederum die systeminternen Kommunikationen beschleunigt. Dem Bilanzrechtssystem fällt es schwer, sich von den neuen rechnungslegungssinternen Operationen irritieren zu lassen und daran rechtseigene Operationen zu knüpfen, weil der bilanzrechtliche Normierungsprozess durch Gerichte oder andere (quasi-)staatliche Stellen schwerfälliger ist. Ebenso fern liegt es im Lichte dessen, dass die Rechtswissenschaft als legitime Autorität der Bilanzrechtsordnung anerkannt wird. Sofern der Gesetzgeber, wenn er Bilanzierungsregeln normiert, unter einem Rechtfertigungzwang steht, liegt es vielmehr nahe, dass auch eine sich auf staatliches Recht beziehende Rechtswissenschaft beständig um Anerkennung kämpfen muss.

318 BGBl. I 2021, S. 1534.

319 Vgl. Begr. RegE FISG, BT-Drucks. 19/26966, S. 2.

320 Vgl. zur Diskussion auf der Grundlage des AktG 1965: *Claussen* AG 1979, 169 (176 ff.).

aa. Andauernder gesellschaftssektorieller Fragmentierungsprozess

Zum Problem wird die Schwerfälligkeit der nationalstaatlichen bzw. europäischen Abläufe, weil parallel zu ihnen private Normierungsprozesse stattfinden. Denn das staatliche Bilanzrecht steht dadurch in einem Wettbewerb, der zu einem beständigen Rechtfertigungzwang beiträgt. Dieser wird durch die fortschreitende Globalisierung und damit einhergehende Ausdifferenzierung der privaten Ordnungen noch verstärkt. 35

Dass sich globale, nicht-staatliche Regelungsregimes wie das Rechnungslegungssystem gesellschaftssektorenspezifisch neu arrangieren, ist keine dem Rechnungslegungssystem exklusive Eigenschaft.³²¹ Nach *Luhmann* ist die moderne Weltgesellschaft vielmehr allgemein politisch nicht zu kontrollieren und ihre einzelnen Funktionensysteme dehnten sich über territoriale Grenzen hinweg immer weiter aus. Sie entwickelten mit anderen Worten einen Expansionsdrang.³²² Als Beispiele werden von *Günther* das globale ökonomische System oder das Wissenschaftssystem genannt.³²³ So lasse sich die Wissenschaft zwar durch die Wirtschaft fördern, aber nicht zu Ergebnissen bringen, die sich wissenschaftlich halten lassen.³²⁴ Zentrales Beispiel sind insofern aber internationale Organisationen, die von den territorialen Geltungsansprüchen der Nationalstaaten völlig losgelöste eigenständige Regelordnungen geschaffen haben. Multinationale Konzerne gäben sich heute etwa ihre eigenen Regeln oder würden zu einflussreichen Quasi-Mitgesetzgebern staatlicher Rechtssetzung. In vielen, global vernetzten sozialen Feldern ließen sich nicht-staatliche, autonome Normsetzungsprozesse beobachten.³²⁵ Innerhalb ihrer selbstdefinierten eigenen Angelegenheiten grenzen sich diese Einzelregelungsregimes von ihren Umwelten ab, indem sie jeweils das Prinzip über Regelsetzung und -interpretation reklamierten. Sie würden sich allein noch der eigenen Bereichslogik unterwerfen. Praktisch geschehe dies, indem das Regime durch rechtsetzende und -fortbildende Kommunikation in Form von Urteils- und Entscheidungsfindungen eigener Gerichtsbarkeiten bzw. sonstiger, alternativer Streitschlichtungsmechanismen gestützt werde.³²⁶ 36

Auch wenn es also um ein allgemeines Phänomen geht, lässt sich der gesellschaftssektorielle Fragmentierungsprozess auf dem Gebiet der Rechnungslegung geradezu 37

321 Vgl. dazu *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen, S. 36; *Wielisch*, in: *Eidenmüller*, Regulatory Competition, S. 71 (72); *Günther*, Normative Orders Working Paper 03/2014, S. 3; *Teubner* ZAöRV 63 (2003), 1 ff.; *Michaels*, Utah Law Review, 2010, 31 (44).

322 *Luhmann* Recht der Gesellschaft, S. 572.

323 *Günther*, Normative Orders Working Paper 03/2014, S. 7.

324 *Luhmann* Recht der Gesellschaft, S. 572.

325 *Günther*, Normative Orders Working Paper 03/2014, S. 3.

326 Vgl. *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen, S. 25 und *passim*; s. dazu auch *Möller*, in: Neue Theorien des Rechts, S. 47 (59); *Horst*, Transnationale Rechtserzeugung, S. 80.

exemplarisch nachvollziehen. Hier wird er insbesondere durch die IFRS Foundation vorangetrieben. Die internationalen Rechnungslegungsstandards (International Financial Reporting Standards) IAS/IFRS sind vom International Accounting Standards Board (IASB) herausgegebene internationale Rechnungslegungsvorschriften für Unternehmen. Das IASB ist ein privates Rechnungslegungsgremium welches von der in Delaware ansässigen International Accounting Standards Committee Foundation (IFRS-Foundation) getragen wird. Die Stiftung finanziert sich durch Beiträge von Standardsettern unterschiedlicher Länder, aber auch von Industrieunternehmen, Banken, Versicherungen, Wirtschaftsprüfern und sonstigen interessierten Gruppen. Die IFRS-Foundation hat es sich zum Ziel gesetzt,³²⁷ von nationalen Rechtsvorschriften losgelöste, qualitativ hochwertige, verständliche, durchsetzbare, auf klar formulierten Prinzipien basierende und weltweit akzeptierte Rechnungslegungsstandards zu entwickeln. So soll dazu beigetragen werden, dass die Rechnungslegungsinformationen (kapitalmarktorientierter) Unternehmen möglichst weltweit vergleichbar sind. Darüber hinaus soll aber auch die Konvergenz nationaler Rechnungslegungsstandards an die IFRS-Standards gefördert und erleichtert werden.

- 38 Vom Grundsatz her schafft die IFRS-Foundation mit den IAS/IFRS damit ein von den HGB-Bilanzrechtsnormen im Grundsatz völlig losgelöstes, zweites Regelungsumfeld, welches sich (den allgemein wirkenden Expansionsdrängend folgend) immer weiter ausdifferenziert. Es wird mit anderen Worten eine Parallelebene zum hoheitlich geschaffenen Recht kreiert. Im Hinblick auf Konzernabschlüsse kapitalmarktorientierter Kapitalgesellschaften haben die IFRS ohnehin bereits den Status von Weltstandards erreicht.³²⁸ Auch abgesehen davon beeinträchtigt die private Ordnung die Legitimität der Kopplung von Rechnungslegungssystem und staatlichem Recht. Denn die IAS/IFRS nehmen für sich zumindest implizit in Anspruch, den Evolutionsdruck des Rechnungslegungssystems effizienter wiederspiegeln zu können als das staatliche Recht.

bb. Rechnungslegungsregeln in der Globalisierungsdebatte

- 39 Die Wirkung dieses Phänomens wird durch die Wechselwirkungen zwischen Rechnungslegungs- und allgemeiner Wirtschaftsordnung noch verstärkt. Diese Wechselwirkung resultiert daraus, dass, sofern Zweifel an der Wettbewerbsfähigkeit des

327 Vgl. zum Ganzen Art. 2 der Constitution der IFRS-Foundation; aus der Literatur etwa *Pilhofer, Umsatz- und Gewinnrealisierung*, S. 22; *Hennrichs*, in: *Hennrichs/Schruff, Stand und Perspektiven des europäischen Bilanzrechts*, S. 2.

328 Vgl. *Hennrichs*, in: *Hennrichs/Schruff, Stand und Perspektiven des europäischen Bilanzrechts*, S. 2 f.; s. zur Verwendung der IFRS für steuerliche Belange *Gerum/Mölls/Shen* Zfbf 63 (2011), 534 (535, Fn. 7); Auskunft über die aktuelle Verbreitung der IFRS gibt auch die Homepage der IFRS-Foundation (ifrs.org).

deutschen bzw. europäischen Wirtschaftssystems aufkommen, sich diese auch an der kontinentaleuropäischen „Bilanzkultur“ (Kleindiek³²⁹) festmachen lassen, was wiederum das Bilanzrechtssystem infrage stellt.³³⁰ In der jüngeren Bilanzrechtsgeschichte hat der skizzierte Umstand immer wieder Forderungen nach einer (Rück-)Überlassung der Rechnungslegung an Private, bzw. einer (Re-)Privatisierung der Rechnungslegung, Nahrung gegeben. Bekanntlich war die Rechnungslegung dabei bei weitem nicht das einzige Gebiet, im Hinblick auf das gerade zu Beginn des 21. Jahrhunderts verstärkt Privatisierungsdebatten geführt wurden. Derartige Diskussionen entsprachen vielmehr dem allgemeinen Zeitgeist, als im europäischen Raum auf politischer Ebene die sehr kraftvolle wirtschaftliche Globalisierung nachvollzogen wurde.³³¹ Im Mittelpunkt stand dabei der Gedanke, dass sich sowohl der Nationalstaat als auch die Europäische Gemeinschaft in einem globalen „Wettbewerb von Regulierungssystemen“³³² befänden. Hans-Werner Sinn hat den vorherrschenden, am wohlfahrtsökonomischen Theorem der „Unsichtbaren Hand“ orientierten Forschungszeitgeist unter Verweis auf zahlreiche entsprechende Äußerungen wie folgt zusammengefasst: „Governments are seen as firms which compete with one another by offering attractive packages of services and tax prices and, although they are driven by national goals, competition makes them behave in a way compatible with an international welfare optimum. Thus the new Europe should grow out of competition between the existing nation states.“³³³ Schuppert und Bumke beschreiben es so, dass der nationale Gesetzgeber unter einem nicht unerheblichen legislatorischen Produktionsdruck stehe, Rechtsregeln bereitzustellen, die Deutschland und seinen Unternehmen die Chance einräumten, „to be fit for competition“³³⁴ Michaels schreibt von der Überzeugung, dass der Staat als Modell im Angesicht einer fortschreitenden Globalisierung nur überlebensfähig sei, sofern er anpassungsfähig bleibt.³³⁵ Staaten wurden aber nicht nur als untereinander in einem Wettbewerbsverhältnis stehend angesehen.

Die Rede war auch von einer „Kluft zwischen staatlichem Recht und den nichtstaatlichen Regeln von Handel und Wirtschaft, Technik und Sport“, einem „Hinterher-

40

329 Kleindiek, in: Kleindiek/Oehler, Die Zukunft des deutschen Bilanzrechts, S. 1 (3); vgl. auch Küting/Hayn BB 1995, 662 (662 ff.) (zu die Ausprägung von Rechnungslegungsnormen beeinflussenden „Umweltfaktoren“); Schildbach BB 1995, 2635 (2636 ff.).

330 Vgl. zu diesem Aspekt Pellenz/Fülbier/Gassen/Sellhorn, Internationale Rechnungslegung, S. 37; Havermann ZGR 2000, 693 (696).

331 Loft/Humphrey/Turley AAAJ 19 (2006), 428 (432); vgl. allgemein zum Globalisierungsdiskurs speziell der 1990er-Jahre Schuppert/Bumke, in: Kleindiek/Oehler, Die Zukunft des deutschen Bilanzrechts, S. 71 (73) sowie rückblickend Michaels Utah Law Review, 1/2010, 31(32). Gerum/Mölls/Shen Zbf 63 (2011), 534 (563) sprechen mit Blick auf die Rechnungslegung sogar von einer „Globalisierungseuphorie“.

332 Vgl. dazu Schuppert/Bumke, in: Kleindiek/Oehler, Die Zukunft des deutschen Bilanzrechts, S. 71 (73).

333 Sinn Journal of Public Economics 66 (1997), 247 (248).

334 Schuppert/Bumke, in: Kleindiek/Oehler, Die Zukunft des deutschen Bilanzrechts, S. 71 (73).

335 Michaels Utah Law Review, 1/2010, 31 (37).

hinken“ der staatlichen Gesetzgebung oder dem zusehend größer werdenden „legal lag“.³³⁶ Dabei schwang regelmäßig auch eine positive Einstellung gegenüber dem dezidiert von Landesgrenzen losgelösten, also internationalen, Ansatz etwa der „lex mercatoria“ oder „lex sportiva“ mit.³³⁷ So galten die herkömmlichen staatlichen oder supranationale Rechtssetzungsprozesse, wie *Eidenmüller* ausführt, in vielen Sektoren als langsam und aufwendig. Auch sei häufig vermutet worden, dass einschlägige Sachkompetenz fehlt.³³⁸

- 41 In diesem vom Wettbewerbsgedanken geprägten Umfeld wurden Deutschland und Europa im globalen Vergleich der zur Regulierung der Rechnungslegung vertretenen Weltanschauungen insbesondere als der Aufgabe, Rechnungslegungsregeln für die liberalisierten Kapitalmärkte zu entwerfen, nicht gewachsen angesehen. Die Rechnungslegung überlaste den Staat, private Stellen seien ihm überlegen.³³⁹ Bei dieser einseitigen Sichtweise lag ein Plädoyer für Alternativen zu staatlichem Recht und staatlicher Lenkung der Bilanzierung, konkret: die Übernahme der IFRS, schon allein deshalb auf der Hand, da damit eine Internationalisierung der Rechnungslegung und eine erhöhte Vergleichbarkeit der auf dieser Grundlage erstellten Abschlüsse möglich erschienen.³⁴⁰ Dabei wurde ein wesentlicher Nachteil des deutschen (und generell des kontinentaleuropäisch geprägten Richtlinien-) Rechts darin gesehen,

336 Vgl. zu allen drei Formulierungen *Röthel* JZ 2007, 755, in Bezug auf den „legal lag“; vgl. zur Vorzugs-würdigkeit der Standardgenerierung „aus dem Markt heraus“ aus ökonomischer Perspektive aufgrund des höheren Informationsstands der Marktteilnehmer gegenüber Politikern auch *Lehman*, in: Möllers, Geltung und Faktizität von Standards, 2009, S. 37 (59 f.); vgl. allgemein zur den Vorteilen von Selbstregulierung *Bachmann*, Private Ordnung, S. 54 f. der aber zurecht betont, dass eine abstrakte Abwägung der Vor- und Nachteile nicht möglich sei.

337 Vgl. etwa *Berger*, Formalisierte oder „schleichende“ Kodifizierung des transnationalen Wirtschaftsrechts, S. 29 ff. und *passim*; *Röthel* JZ 2007, 755 f. zur „lex mercatoria“ als privater Rechtsetzung im internationa- len Handel und der ihr innenwohnenden Eigenschaft einer „Überwindung nationaler Enge“.

338 *Eidenmüller* ZGR 2007, 484 (488). Ähnlich umschreibt *Wielisch*, in: *Eidenmüller*, Regulatory Competition, S. 71 (75) die Beweggründe für die Entwicklung der neuen, hier im Mittelpunkt stehenden Art der Aufgabenwahrnehmung: „Especially under conditions of globalization where legal relations have a variety of nonterritorial affiliations [...] and where private actors may even be in the position to escape national regulations (so that sovereignty becomes simply ineffective), it can be in the very interest of the state that transnational private regulation gains traction. In a global world, nation states might find it useful to „consider a broader set of governmental interests in being part of an interlocking world system of transnational regulation and multiple community affiliation.“

339 Vgl. noch heute *Schwab*, in: *Staub*, HGB, § 342 Rn. 19; der Gesetzgeber sei „in tatsächlicher Hinsicht mit der materiell-rechtlichen Regelung [der] Materie [Bilanzrecht] überfordert“; s. auch *Hommelhoff*, in: *Kleindiek/Oehler*, Die Zukunft des deutschen Bilanzrechts, S. 141 (153 f.): Nur eine nachdrücklich privatisierte Rechnungslegung innerhalb eines weiten Rahmens (gemeinschaftsrechtlich induzierter) staatlicher Vorgaben werde sich in nächster und fernerer Zukunft als leistungsfähig genug erweisen, um die Publizitätsadressaten mit den notwendigen Lageinformationen zu versorgen. Die Gesetzgeber dagegen seien längst schon an die Grenzen des von ihnen Verantwortbaren gestoßen; *Windbichler*, in: Möllers, Geltung und Faktizität von Standards, 2009, S. 19 (33): Bei Rechnungslegungs- und Prüfungs-standards seien eine hohe Spezialisierung und Flexibilität notwendig, für die der Gesetzgeber und das Gesetzgebungsverfahren zu schwerfällig seien; s. aus internationaler Perspektive auch *Perry/Nölke*, Rev. Int. Pol. Econ. 13 (2006), 559 (577).

340 Vgl. insofern auch *Gerum/Mölls/Shen* Zfbf 63 (2011), 534 (563); weiterhin dazu *Pellens/Fülbier/Gas-sen/Sellhorn*, Internationale Rechnungslegung, S. 41 ff.

dass es hier nicht privaten Standardsetzern überlassen sei, die Vorgaben zur Rechnungslegung zu entwerfen.³⁴¹

Primär wurde dabei angezweifelt, dass gesetzliche Vorgaben für den Konzernabschluss notwendig seien. Die Aussagen lassen sich aber – eingeschränkt – im Hinblick auf den Einzelabschluss generalisieren. (Vermeintlich) außer-staatlich gesetzte Bilanzierungsregeln, wie insbesondere die US-GAAP, wurden für ihre Eigenschaft gelobt, schnell auf Veränderungen im Wirtschaftsleben reagieren zu können, ohne dass es des behäbigen Staatsapparats bedurft hätte. *Schildbach* schreibt von der „Überlegenheit angelsächsischer Rechnungslegungsstandards“³⁴² Weiterhin exemplarisch heißt es bei *Kleindiek*, dass das nationale Bilanzrecht in den Ruf geraten sei, überholten und international nicht mehr wettbewerbsfähigen Grundprinzipien verpflichtet zu sein.³⁴³ *Havermann* führte an, dass die Innovationsgeschwindigkeit bei der Produktgestaltung, das Aufspüren neuer Vertriebswege und die Erfindung bisher unbekannter Finanzierungsinstrumente es dem Gesetzgeber praktisch unmöglich machten, nur einigermaßen zeitnahe adäquate Bilanzierungsregeln zu entwickeln.³⁴⁴ Dem Gesetzgeber fehlten auf dem Gebiet der (international ausgerichteten) Rechnungslegung also „Sach- und Fachkompetenz“³⁴⁵ Die Aussagefähigkeit von Jahresabschlüssen, die aufgrund bis ins einzelne gehender gesetzlicher Vorschriften aufgestellt werden, sei – so *Havermann* – keineswegs größer als die Abschlüsse von Unternehmen, die aufgrund von allgemein anerkannten Bilanzierungsgepflogenheiten aufgestellt werden.³⁴⁶ Schließlich spielte bei alldem noch die Annahme eine Rolle, dass die Prosperität der in einem Land oder einer Region ansässigen Unternehmen auch davon abhänge, wie gut – im Sinne von wettbewerbs- und anpassungsfähig – dessen Rechnungslegungsordnung sei. Stets schwang mit anderen Worten die Sorge mit, Deutschland würde aufgrund seines rückständigen Bilanzrechts von den volatilen internationalen Kapitalströmen abgeschnitten und dadurch seinen wirtschaftlichen Stellenwert verlieren.

Aus diesem Grund wurde die Fürsorge für den „Wirtschaftsstandort Deutschland“, wie *Schön*³⁴⁷ es ausdrückt, schon früh zum legislatorischen Motiv. Es gehe im Bilanzrecht heute „nicht mehr in erster Linie darum, fremdländische Kaufleute ins Land zu holen“. Es reiche, wenn ausländisches Kapital seinen Weg in die Kassen deutscher

341 Vgl. *Kleindiek*, in: *Kleindiek/Oehler*, Die Zukunft des deutschen Bilanzrechts, S. 1 (2).

342 *Schildbach* BB 1995, 2635 (2638 ff.).

343 *Kleindiek*, in: *Kleindiek/Oehler*, Die Zukunft des deutschen Bilanzrechts, S. 1 (2); *Küting/Hayn* BB 1995, 662 (662 ff., 672): „Das deutsche Bilanzrecht droht in eine Isolation abzurutschen“; ähnliches Fazit wie hier bei *Gerum/Mölls/Shen* Zbf 63 (2011), 534 (536): Es sei „offensichtlich“ gewesen, dass es in Deutschland eine Nachfrage nach kapitalmarktorientierten Rechnungslegungsnormen gab.

344 *Havermann* ZGR 2000, 693 (698).

345 *Havermann* ZGR 2000, 693 (698).

346 *Havermann* ZGR 2000, 693 (697).

347 *Schön* ZHR 161 (1997), 133.

42

43

Unternehmen finde. Jeder europäische oder nationale Sonderweg im Bilanzrecht werde „mit dem Verlust an Transparenz für Unternehmen und Anleger, d.h. mit steigenden Transaktionskosten für den Kapitalverkehr, bestraft“.³⁴⁸ Ausschlaggebender Grund für die zitierten Sorgen war dabei vor allem die Entscheidung einer Reihe deutscher Großunternehmen (unter anderem Daimler-Benz), eine Notierung an der New York Stock Exchange (NYSE) zu erlangen, mit der sie zum Ausdruck brachten, dass sie die damit einhergehende Pflicht zur Rechnungslegung nach den US-GAAP (zumindest eingangs) als nicht nachteilig empfanden bzw. sogar begrüßten.³⁴⁹ Man fürchtete, dass sich der US-Standard auf diese Weise weltweit durchsetzen würde.³⁵⁰

cc. Kulmination im Komitologieverfahren

- 44 Das unter bb. skizzierte Narrativ fand besonderen Niederschlag, als es um Jahrtausendwende um die Neugestaltung des europäischen Konzernrechnungslegungsrechts ging. Die Union wurde vonseiten der Kapitalmarktakteure vehement dazu aufgefordert, zu den Rahmenbedingungen für ein globales Finanzsystem beizutragen.³⁵¹ Insbesondere sollten harmonisierte Rechnungslegungsregeln ausgebildet werden. Die Entwicklung originär gemeinschaftsrechtlicher, hochgradig transparenter und vergleichbarer Rechnungslegungsnormen (für die Konzernrechnungslegung), von „High-level accounting standards“, wurde als „unabdingbare“ Notwendigkeit angesehen,³⁵² wenn es um das Vorhaben ging, einen „wirksam, reibungslos und effizient“ funktionierenden integrierten Kapitalmarkt aufzubauen (vgl. Erwägungsgrund 3 der IAS-Verordnung), den grenzüberschreitenden Handel zu erleichtern sowie die allgemeinen Ziele der Unternehmensrechtsvereinheitlichung (Unterstützung der Niederlassungsfreiheit für Unternehmen und Gewährleistung eines einheitlichen Anteilseigner- und Drittschutzes) zu fördern.³⁵³ Denn: „[T]here are obvious savings in compliance costs under a set of global, or at least regional, standards“.³⁵⁴

348 Schön ZGR 2000, 706 (715); vgl. auch: Kütting/Hayn BB 1995, 662 (663) zu „Umweltfaktoren“, welche über die Ausprägung von Rechnungslegungsnormen bestimmen.

349 Vgl. dazu Kütting/Hayn BB 1995, 662 (663 f.); Gerum/Mölls/Shen Zfbf 63 (2011), 534 (536).

350 Vgl. von Hulle, in: Leuz/Pfaff/Hopwood, *The Economics and Politics of Accounting*, S. 349; Perry/Nölke, Rev. Int. Pol. Econ. 13 (2006), 559 (579); Kütting/Hayn BB 1995, 662 ff.

351 Vgl. hierzu allgemein etwa Loft/Humphrey/Turley AAAJ 19 (2006), 428 (432).

352 Vgl. van Hulle, in: Leuz/Pfaff/Hopwood, *The Economics and Politics of Accounting*, S. 349; vgl. auch Benston/Bromwich/Litan/Wagenhofer, in: dies., *Worldwide Financial Reporting*, S. 225 (227).

353 Vgl. zu letzterem van Hulle, in: Leuz/Pfaff/Hopwood, *The Economics and Politics of Accounting*, S. 349: Die Harmonisierung des Bilanzrechts war von den europäischen Verträgen nicht unmittelbar erfasst, vielmehr ging es um einen Teilbereich der Vereinheitlichung der Unternehmensrechte.

354 Perry/Nölke, Rev. Int. Pol. Econ. 13 (2006), 559 (577); vgl. auch bereits Kütting/Hayn BB 1995, 662 ff.; s. auch Benston/Bromwich/Litan/Wagenhofer, in: dies., *Worldwide Financial Reporting*, S. 225 (229): „A single standard, in principle, would make it easier for investors to compare financial statements of firms in different countries and should reduce the risks investors face and thus lower the cost of capital. Having one standard should improve the allocation of capital across national boundaries by helping investors allocate their funds to their most profitable uses, adjusted for risk. A single set of standards also should reduce existing home country bias in investing.“

Das Problem war dabei, dass es auf Ebene der Europäischen Union, wie es *van Hulle* formuliert, keine Bereitschaft gab, ein eigenes Regelwerk zu entwickeln.³⁵⁵ Dementsprechend heißt es in Erwägungsgrund 3 der IAS-Verordnung, die in den Bilanzrichtlinien niedergelegten europäischen Rechnungslegungsvorgaben könnten den ihnen angetragenen Auftrag – implizit: selbst bei einer hypothetischen Fortentwicklung – „nicht gewährleisten“.³⁵⁶ Man traute es sich also offenkundig nicht zu, sich so als Standardsetzer zu betätigen, dass die „Wettbewerbsfähigkeit der gemeinschaftlichen Kapitalmärkte“ aufrechterhalten bließe.³⁵⁷ Aus diesem Grund beschloss man – wohl auch unter dem Einfluss entsprechender Lobbyarbeit vonseiten des Finanzsektors³⁵⁸ –, die privat geschaffenen IAS nach Europa zu „importieren“ (*van Hulle*)³⁵⁹ und die Aufgaben der Union auf eine Überprüfung und anschließende Übernahme der privaten Standards in Form des Komitologie-Verfahrens zu reduzieren. Bei näherem Hinsehen stellt diese Entscheidung einen der wohl praktisch bedeutsamsten und folgenreichsten Fälle, in denen internationale Angelegenheiten an eine private Autorität übertragen wurden, dar. Immerhin wurden dadurch die Entscheidungen einer privaten Einrichtung für circa 7.000 Unternehmen in der EU für verpflichtend erklärt.³⁶⁰ Schlussendlich war es dabei die Angst vor dem wirtschaftlichen Bedeutungsverlust, welche die EU in die Arme des privaten Standardsetzers trieb. Ist dieser Schritt aber einmal gegangen, hat man der Reputation des Staates als Bilanzrechtsgesetzgeber unweigerlich Schaden zugefügt und damit zugleich auch das staatliche Bilanzrecht selbst infrage gestellt.

355 *Van Hulle* ZGR 2000, 537 (543); ähnlich *Schön* ZGR 2000, 706 (735 f.).

356 Diese Interpretation wird auch durch *van Hulle*, in: Leuz/Pfaff/Hopwood, *The Economics and Politics of Accounting*, S. 349 (356 f.) gestützt: „[t]he Commission wished to avoid as far as possible new legislation, or amendments to existing legislation, at the EU level“; „to set up [...] a [European Accounting Standards Board] (which would have required legislation) and to develop a comprehensive set of European accounting standards would have taken a great deal of time (and money). In addition, the Commission feared that such a solution would eventually result in the creation of an additional layer between national and international standards“; „[i]t was also clear that a more flexible framework was needed, one that could respond rapidly to current and future developments. Unless the framework adopted at the European level could be changed without too many difficulties, there was a risk that the solutions adopted would be set in stone. If these solutions no longer corresponded with today's needs, it would be difficult to justify their existence“; s. auch *Perry/Nölke*, Rev. Int. Pol. Econ. 13 (2006), 559 (577).

357 Vgl. Erwägungsgrund 5 der IAS-Verordnung: Für die Wettbewerbsfähigkeit sei es von großer Bedeutung, dass eine Konvergenz der in Europa auf die Aufstellung von Abschlüssen angewendeten Normen mit internationalen Rechnungslegungsstandards erreicht werde, die weltweit für grenzübergreifende Geschäfte oder für die Zulassung an allen Börsen der Welt genutzt werden können. In einem Bericht an das Europäische Parlament und den Rat vom 18.6.2015 (COM/2015/0301 final) kommt die Europäische Kommission zu dem Schluss, dass die IFRS die Effizienz der EU-Kapitalmärkte durch eine Erhöhung der Transparenz und Vergleichbarkeit von Abschlüssen bereits erfolgreich verbessert hätten.

358 Vgl. *Perry/Nölke*, Rev. Int. Pol. Econ. 13 (2006), 559 (578); allgemein hierzu *Kleindiek* GmbHHR 2010, 1333 (1334 f.).

359 *Van Hulle*, in: Leuz/Pfaff/Hopwood, *The Economics and Politics of Accounting*, S. 349.

360 Vgl. *Perry/Nölke*, Rev. Int. Pol. Econ. 13 (2006), 559 (561, 575); „International accounting regulation is one of the most fascinating cases of private authority in international affairs“, „in hardly any other case has such wide-ranging authority been delegated to a private body“.

C. Schlussfolgerungen für den angestrebten Dogmatisierungsprozess

1. Das ausdifferenzierte Rechnungslegungssystem ist, wie in § 4 gezeigt wird, zwingend an das Rechtssystem gekoppelt. § 5 mündete indes in der Erkenntnis, dass diese Kopplung in Deutschland unvollständig geblieben ist. Diese Einsicht sensibilisiert den hier angestrebten Dogmatisierungsprozess, rechtfertigt die Arbeit aber zugleich. Wie *Luhmann* ausführt, ist das Recht anfällig für symbolisch vermittelte Vertrauenskrisen. Wenn Recht nicht mehr respektiert oder nicht mehr so weit wie möglich durchgesetzt werde, würden die Folgen weit über das hinausreichen, was als Rechtsbruch unmittelbar vorliegt.³⁶¹ Das Ausbleiben von Sanktionen, die zu erwarten man ein Recht habe, könnte jene drastischen, über den Einzelfall hinauswirkenden Konsequenzen haben, die oft eintreten, wenn Symbole für etwas an sich Unsichtbares, hier die Zukunft, verletzt werden.³⁶² Weil das Rechnungslegungssystem und das Rechtssystem strukturell gekoppelt wurden, ist es Aufgabe des Bilanzrechts und seiner Wissenschaft, diese Fernwirkungen zu begrenzen.
2. Weiterhin lässt sich aus den Ausführungen in Teil 2 eine erste These für den Prozess der Lösung schwieriger bilanzrechtlicher Fälle (Hard Cases) ableiten: Es ist zu vermuten, dass diese Fälle angesichts der mangelnden Ausdifferenzierung des staatlichen Bilanzrechts im Ausgangspunkt nicht auf einem aus rechtswissenschaftlicher Sicht akzeptablen Weg erfolgt. Denn wenn die Kopplung des Rechts an das Rechnungslegungssystem insgesamt bis heute ungefestigt geblieben ist, muss dies auch für rechtswissenschaftliche Ansätze zur Falllösung gelten.
3. Beide Aspekte haben Konsequenzen für den Dogmatisierungsprozess: Zunächst muss auf am staatlichen Recht ausgerichteter Bilanzrechtsdogmatik angesichts der fehlenden Leistungsfähigkeit dieses Rechts beständig ein Schatten des Zweifels liegen. Auf staatliches Recht abstellenden Begründungsansätzen, um durch neue, innovative Geschäftsmodelle aufgeworfene schwierige Bilanzierungsfragen zu beantworten, muss mit anderen Worten mit Skepsis begegnet werden. Sie erscheinen nicht automatisch optimal. Zugleich wird argumentiert, *dass* das staatliche Recht gezwungen ist, zu bestimmen, wo seine Grenzen liegen und in welchem Umfang es die private Ordnung anerkennt. Dies gründet sich auf die Beobachtung der weiter wachsenden Bedeutung der privaten Rechnungslegungsordnung einerseits und der Unfähigkeit des staatlichen Rechts, eine Antwort auf komplexe Bilanzierungsfragen (Hard Cases) in der aus Sicht der Rechtsanwendersicht notwendigen Geschwindigkeit zu formulieren, andererseits.

361 *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, S. 132.

362 *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, S. 135.