

Zweiter Teil: Rechtmäßiges Handeln des Geschäftsleiters – Reichweite der Pflichtenbindung

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

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

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

§ 1 Status quo

A. Arten bilanzieller Freiräume

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

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

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

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

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

I. Unbestimmte Rechtsbegriffe

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

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

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

263 Küting, BB 2011, 2091, 2093.

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

265 Merkt, DK 2017, 353, 358.

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

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

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

II. Wahlrechte

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

III. Schätzungen und Prognosen bei der Tatsachenermittlung

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

²⁶⁸ Dazu § 2 Abschnitt D. II. 1. a).

²⁶⁹ *Hennrichs*, Wahlrechte, S. 3.

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

B. Rechtliche Grenzen potenzieller Freiräume bei der Abschlusserstellung

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

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

271 *Pöschke*, ZGR 2018, 647, 663.

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

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

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

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

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

C. Weiteres Vorgehen

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

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

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

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

§ 2 Unbestimmte Rechtsbegriffe

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

A. Begriffsbestimmung

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

276 Dazu oben § 1 A. I.

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

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

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

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

B. Unbestimmte Rechtsbegriffe des Bilanzrechts im Syllogismus der Rechtsfolgebestimmung

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

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

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

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

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

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

I. Obersatz

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

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

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

284 Zippelius, Juristische Methodenlehre, S. 79 f.

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

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

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

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

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

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

288 *Pöschke*, ZGR 2018, 647, 655.

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

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

II. Untersatz

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

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

291 Dazu Kapitel 1 § 1 B. I.

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

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

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

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

295 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, § 21 Rn. 686.

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

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

III. Logische Schlussfolgerung

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

Beispiele:

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

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

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

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

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

IV. Zwischenergebnis

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

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

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

C. Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe als Kompetenzfrage

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

I. Auslegungsfreiräume als richterlicher Delegationsauftrag

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

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

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

II. Subsumtionsfreiräume als richterlicher Delegationsauftrag

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

317 Vgl. vormals § 15 Abs. 3 WpHG.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Schlussfolgerungen für einen tatbestandlichen Beurteilungsspielraum des Normadressaten im Bilanzrecht

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

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

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

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

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

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

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

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

327 Vgl. insoweit die Begriffsbestimmung aus IAS 8.5.

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

D. Normativ-subjektiver Fehlerbegriff

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

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

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

330 BFHE 240, 162.

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

I. Inhalt und Reichweite des normativ-subjektiven Fehlerbegriffs

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

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

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

1. Meinungsstand

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

c) Schrifttum

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Einordnung der verschiedenen Ansichten

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

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

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

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

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

352 Vgl. § 2 C. I und II.

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

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

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

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

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

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

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

1. Zivilrechtliche Haftung

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

a) Rechtslage bei Zugrundelegung eines objektiven Fehlerbegriffs

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

aa) Außenhaftung

Eine Außenhaftung des Geschäftsführers selbst kommt in Fällen eines objektiven Bilanzrechtsverstoßes nach den Ausführungen des ersten Teils dieser Untersuchung allenfalls bei vorsätzlichem Handeln im Anwendungsbereich des § 826 BGB in Betracht, und damit in nur in solchen Fallkonstellationen, in denen der Geschäftsführer von einem auf Rechtsfragen bezogenen normativ-subjektiven Fehlerbegriff ohnehin nicht mehr profitieren würde. Insbesondere ist nach den Ausführungen des ersten Teils dieser Untersuchung eine deliktsrechtliche Außenhaftung nach § 823 Abs. 2 BGB

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

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

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

358 § 2 A. III.

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

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

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

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

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

bb) Binnenhaftung

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

363 Verse, ZGR 2017, 174, 187.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

b) Rechtslage bei Zugrundelegung eines normativ-subjektiven Fehlerbegriffs

aa) Außenhaftung

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

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

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

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

bb) Binnenhaftung

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

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

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

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

378 *Pöschke*, ZGR 2018, 647, 678.

auch die Bandbreite der bei der Abschlusserstellung zu treffenden Zweckmäßigkeitsentscheidungen.

c) Schlussfolgerungen

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

2. Straf- und bußgeldrechtliche Sanktionierung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Nichtigkeit gem. § 256 AktG

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

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

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

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

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

4. Enforcement-Verfahren

a) Bisherige Rechtslage

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

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

nungsmäßiger Buchführung oder den sonstigen durch Gesetz zugelassenen Rechnungslegungsstandards.

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

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

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

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

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

b) Auswirkung der gesetzgeberischen Reformbestrebungen im FISG-RegE

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

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

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

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

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

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

5. Abschlussprüfung gem. § 317 HGB

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III. Schlussfolgerungen und Ergebnis

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

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

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

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

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

§ 3 Wahlrechte im Handelsbilanzrecht

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

A. Bestandsaufnahme

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

409 Dazu bereits Kapitel 1 § 2 A. III.

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

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

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

I. Explizite Wahlrechte

1. Ansatz- und Bewertungswahlrechte

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

412 *Hennrichs*, Wahlrechte, S. 3.

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

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

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

2. Zweifelsfälle

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

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

aa) Problematik

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

bb) Bislang vertretene Lösungsansätze

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

cc) Stellungnahme und eigener Ansatz

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

430 BFHE 234, 168 ff.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

aa) Meinungsstand

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

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

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

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

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

bb) Stellungnahme

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

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

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

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

II. Implizite Wahlrechte

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

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

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

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

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

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

1. Abgrenzung impliziter Wahlrechte von ausfüllungsbedürftigen Regelungslücken

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Abgrenzung impliziter Wahlrechte von unbestimmten Rechtsbegriffen

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

3. Abgrenzung impliziter Wahlrechte von Schätzungen und Prognosen

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

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

453 Zum Meinungsstand bereits § 1 B. I.

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

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

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

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

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

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

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

4. Ausgewählte Beispiele

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

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

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

459 Hennrichs, Wahlrechte, S. 46 ff.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

467 *Hennrichs*, Wahlrechte, S. 342 (Fn. 305).

468 Vgl. den Auszug der Gesetzesbegründung zum BilMoG unter Abschnitt II. 1.

nicht vereinbar.⁴⁶⁹ Denn als Ausprägung des Imparitätsprinzips dienen die Abschreibungen auf Vermögensgegenstände des Umlaufvermögens nach § 253 Abs. 4 HGB dazu, nachteilige Preisveränderungen bereits dann zu berücksichtigen, wenn die Realisation des Verlusts noch aussteht. Verluste sollen antizipiert und so früh wie möglich in die Bilanz aufgenommen werden.⁴⁷⁰ Da Vermögensgegenstände des Umlaufvermögens aber *per definitionem* zum Absatz bestimmt sind, kann es sich bei diesen Verlusten nur um die am Absatzmarkt entstehenden Verluste handeln. Vor diesem Hintergrund kann der niedrigere beizulegende Wert sich grundsätzlich nur nach den Verhältnissen am Absatzmarkt richten. Ausnahmen kommen allenfalls für solche Vermögensgegenstände in Betracht, die zwar dem Umlaufvermögen zuzuordnen, ihrer Natur nach aber gleichwohl eher *absatzfern* sind, weil sie selbst voraussichtlich nicht am Absatzmarkt verwendet werden.⁴⁷¹ Als Paradebeispiel hierfür gelten Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffe, deren Wert sich bei Zugrundelegung der Verhältnisse am Absatzmarkt nur mit erheblichen Berechnungsschwierigkeiten ermitteln lässt. Sie dürfen deshalb regelmäßig unter Zugrundelegung der Konditionen am Beschaffungsmarkt bewertet werden.⁴⁷²

B. Bilanzrechtliche Determinanten der Wahlrechtsausübung

Es ist kaum verwunderlich, dass das bilanzpolitische Gestaltungspotenzial der im Handelsbilanzrecht verankerten Wahlrechte in Wissenschaft und Praxis bislang deutlich mehr Beachtung gefunden hat als die rechtlichen Grenzen der Wahlrechtsausübung. Während gerade die Betriebswirt-

469 Dazu etwa Böcking/Korn, in: Beck'sches HdR, B 164 Rn. 105; Ekkenga, in: Kölner Kommentar zum Rechnungslegungsrecht, § 253 HGB Rn. 130; Kleindiek, in: Staub, Großkommentar zum HGB, § 253 Rn. 118.

470 Vgl. zum Zweck des § 253 Abs. 4 HGB Böcking/Korn, Beck'sches HdR, B 164 Rn. 66.

471 Böcking/Gros/Wirth, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, § 253 Rn. 101; Brösel/Olbrich, in: Küting/Pfitzer/Weber, HdR, § 253 Rn. 638; Merkt, in: Baumbach/Hopt, HGB, § 253 Rn. 24; Morck/Drüen, in: Koller/Kindler/Roth/Drüen, HGB, § 253 Rn. 11; Poll, in: Häublein/Hoffmann-Theinert, BeckOK zum HGB, § 253 Rn. 78.

472 Dazu und zu weiteren Ausnahmefällen A/D/S, Rechnungslegung und Prüfung, § 253 HGB Rn. 488, 502 f.; Ballwieser, in: Münchener Kommentar zum HGB, § 253 Rn. 59; Kleindiek, in: Staub, Großkommentar zum HGB, § 253 Rn. 117; Schubert/Berberich, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, § 253 HGB Rn. 516 ff.; Schulze-Osterloh, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl., § 42 Rn. 405 f.

schaftslehre stets nach neuen Wegen sucht, um die Wahlrechtsausübung im Rahmen eines bilanzpolitischen Gesamtkonzepts zu optimieren,⁴⁷³ überlässt sie die exakte Grenzbestimmung zwischen rechtmäßiger und rechtswidriger Wahlrechtsausübung regelmäßig der Rechtswissenschaft, oftmals nur in knappen Worten darauf hinweisend, dass die Wahlrechtsausübung „dem Stetigkeitsgebot“⁴⁷⁴, „dem Stetigkeits- und Einblicksgebot“⁴⁷⁵ oder schlicht „den Rechtsvorschriften“ genügen müsse.⁴⁷⁶ In den hierdurch entstandenen Graubereich haben sich die Vertreter der Rechtswissenschaft bislang allerdings nur zögerlich vorgewagt; eine letzte systematische Untersuchung zu den bilanzrechtlichen Determinanten der Wahlrechtsausübung findet sich, soweit ersichtlich, in der von *Hennrichs* verfassten, 1999 erschienenen Habilitationsschrift.⁴⁷⁷ Insbesondere vor dem Hintergrund der tiefgreifenden Veränderung der „Wahlrechtslandschaft“ durch das BilMoG erscheint eine aktuelle Auseinandersetzung mit den Ergebnissen dieser Untersuchung und den bilanzrechtlichen Determinanten der Wahlrechtsausübung im Allgemeinen aber dringend geboten. Der nachfolgende Abschnitt wird sich deshalb damit auseinandersetzen, inwieweit die Ausübung bilanzieller Wahlrechte rechtlichen Begrenzungen noch durch das Handelsbilanzrecht selbst unterliegt.

I. Zweck der Wahlrechtseröffnung

Da jedes normative Tätigwerden des Gesetzgebers so zu verstehen und anzuwenden ist, dass der vom Gesetzgeber verfolgte Zweck auch erreicht wird, darf und sollte es selbstverständlich sein, dass eine erste Determinante der Wahlrechtsausübung noch in der Funktion des Wahlrechts selbst begründet liegt.⁴⁷⁸ Wie sogleich aufzuzeigen ist, erweist sich die Zweckbe-

473 Jüngst etwa *Zwirner/Boecker/Busch*, *StuB* 2017, *StuB* 2017, Sonderausgabe „Bilanzpolitik aktuell – Gestaltungsmöglichkeiten zum Jahresabschluss 2017.“

474 *Wagenhofer/Ewert*, *Externe Unternehmensrechnung*, S. 243.

475 *Coenenberg/Haller/Schultze*, *Jahresabschluss und Jahresabschlussanalyse*, S. 1015.

476 *Peemöller*, *Bilanzanalyse und Bilanzpolitik*, S. 203. Vgl. auch *Winnefeld*, *Bilanz-Handbuch*, Kap. D Rn. 2100, der gar davon spricht, dass Aktivierungs- und Passivierungswahlrechte dem Normadressaten „im Rahmen eines „Bilanzierungs-ermessens“ die freie Entscheidung“ über Aktivierung und Passivierung einräumen.

477 *Hennrichs*, *Wahlrechte*, *passim*. Daran anknüpfend zuletzt *Pöschke*, *ZGR* 2018, 647, 654 ff.

478 *Hennrichs*, *Wahlrechte*, S. 243 f. In diesem Sinne jüngst auch *Pöschke*, *ZGR* 2018, 647, 657.

stimmung bilanzieller Wahlrechte unter Umständen jedoch als tückisch. Das gilt insbesondere für die Frage, welchen Einfluss das Einblicksgebot aus § 264 Abs. 2 Satz 1 HGB auf die Zweckbestimmung ausübt.

1. Arten gesetzlicher Wahlrechte

Versucht man den Zweck der gesetzlichen Wahlrechte zunächst ganz unvoreingenommen zu ermitteln, so zeigt sich, dass je nach Zweckrichtung verschiedene Arten von Wahlrechten identifiziert werden können. Konnte *Henrichs*, seinerseits auf die Vorarbeiten *Bauers*⁴⁷⁹ und *Siegels*⁴⁸⁰ aufbauend, in seiner Arbeit mit Vereinfachungs-, Billigkeits-, Einheitsbilanz-, Subventions-, Ergebnisglättungs- und Kompromisswahlrechten immerhin sechs Arten bilanzieller Wahlrechte unterscheiden,⁴⁸¹ gilt nachfolgend zu überprüfen, inwiefern diese Kategorisierung insbesondere nach den Änderungen des BilMoG noch trägt.

a) Vereinfachungswahlrechte

Einer ersten Kategorie können nach wie vor solche Wahlrechte zugeordnet werden, die der Gesetzgeber dem Abschlusspflichtigen einräumt, um die Bilanzierung zu vereinfachen. Sie sind Ausdruck des gesetzgeberischen Bestrebens, Kosten und Nutzen der bilanziellen Sachverhaltsabbildung in ein angemessenes Verhältnis zu setzen und ein auch wirtschaftlich sinnvolles Bilanzrecht zu schaffen.⁴⁸² In Konstellationen, in denen eben dieses Kosten-/Nutzen-Verhältnis aus dem Gleichgewicht zu geraten droht, eröffnet der Gesetzgeber dem Abschlusspflichtigen deshalb durch Einräumung eines Wahlrechts die Möglichkeit, von einer gesetzlich vorgesehenen Vereinfachung Gebrauch zu machen oder aber – ganz im Sinne eines möglichst realitätsgetreuen Einblicks in die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage –

479 *Bauer*, BB 1981, 766, 768 ff.; *Siegel*, in: Leffson/Rückle/Großfeld, HURB, S. 420 ff.

480 *Siegel*, in: Leffson/Rückle/Großfeld, HURB, S. 420 ff.

481 *Henrichs*, Wahlrechte, S. 66 ff.

482 Vgl. nur *Henrichs*, in: Münchener Kommentar zum Bilanzrecht, § 256 HGB Rn. 10.

mit überobligatorischem Aufwand nach dem gesetzlichen Standard vorzugehen.⁴⁸³

Als Unterfall dieser sogenannten Vereinfachungswahlrechte ist die Regelung des § 256 HGB zu nennen, die in Satz 1 nicht nur ein eigenes Wahlrecht normiert, sondern in Satz 2 darüber hinaus auch den Anwendungsbereich der beiden in § 240 Abs. 3 und 4 HGB statuierten Wahlrechte erweitert. Sie ist ausweislich ihrer amtlichen Überschrift („*Bewertungsvereinfachung*“) ausdrücklich dem Vereinfachungsgedanken verpflichtet und sieht eine Bewertungsvereinfachung für Vermögensgegenstände des Sachanlagevermögens sowie für Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffe vor, die anstelle der sonst erforderlichen Einzelbewertung (§ 252 Abs. 1 Nr. 3 HGB) einer Festbewertung (§ 240 Abs. 3 HGB) bzw. bei gleichartigen Vermögensgegenständen und Schulden einer Gruppen- oder Durchschnittsbewertung unterzogen werden dürfen (§ 240 Abs. 4 HGB).⁴⁸⁴ Vermögensgegenstände sowie Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffe im Anwendungsbereich des § 240 Abs. 3 HGB dürfen zu diesem Zweck mit gleichbleibender Menge und gleichbleibendem Wert angesetzt werden, Vermögensgegenstände im Anwendungsbereich des § 240 Abs. 4 HGB pauschal nach dem gewogenen Durchschnittswert der zu Anfang des Geschäftsjahres vorhandenen und während des Geschäftsjahres erworbenen Vermögensgegenstände bewertet werden.⁴⁸⁵

Im Fall des § 256 Satz 1 HGB resultiert der Vereinfachungseffekt aus der Möglichkeit, für den Wertansatz gleichartiger Vermögensgegenstände des Vorratsvermögens zu unterstellen, „*dass die zuerst oder dass die zuletzt angeschafften oder hergestellten Vermögensgegenstände zuerst verbraucht oder veräußert worden sind*“. Durch Zugrundelegung einer solchen fiktiven Verbrauchsfolge kann das Vorratsvermögen bewertet werden, ohne dass der Abschlusspflichtige exakt ermitteln muss, welche der zum Schluss des Geschäftsjahres auf Lager liegenden Vorräte zu welchem konkreten Preis angeschafft bzw. zu welchen Kosten hergestellt worden sind. Der hierdurch bewirkte Vereinfachungseffekt ist von Bedeutung, wenn gleichartige Vermögensgegenstände untrennbar miteinander vermischt oder vermengt werden, erspart dem Abschlusspflichtigen erheblichen Dokumentationsaufwand und entspricht damit eben dem Gedanken der Wirtschaft-

483 Hennrichs, Wahlrechte, S. 67 f. So auch Bauer, BB 1981, 766, 768; Siegel, in: Leffson/Rückle/Großfeld, HURB, S. 420.

484 Graf, in: Münchener Kommentar zum Bilanzrecht, § 240 HGB Rn. 43; Hennrichs, Wahlrechte, S. 68.

485 Vgl. nur Merkt, in: Baumbach/Hopt, HGB, § 240 Rn. 7 f.

lichkeit, wie er im Rechnungslegungsrecht des HGB an so vielen Stellen zum Ausdruck kommt.⁴⁸⁶ Es lässt sich damit nicht bestreiten, dass neben den Wahlrechten des § 256 Satz 2 i. V. m. § 240 Abs. 3 und 4 HGB auch die Zweckrichtung des in § 256 Satz 1 HGB vorgesehenen Wahlrechts zutreffend mit dem Vereinfachungsgedanken beschrieben werden kann.⁴⁸⁷

b) Billigkeitswahlrechte

Als zweite Kategorie zählt *Hennrichs* im Anschluss an *Siegel* die sogenannten Billigkeitswahlrechte, deren Zweck darin bestehen soll, unbillig empfundene Wirkungen bilanzrechtlicher Vorschriften in bestimmten Sonderfällen abzufedern. In diese Gruppierung fielen vor dem BilMoG namentlich die Wahlrechte zur Bildung von Bilanzierungshilfen, die es ermöglichen sollten, durch Aktivierung einmaliger Aufwendungen, die ansonsten nicht als Vermögensgegenstände oder Rechnungsabgrenzungsposten erfasst werden konnten, eine bilanzielle Überschuldung oder einen zu hohen Verlustausweis zu verhindern.⁴⁸⁸ Bis zum Inkrafttreten des BilMoG war den Billigkeitswahlrechten neben dem in § 269 Satz 1 HGB a. F. statuierten Wahlrecht, Ingangsetzungs- oder Erweiterungsaufwendungen des Geschäftsbetriebs zu aktivieren, nach strittiger Auffassung auch das Wahlrecht zur Aktivierung des Geschäfts- oder Firmenwerts nach § 255 Abs. 4 Satz 1 HGB a. F. zuzuordnen.⁴⁸⁹ Mittlerweile ist allein noch das Wahlrecht zum Ansatz aktiver latenter Steuern (§ 274 Abs. 1 Satz 2 HGB) den Billigkeitswahlrechten zuzuordnen. Obgleich nämlich aus der Gesetzesbegründung zum BilMoG explizit hervorgeht, dass aktive latente Steuern nach der Vorstellung des Gesetzgebers nicht als Bilanzierungshilfe, sondern als Sonderposten eigener Art anzusehen sind,⁴⁹⁰ ändert diese neue Klassifikation nichts daran, dass aktive latente Steuern, die weder als Vermögensgegenstand noch als Rechnungsabgrenzungsposten anzusehen sind und einen zu hohen Verlustausweis in der Handelsbilanz ausgleichen sollen,

486 *Hennrichs*, in: Münchener Kommentar zum Bilanzrecht, § 256 HGB Rn. 10.

487 In diesem Sinne auch *A/D/S*, Rechnungslegung und Prüfung, § 256 HGB Rn. 7; *Mayer-Wegelin*, in: Küting/Pfitzer/Weber, HdR, § 256 Rn. 10.

488 *Hottmann*, in: Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon, Stichwort „Bilanzierungshilfen“.

489 Für die Einordnung als Billigkeitswahlrecht *Hennrichs*, Wahlrechte, S. 68. A. A. *Siegel*, in: Leffson/Rückle/Großfeld, HURB, S. 420.

490 BT-Drcks. 16/10067, S. 67. Anders noch der durch das BiRiLiG eingeführte § 274 Abs. 2 Satz 1 HGB a. F.

die typischen Merkmale einer Bilanzierungshilfe nach wie vor erfüllen.⁴⁹¹ Das zeigt auch das nachfolgende

Beispiel: Im handelsrechtlichen Abschluss der X-GmbH sind Rückstellungen für drohende Verluste aus schwebenden Geschäften in Höhe von 10.000 € anzusetzen (§ 249 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 HGB). Für Zwecke der steuerlichen Gewinnermittlung scheidet die Bilanzierung einer Drohverlustrückstellung gem. § 5 Abs. 4a EStG allerdings aus. Da Verluste im Zeitpunkt der Realisierung zu steuerlich abzugsfähigen Betriebsausgaben führen, existiert eine abzugsfähige temporäre Differenz, sodass die Voraussetzungen zur Aktivierung einer latenten Steuer erfüllt sind (§ 274 Abs. 1 Satz 2 HGB). Die Möglichkeit, die erwartete Steuerbelastung nun erfolgswirksam auf Aktivseite anzusetzen, hat zur Folge, dass das Jahresergebnis zunächst nur in Höhe des zurückgestellten Betrags und nicht auch noch in Höhe der darauf zunächst zu bezahlenden Steuern belastet wird und im Laufe der Folgejahre bis zum endgültigen Eintritt oder Ausbleiben des Verlusts schrittweise abgebaut wird.

Sofern *Siegel* also formuliert, dass das Wahlrecht zum Ansatz aktiver latenter Steuern „*nicht als Billigkeitsmaßnahme, sondern zwecks Rechnungsabgrenzung*“⁴⁹² eingeräumt wurde, wird man der Prämisse zustimmen, die hieraus abgeleitete Schlussfolgerung allerdings umkehren müssen: Gerade weil das Wahlrecht zum Ansatz aktiver latenter Steuern es ermöglicht, künftige Steuerentlastungen bilanziell zu antizipieren und sie periodisch bis zu ihrem erwarteten Eintritt abzugrenzen, dient das Wahlrecht der Abmilderung ungewollter Auswirkungen des Bilanzrechts und ist damit letztlich Ausdruck eines gesetzgeberischen Billigkeitsgedankens.

c) Kompromisswahlrechte

Weiterhin gehen *Hennrichs* und *Siegel* davon aus, dass der Gesetzgeber dem Normadressaten Wahlrechte teilweise auch schlicht deshalb einräumt, weil er die verschiedenen zur Wahl gestellten Alternativen im Hinblick auf die gesetzlichen Zwecke der Rechnungslegung als gleichwertig ansieht.⁴⁹³ Dabei kann es sich entweder um Fälle handeln, in denen die richtige Lösung schon unter Fachleuten umstritten ist und in denen für die ver-

491 Einige Vertreter des Schrifttums halten deshalb nach wie vor am Begriff der Bilanzierungshilfe fest, vgl. nur *Merkt*, in: Baumbach/Hopt, HGB, § 274 Rn. 3.

492 *Siegel*, in: Leffson/Rückle/Großfeld, HURB, S. 420.

493 *Hennrichs*, Wahlrechte, S. 73; *Siegel*, Leffson/Rückle/Großfeld, HURB, S. 421.

schiedenen Auffassungen gleichermaßen gute Gründe sprechen. Die Einführung des Wahlrechts stellt dann, wie etwa § 255 Abs. 2 Satz 3 HGB, schlicht einen *sachlichen* Kompromiss dar.⁴⁹⁴ Ebenso kann es sich aber um Wahlrechte handeln, die einem *politischen* Kompromiss entstammen. Besonders evident war das vor Inkrafttreten des BilMoG bei denjenigen Wahlrechten, die auf der vierten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie beruhten. In ihr hatte der europäische Gesetzgeber den nationalen Gesetzgebern zahlreiche Wahlrechte für eine vereinfachte Anpassung der nationalen Vorschriften an die europäische Richtlinie eingeräumt, die der deutsche Gesetzgeber dann seinerseits an den Abschlusspflichtigen „*weitergereicht*“ hat.⁴⁹⁵ Mittlerweile verblieben ist aus dieser Kategorie allerdings allein noch das Wahlrecht aus Art. 28 Abs. 1 Satz 1 EGHGB, das die Bildung von Rückstellungen für Altzusagen betrifft.

d) Einheitsbilanz-Wahlrechte – Wegfall infolge des BilMoG

Die frühere Kategorie der sogenannten Einheitsbilanz-Wahlrechte, mit denen der Gesetzgeber dem Normadressaten die Erstellung einer einheitlichen Handels- und Steuerbilanz ermöglichen und aufwendige Überleitungsrechnungen ersparen wollten, sind mit Streichung der §§ 250 Abs. 1 Satz 2 und 255 Abs. 5 Satz 3 HGB⁴⁹⁶ als den beiden einzigen Wahlrechten dieser Zweckrichtung entfallen.

e) Subventionswahlrechte – Wegfall infolge des BilMoG

Ebenfalls dem BilMoG zum Opfer gefallen ist die ehemalige Kategorie der Subventionswahlrechte. Auch sie hatten ihren Ursprung im Steuerrecht, das dem Normadressaten mitunter Wahlrechte einräumte, um ihn zu einem als förderungswürdig angesehenen Verhalten zu bewegen. Die jeweils korrespondierenden handelsrechtlichen Wahlrechte sollten in diesem Zusammenhang nur dem Grundsatz der umgekehrten Maßgeblichkeit Rechnung tragen,⁴⁹⁷ haben aber mit Abschaffung der umgekehrten

494 So auch *Hennrichs*, Wahlrechte, S. 71.

495 *Hennrichs*, Wahlrechte, S. 71.

496 Vgl. noch *Hennrichs*, Wahlrechte, S. 69.

497 *Hennrichs*, Wahlrechte, S. 69; *Siegel*, in: Leffson/Rückle/Großfeld, HURB, S. 417, 420.

Maßgeblichkeit durch das BilMoG ihren einzigen Zweck eingebüßt. Der früher den Subventionswahlrechten zuzuordnende § 254 Satz 1 HGB a. F. ist dementsprechend ebenso wie die übrigen Subventionswahlrechte aus §§ 247 Abs. 3, 273, 279 Abs. 2, 280 Abs. 2 und 281 Abs. 1 HGB a. F. mit Inkrafttreten des BilMoG aufgehoben worden.⁴⁹⁸

f) Beibehaltungswahlrechte des BilMoG

Mit Inkrafttreten des BilMoG wurden in Art. 67 Abs. 1 EGHGB Wahlrechte zur Beibehaltung der nach § 249 Abs. 2 HGB a. F. bereits gebildeten Rückstellungen, der nach § 247 Abs. 3 i. V. m. § 273 HGB a. F. bereits gebildeten Sonderposten mit Rücklageanteil und der nach § 250 Abs. 1 Satz 2 HGB a. F. bereits aktivierten Rechnungsabgrenzungsposten eingeführt. Der Zweck dieser auch als Beibehaltungswahlrechte bezeichneten Wahlrechte⁴⁹⁹ dürfte – wie der Zweck sonstiger Übergangsvorschriften auch – darin liegen, das Vertrauen des Rechtsanwenders in die bestehende Rechtslage und den gesetzgeberischen Willen zur Fortentwicklung des Rechts in einen angemessenen Ausgleich zu bringen, die Übergangsphase einer praktikablen Lösung zuzuführen und dem Rechtsanwender hierdurch die Umstellung auf die neue Rechtslage zu erleichtern.⁵⁰⁰ Ganz in diesem Sinne stehen die Beibehaltungswahlrechte des BilMoG letztlich den Billigkeits- und Vereinfachungswahlrechten gleich.

498 BT-Drcks. 16/10067, S. 59: „Die Berücksichtigung nur steuerrechtlich zulässiger – regelmäßig subventionspolitisch motivierter – Abschreibungen im handelsrechtlichen Jahresabschluss hat zur Folge, dass es zu erheblichen Verzerrungen in der Darstellung der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage kommt. Die im handelsrechtlichen Jahresabschluss ausgewiesenen Vermögensgegenstände werden nicht in Höhe des periodengerechten (tatsächlichen) Werteverzehrs, sondern schneller abgeschrieben. Dies mag bei einer das Vorsichtsprinzip stark betonenden handelsrechtlichen Rechnungslegung noch vertretbar sein, ist es schlechterdings aber nicht mehr, wenn die Gläubigerschutz- und die Informationsfunktion des handelsrechtlichen Jahresabschlusses auf gleicher Ebene stehen. Demgemäß ist die Aufhebung des § 254 Satz 1 HGB geboten.“

499 Schmidt/Ries, in: Beck'scher Bilanzkommentar, § 246 HGB Rn. 86.

500 Vgl. Kirsch, DStR 2009, 1048 ff.

g) Originär bilanzpolitisch motivierte Wahlrechte

Abschließend seien mit der Kategorie der originär bilanzpolitisch motivierten Wahlrechte noch solche Wahlrechte angesprochen, die nach dem gesetzgeberischen Willen gerade darauf abzielen, dem Abschlusspflichtigen eine ihm bilanzpolitisch besonders günstige Darstellung der tatsächlichen Verhältnisse zu ermöglichen. Hierzu zählen beispielsweise die in § 340f HGB verankerten Wahlrechte der Kreditinstitute zur Bildung und Beibehaltung von Vorsorgereserven und zur Überkreuzverrechnung.⁵⁰¹ Sie dienen gerade dazu, in schlechten Jahren Ergebnisglättung zu ermöglichen und hierdurch „eine Verschlechterung der Ertragslage oder gar den Eintritt von Verlusten zu verdecken, um das Vertrauen der Öffentlichkeit in das Kreditinstitut zu erhalten“.⁵⁰² Die Einräumung derartiger Wahlrechte ermöglicht dem Abschlusspflichtigen, hier in Gestalt des Kreditinstituts, die eigene bilanzpolitische Außendarstellung nicht nur reflexhaft, sondern eben ganz gezielt zum eigenen Vorteil auszurichten.⁵⁰³

Keine Ergebnisglättung, sondern im Gegenteil eine unmittelbare Verbesserung des Eigenkapitals ermöglicht das im BilMoG neu eingeführte Wahlrecht zur Aktivierung selbst geschaffener immaterieller Vermögensgegenstände des Anlagevermögens in Höhe der Herstellungskosten (§ 248 Abs. 2 Satz 1 HGB). Die dahinterstehende Absicht des Gesetzgebers bestand erklärtermaßen darin, zum einen der zunehmenden Bedeutung immaterieller Vermögensgegenstände im Wirtschaftsleben Rechnung zu tragen und diese stärker als zuvor in den Fokus der Abschlussadressaten zu rücken. Ganz speziell sollte das Wahlrecht aber „insbesondere innovative mittelständische Unternehmen begünstigen, die erst am Beginn ihrer wirtschaftlichen Entwicklung stehen (Start-ups).“ Sie sollten „die Möglichkeit erhalten, ihre Außendarstellung zu verbessern“ und durch eine Verbesserung der Eigenkapitalquote sowie eine entsprechende Verbesserung ihres Ratings von besseren Finanzierungskonditionen zu profitieren.⁵⁰⁴ Auch das Wahlrecht zur Aktivierung immaterieller Vermögensgegenstände des Anlagevermögens kann damit als originär bilanzpolitisch motiviertes Wahlrecht aufgefasst werden.

501 So schon *Hennrichs*, Wahlrechte, S. 70.

502 *Hennrichs*, Wahlrechte, S. 70.

503 *Hennrichs*, Wahlrechte, S. 70.

504 BT-Drcks. 16/10067, S. 49.

2. Wahlrechtsausübung und Einblicksgebot – der Einfluss des Einblicksgebots auf die Zweckbestimmung gesetzlicher Wahlrechte

Das Einblicksgebot des § 264 Abs. 2 Satz 1 HGB wurde im ersten Teil dieser Untersuchung bereits angesprochen und in seinen Grundzügen skizziert. Es folgt, wie bereits erwähnt, europarechtlich seit 2013 aus Art. 4 Abs. 3 Satz 1 der Bilanzrichtlinie, geht seinem Ursprung nach aber auf Art. 2 Abs. 3 Satz 1 der vierten EG-Richtlinie respektive Art. 16 Abs. 3 der siebten EG-Richtlinie zurück und verlangt, dass der Abschluss der Gesellschaft einen *true and fair view*, das heißt ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Gesellschaft vermittelt.

a) Die Abweichungs- und Korrekturfunktion des Einblicksgebots

Der Einfluss des Einblicksgebots auf die Zweckbestimmung gesetzlicher Wahlrechte und damit letztlich auf die Wahlrechtsausübung insgesamt, ist bereits seit Langem Gegenstand fachwissenschaftlicher Diskussion.⁵⁰⁵ Ausgangspunkt der Meinungsverschiedenheit ist dabei der heutige Art. 4 Abs. 4 der Bilanzrichtlinie, demzufolge einzelne Bestimmungen der Richtlinie dann nicht anzuwenden sind, wenn andernfalls ein den tatsächlichen Verhältnissen widersprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Unternehmens vermittelt würde. Die hierin zum Ausdruck gelangende Abweichungs- und Korrekturfunktion des Einblicksgebots kann gerade hinsichtlich der Wahlrechtsausübung, die in besonderem Maße Einfluss auf das im Abschluss vermittelte Bild ausüben kann, unterschiedlich strikt gehandhabt werden.⁵⁰⁶ Der aktuelle Meinungsstand lässt sich im Wesentlichen aber auf zwei Ansätze herunterbrechen.

Vereinzelt nehmen Literaturvertreter die beschriebene Korrektur- oder Abweichungsfunktion des Einblicksgebots und die in ihm zum Ausdruck kommende Hauptzielbestimmung zum Anlass, das Einblicksgebot bei der Anwendung der Einzelschriften zum obersten Gebot zu erheben.⁵⁰⁷

505 Vgl. nur Hüttemann/Meyer, in: Staub, Großkommentar zum HGB, § 264 Rn. 42.

506 Zu Vergleichen mit dem angelsächsischen Recht, das das Einblicksgebot zum *overriding principle* erhebt, Hüttemann/Meyer, in: Staub, Großkommentar zum HGB, § 264 Rn. 17; Reiner, in: Münchener Kommentar zum HGB, § 264 Rn. 35.

507 Clausen, in: FS Goerdeler, S. 91; ders./Korth, in: Kölner Kommentar zum Rechnungslegungsrecht, § 264 HGB Rn. 33 ff.; van Hulle, in: FS Budde, S. 313; Siegel, in: Leffson/Rückle/Großfeld, HURB, S. 425 f.

Danach ist bei der Wahlrechtsausübung möglichst diejenige Alternative zu wählen, die am ehesten ein „getreues Bild“ der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage gewährleistet. Weil diese Ansicht aber die gesetzlich eröffneten Wahlrechte auf bloße Abbildungsoffenheiten reduziert, deren Ausübung nicht durch eine ihnen genuin zukommende Zweckrichtung, sondern eben allein durch das Einblicksgebot als oberste Handlungsmaxime bestimmt wird, ist ihr nicht zu folgen. Mit dem expliziten Ausnahmecharakter der Korrektur- und Abweichungsfunktion des Einblicksgebots aus Art. 4 Abs. 4 Satz 1 der Bilanzrichtlinie ist eine solche Sichtweise nicht vereinbar.⁵⁰⁸

Auf der anderen Seite des Meinungsspektrums stand lange Zeit die These der völligen Unabhängigkeit der Wahlrechtsausübung vom Einblicksgebot.⁵⁰⁹ Grundlage dieses Ansatzes war die auf *Moxter* zurückgehende Abkopplungsthese,⁵¹⁰ derzufolge Bilanz und GuV im Interesse einer möglichst unverzerrten Gewinnermittlung frei vom Einwirkungsbereich des Einblicksgebots bleiben sollten, während im Anhang als dem wesentlichen Informationsinstrument des Abschlusses Erläuterungen bezüglich der Wahlrechtsausübung erforderlich, aber eben auch hinreichend sein sollten, um dem gesetzlich geforderten Informationsniveau zu entsprechen.⁵¹¹ Das Einblicksgebot beeinflusste hiernach also weder die Zweckbestimmung des Wahlrechts, noch überhaupt dessen Ausübung. Dass auch dieser Ansatz heute allenfalls in stark abgeschwächter Form Bestand haben kann, resultiert aus der herausgehobenen Stellung des Einblicksgebots als Hauptzielbestimmung der Bilanzrichtlinie und wird durch den Wortlaut des Einblicksgebots bestätigt, der einen allein auf den Anhang beschränkten Wirkbereich des Einblicksgebots in keinerlei Hinsicht stützt.⁵¹²

508 *Störk/Schellhorn*, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, § 264 HGB Rn. 28, der ebenfalls darauf hinweist, dass eine derart strikte Handhabung der Abweichungs- und Korrekturfunktion des Einblicksgebots zu einem wohl unerträglichen Maß an Rechtsunsicherheit führen würde.

509 Vgl. nur *A/D/S*, Rechnungslegung und Prüfung, § 264 HGB Rn. 107; *Beisse*, in: FS Döllerer, S. 25, 42; *Clemm*, in: FS Budde, S. 135, 161 ff., 154; *W. Müller*, in: FS Moxter, S. 75, 91 f.; *Schildbach*, BFuP 1987, 1, 7 f., 13; *Streim*, in: FS Moxter, S. 391, 398; *Wöhe*, DStR 1985, 715, 720. Weitere Literaturnachweise bei *Henrichs*, Wahlrechte, S. 330 (Fn. 267).

510 *Moxter*, AG 1979, 141, 143; *ders.*, ZIP 1987, 608, 610; *ders.*, in: FS Budde, S. 419 ff.; *ders.*, Bilanzlehre Bd. II, S. 67 f.

511 *A/D/S*, Rechnungslegung und Prüfung, § 264 HGB Rn. 107.

512 *Merkt*, in: Baumbach/Hopt, HGB, § 264 Rn. 12; *Ruppelt*, in: Häublein/Hoffmann-Theinert, BeckOK HGB, § 264 Rn. 39.2.

Die vorzugswürdige herrschende Meinung geht deshalb einen Mittelweg, der die Korrektur- und Abweichungsfunktion des Einblicksgebots zwar nicht unberücksichtigt lässt, ihr letztlich aber nur subsidiäre Wirkung zugesteht.⁵¹³ Konkret heißt das zunächst, dass die vorrangige Grenze der Wahlrechtsausübung sich aus dem gesetzlichen Zweck der Wahlrechtsöffnung ergibt. Das Einblicksgebot vermag diese Zweckbestimmung nicht grundlegend zu ändern, entfaltet aber interpretative Wirkung, sobald sich Zweifel an der Zweckbestimmung ergeben. In solchen Fällen ist unter mehreren in Betracht kommenden Zweckrichtungen diejenige zu wählen, die mit dem Einblicksgebot am besten vereinbar ist. Die in Art. 4 Abs. 4 der Bilanzrichtlinie zum Ausdruck kommende Korrektur- und Abweichungsfunktion des Einblicksgebots beschränkt sich vor diesem Hintergrund auf besonders gelagerte Sachverhalte und soll konkret im Falle der Wahlrechtsausübung allein einem rechtsmissbräuchlichen Verhalten des Normadressaten entgegenwirken.⁵¹⁴ Letzteres ist beispielsweise anzunehmen, wenn der Geschäftsleiter sich in Ausübung des in § 256 Satz 1 HGB statuierten Wahlrechts für die Anwendung der Lifo-Methode entscheidet, obwohl diese mit dem betrieblichen Geschehensablauf *völlig unvereinbar* ist; so etwa, wenn das betreffende Vorratsvermögen aus leicht verderblichen Lebensmitteln⁵¹⁵ oder aus Gegenständen besteht, die während des Geschäftsjahres stets vollständig aufgebraucht werden.⁵¹⁶

b) Die Interpretationsfunktion des Einblicksgebots bei Zweifeln an der Zweckbestimmung bilanzieller Wahlrechte

Wenn die Auswirkungen des Einblicksgebots also vorrangig nicht in dessen Abweichungs- und Korrekturfunktion, sondern in dessen Interpretationsfunktion begründet liegen, stellt sich die Frage, was hieraus für solche Wahlrechte folgt, deren Zweckbestimmung Zweifel aufwirft.

513 *Hennrichs*, Wahlrechte, S. 340 ff.

514 Vgl. nur *W. Müller*, in: *Liber amicorum Happ*, S. 191; *Störk/Schellhorn*, in: *Beck'scher Bilanz-Kommentar*, § 264 HGB Rn. 25 ff.

515 *Hennrichs*, in: *Münchener Kommentar zum Bilanzrecht*, § 256 HGB Rn. 20; *ders.*, *Ubg* 2011, 705, 707.

516 *A/D/S*, Rechnungslegung und Prüfung, § 256 HGB Rn. 18; *Hennrichs*, in: *Münchener Kommentar zum Bilanzrecht*, § 256 HGB Rn. 20.

aa) Bewertungsvereinfachungsverfahren gem. § 256 Satz 1 HGB

Oben ist bereits festgehalten worden, dass das Wahlrecht zur Anwendung der in § 256 Satz 1 HGB genannten Bewertungsvereinfachungsverfahren – wie die amtliche Überschrift auch zu erkennen gibt – jedenfalls der Vereinfachung dient. Da die nach § 256 Satz 1 HGB anwendbare Lifo-Methode aber unterstellt, dass die zuletzt angeschafften oder hergestellten Vermögensgegenstände zuerst verbraucht worden sein, stellt sich die Frage, inwieweit die hierdurch in Zeiten steigender Preise gebildeten stillen Reserven Einfluss auf die weitere Zweckbestimmung des Wahlrechts haben. Zur Veranschaulichung der Problematik dient folgendes

Beispiel:⁵¹⁷ Am 01.01.2017 befanden sich im Lager der X-GmbH 1.000 Einheiten eines Rohstoffs zu Anschaffungskosten von 6 € pro Einheit. Den Buchhaltungsunterlagen lässt sich zu Beginn des Monats Juli 2017 ein Zugang 1.000 weiterer Einheiten zu Anschaffungskosten von 7 € je Einheit entnehmen, zum Ende des Monats August durch Veräußerung ein Abgang von 1.000 Einheiten zu einem Veräußerungserlös von 8 € je Einheit und zum Anfang des Monats Dezember ein Zugang von 1.000 Einheiten zu Anschaffungskosten von 9 € je Einheit. Am 31.12.2017 können als Endbestand folglich 2.000 Einheiten verzeichnet werden. Bei der Bewertung dieser 2.000 im Endbestand befindlichen Einheiten spielt es bei Inanspruchnahme des in § 259 Satz 1 HGB statuierten Wahlrechts – darin kommt zunächst der beschriebene Vereinfachungseffekt zum Ausdruck – keine Rolle, zu welchem konkreten Preis die nunmehr auf Lager liegenden 2.000 Einheiten Rohstoffe konkret erworben wurde. So mag es beispielsweise zwar sein, dass sich unter den 2.000 Einheiten neben den 1.000 Einheiten, die zum Preis von je 9 € erworben wurden, insgesamt 400 Einheiten befinden, die zum Preis von je 6 € erworben wurden und 600 Einheiten, die zum Preis von je 7 € je Einheit erworben wurden. Für die bilanzielle Bewertung des Rohstoffs spielt das allerdings keine Rolle, kann doch nach § 259 Satz 1 Var. 1 unterstellt werden, dass (i) es sich bei den 2.000 im Lager befindlichen Einheiten um diejenigen Rohstoffe handelt, die zuletzt angeschafft wurden (Fifo-Methode), sprich: um 1.000 Einheiten zu je 9 € und weitere 1.000 Einheiten zu je 7 € oder dass (ii) es sich bei den 2.000 im Lager befindlichen Einheiten um diejenigen Rohstoffe handelt, die zuerst angeschafft wurden (Lifo-Methode), sprich: um 1.000 Einheiten

517 Das hier in stark abgewandelter Form dargestellte Beispiel geht zurück auf *Coenenberg/Haller/Schultze*, Jahresabschluss und Jahresabschlussanalyse, Aufgaben und Lösungen, Aufgabe 4.3, S. 70.

zu je 6 € und weitere 1.000 Einheiten zu je 7 €. Die im Vorratsvermögen befindlichen Rohstoffe wären dann folglich bei Zugrundelegung der Fifo-Methode in Höhe von 14.500 € in der Bilanz auszuweisen, bei Zugrundelegung der Lifo-Methode in Höhe von insgesamt nur 13.000 €. Vergleicht man den nach Lifo-Methode anzusetzenden Wert mit dem Wert, der dem Endbestand bei Zugrundelegung des zeitlich letzten Anschaffungspreises in Höhe von 9 € zukäme, zeigt sich, dass die Anwendung der Lifo-Methode im Falle unterjähriger Preissteigerungen zur Bildung stiller Reserven führt – im gewählten Beispiel ganz konkret zur Bildung stiller Reserven in Höhe von 5.000 € – und damit im Gegensatz zur Fifo-Methode einen verstärkten Ergebnisglättungseffekt hat, der potenziell bilanzpolitisch genutzt werden kann und der bilanzierungspflichtigen Kapitalgesellschaft damit zusätzlich zu dem durch § 256 Satz 1 HGB bewirkten Vereinfachungseffekt zugute kommen kann. Des Weiteren zeigt das Beispiel, dass die Lifo-Methode im Gegensatz zur Fifo-Methode auch den Ausweis von Scheingewinnen vermeidet und damit zum Substanzerhalt beiträgt, sofern – wie im vorliegenden Beispiel – der unterjährige Verbrauch bzw. die unterjährigen Veräußerungen des betreffenden Vorratsvermögens vollständig aus den unterjährigen Anschaffungen gedeckt werden kann und der zu Beginn des Geschäftsjahres vorhandene Anfangsbestand deshalb nicht angegriffen werden muss. Während im Beispiel nämlich die Veräußerung der 1.000 Rohstoffeinheiten Ende August 2017 *nominal* einen durchschnittlichen Gewinn in Höhe von 1.000 € bewirkt, ist aufgrund der erhöhten Wiederbeschaffungskosten zu 8 € je Einheit im Dezember 2017 *substanziell* ein Verlust in Höhe von 1.000 € eingetreten. Werden die im Endbestand enthaltenen Rohstoffe allerdings nicht wie nach der Fifo-Methode zu 14.500 € ausgewiesen, sondern nur zu 13.000 €, wirkt das dem potenziellen Ausweis eines tatsächlich nur *scheinbar* erzielten Gewinnes in Höhe von 1.000 € entgegen. Da die Anwendung der Lifo-Methode seit Inkrafttreten des Steuerreformgesetzes 1990 auch steuerrechtlich anerkannt ist (§ 6 Abs. 1 Nr. 2a EStG), ist die Vermeidung derartiger Scheingewinne auch für die Besteuerung maßgeblich.

Weil die Ausübung des in § 256 Satz 1 HGB normierten Wahlrechts also in Zeiten steigender Preise durch die Bildung stiller Reserven zur Ergebnisglättung und damit zum Substanzerhalt beiträgt, vertreten einige Stimmen im Schrifttum die Ansicht, dass in eben dieser Ergebnisglättung bzw. „Vermeidung von Scheingewinnen“ eine weitere Zweckrichtung des Wahlrechts läge und das Wahlrecht dementsprechend auch gezielt bilanz-

politisch genutzt werden könne.⁵¹⁸ Das entwertet den Vereinfachungsgedanken des § 256 Satz 1 HGB insoweit, als im Rahmen einer bilanzpolitischen Nutzung nach dieser Ansicht selbst dann die Lifo-Methode angewendet werden dürfte, wenn ein Vereinfachungseffekt gar nicht einträte.

Gerade das ist aber mit der interpretativen Wirkung des Einblicksgebots nicht vereinbar.⁵¹⁹ Denn sie verlangte für die Annahme eines originär bilanzpolitisch motivierten Wahlrechts eine dahinterstehende Absicht des Gesetzgebers, an der es gerade fehlt, wenn dieser bei der Einführung des Wahlrechts primär eine Vereinfachung der Bewertungsregeln für den Abschlusspflichtigen im Sinn hatte. Sofern die Anwendung der Lifo-Methode der abschlusspflichtigen Gesellschaft also in Zeiten steigender Preise bilanzpolitisch zum Vorteil gereichen kann, so ist dieser Effekt reflexhafter Natur und kann daher bilanzpolitisch nur insoweit genutzt werden, als der Vereinfachungsgedanke gewahrt ist und also ein Vereinfachungseffekt bei der Gesellschaft auch tatsächlich eintritt. Keineswegs kann es demgegenüber mit dem Zweck des § 256 Satz 1 HGB vereinbar sein, die Lifo-Methode allein um ihrer bilanzpolitischen Wirkung willen anzuwenden, wenn die hiermit beabsichtigte Vereinfachung wie in den oben bereits genannten Beispielen⁵²⁰ bei der Gesellschaft erkennbar ausbleibt.⁵²¹

Sodann kann eine weitere Zweckrichtung des § 256 Satz 1 HGB auch nicht in der Substanzerhaltung liegen, zu der die Anwendung der Lifo-Methode in Zeiten steigender Preise durch Bildung stiller Reserven beiträgt.⁵²² Das hätte zur Folge, dass die Lifo-Methode in Zeiten fallender Preise nicht angewendet werden und der vom Gesetzgeber unzweifelhaft

518 *Herzig/Gasper*, DB 1991, 557, 558; *Gasper*, Die Lifo-Bewertung, S. 70 ff.; *Fischer*, in: *Herzig*, Vorratsbewertung nach der Lifo-Methode, S. 1, 2; *Mayer-Wegelin*, in: *Küting/Pfitzer/Weber*, HdR, § 256 Rn. 10. Zur Möglichkeit einer bilanzpolitischen Nutzung des § 256 Satz 1 HGB auch *Grottel/F. Huber*, in: *Beck'scher Bilanz-Kommentar*, § 256 HGB Rn. 8 f.; *Wöhe*, Bilanzierung und Bilanzpolitik, S. 476, 478, 489 („Mittel zur Bildung stiller Reserven“, „Möglichkeit der gezielten Beeinflussung des Periodengewinns“). Für § 6 Abs. 1 Nr. 2a EStG *Glanegger*, in: *Schmidt*, EStG, § 6 Rn. 351.

519 Ablehnend auch *Hennrichs*, Wahlrechte, S. 397; *Siegel*, DB 1991, 1941, 1943.

520 Vgl. § 2 B. I 1. a).

521 Dazu eingehend *Hennrichs*, in: *Münchener Kommentar zum Bilanzrecht*, § 256 HGB Rn. 11, 18.

522 So auch *Hennrichs*, in: *Münchener Kommentar zum Bilanzrecht*, § 256 HGB Rn. 11. A. A. *A/D/S*, Rechnungslegung und Prüfung, § 256 HGB Rn. 8; *Herzig/Gasper* DB 1991, 557, 558 f.; *Gasper*, Die-Lifo-Bewertung, S. 70 ff.; *Mayer-Wegelin*, DB 2001, 554.

beabsichtigte Vereinfachungseffekt dann nicht genutzt werden könnte.⁵²³ Zwar hat der Gesetzgeber in seiner Begründung zum Steuerreformgesetz an verschiedenen Stellen explizit darauf hingewiesen, dass durch die Einführung des § 6 Abs. 1 Nr. 2 EStG und der damit ermöglichten Anwendung der Lifo-Methode eine Scheingewinnbesteuerung vermieden werden solle.⁵²⁴ Auch hat das BMF in seinem 2015 veröffentlichten Rundschreiben den Zweck des § 6 Abs. 1 Nr. 2 EStG explizit in der Verhinderung der Scheingewinnbesteuerung erblickt.⁵²⁵ Aus diesen spezifisch steuerrechtlichen Erwägungen ergeben sich allerdings für das Handelsbilanzrecht keine Rückschlüsse auf eine über den Vereinfachungsgedanken hinausgehende Zweckbestimmung des § 256 Satz 1 HGB, zumal es mit dem im handelsrechtlichen Rechnungslegungsrecht vorherrschenden Prinzip der nominellen Kapitalerhaltung nicht im Einklang stünde, die Bilanz als Instrument zur Scheingewinnvermeidung zu verstehen.⁵²⁶ Ebenfalls ist unerheblich, dass dem Gesetzgeber die Verwendung der Lifo-Methode zur Scheingewinnvermeidung bei Aufnahme des heutigen § 256 Satz 1 HGB in das AktG 1965 bekannt war.⁵²⁷ Damit liegt die einzige Zweckrichtung des § 256 Satz 1 HGB ebenso wie schon die Zweckrichtung § 250 Satz 2 i. V. m. § 240 Abs. 3 und 4 HGB in der Bewertungsvereinfachung.⁵²⁸

bb) Außerplanmäßige Abschreibung nach § 253 Abs. 3 Satz 6 HGB

Schwierigkeiten bereitet sodann auch die Zweckbestimmung des in § 253 Abs. 3 Satz 6 HGB verankerten Wahlrechts zur außerplanmäßigen Abschreibung von Finanzanlagen bei nur vorübergehender Wertminderung. Da das Wahlrecht in Abweichung von Satz 5 der Vorschrift eine Rückkehr zum strengen Niederstwertprinzip für Finanzanlagen ermöglicht, wird es bisweilen als Vorsichtswahlrecht eingestuft, dessen Zweck darin bestehen soll, eine vorsichtigere Bewertung zu ermöglichen als nach Satz 5

523 So auch *Hennrichs*, in: Münchener Kommentar zum Bilanzrecht, § 256 HGB Rn. 18.

524 Vgl. *Kessler/Suchan*, DStR 2003, 345, 347; *Mayer-Wegelin*, in: Küting/Pfitzer/Weber, HdR, § 256 HGB Rn. 18; *ders.*, S. 554; *Moxter*, Bilanzlehre S. 157.

525 BFH, Schreiben v. 12.05.2015, BStBl. I 15, 462.

526 *Hennrichs*, Wahlrechte, S. 396.

527 *Mayer-Wegelin*, in: Küting/Pfitzer/Weber, HdR, § 256 HGB Rn. 10a.

528 In diesem Sinne etwa auch *Hüttemann/Meinert*, DB 2013, 1865; *dies.*, Die Lifo-Methode in Handels- und Steuerbilanz S. 42 ff. Aus der Rechtsprechung BFH, Urt. v. 20.06.2000, BStBl. II 2001, S. 636 ff.

gefordert.⁵²⁹ Das hat zu Recht Kritik hervorgerufen. So hat namentlich *Hennrichs* argumentiert, dass die Einräumung eines solchen vermeintlichen „Vorsichtswahlrechts“ bereits in sich widersprüchlich sei, da bereits die Einräumung eines Wahlrechts dem Vorsichtsgedanken widerspreche. Stattdessen hätte der Gesetzgeber im Fall des § 253 Abs. 3 Satz 6 HGB vielmehr auf die Einräumung eines Wahlrechts verzichten und stattdessen die Abschreibung auf den niedrigeren Wert zwingend vorschreiben müssen, um dem Vorsichtsprinzip mit Sicherheit zur Durchsetzung zu verhelfen.⁵³⁰ Näherliegend als die Annahme eines Vorsichtswahlrechts sei es deshalb, das Wahlrecht als Ausdruck einer verhältnismäßigen Zurückhaltung des Gesetzgebers und damit gewissermaßen als Kompromisswahlrecht einzustufen.⁵³¹ *Siegel* spricht demgegenüber von einem Unsicherheitswahlrecht, das der Abschwächung von Bewertungsunsicherheiten diene⁵³² und *K. Müller* und *Kropff* sehen den gesetzgeberischen Fokus vor allem in der Gewährleistung einer stetigen Vorratsbewertung⁵³³ und würden daher – wohl ähnlich wie *Siegel* – ebenfalls von einem Unsicherheitswahlrecht ausgehen.

Zuzugeben ist insbesondere *Hennrichs*, dass die Annahme eines auf vorsichtige Bilanzierung *abzielenden* Wahlrechts sich als widersprüchlich erweist. Es kann nicht Zweck des § 253 Abs. 3 Satz 6 HGB sein, dem Normadressaten die Wahl zwischen zwei Handlungsmöglichkeiten einzuräumen, nur um diese sodann im Rahmen einer zweckorientierten Anwendung der Vorschrift sogleich wieder auf eine Handlungsmöglichkeit zu reduzieren und den Normadressaten im Rahmen einer teleologischen Wahlrechtsausübung stets zur Bewertung nach dem strengen Niederstwertprinzip zu zwingen. Auch wenn die Ausübung des Wahlrechts durch außerplanmäßige Abschreibung dem Vorsichtsprinzip entspricht, wird man deshalb eher von einer Art „*Mosaikwahlrecht*“ auszugehen haben, das Elemente eines Kompromiss- und gegebenenfalls auch Unsicherheitswahlrechts in sich trägt.

529 Ohne Bezugnahme auf den heutigen § 253 Abs. 3 Satz 6 HGB *Kropff*, WPg 1966, 369, 373 f.; *J. Müller*, Das Stetigkeitsprinzip im neuen Bilanzrecht, S. 72, *ders.*, BB 1987, 1629, 1631, 1634.

530 *Hennrichs*, Wahlrechte, S. 72 f. In Abkehr von der früher vertretenen Ansicht dann auch *Kropff*, in: FS Baetge, S. 76, 87.

531 Dazu sogleich unten. § 253 Abs. 3 Satz 6 HGB beruht seinerseits auf einem Wahlrecht der europäischen Mitgliedstaaten in Art. 35 Abs. 1 lit. c) aa) der vierten EG-Richtlinie.

532 *Siegel*, in: Leffson/Rückle/Großfeld, HURB, S. 420.

533 *Kropff*, WPg 1966, 369, 373 f.

Jedenfalls aber kann es entgegen einer teilweise vertretenen Auffassung im Einklang mit der interpretativen Funktion des Einblicksgebots nicht vereinbar sein, den Zweck des § 253 Abs. 3 Satz 6 HGB in der Eröffnung eines bilanzpolitischen Spielraums zu erblicken.⁵³⁴ Dass nämlich gerade die Einräumung eines solchen Spielraums der gesetzgeberischen Absicht entspricht, wird nirgends erkennbar – auch nicht aus der Gesetzesbegründung zum BilMoG, in der der Gesetzgeber zum Ausdruck brachte, durch die überwiegende Streichung der damals noch bestehenden Wahlrechte zur außerplanmäßigen Abschreibung bei nur vorübergehender Wertminderung den bilanzpolitischen Gestaltungsspielraum des Abschlusspflichtigen verringern zu wollen.⁵³⁵ Denn damit brachte der Gesetzgeber nur zum Ausdruck, sich der bilanzpolitischen Wirkung des in § 253 Abs. 3 Satz 6 HGB einzig noch verbliebenen Wahlrechts zur außerplanmäßigen Abschreibung bei nur vorübergehender Wertminderung bewusst zu sein und damit reflexhaft einen solchen Spielraum zu eröffnen. Von der gesetzgeberischen Absicht, ein originär bilanzpolitisch motiviertes Wahlrecht einzuräumen, kann demgegenüber hinsichtlich des § 253 Abs. 3 Satz 6 HGB keine Rede sein.

3. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Ausübung der Wahlrechte in Einklang mit ihrer gesetzgeberischen Funktion zu erfolgen hat und sich seit Inkrafttreten des BilMoG je nach Zweckrichtung fünf Arten bilanzieller Wahlrechte unterscheiden lassen: neben den Vereinfachungswahlrechten nämlich die Billigkeits-, die Kompromiss-, die Beibehaltungs- und die originär bilanzpolitisch motivierten Wahlrechte. Die in Art. 4 Abs. 4 der Bilanzrichtlinie zum Ausdruck kommende Korrektur- und Abweichungsfunktion verlangt nicht, dass diese Wahlrechte stets so ausgeübt werden, wie es der Gewährleistung eines möglichst hohen Informationsniveaus wohl am besten entspräche. Letzteres hätte nicht nur eine erhebliche Rechtsunsicherheit zur Folge, sondern würde die Wahlrechte zu Abbildungsoffenheiten degradieren und die bewusst als Ausnahme konzipierte Korrektur- und Abweichungsfunktion entgegen der gesetzgeberischen Absicht zur Handlungsmaxime machen. Vielmehr kommt dem Einblicksgebot bei der Zweckbestimmung bilanzieller Wahlrechte

534 *Hennrichs*, Wahlrechte, S. 243 ff., 340 f., 387 ff.

535 BT-Drcks. 16/10067, S. 34.

stattdessen in erster Linie eine interpretative Wirkung zu. Was hieraus folgt, zeigt sich am Beispiel der in §§ 256 Satz 1, 253 Abs. 3 Satz 6 HGB statuierten Wahlrechte, denen allenfalls eine reflexhafte, nicht aber eine originär beabsichtigte bilanzpolitische Funktion zukommt. Von derartigen Zweifelsfälle abgesehen, bleibt die interpretative Funktion des Einblicksgebots aber letztlich folgenlos. Insbesondere läuft es dem Einblicksgebot deshalb nicht zuwider, wenn der Abschlusspflichtige bei der Wahlrechtsausübung – im Einklang mit der Zweckbestimmung – sich reflexhaft ergebende bilanzpolitische Spielräume ausnutzt.⁵³⁶ In Betracht kommt dies insbesondere im Rahmen der Billigkeits-, der Kompromiss- oder der Beibehaltungswahlrechte – unter der Voraussetzung, dass ein Vereinfachungseffekt tatsächlich eintritt, aber letztlich auch bei der Ausübung der Vereinfachungswahlrechte. So betrachtet, bleibt die begrenzende Wirkung der Zweckrichtung bei der Wahlrechtsausübung überschaubar.

II. Stetigkeitsgebot als Grenze der Wahlrechtsausübung

Eine zweite Grenze der Wahlrechtsausübung ergibt sich nach einhelliger Ansicht aus dem Stetigkeitsgebot. Dieses ist seit Inkrafttreten des BilMoG nicht nur für angewandte Bewertungs- (§ 252 Abs. 1 Nr. 6 HGB), sondern auch für Ansatzmethoden (§ 246 Abs. 3 Satz 1 HGB) gesetzlich normiert, weshalb die Reichweite des Stetigkeitsprinzips jedenfalls in dieser Hinsicht mittlerweile geklärt ist.⁵³⁷ Ebenso hat der BilMoG-Gesetzgeber das Stetigkeitsgebot des § 252 Abs. 1 Nr. 6 HGB von einer Soll- in eine Muss-Vorschrift gewandelt, von der gemäß § 252 Abs. 2 HGB nur in begründeten Ausnahmefällen abgewichen werden darf.⁵³⁸ Auch in dieser Hinsicht hat der Gesetzgeber das Stetigkeitsprinzip also gestärkt und zugleich früheren

⁵³⁶ Ähnlich auch *Pöschke*, ZGR 2018, 647, 659 f. mit Verweis auf *Hennrichs*, Wahlrechte, S. 341 ff. und *Baetge/Commandeur/Hippel*, in: Küting/Pfitzer/Weber, HdR, § 264 HGB Rn. 46, der im Übrigen aber davon ausgeht, dass eine bilanzpolitische Ausübung von Wahlrechten dort gegen das Einblicksgebot verstößt, wo der Gesetzgeber das Wahlrecht gerade deshalb eingeräumt hat, weil er den Bilanzierenden für besser geeignet hält, die im Hinblick auf das Einblicksgebot optimale Bilanzierungsvariante zu wählen. Um welche Wahlrechte es sich hierbei handeln soll, wird dabei nicht erkennbar.

⁵³⁷ Darstellung des Streitstandes bei *Hennrichs*, Wahlrechte, S. 251 m.w.N.

⁵³⁸ Die Vorschrift ist auf die Ansatzstetigkeit entsprechend anwendbar, vgl. § 246 Abs. 3 Satz 2 HGB.

Streitigkeiten über dessen Verbindlichkeitsgrad den Boden entzogen.⁵³⁹ Welche Bedeutung aber hat das Stetigkeitsgebot konkret für die Ausübung handelsbilanzieller Wahlrechte? Hierüber besteht, wie sich sogleich zeigen wird, in verschiedener Hinsicht nach wie vor Uneinigkeit. Zu unterscheiden sind insofern zum einen die Frage, *unter welchen Voraussetzungen* das Stetigkeitsgebot auf die Wahlrechtsausübung Anwendung findet, und zum anderen die Diskussion darüber, *in welcher Art und Weise* es sich auf die Wahlrechtsausübung auswirkt.

1. Anwendbarkeit des Stetigkeitsgebots auf die Wahlrechtsausübung

Zu den Literaturvertretern, die die Anwendbarkeit des Stetigkeitsgebots auf die Wahlrechtsausübung von bestimmten Voraussetzungen abhängig machen wollen, zählte aus früherer Zeit insbesondere *Kalabuch*, die zwischen manipulationsspezifischen und manipulationsunspezifischen Wahlrechten unterscheiden und nur Letztere durch das Stetigkeitsgebot begrenzen wollte. Auch die Unterscheidung *Rümmeles* zwischen Wertansatzwahlrechten „*erster bis dritter Ebene*“ und „*Methodenwahlrechten*“ zielte darauf ab, die Reichweite des Stetigkeitsgebots auch ohne Vorliegen eines im Sinne des § 252 Abs. 2 HGB begründeten Ausnahmefalles einzugrenzen. Da *Rümmele* nämlich zu den sogenannten Wertansatzwahlrechten erster Ebene nur solche zählte, die sogenannte planmäßige Ereignisse betreffen, sollte das Stetigkeitsgebot abgesehen von den stetigkeitsgebundenen Methodenwahlrechten auch nur auf planmäßige Ereignisse anwendbar sein. Wahlrechte zweiter bis dritter Ebene waren demgegenüber nach *Rümmele* solche, die dem Bilanzierenden alternative Handlungsoptionen für außerplanmäßige Ereignisse gewährten und dementsprechend eine „*flexible Handhabung der zur Anwendung kommenden Bewertungsregeln*“ forderten. Sie waren daher nach *Rümmeles* Ansicht einer Begrenzung durch das

539 Vgl. nur *Baetge/Kirsch/Thiele*, Bilanzen, S. 107: „Sollen heißt müssen, wenn können!“, die insofern eine Abweichung von der Bewertungsstetigkeit auch ohne Rückgriff auf § 252 Abs. 2 HGB befürworten, „*wenn z.B. andere gesetzliche Vorschriften eine Abweichung von der Soll-Vorschrift nahelegen bzw. rechtfertigen.*“ Diese Ansicht kann in Anbetracht des nunmehr eindeutigen Wortlautes des § 252 Abs. 1 Nr. 6 HGB keine Geltung mehr beanspruchen, vgl. auch *Böcking/Gros/Wirth*, in: *Ebenroth/Boujong/Joost*, HGB, § 252 Rn. 36 mit Hinweis darauf, dass der verschärfte Wortlaut gerade vermeiden soll, dass das Stetigkeitsgebot „*als untergeordneter Grundsatz*“ oder „*Empfehlung*“ verstanden wird.

Stetigkeitsgebot nicht zugänglich.⁵⁴⁰ Auf die heutige Wahlrechtslandschaft bezogen, wären es damit neben den Methodenwahlrechten nur noch das Wahlrecht aus § 255 Abs. 2 Satz 3 HGB und das implizite Wahlrecht zur Bestimmung des Diskontierungszinsfußes bei der Bewertung von Pensionsrückstellungen, die nach *Rümmeles* Verständnis vom Stetigkeitsgebot umfasst wären.

Ebenfalls vertreten wurde und wird noch immer die von *Selchert* geprägte Ansicht, nach der das Stetigkeitsgebot die Wahlrechtsausübung nur dann begrenzen soll, wenn der Kaufmann bei der Bewertung – und seit Einführung des § 246 Abs. 3 Satz 1 HGB wohl auch beim Ansatz von Vermögensgegenständen – im wahrsten Sinne des Wortes „*methodisch*“ und damit also planmäßig, systematisch und zielgerichtet vorgeht.⁵⁴¹ Das verleiht der Wahlrechtsbegrenzung durch das Stetigkeitsgebot eine subjektive Prägung. Denn erst dann, wenn die gewählte Methode nach dem Willen des Kaufmannes planmäßig und unabhängig von der Anwendungssituation immer wieder zur Anwendung gelangen soll, gehen die Vertreter dieser Ansicht von der nach § 252 Abs. 1 Nr. 6 HGB und nunmehr auch nach § 246 Abs. 3 Satz 1 HGB erforderlichen Bewertungs- respektive *Ansatzmethode* aus.⁵⁴² Dass unter diesen hier dargestellten Ansätzen zur Begrenzung des Stetigkeitsgebots letztlich keiner zu überzeugen vermag, hat *Hennrichs* bereits ausführlich begründet, ohne dass dem an dieser Stelle Wesentliches hinzuzufügen ist. So finden denn, soweit ersichtlich, die beiden erstgenannten Ansichten heute auch keine Anhänger mehr. Was allerdings die heute noch immer befürwortete Begrenzung des Stetigkeitsgebots auf ein methodisches Vorgehen des Kaufmannes anbelangt,⁵⁴³ so ist die hiermit verbundene Versubjektivierung des Stetigkeitsgebots mit dessen normativ geprägtem Charakter nicht vereinbar.⁵⁴⁴ Schon die Änderung des Stetigkeitsgebots in eine Muss-Vorschrift, von der nur in begründeten Ausnahmefällen abgesehen werden darf, verbietet es, den Anwendungsbereich des Stetigkeitsgebots vom tatsächlichen Verhalten des Abschlusspflichtigen abhängig zu machen und damit weitgehend in dessen Belieben zu stellen. Weiter kann ein subjektiv geprägtes Verständnis des Stetigkeitsgebots auch nicht im Sinne des europäischen Gesetzgebers

540 Umfassend zum damaligen Streitstand mit Darstellung der Ansichten *Kalabuchs* und *Rümmeles* *Hennrichs*, *Wahlrechte*, S. 253 ff.

541 *Fülbier/Kuschel/Selchert*, in: Küting/Pfitzer/Weber, HdR, § 252 HGB Rn. 141.

542 *Fülbier/Kuschel/Selchert*, in: Küting/Pfitzer/Weber, HdR, § 252 HGB Rn. 141.

543 *Fülbier/Kuschel/Selchert*, in: Küting/Pfitzer/Weber, HdR, § 252 HGB Rn. 141. Eingehend zum Streitstand bereits *Hennrichs*, *Wahlrechte*, S. 263 f.

544 *Hennrichs*, *Wahlrechte*, S. 263 f.

gewesen sein, wenn schon der Gesetzgeber selbst den Anwendungsbereich des Stetigkeitsgebots seit Erlass der Bilanzrichtlinie im Jahr 2013 anders als noch in der vierten EG-Richtlinie nicht mehr allein mit dem Begriff der „*Bewertungsmethoden*“ umschreibt, sondern von „*Rechnungslegungsmethoden und Bewertungsgrundlagen*“ spricht. Das lässt auf ein deutlich weiteres Verständnis des Stetigkeitsgebots schließen als von *Selchert* vorgeschlagen. Gerade auch vor diesem Hintergrund lässt sich eine auf den Methodenbegriff fokussierte Sichtweise deshalb nicht mehr rechtfertigen.

a) Die interperiodische Dimension der Ansatz- und Bewertungsstetigkeit

Was sodann den inhaltlichen Gehalt des Stetigkeitsgebots anbelangt, so ist naturgemäß zunächst vom Wortlaut der §§ 252 Abs. 1 Nr. 6, 246 Abs. 3 Satz 1 HGB auszugehen, der insofern nur verlangt, dass „*die auf den vorhergehenden Jahresabschluss angewandten*“ Ansatz- und Bewertungsmethoden beibehalten werden. Wurde also etwa der Wert eines von der X-GmbH erworbenen Leichtmetalls im Vorjahr unter Ausübung des Wahlrechts aus § 256 Satz 1 HGB unter Heranziehung der Lifo-Methode bewertet, ist auch der Wert der im aktuellen Geschäftsjahr erworbenen Bestände dieses Leichtmetalls nach Lifo-Methode zu ermitteln. Im Sinne einer möglichst umfassenden, langfristigen Vergleichbarkeit der Abschlüsse im Zeitverlauf erstreckt sich das Stetigkeitsgebot nach wohl einhelliger Ansicht darüber hinaus auch auf solche Ansatz- und Bewertungsmethoden, die zwar nicht im vorhergehenden Abschluss der Gesellschaft, dafür aber in einem Abschluss angewandt wurden, der bereits mehr als ein Jahr zurückliegt.⁵⁴⁵ Man kann insoweit auch von der interperiodischen Wirkung des Stetigkeitsgebots sprechen.⁵⁴⁶

b) Die innerperiodische Dimension der Ansatz- und Bewertungsstetigkeit
– Zur Gleichartigkeit von Vermögensgegenständen und Schulden

Weiterhin besteht Konsens darüber, dass das Stetigkeitsgebot zur Förderung der von ihm bezweckten Vergleichbarkeit unter Umständen auch auf

545 *Pittroff/Schmidt/Siegel*, in: Beck'sches HdR, B 161 Rn. 60. Vgl. im Übrigen bereits A/D/S, Rechnungslegung und Prüfung, § 252 HGB Rn. 108; *Förschle/Kropp*, ZfB 1986, 873, 881 f. A. A. nur *Eckes*, BB 1985, 1435, 1437.

546 *Küting/Tesche*, DStR 2009, 1491.

die innerhalb eines Geschäftsjahres, d. h. innerperiodisch neu hergestellten oder angeschafften Vermögensgegenstände sowie auf neu angesammelte Schulden Anwendung finden kann. Die hierzu früher teils vertretene Ansicht, nach der eine derartige Ausweitung des Stetigkeitsgebots den Grundsatz der Einzelbewertung aus § 252 Abs. 1 Nr. 3 HGB verletzte,⁵⁴⁷ kann sich mit diesem Argument von vornherein nur auf die Bewertungs-, und nicht auch auf die Ansatzstetigkeit beziehen, hat sich aber auch bezüglich jener zu Recht nicht durchsetzen können. Denn es entspricht zwar dem in § 252 Abs. 1 Nr. 3 HGB statuierten Vorsichtsprinzip, Vermögensgegenstände und Schulden einzeln, d. h. für sich und unabhängig von den Wertverhältnissen anderer Vermögensgegenstände und Schulden zu bewerten. Über die Frage, nach welcher Methode oder welchem Vorgehen eine solche Bewertung zu erfolgen hat, ist damit aber gerade keine Aussage getroffen.⁵⁴⁸ Sind also beispielsweise die Anschaffungs- oder Herstellungskosten von Vermögensgegenständen des Anlagevermögens nach § 253 Abs. 1 Satz 1 HGB um planmäßige Abschreibungen zu vermindern, so folgt aus dem Grundsatz der Einzelbewertung nur, dass die Höhe der Abschreibungen für jeden Vermögensgegenstand einzeln zu ermitteln sind. Ob die Höhe dabei nach linearer, degressiver oder progressiver Methode ermittelt wird, beeinflusst die beabsichtigte Wirkung des Einzelbewertungsgrundsatzes nicht. Zu Recht spricht man dem Stetigkeitsgebot deshalb neben der interperiodischen auch eine innerperiodische Dimension zu, sofern die neu entstandenen oder erworbenen Vermögensgegenstände und Schulden den bestehenden gleichartig sind.⁵⁴⁹ Gleichartigkeit verlangt dabei

547 *Eckes*, BB 1985, 1435, 1437 f.; *ders.*, Bewertungsstetigkeit, S. 1437 f.; *Pfleger*, DB 1984, 785, 787; *Selchert*, DB 1984, 1889, 1891; *Söffing*, DB 1987, 2598, 2601. Weitere Nachweise bei *Hennrichs*, Wahlrechte, S. 257 f. (Fn. 49).

548 In diesem Sinne bereits *Förschle/Kropp*, ZfB 1986, 873, 883; *Hennrichs*, Wahlrechte, S. 290; *Pittroff/Schmidt/Siegel*, in: Beck'sches HdR, B 161 Rn. 64. Zum Inhalt des Grundsatzes der Einzelbewertungen anstelle vieler *Fülbier/Kuschel/Selchert*, in: Küting/Pfitzer/Weber, HdR, § 252 Rn. 60.

549 A/D/S, Rechnungslegung und Prüfung, § 252 HGB Rn. 197, 129; *Förschle/Kropp*, ZfB 1986, 873, 882 f.; *Küting/Tesche*, DStR 2009, 1491; *Schulze-Osterloh*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl., § 42 Rn. 257; *Störk/Büssow*, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, § 252 HGB Rn. 58. Vgl. auch *Fülbier/Kuschel/Selchert*, in: Küting/Pfitzer/Weber, HdR, § 252 HGB Rn. 130, 141 f., die insofern dogmatisch aber nicht am Stetigkeitsgebot ansetzen wollen, sondern vom Grundsatz der Einheitlichkeit der Bewertung als nicht kodifiziertem GoB ausgehen. Lediglich nach dem von *Selchert* angelegten subjektiven Verständnis des Stetigkeitsgebotes kommt es nicht auf eine Gleichartigkeit, sondern konsequenterweise darauf an, ob der Bilanzierende die von ihm angelegte Bewertungsmethode so definiert, dass sie „auf Vermögensgruppen innerhalb einzelner Bilanzpositionen oder Bilanzpo-

die *Art- und Funktionsgleichheit* der betreffenden Vermögensgegenstände bzw. Schulden und stellt also auf die Eigenschaften der Ansatz- oder Bewertungsobjekte selbst ab.⁵⁵⁰ Zu weitreichend erscheint es demgegenüber, die Gleichartigkeit in Abhängigkeit vom Zweck des jeweiligen Wahlrechts zu bestimmen und den Normadressaten deswegen etwa bei Kompromisswahlrechten, die mehrere Bewertungsmethoden unabhängig von den konkreten Vergleichsgegenständen für gleichwertig erachten, auch unabhängig von der Art- und Funktionsgleichheit umfassend unter dem Stetigkeitsgebot zu binden.⁵⁵¹ Denn die Reichweite des Stetigkeitsgebots ist in erster Linie nicht in Abhängigkeit von der Zweckrichtung bilanzieller Wahlrechte, sondern vom Zweck des Stetigkeitsgebots selbst zu bestimmen. Da das Stetigkeitsgebot aber die Vergleichbarkeit der Jahresabschlüsse fördern und zur Objektivierung der Rechnungslegung beitragen soll,⁵⁵² erscheint es vorzugswürdig, neben der Beschaffenheit gerade auch auf die Funktion der Vermögensgegenstände im operativen Geschehen abzustellen. Dort, wo Vermögensgegenstände oder Schulden erkennbar Art- oder Funktionsunterschiede aufweisen, sollten diese Unterschiede nicht durch eine strikte Anknüpfung an den Wahlrechtszweck und eine damit einhergehende Bindung unter dem Stetigkeitsgebot nivelliert werden.

2. Ausnahmen vom Stetigkeitsgebot

Die vorstehenden Ausführungen lassen erahnen, dass das Stetigkeitsgebot aufgrund seiner weitreichenden interperiodischen Dimension die Wahlrechtsausübung in erheblichem, wenn nicht gar buchstäblich entscheiden-

sitionen insgesamt einheitlich“ anzuwenden ist, vgl. *Fülbier/Kuschel/Selchert*, in: Küting/Pfitzer/Weber, HdR, § 252 HGB Rn. 142. Mit dem normativen Charakter des Stetigkeitsgebots ist allerdings auch diese Ausprägung des methodischen Ansatzes nicht vereinbar, vgl. zu Recht *Hennrichs*, Wahlrechte, S. 264.

550 A/D/S, Rechnungslegung und Prüfung, § 252 HGB Rn. 107; *Baetge/Ziesemer/Schmidt*, in: Baetge/Ziesemer/Thiele, Bilanzrecht, § 252 HGB Rn. 249; *Clausen/Korth*, DB 1988, 921, 924; *Förschle/Kropp*, ZfB 1986, 873, 882 f.; *Kleindiek*, in: Staub, Großkommentar zum HGB, § 252 Rn. 49; *Küting/Tesche*, DStR 2009, 1491; *Schulze-Osterloh*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 42 Rn. 257; *Störk/Büssow*, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, § 252 Rn. 58. Im Ergebnis letztlich wohl ebenso *Pittroff/Schmidt/Siegel*, in: Beck'sches HdR, B 161 Rn. 62, die „im Bewertungsobjekt liegende sachliche Gründe“ verlangen.

551 So aber *Hennrichs*, Wahlrechte, S. 292 f.

552 *Kleindiek*, in: Staub, Großkommentar zum HGB, § 252 Rn. 46; *Störk/Büssow*, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, § 252 HGB Rn. 55.

den Sinne determinieren und die ihm gesetzlich eingeräumten Wahlmöglichkeiten damit auf null reduzieren kann. Umso bedeutsamer ist für die Ermittlung bilanzieller Freiräume bei der Wahlrechtsausübung deshalb die Frage, unter welchen Umständen Ausnahmen vom Stetigkeitsgebot zulässig sind. Auch insofern gilt gemäß §§ 246 Abs. 3 Satz 2, 252 Abs. 2 HGB aber ein strikter Maßstab, demzufolge Ausnahmen nur in begründeten Ausnahmefällen zulässig sind. Der vor allem früher, vereinzelt aber auch heute noch verfochtene, weitreichende Katalog unterschiedlicher Ausnahmetatbestände, der selbst bei bilanzpolitischer Neuorientierung eine Durchbrechung des Stetigkeitsgebotes ermöglichen sollte,⁵⁵³ lässt sich deshalb spätestens seit der klarstellenden Wandlung des § 252 Abs. 1 Nr. 6 HGB von einer Soll- in eine Muss-Vorschrift nicht mehr rechtfertigen.⁵⁵⁴ Stattdessen wird man dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift Rechnung tragen, und eine Durchbrechung des Stetigkeitsgebots eben auf besondere Ausnahmefälle beschränken müssen. Dies, zumal der dem Stetigkeitsgebot zugrundeliegende heutige Art. 6 Abs. 1 b) der Bilanzrichtlinie eine Durchbrechung in Ausnahmefällen gar nicht ausdrücklich vorsieht.⁵⁵⁵ Anpassungen können danach nur dann erlaubt sein, wenn sie wegen einer Änderung tatsächlicher oder rechtlicher Umstände erforderlich sind, um wieder zu einem klaren und übersichtlichen Abschluss zu gelangen, der den Anforderungen des Einblicksgebots entspricht.⁵⁵⁶ Das mag der Fall sein bei Änderungen der Gesetzeslage oder wesentlichen Rechtsprechungsänderungen⁵⁵⁷ sowie in tatsächlicher Hinsicht bei der Einleitung von Sanierungsmaßnahmen⁵⁵⁸ oder nachhaltigen betrieblichen Veränderungen.⁵⁵⁹ Das bedeutet, dass sich Entscheidungsfreiräume bei der Wahlrechtsausübung wohl seltener aufgrund eines Ausnahmefalls im Sinne des § 252 Abs. 2 HGB, als vielmehr dort eröffnen, wo der Anwendungsbereich des Stetigkeitsgebots erst gar nicht betroffen ist, weil es sich entweder um eine

553 So aber noch *A/D/S*, Rechnungslegung und Prüfung, § 252 HGB Rn. 112.

554 So auch *Kleindiek*, in: Staub, Großkommentar zum HGB, § 252 Rn. 51.

555 Dazu auch *Störk/Büssow*, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, § 252 HGB Rn. 61.

556 *Störk/Büssow*, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, § 252 HGB Rn. 59; *Hennrichs*, Wahlrechte, S. 323 ff.; *Kleindiek*, in: Staub, Großkommentar zum HGB, § 252 Rn. 51.

557 *Kleindiek*, in: Staub, Großkommentar zum HGB, § 252 Rn. 51.

558 *Küting/Tesche*, DStR 2009, 1491, 1496; *Störk/Büssow*, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, § 252 HGB Rn. 61.

559 *A/D/S*, Rechnungslegung und Prüfung, § 252 HGB Rn. 113; *Hennrichs*, Wahlrechte, S. 304, 318; *Kleindiek*, in: Staub, Großkommentar zum HGB, § 252 Rn. 51; *Schulze-Osterloh*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl., § 42 Rn. 335.

erstmalige Wahlrechtsausübung handelt oder ein Bilanzierungssachverhalt so oder in vergleichbarer Form bislang noch nicht abzubilden war.⁵⁶⁰

§ 4 Wahlrechte in den Internationalen Rechnungslegungsstandards

A. Explizite Wahlrechte – Regelungsmethodik und Bestandsaufnahme

Auch in den internationalen Rechnungslegungsstandards finden sich, wenngleich deutlich seltener als im Handelsbilanzrecht, explizite Wahlrechte,⁵⁶¹ die sich dadurch kennzeichnen, dass der Standardsetzer dem Normadressaten anstelle einer eindeutigen Vorgabe die Wahl zwischen mehreren Bilanzierungstechniken oder -methoden einräumt. Regelungsmethodisch hat der Standardsetzer derartige Wahlrechte lange Zeit vor allem durch die Einräumung sogenannter *allowed alternative treatments* abgebildet. Der Normadressat konnte sich damit grundsätzlich frei entscheiden zwischen einer als Benchmark gesetzten Bewertungsmethode und eben einem alternativen bewertungsmethodischen Vorgehen – wenngleich die erlaubte Alternativmethode vom Standardsetzer in der Regel indirekt dadurch diskriminiert wurde, dass sie mit dem Erfordernis umfangreicher zusätzlicher Hinweis- und Erläuterungspflichten verbunden war.⁵⁶² Mittlerweile sind derartige *allowed alternative treatments* aus den internationalen Rechnungslegungsstandards vollständig entfernt worden.⁵⁶³ Es finden sich vereinzelt nur noch vollkommen gleichwertige Wahlmöglichkeiten, die dann ähnlich wie im Handelsbilanzrecht durch Verwendung der Begriffe „können“, „dürfen“, „entweder [...] oder“, „alternativ“ und dergleichen erkennbar werden. Beispielhaft zu nennen ist in diesem Zusammenhang die Folgebewertung des Sachvermögens nach IAS 16.30 ff., die dem Bilanzierenden sowohl nach Anschaffungs- als auch nach Neubewertungsmodell erlaubt ist: *„Ein Unternehmen wählt als Rechnungslegungsmethoden entweder das Anschaffungskostenmodell nach Paragraph 30 oder das Neubewertungsmodell nach Paragraph 31 aus und wendet dann diese Methode auf eine gesamte Gruppe von Sachanlagen an.“* Weitere explizite Wahlrechte gewähren IAS 2.25 hinsichtlich der Zuordnung der Anschaffungs-

560 In diesem Sinne auch Pöschke, ZGR 2018, 647, 662.

561 Teils werden diese auch als „offene Wahlrechte“ bezeichnet, vgl. Merkt, DK 2017, 353, 356; Tanski, DStR 2004, 1843, 1845 f.

562 Dazu Baetge/Kirsch/Thiele, Konzernbilanzen, S. 23.

563 Rammert, in: Lüdenbach/Hoffmann, IFRS-Kommentar, § 51 Rn. 16.

und Herstellungskosten zum Vorratsvermögen nach Fifo-Methode „oder“ Durchschnittsmethode sowie IAS 20.24 hinsichtlich der Bilanzierung von Investitionszuschüssen, die passivisch als eigener Posten ausgewiesen werden oder aber direkt mit dem Buchwert der entsprechenden Vermögenswerte verrechnet werden dürfen. Ebenso ergibt sich ein Wahlrecht bei der Bewertung der Anschaffungskosten des Vorratsvermögens, die gemäß IAS 2.21 auch nach retrograder Methode anstatt nach Anschaffungskostenmethode erfolgen darf.⁵⁶⁴

B. Implizite Wahlrechte

I. Terminologie

Neben den expliziten Wahlrechten ergeben sich sodann auch im Anwendungsbereich der internationalen Rechnungslegungsstandards implizite Wahlrechte, wobei im Einklang mit den obigen Ausführungen sogleich einschränkend anzumerken ist, dass derartige Wahlrechte sich entgegen mancher Literaturstimmen nicht schon hinsichtlich der Auslegung und Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe ergeben können.⁵⁶⁵ Denn bei ihnen geht es erneut allein um die Ermittlung eines zwar unklaren, aber nicht zur Disposition des Normadressaten stehenden Rechtsbefehls.⁵⁶⁶ Des Weiteren ist es gerade im Anwendungsbereich der internationalen Rechnungslegungsstandards zweckdienlich, als implizite Wahlrechte nur solche Freiräume zu bezeichnen, die die Wahl von Bewertungsmethoden und -verfahren zum Gegenstand haben, und diese den konkret-individuellen, rein tatsachenbezogenen Schätzungs- und Prognosefreiräumen nicht gleichzusetzen.⁵⁶⁷ Da nur Erstere nämlich einer Begrenzung durch das Stetigkeitsgebot des IAS 8.13 unterliegen, unterscheiden sich die rechtlichen Determinanten der Wahlrechtsausübung explizit von denen der Schätzungs- und Prognosefreiräume.⁵⁶⁸ Um die Abgrenzung zwischen beiden beispielhaft zu verdeutlichen, ist etwa von einem impliziten Metho-

⁵⁶⁴ Dazu und zu weiteren Beispielen *Driesch*, IFRS-Handbuch, § 45 Rn. 17.

⁵⁶⁵ So aber auf Ebene der internationalen Rechnungslegungsstandards etwa *Lüdenbach*, in: Haufe, IFRS Kommentar, § 24 Rn. 8; *Tanski*, DStR 2004, 1843, 1846.

⁵⁶⁶ Dazu bereits oben § 2 B. I.

⁵⁶⁷ Vgl. oben, § 3 A. II. 3.

⁵⁶⁸ Dazu *Lüdenbach*, in: Haufe, IFRS Kommentar, § 24 Rn. 8. Zu Unterschieden auch zwischen der Änderung einer Rechnungslegungsmethode und einer Schätzungsänderung *Fink/Zeyer*, PiR 2011, 181 ff.

denwahlrecht insofern auszugehen, als die *fair value*-Bewertung einer nicht börsennotierten Unternehmensbeteiligung nach IFRS 13 kein verbindliches Bewertungsverfahren vorgibt und insofern sowohl über Multiplikatoren (insbesondere durch Anknüpfung an das EBITDA) erfolgen kann als auch nach DCF-Methode.⁵⁶⁹ Demgegenüber sind bloße Schätzungen und Prognosen wie schon bei der Abschreibung nach Handelsbilanzrecht etwa hinsichtlich der Nutzungsdauer von Vermögensgegenständen erforderlich.⁵⁷⁰

II. Identifizierung impliziter Wahlrechte unter Berücksichtigung des IAS 8.10

Nun ist hinsichtlich der gesetzlichen Regelungslücken im Anwendungsbereich des Handelsbilanzrechts dafür plädiert worden, zwischen intendierten und nicht intendierten Regelungslücken zu unterscheiden und zur Annahme impliziter Wahlrechte ein beredtes Schweigen des Gesetzgebers vorauszusetzen. Auf die internationalen Rechnungslegungsstandards kann das nicht übertragen werden, denn hier hat der Standardsetzer den Umgang mit Regelungslücken ausdrücklich geregelt. So hat nach IAS 8.10 beim Fehlen eines IFRS der Geschäftsleiter stets selbst darüber zu entscheiden, welche Rechnungslegungsmethode zu entwickeln und anzuwenden ist, um zu Informationen zu führen, die erstens für die Bedürfnisse der wirtschaftlichen Entscheidungsfindung der Adressaten von Bedeutung sind und die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage sowie den Cashflow des Unternehmens den tatsächlichen Verhältnissen entsprechend darstellen; zweitens den *wirtschaftlichen* Gehalt von Geschäftsvorfällen und sonstigen Ereignissen und Bedingungen widerspiegeln; drittens neutral und damit frei von verzerrenden Einflüssen sind; viertens vorsichtig sowie fünftens in allen wesentlichen Gesichtspunkten vollständig sind. Zu diesem Zweck hat der Bilanzierende sich so weit möglich am Rahmenkonzept und vergleichbaren Standards zu orientieren, vgl. IAS 8.11. Damit ist für den Anwendungsbereich der internationalen Rechnungslegungsstandards geklärt, dass Regelungslücken jedweder Art, seien sie beabsichtigt oder unbeabsichtigt, nach den Kriterien der IAS 8.10 und 8.11 vom Bilanzierenden

569 Dazu auch Lüdenbach, in: Hauf, IFRS Kommentar, § 24 Rn. 8 im Anschluss an Fink/Zeyer, PiR 2011, 181, 184.

570 Zu Schätzungen und Prognosen bei der Anwendung internationaler Rechnungslegungsstandards unten, § 5 A. II und B. II.

selbst zu schließen sind. Der gerichtlichen Kontrolle unterliegt damit nur noch die Frage, ob erstens überhaupt eine Regelungslücke vorliegt und ob der Geschäftsleiter zweitens die genannten Kriterien zur Schließung der Regelungslücken berücksichtigt hat. Von einem impliziten Wahlrecht des Normadressaten ist damit nur insoweit auszugehen, als unter Berücksichtigung dieser Kriterien verschiedene Möglichkeiten in Betracht kommen, eine Regelungslücke zu schließen.

C. Rechtliche Determinanten

I. Zweck des Wahlrechts

1. Vereinfachungs-, Kompromiss- und Gleichwertigkeitswahlrechte

Selbstverständlich sind die in das nationale Recht inkorporierten internationalen Rechnungslegungsstandards wie auch die Vorschriften des Handelsbilanzrechts ihrem Zweck entsprechend anzuwenden. Dieser Zweck kann bei der Einräumung der in den internationalen Rechnungslegungsstandards enthaltenen Wahlrechte unterschiedlich ausfallen. So wird das in IAS 2.25 verankerte Wahlrecht zwischen Fifo- und Durchschnittsmethode auf einem Vereinfachungsgedanken des Standardsetzers basieren, während dem Abschlusspflichtigen ein Wahlrecht aber auch deshalb eingeräumt sein kann, weil der Standardsetzer die zur Wahl gestellten Bilanzierungs- oder Bewertungsmethoden für gleichwertig erachtet und es deshalb nicht für erforderlich erachtet, dem Abschlusspflichtigen eine von beiden verbindlich vorzuschreiben. Schließlich ist nicht auszuschließen, dass gerade in dem von Pluralität geprägten internationalen Standardsetzungsprozess die Einräumung eines Wahlrechts auch bloßer Ausdruck einer rechtspolitischen Kompromissbildung ist. Ganz gleich aber, von welcher Zweckrichtung die Einräumung eines Wahlrechts auch getragen ist – für sich allein wird sie den Abschlusspflichtigen jedenfalls selten in seiner Wahlrechtsausübung binden. Denn stellt der Standardsetzer dem Bilanzierenden verschiedene Bilanzierungstechniken oder -methoden bereits deshalb zur Auswahl, weil er sie zur Verfolgung seiner übergeordneten Regelungsziele als gleichwertig erachtet, ist nicht einsichtig, inwiefern der Bilanzierende sich aufgrund dessen vorrangig zur Wahl der einen oder anderen Alternative veranlasst oder verpflichtet sehen sollte. Ebenso verhält es sich für diejenigen Wahlrechte, die Ausdruck eines Kompromisses sind und insofern gar keinen spezifischen Aussagegehalt beinhalten, der

den Bilanzierenden bei deren Ausübung leiten könnte. Es bleiben nur die Vereinfachungswahlrechte, die bilanzpolitisch jedenfalls nicht insoweit ausgeübt werden dürfen, als hierdurch der Vereinfachungseffekt unterlaufen wird. Diesbezüglich sei auf die Ausführungen zum Umgang mit Vereinfachungswahlrechten im Handelsbilanzrecht verwiesen.⁵⁷¹

2. Einfluss des Gebots der „*fair presentation*“ auf die Zweckbestimmung der Wahlrechtseröffnung

IAS 1.15 statuiert das Gebot der „*fair presentation*“, demzufolge der Abschluss ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage darzustellen hat. Es stellt sich damit auch im Anwendungsbereich der internationalen Rechnungslegungsstandards die Frage, inwiefern sich aus diesem Gebot Einwirkungen auf die Zweckbestimmung bestehender Wahlrechte ergeben.⁵⁷² Insofern ist zunächst zu beachten, dass auch dem Gebot der „*fair presentation*“ eine dem „*true and fair view*“-Prinzip nach Art. 4 Abs. 4 der Bilanzrichtlinie vergleichbare Korrektur- und Abweichungsfunktion zukommt, die sich nach IAS 1.19 auf „*äußerst seltene Ausnahmefälle*“ beschränkt. Grundsätzlich ist wie auch nach Handelsbilanzrecht daher von einer Dominanz der Einzelsvorschriften vor der Generalnorm auszugehen, die nach IAS 1.17 „*unter nahezu allen Umständen*“ ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild vermitteln.⁵⁷³ In Anbetracht dessen ist wie auch im Handelsbilanzrecht zunächst nicht davon auszugehen, dass der Normadressat sich unter den ihm eingeräumten Wahlrechten stets für diejenige Alternative zu entscheiden hätte, die dem Abschlussadressaten einen bestmöglichen Einblick in die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Unternehmens gewährt. Denn das würde erstens dem Ausnahmecharakter der Korrektur- und Abweichungsfunktion nicht gerecht,⁵⁷⁴ würde zweitens auch hier ein unzumutbares Maß an Rechtsunsicherheit hervorrufen und drittens gerade im Hinblick auf Kompromiss- und Gleichwertigkeitswahlrechte wohl

571 § 3 B. I. 2. b) aa).

572 Zur Problematik auf Ebene des Handelsbilanzrechts oben § 3 B. I. 2.

573 Dazu *Hinz*, in: Beck'sches HdR, B 106 Rn. 68.

574 Dies, zumal das Gebot der „*fair presentation*“ wie schon das „*true and fair view*“-Prinzip nach vorzugswürdiger Ansicht kein „*overriding principle*“ darstellt, dessen Erfüllung per se Vorrang vor den Bestimmungen der Einzelnormen zukommt, *Hinz*, in: Beck'sches HdR, B 106 Rn. 65; *Hoffmann/Lüdenbach*, in: Haufe, IFRS Kommentar, § 1 Rn. 71.

auch dem Willen des Standardsetzers nicht entsprechen, da Letztere sich ja gerade dadurch kennzeichnen, dass bereits der Standardsetzer selbst unter verschiedenen in Betracht kommenden Bilanzierungsweisen keine vorzugswürdige identifiziert hat. Die Korrektur- und Abweichungsfunktion beschränkt sich damit im Bereich der Wahlrechtsausübung wie schon die Korrektur- und Abweichungsfunktion des „*true and fair view*“-Prinzip vor allem auf erkennbar rechtsmissbräuchliche Fälle. Davon abgesehen wird man auch dem Gebot der „*fair presentation*“ eine Interpretationsfunktion entnehmen können, die sich allerdings auf die Zweckbestimmung der Wahlrechte nur in Zweifelsfällen auswirkt und im Übrigen einer im Einklang mit der Zweckbestimmung erfolgenden bilanzpolitischen Nutzung nicht entgegensteht.⁵⁷⁵

II. Stetigkeitsgebot

Wie schon im Anwendungsbereich des Handelsbilanzrechts hat die abschlusspflichtige Gesellschaft auch unter den internationalen Rechnungslegungsstandards stetig zu bilanzieren und seine Wahlrechtsausübung entsprechend auszurichten.⁵⁷⁶ Das folgt aus IAS 8.13, demzufolge ein Unternehmen seine Rechnungslegungsmethoden für ähnliche Geschäftsvorfälle, sonstige Ereignisse und Bedingungen stetig auszuwählen und anzuwenden hat und ist Konsequenz der vom Standardsetzer bezweckten Vergleichbarkeit, die den Abschlussadressaten in die Lage versetzen soll, zumindest Abschlüsse ein und desselben Unternehmens im Zeitablauf zu vergleichen (IAS 8.15).⁵⁷⁷ Aus dem Wortlaut des IAS 8.13 ergibt sich dabei, dass der Bezugspunkt der Vergleichbarkeit und Stetigkeit auch nach internationalen Rechnungslegungsstandards die jeweiligen Geschäftsvorfälle selbst sind, weshalb der Anwendungsbereich der Stetigkeit sich auf art- und funktionsgleiche Wahlrechte bezieht und durch die Zweckbestimmung des auszuübenden Wahlrechts nicht beeinflusst wird.⁵⁷⁸ Des Weiteren ist IAS 8.14 zu entnehmen, dass die gesetzlich erlaubten Ausnahmen vom Stetigkeitsgebot ähnlich eng gefasst sind wie der Ausnahmetatbestand des § 252 Abs. 2 HGB und eine Änderung der Rechnungslegungsmethoden nur dann erlauben, wenn diese aufgrund eines IFRS erforderlich ist oder

⁵⁷⁵ So auch für das „*true and fair view*“-Prinzip, vgl. § 3 B. I. 2. b).

⁵⁷⁶ So auch *Tanski*, DStR 2004, 1843, 1845.

⁵⁷⁷ Dazu auch *Driesch*, in: Beck'sches IFRS-Handbuch, § 45 Rn. 10.

⁵⁷⁸ Dazu auf Ebene des Handelsbilanzrechts bereits § 3 B. II. 1. b).

zu einer Verbesserung des durch den Abschluss vermittelten Informationsniveaus führt. Insbesondere ist deshalb wie schon im Anwendungsbereich des Handelsbilanzrechts davon auszugehen, dass eine Änderung der bilanzpolitischen Ausrichtung der Gesellschaft bzw. eine damit verbundene Änderung der Wahlrechtsausübung keinen Ausnahmefall im Sinne der Vorschrift begründen, sondern durch IAS 8.14 gerade begrenzt werden. Sobald die abschlusspflichtige Gesellschaft sich im Anwendungsbereich des Stetigkeitsgebots bewegt, dürften bilanzielle Freiräume bei der Wahlrechtsausübung damit auch nach internationalen Rechnungslegungsstandards weitgehend ausgeschlossen sein.⁵⁷⁹ Von größerer Bedeutung sind deshalb wiederum solche Konstellationen, in denen der Anwendungsbereich des Stetigkeitsgebots gar nicht erst betroffen ist, weil im Sinne des IAS 8.16 keine Änderung der Rechnungslegungsmethoden vorliegt. Das ist dann der Fall, wenn sich die Geschäftsvorfälle, sonstigen Ereignisse oder Bedingungen grundsätzlich von früheren Geschäftsvorfällen, Ereignissen oder Bedingungen unterscheiden oder wenn eine Rechnungslegungsmethode auf solche Geschäftsvorfälle, sonstige Ereignisse oder Bedingungen angewendet wird, die sich früher noch nicht ereignet haben oder unwesentlich waren. Hier können sich auch bei der Wahlrechtsausübung nach internationalen Rechnungslegungsstandards bilanzielle Freiräume ergeben.

§ 5 Schätzungen und Prognosen

Mehr noch als die Wahlrechte werden die bei der Abschlusserstellung vielfach erforderlichen Schätzungen und Prognosen als Einbruchstelle bilanzpolitisch nutzbarer Zweckmäßigkeitseinsparungen gesehen.⁵⁸⁰ Es handelt sich bei ihnen nach der oben bereits angestellten Abgrenzung zu impliziten Wahlrechten um Beurteilungen individueller tatsächlicher Umstände, die als Bezugspunkt der Rechtsanwendung letztlich die Sachver-

579 Vgl. aber *Hammen*, in: Buschhüter/Striegel, Kommentar Internationale Rechnungslegung, IAS 8 Rn. 35, mit der (nicht näher begründeten) Ansicht, dass die im Guidance on Implementing IAS 8 genannten Beispiele den Schluss zuließen, dass die Verbesserung des Informationsniveaus mehr behauptet als im Detail belegt werden müsse.

580 Bereits *Küting*, DStR 1996, 934, 943 mit Hinweis darauf, dass sich mit den „Ermessensspielräumen“ in Gestalt von Schätzungs- und Prognosefreiräumen der größte Teil des bilanzpolitischen Instrumentariums still und unsichtbar vollzieht.

haltsermittlung betreffen.⁵⁸¹ Da sich regelmäßig mehr als ein in Betracht kommendes Schätzungs- oder Prognoseergebnis ermitteln lässt, ist – wohl in Anlehnung an die Terminologie des § 321 Abs. 4 Satz 1 HGB – insoweit auch von sogenannten Ermessensentscheidungen des Abschlusspflichtigen die Rede, die sich bei den anzustellenden Schätzungen und Prognosen ergeben können.⁵⁸² Im Rahmen dieser Untersuchung wird zur Vermeidung von Missverständnissen hingegen von Schätzungs- und Prognosefreiräumen gesprochen.⁵⁸³

Noch immer zu wenig Beachtung finden die bilanzrechtlichen Grenzen von Schätzungs- und Prognosefreiräumen, die als Grenze zwischen rechtmäßigem und rechtswidrigem Verhalten für den Geschäftsleiter von besonderer Bedeutung sind. Sie sollen sogleich schwerpunktmäßig betrachtet werden, nachdem zuvor aus dem Anwendungsbereich des Handelsbilanzrechts und der internationalen Rechnungslegungsstandards einige kurze Beispiele potenzieller Schätzungs- und Prognosefreiräume dargestellt wurden.

A. Ausgewählte Beispiele anzustellender Schätzungen und Prognosen bei der Abschlusserstellung

In ihrem Standardwerk zur Erstellung und Analyse des Jahresabschlusses haben sich *Coenenberg et al.* bereits an einer möglichst umfangreichen Bestandsaufnahme sachverhaltsbezogener Schätzungen und Prognosen versucht, wenngleich sie zwischen diesen und zwischen den hiervon abzugrenzenden impliziten Wahlrechten sowie unbestimmten Rechtsbegriffen nicht immer trennscharf unterscheiden.⁵⁸⁴ Auch *Hennrichs* hat in einem 2006 von ihm veröffentlichten Beitrag umfangreiche Beispiele sachverhalts-

581 § 3 A. II. 3.

582 So etwa *A/D/S*, Rechnungslegung und Prüfung, § 264 HGB Rn. 106; *Ballwieser*, in: Baetge/Kirsch/Thiele, Bilanzrecht, § 264 HGB Rn. 60; *Winnefeld*, Bilanz-Handbuch, Kap. C Rn. 673. Den Begriff des Individualspielraums verwendend *Coenenberg/Haller/Schultze*, Jahresabschluss und Jahresabschlussanalyse, S. 1009.

583 In diesem Sinne auch *Pöschke*, ZGR 2018, 647, 649, der zu Recht darauf hinweist, dass der Begriff des Ermessensspielraums, der auch bereits im Verwaltungsrecht und zur Umschreibung des haftungsrechtlich geschützten Ermessens im Sinne des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG verwendet wird, unglücklich gewählt ist.

584 *Coenenberg/Haller/Schultze*, Jahresabschluss und Jahresabschlussanalyse, S. 1012 ff.

bezogener Schätzungen und Prognosen herausgearbeitet.⁵⁸⁵ Entsprechend viele potenzielle Beispiele drängen sich im Anschluss daran auf. Um zu veranschaulichen, was mit Schätzungen und Prognosen im Bereich der Abschlusserstellung konkret gemeint ist und um welche potenziellen Freiräume des Abschlusspflichtigen es in diesem Abschnitt geht, sollen allerdings einige ausgewählte Referenzen genügen.

I. Schätzungen und Prognosen als Bezugspunkt des Handelsbilanzrechts

Zu nennen sind aus dem Anwendungsbereich des Handelsbilanzrechts beispielsweise die Prognose der voraussichtlichen Nutzungsdauer und des voraussichtlichen Wertminderungsverlaufs, die nach § 253 Abs. 3 HGB im Rahmen planmäßiger Abschreibungen auf Vermögensgegenstände des Anlagevermögens (§ 253 Abs. 3 HGB) ebenso erforderlich sind wie die Prognose eines voraussichtlich verbleibenden Restwerts, der von den Anschaffungs- oder Herstellungskosten in Abzug zu bringen ist.⁵⁸⁶ Auch die Beurteilung, ob bei Vermögensgegenständen des Anlagevermögens eine eingetretene Wertminderung *voraussichtlich dauernder* Natur ist und deshalb gem. § 253 Abs. 4 HGB außerplanmäßig abzuschreiben ist, bedarf einer Prognose des Normadressaten. Weiterhin erfordern neben den Abschreibungen auf Vermögensgegenstände des Anlagevermögens auch Abschreibungen auf Vermögensgegenstände des Umlaufvermögens sachverhaltsbezogene Schätzungen und Prognosen des Normadressaten, konkret etwa hinsichtlich des zum Bilanzstichtag aktuellen Börsenpreises, Marktpreises oder beizulegenden Werts im Sinne des § 253 Abs. 4 HGB. Das gilt nicht nur für materielle Vermögensgegenstände des Umlaufvermögens, sondern auch beispielsweise für Forderungen, deren künftige Einbringlichkeit zu prognostizieren ist⁵⁸⁷ und für Unternehmensbeteiligungen, deren Bewertung beispielsweise über Multiplikatoren (insbesondere: EBITDA) oder nach DCF-Methode erfolgen kann und insofern zahlreiche komplexe Prognoseelemente enthält, die sich in den Worten des BGH „*letzter Vergewisserung entzieh[en]*“.⁵⁸⁸ Weiterhin exemplarisch zu nennen

585 Hennrichs, AG 2006, 698, 699.

586 A/D/S, Rechnungslegung und Prüfung, Teilband 1, § 253 HGB Rn. 415; Nordmeyer/Göbel, in: Beck'sches HdB, B 212 Rn. 140; Kahle/Heinstein, HdJ, Abt. II/2 Rn. 125; Hennrichs, AG 2006, 698, 706; Winnefeld, Bilanz-Hdb., Kap. E Rn. 1017.

587 Dazu eingehend anstelle vieler Schubert/Berberich, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, § 253 HGB Rn. 567 ff.

588 BGHZ 138, 371, 384.

sind sodann die zur Bildung von Rückstellungen erforderlichen Schätzungen und Prognosen darüber, wie hoch die Wahrscheinlichkeit einer künftigen Inanspruchnahme ist. Sind die Voraussetzungen zum Ansatz einer Rückstellung in der Bilanz nach § 249 Abs. 1 Satz 1 HGB erfüllt, bedarf es darüber hinaus einer zukunftsgerichteten Einschätzung des Sachverhalts dahingehend, wie hoch der „nach vernünftiger kaufmännischer Beurteilung notwendige Erfüllungsbetrag“ im Sinne des § 253 Abs. 1 Satz 2 bzw. bei Drohverlustrückstellungen aus schwebenden Geschäften der zu erwartende Verpflichtungsüberschuss ist.⁵⁸⁹

II. Schätzungen und Prognosen als Bezugspunkt internationaler Rechnungslegungsstandards

Auch im Anwendungsbereich der internationalen Rechnungslegungsstandards finden sich – teils noch weitergehend als im Anwendungsbereich des Handelsbilanzrechts – Vorschriften, deren Anwendung sachverhaltsbezogene Schätzungen und Prognosen verlangen.⁵⁹⁰ IAS 8.32 zählt insofern als Gegenstand von Schätzungen beispielhaft risikobehaftete Forderungen, die Überalterung von Vorräten, den beizulegenden Zeitwert finanzieller Vermögenswerte oder Schulden, Gewährleistungsverpflichtungen und die Nutzungsdauer und den erwarteten Abschreibungsverlauf des künftigen wirtschaftlichen Nutzens abschreibungsfähiger Vermögenswerte auf. Weiterhin zu nennen ist etwa die Bildung von Rückstellungen nach IAS 37, die gemäß IAS 37.5 auf ihren Barwert abzuzinsen sind und dazu über die Anforderungen des Handelsbilanzrechts hinausgehend eine Schätzung des Abzinsungszeitraums und des nach aktuellen Markterwartungen anzusetzenden Abzinsungssatzes verlangen. Zweitens sind bei der Ermittlung der Rückstellungshöhe künftige Ereignisse wie etwa Preissteigerungen zu berücksichtigen, sofern ausreichende objektive und substantielle Hinweise auf deren Eintritt vorliegen. Auch dies erfordert mitunter komplexe Einschätzungen des Abschlusspflichtigen.⁵⁹¹ Die Aufzählung könnte fortgeführt werden.

⁵⁸⁹ Eingehend etwa *Schubert*, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, § 249 HGB Rn. 60.

⁵⁹⁰ Eingehend *Hennrichs*, AG 2006, 698, 700 ff.

⁵⁹¹ *Hennrichs*, AG 2006, 698, 702.

B. Bilanzrechtliche Determinanten

Inwieweit die vom Normadressaten im Rahmen der Abschlusserstellung vorzunehmenden Schätzungen und Prognosen bereits durch das Bilanzrecht selbst determiniert werden und wo sich mithin überhaupt Schätzungs- und Prognose*freiräume* ergeben können, soll in diesem Abschnitt für die Anwendung des Handelsbilanzrechts und der internationalen Rechnungslegungsstandards jeweils gesondert betrachtet und geklärt werden. Gedanklich bieten sich dabei zwei potenzielle Ansatzpunkte an. Zum einen können rechtliche Determinanten in Gestalt verfahrensbezogener Anforderungen bereits den Schätzungs- und Prognoseprozess selbst betreffen. Zum anderen ist denkbar, dass die bilanzrechtlichen Determinanten „*ergebnisbezogen*“ wirken und insofern die am Ende des Schätzungs- oder Prognoseprozesses stehende Bandbreite der in Betracht kommenden Schätzungs- oder Prognoseergebnisse eingrenzen.

I. Handelsbilanzrechtliche Determinanten

Ausdrückliche Determinanten abschlussrelevanter Schätzungen und Prognosen finden sich im Handelsbilanzrecht zunächst in § 253 Abs. 1 Satz 1 HGB, der verlangt, dass Rückstellungen in Höhe des „*nach vernünftiger kaufmännischer Beurteilung*“ notwendigen Erfüllungsbetrags ausgewiesen werden. Zweitens ist § 255 Abs. 2 Satz 1 HGB zu nennen, der die Schätzung der Herstellungskosten insofern begrenzt, als nur „*angemessene Teile*“ der Materialgemeinkosten, der Fertigungskosten und des Wertverzehr des Anlagevermögens sowie gegebenenfalls „*angemessene Teile*“ der Kosten der allgemeinen Verwaltung und „*angemessene Aufwendungen*“ für soziale Einrichtungen des Betriebs etc. in die Ermittlung der Herstellungskosten einbezogen werden dürfen. Während das Erfordernis der vernünftigen kaufmännischen Beurteilung im Rahmen des § 253 Abs. 1 Satz 1 HGB schwerpunktmäßig das *Verfahren* reguliert, anhand dessen die Höhe der Rückstellungen zu ermitteln sind, ist der Begriff der Angemessenheit in § 255 Abs. 2 Satz 2 HGB als ergebnisbezogene Eingrenzung der potenziell in Betracht kommenden Schätzungsergebnisse zu verstehen.

Beide Normen zeigen, dass das Handelsbilanzrecht sowohl verfahrens- als auch ergebnisbezogene Eingrenzungen abschlussrelevanter Schätzungen und Prognosen kennt. Vor diesem Hintergrund soll nachfolgend untersucht werden, inwieweit sich dem Handelsbilanzrecht auch losgelöst von der Bewertung der Rückstellungshöhe und der Herstellungskosten

allgemeine verfahrens- und ergebnisorientierte Schätzungs- und Prognoseanforderungen entnehmen lassen.

1. Anforderungen an das Schätzungs- und Prognoseverfahren

a) Informationsgrundlage

Abschlussrelevante Schätzungen und Prognosen müssen selbstredend auf einer zutreffenden, vollständigen Informationsgrundlage basieren.⁵⁹² Anders kann ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage im Sinne des § 264 Abs. 2 Satz 2 HGB von vornherein nicht vermittelt werden. In diesem Sinne formuliert auch das IDW in seinem Prüfungsstandard, dass der Abschlussersteller beurteilen müsse, *„ob die für eine Schätzung verwendeten Daten richtig, vollständig und relevant sind. [...] Der Abschlussprüfer wird beurteilen, ob die gesamte Datenbasis angemessen analysiert und dargestellt wurde, um eine plausible Grundlage für die vorgenommenen Schätzungen zu bilden.“*⁵⁹³

b) Allgemeines Willkürverbot

Der Bilanzierende hat bei der Abschlusserstellung grundsätzlich auch das allgemeine Willkürverbot zu befolgen, das im Handelsbilanzrecht zwar nicht ausdrücklich statuiert ist, als nicht ausdrücklich kodifizierter Grundsatz ordnungsmäßiger Buchführung jedoch allgemeine Anerkennung erfährt⁵⁹⁴ und insofern nach § 243 Abs. 1 HGB Gesetzesrang einnimmt.⁵⁹⁵ Welche Folgen sich aus dem allgemeinen Willkürverbot konkret ergeben, war bereits vor zwei Jahrzehnten kaum geklärt.⁵⁹⁶ Daran hat sich auch heute nichts geändert. Nach wie vor wird das allgemeine Willkürverbot im Schrifttum im Kern mit der Formulierung umschrieben, die Bewertung

⁵⁹² So wohl auch *Hennrichs*, AG 2006, 698, 704.

⁵⁹³ IDW PS 314 vom 02.07.2001, Ziffer 3.1.1 = WPg 2001, 906, 907.

⁵⁹⁴ Vgl. nur *Störk/Büssow*, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, § 252 HGB Rn. 68 m.w.N.

⁵⁹⁵ Dazu Kapitel 1, § 1 D. I.

⁵⁹⁶ *Hennrichs*, Wahlrechte, S. 347. Ebenso *A/D/S*, Rechnungslegung und Prüfung, § 252 HGB Rn. 126.

müsse jedenfalls „frei von sachfremden Erwägungen“ sein, ohne dass konkretisiert würde, welche Erwägungen denn als sachfremd anzusehen seien.⁵⁹⁷

Bezogen auf die bei der Abschlusserstellung vorzunehmenden Schätzungen und Prognosen dürfte das allgemeine Willkürverbot zunächst die Informationsgrundlage beeinflussen, in die eben nur sachdienliche – oder nach der Formulierung des IDW: relevante – Informationen einbezogen werden dürfen. Darüber hinaus wird man dem allgemeinen Willkürverbot im Hinblick auf das Schätzungs- oder Prognoseverfahren wohl die Anforderung entnehmen können, die zugrunde gelegten Informationen angemessen zu gewichten und insofern also einzelne Schätzungs- oder Prognosefaktoren weder über- noch unterzugewichten. In der Praxis wird die begrenzende Wirkung des allgemeinen Willkürverbots indes von geringer Wirkung sein, da sich, wie auch *Hennrichs* anmerkt, wohl stets Mittel und Wege finden lassen, die konkrete Abwägung und Gewichtung einzelner Schätzungs- oder Prognosefaktoren sachlich zu begründen.⁵⁹⁸

2. Anforderungen an das Schätzungs- und Prognoseergebnis

a) Plausibilität des Schätzungs- oder Prognoseergebnisses

Es ist eingangs angeklungen, dass § 255 Abs. 2 HGB für bestimmte Bestandteile der Herstellungskosten ein Angemessenheitserfordernis vorsieht: In die Ermittlung der Herstellungskosten einzubeziehen sind nur „angemessene“ Materialgemeinkosten, Fertigungsgemeinkosten etc. Angemessen bedeutet in diesem Zusammenhang, dass die Zurechnung der Gemeinkosten zu einem bestimmten Vermögensgegenstand nur insoweit erfolgen darf, wie sie bei einer normalen Auslastung der technischen und personellen Fertigungskapazitäten anfallen.⁵⁹⁹ Alle hierüber hinausgehenden Kosten, wie sie etwa in Gestalt von Leerkosten bei dauerhafter Kapazitätsunterauslastung entstehen, sind – sofern es sich nicht um branchentypische Schwankungen handelt – auszuklammern.⁶⁰⁰ Geht man davon aus, dass jede Schätzung als Bestandteil des Abschlusses einen Ausschnitt

597 *Störk/Büssow*, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, § 252 HGB Rn. 68. Damals bereits *A/D/S*, Rechnungslegung und Prüfung, § 252 HGB Rn. 126; *Hennrichs*, Wahlrechte, S. 247 f. m.w.N.

598 *Hennrichs*, Wahlrechte, S. 348 „Denn „sachliche Gründe“ für ihre Bilanzierungs- und Bewertungsentscheidungen zu benennen, wird die Praxis nicht verlegen sein.“.

599 *Böcking/Gros/Wirth*, in: Ebenroth/Boujong/Joost, HGB, § 255 Rn. 48.

600 *Merkt*, in: Baumbach/Hopt, HGB, § 255 Rn. 18.

der tatsächlichen Verhältnisse der Gesellschaft beschreibt, so grenzt § 255 Abs. 2 HGB mit seinem Angemessenheitserfordernis dasjenige Spektrum potenzieller Zustandsbeschreibungen ein, das sich auch nach Berücksichtigung der soeben dargestellten verfahrensbezogenen Anforderungen an den Schätzungsprozess noch ergeben kann.

Außerhalb des in § 255 Abs. 2 HGB statuierten Angemessenheitserfordernisses gelten mit dem Plausibilitätserfordernis geringere Anforderungen. So ist man sich in Rechtsprechung und Schrifttum darüber einig, dass das Bilanzrecht vom Normadressaten nicht mehr erwartet als ein für einen sachverständigen Dritten „nachvollziehbares“, „vernünftiges“, „widerspruchsfreies“, oder in anderen Worten „plausibles“ Ergebnis.⁶⁰¹ Diese Ansicht erscheint aus mehreren Gründen zutreffend. Erstens: Wenn der Gesetzgeber in § 255 Abs. 2 HGB explizit ein Angemessenheitskriterium normiert hat, spricht dies im Umkehrschluss dafür, dass für alle sonstigen im Handelsbilanzrecht angelegten Schätzungen und Prognosen, für die spezifische Anforderungen nicht normiert sind, ein anderer Maßstab gelten muss. Denn als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens kann das Angemessenheitskriterium, das entsprechend seiner obigen Definition stark auf die Ermittlung der Herstellungskosten zugeschnitten ist, nicht gelten. Sodann spricht einiges dafür, dass der außerhalb des § 255 Abs. 2 HGB geltende Maßstab verglichen mit dem Angemessenheitskriterium ein geringerer sein muss. Denn zum einen scheint ein strikterer Maßstab als das Plausibilitätserfordernis, der für alle übrigen Schätzungen und Prognosen allgemeine Geltung beanspruchen kann, sinnvollerweise nicht denkbar. Zum anderen würde wohl jeder striktere Maßstab die Bilanzkontrolle durch Abschlussprüfer und Gerichte an ihre Grenzen bringen, die Schätzungen und Prognosen wegen fehlender Sachnähe ihrerseits nur bis zu einem gewissen Grad nachvollziehen können. Darauf weist auch das IDW in seinen Prüfungsstandards hin⁶⁰² und äußert sich damit im Einklang

601 Aus der Rechtsprechung OLG Frankfurt, Urt. v. 24.03.2015 – 11 U 103/14 = BeckRS 2016, 13828 Rn. 42 für die Bildung von Rückstellungen: „Für diese Aspekte wird zwar grundsätzlich eine vernünftige kaufmännische Beurteilung verlangt, worunter Objektivität und eine bestimmte – über 50 % liegende – Wahrscheinlichkeit zu verstehen sind [...]. Maßgeblich bleiben jedoch weiterhin subjektive Schätzungen, die allein für sachverständige Dritte nachvollziehbar sein müssen [...]. Aus dem Schrifttum Hennrichs, Wahlrechte, S. 53; ders., AG 2006, 698, 704; Pöschke, ZGR 2018, 647, 665; Thomann/Zempel, BilR eKommentar, § 342b Rn. 38 f.

602 IDW PS 315: Die Prüfung von Zeitwerten = WPg 2006, 309 ff., Tz. 15 „Die mit der Schätzung von Wertansätzen bzw. einzelnen wertbestimmenden Komponenten von Posten verbundene Unsicherheit oder nicht vorhandene objektive Informationen

mit § 321 Abs. 2 Satz 4 HGB, der eigene Ermessensentscheidungen des Bilanzierenden anerkennt.⁶⁰³ Auch sei noch einmal auf das Musterfeststellungsverfahren zum Börsengang der Telekom AG verwiesen, in dem der BGH zu den bei der Grundstücksbewertung erforderlichen Schätzungen ausführte, dass „im Rahmen üblicher Wertfestsetzungsmethoden der Verkehrswertermittlungen [...] Spannbreiten von bis +/- 30 % als möglich und tolerabel“ anzusehen seien.⁶⁰⁴ Das eröffnet innerhalb der Bandbreite plausibler Schätzungs- und Prognoseergebnisse bilanzielle Freiräume des Abschlusspflichtigen und ist insoweit als Aufforderung an Abschlussprüfer und Gerichte zu verstehen, sich innerhalb einer Bandbreite plausibler Ergebnisse mit eigenen Einschätzungen zurückzuhalten.⁶⁰⁵

b) Vorsichtsprinzip

Sofern sich bei Einhaltung der verfahrensmäßigen Anforderungen an den Schätzungs- oder Prognoseprozess eine Bandbreite plausibler Schätzungs- oder Prognoseergebnisse ergibt, stellt sich die Frage, ob der Abschluss-

können es unmöglich machen, ausreichende Prüfungswerte für die Ermittlung des Zeitwerts zu erlangen.“; IDW PS 314: Die Prüfung von geschätzten Werten in der Rechnungslegung = WPg 2001, 906 ff., Tz. 9, „Dabei ist zu beurteilen, ob geschätzte Werte unter den jeweiligen Umständen plausibel sind und – sofern erforderlich – in angemessener Weise erläutert wurden. Nachweise, die geschätzte Werte belegen, sind häufig schwieriger zu erhalten und haben weniger Aussagekraft als Nachweise, die andere Werte in der Rechnungslegung belegen.“, zitiert nach Hennrichs, AG 2006, 698, 704 (Fn. 36).

603 Mit dem Begriff der Ermessensentscheidung in § 321 Abs. 2 Satz 4 HGB können, systematisch betrachtet, nur diejenigen Schlussfolgerungen gemeint sein, die der Bilanzierende in Gestalt von Schätzungen oder Prognosen zum Ausdruck bringt. Wenn nämlich § 321 Abs. 2 Satz 4 HGB im Übrigen von sachverhaltsgestaltenden Maßnahmen und ausgeübten Wahlrechten spricht, verbleiben überhaupt nur noch Schätzungen und Prognosen, die dem Bilanzierenden potenziell Raum für eigene subjektive Einschätzungen eröffnen können.

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

605 Ausdrücklich IDW PS 315: Die Prüfung von Zeitwerten = WPg 2006, 309 ff., Tz. 16: „Bei der Ermittlung von Zeitwerten auf der Grundlage eines Bewertungsmodells ist es nicht Aufgabe des Abschlussprüfers, eigenes Ermessen anstelle der gesetzlichen Vertreter auszuüben. Stattdessen beurteilt der Abschlussprüfer das Bewertungsmodell danach, ob es angemessen ist und die zugrundeliegenden Annahmen plausibel sind.“ Vgl. auch BGH, Urt. v. 22.11.2016 – XI ZB 9/13 = NZG 2017, 378, 386 zur richterlichen Überprüfung der Bewertung von Immobilienvermögen: „Fehlerhaft ist das Ergebnis erst dann, wenn es als solches nicht mehr vertretbar ist.“

pflichtige sich hierunter auf ein beliebiges Ergebnis festlegen darf und ihm insofern also ein bilanzpolitisch nutzbarer Freiraum eröffnet ist, oder ob ihn konkret das Vorsichtsprinzip dazu anhält, seinem Abschluss stets das pessimistischste aller in Betracht kommenden Ergebnisse zugrunde zu legen. Letzteres ist abzulehnen. Denn das Vorsichtsprinzip soll den Kaufmann bekanntlich allein dazu anhalten, sich *im Zweifel* ärmer als reicher zu rechnen.⁶⁰⁶ Es ist insofern weder als Freischein noch als sture Pflicht zur Bildung stiller Reserven zu begreifen.⁶⁰⁷ Dementsprechend wäre es missverstanden, wollte man ihm die Pflicht des Normadressaten entnehmen, seinem Abschluss stets das ihm ungünstigste Schätzungs- oder Prognoseergebnis zugrunde zu legen bzw. in seinen Erkenntnisprozess von vornherein auch nur die ihm ungünstigsten Schätzungs- oder Prognosefaktoren einzubeziehen.⁶⁰⁸ Erst dann, wenn sich unter den in Betracht kommenden Wertansätzen mehrere als gleich wahrscheinlich erweisen, wird er sich deshalb unter Berücksichtigung des Vorsichtsprinzips für das niedrigere zu entscheiden haben.⁶⁰⁹ Können die jeweiligen Schätzungs- oder Prognosefaktoren aber etwa auf so unterschiedliche Art und Weise miteinander ins Verhältnis gesetzt werden, dass die verschiedenen Wertansätze sich ihrer Wahrscheinlichkeit nach gar nicht erst als vergleichbar erweisen, werden dem Normadressaten bei der Wahl des letztlich in den Abschluss aufzunehmenden Schätzungs- oder Prognoseergebnisses aus dem Vorsichtsprinzip keine Einschränkungen erwachsen.

606 Glaser/Hachmeister, BB 2011, 555, 557. Vgl. auch Sigloch/Keller/Meffert, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, Anh. §§ 41-42a Rn. 286, die dann aber davon ausgehen, dass nach dem Vorsichtsprinzip bei Aktivposten stets die untere Grenze und bei Passivposten stets die obere Grenze des Schätzungsrahmens als Wertansatz zu wählen sei.

607 Treffend Hennrichs, AG 2006, 698, 703 „Aber es sind doch immerhin angemessen auch die Risiken einzubeziehen.“

608 Sigloch/Keller/Meffert, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, Anh. §§ 41-42a Rn. 286. Weniger strikt demgegenüber A/D/S, Rechnungslegung und Prüfung, § 252 HGB Rn. 73; Fülber/Kuschel/Selchert, in: Küting/Pfitzer/Weber, HdR, § 252 HGB Rn. 77; Hennrichs, AG 2006, 698, 703; Störk/Büssow, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar zum HGB, § 252 Rn. 33, nach denen ein Wert zu wählen ist, der „bei den Aktiva möglichst nahe am unteren, bei den Rückstellungen möglichst nahe am oberen Wert liegt [...]“.

609 Hennrichs, AG 2006, 698, 703; Schulze-Osterloh, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl., § 42 Rn. 326.

II. Determinanten der internationalen Rechnungslegungsstandards

Verglichen mit den handelsrechtlichen Bilanzierungsvorschriften setzen sich die internationalen Rechnungslegungsstandards selbstverständlicher und klarer mit den Determinanten abschlussrelevanter Schätzungen und Prognosen auseinander. Ausgangspunkt ist dabei das in IAS 8.32 enthaltene Eingeständnis, dass *„aufgrund der mit Geschäftstätigkeiten verbundenen Unsicherheiten [...] viele Posten in den Abschlüssen nicht präzise bewertet, sondern nur geschätzt werden [können].“* Der Begriff der Schätzung bezieht sich dabei nach der Definition des IAS 8.5 auf sämtliche Einschätzungen *„des derzeitigen Status von Vermögenswerten und Schulden und [...] des künftigen Nutzens und künftiger Verpflichtungen im Zusammenhang mit Vermögenswerten und Schulden“* und umfasst folglich auch die hier als Prognosen bezeichneten, zukunftsbezogenen Einschätzungen des Abschlusspflichtigen. Indem der Standardsetzer dem Umgang mit Schätzungen und Prognosen in IAS 8 einen festen Platz im Gefüge der internationalen Rechnungslegungsstandards einräumt, anerkennt er, dass beide in den Abschluss zwar in Form eines punktuellen Wertansatzes einfließen, tatsächlich aber regelmäßig gerade keine *„Punktlandung“*, sondern das Ergebnis eines mit teils erheblichen Unsicherheiten behafteten Schätzungs- oder Prognoseprozesses sind. Das kommt in den verfahrens- und ergebnisbezogenen Anforderungen der internationalen Rechnungslegungsstandards an die abschlussrelevanten Schätzungen und Prognosen sodann auch zum Ausdruck.

1. Anforderungen an das Schätzungs- oder Prognoseverfahren

a) Informationsgrundlage gemäß IAS 8.32

Die Anforderungen an die Informationsgrundlage des Schätzungs- oder Prognoseverfahrens unterscheiden sich nicht von derjenigen Informationsgrundlage, die auch für Schätzungen und Prognosen nach Handelsbilanzrecht zu verlangen ist.⁶¹⁰ Anzustellen sind sie gemäß IAS 8.32 *„auf Grundlage der zuletzt verfügbaren verlässlichen Informationen“*. Das erfordert neben einer umfassenden Informationsgrundlage vor allem die Richtigkeit der ermittelten Informationen und ergibt sich sowohl aus dem Tatbestandsmerkmal der Verlässlichkeit als auch grundlegend aus dem Grundsatz

610 Dazu oben Abschnitt I. 1. a).

glaubwürdiger Darstellung (*faithful representation*), wie er im Rahmenkonzept statuiert ist.⁶¹¹

b) „Vernünftige“ Schätzungen und Prognosen im Sinne des IAS 8.33

Gemäß IAS 8.33 beeinträchtigt die Verwendung „vernünftiger“ Schätzungen und Prognosen die Verlässlichkeit des Abschlusses nicht. Die Vorschrift nimmt damit auf das in IAS 1.17 statuierte Verlässlichkeitserfordernis Bezug und bringt damit zum Ausdruck, was für Schätzungen und Prognosen des Handelsbilanzrechts aus dem allgemeinen Willkürverbot abzuleiten ist: Sofern der jeweilige Standard keine konkreten Vorgaben enthält, sind die ihnen zugrundeliegenden Informationen angemessen ins Verhältnis zu setzen und einzelne Schätzungs- und Prognosefaktoren dabei weder über- noch unterzugewichten.⁶¹² Inwieweit das Vernunftskriterium des IAS 8.33 in der Praxis tatsächlich begrenzende Wirkung entfaltet, darf aber bezweifelt werden. Denn auch hier werden sich, von eklatanten Fällen abgesehen, in der Regel Mittel und Wege finden lassen, die konkrete Gewichtung und Abwägung der jeweiligen Schätzungs- oder Prognosefaktoren sachlich zu begründen.⁶¹³

2. Anforderungen an das Schätzungs- oder Prognoseergebnis

a) Verlässlichkeit und Vergleichbarkeit

IAS 8.33 bringt neben dem verfahrensbezogenen Erfordernis „vernünftiger“ Schätzungen und Prognosen zugleich zum Ausdruck, dass vernünftige Schätzungen und Prognosen die Verlässlichkeit nicht beeinträchtigen, und damit positiv formuliert stets als verlässlich im Sinne des IAS 1.17 an-

611 Vgl. Wawrzinek/Lübbig, in: Beck'sches IFRS-Handbuch, § 2 Rn. 86.

612 Konkrete Vorgaben hinsichtlich der Gewichtung einzelner Schätzungsfaktoren enthält etwa IAS 38.23: „Ein Unternehmen schätzt nach eigenem Ermessen aufgrund der zum Zeitpunkt des erstmaligen Ansatzes zur Verfügung stehenden substanziellen Hinweise den Grad der Sicherheit ein, der dem Zufluss an künftigem wirtschaftlichen Nutzen aus der Nutzung des Vermögenswerts zuzuschreiben ist, wobei externen substanziellen Hinweisen größeres Gewicht beizumessen ist.“

613 Siehe oben Abschnitt I. 1. b) mit Verweis auf Hennrichs, Wahlrechte, S. 348 „Denn „sachliche Gründe“ für ihre Bilanzierungs- und Bewertungsentscheidungen zu benennen, wird die Praxis nicht verlegen sein“.

zusehen sind. Auch nach internationalen Rechnungslegungsstandards ist also davon auszugehen, dass die Beachtung der soeben bezeichneten verfahrensmäßigen Schätzungs- und Prognoseanforderungen grundsätzlich in ein rechtmäßiges Ergebnis mündet und insofern also nicht mehr zu verlangen ist als dessen Plausibilität.

Dass bei einer Bandbreite plausibler Schätzungs- oder Prognoseergebnisse sodann wie auch im Handelsbilanzrecht vordringlich die Perspektive des Abschlusspflichtigen maßgeblich ist und deshalb ein Wertansatz, der sich innerhalb dieser Bandbreite bewegt, im Rahmen der Bilanzkontrolle nicht durch einen anderen, ebenfalls rechtmäßigen Wertansatz ersetzt werden kann, kommt in den internationalen Rechnungslegungsstandards nur vereinzelt zum Ausdruck. Zu nennen ist etwa IAS 38.23, demzufolge ein Unternehmen aufgrund der zum Zeitpunkt des erstmaligen Ansatzes zur Verfügung stehenden substanziellen Hinweise „nach eigenem Ermessen“ schätzt, mit welcher Sicherheit aus der Nutzung eines Vermögenswerts ein künftiger wirtschaftlicher Nutzen erwächst. Auch IAS 37.38 spricht sich innerhalb der Bandbreite plausibler Ergebnisse für einen bilanziellen Freiraum aus, indem er hinsichtlich der Bewertung von Rückstellungen die Perspektive des Managements betont. Im Übrigen kann aber auf die obigen Ausführungen zum Regelungsgehalt des § 321 Abs. 2 Satz 4 HGB verwiesen werden, der sich auf die Abschlussprüfung auch solcher Abschlüsse bezieht, die nach internationalen Rechnungslegungsstandards aufgestellt wurden. Er anerkennt mit den von ihm explizit aufgeführten Ermessensentscheidungen, dass es innerhalb der rechtlichen Grenzen des Bilanzrechts subjektive Einschätzungen des Abschlusspflichtigen geben kann, die einer Bilanzkontrolle nicht zugänglich sind.

b) „Prudence Principle“

Ausdrücklich von einem Vorsichtserfordernis sprechen die internationalen Rechnungslegungsstandards allein in IAS 8.10 b) iv und beziehen sich dort ausschließlich auf die Entwicklung und Anwendung von Rechnungslegungsmethoden, die nach IAS 8.5 von Schätzungen und Prognosen zu unterscheiden sind.⁶¹⁴ Hiervon abgesehen, ist das sogenannte „*Prudence Principle*“ in die 2018 überarbeitete Fassung des Rahmenkonzepts erneut aufgenommen worden und strahlt von dort auf die Auslegung und Anwendung internationaler Rechnungslegungsstandards – und folglich auch

614 Zum Abgrenzungserfordernis bereits § 3 A. II. 3.

auf die in diesem Zusammenhang anzustellenden Schätzungen und Prognosen – aus.⁶¹⁵ Was hieraus konkret folgt, ist auf den ersten Blick indes zweifelhaft. Denn Einigkeit besteht nur insoweit, als dem „*Prudence Principle*“ jedenfalls eine schwächere Wirkung zukommen soll als dem handelsrechtlichen Vorsichtsprinzip, ohne dass die hieraus folgenden Unterschiede aber je näher konkretisiert würden.⁶¹⁶

Es bleibt damit für die Zwecke dieser Untersuchung zunächst nur die Erkenntnis, dass das „*Prudence Principle*“ der internationalen Rechnungslegungsstandards das Verhalten des Geschäftsleiters jedenfalls weniger stark zu determinieren beabsichtigt als das Vorsichtsprinzip des Handelsbilanzrechts und insofern wohl zu verstehen als Prinzip einer möglichst neutralen, ausgeglichenen Darstellung der wirtschaftlichen Verhältnisse der Gesellschaft, in dem Chancen und Risiken angemessen zueinander ins Verhältnis gesetzt werden.⁶¹⁷ Um diesem Unterschied bei der Vornahme von Schätzungen und Prognosen Rechnung zu tragen, wird man davon ausgehen können, dass das „*Prudence Principle*“ den Geschäftsleiter wohl nicht im Sinne einer Zweifelsregel dazu anhalten wird, bei gleicher Wahrscheinlichkeit zweier Wertansätze den niedrigeren zu wählen. Für Schätzungen und Prognosen ergeben sich bei der Anwendung internationaler Rechnungslegungsstandards deshalb aus dem „*Prudence Principle*“ keine zusätzlichen Beschränkungen.

C. Schlussfolgerungen

Die vorstehenden Ausführungen haben ergeben, dass das Handelsbilanzrecht und die internationalen Rechnungslegungsstandards in erster Linie das Schätzungs- oder Prognoseverfahren determinieren und insofern eine

615 Zur Berücksichtigung des Rahmenkonzepts bei der Auslegung und Anwendung der internationalen Rechnungslegungsstandards bereits § 2 B. I.

616 Hennrichs, AG 2006, 698, 703: „[...] wobei freilich dem Vorsichtsprinzip nach den IFRS tendenziell eine weniger herausragende Bedeutung beigemessen wird als nach bisheriger deutscher Sichtweise zum HGB.“; Pellens/Fülbrig/Gassen/Sellhorn, Internationale Rechnungslegung, S. 110 „Diese starke Betonung des Vorsichtsprinzips ist Ausdruck der Gläubigerschutzorientierung des HGB, die den informationsorientierten IFRS naturgemäß eher fehlt“; Rubnke/Simons, Rechnungslegung nach IFRS und HGB, S. 260, nach denen der Geschäftsleiter eine nicht näher umrissene „Art mittlere Vorsicht“ walten lassen soll.

617 Mujkanovic, Prudence Principle – Jetzt auch ein Vorsichtsprinzip in den IFRS?, nwb Experten-Blog, Eintrag vom 03.05.2018, abrufbar unter: <https://www.nwb-experten-blog.de/prudence-principle-jetzt-auch-ein-vorsichtsprinzip-in-den-ifrs>.

umfassende, inhaltlich fehlerfreie Informationsgrundlage und eine angemessene Gewichtung aller relevanten Informationen verlangen. Sind diese Anforderungen erfüllt, wird das Schätzungs- oder Prognoseergebnis in der Regel plausibel sein. Mehr als ein plausibles Ergebnis wird vom Bilanzierenden, von gesetzlichen Spezialfällen abgesehen, denn auch nicht verlangt. Man mag diesen Befund in Anknüpfung an die Ausführungen in § 2 D. I. als einen tatsachenbezogenen normativ-subjektiven Fehlerbegriff bezeichnen, den nicht nur das Handelsbilanzrecht, sondern auch die internationalen Rechnungslegungsstandards normieren. Eingeschränkt wird dieser im Handelsbilanzrecht aber teilweise durch das Vorsichtsprinzip, das vom Abschlusspflichtigen verlangt, unter mehreren gleich wahrscheinlichen Schätzungs- oder Prognoseergebnissen den niedrigeren auszuwählen.

§ 6 Zusammenfassung

Der zweite Teil dieser Untersuchung hat bestätigt, dass sich bilanzielle Freiräume der Gesellschaft bzw. des für sie handelnden Geschäftsleiters sowohl bei der Ausübung von Wahlrechten als auch dort ergeben können, wo die Anwendung bilanzrechtlicher Vorschriften tatsachenbezogene Schätzungen und Prognosen verlangt.

Die in dieser Untersuchung betrachteten Ansatz- und Bewertungswahlrechte werden vom Gesetzgeber teilweise explizit, teilweise implizit normiert und in ihrer Ausübung durch den ihnen zugeordneten Zweck und das Stetigkeitsgebot begrenzt. In der Regel wird die begrenzende Wirkung insbesondere der Zweckbestimmung aber gering ausfallen. Denn sie steht einer bilanzpolitischen Ausübung der Wahlrechte nicht grundsätzlich entgegen und wird letztlich nur im Bereich der Vereinfachungswahlrechte relevant, deren Ausübung einen Vereinfachungseffekt auch tatsächlich zur Folge haben muss und der betrieblichen Realität nicht erkennbar widersprechen darf. Dieser Vereinfachungseffekt darf durch eine bilanzpolitisch motivierte Wahlrechtsausübung nicht konterkariert werden.

Was eine Begrenzung der Wahlrechtsausübung durch das Stetigkeitsgebot anbelangt, so bezieht dieses sich nur auf art- und funktionsgleiche Vermögensgegenstände und Schulden und umfasst damit insbesondere neue oder besonders gelagerte Geschäftsvorfälle nicht. Gerade insofern steht deshalb auch das Stetigkeitsgebot einer bilanzpolitisch motivierten Wahlrechtsausübung nicht entgegen.

Die nach Handelsbilanz und internationalen Rechnungslegungsstandards vorzunehmenden Schätzungen und Prognosen müssen in erster Linie verfahrensbezogenen Anforderungen an eine hinreichende Informationsgrundlage und eine angemessene Gewichtung der relevanten Informationen genügen, werden im Übrigen aber regelmäßig zu einer Bandbreite plausibler Schätzungs- oder Prognoseergebnisse führen, aus denen der Geschäftsleiter auswählen kann. Er wird hierbei nur im Handelsbilanzrecht durch das Vorsichtsprinzip gebunden, aufgrund dessen er aus der Bandbreite plausibler Schätzungs- oder Prognoseergebnisse unter mehreren gleich wahrscheinlichen Ergebnissen das jeweils niedrigere anzusetzen hat. Für Schätzungen und Prognosen im System der internationalen Rechnungslegungsstandards, das dem Vorsichtsprinzip geringere Bedeutung beimisst als das Handelsbilanzrecht, lässt sich eine solche Einschränkung nicht rechtfertigen.

Keine Freiräume erwachsen der Gesellschaft bzw. dem Geschäftsleiter demgegenüber aus der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe, die letztverbindlich vom erkennenden Gericht auszulegen sind. Ein auf Rechtsfragen bezogener normativ-subjektiver Fehlerbegriff ist in diesem Zusammenhang weder verfassungskonform, noch besteht hierfür unter Berücksichtigung der potenziellen Folgen eines Bilanzrechtsverstößes überhaupt ein Bedürfnis.