

Habilitationsschriften Recht

David Markworth

Rechtswissenschaft und Rechnungslegung

Ein bilanzrechtlicher Dogmatisierungsprozess
zur Erfassung von Mehrkomponentengeschäften



Nomos

Dr. David Markworth

Rechtswissenschaft und Rechnungslegung

Ein bilanzrechtlicher Dogmatisierungsprozess
zur Erfassung von Mehrkomponentengeschäften



Nomos

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

1. Auflage 2025

© David Markworth

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

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

ISBN (Print): 978-3-7560-3117-7
ISBN (ePDF): 978-3-7489-5458-3

DOI: <https://doi.org/10.5771/9783748954583>



Onlineversion
Nomos eLibrary



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

Vorwort

Dieses Buch lotet am Beispiel der Mehrkomponentengeschäfte die Möglichkeiten und Grenzen einer eigenständigen, aber zugleich mit dem Privatrecht verzahnten Bilanzrechtsdogmatik aus. Die Kernfragen lauten: Gibt es eine eigenständige Bilanzrechtsdogmatik? Was unterscheidet sie von der Zivilrechtsdogmatik? Gibt es gegenseitige Einflüsse? Die Beantwortung dieser Fragen soll sodann dabei helfen, die künftige rechtspolitische Ausrichtung des Bilanzrechts anzuleiten. Dafür wird untersucht, ob die Rechtsdogmatik nach ihrem derzeitigen Entwicklungsstand eine Lösung für die rechtliche Beurteilung von „Hard Cases“ der Ertragsrealisierung zu liefern vermag. Dies bedingt drei Arbeitsschritte: Zunächst wird herausgearbeitet, inwiefern man rechtswissenschaftlich überhaupt zu Ergebnissen gelangen kann, die universell anschlussfähig sind. Anschließend wird der Bedarf für den mit der Arbeit angestrebten Dogmatisierungsprozess aufgezeigt und sodann das dogmatische Modell entwickelt.

Die Arbeit wurde im Wintersemester 2023/2024 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln als Habilitationsschrift angenommen und befindet sich auf dem Stand von Januar 2025. Sie wurde mit dem Förderpreis der Stiftung Kapitalmarktrecht für den Finanzstandort Deutschland 2025 ausgezeichnet. Die Veröffentlichung wurde durch Publikationsbeihilfen der Otto-Wolff-Stiftung sowie der Johanna-und-Fritz-Buch-Stiftung ermöglicht.

Mein Dank gilt allen, die an der Entstehung dieser Arbeit Anteil hatten. Ganz besonders bedanken möchte ich mich bei meinem akademischen Lehrer Professor Dr. Martin Henssler, der durch anregende und gewissenhafte Begleitung wesentlich zum Gelingen der Arbeit beigetragen hat. Professor Dr. Joachim Hennrichs bin ich dafür dankbar, dass er das Thema der Habilitationsschrift vorgeschlagen und ein kundiges Zweitgutachten erstellt hat. Daneben habe ich Professor Dr. Jens Koch für langjährig exzellente Arbeitsbedingungen am Institut für Arbeits- und Wirtschaftsrecht (AWR) zu danken.

Danken möchte ich weiter meinen akademischen Weggefährten und Freunden, allen voran PD Dr. Christian Deckenbrock. Wertvolle Hilfe im Rahmen der Publikation dieser Arbeit haben meine Mitarbeiterinnen an der Entlastungsprofessur für Zivilrecht der Goethe-Universität Frankfurt a.M. geleistet, neben Wiss. Mit. Jana Bokr waren dies – in alphabetischer Reihenfolge – Sonja Dück, Nicla Frischbier und Sophia-Helene Schmid-Lossberg.

Besonders danken möchte ich schließlich meinem Vater Dr. Michael Schwager für die Mühen des Korrekturlesens und Sara Escribano Maenza por hacer mi vida cada día mejor.

Köln im Sommer 2025

David Cassian Markworth

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	9
Einleitung	27
Teil 1 – Die Untersuchung	31
§ 1 Fragestellung	31
§ 2 Gang der Untersuchung und wesentliche Ergebnisse	48
Teil 2 – Zum Verhältnis von Rechtswissenschaft und Rechnungslegung	57
§ 3 Rechnungslegung als Denkmuster und autopoietisches System	57
§ 4 Zwingende strukturelle Kopplung von Rechnungslegungssystem und Rechtssystem	62
§ 5 Unvollständige Ausdifferenzierung des deutschen Bilanzrechts	78
Teil 3 – Rechnungslegung und Rechtsfindungsmethode	109
§ 6 Die bilanzrechtliche Prinzipienorientierung	109
§ 7 Besonderheiten der Bilanzrechtsfindungsmethode	114
Teil 4 – Defizite der Bilanzrechtsdogmatik	125
§ 8 Mehrkomponentengeschäfte als Beispiel	126
§ 9 Einführung: Bilanzrechtsdogmatik der Ertragsrealisierung	131
§ 10 Lücken der Mehrkomponentendogmatik	141
§ 11 Ausblick: Ein Dogmatisierungsprozess	187
Teil 5 – Die zivilrechtsakzessorische Ertragsrealisation	189
§ 12 Einleitung	189
§ 13 Theorie der zivilrechtsakzessorischen Gewinnrealisation	193
§ 14 Zivilrechtsakzessorische Gewinnrealisation bei Mehrkomponentengeschäften	208
§ 15 Ansätze zu einer Mehrkomponentendogmatik	221
§ 16 Mehrkomponentengeschäfte und Privatautonomie	271

§ 17 Fazit	336
§ 18 Übertragung der Erkenntnisse in die Sphäre der Rechnungslegung	339
Teil 6 – „Wirtschaftlich“ begründete Ertragsrealisationen	347
§ 19 Einleitung	347
§ 20 Ziel: Zuspitzung der Prinzipienabwägung zur Herstellung ihrer Praktikabilität	350
§ 21 Theorie der bilanzrechtlichen Prinzipienabwägung	355
§ 22 Ausgangslage: Doppelzweckbestimmung des 3. Buchs des HGB	364
§ 23 Richtlinienkonforme Auslegung	386
§ 24 Ökonomische Analyse des Bilanzrechts	396
§ 25 Fazit	473
§ 26 Implikationen für die hinausgezögerte Ertragsrealisation	475
Teil 7 – Komplementärfunktion der privatordnungsorientierten Ertragsrealisation	477
§ 27 Einleitung	478
§ 28 Wesentlichkeitsbetrachtungen bei Mehrkomponentengeschäften	484
§ 29 Dogmatischer Statuswechsel privater Bilanzierungsregeln	490
§ 30 Fazit	549
Teil 8 – Ergebnisse	552
Annex: Literaturverzeichnis	559

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	27

Teil 1 – Die Untersuchung

§ 1 Fragestellung	31
A. Prüfsteine für das Verhältnis von Rechtswissenschaft und Rechnungslegung	31
I. Bedeutung von Hard Cases für die Rechtsdogmatik	31
II. Mehrkomponentengeschäfte als Entdeckungen	32
1. Vom Recht losgelöste Problemidentifikation	32
2. Angebotsorientierte Kategorisierung	35
3. Motivorientierte Kategorisierung	38
a. Mehrkomponentengeschäfte als Problemlösungsangebote	38
b. Absatzförderung	38
III. Mehrkomponentengeschäfte als Hard Cases der Rechnungslegung	41
1. Theoretische Konzepte zur Abbildung von Mehrkomponentengeschäften	41
2. Bedeutung der Ertragsrealisierung im System der Rechnungslegung	43
a. Herleitung aus der Konzeption des Jahresabschlusses	43
b. Bilanzpolitische Maßnahmen	44
aa. Earnings Management aus bilanzanalytischer Sicht	44
bb. Gestaltungen des Gewinnausweises	45
B. Ausstrahlung der Erkenntnisse auf die Zivilrechtsdogmatik	46
§ 2 Gang der Untersuchung und wesentliche Ergebnisse	48
A. Zum Verhältnis von Rechtswissenschaft und Rechnungslegung	48
B. Das bilanzrechtliche Methodenproblem	51
C. Ein bilanzrechtlicher Dogmatisierungsprozess	51
I. Möglichkeiten und Grenzen der zivilrechtsakzessorischen Ertragsrealisation	52
II. Argumentative Fundierung „wirtschaftlich“ motivierter Ertragsrealisationen	52

III. Komplementärfunktion der privatordnungsorientierten Ertragsrealisation	55
Teil 2 – Zum Verhältnis von Rechtswissenschaft und Rechnungslegung	
§ 3 Rechnungslegung als Denkmuster und autopoietisches System	57
§ 4 Zwingende strukturelle Kopplung von Rechnungslegungssystem und Rechtssystem	62
A. Das Rechtssystem und die Funktion des Rechts	63
I. Abgrenzung	63
II. Funktion des Rechts nach Luhmann	66
B. Kopplung als Folge einer Ausdifferenzierung	66
I. Ausgangslage	68
II. Ausdifferenzierung der externen Dimension der Rechnungslegung	70
C. Exkurs: Kopplung als Folge von Anforderungen des Politiksystems	72
I. Rechnungslegungsregeln und Finanzmarktregulierung	73
II. Rechnungslegungsregeln und Klimawandel	75
D. Schlussfolgerungen	76
§ 5 Unvollständige Ausdifferenzierung des deutschen Bilanzrechts	78
A. Bezugnahme auf den kritischen Rechtspluralismus	78
B. Innenkritik der deutschen Bilanzrechtsordnung	79
I. Akteurszentrierte Betrachtungsweise	80
1. Rechtswissenschaftler	81
2. Gerichte	82
II. Ausdifferenzierung bilanzrechtlicher Normen	84
1. Der vergangene und gegenwärtige Ausdifferenzierungsprozess	85
a. Späte eindeutige Schließung des Normenbestands	85
b. Weitgehender Verzicht auf politische Weichenstellungen	86
c. Beispiel: „Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung“	87
aa. Klarheit trotz Wandel im Normproduktionsprozess	88
bb. Verunklarung durch Gesetzesrecht	92

cc. Exkurs: Rechtspolitischer Vorschlag	93
d. Akzeptanzprobleme infolge europäischer Beeinflussung	93
aa. Problematik der „großen Lösung“	94
bb. Zu weitgehender Einfluss des EuGH	95
cc. Widerspruch zur Verfasstheit der deutschen Wirtschaft	96
2. Der zukünftige Ausdifferenzierungsprozess	97
a. Fehlende politische Aufmerksamkeit	97
b. Prozyklität von Regulierungsbemühungen	98
c. Evolutionsdruck und Rechtfertigungszwang	100
aa. Andauernder gesellschaftssektorieller Fragmentierungsprozess	101
bb. Rechnungslegungsregeln in der Globalisierungsdebatte	102
cc. Kulmination im Komitologieverfahren	106
C. Schlussfolgerungen für den angestrebten Dogmatisierungsprozess	108

Teil 3 – Rechnungslegung und Rechtsfindungsmethode

§ 6 Die bilanzrechtliche Prinzipienorientierung	109
A. Bloße Regelungstupfer	110
B. Nähere begriffliche Kategorisierung	111
I. Abstellen auf die Regulierungstheorie	111
II. Bedeutungsgehalt der „Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung“	111
§ 7 Besonderheiten der Bilanzrechtsfindungsmethode	114
A. Grammatikalische Auslegung des Bilanzrechts	114
B. Dominanz der außerpositivistischen Bilanzrechtsfindungsmethode	115
I. Intention hinter einer prinzipienbasierten Regulierung	116
1. Öffnung für Außeneinflüsse	116
2. Flexibilität und Innovationsoffenheit	117
II. Im Kontrast dazu: Tatsächlicher Umgang mit §§ 238 ff. HGB	118
1. Identifikation einer „Grundlagenwissenschaft“	119
a. Akademischer Ursprung	119
b. Fortleben in der BFH-Rechtsprechung	121
2. Auswirkungen	121

3. Einordnung als „außerpositivistisch“	122
C. Zusammenfassung	123
Teil 4 – Defizite der Bilanzrechtsdogmatik	
§ 8 Mehrkomponentengeschäfte als Beispiel	126
A. Einleitung	126
B. Das Mehrkomponentengeschäft als Grenzfall juristischer Definitionsmacht	126
C. Rechtliche Spezifika von Mehrkomponentengeschäften	127
I. Ablösung von bekannten Kategorien des Privatrechts	127
II. Ablösung von bekannten Kategorien des Bilanzrechts	129
D. Zwischenergebnis	130
§ 9 Einführung: Bilanzrechtsdogmatik der Ertragsrealisierung	131
A. Problemaufriss	131
B. Zweifache Berücksichtigung im Jahresabschluss	131
C. Bilanzrechtsdogmatik der Ertragsrealisierung	132
I. Gedankliche Ausgangsposition	133
II. Überblick: Konzept der Nichtbilanzierung schwebender Geschäfte	135
1. Bilanzrechtsdogmatisches Fundament	136
2. Einschränkungen	138
III. Zwischenergebnis	139
§ 10 Lücken der Mehrkomponentendogmatik	141
A. Umgang mit Temporärverlusten	141
I. Zweck des Ansatzes von Drohverlustrückstellungen	143
II. Bestimmung des Saldierungsbereichs	144
1. Problemaufriss: Einbeziehung des „wirtschaftlichen Synallagmas“	145
2. Votum des BFH	145
3. Rezeption in der Literatur	147
4. Weitere Konturierung durch ein Kausalitätskriterium	147
III. Kritik	148

B. Umgang mit Vorleistungen des Sachleistungsschuldners	149
I. Vom BFH vertretene Auffassung	152
II. Kritik	153
III. Exkurs: Missachtung des Komponentendenkens	155
C. Umgang mit der Kostenabgrenzung	157
I. Nachlaufende Verbindlichkeiten im Dauerschuldverhältnis	158
II. Argumentation mit dem Erfüllungsrückstand bei Mehrkomponentengeschäften	159
1. Meinungsstand im Schrifttum	159
2. Maßgebliche Entscheidungen des BFH	162
a. Provisionsforderung des Handelsvertreters	162
b. Der VIII. Senat zu Nachbetreuungsleistungen	163
c. Der I. Senat zu Hörgeräteakustikern	163
d. Der IV. Senat zum Assekurateur	164
e. Folgeentscheidungen	164
3. Weitere Eckpfeiler der Kostenabgrenzung	166
a. Voraussetzungen der Kostenabgrenzung	166
aa. Verbindung zwischen den Leistungspflichten	166
bb. Aufteilbarkeit von Leistung und Gegenleistung	167
b. Bemessung der Verbindlichkeitsrückstellung	167
III. Kritik	169
1. Fehlende Auseinandersetzung mit dem Vorsichtsprinzip	169
a. Fehlausweis des aus dem Gesamtgeschäft resultierenden Ertrags	169
b. Widerspruch zum wirtschaftlichen Gehalt	170
c. Probleme bei der Rückstellungsbemessung	170
2. Gesetzesferne der gefundenen Lösung	171
a. Fehlende gesetzliche Verortung	171
aa. Enge Grenzen des Vereinfachungsgedankens	172
bb. Fehlende Vereinfachung des Ertragsausweises	172
b. Fehlende Differenzierung	173
aa. Abkehr vom Kriterium der wirtschaftlichen Verursachung	174
bb. Der Rückstellungsansatz bei Mehrkomponentengeschäften	176
3. Bloße Problemverlagerung zur Frage der „Unwesentlichkeit“	177
D. Stand der Aufgliederungsdogmatik	178
I. Betonung der Vorzugswürdigkeit und Problemaufriss	179

II. Abgrenzung von einfachen Fällen der Teilgewinnrealisation	180
1. Die Diskussion um die Bilanzierung der langfristigen Auftragsfertigung	180
2. Wesentlicher Unterschied	182
III. Maßgebliche Faktoren der Umsatzaufgliederung	183
E. Zwischenergebnis	183
I. Umgang mit „Temporärverlusten“	183
II. Umgang mit Vorleistungen des Sachleistungsschuldners	184
III. Kostenabgrenzung	185
IV. Umsatzaufgliederung	185
F. Schlussfolgerungen zur Lösung von Hard Cases	185
I. Überwindung der Fokussierung auf Teilerkenntnisse	185
II. Realisation und Vorsichtsprinzip	186
§ 11 Ausblick: Ein Dogmatisierungsprozess	187
Teil 5 – Die zivilrechtsakzessorische Ertragsrealisation	
§ 12 Einleitung	189
A. Die Vertragsverknüpfung als dogmatische Kategorie	189
B. Parteivereinbarungen widersprechende Vertragsverknüpfungen	190
C. Abgrenzung von einer Dogmatik der Vertragsnetze	190
D. Aufbau von Teil 5	191
§ 13 Theorie der zivilrechtsakzessorischen Gewinnrealisation	193
A. Theorie der Realisation	193
B. Das Quasisicherheitsprinzip	194
I. Strenge Privatrechtsakzessorietät beim Kauf	195
II. Beharren auf der Privatrechtsakzessorietät beim Werkvertrag	197
III. Methode der „zivilrechtsakzessorischen“ Teilertragsrealisierung	198
1. Aktivierungspflicht des Honoraranspruchs	198
2. Teilertragsrealisierung bei Werkverträgen	199
IV. Bilanzierung bei Parteidispositionen	200
C. Eintrübung des Ausgangsbefunds	201
I. Tendenzen bei der Bilanzierung des Kaufs	202
II. Bilanzierung des Sukzessivlieferungsvertrags	202

III. Bilanzierung von Dauerschuldverhältnissen	203
IV. Bilanzierung von Mietverhältnissen	203
D. Deutung des Quasisicherheitsprinzips als Angebot des Rechts	204
I. Distanzierung von der Verortung beim Jahresabschlusszweck	205
II. Realitätsnahe Bilanzierung durch Einordnung in die juridische Kommunikation	206
§ 14 Zivilrechtsakzessorische Gewinnrealisation bei Mehrkomponentengeschäften	208
A. Der Meinungsstand im Schrifttum	208
B. Kritik der bestehenden Ansätze	210
I. Ausgangspunkt: Forderungsabstraktion und -isolation	211
II. Objektive Relativität des Schuldverhältnisses	212
1. Dominanz des Spot-Vertrags im Gesetz	213
2. Das teilbare Rechtsgeschäft und Teilleistungsbestimmungen im BGB	214
3. Folge: Außerachtlassung von Vertragsverbindungen	216
III. Das bipolare Vertragsleitbild des BGB	217
1. Personale Relativität des Schuldverhältnisses	217
2. Bekannte Literaturkritik	219
C. Zwischenergebnis	220
§ 15 Ansätze zu einer Mehrkomponentendogmatik	221
A. Mehrkomponentengeschäfte als gesetzgeberische Regelungsobjekte	221
I. Mehrkomponentengeschäfte im Wettbewerbsrecht	222
II. Sektorspezifische Regelungen zu Paketen	222
III. Die Regelungen zu verbundenen und zusammenhängenden Verträgen	224
1. Einleitung	224
2. Wirtschaftliche Verknüpfung von Leistungskomponenten	225
3. Punktueller Regelungsgehalt	227
a. Überblick	227
b. §§ 358 f. BGB	229
c. § 360 BGB	229
d. § 506 BGB	230

IV. Rückschrittiger Ansatz der jüngsten	
Verbraucherrechtsreformen	231
1. Paketverträge in der Warenkaufrichtlinie	231
2. Anknüpfung an den Gesamtvertrag als Rückschritt	233
3. Regelung bloßer Teilelemente des Paketvertrags	234
4. Anlehnung an § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB	234
V. Zwischenergebnis	235
B. Institutionenbildung	236
I. Entwicklungstendenzen in der Rechtsprechung	236
II. Anwendungsfall 1: Rechtsfolgenerstreckung bei	
Wirksamkeitshindernissen	237
1. Untersuchungsprämissen	237
2. Herausbildung eines Leitkriteriums	238
3. Unmaßgeblichkeit der Parteigrenzen	239
4. Zwischenfazit	240
III. Anwendungsfall 2: Die Formerstreckung	240
1. Problemaufriss	240
2. Bestätigung der Auslegungsregel	241
3. Überschreitung der Parteigrenzen	242
4. Zwischenfazit	243
IV. Anwendungsfall 3: Der Gesamtrücktritt	243
V. Schlussfolgerung: Überschreitung der Schwelle zur	
Institutionenbildung	244
C. Nähere dogmatische Kategorisierung	245
I. Grundentscheidung für freie Vertragstrennbarkeit	246
II. Finanzierter Abzahlungskauf und Geschäftsgrundlagenlehre	248
1. Einordnung in die Geschäftsgrundlagenlehre	248
2. Widerspiegelung in der BGH-Rechtsprechung zum	
Finanzierungsleasing	250
a. Die Geschäftsgrundlagenlehre beim	
Finanzierungsleasing	250
b. Verallgemeinerung dieser Rechtsprechung durch	
Grundmann	251
3. Ausgestaltung der Lösung im Einzelnen	252
a. Vertragsanpassung und Neuverhandlung auf	
Rechtsfolgenreise	252
b. Einzubeziehende Parteien bei	
Mehrpersonenkonstellationen	253

4. Einwände gegen die Verortung in § 313 BGB	254
a. Einwand des entgegenstehenden gesetzgeberischen Willens	254
b. Einwand der Subsidiarität	255
aa. Ausgehen von der Risikoverteilung zwischen den Parteien	256
bb. Zwischenergebnis	259
cc. § 313 BGB als spezielle Ausprägung des § 242 BGB	259
c. § 313 BGB als Instrument zur Gewährleistung von Einzelfallgerechtigkeit	260
III. Konstruktion eines rechtsgeschäftlichen Verbunds	262
1. Gernhubers Vorschlag	262
2. Ist die Zeit reif für eine Umsetzung?	264
D. Mangelnde Konturierbarkeit des Rechtsinstituts und Teilauflösung des Problems	266
I. Das Grundproblem	266
II. Auflösung dieses Problems in jüngerer Zeit	267
1. Vermutungstatbestände des § 358 Abs. 3 Satz 1 BGB	267
2. Methodik des kreisförmigen Erkenntnisgewinns	269
§ 16 Mehrkomponentengeschäfte und Privatautonomie	271
A. Einführung	271
B. Schwächen der reinen Auslegungslösung	272
I. Offenlegung einer (partiellen) Fehlkonstruktion	273
1. § 139 BGB	274
2. Gesamtrücktritt	277
a. Analoge Anwendung von § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB	277
b. Vom BGH vor der Schuldrechtsreform vertretene Auffassung	279
c. Auffassung des OLG Hamm	281
d. Zusammenfassung	282
II. Verstoß gegen das Gebot einer folgerichtigen Vertragsauslegung	283
1. Grundsatz	284
2. Weiteres Indiz	285
3. Nähere Demonstration	285
a. Einleitung	285
b. Indiz für einen Trennungswillen	286

c. Rechtsprechung jüngerer Datums	287
d. Vorzugswürdige Lösung	287
4. Probleme bei multilateralen Parteikonstellationen	288
a. Willensmangel	289
b. Fehlende Vergleichbarkeit mit Fällen des Ringtauschs	289
III. Zwischenfazit	291
C. Rechtfertigung privatautonomienegierender Mehrkomponentenrechtswirkungen	292
I. Herkömmliche Rechtfertigung neuer Einschränkungen der Privatautonomie	292
1. These von der materialen Richtigkeitsgewähr	292
2. Verteilung der Argumentationslast	294
II. Kritik	295
1. Angreifbarkeit beinahe jeder sozialen Intervention in das Privatrecht	295
2. Generalkritik als Sackgasse	296
III. Alternatives Begründungsmodell	297
1. Menkes Erklärung für die beständige Privatrechtsmaterialisierung	297
2. Komplementärbeschreibungen	298
3. Leitbild einer Rechtsdogmatik als verantwortliches Handeln	300
IV. Anwendung des Modells	302
1. Das Verwendungsrisiko als Ausgangspunkt	303
2. Keine Umgehungsgeschäfte	304
3. Locked-In-Effekt	305
4. „Wirtschaftliche“ Intuition und „rechtliche“ Gestaltungsmacht	306
5. Verdeckung des Locked-In-Effekts	308
V. Absicherung des gefundenen Ergebnisses	310
1. Gebot der rechtlichen Gleichbehandlung	310
2. Ökonomische Theorie des Verbraucherschutzes	311
a. Das Effizienzkriterium der Wohlfahrtsökonomik	311
b. Gedanke einer effizienten Risikozuweisung	312
c. Ökonomische Rechtfertigung richterlicher Eingriffe	313
aa. Aufwand für ein Mehrkomponentengeschäft	314
bb. Bedeutungsgehalt informeller (Reputations-)Mechanismen	314
cc. Fehlende Wirkungskraft informeller Mechanismen	315

dd. Bedarf für einen externen Eingriff	316
D. Wie sollen Gerichte auf Mehrkomponentengeschäfte reagieren?	316
I. Abgrenzung zweier Eingriffsmodelle	317
II. Hier vertretene Auffassung	319
III. Scheitern des Informationsmodells beim Abzahlungskauf	319
IV. Was noch gegen ein Informationsmodell spricht	321
1. Verweis auf die Kosten	321
2. Komplexität eines Informationsmodells	322
3. Informiertheit und informationsgestützte Risikoübernahme	324
4. Auseinandersetzung mit der autonomiebasierten Vertragstheorie	326
5. Argumentation mit der Privatautonomie	327
V. Zwischenfazit und Schlussfolgerung	330
E. Voraussetzungen externer Eingriffe in Mehrkomponentengeschäfte	331
I. Elemente in der Anbietersphäre	331
II. Elemente in der Abnehmersphäre	332
III. Angebot einer Typisierung	333
F. Zusammenfassung	334
§ 17 Fazit	336
§ 18 Übertragung der Erkenntnisse in die Sphäre der Rechnungslegung	339
A. Einwand: Realitätsverdrängung	340
I. Widerspruch zur Behandlung des Leistungsstörungenrisikos	340
II. Ausblendung „wirtschaftlicher“ Risikobeurteilungen	340
III. Einordnung dieser Einwände in die allgemeine Debatte	342
IV. Zur fehlenden Einbettung in das HGB	343
V. Stellungnahme zum Einwand der Realitätsverengung	343
B. Fehlende dogmatische Anknüpfungspunkte für eine Wesentlichkeitsbetrachtung	344

Teil 6 – „Wirtschaftlich“ begründete Ertragsrealisationen

§ 19	Einleitung	347
§ 20	Ziel: Zuspitzung der Prinzipienabwägung zur Herstellung ihrer Praktikabilität	350
	A. Gedanklicher Ausgangspunkt	350
	B. Warum kein Verweis auf den ständigen Gerichtsgebrauch?	350
	C. Abwägung der Bilanzierungsprinzipien als methodischer Ausweg	351
	D. Der Jahresabschlusszweck als letztentscheidendes Argumentationselement	351
	E. Zwei Wege zur Ermittlung der bilanzrechtlichen Rechtsidee	354
§ 21	Theorie der bilanzrechtlichen Prinzipienabwägung	355
	A. Rechtsprinzipien und die Fiktion eines geschlossenen Systems	355
	I. Abgrenzung von Rechtsprinzipien und Bilanzierungsprinzipien	355
	II. Der eigentliche Kerngehalt des Prinzipienmodells	356
	1. Warum wird auf Rechtsprinzipien verwiesen?	356
	2. Umgang mit Rechtsprinzipien	357
	3. Die dahinter stehende Fiktion	358
	B. Übertragung auf die Bilanzierungsprinzipien	361
	C. These der derzeitigen Lückenhaftigkeit des Abwägungsarguments	362
§ 22	Ausgangslage: Doppelzweckbestimmung des 3. Buchs des HGB	364
	A. These von der Ausrichtung auf den Gläubigerschutz	364
	B. Fehlende Widerspiegelung im nationalen Bilanzrecht	366
	I. Spätes Aufkommen des Gläubigerschutzgedankens	367
	II. Überleben der Dualität	368
	III. Das Steuerrecht als „Treibanker“ der Informationsausrichtung	371
	IV. Schlussfolgerungen	373
	C. Einfluss des europäischen Rechts	374
	I. Versuch einer „schonenden“ Richtlinienumsetzung	374
	II. Widerspiegelung in der Abkoppelungsthese	377
	1. Aussagegehalt der Abkoppelungsthese	377

2. Einwände gegen die Abkoppelungsthese	378
a. Überblick	378
b. Fehlende Aufwertung auf europäischer Ebene	378
c. Fehlende Aufwertung auf nationaler Ebene	379
III. Daran anknüpfende These von einem „gespaltenen“ Bilanzrecht	380
IV. Erkennbare Stärkung der Informationsfunktion durch das BilMoG	382
V. Zwischenfazit	384
D. Schlussfolgerungen für den Dogmatisierungsprozess	385
§ 23 Richtlinienkonforme Auslegung	386
A. Der true and fair view-Grundsatz im europäischen Recht	387
I Richtlinienwortlaut im Vergleich zur deutschen Umsetzung	387
II. Mitberücksichtigung aller denkbaren Jahresabschlussaufgaben	388
III. Bedeutung des true and fair view in der EuGH-Rechtsprechung	389
B. Gegenthese: Fehlende Harmonisierungskraft des europäischen Rechts	391
C. Widerspiegelung in Immo Chiaradia SPRL	392
D. Auslegung des europäischen Rechts im Lichte des effet utile	393
E. Abschließende Bewertung der richtlinienkonformen Auslegung	395
§ 24 Ökonomische Analyse des Bilanzrechts	396
A. Einleitung	396
I. Zielsetzung: Auffinden der Regelungsidee durch ökonomische Analyse	396
II. Aufbau von § 24	397
B. Ansatz und Grenzen des hiesigen Vorhabens	398
I. Gedanklicher Ausgangspunkt	398
II. Grenzen der Gesetzesauslegung	400
III. Berücksichtigung rechtsökonomischer Erkenntnisse	402
C. Abgrenzung von verwandten Ansätzen	403
I. Informationsökonomische Beeinflussung der Bilanzrechtswissenschaft	404

II. Umfassende Systemvergleiche	405
III. Rechtspolitische Vorschläge	406
D. Kritik der Gläubigerschutzorientierung	407
I. Instrumentelle Analyse des Bilanzrechts	408
1. Bilanzrecht als Governance-Strategie	408
a. Informationsinteressen von Anteilseignern und Investoren	409
aa. Überwachung und Kontrolle der Unternehmensleitung	410
bb. Dem Unternehmen maximal entziehbare Mittel	415
cc. Fortbestand des Unternehmens	416
dd. Künftige Gewinnerwartungen	416
ee. Entscheidungsnützliche Informationen	416
b. Informationsinteresse der Fremdkapitalgeber	418
2. Bilanzrecht als Regulierungs-Strategie	421
a. Ausschüttungsbemessungsfunktion für die Anteilseigner	421
b. Mindestkapital-, Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsvorgaben	422
aa. Kapitalaufbringung und -erhaltung	422
bb. Korrespondierendes (negatives) Zahlungsinteresse	423
3. Zusammenfassung	424
II. Eng gefasster Ansatz: Modellierung einer hypothetischen Vertragslösung	425
1. Gedanklicher Ansatz	426
2. Die Dilemmasituation	427
3. Überwindung der Dilemmasituation	428
a. Hierarchische Ordnung der Unternehmensvertragsverhältnisse	428
b. Begrenzung des Referenzrahmens	431
aa. Rechtfertigung der Begrenzung auf die Finanzierungsbeziehungen	431
bb. Rechtfertigung der Vernachlässigung anderer Akteursgruppen	432
cc. Vernachlässigung der steuerrechtlichen Dimension	434
c. Zusammenfassung	435

4. Anwendung des konsensorientierten Ansatzes	436
a. Perspektive der Anteilseigner	436
aa. Informationsinteressen	436
bb. Kontrolle des Fremdkapitalpreises	437
cc. Bekämpfung von short termism	438
dd. Verhinderung opportunistischen Verhaltens	439
ee. Zwischenergebnis	440
b. Perspektive der Fremdkapitalgeber	440
aa. Informationsbedürfnisse der Fremdkapitalgeber	441
bb. Einbeziehung des institutionalisierten Gläubigerschutzes	443
cc. Unbeachtlichkeit des Interesses an Finanzpolstern	444
dd. Anteilseignerbelastende Breitenwirkung der Vorsichtsprägung	446
ee. Herabgesetzte Schutzbedürftigkeit der Fremdkapitalgeber	447
(1) Herkömmliche Begründung der herabgesetzten Schutzbedürftigkeit	447
(2) Bekannte Gegenargumente	448
(i) Berücksichtigung der Transaktionskostensenkung	449
(ii) Berücksichtigung von Gerechtigkeitserwägungen	450
ff. Besondere Schutzbedürftigkeit allein in der Unternehmenskrise	451
gg. Schutzbedürftigkeit in der personalistisch organisierten Kapitalgesellschaft	453
hh. Vorsichtsorientierung kein Zusatzpreis der Haftungsbeschränkung	453
c. Zwischenergebnis	454
III. Weiter gefasster Ansatz: Einbeziehung institutioneller Komplementarität	455
1. Gedanklicher Ansatz	456
a. Auswirkungen von „Legal Origins“ auf das Unternehmensrecht	456
b. Passgenauigkeit der Rechnungslegung für das Gesamtsystem	457
c. Systemische Zerteilung der Corporate Governance	458
aa. Insider- und Outsider-Systeme	459
bb. Konsequenzen für das Bilanzrecht	460

2. Darauf aufbauendes Plädoyer für eine vorsichtsgeprägte Rechnungslegung	461
a. Das deutsche System als „Insider“-System	461
b. Konsequenzen für das Bilanzrecht und seine Auslegung	463
3. Gegenposition	464
a. Aufweichung der strengen Systemgrenzen	464
b. Wider das Argument einer reinen Partialbedeutung	467
c. Rückgriff auf die Regulatory Competition-Theorie	468
E. Zusammenfassung	470
§ 25 Fazit	473
1. Gedanklicher Ansatz von Teil 6	473
2. Historische und richtlinienkonforme Auslegung	473
3. Ergebnis der ökonomischen Analyse	474
§ 26 Implikationen für die hinausgezögerte Ertragsrealisation	475
Teil 7 – Komplementärfunktion der privatordnungsorientierten Ertragsrealisation	
§ 27 Einleitung	478
A. Private Rechnungslegungsregelsetzung	478
I. Definition	478
II. Stellenwert im Bilanzrecht	478
III. Speziell: Stellenwert der IAS/IFRS für die deutsche Rechnungslegung	480
B. Zum Umgang mit privater Rechnungslegungsregelsetzung	481
C. Aufbau von Teil 7	483
§ 28 Wesentlichkeitsbetrachtungen bei Mehrkomponentengeschäften	484
A. Rekapitulation bisheriger Erkenntnisse	484
B. Übereinstimmung der Realisationstheorie von HGB und IFRS 15	485
C. Unterschiede zwischen IFRS und zivilrechtsakzessorischer Ertragsrealisation	487
D. Wesentlichkeitsbetrachtungen nach IFRS 15	487

§ 29 Dogmatischer Statuswechsel privater Bilanzierungsregeln	490
A. Rechtspositivistische Sicht auf private Regelsetzung	490
I. Überblick: Die positivistische Rechtsdefinition	490
II. Rechtsqualität privat erzeugter Regeln	492
III. Konsequenzen für den Status privater Bilanzierungsregeln	493
IV. Konsequenzen für die Bilanzrechtsdogmatik?	495
1. Problemaufriss	495
2. Private Regelungen als „Rechtserkenntnisquellen“	497
V. Zwischenergebnis	499
B. Analytisch begründete Kritik	499
I. Hybride Governance	500
II. Pistors „The Code of Capital“	501
III. Betrachtung des Rechnungslegungsrechts	503
1. Hybride Governance und Rechnungslegungsordnung	503
2. Unattraktivität rein privater Rechnungslegungsordnung	504
IV. Zusammenfassung	505
C. Fehlendes konstruktives Potenzial der bisherigen Position	506
I. Künstliche Debattenbeschränkung	507
1. Ausgangspunkt	507
2. Horizontale Drittwirkung von Grundrechten	509
3. Folgenlosigkeit des verfassungsrechtlichen „Bannstrahls“	510
II. Bedingungen für einen staatlichen Rollenwechsel	511
D. Adaption normativer Fremdpositionen zum Stellenwert privater Regelsetzung	512
I. Rechtsökonomische Verhältnisbestimmung	512
1. Theoretische Grundlagen	513
2. Vorzüge privater Normsetzung	515
II. Die „reflexive“ Systemtheorie des Rechts	516
1. Autonome Mechanismen der Konfliktauflösung	516
2. Die Aufgabe (staatlichen) Rechts und der diesbezüglichen Wissenschaft	517
III. Wert der beiden normativen Positionen für die hiesige Untersuchung	518
1. Ausgangspunkt: Rechtspolitische Leitsternfunktion	519
2. Ingebrauchnahme der Positionen	520
E. Modell für einen Statuswechsel privater Regeln	520
I. Vier institutionelle Voraussetzungen privater Ordnung	522
1. Innere Politisierung einer privaten Ordnung	522

2. Externalitätenkontrolle	523
3. Fortlaufende Überprüfungsvorbehalte	524
4. Gewährleistung des shadow of the law	525
II. Entwicklung eines Anwendungsmaßstabs	526
1. Grenzen einer Cost-Benefit-Analysis	527
2. Qualitative Analyse der Abbildung von Mehrkomponentengeschäften	528
F. Anwendung des entwickelten Modells für Mehrkomponentengeschäfte	529
I. Bestehende Überprüfungsvorbehalte	530
1. Rechnungslegungsprinzipien als rückbindende dogmatische Elemente	530
2. Neujustierung der Rechnungslegungsdogmatik	531
II. Innere Politisierung der IAS/IFRS	532
1. Überblick	532
2. Der politische Gehalt von Rechnungslegungsregeln	533
3. Berücksichtigung der politischen Dimension	534
4. Erwartung eines Monopolisierungseffekts	537
a. Theorie der Netzeffekte	537
b. Marktbasierte Herausbildung effizienter Rechnungslegungsstandards	539
aa. Märkte für Regelungsideen?	539
bb. Skeptisch stimmende Befunde	540
cc. Einfluss der Binnendiversifikation	542
5. Verstärkter staatlicher Einfluss auf Entwicklung und Fortbildung der IFRS	542
III. Einschränkung von Drittwirkungen	544
1. Aufsicht über den Rechnungslegungsprozess	545
2. Berücksichtigung öffentlicher Funktionen	546
a. Relativierung des Drittwirkungsverbots	546
b. Konkretisierung des Drittschutzes	547
IV. Rechnungslegungsregeln in the shadow of the law	547
§ 30 Fazit	549
Teil 8 – Ergebnisse	
Annex: Literaturverzeichnis	559

Einleitung

Das Bilanzrecht ist, wie schon der Name deutlich macht, eine in Rechtsnormen geregelte Rechtsmaterie, also kein reines Konstrukt ökonomischer Überlegungen und Theorien. Gibt es dementsprechend auch eine eigenständige Bilanzrechtsdogmatik? Was unterscheidet sie gegebenenfalls von der allgemeinen Zivilrechtsdogmatik und ihrem Erkenntnisstand? Gibt es gegenseitige Einflüsse, so dass der Blick in das jeweils andere Rechtsgebiet lohnt? Stellt man diese Fragen deutschen Privatrechtsdogmatikern, wird man kaum spontane Antworten erwarten können, allzu fremd sind doch die Bilanzierungsfragen. 1

Die Arbeit unternimmt es, am Beispiel der Mehrkomponentengeschäfte die Möglichkeiten und Grenzen einer eigenständigen, aber zugleich mit dem Privatrecht verzahnten Bilanzrechtsdogmatik auszuloten. Ziel der Arbeit ist dabei nicht, eine in sich geschlossene, also vollständige Bilanzrechtsdogmatik vorzulegen. Vielmehr geht es um die Erarbeitung von Grundelementen einer Bilanzrechtsdogmatik in einem für die Praxis sehr wichtigen Teilbereich, dem der Ertragsrealisierung. Motiviert ist dieses Anliegen durch die vielfältigen Herausforderungen, die sich bei der Entwicklung einer bislang allenfalls punktuell vorhandenen Bilanzrechtsdogmatik stellen. Widmet man sich mit einem notwendig international geschärften Blick dieser Aufgabe, so lockt die Aussicht, zugleich neue Aussagen zu den Grenzen und der Innovationskraft der Rechtsdogmatik deutschen Zuschnitts treffen zu können. 2

Schon im Ausgangspunkt weisen die Bedingungen für eine Dogmatik des Bilanzrechts Eigentümlichkeiten auf. Jedes nationale Rechtssystem muss sich die Frage stellen, ob es dazu in der Lage ist, die externe Rechnungslegung von Unternehmen als primär wirtschaftlichen Sachverhalt überhaupt zu erfassen und ob es sie überhaupt erfassen sollte. Insofern nimmt der Bereich der Rechnungslegung in der heutigen Wirklichkeit, in der die Lebensverhältnisse tendenziell immer stärker „verrechtlicht“ werden, eine Ausnahmestellung ein. Dem Recht fehlt hier die expansive Kraft, welche ihm ansonsten innewohnt, jedenfalls tritt sie in einer veränderten Form hervor. Angesichts dieser Umstände steht die Bilanzrechtswissenschaft unter einem ebenso beständigen Rechtfertigungsdruck wie das Recht selbst. Dabei suggeriert die Ausgestaltung der gesetzlichen Regelungen des Bilanzrechts einen besonders hohen Bedarf an genuin rechtswissenschaftlichen Untersuchungen, da viele der in den §§ 238 ff. HGB getroffenen Bestimmungen vage formuliert sind und deshalb viel Raum für eine rechtsdogmatische Systematisierung und Prinzipienbildung zu bestehen scheint. Die Rechtswissenschaft muss aber generell mit Skepsis rechnen, wenn sie für sich in Anspruch nimmt, dazu in der Lage zu sein, zu einer adäquaten Ordnung des rechtlichen Korsetts, welches der Rechnungslegung über die Jahre übergestülpt wurde, beizutragen. Sie wird mit der Forderung konfrontiert, das Feld 3

der Rechnungslegung besser den wissenschaftlichen Nachbardisziplinen – speziell dem wirtschaftswissenschaftlichen Accounting – und damit den eigentlichen Experten zu überlassen. Sicher: Auch auf anderen Gebieten des Wirtschaftsrechts wird die Rechtswissenschaft häufig das Gefühl haben, in einem interdisziplinären Deutungswettstreit zu stehen und in diesem Wettstreit an Relevanz einzubüßen. Geht es um die Rechnungslegung, wird dieser Wettbewerbs- und Rechtfertigungsdruck aber konkret greifbar.

- 4 Zusätzlich unter Druck gesetzt wird die rechtswissenschaftliche Forschung durch die charakteristische Volatilität der Rechnungslegung. Bekanntlich hat schon *Kirchmann* im 19. Jahrhundert es als maßgebliche Schwachstelle einer „Jurisprudenz als Wissenschaft“ ausgemacht, dass drei berichtigende Worte des Gesetzgebers ganze Bibliotheken zu Makulatur werden lassen können.¹ Angesichts einer „Motorisierung der Gesetzgebung“, „die sich in einer Fließbandproduktion unübersichtlicher und wenig aufeinander abgestimmter Einzelregelungen manifestiert“² und zu Gesetzesnovellierungen in immer höherer Schlagzahl führt, ist die Gefahr, dass wissenschaftliche Erkenntnisse durch die Rechtswirklichkeit überholt werden, heute besonders groß.³ Auf dem Gebiet des Bilanzrechts sind es allerdings weniger die nationalen und europäischen Gesetzgebungsinstanzen, welche das rechtswissenschaftliche Erkenntnisstreben durch übergroße Aktivität zu konterkarieren drohen. Denn dafür handelt es sich zu sehr um eine Spezialmaterie, der im politischen Prozess wenig Aufmerksamkeit geschenkt wird, die also „unter dem Radar“ der politischen Aufmerksamkeit fliegt. Es sind vielmehr private Standardsetzer, die für die Volatilität der Rechnungslegung und ihre andauernde Metamorphose sorgen. Namentlich die IFRS-Foundation erschafft ein immer engmaschigeres Netz an (privaten) Rechnungslegungsregeln und dazu passenden Interpretationen. Die Geschwindigkeit, in der dabei vorgegangen wird, lässt daran zweifeln, ob eine wissenschaftliche Durchdringung des gesamten Rechnungslegungsregelkonvoluts durch Personen, die außerhalb des IFRS-Kosmos stehen, überhaupt möglich ist. Jedenfalls aber stellen die kontinuierlichen Veränderungen und Erweiterungen der Rechnungslegung alle Bemühungen um die Systematisierung ihrer Regeln von rechtswissenschaftlicher Seite infrage. Denn der Versuch, über die Systematisierung eine Beantwortung konkreter Bilanzierungsfragen mittels allgemeinen Bilanzierungsprinzipien zu gewährleisten, muss im Lichte der privaten Alternativregelbildungen aus Praktikersicht geradezu vorsintflutlich erscheinen. Der Rechtswissenschaft kann es unter diesen Umständen

1 v. *Kirchmann*, Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz, S. 23.

2 So *Dreier* NJW 1986, 890 (895).

3 Vgl. auch *Auer*, Marietta, „Was mich eigentlich interessiert, ist das Gesellschaftliche“, Interview mit Maximilian Steinbeis, VerfBlog, 29.1.2020, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/was-mich-eigentlich-interessiert-ist-das-gesellschaftliche/>, letzter Abruf: 13.1.2025.

kaum gelingen, die Vermittlungsfunktion gegenüber der Praxis, die ihr nach ihrem Selbstverständnis zukommt, auszufüllen.

Das Hauptanliegen der Arbeit ist es, die trotz der skizzierten Schwierigkeiten 5
möglichen Dogmatisierungsprozesse im Bilanzrecht und ihre bereichstypischen Besonderheiten aufzuzeigen. In diesem Zusammenhang nimmt die Arbeit zu der Frage Stellung, inwiefern das Bilanzrecht im geltenden Recht eine Sonderstellung einnimmt. Weitere Anliegen der Arbeit sind es, die Implikationen des europarechtlichen Gehalts der §§ 238 ff. HGB für den Jahresabschlusszweck herauszustellen sowie zur rechtsökonomischen Auslegung des Bilanzrechts, speziell zur rechtsökonomischen Rechtfertigung einer am Gläubigerschutz ausgerichteten Bilanzrechtsauslegung, beizutragen. Zugleich soll ein Forschungsbeitrag zum Umgang mit privaten Bilanzierungsregeln und dazu, wie das Recht seinen Geltungsanspruch im Angesicht einer andauernden Regelprivatisierung aufrechterhalten kann, geleistet werden. Verknüpft sind die bilanzrechtlichen Überlegungen mit einem eigenständigen privatrechtsdogmatischen Teil. Aufbauend auf den Erkenntnissen der bilanzrechtlichen Studie wird in Teil 5 eine Privatrechtstheorie der aus mehreren wirtschaftlich verbundenen Leistungskomponenten bestehenden Geschäfte (Mehrkomponentengeschäfte) entwickelt.

Teil 1 – Die Untersuchung

§ 1 Fragestellung

A. Prüfsteine für das Verhältnis von Rechtswissenschaft und Rechnungslegung

I. Bedeutung von Hard Cases für die Rechtsdogmatik

Gedanklicher Ausgangspunkt für die hier vorgelegte Untersuchung ist die Kernfrage, 1
ob die Rechtsdogmatik nach ihrem derzeitigen Entwicklungsstand in der Lage ist,
Lösungen für die rechtliche Beurteilung von „Hard Cases“ der Ertragsrealisierung
anhand des ihr eigenen Schemas Recht/Unrecht zu beurteilen (und dementspre-
chend zu kritisieren). Hard Cases werden insoweit als Prüfstein für die rechtswis-
senschaftliche Argumentation zu Rechnungslegungsfragen genutzt. Mit einem Hard
Case ist, in Anlehnung an *Dworkin*, ein Fall gemeint, zu dessen rechtlicher Behand-
lung dem Gesetz keine unmittelbar einschlägigen Vorgaben zu entnehmen sind.
Dworkin versteht unter Hard Cases Sachverhalte, „that cannot be brought under
a clear rule of law, laid down by some institution in advance“.⁴ In der Literatur
lassen sich noch andere Umschreibungen für diese Art von Sachverhalten finden.
Ralf Dreier spricht insofern vom „Vagheitsbereich des positiven Rechts“.⁵ *Karl Rie-
senhuber* schreibt von den Grenzbereichen der Rechtsordnung, wo ein „Eingriff in
den Kernbereich“ oder ein „Dammbruch (slippery slope)“ in Rede stehen.⁶ Diese
Umschreibungen legen nahe, dass Hard Cases, wie es *Luhmann* in seiner eigenen
Definition ausdrückt, nur „einen quantitativ sehr geringen Anteil an der Gesamtheit
der Fälle, die von Gerichten zu entscheiden sind“, ausmachen.⁷ Dennoch sind sie,
wie er weiter ausführt, für die Rechtsentwicklung und für die sie begleitende und
rechtfertigende Rechtstheorie von ausschlaggebender Bedeutung.⁸ An diese Über-
zeugung soll hier angeknüpft werden.

Reizvoll erscheint dieser Ansatz, weil sich anhand der Entscheidungen solcher Hard 2
Cases untersuchen lässt, wie ein Rechtssystem auf seine Grenzerfahrungen reagiert.
Dworkin führt uns vor Augen, dass die entscheidende Frage im Hinblick auf Hard
Cases nicht ist, *ob* ein Gericht sie entscheidet. Denn dies wird und muss schon
aufgrund des den Gerichten auferlegten Rechtsverweigerungsverbots immer passie-

4 *Dworkin*, Taking Rights Seriously, S. 81.

5 *Dreier* NJW 1986, 890 (895).

6 *Riesenhuber* ZfPW 2018, 352 (360 f.).

7 *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, S. 314.

8 *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, S. 314.

ren. Gerichte werden mit anderen Worten die Entscheidung über einen Hard Case nie verweigern, es wird nicht zu einer auf die fehlende gesetzliche Weichenstellung gestützten *Non liquet*-Entscheidung kommen. In Deutschland verhindert all dies auch bereits das Justizgewährleistungsrecht. Angesichts dessen, kann sich die rechtswissenschaftliche Betrachtung darauf konzentrieren, *wie* ein schwieriger Fall gelöst wird. Für die Untersuchung ist dies der maßgebliche Gesichtspunkt. Denn unter diesen Vorzeichen lässt sich anhand der Behandlung eines Hard Case überprüfen, inwiefern das Bilanzrechtssystem dazu in der Lage ist, rechtlich tragfähige Lösungen, die sich nicht in gerichtlicher Eigenwertung erschöpfen, zu finden.

II. Mehrkomponentengeschäfte als Entdeckungen

- 3 Unter die Hard Cases der Ertragsrealisierung werden in der Untersuchung schwierige bilanzielle Problemstellungen gefasst, für die es keine klaren Abbildungsvorgaben gibt. Paradigmatisch sind Sachverhalte, die (noch) nicht unter Rückgriff auf einen ständigen Gerichtsgebrauch (des BFH) gelöst werden können. Als ein solcher Hard Case wird hier die bilanzielle Abbildung von sog. Mehrkomponentengeschäften herausgegriffen. Das Mehrkomponentengeschäft ist ein Begriff der Rechnungslegungspraxis. Der Begriff bezeichnet dort – um zunächst ein Verständnis zu wählen, das möglichst eine Vielzahl der unterschiedlichen Teilpositionen, um die es hier geht, einfängt – Geschäfte, die sich aus mehreren Leistungskomponenten (bzw. Leistungsverpflichtungen⁹) zusammensetzen.¹⁰ Die Einzelkomponenten sind dabei voneinander separierbar und einzeln verwertbar, wirtschaftlich stehen sie aber in einem Zusammenhang. Auf die Frage, inwiefern sich dieser Zusammenhang auch juristisch trennscharf umreißen lässt, wird noch einzugehen sein (Teil 5).

1. Vom Recht losgelöste Problemidentifikation

- 4 Dem Begriff „Mehrkomponentengeschäft“ wird im geltenden Recht keine feststehende Bedeutung zugeschrieben. Er ist weder im Zivil- noch im Bilanzrecht fest anerkannt. Vielmehr handelt es sich im Ausgangspunkt (nur) um eine Problembeschreibung durch Teile der Bilanzliteratur. Orientiert man sich an den Ausführungen der betriebswirtschaftlichen Rechnungslegungslehre, sind unter Mehrkomponentengeschäften Geschäfte zu verstehen, bei denen Waren oder Dienstleistungen – also mehrere, verschiedene Leistungskomponenten, die je für sich auch eigenständig vermarktet werden könnten – unabhängig von einer funktionellen oder bran-

⁹ So die Begriffswahl in IFRS 15, Anhang A.

¹⁰ Z.T. ist bilanzrechtlich auch von einem „Mehrkomponentenvertrag“ die Rede, was aber schon eine rechtliche Weichenstellung impliziert, vgl. IFRS 15 Zif. 17; E-DRS 17 Ziff. 7; *Pilhofer*, Umsatz- und Gewinnrealisierung im internationalen Vergleich, S. 366; *Baschus*, Mehrkomponentengeschäfte im IFRS-Konzernabschluss, S. 12, 31. Im internen Rechnungswesen ist der Begriff „Verbundprodukt“ verbreitet.

chenüblichen Zusammengehörigkeit zu einem Gesamtpreis als einheitliche Leistung angeboten werden.¹¹ Durch das Merkmal der zusammengefassten Gesamtleistung unterscheiden sie sich von Angeboten, bei denen Komplementärprodukte zwar im sachlichen und zeitlichen Zusammenhang angeboten werden, letztlich aber dann als verschiedene Produkte einzeln fakturiert werden, wie es z.B. bei Lampe und Leuchtmittel oder beim elektrischen Rasierapparat und der zugehörigen Batterie der Fall ist.¹² Es kommt nicht darauf an, ob der Anbieter die Einzelkomponenten zugleich isoliert im Angebot hat. So mag ein Kfz-Hersteller seine Fahrzeuge sowohl mit als auch ohne „Mobilitätsgarantie“ (inbegriffene Wartungsleistungen, Reparaturservices, Ersatzwagen und „Autoschutzbrief“) anbieten und damit zugleich als Ein- und Mehrkomponentengeschäft.¹³ Schließlich kann ein Angebot durch Entwicklungen in der Warenwelt vom Mehrkomponentengeschäft zum Einzelprodukt werden. So wären Tiefkühlbackpizza, Fertigmaultasche und Kuchenbackmischung vor 50 Jahren wohl als Mehkomponentenprodukte wahrgenommen worden, haben sich aber mittlerweile als Paketangebote etabliert.¹⁴ Ein noch in der Entwicklung begriffenes Beispiel ist die softwaregesteuerte Maschine. Infolge der Umsetzung von Warenkauf- und Digitale-Inhalte-Richtlinie und der damit einhergehenden Veränderung des Sachmangelbegriffs¹⁵ wird sie in Zukunft in Deutschland voraussichtlich ausschließlich mitsamt Personaleinweisung und Software-Updates angeboten werden. Aller Voraussicht nach, wird sich die Lösungskombination damit so stark am Markt durchsetzen, dass sie alsbald nur noch als ein Einzelprodukt existieren wird.

Die skizzierte Problembeschreibung hat ihren Ursprung in einer neuen, an jüngeren 5 Entwicklungen der internationalen Rechnungslegungspraxis, speziell der Herangehensweise der internationalen Rechnungslegungsstandardsetzer, geschulten Sicht auf eine Reihe weitverbreiteter Rechnungslegungsvorgänge. Die International Financial Reporting Standards (IFRS) sind darauf ausgelegt, in einem Rahmenkonzept vereinbarte Grundsätze über die Ertragsvereinnahmung nicht für verschiedene schuldrechtliche Vertragstypen, sondern für eigens zu diesem Zweck herangezogene Geschäftsvorfälle zu definieren. Dementsprechend werden auch Mehrkomponentengeschäfte heute in den internationalen Rechnungslegungsstandards in einem eigenen Standard ausdrücklich adressiert: Das International Accounting Standards Board (IASB) hat nach langem Ringen mit IFRS 15 einen erstmalig für Geschäfts-

11 Ähnlich *Hennrichs*, in: *Tipke/Lang, Steuerrecht*, § 9 Rn. 416; *Rott GRUR Int.* 2018, 1010 (1011), zu Unterschieden aber sogleich. Vgl. zum Kriterium der Abnehmervereinzelung *Herzig/Joisten*, in: *FS Krawitz*, S. 83 (86); s. auch *FG Baden-Württemberg DStRE* 2018, 65 (68).

12 *Arbeitskreis Internes Rechnungswesen*, Verbundprodukte, S. 2.

13 Vgl. zu diesem Beispiel *Arbeitskreis Internes Rechnungswesen*, Verbundprodukte, S. 2.

14 Vgl. zu diesen Beispielen *Arbeitskreis Internes Rechnungswesen*, Verbundprodukte, S. 4.

15 Eine Sache ist danach nur frei von Sachmängeln, wenn sie mit dem Zubehör einschließlich der Verpackung, der Montage- oder Installationsanleitung sowie anderen Anleitungen übergeben wird, deren Erhalt der Käufer erwarten kann (§ 434 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 BGB). Bei Waren mit digitalen Elementen besteht zudem eine Aktualisierungspflicht gegenüber Verbrauchern (vgl. § 475b Abs. 2, 4 Nr. 2 BGB).

jahre, die am oder nach dem 1.1.2017 beginnen, anwendbaren Rechnungslegungsstandard „Umsatzerlöse aus Kundenverträgen“ (Revenue from Contracts with Customers) geschaffen. IFRS 15 dient unter anderem dem Ziel, die mit Mehrkomponentengeschäften verbundenen Bilanzierungsproblematiken konsistent zu lösen.

- 6 Indem sie die Herangehensweise der IFRS, also deren Blick auf Geschäftsvorfälle, adaptiert hat, ist die Bilanzliteratur zu der Erkenntnis gelangt, dass Mehrkomponentengeschäfte im Sinne von gebündelten Angeboten mehrerer Leistungskomponenten gegenüber Kunden alltägliche Phänomene des modernen Wirtschaftslebens darstellen. Durch den Blickwechsel von der rechtsdogmatischen zur IFRS-beeinflussten Sicht auf Rechnungslegungsprobleme wird mit anderen Worten eine Art fortlaufender Prozess der Umqualifizierung einer großen Zahl von Geschäften in Gang gesetzt. In einem weiteren Schritt hat die Literatur dann im Anschluss an die internationalen Standardsetzer aufzeigen können, dass diese Angebote, obwohl sie sich ganz unterschiedliche Produktgruppen und Branchen erfassen, im Rahmen der bilanziellen Abbildung immer dieselben bzw. sehr weitgehend vergleichbare Probleme aufwerfen. Vor diesem Hintergrund haben *Wüstemann* und *Kierzek* schon 2007 Mehrkomponentengeschäfte als eines der „zentralen ungelösten Probleme der Bilanzierung“ identifiziert¹⁶ und herausgestellt, dass sich viele Industrie- und Dienstleistungsunternehmen die mit Mehrkomponentengeschäften verbundenen Fragestellungen heute sogar bei einem überwiegenden Teil ihrer Umsatzerlöse stellen müssten.¹⁷ *Hennrichs* schreibt im „Tipke/Lang“, dass die bilanzielle Abbildung „problematisch“ und „noch nicht abschließend geklärt“ sei.¹⁸ Schlussendlich ist die (betriebswirtschaftliche) bilanztheoretische Literatur also so vorgegangen, dass sie eine Reihe im Wirtschaftsleben gehäuft auftretender Geschäftsvorfälle, über die der BFH teilweise bereits entschieden hat, zu Mehrkomponentengeschäften (um-)qualifiziert und anschließend einem der für die neue Begriffskategorie entwickelten bilanziellen Abbildungsmodell zugeordnet hat. Ziel war es dabei, die bilanzielle Abbildung dieser Geschäfte zu verbessern.
- 7 Der vorstehend skizzierte Umstand, dass die Rechnungslegungspraxis Mehrkomponentengeschäfte ganz losgelöst vom herkömmlich-rechtsdogmatischen Vorgehen als in sich geschlossene (ungelöste) Problemstellung identifiziert hat, spielt für das Verständnis davon, worum es hier geht, eine maßgebliche Rolle. Denn es erklärt,

16 *Wüstemann/Kierzek* Zfbf 2007, 882 (884). Das gilt augenscheinlich auch für das interne Rechnungswesen. Der Arbeitskreis Internes Rechnungswesen der Schmalenbach-Gesellschaft hat 2022 ein ganzes Buch veröffentlicht, in dem es darum geht, inwiefern bei Verbundprodukten „Kundenorientierung, Digitalisierung und Verkaufsgeschick das Rechnungswesen provozieren“ (vgl. *Arbeitskreis Internes Rechnungswesen*, Verbundprodukte, *passim*).

17 Vgl. *Wüstemann/Kierzek* Zfbf 2007, 882 (885); ähnlich *Lüdenbach/Hoffmann* DStR 2006, 153 (154); vgl. auch die Einschätzung aus wettbewerbsrechtlicher Sicht bei *Rott* GRUR Int. 2018, 1010. *Wüstemann/Kierzek* Zfbf 2007, 882 (884).

18 Vgl. *Hennrichs*, in: *Tipke/Lang*, Steuerrecht, § 9 Rn. 416.

weshalb sich dem geltenden Recht, sofern man versucht, sich Mehrkomponentengeschäften auf dem bilanzrechtsdogmatischen Weg zu nähern, zwar eine Vielzahl einzelner Lösungsansätze entnehmen lassen, das Bild aber fragmentarisch bleibt und sich kein „großes Ganzes“ ergibt. Denn die §§ 238 ff. HGB sind von ihrer Anlage her nicht darauf ausgerichtet, Mehrkomponentengeschäfte als Kategorie zu erfassen. Vielmehr richtet man sich im Handelsbilanzrecht, wenn man Einzelfälle systematisieren will, herkömmlich eher am Privatrecht aus und befasst sich deshalb nicht mit einzelnen Bilanzierungsanlässen, sondern – wie das Privatrecht – mit Vertragstypen.¹⁹

Die Erkenntnis, dass es eine große Anzahl unter dem Begriff „Mehrkomponentengeschäfte“ zusammenfassbarer Fälle gibt, die alle ähnliche bilanzielle Abbildungsprobleme aufwerfen, aber vom BFH und der deutschen Bilanzrechtsdogmatik nicht als einheitliche Fallgruppe identifiziert wurden bzw. – angesichts der Regelungsstruktur der §§ 238 ff. HGB – nicht als solche identifiziert werden konnten, spielt für die betriebswirtschaftliche Bilanztheorie keine Rolle. Anders ist dies aus rechtswissenschaftlicher Sicht: Denn diese Erkenntnis stellt das Innovationspotential der staatlichen Normsetzung und der sich darauf beziehenden nationalen Bilanzrechtsdogmatik angesichts einer immer stärker durch private Standardsetzer wie das IASB geprägten und damit faktisch weitgehend fremdbestimmten Rechnungslegung infrage. Das rechtfertigt dann auch die Einordnung als Hard Case, auf die diese Untersuchung aufbaut.

2. Angebotsorientierte Kategorisierung

Allgemein kommen Mehrkomponentengeschäfte in zwei Formen vor. Bei der ersten Gruppe von Geschäften sind nur zwei Parteien an den Leistungsversprechen beteiligt. Der Kunde hat als Gläubiger also zwei oder mehr untereinander wirtschaftlich verknüpfte Leistungsansprüche, die sich aber alle gegen denselben Schuldner (Anbieter) richten. Bei der zweiten Gruppe von Geschäften richten sich die untereinander wirtschaftlich verbundenen Leistungsansprüche gegen eine Mehrzahl an Schuldner. Das Mehrkomponentengeschäft hat also mehrere Anbieter.²⁰ Für die Anbieterseite drückt sich die Bündelung – von Fällen, in denen Produkte bei wirtschaftlicher Betrachtung zwingend als Mehrkomponentengeschäfte angeboten werden müssen, abgesehen²¹ – vor allem darin aus, dass bei der internen Preiskalku-

19 Wüstemann/Wüstemann Zfbf 79 (2009), 31 (33); dazu auch Moxter, Bilanzrechtsprechung, § 5 I 2, S. 45 f.; Hommel, Bilanzierung für Dauerschuldverhältnisse, S. 29.

20 So wurden etwa „Miles & More“ und „Payback“ als Mehrkomponentengeschäfte eingeordnet, obwohl die Punkteprämien von Unternehmen gewährt werden, die mit der Erbringung der Hauptleistung nichts zu tun haben, vgl. E-DRS 17 Rn. 7; Hoffmann StUB 2016, 717.

21 So lässt sich ein Pay-TV-Empfangsgerät nur dann nutzen, wenn man vom selben Anbieter auch das entsprechende Pay-TV-Angebot bezieht. Ebenso wenig wäre es sinnvoll, den Aufbau eines Baugerüsts zu

lation von einer Einheit ausgegangen wird, spricht davon, dass für das Geschäft ein einheitliches Entgelt gezahlt wird.²² Der Abnehmer könnte die interne Kalkulation des Anbieters jedenfalls theoretisch regelmäßig mit wenig Mühe nachvollziehen. Zum Teil wird sie ihm sogar offen dargelegt. Daraus folgt eine weitere Kategorisierungsmöglichkeit: Im Wettbewerbsrecht wird letzterer Fall als offene Koppelung bezeichnet, wohingegen von einer verdeckten Koppelung gesprochen wird, wenn dem Abnehmer die Einzelpreise nicht ersichtlich sind (und er die Einzelleistungskomponenten demgemäß auch nicht einzeln erwerben kann).²³

- 10 Als „typisches“ oder „klassisches“ Mehrkomponentengeschäft wird das Geschäftsmodell, Mobilfunkdienste gekoppelt mit der vergünstigten – d.h. schlussendlich durch den überhöhten Preis für die Dienstleistung subventionierten – Veräußerung eines Mobiltelefons anzubieten, ausgemacht.²⁴ Es ist bei Mobilfunkunternehmen verbreitet und erfreut sich auf der Nachfragerseite schon lange großer Beliebtheit.²⁵ In der Praxis tritt der Kunde dabei nicht in Vorleistung mit der gesamten Geldzahlung. Vielmehr gestaltet sich die Vertragsabwicklung so, dass allein die Gegenleistung für die Veräußerung des Mobiltelefons bereits zu Beginn der Geschäftsbeziehung voll erbracht wird, wohingegen das Entgelt für die Mobilfunkdienstleistung abschnittsweise (zumeist monatlich) gezahlt wird.²⁶ Vergleichbar damit sind Angebote von Pay-TV-Anbietern, die ihren Kunden den Abruf ihrer Programme nur mittels eines parallel (verbilligt) zu erwerbenden Satellitenreceivers eröffnen, was dadurch gewährleistet wird, dass der Kunde einen Freischaltcode erhält, den er in das Gerät eingeben muss und der jährlich neu zugeteilt wird.²⁷ Ebenso hier hin gehören Mehrkomponentengeschäfte, bei denen der Anbieter dem Kunden eine gegenüber der gesetzlichen Regelnorm inhaltlich und zeitlich erweiterte Ga-

beauftragen, ohne zugleich dafür Sorge zu tragen, dass das Gerüst über die gesamte Standzeit genutzt werden darf und dass es im Anschluss daran wieder abgebaut und abtransportiert wird.

22 Vgl. FG Baden-Württemberg DStRE 2018, 65 (67); *Herzig/Joisten*, in: FS Krawitz, S. 83 (86).

23 Zumindest wettbewerbsrechtlich soll es dabei keinen Unterschied (mehr) machen, ob eine offene oder verdeckte Koppelung stattfindet, Vgl. *Sosnitzer*, in: Ohly/Sosnitzer, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, § 4a UWG Rn. 76.

24 Vgl. dazu *Schubert/Waubke*, in: BeckBilKomm § 250 HGB Rn. 13; *Hennrichs*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, § 9 Rn. 416; *Herzig/Joisten*, in: FS Krawitz, S. 83 (85); *Wüstemann/Kierzek*, ZfBf 2007, 882 (884); *Lüdenbach/Hoffmann* DStR 2006, 153 (154); *Oser/Beller/König* IRZ 2017, 49; vgl. aus der Rechtsprechung etwa OLG Köln BeckRS 2014, 483; der BFH lässt den Begriff in seinen einschlägigen Entscheidungen allerdings unerwähnt, vgl. BFH Urt. v. 15.5.2013 – I R 77/08 = DStR 2013, 1774; zur wettbewerbsrechtlichen Beurteilung *Steinhöfel* GRUR 1998, 27.

25 Vgl. die Gesetzesbegründung zu § 26 TKG a.F. (heute § 28 TKG) (BT-Drucks. 15/2316, S. 67). Im TKG wird von bestimmten Bündelangeboten marktbeherrschender Telekommunikationsanbieter vermutet, dass sie missbräuchlich sind.

26 *Hennrichs*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, § 9 Rn. 205.

27 Vgl. dazu *Weisser*, Mehrkomponentenverträge, S. 71; *Hennrichs*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, § 9 Rn. 416; *Lüdenbach/Hoffmann* DStR 2006, 153 (154); aus Sicht des Wettbewerbsrechts: *Rott* GRUR Int. 2018, 1010 (1011).

rantie anbietet, so wie es etwa Autohäuser gegenüber Gebrauchtwagenkäufern für bestimmte Bauteile tun.²⁸

Eine weitere große Gruppe von Mehrkomponentengeschäften bilden sog. Nachbetreuungsleistungen,²⁹ wie sie insbesondere in der Software-Industrie eine Rolle spielen. Der Software-Verkauf wird oftmals mit der Überlassung dazu passender Hardware verbunden.³⁰ Darüber hinaus wird den Kunden eine Nachbetreuung in Form von Installations-, Personalisierungs- und Wartungsleistungen (etwa Hotline-Services), einer Einweisung des Personals in die Bedienung sowie Optionen auf Upgrades geboten.³¹ Nachbetreuungsleistungen der genannten Art begegnen einem aber auch an anderer Stelle. So werden beim Kauf von Bürokopierern Nutzungskontingente und Wartungsarbeiten vereinbart.³² Beim Pkw-Kauf sind hingegen Nachbetreuungsleistungen in Form von „Gratiswartungen“ bzw. vermeintlich „kostenfreien“ Service- oder Reparaturleistungen bekannt, die dem Käufer für einen bestimmten Zeitraum zugesagt werden.³³ Auch Baugerüste werden regelmäßig nur gegen einen Einheitspreis, der die Anlieferung, den Aufbau, den Vorhalt während der Grundeinsatzzeit sowie den Abbau umfasst, zur Nutzung überlassen.³⁴

Der BFH hatte sich schließlich, ohne dass er dabei aus den aufgezeigten Gründen jedoch den Terminus Mehrkomponentengeschäft verwendet hätte, bereits zwei Mal mit dem Fall zu befassen, dass Hörgeräte-Akustiker ihren Kunden „kostenlose“ Nachbetreuungsleistungen (Erneuern von Schläuchen, halbjährliche Überprüfung des Geräts und Überprüfung der Batterien) anbieten.³⁵ Selbst die vorstehende Aufzählung ist aber keinesfalls vollständig.³⁶

28 Lüdenbach/Hoffmann DStR 2006, 153 (153, 156); vgl. zur BFH-Lösung BFH Urt. v. 9.10.2002 – V R 67/01 = DStR 2002, 2169.

29 Vgl. Weisser, Mehrkomponentenverträge, S. 68; Lüdenbach/Hoffmann DStR 2006, 153.

30 Wirth, Die Bilanzierung von Mehrkomponentengeschäften, S. 143.

31 Vgl. E-DRS 17 Tz. 7; Wirth, Die Bilanzierung von Mehrkomponentengeschäften, S. 138; Weisser, Mehrkomponentenverträge, S. 70; Hennrichs, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, § 9 Rn. 416; Lüdenbach/Hoffmann DStR 2006, 153; Wüstemann/Kierzek Zfbf 2007, 882, 884.

32 Hennrichs, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, § 9 Rn. 416.

33 Vgl. E-DRS 17 Tz. 7; FG Baden-Württemberg DStRE 2018, 65 (68); dazu auch Hoffmann StuB 2016, 717; Lüdenbach/Hoffmann DStR 2006, 153.

34 Hennrichs, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, § 9 Rn. 416.

35 Vgl. BFH Urt. v. 10.12.1992 – XI R 34/91 = BeckRS 1992, 22010542, unter I. Tatbestand, Vorinstanz: FG Rheinland-Pfalz Urt. v. 3.6.1991 – 5 K 2874/90 = BB 1992, 959; BFH Urt. v. 5.6.2002 – I R 96/00 = BeckRS 2002, 24000625, unter I. Tatbestand, Vorinstanz: FG Berlin Urt. v. 8.5.2000 – 8 K 8059/97 = BeckRS 2000, 21009159 und dazu Wirth, Die Bilanzierung von Mehrkomponentengeschäften, S. 161 ff.; Hennrichs, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, § 9 Rn. 416; Herzig/Joisten, in: FS Krawitz, S. 83, 86; Tiedchen NZG 2017, 1007 (1012); Hoffmann StuB 2016, 717.

36 So ist von einem Mehrkomponentengeschäft die Rede, wenn eine darauf spezialisierte GmbH anbietet, Möbelhäusern Liefergeschäfte mit Möbelherstellern zu vermitteln und zugleich die spätere Rechnungsabwicklung zu übernehmen (vgl. dazu BFH Urt. v. 3.8.2005 – I R 94/03 = BeckRS 2005, 24002311, unter I. Tatbestand sowie zur Qualifikation als Mehrkomponentengeschäft Wirth, Die Bilanzierung von Mehrkomponentengeschäften, S. 171 ff.). Genannt werden als ein Hauptgeschäft ergänzende Komponenten aber auch so genannte up-front-fees, d.h. Beitrittsfelder die im Gegenzug für spätere Vergünstigungen im Rahmen

3. Motivorientierte Kategorisierung

- 13 Aus Kundensicht macht gerade die Aggregation der Komponenten den spezifischen Reiz oder besonderen Wert eines Mehrkomponentengeschäfts aus, indem dieses dadurch zu einem „Problemlösungsangebot“³⁷ wird. Aus Anbietersicht geht es um Absatzförderung und Quersubvention.

a. Mehrkomponentengeschäfte als Problemlösungsangebote

- 14 Der Umstand, dass hier Kunden eine umfassende Problemlösung für einen bestimmten Lebensbereich geboten wird, ist ein auch aus Kundensicht zunächst unbedenkliches Ziel von Mehrkomponentengeschäften. Den Kunden wird bei Mehrkomponentengeschäften regelmäßig ein in sich abgestimmtes System von ergänzenden Leistungen geboten, die sich zu einem zweckmäßigen Lösungskonzept verbinden.³⁸ Die Problemlösungsangebote sind z.T. neu. So bieten Pkw-Hersteller erst seit Kurzem die Sicherstellung von Mobilität an, anstatt „nur“ das Eigentum am Pkw. Andere typische Angebote existieren schon länger. Man denke nur an Urlaubsreisen als Komplettpaket, anstelle des Einzelangebots von Hin- und Rückfahrt, Hotelleistung, Verpflegung, Ausflügen usw.³⁹ Die Kunden honorieren die Integrationsleistungen der Anbieter, da ihnen so die mühsame Suche nach zueinander kompatiblen Einzelleistungen bei verschiedenen Unternehmen erspart bleibt.⁴⁰ Sie haben die situationsprechende Wahl passender Einzelkomponenten „outgesourct“⁴¹ und können so ihre Gesamttransaktionskosten senken.⁴² Daneben geht es um Fälle, in denen Kunden zusätzlich zur ursprünglichen Kernleistung des Unternehmens noch eine Sekundärleistung angeboten wird. Die Rede ist insofern von Value-Added-Services.⁴³

b. Absatzförderung

- 15 Aus Anbietersicht sorgen Mehrkomponentengeschäfte für eine langfristige und nachhaltige Kundenbindung.⁴⁴ So reißt der Kundenkontakt eines Softwareunterneh-

langfristiger Mitgliedschaften etwa in einem Fitness-Studio gezahlt werden (Lüdenbach/Hoffmann DStR 2006, 153 (156 f.)), Darlehensgewährungen, die der Kaufpreisfinanzierung dienen inklusive so genannter 0 %-Finanzierungen (E-DRS 17 Tz. 7; Joisten, Mehrkomponentengeschäfte, S. 322; Lüdenbach/Hoffmann DStR 2006, 153 (156); Hoffmann StUB 2016, 717) und Rückkaufverpflichtungen von Pkw-Verkäufern (vgl. Hoffmann StUB 2016, 717; ders. DStR 2008, 240, Anm. zu BFH Urt. v. 11.10.2007 – IV R 52/04.).

37 Arbeitskreis Internes Rechnungswesen, Verbundprodukte, S. 3.

38 Arbeitskreis Internes Rechnungswesen, Verbundprodukte, S. 3.

39 Beispiele übernommen aus Arbeitskreis Internes Rechnungswesen, Verbundprodukte, S. 3.

40 Sog. Partizipationseffekt, vgl. Meffert/Burmann/Kirchgeorg/Eisenbeiß, Marketing, S. 464 f.

41 Arbeitskreis Internes Rechnungswesen, Verbundprodukte, S. 3.

42 Rott GRUR Int. 2018, 1010 (1011).

43 Vgl. zum Inhalt dieser Marketingstrategie: Meffert/Burmann/Kirchgeorg/Eisenbeiß, Marketing, S. 461 f.

44 Vgl. Meffert/Burmann/Kirchgeorg/Eisenbeiß, Marketing, S. 464 f.; aus (steuer-) rechtlicher Sicht: Herzig/Joisten, in: FS Krawitz, S. 83, 85; Rott GRUR Int. 2018, 1010 f.

mens nicht schon mit der Lieferung der Software ab, wenn das Unternehmen auch die Nachbetreuung des Produkts übernimmt. Dazu können etwa die Softwareinstallation, regelmäßige Wartungen und Updates gehören. Hierdurch eröffnen sich Synergieeffekte und neue Geschäftschancen.⁴⁵ Die Abnehmer der Ursprungssoftware werden etwa eher gewillt sein, Anschlussproduktversionen zu beziehen, wenn sie bis zu deren Erscheinen in Berührung mit dem Hersteller des alten Produkts geblieben sind. Bei den Anbietern sind Mehrkomponentengeschäfte im Lichte dessen auch deshalb beliebt, weil sie eine Möglichkeit eröffnen, noch „ungenutzte Zahlungsbereitschaft“ von einer Produktkategorie auf eine andere zu übertragen.⁴⁶

c. Rabattierung und Quersubvention

Aus Anbietersicht bieten Mehrkomponentengeschäfte daneben v.a. Raum für preispolitische Maßnahmen.⁴⁷ Die Anbieter können sekundäre Leistungskomponenten – etwa Nachbetreuungsleistungen – bereits bei der Kalkulation des Verkaufspreises des Hauptprodukts berücksichtigen und die Sekundärkomponente den Kunden gegenüber so als „kostenlos“ vermarkten.⁴⁸ Dasselbe Prinzip wie hinter dem Angebot „kostenloser“ Nachbetreuungsleistungen kommt zur Anwendung, wenn Kunden eine über das gesetzliche Maß hinausgehende Gewährleistung als (vermeintlich kostenfreie) Zusatzleistung offeriert wird. Das garantierende Unternehmen kennt die voraussichtliche Lebensdauer der Produkte, die es veräußert, bereits. Dementsprechend vermag es die Wahrscheinlichkeit der Inanspruchnahme zur Gewährleistung in die anfängliche Preisgestaltung einzubeziehen.⁴⁹

Sofern die Zweitkomponente nicht als kostenlos vermarktet wird, bieten Mehrkomponentengeschäfte oftmals jedenfalls einen Rabatt gegenüber der Summe der Einzelbezugspreise aller Komponenten („Bündelrabatt“).⁵⁰ Zugleich kommt es zu (vermeintlichen) Preisnachlässen gegenüber dem Normal- oder Listenpreis (Rabatten⁵¹) bei einzelnen der Komponenten. Das anbietende Unternehmen nimmt hier eine Ertragssenkung, die mit dem „kostenlosen“ oder verbilligten Angebot einer zusätzlichen Leistungskomponente einhergeht, hin, da sie meist marginal sein und durch den insgesamt erhöhten Produktabsatz ohnehin aufgewogen wird. Besteht die

45 Rott GRUR Int. 2018, 1010 f.

46 Meffert/Burmann/Kirchgeorg/Eisenbeiß, Marketing, S. 529 f. am Beispiel des Angebots von Wein und Käse im Bündel.

47 Joisten, Mehrkomponentengeschäfte, S. 299.

48 Vgl. dazu Meffert/Burmann/Kirchgeorg/Eisenbeiß, Marketing, S. 461, 548.

49 Auf eine ähnliche Weise werden leistungsbezogenen Kundenbindungsprogramme (z.B. „Miles and More“, „Payback“) ausgestaltet. Dabei wird den Kunden als zusätzliche Leistungskomponente ein in der Zukunft zu erbringender Bonus in Form von Gratisprodukten oder -dienstleistungen zugesagt. Das versprechende Unternehmen hat diesen Bonus wiederum bereits bei Vereinbarung der Hauptleistung eingepreist.

50 Rott GRUR Int. 2018, 1010 (1011). Dabei muss die Rabattierung nicht zwingend auch aus Anbietersicht gegeben sein, vgl. Arbeitskreis Internes Rechnungswesen, Verbundprodukte, S. 2.

51 Meffert/Burmann/Kirchgeorg/Eisenbeiß, Marketing, S. 561.

zusätzliche Leistungskomponente darin, dass der Kaufpreis einer Ware gestundet oder eine Ratenzahlung angeboten wird, wird dem Kunden (implizit) ein Darlehen gewährt. Hier liegt das absatzfördernde Element des Mehrkomponentengeschäfts noch stärker auf der Hand. Denn dem Kunden wird durch das Angebot der Finanzierungsmöglichkeit überhaupt erst die nötige Liquidität zum Erwerb des Hauptprodukts zum fraglichen Zeitpunkt verschafft.⁵² Sollte der Gesamtbetrag der Finanzierung, d.h. die Summe aus Nettodarlehensbetrag und Finanzierungskosten, den Einzelverkaufspreis des Produkts übersteigen, ergibt sich aus der Finanzierungstätigkeit für das anbietende Unternehmen sogar ein zusätzliches Ertragspotential.⁵³

- 18 Veranschaulichen lässt sich das am Beispiel von großen Elektronikhändlern, die eine Ratenzahlung ihrer Kaufpreise anbieten, wobei die Finanzierungskosten zumeist erheblich geringer sind als bei einer herkömmlichen Verbraucherdarlehensfinanzierung über eine Bank. Ähnliche Kombinationsgeschäfte findet man im Mobilfunksektor: Die Mobilfunkanbieter bieten die Endgeräte (das Mobiltelefon) mit einem erheblichen Preisnachlass und sogar weit unter ihrem eigentlichen Wert für „symbolische“ 0 oder 1 EUR an, aber nur, wenn die Kunden zugleich einen Mobilfunkdienstvertrag abschließen, der es im Gegenzug für die Zahlung eines monatlichen Festbetrags (sowie weiterer, leistungsabhängiger Beträge) erlaubt, mobile Telefongespräche zu tätigen und auf das Internet zuzugreifen.⁵⁴ Der Anbieter weiß dabei, dass die Handys für sich genommen ohnehin nur wenig gewinnträchtig wären. Er nimmt es deshalb in Kauf, sie auch noch unter Wert zu veräußern, um so den Abschluss des Dienstleistungsvertrags herbeizuführen, da es sich dabei um die weitaus profitablere Leistungskomponente handelt.⁵⁵ Der verminderte Gewinn oder sogar Verlust bei der Verkaufskomponente wird durch die Dienstleistungskomponente kompensiert. Die monatlichen Entgeltzahlungen sind bei der internen Kalkulation des Telefondienste-Providers also gerade nicht nur die Gegenleistung für Telefonanschluss und Internet. Vielmehr berücksichtigt der Provider bei seiner Kostenkalkulation auch den Wert des zuvor verbilligt entäußerten Handys.⁵⁶ Schlussendlich wird dem Kunden hier seine Kaufkraft zunächst weitgehend belassen und dann über einen längeren Zeitraum entzogen. Der Anbieter erzielt dadurch oftmals sogar eine höhere Gewinnmarge, als wenn er beide Komponenten einzeln anbieten würde.

52 Sog. Absatzgüterkredit, vgl. *Meffert/Burmann/Kirchgeorg/Eisenbeiß*, Marketing, S. 566; vgl. dazu auch *Joisten*, Mehrkomponentengeschäfte, S. 322; *Rott GRUR Int.* 2018, 1010 f.

53 Vgl. am Beispiel des Finanzierungselements in Bierlieferungsverträgen: *Jesgarzewski/Buntrock DStR* 2012, 145; allgemein *Joisten*, Mehrkomponentengeschäfte, S. 322; *Rohling DB* 1978, 1903 (1907).

54 Vgl. etwa den Sachverhalt von BGH NJW 1999, 214.

55 Vgl. zu dieser auf der Hand liegenden wirtschaftlichen Schlussfolgerung *Joisten*, Mehrkomponentengeschäfte, S. 299; *Diercks-Harms MDR* 2011, 827; *Nebe/Elprana KoR* 2006, 477; *Heinhold/Coenenberg DB* 2005, 2033; *Marten/Köhler/Schlereth DB* 2003, 2713.

56 *Joisten*, Mehrkomponentengeschäfte, S. 300, 310; *Limbach ZGS* 2009, 206 (207); *Rott GRUR Int.* 2018, 1010 f.; *Heinhold/Coenenberg DB* 2005, 2033 (2035): „[b]ei der Vergabe der Vergünstigungen handelt es sich um ein Marketinginstrument“.

Nach demselben Schema konstruiert ist etwa die vergünstigte Abgabe von Breitbandroutern durch DSL-Anbieter bei Abschluss eines Vertrags über Internet.⁵⁷ Das Geschäft beschränkt sich hier nicht notwendigerweise auf ein Zwei-Personen-Verhältnis. Der Kaufvertrag über das Mobiltelefon kann ebenso mit einem unabhängigen Dritten geschlossen werden, der zugleich als Vertreter des Telefondienste-Provider fungiert und von diesem eine Provision erhält. Dem Dritten wird der auf das Telefon gewährte Preisnachlass dann über die Provision ausgeglichen. Der Provider kann sich demgegenüber sicher sein, die Provision über die Mobilfunkgebühren zu refinanzieren.⁵⁸

III. Mehrkomponentengeschäfte als Hard Cases der Rechnungslegung

Für die Zentralstellung der Mehrkomponentengeschäfte in dieser Untersuchung spricht, dass es – weil diese Art, Geschäfte zu strukturieren, so häufig gewählt wird – vonseiten der Rechnungslegungspraxis zahlreiche Vorschläge dafür gibt, wie sie abzubilden sind. Diese Vorschläge lassen sich aus rechtswissenschaftlicher Sicht überprüfen. Da die bilanzielle Abbildung komplex ist, sind die Lösungsvorschläge mehrdimensional und von der für die Untersuchung erforderlichen Abstraktionshöhe.

1. Theoretische Konzepte zur Abbildung von Mehrkomponentengeschäften

Die wesentliche bilanzielle Problematik bei der Abbildung von Mehrkomponentengeschäften besteht darin, dass es um zwei oder mehr wirtschaftlich verbundene Geschäfte geht, bei denen jeweils eine Leistung erbracht wird und die entsprechende Gegenleistung entweder ebenfalls getrennt oder einmal im Ganzen erfolgt. Grundsätzlich wird unabhängig davon, wie ein solches, aus mehreren Leistungsbestandteilen zusammengesetztes Geschäft abgebildet wird, schlussendlich immer derselbe Gewinn ausgewiesen. Sowohl in theoretischer als auch in praktischer Hinsicht spielt jedoch der genaue Zeitpunkt des Gewinnausweises eine erhebliche Rolle (näher 2.). Daran knüpfen sich Folgeprobleme an: Wie ist etwa damit umzugehen, dass eine Komponente verlustträchtig ist, weil durch den mit der Zweitkomponente erzielten Gewinn eine „Quersubvention“ stattfindet?

Betrachtet man Mehrkomponentengeschäfte zunächst losgelöst von den Vorgaben des geltenden Rechts, also rein bilanztheoretisch, kommen – wie für die deutsche

⁵⁷ Limbach ZGS 2009, 206.

⁵⁸ Vgl. BGH NJW 1999, 214 (215); Limbach ZGS 2009, 206.

handelsrechtliche Rechnungslegung als erster wohl *Pilhofer*⁵⁹ herausgearbeitet hat – grundsätzlich drei verschiedene Abbildungskonzepte in Betracht: Eine hinausgezögerte Gewinnrealisation, eine Kostenabgrenzung sowie eine Umsatzaufgliederung. Bei der hinausgezögerten Umsatz- oder Gewinnrealisation wird die Realisation des aus dem Mehrkomponentengeschäft resultierenden Gewinns bilanziell „aufgeschoben“⁶⁰ bis sämtliche seiner Leistungskomponenten erbracht sind.⁶¹ Dies setzt voraus, dass die vor Erbringung der letzten Verpflichtung des Leistungsbündels stattfindenden Einnahmen und Ausgaben beim Bilanzierenden erfolgsneutral behandelt werden. Der für das Mehrkomponentengeschäft gezahlte Gesamtpreis ist erst am Schluss in voller Höhe erfolgswirksam zu erfassen und den zurechenbaren Aufwendungen gegenüberzustellen.⁶² Dabei muss zugleich gewährleistet sein, dass die bei einer Einzelbetrachtung der Leistungskomponenten etwaig entstehenden Gewinne und Verluste einer Saldierung unterworfen werden.⁶³ Weiterhin kommt in Betracht, den Gewinn aus einem Mehrkomponentengeschäft bereits vollständig zu realisieren, sofern der Bilanzierende die wesentliche oder Haupt-Leistungskomponente erbracht hat. Auch hier wird das Geschäft für die Zwecke der Ertragsrealisation als Einheit betrachtet. Gegenüber dem erstgenannten Modell wird jedoch von einer früheren Beendigung des bilanziellen Schwebezustands bzw. des Aufschubs des Gewinnausweises dieses Einheitsgeschäfts ausgegangen. Zuletzt ist eine schrittweise Gewinnrealisierung nach der Umsatzaufgliederungs- oder Gewinnabgrenzungsmethode denkbar. Hierfür wird das Mehrkomponentengeschäft gedanklich in seine einzelnen Leistungsbestandteile zerlegt. In „technischer“ Hinsicht setzt die Umsatzaufgliederung voraus, dass sich die einzelnen Leistungskomponenten überhaupt dem Grunde nach trennen lassen und daran anschließend die durch den Kunden erbrachte Gesamtgegenleistung – jedenfalls im Wege einer Schätzung – (sachlich und wertmäßig) auf die einzelnen Komponenten aufteilbar ist.⁶⁴

- 23 Anschließend ist den einzelnen Leistungskomponenten jeweils ein Anteil an der durch den Abnehmer zu erbringenden Gesamtgegenleistung des Geschäfts zuzuordnen. Mit Erbringung der entsprechenden Komponente – bzw. dem Preisgefährüber-

59 Vgl. *Pilhofer*, Umsatz- und Gewinnrealisierung, S. 367 ff.; s. im Anschluss daran etwa *Herzig/Joisten* Ubg 2010, 472 (475 ff.); *dies.*, in: FS Krawitz, S. 83 (89 ff.); *Schuster* Ubg 2013, 312 (315): „Bilanzierung von Mehrkomponentengeschäften nach *Pilhofer*“.

60 *Wirth*, Die Bilanzierung von Mehrkomponentengeschäften, S. 72 spricht dementsprechend von der „Methode der aufgeschobenen Realisation“.

61 Vgl. *Tiedchen*, in: BeckOGK HGB, Stand 1.9.2023, § 252 Rn. 101; *Joisten*, Mehrkomponentengeschäfte, S. 171; *Wirth*, Die Bilanzierung von Mehrkomponentengeschäften, S. 72; *Herzig/Joisten*, in: FS Krawitz, 2010, S. 83 (89); *dies.*, Ubg 2010, 472 (476); *Schuster* Ubg 2013, 312 (315).

62 *Wirth*, Die Bilanzierung von Mehrkomponentengeschäften, S. 72 f.

63 *Joisten*, Mehrkomponentengeschäfte, S. 364.

64 *Tiedchen*, in: BeckOGK HGB, Stand 1.9.2023, § 252 Rn. 100; *Herzig/Joisten*, in: FS Krawitz, 2010, S. 83 (90); *dies.*, Ubg 2010, 472 (478); *Baumeister/Knobloch* DB 2016, 186 (190); *Schuster* Ubg 2013, 312 (322).

gang – findet dann eine daran ausgerichtete Teilgewinnrealisierung statt.⁶⁵ Der Rest des Mehrkomponentengeschäfts wird währenddessen als schwebend und damit erfolgsneutral behandelt.⁶⁶ Soll der Gewinnausweis im Angesicht (nur) einer Teilgewinnrealisation zum Abschlussstichtag im Hinblick auf darüber hinausgehend bereits „vorzeitig“ vereinnahmte Teile der Gegenleistung, die noch ausstehenden Leistungen zuzuordnen sind, hinausgezögert werden (Konzeption der hinausgezögerten Gewinnrealisation), ist hier demnach ebenfalls eine bilanzielle Neutralisation mittels eines Ansatzes unter dem Posten „erhaltene Anzahlungen“ bzw. als passiver Rechnungsabgrenzungsposten erforderlich.

2. Bedeutung der Ertragsrealisierung im System der Rechnungslegung

a. Herleitung aus der Konzeption des Jahresabschlusses

Die präzise Bestimmung des Zeitpunkts, zu dem die Forderung aus einem Kunden- 24
geschäft im Jahresabschluss eine Rolle spielen darf und das Geschäft durch den damit einhergehenden Ausweis von Ertrag (und ggfs. Gewinn) seinen bilanziellen Schwebezustand verlässt, spielt in der Bilanzierungstheorie und -praxis eine herausragende Rolle. Aus diesem Grund gehört die Bestimmung des Gewinnausweiszeitpunkts zu den bilanzrechtsdogmatischen Standardfragestellungen. Ertragsrealisation meint nachfolgend dabei die Abbildung eines Ertrags, Erlöses oder von Umsatz, die Begriffe können jedenfalls im hiesigen Kontext synonym verwendet werden.⁶⁷ Begründet liegt die Bedeutung der Ertragsrealisation bereits in der Konzeption des Jahresabschlusses. Ob ein Unternehmen tatsächlich einen (Total-) Gewinn oder Verlust erwirtschaftet, lässt sich erst nach seiner vollständigen Liquidation sicher ermitteln. Das Gesetz erkennt jedoch an, dass die verschiedenen Rechnungslegungsadressaten auf Zwischenstände angewiesen sind. Aus diesem Grund bestimmt § 242 HGB, dass Kaufleute zu Beginn des Handelsgewerbes und für den Schluss eines jeden Geschäftsjahrs einen Jahresabschluss aufzustellen haben. Die Bilanz dient in diesem Zusammenhang dazu, dass zu einem bestimmten Stichtag vorhandene Unternehmensvermögen den Schulden gegenüber zu stellen, um so das Eigenkapital, d.h. das „Reinvermögen“ (als Saldo- oder Residualgröße) zu ermitteln. Durch einen Eigenkapitalvergleich mit dem Vorjahr kann dann der Gewinn ermittelt werden.⁶⁸

65 Tiedchen, in: BeckOGK HGB, Stand 1.9.2023, § 252 Rn. 100; Joisten, Mehrkomponentengeschäfte, S. 171; Weisser, Mehrkomponentenverträge, S. 31; Wirth, Die Bilanzierung von Mehrkomponentengeschäften, S. 72; Herzig/Joisten, in: FS Krawitz, 2010, S. 83 (90); dies., Ubg 2010, 472 (476); Schuster Ubg 2013, 312 (315).

66 Wirth, Die Bilanzierung von Mehrkomponentengeschäften, S. 72.

67 Vgl. nur Schulze-Osterloh, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 42 Rn. 15; zur näheren Abgrenzung aber etwa BFH Urt. v. 27.6.2001 – I R 45/97 = BFHE 196, 216 = BStBl. II 2003, 121 = DStR 2001, 1384 (1386).

68 Schulze-Osterloh, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 42 Rn. 34.

Dieser ergibt sich darüber hinaus aus der Gewinn- und Verlustrechnung (GuV). Die GuV verschafft zudem einen Überblick über den Periodenerfolg, in einer Weise, wie sie der Bilanzenvergleich nicht gewährleisten kann.⁶⁹ Im Grundsatz stellt der Jahresabschluss damit einen Schnitt durch die Gesamtlebensdauer der Unternehmung, also eine Momentaufnahme, dar. Der Umstand, dass es konzeptionell um eine Momentaufnahme geht, lässt präzise Regeln dafür erforderlich werden, wie die zum Bilanzstichtag bereits abgewickelten Geschäftsvorfälle einerseits und die noch nicht abgewickelten Vorfälle andererseits im Jahresabschluss ertragsmäßig zu erfassen sind.⁷⁰

b. Bilanzpolitische Maßnahmen

- 25 Die damit angesprochenen Regelungen haben nicht nur eine bilanztheoretische, sondern auch eine immense bilanzierungspraktische Bedeutung. Denn sie bestimmen darüber, inwiefern es Unternehmen möglich ist, ihre Jahresergebnisse zu steuern (Earnings Management). Damit gemeint sind bilanzpolitische Einflussnahmen der Unternehmensleitung oder anderer, dazu fähiger „Insider“ auf die Jahresrechnungslegung.

aa. Earnings Management aus bilanzanalytischer Sicht

- 26 Der Begriff der Bilanzpolitik beschreibt alle Maßnahmen der bewussten Beeinflussung des Jahresabschlusses, die darauf angelegt sind, bei den Adressaten einen unternehmenspolitisch gewünschten Eindruck vom Erfolg (oder Misserfolg) einer Periode zu erwecken.⁷¹ Beim Earnings Management wird also versucht, die Jahresabschlussadressaten zu beeinflussen bzw. sogar irre zu führen, indem die wirtschaftliche Situation des Unternehmens nicht völlig neutral wiedergegeben wird.⁷² Da Earnings Management und andere bilanzpolitische Maßnahmen dazu führen, dass die Rechnungslegung die tatsächliche Lage des Unternehmens verzerrt wiedergibt, wird landläufig dafür plädiert, die Spielräume dafür zu schließen oder jedenfalls klein zu halten.⁷³ Der Erlösausweis in der Gewinn- und Verlustrechnung bildet dabei einen besonders neuralgischen Punkt. Denn die Umsatzerlöse eines Unternehmens (vgl. § 277 Abs. 1 HGB) bilden den Kern der unternehmerischen Tätigkeit und sind

69 Vgl. etwa *Pilhofer*, Umsatz- und Gewinnrealisierung, S. 24; *Buchholz*, Grundzüge des Jahresabschlusses, S. 1; *Moxter*, Bilanzlehre, S. 5.

70 *Lüders*, Zeitpunkt der Gewinnrealisierung, S. 1.

71 *Kropff* ZGR 1993, 41.

72 *Wagenhofer*, in: *Leuz/Pfaff/Hopwood*, The Economics and Politics of Accounting 5 (20); *Leuz/Nanda/Wysocki*, JFE 69 (2003), 505 (506); vgl. dazu auch *Benston/Bromwich/Litan/Wagenhofer*, in: dies., *Worldwide Financial Reporting*, S. 17 (27).

73 Vgl. *Wagenhofer*, in: *Leuz/Pfaff/Hopwood*, The Economics and Politics of Accounting 5 (20).

damit zentraler Maßstab für die Ertragslage des Unternehmens im Rahmen der Bilanzanalyse.⁷⁴

In der Praxis der Bilanzanalyse spielt Earnings Management eine große Rolle. So gibt es etwa Anzeichen dafür, dass vor Rezessionen besonders viel davon betrieben wird, um Kapitalanleger trotz eines sich eintrübenden gesamtwirtschaftlichen Umfelds von einer positiven wirtschaftlichen Lage des Unternehmens zu überzeugen. Sofern ein erhöhtes bilanzpolitisches Taktieren registriert werden kann, soll sich dies sogar als Rezessionsvorhersage eignen.⁷⁵ Desgleichen wurde bereits verschiedentlich dargelegt, in welchem Zusammenhang Earnings Management und Corporate Governance stehen. So unterliegen Unternehmensinsider, zu denen neben der Unternehmensleitung auch Mehrheitsanteilseigner (Blockholder) zählen, im Grundsatz starken Anreizen auf ein Earnings Management hinzuwirken.⁷⁶ Der Unternehmensleitung kann etwa daran gelegen sein, Erlöse aus der Abwicklung von Geschäften möglichst frühzeitig anzuzeigen und so eine wirtschaftlich eigentlich gerade ungünstige Situation im Wege der Bilanzverbesserung („window dressing“) nach außen hin zu beschönigen. Denn hierdurch kann sie im Zweifel ein Einschreiten der Eigentümer – insbesondere also ihre Auswechslung – verhindern.⁷⁷ Weitere Gründe können sein, dass man bestimmte Gewinnkennzahlen erreichen oder die Einwerbung neuen Eigenkapitals verbilligen will.⁷⁸ Spiegelbildlich dazu kann ein Interesse daran bestehen, Erlöse in wirtschaftlich eigentlich gut abgeschlossenen Jahren zu unterdrücken, um den Gewinnausweis weniger volatil zu gestalten bzw. zu glätten. Zudem können so Reserven für kommende Rechnungslegungsperioden aufgebaut werden.⁷⁹

bb. Gestaltungen des Gewinnausweises

Aus bilanzieller Sicht – und damit aus der Sicht des Gesellschafts- und Steuerrechts – ist der Ertragsausweis von besonderer Bedeutung, da er maßgeblich über die Gewinnermittlung eines Unternehmens bestimmt. Damit hat er aus gesellschaftsrechtlicher Sicht mittelbar Einfluss auf die Entstehung und die Höhe der gesellschaftsrechtlichen Ausschüttungsansprüche. Aus bilanzsteuerrechtlicher Sicht können sich

⁷⁴ Vgl. nur Reiner, in: MüKo-HGB, § 277 Rn. 7.

⁷⁵ Ren, Recession Alert? Corporate Giants Are Massaging Their Earnings, Bloomberg: „Since 1960, on every occasion when S & P 500 earnings climbed at least 20 % above broader corporate profits, a recession ensued.“ „As business conditions worsen, big publicly traded companies find it harder to generate profits that would please Wall Street. So their accountants come to the rescue. But accounting magic has its limits, so their earnings inevitably drop, causing the two data series to converge again“, abrufbar unter: <https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2022-09-28/how-creative-accounting-camouflages-weak-corporate-profits>, letzter Abruf: 13.1.2025.

⁷⁶ Vgl. Wagenhofer, in: Leuz/Pfaff/Hopwood, The Economics and Politics of Accounting 5 (20); Leuz/Nanda/Wysocki, JFE 69 (2003), 505 (507 ff.).

⁷⁷ Lüders, Zeitpunkt der Gewinnrealisierung, S. 5; Leuz/Nanda/Wysocki, JFE 69 (2003), 505 (506, 510).

⁷⁸ Leuz/Nanda/Wysocki, JFE 69 (2003), 505 (510).

⁷⁹ Leuz/Nanda/Wysocki, JFE 69 (2003), 505 (506, 510).

abhängig vom Ausweiszeitpunkt Steuerzahlungen nach hinten oder vorne verschieben,⁸⁰ wobei eine Verschiebung in die nächste Abschlussperiode für das Unternehmen wie ein (zinsloser) Zahlungsaufschub wirkt.⁸¹

B. Ausstrahlung der Erkenntnisse auf die Zivilrechtsdogmatik

- 29 Die Untersuchung nutzt die Erkenntnisse des bilanzrechtlichen Teils, um in Teil 5 zugleich eine Privatrechtsdogmatik der Mehrkomponentengeschäfte zu entwickeln. Mehrkomponentengeschäfte erweisen sich dabei auch aus Sicht des Privatrechts als sperriger Gegenstand. Hieraus folgt die Zielsetzung eines kreisförmigen, vom Bilanzrecht (wieder) auf das Privatrecht abstrahlenden Erkenntnisgewinns. Dieses Vorhaben ist besonders reizvoll, da sich die Praxis der Rechnungslegung beständig mit den rechtlichen Implikationen neu entstehender Geschäftsmodelle auseinandersetzen muss, wenn sie ihre zutreffende bilanzielle Abbildung bestimmen will. Sie werden also zu einer Verbindung von Bilanzrechts- und Zivilrechtsdogmatik gezwungen. Aus diesem Blickwinkel betrachtet, handelt es sich bei der Rechnungslegungspraxis um eine zahlenmäßig große Gruppe von sich intensiv der Vertragsanalyse widmenden Personen, die – zwangsläufig – auch „Nutzer“ des BGB-Schuldrechts sind. Da diese Gruppe primär neue Geschäftsmodelle untersuchen muss, befasst sie sich in großem Umfang mit bislang ungelösten juristischen Fällen, also solchen, für deren Lösung es im Hinblick auf die Gesetzesregeln und Rechtsdogmatik noch keine eindeutige Handhabung gibt. So besteht ein von Gerichten und Gesetzgebung völlig losgelöster und damit ganz atypischer Bedarf für rechtswissenschaftliche Erkenntnisse. Zugleich fordert die Rechnungslegungspraxis das Recht damit in einer Weise und Größenordnung heraus, wie es die Jurisprudenz nicht vermag, da letztere abwarten muss, bis ein neuer Fall ihr durch die Praxis zur Entscheidung vorgelegt wird.
- 30 Dieser einfache, bislang jedoch weitgehend unbeachtete Umstand legt nahe, dass hier das Potenzial für eine erhebliche Stimulanz der Rechtsdogmatik besteht, denn es gibt bekanntlich „kaum einen besseren Jungbrunnen für eine lebendige Dogmatik als die Wirklichkeit der Wirtschaft.“⁸² Mit der im Lichte dessen angestrebten Methodik des kreisförmigen Erkenntnisgewinns ist gemeint, dass die in der Arbeit erlangten dogmatischen Erkenntnisse mehrstufig angewendet werden: In einem ersten Schritt werden die aus der Praxis bekannten Mehrkomponentengeschäfte als Rechtsfall aufbereitet, also in die Sphäre des Rechts übersetzt. Die Rekonstruktion von Mehrkomponentengeschäften als dogmatischer Figur trägt zur Deutung der fall-

80 Lüders, Zeitpunkt der Gewinnrealisierung, S. 5.

81 Lüders, Zeitpunkt der Gewinnrealisierung, S. 5.

82 Grundmann AcP 207 (2007), 718 (765).

entscheidenden Zivilrechtsnormen bei (vgl. insbesondere § 15 D.). Der Kreis schließt sich aber erst dadurch, dass die getroffenen privatrechtsdogmatischen Aussagen wiederum für die in der Rechnungslegungspraxis stattfindende Falllösung herangezogen werden. Die ökonomische Realität, welche den Anlass für die vorliegende Untersuchung geliefert hat, soll also wiederum von ihren Ergebnissen beeinflusst werden.

§ 2 Gang der Untersuchung und wesentliche Ergebnisse

A. Zum Verhältnis von Rechtswissenschaft und Rechnungslegung

- 1 Der sich an die Einführung anschließende Teil 2 der Untersuchung stellt sicher, dass die Arbeit zu Ergebnissen gelangt, die aus Sicht der nicht-rechtswissenschaftlichen Rechnungslegungsforschung und -praxis anschlussfähig sind. Um Anschlussfähigkeit muss die Rechtswissenschaft geradezu zwangsläufig bestrebt sein, sofern sie der jüngsten Kritik an den Perspektiven der Rechtswissenschaft als akademischer Disziplin in Deutschland⁸³ Rechnung tragen will, welche in Zweifel zieht, ob es weiterhin überzeugend gelingen kann, ein Selbstverständnis der Rechtswissenschaft, im Sinne eines „Propriums“⁸⁴, zu formulieren.⁸⁵ Markenkern bzw. exklusives Thema⁸⁶ der Rechtswissenschaft deutscher Provenienz bleibt die selbstgestellte Aufgabe, das Rechtssystem zu ordnen und zu systematisieren und in diesem Zusammenhang die ihm eigenen Prinzipien zu beschreiben.⁸⁷
- 2 Diese Aufgabenstellung bedingt eine Geisteshaltung, die als „strictly legal point of view“⁸⁸ bzw. Verfolgung eines „Reinheitsgebot[s]“⁸⁹ als „self restraint“ bzw. „Selbstbeschneidung“⁹⁰ oder Betrachtung der Außenwelt aus einer „Teilnehmerperspektive“⁹¹ umschrieben wird. Dieser wurde jedoch zuletzt bekanntlich stark kritisiert, da er, wie *Jestaedt* schreibt, zwar aus der Eigensicht der dogmatisch arbeitenden deutschen Rechtswissenschaft ein hochzuhaltendes Qualitätssiegel markiert, aus Sicht

83 Vgl. *Der Wissenschaftsrat*, Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland. Situation, Analysen, Empfehlungen (Drs. 2558–12) v. 9.11.2012; vgl. zum Bericht als Debattenauslöser: *Lobinger AcP* 216 (2016), 28 (30); s. auch *Kuntz AcP* 219 (2019), 254 (256), der die eigene Fachrichtung in einer „Krise“ sieht.

84 So der Titel eines von *Christoph Engel* und *Wolfgang Schön* herausgegebenen programmatischen Werks (vgl. *Engel/Schön*, Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007).

85 Es geht also nicht mehr um die überholte Frage nach dem „Wissenschaftscharakter“ der Rechtsdogmatik, vgl. dazu nur *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, S. 439 sowie zur Abgrenzung *Lobinger AcP* 216 (2016), 28 (32).

86 *Jestaedt JZ* 2014, 1 (8); ähnlich *Bachmann*, Private Ordnung, S. 19: Die Herausarbeitung der leitenden Prinzipien einer Rechtsordnung und die Zusammenführung zu einem „inneren System“ seien für die Vertreter des prinzipiengeleiteten Rechtsdenkens die „eigentliche Herausforderung der Jurisprudenz“.

87 Vgl. ähnlich die Aufgabenbeschreibung bei *Ernst*, in: *Engel/Schön*, Das Proprium der Rechtswissenschaft, S. 3 (17): „Was den strictly legal point of view betrifft, so gehört es zu den für die westliche Rechtstradition grundlegenden [...] Axiomen, dass die Rolle des normanwendenden Juristen im Wesentlichen darin besteht, eine bei der Normsetzung getroffene, materielle Sachentscheidung zu aktualisieren, dass er die mit der abstrakten Norm vorweggenommene Sachentscheidung respektiert und sich darauf beschränkt, diese für den aus dem Lebenssachlichen stammenden Fall zu konkretisieren. Der normanwendende Jurist hat hierbei nach bestimmten, ihrerseits historisch gewachsenen und immer wieder reflektierten methodischen Regeln zu verfahren.“

88 Vgl. dazu *Ernst*, in: *Engel/Schön*, Das Proprium der Rechtswissenschaft, S. 3 (15 ff.); *Jestaedt JZ* 2014, 1 (8).

89 *Jestaedt JZ* 2014, 1 (3).

90 *Grünberger AcP* 219 (2019), 892 (927).

91 *Langenbucher*, in: *FS Canaris*, S. 219 (237).

des Auslands und anderer Disziplinen darin aber leicht eine austauschverweigernde Ab- und Ausgrenzungsformel gesehen werden kann.⁹² Außenstehenden müsse sich der Eindruck aufdrängen, deutsche Privatrechtswissenschaftler führten ein absichtsvoll autoreferentielles und hermetisches, gewissermaßen autistisches Selbstgespräch.⁹³

Man muss dieser Zustandsbeschreibung nicht zwingend beipflichten. Sie verdeutlicht aber zwei bedeutsame Gegenwartsprobleme der modernen Rechtsdogmatik: Den Verlust des ursprünglichen wissenschaftlichen Anspruchs, der darin bestand, Recht gleichsam verbindlich schaffen zu können,⁹⁴ auf der einen Seite und das Haderen mit der eigenen Hauptarbeitstechnik, welcher vorgeworfen wird, disziplinäre und nationale Isolation zu befördern, auf der anderen Seite. Die vorliegende Arbeit nimmt nicht abstrakt dazu Stellung, wie der Beruf des Rechtswissenschaftlers unter den skizzierten Umständen künftig aussehen könnte oder sollte.⁹⁵ Es wird aber davon ausgegangen, dass rechtsdogmatische Arbeiten im Lichte dieser Umstände heute verstärkt darauf bedacht sein müssen, Anschlussfähigkeit zu gewährleisten.⁹⁶ Dies geht nur, wenn sie einen doppelten Zuschnitt aufweisen: Es kann nicht mehr allein darum gehen, zu ermitteln, was Recht ist. Einbezogen werden muss vielmehr noch eine übergeordnete, der Ergebnisabsicherung dienende Ebene. Auf dieser geht es darum, aufzuzeigen, welche Grenzen dieser rein juristische Ermittlungsversuch hat, wie sich diese Grenzen konkret benennen lassen und wie ihnen schließlich durch die Einbeziehung der Erkenntnisse aus anderen Disziplinen Rechnung getragen werden kann.

Auf den ersten Blick mag es stutzig machen, weshalb das vorgestellte Anforderungsprofil gerade im Hinblick auf eine bilanzrechtliche Arbeit in den Mittelpunkt gestellt

⁹² *Jestaedt* JZ 2014, 1 (3).

⁹³ *Jestaedt* JZ 2014, 1 (3); vgl. auch *Grünberger* AcP 218 (2018), 213 (240, 927), der befürchtet, dass das (Privat-)Recht infolge seiner Dekontextualisierung den Spielraum verliere, auf wirtschaftliche Kommunikation einzuwirken und bedeutende gesellschaftliche Reformen zu begleiten. Es bestehe die Gefahr, „anderen Disziplinen mit ungebretem Expansionsstreben“ das Feld zu überlassen, obwohl diesen die juristische Expertise fehle; ähnlich drückt es *Kuntz* AcP 219 (2019), 254 (262) aus: Das Reinheitspostulat führe, ernst genommen und konsequent umgesetzt, im Ergebnis dazu, dass für die Rechtswissenschaft nicht mehr viel übrigbleibe. Die Forderung eines „strictly legal point of view“ biete daher „wenig erfreuliche Perspektiven für die rechtswissenschaftliche Forschung“.

⁹⁴ Vgl. zum (positivistischen) Ideal der Bindung von Gerichten und sonstigen praktisch Tätigen an die wissenschaftliche Lehre *Radbruch* Rechtsphilosophie, § 15 „Die Logik der Rechtswissenschaft“ (Studienausgabe S. 106 ff.); s. auch etwa *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 121; *Haferkamp*, Das BGB, S. 380; *ForsthoFF*, ZgesStaatsw 96 (1936), 49 (55 f.).

⁹⁵ Hierzu wurde an anderer Stelle bereits umfassend Stellung bezogen, aufschlussreich etwa die Beiträge in *Dreier* Rechtswissenschaft als Beruf.

⁹⁶ *Auer*, Marietta, „Was mich eigentlich interessiert, ist das Gesellschaftliche“, Interview mit Maximilian Steinbeis, VerfBlog, 29.1.2020, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/was-mich-eigentlich-interessiert-ist-das-gesellschaftliche/>, letzter Abruf: 13.1.2025; *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, S. 392 schreibt, dass die Gerichte infolge des Rollenwechsels die Position einer „Schiedsinstanz über die Qualität rechtswissenschaftlicher Forschung“ inne hätten.

wird, da die Gegenwartsprobleme der modernen Rechtswissenschaft primär als Probleme der *Privatrechtswissenschaft* erscheinen, wohingegen es sich beim Bilanzrecht nach weitverbreiteter Auffassung gar nicht um Privatrecht handelt.⁹⁷ Dass Anschlussfähigkeit nichtsdestotrotz ein zentrales Thema und Hauptanliegen der Arbeit sein muss, lässt sich anhand der Überlegungen *Canaris* zum Wesensgehalt des Bilanzrechts belegen: Das Bilanzrecht nehme, so schreibt es *Canaris*, im geltenden Recht eine „Sonderstellung“ ein. Es handele sich um eine ausgesprochene Spezialmaterie. Die §§ 238 ff. HGB zeichne zunächst eine verhältnismäßig große Nähe zum Steuerrecht aus. Allein diesen Umstand müsste man für sich genommen, wohl für dogmatisch unproblematisch halten. Denn das Steuerrecht ist, wie der Name sagt, unabhängig davon, wie man diesen Begriff definiert, jedenfalls ein eindeutiger Bestandteil des Rechts. Darüber hinaus sei das Bilanzrecht, so schreibt *Canaris* weiter, aber auch durch einen im Privatrecht sonst nicht bekannten „Einfluß der Wirtschaftswissenschaften“ geprägt.⁹⁸

- 5 Diese Äußerungen bringen zwei grundlegende Fragestellungen zum Ausdruck: Zunächst erscheint es angesichts des unbestreitbaren Einflusses der Wirtschaftswissenschaften und der daran anknüpfenden Einordnung als Spezialmaterie unklar, wie sich das Rechnungslegungssystem überhaupt zum Rechtssystem verhält. Diese erste Frage muss man schon deshalb stellen, weil der hier angestrebte Dogmatisierungsprozess von vornherein nicht zielführend wäre, wenn eine zwingende Kopplung von Rechnungslegungs- und Rechtssystem verneint werden müsste. Dann dürfte die Rechtswissenschaft, wenn sie sich mit Bilanzierungsfragen befasst, nämlich von vornherein nicht erwarten, dass man sich ihren Ergebnissen anschließt. Der Grund dafür ist, dass die juristische Rationalität, wie *Luhmann* schreibt, einen „lokalen“ Charakter hat. Die Überzeugungskraft juristischer Argumente ist text- und fallabhängig. Jede Entwicklung juristischer Theorien kann zwangsläufig nur im System verwendbare Änderungen nahelegen und achtet nur auf Akzeptanz im System.⁹⁹ In Abwesenheit einer Zwangskopplung von Rechnungslegung und Recht droht die Arbeit sich deshalb in der Innenbeobachtung des Bilanzrechtssystems, zu der Juristen, wenn man *Luhmann* folgt, schlussendlich verdammt sind, zu erschöpfen. Sie wäre für das gesamte System Rechnungslegung, sofern die Innenbeobachtung nicht in irgendeiner Weise zwangsläufig auf es zurückstrahlt, folgen- und damit belanglos.
- 6 In der Folge wäre auch der vorliegenden Arbeit der eingangs formulierte Vorwurf zu machen: Sie würde dann allein das juristische Selbstgespräch in einer neuen Nuance fortführen. Erst wenn die Zwangskopplung dargelegt ist, lässt sich also guten Gewissens rechtsintern arbeiten. In einem zweiten Schritt kann man die rechtsinterne

97 *Canaris*, HandelsR, 23. Aufl., § 13 Rn. 15 ff. charakterisiert es etwa als grundsätzlich dem öffentlichen Recht zugeordnetes Handelsrecht im weiteren Sinne.

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

99 Vgl. *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, S. 10, 16.

Anschlussfrage stellen, ob in Deutschland, wo Rechnungslegungsregeln die spezifische Form staatlichen Rechts (von Gesetzen, speziell den §§ 238 ff. HGB) haben, der „richtige“ Weg einer rechtlichen Rechnungslegungsordnung gewählt wurde und wie er durch die Einbeziehung von Rechtstheorie, juristischer Dogmatik, Prinzipien und Begriffen des Bilanzrechts ausgebaut und verbreitert werden kann.

Ziel des Untersuchungsteils 2 ist es, anlässlich der Antwort auf die beiden Eingangsfragen die bilanzrechtlichen Spezifika herauszustellen, welche im Rahmen des anschließenden Dogmatisierungsprozesses berücksichtigt werden müssen. Die Arbeit soll durch die in Teil 2 geleisteten Vorarbeiten mit anderen Worten kontextsensibel werden. 7

B. Das bilanzrechtliche Methodenproblem

Um den Bedarf für die hier angestrebten Dogmatisierungsprozesse aufzuzeigen, 8 wird im anschließenden Teil 3 ein grundsätzliches Problem der bilanzrechtsdogmatischen Methode herausgearbeitet. Dieses besteht, so die der Arbeit zugrundeliegende These, darin, dass die auf Prinzipien beschränkte Regelung, wie wir sie insbesondere in § 252 HGB antreffen, mit einer Limitierung einhergeht. Diese drückt sich darin aus, dass der Inhalt der maßgeblichen Bilanzierungsprinzipien nicht aus dem Gesetz selbst ermittelt wird, sondern ein darüber außerrechtlich erzielter, historischer Konsens der Rechnungslegungspraxis maßgeblich ist. Vor diesem Hintergrund werden in Teil 4 die bereits existierenden Abbildungslösungen für Mehrkomponentengeschäfte untersucht. An ihnen lässt sich konkret aufzeigen, dass die Besonderheiten der Bilanzrechtsmethodik einer Beurteilung von Abbildungslösungen für die „harten Fälle“ der Bilanzierung auf einem rechtswissenschaftlich tragfähigen Weg entgegenstehen. Die Mehrkomponentengeschäfte helfen also dabei, näher zu begründen, weshalb es der Dogmatisierungsprozesse bedarf, welche die Arbeit vorprägen möchte.

C. Ein bilanzrechtlicher Dogmatisierungsprozess

In den Teilen 5 bis 7 der Arbeit wird im Wege eines dreischrittigen Prozesses ein 9 dogmatisches Modell herausgearbeitet, um die Beurteilung der Lösungsansätze für Hard Cases im Bereich der bilanzrechtlichen Ertragsrealisation allgemein und die Abbildung von Mehrkomponentengeschäften im Speziellen zu verbessern.

I. Möglichkeiten und Grenzen der zivilrechtsakzessorischen Ertragsrealisation

- 10 Der erste Teil des Modells (Teil 5 der Arbeit) geht von dem Umstand aus, dass die im Jahresabschluss abzubildenden Geschäfte durch das Privatrecht strukturiert werden. Aus diesem Grund sind die bilanziellen Erlösregeln, einem im Bilanzrecht ganz gängigen, bereits in den 1970er-Jahren erstmalig verfolgten Ansatz zur Verrechtlichung der Ertragsrealisation zufolge, zivilrechtsakzessorisch zu formulieren. Dieser Ansatz wird in der Arbeit für die Mehrkomponentengeschäfte nachvollzogen.
- 11 Die für den ersten Modellbestandteil eingenommene Zivilrechtsperspektive rechtfertigt die Annahme, dass die Ertragsrealisation bei Mehrkomponentengeschäften grundsätzlich „vorzeitig“ erfolgen darf. Der Bilanzierende muss also nicht zuwarten, bis er seine vollständige Leistung erbracht hat, so wie es bei Anwendung des Konzepts der hinausgezögerten Gewinnrealisation der Fall wäre, sondern darf dem Konzept der Kostenabgrenzung oder dem Konzept der Umsatzaufgliederung folgen. Er muss also beispielsweise bei einer Verknüpfung von Handy-Veräußerung und Mobilfunkdienstleistung nicht mit der Realisation warten, bis die Vertragslaufzeit des Dienstleistungsvertrags ausgelaufen ist oder bis zum Ablauf der Nachbetreuungsfrist, wenn er als Hörgeräteakustiker Nachbetreuungsleistungen versprochen hat. Dieses Ergebnis kann, so intuitiv richtig es auch erscheint, im Zweifel weitreichende bilanzielle Folgen haben: Hat der Anbieter, um Kunden zu locken, die Erstkomponente des Geschäfts bewusst unter Wert angeboten (zielt er also auf eine Quersubvention ab, vgl. § 1 A. II. 3.), so darf er, jedenfalls nach hier vertretenen Auffassung (vgl. näher § 10 A.) insofern zunächst bilanziell einen Verlust ausweisen, obwohl er weiß, dass dieser in späteren Jahren, wenn er die weitere Komponente leistet, ausgeglichen wird, also nur temporär ist.
- 12 Eine gewichtige Ausnahme vom Grundsatz der „vorzeitigen“ Ertragsrealisation ist bei einer streng zivilrechtsakzessorischen Bilanzierung jedoch zu machen, wenn es um Verbrauchermehrkomponentengeschäfte geht. Hier steht der „vorzeitigen“ Realisation entgegen, dass der Verbraucherkunde des Geschäfts nach der in der Arbeit vertretenen Auffassung ein Recht hat, auch nach Erbringung der Erstleistungskomponente das Gesamtgeschäft rückabzuwickeln, sofern die Leistung der Zweitkomponente gestört ist.

II. Argumentative Fundierung „wirtschaftlich“ motivierter Ertragsrealisationen

- 13 Aus bilanzrechtsdogmatischer Sicht ist der skizzierte erste Teil des Modells lückenhaft. Man kann im Hinblick auf seine zuletzt angesprochenen Implikationen für die Bilanzierung von Verbrauchermehrkomponentengeschäften sogar zu dem Schluss kommen, dass er für sich genommen unbrauchbar wäre. Denn bei wirtschaftlicher

Betrachtung würde eine rein zivilrechtsakzessorische Bilanzierung von Mehrkomponentengeschäften regelmäßig realitätsfern erscheinen. Insbesondere würde dem aus zivilrechtlicher Sicht bestehenden Risiko einer Totalabwicklung des Mehrkomponentengeschäfts (vgl. I. am Ende) ein aus wirtschaftlicher Sicht ersichtlich zu hohes Gewicht beigemessen. Unklar ist aber, wie sich begründen lässt, dass wirtschaftliche Erwägungen die zivilrechtsakzessorische Betrachtung bei Mehrkomponentengeschäften verdrängen dürfen. Hier setzt der zweite Teil des Modells (Teil 6 der Arbeit) an.

Der zweite Modellteil geht von der Überlegung aus, dass die Abwägung zwischen 14 zivilrechtsgeprägter vorsichtiger und durch wirtschaftliche Erwägungen geprägter realitätsnäherer Ertragsrealisation dadurch beeinflusst wird, in welchem Verhältnis das bilanzrechtliche Vorsichtsprinzip zum Realisationsprinzip (bzw. zum im Realisationsprinzip zum Ausdruck kommenden Prinzip einer periodengerechten Gewinnanspruchsermittlung¹⁰⁰) steht. Das Verhältnis zwischen den beiden in § 252 Abs. 1 Nr. 4 HGB kodifizierten Prinzipien bestimmt damit aus rechtswissenschaftlicher Sicht auch darüber, ob der Ertrag aus dem Geschäft auf Anbieterseite bereits vor Erbringung der letzten Leistungskomponente realisiert werden darf, obschon noch ein zivilrechtliches Recht des Verbraucherkunden zur Totalabwicklung des Geschäfts im Raum steht. Die verschiedenen bilanztheoretischen Konzepte der Ertragsrealisation bei Mehrkomponentengeschäften (vgl. dazu bereits § 1 A. III. 1.) werden dabei als Auslegungsvarianten von § 252 Abs. 1 Nr. 4 HGB verstanden.

Das Verhältnis zwischen den beiden angesprochenen Prinzipien erscheint vor allem 15 deshalb als offen bzw. nicht im Wege der bloßen Gesetzesanwendung bestimmbar, weil der Umstand, dass das Dritte Buch des HGB versucht, zwei Bilanz Zwecken zugleich Rechnung zu tragen, unmittelbar auf unser Verständnis von der Beziehung zwischen den beiden Prinzipien zurückwirkt: Einerseits entscheidet der HGB-Jahresabschluss über die Gewinnausschüttung im Gesellschaftsrecht. Daraus wird geschlossen, dass zum Schutz der Kapitalgesellschaftsgläubiger beim Gewinnausweis eher vorsichtig verfahren werden muss, damit an die Gesellschafter keine Scheingerinne ausgeschüttet werden. Andererseits soll der Jahresabschluss aber auch ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Kapitalgesellschaft vermitteln, wie es in § 264 Abs. 2 Satz 1 HGB heißt, also den „true and fair view“. Damit ist es unvereinbar, wenn die Gesellschaft die Möglichkeit erhält, Gewinne aus Mehrkomponentengeschäften, die eigentlich bereits realisiert sind, zu verstecken und damit die periodengerechte Ermittlung des gesellschaftsrechtlichen Gewinnanspruchs zu verhindern.

100 So die von *Moxter*, Grundsätze ordnungsgemäßer Rechnungslegung, S. 37 gewählte Bezeichnung. Nachfolgend ist – unter Inkaufnahme der damit einhergehenden begrifflichen Unschärfe – auch vereinfachend vom Realisationsprinzip die Rede; vgl. dazu etwa auch *Moxter*, in: FS Döllerer, S. 447 (449).

- 16 Dem HGB diesen Zielkonflikt austreiben, könnte selbstverständlich nur der Gesetzgeber selbst. Insofern existiert eine ganze Reihe rechtspolitischer Vorschläge, wobei sich die Arbeit an dieser in mehreren Runden bereits intensiv ausgefochtenen rechtspolitischen Debatte nicht beteiligt. Ziel von Teil 6 der Arbeit ist es vielmehr, aus dem Zusammenhang zwischen Bilanzierungsprinzipien und Bilanzzwecken ein praktisch handhabbares dogmatisches Argument zu weben, welches es ermöglicht, eine von der Zivilrechtslage abweichende Mehrkomponentenbilanzierung rechtswissenschaftlich tragfähig zu rechtfertigen. Dabei macht sich die Arbeit zunutze, dass es in Rechtsprechung und Literatur weitgehend anerkannt ist, dass die Bilanzierungsprinzipien – also auch und insbesondere Vorsichts- und Realisationsprinzip – methodisch wie die vor allem aus dem Privatrecht bekannten allgemeinen Rechtsprinzipien bzw. kollidierende Grundrechte im Verfassungsrecht behandelt werden sollten. Die Bilanzierungsprinzipien sind danach nach einer Art „Eiffelturmprinzip“ aufgebaut: Jedes einzelne Prinzip ist eine Strebe, die das Gesamtprinzipiengebäude trägt, keines ist aus sich heraus nachrangig gegenüber einem anderen. Sofern Bilanzierungsprinzipien kollidieren, sollen sie deshalb gegeneinander abgewogen und ein möglichst schonender Ausgleich zwischen ihnen hergestellt werden können, also eine Art praktischer Konkordanz im verfassungsrechtsdogmatischen Sinne. Wenn man versucht, diese Abwägungsmethode praktisch auf die Mehrkomponentengeschäfte anzuwenden, stößt man aber – so die in der Arbeit vertretene These – auf ein Problem. Denn der Inhalt der Bilanzierungsprinzipien ist für eine solche praktische Anwendung aus sich heraus nicht hinreichend genug bestimmbar. Teil 6 der Arbeit versucht daher, die Abwägungsmethode zuzuspitzen und praktisch handhabbar zu machen. Dafür wird auf den skizzierten Zusammenhang zurückgegriffen, der zwischen den Bilanzierungsprinzipien „Vorsicht“ und „Realisation“ einerseits und den Bilanzzwecken andererseits besteht. Daran anknüpfend wird die These vertreten, dass wenn im Vagheitsbereich des Bilanzrechts, also etwa dann, wenn es um die Ertragsrealisation bei Mehrkomponentengeschäften geht, ein letztentscheidendes Argument zur Abwägung von Vorsichts- und Realisationsprinzip erforderlich ist, die Bilanzzwecke doch einmal in eine Rangordnung gebracht werden dürfen und müssen, ohne dass damit die grundsätzliche Doppelausrichtung der §§ 238 ff. HGB auf Gläubigerschutz und Information infrage gestellt würde. Der insofern dominierende Bilanzzweck wird dabei als „Rechtsidee“ des Bilanzrechts verstanden, welche auf die Abwägung von Vorsichts- und Realisationsprinzip zurückwirkt.
- 17 Darauf aufbauend, werden in der Arbeit zwei Wege beschritten, um die „Rechtsidee“ des Bilanzrechts festzuhalten und anschließend auf sie abzustellen, wenn es darum geht, eine rechtlich begründete Entscheidung zu treffen, ob das unter I. herausgestellte Plädoyer für eine hinausgezögerte Ertragsrealisation zugunsten einer dem wirtschaftlichen Gehalt des Geschäfts eher entsprechenden Realisation ignoriert werden darf, obschon die Bilanzierung dann teilweise von der Zivilrechtslage

abweicht und damit unvorsichtiger ist. Der erste, zur Herausarbeitung der Rechtsidee beschrittene Weg, besteht in einer streng richtlinienkonformen Auslegung der §§ 238 ff. HGB. Er erweist sich aufgrund der derzeit noch lückenhaften Verfasstheit des europäischen Bilanzrechts allerdings nicht als vollumfänglich tragfähig. Deshalb werden in der Arbeit im Sinne eines zweiten Wegs die Methoden der ökonomischen Analyse des Rechts herangezogen, um die Rechtsidee des Bilanzrechts herauszuarbeiten.

Im Ergebnis steht die Auffassung, dass der Bilanzzweck des Gläubigerschutzes es 18 aufgrund seiner relativ zurückgestuften Bedeutung nicht gebietet, dass die Anbieter von Mehrkomponentengeschäften die im ersten Teil des Modells herausgearbeiteten Totalabwicklungsrechte von Verbraucherkunden anders behandeln müssen, als sonstige zivilrechtliche Leistungsstörungenrechte. Eine zivilrechtsakzessorisch begründete Hinauszögerung der Ertragsrealisation bei Verbrauchermehrkomponentengeschäften erscheint unter dieser Prämisse als eine unzulässige Willkürreservensbildung.¹⁰¹ Das Argument der Zivilrechtsakzessorietät entpuppt sich mit anderen Worten als ein Instrument der Ergebnispolitik, um den Jahresüberschuss bzw. das Eigenkapital (Reinvermögen) geringer erscheinen zu lassen, als es eigentlich ist. Als ein solches, allein der Vergrößerung des ergebnispolitischen Spielraums dienendes Argument, ist es nicht anzuerkennen und es ist bilanzrechtsdogmatisch gerechtfertigt, die „wirtschaftliche“ Betrachtungsweise dominieren zu lassen.

III. Komplementärfunktion der privatordnungsorientierten Ertragsrealisation

Der dritte Teil des Modells (Teil 7 der Arbeit) reagiert darauf, dass die ersten 19 beiden Modellbestandteile zwar ein grundsätzliches Plädoyer für eine „vorzeitige“ Ertragsrealisation bei Mehrkomponentengeschäften stützen, aber keine Handhabe für die Abgrenzung der bilanztheoretischen Konzepte der Kostenabgrenzung und der Umsatzaufgliederung bieten können. Aus diesem Grund wird untersucht, inwiefern hierfür die private Ordnung der Rechnungslegung herangezogen werden kann. Konkret geht es dabei um International Financial Reporting Standard 15 (IFRS 15), der detaillierte Regelungen zur bilanziellen Abbildung von Mehrkomponentengeschäften enthält. Insbesondere umfasst der Standard Anhaltspunkte dazu, wie sich die wesentliche Leistung eines Mehrkomponentengeschäfts bestimmen lässt, deren Erbringung nach dem bilanztheoretischen Konzept der Kostenabgrenzung eine Vollgewinnrealisierung nach sich zieht, ein Aspekt, zu dem das HGB schweigt. Um (staatliches europäisches) Recht handelt es sich bei IFRS 15 nur insofern, als es um den Konzernabschluss kapitalmarktorientierter Gesellschaften geht. Der HGB-Jah-

101 Zum Begriff der Willkürreserven vgl. nur *Coenenberg/Haller/Schultze*, Jahresabschluss und Jahresabschlussanalyse, S. 382.

resabschluss muss sich demgegenüber an den §§ 238 ff. HGB ausrichten, da sich der deutsche Gesetzgeber dagegen entschieden hat, die IFRS-Bilanzierung auch im Jahresabschluss vorzuschreiben. Es stellt sich aber die Frage, ob und inwiefern eine IFRS-Abbildungslösung auf den HGB-Jahresabschluss übertragbar ist. Kann IFRS 15 eine Art Modellgesetz zur Ausfüllung des HGB-Bilanzrechts im Hinblick auf die Abbildung von Mehrkomponentengeschäften sein? Indem diese Frage behandelt wird, soll nicht zuletzt aufgezeigt werden, wie die Dogmatik angesichts zweier Phänomene sprachfähig bleibt: der Dominanz privater Bilanzierungsregeln und der Unfähigkeit des staatlichen Rechts, eine Antwort auf komplexe Bilanzierungsfragen (Hard Cases) in der aus Sicht der Rechtsanwender notwendigen Geschwindigkeit zu formulieren.

Teil 2 –

Zum Verhältnis von Rechtswissenschaft und Rechnungslegung

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

§ 3 Rechnungslegung als Denkmuster und autopoietisches System

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

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

103 *Hopt* BB 1972, 1017 (1019).

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

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

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

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

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

107 *Luhmann* Recht der Gesellschaft, S. 552.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

114 *Weber*, Wirtschaftsgeschichte, S. 318.

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

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

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

118 Dazu *Luhmann*, Soziale Systeme, S. 625.

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

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

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

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

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

122 BGBl. I, S. 2355.

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

124 Beisse StuW 1984, 1 (11, 14).

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 4 Zwingende strukturelle Kopplung von Rechnungslegungssystem und Rechtssystem

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

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

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

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

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

A. Das Rechtssystem und die Funktion des Rechts

I. Abgrenzung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. Funktion des Rechts nach Luhmann

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

B. Kopplung als Folge einer Ausdifferenzierung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

I. Ausgangslage

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

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

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

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

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

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

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

Die Möglichkeit, die Bilanz gegenüber Außenstehenden offenzulegen, und die damit 16 einhergehenden Beweis- und Reputationswirkungen der Rechnungslegung wurden dabei allenfalls mit in Erwägung gezogen. Dies galt auch noch bei Ausgestaltung der Rechnungslegungsregeln im ab 1861 in den Staaten des Deutschen Bundes geltenden Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch (ADHGB). Auf Gläubigerschutz im Wege der bilanzgestützten Kapitalerhaltung kam es – wie *Schön* ausführt¹⁷⁰ – bei der Aktiengesellschaft schon deshalb noch nicht an, da für die AG noch das Konzessionssystem galt (vgl. Art. 208 ADHGB), welches erst mit dem Gesetz vom 11.6.1870 betreffend Kommanditgesellschaften auf Aktien und Aktiengesellschaften entfiel. Nur im Gegenzug für dieses Entfallen wurde unter anderem die Publizität der AG-Bilanz vorgeschrieben (vgl. Art. 239 Abs. 1 Satz 2 ADHGB i.d.F. des nämlichen Gesetzes).¹⁷¹ Bei OHG und KG spielte der Gläubigerschutzgedanke hingegen eine untergeordnete Rolle, da die Teilhaber einer OHG – wie noch heute – unbeschränkt hafteten und die Kommanditisten für unberechtigt ausgezahlte Gewinne ebenfalls mit einer verschärften Haftung rechnen mussten (vgl. Art. 165 ADHGB).¹⁷² Im Lichte all dessen sei Zweck der Buchführung weiterhin, so *Schön*,¹⁷³ die persönliche Rechenschaftslegung des Kaufmanns im Interesse einer erfolgreichen Steuerung des Handelsgeschäfts gewesen. Die nachträglichen Beweiswirkungen ordnungsgemäß durchgeführter Bücher wären lediglich als (zulässiger) Reflex der Korrektheit, die der Kaufmann im wohlverstandenen Eigeninteresse walten lasse, erschienen. Beispielfhaft sei diese These durch Verweis auf die im 19. Jahrhundert vehement geführte Kontroverse um Pflichten zur Vorlage der Handelsbücher und ihrer Beweiskraft im Prozess untermauert.¹⁷⁴ Dementsprechend setzt sich etwa *Wilhelm Endemann* in

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

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

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

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

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

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

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

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

II. Ausdifferenzierung der externen Dimension der Rechnungslegung

- 17 Erst Ende des 19. Jahrhunderts differenzierte sich neben dieser Innensicht (sehr schnell) die externe Dimension der Rechnungslegung aus. Anlass dafür waren die aufkommenden Bilanzskandale. Den wohl ersten modernen Bilanzskandal gab es bei der Niederschlesisch-Märkischen Eisenbahn, bei der Verluste durch Aufnahme von Fremdkapital in Gewinne transformiert wurden, die man sodann ausschüttete. ¹⁷⁸ Auch die sog. Gründerkrise von 1873 soll durch mangelnde Bewertungsvorschriften, die zu überhöht bewerteten Sacheinlagen sowie zur Ausschüttung nicht realisierter Gewinne führten, ausgelöst worden sein. ¹⁷⁹ Auf globaler Ebene gilt der Zusammenbruch der *Enron Corp.* aus Houston, Texas, im Jahr 2001 als paradigmatischer Bilanzskandal der Neuzeit und resultierte im Sarbanes-Oxley Act von 2002. ¹⁸⁰ Das Unternehmen, „[w]idely promoted as one of the great corporations of a new age“, ¹⁸¹ hatte, unter Ausnutzung von Ermessensspielräumen der US-GAAP Verbindlichkeiten verborgen und nicht-existente Gewinne vorgetäuscht. ¹⁸² Es stellte sich heraus, dass *Enron*, wie *Madrick* schreibt, nicht mehr war als eine Kreatur des

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

190 *Brooks*, *Bean Counters*, S. 4.

191 *Brooks*, *Bean Counters*, S. 4.

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

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

C. Exkurs: Kopplung als Folge von Anforderungen des Politiksystems

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

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

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

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

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

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

I. Rechnungslegungsregeln und Finanzmarktregulierung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. Rechnungslegungsregeln und Klimawandel

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

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

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

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

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

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

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

D. Schlussfolgerungen

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

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

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

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

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

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

213 Bydlinski/Bydlinski, Methodenlehre, S. 24.

§ 5 Unvollständige Ausdifferenzierung des deutschen Bilanzrechts

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

A. Bezugnahme auf den kritischen Rechtspluralismus

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

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

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

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

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

B. Innenkritik der deutschen Bilanzrechtsordnung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

I. Akteurszentrierte Betrachtungsweise

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

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

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

1. Rechtswissenschaftler

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

224 *Großfeld* NJW 1986, 955.

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

226 *Großfeld* NJW 1986, 955.

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

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

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

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

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

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

2. Gerichte

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. Ausdifferenzierung bilanzrechtlicher Normen

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

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

1. Der vergangene und gegenwärtige Ausdifferenzierungsprozess

a. Späte eindeutige Schließung des Normenbestands

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

Die heute als Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung bekannten (materiell-bi- 12 lanzrechtlichen) Bilanzierungsprinzipien wurden erst im Zuge einer Reihe von Reformen zum Ende des 19. Jahrhunderts teilweise ausformuliert.²⁴⁸ Auch infolgedessen waren sie aber Bestandteil des aktienrechtlichen ADHGB-Teils und galten zunächst einmal nur für die Bilanzierung der Aktiengesellschaften. Es wurden zudem nur mittelbare Ausschüttungssperren für die AG errichtet, wohingegen es noch kein Reformziel war, allgemeine, rechtsformunabhängige Gewinnermittlungsvorschriften zu formulieren.²⁴⁹ Aus diesem Grund fanden die erdachten Regeln ursprünglich keinen Eingang in das HGB, sondern wurden in das 1937 in Kraft

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

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

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

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

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

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

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

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

b. Weitgehender Verzicht auf politische Weichenstellungen

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

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

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

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

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

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

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

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

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

c. Beispiel: „Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung“

Fortdauernde Zweifel daran, ob das Bilanzrecht in seiner durch das BilRiLiG gefundenen Form nunmehr systematisch geschlossen ist, muss aber vor allem die zentrale Figur der „Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung“ (GoB) wecken. Der andauernde Streit um den Bedeutungsgehalt der GoB und das Ausbleiben eines klaren Wandels dieses Bedeutungsgehalts erschweren es erheblich, zu bestimmen, wann eine Bilanznorm als Bilanzrechtsnorm produziert wurde. Die Folge davon ist, dass die Bilanzierenden nicht sicher wissen, mit welchen ihrer normativen Erwartungen sie sozialen Rückhalt finden. 15

So geht *Luhmann* davon aus, dass man, nur durch die Beobachtung des rekursiven Netzwerks ihrer Erzeugung feststellen kann, ob eine Norm eine Rechtsnorm ist oder nicht. Es soll also maßgeblich auf einen nachvollziehbaren Normproduktionszusammenhang ankommen.²⁵⁹ Denn nur durch Beobachtung des im Rechtssystem 16

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

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

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

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

aa. Klarheit trotz Wandel im Normproduktionsprozess

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

276 Vgl. *Schmalenbach*, ZfHf 27 (1933), 225 (231 ff.); zu dieser Beobachtung auch etwa *Baetge/Kirsch/Thiele*, in: Küting/Weber, 13. EL 2011, Kap. 4 Rn. 8, 9.

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

Bereits früh positionierte sich der BFH auch relativ eindeutig dahingehend, dass 20 er die andauernde gewohnheitsrechtliche Entwicklung von GoB für abgeschlossen hielt. So heißt es in einer Entscheidung des I. Senats aus dem Jahr 1961, dass die Grundsätze ordnungsmäßiger Bilanzierung die Regeln seien, nach denen der Kaufmann zu verfahren hat, um zu einer dem gesetzlichen Zweck entsprechenden Bilanz zu gelangen, nicht aber die Regeln, die tatsächlich eingehalten werden. Für ihre Ermittlung könne freilich die tatsächliche Übung der Kaufleute eine wichtige Erkenntnisquelle sein; aber sie habe nicht die Kraft, Grundsätze ordnungsmäßiger Bilanzierung rechtsschöpferisch zu gestalten.²⁸¹ Damit wird der Vorstellung, dass der Handelsbrauch über die bereits seit *Paciolis* Zeiten entwickelten GoB noch neue, weitere Rechtsnormen hervorbringen könne, ein Riegel vorgeschoben.²⁸² Diese Auffassung überzeugt erst Recht, seit durch das BilRiLiG alle zentralen, zunächst ge-

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

278 Döllner BB 1959, 1217 (1220).

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

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

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

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

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

bb. Verunklarung durch Gesetzesrecht

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

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

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

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

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

cc. Exkurs: Rechtspolitischer Vorschlag

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

d. Akzeptanzprobleme infolge europäischer Beeinflussung

Als hinderlich für den Ausdifferenzierungsprozess des Bilanzrechts hat es sich da- 23 rüber hinaus erwiesen, dass es bereits zu einem Zeitpunkt detaillierten Vorgaben des europäischen Rechts unterworfen wurde, als die nationale Entwicklung des Rechtsgebiets noch in den sprichwörtlichen Kinderschuhen steckte.²⁸⁸ Damit ist der Umstand angesprochen, dass das BilRiG 1985 nicht nur erstmalig die auf nationaler Ebene bis dato erarbeiteten Bilanzierungsprinzipien zusammenführte, sondern auch und vor allem der Umsetzung der Vierten²⁸⁹, Siebenten²⁹⁰ und Achten²⁹¹ Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts diene. Weiter verfestigt wurde der europäische Einfluss als 2013 die Vierte Richtlinie vom 25.7.1978 (sog. Bilanzrichtlinie) und die Siebente Richtlinie vom 13.6.1983 (sog. Konzernbilanzrichtlinie) durch die konsolidierte Richtlinie 2013/34/EU²⁹² ersetzt wurden. Für das Verständnis der Defizite des heutigen Rechts spielt der Aspekt der frühen Europäisierung eine zentrale Rolle. Denn in der Folge hielten fremde, aus der anglo-amerikanischen Praxis stammende, Bilanzierungsvorstellun-

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

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

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

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

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

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

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

aa. Problematik der „großen Lösung“

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

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

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

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

bb. Zu weitgehender Einfluss des EuGH

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

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

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

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

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

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

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

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

cc. Widerspruch zur Verfasstheit der deutschen Wirtschaft

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

300 EuGH Urt. v. 7.12.2003 – C-306/99 („BIAO“) = ECLI:EU:C:2003:3 Rn. 70; EuGH Urt. v. 3.10.2013 – C-322/12 („Gimle“) = ECLI:EU:C:2013:632 Rn. 28; EuGH Urt. v. 15.6.2017 – C-444/16, C-445/16 („Immo Chiaradia SPRL“) = ECLI:EU:C:2017:465 Rn. 33.

301 EuGH Urt. v. 7.12.2003 – C-306/99 („BIAO“) = ECLI:EU:C:2003:3 Rn. 70; EuGH Urt. v. 3.10.2013 – C-322/12 („Gimle“) = ECLI:EU:C:2013:632 Rn. 28; EuGH Urt. v. 15.6.2017 – C-444/16, C-445/16 („Immo Chiaradia SPRL“) = ECLI:EU:C:2017:465 Rn. 33.

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

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

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

2. Der zukünftige Ausdifferenzierungsprozess

Die skizzierten Vergangenheits- und Gegenwartsprobleme lassen bereits Zweifel aufkommen, wie nachhaltig der bilanzrechtliche Ausdifferenzierungsprozess vonstatten geht. Hinzu treten aber noch eine Reihe grundsätzlicher Probleme des Normsetzungsprozesses. 29

a. Fehlende politische Aufmerksamkeit

Die Bilanzrechtsentwicklung wird zunächst durch den Umstand gehemmt, dass Fragen der Rechnungslegung – wie große Teile des sonstigen Unternehmensrechts – von geringem unmittelbarem Interesse für einen Großteil der Bevölkerung (= der Wähler) sind. *Culpepper* spricht insofern von „low political salience“.³⁰⁷ Das geringe öffentliche Interesse hemmt den Gestaltungswillen der Politik bzw. erstickt ihn 30

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

304 Vgl. zusammenfassend und den aktuellen Stand der Überlegungen wiedergebend *Schön*, in: FS K. Schmidt, 2019, 391; s. auch bereits *Hennrichs*, in: *Hennrichs/Schruff*, Stand und Perspektiven des europäischen Bilanzrechts, S. 11: Es gehe „bei Rechnungslegung stets auch um Information (Rechenschaftslegung durch Rechnungslegung). Diese steht aber in einem natürlichen Spannungsverhältnis zu grundsätzlich ebenfalls legitimen Geheimhaltungsinteressen der Unternehmen. Die Regulierung des Bilanzrechts steht insoweit vor der Herausforderung, das rechte Verhältnis zu finden zwischen ausreichender und getreuer Information der Abschlussadressaten einerseits und Geheimnisschutz der Unternehmen andererseits“.

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

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

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

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

b. Prozyklität von Regulierungsbemühungen

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

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

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

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

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

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

Schließlich entschied sich der Gesetzgeber zwar gegen ein ausschließlich aus 32 einem privatrechtlichen Gremium bestehendes Enforcement-System, etablierte jedoch stattdessen ein zweistufiges Verfahren, bei dem die Kontrolle auf erster Stufe durch eine private Einrichtung und erst auf zweiter Stufe durch die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) wahrgenommen wurde. Der privaten Prüfstelle wurde dabei eine starke Stellung zugesprochen. Zwar war gemäß § 107 WpHG a.F. grundsätzlich die BaFin für die Überprüfung der Rechnungslegung zuständig. Ihre Befugnisse waren jedoch bei Existenz einer Prüfstelle i.S.v. § 342b HGB a.F. (diese Rolle wurde durch die Deutsche Prüfstelle für Rechnungslegung e.V., DPR wahrgenommen) gemäß § 108 WpHG a.F. erheblich eingeschränkt. Zunächst wurde diese Ausgestaltung auch durchaus positiv aufgenommen.³¹⁶ Infolge des Skandals um die manipulierte Rechnungslegung der Wirecard AG wendete sich das Blatt jedoch, da das Bilanzrecht sprunghaft in den Blick der Öffentlichkeit rückte.³¹⁷

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

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

314 BGBl. I 2004, S. 3408.

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

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

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

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

c. Evolutionsdruck und Rechtfertigungszwang

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

318 BGBl. I 2021, S. 1534.

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

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

aa. Andauernder gesellschaftssektorieller Fragmentierungsprozess

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

bb. Rechnungslegungsregeln in der Globalisierungsdebatte

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

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

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

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

Die Rede war auch von einer „Kluft zwischen staatlichem Recht und den nichtstaatlichen Regeln von Handel und Wirtschaft, Technik und Sport“, einem „Hinterher- 40

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

340 Vgl. insofern auch *Gerum/Möller/Sheu* Zfbf 63 (2011), 534 (563); weiterhin dazu *Pellens/Fülber/Gassen/Sellhorn*, Internationale Rechnungslegung, S. 41 ff.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

347 *Schön* ZHR 161 (1997), 133.

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

cc. Kulmination im Komitologieverfahren

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

C. Schlussfolgerungen für den angestrebten Dogmatisierungsprozess

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

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

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

Teil 3 – Rechnungslegung und Rechtsfindungsmethode

§ 6 Die bilanzrechtliche Prinzipienorientierung

Um den Bedarf für den hier angestrebten Dogmatisierungsprozess aufzuzeigen und die unter § 5 C. skizzierten Thesen zu untermauern, werden nachfolgend die Besonderheiten der bilanzrechtsdogmatischen Methode herausgearbeitet. Da die Rechnungslegungsordnung in Deutschland mittels staatlichen Rechts erfolgt, ist dabei als selbstverständlich vorauszusetzen, dass Bilanzierungsfragen im Wege der Rechtsanwendung³⁶³ und damit der Gesetzesauslegung zu beantworten sind. Dies gilt auch im Hinblick auf die im Wege des Komitologie-Verfahrens in das europäische Recht überführten IFRS.³⁶⁴ Damit ist die Rechnungslegung tauglicher Gegenstand rechtsdogmatischen Denkens. Die Rechtsdogmatik umfasst Auslegung und Fortbildung der §§ 238 ff. HGB, wobei die allgemein anerkannten Grundsätze der juristischen Methodenlehre zugrunde zu legen sind.³⁶⁵ Durch diese Grundsätze werden zugleich die Grenzen des richterlichen Handelns definiert.³⁶⁶ Demnach ist der in den §§ 238 ff. HGB zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers zu ermitteln,³⁶⁷ wozu die herkömmlichen Auslegungsmethoden dienen.³⁶⁸ Insofern es um die Beantwortung schwieriger Bilanzierungsfragen geht, müssen bei der Rechtsanwendung aber die Besonderheiten des kodifikatorischen Ansatzes des Bilanzrechts einbezogen werden. Diese werden unter A. skizziert. Sofern man seine Besonderheiten unter einen Begriff fassen möchte, liegt es nahe, das Bilanzrecht unter Rückgriff auf die Regulierungstheorie als prinzipiengeleitete Kodifikation einzuordnen (B.). Die eigentliche Besonderheit des Bilanzrechts besteht aber darin, dass die grammatikalische Normauslegung kaum weiterführt (§ 7 A). Vielmehr greift die Praxis primär auf eine hier als „außerpositivistisch“ eingeordnete Methode zurück, bei welcher der Bedeutungsinhalt eines Bilanzierungsprinzips unter Rückgriff auf

363 Bydlinski/Bydlinski, Methodenlehre, S. 24 definieren diesen Akt treffend also die „Überbrückung zwischen generell-abstrakter Norm und konkretem Sachverhalt“.

364 Merkt, in: Hopt, HGB, Einleitung vor § 238 Rn. 71.

365 Vgl. ausführlich Hennrichs, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, § 9 Rn. 50; ders., Wahlrechte im Bilanzrecht, S. 79 ff.; ders./Pöschke Der Konzern 2009, 532; Hommelhoff, in: Kleindiek/Oehler, Die Zukunft des deutschen Bilanzrechts, S. 141 (146); Großfeld NJW 1986, 955.

366 Hennrichs/Pöschke, Der Konzern 2009, 532 (535).

367 Vgl. allgemein z.B. BFH Urt. v. 20.11.2019 – XI R 46/17 = BFHE 266, 241 = BStBl. II 2020, 195 = DStR 2020, 378 Rn. 25.

368 Im Hinblick auf das (Handels- und Steuer-) Bilanzrecht vgl. etwa BFH Urt. v. 1.12.1998 – VII R 21/97 = BFHE 187, 177 = DStRE 1999, 603 (604); BFH Beschl. v. 21.7.2016 – IV R 26/14 = BFHE 254, 371 = BStBl. II 2017, 202 = DStR 2016, 2516 Rn. 36 f.; BFH Urt. v. 20.11.2019 – XI R 46/17 = BFHE 266, 241 = BStBl. II 2020, 195 = DStR 2020, 378 Rn. 25; Merkt, in: Hopt, HGB, Einleitung vor § 238 Rn. 46; Leffson, Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung, S. 29 ff.; Knobbe-Keuk, Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht, S. 42; Siebler, Internationalisierung der Rechnungslegung, S. 198.

einen im Dialog der Rechtsanwender erarbeiteten und vertieften Konsens bestimmt wird (§ 7 B).

A. Bloße Regelungstupfer

- 2 Die Bilanzrechtsdogmatik, als rechtswissenschaftliche Beschäftigung mit dem geltenden Bilanzrecht, steht vor der Schwierigkeit, dass das Kern-Bilanzrecht aus wenigen Vorschriften besteht. Zudem beschränkt sich der Kern des (Handels-)Bilanzrechts sowohl auf nationaler (§§ 238 ff. HGB) als auch auf europäischer Ebene – bildlich gesprochen – auf bloße „Regelungstupfer“. Die Regelungen, die sozusagen den Allgemeinen Teil des Bilanzrechts bilden sollten, in dem man die Verortung der zentralen Prinzipien erwarten würde, an denen sodann eine Dogmatik anknüpfen könnte, weisen einen denkbar hohen Abstraktionsgrad auf. Die wesentlichen Abbildungsmaximen werden im HGB nur in Form unscharfer Begrifflichkeiten, als unbestimmte Rechtsbegriffe, wiedergegeben.³⁶⁹ So enthält die Bilanz-Richtlinie 2013/34/EU etwa zwar eine Definition des Anlagevermögens (Art. 2 Nr. 4) sowie der Anschaffungs- (Art. 2 Nr. 6) und Herstellungskosten (Art. 2 Nr. 7). Die Regelung des Vorsichtsprinzips ist für sich genommen aber von geringer Aussagekraft, obschon sich das Vorsichtsprinzip auf den Realisationszeitpunkt auswirkt, der seinerseits über den Gewinnausweis bestimmen soll (vgl. Art. 6 Abs. 1 c) i)). Spiegelbildlich hierzu verhält sich das HGB.³⁷⁰ Der HGB-Gesetzgeber hat zwar die Vorgaben des europäischen Rechts aufgegriffen, sie jedoch nur mit wenigen eigenständigen Konkretisierungen angereichert. Hand in Hand mit dem Fehlen von Definitionen geht, dass die Behandlung selbst ganz grundsätzlicher Abbildungsvorgänge im geltenden Recht nur rudimentär vorgeprägt wurde, insofern man etwa von den Vorgaben zum Ausweis von Rückstellungen (Art. 12 Abs. 12 der Bilanzrichtlinie 2013/34/EU bzw. § 249 HGB) absieht, welchen zumindest ein – beschränkter – Aussagegehalt zukommt. Insbesondere fehlt es aber auf nationaler Ebene ebenfalls an weitergehenden Maßgaben zum Wesensgehalt des Vorsichtsprinzips. Vielmehr drückt § 252 Abs. 1 Nr. 4 HGB sowohl, in seinem Halbsatz 1, das sog. Vorsichtsprinzip als auch, in Halbsatz 2, das Realisationsprinzip aus. Zum Realisationsprinzip heißt es in § 252 Abs. 1 Nr. 4 HGB apodiktisch: „Gewinne sind nur zu berücksichtigen, wenn sie am Abschlußstichtag realisiert sind.“ Dabei handelt es sich bei Vorsichts- und Realisationsprinzip mit um die zentralen Abbildungsmaximen. Je nachdem, wie

369 Vgl. Hennrichs/Schruff, Stand und Perspektiven des europäischen Bilanzrechts, S. 19: Es fehlten in den die bilanzrechtlichen Grundbegriffe wiedergebenden Gesetzesnormen zu vielen dieser Begriffe aussagekräftige Definitionen, aus denen sich erste „bilanzrechtliche Weichenstellungen“ ableiten lassen; s. auch Adler/Düring/Schmaltz, § 243 Rn. 6; Siebler, Internationalisierung der Rechnungslegung, S. 197.

370 Vgl. zu den nachfolgenden Beispielen auch Pöschke, in: Staub, HGB, § 238 Rn. 43.

man § 252 Abs. 1 Nr. 4 HGB versteht, ergeben sich, wie noch zu zeigen sein wird, grundlegende bilanzrechtliche Weichenstellungen. Es stellt sich daher zwingend die Frage, zu welchem Grad überhaupt eine dogmatische Arbeit mit § 252 Abs. 1 Nr. 4 HGB möglich ist.

B. Nähere begriffliche Kategorisierung

I. Abstellen auf die Regulierungstheorie

Ein Regelungskonvolut, welches wie das Bilanzrecht vor allem offen normative Begriffe³⁷¹, also unbestimmte Rechtsbegriffe³⁷² und Generalklauseln³⁷³, enthält, lässt sich begrifflich bekanntlich als „prinzipienbasierte“ Regelung kategorisieren.³⁷⁴ Im Rechnungslegungskontext wird das so genannte „principles-based accounting“ dabei zumeist mit einer Rechnungslegung auf der Grundlage der IFRS oder des in den Bilanzrichtlinien bzw. im HGB verfolgten Regelungsmodells gleichgesetzt, wohingegen die Rechnungslegung nach US-GAAP als „rules-based accounting“ bezeichnet wird. Die gewählten Begriffe haben aber ohnehin zunächst einmal nur den Zweck, bestimmte Eigenschaften von Rechtssätzen deskriptiv zu erfassen: „Standards“ bzw. „Principles“ oder „Prinzipien“ sollen unbestimmt gehaltene, wertungsoffene Rechtssätze umschreiben, wohingegen „rules“ oder „Regeln“ Rechtssätze bezeichnen, die unmittelbar subsumtionsfähig sind, ohne dass noch eine nähere Konkretisierung erforderlich wäre.³⁷⁵

II. Bedeutungsgehalt der „Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung“

Anknüpfend an I. wird vorgeschlagen, im bilanzrechtsdogmatischen Diskurs die Bezeichnung „Prinzipien“ als vorzugswürdiges Synonym für die (kodifizierten) Grund-

371 Rütters/Fischer/Birk Rechtstheorie, § 5 Rn. 183: „Wertbegriffe“, denen ein Element der „evaluativen Offenheit“ innewohnt.

372 Hier zugrundegelegt wird das Begriffsverständnis von Groh, in: Weber Rechtswörterbuch, 28. Ed. 2022, „Unbestimmte Rechtsbegriffe“ als in gesetzlichen Tatbeständen verwendete Rechtsbegriffe mit einem vagen, mehrdeutigen oder nicht abschließend aufgezählten Inhalt.

373 Hier zugrundegelegt wird das Begriffsverständnis von Groh, in: Weber Rechtswörterbuch, 28. Ed. 2022, „Generalklauseln“ als Regelungen, die durch ihre wenig detaillierte Ausgestaltung darauf angelegt sind, möglichst viele Tatbestände zu erfassen.

374 Vgl. nur Binder, Regulierungsinstrumente und Regulierungsstrategien, S. 174 f.; Weber-Rey ZGR 2010, 543 (563). Allerdings ist die Terminologie nicht einheitlich. Binder, Regulierungsinstrumente und Regulierungsstrategien, S. 175 f. weist zutreffend darauf hin, dass der Begriff „principle“, genau wie der Ausdruck „Prinzip“, auch für ungeschriebene Rechtssätze verwendet wird; vgl. auch Weber-Rey ZGR 2010, 543 (563): Prinzipienbasiert bedeute, dass der regulatorische Rahmen im Wesentlichen aus abstrakt-generell formulierten Grundsätzen besteht, die ausfüllungsbedürftig bzw. konkretisierbar sind. Regelbasierte Regulierung hingegen wende sich auch Einzelfällen zu und sei damit detaillierter und oft sehr kasuistisch ausgestaltet.

375 Vgl. Armour/Hansmann/Kraakman, in: Anatomy of Corporate Law, S. 32 f.

sätze ordnungsmäßiger Buchführung zu verwenden. Denn bei näherer Betrachtung geht der Begriff der „Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung“ in der Kategorie „Prinzipien“ auf, weshalb hier, obschon er im Gesetz weiterhin verwendet wird (vgl. § 5 B. II. 1. c.), dafür optiert wird, ihn im Interesse einer leichteren Verständigung fallen zu lassen. Dafür spricht, dass die Suche nach Beispielen für „ungeschriebene“ GoB angesichts der Regelungsstruktur des geschriebenen Bilanzrechts wohl zwingend ergebnislos bleiben muss. Aufgrund seiner prinzipienorientierten Verfassung sind die bilanzrechtlichen Normen des HGB nicht darauf angelegt, einen fest umrissenen Sachverhalt zu adressieren. Vielmehr handelt es sich um ausfüllungsbedürftige Wertmaßstäbe, die – worauf noch näher einzugehen sein wird – konkretisiert und gegeneinander abgewogen werden müssen, um so inhaltlich ausgefüllt zu werden. Dieser Regelungsansatz bedingt – zumindest der Theorie nach – ein lückenloses System, in dem die Figur ungeschriebenen Rechts denklogisch ausgeschlossen ist.

- 5 Dies lässt den Schluss zu, dass den in §§ 238 Abs. 1 Satz 1, 243 Abs. 1 HGB enthaltenen Generalverweisen auf die „Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung“ kein greifbarer eigenständiger Bedeutungsgehalt mehr zukommen kann. Es lässt sich zwar weiterhin sagen, dass der Ausdruck „Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung“ selbst einen unbestimmten Rechtsbegriff darstellt,³⁷⁶ dieser Begriff lässt sich aber (allein) aus dem Inhalt der handelsrechtlichen Vorschriften, insbesondere den allgemeinen Ansatz- und Bewertungsgrundsätze, heraus definieren.³⁷⁷ Die Aussage, das Handelsbilanzrecht sei erst *aufgrund* der Generalverweise lückenlos,³⁷⁸ trifft mithin nicht zu. Die GoB sind nicht außerhalb der Gesetzesvorschriften,³⁷⁹ sondern in ihnen zu suchen. All dies hat zugleich zur Folge, dass das Anliegen, den unbestimmten Rechtsbegriff „Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung“ näher konkretisieren zu wollen, heute ohne eigenen Erkenntniswert bleiben muss. Die Aussagen der §§ 238 Abs. 1 Satz 1, 243 Abs. 1 HGB sind allein noch programmatisch zu verstehen, insofern, als sie den besonderen Regelungsansatz des Bilanzrechts aufzeigen und dem Rechtsanwender die damit verbundenen methodischen Schwierigkeiten vor Augen führen.
- 6 Bei der Ermittlung einer konkreten Bilanzierungsregel helfen die genannten Regelungen hingegen nicht (mehr) weiter.³⁸⁰ Die Nichttextistenz ungeschriebener GoB hat

376 Merkt, in: Hopt, HGB, § 238 Rn. 12; Pöschke, in: Staub, HGB, § 238 Rn. 42; Hennrichs, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, § 9 Rn. 50; Justenhoven/Usinger, in: BeckBilKomm, § 243 HGB Rn. 12; Kirsch/Höbner, in: Baetge/Kirsch/Thiele, BilKomm, Einf Rn. 43; diese Qualifikation geht wohl auf Leffson, Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung, S. 21, zurück, laut Pöschke, in: Staub, HGB, § 238 Rn. 42 ist sie heute nahezu allgemein anerkannt.

377 Hennrichs/Pöschke, Der Konzern 2009, 532 (535).

378 So aber noch Hommel, Bilanzierung für Dauerschuldverhältnisse, S. 5.

379 So aber Hommel, Bilanzierung für Dauerschuldverhältnisse, S. 5; vgl. auch Baetge/Kirsch/Thiele, Bilanzen, S. 107.

380 Ähnlich Hennrichs/Pöschke, Der Konzern 2009, 532 (535).

unmittelbare praktische Konsequenzen: Sofern in der betriebswirtschaftlichen Literatur die Rede davon ist, die gesetzlichen Festlegungen im Wege der Herausarbeitung „neuer“ GoB konkretisieren zu wollen, sind die dabei erarbeiteten Ergebnisse nicht notwendigerweise als juristisch „falsch“ zu qualifizieren. Um Missverständnisse und Fehlentwicklungen zu korrigieren, sollte für das gewählte Vorgehen jedoch zwingend eine andere Bezeichnung gewählt werden. Denn aus rechtswissenschaftlicher Sicht steht jedenfalls fest, dass sich die vermeintlich „ungeschriebenen GoB“ nicht in Widerspruch zum geltenden Recht setzen könnten: Weder die kaufmännische Praxis noch die Fachkompetenz der Betriebswirtschaftslehre können insofern rechtsschöpferisch wirken, als dass die daraus empirisch-induktiv oder betriebswirtschaftlich-deduktiv abzuleitenden Erkenntnisse für die Rechnungslegungspraxis verbindlich wären, auch wenn sie den geltenden handelsrechtlichen Vorschriften widersprechen.³⁸¹ Andernfalls würde eine ungebundene, freie Rechtsfortbildung zugelassen. Das HGB kann mit anderen Worten nicht „GoB-widrig“ sein.³⁸² Zulässig ist allein die rechtspolitisch fundierte Kritik am geltenden Recht. Jedenfalls im Rahmen der hiesigen Untersuchung wird deshalb, wenn Bezug auf die kodifizierten „Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung“ genommen wird, von Bilanzierungsprinzipien die Rede sein, um eine sachgerechte Differenzierung zu ermöglichen. Auf diese Weise wird zugleich die besondere Regulationsstruktur der §§ 238 ff. HGB und das damit einhergehende methodische Problem stärker unterstrichen. Aus rechtspolitischer Sicht wäre es sicherlich hilfreich, wenn im HGB *de lege ferenda* gänzlich davon abgesehen würde, auf die Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung zu verweisen. Diesem Wunsch entgegen steht jedoch die ungebrochene Bedeutung, welche dem Begriff in der Rechtspraxis (zu Unrecht) weiterhin zugemessen wird.

381 Pöschke, in: Staub, HGB, § 238 Rn. 44; Merkt, in: Hopt, HGB, § 238 Rn. 12.

382 Vgl. Pöschke, in: Staub, HGB, § 238 Rn. 44.

§ 7 Besonderheiten der Bilanzrechtsfindungsmethode

- 1 Eine prinzipienbasierte Regulierung ohne Konkretisierung (etwa mittels Rechtsverordnungen), wie wir sie insbesondere in § 252 HGB antreffen, ist für sich genommen keine echte bilanzrechtsspezifische Eigenart. Das eigentliche Problem der Bilanzrechtsdogmatik, ist – abgesehen vom Festhalten am problematischen GoB-Begriff – ein methodisches. Es ist darin zu sehen, dass die auf Prinzipien beschränkte Regelung mit einer Limitierung der Bilanzrechtsmethodik einhergeht. Damit ist der Umstand gemeint, dass der Inhalt der maßgeblichen Bilanzierungsprinzipien nicht aus dem Gesetz selbst gefolgert wird, sondern dass ein darüber außerrechtlich erzielter, historischer Konsens der Rechnungslegungspraxis maßgeblich ist. Es gibt mit anderen Worten kaum Anknüpfungspunkte für eine im eigentlichen Sinne wörtliche, historische oder herkömmliche teleologische Auslegung der Prinzipien. Das bedeutet zugleich, dass die Bindung an die Prinzipien nicht aus dem Gesetz gefolgert wird; sie gelten aus Sicht der Praxis nicht, weil eine rechtsetzende Autorität sie entworfen hat, sondern vor allem deshalb, weil sich ein Konsens über sie gebildet hat. Es handelt sich beim Bilanzrecht also gewissermaßen um „außerpositivistisches“ Recht. In der Folge ist ununterscheidbar, wo die bilanz-„rechtliche“ Argumentation aufhört und die „außerrechtliche“ beginnt. Nun handelt es sich bei dem Prinzip Konsensbildung statt Dogmatik nicht um ein Konzept, welches dem Handelsrecht gänzlich unbekannt ist. Wir reden hier also nicht von einem absoluten Fremdkörper. Darum geht es aber auch gar nicht. Worauf es eigentlich ankommt, sind die Auswirkungen dieser Spezialmethode auf die Möglichkeiten der Bilanzrechtsauslegung und -fortbildung. Denn in der Folge mangelt es an dogmatisch tragfähigen Möglichkeiten, um das Rangverhältnis von Vorsichts- und Realisationsprinzip näher zu bestimmen und so einen neuen schwierigen Fall wie die Mehrkomponentengeschäfte zu lösen. Stattdessen erreichen neue Auslegungsvorschläge für § 252 HGB faktisch allein über einen ständigen Gerichtsgebrauch Legitimität.

A. Grammatikalische Auslegung des Bilanzrechts

- 2 Zu betonen ist zunächst, dass trotz der aufgezeigten Besonderheiten bei einigen Fallkonstellationen keinerlei Unterschiede zwischen der Auslegung von Bilanzrechtsnormen und der Auslegung anderer Rechtsnormen bestehen. So ist etwa bereits dem Wortlaut der §§ 253, 255 HGB (relativ eindeutig) zu entnehmen, welche Vorgaben für den höhenmäßigen Ansatz von Vermögensgegenständen und Schulden gelten. Abgesehen davon, lässt sich aber angesichts des prinzipienbasierten Ansatzes kaum

eine Bilanzierungsentscheidung im Wege der „reinen Rechtsanwendung“³⁸³, d.h. unter Heranziehung einer unmittelbar einschlägigen gesetzlichen Regelung, treffen. Der erste Blick gilt dann immer dem unmittelbar auszulegenden, weil (vermutlich) anzuwendenden Bilanzierungsprinzip. Da die einzelnen Bilanzierungsprinzipien, wie aufgezeigt, nahezu ausschließlich aus unbestimmten Rechtsbegriffen und Generalklauseln bestehen, also (bewusste) „Ungenauigkeiten“ aufweisen, führen sprachliche Überlegungen insofern jedoch selten weiter. In der Folge sind die Erfolgsaussichten der wörtlichen („grammatischen“) Auslegung der Bilanzierungsprinzipien gering zu schätzen. Anders stellt sich die Lage in Bezug auf die korrespondierenden Normen im Bilanzsteuerrecht dar. Stellenweise sind diese weitaus ausführlicher verfasst, womit einhergeht, dass bereits auf sprachlicher Ebene gewichtige Weichenstellungen im Hinblick auf den Aussagegehalt der Regelungen erfolgt sind. Für das Handelsbilanzrecht bedeutet all dies aber in praxi, dass sich die herkömmliche Abgrenzung von Gesetzesauslegung und richterlicher Rechtsfortbildung nur bedingt durchführen lässt. Die Methodenlehre möchte insofern bekanntlich eine Differenzierung anhand der Wortlautgrenze, d.h. des äußersten Sinnes des Gesetzeswortlauts, vornehmen: Insofern sich die Rechtsanwendung innerhalb der Wortlautgrenze halte, finde eine bloße Gesetzesauslegung statt. Außerhalb davon sei das Gesetz lückenhaft, also planwidrig unvollständig, und es soll die richterliche Rechtsfortbildung in Form von Analogie und teleologischer Reduktion zulässig sein.³⁸⁴ Der Wortlaut der Bilanzierungsprinzipien des HGB ist jedoch planvoll unbestimmt. Hier ist ausgeschlossen, dass der Bereich der Rechtsfortbildung überhaupt erreicht wird. Demnach kommt von vornherein keine analoge Anwendung oder teleologische Reduktion eines Bilanzierungsprinzips in Betracht.³⁸⁵

B. Dominanz der außerpositivistischen Bilanzrechtsfindungsmethode

An die Stelle der grammatikalischen Auslegung tritt im Bilanzrecht – wie angesprochen – ein Umgang mit den Gesetzesnormen, der sich als „außerpositivistisch“ umschreiben lässt. Denn mit den herkömmlichen, auf rechtspositivistischen Überzeugungen beruhenden Begrifflichkeiten lassen sich die im Rahmen der Bilanzrechtsanwendung stattfindenden Entscheidungsvorgänge kaum erfassen. Näher verdeutlichen lässt sich dies, wenn man Umgang mit Bilanznormen in Kontrast setzt zu den Intentionen, welche der Rechtstheorie zufolge eigentlich hinter der Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe, Generalklauseln bzw. eines prinzipienba-

383 Hennrichs/Pöschke, in: Fink/Schultze/Winkeljohann, Bilanzpolitik und Bilanzanalyse nach neuem Handelsrecht, 2010, S. 47 (49); vgl. auch Pöschke, in: Staub, HGB, § 238 Rn. 43.

384 Zum Ganzen Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl. 1983, S. 30; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 377; Wank/Maties, Die Auslegung von Gesetzen, S. 81.

385 Vgl. zum Ganzen bereits Hennrichs/Pöschke, Der Konzern 2009, 532 (534).

sierten Ansatzes stehen. Dabei wird deutlich, dass mit einem prinzipienbasierten Ansatz im Allgemeinen zwei Dinge bezweckt werden: Einerseits geht es darum, bei der Rechtsanwendung Außeneinflüsse zuzulassen. Derartige Außeneinflüsse prägen auch die Bilanzrechtsanwendung, sogar geradezu im Übermaß. Andererseits nimmt die Rechtstheorie aber auch an, dass unbestimmte Rechtsbegriffe etc. für Innovationsoffenheit sorgen sollen, also die Anpassungsfähigkeit von Rechtsnormen an sich wandelnde gesellschaftliche Verhältnisse. Diese Zielsetzung wird zwar auch auf dem Gebiet des Bilanzrechts verfolgt, der tatsächliche Umgang mit den bilanzrechtlichen Normen erfolgt aber primär rückwärtsgewandt.

I. Intention hinter einer prinzipienbasierten Regulierung

- 4 Im Mittelpunkt einer prinzipienbasierten Regelung steht zunächst das Bestreben, die Regelungsmaterie gegenüber Einflüssen vonseiten der Rechtsanwender zu öffnen (1.). Daneben geht es aber auch darum, eine langfristige Flexibilität des Gesetzesrechts zu gewährleisten. Das Gesetzesrecht soll Innovationen aufnehmen und sich an wandelnde Verhältnisse anpassen können (2.).

1. Öffnung für Außeneinflüsse

- 5 Der Gesetzgeber will im Hinblick auf die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe und Generalklauseln, den Rechtsanwender und Richter damit betrauen, „die Zwecke und Ziele, die mit der Vorschrift im konkreten Fall verfolgt werden sollen, selbst zu definieren und unter ihnen abzuwägen“.³⁸⁶ Beispiel für eine nach diesen Grundsätzen ausgestaltete Norm ist § 138 Abs. 1 BGB, wo der Rechtsanwender den in Bezug genommenen, außerhalb der Rechtsordnung liegenden Wertungsrahmen, die „guten Sitten“, selbst definieren soll, bevor er anschließend den Sittenverstoß zu prüfen vermag. In seinem Ermessen, zu dem es hier gesetzlich autorisiert wird, soll das rechtsanwendende Organ dabei nicht völlig frei sein. Vielmehr soll es insbesondere an die Wertungen des Grundgesetzes gebunden sein und die Interessen der beteiligten Parteien abzuwägen haben.³⁸⁷ Vergleichbar dazu, wird im Hinblick auf einen prinzipienbasierten Regelungsansatz die Auffassung vertreten, dass das unterhalb der Ebene des Gesetzgebers verfügbare Praxiswissen beim Rückgriff auf Prinzipien stärker in den Prozess der Normkonkretisierung einfließen könne als bei einer Regelbasierung.³⁸⁸ Es schwinde beim prinzipienbasierten Ansatz, so *Binder*,

386 *Rüthers/Fischer/Birk Rechtstheorie*, § 5 Rn. 183.

387 *Rüthers/Fischer/Birk Rechtstheorie*, § 5 Rn. 183.

388 Vgl. *Binder*, *Regulierungsinstrumente und Regulierungsstrategien*, S. 192: „Im Rahmen der Auslegungspraxis durch Gerichte und sonstige Normanwender fließt eine Vielzahl situationsbezogener Erfahrungen und Wertungen in den Aussagegehalt von Standards ein, die in der Regelbildung nur schwer zu erfassen und zu kanalisieren wäre.“

implizit die Hoffnung mit, dass er die Rechtsanwender zur Mündigkeit erziehe, also eine verhaltenssteuernde Wirkung habe, weil er die Normadressaten mittelbar dazu anrege, selbst zu einer Optimierung des Regelwerks beizutragen. Durch Antizipation und Gewichtung von Grundsätzen seitens der Rechtsanwender solle die Rechnungslegung selbständig optimiert werden.³⁸⁹ In der Folge bedeute es für den Regelsetzer tendenziell einen geringeren Aufwand, „nur“ Prinzipien zu formulieren.³⁹⁰ Die Anreizwirkungen eines prinzipienbasierten Systems sollen sich dabei selbst auf Ebene der Rechtsdurchsetzung fortsetzen, indem auch hier zu einer reflektierten Entscheidungsfindung angeregt wird.³⁹¹ Zugleich soll eine prinzipienbasierte Regulierung die Anreize mindern, überhaupt eine Regelumgehung anzustreben. Denn, da es dabei zu geringeren Über- und Untersteuerungseffekten komme, seien sie besser dazu geeignet, „komplexe, ex ante kaum abstrakt definierbare Interessenlagen“ gerecht zu erfassen.³⁹²

2. Flexibilität und Innovationsoffenheit

Allein mit dem Verweis auf die Öffnung für Eigenwertungen der Rechtsanwender sind die mit Prinzipien verfolgten Absichten aber nur unzureichend beschrieben. Vielmehr und vor allem geht es darum, die Gesetzesmaterie zukunftsgerichtet zu flexibilisieren. So wird seitens der Rechtstheorie hinter einem Rückgriff des Gesetzgebers auf unbestimmte Rechtsbegriffe und Generalklauseln die Absicht vermutet, ein Rechtsgebiet für „veränderte Weltansichten und Wertvorstellungen“ offen zu halten.³⁹³ Das Gesetz solle durch die kalkulierten Unbestimmtheiten in Form von unbestimmten Rechtsbegriffe und Generalklauseln Elastizität gewinnen und damit die Fähigkeit erlangen, sowohl auf neue Sachverhalte als auch auf neue soziale und politische Wertvorstellungen angewendet zu werden.³⁹⁴ Dementsprechend sollen prinzipienbasierte Rechnungslegungsregeln der Theorie nach sicherstellen, dass das

389 Vgl. *Binder*, Regulierungsinstrumente und Regulierungsstrategien, S. 193.

390 *Binder*, Regulierungsinstrumente und Regulierungsstrategien, S. 192.

391 Vgl. *Armour/Hansmann/Kraakman*, in: *Anatomy of Corporate Law*, S. 33: „Standards [...] require courts (or other adjudicators) to become more deeply involved in evaluating and sometimes molding corporate decisions ex post“. Demgegenüber gelte für „rules“: „rules can be mechanically enforced, but require effort to be invested ex ante by rule-making bodies to ensure they are appropriately drafted“; ähnlich *Binder*, Regulierungsinstrumente und Regulierungsstrategien, S. 194: Bei einer Regelbasierung würden Abschlussprüfer und Gerichte dazu verleitet, „nur mehr die formale Vereinbarkeit von Bilanzierungspraktiken mit bilanzrechtlichen Regeln zu prüfen, ohne die materialen wirtschaftlichen Konsequenzen der jeweiligen Entscheidung hinreichend zu erörtern.“; s. auch *Hennrichs*, in: *Hennrichs/Schruff*, Stand und Perspektiven des europäischen Bilanzrechts, S. 6: Der Anwender werde bei einer Regelbasierung (ausschließlich) auf eine strikte Beachtung des Wortlauts verpflichtet, was sich leicht in Formalismus erschöpfen könne. Gerade die übermäßige Konzentration auf die Wortlautkonformität eröffne also den Raum für „kreative Bilanztricks“.

392 *Binder*, Regulierungsinstrumente und Regulierungsstrategien, S. 192; gleichgerichtet *Armour/Hansmann/Kraakman*, in: *Anatomy of Corporate Law*, S. 33.

393 *Rüthers/Fischer/Birk* Rechtstheorie, § 5 Rn. 174.

394 *Rüthers/Fischer/Birk* Rechtstheorie, § 5 Rn. 185.

Recht der Rechnungslegung über längere Zeiträume hinweg und auch im Angesicht der vielgestaltigen und veränderlichen Rahmenbedingungen des Wirtschaftslebens unverändert bleiben kann, wohingegen bei einem regelbasierten Rechnungslegungssystem ein ständiger Anpassungsbedarf zu befürchten wäre.³⁹⁵

- 7 *Hennrichs* bringt darüber hinaus vor, dass das mit einem regelbasierten System einhergehende Bedürfnis nach kontinuierlichen Anpassungen auf längere Sicht zu einer Überregulierung beitragen könne: Es drohe sich im regelbasierten System über die Jahre ein zumindest in Teilen widersprüchliches Regelungskonvolut aufzutürmen, welches dann selbst von Fachleuten kaum mehr zu erfassen sei.³⁹⁶

II. Im Kontrast dazu: Tatsächlicher Umgang mit §§ 238 ff. HGB

- 8 Auch hinter der besonderen Form der §§ 238 ff. HGB steht, wie bereits angedeutet, zweifellos die *Intention*, auf diese Weise die Beständigkeit der Rechtsnormen angesichts des raschen Flusses der wirtschaftlichen Entwicklung zu gewährleisten. Hier wird aber die These vertreten, dass die Prinzipienbasierung der §§ 238 ff. HGB tatsächlich zu etwas ganz anderem genutzt wird. In der alltäglichen Rechtsanwendung führt der bilanzrechtliche Regelungsansatz nämlich nur am Rande dazu, dass gewandelte tatsächliche Verhältnisse bei der Normauslegung zur Geltung gebracht werden. Vorrangig wird er dazu gebraucht, um den Sinngehalt der Normen anhand homogener Überzeugungen der (Bilanz-)Rechtsgemeinschaft zu rekonstruieren. Eine bestimmte Norminterpretation wird dabei plausibel und stabil durch den impliziten, vergangenheitsbezogenen Verweis auf ein bestehendes Bündel an geteilten Überzeugungen, dessen Gewichtung für den konkreten Fall nur jeweils angepasst werden muss. Dies hat zur Konsequenz, dass eine Normlektüre Außenstehender nahezu ohne Erkenntnisgewinn bleiben muss. Der anekdotische Befund, dass viele Juristen das Bilanzrecht als elitäre, wenig inklusive Materie wahrnehmen, wird dadurch jedenfalls teilweise erklärbar. Denn die Gesetzesauslegung vollzieht sich primär durch den Rückgriff auf einen außerrechtlichen Konsens der „eingeweihten“ Bilanzierungspraxis über die Rechnungslegungsgrundlagen, der im praktischen Diskurs immer wieder rekonstruiert wird. Dieser Diskurs wird hier als außerrechtliche „Grundlagenwissenschaft“ bezeichnet (1.). Dieses Vorgehen vermindert den Aussa-

395 Vgl. dementsprechend Begr. RegE BiRiLiG, BT-Drucks. 10/317, S. 68: „Die auch von der Sache her gebotene Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe ermöglicht zudem ein hohes Maß an Flexibilität. Dadurch werden auch in Zukunft für die Neubildung und Weiterentwicklung ergänzender Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung durch die kaufmännische Praxis Raum und Bedarf bleiben.“ S. auch *Adler/Düring/Schmaltz*, § 243 Rn. 7; *Justenhoven/Usinger*, in: BeckBilKomm, § 243 HGB Rn. 20; *Hennrichs*, in: *Tipke/Lang, Steuerrecht*, § 9 Rn. 51; *Siebler*, Internationalisierung der Rechnungslegung, S. 197; allgemein auch *Binder*, Regulierungsinstrumente und Regulierungsstrategien, S. 192; *Weber-Rey ZGR* 2010, 543 (564): „Grundsätzlich ist ein prinzipienbasierter Ansatz zu begrüßen, da [...] abstrakte Prinzipien in einem sich ständig wandelnden Markt oftmals viel beständiger sind als strikte Regeln.“

396 *Hennrichs*, in: *Hennrichs/Schruff, Stand und Perspektiven des europäischen Bilanzrechts*, S. 6, 8.

gegehalten einer Auslegung bilanzrechtlicher Normen, welche es sich zum Ziel setzt, den Willen des historischen Gesetzgebers zu erforschen (historische Auslegung), es ist aber geeignet, richterliches Ermessen im Rahmen der Fallentscheidung wirksam zu begrenzen (2.). Da diese spezifisch-bilanzrechtliche Methode im direkten Konflikt mit einer rechtspositivistischen Grundüberzeugung tritt, wird sie hier als „außerpositivistisch“ eingeordnet (3).

1. Identifikation einer „Grundlagenwissenschaft“

a. Akademischer Ursprung

Die gewählte Formulierung „Grundlagenwissenschaft“ ist hier nur in der Art eines Sammelbegriffs zu verstehen und soll keine inhaltliche Aussage transportieren. In diesem Sinne dient sie dazu, das Zusammenspiel von Wissenschaft, BFH-Rechtsprechung und moderner, „normativer“ Bilanzforschung zu bezeichnen, so wie es maßgeblich für das moderne Verständnis davon ist, was mit den kodifizierten Bilanzierungsprinzipien (vor allem Vorsicht, Imparität, Realisation) gemeint ist und in welchem Verhältnis sie zueinander stehen. Das moderne Verständnis vom Wesensgehalt der maßgeblichen Bilanzierungsprinzipien wird zunächst durch eine etwa als „Bilanztheorie“ (*Moxter*)³⁹⁷ bzw. „Theorie der Rechnungslegung“ (*Ballwieser*)³⁹⁸ bezeichnete akademisch-theoretische Auseinandersetzung mit der – wie *Wagner* betont, als Faktum bereits angetroffenen³⁹⁹ – Struktur der Bilanz und Praxis der Bilanzierung geprägt. In der Betriebswirtschaftslehre wird diese Auseinandersetzung auch als akademische Kritik an den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung umschrieben.⁴⁰⁰ Diese Kritik wird begründet durch die betriebswirtschaftliche Erforschung und Beschreibung einer „Natur der Sache“ der Handelsbilanz,⁴⁰¹ wobei im Ausgangspunkt primär die Überlegungen *Schmalenbachs* dazu, unter welchen Umständen bilanziell der wirtschaftliche Erfolg (im Gegensatz zum Vermögen⁴⁰²) der Unternehmung in einer Periode ermittelt werden kann, standen.⁴⁰³ Die Kritik entzündet sich dementsprechend an Diskrepanzen zwischen dem, was im Interesse einer besseren Betriebssteuerung bzw. Selbstinformation des Unternehmens vermittelt werden sollte, und dem, was tatsächlich vermittelt wird.⁴⁰⁴

397 Zur Bilanztheorie als Oberbegriff für die verschiedenen Forschungsansätze *Moxter* Zfbf-Sonderheft 32/1993, 61 (62).

398 *Ballwieser* Zfbf-Sonderheft 32/1993, S. 107 (109).

399 *Wagner* Zfbf-Sonderheft 32/1993, S. 1 (2).

400 So der geteilte Befund bei *Wagner* Zfbf-Sonderheft 32/1993, S. 1 (2); *Moxter* Zfbf-Sonderheft 32/1993, 61 (64); *Ballwieser* Zfbf-Sonderheft 32/1993, S. 107 (109).

401 *Beisse* StW 1984, 1 (6).

402 Vgl. dazu aber insbesondere *Simon*, Die Bilanzen der Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, S. 2 und *passim*.

403 Vgl. nur *Schmalenbach*, Dynamische Bilanz, S. 49.

404 Vgl. *Wagner* Zfbf-Sonderheft 32/1993, S. 1 (3); *Moxter* Zfbf-Sonderheft 32/1993, 61 (71).

- 10 Es geht also, wie es *Schön* ausdrückt, um der Bilanz attestierte Mängel⁴⁰⁵ oder, mit den Worten *Moxters*, um die Bekämpfung von Rechnungslegungsmythen⁴⁰⁶. Dementsprechend wurden Versuche unternommen, um Rechnungslegungsmodelle und -systeme zu entwerfen, welche ökonomisch „richtiger“ sind und den betriebswirtschaftlich erwünschten Bilanzfunktionen besser nachkommen können.⁴⁰⁷ Es geht dabei zunächst um „reine (absolute) betriebswirtschaftliche Theorie“⁴⁰⁸. Der Einfluss dieser akademischen Theorie auf die Verfassung des modernen deutschen Bilanzrechts ist aber nicht zu unterschätzen.⁴⁰⁹ Denn die theoretische Auseinandersetzung mit der Bilanzierung hat in Deutschland, wie *Michael Power* ausführt,⁴¹⁰ von Beginn an einen starken Praxisbezug aufgewiesen. Als Grund hierfür wird von *Power* neben der historischen Bedeutung der Handelshochschulen ein gewisser Gemeinsinn angeführt. Die Herausbildung der Funktionsbedingungen der Wirtschaft sei als Gemeinschaftsprojekt angesehen worden, was dazu geführt habe, dass Menschen wie *Schmalenbach* im Vergleich zu England eine stärkere Integration in den Regulierungsprozess und Anerkennung ihrer Arbeitsergebnisse von institutioneller Seite erfuhren, wohingegen der Einfluss der großen Abschlussprüfungsunternehmen auf den Regelsetzungsprozess geringer geblieben sei. Vor allem aber ist sowohl aufseiten des Gesetzgebers als auch der Bilanzierungspraxis eine hohe Bereitschaft vorhanden, die theoretischen Erkenntnisse auch zu berücksichtigen.⁴¹¹

405 Vgl. *Schön* ZHR 161 (1997), 133 (146).

406 Vgl. *Moxter* BB 2000, 2143; vgl. konkret auch etwa *Wüstemann/Wüstemann* Zfbf 79 (2009), 31 (49) unter Bezugnahme auf *Leffson*, Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung, S. 279: Es lasse sich wohl kaum bestreiten, dass nach den Grundsätzen ordnungsgemäßer Gewinnrealisierung ein Jahresergebnis vermittelt wird, das als Maßgröße des wirtschaftlichen Erfolgs „unbrauchbar“ ist.

407 *Moxter* Zfbf-Sonderheft 32/1993, 61 (71).

408 *Beisse* StuW 1984, I (11).

409 Vgl. allgemein zum Zusammenhang zwischen der regionalen akademischen Auseinandersetzung mit der Rechnungslegung und der dort geltenden Verfassung des Rechnungslegungsstandardsystems *Power*, in: *Leuz/Pfaff/Hopwood*, The Economics and Politics of Accounting, S. 376 (376): „the role, or lack of role, of academics, whether temporary or institutionalized, as individuals or as groups, says much about the style of rule making in an accounting jurisdiction and provides a specific standpoint from which broader differences in accounting regulatory systems can be understood“.

410 *Power*, in: *Leuz/Pfaff/Hopwood*, The Economics and Politics of Accounting, S. 376 (380). Bei *Power*, in: *Leuz/Pfaff/Hopwood*, The Economics and Politics of Accounting, S. 376 (382) heißt es weiterhin: „the German accounting academic is embedded in a field which is closer in orientation to policy matters, in values and temperament, than the operational environment of his English counterpart“.

411 *Power*, in: *Leuz/Pfaff/Hopwood*, The Economics and Politics of Accounting, S. 376 (386) schreibt: „German industry accepts the scientific role of the German academic that is, as a critical but ultimately consensual contributor. The English academic does not function in such a clear system of values. Instead it is the accounting firms which have established themselves as authorities in the market for interpretations, mediating the views of their powerful clients.“ Vgl. auch *McLeay/Ordleheide/Young*, in: *Leuz/Pfaff/Hopwood*, The Economics and Politics of Accounting, S. 285 (312): „While the academic community on its own appears to have exerted relatively little influence over the decisions of the legislative body, academic experts acting in unison through a formal lobbying group appear to have derived significant influence through their contribution to a process in which agreement between lobbyists was a key feature of accounting lawmaking. Finally, additional tests indicate that industry's relative power was largely restricted to format and disclosure issues, again depending crucially on the support of either the academic or auditor groups.“

b. Fortleben in der BFH-Rechtsprechung

Das akademisch vorgeprägte Verständnis vom Gehalt der Bilanzierungsprinzipien wird in Deutschland sodann durch die Finanzgerichtsbarkeit in einem praktischen Diskurs beständig rekonstruiert (vgl. zu diesem Aspekt bereits § 5 B. I. 2.). Sobald sich in der Finanzgerichtsbarkeit ein fester Gerichtsgebrauch etabliert hat, werden die Rechtsanwender diesen reflexartig heranziehen, sofern sie zwischen mehreren tauglichen Hypothesen zum Inhalt einer Rechtsnorm rechtlich selektieren müssen.⁴¹² Die Wirkungsmacht von BFH-Entscheidungen wird dabei durch die Besonderheiten finanzgerichtlicher Verfahren bekanntlich noch erheblich verstärkt, da die für das jeweilige steuerrechtliche Sachgebiet zuständigen Vertreter der obersten Finanzbehörden des Bundes und der Länder durch die vorbehaltlose Veröffentlichung einer BFH-Entscheidung im BStBl. II eine Anweisung an die nachgeordneten Dienststellen der Finanzverwaltung zum Ausdruck bringen, die in der jeweiligen Entscheidung enthaltenen Rechtsgrundsätze auf gleichgelagerte Sachverhalte allgemein – über den entschiedenen Einzelfall hinaus – anzuwenden.⁴¹³ Aus methodischer Sicht ist dies auch grundsätzlich gerechtfertigt, da so dem Ziel der Vermeidung von Wertungswidersprüchen Rechnung getragen wird, in dem wiederum der Grundsatz des Gleichmaßes, wonach Gleiches gleich, Ungleiches entsprechend seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln ist, zum Ausdruck kommt.⁴¹⁴ Allerdings kommt den letztinstanzlichen Entscheidungen hierdurch eine faktisch „normerzeugende und gesetzseroderierende“ Wirkung zu.⁴¹⁵

2. Auswirkungen

In der alltäglichen Bilanzrechtsanwendung wirkt sich das beschriebene Zusammen- treffen von prinzipienbasiertem Regelbestand, (ehemals) einflussreicher Bilanzfor- schung und finanzgerichtlicher Rechtsprechung in zweierlei Hinsicht aus. Insofern bei der Gesetzesauslegung ein impliziter Konsens der Praxis über die Rechnungsle- gungsgrundlagen zugrunde gelegt wird, wird im Regelfall das richterliche Ermessen im Rahmen der Fallentscheidung ebenso effektiv eingeschränkt, wie durch die herkömmlich rechtswissenschaftlich definierten Grenzen. Denn die „Unbestimmt- heit“ bilanzrechtlicher Normen ist dann gar nicht primär darauf angelegt, Eigen- wertungen des Rechtsanwenders zu ermöglichen. Sie verweist vielmehr auf ein

412 Vgl. allgemein *Rüthers/Fischer/Birk* Rechtstheorie, § 6 Rn. 233, 235 ff.

413 BFH Urt. v. 31.8.2011 – X R 19/10 = BFHE 234, 420 = BStBl. II 2012, 190 = DStR 2012, 17 Rn. 25.

414 *Bydlinski/Bydlinski*, Methodenlehre, S. 46 f.

415 So allgemein im Hinblick auf die Gefahren eines ständigen Gerichtsgebrauchs *Rüthers/Fischer/Birk* Rechtstheorie, § 6 Rn. 491.

„vorrechtliches“⁴¹⁶ Verständnis von den Rechnungslegungsgrundlagen und nur eine Norminterpretation, welche dieses Verständnis berücksichtigt, erscheint plausibel und stabil. Es besteht aber die Gefahr, dass die Auslegung (neu geschaffener) unmittelbar subsumtionsfähiger Bilanzrechtsnormen über diese explizite Rückbezogenheit vernachlässigt wird.⁴¹⁷ Die methodische Arbeit mit dem Gesetz droht auf eine Betrachtung des „großen Ganzen“ reduziert zu werden, obschon ein prinzipienbasiertes Regulierungssystem die Rechtsanwender doch – wie aufgezeigt – gerade zu Differenzierungen anhalten sollte. Eine weitere Auswirkung ist, dass die Suche nach einer (problemrelevanten) Absicht des historischen Gesetzgebers, also die historische Auslegung, an Grenzen stoßen muss, da der Gesetzgeber sich weitgehend implizit darauf beschränkt hat, auf den bereits existierenden außerrechtlichen bilanzierungspraktischen Konsens zum Wesensgehalt der (neu kodifizierten) Bilanzierungsprinzipien zu verweisen. Anders fällt die Bewertung nur im Hinblick auf die vom BilMoG und den nachfolgenden Reformprojekten betroffenen Regelungskomplexe aus. Insbesondere enthalten die Gesetzesmaterialien zum BilMoG konkrete Stellungnahmen im Hinblick auf einzelne bilanzielle Wahlmöglichkeiten, die im Zuge der Reform entfallen sollten. Im Zuge dessen kam der Gesetzgeber nicht umhin, (indirekt) auch zu einzelnen grundlegenden Bilanzierungsprinzipien Stellung zu nehmen. Darüber hinaus gilt wiederum, dass im Steuerbilanzrecht häufig auf eine erkennbare gesetzgeberische Zweckbestimmung, also eine „subjektive“ Auslegung,⁴¹⁸ zurückgegriffen werden kann. Dies liegt nicht zuletzt darin begründet, dass sich das Bilanzsteuerrecht der allgemeinen Eingriffsverwaltung zuordnen lässt und deren feste, vom BVerfG ausdifferenzierte Zwecke teilt.

3. Einordnung als „außerpositivistisch“

- 13 Aus rechtstheoretischer Sicht tritt die skizzierte bilanzrechtliche Methode in einen Konflikt zum Postulat eines gesetzessystematischen Rechtsdenkens. Aus dem Blickwinkel des Rechtspositivismus muss der Bindungsgrund einer Norm „aus dem Gegenstand der Bindung selbst, dem Gesetz“ folgen. „Das Gesetz muss gleichsam für sich selbst sprechen und den „Willen“ des Gesetzgebers allein repräsentieren.“⁴¹⁹ Das Recht wird so, wie es *Dreier* ausdrückt, von den „Interventionen durch Theologie

416 Vgl. allgemein zur Beeinflussung der Sinndeutung von Gesetzestexten durch die weltanschaulichen Vorverständnisse seiner Autoren und Interpreten: *Rüthers/Fischer/Birk* Rechtstheorie, § 5 Rn. 173.

417 Ähnlich *Hennrichs*, Wahlrechte im Bilanzrecht, S. 84.

418 Vgl. zur Unterscheidung zwischen „subjektiver“ und „objektiver“ historischer Auslegung nur *Bydlinski/Bydlinski*, Methodenlehre, S. 35.

419 *Forgó/Somek*, in: *Neue Theorien des Rechts*, S. 123 (128). *Kelsen*, Reine Rechtslehre (Studienausgabe), S. 45 ff., 219 geht bekanntlich davon aus, dass eine die Normativität begründende Grundnorm vorgebe, dass „man sich so verhalten soll, wie es einer tatsächlich gesetzten, im großen und ganzen wirksamen Verfassung und daher den gemäß dieser Verfassung tatsächlich gesetzten, im großen und ganzen wirksamen Normen entspricht“.

und Moralphilosophie“ befreit. Denn danach besteht zwischen positivem Recht und „Moral“ kein notwendiger Zusammenhang.⁴²⁰ Bei der bilanzrechtlichen Methode wird die Existenz einer Recht setzenden Autorität zwar nicht grundlegend in Zweifel gezogen, der eigentliche Bindungsgrund einer Norm wird aber anders rekonstruiert: Anstatt primär auf den Willen des Gesetzgebers abzustellen, wird die Bindung einer bestimmten Norminterpretation maßgeblich daraus abgeleitet, dass sie kohärent ist mit den homogenen Überzeugungen der Rechtsgemeinschaft. Es wird hier mit anderen Worten stillschweigend auf eine allseitige Gewissheit im Hinblick auf bestimmte Grundfragen der Rechnungslegung verwiesen, um die Bindungskraft der kodifizierten Bilanzierungsprinzipien zu begründen. Da sie es unmöglich macht, explizit „rechtliche“ von außerrechtlichen Argumenten zu scheiden, kann man sie einem „außerpositivistischen“ Rechtsdenken zuordnen.

C. Zusammenfassung

1. Seitdem die Rechnungslegung „verrechtlicht“ wurde, also spätestens seit der Integration des bilanzrechtlichen Regelkorsetts in das HGB durch das BilRiLiG, gilt im Ausgangspunkt, dass die Beantwortung konkreter Bilanzierungsfragen zur Rechtsdogmatik zählt. Es hat sich aber gezeigt, dass die Auslegung bilanzrechtlicher Normen bei näherem Hinsehen erheblich vom allgemeinen rechtsdogmatisch-methodischen Vorgehen abweicht. Dem zugrundeliegt, dass sich kaum eine Bilanzierungsentscheidung treffen lässt, indem auf eine einzige, unmittelbar einschlägige gesetzliche Regelung in den §§ 238 ff. HGB abgestellt wird, da sich sowohl der europäische als auch der nationale Bilanzrechtsgesetzgeber weitgehend darauf beschränkt haben, abstrakte Grundsätze zu kodifizieren. 14
2. Auch eine wörtliche oder historische Auslegung der kodifizierten Bilanzierungsprinzipien ist kaum einmal zielführend. Vielmehr wird die These vertreten, dass der Rechtsanwender durch die Unbestimmtheit bilanzrechtlicher Normen auf sein außerrechtlich gebildetes Verständnis von den Rechnungslegungsgrundlagen zurückverwiesen wird. Dieses Verständnis vom Sinngehalt der Bilanzierungsprinzipien – und damit der bilanzrechtlichen Normen – wird ohne verwertbare Vorgaben des Gesetzgebers in einem praktischen Diskurs rekonstruiert, der sich als eine Art „Grundlagenwissenschaft“ umschreiben lässt. Schlussendlich geht es darum, einen Konsens der Bilanzrechtsgemeinschaft zu finden und zu bestätigen. Eine bestimmte Norminterpretation wird dabei durch den impliziten, vergangenheitsbezogenen Verweis auf ein bestehendes Bündel an geteilten Überzeugungen, dessen Gewichtung 15

420 Dreier NJW 1986, 890: Die materiale Richtigkeit einer Norm oder einer Normenordnung wird ausklammert; vgl. auch Forgó/Somek, in: Neue Theorien des Rechts, S. 123 (125).

nur jeweils angepasst werden muss, plausibel und stabil. Die so umrissene bilanzrechtliche Methode ist nicht mit einer gesetzessystematischen rechtstheoretischen Grundüberzeugung vereinbar. Zwar wird bei ihr die Existenz einer Recht setzenden Autorität nicht grundlegend in Zweifel gezogen, es wird dem Einfluss dieser Autorität bei der Rekonstruktion des zur Bindung einer Norm führenden Entscheidungsvorgangs aber ein geringeres Gewicht zugemessen als der Frage, ob die Norm kohärent ist mit den homogenen Überzeugungen der Anwendergemeinschaft.

Teil 4 – Defizite der Bilanzrechtsdogmatik

Wenn man Mehrkomponentengeschäfte betrachtet, lässt sich, so die dem Folgeabschnitt der Arbeit zugrundeliegende These, konkret aufzeigen, dass die Abbildungslösungen für die „harten Fälle“ der Ertragsrealisation aufgrund der in Teil 3 aufgezeigten methodischen Besonderheiten der Bilanzrechtsdogmatik nicht auf rechtswissenschaftlich tragfähigem Weg erarbeitet werden. Die Mehrkomponentengeschäfte helfen also dabei, näher zu begründen, weshalb es des Dogmatisierungsprozesses bedarf, welchen die Arbeit vorprägen möchte. Mehrkomponentengeschäfte werden in der Arbeit – in Anlehnung an den von *Ronald Dworkin* geprägten Begriff – als Hard Case verstanden, da sie Fragen aufwerfen, die sich auf den Vagheitsbereich des Bilanzrechts beziehen. Denn zu der die Praxis umtreibenden Frage, wie man Mehrkomponentengeschäfte bilanziert, gibt es im HGB keine eindeutigen Antworten. Es hat sich auch noch keine gefestigte Rechtsprechung, also ein ständiger Gerichtsgebrauch, etabliert. Der ihnen zukommende Status eines Hard Case prädestiniert Mehrkomponentengeschäfte dazu, sie in der Arbeit als Mittel zum Zweck einzusetzen: Anhand von ihrer Behandlung lässt sich untersuchen, ob die Abbildungslösungen, welche das Bilanzrecht für seine harten Fälle findet, auf rechtswissenschaftlich tragfähigem Weg erarbeitet werden bzw. anhand des geltenden Rechts (insbesondere anhand von § 252 HGB – Vorsichts- und Realisationsprinzip) erarbeitet werden können. Zu einigen der sich bei der Bilanzierung von Mehrkomponentengeschäften stellenden Teilprobleme kann die Rechtsdogmatik nicht viel beitragen,⁴²¹ andere berühren aber – wie noch näher aufgezeigt wird – Kernprobleme der rechtswissenschaftlichen Auseinandersetzung mit dem Handelsbilanzrecht.

421 Dies gilt insbesondere für die Frage, woran man sich bei der Aufteilung eines vom Kunden für das Geschäft gezahlten Gesamtpreises orientieren kann. In der Literatur wird (zurecht) davon ausgegangen, dass man sich dabei primär an vertraglich vereinbarten „Einzelpreisen“ orientieren muss und sekundär der Gesamtpreis entsprechend der Marktpreise (bzw. Einzelverkaufspreise) der einzelnen Leistungskomponenten aufzuteilen ist (vgl. im Detail *Joisten*, Mehrkomponentengeschäfte, S. 234 ff.; *Wirth*, Die Bilanzierung von Mehrkomponentengeschäften, S. 113 f., 171; *Wüstemann/Wüstemann Zfbf* 79 (2009), 31 (44); *Herzig/Joisten*, in: FS Krawitz, 2010, S. 83 (89 f.); *dies.*, Ubg 2010, 472 (476); *Schuster* Ubg 2013, 312 (315); *Baumeister/Knobloch* DB 2016, 186 (190)). Für den Fall, dass die für diesen Schritt notwendigen Informationen fehlen, sich also keine Marktpreise für die einzelnen Leistungskomponenten ermitteln lassen, beispielsweise weil es sich um im Kundenauftrag gefertigte Unikate handelt, wird im Lichte des „Objektivierbarkeit“-Gebots Unterschiedliches vertreten. *Wirth* vertritt die Meinung, dass dann eine Teilgewinnrealisation nicht in Betracht komme (*Wirth*, Die Bilanzierung von Mehrkomponentengeschäften, S. 115). Demgegenüber zeigen sich andere Literaturbeiträge zurecht offen dafür, dass der Bilanzierende in diesem Fall die Gegenleistung im Wege einer freien Ermessensentscheidung (einer „Schätzung“) aufteilt (vgl. *Tiedchen*, in: BeckOGK HGB, Stand 1.9.2023, § 252 Rn. 100; *Herzig/Joisten* Ubg 2010, 472 (479); *Wüstemann/Wüstemann Zfbf* 79 (2009), 31 (42)).

§ 8 Mehrkomponentengeschäfte als Beispiel

A. Einleitung

- 1 Mehrkomponentengeschäfte verdienen das Prädikat, ein Hard Case zu sein, bereits deshalb, weil man sie kaum aus rechtswissenschaftlicher Sicht darstellen kann. Angesichts dessen musste die Ersteinordnung hier ausgehend von der betriebswirtschaftlichen Bilanzforschung erfolgen, welche auf Mehrkomponentengeschäfte wiederum durch die internationale Rechnungslegungspraxis aufmerksam gemacht wurde (§ 1 A. II). Wenn man nunmehr versucht, auch aus rechtswissenschaftlicher Sicht herauszustellen, was Mehrkomponentengeschäfte sind, stellt sich das Problem, dass sich die bilanztheoretischen Erkenntnisse, welche unter den Begriff des Mehrkomponentengeschäfts gefasst werden, nicht unmittelbar in eine juristische Definition übersetzen lassen (B.). Demnach muss man sich zunächst auf die rechtswissenschaftlich hervorstechende Eigenschaft von Mehrkomponentengeschäften konzentrieren. Diese besteht darin, dass eine Einhegung des wirtschaftlichen Gestaltungswillens durch das Recht hier auf den ersten Blick fernliegt, da die Spezifika der unter den Begriff gefassten Sachverhalte nicht von den bekannten Kategorien des zwingenden und dispositiven (Privat- und Bilanz-)Rechts erfasst werden (C.).

B. Das Mehrkomponentengeschäft als Grenzfall juristischer Definitionsmacht

- 2 Anders als die Betriebswirtschaft (vgl. § 1 A. II), vermag die Rechtswissenschaft das hier im Mittelpunkt stehende wirtschaftliche Phänomen nicht ohne weiteres begrifflich zu adaptieren. Denn aus rechtswissenschaftlicher Sicht wäre es unzulässig, den Begriff „Mehrkomponentengeschäft“ erst zu definieren, dann anhand dieser Definition Geschäftsprozesse zu Mehrkomponentengeschäften umzuqualifizieren und schließlich die Auffassung zu vertreten, dass die Einstufung als Mehrkomponentengeschäft eine bestimmte rechtliche Folge (insbesondere eine spezifische Gewinnrealisierung) nach sich ziehen müsse. Im Hintergrund steht, dass die Rechtswissenschaft – anders als der Gesetzgeber –, indem sie die Bedeutung eines sprachlichen Ausdrucks willkürlich festlegt (also eine Nominaldefinition vornimmt), nicht normerzeugend tätig werden kann.⁴²² Sie ist zur „Nichtkreativität“⁴²³ verdammt. Es darf im Wege der Definition nicht suggeriert werden, dass ein neuer Sollensatz, aus dem sich Rechtsfolgen ableiten lassen, geschaffen worden sei. Indem die vermeintliche Rechtsfolge des Vorliegens eines Mehrkomponentengeschäfts allein damit begründet

422 Vgl. Rüthers/Fischer/Birk Rechtstheorie, § 5 Rn. 198, 205.

423 Vgl. zum Ganzen Rüthers/Fischer/Birk Rechtstheorie, § 5 Rn. 199, 205, 458 ff.

wird, dass ein Geschäft die Merkmale des selbstgefundenen Ausdrucks erfüllt, würde aber genau der Eindruck vermittelt, dass der Ausdruck selbst ein Sollenssatz sei.

Aus bilanzrechtsdogmatischer Sicht können die bisherigen bilanztheoretischen Definitionsversuche deshalb allein als rechtspolitisches Desiderat verstanden werden. Konkret zeigt sich das dargestellte Problem etwa in der betriebswirtschaftlichen Grundlagenarbeit zu Mehrkomponentengeschäften von Joisten. Ziel dieser Arbeit ist es, Unklarheiten hinsichtlich der Bilanzierung von Mehrkomponentengeschäften auszuräumen.⁴²⁴ Dabei wird von einer Definition des Mehrkomponentengeschäfts ausgegangen, die aus einer Auseinandersetzung mit vorangegangenen Definitionsversuchen in der Literatur hervorgeht.⁴²⁵ Auf der Grundlage dieser Definition wird dann die Abbildung von Mehrkomponentengeschäften erörtert.⁴²⁶ Es wird also ausgehend vom kreativen, vom Gesetzesinhalt losgelösten Definitionsakt eine normative Schlussfolgerung gezogen, was rechtswissenschaftlich nicht vollumfänglich anschlussfähig ist.

C. Rechtliche Spezifika von Mehrkomponentengeschäften

Im Lichte der vorstehenden Ausführungen kann das Mehrkomponentengeschäft nicht unbesehen als juristischer Begriff behandelt werden. Sofern in der Arbeit die Mehrkomponentengeschäfte als Kategorie der Rechtsdogmatik entworfen werden (§§ 15 ff.), kann es vielmehr allein darum gehen, Aussagen über Gesetze, Normen und gerichtliche Entscheidungen zu klären. Eine erste rechtliche Positionsbestimmung ist anhand der aufgezeigten wirtschaftlichen Eigenheiten aber dennoch möglich. Sie zeigt, dass Mehrkomponentengeschäfte aus rechtsdogmatischer Sicht ein sperriger Untersuchungsgegenstand sind, weil es ihnen an einem Wiedererkennungswert im geltenden Recht fehlt. Gerade weil die Eigenheiten der von der Bezeichnung „Mehrkomponentengeschäft“ erfassten ökonomischen Sachverhalte kein unmittelbares Äquivalent im Recht haben, geht es hier aber um ein auch aus (privat- und bilanz-) rechtsdogmatischer Sicht relevantes Problem.

I. Ablösung von bekannten Kategorien des Privatrechts

Die bei Einnahme eines betriebswirtschaftlichen Blickwinkels zu beobachtende, durch eine wirtschaftliche Verknüpfung hergestellte Einheit zwischen den Leistungskomponenten entzieht sich auf privatrechtlicher Ebene einer eindeutigen Katego-

⁴²⁴ Joisten, Mehrkomponentengeschäfte, S. 3.

⁴²⁵ Joisten, Mehrkomponentengeschäfte, S. 4 ff.

⁴²⁶ Joisten, Mehrkomponentengeschäfte, S. 171 ff.

risierung. Insbesondere lässt sich aus dem mit einem Mehrkomponentengeschäft verfolgten wirtschaftlichen Gestaltungswillen nicht unmittelbar auf den rechtlichen Gestaltungswillen der Parteien schließen. Der Anbieter eines Mehrkomponentengeschäfts hat naheliegenderweise ein Interesse daran, in rechtlicher Hinsicht frei darüber bestimmen zu können, inwiefern die Einzelkomponenten auch ein juristisches Bündel darstellen. Er kann allerdings ex ante nicht vorhersagen, ob sich die rechtliche Bündelung für ihn im Falle einer Leistungsstörung tatsächlich vorteilhaft auswirkt. Dies zeigt sich, wenn man noch einmal das Beispiel eines Koppelungsangebots aus Mobilfunkdienst und Handykauf in den Blick nimmt. Weil das Geschäft für den Anbieter nur aufgrund einer Gesamtkalkulation „funktioniert“, könnte man zunächst meinen, dass er um jeden Preis verhindern möchte, dass es zu einer „gespaltenen“ Vertragsbeendigung kommt. So wäre davon auszugehen, dass wenn der Kunde den Mobilfunkvertrag aufgrund einer dauerhaften mangelhaften Empfangs gemäß § 314 BGB außerordentlich kündigen darf, dem Anbieter daran gelegen ist, zugleich den Kauf des (mangelfreien) Mobiltelefons rückabzuwickeln. Denn andernfalls hätte er aufgrund der Abgabe unter Wert ansonsten ein „schlechtes Geschäft“ gemacht. Ebenso ist aber eine Fallgestaltung denkbar, in der er die einzelnen Komponenten unbedingt getrennt behandelt wissen will. So hat er, sofern das Mobiltelefon mangelhaft ist und der Verbraucher deshalb vom Kaufvertrag zurücktritt, ein Interesse daran, dass der Mobilfunkvertrag weiterläuft und sich das Geschäft für ihn trotz des Rücktritts amortisiert. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Hardware-Komponente von einem Drittanbieter geleistet wurde, dessen Leistungstreue der Mobilfunkanbieter nicht kontrollieren kann und an dessen Gewinn er auch nicht beteiligt ist.⁴²⁷

- 6 Entsprechend disparat ist die „rechtliche“ Interessenlage auf Kundenseite. Unabhängig davon, ob er bewusst mehrere Verträge abgeschlossen hat, oder von einem einzigen Vertragsschluss ausgegangen ist, hat der Kunde nicht in allen denkbaren Fallgestaltungen ein Interesse daran, dass die einzelnen Leistungskomponenten rechtlich gleichlaufen. Dies gilt insbesondere immer dann, wenn die einzelnen Leistungsbausteine für ihn nur im Zusammenspiel von Nutzen sind bzw. als Einzelangebote am Markt gar nicht verfügbar. Steht dem Kunden aber etwa im Handy-Fall ein außerordentliches Kündigungsrecht der Mobilfunkkomponente seines Mehrkomponentengeschäfts zu, verkehrt sich seine Interessenlage ins genaue Gegenteil. All diese Überlegungen bedeuten zunächst einmal, dass die hier untersuchten Konstellationen nicht zwingend vom juristischen Begriff des Vertrags erfasst werden. Aus diesem Grund darf die Definition des Mehrkomponentengeschäfts nicht mit einer dahingehenden rechtlichen Systematisierung verknüpft werden. Es kann also gerade

⁴²⁷ Vgl. *Maultzsch/Czarnecki* ZEuP 2016, 832 (834) zu Bausteinreiseverträgen.

nicht von „Bündelverträgen“⁴²⁸, „Koppelungsverträgen“ oder „Mehrkomponentenverträgen“⁴²⁹ die Rede sein. Ebenso wenig lassen sich Mehrkomponentengeschäfte einem der Vertragstypen des BGB zuordnen. Weder beschränken sich die angeführten Komponenten auf bestimmte Rechtsobjekte noch auf einen spezifischen Umgang mit solchen.⁴³⁰ Zugleich lässt sich nichts über die interne Gewichtung der Leistungskomponenten aussagen, also etwa darüber, ob eine wirtschaftlich als unabhängig zu qualifizierende Komponente aus zivilrechtlicher Sicht als eigenständige (Haupt-)Leistungspflicht anzusehen ist und nicht etwa nur eine vertragliche Nebenleistungspflicht ausdrückt.

II. Ablösung von bekannten Kategorien des Bilanzrechts

Ebenso, wie sie sich den hergebrachten Kategorien des Privatrechts entziehen, stehen 7
Geschäfte, welche die skizzierten wirtschaftlichen Spezifika aufweisen, „quer“ zu den herkömmlichen bilanzrechtsdogmatischen Grundsätzen der Erlösrealisierung. Dies liegt zunächst an der Interdependenz zwischen Bilanzrecht und Privatrecht. Ein Bilanzrecht, das im Hinblick auf die Frage, wann eine Leistung als erbracht gilt, „schuldrechtsakzessorisch“ agiert, vermag seine Wirkungsvoraussetzungen nicht selbst zu schaffen. Vielmehr ist es auf eine ebenenübergreifende Dogmatik angewiesen, die sowohl privatrechtliche – speziell schuldrechtliche – als auch bilanzrechtliche Wertungen gleichberechtigt einbezieht. Sofern das Privatrecht keine eindeutigen Antworten liefert, muss es deshalb notwendigerweise selbst vage bleiben. Daneben lassen sich eine Reihe spezifisch-bilanzrechtlicher Gründe für die Sonderstellung von Mehrkomponentengeschäften anführen. Zunächst findet die Jahresabschlusserstellung bekanntlich periodisch statt (vgl. das Stichtagsprinzip, § 252 Abs. 1 Nr. 3 HGB). Die Gesamtlebensdauer der Unternehmung wird also in künstliche Abschnitte unterteilt. Geschäfte, bei denen sich die Leistungserbringung über mehrere Perioden erstreckt, die also am Abschlussstichtag noch nicht vollständig abgewickelt sind, können im Jahresabschluss deshalb nicht ohne weiteres abgebildet werden.⁴³¹ Vielmehr muss der Erlösrealisationszeitpunkt hier aus abstrakten Bilanzierungsprinzipien abgeleitet werden. Genau dies ist bei Mehrkomponentengeschäften regelmäßig der Fall.

428 So Rott GRUR Int. 2018, 1010 (1011).

429 So aber der Titel des Buchs von Weisser, Mehrkomponentenverträge.

430 Vgl. zur Bestimmung vertraglicher Anspruchsinhalte anhand des gewollten Umgangs mit einem Rechtsobjekt Grünberger AcP 218 (2018, 213 (237), der demnach drei „klassische[...] Vertragstypen“ unterscheidet (Kaufvertrag als Grundtyp der dauerhaften Übertragung von Gegenständen, den Miet- oder Pachtvertrag als Grundfälle der vorübergehenden Gebrauchsüberlassung und die Dienstleistungen).

431 Lüders, Zeitpunkt der Gewinnrealisierung, S. 1.

- 8 Weiterhin unterscheiden sich Mehrkomponentengeschäfte von sowohl im bilanz- als auch im privatrechtlichen Diskurs bereits etablierten Geschäftsmodellen,⁴³² insbesondere langfristigen werkvertraglichen Auftragsfertigungen. Mit diesen haben sie gemein, dass auch bei der langfristigen Auftragsfertigung zwischen dem Herstellungsbeginn und der Abnahme des gesamten Auftrags durch den Auftraggeber in der Regel mindestens ein Bilanzstichtag liegt. Hier wie dort werden also stichtagsübergreifend Güter hergestellt.⁴³³ Verpflichtet sich ein Unternehmen dazu, über mehrere Jahre einen Autobahnabschnitt auszubauen, so lassen sich die jährlich fertig gestellten Teilstrecken gegebenenfalls sogar als Einzelleistungen identifizieren. Schlussendlich stellt der Autobahnbau aber kein Mehrkomponentengeschäft im obigen Sinne dar. Denn offensichtlich wird hier ein Gesamterfolg angestrebt. Die Abgrenzung ist allerdings nicht immer so greifbar wie in diesem Beispiel. Im Gerüstbaufall erbringt der Gerüstbauer mit Lieferung, Aufbau, Vorhalten während der Einsatzzeit und Abbau des Gerüsts beispielsweise mehrere aufeinander aufbauende Leistungen. Hinter den Einzelleistungen lässt sich aber nicht ohne weiteres ein mit ihnen angestrebter Gesamterfolg ausmachen, der den Gerüstbau insgesamt so stark prägen würde, dass es ungerechtfertigt wäre von einem Mehrkomponentengeschäft zu sprechen.

D. Zwischenergebnis

- 9 Die Rechnungslegungspraxis bezeichnet Geschäfte, bei denen mehrere (gleich- oder ungleichartige) Leistungskomponenten wirtschaftlich miteinander verknüpft werden, als Mehrkomponentengeschäfte und zeigt, dass es sich um Alltagsphänomene des modernen Wirtschaftslebens handelt. Als juristischer Begriff sind Mehrkomponentengeschäfte aber zunächst unbrauchbar. Denn die Rechnungslegungspraxis wählt den Begriff mit dem erklärten Ziel, die bezeichneten Geschäfte rechtlich einheitlich zu behandeln, also einheitliche Rechtsfolgen an den vor-definierten Tatbestand zu knüpfen. Dies kollidiert mit den Grenzen rechtsdogmatischer Definitionsmacht. Denn für die juristische Begriffsbildung gilt, dass eine Definition immer nur mit Rücksicht auf die Rechtsfolgen, die sich an sie von Gesetzes wegen anknüpfen, gebildet werden kann, und nicht umgekehrt, die gewollte Rechtsfolge über den Definitionsinhalt zu bestimmen vermag. Dies qualifiziert Mehrkomponentengeschäfte als einen nicht unmittelbar greifbaren Hard Case des Rechts.

432 Vgl. Herzig/Joisten, in: FS Krawitz, S. 83, 87.

433 Baetge/Zieseimer/Schmidt, in: Baetge/Kirsch/Thiele, BilKomm, § 252 HGB Rn. 201.

§ 9 Einführung: Bilanzrechtsdogmatik der Ertragsrealisierung

A. Problemaufriss

Die wesentliche bilanzielle Problematik bei der Abbildung von Mehrkomponenten- 1
geschäften besteht darin, dass es um zwei oder mehr wirtschaftlich verbundene
Geschäfte geht, bei denen jeweils eine Leistung erbracht wird und die entsprechende
Gegenleistung entweder ebenfalls getrennt oder einmal im Ganzen erfolgt. Zwar
wird grundsätzlich unabhängig davon, wie ein aus mehreren Leistungsbestandteilen
zusammengesetztes Geschäft abgebildet wird, schlussendlich immer derselbe Ge-
winn ausgewiesen, sowohl in bilanztheoretischer als auch in -praktischer Hinsicht
kommt es jedoch entscheidend auf den genauen Zeitpunkt des Gewinnausweises an
(näher schon § 1 A. III.).

B. Zweifache Berücksichtigung im Jahresabschluss

Die Erlöse aus Mehrkomponentengeschäften werden im Jahresabschluss sowohl 2
in der Bilanz als auch in der Gewinn- und Verlustrechnung berücksichtigt. Die
bilanzielle Abbildung eines Ertrags basiert beim Sachleistungsschuldner im Falle
einer Lieferung und Leistung (vgl. § 266 Abs. 2 B. II. HGB zu Forderungen aus Lie-
ferung und Leistung) dabei – vereinfacht gesprochen – auf zwei erfolgswirksamen
Buchungssätzen: Der übertragene Leistungsgegenstand (Vermögensgegenstand)⁴³⁴
wird zu seinem Buchwert ausgebucht und zugleich die (regelmäßig höherwertige)
Forderung auf die Gegenleistung (die Kaufpreisforderung) aktiviert.⁴³⁵ Die Einnah-
me aus dem Geschäft wird dabei bereits aufgrund der erfolgten eigenen Leistungs-
erbringung als Ertrag behandelt, auch wenn sie dem Bilanzierenden erst in einer
Folgeperiode zufließen sollte. Denn bilanziell kommt es nicht auf den Zu- oder
Abfluss von Zahlungen beim Unternehmen an. Vielmehr richtet sich im Jahresab-
schluss der Ausweis von Aufwendungen und Erträgen eines Geschäftsjahrs nach
der sog. Erfolgswirksamkeit (vgl. § 252 Abs. 1 Nr. 5 HGB, s. auch Art. 6 Abs. 1 d)
der Richtlinie 2013/34/EU, Periodisierungsprinzip bzw. Prinzip der Periodenabgren-
zung). Die Differenz zwischen den Anschaffungs- und Herstellungskosten des Ver-

434 Insofern ist auch vom (un-)fertigen Erzeugnis die Rede, vgl. BFH Urt. v. 7.9.2005 – VIII R 1/03 = BStBl. II 2006, S. 298 (301) = DStR 2005, 1975 (1976); vgl. auch etwa BFH Urt. v. 28.1.1960 – IV 226/58 S = BStBl. III 1960, S. 291 = NJW 1960, 1638 (1639).

435 BFH Urt. v. 31.8.2011 – X R 19/10 = DStR 2012, 17 Rn. 17; BFH Urt. v. 14.3.2006 – VIII R 60/03 = BFHE 212, 535 = BStBl. II 2006, 650 = NJW 2006, 2943; BFH Urt. v. 3.8.2005 – I R 94/03 = BeckRS 2005, 24002311 = BFHE 210, 398 = BStBl. II 2006, 20; BFH Urt. v. 12.5.1993 – XI R 1/93 = BFHE 171, 448 = BStBl. II 1993, 786 = DStR 1993, 1554.

mögensgegenstands und der vereinbarten Gegenleistung wird als Ertrag erfasst.⁴³⁶ Ausgedrückt in der üblichen Formel für Buchungssätze („Soll an Haben“) erfolgt also folgende buchhalterische Operation: „Per Forderungen aus Lieferungen und Leistungen und Ertrag an Waren“ (vgl. § 266 Abs. 2 B. I. und II. 1. HGB).⁴³⁷ Regelmäßig wird aber nicht nur Ertrag, sondern auch ein „Gewinn“ ausgewiesen werden können. Dafür maßgeblich sind die Aufwendungen, welche den Erträgen zuzuordnen sind, da Gewinn bilanziell die Differenz zwischen Erträgen und Aufwendungen ist.⁴³⁸ In letzterem Fall geht der Ertragsausweis somit mit einem sog. bilanziellen „Gewinnsprung“ einher.⁴³⁹

- 3 Schlussendlich gibt es bei Veräußerungsgeschäften des Bilanzierenden damit grundsätzlich einen bilanziellen Dreiklang von Forderungs-, Ertrags- und Gewinnausweis. In der Gewinn- und Verlust-Rechnung, die zusammen mit der Bilanz den Jahresabschluss bildet (vgl. § 242 Abs. 3 HGB), sind die Umsatzerlöse der abgelaufenen Periode an erster Stelle aufzuführen (§ 275 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 Nr. 1 HGB, § 277 Abs. 1 HGB).

C. Bilanzrechtsdogmatik der Ertragsrealisierung

- 4 Das Prinzip der periodengerechten Ertragszurechnung hat in praxi zur Folge, dass der Zeitpunkt, zu dem der Ertrag bzw. Erlös auszuweisen ist, nur bei Bargeschäften des täglichen Lebens unproblematisch bestimmbar ist, und damit vor allem im Einzelhandel. Denn hier laufen der Geschäftsabschluss und die Geschäftsabwicklung Hand in Hand. Unabhängig davon, ob man das Geschäft aus einem formal-juristischen Blickwinkel oder seinen wirtschaftlichen Gehalt betrachtet, fallen damit alle in Betracht kommenden Ausweiszeitpunkte in einem Akt zusammen. Bei (rechtlich und wirtschaftlich) komplexeren Geschäften muss der Erlöszeitpunkt hingegen bilanzrechtsdogmatisch unter Rückgriff auf eine ganze Reihe prinzipieller Rechtsätze des nationalen oder respektive des europäischen Rechts bestimmt werden. Dieses Vorhaben wird durch den teils antagonistischen Charakter dieser Prinzipien erschwert. Wie ausgeführt, kommt hinzu, dass die maßgeblichen Prinzipien im Gesetz sämtlich nur generalklauselartig umrissen werden (Teil 3). Infolgedessen gibt es über die Einzelheiten des Erlösausweises bei Transaktionen mit Dritten Meinungsverschiedenheiten, die bis zu den Anfängen des modernen Bilanzrechts zurückreichen. Herausgebildet hat sich in der Bilanzrechtsdogmatik über die Jahre

436 Ausgeblendet werden hier insbesondere Umsatzsteuereffekte und etwaige Wertkorrekturen, die weitere Buchungssätze erforderlich machen.

437 Vgl. zu Einzelheiten etwa *Pilhofer*, Umsatz- und Gewinnrealisierung, S. 57 ff.

438 *Schulze-Osterloh*, in: *Baumbach/Hueck, GmbHG*, 18. Aufl. 2006, § 42 Rn. 15; *Breidert/Moxter WpG* 2007, 912 (914).

439 *Henrichs*, in: *Tipke/Lang, Steuerrecht*, § 9 Rn. 76; *Pilhofer*, Umsatz- und Gewinnrealisierung, S. 55.

allerdings jedenfalls ein aus zwei Eckfeilern bestehendes Grundkonzept. Dieses Konzept spiegelt sich in den einschlägigen gesetzlichen Regelungen nur sehr lose wider. Vielmehr ist es als eines der Hauptergebnisse des im Bilanzrecht praktizierten „außerpositivistischen“ Umgangs mit dem Gesetz anzuerkennen. Infolgedessen ist seine Begründung bis heute ebenso umstritten geblieben, wie der Umgang mit Sonderkonstellationen. Dem allgemein für sachgerecht empfundenen Vorgehen zufolge, sollen Verträge, die noch von keiner der beiden Vertragsparteien erfüllt wurden (so genannte „schwebende Verträge“) aber bilanzmäßig grundsätzlich nicht auszuweisen sein (Grundsatz der Nichtbilanzierung schwebender Verträge).

I. Gedankliche Ausgangsposition

Zur Ermittlung des Erlösausweiszeitpunkts werden das Vorsichts-, das Realisations- und das Imparitätsprinzip herangezogen.⁴⁴⁰ Der diesbezügliche Aussagegehalt des Gesetzeswortlauts ist schnell umrissen und bilanzrechtsdogmatisches Allgemeingut. Ausgegangen werden muss vom Vorsichtsprinzip, wonach der Kaufmann verpflichtet ist, „vorsichtig zu bewerten, namentlich [...] alle vorhersehbaren Risiken und Verluste, die bis zum Abschlußstichtag entstanden sind, zu berücksichtigen [...]“ (vgl. § 252 Abs. 1 Nr. 4 HGB).⁴⁴¹ Die Gesetzesformulierung des § 252 Abs. 1 Nr. 4 HGB soll dabei nach allgemeiner Auffassung bereits zwei Unterprinzipien des Vorsichtsprinzips zum Ausdruck bringen:⁴⁴² Einerseits das so genannte Imparitätsprinzip, indem zum Umgang mit Risiken und Verlusten im Jahresabschluss Stellung genommen wird, und andererseits, im Hinblick auf die Behandlung von „Gewinnen“, das so genannte Realisationsprinzip („Gewinne sind nur zu berücksichtigen, wenn sie am Abschlußstichtag realisiert sind“). Nach der im Gesetz gewählten Formulierung erscheint dabei das Realisationsprinzip als Ausfluss des Vorsichtsprinzips.⁴⁴³ Die-

440 Daneben werden teilweise noch weitere (ungeschriebene) Bilanzierungsprinzipien vorgetragen, wobei jedoch unklar bleibt, inwiefern sich hieraus ein Mehrwert ergibt, bzw., in welchem Verhältnis sie zu den geschriebenen Prinzipien stehen, vgl. etwa *Leffson*, Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung, S. 189; *Siebler*, Internationalisierung der Rechnungslegung, S. 211.

441 Unmittelbar bestimmt § 252 HGB nur über die Bilanzwirksamkeit schwebender Geschäfte. Er wird aber – bereits aufgrund der bestehenden bilanziellen Verknüpfung – genauso herangezogen, wenn es darum geht, zu bestimmen, wann „Umsatzerlöse“ in der Gewinn- und Verlustrechnung wirksam werden, vgl. nur *Reiner*, in: *MüKo-HGB*, § 277 Rn. 13.

442 Vgl. *Kleindiek*, in: *Staub*, HGB, § 252 Rn. 27; *Schulze-Osterloh*, in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 42 Rn. 20; *Hennrichs*, in: *Tipke/Lang*, Steuerrecht, § 9 Rn. 78.

443 Vgl. *Kleindiek*, in: *Staub*, § 252 Rn. 27; *Schulze-Osterloh*, in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 42 Rn. 20; *Hennrichs*, in: *Tipke/Lang*, Steuerrecht, § 9 Rn. 78; *Joisten*, Mehrkomponentengeschäfte, S. 37; *Siebler*, Internationalisierung der Rechnungslegung, S. 214. Noch deutlicher kommt dies in der dem deutschen Recht zugrundeliegenden Bilanz-Richtlinie 2013/34/EU zum Ausdruck. Das Vorsichtsprinzip findet sich dort in Art. 6 Abs. 1 c), wonach „Bei Ansatz und Bewertung [...] der Grundsatz der Vorsicht in jedem Fall zu beachten“ ist. Weiter heißt es, dass dies „insbesondere“ bedeute, „i) Nur die am Bilanzstichtag realisierten Gewinne werden ausgewiesen. ii) Es müssen alle Risiken berücksichtigt werden, die im Laufe des betreffenden Geschäftsjahres oder eines früheren Geschäftsjahres entstanden sind, selbst wenn diese Risiken erst zwischen dem Bilanzstichtag und dem Tag der Aufstellung der Bilanz bekannt

se Rangordnung wird dahingehend interpretiert, dass sich bloße Gewinnchancen und -erwartungen nicht bereits gewinnerhöhend auswirken dürfen.⁴⁴⁴ „Realisation“ meint damit den Zeitpunkt der Bewährung einer Wertsteigerung im Vermögen des Kaufmanns am Markt (durch einen Umsatzakt bzw. eine Markttransaktion),⁴⁴⁵ der dazu berechtigt, „Erzeugnisse und Dienste der Unternehmung als abgesetzte Leistungen“ und auf Grund des Umsatzaktes nunmehr als Geld oder Forderungen (und damit als Erlöse) auszuweisen⁴⁴⁶. Die dargestellte Ausgangslage lässt sich unter Heranziehung von § 253 Abs. 1 Satz 1 HGB noch näher konkretisieren, wonach Vermögensgegenstände „höchstens mit den [tatsächlichen⁴⁴⁷] Anschaffungs- oder Herstellungskosten“ anzusetzen sind (sog. Anschaffungswertprinzip).⁴⁴⁸ Dies gilt insbesondere auch im Hinblick auf Vermögensgegenstände, welche der Kaufmann angeschafft oder hergestellt hat, um sie an einen Dritten zu veräußern, zu vertauschen oder zu verschenken. Zweck des Anschaffungswertprinzips ist es, im Interesse einer vorsichtigen Gewinnausschüttung auszuschließen, dass sich (stille) Wertsteigerungen des ruhenden Vermögens bereits bilanziell (gewinnerhöhend) auswirken.⁴⁴⁹ Der Kaufmann soll sein Vermögen (grundsätzlich⁴⁵⁰) nicht nach dem vom Buchwert etwaig abweichenden Verkehrs- oder Teilwert (Fair Value), ausweisen dürfen, selbst wenn sich dieser zum Bilanzstichtag sicher ermitteln ließe und unabhängig davon, wie groß die sich aus einer solchen Ermittlung ergebende Abweichung zum Buchwert wäre.⁴⁵¹

- 6 Im Gegenzug nimmt das Gesetz in Kauf, dass aufgrund der Vorgabe in § 253 Abs. 1 Satz 1 HGB in der Bilanz stille Reserven entstehen und also der Einblick, den der Jahresabschluss in die wirtschaftliche Lage des Kaufmanns gewährt, verzerrt wird.⁴⁵² Aus Vorsichts-, Realisations- und Imparitätsprinzip, in Verbindung mit dem Anschaffungswertprinzip, folgt zunächst, dass „Verluste und Risiken“ und „Gewinne“ bilanziell eine unterschiedliche Behandlung erfahren müssen: Erstere sind zu

geworden sind. iii) Wertminderungen sind unabhängig davon zu berücksichtigen, ob das Geschäftsjahr mit einem Gewinn oder einem Verlust abschließt.“

444 Vgl. *Schulze-Osterloh*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 42 Rn. 15; *Hennrichs*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, § 9 Rn. 79; ähnlich *Crezelius*, in: FS Döllner, S. 81 (85).

445 Vgl. nur *Hennrichs*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, § 9 Rn. 79, 81, 400; *Joisten*, Mehrkomponentengeschäfte, S. 42; *Siebler*, Internationalisierung der Rechnungslegung, S. 214: Verhinderung des Ausweises und einer Ausschüttung „noch unsicherer Wertsteigerungen am ruhenden Vermögen“.

446 BFH Urt. v. 27.6.2001 – I R 45/97 = BFHE 196, 216 = BStBl. II 2003, 121 = DStR 2001, 1384 (1386).

447 Vgl. näher *Hennrichs*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, § 9 Rn. 81.

448 Vgl. auch Richtlinie 2013/34/EU Art. 6 Abs. 1 i) i.V.m. der Abweichungsmöglichkeit für Anlagevermögen in Art. 7.

449 *Hennrichs*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, § 9 Rn. 79, 401.

450 Vgl. § 246 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. § 253 Abs. 1 Satz 4 HGB sowie § 340e Abs. 3 HGB zu punktuellen Ausnahmen für Planvermögen und bestimmte Finanzanlagen von Kreditinstituten und Finanzdienstleistern; vgl. zur Begründetheit dieser Ausnahmen unter Informationsgesichtspunkten *Hommel/Berndt* BB 2009, 2190 (2193).

451 Vgl. *Hennrichs*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, § 9 Rn. 87; *Hommel/Berndt* BB 2009, 2190 (2193).

452 *Hennrichs*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, § 9 Rn. 401.

berücksichtigen sofern sie vorhersehbar bzw. entstanden sind. Letztere sind erst auszuweisen, wenn sie „realisiert“ wurden. Darüber hinaus bringt das Gesetz aber nur zum Ausdruck, dass die Erlöse aus Transaktionen (und damit die Gewinne) erst ab dem Zeitpunkt ihrer Realisation bilanziell berücksichtigt werden dürfen, jedoch nicht, wie dieser Zeitpunkt zu bestimmen ist. Die Vorsichts-, Realisations- und Anschaffungswertprinzip enthaltenden Rechtssätze vermögen erkennbar noch nicht die Frage zu beantworten, zu welchem Zeitpunkt die Bilanz einen erfolgswirksamen Vermögensvorgang abbilden darf. Auf die Gesetzesauslegung im klassischen Sinne kommt es insofern nur nachrangig an. Ungleich stärker wird auf die allgemein anerkannten Rechnungslegungsüberzeugungen abgestellt, ein Vorgehen, das hier bereits abstrakt als „außerpositivistischer“ bilanzrechtlicher Verweis auf eine Grundlagenwissenschaft umschrieben wurde (Teil 3).

II. Überblick: Konzept der Nichtbilanzierung schwebender Geschäfte

Sofern der Bilanzierende zivilrechtlich die Position des Sachleistungsschuldners bekleidet, hängt die Ertragsrealisierung bei Lieferungen und Leistungen davon ab, wann anstatt der Anschaffungs- und Herstellungskosten des dem Umlaufvermögen zuzuordnenden Leistungsgegenstands eine Forderung angesetzt werden darf (B.). Das richtet sich nach dem Realisationsprinzip (C. I.). Damit ist aber zunächst einmal noch keine Aussage darüber getroffen, wann der Bilanzierende die ihn treffende (Liefer-)Verbindlichkeit genau berücksichtigen muss. Insofern folgen Rechtsprechung und Literatur einhellig dem Konzept der „Nichtbilanzierung schwebender Geschäfte“. Danach soll, solange nicht die vertraglichen Forderungen ihren Ausdruck in der Rechnungslegung gefunden haben, grundsätzlich temporär auch darauf verzichtet werden, die (rechtlich bereits mit dem Vertragsschluss entstandenen) ungetilgten Verpflichtungen aus einem Vertrag bilanziell in Form einer Verbindlichkeit oder Rückstellung zu erfassen.⁴⁵³ Es soll also bilanziell keine Rolle spielen, dass in Gestalt der Forderung und Verbindlichkeit aus dem abgeschlossenen Vertrag bereits ein abstrakt aktivierungsfähiger Vermögensgegenstand und eine (bilanzielle) Schuld existieren. Der bilanzielle Vollständigkeitsgrundsatz (§ 246 Abs. 1 Satz 1 HGB) erfährt insofern eine Durchbrechung.

⁴⁵³ Vgl. aus der Rechtsprechung des BFH: BFH Urt. v. 26.5.1976 – I R 80/74 = BStBl. II 1976, 622 = NJW 1976, 2368 (zu Rückstellungen für künftige Instandhaltungsaufwendungen); BFH Urt. v. 26.6.1980 – IV R 35/74 = BStBl. II 1980, 506 = BeckRS 1980, 22005380 (zur „Weihnachtsgeldverbindlichkeit“); BFH Urt. v. 8.12.1982 – I R 142/81 = BStBl. II 1983, 369 (371) = BeckRS 1982, 22006360 (zur Bilanzierung von Abfindungsansprüchen); vgl. in der Literatur etwa: *Schulze-Osterloh*, in: *Baumbach/Hueck, GmbHG*, 18. Aufl. 2006, § 42 Rn. 18; *Hennrichs*, in: *Tipke/Lang, Steuerrecht*, § 9 Rn. 76, 163; *Lüders*, *Zeitpunkt der Gewinnrealisierung*, S. 1 f.; vgl. auch *Joisten*, *Mehrkomponentengeschäfte*, S. 46.

1. Bilanzrechtsdogmatisches Fundament

- 8 Das Konzept der „Nichtbilanzierung schwebender Geschäfte“ wird von einer bis zum Reichsfinanzhof zurückreichende steuerbilanzrechtliche ständigen Gerichtspraxis getragen. Bereits in einer Entscheidung des RFH vom 7.5.1920 heißt es: „Der Abschluß eines Lieferungsvertrags gibt regelmäßig, solange noch von keiner Seite eine Leistung erfolgt ist, keine Veranlassung zur Eintragung in die kaufmännischen Geschäftsbücher.“ Die Rede ist dort von einem „noch schwebenden Engagement[.]“⁴⁵⁴ Der BFH hat diesen Gedankengang in den frühen 1950er-Jahren aufgegriffen.⁴⁵⁵ In der Folge ist der Nichtbilanzierungsgrundsatz (auch auf dem Gebiet des Handelsbilanzrechts) zu einer allseits akzeptierten Rechnungslegungskonvention geworden.⁴⁵⁶ Es zeigt sich hier eindrucksvoll die gesetzesderogierende Kraft, welche die ständige BFH-Rechtsprechung im Bilanzrecht entfaltet. Denn das Konzept der „Nichtbilanzierung schwebender Geschäfte“ ist nicht etwa das Ergebnis einer Gesetzesauslegung unter Rückgriff auf die anerkannten rechtswissenschaftlichen Methoden. Ebenso wenig lässt es sich den eingangs skizzierten, in den gesetzlichen Normen verankerten Bilanzierungsprinzipien unmittelbar entnehmen, wenn man von einem möglichen Gegenschluss aus § 249 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 HGB, wonach (nur) für drohende Verluste aus schwebenden Geschäften Rückstellungen zu bilden sind,⁴⁵⁷ und Hinweisen in verschiedenen Gliederungsposten in § 266 HGB⁴⁵⁸ einmal absieht. Vor diesem Hintergrund muss man sich das Konzept zunächst als eine durch Bilanzierungspraktische Erwägungen gerechtfertigte Simplifizierung der Rechnungslegung vergegenwärtigen: Insofern – was bei Absatzgeschäften meist der Fall sein wird⁴⁵⁹ – die Forderung aus dem schwebenden Geschäft der Höhe nach die Verbindlichkeit übersteigt, darf sie, wie aufgezeigt, unter Geltung des Realisationsprinzips (§ 252

454 RFH, Urt. v. 7.5.1920 – I A 302/19 = RFHE 3, 22; vgl. auch RFH, Urt. v. 25.3.1925 – VI A 67–69/25 = RStBl. 1925, 166.

455 Vgl. (nicht abschließend) vgl. aus der Rechtsprechung des BFH (nicht abschließend): BFH DStR 1997, 1442 (1444); BFH Urt. v. 26.8.1992 – I R 24/91 = BFHE 169, 163 = BStBl. II 1992, 977 = NJW 1993, 222 (224); BFH Urt. v. 25.1.1984 – I R 7/80 = BFHE 140, 449 = BStBl. II 1984, 344 = BeckRS 1984, 22006771; BFH Urt. v. 8.12.1982 – I R 142/81 = BFHE 137, 448 = BStBl. II 1983, 369 = BeckRS 1982, 22006360; BFH Urt. v. 26.6.1980 – IV R 35/74 = BFHE 130, 533 = BStBl. II 1980, 506 = BeckRS 1980, 22005380; BFH Urt. v. 26.5.1976 – I R 80/74 = BFHE 119, 261 = BStBl. II 1976, 622 = NJW 1976, 2368; BFH Urt. v. 16.9.1970 – I R 184/67 = BStBl. II 1971, 85 = BeckRS 1970, 22000690; BFH Urt. v. 19.7.1960 – I 160/59 U = BFHE 71, 264 = BStBl. III 1960, 347 = NJW 1960, 2312; BFH Urt. v. 3.7.1956 – I 118/55 U = BFHE 63, 133 = BStBl. III 1956, 248 = NJW 1957, 160; BFH Urt. v. 26.1.1956 – IV 566/54 U = BFHE 62, 305 = BStBl. III 1956, 113 = BeckRS 1956, 21000726; BFH Urt. v. 7.9.1954 – I 50/54 U = BFHE 59, 311 = BStBl. III 1954, 330 = BeckRS 1954, 21000703.

456 Vgl. Crezelius ZGR 1987, 1 (27 ff.); zur gewählten Formulierung: Siebler, Internationalisierung der Rechnungslegung, S. 213.

457 Vgl. nur Hennrichs, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, § 9 Rn. 76; Döllner BB 1974, 1541.

458 Vgl. § 266 Abs. 2 A. I. Nr. 4, II Nr. 4, B. I. Nr. 4 HGB und § 266 Abs. 3 C. Nr. 3 HGB und dazu Leffson, Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung, S. 299 ff.; Coenenberg/Haller/Schultze, Jahresabschluss und Jahresabschlussanalyse, S. 240.

459 Alles andere widerspricht den ökonomischen Realitäten, vgl. Lüders, Zeitpunkt der Gewinnrealisierung, S. 3.

Abs. 1 Nr. 4 Hs. 2 HGB) nicht ausgewiesen werden, da dies den Ausweis eines nicht-realisierten Gewinns bedeuten würde.⁴⁶⁰

Nichtsdestotrotz könnte man aber annehmen, dass es dem Sachleistungsschuldner freistehe, die schwebende Forderung (anstelle der Anschaffungs- und Herstellungskosten des Veräußerungsgegenstands) bis zur Höhe der und parallel zur (rechtlich schon existenten) Verbindlichkeit auszuweisen. Denn nicht zuletzt würde der Jahresabschluss auf diese Weise um Informationen über das schwebende Geschäft ergänzt.⁴⁶¹ Aus Sicht der Bilanzadressaten hätte dies allerdings kaum einen Mehrwert, da zu vermuten ist, dass sich – unter dem Vorbehalt der Realisation – Leistung und Gegenleistung ausgleichen.⁴⁶² Jedenfalls hätte ein vom Nichtbilanzierungskonzept abweichendes Vorgehen aber bei einer vorzeitigen Abbildung von Beschaffungsgeschäften, d.h. Geschäften, bei denen der Bilanzierende als Sachleistungsgläubiger agiert, keinen praktischen Mehrwert. Denn hier entspricht der Wert der Forderung regelmäßig dem späteren Buchwert des zu beschaffenden Vermögensgegenstands (den Anschaffungskosten), der wiederum durch die Höhe der eingegangenen Verbindlichkeit bestimmt wird. Forderungen und Verbindlichkeiten stimmen also wertmäßig in aller Regel überein, sodass die Darstellung der Lage des Unternehmens durch den vorzeitigen Ansatz nicht verbessert würde.⁴⁶³ Die Bilanz würde also nur künstlich „aufgebläht“ bzw. überflüssig verlängert. Das Konzept der „Nichtbilanzierung“ des schwebenden Geschäfts lässt sich mithin mit guten Gründen rechtfertigen.⁴⁶⁴

Schlussendlich ist der Grundsatz der Nichtbilanzierung schwebender Geschäfte also eine sinnvolle Konsequenz aus den Ansatzlimitierungen bei Absatzgeschäften des Bilanzierenden, welche das Realisationsprinzip vorgibt. In der Folge bestimmt die Realisation mittelbar nicht nur über den Zeitpunkt des Erlösausweises, sondern zugleich auch über den Zeitpunkt, zu dem der bilanzmäßige Schwebezustand eines Geschäfts grundsätzlich endet. Mit anderen Worten kommt dem Realisationsprinzip auch eine „neutralisierende“ Wirkung im Hinblick auf den Verbindlichkeitsausweis

460 Vgl. nur Crezelius ZGR 1987, 1 (28).

461 Hennrichs, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, § 9 Rn. 76; Christiansen, StbJb 1989/90, 129 (131).

462 So die Begründung des BFH, vgl. BFH Ur. v. 26.8.1992 – I R 24/91 = BFHE 169, 163 = BStBl. II 1992, 977 = NJW 1993, 222 (224); BFH Ur. v. 25.1.1984 – I R 7/80 = BFHE 140, 449 = BStBl. II 1984, 344 = BeckRS 1984, 22006771; BFH Ur. v. 26.6.1980 – IV R 35/74 = BFHE 130, 533 = BStBl. II 1980, 506 = BeckRS 1980, 22005380; BFH Ur. v. 26.5.1976 – I R 80/74 = BFHE 119, 261 = BStBl. II 1976, 622 = NJW 1976, 2368; BFH Ur. v. 16.9.1970 – I R 184/67 = BStBl. II 1971, 85 = BeckRS 1970, 22000690; BFH Ur. v. 19.7.1960 – I 160/59 U = BFHE 71, 264 = BStBl. III 1960, 347 = NJW 1960, 2312; BFH Ur. v. 3.7.1956 – I 118/55 U = BFHE 63, 133 = BStBl. III 1956, 248 = NJW 1957, 160; BFH Ur. v. 26.1.1956 – IV 566/54 U = BFHE 62, 305 = BStBl. III 1956, 113 = BeckRS 1956, 21000726; BFH Ur. v. 7.9.1954 – I 50/54 U = BFHE 59, 311, BStBl. III 1954, 330 = BeckRS 1954, 21000703.

463 Vgl. Tiedchen FR 2012, 22; Christiansen, StbJb 1989/90, 129 (131).

464 Vgl. ausführlich Gelhausen, Das Realisationsprinzip, S. 250 ff.; Schulze-Osterloh, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 42 Rn. 102; Hennrichs, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, § 9 Rn. 76; zu dieser Erklärung auch Crezelius ZGR 1987, 1 (28).

zu.⁴⁶⁵ Die Herleitung des Nichtbilanzierungs-Konzepts erschöpft sich zumeist in derartigen praktischen Erwägungen.⁴⁶⁶ Sie ersetzen insofern die aus rechtswissenschaftlicher Sicht eigentlich zwingend gebotene normative Argumentation. Dadurch droht aus den Augen verloren zu gehen, dass die Forderungen und Verbindlichkeiten aus dem „schwebenden“ Vertrag bereits rechtlich begründet, aus juristischer Sicht also „in der Welt“ sind.

2. Einschränkungen

- 11 Festzuhalten ist bei dieser Grundlegung weiterhin, dass das Konzept der „Nichtbilanzierung schwebender Geschäfte“ keine uneingeschränkte Geltung verlangt, sondern nur den bilanziellen Idealzustand widerspiegelt. In Konstellationen, welche davon abweichen, sind die Forderungen und Verbindlichkeiten aus dem schwebenden Vertrag zwar ebenfalls noch nicht als solche, d.h. als Vermögensgegenstand und Schuld, zu bilanzieren, die Bilanz muss aber ihr Schweigen aufgeben. Denn zu den „typische[n] Bilanzposten des schwebenden Vertrags“, so *Döllerer*, gehören Anzahlungen, Rechnungsabgrenzungsposten und Drohverlustrückstellungen.⁴⁶⁷ Zu der Frage, ob ein noch „schwebendes“ Geschäft jedenfalls schon in Gestalt der von *Döllerer* aufgezählten Posten in der Bilanz Berücksichtigung finden muss, ergeht seit Jahrzehnten ein stetiger Strom an Rechtsprechungsentscheidungen. Zu unterscheiden sind dabei zwei Begründungsstränge dafür, den Schwebegrundsatz einzuschränken: Zum einen werden die Einschränkungen dadurch motiviert, dem (bei schwebenden Geschäften – wie aufgezeigt – nur eingeschränkt geltenden) Imparitätsprinzip, wonach bilanziell alle bis zum Abschlusstichtag entstandenen Risiken und Verluste aus einem Geschäftsvorgang zu berücksichtigen sind (§ 252 Abs. 1 Nr. 4 Hs. 1 HGB), Rechnung zu tragen. Zum anderen sollen die Einschränkungen gewähr-

465 *Leffson*, Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung, S. 299 ff.; *Coenenberg/Haller/Schultze*, Jahresabschluss und Jahresabschlussanalyse, S. 46; *Moxter* BB 1984, 1780 (1784) spricht davon, dass das Realisationsprinzip zum „grundlegende[n] Aktivierungs- und Passivierungsprinzip“ erklärt werde.

466 Nur vereinzelt wird darüber hinaus angezweifelt, ob das Konzept der Nichtbilanzierung schwebender Geschäfte überhaupt mit § 252 Abs. 1 Nr. 4 HGB, wonach alle „vorhersehbaren Risiken und Verluste“, die bis zum Abschlusstichtag entstanden sind, bilanziell zu berücksichtigen sind, Aufwendungen also bereits früher ausgewiesen werden müssen als Erträge (Imparitätsprinzip), vereinbar ist. Zumindest bei unbefangener Betrachtung könnte man zu dem Schluss kommen, das Gesetz fordere (unabhängig von der eigentlichen Verlustträchtigkeit des Geschäfts) den vorzeitigen Verbindlichkeitsausweis, selbst wenn die korrespondierende Forderung – dem Realisationsprinzip entsprechend – erst in einer Folgeperiode ausgewiesen werden kann. Zum Teil wird daher das Realisationsprinzip, in Anlehnung an das anglo-amerikanische Matching Principle, ganz zu einem Aufwandsperiodisierungs- oder Aufwandsrealisierungsprinzip umgedeutet. Nach diesem Zusatzprinzip sollten Aufwendungen grundsätzlich derjenigen Periode zugerechnet werden, in der auch die Erträge, welche sie alimentiert haben, realisiert werden. Die Aufwandsfassung soll mit anderen Worten bei schwebenden Geschäften der Ertragsrealisation folgen. Dem Wortlaut des § 252 Abs. 1 Nr. 4 HGB lässt sich ein solches Zusatzprinzip allerdings nicht entnehmen (vgl. zum Ganzen etwa *Joisten*, Mehrkomponentengeschäfte, S. 46; *Schulze-Osterloh*, in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 42 Rn. 18; *Moxter*, in: *FS Döllerer*, 1988, S. 447 (449 f.); *Clemm*, in: *FS Moxter*, 1994, S. 167 (173 f.)).

467 *Döllerer* BB 1974, 1541.

leisten, dass der Gewinn aus einem Geschäft tatsächlich in der Periode, welcher er zugerechnet wird, realisiert wird (periodengerecht), selbst wenn es im Zuge der Geschäftsabwicklung zu Vorleistungen bzw. Erfüllungsrückständen kommt.

Das Ziel der zweiten Gruppe von Einschränkungen ist es also, das Realisationsprinzip abzusichern.⁴⁶⁸ Sofern bei einer „vorzeitigen“ Einnahme der Gegenleistung bei einem Mehrkomponentengeschäft der Gewinnausweis hinauszuzögern ist (also bei Vorleistungen bzw. Anzahlungen), muss eine bilanzielle Neutralisation erfolgen.⁴⁶⁹ Wenn der Bilanzierende eine Gegenleistung erhalten hat, ohne in der entsprechenden Periode auch die ihm obliegende Leistung erbracht zu haben, erfolgt grundsätzlich eine Rechnungsabgrenzung. Mit der Rechnungsabgrenzung soll aus wirtschaftlicher Sicht verhindert werden, dass sich die erhaltene Gegenleistung gewinnerhöhend auswirkt, da andernfalls der Umstand ausgeblendet würde, dass die Leistungspflicht des Bilanzierenden noch fortbesteht.⁴⁷⁰ Erst wenn dem Bilanzierenden die Gegenleistung nach den allgemeinen Maßstäben „quasi-sicher“ ist, darf der neutralisierende Akt erfolgswirksam ausgebucht werden.⁴⁷¹ Bilanzkonzeptionell wird insofern dem Periodisierungsprinzip (§ 252 Abs.1 Nr. 5 HGB) der Vorrang gegenüber der Tatsache des Zahlungseingangs eingeräumt.⁴⁷² Auch der Aspekt, dass sich der Vertrag hier noch im „schwebenden“ Zustand befindet und damit nach dem dargestellten Konzept in der Bilanz eigentlich noch überhaupt keine Rolle spielen soll, bleibt dann ausnahmsweise außen vor.

III. Zwischenergebnis

Im Grundsatz gilt also, dass „schwebende“ Geschäfte, unabhängig davon, dass zivilrechtlich bereits Forderungen und Verbindlichkeiten entstanden sind, bilanzrechtlich nicht abgebildet werden. Die Bilanzierung wird so vereinfacht. Denn schwe-

468 Vgl. *Schulze-Osterloh*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 42 Rn. 18.

469 Vgl. BFH Urt. v. 14.10.1999 – IV R 12/99 = BFHE 190, 349 (355) = BStBl. II 2000, 25 (28) = DStRE 2000, 57 (59); BFH Urt. v. 16.5.1973 – I R 186/71 = BStBl. II 1974, 25 = BeckRS 1973, 22002127; BFH Urt. v. 19.6.1973 – I R 206/71 = BStBl. II 1973, 774 (775) = BeckRS 1973, 22002185; BFH Urt. v. 8.10.1987 – IV R 18/86 = BStBl. II 1988, 57 (62) = BeckRS 1987, 22008244; BFH Urt. v. 18.12.2002 – I R 17/02 = BStBl. II 2004, 126 = DStR 2003, 678 (680); BFH Urt. v. 3.7.1997 – IV R 49/96 = BStBl. II 1998, 244 (246) = NJW 1997, 3335 (3336); BFH Urt. v. 26.6.1979 – VIII R 145/78 = BStBl. II 1979, 625 (627) = BeckRS 1979, 22004943; BFH Urt. v. 2.3.1990 – III R 70/87 = BStBl. II 1990, 733 (735) = BeckRS 1990, 22009403; BFH, Urt. 8.10.1987 – IV R 18/86 = BStBl. II 1988, 57 (62) = BeckRS 1987, 22008244; BFH Urt. v. 28.1.1960 – IV 226/58 S = BFHE 71, 111 (117 f.) = BStBl. III 1960, 291 (293) = NJW 1960, 1638 (1640); vgl. aus der Literatur nur *Schulze-Osterloh*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 42 Rn. 125.

470 *Schulze-Osterloh*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 42 Rn. 103; *Hennrichs*, in: BeckOGK HGB, Stand: 15.9.2023, § 250 Rn. 9; *ders.*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, § 9 Rn. 76; *Lüders*, Zeitpunkt der Gewinnrealisierung, S. 2; *Joisten*, Mehrkomponentengeschäfte, S. 80, 84; *Hommel/Berndt* BB 2009, 2190: „Von Kunden vorausgezahlte Leistungsentgelte werden passiviert, weil sie Einnahmen für zukünftige (noch nicht realisierte) Umsätze verkörpern.“

471 *Schulze-Osterloh*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 42 Rn. 298; *Joisten*, Mehrkomponentengeschäfte, S. 84.

472 *Joisten*, Mehrkomponentengeschäfte, S. 80.

bende Erwerbsgeschäfte sind ohnehin bilanziell neutral, da die potenziell anzusetzende Forderung hier der Verbindlichkeit entsprechen würde. Auch schwebende Absatzgeschäfte müssten neutral bilanziert werden, weil das Realisationsprinzip den hypothetischen Ansatz einer Forderung auf die Höhe der ihr entsprechenden Verbindlichkeit begrenzt. Diese bilanzrechtlichen Grundüberzeugungen müssen einem vollständigen Konzept der gesetzesmäßigen Abbildung von Mehrkomponentengeschäften zugrunde gelegt werden. Sie werden durch die vorstehend angerissenen Einschränkungen des Schwebegrundsatzes ergänzt, welche vor allem bei teilverlustträchtigen Mehrkomponentengeschäften eine Rolle spielen.

§ 10 Lücken der Mehrkomponentendogmatik

Bei Mehrkomponentengeschäften versagt die außerpositivistische Methode der Auslegung des Bilanzrechts (§ 7), da das überlieferte und allgemein anerkannte Konzept der Ertragsrealisation (§ 9) insofern Lücken aufweist. Zudem existiert zur Frage der Vereinbarkeit der theoretisch denkbaren Abbildungskonzeptionen mit dem geltenden Recht auch (noch) kein umfassender Gerichtsgebrauch. Der BFH hat sich zwar zu Einzelproblemen der Mehrkomponentenabbildung geäußert, diese Einzelentscheidungen vermitteln aber keine einheitliche Mehrkomponentendogmatik. Bei einer Gesamtschau dieser beiden Bewandnisse lässt sich die Abbildung von Mehrkomponentengeschäften als „schwieriger Fall“ der Bilanzierung einordnen. Im Hinblick auf diesen Hard Case bestehen, anders als es im bilanzrechtsmethodischen Alltag der Fall ist, einmal Raum und Notwendigkeit für eine Gesetzesauslegung im eigentlichen Sinne. Die Literatur hat es insofern über die Jahre vermocht, die existierenden finanzgerichtlichen Entscheidungen zu einem weitgehend einheitlichen Bild zusammenzufügen. Die für die Abbildung von Mehrkomponentengeschäften in finanzgerichtlicher Rechtsprechung und Literatur vertretenen (Teil-)Lösungen lassen sich aus rechtswissenschaftlicher Sicht kritisch überprüfen. Anhand der gemeinsamen Merkmale dieser Einzelkritik ist es sodann möglich, generell dogmatische Lücken beim Umgang mit Hard Cases des Bilanzrechts aufzuzeigen.

Dieser Überprüfungsakt erfolgt in vier Teilen: Zunächst geht es darum, wie mit Verlusten, die im Rahmen der Abwicklung eines Mehrkomponentengeschäfts temporär auftreten und bewusst hingenommen werden, umzugehen ist (A.). Weiterhin ist die Einordnung von Vorleistungen, welche der Bilanzierende in seiner Position als Sachleistungsschuldner tätigt, in den Blick zu nehmen (B.). Vor allem ist aber auf die zur Reichweite der Konzeption der Kostenabgrenzung (C.) und der Umsatzaufgliederung (D.) gemachten Vorschläge einzugehen.

A. Umgang mit Temporärverlusten

Temporärverluste treten bei allen drei theoretisch denkbaren Abbildungskonzepten für Mehrkomponentengeschäfte auf. Mit dem Begriff werden hier die zeitweilig bei einer Einzelbetrachtung der Leistungskomponenten auftretenden Verluste bezeichnet, die der bilanzierende Mehrkomponentenanbieter angesichts einer Gesamtbetrachtung des Geschäfts bewusst in Kauf nimmt. Damit unterscheiden sie sich von Verlusten, die – aus Anbietersicht – ungewollt entstehen, also wenn das gesamte Mehrkomponentengeschäft – unbeabsichtigt – verlustträchtig ist. Im Hinblick auf Temporärverluste stellt sich die Frage, wie sie dem Imparitätsprinzip entsprechend

auszuweisen sind. Virulent wird dies, wenn es um die Abbildung sog. Koppelungsgeschäfte geht, deren Archetyp der mit einem Mobilfunkdienstleistungsvertrag gekoppelte Kaufvertrag über ein Mobiltelefon ist. Hier ist fraglich, ob der Anbieter im Ausgangspunkt, d.h. insbesondere bevor der Abnehmer das Mobiltelefon übergeben und übereignet bekommen hat, eine Drohverlustrückstellung im Hinblick auf den „schwebenden“ Kaufvertrag ansetzen muss, obschon die Erwerbskomponente bewusst unterbewertet wurde und die insofern drohenden Verluste im Zuge der Abwicklung des MFD-Vertrags kompensiert werden. Es geht aber um ein allgemeines Problem der hinausgezögerten Umsatzrealisation eines Mehrkomponentengeschäfts: Wird der Saldierungsbereich weit gezogen, kommt eine Drohverlustrückstellung nur dann in Betracht, sofern das Geschäft insgesamt verlustträchtig ist.⁴⁷³

- 4 In der Literatur wird im Anschluss an (ältere) finanzgerichtliche Rechtsprechung dafür plädiert, den (handelsbilanziellen) Ansatz von Drohverlustrückstellungen für diese Temporärverluste sehr weitgehend auszuschließen, indem gewinnträchtige Zweitkomponenten in den Saldierungsbereich der Rückstellung einbezogen werden. Der Verpflichtungsüberschuss im Hinblick auf eine Leistungskomponente soll also durch einen zu erwartenden Gewinn aus einer anderen Leistungskomponente ausgeglichen werden. Auf Ebene der Steuerbilanz besteht ohnehin kein Spielraum, da im Hinblick auf den Ansatz von Drohverlustrückstellungen in der Steuerbilanz zum Abschluss nach 31.12.1996 endender Wirtschaftsjahre gemäß § 5 Abs. 4a EStG ein Ansatz- bzw. Passivierungsverbot greift, sodass die Verluste jeweils erst mit ihrer Realisierung zu berücksichtigen sind.⁴⁷⁴ Bei einer Umsatzaufgliederung erfolgt also jeweils mit der Leistungserbringung auch eine Verlustrealisation, ohne dass sie zuvor im Wege des Rückstellungsausweises hätte antizipiert werden können, wohingegen für die Handelsbilanz eine „wirtschaftliche“ Gesamtbetrachtung des Geschäfts befürwortet wird.
- 5 Handelsbilanziell soll sich der Ansatz von Drohverlustrückstellungen nach § 252 Abs.1 Nr.4 HGB richten, die Aufwandserfassung wird mit anderen Worten als durch das Realisationsprinzip determiniert angesehen (I. und II.). Kritisch ist aber die wirtschaftlichen Bestimmung des Rückstellungssaldierungsbereichs zu sehen (III.). Denn im Rahmen der Saldierung wäre eigentlich eine rein zivilrechtsakzessorische Betrachtungsweise geboten. Die praktischen Auswirkungen der durch die Zivilrechtsakzessorietät herbeigeführten „Realitätsverengung“ können, wie das Beispiel des Umgangs mit Drohverlustrückstellungen zeigt, bedeutend sein. Bei einer Hinauszögerung der Umsatzrealisation wird nach der hier befürworteten zivilrechtsakzessorischen Auslegung des § 249 Abs.1 Satz 1 Hs. 2 HGB das Geschäft

473 Vgl. insofern Joisten, Mehrkomponentengeschäfte, S. 260.

474 Vgl. zur Rechtfertigung dieser Einschränkung Begr. FraktionsE Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002, BT-Drucks. 14/23, S.171; aus der Literatur etwa Schulze-Osterloh, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 42 Rn. 251; Hennrichs, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, § 9 Rn. 80, 96.

zu Beginn nicht als Einheit betrachtet. In der Folge ist ein zu Beginn der Abwicklung eines Mehrkomponentengeschäfts auftretender, vorübergehender Verlust über eine Drohverlustrückstellung zu erfassen und nicht zu saldieren, selbst wenn das Geschäft insgesamt gewinnbringend ist und nur einzelne seiner Komponenten bewusst unterbewertet wurden. Daraus ergibt sich ein Gleichlauf zum Konzept der Umsatzaufgliederung, da insofern jeweils eine „Verlustrealisation“ mit Erbringung der verlustträchtigen Teilleistung stattfindet und zuvor auch jeweils ein Drohverlustrückstellungsansatz. Dementsprechend ist der Gewinnausweis bei der „hinausgezögerten Umsatzrealisation“ nicht weniger restriktiv als bei der „Umsatzaufgliederung“, wohingegen sich die Umsatzaufgliederung der Gegenauffassung zufolge sogar als restriktiver darstellen würde.

I. Zweck des Ansatzes von Drohverlustrückstellungen

Drohverlustrückstellungen gewährleisten, dass aus einem Geschäft drohende Verluste nicht erst in der Periode erfasst werden, in der es auch zur Ertragsrealisierung – d.h. zur Beendigung des Schwebezustands – kommt, sondern zum frühesten Zeitpunkt.⁴⁷⁵ Dies kann man sowohl damit begründen, dass die Aufwandszurechnung periodengerecht erfolgen sollte, also dynamisch, als auch mit dem Vorsichtsprinzip. Bei einer dynamischen Bilanzbetrachtung soll der Rückstellungsansatz erreichen, dass derjenige Teil des (Gegenleistungs-)Anspruchs, welcher die eigene Leistungspflicht übersteigt, bereits in der laufenden Periode und damit noch vor der eigentlichen Ausgabe bilanziell berücksichtigt wird (Aufwand vor Ausgaben).⁴⁷⁶ Es wird hier mithin dem Prinzip der periodengerechten Erfolgsermittlung (§ 252 Abs. 1 Nr. 5 HGB) Rechnung getragen.⁴⁷⁷ Aus gesellschaftsrechtlicher Sicht sollen (im Interesse der Kapitalerhaltung und des Gläubigerschutzes) die bereits als wahrscheinlicher Verlust identifizierten Beträge von der handelsrechtlichen Gewinnverteilung in dieser Periode ausgenommen und für den späteren tatsächlichen Bedarf bereitgehalten werden.⁴⁷⁸ Ziel ist es – wie der BFH herausgearbeitet hat –, auf diese Weise künftige Rechnungslegungsperioden von vorhersehbaren Verlusten freizuhalten.⁴⁷⁹ Es soll also eine Art Ausschüttungssperre eingerichtet werden.⁴⁸⁰ Damit wird mit § 249 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 HGB auch das Vorsichtsprinzip berücksichtigt.⁴⁸¹

475 Vgl. nur *Crezelius* ZGR 1987, 1 (36 f.).

476 Vgl. nur *Hennrichs*, in: BeckOGK HGB, Stand 15.9.2023, § 249 Rn. 2, 14; *Lüders*, Zeitpunkt der Gewinnrealisierung, S. 2; *Christiansen*, StbJb 1989/1990, S. 129 (131); *Döllerer* BB 1974, 1541 (1542).

477 *Hennrichs*, in: BeckOGK HGB, Stand 15.9.2023, § 249 Rn. 9, 14.

478 BFH DStR 1997, 1442 (1444).

479 BFH DStR 1997, 1442 (1444).

480 *Weber-Grellet* DStR 1997, 1445 (1446).

481 Vgl. nur *Hennrichs*, in: BeckOGK HGB, Stand 15.9.2023, § 249 Rn. 10, 14.

- 7 Im Gesetz drückt sich dies so aus, dass gemäß § 249 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 HGB auf der Passivseite der Bilanz bereits ein „drohende[r] Verlust“ durch den Ansatz einer Rückstellung auszuweisen ist, wenn ein Geschäft noch „schwebt“. In § 249 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 HGB geht es – etwas vereinfacht – um den Fall, dass die Verpflichtung des Bilanzierenden aus dem schwebenden Geschäft seine Forderung wahrscheinlich übersteigen wird, also die dem Geschäft zurechenbaren Aufwendungen greifbar höher sind als die ihm zuzuordnenden Erträge.⁴⁸² Spiegelbildlich dazu adressiert § 249 Abs. 2 Satz 2 HGB die Auflösung derartiger Rückstellungen. Zweck des § 249 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 HGB ist es also nicht etwa, allgemein einen künftig drohenden Verlust zu berücksichtigen. Es geht vielmehr darum, dass im Fall des Drohverlusts aus dem schwebenden Geschäft eine (gänzliche) Nichtberücksichtigung der rechtlich begründeten Verpflichtung des Kaufmanns in der Bilanz nicht mehr gerechtfertigt ist. Stattdessen kommt dann (wieder) der Vollständigkeitsgrundsatz (§ 242 Abs. 1 HGB i.V.m. § 246 Abs. 1 HGB) zum Tragen und die Schuld ist voll anzusetzen. Anders ausgedrückt, geht es um eine ungleiche (imparitätische) Behandlung von Gewinnen und Verlusten.⁴⁸³ Das hinter dem Konzept der „Nichtbilanzierung stehender Geschäfte“ stehende Bemühen um eine Vereinfachung der Rechnungslegung kommt in diesem Fall allein noch insofern zum Ausdruck, als die Verbindlichkeit mit der ihr synallagmatisch gegenüberstehenden Forderung saldiert wird („Verpflichtungsüberschuss“).⁴⁸⁴ Der Ausweis des Verbindlichkeitsüberschusses als „Rückstellung“ ist damit in gewisser Weise irreführend, da das Bestehen einer Verpflichtung hier bereits feststeht. Sie wird nur damit gerechtfertigt, dass die Höhe der kommenden Vermögensminderung noch nicht sicher, sondern nur wahrscheinlich, ist.⁴⁸⁵

II. Bestimmung des Saldierungsbereichs

- 8 Eine strenge Fassung des dargestellten Passivierungsgebots würde allerdings regelmäßig bedeuten, die tatsächlichen Verhältnisse auszublenden oder jedenfalls grob zu vereinfachen. Denn oftmals hat sich der Bilanzierende bewusst auf ein verlustträchtiges Geschäft eingelassen, da er davon ausgeht, dass der Verlust durch Gewinne an anderer Stelle zumindest kompensiert wird. Vor diesem Hintergrund wird seit langem eine Debatte darüber geführt, inwiefern der Rückstellungsansatz mittels

482 Vgl. etwa BFH, Urt v. 19.7.1983 – VIII R 160/79 = BFHE 139, 244 = BeckRS 1983, 22006572; *Schulze-Osterloh*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 42 Rn. 19; *Hennrichs*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, § 9 Rn. 76; *Moxter*, Bilanzrechtsprechung, § 9 I, S. 157 ff.; *Joisten*, Mehrkomponentengeschäfte, S. 163; *Döllner* BB 1974, 1541 (1542); *Breidert/Moxter* WpG 2007, 912 (914 f.); so bereits die Definition in der amtlichen Begründung zu § 152 AktG a.F.

483 Vgl. nur *Crezelius* ZGR 1987, 1 (36 f.).

484 Vgl. BFH Beschl. v. 23.6.1997 – GrS 2/93 = BFHE 183, 199 = BStBl. II 1997, 735 = DStR 1997, 1442 (1443); *Hennrichs*, in: BeckOGK HGB, Stand 15.9.2023, § 249 Rn. 10; *Joisten*, Mehrkomponentengeschäfte, S. 161.

485 Vgl. *Hennrichs*, in: BeckOGK HGB, Stand 15.9.2023, § 249 Rn. 10; *Joisten*, Mehrkomponentengeschäfte, S. 161.

einer Einbeziehung dieser kompensierenden Elemente zu beschränken ist, also ein Kompensationsbereich gebildet werden muss. Hier wird vertreten, dass bei Mehrkomponentengeschäften gewinnträchtige Zweitkomponenten richtigerweise nicht in den Saldierungsbereich von Drohverlustrückstellungen, die im Hinblick auf eine für sich genommen verlustträchtige Erstkomponente anzusetzen sind, einzubeziehen sind, sofern die Komponenten nur wirtschaftlich verknüpft sind. Geboten ist mithin nach hiesiger Auffassung eine rein zivilrechtsakzessorische Bestimmung der Saldierung, bei der die wirtschaftlichen Umwelten des Rechts, da es sich nicht um eine klar abgrenzbare Kategorie handelt, keine Rolle spielen.

1. Problemaufriss: Einbeziehung des „wirtschaftlichen Synallagmas“

Es ist allgemein anerkannt, dass in den Kompensationsbereich der Drohverlustrückstellung jedenfalls die wechselseitigen Leistungen, zu denen sich die Vertragsparteien verpflichten, um die Gegenleistung des anderen Vertragspartners zu erhalten, einzubeziehen sind.⁴⁸⁶ Zumindest ist also auf das schuldvertragliche Synallagma abzustellen. Zu berücksichtigen sind damit auch vertragliche Nebenleistungspflichten, etwa der Anspruch auf Einweisung in die Maschinenführung nach dem Erwerb einer Maschine.⁴⁸⁷ Die zivilrechtsakzessorische Betrachtung bietet mithin den Ausgangspunkt der Saldierung. Allerdings bleiben so viele, bei Mehrkomponentengeschäften neuralgische Fälle unberücksichtigt. Denn es ist, wie aufgezeigt, gerade ein Wesensmerkmal von Mehrkomponentengeschäften, dass ihre einzelnen, „wirtschaftlich“ verknüpften Leistungskomponenten entweder ausdrücklich formell-vertraglich getrennt wurden oder das Privatrecht die Vertragsgrenzen schlichtweg nicht zu bestimmen vermag, da diese Abgrenzung (bislang) keine zivilrechtlich relevante Fragestellung ist. Es ist deshalb von erheblicher praktischer Relevanz, inwiefern sich auch (nur) „wirtschaftliche Verknüpfungen“ zwischen Leistungskomponenten beim Rückstellungsansatz auswirken.

2. Votum des BFH

Die einschlägige BFH-Rechtsprechung ist uneinheitlich und kann angesichts des seit den 1990er-Jahren geltenden steuerrechtlichen Passivierungsverbots für Drohverlustrückstellungen kaum mehr aktuell genannt werden. Im Grundsatz hat der Bundesfinanzhof aus dem Einzelbewertungsgrundsatz (§§ 240 Abs. 1, 2, 252 Abs. 1

486 Vgl. BFH, GrS Beschl. v. 23.6.1997 – GrS 2/93 = BFHE 183, 199 = BStBl. II 1997, 735 = DStR 1997, 1442 (1444); BFH Urt. v. 7.6.1988 – VIII R 296/82 = BFHE 153, 407 = BStBl. II 1988, 886 = BeckRS 1988, 22008562; BFH Urt. v. 26.6.1980 – IV R 35/74 = BFHE 130, 533 = BStBl. II 1980, 506 = BeckRS 1980, 22005380; BFH Urt. v. 14.1.1958 – I 185/57 U = BFHE 66, 190 = BStBl. III 1958, 75 = BeckRS 1958, 21000597.

487 Schubert, in: BeckBilKomm, § 249 HGB Rn. 103; vgl. auch Joisten, Mehrkomponentengeschäfte, S. 164.

Nr. 3 HGB) aber die Maßgabe abgeleitet, dass in den Saldierungs- oder Kompensationsbereich einer Rückstellung für drohende Verluste nur diejenigen Aufwendungen und Erträge einbezogen werden dürfen, die durch die Verpflichtung und Ansprüche aus dem einzelnen schwebenden Geschäft verursacht sind.⁴⁸⁸ Es sei dabei aber nicht ausgeschlossen, mehrere Geschäfte „wirtschaftlich als Einheit zu betrachten“.⁴⁸⁹ Diese Rechtsprechungslinie kulminierte im sog. Apotheker-Beschluss des Großen Senats des BFH, wonach (auch) alle sonstigen „wirtschaftlichen Vorteile, die nach dem Inhalt des Vertrages oder nach den Vorstellungen beider Vertragspartner (subjektive Geschäftsgrundlage) eine Gegenleistung für die vereinbarte Sachleistung darstellen“ bei der Prüfung der Ausgeglichenheit einzubeziehen seien.⁴⁹⁰ Insofern ist vom „wirtschaftlichen Synallagma“ die Rede.

- 11 Begründet wurde die Einbeziehung damit, dass es einer finanziellen Vorsorge für künftige Gewinnermittlungszeiträume durch Passivierung einer Rückstellung nicht bedürfe, sofern ein „Verlust“, der sich bei isolierter Betrachtung der vertraglichen Hauptleistungen ergibt, durch wirtschaftliche Vorteile aus dem Geschäft in seiner Gesamtheit kompensiert werde.⁴⁹¹ Der Große Senat ging sogar noch einen Schritt weiter und gab vor, dass sogar die Kompensation eines für sich genommen verlustträchtigen Geschäfts durch einen bloßen Standortvorteil (Aussicht auf höhere Umsätze und Gewinne aus einem erweiterten Kundenkreis) möglich sei.⁴⁹² Auch außerhalb des Leistungsaustauschs der Parteien entstehende Vorteile sollten mithin

488 Vgl. BFH Ur. v. 15.10.1997 – I R 16/97 = BFHE 184, 439 = BStBl. II 1998, 249 = DStR 1998, 480 (481); BFH, Ur. v. 19.7.1983 – VIII R 160/79 = BFHE 139, 244 = BeckRS 1983, 22006572.

489 Vgl. BFH, Ur. v. 19.7.1983 – VIII R 160/79 = BFHE 139, 244 = BeckRS 1983, 22006572, wo eine wirtschaftliche Einheit verlustbringender Verträge über die Vermietung von Heizwerken und gewinnbringenden Verträgen über den Verkauf von Häusern und Eigentumswohnungen im Ergebnis jedoch abgelehnt wurde; ähnlich (wirtschaftlicher Zusammenhang bejaht) BFH Ur. v. 16.12.1992 – XI R 42/89 = BFHE 170, 179 = DStR 1993, 755; (wirtschaftlicher Zusammenhang verneint) BFH Ur. v. 15.10.1997 – I R 16/97 = BFHE 184, 439 = BStBl. II 1998, 249 = DStR 1998, 480 (481 f.); vgl. zur Bedeutung des Einzelbewertungsgrundsatzes hier auch *Ballwieser*, in: MüKo-HGB, § 249 Rn. 61.

490 Vgl. BFH, GrS Beschl. v. 23.6.1997 – GrS 2/93 = BFHE 183, 199 = BStBl. II 1997, 735 = DStR 1997, 1442 (1445); vgl. zuvor bereits BFH Ur. v. 7.6.1988 – VIII R 296/82 = BFHE 153, 407 = BStBl. II 1988, 886 = BeckRS 1988, 22008562; BFH Ur. v. 9.7.1981 – IV R 35/78 = BFHE 133, 543 = BStBl. II 1981, 734 = BeckRS 1981, 22005804; BFH Ur. v. 26.6.1980 – IV R 35/74 = BFHE 130, 533 = BStBl. II 1980, 506 = BeckRS 1980, 22005380; BFH Ur. v. 23.4.1975 – I R 236/72 = BFHE 116, 16 = BStBl. II 1975, 875 = NJW 1975, 1990 (1991); BFH Ur. v. 26.2.1975 – I R 72/73 = BFHE 115, 243 = BStBl. II 1976, 13 = BeckRS 1975, 22003079; BFH Ur. v. 18.7.1961 – I 322/60 U = BFHE 73, 382 = BStBl. III 1961, 405 = BeckRS 1961, 21002187; BFH Ur. v. 14.1.1958 – I 185/57 U = BFHE 66, 190, BStBl. III 1958, 75 = BeckRS 1958, 21000597.

491 Vgl. BFH, GrS Beschl. v. 23.6.1997 – GrS 2/93 = BFHE 183, 199 = BStBl. II 1997, 735 = DStR 1997, 1442 (1445); vgl. zuvor bereits BFH Ur. v. 7.6.1988 – VIII R 296/82 = BFHE 153, 407 = BStBl. II 1988, 886 = BeckRS 1988, 22008562; BFH Ur. v. 9.7.1981 – IV R 35/78 = BFHE 133, 543 = BStBl. II 1981, 734 = BeckRS 1981, 22005804; BFH Ur. v. 26.6.1980 – IV R 35/74 = BFHE 130, 533 = BStBl. II 1980, 506 = BeckRS 1980, 22005380; BFH Ur. v. 23.4.1975 – I R 236/72 = BFHE 116, 16 = BStBl. II 1975, 875 = NJW 1975, 1990 (1991); BFH Ur. v. 26.2.1975 – I R 72/73 = BFHE 115, 243 = BStBl. II 1976, 13 = BeckRS 1975, 22003079; BFH Ur. v. 18.7.1961 – I 322/60 U = BFHE 73, 382 = BStBl. III 1961, 405 = BeckRS 1961, 21002187; BFH Ur. v. 14.1.1958 – I 185/57 U = BFHE 66, 190, BStBl. III 1958, 75 = BeckRS 1958, 21000597.

492 BFH, GrS Beschl. v. 23.6.1997 – GrS 2/93 = BFHE 183, 199 = BStBl. II 1997, 735 = DStR 1997, 1442 (1445).

in den Kompensationsbereich einzubeziehen sein. Dies wurde insbesondere damit gerechtfertigt, dass ein – hypothetischer – Erwerber des Unternehmens für den bei einer engen zivilrechtlichen Betrachtung drohenden Verlust unter Einbeziehung der Begleitumstände keinen Wertabschlag vornehmen werde (Verweis auf die Bedeutung des Teilwerts, § 6 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 EStG).⁴⁹³

3. Rezeption in der Literatur

In der steuer- und handelsbilanzrechtlichen Literatur wurde der zuletzt wiedergegebenen Schlussfolgerung des Großen Senats teilweise die Gefolgschaft versagt.⁴⁹⁴ Zwar sei die Auffassung des Senats mit dem Wortlaut des § 249 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 HGB, der die drohenden Verluste aus einem schwebenden Geschäft nicht näher spezifiziert, noch vereinbar, bemängelt wurde aber (zurecht) ein Verstoß gegen das Realisationsprinzip, da ein nicht aktivierungsfähiger Vorteil allein die Aussicht auf künftige Erträge repräsentiere und daher nicht in die Kompensation einbezogen werden könne.⁴⁹⁵ Die erhofften Umsatzsteigerungen aus dem Standortvorteil seien mit anderen Worten „ganz unsicher“.⁴⁹⁶ Zudem seien die im Raum stehenden Vorteile dem nicht aktivierungsfähigen Geschäfts- oder Firmenwert (vgl. §§ 246 Abs. 1 Satz 4, 248 Abs. 2 Satz 2 HGB) zuzurechnen und dürften sich schon aus diesem Grund nicht rückstellungsbegrenzend auswirken.⁴⁹⁷ Eine Pflicht zur Berücksichtigung des „bilanzrechtlichen Synallagmas“ und damit von Vorteilen aus Verträgen, die mit dem verlustträchtigen Geschäft eine (rein) „wirtschaftliche Einheit“ bilden, wird demgegenüber vielfach unter Berufung auf die Notwendigkeit einer „wirtschaftlichen Betrachtungsweise“ bejaht.⁴⁹⁸

4. Weitere Konturierung durch ein Kausalitätskriterium

Teilweise wird im Lichte dieser berechtigten Kritik versucht, der „wirtschaftlichen“ Betrachtungsweise durch die Einbeziehung eines Kausalitätskriteriums weitere Kontur zu verleihen. Aufwendungen aus anderen Rechtsbeziehungen sollten danach zu

493 BFH, GrS Beschl. v. 23.6.1997 – GrS 2/93 = BFHE 183, 199 = BStBl. II 1997, 735 = DStR 1997, 1442 (1445).

494 Vgl. etwa *Hennrichs*, in: BeckOGK HGB, Stand 15.9.2023, § 249 Rn. 221; *Joisten*, Mehrkomponentengeschäfte, S. 163; *Korth*, in: FS Claussen, 1997, S. 639 (647 ff.); *Schön* BB-Beil. 9/1994, S. 12; auf der Linie des Großen Senats aber etwa *Schubert*, in: BeckBilKomm., § 249 HGB Rn. 103.

495 *Schön* BB-Beil. 9/1994, S. 12.

496 *Hennrichs*, in: BeckOGK HGB, Stand 15.9.2023, § 249 Rn. 219.

497 *Hennrichs*, in: BeckOGK HGB, Stand 15.9.2023, § 249 Rn. 219.

498 Vgl. etwa *Ballwieser*, in: MüKo-HGB, § 249 Rn. 61; *Joisten*, Mehrkomponentengeschäfte, S. 164, 260; (wie angesprochen) sogar noch weitergehend *Schubert*, in: BeckBilKomm., § 249 HGB Rn. 103; *Korth*, in: FS Claussen, 1997, S. 639 (650 f.); *Ruter/Mokler/Serf* DB 2001, 209 (210); *Weber-Grellet* DB 1997, 2233 (2234); ähnlich *Kütting/Kessler* DB 1997, 2441 (2442 f.), die einen „faktische[n] Anspruch“ als „saldierungsfähige Forderung“ ansehen wollen; *Hommel*, in: Baetge/Kirsch/Thiele, BilKomm., § 249 HGB Rn. 377 ff.; *Kleindiek*, in: Staub, HGB, § 249 Rn. 64.

dem schwebenden Geschäft (nur dann) gehören, soweit sie ursächlich den Erträgen aus dem zu bewertenden Vertrag gegenüberzustellen sind.⁴⁹⁹ Eine Saldierung solle jedenfalls bei Vorteilen, die sich nur „bei Gelegenheit des Vertrages ergeben“, nicht stattfinden.⁵⁰⁰ Pate stehen können dabei BFH-Entscheidungen zu Fahrzeugveräußerungen an Leasinggesellschaften, die mit der Verpflichtung verbunden waren, die Fahrzeuge am Ende der Leasingzeit zu einem bestimmten, verbindlich festgelegten Preis zurückzukaufen. Wie durch ein Brennglas zeigen sich hier aber bereits die offenkundigen Schwachstellen der wirtschaftlichen Betrachtungsweise. So verneinten der I. und – im Anschluss an ihn – der VIII. Senat des BFH – auch im Lichte des dargestellten Beschlusses des Großen Senats –, dass Verluste, die aus einzelnen Rücknahmegeschäften erzielt werden, mit den zu erwartenden Gewinnen aus anderen Rücknahmegeschäften zu saldieren seien. Denn dies setze voraus, dass die zu saldierenden Vorgänge einander aus wirtschaftlicher Sicht ursächlich bedingen und nicht (wie bei den Leasinggeschäften) nur gleichartig nebeneinanderstünden.⁵⁰¹

III. Kritik

- 14 Die kritische Auseinandersetzung mit der referierten Auffassung zur Bestimmung des Saldierungsbereichs offenbart ein Dilemma: Die zivilrechtsakzessorische Bilanzierung präsentiert sich zwar als Mittel, um eine eindeutige Abgrenzung zu erreichen, eine wirklich überzeugende Lösung für die Berücksichtigung von Teilverlusten bei Mehrkomponentengeschäften vermag sie aber auch nicht anzubieten. Die Bestimmung des Saldierungsbereichs mittels eines Kriteriums der „wirtschaftlichen Einheit“ steht in einem direkten Widerspruch zum auf die Einheit der Rechtsordnung abzielenden Gedanken einer grundsätzlich zivilrechtsakzessorischen HGB-Bilanzierung und darüber hinaus im Konflikt zu einer gesellschaftsrechts- bzw. vorsichtsgeprägten Funktionsbestimmung des Bilanzpostens „Drohverlustrückstellung“. Denn die „wirtschaftliche Einheit“ lässt sich anhand juristisch subsumierbarer Begriffe nicht so reformulieren, dass eine hinreichende Rechtssicherheit im Hinblick auf den Rückstellungsansatz gewährleistet wäre.⁵⁰² Weiterhin ist das Kriterium auch nicht mit der privatrechtsgeprägten Funktionsbestimmung der Drohverlustrückstellungen, die darin zu sehen ist, die rechtlich ohnehin begründeten Verbindlichkeiten bilanziell zum Ausdruck zu bringen, vereinbar. Der (gesellschaftsrechtlich bedingte) Zweck des § 249 Abs.1 Satz 1 HGB legt vielmehr eine Beschränkung des Kompensationsbereichs auf die kleinste zivilrechtliche Einheit, also das vertragliche

499 Vgl. Ballwieser, in: MüKo-HGB, § 249 Rn. 59.

500 Schubert, in: BeckBilKomm, § 249 HGB Rn. 103.

501 BFH Urt. v. 15.10.1997 – I R 16/97 = BFHE 184, 439 = BStBl. II 1998, 249 = DStR 1998, 480 (481 f.); ebenso BFH Urt. v. 25.7.2000 – VIII R 35/97 = BFHE 193, 93 = BStBl. II 2001, 566 = DStRE 2001, 57 (58).

502 Hennrichs, in: BeckOGK HGB, Stand 15.9.2023, § 249 Rn. 220 schreibt, dass der „ohnehin schon streitanfällige Bereich der Rückstellungen [...]um ein weiteres Streitfeld ‚reicher‘“ werde.

Synallagma, nahe, da nur so ein möglichst weitgehender Rückstellungsansatz, bei dem außervertragliche Gewinnerwartungen keine Rolle spielen, gewährleistet ist. Andernfalls wird der Gedanke einer periodengerechten Aufwandszurechnung in einer nicht mit dem Gesetz vereinbaren Weise überbetont. Es finden sich im Gesetz schlichtweg keine Anzeichen dafür, dass das Vorsichts- und Imparitätsprinzip gegenüber einem Passivperiodisierungsprinzip zurückstehen können sollte, auch wenn auf diese Weise der Informationsgehalt der Bilanz gesteigert würde.⁵⁰³

Auch der Versuch, unter Formulierung eines Kausalitätskriteriums einen Mittelweg 15 zwischen den weiten Vorgaben des Großen Senats und den engen zivilrechtlichen Leitplanken zu finden, vermag deshalb im Ergebnis nicht zu überzeugen. Insbesondere dürfte das Kriterium, auf Mehrkomponentengeschäfte angewendet, bereits nicht dazu geeignet sein, die für eine Saldierung erforderliche „wirtschaftliche“ Beziehung eines verlustträchtigen und eines erfolversprechenden Geschäfts näher zu umreißen. Denn bei jeder Verbindung, die als wirtschaftliche Einheit zu bewerten wäre, müsste wohl auch die (ebenfalls wirtschaftlich zu bewertende) Kausalität bejaht werden, weshalb es sich hier als weitgehend redundant erweist. Eine einschränkende Funktion käme ihm kaum einmal zu. All dies legt die privatrechtskonforme Lösung nahe. Schlussendlich muss die privatrechtsgeschulte Kritik in den Ohren der Bilanzierenden allerdings reichlich hohl klingen. Sie muss sich nämlich beständig und zurecht entgegenhalten lassen, die wirtschaftlichen Vorgänge kaum einmal zutreffend widerzuspiegeln. Die aufgezeigten, gegen eine wirtschaftliche Betrachtung sprechenden Argumente ändern mit anderen Worten nichts an dem Umstand, dass auch die „privatrechtskonforme“ Engfassung kaum überzeugt. Denn sie wird nur in seltenen Fällen den tatsächlichen, „wirtschaftlichen“ Blickwinkel des Bilanzierenden auf ein von ihm abgeschlossenes Mehrkomponentengeschäft repräsentieren. Die privatrechtskonforme Bilanzierung liefert also zwar objektive, nicht aber überzeugende Ergebnisse.

B. Umgang mit Vorleistungen des Sachleistungsschuldners

Auf eine vergleichbare Problemlage stößt man, wenn der Blick dem Umgang mit 16 Vorleistungen zugewendet wird. Im Grundsatz ist die Frage, wie eigene Vorleistungen eines Sachleistungsschuldners neutral – d.h. ohne Ertrags- bzw. Aufwandswirksamkeit – zu erfassen sind, bilanziell von untergeordneter Bedeutung. Denn in aller Regel kommt es, wenn die Sachleistungsschuld erfüllt wird, zur Gewinnrealisation, indem der übertragene Vermögensgegenstand (angesetzt mit den Anschaffungs- und

503 Vgl. auch *Hennrichs*, in: BeckOGK HGB, Stand 15.9.2023, § 249 Rn. 219: Es gehe nicht an, „einen unvollständigen Schuldenausweis mit einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise zu legitimieren.“

Herstellungskosten) aus- und an seine Stelle die Forderung auf die Gegenleistung eingebucht wird, unabhängig davon, ob die Einnahme aus dem Geschäft dem Bilanzierenden erst in einer Folgeperiode zufließt. Das Geschäft wird dann also regelmäßig gar nicht mehr als „schwebend“ behandelt. Bei Mehrkomponentengeschäften ist dies anders. Hier kann im Hinblick auf „selbsterstellte“ Forderungen ein Bedarf nach einer periodengerechten Zuordnung entstehen, sofern der Anbieter (Sachleistungsschuldner) vorleistet, um so eine seiner vertraglichen Pflicht im Sinne von § 362 Abs. 1 BGB zu erfüllen. § 250 Abs. 1 HGB legt nahe, dass es dann zu einer aktiven Rechnungsabgrenzung kommen müsse. Zweck der Rechnungsabgrenzung ist es, bei gegenseitigen Verträgen, bei denen Leistung und Gegenleistung zeitlich in unterschiedliche Perioden fallen, die Erfolgswirksamkeit von Vorleistungen des einen Teils in das Jahr zu verschieben, in dem die nach dem Vertrag geschuldete Gegenleistung des anderen Teils erbracht wird.⁵⁰⁴ Es geht also darum, Aufwand und Ertrag bei einer Vermögensverschiebung periodengerecht zuzuordnen.⁵⁰⁵

- 17 Unklarheiten ergeben sich jedoch, sofern der Anbieter seine vertragliche Pflicht im Hinblick auf eine für sich genommen gewollt-verlustträchtige Leistungskomponente (vor-)erfüllt, wohingegen das Mehrkomponentengeschäft insgesamt gewinnträchtig ist. Denn einerseits legen der Wortlaut des § 250 Abs. 1 HGB und des § 5 Abs. 5 Satz 1 EstG („Ausgaben“) nahe, dass die Rechnungsabgrenzung nur bei Fällen der bilanziellen Neutralisierung einer Vorleistung in Geld (also des Geldschuldners) in Betracht kommt,⁵⁰⁶ und andererseits dient die aktive Rechnungsabgrenzung herkömmlich nur der bilanziellen Neutralisierung von Vorleistungen, denen eine noch zu erbringende zeitraumbezogene Gegenleistung gegenübersteht.⁵⁰⁷ Die bei der Rechnungsabgrenzung einzubeziehenden Leistungspflichten sind demnach insofern verknüpft, als sie demselben Schuldverhältnis entspringen, also in einer synallagmatischen Beziehung stehen.⁵⁰⁸ Ursprünglich ist der I. Senat des BFH sogar davon ausgegangen, dass im Rahmen der Rechnungsabgrenzung nur auf das einzel-

504 BFH Urt. v. 31.5.1967 – I 208/63 = BFHE 89, 191 = BStBl. III 1967, 607 = BeckRS 1967, 21000867; BFH Urt. v. 17.9.1987 – IV R 49/86 = BFHE 151, 386 = BStBl. II 1988, 327 = BeckRS 1987, 22008215; BFH DStR 2010, 1015 Rn. 2, 12.

505 BFH DStR 2010, 1015 Rn. 2, 12.

506 Vgl. *Schulze-Osterloh*, in: *Baumbach/Hueck, GmbHG*, 18. Aufl. 2006, § 42 Rn. 178: „Ausgaben“ i.S.d. § 250 HGB seien Zahlungsvorgänge [und Tauschvorgänge]; ebenso *Hennrichs*, in: *Tipke/Lang, Steuerrecht*, § 9 Rn. 204: Rechnungsabgrenzungsposten betreffen Fälle vorausbezahlten Entgelts.

507 Vgl. etwa BFH Urt. v. 22.6.2011 – I R 7/10 = BFHE 234, 168 = BStBl. II 2011, 870 = DStR 2011, 1704 Rn. 14; BFH Urt. v. 12.8.1982 – IV R 184/79 = BFHE 136, 280 (283 f.) = BeckRS 1982, 22006212; BFH Urt. v. 4.5.1977 – I R 27/74 = BFHE 123, 20 = BStBl. II 1977, 802 = BeckRS 1977, 22004032; BFH Urt. v. 19.5.2010 – I R 65/09 = BFHE 230, 25 = BStBl. II 2010, 967 = DStR 2010, 1616; BFH Urt. v. 6.4.1993 – VIII R 86/91 = BFHE 171, 221 = BStBl. II 1993, 709 = BeckRS 1993, 22010665; BFH Urt. v. 19.6.1997 – IV R 16/95 = BFHE 183, 484 = BStBl. II 1997, 808 = DStR 1997, 1638 (1639).

508 Vgl. insofern BFH Urt. v. 22.6.2011 – I R 7/10 = BFHE 234, 168 = BStBl. II 2011, 870 = DStR 2011, 1704 Rn. 14; *Krumm*, in: *Heuermann/Brandis, EStG*, § 5 Rn. 681.

ne Vertragsverhältnis geschaut werden dürfe,⁵⁰⁹ wodurch ein Gleichlauf der bilanzkonzeptionellen Bedeutung von passiven und aktiven Rechnungsabgrenzungsposten im Lichte des Grundsatzes der Nichtbilanzierung schwebender Geschäfte gewährleistet war. Denn die aktive Rechnungsabgrenzung erfolgt hier anstelle des Forderungsansatzes, dem – nach herkömmlicher Betrachtung – mangels Erbringung der Sachleistung (noch) der Grundsatz der Nichtbilanzierung schwebender Geschäfte entgegensteht.⁵¹⁰

Zu dieser doppelten Problemstellung sind zwei Entscheidungen des BFH ergan- 18
gen. Im zugrundeliegenden Sachverhalt ging es um die hier bereits angesprochene verbilligte (und damit für sich genommen verlustträchtige) Veräußerung eines Mobiltelefons, die mit dem Abschluss eines Mobiltelefondienstleistungsvertrags (MFD-Vertrag) gekoppelt war. Der BFH entschied vor diesem Hintergrund, dass auch (gewollt-verlustträchtige) Sachleistungen, die mit künftigen Einnahmen in einem lediglich „wirtschaftlichen“ Zusammenhang stehen, einen Anwendungsfall der Rechnungsabgrenzung darstellen. Schlussendlich sprach er damit der aktiven Rechnungsabgrenzung (konkulent) die Funktion zu, Aufwendungen den Erträgen zuzuordnen, durch die sie amortisiert werden. Die Aufwandserfassung wird damit indirekt im Lichte des Realisationsprinzips konstruiert und man nähert sich einem „matching principle“ an. Schlussendlich kommt hier also eine ähnliche Entwicklung zum Ausdruck, wie sie sich im Hinblick auf die Bestimmung des Saldierungsbe- reichs bei Drohverlustrückstellungen beobachten ließ.

Allerdings blendet die BFH-Lösung die für Objektivierung sorgende zivilrechtliche 19
Betrachtung unter Berufung auf das vermeintliche „wirtschaftliche“ Ist vollständig aus. Das Vorsichtsprinzip gebietet es, jedenfalls zu problematisieren, inwiefern sich die aus der Zivilrechtslage resultierende Gefahr, dass der Kunde bei einer Störung der Mobilfunkdienstleistung zu einer isolierten Kündigung dieser Leistungskomponente berechtigt ist und in der Folge das verbilligt abgegebene Mobiltelefon behalten darf, sodass es zu der vom Anbieter bezweckte „Quersubvention“ nicht mehr kommt, bilanziell auswirkt. Denn wenn dieser Fall eintritt, ist es ausgeschlossen, die Subvention – so wie es der BFH getan hat – als Aufwand späterer Jahre anzusehen, da keine Entgelte mehr gezahlt werden, deren Erfolgswirkung sie (bei wirtschaftlicher Betrachtung) mindern würde. Stattdessen ist dann von Sofortaufwand auszugehen, sofern man nicht ohnehin eine Teilgewinnrealisierung unter Berücksichtigung des Aufwandsfortschritts im Hinblick auf das Gesamtgeschäft („Umsatzaufgiede-

509 Vgl. BFH Urt. v. 7.3.1973 – I R 48/69 = BFHE 109, 172 = BStBl. II 1973, 565 = BeckRS 1973, 22002052; tendenziell auch BFH Urt. v. 12.8.1982 – IV R 184/79 = BFHE 136, 280 (283 f.) = BeckRS 1982, 22006212; ähnlich in der Literatur *Schulze-Osterloh*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 42 Rn. 177, der die Verbindung durch ein konkretes Rechtsverhältnis fordert; vgl. auch *Marten/Köhler/Schlereth DB* 2003, 2713 (2714); *Döllerer BB* 1974, 1542 f.

510 Vgl. *Schulze-Osterloh*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 42 Rn. 177.

rung“) befürwortet. Ohne Berücksichtigung der Zivilrechtslage wird der schwierige Fall mithin nicht in einer für Rechtssicherheit sorgenden Weise gelöst, sondern schlussendlich willkürlich.

I. Vom BFH vertretene Auffassung

- 20 Im Einzelnen vertritt der BFH, dass das Mobilfunkunternehmen den Verlust aus der Veräußerung in der Periode der Ausgabe des Telefons nicht als solchen erfolgswirksam erfassen dürfe. Stattdessen müsse es in Höhe der Differenz zwischen den auszubuchenden Anschaffungskosten der Telefone und den vereinnahmten Verkaufserlösen, also des (Teil-)Veräußerungsverlusts, einen aktiven Rechnungsabgrenzungsposten ansetzen.⁵¹¹ Demgegenüber sei, infolge der „Verklammerung“ der beiden Verträge im Geschäftsjahr der Abgabe des Telefons, kein Aufwand zu realisieren, anders als dies bei einem isolierten Blick auf den Kaufvertrag nahegelegen hätte. Denn die verbilligte Überlassung des Mobiltelefons sei als Teil der (gemischten) Leistung für die vom Kunden im Rahmen des MFD-Vertrags zu erbringende, zeitraumbezogene Gegenleistung (die zu zahlenden Grund- und Gesprächsentgelte) zu werten, mit anderen Worten also als „verdeckter“ Zuschuss bzw. Subvention und damit als eine „Vorleistung“. Die „Ausgabe“ in Form der Subvention des Mobiltelefons sei „als eine Art Vorabentgelt der Klägerin“ vor dem Bilanzstichtag abgeflossen.⁵¹² Dementsprechend hält es der BFH für gerechtfertigt, von einem nur temporären und damit transitorisch abgrenzungsfähigen Leistungsüberhang zuungunsten des Bilanzierenden auszugehen.⁵¹³ Der zu bilanzierende aktive RAP sei mit Zahlung der Mobilfunkentgelte zeitanteilig aufzulösen, da dann der Aufwand entstehe, welcher der „Vorleistung“ entspreche.⁵¹⁴
- 21 Der BFH dehnt damit den herkömmlichen Anwendungsbereich der Rechnungsabgrenzung erheblich aus. Als Ergebnis einer am Zweck ausgerichteten weiten Auslegung des § 5 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 EstG soll der Begriff „Ausgaben“ danach auch wirtschaftlich gleichwertige geldwerte Sachleistungen („Betriebsvermögensminderungen“) erfassen.⁵¹⁵ Weiterhin wird auch im Hinblick auf die notwendige Verknüpfung der erbrachten „Vorleistung“ mit einer noch zu erwartenden Gegenleistung

511 BFH Urt. v. 15.5.2013 – I R 77/08 = DStR 2013, 1774 Rn. 10.

512 Vgl. BFH Urt. v. 15.5.2013 – I R 77/08 = DStR 2013, 1774 Rn. 9, 14; gleichgerichtet bereits BFH Beschl. v. 7.4.2010 – I R 77/08 = DStR 2010, 1015 Rn. 16; zustimmend *Krumm*, in: Heuermann/Brandis, EStG, § 5 Rn. 681: „Es ist [...] ausreichend, wenn ein Verhalten erwartet wird, das wirtschaftlich als Gegenleistung für die Vorleistung aufzufassen ist.“; vgl. grundlegend *Hermann/Potthast* CR 2012, 10 (11 ff.).

513 Vgl. BFH Beschl. v. 7.4.2010 – I R 77/08 = DStR 2010, 1015 Rn. 16.

514 Vgl. allgemein zur Auflösung von RAP *Schulze-Osterloh*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 42 Rn. 185; *Hennrichs*, in: BeckOGK HGB, Stand 15.9.2023, § 250 Rn. 42.

515 BFH Beschl. v. 7.4.2010 – I R 77/08 = DStR 2010, 1015 Rn. 12; zustimmend etwa *Joisten*, Mehrkomponentengeschäfte, S. 141; *Hoffmann* DStR 2013, 1777 (1778); vgl. zur Gegenauffassung nur *Schubert*, in: BeckBilKomm, § 250 HGB Rn. 20.

ein denkbar weiter Maßstab angelegt. In Fortschreibung bereits früherer Entscheidungen, geht der BFH davon aus, dass die Voraussetzungen für eine Rechnungsabgrenzung bereits dann erfüllt seien, wenn ein zeitraumbezogenes Verhalten erwartet werde, das „wirtschaftlich“ als Gegenleistung für die Vorleistung aufgefasst werden könne.⁵¹⁶ Maßgeblich soll es (nur noch) auf die klare Verknüpfung von Vorleistung und ausstehender Gegenleistung ankommen, wobei dieses Erfordernis insbesondere aus dem Merkmal abgeleitet wird, dass die Ausgabe einen Aufwand „für eine bestimmte Zeit“ nach dem Abschlussstichtag repräsentieren muss. Selbst eine nur „bei wirtschaftlicher Betrachtung“ bestehende Abhängigkeit zwischen der Vorleistung und der im Rahmen des Dauerschuldverhältnisses, d.h. des MFD-Vertrags, zu erbringenden Gegenleistung soll dieses Kriterium erfüllen. Dass „der Kaufvertrag über das Mobiltelefon und der MFD-Vertrag zivilrechtlich selbständige Rechtsgeschäfte“ seien,⁵¹⁷ soll demnach für die bilanzielle Abbildung des Geschäfts keine Rolle spielen.⁵¹⁸ Sofern sich erweist, dass die künftigen Gegenleistungen des Abnehmers für den Anbieter nur noch von begrenztem (niedrigerem) Wert sind, kann nicht etwa der aktive Rechnungsabgrenzungsposten abgeschrieben werden, sondern es muss eine Drohverlustrückstellung erfolgen.⁵¹⁹ Denn bei einem RAP kommt eine Teilwertzuschreibung zur Berücksichtigung von Verlusten nicht in Betracht, da es sich um einen reinen Hilfsposten handelt. Praktisch relevant dürfte dieser Fall – sieht man von einer plötzlichen Geldentwertung einmal ab – aber kaum einmal werden, da die Leistung der maßgeblichen Komponenten für den Anbieter hier ja bereits „abgeschlossen“ ist.

II. Kritik

Die skizzierte BFH-Auffassung sieht sich unter mehreren Gesichtspunkten – berechtigter – Kritik ausgesetzt. Kern dieser Kritik ist auch an dieser Stelle, dass der BFH die Zivilrechtslage missachtet und in der Folge die Abgrenzung von aktiver Rechnungsabgrenzung und (endgültigem) Verlustausweis verkennt. Denn eigentlich muss hier die (wenngleich gering einzuschätzende) Gefahr, dass es zu einem unzulässigen Verlustaufschub kommt, zur Folge haben, dass eine Rechnungsabgrenzung ausscheidet. Im Lichte des Vorsichtsprinzips muss der Verlustausweis, sofern auch

516 Vgl. BFH Urt. v. 22.6.2011 – I R 7/10 = BFHE 234, 168 = BStBl. II 2011, 870 = DStR 2011, 1704 Rn. 14; vgl. zuvor bereits BFH Urt. v. 19.5.2010 – I R 65/09 = BFHE 230, 25 = BStBl. II 2010, 967 = DStR 2010, 1616; BFH Urt. v. 24.7.1996 – I R 94/95 = BFHE 181, 64 = BStBl. II 1997, 122 = DStR 1996, 1643; BFH Urt. v. 29.11.2006 – I R 46/05 = BFHE 216, 159 = BStBl. II 2009, 955 = DStR 2007, 573 (574); zustimmend *Krumm*, in: Heuermann/Brandis, EStG, § 5 Rn. 681; *Herzig/Joisten* DB 2011, 1014 (1018).

517 BFH Beschl. v. 7.4.2010 – I R 77/08 = DStR 2010, 1015 Rn. 15; zustimmend *Krumm*, in: Heuermann/Brandis, EStG, § 5 Rn. 681.

518 BFH Beschl. v. 7.4.2010 – I R 77/08 = DStR 2010, 1015 Rn. 15 f.

519 Vgl. *Hennrichs*, in: BeckOGK HGB, Stand 15.9.2023, § 250 Rn. 43; a.A. *Joisten*, Mehrkomponentengeschäfte, S. 260.

nur ein geringes, aus der Zivilrechtslage resultierendes Risiko für einen endgültigen Leistungsüberhang zulasten des Bilanzierenden besteht, Vorrang gegenüber der (verlustneutralen) Rechnungsabgrenzung beanspruchen.⁵²⁰ Hier besteht ein solches Risiko, solange privatrechtlich nicht (sicher) ausgeschlossen ist, dass der Kunde bei einer Störung der Mobilfunkdienstleistung zu einer isolierten Kündigung dieser Leistungskomponente berechtigt ist und das verbilligt abgegebene Mobiltelefon in der Folge behalten darf. Im Hintergrund steht, dass die vom Anbieter bezweckte „Quersubvention“ dann ausbliebe und es ausgeschlossen wäre, sie – so wie es der BFH getan hat – als Aufwand späterer Jahre anzusehen, da keine Entgelte mehr gezahlt würden, deren Erfolgswirkung sie (bei wirtschaftlicher Betrachtung) mindern würde.

- 23 Dieses Risiko kann – entgegen dem BFH – auch nicht infolge einer „wirtschaftlichen“ Betrachtung ausgeblendet werden. Die Rechnungslegung ist vielmehr gezwungen, die Zivilrechtslage sauber herauszuarbeiten. Es lassen sich auch durchaus Fälle anführen, in denen der BFH dies ebenso gesehen hat. Anführen lassen sich insbesondere andere finanzgerichtliche Entscheidungen, in denen der BFH den Ansatz eines aktiven RAP grundsätzlich davon abhängig gemacht hat, inwiefern die (rechtliche) Verknüpfung von erbrachter Vorleistung und künftiger Gegenleistung in einem Dauerschuldverhältnis sich darin niederschlägt, dass dem Vorleistenden im Falle der Nichterfüllung der Gegenleistung ein Rückforderungsanspruch zusteht.⁵²¹ Demgegenüber stellt sich der BFH in seinen Entscheidungen zu Koppelungsgeschäften im Mobilfunksektor wenig überzeugend auf den Standpunkt, dass der Gefahr einer (Teil-) Kündigung des MFD-Vertrags und einem sich daran anschließenden Behaltendürfen keine Bedeutung zukomme, da sie sich jedenfalls nicht auf die ökonomische Interessenlage der Parteien ausgewirkt habe.⁵²² Auch dafür gibt es zugegebenermaßen Präzedenzfälle. So soll nach anderen Entscheidungen auf einen (hypothetischen) Rückzahlungsanspruch verzichtet werden können, sofern ein Dauerschuldverhältnis über mehrere Jahre besteht, nur aus wichtigem Grunde gekündigt werden kann und keine konkreten Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die

520 Vgl. *Hennrichs*, in: BeckOGK HGB, Stand 15.9.2023, § 250 Rn. 6.

521 BFH Urt. v. 22.6.2011 – I R 7/10 = BStBl. II 2011, 870 = NJW-RR 2011, 1604 (1605); BFH Urt. v. 12.8.1982 – IV R 184/79 = BFHE 136, 280 (283 f.) = BeckRS 1982, 22006212; vgl. aus der Literatur *Joisten*, Mehrkomponentengeschäfte, S. 149; *Herzig/Joisten* DB 2011, 1014 (1019).

522 Vgl. BFH Beschl. v. 7.4.2010 – I R 77/08 = DStR 2010, 1015 Rn. 8; zustimmend *Hoffmann* DStR 2013, 1777: „Der Zivilrechtslage kommt bilanzrechtlich keine Bedeutung zu, wenn daraus abgeleitete Folgerungen des Zivilrechts beim Kalkül der handelnden Parteien keine Rolle gespielt haben. Die Bilanz soll nicht Rechtsstrukturen abbilden, sondern die ökonomische Interessenlage des Bilanzierers. Bilanziert wird zum Stichtag. Wenn tatsächlich später einmal Leistungsstörungen bei den Verträgen auftauchen, sind sie dann zu berücksichtigen.“; ähnlich bereits *Joisten*, Mehrkomponentengeschäfte, S. 143 (samt Ausführungen zur bereits vor den Entscheidungen des BFH bestehenden Gegenauffassung).

Vertragsparteien davon ausgingen, die Kündigungsmöglichkeit könne tatsächlich wahrgenommen werden.⁵²³

Neu – und als Fehlentwicklung kritikwürdig – ist hier aber jedenfalls der Grad, zu welchem die Zivilrechtslage ausgeblendet wird. Man kann von einer geradezu bedingungslosen Ausblendung sprechen. Denn in seinen früheren Entscheidungen zum Ansatz eines aktiven RAP bei Dauerschuldverhältnissen hatte der BFH nur deshalb darauf verzichtet, einen Rückzahlungsanspruch zu fordern, weil angesichts seiner übrigen Kriterien offenkundig war, dass „die Höhe der jeweiligen Jahresmiete [...] in diesen Fällen ihren wirtschaftlichen Grund auch in den in Zukunft zu erwartenden jährlichen Nutzungsüberlassungen“ hat und „auch durch diese wirtschaftlich verursacht“ ist.⁵²⁴ Voraussetzung für den Verzicht war mit anderen Worten, dass der Grundsatz, dass die Leistung des Bilanzierenden sich auf das abgelaufene Geschäftsjahr bezieht, eindeutig durchbrochen ist.⁵²⁵ In den vom BFH zu Koppelungsgeschäften getroffenen Entscheidungen bleibt aber bereits völlig unklar, nach welchen *objektiven* Kriterien sich die vermeintliche Interessenlage der Parteien bestimmen lässt. Eine die Zivilrechtslage auf diese Weise ignorierende, undifferenzierte „wirtschaftliche“ Abgrenzung, ob es sich bei einer Leistung um eine zur Rechnungsabgrenzung berechtigende Vorleistung handelt, führt letztlich zu Rechtsunsicherheit und einer wuchernden Einzelfallrechtsprechung. Denn nach welchen „wirtschaftlichen“ Kriterien die Verknüpfung zwischen erfolgter Leistung und ausstehender Gegenleistung gewährleistet ist, bleibt zwangsläufig offen.

III. Exkurs: Missachtung des Komponentendenkens

Im Interesse einer vollständigen Darstellung ist im Wege eines Exkurses darüber hinaus darauf hinzuweisen, dass sich der BFH in seinen Entscheidungen zu Koppelungsgeschäften auch nicht hinreichend mit dem Konkurrenzverhältnis zwischen transitorischen Posten und zu einem Ertragsausweis berechtigenden antizipativen Posten auseinandersetzt.⁵²⁶ Sofern sich der BFH auf das Komponentendenken ein-

523 BFH Urt. v. 12.8.1982 – IV R 184/79 = BFHE 136, 280 (283 f.) = BeckRS 1982, 22006212.

524 BFH Urt. v. 12.8.1982 – IV R 184/79 = BFHE 136, 280 (283 f.) = BeckRS 1982, 22006212.

525 Vgl. BFH Urt. v. 12.8.1982 – IV R 184/79 = BFHE 136, 280 (283 f.) = BeckRS 1982, 22006212: Nur wenn konkrete Anhaltspunkte dafür fehlten, dass die Vertragsparteien der Möglichkeit einer vorzeitigen Beendigung des Mietverhältnisses durch Kündigung des Vermieters aus wichtigem Grunde und dem Fehlen eines Anspruchs auf teilweise Rückzahlung bisher gezahlter Mietzinsen in diesem Falle eine mehr als rein theoretische Bedeutung beigelegt haben, könne der Vereinbarung über das für das einzelne Jahr zu entrichtende Entgelt keine „Richtigkeitsgewähr“ in dem Sinne zuerkannt werden, dass die jeweilige Jahresmiete Ausdruck einer sachgerechten, im Ausgleich widerstreitender Interessen gefundenen Bewertung des Jahreswerts der empfangenen Gegenleistung (Nutzungsüberlassung) sei, sondern ihren wirtschaftlichen Grund auch in den in Zukunft zu erwartenden jährlichen Nutzungsüberlassungen habe und (auch) durch diese wirtschaftlich verursacht sei.

526 Vgl. auch Joisten, Mehrkomponentengeschäfte, S.141, der zumindest die Gefahr einer „Renaissance der aktiven Rechnungsabgrenzung im antizipativen Sinne“ sieht.

gelassen hätte, hätte der Anwendungsbereich der Rechnungsabgrenzung auf Aktivseite auf Vorleistungen des Geldschuldners beschränkt bleiben können. Es war hier demnach überflüssig, die Grenzen der Rechnungsabgrenzung auf Aktivseite zu verwischen und in der Folge den klaren Vorrang der Forderungsbilanzierung vor der aktiven Rechnungsabgrenzung infrage zu stellen. Grundsätzlich stellt sich, wenn Handyverkauf und Mobilfunkdienstleistung – wie es der BFH getan hat – als Einheit begriffen werden, die Frage, wann der Ertrag aus diesem einheitlichen Geschäft zu realisieren ist. Dabei kommt es darauf an, wann der Mobilfunkdienstleister eine (selbsterstellte) Forderung ansetzen darf. Dies hängt – nach herkömmlichem Verständnis des Realisationsprinzips – wiederum von seinen Leistungspflichten ab, welche einerseits in der Übergabe und Übereignung des Mobiltelefons und andererseits in der Mobilfunkdienstleistung bestehen. Zum maßgeblichen Abschlussstichtag war eine dieser Pflichten (diejenige aus der Handyveräußerung) bereits erfüllt, wohingegen die andere noch jeweils abschnittsweise zu erbringen war.

- 26 Entsprechend der oben aufgezeigten Abbildungsvarianten für Mehrkomponentengeschäfte hätte demgemäß zunächst die Möglichkeit bestanden, darauf abzustellen, dass ein Teil der monatlichen Entgelte materiell den „wahren“ Kaufpreis des Telefons beinhaltet, und daraufhin den Gesamtertrag aus dem Geschäft zu ermitteln sowie dann im Zeitpunkt der ersten Teilleistung eine Teilrealisation zu befürworten (Konzeption der Umsatzaufgliederung).⁵²⁷ Alternativ hätte der Realisationszeitpunkt entsprechend der Konzeption der hinausgezögerten Gewinnrealisation bzw. der Kostenabgrenzung nach hinten oder vorne verlegt werden können. Bei Befolgung des Konzepts der Kostenabgrenzung wäre im Zeitpunkt der Übergabe und Übereignung des Geräts bereits die sich aus der internen Kalkulation des Unternehmens ergebende Gesamtforderung zu aktivieren gewesen.⁵²⁸ Damit würde der (Gesamt-) Gewinnausweis bereits zu einem frühen Zeitpunkt (vorzeitig) stattfinden, da die ausstehenden Leistungspflichten nur als Erfüllungsrückstand zu werten sind und mittels Verbindlichkeitsrückstellungen Berücksichtigung finden können. Bei einer Hinauszögerung der Umsatzrealisation hätte im Hinblick auf die Kaufvertragskomponente nach hier vertretener Auffassung⁵²⁹ zunächst eine Drohverlustrückstellung gebildet werden bzw. eine Teilwertabschreibung der Anschaffungskosten stattfinden müssen. Der damit bereits antizipierte (Teil-)Verlust realisiert sich mit Übergabe und Übereignung des Mobiltelefons. Zu einem Gewinnausweis wäre es demgemäß erst bei anteiliger Vereinnahmung der Mobilfunkentgelte gekommen. Hierfür, und gegen eine vorgezogene anteilige Umsatzrealisation bereits im Zeitpunkt der Kaufabwicklung, spricht eine vorsichtsgeprägte Auslegung des Realisationsprinzips, so

527 Vgl. hierzu auch Oser/Bellert/König IRZ 2017, 49 (50).

528 Dafür Schulze-Osterloh BB 2013, 2097 (2099).

529 Vgl. oben zur möglichen Saldierbarkeit von Teilverlusten.

wie sie auch vom BFH grundsätzlich bevorzugt wird. Denn die Preisgefahr im Hinblick auf die Mobilfunkdienstleistung war zu diesem Zeitpunkt noch nicht übergegangen, was gegen den Ansatz der rechtlich insofern bereits begründeten Forderungen spricht.⁵³⁰ Jedenfalls wäre aber bei keiner der drei Varianten Bedarf für eine aktive Rechnungsabgrenzung im Anschluss an die Erbringung der Veräußerungskomponente gewesen.

C. Umgang mit der Kostenabgrenzung

Schließlich ist mit der Kostenabgrenzung noch eine letzte, in der Literatur im 27 Anschluss an die finanzgerichtliche Rechtsprechung entwickelte Abbildungslösung für Mehrkomponentengeschäfte in den Blick zu nehmen. Der Gewinn aus dem Geschäft wird dabei bereits vollständig realisiert, sofern der Bilanzierende die „wesentliche“ oder „Haupt-“Leistungskomponente erbracht hat. Das Geschäft wird für die Zwecke der Ertragsrealisation also als eine Einheit betrachtet. Der bilanzielle „Schwebezustand“ bzw. der Aufschub des Gewinnausweises soll bei diesem Einheitsgeschäft jedoch schnell beendet sein und die noch ausstehenden (Neben-)Leistungspflichten des Bilanzierenden – die nachlaufenden Verbindlichkeiten – mittels einer Verbindlichkeitsrückstellung als sog. Erfüllungsrückstand bilanziell erfasst werden. Die Fallgruppe des Erfüllungsrückstands wurde ursprünglich mit Blick auf die Besonderheiten der Abbildung von Dauerschuldverhältnissen entwickelt (I.) und ist für die Konzeption der Kostenabgrenzung erheblich ausgeweitet worden (II.). Auch dies ist als gesetzeswidriger Irrweg bei der Abbildung von Mehrkomponentengeschäften zu kritisieren (III.). Zunächst geht das Kostenabgrenzungsmodell beinahe zwangsläufig mit einem (vorübergehend) fehlerhaften Ertragsausweis einher, dem allein in kalkulatorischer Hinsicht eine (nicht vom Gesetz gedeckte) Vereinfachung der Rechnungslegung gegenübersteht. Hinzu tritt, dass die Konzeption der Kostenabgrenzung die für die Fallgruppe des Erfüllungsrückstands maßgebliche zeitliche Komponente vernachlässigt, ohne dass sich hierfür eine stichhaltige Begründung finden ließe. Die Tatsache, dass der Bilanzierende bereits die Gegenleistung für eine noch geschuldete Leistung erhalten hat, ist für sich genommen als reine Vorleistung zu qualifizieren und führt, den allgemeinen Grundsätzen zufolge, zum Ansatz eines Rechnungsabgrenzungspostens. Da die weiterhin offene Leistungspflicht in der Gewinnermittlungsperiode aus rein tatsächlichen Gründen nicht hätte erbracht werden können, fehlt es an einem zusätzlichen Element, welches einen abweichenden Bilanzansatz rechtfertigen würde. Schließlich stellt sich bei der Kostenabgrenzung

530 Vgl. Hennrichs, in: BeckOGK HGB, Stand 15.9.2023, § 250 Rn. 8; a.A. Schulze-Osterloh BB 2013, 2097 (2099).

die Frage nach der Quasisicherheit des Mittelzuflusses nur in anderem Gewand. Die bilanzrechtsdogmatisch ungelösten Fragen verlagern sich also nur.

I. Nachlaufende Verbindlichkeiten im Dauerschuldverhältnis

- 28 Der BFH hat die Fallgruppe des Erfüllungsrückstands, auf welche die Konzeption der Kostenabgrenzung aufbaut, ursprünglich für Dauerschuldverhältnisse entwickelt. Unter einem Erfüllungsrückstand versteht die Rechtsprechung insofern einen Zustand, in dem der Bilanzierende zum Abschlussstichtag weniger geleistet hat, als er vertraglich für die bis dahin von seinem Vertragspartner erbrachte Leistung insgesamt zu leisten hatte.⁵³¹ Bei Dauerschuldverhältnissen geht es dementsprechend um die Abbildung einer „Störung“ der Ausgewogenheit⁵³² des Geschäfts. Verbindlichkeitsrückstellungen⁵³³ für einen Erfüllungsrückstand sollen (nur) angesetzt werden dürfen, insofern das „Gleichgewicht der Vertragsbeziehungen“ gestört ist.⁵³⁴ Die klaren Worte des BFH werden verständlich, wenn man sich vor Augen führt, dass es bei Verbindlichkeitsrückstellungen – anders als bei Drohverlustrückstellungen – nicht darum geht, Verluste zu antizipieren, um dem Imparitätsprinzip Rechnung zu tragen. Vielmehr geht es darum, (der Realisation) nachlaufende, mehr oder weniger sichere Ausgaben abzubilden.⁵³⁵ Verbindlichkeitsrückstellungen berücksichtigen mit anderen Worten in der Regel bereits realisierten Aufwand und kommen (nur) hinsichtlich des bereits abgewickelten Teils eines Geschäfts in Betracht,⁵³⁶ wohingegen Rückstellungen für drohende Verluste einen Zukunftsbezug haben und

531 BFH Ur. v. 25.5.2016 – I R 17/15 = BFHE 254, 228 = BStBl. 2016, II 930 = DStR 2016, 2380 Rn. 13 f. (zur Passivierung eines Darlehens mit steigenden Zinsen); BFH (GrS), Beschl. v. 23.6.1997 – GrS 2/93 = BFHE 183, 199 = BStBl. II 1997, 735 = DStR 1997, 1442 (1444); BFH Ur. v. 5.4.2006 – I R 43/05 = BFHE 213, 332 = BStBl. II 2006, 593 = DStR 2006, 1123 (1124); BFH Ur. v. 21.9.2011 – I R 50/10 = BFHE 235, 255 = BStBl. II 2012, 197 = DStR 2011, 2387 (2388); BFH Ur. v. 28.7.2004 – XI R 63/03 = BFHE 207, 205 = BStBl. II 2006, 866 = DStR 2004, 2090.

532 BFH Ur. v. 25.5.2016 – I R 17/15 = BFHE 254, 228 = BStBl. II 2016, 930 = DStR 2016, 2380 Rn. 14.

533 Ist die ausstehende Leistungspflicht ihrer Höhe nach sicher – wenngleich noch nicht zwingend fällig – ist sie durch Ausweis einer Verbindlichkeit zu berücksichtigen. Demgegenüber soll eine Verbindlichkeitsrückstellung zu bilden sein, sofern die Höhe noch ungewiss ist, vgl. BFH Ur. v. 25.5.2016 – I R 17/15 = BFHE 254, 228 = BStBl. II 2016, 930 = DStR 2016, 2380 Rn. 17 f.; Christiansen DStR 2007, 869 (870).

534 BFH Ur. v. 25.5.2016 – I R 17/15 = BFHE 254, 228 = BStBl. II 2016, 930 = DStR 2016, 2380 Rn. 13 f.; BFH Ur. v. 25.10.1994 – VIII R 65/91 = BeckRS 1994, 22011266; BFH (GrS), Beschl. v. 23.6.1997 – GrS 2/93 = BFHE 183, 199 = BStBl. II 1997, 735 = DStR 1997, 1442 (1444); BFH Ur. v. 5.4.2006 – I R 43/05 = BFHE 213, 332 = BStBl. II 2006, 593 = DStR 2006, 1123 (1124); BFH Ur. v. 21.9.2011 – I R 50/10 = BFHE 235, 255 = BStBl. II 2012, 197 = DStR 2011, 2387 (2388); BFH Ur. v. 28.7.2004 – XI R 63/03 = BFHE 207, 205 = BStBl. II 2006, 866 = DStR 2004, 2090.

535 Vgl. Schulze-Osterloh, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 42 Rn. 257; Hennrichs, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, § 9 Rn. 413; Christiansen DStR 2007, 869 (872); Joisten, Mehrkomponentengeschäfte, S. 161 spricht vor diesem Hintergrund missverständlich davon, Verbindlichkeitsrückstellungen seien „Ausfluss des Realisationsprinzips“.

536 Weber-Grellet DStR 1997, 1445 (1446).

nur im Hinblick auf den (noch) schwebenden Teil eines Geschäfts bilanziert werden dürfen⁵³⁷.

Mit der vertraglich noch geschuldeten zukünftigen Leistung wird bei Verbindlichkeitsrückstellungen demnach grundsätzlich „nicht nur an Vergangenes angeknüpft, sondern Vergangenes abgegolten“, wobei der BFH es in seiner jüngeren Rechtsprechung für unerheblich erachtet hat, ob sich dieser Status aus einer streng rechtlichen oder (auch) einer „an den wirtschaftlichen Gegebenheiten orientierte[n] Betrachtung“ ableiten lässt.⁵³⁸ Die damit umrissene Fallgruppe des Erfüllungsrückstands ist eng auf Dauerschuldverhältnisse begrenzt, da die angesprochenen Rückstände bei ihnen ganz typischerweise auftreten, weshalb der Grundsatz der Nichtbilanzierung schwebender Geschäfts beinahe zwangsläufig durchbrochen werden muss.⁵³⁹ Denn (allein) bei Dauerschuldverhältnissen kommt es unterjährig zu (Teil-)Gewinnrealisierungen beim Leistungsschuldner, ohne dass jedoch zugleich von einer „endgültigen“ Beendigung des Schwebezustands die Rede sein könnte. Denn Dauerschuldverhältnisse bleiben auch nach teilweiser Erfüllung schwebende Geschäfte, solange nach dem jeweiligen Stichtag von beiden Seiten noch Leistungen zu erwarten sind.⁵⁴⁰ Der Erfüllungsrückstand bezeichnet vor diesem Hintergrund Verbindlichkeiten, die aus vergangenen Perioden „übrig geblieben“ und aus diesem Grund „durch das schwebende Geschäft nicht mehr tangiert“ sind.⁵⁴¹

II. Argumentation mit dem Erfüllungsrückstand bei Mehrkomponentengeschäften

1. Meinungsstand im Schrifttum

Wie aufgezeigt, gibt es also gute Gründe, den Erfüllungsrückstand als Besonderheit der Bilanzierung von Dauerschuldverhältnissen zu qualifizieren. In Anknüpfung an neuere finanzgerichtliche Rechtsprechung wird aber verbreitet vertreten, dass die Rechtsfigur auf Mehrkomponentengeschäfte übertragen werden muss. „Unwe-

537 Schulze-Osterloh, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 42 Rn. 257; Euler/Binger DStR 2007, 177 (180).

538 BFH Urt. v. 25.5.2016 – I R 17/15 = BFHE 254, 228 = BStBl. II 2016, 930 = DStR 2016, 2380 Rn. 15; BFH Urt. v. 3.12.1991 – VIII R 88/87 = BFHE 167, 322, BStBl. II 1993, 89 = DStR 1992, 1057 (1058); vgl. zur Abgrenzung von der früheren, rein zivilrechtlichen Betrachtungsweise BFH Urt. v. 27.6.2001 – I R 11/00 = BFHE 195, 567 = BStBl. II 2001, 758 = DStR 2001, 1559 (1560); BFH Urt. v. 15.7.1998 – I R 24/96 = BFHE 186, 388 = BStBl. II 1998, 728 = DStR 1998, 1461 (1462).

539 Vgl. BFH Urt. v. 25.5.2016 – I R 17/15 = BFHE 254, 228 = BStBl. II 2016, 930 = DStR 2016, 2380 Rn. 13; BFH, Beschl. (GrS) v. 23.6.1997 – GrS 2/93 = BFHE 183, 199 = BStBl. II 1997, 735 = DStR 1997, 1442 (1444 f.); BFH Urt. v. 5.4.2006 – I R 43/05 = BFHE 213, 332 = BStBl. II 2006, 593 = DStR 2006, 1123 (1124); BFH Urt. v. 21.9.2011 – I R 50/10 = BFHE 235, 255 = BStBl. II 2012, 197 = DStR 2011, 2387 (2389); BFH Urt. v. 28.7.2004 – XI R 63/03 = BFHE 207, 205 = BStBl. II 2006, 866 = DStR 2004, 2090; BFH Urt. v. 25.4.2006 – VIII R 40/04 = BFHE 213, 364 = BStBl. II 2006, 749 = DStR 2006, 1741 (1742).

540 Christiansen, StbJb 1989/1990, S. 129 (147).

541 Christiansen, StbJb 1989/1990, S. 129 (148).

sentliche“ Leistungspflichten, die noch ausstehen, obschon der Gewinn aus einem Mehrkomponentengeschäft bereits realisiert wurde, sollen demzufolge ebenfalls als Erfüllungsrückstand anzusehen und mittels einer (Verbindlichkeits-) Rückstellung im Sinne von § 249 Abs. 1 Satz 1 I. Alt. HGB zu berücksichtigen sein, die bei Erbringung der ausstehenden Leistungen – idealiter – erfolgsneutral aufgelöst wird.⁵⁴² Der Erfüllungsrückstand unterliegt im Rahmen einer Konzeption der Kostenabgrenzung dabei insofern einem weitergehenden Bedeutungswandel, als er zu einer Figur innerhalb der Realisation wird. Denn bei der Kostenabgrenzung zur Abbildung von Mehrkomponentengeschäften bezeichnet der Erfüllungsrückstand nicht eine „stehengelassene“ Verbindlichkeit, sondern vielmehr eine noch nicht erbrachte, Leistung, welche nicht in der Lage sein soll, die Ertragsrealisation vollständig oder partiell hinauszuzögern, da sie nurmehr „unwesentlich“ ist.⁵⁴³ Die Rückstellungsbildung kann in den hiesigen Fällen also nicht isoliert betrachtet werden, sondern ist (nur) ein „Folgeproblem der vorangegangenen Ertragsrealisation.“⁵⁴⁴

- 31 Dies bedeutet, dass, obschon grundsätzlich beide Posten in Betracht kommen, der Erfüllungsrückstand in den Mehrkomponentenfällen zumeist durch eine (Verbindlichkeits-)Rückstellung und nicht mittels einer Verbindlichkeit berücksichtigt werden kann.⁵⁴⁵ Denn zumeist wird hier unklar sein, ob und in welcher Höhe die (nachlaufenden) Pflichten vom Kunden des Mehrkomponentengeschäfts tatsächlich in Anspruch genommen werden, weshalb die Aufwendungen zur Erfüllung der ausstehenden (Nachbetreuungs-)Pflichten jedenfalls der Höhe nach ungewiss sind.⁵⁴⁶ Damit unterscheidet sich die Fallgruppe des Erfüllungsrückstands aufgrund einer Modifikation des Realisationsprinzips durch den Grundsatz der Wesentlichkeit vom Regelfall des Erfüllungsrückstands im Dauerschuldverhältnis, wo meist auch ein Verbindlichkeitsausweis in Betracht kommt. *Joisten* schreibt, dass die Rückstellung hier der „verursachungsgerechten Aufwandszurechnung“ diene, sie bilde „Aufwendungen, die noch nicht zu Ausgaben geführt haben“ ab.⁵⁴⁷ Es gehe hier mit anderen Worten um eine „Zuordnung von der Realisation nachgelagerten Aufwendungen.“⁵⁴⁸

542 Vgl. zum Ganzen *Tiedchen*, in: BeckOGK HGB, Stand 1.9.2023, § 252 Rn. 99; *Joisten*, Mehrkomponentengeschäfte, S. 131; *Weisser*, Mehrkomponentenverträge, S. 31; *Herzig/Joisten*, in: FS Krawitz, 2010, S. 83 (90, 95); *dies.*, Ubg 2010, 472 (476); *Schuster* Ubg 2013, 312 (315).

543 Vgl. *Joisten*, Mehrkomponentengeschäfte, S. 56; *Herzig/Joisten*, in: FS Krawitz, 2010, S. 83 (90, 95).

544 So *Wirth*, Die Bilanzierung von Mehrkomponentengeschäften, S. 165.

545 Vgl. zu dieser Rechtsfigur grundlegend BFH Urt. v. 20.1.1993 – I R 115/91 = DStR 1993, 793 f. = BFHE 170, 234 = BStBl. II 1993, 373 (446); *Schön* BB-Beil. 9/1994, S. 9 f.

546 Vgl. *Herzig/Joisten*, in: FS Krawitz, 2010, S. 83 (94); allgemein zur Abgrenzung von Verbindlichkeit und Rückstellung: BFH Urt. v. 25.5.2016 – I R 17/15 = BFHE 254, 228 = BStBl. II 2016, 930 = DStR 2016, 2380 Rn. 17; *Joisten*, Mehrkomponentengeschäfte, S. 87; *Christiansen* DStR 2007, 869.

547 *Joisten*, Mehrkomponentengeschäfte, S. 56, 110; *Adler/Düring/Schmaltz*, § 249 Rn. 38.

548 *Joisten*, Mehrkomponentengeschäfte, S. 111; vgl. auch *Herzig/Joisten*, in: FS Krawitz, 2010, S. 83 (95); *dies.*, Ubg 2010, 472 (476); *Schuster* Ubg 2013, 312 (315).

Primärziel eines Kostenabgrenzungsmodells ist es nach alldem, dem Bilanzierenden – in Modifikation des Realisationsprinzips – die (erfolgswirksame) Aktivierung der vollen Gegenleistung zu ermöglichen. Das Modell führt nach diesem Verständnis zu einem frühen Vollgewinnausweis bereits in der Periode, in welcher die „wesentliche“ Leistung dergestalt erbracht wird, dass die (gesamte) erzielte Einnahme verbucht oder eine entsprechende Forderung angesetzt wird. Zahlt der Abnehmer des Mehrkomponentengeschäfts für das gesamte Leistungsbündel eine einheitliche Gegenleistung, so ist diese anzusetzen. Auch wenn die einzelnen Leistungskomponenten separat vergütet werden, bleibt die Ansatzhöhe aber gleich, denn dann ist als Forderung die Summe aus den beiden Gegenleistungspflichten einschließlich des jeweiligen Gewinnanteils zu aktivieren.⁵⁴⁹ Demnach wird bei einer solchen Konzeption der Kostenabgrenzung die gesamte Gewinnmarge aus dem Mehrkomponentengeschäft der Periode zugeordnet, in welcher die „wesentliche“ Leistung erbracht wird und lässt sich so dem Inhalt und den Folgen für den Gewinn nach klar von einer Bilanzierung nach der Konzeption der Umsatzaufgliederung abgrenzen. Wenn etwa ein Hörgeräteakustiker, der sich neben der Lieferung von Hörhilfen zur kostenlosen Nachbetreuung des Gerätes und des Hörgeschädigten in technischer und medizinischer Hinsicht verpflichtet hat, nach der Konzeption der Umsatzaufgliederung bilanzieren würde, wäre im Zeitpunkt des (zeitpunktbezogenen) Verkaufs des Hörgeräts allein der auf die Verkaufskomponente entfallende Teil der Gegenleistung realisiert. Gleichmaßen wäre bei einem Versicherungsvertreter in der Periode, in die der Abschluss des Versicherungsvertrags zwischen Versicherungsunternehmen und Kunde fällt, zunächst nur der Teil der Abschlussprovision, der auf die Herbeiführung dieses Vertragsschlusses entfällt, realisiert,⁵⁵⁰ wohingegen im Hinblick auf die (zeitraumbezogene) Nachbetreuung fortlaufend von einem schwebenden Geschäft auszugehen wäre.

Dies hätte zur Folge, dass der Teil der bereits erbrachten Vergütung, welcher auf die noch ausstehende Nachbetreuung entfällt, beim Hörgeräteakustiker als Einnahme, der noch kein Ertrag gegenübersteht, und demnach fortlaufend als „erhaltene Anzahlung“ oder passiver Rechnungsabgrenzungsposten zu behandeln wäre, abhängig davon, ob man sie als Einnahme für eine bestimmte Zeit nach dem Abschlussstichtag ansieht. Dabei liegt, da sich anhand der einschlägigen vertraglichen Bestimmungen in aller Regel ein präziser Nachbetreuungszeitraum bestimmen lassen wird, im Hinblick auf den die Gegenleistung erbracht wurde, der Ansatz eines RAP näher.⁵⁵¹ Der auf die Nachbetreuungsleistung entfallende Ertragsanteil

549 A.A. wohl *Herzig/Joisten*, in: FS Krawitz, 2010, S. 83 (95), die einen Erfüllungsrückstand begründet sehen, sofern „die Vergütung für das gesamte Geschäft bereits vollständig erbracht wurde.“

550 Vgl. *Tiedchen* NZG 2017, 1007 (1012).

551 Vgl. *Joisten*, Mehrkomponentengeschäfte, S. 110: passive Rechnungsabgrenzungsposten dienen der „verursachungsgerechten Ertragszurechnung“, sie würden für „Einnahmen gebildet, die noch nicht Ertrag

würde dann erst zeitanteilig mit der laufenden Betreuung im Wege der Auflösung des Passivpostens zugunsten des Umsatzes realisiert.⁵⁵² Damit führt die Konzeption der Umsatzaufgliederung jedenfalls zu einem vorsichtigeren Ertragsausweis als eine Kostenabgrenzung unter Rückgriff auf den Erfüllungsrückstand.⁵⁵³

2. Maßgebliche Entscheidungen des BFH

- 34 Bei einem Blick auf die finanzgerichtliche Rechtsprechung wird deutlich, dass der Gedanke, die Gewinnrealisation mit einem Wesentlichkeitselement zu verknüpfen, bereits in den 1950er-Jahren aufgekommen ist (a.). Eigentlich prägend für die Herausbildung der Verknüpfung zwischen Realisation, Wesentlichkeit und (ursprünglich dauerschuldbezogenem) Erfüllungsrückstand waren jedoch spätere Rechtsprechungsentscheidungen zu Nachbetreuungsleistungen. Primär Pate für die Abbildungskonzeption der Kostenabgrenzung standen eine Reihe von Entscheidungen des BFH zur bilanziellen Berücksichtigung sog. Nachbetreuungsleistungen von Versicherungsvertretern und Hörgeräteakustikern (b. – d.).⁵⁵⁴ In jüngeren Entscheidungen hat der BFH den Erfüllungsrückstand aber wieder vom Wesentlichkeitsmerkmal gelöst (e.), was die ohnehin schon fragile Fallgruppe weiter ausfransen lässt. Aus diesem Grund ist fraglich, ob sich die neu begründete Rechtsprechungslinie über Fälle der Nachbetreuungsleistungen (v.a. von Versicherungsvertretern) hinaus als ständiger Gerichtsgebrauch etablieren wird, der dann, so wie es in der Literatur teilweise bevorzugt wird, tatsächlich das Potenzial hätte, die Bilanzierung von Mehrkomponentengeschäften nachhaltig zu prägen.

a. Provisionsforderung des Handelsvertreters

- 35 Bereits im Jahr 1956 hat es der IV. BFH-Senat implizit für möglich gehalten, dass ein Handelsvertreter weitere Aufgaben übernehmen kann, die als „unwesentlich“ einzustufen sind und daher der Ertragsrealisation nicht mehr entgegenstehen. Im der Entscheidung zugrundeliegenden Fall ging es um die Aktivierung der Provisionsforderung eines Handelsvertreters. Der BFH führte aus, dass ein „nicht unbedeutendes Risiko hinsichtlich der Abnahme der gesamten Leistungen durch den

sind“; *Tiedchen* FR 2012, 22 (23), die im Hinblick auf den Parallellfall der Bestandspflegeverpflichtungen von Versicherungsvertretern von einem „klassische[n] Fall der Rechnungsabgrenzung gem. § 250 Abs. 1 und 2 HGB“ spricht; s. auch *dies.* NZG 2017, 1007 (1012): Die Tatbestandsmerkmale eines RAP seien „eindeutig wie selten“ erfüllt; ebenso *Hoffmann* StuB 2011, 361 (362).

⁵⁵² Vgl. *Hoffmann* StuB 2011, 361 (362).

⁵⁵³ *Herzig/Joisten*, in: FS Krawitz, 2010, 83 (93).

⁵⁵⁴ Für Versicherungsvertreter BFH Urt. v. 13.7.2017 – IV R 34/14 = BFH/NV 2017, 1426 (1427) = BeckRS 2017, 125098; BFH Urt. v. 27.2.2014 – III R 14/11 = DStR 2014, 1593 = BFHE 246, 45 (47 f.) = BStBl. II 2014, 675 (677); BFH Urt. v. 12.12.2013 – X R 25/11 = BFHE 244, 309 (313) = BStBl. II 2014, 517 (519) = DStR 2014, 840; für Hörgeräteakustiker BFH Urt. v. 5.6.2002 – I R 96/00 = BFHE 199, 309 = BStBl. II 2005, 736 = BeckRS 2002, 24000625.

Geschäftsherrn“ insofern der Forderungsaktivierung entgegenstehen könne. Von einem solchen Risiko sei auszugehen, sofern der Handelsvertreter „über die Vermittlung des Geschäftes hinaus noch wesentliche weitere Aufgaben übernimmt, die mit dem vermittelten Geschäft zusammenhängen“, etwa einen „Kunden seines Geschäftsherrn, der eine komplizierte Maschine erworben hat, in den Gebrauch der Maschine einzuweisen oder ihn für eine bestimmte Zeit anderweitig zu betreuen“.⁵⁵⁵ Daraus folgt aber auch, dass es nach BFH-Auffassung genauso „unwesentliche“ Zusatzaufgaben geben muss, welche die Ertragsrealisation gerade nicht ausschließen.

b. Der VIII. Senat zu Nachbetreuungsleistungen

Erstmalig eindeutig erwähnt wird der Wesentlichkeitsgrundsatz im Zusammenhang mit der Gewinnrealisation sodann in einer Entscheidung des VIII. Senats des BFH aus dem Jahr 1986. Hier ging es um eine der Werkleistungserbringung und Abnahme nachfolgende Pflicht zur Abrechnung gemäß VOB/B. Unter Berufung auf entsprechende Ausführungen von *Ulrich Leffson*⁵⁵⁶ erkannte der VIII. Senat, dass einer Aktivierung der für ein Bauvorhaben vereinbarten Vergütung als Forderung nach Abnahme des Bauvorhabens der Umstand, dass noch die Verpflichtung zur Abrechnung ausstehe, nicht entgegenstehe, da es sich dabei bloß um eine unwesentliche Nebenleistung handele. Genausowenig sei deshalb der Teilwert des aktivierten Vergütungsanspruchs unter den Nennwert zu mindern, sondern im Hinblick auf die Abrechnungsverpflichtung bloß eine Verbindlichkeitsrückstellung zu bilden.⁵⁵⁷ 36

c. Der I. Senat zu Hörgeräteakustikern

In der Folgezeit hat sich der I. Senat des BFH⁵⁵⁸ mit einer Hörgeräteakustikerin befasst, die sich nicht nur zur Lieferung von Hörhilfen, sondern auch zur kostenlosen Nachbetreuung der Geräte und der Hörgeschädigten in technischer und medizinischer Hinsicht verpflichtet hatte. Diese Nachbetreuungspflichten sollten im Wege einer Verbindlichkeitsrückstellung zu passivieren sein. Dem stünden, so der I. Senat, nicht die Grundsätze zur Bilanzierung schwebender Geschäfte entgegen, da die jeweiligen Rahmenverträge nach der Abwicklung der Veräußerungskomponente und der Entrichtung des Gesamtentgelts durch die verpflichteten Kassen nicht (mehr) schwebend seien. 37

555 BFH Ur. v. 29.11.1956 – IV 206/55 U = BFHE 65, 1 = BStBl. III 1957, 234 = NJW 1957, 1295.

556 *Leffson*, Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung, S. 243.

557 BFH Ur. v. 25.2.1986 – VIII R 134/80 = BFHE 147, 8 = BStBl. II 1986, 788 = NJW-RR 1987, 533 f.

558 BFH Ur. v. 5.6.2002 – I R 96/00 = BFHE 199, 309 = BStBl. II 2005, 736 = BeckRS 2002, 24000625; die Finanzverwaltung hat sich dieser Bewertung – nachdem sie zwischenzeitlich die Gegenauffassung vertreten hatte – angeschlossen (vgl. BMF-Schreiben v. 12.10.2005 – IV B 2 – S. 2137 – 38/05 = BStBl. I 2005, S. 953 f.).

d. Der IV. Senat zum Assekurateur

- 38 Noch differenzierter äußerte sich der IV. Senat 1999⁵⁵⁹ zur Gewinnrealisation eines Assekurateurs, der Provisionen sowohl für den Abschluss von Versicherungsverträgen als auch für deren weitere Bearbeitung bis zum Ende der Vertragslaufzeit und für eine unter Umständen erforderliche Schadensbearbeitung erhielt. Der auf den Abschluss des Versicherungsvertrags entfallende Teil der Provision sei verdient, sobald der Vertrag zwischen dem Versicherer und dem Versicherungsnehmer zustande gekommen ist. Insoweit sei die Aktivierung daher stets und im vollen Umfang dieses Teilbetrags geboten, sofern der Vertragsschluss im fraglichen Gewinnermittlungszeitraum erfolgt ist. Im Hinblick auf Versicherungsverträge, deren Laufzeit sich nicht mit dem Gewinnermittlungszeitraum der Bilanzierenden deckt, bei denen also Versicherungsbeginn und -ende in unterschiedliche Gewinnermittlungszeiträume fallen, sei bei am Bilanzstichtag noch nicht gezahlten Provisionen ein Gewinn aber nur insoweit realisiert, als der auf die Vertragsbearbeitung entfallende Teil der Provision sich als Gegenleistung für die von der Bilanzierenden bis zum Bilanzstichtag erbrachte Vertragsbearbeitung darstelle. Die vollständige Aktivierung dieses Teils der Provision unter Ausblendung der noch ausstehenden, erst im darauffolgenden Gewinnermittlungszeitraum zu erbringenden Bearbeitungsleistung würde dem Realisationsprinzip (§ 252 Abs. 1 Nr. 4 HGB) widersprechen. Denn bei der am Bilanzstichtag noch zu erbringenden Bearbeitungsleistung handele es sich um eine wesentliche Nebenleistung, welche einer Aktivierung der vollen Gegenleistung entgegenstehe.

e. Folgeentscheidungen

- 39 In der Folge haben eine ganze Reihe von Senaten die Abbildung von Versicherungsvertreter-Nachbetreuungsleistungen mittels Verbindlichkeitsrückstellungen bestätigt.⁵⁶⁰ Allerdings hat sich der BFH nach seiner Entscheidung vom 14.10.1999 – soweit ersichtlich – nicht noch einmal zur Ertragsrealisierung beim auf Provisionsbasis tätig werdenden Versicherungsvertreter geäußert. Die Folgeentscheidungen befassten sich vielmehr (ausschließlich) mit der Frage nach der Rückstellungsbil-

559 BFH Urt. v. 14.10.1999 – IV R 12/99 = BFHE 190, 349 = BStBl. II 2000, 25 = DStRE 2000, 57 (58); bestätigt (dazu sogleich) durch.

560 BFH Urt. v. 28.7.2004 – XI R 63/03 = DStR 2004, 2090; BFH Urt. v. 29.11.2007 – IV R 62/05 = BFHE 220, 85 = BStBl. II 2007, 557 = BeckRS 2007, 24003233 (Gewinnrealisation bei Inkassotätigkeit auf Provisionsbasis); BFH Urt. v. 19.7.2011 – X R 48/08 = BeckRS 2011, 96537 Rn. 14; BFH Urt. v. 19.7.2011 – X R 8/10 = BeckRS 2011, 96533 Rn. 16; BFH Urt. v. 12.12.2013 – X R 25/11 = BFHE 244, 309 = BStBl. II 2014, 517 = DStR 2014, 840 Rn. 21; BFH Urt. v. 27.2.2014 – III R 14/11 = BFHE 246, 45 = BStBl. II 2014, 675 = DStR 2014, 1593 Rn. 11; BFH Urt. v. 13.7.2017 – IV R 34/14 = BeckRS 2017, 125098 Rn. 19; vgl. implizit auch BFH Urt. v. 11.10.2007 – IV R 52/04 = BFHE 219, 129 = BStBl. II 2009, 705 = DStR 2008, 237 (239) (Rückstellungsansatz für eine mit dem Kaufpreis mitbezahlte Rückkaufverpflichtung); BFH Urt. v. 9.12.2009 – X R 41/07 = BeckRS 2009, 25016016 (Nachbetreuungspflicht eines Versicherungsververtreters i.Erg. abgelehnt).

dung für die noch ausstehende Bestandspflege. Da die Rückstellungsbildung hier jeweils der Realisation nachfolgen muss (b.), ist der BFH aber jeweils zumindest implizit davon ausgegangen, dass das schwebende Geschäft bereits beendet war. Löst man sich von der durch den zu beurteilenden Sachverhalt und den Verfahrensgang verursachten Fokussierung auf die Frage der Rückstellungsbildung, wird deutlich, dass sich die erkennenden Senate insofern jedoch partiell in Widerspruch zu den früheren Judikaten setzen. Denn es wurde hier zwar weiterhin von einem schwebenden Geschäft ausgegangen, da die Weiterbetreuung der Versicherungsverträge – wie es der IV. Senat vorgegeben hat – nicht als unwesentliche Nebenleistung eingeordnet wurde, die insofern fortbestehenden Pflichten des Bilanzierenden wurden aber dennoch explizit der Kategorie des Erfüllungsrückstands zugeordnet.⁵⁶¹

Der XI. Senat stützte sich in einer Entscheidung vom 28.7.2004 insofern auf das Argument, dass der Bilanzierende für die Betreuung keine „besondere Vergütung“ erhalten habe und die fortbestehende Verpflichtung ungewiss und keinem abgrenzbaren Zeitraum zuzuordnen sei.⁵⁶² Der Senat berief sich dabei jedoch zu Unrecht auf die vorangegangene Entscheidung des IV. Senats. Dieser hatte zwar hinsichtlich einer nachlaufenden, wegen ihrer Ungewissheit vorgeblich keiner zeitraumbezogenen Abgrenzung zugänglichen Verpflichtung zur Schadensbearbeitung – die noch neben die Pflicht zur Weiterbearbeitung getreten war – eine Rückstellungsbildung bejaht, im Hinblick auf den Teil des Provisionsanspruchs, der als Vergütung für eine mögliche Schadensbearbeitung gedacht war, jedoch (entsprechend des oben dargestellten Konzepts) auch eine Ertragsrealisation befürwortet.⁵⁶³ Im Lichte dieser Fehlinterpretation ist auch die Entscheidung des X. Senats vom 19.7.2011⁵⁶⁴ zu sehen. Der X. Senat bejahte hier erneut und im Anschluss an die früheren Entscheidungen eine Pflicht zum Rückstellungsansatz für Nachbetreuungspflichten des Versicherungsvertreeters. In diesem Zusammenhang betonte er, dass es nicht darauf ankäme, ob die Bildung einer Rückstellung für unwesentliche Verpflichtungen unzulässig sei, da die im von ihm zu entscheidenden Fall in Rede stehenden Betreuungspflichten ohnehin als „wesentlich“ gewürdigt werden müssten. Bei zutreffender Interpretation der Entscheidung des IV. Senats vom 14.10.1999 hätte er diese Frage aber nicht dahinstehen lassen dürfen: Sofern davon ausgegangen wird, dass ein Erfüllungsrückstand überhaupt nur bei einer bereits stattgefundenen Realisation in Betracht kommt, steht

561 Vgl. BFH Ur. v. 28.7.2004 – XI R 63/03 = BFHE 207, 205 = BStBl. II 2006, 866 = DStR 2004, 2090 = BeckRS 2004, 24001893; vgl. bezugnehmend darauf BFH Ur. v. 19.7.2011 – X R 48/08 = BeckRS 2011, 96537 Rn. 14, wobei sich der Senat an die vom XI. Senat im ersten Rechtsgang vertretene Rechtsauffassung gebunden sah.

562 Vgl. BFH Ur. v. 28.7.2004 – XI R 63/03 = BFHE 207, 205 = BStBl. II 2006, 866 = DStR 2004, 2090 (2091) = BeckRS 2004, 24001893.

563 BFH Ur. v. 14.10.1999 – IV R 12/99 = BFHE 190, 349 = BStBl. II 2000, 25 = DStR 2000, 57 (58).

564 BFH Ur. v. 19.7.2011 – X R 26/10 = BFHE 234, 239 = BStBl. II 2012, 856 = DStR 2011, 1990 Rn. 37; ebenso später BFH Ur. v. 19.7.2011 – X R 8/10 = BeckRS 2011, 96533 Rn. 25 ff. sowie im Anschluss daran auch BFH Ur. v. 27.2.2014 – III R 14/11 = BFHE 246, 45 = BStBl. II 2014, 675 = DStR 2014, 1593 Rn. 12.

fest, dass die dafür anzusetzende Rückstellung nur „unwesentliche“ Verpflichtungen abbilden kann. Damit erweist sich der Streit, ob „unwesentliche“ Verpflichtungen bilanziell überhaupt abzubilden sind, im vorliegenden Zusammenhang als zentral und klärungsbedürftig.

3. Weitere Eckpfeiler der Kostenabgrenzung

- 41 Sofern man die zuletzt ergangenen Entscheidungen (2. e.) ausblendet, lassen sich aus der finanzgerichtlichen Rechtsprechung folgende Eckpfeiler eines Konzepts der Kostenabgrenzung für Mehrkomponentengeschäfte ableiten:

a. Voraussetzungen der Kostenabgrenzung

aa. Verbindung zwischen den Leistungspflichten

- 42 Zunächst soll die vorgezogene Gewinnrealisation jedenfalls nicht von einer bestimmten (zivilrechtlichen) Beziehung zwischen (bereits erbrachter) Hauptleistung und (ausstehender) unwesentlicher Nebenleistung abhängig sein. Bei der Kostenabgrenzung kommt es danach also nicht darauf an, ob die „wesentliche“ und die „unwesentliche“ Leistungspflicht schuldrechtlich demselben Vertrag entspringen. So ging der VIII. Senat in Bezug auf den der Entscheidung aus dem Jahr 1986 zugrundeliegenden Sachverhalt davon aus, dass die Abrechnung unmittelbar als weitere Pflicht aus dem Werkvertrag folge.⁵⁶⁵ Ebenso habe sich die Nachbetreuungspflicht im Hörakustiker-Fall – wie es der BFH ausdrückt – „aus dem Veräußerungsgeschäft selbst“ ergeben.⁵⁶⁶ In den Versicherungsvertreterfällen hat der BFH demgegenüber zum schuldrechtlichen Hintergrund der einzelnen Leistungspflichten keine Stellung mehr genommen. Dies legt nahe, dass dem Umstand, ob die ausstehende Leistungspflicht mit der bereits erbrachten schuldvertraglich oder rein wirtschaftlich verknüpft ist, keine erkennbare dogmatische Relevanz zukommen soll. Dem entspricht es, dass das FG Niedersachsen 2015 – vor dem Hintergrund der vorherigen BFH-Rechtsprechung folgerichtig – davon ausgegangen ist, dass die Gewinnrealisierung aus der Veräußerung eines Bauplatzes unabhängig davon stattfinden könne, dass die Bilanzierende noch gegenüber der Gemeinde zur (unentgeltlichen) Erschließung dieses Bauplatzes verpflichtet war. Der wirtschaftliche Zusammenhang zwischen den Erschließungsverpflichtungen und der Vermarktbarkeit der entstandenen Bauplätze rechtfertigt keine Gewinnrealisation „nach Gesichtspunk-

565 BFH Urt. v. 25.2.1986 – VIII R 134/80 = BFHE 147, 8 = BStBl. II 1986, 788 = NJW-RR 1987, 533 f.

566 BFH Urt. v. 5.6.2002 – I R 96/00 = BFHE 199, 309 = BStBl. II 2005, 736 = BeckRS 2002, 24000625; a.A. unter Zugrundelegung des „wirtschaftlichen Gehalts“ des vom BFH zu beurteilenden Sachverhalts *Herzig/Joisten*, in: FS Krawitz, 2010, S. 83 (92): Es liege ein Kaufvertrag über das Hörgerät sowie ein für den Kunden mit eigenständigem Nutzen ausgestatteter Vertrag über die Nachbetreuung vor.

ten des Werkvertragsrechts“ (d.h. nach der Konzeption der Umsatzaufgliederung). Stattdessen sei die Verbindlichkeit gegenüber der Gemeinde rückstellungsfähig.⁵⁶⁷ Selbst eine unwesentliche Verpflichtung gegenüber einem Dritten soll mithin einer Vollgewinnrealisation unter dem Gesichtspunkt der Wesentlichkeit zugänglich sein.

bb. Aufteilbarkeit von Leistung und Gegenleistung

Über diesen sich unmittelbar aus der BFH-Rechtsprechung ableitbaren Eckpfeiler hinaus, gilt, dass es für die Abgrenzung von Umsatzaufgliederung und Kostenabgrenzung keine entscheidende Rolle spielen kann, inwiefern sich Leistung und/oder Gegenleistung überhaupt rein tatsächlich aufteilen lassen. Vielmehr zwingt die Unmöglichkeit einer solchen Aufteilung richtigerweise zur hinausgezögerten Umsatzrealisation.⁵⁶⁸ Ebenso wenig kommt es auf die Modalitäten der Entgeltzahlung an: Ob eine zusätzliche Verpflichtung des Bilanzierenden durch das vereinbarte Entgelt „mitabgegolten“ wird, so wie es bei den Hörgeräteakustiker- und Versicherungsvertreter meist der Fall war, oder für sie ein zusätzliches Entgelt gezahlt wird, ist unerheblich.⁵⁶⁹ Denn die implizite „Nullbewertung“ der ausstehenden Verpflichtungen bei einer Bilanzierung nach der Konzeption der Kostenabgrenzung wird bei wirtschaftlicher Betrachtung nur, im Interesse einer vermeintlichen Vereinfachung der Bilanzierung, fingiert.

b. Bemessung der Verbindlichkeitsrückstellung

Bei Zugrundelegung der Rechtsprechung des BFH, bemisst sich die Höhe der Verbindlichkeitsrückstellung – unabhängig vom Zufluss der Gegenleistung – (nur) nach den Aufwendungen des Bilanzierenden für die Erfüllung der noch ausstehenden

567 FG Niedersachsen Urt. v. 23.6.2015 – 6 K 13/14 = BeckRS 2015, 95494.

568 Vgl. allerdings BFH Urt. v. 14.10.1999 – IV R 12/99 = BFHE 190, 349 = BStBl. II 2000, 25 = DStRE 2000, 57 (58), wo der BFH dies im Hinblick auf die Gewinnrealisation eines Assekuradeurs, der Provisionen sowohl für den Abschluss von Versicherungsverträgen als auch für deren weitere Bearbeitung bis zum Ende der Vertragslaufzeit und für eine unter Umständen erforderliche Schadensbearbeitung erhielt, anders gesehen hat. Die Entscheidung für die „vollständige Gewinnrealisierung innerhalb des Gewinnermittlungszeitraums, in den der Abschluß des Versicherungsvertrags fällt“, auch hinsichtlich „des Teils des Provisionsanspruchs [...], der als Vergütung für eine mögliche Schadensbearbeitung gedacht ist“, unabhängig davon, ob die tatsächliche Erforderlichkeit einer Schadensbearbeitung noch ungewiss ist, wird darauf gestützt, dass „die Verpflichtung zur Schadensbearbeitung gerade wegen ihrer Ungewißheit – anders als die Verpflichtung zur Vertragsbearbeitung – keiner zeitraumbezogenen Abgrenzung zugänglich ist, die allein Grundlage für eine Teilgewinnrealisierung sein kann“. Einen guten Grund dafür, die Wahl der Konzeption der Kostenabgrenzung auf diese Weise mit der – vermeintlichen – Unmöglichkeit, eine Umsatzaufgliederung durchzuführen, zu rechtfertigen, gibt es aber nicht.

569 A.A. wohl *Krumm*, in: Heuermann/Brandis, EStG, § 5 Rn. 276, nach dem eine zusätzliche Verpflichtung „Bestandteil des schwebenden Geschäfts und allenfalls bei Vorliegen eines Erfüllungsrückstands bilanziell auszuweisen“ sei, sofern sie „durch das vereinbarte Entgelt abgegolten“ werde, wohingegen eine Leistung, sofern für sie „ein zusätzl. Entgelt zu zahlen“ sei, „wirtschaftl. außerhalb des Gegenseitigkeitsverhältnisses“ stehe und „bilanzrechtl. nach den allg. Regeln zu behandeln“ sei.

Leistungspflicht, d.h. nach dem Wert der noch ausstehenden Leistungspflicht aus Sicht des Bilanzierenden.⁵⁷⁰ Es spielte demnach in den vom BFH entschiedenen Fällen keine Rolle, ob für die ausstehenden (Nachbetreuungs-) Pflichten explizit eine „weitere“ Gegenleistung gezahlt wurde oder ob sie mit abgegolten waren.⁵⁷¹ Dementsprechend kommt es, anders als bei den neutralisierenden Passiva, nicht auf den (für den Gewinnausweis maßgeblichen) Anteil an, den die ausstehende Leistung an der Gegenleistung hat,⁵⁷² weshalb auch von einer „vorgezogenen“ Ertragsrealisation die Rede sein kann. Der wesentliche Unterschied zwischen der Bewertung „klassischer“ Verbindlichkeitsrückstellungen bei Dauerschuldverhältnissen und den Rückstellungen für noch zu erbringende Leistungskomponenten liegt darin, dass nur bei ersteren eine rein „retrospektive“ Bewertung möglich ist.⁵⁷³ Die Höhe der ausstehenden Verpflichtung steht regelmäßig sogar so fest, dass – wie gezeigt – eigentlich eine Verbindlichkeit angesetzt werden müsste. Demgegenüber erfolgt der Rückstellungsansatz bei einer vorgezogenen Ertragsrealisation eindeutig auf das Zukünftige hin. Hier geht es etwa darum, die voraussichtlich noch zu erbringenden Nachbetreuungsleistungen, deren Umfang sich noch nicht klar bestimmen lässt, abzubilden. Dann wird auch verständlich, weshalb sich eine Reihe von BFH-Entscheidungen damit befassen, wie die Höhe der Verbindlichkeitsrückstellung zu bemessen ist.⁵⁷⁴

570 Vgl. BFH Urt. v. 19.7.2011 – X R 26/10 = BFHE 234, 239 = BStBl. II 2012, 856 = DStR 2011, 1990 Rn. 42 ff. (Bemessung der Rückstellung nach dem Aufwand der künftigen Betreuungsleistungen); BFH Urt. v. 25.2.1986 – VIII R 134/80 = NJW-RR 1987, 533 (534); Joisten, Mehrkomponentengeschäfte, S. 56.

571 Im Fall des BFH Urt. v. 28.7.2004 – XI R 63/03 = BFHE 207, 205 = BStBl. II 2006, 866 = DStR 2004, 2090 hatte sich ein Versicherungsvertreter zu Nachbetreuungsleistungen verpflichtet, ohne hierfür eine zusätzliche Vergütung über die Abschlussprovision hinaus zu erhalten; demgegenüber erhielt im Fall BFH Urt. v. 19.7.2011 – X R 26/10 = BFHE 234, 239 = BStBl. II 2012, 856 = DStR 2011, 1990 der Versicherungsvertreter neben seiner Abschlussprovision ein Pflegegeld für die Betreuung des jeweiligen Bestands (Bestandspflegeprovision) u.a. dafür, dass er die Bankverbindungen der Kunden im Hinblick auf Änderungen der laufenden Beiträge, Namensänderungen und Reduzierungen der Versicherungssumme bearbeitete; vgl. hierzu auch Tiedchen FR 2012, 22.

572 Vgl. Joisten, Mehrkomponentengeschäfte, S. 110, 118.

573 Vgl. Christiansen DStR 2007, 869 (872 f.) in Abgrenzung zur „prospektiv“ ausgerichteten Bewertung von Drohverlustrückstellungen.

574 Vgl. BFH Urt. v. 19.7.2011 – X R 48/08 = BeckRS 2011, 96537 Rn. 18 ff.: Im Zweifel kommt es insofern auf eine Schätzung an. Dabei handelt es sich um eine Tatsachenfeststellung, an die der BFH gemäß § 118 Abs. 2 FGO gebunden ist (BFH Beschl. v. 5.12.2007 – X B 4/07 = BFH/NV 2008, 587 = BeckRS 2007, 25012773). Die Rückstellung muss steuerbilanziell gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 3a e) Satz 1 EStG abgezinst werden (vgl. dazu ausführlich BFH Urt. v. 13.7.2017 – IV R 34/14 = BeckRS 2017, 125098 Rn. 24 ff.). Handelsbilanzrechtlich besteht eine Abzinsungspflicht allein bei einer Laufzeit der Rückstellung von mehr als einem Jahr (§ 253 Abs. 2 Satz 1 HGB).

III. Kritik

1. Fehlende Auseinandersetzung mit dem Vorsichtsprinzip

Im Ergebnis ist das damit aus der BFH-Rechtsprechung abgeleitete Konzept der Kostenabgrenzung für Mehrkomponentengeschäfte nicht mit dem HGB vereinbar und damit abzulehnen. Kritikwürdig ist es zunächst deshalb, da es den Konflikt zwischen Vorsichts- und Realisationsprinzip ausblendet. Diese argumentative Leerstelle ist vor allem dann auffällig, wenn im Interesse des Gläubigerschutzes eigentlich für einen eher „übersichtigen“ Ertragsausweis zu plädieren ist. Die Befürworter einer Kostenabgrenzung unter Heranziehung einer Wesentlichkeitsbetrachtung verhalten sich nicht hinreichend dazu, weshalb gerade hier von dieser bilanzrechtsdogmatischen Grundeinstellung abgewichen werden sollte. Insofern sie diesem Vorwurf implizit dadurch begegnen, dass sie sich darauf berufen, die wirklichen Verhältnisse wiederzugeben, nach denen die ausstehenden Verbindlichkeiten für die Ertragsrealisation unwesentlich sein sollen, wird dies nicht belegt.

a. Fehlausweis des aus dem Gesamtgeschäft resultierenden Ertrags

Zu einem Konflikt mit dem Vorsichtsprinzip kommt es angesichts der noch ausstehenden „unwesentlichen“ Leistungspflichten beim Konzept der Kostenabgrenzung, da in zweifacher Hinsicht ein Fehlausweis des aus dem Gesamtgeschäft resultierenden Ertrags stattfindet.⁵⁷⁵ In zeitlicher Hinsicht wird übergangen, dass der Bilanzierende in einer künftigen Periode noch eine Leistung zu erbringen hat. Dieser Fehlausweis erhöht sich in Abhängigkeit von dem tatsächlichen Anteil, welcher der ausstehenden Teilleistungen am Ertrag zukommt.⁵⁷⁶ Ein Fehlausweis erfolgt jedoch auch unter sachlichen Gesichtspunkten und zwar insofern der Ertrag unzutreffend allein der „wesentlichen“ Leistungskomponente zugeschlagen wird. Denn dies suggeriert, dass die ausstehende Nachbetreuung „umsonst“ erfolge. Sie wird also als „ertragslose Tätigkeit eingestuft“ und ihre Bedeutung für die Erfolgsentstehung bleibt unberücksichtigt.⁵⁷⁷ Bereits aufgrund des damit einhergehenden Fehlausweises des Umsatzes ist der Grundsatz der Kostenabgrenzung handelsrechtlich eigentlich „nicht zu tolerieren“.⁵⁷⁸

⁵⁷⁵ Herzig/Joisten, in: FS Krawitz, 2010, S. 83 (92): Der bilanzierende Optiker oder Akustiker werde gezwungen, sich reicher zu machen als er tatsächlich ist.

⁵⁷⁶ Pilhofer, Umsatz- und Gewinnrealisierung, S. 373; Herzig/Joisten, in: FS Krawitz, 2010, S. 83 (92).

⁵⁷⁷ Herzig/Joisten, in: FS Krawitz, 2010, S. 83 (92).

⁵⁷⁸ Herzig/Joisten, in: FS Krawitz, 2010, S. 83 (91).

b. Widerspruch zum wirtschaftlichen Gehalt

- 47 Zu kritisieren ist das dargestellte Konzept aber vor allem deshalb, weil es bereits einfache Kontrollüberlegungen fernliegend erscheinen lassen, dass der aufgezeigte Fehlausweis zumindest den wirtschaftlichen Gehalt der untersuchten Geschäfte exakt wiedergibt, da den ausstehenden Verpflichtungen tatsächlich ein ertraglicher Nullwert entspricht: Wäre etwa das Hörgerät im vom BFH entschiedenen Fall nicht veräußert, sondern nur vermietet worden, so wäre im Rahmen der bilanziellen Abbildung dieses Einkomponentengeschäfts nach den für Dauerschuldverhältnissen geltenden Grundsätzen an eine Verbindlichkeitsrückstellung im Hinblick auf etwaige „Instandhaltungspflichten“ des Hörgerätevermieters nicht zu denken gewesen.⁵⁷⁹ Auch widerspricht der „Nullwert“-These, dass der Hörgeräteverkauf ohne das Versprechen der Nachbetreuungsleistungen wohl gar nicht zustande gekommen wäre.⁵⁸⁰ Vielmehr ist naheliegend, dass es für die Krankenversicherungen im Hörgeräteakustiker-Fall von wesentlicher Bedeutung war, dass sie infolge der Verpflichtung der Hörgeräteakustiker zur Nachbetreuung darauf verzichten konnten, Drittunternehmen für Wartung und Reparatur zu bezahlen, was für sie aller Voraussicht nach kostspieliger gewesen wäre. Ebenso hat es für die Versicherungsunternehmen aus wirtschaftlicher Sicht sicherlich eine maßgebliche Rolle gespielt, dass Versicherungsvertreter, die bereits den Erstkontakt zu ihren Versicherungskunden aufgenommen haben, auch die weitere Betreuung niederschwellig und effizient zu bewältigen versprechen. Demgemäß würden sie sich gegen die Annahme verwehren, dass diese Nachbetreuung wertlos ist und damit ersatzlos entfallen könnte. Nicht zu verfangen vermag die These vom Nullwert aber jedenfalls, sofern für die Nachbetreuungsleistung eine eigenständige Zahlung erbracht wird.

c. Probleme bei der Rückstellungsbemessung

- 48 Als „unvorsichtig“ erweist sich eine Bilanzierung nach der Konzeption der Kostenabgrenzung nicht zuletzt auch aufgrund der mit dem Rückstellungsansatz verbundenen Probleme.⁵⁸¹ Sofern eine Rückstellung gänzlich unterbleibt, werden die Aufwendungen für die Erfüllung der noch ausstehenden Leistungspflichten bereits nach Erbringung der Hauptleistung voll gewinnerhöhend erfasst. Die Gefahr, dass es dazu kommt, ist erheblich. So kann der Nichtansatz etwa schon das Resultat der aufgezeigten, andauernden Kontroverse um das Tatbestandsmerkmal der „wirtschaftlichen Verursachung“ einer rückstellungspflichtigen Verbindlichkeit sein.⁵⁸² Weiterhin

579 Hoffmann StUB 2011, 361 (362).

580 Vgl. auch Herzig/Joisten, in: FS Krawitz, 2010, S. 83 (92).

581 Vgl. dazu auch Wirth, Die Bilanzierung von Mehrkomponentengeschäften, S. 170.

582 Herzig/Joisten, in: FS Krawitz, 2010, S. 83 (95).

lassen sich – wie die einschlägige BFH-Rechtsprechung zeigt⁵⁸³ – kaum objektive Kriterien finden, nach denen sich der als Rückstellung anzusetzende künftige Erfüllungsbetrag für die noch ausstehenden Verbindlichkeiten ermitteln ließe. Ein falscher Rückstellungsausweis liegt zudem nahe, da die Höhe des Rückstellungsansatzes im Hinblick auf die ausstehenden Leistungen im Angesicht etwaiger Preis- und Kostensteigerungen theoretisch laufend korrigiert werden muss,⁵⁸⁴ wobei darauf zurückzuführende Änderungen nur handelsrechtlich und nicht steuerbilanzrechtlich berücksichtigungsfähig sind.⁵⁸⁵ Der vorzeitige Charakter des Ertragsausweises wird schließlich auch durch die zwingende Abzinsung von Verbindlichkeitsrückstellungen, die dazu führt, dass der Rückstellungsbetrag zwingend den Erfüllungsbetrag unterschreitet und sich der Gewinn aus dem Mehrkomponentengeschäft um den Abzinsungsbetrag erhöht, verstärkt.⁵⁸⁶

2. Gesetzesferne der gefundenen Lösung

Diese Vorwürfe erhalten ein besonderes Gewicht, da sich dem Gesetz nicht entnehmen lässt, dass der vom BFH bemühte Wesentlichkeitsgrundsatz tatsächlich eine Einschränkung des Vorsichtsprinzips rechtfertigen kann. 49

a. Fehlende gesetzliche Verortung

Insbesondere ist die Konzeption der Kostenabgrenzung nicht etwa Ausdruck einer zivilrechtsorientierten Bilanzierung. Denn es soll ja – wie aufgezeigt – für die vorgezogene Vollertragsrealisation gerade keine Rolle spielen, ob die ausstehenden Leistungspflichten schuldrechtlich aus demselben Vertrag, wie die bereits erbrachte Erstkomponente, folgen.⁵⁸⁷ Ebenso wenig kann der Grundsatz der Vollrealisation bei Erbringung der wesentlichen Leistung gestützt werden, dass so zur Vereinfachung der Bilanzierung beigetragen würde. 50

583 Vgl. BFH Urt. v. 19.7.2011 – X R 48/08 = BeckRS 2011, 96537 Rn. 24 ff.; BFH Urt. v. 13.7.2017 – IV R 34/14 = BeckRS 2017, 125098 Rn. 23 ff.

584 Joisten, Mehrkomponentengeschäfte, S. 364.

585 Vgl. § 6 Abs. 1 Nr. 3a Buchst. f EstG; dazu auch Herzig/Joisten, in: FS Krawitz, 2010, S. 83 (99).

586 Herzig/Joisten, in: FS Krawitz, 2010, S. 83 (97).

587 A.A. Herzig/Joisten, in: FS Krawitz, 2010, S. 83 (92), die hier folgerichtig einen „Verstoß gegen den Grundsatz einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise“ vermuten.

aa. Enge Grenzen des Vereinfachungsgedankens

- 51 Grundsätzlich wohnt jedem Bilanzansatz notwendigerweise ein Akt der Vereinfachung inne.⁵⁸⁸ Die Simplifizierung des wirtschaftlichen „Lebens“ des Unternehmens ist die notwendige Voraussetzung dafür, dass das Unternehmensvermögen überhaupt übersichtlich zu vertretbaren Kosten dargestellt werden kann. Diese Überlegung muss gerade auch dann zum Tragen kommen, wenn es um die Auslegung des Realisationsprinzips, also die Ertragsrealisation, geht. Dementsprechend ist etwa allgemein anerkannt, dass (Gewährleistungs-)Risiken vereinfachend auszublenken sind, indem der gewinnerhöhende Ansatz der Gegenleistung „nur“ von der Quasi-Sicherheit des Zuflusses der Gegenleistung abhängig gemacht und dabei nach der schuldrechtsakzessorischen Sichtweise an den Akt der Erfüllung der eigenen Leistungspflicht angeknüpft wird.⁵⁸⁹ Die Bilanzrichtlinie 2013/34/EU verweist sogar ausdrücklich auf die Möglichkeit einer Wesentlichkeitsbetrachtung beim Ansatz von Vermögensgegenständen und Schulden. So heißt es in Art. 6 Abs. 1 Buchst. j, dass die Anforderungen in dieser Richtlinie „in Bezug auf Ansatz, Bewertung, Darstellung, Offenlegung und Konsolidierung“ nicht erfüllt sein müssten, „wenn die Wirkung ihrer Einhaltung unwesentlich ist“. Der Wesentlichkeitsgrundsatz entfaltet über den Umweg des Richtlinienrechts demnach grundsätzlich auch im Rahmen der Ertragsrealisierung Geltung. Im HGB wurde Art. 6 Abs. 1 Buchst. j, in Ausübung des den Mitgliedstaaten überlassenen Umsetzungsspielraums, allerdings nicht umgesetzt.⁵⁹⁰ Skeptisch gegenüber der Annahme einer Verankerung der Wesentlichkeitsbetrachtung im Gesetz stimmt auch, dass die Ertragsrealisation durch das Vorsichtsprinzip beeinflusst wird. Im Lichte dessen müssen gewinnerhöhende Vereinfachungen jedenfalls restriktiver gehandhabt werden als gewinnmindernde Vereinfachungen.⁵⁹¹

bb. Fehlende Vereinfachung des Ertragsausweises

- 52 Vor allem führt der vorgezogene Ertragsausweis aber schon gar nicht zu einer erkennbaren Bilanzvereinfachung. Von einer solchen wäre erst dann auszugehen, wenn die beim Kostenabgrenzungsmodell fortbestehenden „unwesentlichen“ Verpflichtungen in der künftigen Bilanzierung gänzlich unberücksichtigt bleiben dürften. Diesem weiteren Schritt hat sich der BFH aber – wie aufgezeigt – gerade verweigert, da sich ein solcher Rechtssatz den „Grundsätzen ordnungsmäßiger

588 Vgl. Euler, Grundsätze ordnungsmäßiger Gewinnrealisierung, S. 63; Joisten, Mehrkomponentengeschäfte, S. 58. Zum Teil ist synonym auch von einer Objektivierung der Bilanzierung die Rede. Dieser Begriff ist aber irreführend.

589 Moxter, Grundsätze ordnungsgemäßer Rechnungslegung, S. 43 f.; Gelhausen, Das Realisationsprinzip, S. 213 ff.; Joisten, Mehrkomponentengeschäfte, S. 58.

590 Vgl. näher Hennrichs, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, § 9 Rn. 83; vgl. auch Arbeitskreis Bilanzrecht NZG 2014, 892 (894).

591 Vgl. Joisten, Mehrkomponentengeschäfte, S. 58.

Buchführung und den Regelungen des EStG“ nicht entnehmen lasse.⁵⁹² Diese Auffassung trifft im Lichte des für die Bilanzierung auf der Passivseite maßgeblichen Imparitätsprinzips (§ 252 Abs. 1 Nr. 4 Hs. 1 HGB) sowie des Gebots des vollständigen und richtigen Vermögensausweises (§ 242 Abs. 1 HGB i.V.m. § 246 Abs. 1 Satz 1 HGB) zu.⁵⁹³ Dadurch rückt das gesamte Konzept der Kostenabgrenzung in ein zweifelhaftes Licht. Denn unter diesen Umständen vermag sie die Bilanzierung überhaupt nur in kalkulatorischer Hinsicht insofern zu erleichtern, als wenn, sofern der Abnehmer des Mehrkomponentengeschäfts für das Leistungsbündel eine einheitliche Gegenleistung zahlt, nicht der auf eine jede Komponente entfallende Ertragsanteil ermittelt werden muss. Stattdessen kann der Ertrag einheitlich im Wege des Ansatzes der Gesamtforderung realisiert werden. Eine Vereinfachung im engeren Sinne ist mit der Konzeption der Kostenabgrenzung dann aber nicht verbunden, weshalb die vorsichtiger Konzeption der Umsatzaufgliederung weiterhin vorzugswürdig erscheint.

b. Fehlende Differenzierung

Kritikwürdig ist die Kostenabgrenzung auch deshalb, weil beim Ansatz von Verbindlichkeitsrückstellungen für ausstehende Leistungspflichten der Rückstellungsansatz mit der passiven Rechnungsabgrenzung vermengt wird. Denn es geht hier um die Abbildung von Leistungen, welche nach den maßgeblichen vertraglichen Abreden zwingend erst in Zukunft zu erfüllen sind. So könnte etwa der Hörgeräteakustiker, selbst wenn er denn wollte, die Reinigung und Pflege des Geräts schlechterdings nicht „vorziehen“ und bereits in dem Geschäftsjahr erbringen, in dem das Gerät übergeben und übereignet wird. Sie würde, rein tatsächlich betrachtet, in dieser Periode keinen Sinn ergeben, sie widerspräche mit anderen Worten der Natur der geschuldeten Leistungen.⁵⁹⁴ Hierin liegt ein wesentlicher Unterschied zu den „klassischen“ Fällen des Erfüllungsrückstands im Rahmen von Dauerschuldverhältnissen: Nur sofern der Rückstellungsausweis einer Modifikation des Realisationsprinzips

592 BFH Urt. v. 19.7.2011 – X R 26/10 = BFHE 234, 239 = BStBl. II 2012, 856 = DStR 2011, 1990 Rn. 31; ebenso später BFH Urt. v. 19.7.2011 – X R 8/10 = BeckRS 2011, 96533 Rn. 19 sowie im Anschluss daran BFH Urt. v. 27.2.2014 – III R 14/11 = BFHE 246, 45 = BStBl. II 2014, 675 = DStR 2014, 1593 Rn. 12; a.A. noch (Passivierungswahlrecht bei unwesentlichen Verpflichtungen) BFH Urt. v. 18.1.1995 – I R 44/94 = BFHE 177, 61 (64) = BStBl. II 1995, 742 (743) = DStR 1995, 1020 (1021).

593 Im Lichte dessen vertritt *Tiedchen* die Auffassung, dass das Wesentlichkeitsprinzip auf Fragen der Bewertung zu beschränken sei. Auf den Ansatz von Bilanzposten könne hingegen – auch wegen der Geltung des Vollständigkeitsprinzips – nicht deshalb verzichtet werden, weil ein Posten als geringfügig anzusehen sei, vgl. *Tiedchen* FR 2012, 22 (24); vgl. dazu auch *Adler/Düring/Schmaltz*, § 252 HGB Rn. 127 f.; *Kahle/Kopp* DStR 2022, 2627 ff.; *Enderst* DB 2011, 2164 (2165 f.). Im letztgenannten Gebot ist schlussendlich sogar der maßgebliche Grund dafür zu sehen, dass der Wesentlichkeitsgrundsatz im HGB nie kodifiziert wurde, vgl. *Arbeitskreis Bilanzrecht* NZG 2014, 892 (895).

594 Vgl. insofern auch *Tiedchen* FR 2012, 22 (23); *Hoffmann* StB 2011, 361 (362); ähnlich wohl bereits *Christiansen*, StBj 1989/1990, S. 129 (151): „Konsequent erscheint mir [...], in den Saldierungsbereich des schwebenden Geschäfts grundsätzlich alle Leistungen einzubeziehen, die nach dem jeweiligen Stichtag zu erbringen sind, auch wenn sie wirtschaftlich oder rechtlich vor dem Stichtag begründet wurden.“

nachfolgt, muss er ausnahmsweise von einer sowohl rechtlich bestehenden als auch wirtschaftlich verursachten Verbindlichkeit abhängig gemacht werden, um weiterhin Rückstellungsansatz und Rechnungsabgrenzung unterscheiden zu können.

aa. Abkehr vom Kriterium der wirtschaftlichen Verursachung

- 54 Diese These lässt sich mithilfe eines näheren Blicks auf die Entwicklung der einschlägigen BFH-Rechtsprechung belegen. Der BFH vertritt in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, dass Rückstellungen für ungewisse Verbindlichkeiten eine dem Grunde und/oder der Höhe nach ungewisse Verbindlichkeit gegenüber einem anderen voraussetzen. In zeitlicher Hinsicht müsse die Verbindlichkeit im abgelaufenen Wirtschaftsjahr, d.h. in der Vergangenheit wirtschaftlich verursacht sein. Es müsse also bereits bis zum Bilanzstichtag eine wirtschaftliche Belastung eingetreten sein, sodass die noch zu erbringenden Leistungen nicht nur an Vergangenes anknüpfen, sondern Vergangenes abgelten.⁵⁹⁵ Noch auf dieser gedanklichen Linie verbleibend, hat der XI. Senat des BFH in seinem Urteil vom 10.2.1992 die Bildung einer Rückstellung für Nachbetreuungsleistungen noch als unzulässig abgelehnt, da ihr das Kriterium der wirtschaftlichen Verursachung entgegenstehe. Ausschlaggebend sei, dass die Verpflichtung zur Erbringung der Nachbetreuungsleistung nicht bereits im Wirtschaftsjahr der Lieferung des Sachgegenstands wirtschaftlich verursacht werde, weil die jeweilige Nachbetreuung benutzungsbedingte Mängel durch Verschmutzung, Verschleiß, Behandlungsfehler oder Erschöpfung der Batterien voraussetze, die zu diesem Zeitpunkt noch nicht existierten. Wirtschaftlich verursacht seien die Nachbetreuungsarbeiten vielmehr erst in jenem Augenblick, in dem diese Arbeiten notwendig werden und durchgeführt werden müssen. Sie seien mithin im Wesentlichen zukunftsbezogen.⁵⁹⁶ Die Nachbetreuungsleistungen seien im Streitfall auch rechtlich noch nicht entstanden. Denn die Notwendigkeit, Nachbetreuungsleistungen den Hörgeschädigten gegenüber zu erbringen, habe davon abgehangen, dass solche Maßnahmen tatsächlich erforderlich werden. Zu Beginn des Geschäfts sei demnach der Tatbestand, an den die Leistungspflicht anknüpfe, noch nicht

⁵⁹⁵ BFH Urt. v. 12.12.2013 – X R 25/11 = BFHE 244, 309 = BStBl. II 2014, 517 = DStR 2014, 840 Rn. 22; BFH Urt. v. 19.10.2005 – XI R 64/04 = BFHE 211, 475 = BStBl. II 2006, 371 = DStR 2006, 371 (373); BFH Urt. v. 29.11.2007 – IV R 62/05 = BFHE 220, 85 = BStBl. II 2008, 557 = DStRE 2008, 606 (609); BFH Urt. v. 19.10.2005 – XI R 64/04 = BStBl. II 2006, 371 = DStR 2006, 371 (373); BFH Urt. v. 25.4.2006 – VIII R 40/04 = BStBl. II 2006, 749 = DStR 2006, 1741 (1742); BFH Urt. v. 19.7.2011 – X R 26/10 = BStBl. II 2012, 856 = DStR 2011, 1990 (1992); BFH Urt. v. 19.9.2012 – IV R 45/09 = BStBl. II 2013, 123 = DStR 2012, 2166 (2170); BFH Urt. v. 6.2.2013 – I R 8/12 = BStBl. II 2013, 686 = DStR 2013, 1018 (1020); BFH Urt. v. 9.11.2016 – I R 43/15 = BStBl. II 2017, 379 = DStR 2017, 584 Rn. 20; BFH Urt. v. 28.7.2004 – XI R 63/03 = BStBl. II 2006, 866 = DStR 2004, 2090 (2091); BFH Urt. v. 9.12.2009 – X R 41/07 = BFH/NV 2010, 860 = BeckRS 2009, 25016016 Rn. 21; BFH Urt. v. 9.11.2016 – I R 43/15 = BFHE 256, 270 = BStBl. II 2017, 379 = DStR 2017, 584 Rn. 34; FG Münster Urt. v. 25.7.2019 – 10 K 902/15 K = BeckRS 2019, 20955 Rn. 98.

⁵⁹⁶ BFH Urt. v. 10.12.1992 – XI R 34/91 = BFHE 170, 149 = BStBl. II 1994, 158 = DStR 1993, 680 (681).

erfüllt gewesen. Es habe sich daher allenfalls um zukünftig entstehende Verpflichtungen gehandelt.⁵⁹⁷

In nachfolgenden Entscheidungen hat der BFH die zeitliche Komponente aber immer mehr vernachlässigt, ohne diese Abkehr jedoch überzeugend zu begründen. So hat der I. Senat des BFH den Rückstellungsansatz für die kostenlosen Nachbetreuungsleistungen eines Hörgeräteakustikers zugelassen,⁵⁹⁸ dabei aber ausdrücklich verneint, von der Rechtsprechung des XI. Senats abzuweichen, obschon der XI. Senat in seinem Urteil vom 10.12.1992 die Rückstellung für zukünftige Nachbetreuungsleistungen gerade wegen fehlender rechtlicher Entstehung und wirtschaftlicher Verursachung abgelehnt hatte. Zur Begründung verweist der I. Senat auf Unterschiede in der Ausgestaltung der jeweils maßgeblichen Rahmenverträge: Im Streitfall des BFH-Urteils vom 10.12.1992 war nach den maßgeblichen Feststellungen des FG die Verpflichtung, Nachbetreuungsleistungen zu erbringen, aufgrund des zugrunde liegenden Rahmenvertrags davon abhängig, dass solche Maßnahmen nach den tatsächlichen Gegebenheiten erforderlich wurden. Im von ihm zu entscheidenden Fall betreffe die Nachbetreuungspflicht demgegenüber „umfassend die nach allgemeiner oder betrieblicher Erfahrung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit und Regelmäßigkeit erforderlich werdenden Maßnahmen zur Gewährleistung der weiteren Funktionsfähigkeit der ausgelieferten Geräte nicht nur in technischer, sondern auch in medizinischer Hinsicht“.⁵⁹⁹ Aus diesem Grund sei die Nachbetreuung unabhängig von unsachgemäßer Behandlung oder Verschulden der Benutzer der Geräte vorzusehen und durchzuführen. Ihre Erforderlichkeit betreffe nur die Fälligkeit der Verbindlichkeit. Weiterhin beinhalte die zu beurteilende Leistungspflicht – anders als im Fall des XI. Senats – „wesentliche Elemente einer Dienstleistung, die über die Pflege der Hörhilfen als materiellem Gegenstand hinaus die einschlägige persönliche Betreuung der Hörgeschädigten in biologisch-pathologischer Hinsicht umfasst.“ Da die Verpflichtung damit dem Grunde nach vor dem Bilanzstichtag bestanden habe, sei es unerheblich, ob sie auch wirtschaftlich vor dem Bilanzstichtag verursacht worden sei.⁶⁰⁰

Dementsprechend wurde in den Anschlussentscheidungen zu Nachbetreuungspflichten von Versicherungsvertretern im Hinblick auf die Frage, ob eine Verbindlichkeitsrückstellung anzusetzen sei, allein noch darauf abgestellt, inwiefern der Steuerpflichtige zur Betreuung der Versicherungen rechtlich verpflichtet ist. Nur sofern der Bilanzierende seinem Vertragspartner „weder gesetzlich noch vertraglich“ weiterhin verpflichtet sei, komme der Rückstellungsausweis nicht in Betracht, un-

597 BFH Urt. v. 10.12.1992 – XI R 34/91 = BFHE 170, 149 = BStBl. II 1994, 158 = DStR 1993, 680 (681).

598 BFH Urt. v. 5.6.2002 – I R 96/00 = BFHE 199, 309 = BStBl. II 2005, 738 = BeckRS 2002, 24000625.

599 BFH Urt. v. 5.6.2002 – I R 96/00 = BFHE 199, 309 = BStBl. II 2005, 738 = BeckRS 2002, 24000625.

600 BFH Urt. v. 5.6.2002 – I R 96/00 = BFHE 199, 309 = BStBl. II 2005, 738 = BeckRS 2002, 24000625.

abhängig davon, ob noch Leistungen ohne Rechtspflicht erbracht werden.⁶⁰¹ So hat der X. Senat des BFH einem auf Provisionsbasis tätigen Versicherungsvertreter die Rückstellungsbildung verweigert, der seine Provision nach den maßgeblichen Feststellungen des FG bereits unabhängig von der Nachbetreuung verdient hatte, dem aber weitere Provisionen in Aussicht standen.⁶⁰² Später hat derselbe Senat nur Leistungen eines Versicherungsvertreters für die Betreuung bereits abgeschlossener Verträge als rückstellbar erachtet. Werbeleistungen mit dem Ziel, Kunden (auch Bestandskunden) zu neuen Vertragsabschlüssen zu veranlassen (Einwerbung von Neugeschäften), seien nicht rückstellbar.⁶⁰³

bb. Der Rückstellungsansatz bei Mehrkomponentengeschäften

- 57 Im Grundsatz ist die skizzierte schleichende Abkehr vom Kriterium der „wirtschaftlichen Verursachung“ der bereits rechtlich entstandenen Verpflichtung im abgelaufenen Geschäftsjahr⁶⁰⁴ zu begrüßen. Denn es erscheint ausgeschlossen, unter Berufung auf das Imparitätsprinzip (§ 252 Abs. 1 Nr. 4 Hs. 1 HGB) von der Bilanzierung einer rechtlich bereits entstandenen Verbindlichkeit absehen zu wollen.⁶⁰⁵ Anders ist dies aber zu sehen, wenn es um die Rückstellungsbildung infolge einer Modifikation des Realisationsprinzips geht. Die Tatsache, dass der Anbieter des Mehrkomponentengeschäfts (der Hörgeräteakustiker oder Versicherungsvertreter) bereits die Vergütung für eine Leistung erhalten hat, die er noch erbringen muss, dass also ein Leistungsrückstand im weiteren Sinne vorliegt, ist insofern für sich genommen nicht ausreichend. Sie vermag es einzig, diesen Teil der Vergütung als Vorleistung zu qualifizieren. Eine solche ist aber nach den allgemeinen Grundsätzen als Rechnungsabgrenzungsposten zu behandeln. Für eine vorzeitige gewinnwirksame Vereinnahmung dieses Vergütungsteils, wie sie die Konzeption der Kostenabgrenzung zur Folge hat, fehlt es an jeder Rechtfertigung. Unter diesen Vorzeichen erscheint allein die Weigerung des XI. Senats in seinem Urteil vom 10.2.1992, eine Verbindlichkeitsrückstellung für die ausstehenden Nachbetreuungspflichten anzuerkennen, mit dem HGB vereinbar.

601 BFH Ur. v. 9.12.2009 – X R 41/07 = BeckRS 2009, 25016016 Rn. 22 ff.; vgl. später auch BFH Ur. v. 13.7.2017 – IV R 34/14 = BeckRS 2017, 125098 Rn. 19; BFH Ur. v. 27.2.2014 – III R 14/11 = BFHE 246, 45 = BStBl. II 2014, 675 = DStR 2014, 1593 Rn. 11; BFHE 234, 239 = BStBl. II 2012, 856 = DStR 2011, 1990.

602 BFH Ur. v. 9.12.2009 – X R 41/07, BeckRS 2009, 25016016 Rn. 22 ff.

603 BFH Ur. v. 19.7.2011 – X R 26/10 = BFHE 234, 239 = BStBl. II 2012, 856 = DStR 2011, 1990 Rn. 45.

604 Vgl. in ähnlicher Tendenz zuletzt BFH Ur. v. 9.11.2016 – I R 43/15 = BFHE 256, 270 = BStBl. II 2017, 379 = DStR 2017, 584 Rn. 29 f. (zu künftigen Wartungsaufwendungen an Flugzeugen); FG Münster Ur. v. 25.7.2019 – 10 K 902/15 K = BeckRS 2019, 20955 Rn. 102 ff. (zu Nachbetreuungsleistungen aus einer Verpflichtung zur Wartung und Instandhaltung von Werkzeugen).

605 So i.Erg. aus der Literatur auch Adler/Düring/Schmaltz, § 249 Rn. 69; Merkt, in: Hopt, HGB, § 249 Rn. 9; Schulze-Osterloh, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 42 Rn. 237; ders., in: FS Siegel, 2005, S. 185 (187 ff.); Hennrichs, in: BeckOGK HGB, Stand 15.9.2023, § 249 Rn. 53; Schön BB-Beil. 9/1994, S. 4 ff., 6 f.

3. Bloße Problemverlagerung zur Frage der „Unwesentlichkeit“

Schließlich spricht gegen die Konzeption der Kostenabgrenzung, dass sie zu einer reinen Problemverlagerung führt. Denn auch bei der Kostenabgrenzung kommt man nicht darum herum, zu bestimmen, wann eine ausstehende Leistungspflicht tatsächlich „unwesentlich“ ist. Der BFH hat dazu, bis hin zur Entscheidung des VIII. Senats zur Bildung einer Verbindlichkeitsrückstellung für eine ausstehende Abrechnungspflicht nach VOB/B,⁶⁰⁶ bislang nicht Stellung genommen. Vielmehr wurde die Unwesentlichkeit der noch zu erfüllenden Verbindlichkeit schlichtweg apodiktisch festgestellt. Insbesondere vermag die in der BFH-Entscheidung vom 19.7.2011 getroffene Aussage, dass (selbstverständlich) auch unwesentliche Verbindlichkeiten rückstellungspflichtig seien,⁶⁰⁷ keine nähere Eingrenzung zu vermitteln. Denn bei der Frage nach einer „vorzeitigen“ Ertragsrealisation geht es – wie aufgezeigt – gerade darum, „unwesentliche“ von „wesentlichen“ ausstehenden Verpflichtungen, welche der Ertragsrealisation entgegenstehen, abzugrenzen. Demgegenüber spielt es erst in einem zweiten Schritt eine Rolle, inwiefern, weil die ausstehende Verpflichtung nur einen „geringen Aufwand“ erfordert, der Rückstellungsansatz unterbleiben darf. Ob eine ausstehende Leistung als „unwesentlich“ einzustufen ist, lässt sich nur indirekt aus den seitens des BFH an die Ertragsrealisation im Hinblick auf die Gegenleistung gestellten Anforderungen ablesen. Danach soll die Gewinnrealisierung dann erfolgen können, sofern dem Bilanzierenden die gesamte Gegenleistung – trotz der ausstehenden Leistungspflichten – bereits „so gut wie sicher“ ist.⁶⁰⁸

Sofern man der hier vertretenen Auffassung folgt (A. III.), wird also mittelbar wiederum an die Zivilrechtslage angeknüpft. In seiner Entscheidung vom 14.10.1999 hat der IV. Senat des BFH diesen Zusammenhang sogar ausdrücklich zum Ausdruck gebracht. Dort heißt es, dass die Wesentlichkeit der noch ausstehenden Verpflichtungen zu bejahen und damit das Recht zur erfolgswirksamen Abbildung der gesamten Gegenleistung zu verneinen sei, sofern der Vertragspartner hypothetisch, d.h., sofern er nicht vorgeleistet hätte, berechtigt gewesen wäre, gemäß § 320 BGB das auf die noch ausstehenden Verpflichtungen entfallende Entgelt zu verweigern.⁶⁰⁹ Schlussendlich ist also auch hier vorauszusetzen, dass die Preisgefahr im Hinblick auf die Gesamtgegenleistung bereits übergegangen ist.⁶¹⁰ Im Ergebnis stellen sich dann bei der Kostenabgrenzung dieselben Fragen, wie bei der Konzeption der

606 Vgl. BFH Urt. v. 25.2.1986 – VIII R 134/80 = BFHE 147, 8 = BStBl. II 1986, 788 = NJW-RR 1987, 533.

607 BFH Urt. v. 19.7.2011 – X R 26/10 = BFHE 234, 239 = BStBl. II 2012, 856 = DStR 2011, 1990 Rn. 31 ff.; anders aber noch BFHE 72, 126 = BStBl. III 1961, 48; BFH Urt. v. 25.2.1986 – VIII R 134/80 = NJW-RR 1987, 533 (534) unter Berufung auf *Leffson*, Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung, S. 164 ff.

608 So ausdrücklich BFH Urt. v. 29.11.2007 – IV R 62/05 = BFHE 220, 85 = BStBl. II 2007, 557 = BeckRS 2007, 24003233.

609 BFH Urt. v. 14.10.1999 – IV R 12/99 = BFHE 190, 349 = BStBl. II 2000, 25 = DStR 2000, 57 (59).

610 Vgl. *Krumm*, in: Heuermann/Brandis, EstG, § 5 Rn. 2626.

Umsatzaufgliederung. Der Unterschied besteht allein darin, dass bei der Kostenabgrenzung die Quasisicherheit im Hinblick auf die für das gesamte Mehrkomponentengeschäft entrichtete Gegenleistung zu bestimmen ist, wohingegen man bei der Umsatzaufgliederung die Quasisicherheit von auf einzelne Komponenten entfallenden Gegenleistungsanteilen ermitteln muss.

D. Stand der Aufgliederungsdogmatik

- 60 Die unter C. erlangten Erkenntnisse lassen sich damit dahingehend zusammenfassen, dass die Umsatzaufgliederung, wenn es darum geht, den Ertrag eines Mehrkomponentengeschäfts abzubilden, gegenüber der Kostenabgrenzung den Vorrang beansprucht, da letztere aus mehreren Gründen nicht mit dem HGB vereinbar ist. In „technischer“ Hinsicht setzt die Umsatzaufgliederung voraus, dass sich die einzelnen Leistungskomponenten überhaupt dem Grunde nach trennen lassen und daran anschließend die durch den Kunden erbrachte Gesamtgegenleistung – jedenfalls im Wege einer Schätzung – (sachlich und wertmäßig) auf die einzelnen Komponenten aufgeteilt werden kann. Anschließend ist den einzelnen Leistungskomponenten jeweils ein Anteil an der durch den Abnehmer zu erbringenden Gesamtgegenleistung des Geschäfts zuzuordnen und mit Erbringung der entsprechenden Komponente – bzw. dem Preisgefahrübergang – eine daran ausgerichtete Teilgewinnrealisierung vorzunehmen.⁶¹¹ Zu der Frage, wie die Gesamtgegenleistung aufzuteilen ist, kann die Rechtswissenschaft wenig beitragen. Die (nationale und internationale) Bilanzwissenschaft ist sich (zurecht) weitgehend einig, dass man sich insofern grundsätzlich an den Marktpreisen der Einzelkomponenten (relativen Einzelveräußerungspreisen) orientieren muss. Nur, sofern sich keine Marktpreise bestimmen lassen, ist die Verteilung ausnahmsweise zu schätzen.⁶¹² Anders sieht es hinsichtlich der Frage aus, in welchen Fällen tatsächlich eine aufgegliederte Ertragsrealisierung erfolgen kann und wann sie stattdessen erst am Schluss der Abwicklung des gesamten Mehrkomponentengeschäfts gebündelt stattfinden darf. Die Rechtswissenschaft könnte insofern durchaus zu einer präziseren Abgrenzung beitragen, liefert aber bislang keine echte Hilfestellung.

611 *Tiedchen*, in: BeckOGK HGB, Stand 1.9.2023, § 252 Rn. 100; *Joisten*, Mehrkomponentengeschäfte, S. 171; *Weisser*, Mehrkomponentenverträge, S. 31; *Wirth*, Die Bilanzierung von Mehrkomponentengeschäften, S. 72; *Herzig/Joisten*, in: FS Krawitz, 2010, S. 83 (90); *dies.* Ubg 2010, 472 (476); *Schuster* Ubg 2013, 312 (315).

612 Vgl. dazu *Tiedchen*, in: BeckOGK HGB, Stand 1.9.2023, § 252 Rn. 100; *Herzig/Joisten*, in: FS Krawitz, 2010, S. 83 (90); *dies.* Ubg 2010, 472 (478); *Baumeister/Knobloch* DB 2016, 186 (190); *Schuster* Ubg 2013, 312 (322); s. auch IFRS 15 Rn. 74: Der (vereinbarte) Transaktionspreis sei in der Regel im Verhältnis der relativen Einzelveräußerungspreise auf die einzelnen Bilanzierungseinheiten zu verteilen, wobei auch Rabatte, die das Unternehmen im Hinblick auf einzelne Einheiten gewährt, grundsätzlich proportional aufzuteilen seien (vgl. zu letzterem Aspekt Rn. 81 ff.).

I. Betonung der Vorzugswürdigkeit und Problemaufriss

Bevor auf diese Leerstelle eingegangen wird, ist herauszustellen, weshalb eine Aufgliederung der Ertragsrealisation bei einem Mehrkomponentengeschäft – theoretisch – vorzugswürdig erscheint. Der Grund dafür liegt darin, dass nur so ein periodengerechter Gewinnausweis gewährleistet ist, der Gewinn also nicht abrupt entweder am Anfang oder am Ende der Abwicklung des Gesamtgeschäfts ausgewiesen wird. So wird bei der konkurrierenden Konzeption der Kostenabgrenzung, da ein Ertragsausweis im Hinblick auf eine noch nicht erbrachte (Neben-)Leistung erfolgt, zwingend gegen das Realisationsprinzip verstoßen.⁶¹³ Insbesondere können Preis- und Kostensteigerungen im Hinblick auf die noch ausstehenden Leistungen oder die Abzinsung der für sie angesetzten Rückstellungen beim Kostenabgrenzungsmodell zur Folge haben, dass am Anfang der Leistungserbringung Scheingewinne ausgewiesen werden. Nach dem hiesigen Verständnis vom Realisationsprinzip kommen, sofern der Bilanzierende bei einem Absatzgeschäft im darauffolgenden Gewinnermittlungszeitraum noch eine Leistung zu erbringen hat, deshalb grundsätzlich nur Teilgewinnrealisierungen in Betracht, und auch diese nur bei Quasisicherheit des ihnen entsprechenden Teils der Gegenleistung. Grundsätzlich ist die Umsatzzugliederung allerdings zugleich „unvorsichtiger“⁶¹⁴ als die Hinauszögerung des Ertragsausweises bis zum Schluss der Geschäftsabwicklung (Konzeption der hinausgezögerten Gewinnrealisation).

Sofern man hinauszögert wird allerdings der Einblick in die Lage des Bilanzierenden, welche der Jahresabschluss vermittelt, erheblich verzerrt, was wiederum im Lichte der Informationsfunktion des Abschlusses problematisch erscheint.⁶¹⁵ Diesen Verzerrungen kann nur teilweise entgegengesteuert werden, indem – der These einer Abkoppelung von Bilanz und Anhang Rechnung tragend – am Ende der einzelnen Zwischenperioden im Anhang Angaben über die der jeweiligen Periode (geschätzt) zuzuordnenden Teilerträge und -gewinne, d.h. über die „tatsächliche Ertragslage“, gemacht werden.⁶¹⁶ Die Umsatzaufgliederung ist, da sie periodengerechter ist, mithin präziser, birgt jedoch ein gewisses Risiko von Fehlertragsausweisen. Ob die Umsatzaufgliederung nicht nur theoretisch vorzugswürdig, sondern auch nach dem HGB zulässig ist, hängt deshalb davon ab, welches Gewicht dem Gedanken der Realisation bzw. Periodisierung gegenüber dem Vorsichtsprinzip zukommt.

613 Vgl. Tiedchen, in: BeckOGK HGB, Stand 1.9.2023, § 252 Rn. 99; Joisten, Mehrkomponentengeschäfte, S. 364.

614 Herzig/Joisten, in: FS Krawitz, 2010, S. 83 (90).

615 Vgl. Herzig/Joisten, in: FS Krawitz, 2010, S. 83 (88); Baumeister/Knobloch DB 2016, 186 (190).

616 Vgl. insofern Herzig/Joisten, in: FS Krawitz, 2010, S. 83 (89); Wüstemann/Kierzek Zfbf 2007, 882 (902).

II. Abgrenzung von einfachen Fällen der Teilgewinnrealisation

- 63 Ob eine Umsatzaufgliederung bei Mehrkomponentengeschäften zulässig ist, kann dabei nicht anhand der für Teilgewinnrealisationen bei einfachen Einkomponentengeschäften in der finanzgerichtlichen Rechtsprechung entwickelten Maßstäben ermittelt werden. Vielmehr gelten hier genau umgekehrte Verhältnisse, zu denen der BFH noch nicht abschließend Stellung genommen hat. Insbesondere ist die Frage, ob der Umsatz eines Mehrkomponentengeschäfts aufgliedert werden darf, wie nachfolgend näher erläutert wird, vom Konzept einer Umsatz- und Gewinnrealisation nach Auftragsfortschritt bei sog. langfristigen Auftragsfertigungen zu unterscheiden.

1. Die Diskussion um die Bilanzierung der langfristigen Auftragsfertigung

- 64 In der Rechnungslegung werden mit dem Begriff der langfristigen Auftragsfertigung Werkleistungen, die über (zumeist) mehrere Rechnungslegungsperioden hinweg erbracht werden, bezeichnet, wie sie etwa im Kraftwerksbau, bei der Entwicklung von Software oder Großinfrastrukturprojekten auftreten.⁶¹⁷ Bei Werkverträgen gilt grundsätzlich, dass die Gewinnrealisierung beim Unternehmer erst im Zeitpunkt der Abnahme (§ 640 BGB) stattfinden darf. Die Realisation wird damit an die vollständige Leistungserbringung durch den Unternehmer geknüpft (sog. „completed contract“-Methode). Daneben dürfen bei Teilabnahmen Teilgewinnrealisierungen stattfinden.⁶¹⁸ Auch unter Berücksichtigung von Teilabnahmen, kann bei auf langfristigen Auftragsfertigungen spezialisierten Unternehmen bei dieser strikt-vorsichtigen Bilanzierung das im Geschäftsjahr der Abnahme ausgewiesene Periodenergebnis „zu wesentlichen Teilen auf in Vorjahren erbrachten Leistungen“ beruhen.⁶¹⁹ Den allgemeinen Grundsätzen über den Zeitpunkt der Realisierung bei Umsatzgeschäften folgend, hätten die Unternehmen, so drückt es *Tiedchen* aus, zunächst jahrelang Verluste und in einem späteren Geschäftsjahr dann einen relativ hohen Gewinn auszuweisen, obwohl sie über die Jahre hinweg gleichermaßen profitabel gearbeitet hätten.⁶²⁰ Der Jahresabschluss gibt bei diesen Unternehmen also ein verzerrtes Ergebnis wieder, was unter anderem auf steuerlicher Ebene nachteilig sein kann, da eine Steuerbelastung, die aufgrund der aufgeschobenen Gewinnrealisierung eine erhebliche Unwucht aufweist, aufgrund der geltenden Steuerprogression für den

617 Vgl. zum Begriff etwa Begründung RegE BilMoG, BT-Drucks. 16/10067, S. 38; *Tiedchen*, in: BeckOGK HGB, Stand 1.9.2023, § 252 Rn. 90.

618 Vgl. speziell zu Teilabnahmen bei langfristiger Fertigung: *Backhaus*, in: FS Ludewig, 1996, S. 21 (25).

619 So die im Gesetzgebungsverfahren zum BilMoG vorgebrachten, jedoch schlussendlich nicht berücksichtigten Bedenken, vgl. Begr. RegE BT-Drucks. 16/10067, S. 38.

620 *Tiedchen*, in: BeckOGK HGB, Stand 1.9.2023, § 252 Rn. 90.

Bilanzierenden ungünstig ist (es kommt zu Progressionsschwankungen).⁶²¹ Bis hin zum BilMoG wurde deshalb dafür plädiert, dass bei langfristigen Auftragsfertigungen auch eine Ertragsrealisation unter Anknüpfung an (nur) kalkulatorisch abgrenzbare Teilleistungen („percentage of completion“-Methode) erlaubt sei.⁶²² Gestützt wurde dies einerseits darauf, dass die Praxis vorgeblich verbreitet so bilanzieren würde, angeführt wurden also empirische Überlegungen, andererseits berief man sich auf § 264 Abs. 2 Satz 1 HGB, also den „true and fair view“-Grundsatz.

Überwiegend wurde eine solche Rechnungslegung jedoch im Lichte von Realisations- und Vorsichtsprinzip als unrechtmäßig angesehen.⁶²³ Die Ablehnung lässt sich dabei bis zu den Anfangszeiten der modernen Bilanzforschung zurückverfolgen. So äußerte schon *Schmalenbach* „schwerste Bedenken“ gegen den Ausweis „nichtverwirklichter“ Gewinne bei langfristiger Fertigung.⁶²⁴ Aufseiten der Rechtsprechung zeigte sich der Oberste Finanzgerichtshof der amerikanischen Zone zwar in einer Entscheidung vom 13.11.1950 noch offen gegenüber einer dem Auftragsfortschritt entsprechenden Realisation,⁶²⁵ dem ist der I. Senat des BFH aber bereits 1956 entgegengetreten.⁶²⁶ Mehr positive Resonanz erfuhr allein ein, unter anderem durch *Knobbe-Keuk* entwickeltes Alternativmodell, demzufolge die anteiligen Gewinne der langfristigen Auftragsfertigung handelsbilanziell in eine ausschüttungsgespernte Bilanzierungshilfe eingestellt werden könnten.⁶²⁷

Das Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz (BilMoG) hat sodann einen vorläufigen Schlusspunkt in der Debatte gesetzt, da einer Übernahme der percentage of completion-Methode für die deutsche Handelsbilanz in den Gesetzesmaterialien explizit eine Absage erteilt wurde.⁶²⁸ Auch bei langfristigen Auftragsfertigungen sollen demnach Teilgewinnrealisationen allein bei Teilabnahmen möglich sein. Einer daraus resultierenden Verzerrung der Ertragslage soll nach der Vorstellung des Gesetzge-

621 *Hennrichs*, in: *Tipke/Lang*, Steuerrecht, § 9 Rn. 415.

622 Vgl. etwa *Selchert* DB 1990, 797 (801) unter Verweis auf die von vornherein klare Produktzuordnung und -verwertung bei langfristiger Auftragsfertigung; *Leuschner*, in: *FS Budde*, 1995, S. 377 (389 ff.); *Schmid/Walter* DB 1994, 2353 (2355 f.); *Stewing* BB 1990, 100 (105 f.).

623 Grundlegend: *Döllner* BB 1974, 1541 (1545 f.); *ders.* BB 1982, 777 (778); daran anschließend auch *Moxter*, in: *FS Döllner*, 447 (449); *ders.* ZVglRWiss 103 (2004), 268 (273); *AK Bilanzrecht* BB 2002, 2372 (2374); *Wüstemann/Wüstemann* Zfbf 79 (2009), 31 (39, 49); aus der Kommentarliteratur etwa *Krumm*, in: *Heuermann/Brandis*, EStG, § 5 Rn. 2657; *Tiedchen*, in: *BeckOGK HGB*, Stand 1.9.2023, § 252 Rn. 91; *Budde*, in: *FS Beisse*, 1997, S. 105 (118); *Groh*, in: *FS Beisse*, 1997, S. 207 (212); *Krawitz* DStR 1997, 886 (891 ff.); *Schulze-Osterloh*, in: *Baumbach/Hueck, GmbHG*, 18. Aufl. 2006, § 42 Rn. 104.

624 *Schmalenbach*, *Dynamische Bilanz*, S. 63.

625 Oberster Finanzgerichtshof, Urt. v. 13.11.1950 – IV 62/49 = *StuW* 1950, 101 (103).

626 BFH Urt. v. 18.12.1956 – I 84/56 U = *BFHE* 64, 70 = *BStBl.* III 1957, 27 = *BeckRS* 1956, 21000593; BFH Urt. v. 5.5.1976 – I R 121/74 = *BFHE* 119, 59 = *BStBl.* II 1976, 541 = *BeckRS* 1976, 22003506; BFH Urt. v. 18.12.1956 – I 84/56 U = *BFHE* 64, 70 (71 f.) = *BStBl.* III 1957, 27 f. = *BeckRS* 1956, 21000593.

627 Vgl. insb. *Knobbe-Keuk*, *Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht*, § 6 I 4; *Clemm* DSjG 1980, S. 117 (121 ff.).

628 Begr. RegE BT-Drucks. 16/10067, S. 38; a.A. aber weiterhin *Böcking/Gros/Wirth*, in: *Wiedmann*, *Bilanzrecht*, § 252 HGB Rn. 31; *Coenenberg/Haller/Schultze*, *Jahresabschluss und Jahresabschlussanalyse*, S. 263 f. (im Zweifel Ausnahmefall i.S.v. § 252 Abs. 2 HGB).

bers gemäß § 264 Abs. 2 Satz 2 HGB durch Angaben im Anhang Rechnung getragen werden.⁶²⁹ Auffällig ist, dass die Ablehnung der Bilanzierung entsprechend des Auftragsfortschritts im BilMoG-Regierungsentwurf maßgeblich auf das Argument gestützt wird, dass die Zivilrechtslage den Maßstab für die Bilanzierung bilde. So heißt es, dass für eine vom bisherigen Vorgehen abweichende Handhabung der Gewinnrealisierung angesichts der zivilrechtlichen Preisgefahrregelungen im Werkvertragsrecht und des darauf fußenden Realisationsprinzips „gegenwärtig kein Raum“ sei.⁶³⁰ Diese zivilrechtsakzessorisch fundierte Argumentation steht in scharfem Kontrast zur „wirtschaftlich“ begründeten Auffassung des BFH, der die vorzeitige Gewinnrealisierung abgelehnt hat, da damit hohe Risiken und unvermeidbare Schätzungsungenauigkeiten verbunden seien.⁶³¹

- 67 Diese „wirtschaftliche“ Sichtweise findet sich auch in der Literatur. So begründet *Tiedchen* ihre Ablehnung der percentage of completion-Methode damit, dass es bei der langfristigen Auftragsfertigung häufig um einmalige Projekte gehe, bei denen nicht absehbar sei, in welcher Höhe dem bilanzierenden Unternehmen bei der Abwicklung Kosten entstehen werden.⁶³² *Moxter* argumentiert vergleichbar damit, dass zweifelhaft sein könne, ob das betreffende Geschäft überhaupt einen Gewinn bringt, insbesondere, da es meist um sehr individuelle Leistungen gehe. Bei einer sukzessiven Ertragsrealisierung drohe die Gefahr, dass zunächst Scheingewinne ausgewiesen und ausgeschüttet werden, in späteren Jahren dagegen Verluste entstehen, weil die dann noch verfügbaren Ertragsanteile die Aufwendungen nicht mehr decken.⁶³³

2. Wesentlicher Unterschied

- 68 Angesichts des insofern eindeutigen BilMoG, käme eine „Erfassung von Erlösen aus periodenübergreifenden Aufträgen nach dem Leistungsfortschritt“⁶³⁴ auch im Hinblick auf Mehrkomponentengeschäfte wohl nicht in Betracht, unabhängig davon, ob man im Hintergrund „zivilrechtsakzessorische“ oder „wirtschaftliche“ Rechtfertigungen sieht. Bei näherer Betrachtung steht das aber auch gar nicht in Rede.

629 Begr. RegE BilMoG, BT-Drucks. 16/10067, S. 38; vgl. zur Abkoppelungsthese als Rechtfertigung für eine ablehnende Haltung gegenüber Teilgewinnrealisierungen bei langfristiger Auftragsfertigung auch *Schulze-Osterloh*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 42 Rn. 104; *Tiedchen*, in: BeckOGK HGB, Stand 1.9.2023, § 252 Rn. 91; *Krawitz* DStR 1997, 886 (889); *Baetge/Ziesemer/Schmidt*, in: Baetge/Kirsch/Thiele, BilKomm, § 252 HGB Rn. 206; *Kleindiek*, in: Staub, HGB, § 252 Rn. 36.

630 Begr. RegE BilMoG, BT-Drucks. 16/10067, S. 38.

631 Vgl. BFH Urt. v. 18.12.1956 – I 84/56 U = BFHE 64, 70 (71 f.) = BStBl. III 1957, 27 f. = BeckRS 1956, 21000593.

632 *Tiedchen*, in: BeckOGK HGB, Stand 1.9.2023, § 252 Rn. 91; vgl. auch bereits *Krawitz* DStR 1997, 886 (891 f.).

633 *Moxter* ZVglRWiss 103 (2004), 268 (273).

634 So aber insbesondere noch der 2002 durch das DRSC veröffentlichte Entwurf 17 eines Deutschen Rechnungslegungsstandards zu Erlösen (E-DRS 17), vgl. zur Kritik etwa *Joisten*, Mehrkomponentengeschäfte, S. 197 f.; *Lüdenbach/Hoffmann* DStR 2006, 153 f.

Denn bei Mehrkomponentengeschäften geht es, anders als bei langfristigen Auftragsfertigungen, nicht um Dauerleistungen, sondern um miteinander verknüpfte Komponenten. Bei Mehrkomponentengeschäften ist deshalb eine andere Fragestellung zentral, und zwar, wann eine Einzelrealisation ausgeschlossen ist. Für die Umsatzaufgliederung muss das Mehrkomponentengeschäft zwar, genau wie die Auftragsfertigung in einzelne Bestandteile zerlegt werden. Aus privatrechtlicher Perspektive sind die Verhältnisse hier jedoch umgekehrt: Muss für eine Teilgewinnrealisierung nach der percentage of completion-Methode gelten, dass sie im Lichte der Wertungen des dispositiven Zivilrechts grundsätzlich ausgeschlossen ist, so ist die Umsatzaufgliederung beim Mehrkomponentengeschäft bei zivilrechtsakzessorischer Betrachtung regelmäßig unproblematisch. Denn beim Mehrkomponentengeschäft ist im Hinblick auf jede der Einzelleistungskomponenten separat zu ermitteln, inwiefern ein darauf entfallender Gewinnanteil dem Bilanzierenden bereits sicher ist. Dementsprechend ist im Regelfall davon auszugehen, dass, sofern die Einzelkomponente geleistet wurde, die Forderung auf den ihr entsprechenden Teil der Gegenleistung anzusetzen ist. Die Ertragsrealisation ist nur dann hinauszuzögern, sofern der Erhalt der Gegenleistung im Hinblick auf die erbrachte Leistungskomponente ausnahmsweise aus zivilrechtsakzessorischer Sicht einmal nicht „quasi-sicher“ ist. Die Hinauszögerung ließe sich also allenfalls bei einer wirtschaftlichen Betrachtung zum Regelfall erklären, was allerdings offenkundig fern liegt.

III. Maßgebliche Faktoren der Umsatzaufgliederung

Dem aufgezeigten zentralen Unterschied zum Trotz, lassen sich aus der Diskussion der Ertragsrealisation bei langfristiger Auftragsfertigung die drei für die Zulässigkeit der Umsatzaufgliederung bei Mehrkomponentengeschäften maßgeblichen Faktoren ableiten: (1) die Privatrechtslage und ihr Stellenwert für die Bilanzierung, (2) die Gefahr eines fehlerhaften Gewinnausweises und einer daraus resultierenden Gläubigerbenachteiligung, welche eine vorsichtige Rechnungslegung gebieten, sowie (3) das Gebot, im Jahresabschluss einen „true and fair view“ zu vermitteln, also einen unverzerrten Einblick in die wirtschaftliche Lage des Unternehmens zu gewähren. Alle drei Faktoren werden in den nächsten Untersuchungsteilen aufzugreifen sein. 69

E. Zwischenergebnis

I. Umgang mit „Temporärverlusten“

Die erste, im vergangenen Untersuchungsteil herausgearbeitete Erkenntnis ist, dass sich die Erträge aus Mehrkomponentengeschäften auf Anbieterseite der Bilanztheo- 70

rie nach auf drei Wegen abbilden lassen. Bei der hinausgezögerten Gewinnrealisation wird der Gewinnausweis im Angesicht „vorzeitiger“ Vereinnahmungen der Gegenleistung hinausgezögert. Dementsprechend muss die erhaltene Gegenleistung zunächst bilanziell als „erhaltene Anzahlung“ bzw. mittels eines passiven Rechnungsabgrenzungsposten neutralisiert werden. Dasselbe gilt, wenn bei Wahl einer Umsatzaufgliederung zum Abschlussstichtag nur eine Teilgewinnrealisation geboten ist, aber bereits Teile der Gegenleistung vereinnahmt wurden, die noch ausstehenden Leistungen zuzuordnen sind. Insofern die vorgezogenen Einnahmen sich auf ein für sich genommen verlustträchtiges (Teil-)Geschäft beziehen, ist bei einer „Hinauszögerung“ der Gewinnrealisation handelsbilanziell eine Drohverlustrückstellung zu bilden. Genauso ist bei einer „Umsatzaufgliederung“ bereits zu Beginn des Schwebezustands zu verfahren. Steuerbilanziell greift insofern jeweils das Ansatzverbot aus § 5 Abs. 4a EStG, sodass die Verluste jeweils erst mit ihrer Realisierung zu berücksichtigen sind. Nach hier vertretener Auffassung verbietet es das HGB, gewinnträchtige Zweitkomponenten in den Saldierungsbereich von Drohverlustrückstellungen einzubeziehen, die im Hinblick auf eine für sich genommen verlustträchtige Erstkomponente anzusetzen sind. Anders als es eine Reihe von BFH-Entscheidungen nahelegt, ist im Rahmen der Saldierung vielmehr eine rein zivilrechtsakzessorische Betrachtungsweise geboten. In der Folge kann bei einer „Hinauszögerung der Gewinnrealisation“ ein zu Beginn der Abwicklung eines Mehrkomponentengeschäfts auftretender Temporärverlust nicht mit den zu erwartenden Gewinnen verrechnet werden. Im Ergebnis ist der Gewinnausweis bei der „hinausgezögerten Umsatzrealisation“ daher nicht weniger restriktiv als bei der „Umsatzaufgliederung“. Sofern die Gegenauffassung vertreten würde, könnte es, sofern die verlustträchtige Komponente am Bilanzstichtag noch zu leisten ist, aufgrund der gebotenen Übertragung der vom BFH zu Dauerschuldverhältnissen entwickelten Restwertmethode, zu dem kuriosen Ergebnis kommen, dass im Hinblick auf ein grundsätzlich gewinnträchtiges Geschäft nach Erbringung einer Leistungskomponente ein Verlust auszuweisen ist.

II. Umgang mit Vorleistungen des Sachleistungsschuldners

- 71 Nicht überzeugt hat weiterhin die Rechtsprechung des BFH zum Realisationsprinzip bei „vorzeitigen“ Ausgaben des Sachleistungsschuldners in Form von (Teil-)Komponentenleistungen. Auch hierzu kommt es insbesondere bei Mehrkomponentengeschäften, bei denen der Anbieter mit einem Temporärverlust kalkuliert. Richtigerweise stellen (verlustträchtige) Sachleistungen, die mit künftigen Einnahmen lediglich „wirtschaftlich“ verbunden sind, nach dem HGB keinen Anwendungsfall der Rechnungsabgrenzung dar. Vielmehr kommt nur eine Teilgewinnrealisierung unter Berücksichtigung des Aufwandsfortschritts im Hinblick auf das Gesamtgeschäft („Umsatzaufgliederung“) oder ein Sofortaufwand in Betracht, wobei hier letzteres für richtig gehalten wird.

III. Kostenabgrenzung

Leistungspflichten, die noch ausstehen, obschon der Gewinn aus dem Mehrkomponentengeschäft bereits realisiert wurde (Konzeption der Kostenabgrenzung), sind der BFH-Rechtsprechung zufolge bilanziell als Erfüllungsrückstand anzusehen und mittels einer Verbindlichkeitsrückstellung zu berücksichtigen. Demgegenüber muss ein im Hinblick auf die noch ausstehende (Neben-)Leistung drohender Verlust mittels einer Drohverlustrückstellung erfasst werden. Nach hier vertretener Auffassung ist dieses Konzept zur Abbildung von Mehrkomponentengeschäften nicht mit dem HGB vereinbar. Die frühe Vollgewinnrealisierung bei der Kostenabgrenzung auf der Grundlage einer Wesentlichkeitsbetrachtung der geschuldeten Leistungskomponenten, findet im HGB keinen Anknüpfungspunkt. Sie kann insbesondere nicht damit gerechtfertigt werden, dass Bilanzierungsvereinfachungen grundsätzlich zulässig sind. Hinzukommt, dass es an Kriterien fehlt, nach denen sich bestimmen ließe, wann eine ausstehende Leistungspflicht „unwesentlich“ ist. 72

IV. Umsatzaufgliederung

Der – jedenfalls aus theoretischer Sicht – überzeugende Umgang mit der Ertragsrealisation bei Mehrkomponentengeschäften wäre eine Umsatzaufgliederung. Die Bilanzrechtsdogmatik hat bislang allerdings noch keine überzeugenden Kriterien herausgearbeitet, wie Fälle, in denen aufgegliedert wird, von solchen, bei denen die Ertragsrealisation hinausgezögert werden muss, abzugrenzen sind. Es gilt aber, dass die Umsatzaufgliederung bei Mehrkomponentengeschäften aus privatrechtlicher Sicht den Regelfall darstellen muss. Unklar ist nur, unter welchen Voraussetzungen von diesem Regelfall abgewichen werden muss. 73

F. Schlussfolgerungen zur Lösung von Hard Cases

Vor dem Hintergrund der für Mehrkomponentengeschäfte diskutierten Abbildungslösungen und den insofern geltenden rechtlichen Schranken, lassen sich von rechtswissenschaftlicher Seite drei Dogmatisierungsperspektiven formulieren. Ziel ist es jeweils, die künftige Lösung bilanzieller Hard Cases anzuleiten. 74

I. Überwindung der Fokussierung auf Teilerkenntnisse

Die Auseinandersetzung mit den Mehrkomponentengeschäften hat zunächst gezeigt, dass eine Bilanzrechtsdogmatik, die sich einseitig auf die Rezeption der BFH-Rechtsprechung (bzw. ständiger Gerichtsgebräuche) konzentriert, teillösungsfixiert bleibt. 75

ben muss. Denn die finanzgerichtliche Rechtsprechung äußert sich (selbstverständlich) immer nur zu dem aus ihrer Sicht entscheidungsrelevanten Sachverhalt. Augenscheinlich wurde dieses Problem insbesondere bei der Kostenabgrenzung. Im Hinblick auf sie wurde bislang vor allem an finanzgerichtliche Rechtsprechung angeknüpft, die sich auf den Ausweis des Erfüllungsrückstands bezieht, wohingegen eigentlich die Frage nach einer Einschränkung des Realisationsprinzips im Wege einer Wesentlichkeitsbetrachtung im Mittelpunkt stehen sollte. Hieraus leitet sich die Frage ab, wie die Dogmatik auch abseits der Rechtsprechung entwickelte Abbildungskonzeptionen für schwierige bilanzielle Abbildungsfragen in Bezug nehmen kann und was dabei zu berücksichtigen ist. Zu denken ist dabei namentlich an solche, die durch private Rechnungslegungsorganisationen entwickelt wurden.

II. Realisation und Vorsichtsprinzip

- 76 Die bisherige Untersuchung hat weiterhin gezeigt, dass Lösungsvorschläge für die Hard Cases der Bilanzierung bislang teilweise gar nicht abschließend nach dem Schema Recht/Unrecht bewertet werden können. Der Grund dafür ist darin zu sehen, dass es im bilanzrechtsdogmatischen Diskurs ganz grundlegend an einer Möglichkeit fehlt, Realisationsprinzip und Vorsichtsprinzip argumentativ zu gewichten. Das Verhältnis der beiden Prinzipien ist nur im Ausgangspunkt durch den Gesetzeswortlaut, welcher die Realisation der Vorsicht unterordnet, klar geregelt, wobei noch die der Bilanzierung durch das Gesellschaftsrecht gemachte Vorgabe der Orientierung am Gläubigerschutz hinzutritt. Die Auseinandersetzung mit den Mehrkomponentengeschäften hat aufgezeigt, dass die vorhandenen Weichenstellungen nicht präzise genug sind, sofern es um die Aufgabe geht, einen schwierigen bilanziellen Fall zu lösen. Zu verweisen ist indiziell auf den Umgang mit Vorleistungen des Sachleistungsschuldners (§ 10 B. II.), die Modifikation der Realisation durch eine Wesentlichkeitsbetrachtung bei der Kostenabgrenzung (§ 10 C. III.) sowie die ungelöste Frage, unter welchen Umständen keine Umsatzaufgliederung erfolgen darf (§ 10 D.). Wenn man sich vor Augen führt, dass die Bilanzierenden ein starkes Interesse daran haben, den Realisationszeitpunkt nach eigenem Gutdünken vor- oder zurückzuverlegen, ist der erreichte dogmatische Stand unbefriedigend. Es verbleibt unter dem Deckmantel einer wirtschaftlichen Betrachtung zu viel Raum für eine schlussendlich willkürliche, rein einzelfallbezogene Argumentation. Ein möglicher Ausweg daraus könnte eine stärker zivilrechtsakzessorisch argumentierende Bilanzrechtsdogmatik sein. Alternativ kann versucht werden, das Verhältnis der beiden Prinzipien „bilanzrechtsintern“ näher zu bestimmen.

§ 11 Ausblick: Ein Dogmatisierungsprozess

Auf Grundlage der unter § 10 F. formulierten Forschungsperspektiven lassen sich 1
drei Wege ausmachen, die beschritten werden können, um die Erfassung von
Hard Cases im Bereich der Ertragsrealisation allgemein und die Abbildung von
Mehrkomponentengeschäften im Speziellen künftig präziser rechtswissenschaftlich
beurteilen (und kritisieren) zu können. Der erste besteht in der Herausbildung
von (weiteren) Grundsätzen einer zivilrechtsakzessorischen Ertragsrealisation, der
zweite in einer Anleitung zur dogmatischen Fundierung der „wirtschaftlichen“ Be-
trachtungsweise unter Effektivierung von Vorsichts- und Realisationsprinzip und
der dritte – ergänzende – in einer Orientierung an der privaten Ordnung der
Rechnungslegung. Dieser Ansatz wird in den Folgeteilen 5 bis 7 der Arbeit, als ihrem
Herzstück, näher untersucht.

Teil 5 – Die zivilrechtsakzessorische Ertragsrealisation

§ 12 Einleitung

Teil 5 der Arbeit dient dazu, den rechtswissenschaftlich richtigen Realisationszeit- 1
punkt eines Mehrkomponentengeschäfts zivilrechtsakzessorisch bestimmen zu können. Dazu müssen Mehrkomponentengeschäfte zwischen Verbrauchern auf der Abnehmer- und Unternehmern auf der Anbieterseite rechtsdogmatisch bewältigt werden. Es geht also um eine systemkonforme Fortbildung der Dogmatik und insbesondere nicht um einen rechtspolitischen Vorschlag. Ziel von Teil 5 aus bilanzrechtsdogmatischer Sicht ist es, Rechtssicherheit zu vermitteln. Dem liegt die These zugrunde, dass eine zivilrechtsakzessorische Rechnungslegung im Vergleich zu einer Bilanzrechtsdogmatik, die sich in der Wiedergabe einer immer längeren Kette von Einzelfallentscheidungen des BFH erschöpft, eine rechtssichere Möglichkeit der Ertragsrealisation darstellt. Denn mit ihrer Hilfe können Aussagen getroffen werden, die über die konkrete Fallgestaltung hinausweisen. Sofern sich das hier aufgezeigte Konzept fest etabliert, können bei Mehrkomponentengeschäften etwaig auftretende Störungen genauso selbstverständlich in die Bilanzierung einfließen, wie allgemeine Leistungsstörungen im bilateralen Vertrag. Auf die Frage, inwiefern die in Teil 5 gefundenen Ergebnisse darüber hinaus für die Bilanzierungspraxis sogar handlungsleitend wirken *müssen*, wird in § 18 gesondert eingegangen. Ganz unabhängig davon, ist Teil 5 auch so angelegt, dass er sich als eigenständiger Beitrag zu einer privatrechtlichen Mehrkomponentendogmatik lesen lässt. Dadurch trägt er zum in § 1 B. formulierten Nebenuntersuchungsziel des kreisförmigen Erkenntnisgewinns bei.

A. Die Vertragsverknüpfung als dogmatische Kategorie

Gedanklicher Ausgangspunkt von Teil 5 ist, dass sich ein mehrkomponentendog- 2
matisches Denken in Leistungskomponentenbezügen längst etabliert hat und es allein noch an einer allgemein anerkannten privatrechtsdogmatischen Kategorie fehlt, welche Legislative und Judikative als Leitstern dienen könnte. Wenn es um die Herausbildung dieser Kategorie geht, ist der auf Trennung von einzelnen Leistungskomponenten angelegten Regelungsstruktur des BGB sodann eine grundsätzliche Weichenstellung zu entnehmen: Das BGB überlässt es den Parteien, frei zu bestimmen, wo sie bei mehreren Leistungskomponenten die Vertragsgrenzen ziehen (näher § 14 B.). Eine Mehrkomponenten*privatrechts*dogmatik muss deshalb, anders als dies bei einer Mehrkomponenten*bilanzrechts*dogmatik zwingend der Fall ist, auf eine Brückenbildung zwischen rechtlich getrennten Verträgen abzielen. Mit den

§§ 358 ff. BGB existieren sogar bereits (auf die Rechtsprechung zum finanzierten Abzahlungsgeschäft aufbauende) Rechtsnormen, die an eine wirtschaftliche Einheit verschiedener Schuldverträge anknüpfen. Sie sind aber so eng gefasst, dass sie allein kaum eine vollwertige dogmatische Orientierung ermöglichen. Aussichtsreicher ist es, eine bis in die Gegenwart reichende Rechtsprechungslinie, deren zentraler Auslegungsgegenstand das miteinander „Stehen und Fallen“-Sollen zweier getrennter Verträge ist, zu analysieren. Auch in dieser Rechtsprechungslinie unterlässt es der BGH jedoch, die von ihm vertretene Auffassung selbst zu einer dogmatischen Kategorienbildung zuzuspitzen. Aus diesem Grund schließt sich die Arbeit einem älteren Rechtsfortbildungsvorschlag aus der Feder von *Gernhuber* an, der in Vergessenheit geraten zu sein scheint.

B. Parteivereinbarungen widersprechende Vertragsverknüpfungen

- 3 Im Hinblick auf das finanzierte Abzahlungsgeschäft haben der BGH, die einschlägige Literatur und (später) der Gesetzgeber schon früh eindeutig und übereinstimmend die Wertung getroffen, dass eine beobachtete Vertragsverknüpfung von Kauf und Darlehen nicht durch eine abweichende vertragliche Gestaltung wieder aufgelöst werden kann. Es war und ist mit anderen Worten weithin anerkannt, dass die Verknüpfung von Kauf- und Darlehensvertrag besondere vertragliche Ungleichgewichtslagen hervorbringen kann und deshalb Möglichkeiten existieren sollten, um heteronom in die Parteivereinbarungen einzugreifen. Die Arbeit unternimmt es, diese Wertung auch allgemein im Hinblick auf Mehrkomponentengeschäfte nachzuvollziehen. Der Kern der zu beantwortenden Wertungsfrage ist, ob die Gerichte gewährleisten können, dass der eigentliche Verursacher die negativen Folgen von Leistungsstörungen bei Mehrkomponentengeschäften tragen muss. Diese negativen Folgen können sich zum einen daraus ergeben, dass einzelne Leistungskomponenten eine andere Rechtswirksamkeit haben als andere. Weiterhin kann sich die mangelhafte Leistungserbringung bei Einzelkomponenten auf das Interesse der Kunden an anderen Komponenten auswirken.

C. Abgrenzung von einer Dogmatik der Vertragsnetze

- 4 Im hier untersuchten, durch die Bedürfnisse der Rechnungslegung vorgegebenen Zusammenhang, geht es maßgeblich um das privatrechtliche Verhältnis des Kunden eines Mehrkomponentengeschäfts zu dem oder den Anbietern. Privatrechtsdogmatisch ebenfalls untersucht werden könnten darüber hinaus die rechtlichen Verhältnisse der Mehrkomponentenanbieter untereinander. Sie werden hier aber bewusst

ausgeblendet. Denn die geschäftserfahrenen Mehrkomponentenanbieter werden in der Praxis regelmäßig hinreichende vertragliche Vorkehrungen zur Innenabwicklung getroffen haben und scheinen ansonsten nicht schutzbedürftig. Aus diesem Grund geht es in der Untersuchung nicht erneut um die in der Literatur bereits umfassend behandelten Netzwerkproblematiken, die entstehen, wenn einzelne Mitglieder eines Vertragsnetzes untereinander keine vertraglichen Beziehungen pflegen.⁶³⁵

D. Aufbau von Teil 5

Teil 5 rekapituliert zunächst die bilanzrechtliche Theorie der zivilrechtsakzessorischen Gewinnrealisation und bewertet ihr dogmatisches Potenzial (§ 13). Daran anknüpfend werden die bereits existierenden Ansätze für eine zivilrechtsakzessorische Gewinnrealisation bei Mehrkomponentengeschäften aufgezeigt und sie anschließend von einer privatrechtsdogmatischen Warte aus kritisiert (§ 14). Beides legt die Grundlage für die sich anschließende privatrechtsdogmatische Kategorienbildung (§ 15 und § 16). Dabei wird in einem ersten Schritt aufgezeigt, dass sowohl der europäische als auch der deutsche Gesetzgeber Versuche unternommen haben, wirtschaftlichen Vertragsverknüpfungen Rechnung zu tragen, dabei jedoch bis heute über punktuelle Lösungen nicht hinausgekommen sind und im Rahmen der jüngsten Verbraucherrechtsreformen sogar ein aus rechtstheoretischer Sicht rückschrittlicher Ansatz gewählt wurde (§ 15 A.). Im Lichte dessen wird vertreten, dass der Vertragsverknüpfung mit einer eigenen rechtsdogmatischen Kategorie Rechnung getragen werden muss.

In § 15 B. wird demonstriert, dass der BGH auch abseits der Fallgruppe des finanzierten Abzahlungsgeschäfts den Weg zu einer neuen Rechtsfigur bereits lange beschritten hat, ohne aber seine Ergebnisse auf diese Weise zu deuten und zu benennen. Hier wird die These vertreten, dass die Mehrkomponentengeschäfte den von *Gernhuber* beim finanzierten Abzahlungsgeschäft beobachteten rechtsgeschäftlichen Verbund zum Ausdruck bringen (§ 15 C.). Die Rechnungslegung führt der Rechtswissenschaft vor Augen, dass es längst an der Zeit ist, diese Kategorie privatrechtsdogmatisch (wieder) aufzugreifen und zu verallgemeinern, da die Konturierung der wirtschaftlichen Vertragsverknüpfung seit *Gernhubers* ersten Überlegungen auf breiter Front vorangeschritten ist (§ 15 D.). In § 16 wird daran anschließend begründet, weshalb es bei Mehrkomponentengeschäften zwischen einem oder mehreren Unternehmeranbietern und einem Verbraucher (Verbraucher Mehrkomponenten-

635 Vgl. dazu insbesondere *Teubner*, Netzwerk als Vertragsverbund, 2004, *passim*; *ders.*, in: Amstutz, Die vernetzte Wirtschaft, S. II; *ders.* KritV 76 (1993), 367; *Rohe*, Netzverträge, *passim*; *Grundmann* AcP 207 (2007), 718; *ders.*, in: FS Westermann, 2008, S. 227 ff.; *Druey*, in Amstutz, Die vernetzte Wirtschaft, S. 123; *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, § 31 I 3, S. 710.

schäften) ausgeschlossen sein sollte, anzunehmen, dass die wirtschaftliche Vertragsverknüpfung durch eine anderweitige vertragliche Gestaltung überlagert wird. Die insofern erlangten Erkenntnisse (§ 17) werden schließlich wieder in die Sphäre der Rechnungslegung übertragen. Dabei werden die verbleibenden bilanzrechtsdogmatischen Akzeptanzschwierigkeiten im Hinblick auf die erarbeitete Lösung aufgezeigt (§ 18).

§ 13 Theorie der zivilrechtsakzessorischen Gewinnrealisation

A. Theorie der Realisation

Wenn es darum geht, zu welchem Zeitpunkt der Anbieter bei der Abwicklung eines 1
Geschäfts von einer Gewinnrealisation im Sinne des § 252 Abs. 1 Nr. 4 Hs. 1 HGB
auszugehen hat, muss denknotwendig eine Verbindung zwischen Bilanzierung und
Privatrechtsdogmatik hergestellt werden. Die Maßgeblichkeit der zivilrechtlichen
Vorgaben für den Gefahrübergang ist insoweit auch in der Bilanzrechtswissenschaft
weitgehend unstrittig. Theoretisch kommen bei Umsatzgeschäften zumindest drei
Zeitpunkte für die Realisation in Betracht: (1) wenn der Vertrag geschlossen wird,
(2) wenn der Leistungsschuldner seine Pflicht erfüllt und (3) wenn der Anspruch auf
die Gegenleistung erfüllt wird.⁶³⁶ Im Hinblick auf jeden der genannten Zeitpunkte
lassen sich valide Gesichtspunkte anführen, weshalb er maßgeblich sein sollte: Für
eine Realisation mit dem Vertragsschluss spricht etwa, dass dann die vertraglichen
Forderungen und Verbindlichkeiten aus rechtlicher Perspektive bereits entstanden
sind. Allerdings impliziert der Vertragsschluss noch nicht den Eigentumserwerb an
der Gegenleistung, da nach dem Trennungsprinzip bekanntlich streng zwischen der
schuldrechtlichen Causa und dem Erfüllungsgeschäft getrennt wird.⁶³⁷ Sofern man
auf die (vollständige) Bezahlung des Entgelts abstellen würde, würde demgegenüber
dem Vorsichtsprinzip am ehesten Rechnung getragen, da Ertrag und Gewinn dem
Kaufmann erst dann ganz sicher sind, wenn ihm die Gegenleistung tatsächlich
zugeflossen ist, also in liquider Form zur Verfügung steht.⁶³⁸ Zudem steht, wenn
von einem früheren Realisationszeitpunkt ausgegangen wird, zu befürchten, dass
der Bilanzierende infolge der Realisation steuerlichen Pflichten ausgesetzt ist, die
er (mangels eines tatsächlichen Zuflusses der Gegenleistung) noch nicht erfüllen
kann, sofern er dafür nicht (ersichtlich zweckwidrig) ein Darlehen aufnimmt. Hier-
an anknüpfend wurde früher ein „reines“ Realisations- oder Barrealisationsprinzip
befürwortet.⁶³⁹

636 Vgl. nur BFH Urt. v. 29.11.1973 – IV R 181/71 = BFHE 111, 89 = BStBl. II 1974, 202 = BeckRS 1973, 22002395; aus der Literatur *Hennrichs*, in: *Tipke/Lang, Steuerrecht*, § 9 Rn. 411.

637 Vgl. *Crezelius*, in: *FS Döllerer*, S. 81 (86).

638 Vgl. *Hennrichs*, in: *Tipke/Lang, Steuerrecht*, § 9 Rn. 412.

639 Vgl. insofern nur *Schneider*, in: *FS Leffson*, 1976, S. 101 ff.

B. Das Quasisicherheitsprinzip

- 2 Obschon dafür also theoretisch verschiedene Zeitpunkte in Betracht kommen, hat der HGB-Gesetzgeber darauf verzichtet, im Gesetz eine eindeutige Regelung darüber zu treffen, wann die Realisation erfolgen darf. Insbesondere bietet der Gesetzeswortlaut des § 252 Abs. 1 Nr. 4 Hs. 1 HGB dem Rechtsanwender keine Hilfe. Vielmehr hat er, wie *Crezelius* es einmal formuliert hat, einen allenfalls programmatischen Charakter.⁶⁴⁰ Für die Rechnungslegungspraxis ist dies aber, zumindest im Ausgangspunkt unproblematisch, da sie – unter Anwendung der dargestellten „außerpositivistischen“ Methode – einem im Gerichtsgebrauch des BFH etablierten Vorgehen folgt. Danach steht heute wie selbstverständlich fest, dass Gewinne – so *Georg Döllerer* schon 1974⁶⁴¹ – „erst ausgewiesen werden dürfen, wenn sie verwirklicht sind“ und dies voraussetze, dass „der Anspruch des Verkäufers, Werkunternehmers oder sonst zur Sachleistung, Dienstleistung oder Gebrauchsüberlassung Verpflichteten auf die Gegenleistung im wesentlichen als gesichert erscheint.“ *Döllerer* spricht insofern von „einem alten“, ja sogar „uralten“ Grundsatz ordnungsmäßiger Bilanzierung. In der zeitgenössischen bilanzrechtlichen Rechtsprechung und Literatur wird dieser regelmäßig mit dem Lehrsatz zusammengefasst, dass es in der Bilanz des Sachleistungsschuldners (erst) dann zur Gewinnrealisierung kommen darf, wenn der Zufluss der Gegenleistung (also zumeist des Entgelts) „so gut wie sicher“ ist.⁶⁴² Mit anderen Worten soll also auf den Zeitpunkt abzustellen sein, zu dem das Risiko eines Ausfalls der Gegenleistung bewältigt erscheint. Dementsprechend wird auch vom „Quasisicherheitsprinzip“ gesprochen.
- 3 Den Entscheidungen des BFH und Stellungnahmen der bilanzrechtlichen Literatur⁶⁴³ ist teilweise ausdrücklich zu entnehmen, dass es insofern maßgeblich auf

640 *Crezelius*, in: FS *Döllerer*, 1988, S. 81 (86). *Pilhofer*, Umsatz- und Gewinnrealisierung, S. 60 spricht – ebenso passend – von einer rudimentären Regelung.

641 Vgl. *Döllerer* BB 1974, 1541 (1543).

642 Vgl. zum Ganzen etwa BFH Urt. v. 14.5.2014 – VIII R 25/11 = BFHE 246, 155 = BStBl. 2014, II 968 = DStR 2014, 2010 Rn. 10; BFH Urt. v. 20.3.2013 – X R 15/11 = BFH/NV 2013, 1548 = BeckRS 2013, 95757 Rn. 29; BFH Urt. v. 3.8.2005 – I R 94/03 = BFHE 210, 398 = BStBl II 2006, 20 = BeckRS 2005, 24002311; BFH Urt. v. 28.1.1960 – IV 226/58 S = BFHE 71, III = BStBl III 1960, 291 = NJW 1960, 1638 (1639); BFH Beschl. v. 11.12.1985 – I B 49/85 = BFH/NV 1986, 95 = BeckRS 1985, 4940; BFH Urt. v. 26.2.1986 – VIII R 134/80 = BFHE 147, 8 = BStBl. II 1986, 788 (789) = NJW-RR 1987, 533; s. in der Literatur etwa *Schulze-Osterloh*, in: *Baumbach/Hueck, GmbHG*, 18. Aufl. 2006, § 42 Rn. 16; *Hennrichs*, in: *Tipke/Lang, Steuerrecht*, § 9 Rn. 79; *Moxter*, Bilanzrechtsprechung, § 5 I 1, S. 45 f.; *Wüstemann/Kierzek* Zfbf 2007, 882 (888).

643 BFH DStR 2014, 2010 Rn. 10; BFH Urt. v. 20.3.2013 – X R 15/11 = BFH/NV 2013, 1548 = BeckRS 2013, 95757 Rn. 29; BFH Urt. v. 3.8.2005 – I R 94/03 = BeckRS 2005, 24002311 = BFHE 210, 398 = BStBl II 2006, 20; BFH Urt. v. 12.5.1993 – XI R 1/93 = BFHE 171, 448 = BStBl II 1993, 786 = DStR 1993, 1554; BFH Urt. v. 28.1.1960 – IV 226/58 S = BFHE 71, III = BStBl III 1960, 291 = NJW 1960, 1638 (1639); BFH Beschl. v. 11.12.1985 – I B 49/85 = BFH/NV 1986, 95 = BeckRS 1985, 4940; BFH Urt. v. 26.2.1986 – VIII R 134/80 = BFHE 147, 8 = BStBl. II 1986, 788 (789) = NJW-RR 1987, 533; vgl. aus der Literatur bereits *Döllerer* BB 1974, 1541 (1543): „Dieser Zeitpunkt [d.h. derjenige, zu dem ein Gewinn „verwirklicht“ ist,] kann nur mit Hilfe des Schuldrechts bestimmt werden.“ Sowie heute nur *Hennrichs*, in: *Tipke/Lang, Steuerrecht*, § 9 Rn. 412, 414; *Crezelius*, in: FS *Döllerer*, S. 81 (85); *Wüstemann/Kierzek* Zfbf 2007, 882 (890).

die im Hinblick auf das konkrete Geschäft getroffenen Wertungen des Privat- bzw. (präziser) des Schuldrechts ankommen, der Realisationszeitpunkt also „zivilrechtsakzessorisch“ zu bestimmen sein soll. Dahinter steht der Gedanke, dass die „Quasisicherheit“ des Zuflusses der Gegenleistung mit dem Zeitpunkt gleichzusetzen ist, zu welchem der Schuldner einen „so gut wie sicheren“ schuldrechtlichen Anspruch auf sie hat (man könnte also auch von einem Prinzip des quasisicheren Anspruchs sprechen). Dieses Vorgehen kann nicht im eigentlichen Sinne als eine bilanzrechtliche Methode eingeordnet werden. Erst Recht handelt es sich nicht um eine bilanzrechtsspezifische Sondermethode, welche neben die anerkannten allgemeinen Auslegungsgrundsätze treten würde.⁶⁴⁴ Wenn nachfolgend dennoch von der Methode einer zivilrechtsakzessorischen Bilanzierung bzw. Ertragsrealisation die Rede ist, so ist dies also untechnisch zu verstehen. Der Begriff der Methode bezeichnet hier zunächst nur ein Vorgehen, welches zudem noch gesondert gerechtfertigt werden muss (dazu D.).

I. Strenge Privatrechtsakzessorietät beim Kauf

Im Hinblick auf Absatzgeschäfte des Bilanzierenden, die schuldrechtlich als einfache Kaufverträge bzw. (allgemeiner) Austauschverträge einzuordnen sind, vertreten sowohl Rechtsprechung als auch Literatur ganz überwiegend eine zivilrechtsakzessorische Bilanzierung. In der finanzgerichtlichen Rechtsprechung sowie im Schrifttum wird der Realisationszeitpunkt beim Absatzgeschäft oftmals schlicht mit dem Zeitpunkt gleichgesetzt, zu dem der Bilanzierende die seinerseits geschuldete Leistung erbracht hat.⁶⁴⁵ Weitergehend wird – worauf noch zurückzukommen ist – explizit darauf abgestellt, ob die „Hauptleistung“ erbracht wurde.⁶⁴⁶ Hier kommt es aber auf

644 Vgl. zur (Nicht-)Existenz (steuer-)bilanzrechtlicher Sondermethoden: *Merkt*, in: Hopt, HGB, Einleitung vor § 238 Rn. 44; *Meyer*, JbJZ 2011, 69 (70, 75, 77); *AK Bilanzrecht* NZG 2014, 892 (894); *Beisse* StW 1981, 1 (12).

645 BFH Urt. v. 31.8.2011 – X R 19/10 = DStR 2012, 17 Rn. 16; BFH Urt. v. 23.3.2011 – X R 42/08 = BFHE 233, 398 = DStR 2011, 1603 Rn. 19; BFH Urt. v. 17.1.1963 – IV 335/59 S = BFHE 76, 702 = BStBl. III 1963, 257 = BeckRS 1963, 21000445; BFH Urt. v. 8.12.1982 – I R 142/81 = BFHE 137, 448 = BStBl. II 1983, 369 = BeckRS 1982, 22006360; BFH Urt. v. 22.8.1984 – I R 198/80 = BFHE 142, 370 = BStBl. II 1985, 126 = BeckRS 1984, 22006980; BFH Beschl. v. 23.6.1997 – GrS 2/93 = BFHE 183, 199 (204) = BStBl. II 1997, 735 (737) = DStR 1997, 1442 (1443); BFH Urt. v. 30.1.2002 – I R 71/00 = BStBl. II 2003, 279 (280) = BFHE 198, 420 = DStR 2002, 1295 (1297); BFH Urt. v. 29.11.1973 – IV R 181/71 = BFHE 111, 89 = BStBl. II 1974, 202 = BeckRS 1973, 22002395; aus der Literatur grundlegend *Döllner* BB 1980, 1333 (1335); vgl. daran anschließend *Siebler*, Internationalisierung der Rechnungslegung, S. 214; *Joisten*, Mehrkomponentengeschäfte, S. 38; *Lüders*, Zeitpunkt der Gewinnrealisierung, S. 71 f.; *Wüstemann/Kierzek* Zfbf 2007, 882 (890); *Crezelius*, in: FS Döllner, 1988, S. 81 (86); *ders.* ZGR 1987, 1 (39 f.). Der Reichsfinanzhof ging noch davon aus, dass von einem schwebenden Geschäft nur so lange die Rede sein könne, wie noch von keiner Seite eine Leistung erbracht worden sei, vgl. auch bereits RFH, Urt. v. 24.1.1933 – I A 218/31 = RStBl. 1993, 337 (338); s. auch IDW RS HFA 4 Rn. II ff.

646 BFH Beschl. v. 23.6.1997 – GrS 2/93 = BFHE 183, 199 (204) = BStBl. II 1997, 735 (737) = DStR 1997, 1442 (1443); *Schulze-Osterloh*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 42 Rn. 16, 102; *Hennrichs*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, § 9 Rn. 76.

die präziser differenzierenden Darstellungen an. In diesen wird (ergänzend oder ausschließlich) der schuldrechtliche Übergang der Preisgefahr als maßgeblicher Indikator für die Quasisicherheit genannt.⁶⁴⁷ Die Preisgefahrregelungen des BGB sollen demnach das „normative Fundament“ der Gewinnrealisation bilden.⁶⁴⁸

- 5 Die unterschiedlichen Darstellungsweisen lassen sich zum Teil damit erklären, dass bei vereinfachenden Ausführungen zu Absatzgeschäften – ebenso wie es im Zivilrecht geschieht – implizit auf den Kaufvertrag bzw. den Austauschvertrag abgestellt wird. Auf eine nuancierte Formulierung kommt es insofern nicht an, da es beim Kaufvertrag regelmäßig keinen bilanziellen Unterschied macht, ob man auf die Leistungserbringung oder den Preisgefahrübergang Bezug nimmt. Denn wie man aus § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB ablesen kann, geht die Preisgefahr in aller Regel erst in dem Zeitpunkt über, zu dem der Kaufmann bei einem Absatzgeschäft die ihm selbst auferlegte Leistungspflicht i.S.d. § 362 Abs. 1 BGB erfüllt hat. Hinzu tritt, dass der Sachleistungsgläubiger sich dann nicht mehr auf die Einrede des nichterfüllten Vertrags (§§ 320, 322 BGB) berufen kann.⁶⁴⁹ Der Grund für die generell hohe Akzeptanz der streng schuldrechtsakzessorischen Bilanzierung beim Kaufvertrag liegt darin, dass sich die Bilanzrechtsdogmatik hier auf eine klare Aussage des dispositiven Privatrechts zum Zeitpunkt der Risikominimierung stützen kann: Es ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz, dass der Gegenleistungsanspruch aus zivilrechtlicher Sicht erst ab dem Zeitpunkt des Preisgefahrübergangs (und nicht bereits ab Vertragsschluss) durch einen zufälligen Untergang oder eine zufällige Verschlechterung des Leistungsgegenstands nicht mehr gefährdet wird (vgl. §§ 326 Abs. 1, 2, 275 BGB).⁶⁵⁰ Zwar ist nicht ausgeschlossen, dass der Schuldner die Gegenleistung trotz des Preisgefahrübergangs nicht erhält, es also zum Zahlungsausfall kommt, zum Beispiel weil der Gläubiger zahlungsunfähig ist, oder sich erfolgreich auf Gewährleistungsrechte beruft. Dieses „Restrisiko“ lässt sich aber – jedenfalls annähernd – quantifizieren. Aus diesem Grund wird akzeptiert, dass ihm durch Wertberichtigungen des als Forderung angesetzten Erfüllungsanspruchs oder mittels einer Rückstellung Rechnung getragen wird.⁶⁵¹ Insbesondere soll dann (nur) eine

647 BFH Urt. v. 3.8.2005 – I R 94/03 = BeckRS 2005, 24002311 = BFHE 210, 398 = BStBl. II 2006, 20; BFH Urt. v. 8.9.2005 – IV R 40/04 = BStBl. II 2006, 26 (27 ff.) = DStR 2005, 1892 (1893); FG Niedersachsen Urt. v. 23.6.2005 – 6 K 13/14 = BeckRS 2015, 95494; *Schulze-Osterloh*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 42 Rn. 16, 162; *Hennrichs*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, § 9 Rn. 412; *Lüders*, Zeitpunkt der Gewinnrealisierung, S. 76 ff.; *ders.* DB 1986, 1944 (1945); *Gelhausen*, Das Realisationsprinzip, S. 162 ff.; *Crezelius*, in: FS Döllerer, 1988, S. 81 (88); *Krawitz* DStR 1997, 886 (888); *Moxter* ZVglRWiss 103 (2004), 268 (274).

648 Formulierung von *Weber-Grellet*, Steuerbilanzrecht, S. 60.

649 *Crezelius*, in: FS Döllerer, 1988, S. 81 (86).

650 Darauf abstellend etwa *Hennrichs*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, § 9 Rn. 412; *Crezelius*, in: FS Döllerer, 1988, S. 81 (86); *Hommel/Berndt* BB 2009, 2190 (2193).

651 Vgl. zu dieser Argumentation bereits BFH Urt. v. 29.11.1973 – IV R 181/79 = BFHE III, 89 = BStBl. II 1974, 202 (204) = BeckRS 1973, 22002395; BFH Urt. v. 27.2.1986 – IV R 52/83 = BFHE 146, 383 = BStBl. II 1986, 552 = BeckRS 1986, 22007590; *Döllerer* BB 1974, 1541 (1543); aktuell etwa BFH DStR 2014,

Rückstellung zu bilden sein, wenn dem Vertragspartner zum Bilanzstichtag ein Gewährleistungsrecht zusteht, dessen Ausübung wahrscheinlich ist.⁶⁵²

II. Beharren auf der Privatrechtsakzessorietät beim Werkvertrag

Eine klar schuldrechtsakzessorische Bilanzierung lässt sich daneben noch bei der 6
Abbildung von Werkverträgen nachweisen. In einem Urteil aus dem Jahr 1960 ist der IV. Senat des BFH noch davon ausgegangen, dass der Honoraranspruch aus einem Werkvertrag bereits zu aktivieren sei, sobald der Werkunternehmer seine Verpflichtungen aus dem Werkvertrag in vollem Umfange erfüllt, d.h. alles zur Erbringung seiner Leistung Erforderliche getan habe.⁶⁵³ Auf die Abnahme des Werks wurde in dieser Entscheidung hingegen noch nicht abgestellt, da ihr „keine Bedeutung“ für die Entstehung des Honoraranspruchs zukomme.⁶⁵⁴ Davon ist man aber längst abgerückt. Im Hinblick auf den (gewinnerhöhenden) Ansatz der Werklohnforderung durch den Werkunternehmer stellen Rechtsprechung und Literatur⁶⁵⁵ ganz überwiegend streng auf die Werkabnahme ab. Dies trägt dem Gedanken der Schuldrechtsakzessorietät Rechnung. Denn bekanntlich ist die Werkvergütung grundsätzlich erst nach Abnahme fällig (§ 641 BGB). Zudem bestimmt die Abnahme über den Übergang der Preisgefahr (§ 644 BGB bzw. § 640 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 BGB bei der

2010 Rn. 10; *Hennrichs*, in: *Tipke/Lang*, Steuerrecht, § 9 Rn. 412; widersprüchlich *Moxter* ZVglRWiss 103 (2004), 268 (272 f.); vgl. einerseits: „Die geschuldete Leistung muß [...] vertragsgemäß erbracht sein. Eine Schlechterfüllung schließt die Ertragsrealisierung aus; der Forderungszugang ist dann nicht so gut wie sicher“; jedoch andererseits: „Das Erfordernis des so gut wie sicheren Gewinnzugangs bildet jedoch eine auf mehrjährige Leistungserstellung beschränkte Ausnahmeregelung. Zwar kann auch bei anderen Sachverhalten der Gewinnzugang zweifelhaft bzw. eine Verlustdrohung gegeben sein, doch läßt sich dies durch Abstriche vom Nennwert der Forderung bzw. durch entsprechende Rückstellungen berücksichtigen. Wenn etwa bei bestimmten bereits realisierten Umsätzen Gewährleistungsverpflichtungen in verlustbringender Höhe drohen, wird dem durch Passivierung einer Gewährleistungsrückstellung entsprechen und der Gewinnausweis dadurch vermieden.“

652 Vgl. etwa BFH Ur. v. 29.11.2007 – IV R 62/05 = BFHE 220, 85 = BStBl. II 2007, 557 = BeckRS 2007, 24003233 zur Relevanz etwaiger Schadensersatzansprüche wegen vertragswidrigen Verhaltens; BFH Ur. v. 25.1.1996 – IV R 114/94 = BFHE 180, 57 (59 f.) = BStBl. II 1997, 382 (383 f.) = DStR 1996, 916 (917); *Schulze-Osterloh*, in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 42 Rn. 243; zu notwendigen Differenzierungen: *Hennrichs*, in: *BeckOGK HGB*, Stand 15.9.2023, § 246 Rn. 49 f.

653 BFH Ur. v. 28.1.1960 – IV 226/58 S = BeckRS 1960, 21000405 (unter II.).

654 Vgl. BFH Ur. v. 28.1.1960 – IV 226/58 S = BeckRS 1960, 21000405 (unter II.). Die damalige Entscheidung des BFH könnte allerdings zusätzlich durch die Tatsache, dass die Abbildung der Werklohnforderung eines Architekten – also eines Freiberuflers – zu beurteilen war, beeinflusst worden sein.

655 BFH Ur. v. 14.5.2014 – VIII R 25/11 = BFHE 246, 155 = BStBl. II 2014, 968 = DStR 2014, 2010 Rn. 11; vgl. auch BFH Ur. v. 29.11.2007 – IV R 62/05 = BeckRS 2007, 24003233; BFH Ur. v. 24.1.2008 – IV R 87/06 = BFHE 220, 385 = BStBl. II 2008, 428 = DStR 2008, 665 (667); BFH Ur. v. 8.9.2005 – IV R 40/04 = BStBl. II 2006, 26 (27 ff.) = DStR 2005, 1892 (1893); FG Niedersachsen Ur. v. 23.6.2015 – 6 K 13/14 = BeckRS 2015, 95494; vgl. zur Gewinnrealisierung bei Werkverträgen in der Literatur grundlegend *Döller* BB 1974, 1541 (1544) sowie auch *Schulze-Osterloh*, in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 42 Rn. 16; *Hennrichs*, in: *Tipke/Lang*, Steuerrecht, § 9 Rn. 415; *Wüstemann/Wüstemann* ZfBf 79 (2009), 31 (34); *Krawitz* DStR 1997, 886 (888); *Euler*, Grundsätze ordnungsmäßiger Gewinnrealisierung, S. 94; *Gelhausen*, Das Realisationsprinzip, S. 357.

Abnahmefiktion und § 646 BGB bei Ersetzung der Abnahme durch Vollendung des Werks).

III. Methode der „zivilrechtsakzessorischen“ Teilertragsrealisierung

- 7 Sowohl beim Kauf als auch bei Werkverträgen propagieren Rechtsprechung und Literatur also eine zivilrechtsakzessorische Bilanzierung in Reinform. Für Mehrkomponentengeschäfte ist darüber hinaus von besonderer Relevanz, dass der Gedanke der Schuldrechtsakzessorietät auch dann verfängt, wenn es um eine Teilertragsrealisierung geht. *Döllerer* hat bereits 1974 dargelegt, dass, sofern ein Erfolg geschuldet ist, für den es einer sich über mehrere Rechnungslegungsperioden erstreckenden Leistung bedarf, eine Ertragsrealisierung grundsätzlich erst mit dem Eintritt dieses Erfolgs in Betracht kommt. Die Ertragsrealisierung werde also „hinausgezögert“.⁶⁵⁶ Daraus folgt, dass Teilertragsrealisierungen grundsätzlich ausscheiden müssen. Sie kommen nur insofern in Betracht, als die auf einen bereits erfüllten Teil der Leistung entfallende Fraktion der Gegenleistung dem Bilanzierenden bereits quasi-sicher ist. Dies richtet sich danach, ob der Bilanzierende diesen Teil der Gegenleistung schuldrechtlich auch dann erhalten und behalten dürfte, sofern die sonstigen Leistungsbestandteile nicht erbracht würden („qualifizierte Teilerfüllung“⁶⁵⁷). Andernfalls darf der (Gesamt-)Ertrag aus dem Geschäft erst dann realisiert werden, sofern dem Bilanzierenden die vollständige Gegenleistung „so gut wie sicher“ ist, was – wie aufgezeigt – regelmäßig von der vollständigen Erfüllung der eigenen Leistungspflicht abhängt. Dieser Grundsatz lässt sich auch unmittelbar der BFH-Rechtsprechung entnehmen:

1. Aktivierungspflicht des Honoraranspruchs

- 8 So hat der IV. Senat des BFH, nachdem er sich bereits am 2.9.1954 im Hinblick auf Anwaltskostenvorschüsse andeutungsweise dahingehend geäußert hatte,⁶⁵⁸ in einem Urteil vom 28.1.1960 ausgeführt, dass eine Pflicht zur gewinnrealisierenden Aktivierung des Honoraranspruchs hinsichtlich einer Teilleistung nur dann bestehe, sofern diese selbständig abrechenbar und vergütungsfähig sei, was sich aus einer Gebührenordnung oder Sonderabmachungen zwischen den Beteiligten ergeben könne.⁶⁵⁹ Es soll nach dem IV. Senat darauf ankommen, ob das bisherige Honorar „endgültig verdient“ ist und nicht mehr verloren geht, wenn es aus irgendwelchen

656 Vgl. bereits *Döllerer* BB 1974, 1541 (1544); zusammenfassend *Krumm*, in: Heuermann/Brandis, EStG, § 5 Rn. 2654.

657 *Krumm*, in: Heuermann/Brandis, EStG, § 5 Rn. 2654.

658 Vgl. BFH Urt. v. 2.9.1954 – IV 159/53 U = BFHE 59, 266/BFHE 59, 272 = BStBl. III 1954, 314 = NJW 1955, 280; s. auch schon RFH, Urt. v. 16.4.1942 – IV 135/41.

659 BFH Urt. v. 28.1.1960 – IV 226/58 S = BeckRS 1960, 21000405 (unter II).

Gründen nicht mehr zur Erbringung der restlichen Teilleistungen kommt.⁶⁶⁰ Ob der Auftraggeber tatsächlich einen Vorschuss gezahlt hat, hält der IV. Senat hingegen zu Recht für unmaßgeblich.⁶⁶¹ Denn es kommt allein darauf an, ob der Vorschuss oder Abschlag behalten werden dürfte, sofern die noch geschuldeten Leistungsbestandteile nicht mehr erbracht würden.⁶⁶² Dieses Teilertragsrealisationskonzept hat der BFH in späteren Entscheidungen beibehalten.⁶⁶³ Große Teile der Literatur sehen es genauso.⁶⁶⁴

2. Teilertragsrealisierung bei Werkverträgen

Weiterhin geht der BFH davon aus, dass bei Werkverträgen eine Teilgewinnrealisierung durch Ansatz eines separat abzurechnenden Teils des Werklohns nur dann in Betracht komme, wenn dieser aufgrund einer Teilabnahme bereits endgültig geschuldet (und fällig geworden) sei (vgl. § 641 Abs. 1 Satz 2 BGB)⁶⁶⁵ (s. daneben noch § 632a Abs. 1 Satz 1 BGB⁶⁶⁶). In den Gesetzesmaterialien zum BilMoG wird diese Auffassung gestützt. Es ist insofern davon die Rede, dass eine „rechtliche Zahlungsverpflichtung“ entstanden sein müsse.⁶⁶⁷ Auch dies entspricht einer in der Literatur weitverbreiteten Auffassung.⁶⁶⁸

660 BFH Urt. v. 28.1.1960 – IV 226/58 S = BeckRS 1960, 21000405 (unter II.); vgl. hierzu auch BFH Urt. v. 29.11.2007 – IV R 62/05 = BFHE 220, 85 = BStBl. II 2007, 557 = BeckRS 2007, 24003233.

661 BFH Urt. v. 28.1.1960 – IV 226/58 S = BeckRS 1960, 21000405 (unter II.).

662 *Krumm*, in: Heuermann/Brandis, EStG, § 5 Rn. 2654.

663 Vgl. etwa BFH Urt. v. 24.1.2008 – IV R 87/06 = BFHE 220, 385 = BStBl. II 2008, 428 = DStR 2008, 665 (667); BFH Urt. v. 29.11.2007 – IV R 62/05 = BFHE 220, 85 = BStBl. II 2007, 557 = BeckRS 2007, 24003233; BFH Urt. v. 8.12.1982 – I R 142/08 = BFHE 137, 448 = BStBl. II 1983, 369 = BeckRS 1982, 22006360; BFH Urt. v. 13.12.1979 – IV R 69/74 = BFHE 129, 380 = BStBl. II 1980, 239 = BeckRS 1979, 22005142.

664 S. etwa *Tiedchen*, in: BeckOGK HGB, Stand 1.9.2023, § 252 Rn. 92; *Jeffson*, Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung, S. 268 f.; *Backhaus*, in: FS Ludewig, 1996, S. 21 (25); *Gelhausen*, Das Realisationsprinzip, S. 77; *Euler*, Grundsätze ordnungsmäßiger Gewinnrealisierung, S. 85 f.

665 Vgl. dazu BFH Urt. v. 5.5.1976 – I R 121/74 = BStBl. II 1976, 541 = BeckRS 1976, 22003506; BFH Urt. v. 8.12.1982 – I R 142/81 = BFHE 137, 448 = BStBl. II 1983, 369 = BeckRS 1982, 22006360; BFH Urt. v. 29.11.2007 – IV R 62/05 = BFHE 220, 85 = BStBl. II 2007, 557 = BeckRS 2007, 24003233; BFH Urt. v. 14.5.2014 – VIII R 25/11 = BFHE 246, 155 = BStBl. II 2014, 968 = DStR 2014, 2010 Rn. 11; BFH Urt. v. 18.12.1956 – I 84/56 U = BFHE 64, 70 (71 f.) = BStBl. III 1957, 27 f. = BeckRS 1956, 21000593; vgl. bereits RFH, Urt. v. 11.1.1939 – VI 744/38 = RFHE 46, 44 (46).

666 Im Anschluss an die Entscheidung des BFH 14.5.2014 – VIII R 25/11 = BFHE 246, 155 = DStR 2014, 2010 Rn. 11 ff., wonach die Gewinnrealisierung bei Planungsleistungen eines Ingenieurs nicht erst mit der Abnahme oder Stellung der Honorarschlussrechnung eintritt, sondern bereits dann, wenn der Anspruch auf Abschlagszahlung nach der HOAI entstanden ist, hatte das BMF zunächst eine Teilgewinnrealisierung auch bei Abschlagszahlungen für Werkverträge gemäß § 632a BGB befürwortet (BMF v. 29.6.2015 – IV C 6 – S 2130/15/10001 = BStBl. I 2015, 542). Ein knappes Jahr später wollte es die Auswirkungen der Entscheidung jedoch auf die alte Fassung der HOAI begrenzt wissen (BMF v. 15.3.2016 – IV C 6 – S 2130/15/10001 = BStBl. I 2016, 279); ähnlich wie hier *Krumm*, in: Heuermann/Brandis, EStG, § 5 Rn. 2655.

667 Vgl. Begr. RegE BilMoG, BT-Drucks. 16/10067, S. 38.

668 S. etwa *Schulze-Osterloh*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 42 Rn. 104; *Hennrichs*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, § 9 Rn. 415; *Euler*, Grundsätze ordnungsmäßiger Gewinnrealisierung, 1989,

IV. Bilanzierung bei Parteidispositionen

- 10 Konzeptionell erscheint das Privatrecht trotz der aufgezeigten Annahmen nur graduell dazu geeignet, der Rechnungslegung verbindliche Vorgaben zu machen. Denn ebenso, wie dies beim dispositiven Privatrecht allgemein anerkannt ist, muss für die aus den gesetzlichen Preisgefahrübergangsregeln abgeleiteten Bilanzierungsvorgaben gelten, dass sie von aus den vertraglichen Vereinbarungen abzuleitenden Sonderwertungen überlagert werden können.⁶⁶⁹
- 11 Das bedeutet aber nicht, dass das Privatrecht für die Rechnungslegung irrelevant wäre, sofern kein dispositives Recht einschlägig ist bzw. die Parteien es abbedungen haben. Seine Relevanz ergibt sich dann nur nicht mehr aus den gesetzlichen Regeln selbst, sondern aus seiner Methode. Konkret bleibt das Recht für die Rechnungslegung insofern relevant, als es das Instrumentarium zur Auslegung vertraglicher Vereinbarungen liefert. So ist eine (Teil-) Gewinnrealisierung infolge einer Teilleistung auch abseits der gesetzlichen Sonderwertungen vorzunehmen, sofern dem Bilanzierenden der Anspruch auf den darauf entfallenden Teil der Gegenleistung nach den vertraglichen Vereinbarungen nicht mehr entzogen werden kann.⁶⁷⁰ Umgekehrt kann der Erhalt der Gegenleistung, trotzdem Preis- und Leistungsgefahr bereits übergegangen sind, noch unwahrscheinlich sein, weil dem Leistungsgläubiger vertraglich ein Rücktrittsrecht eingeräumt wurde, für dessen Ausübung es keines wichtigen Grundes bedarf.⁶⁷¹ Ebenso ist zu verfahren, wenn die Parteien eine (bedingungslose) Rückerwerbspflicht des Bilanzierenden vereinbart haben.⁶⁷²
- 12 Gleichermäßen kann es vorkommen, dass der Schuldner durch eine entsprechende Versicherung bereits bei Vertragsschluss dem Ausfallrisiko der Gegenleistung hinreichend Rechnung getragen hat. Auch bei der Abbildung des Werkvertrags ist von den sich aus dem dispositiven Privatrecht ergebenden Grundsätzen abzuweichen, sofern dem Unternehmer aufgrund einer einzelvertraglichen oder in AGB enthaltenen Sonderregelung bereits vor der Abnahme „quasi-sicher“ ein Entgeltanspruch zusteht.⁶⁷³ Sofern die Bilanzierung allein der durch das dispositive Recht vorgegebenen Zivilrechtsstruktur folgen würde, bestünde in den genannten Fällen jeweils die

S. 95; Hommel, Bilanzierung für Dauerschuldverhältnisse, S. 70 f.; Döllerer BB 1974, 1541 (1544); Clemm DSjG 1980, S. 117 (126 f.); Wüstemann/Wüstemann Zbf 79 (2009), 31 (40).

669 Vgl. Hennrichs, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, § 9 Rn. 414.

670 BFH Urt. v. 29.11.2007 – IV R 62/05 = BeckRS 2007, 24003233; BFH Urt. v. 28.1.1960 – IV 226/58 S = BFHE 71, III = BStBl. III 1960, 291 = NJW 1960, 1638 (1639); Leffson, Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung, S. 268 f.

671 BFH Urt. v. 25.1.1996 – IV R 114/94 = BFHE 180, 57 (59) = BStBl. II 1997, 382 (383) = DStR 1996, 916 (917); a.A. Schulze-Osterloh, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 42 Rn. 16, der dafür plädiert bereits die Forderung zu aktivieren, jedoch nur mit dem Buchwert des Leistungsgegenstands.

672 Schulze-Osterloh, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 42 Rn. 16.

673 So hat der VIII. Senat des BFH entschieden, dass die Gewinnrealisierung bei Planungsleistungen eines Ingenieurs nicht erst mit der Abnahme oder Stellung der Honorarschlussrechnung eintritt, sondern

Gefahr einer Fehlinformation der Bilanzadressaten. Zugleich schließen schuldrechtliche Zusatzabreden eine dem dispositiven Recht folgende Ertragsrealisierung aber nicht immer aus. Wird dem Bilanzierenden etwa eine Rückzahlungsverpflichtung auferlegt, die unter einer aufschiebenden Bedingung steht, so ist dem mittels einer Rückstellung Rechnung zu tragen, wohingegen sich am Zeitpunkt der Ertragsrealisation nichts ändert.⁶⁷⁴

C. Eintrübung des Ausgangsbefunds

Der unter B. dargestellte Ausgangsbefund wird bei näherer Betrachtung allerdings 13 erheblich eingetrübt. Tatsächlich lässt sich die geltende Praxis der Ertragsrealisation nur bedingt anhand des Kriteriums der Schuldrechts- oder Zivilrechtsakzessorietät kategorisieren. Im Hintergrund könnte zunächst stehen, dass es allgemein an einer ausgereiften Dogmatik der Ertragsrealisation fehlt, da eine solche aus bilanzieller Sicht gar nicht erforderlich ist.⁶⁷⁵ So werden Verträge über gegenstandsbezogene und zeitbezogene Leistungen aus Sicht der Gewinnrealisierung, meist wenig problematisch erscheinen, da Leistung und Gegenleistung innerhalb einer Rechnungslegungsperiode aufeinander abgestimmt sind. Es wird selten vorkommen, dass der zur Überlassung eines Gegenstands oder Erbringung einer Dienstleistung Verpflichtete Vorleistungen erbringt, für die nicht innerhalb derselben Rechnungslegungsperiode die entsprechende Gegenleistung erbracht wird. Die bilanzrechtsdogmatischen Ausführungen zu solchen Verträgen können sich deshalb auf Hinweise zum Umgang mit Vorleistungen des Geldleistungsschuldners beschränken, wohingegen es wenig Grund dafür gibt, überhaupt zu erörtern, wie Erträge möglichst zivilrechtsakzessorisch realisiert werden. Der Grund für die fehlende Privatrechtsorientierung könnte aber auch darin liegen, dass eine frühe, privatrechtsferne finanzgerichtliche Entscheidung nachwirkt. Die vormalige Privatrechtsferne könnte mit anderen Worten als ein starker Anker im Hinblick auf die nachfolgende Gesetzesauslegung fungieren. Wie fragil der bilanzrechtsdogmatische Ableitungszusammenhang zwischen schuldrechtlichen Wertungsvorgaben und bilanzieller Gewinnrealisation ist, vermag ein kursorischer Blick auf weitere, durch den BFH aufgestellte Gewinnrealisationskonventionen zu verdeutlichen, insbesondere solche abseits der „klassischen“ im BGB ausdifferenzierten Vertragstypen.

bereits dann, wenn nach der HOAI ein Anspruch auf Abschlagszahlung entstanden ist, vgl. BFH BFH Urt. v. 14.5.2014 – VIII R 25/11 = BFHE 246, 155 = BStBl. II 2014, 968 = DStR 2014, 2010 Rn. 11 ff.

674 BFH Urt. v. 3.7.1997 – IV R 49/96 = BFHE 183, 513 (517) = BStBl. 1998, II, 244 (246) = NJW 1997, 3335 f.; s. dazu auch *Schulze-Osterloh*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 42 Rn. 16.

675 Vgl. *Döllerer* BB 1974, 1541 (1546).

I. Tendenzen bei der Bilanzierung des Kaufs

- 14 Ganz im Gegensatz zur vorstehenden Analyse, lassen sich selbst im Hinblick auf die Gewinnrealisation beim Kaufvertrag Rechtsprechungsäußerungen finden, die als Ablehnung des Postulats einer Einheitsbetrachtung der Rechtsordnung gedeutet werden können. So hält es der BFH bis in neueste Entscheidungen hinein auch für maßgeblich, dass der Bilanzierende mit seiner Leistungserbringung den Vertrag „wirtschaftlich erfüllt“ habe,⁶⁷⁶ obschon rechtswissenschaftlich kein Kaufvertrag vorstellbar ist, bei dem es auf eine ergänzende „wirtschaftliche Betrachtungsweise“ ankommen könnte.⁶⁷⁷

II. Bilanzierung des Sukzessivlieferungsvertrags

- 15 Auch bei Sukzessivlieferungsverträgen wird den schuldrechtlichen Wertungen teilweise bilanziell ein zu geringes Gewicht beigemessen. Exemplarisch verdeutlichen lässt sich dies an einer Entscheidung des X. Senats des BFH aus dem Jahr 2013. Der Steuerpflichtige hatte im zugrundeliegenden Fall einem Dritten auf vertraglicher Grundlage über dessen Lebenszeit weisungsungebunden hauswirtschaftliche und pflegerische Leistungen erbracht, wofür ihm als Gegenleistung ein Hausgrundstück übereignet worden war. Im Ergebnis selbstverständlich zutreffend, ging der BFH hier von einer Gewinnrealisation mittels Umsatzaufgliederung aus: Der Steuerpflichtige sollte anteilig zu den Zeitpunkten und entsprechend der Höhe, in der er seine geschuldeten Leistungen erbrachte, einen Gewinn ermitteln müssen. Keine Rolle spielen sollte einerseits der Abschluss des schuldrechtlichen Vertrags und die damit einhergehende rechtliche Entstehung der Forderung auf einen Eigentumsübergang am Grundstück sowie andererseits die Übertragung des (wirtschaftlichen) Eigentums am Grundstück.⁶⁷⁸ Zur Begründung dieser Festlegung führte der X. Senat zwar das „schuldrechtliche“ Argument an, dem Schuldner der Gegenleistung

⁶⁷⁶ BFH DStR 2014, 2010 Rn. 10; BFH Urt. v. 20.3.2013 – X R 15/11 = BFH/NV 2013, 1548 = BeckRS 2013, 95757 Rn. 29; BFH Urt. v. 3.8.2005 – I R 94/03 = BFHE 210, 398 = BStBl. II 2006, 20 = BeckRS 2005, 24002311; BFH Urt. v. 12.5.1993 – XI R 1/93 = BFHE 171, 448 = BStBl. II 1993, 786 = DStR 1993, 1554; weit verbreitet ist diese Auffassung auch in der betriebswirtschaftlichen Literatur, vgl. nur *Hommel*, Bilanzierung für Dauerschuldverhältnisse, S. 103 ff.; *Siebler*, Internationalisierung der Rechnungslegung, S. 214; *Wüstemann/Kierzek Zfbf* 2007, 882 (890).

⁶⁷⁷ Das Bedürfnis für diese Ergänzung könnte daher rühren, dass – wie dies in vereinfachenden Darstellungen teilweise geschieht – die „zivilrechtliche“ Betrachtung mit der Frage, ob eine Erfüllung i.S.d. § 362 Abs. 1 BGB zu bejahen ist, gleichgesetzt wird. So soll etwa im Hinblick auf die Gewinnrealisierung beim Verkauf unter Eigentumsvorbehalt nach einem Urteil des IV. Senats des BFH aus dem Jahr 1986 auf die wirtschaftliche Erfüllung abzustellen sein, weil der Käufer dann „zwar nicht rechtlicher, aber doch wirtschaftlicher Eigentümer der verkauften Sache geworden ist“, vgl. BFH Urt. v. 27.2.1986 – IV R 52/83 = BFHE 146, 383 = BStBl. II 1986, 552 = BeckRS 1986, 22007590; bezugnehmend darauf auch *Moxter ZVglRWiss* 103 (2004) 268 (274).

⁶⁷⁸ BFH Urt. v. 20.3.2013 – X R 15/11 = BeckRS 2013, 95757 Rn. 31.

stehe dann jeweils nicht mehr die Einrede des nicht erfüllten Vertrags (§ 320 BGB) zu, offenkundig lag das maßgebliche argumentative Gewicht hier aber auf den „wirtschaftlichen“ Gegebenheiten bzw. dem Umstand der wirtschaftlichen Erfüllung des Vertrags.⁶⁷⁹

III. Bilanzierung von Dauerschuldverhältnissen

Ebenso privatrechtsfern agiert die Rechnungslegungspraxis, sofern es um die Gewinnrealisierung bei Dauerschuldverhältnissen geht, die nicht eine gegenstands-, sondern eine zeitbezogene Leistung beinhalten.⁶⁸⁰ So hat der IV. Senat des BFH etwa bei einem (schuldrechtlich als zeitraumbezogener Dienstvertrag i.S.d. § 611 BGB eingeordneten) Unterrichtsvertrag eine – die Gewinnrealisierung auslösende – Verpflichtung zum Ansatz der Honorarforderungen zeitanteilig mit jedem Unterrichtstag angenommen.⁶⁸¹ Dabei hat der BFH es explizit dahinstehen lassen, wer von den Vertragspartnern die Gegenleistungsgefahr für bereits erbrachte Unterrichtsleistungen nach den Regeln des bürgerlichen Rechts zu tragen hatte.⁶⁸² Bei „der in Bilanzierungsfragen gebotenen“ wirtschaftlichen Betrachtungsweise spiele es keine Rolle, inwiefern der Bilanzierende zivilrechtlich im Fall unverschuldeter Unmöglichkeit zur Leistung der verbleibenden Unterrichtsstunden den Anspruch auf Vergütung des bereits abgehaltenen Unterrichts verlieren würde.⁶⁸³

IV. Bilanzierung von Mietverhältnissen

Zu verweisen ist schließlich auf die BFH-Rechtsprechung zur Gewinnrealisierung bei Mietverhältnissen. Nach der in der Literatur geteilten,⁶⁸⁴ vom BFH in ständi-

679 Vgl. BFH Urt. v. 20.3.2013 – X R 15/11 = BeckRS 2013, 95757 Rn. 29: „Bei einer Gewinnermittlung durch Betriebsvermögensvergleich ist der Gewinn [...] erst [realisiert], wenn der zur Sachleistung Verpflichtete den Vertrag wirtschaftlich erfüllt hat“; eine vergleichbare Deutung der BFH-Rechtsprechung zur Gewinnrealisierung bei Sukzessivlieferungsverträgen findet sich bei *Krumm*, in: Heuermann/Brandis, EstG, § 5 Rn. 2649: „Maßstab für eine gebotene Aufteilung des Entgelts wird i. d. R. der anteilige Zeitablauf sein; ggf. kann aber auch eine Orientierung an Stückzahlen, Kosten oder anderen Werten geboten sein [...]“. Insbes. bei Sukzessivlieferungsverträgen dürfte i. d. R. eine Gewinnrealisierung stets mit Erfüllung einer Teilleistung anzunehmen sein und das dann in dem Umfang, wie sich die Teilleistung zur voraussichtl. Gesamtleistung verhält (sofern letztere feststeht). *Entscheidend ist stets, welcher Modus bei wirtschaftl. Betrachtung sachgerecht erscheint*“ [Hervorhebung durch Verfasser].

680 Vgl. zu dieser Kategorisierung *Döllerer* BB 1974, 1541 (1546).

681 BFH Urt. v. 10.9.1998 – IV R 80/96 = BFHE 186, 429 = BStBl. II 1999, 21 = DStR 1998, 1827; ähnlich BFH Urt. v. 10.5.1994 – VIII R 65/91 = BStBl. II 1995, 312 = DStR 1995, 561 (562) (Ausbeutevertrag); vgl. allgemein zur Gewinnrealisierung bei „zeitbezogenen“ Dienstleistungen *Döllerer* BB 1974, 1541 (1546).

682 BFH Urt. v. 10.9.1998 – IV R 80/96 = BFHE 186, 429 = BStBl. II 1999, 21 = DStR 1998, 1827.

683 BFH Urt. v. 10.9.1998 – IV R 80/96 = BFHE 186, 429 = BStBl. II 1999, 21 = DStR 1998, 1827 f.

684 Vgl. etwa *Schulze-Osterloh*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 42 Rn. 16, 254; *Hennrichs*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, § 9 Rn. 132; *Krumm*, in: Heuermann/Brandis, EstG, § 5 Rn. 2649; *Euler*, Grundsätze ordnungsmäßiger Gewinnrealisierung, S. 76 f.; *Adler/Düring/Schmaltz*, § 252 HGB Rn. 82; *Baetge/Ziesemer/Schmidt*, in: Baetge/Kirsch/Thiele, BilKomm, § 252 HGB Rn. 197; *Kleindiek*, in: Staub,

ger Rechtsprechung vertretenen Auffassung, soll der Gewinn aus den Leistungen des Vermieters *pro rata temporis* während der Mietzeit verwirklicht werden.⁶⁸⁵ Dies wird damit begründet, dass der Vermieter „wirtschaftlich betrachtet“ von Tag zu Tag „erfüllt“, solange er in gehöriger Weise seinen Pflichten aus §§ 535, 536 BGB nachkommt. Dies soll unabhängig davon gelten, ob er auch zivilrechtlich erfüllt hat.⁶⁸⁶ Die Tatsache, dass die Preisgefahr beim Mietvertrag aufgrund der verschuldensunabhängigen Erhaltungspflicht (§ 536 Abs. 1 Satz 2 BGB) und des daran anknüpfenden Mieterrechts zur Mietminderung (§ 536 BGB) zivilrechtlich beim Vermieter verbleibt, stellt für den BFH kein ausschlaggebendes Kriterium dar. In der Konsequenz muss hier – ebenso wie es der BFH 2013 zum (gegenstandsbezogenen) Pflegevertrag entschieden hat – gelten, dass es selbst dann zu einer zeitanteiligen Gewinnrealisierung infolge einer Forderungsbilanzierung *pro rata temporis* kommt, sofern die Gegenleistung ausnahmsweise erst ganz am Ende des Dauerschuldverhältnisses erbracht wird.⁶⁸⁷

D. Deutung des Quasisicherheitsprinzips als Angebot des Rechts

- 18 Der BFH wendet die Methode einer zivilrechtsakzessorischen Ertragsrealisation also nicht konsequent an, wobei die Gründe dafür teilweise unklar bleiben. In den zuletzt aufgezeigten Tendenzen wird hier eine Fehlentwicklung gesehen, da grundsätzlich für ein Maximum der Zivilrechtsakzessorietät bei der Bilanzierung zu plädieren ist. Dies liegt nicht daran, dass die Zivilrechtsakzessorietät schon aus dem Jahresabschlusszweck folgt, wie in der Literatur teilweise vertreten wird (I.). Vielmehr ist die Methode der zivilrechtsakzessorischen Ertragsrealisation unter Bezugnahme auf die früheren systemtheoretischen Erwägungen dahingehend zu deuten, dass die Rechnungslegung hier ein bestechendes Angebot des Rechts annimmt. Denn sofern sich die Bilanzierung der Kommunikation des Rechts anschließt, kann sie den (abseits empirischer Feststellungen) maximal möglichen Grad an Realitätsnähe erreichen (II.).

HGB, § 252 Rn. 33; Böcking/Gros/Wirth, in: Wiedmann, Bilanzrecht, § 252 HGB Rn. 30; Schuster Ubg 2013, 312 (314).

685 BFH Urt. v. 20.5.1992 – X R 49/89 = BFHE 168, 182 = BStBl. II 1992, 904 = DStR 1992, 1234;

BFH Urt. v. 20.5.1992 – X R 49/89 = BFHE 168, 182 = BStBl. II 1992, 904 = DStR 1992, 1234 (Vermietung von Kraftfahrzeugen an Selbstfahrer); vgl. auch BFH Urt. v. 10.9.1998 – IV R 80/96 = BFHE 186, 429 (431) = BStBl. II 1999, 21 (22); vgl. zu zeitraumbezogenen Leistungspflichten weiterhin BFH Urt. v. 18.12.2002 – I R 11/02 = BStBl. II 2003, 400 = DStR 2003, 499; BFH Urt. v. 10.9.1998 – IV R 80/96 = BFHE 186, 429 (430) = BStBl. II 1999, 21 (22) = DStR 1998, 1827.

686 BFH Urt. v. 20.5.1992 – X R 49/89 = BFHE 168, 182 = BStBl. II 1992, 904 = DStR 1992, 1234.

687 Vgl. in diese Richtung BFH Urt. v. 7.12.2017 – IV R 37/16 = BeckRS 2017, 142093 Rn. 28 f. in Auseinandersetzung mit FG München Urt. v. 17.6.2016 – 1 K 266/12 = BeckRS 2016, 95618; dahingehend auch Krumm, in: Heuermann/Brandis, EStG, § 5 Rn. 2651; a.A. Lüdicke DB 2015, 1070 (1072).

I. Distanzierung von der Verortung beim Jahresabschlusszweck

In der Literatur wird die Verknüpfung von Gewinnrealisation, Quasisicherheit und zivilrechtlichen Wertungen teilweise primär mit dem gesetzlichen Schutzzweck begründet. Man leitet sie also aus der vorrangigen Ausschüttungsbemessungs- bzw. Gläubigerschutzfunktion der „Bilanz im Rechtssinne“ ab.⁶⁸⁸ Für diese Überzeugung spricht auch eine verbreitete apodiktische Darstellung des „Quasisicherheitsprinzips“, bei der es als (zwingende) Schlussfolgerung aus dem Realisationsprinzip dargestellt wird.⁶⁸⁹ Angesichts dessen, dass sich hierfür im Gesetz keine Anhaltspunkte finden lassen, ist diese Verknüpfung irreführend.

Selbstverständlich ist die zivilrechtsakzessorische Bilanzierung auch und vor allem eine vorsichtsgeprägte Bilanzierung. Sofern man bei dieser Gleichsetzung stehenbliebe würde aber, insofern der Vorrang des Gläubigerschutzes als Mythos entlarvt wird, auch die Verbindung zwischen den zivilrechtlichen Wertungsvorgaben und der Realisation nach der Quasisicherheit brüchig erscheinen. Zudem erhält die schuldrechtsakzessorische oder „verrechtlichte“ Bestimmung des Gewinnrealisationszeitpunkts bei dieser Betrachtung eine negative Konnotation: Sie wird als vermeintlicher Hemmschuh für eine wahrlich periodengerechte Gewinnermittlung bzw. eine bessere Information über die Unternehmensertragslage dargestellt. Dies bietet wiederum ein implizites Einfallstor für verfehlte „wirtschaftlichere“ Betrachtungsweisen.

688 Vgl. Döllerer BB 1959, 1217 (1219 f.): Das Handelsrecht könne es „nicht gestatten“, auf bloße Zukunftserwartungen hin Gewinn auszuschütten; vgl. auch Moxter, in: FS Döllerer, 1988, 447 (450), unter wörtlicher Bezugnahme auf Beisse StW 1984, 1 (2 f.): Die Bilanz im Rechtssinne bedürfe einer gewissen Mindestobjektivierung und einer gewissen Mindestvereinfachung. Es sei dieses Objektivierungs- und Vereinfachungserfordernis, dessen stärkere Betonung in den letzten Jahrzehnten zu einer Zurückdrängung des Prinzips periodengerechter Gewinnermittlung zugunsten von Objektivierungs- und Vereinfachungsprinzipien geführt hat. Es sei in diesem Sinne zu einer „statischen Wende der Rechtsprechung“ gekommen und weil Objektivierung „nur durch gesteigerte „Verrechtlichung“ zu erreichen“ sei, zu einer „statischen Verrechtlichung der Bilanz“; s. sodann auch Moxter BB 1984, 1780 (1782); ders., in: FS Baetge, 2007, S. 405 (409 ff.); ders., in: FS Goerdeler, 1987, S. 361 (368); ebenso Siebler, Internationalisierung der Rechnungslegung, S. 214; Groh BB 1989, 1586 f.; Hommel/Berndt BB 2009, 2190 (2191); ganz augenfällig schließlich Wüstemann/Kierzek Zfbf 2007, 882 (888): Das Quasi-Sicherheitsprinzip folge aus der „vorrangigen Ausschüttungsbemessungsfunktion der handelsrechtlichen Ansatz- und Bewertungsnormen“.

689 Vgl. Hommel/Berndt BB 2009, 2190 (2193): „Das Realisationsprinzip gebietet, Einnahmen im Umsatzzeitpunkt erfolgswirksam zu erfassen. Der Umsatz ist realisiert, wenn der Vergütungsanspruch des Unternehmens „so gut wie sicher“ ist und nicht mehr durch ausstehende, bedeutsame und risikobehaftete Leistungshandlungen bedroht wird“; s. auch Wüstemann/Wüstemann Zfbf 79 (2009), 31 (38): „Schon seit den sechziger Jahren orientiert sich die Feststellung und Auslegung von GoB durch die höchstrichterliche Rechtsprechung [...] nicht mehr an dem dynamischen Bilanzzweck der Bestimmung des periodengerechten Gewinns als Maßstab der Wirtschaftlichkeit des Unternehmens, sondern vielmehr an dem ausschüttungsstatischen Ziel der Ermittlung des ‚vorsichtig bemessenen ausschüttbaren Betrag[s]‘. Aus der sog. ‚statischen Wende‘ in der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs folgt, dass Gewinne erst realisiert sind, wenn der Anspruch auf die Gegenleistung quasi-sicher zugegangen ist.“

II. Realitätsnahe Bilanzierung durch Einordnung in die juristische Kommunikation

- 21 Die Rechtfertigung der Methode einer zivilrechtsakzessorischen Ertragsrealisation mit dem Jahresabschlusszweck Gläubigerschutz geht, abgesehen von den aufgezeigten Bedenken, jedenfalls nicht weit genug. Denn sie liefert noch keinen Grund dafür, weshalb die Methode auch unabhängig von der Verknüpfung zwischen Handelsbilanzrecht und Gesellschaftsrecht aus bilanzrechtstheoretischer Sicht überzeugt und deshalb im Weiteren zu vertiefen ist. Bei näherem Hinsehen überzeugt die Zivilrechtsakzessorietät vor allem, weil die Bilanzierung, wenn sie sich der Kommunikation des Rechts anschließt, den (abseits empirischer Feststellungen) maximal möglichen Grad an Realitätsnähe erreicht. Das Angebot, welches das Recht der Rechnungslegung unterbreitet, ist im Hinblick auf das zwingende Privatrecht ganz offenkundig. Es besteht darin, dass zwingendes Privatrecht der Bilanzierung eine tragfähige Richtschnur verschafft. Auch in Form des dispositiven Schuldrechts stellt das Privatrecht der Bilanzierung zumindest eine Möglichkeit zur Verfügung, zu ermessen wie ein Geschäft im Zweifel gewollt ist. Indem die Standardvereinbarungen, auf die sich gleichberechtigt handelnde Parteien voraussichtlich geeinigt hätten, kodifiziert wurden, wurde im Privatrecht eine stabile Rückfallregelung geschaffen. Sofern die Rechnungslegung zivilrechtsakzessorisch agiert, übernimmt sie diese und profitiert so von der privatrechtlichen Realitätsanbindung. Haben die Parteien eine vom dispositiven Privatrecht abweichende vertragliche Regelung getroffen, so liefert das Recht der Rechnungslegung zumindest ein Instrumentarium, anhand dessen sich ermitteln lässt, welche Gestalt einem Geschäft gegeben worden ist. Durch seine anerkannten Regeln zur Ermittlung des Parteiwillens präsentiert das Recht der Rechnungslegung damit grundsätzlich sogar eine Lösung für jeden abzubildenden Einzelfall. Konkret geht es bei der Zivilrechtsakzessorietät also um die (Rechts-)Sicherheit, welche die Zwangswirkung unabdingbaren Rechts, die Typisierungsfunktion des dispositiven zivilrechtlichen Regelungskorsetts und die Methoden der Vertragsauslegung zu gewährleisten vermögen.
- 22 Sofern die vertraglichen Vereinbarungen präzise herausgearbeitet werden, ist schlussendlich – jedenfalls der Theorie nach – eine umfassende zivilrechtsakzessorische Bilanzierung eines jeden Geschäfts möglich, ohne dass es überhaupt „wirtschaftlich“ bewertet werden müsste. Ein umfassender „Vorrang der rechtlichen vor der betriebswirtschaftlichen Betrachtung“⁶⁹⁰ muss also deshalb gelten, da die Rechnungslegung, sofern sie sich im Wege einer schuldrechtsakzessorischen Bilanzierung in das System Recht einordnet, umfassend von den Vorteilen der rechtlichen Kommunikation profitiert. Aus rechtswissenschaftlicher Sicht ist diese Einordnung zwingend, da sie für die Rechnungslegung, abseits der empirischen Ermittlung von

690 Döllerer BB 1974, 1541 (1548).

Erfahrungswerten, die einzige erkennbare Möglichkeit darstellt, ihre Wahrscheinlichkeitsrechnungen darüber, ob eine Gewinnchance und -erwartung nicht mehr als vage anzusehen ist, realitätsnah zu gestalten. Es ist mit anderen Worten nur bei schuldrechtsakzessorischer Bilanzierung gewährleistet, dass dem Kernanliegen des Realisationsprinzips, zu verhindern, dass sich bloße Gewinnchancen und -erwartungen bereits gewinnerhöhend auswirken,⁶⁹¹ zumindest annäherungsweise Rechnung getragen wird. Im Kontrast dazu gibt eine „wirtschaftliche Betrachtungsweise“ jeweils nur einen anekdotischen Einzelbefund wieder, der in keiner Weise geeignet ist, über den konkret zu entscheidenden Sachverhalt hinaus argumentative Überzeugungskraft zu entfalten. Der eigentliche Grund für die Vorzugswürdigkeit einer schuldrechtsakzessorischen Gewinnrealisation ist also in der dadurch vermittelten Systemeingliederung der Rechnungslegung zu erkennen.

691 Vgl. bereits *Schmalenbach*, *Dynamische Bilanz*, S. 173: Das Realisationsprinzip habe „den großen Vorzug, den kein anderes Wertungsprinzip in gleichem Maße hat, daß es besonders sicher und frei von Willkür ist“; s. bezugnehmend darauf auch *Leffson*, *Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung*, S. 184; zum Zusammenhang zwischen „Realisationsprinzip“ und „Objektivierungsprinzip“ auch *Moxter ZVglRWiss* 103 (2004), 268 (270).

§ 14 Zivilrechtsakzessorische Gewinnrealisation bei Mehrkomponentengeschäften

- 1 Da das Angebot, welches das Privatrecht der Bilanzierung unterbreitet, überzeugt (§ 13 D.), sollte sich auch die Teilgewinnrealisierung bei Mehrkomponentengeschäften an den Wertungen des dispositiven Privatrechts orientieren. In der Literatur wurden bereits eine Reihe dahingehender Gewinnermittlungskonzepte entwickelt. Hier zeigt sich jedoch, dass die Methode einer zivilrechtsakzessorischen Ertragsrealisation, weitergehen muss und eine vertiefte Rekapitulation der zivilrechtlichen Wertungen voraussetzt.

A. Der Meinungsstand im Schrifttum

- 2 Als Wegbereiter eines zivilrechtsakzessorischen Gewinnermittlungskonzepts für Mehrkomponentengeschäfte ist *Georg Döllerer*⁶⁹² anzusehen. Ihm zufolge sei für den Zeitpunkt der Bilanzierung von Forderungen und Verbindlichkeiten aus einem schwebenden Vertrag grundsätzlich die schuldrechtliche Erfüllung oder Teilerfüllung maßgeblich und nicht die betriebliche Leistung oder gar das Entstehen von Aufwendungen. Insofern der Anspruch auf den Teil der Gegenleistung, der auf die Teilerfüllung entfällt, gesichert erscheine, bestünden gegen die Aktivierung dieses Anspruchs, der auch einen Teilgewinn enthält, aber keine Bedenken. Vorauszusetzen sei, dass der Schuldner die Einrede des nicht erfüllten Vertrags (§ 320 BGB) nicht erheben kann und dass der Anspruch in seinem rechtlichen Bestand von den Rechten des Schuldners wegen Unmöglichkeit des restlichen Teils der Leistung oder wegen Verzugs mit dem restlichen Teil der Leistung nicht beeinträchtigt wird. Ergänzend sei dabei allerdings zu beachten, dass bei teilweiser, vom Schuldner zu vertretender Unmöglichkeit und bei teilweiseem Verzug des Schuldners der ganze Vertrag scheitern kann, wenn die Teilerfüllung kein Interesse für den Gläubiger hat (§ 325 Abs. 1 Satz 2, § 326 Abs. 1 Satz 3 BGB).
- 3 Dieser Gedankengang wurde später im Hinblick auf Mehrkomponentengeschäfte fortgeführt. Eine Teilgewinnrealisierung bei Mehrkomponentengeschäften soll danach (ausnahmsweise) dann ausscheiden, sofern die Leistungskomponenten auf Wertungsebene des Schuldrechts ein gemeinsames Schicksal erfahren.⁶⁹³ *Wirth*⁶⁹⁴

692 Vgl. *Döllerer* BB 1974, 1541 (1544, 1548); vgl. später auch *Gelhausen*, Das Realisationsprinzip, S. 212 ff., 215 ff.

693 Vgl. grundlegend *Wüstemann/Kierzek* Zfbf 2007, 882 (893); vgl. auch *Wüstemann/Wüstemann* Zfbf 79 (2009), 31 (41).

694 *Wirth*, Die Bilanzierung von Mehrkomponentengeschäften, S. 104 sowie S. 104 ff.; vgl. auch *Krumm*, in: *Heuermann/Brandis*, EStG, § 5 Rn. 2645.

schreibt etwa, dass bei Mehrkomponentengeschäften die zivilrechtlichen Regelungen zum Teil- und Totalrücktritt der entscheidende Anknüpfungspunkt für die bilanzrechtliche Risikobeurteilung seien. Die zivilrechtlichen Rücktrittsrechte des Gläubigers bei einer Teilleistung erlaubten im Rahmen eines Mehrkomponentengeschäfts einen Rückschluss auf den Risikoverlauf der Geschäftstransaktion beim zur Sach- oder Dienstleistung verpflichteten Bilanzierenden. Insofern komme den zivilrechtlichen Rücktrittsrechten des Gläubigers bei Mehrkomponentengeschäften – ähnlich wie dem Preisgefahrenübergang bei normalen Geschäftstransaktionen – bei der Bestimmung des bilanzzweckadäquaten Gewinnrealisationszeitpunkts eine Indizienfunktion zu. Vergleichbare Ausführungen finden sich bei *Joisten*.⁶⁹⁵ Er geht davon aus, dass eine Verzögerung der Ertragsrealisation immer dann geboten sei, wenn der Kunde bei Teilstörungen den gesamten Vertrag terminieren wird. Hierzu sei er berechtigt, wenn die Gesamtleistung unteilbar ist oder er an den Teilleistungen kein Interesse hat. *Joisten* problematisiert darüber hinausgehend, wie ermittelt werden kann, ob eine oder mehrere Komponenten geleistet werden und möchte zur Abgrenzung auf den Einzelbewertungsgrundsatz (§ 252 Abs. 1 Nr. 3 HGB) abstellen.⁶⁹⁶ *Hoffmann* und *Lüdenbach* vertreten demgegenüber, dass der Einzelbewertungsgrundsatz erst dann zum Tragen kommen könne, wenn (logisch vorgelagert) die zugehörigen Bewertungsobjekte identifiziert worden seien. Denn der Grundsatz sage nichts darüber aus, ob ein oder mehrere Vermögensgegenstände bzw. Transaktionen vorliegen.⁶⁹⁷ Die Abgrenzung zwischen einem Leistungsbündel, das bilanzsteuerrechtlich nur eine Leistung verkörpert, einerseits und einer Mehrheit bilanzsteuerrechtlich selbständiger Leistungselemente andererseits soll nach *Krumm* dabei wiederum nach zivilrechtlichen Grundsätzen vorgenommen werden.⁶⁹⁸ Das Vorsichtsprinzip gemahne in diesem Fall zu einer Hinauszögerung der Gewinnrealisation bis zur Erbringung der letzten Leistungskomponente.⁶⁹⁹

Zusammenfassend lässt sich das durch die Literatur entwickelte Modell für eine 4
Umsatzaufgliederung bei Mehrkomponentengeschäften als Versuch, die schuldrechtliche Dogmatik zur Rechtsfigur der „Teilleistung“ im Sinne von §§ 323 Abs. 5 Satz 1, § 281 Abs. 1 Satz 2 BGB für die Rechnungslegung fruchtbar zu machen, umschreiben. Dafür spricht, dass der Begriff der Teilleistung schuldrechtlich nicht zwingend quantitativ ausgelegt werden muss, sondern darunter auch der Fall einer tatsächlich und rechtlich abtrennbaren Einzelleistung aus einem Leistungsbündel gefasst werden kann. Sofern der Abnehmer an der bereits erhaltenen Leistungskomponente kein Interesse hat, soll er danach zum „Gesamtrücktritt“ befugt sein, sofern im

695 *Joisten*, Mehrkomponentengeschäfte, S. 363, s. auch S. 202.

696 *Joisten*, Mehrkomponentengeschäfte, S. 53 ff.

697 *Hoffmann/Lüdenbach* DStR 2005, 1331 (1332).

698 *Krumm*, in: Heuermann/Brandis, EStG, § 5 Rn. 2646.

699 Vgl. insofern *Krumm*, in: Heuermann/Brandis, EStG, § 5 Rn. 2645 f.

Hinblick auf die noch nicht geleisteten Komponenten eine Leistungsstörung auftritt und die sonstigen Rücktrittsvoraussetzungen vorliegen. Eine hieran anknüpfende Bilanzierungsregel für Mehrkomponentengeschäfte könnte wie folgt lauten: Eine Teilgewinnrealisierung ist so lange möglich und geboten, wie der Abnehmer bei einer Leistungsstörung im Hinblick auf eine noch ausstehende Leistungskomponente auf einen Teilrücktritt bzw. die Forderung von Schadensersatz ausschließlich hinsichtlich des gestörten Leistungsteils beschränkt ist. Diese Bilanzierungsregel begegnet aber in zweierlei Hinsicht Einwänden. Zunächst folgen die schuldrechtlichen Rechtsbehelfe, auf welche dabei zurückgegriffen wird, einem anderen Denkansatz. Sie orientieren sich (nur) am Schicksal der (Einzel-)Forderung und sind nicht auf Leistungsverknüpfungen ausgelegt. Selbst wenn man diesen Aspekt überwindet, müssen sich die vorgestellten Auffassungen weiterhin entgegenhalten lassen, dass die vertraglichen Grenzen zwischen den einzelnen Komponenten eines Mehrkomponentengeschäfts weitgehend frei definierbar sind. Darauf wird in § 16 gesondert eingegangen.

B. Kritik der bestehenden Ansätze

„Isolierend und abstrahierend ist der Denkstil des BGB.

[...] Isoliert gedacht wurden die Leistungspflichten;

isoliert gesehen wurden Schuldner und Gläubiger;

isoliert blieb im wesentlichen Schuldvertrag von Schuldvertrag.“

Gernhuber, in: FS Larenz, 1973, S. 455.

- 5 Die Essenz des ersten Einwands gegen das durch die Literatur entwickelte Modell für eine Umsatzaufgliederung bei Mehrkomponentengeschäften kommt im obigen Gernhuber-Zitat noch einmal greifbar zum Ausdruck. Es muss sich entgegenhalten lassen, dass die schuldrechtlichen Rechtsbehelfe, auf welche es abstellt, insofern einem mit ihm nicht kompatiblen Denkansatz folgen, als sie sich (nur) am Schicksal der (Einzel-)Forderung orientieren. Bereits ein aus mehreren Forderungen auf Leistung zusammengesetzter Vertrag bzw. ein Schuldverhältnis im weiteren Sinne wird durch sie nur indirekt adressiert. Vielmehr führt eine Zusammenschau verschiedener Regelungskomplexe schnell vor Augen, dass das BGB-Vertragsrecht konzeptionsbedingt zu der für Mehrkomponentengeschäfte charakteristische Verknüpfung von Leistungskomponenten nicht positiv Stellung nimmt. Insbesondere, werden Mehrkomponentengeschäfte durch drei Negativbewandnisse der geltenden Regeln bestimmt: Den Grundsatz von der Abstraktion und Isolation der einzelnen Forderung (dazu I.), der objektiven Relativität des Schuldverhältnisses (dazu II.) und dem Leitbild der Bilateralität (dazu III.). Für sich genommen haben die im BGB zu (Gesamt-)Rücktritt und Schadensersatz bei Teilleistungen getroffenen Wertungen

deshalb einen geringen Aussagegehalt für die Bilanzierung. Wer *wirklich* zivilrechts-akzessorisch bilanzieren will, muss weiter gehen.

I. Ausgangspunkt: Forderungsabstraktion und -isolation

Mit dem Grundsatz der Forderungsabstraktion und -isolation soll ausgedrückt werden, dass die einzelne Forderung im Kontext der sie betreffenden BGB-Regelungen grundsätzlich jeweils abstrahiert und isoliert zu denken ist. Dem BGB-Schuldrecht ist eine Art Selbstbeschränkung auf die Forderung als kleinste Einheit und – daran anknüpfend – die Struktur von Leistungsverhältnissen eigen. Funktionale Zusammenhänge zwischen Leistungspflichten, wie sie für das Denken in Mehrkomponentengeschäften maßgeblich sind, spielen hingegen allenfalls eine untergeordnete Rolle.⁷⁰⁰ Dies lässt sich zunächst historisch belegen. Der Gesetzgeber hat bei der Konzeption des Schuldrechts im BGB bekanntlich das römisch-rechtliche Verständnis vom obligatorischen Recht zugrunde gelegt⁷⁰¹ und es „vom Sachenrecht her“ konstruiert.⁷⁰² Dementsprechend betrachteten die Entwurfsverfasser des BGB das Schuldverhältnis nicht als „Verhältnis“ im sprachlichen Sinne einer Verbindung, sondern primär aus der Sicht des Gläubigers⁷⁰³ als erzwingbares Herrschafts- oder Forderungsrecht⁷⁰⁴ bzw. als Recht auf die Leistung⁷⁰⁵. Einer näheren Begriffsbestimmung des Schuldverhältnisses hat sich der Gesetzgeber bekanntlich enthalten, um sie der Wissenschaft zu überlassen und den Begriff überhaupt nur deshalb demjenigen der Obligation vorgezogen, um sowohl das gesamte obligatorische Verhältnis, das Forderungsrecht als auch die entsprechende Verbindlichkeit zu erfassen.⁷⁰⁶

Bereits für die über das enge Verständnis des Schuldverhältnisses hinausweisende Lehre vom Gegenseitigkeitsverhältnis gilt, dass sie zur Zeit des Gesetzesentwurfs zwar bereits erarbeitet worden war, sich aber sowohl im Grundsatz als auch in ihren einzelnen Folgerungen noch nicht durchgesetzt hatte.⁷⁰⁷ Der Gedanke, dass das Schuldverhältnis nicht zwingend mit der Forderung oder einer Mehrheit von Forderungen gleichzusetzen ist, sondern darüber hinaus eine Basis der Pflichten

⁷⁰⁰ So auch *Michaels*, in: HKK-BGB, Vor § 241 Rn. 82.

⁷⁰¹ Motive, Bd. II, S. 1: Der Entwurf gebrauchte den Ausdruck „Schuldverhältnis“ zur Bezeichnung desjenigen Rechtsverhältnisses, welches im Anschluss an das römische Recht von den Juristen Obligation genannt zu werden pflegt; vgl. zur Trennung von Eigentum und Rechtsinhaberschaft aus pandektistischer Sicht: *Windscheid*, Pandektenrecht, Bd. I, § 168, S. 63 f.

⁷⁰² *Michaels*, in: HKK-BGB, Vor § 241 Rn. 28, s. auch Rn. 38.

⁷⁰³ Vgl. zum fehlenden Aussagegehalt des „Rechtsverhältnisses“ in Abgrenzung zu v. Savigny und Puchta: *Windscheid*, Pandektenrecht, Bd. I, § 37a, S. 100 f.

⁷⁰⁴ Vgl. Motive, Bd. II, S. 1, 3; dazu auch *Dorn*, in: HKK-BGB, § 241 Rn. 85.

⁷⁰⁵ Vgl. näher *Dorn*, in: HKK-BGB, § 241 Rn. 71.

⁷⁰⁶ S. dazu Motive, Bd. II, S. 2; vgl. auch *Mugdan*, Bd. 2, S. 1.

⁷⁰⁷ Vgl. dazu *Pennitz*, in: HKK-BGB, §§ 320 – 322 Rn. 12 ff.; zum Ganzen auch *Larenz*, SchuldR, Bd. 1, § 1, S. 1, 5.

der Parteien und der bei ihrer Verletzung eingreifenden Rechtsverhältnisse gedacht werden kann (Gedanke vom Schuldverhältnis als sinnhaftes Gefüge⁷⁰⁸), kam erst später auf.⁷⁰⁹ Bis heute ist deshalb im Einzelnen unklar, welcher Wert dem Begriffsverständnis vom Schuldverhältnis im weiteren Sinne im Rahmen der dogmatischen Arbeit zukommen kann.⁷¹⁰ Zumindest indiziell zeigen lässt sich dieses Primärverständnis auch an einzelnen gesetzlichen Regelungen, insbesondere an § 241 BGB a.F., der – wie bereits der Wortlaut aller Entwurfsfassungen des BGB⁷¹¹ – insofern § 241 Abs. 1 Satz 1 BGB in seiner heutigen Gestalt entsprach.

- 8 Die Forderungsabstraktion und -isolation macht das BGB beständig.⁷¹² Das Beispiel der Mehrkomponentengeschäfte zeigt, dass sich Funktionszusammenhänge im Verlauf der Zeit ändern können und alte wirtschaftliche Gestaltungen dem modernen Rechtsanwender nicht mehr reizvoll erscheinen. Im Lichte dessen gewährleistet nur eine Orientierung der grundlegenden Gesetzssystematik an der Einzelforderung, dass Veränderungen der Lebenswirklichkeit keinen beständigen Reformbedarf auslösen. Mit anderen Worten hält gerade die Fragmentierung der Leistungsbeziehungen das BGB innovationsoffen. Der Gesetzgeber sollte also Gegebenheiten wie die wirtschaftliche Verknüpfung von Leistungspflichten auch künftige nicht in den Mittelpunkt der allgemeinen Schuldrechtskonzeption stellen.

II. Objektive Relativität des Schuldverhältnisses

- 9 Eng mit dem Grundsatz der Forderungsisolation verbunden ist die hier zentrale Negativbewandtnis, dass nach der Konzeption des BGB der eine Vertrag im Wesentlichen als vom anderen isoliert gedacht wird. Insofern kann auch von einem Grundsatz der objektiven Relativität des Schuldverhältnisses bzw. einem Grundsatz der freien Vertragstrennbarkeit die Rede sein. Damit gemeint ist, dass sich das BGB nicht dazu verhält, ob Parteien, welche mehrere, miteinander wirtschaftlich verknüpfte Leistungspflichten (und Gegenleistungspflichten) vereinbart haben, einen Gesamtvertrag oder mehrere rechtlich voneinander isolierte Einzelverträge abgeschlossen haben. Ebenso ist es den Parteien überlassen, zu bestimmen, ob die Leistungspflichten ein Schicksal teilen sollen (mit der Folge der Gesamtnichtigkeit bei Nichtigkeit eines Vertragsteils gemäß § 139 BGB). Anders als dies bei der personalen Relativität des Schuldverhältnisses der Fall ist, die sich unmittelbar aus der (negativen) Privatautonomie ableiten lässt, handelt es sich beim Grundsatz der freien Vertragstrennbarkeit nicht um ein Rechtsprinzip des BGB im eigentlichen

708 Larenz, SchuldR, Bd. 1, § 2 V, S. 26 ff.

709 Vgl. Larenz, SchuldR, Bd. 1, § 1, S. 1; Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, S. 519.

710 Ernst, in: MüKo-BGB, Einl. § 241 Rn. 10.

711 Vgl. Motive, Bd. II, S. 5; s. auch Mugdan, Bd. 2, S. I.

712 Vgl. Michaels, in: HKK-BGB, Vor § 241 Rn. 82.

Sinne. Stattdessen muss von einer im Regelungsansatz begründet liegenden Auslassung ausgegangen werden, die erst bei einer Gesamtschau des Regelungskomplexes ersichtlich wird. Denn Einheit und Mehrheit von Schuldverhältnissen scheiden sich „nicht an einem Maßstab, der allen Rechtsordnungen vorgegeben wäre“. ⁷¹³ Jeder Rechtsordnung bleibt Gestaltungsfreiheit ohne Bindung an das einmal Anerkannte. Frühere Einheiten könnten durch einen Akt der Legislative ebenso in eine Mehrheit aufgelöst wie frühere Mehrheiten zu einer Einheit zusammengefügt werden. ⁷¹⁴

1. Dominanz des Spot-Vertrags im Gesetz

Bei der angesprochenen Gesamtschau ist zunächst auf das dem BGB in seinem „Besonderen Teil“ des Schuldrechts eigene typologische Denken zu verweisen, ⁷¹⁵ da dabei Verträge nicht unter dem Gesichtspunkt, auf welches Gut sie sich beziehen, sondern danach, was mit diesem Gut geschehen soll, typologisiert werden. ⁷¹⁶ Bereits aufgrund dieser Herangehensweise, kann, ob Vertragsgüter komplementär zueinander sind, kaum ein im Besonderen Schuldrecht berücksichtigtes Element sein. Hinzukommt, dass die das Zustandekommen, die Wirksamkeit oder die Beendigung von Verträgen und Leistungsstörungen betreffenden allgemeinen Gesetzesregelungen sich in aller Regel zumindest implizit auf Spot-Verträge beziehen. Als Spot-Vertrag werden Verträge bezeichnet, deren Erfüllung sich in einem Akt erschöpft. ⁷¹⁷ Mit den Dauerschuldverhältnissen wurde die bedeutsamste Abweichung vom dominierenden Spot-Vertrag bekanntlich eigentlich erst im 20. Jahrhundert entdeckt. ⁷¹⁸ In das BGB hat der Begriff des Dauerschuldverhältnisses überhaupt erst im Zuge der Schuldrechtsreform Einzug gefunden. ⁷¹⁹ Auch jetzt noch reibt sich die Dogmatik der Dauerschuldverhältnisse aber an den „unpassenden“ Vorschriften. Denn die Behandlung von Dauerschuldverhältnissen wird durch die funktionale Systematisierung des BGB weiterhin zum Ausnahmefall erklärt. ⁷²⁰

Die fehlende Passgenauigkeit von BGB und Dauerschuldverhältnissen muss dabei insbesondere deshalb aufmerken lassen, da die letztgenannten dem Spot-Vertrag

⁷¹³ Gernhuber, Das Schuldverhältnis, § 31 I 2, S. 710.

⁷¹⁴ Gernhuber, Das Schuldverhältnis, § 31 I 2, S. 710.

⁷¹⁵ Dazu etwa Motive, Bd. II, S. 1 f.; Larenz/Canaris, SchuldR, Bd. II/2, § 63 I, S. 42.

⁷¹⁶ Vgl. dazu Faust, Gutachten 71. DJT 2016, S. A 15 f.

⁷¹⁷ Ernst, in: MüKo-BGB, Einl. SchuldR Rn. 29.

⁷¹⁸ Zwar beobachtete bereits Savigny Unterschiede zwischen „vorübergehenden“ und „dauernden“ Leistungen (Savigny, Das Obligationenrecht, Bd. I, S. 302), eine ausdifferenzierte Dogmatik des Dauerschuldverhältnisses sei, so die Bewertung der Literatur, aber erst 1914 bei Otto v. Gierke zu beobachten, vgl. zum Ganzen nur Meyer-Pritzel, in: HKK-BGB, §§ 313 – 314 Rn. 75; Oetker, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, S. 50, 52 ff.

⁷¹⁹ Vgl. §§ 308 Nr. 3, 309 Nr. 1, 9, 313 Abs. 3, 314 BGB n.F.

⁷²⁰ Michaels, in: HKK-BGB, Vor § 241 Rn. 85. Ein Beispiel hierfür bildet die Auseinandersetzung mit der Frage, wann die Leistungsstörung im Dauerschuldverhältnis Gesamtwirkung entfaltet, vgl. dazu nur Larenz, SchuldR, Bd. I, § 2 VI, S. 31.

noch vergleichsweise nahe stehen. Denn bei Dauerschuldverhältnissen entstehen zwar über einen mehr oder weniger langen Zeitraum ständig neue Leistungspflichten, diese sind inhaltlich jedoch regelmäßig gleichartig und in gleichbleibender Qualität zu erfüllen.⁷²¹ Demgegenüber bezieht sich die Bezeichnung Mehrkomponentengeschäft auf ein Bündel ungleichartiger Leistungen, die von einer oder mehreren Personen zu erbringen sind.⁷²² Dass solche Bündel der BGB-Konzeption noch weniger nahestehen, als die Dauerschuldverhältnisse, zeigt sich, wenn es um gemischttypische Verträge geht. Bei Typenkombinationsverträgen handelt es sich allein um einen einzigen Vertrag. Es fehlt also noch das für Mehrkomponentengeschäfte prägende Element der Verbindung mehrerer Verträge zu einer Einheit.⁷²³ Schon auf die dogmatische Behandlung dieser besonderen Einzelverträge wirkt sich die dem BGB zugrundeliegenden Denkstruktur aber entscheidend aus. Denn sie hat zur Folge, dass man ihnen am besten gerecht werden kann, sofern sich eine den Vertrag dominierende Hauptpflicht herausstellen lässt. Wenn dies nicht gelingt, wird der Vertrag herkömmlich in seine Einzelkomponenten zerlegt und auf jede der Komponenten das für sie einschlägige besondere Schuldrecht angewendet.⁷²⁴

2. Das teilbare Rechtsgeschäft und Teilleistungsbestimmungen im BGB

- 12 Abseits des Spot-Vertrags, lässt sich der Grundsatz der freien Vertragstrennbarkeit an denjenigen Gesetzesbestimmungen ablesen, welche den Begriff der teilbaren Leistung (§§ 266, 281 Abs. 1 Satz 2, 323 Abs. 5, 326 Abs. 1 Satz 1 BGB) bzw. des teilbaren Rechtsgeschäfts (§ 139 BGB) verwenden. Denn sie setzen eine Teilbarkeit der Leistung zwar voraus, sagen aber nichts darüber aus, ob und unter welchen Voraussetzungen Leistungspflichten als in einem einzigen Rechtsgeschäft zusammengefasst anzusehen sind. Vielmehr treffen sie jeweils allein eine Bestimmung zu den Rechtsfolgen der Teilbarkeit. Den Regelungen fehlt es also an einer Definition des eigenen Anwendungsbereichs.⁷²⁵ Dementsprechend lässt sich ihnen nichts dazu entnehmen, wann Leistungspflichten, obwohl sie vertraglich getrennt wurden, dennoch ein einheitliches Schicksal erfahren müssen, wodurch die Beantwortung beider Fragen jedenfalls implizit den Parteien überlassen wird. Demonstrieren lässt sich dieser Umstand sowohl an § 139 BGB als auch an § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB: In § 139 BGB heißt es, dass wenn ein „Teil“ eines Rechtsgeschäfts nichtig ist, das ganze

721 Vgl. nur die Begriffserklärung „Dauerschuldverhältnis“, in: Weber Rechtswörterbuch, 29. Ed. 2022.

722 Vgl. zu den Unterschieden *Joisten*, Mehrkomponentengeschäfte, S. 11.

723 Vgl. zur Abgrenzung von Vertragseinheiten und Typenkombinationsverträgen bereits *Larenz/Canaris*, SchuldR, Bd. II/2, § 63 I, S. 43.

724 Vgl. etwa BGH Urt. v. 29.3.1978 – VIII ZR 220/76 = BGHZ 71, 175 = BeckRS 1978, 106436; BGH Urt. v. 12.10.1978 – VII ZR 288/77 = BGHZ 72, 229 = NJW 1979, 156; zum typengemischten Fitnessstudiovertrag auch BGH Urt. v. 8.2.2012 – XII ZR 42/10 = NJW 2012, 1431 Rn. 17 f., 27; allgemein *Larenz/Canaris*, SchuldR II/2, § 63, S. 43 ff.

725 So die Formulierung von *Flume* BGB AT, Bd. 2, Das Rechtsgeschäft, § 32 2, S. 570 im Hinblick auf § 139 BGB.

Rechtsgeschäft nichtig sein soll, „wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde.“

Darauf, dass diese (starre) Regel in der Literatur verbreitet für verfehlt gehalten wird,⁷²⁶ kommt es hier zunächst nicht an. Relevant ist vielmehr, dass sich über den Bedeutungsgehalt des hier zentralen Begriffs des „Rechtsgeschäft“ weder in der Regelung selbst noch im sonstigen BGB eine explizite Aussage finden lässt. Dementsprechend bestehen drei Möglichkeiten: Das Wissen darum wird vom Gesetz entweder vorausgesetzt oder die Ausdifferenzierung des Begriffsverständnisses der Rechtspraxis überlassen. Die dritte Möglichkeit besteht darin, dass es den Parteien überlassen bleibt, zu bestimmen, wo ihr Rechtsgeschäft endet. Für letzteres lassen sich die Motive anführen, wo es heißt, dass es hier um die Frage gehe, inwieweit bei einem als einheitlich sich darstellenden Rechtsgeschäft eine Bestimmung wegen Nichtigkeit oder infolge Anfechtung hinfällig werden kann, ohne den Bestand des Rechtsgeschäfts im Übrigen zu gefährden. Der maßgebende Grundsatz in dieser Hinsicht müsse sein, dass das ganze Rechtsgeschäft ungültig ist, sofern sich nicht erhele, dass es auch ohne die ungültige Bestimmung gewollt sein würde.⁷²⁷ Die gewählte Formulierung („einheitlich sich darstellende[s] Rechtsgeschäft[.]“) legt nahe, dass man hier an eine Vertragsauslegung dachte.⁷²⁸ Demgegenüber spräche es für die erste oder zweite der angeführten Möglichkeiten, wenn sich Indizien dafür finden ließen, dass es dem Gesetzgeber an dieser Stelle schlichtweg darum ging, den Aussagegehalt des § 139 BGB offen zu halten, damit die Gesetzesmaterie möglichst anpassungsfähig bleibt.

Dem steht allerdings entgegen, dass der Begriff des Rechtsgeschäfts im Sinne von § 139 BGB seit Inkrafttreten des BGB konturlos geblieben ist, ihm also nie eine im hiesigen Zusammenhang aussagekräftige, allgemeingültige Bedeutung zugeschrieben wurde. In Form des „mehrseitigen Rechtsgeschäfts“ kann er bekanntlich⁷²⁹ den Vertrag bezeichnen. Zugleich kann mit ihm aber durchaus auch ein „Mehr“ oder „Weniger“ gemeint sein. Angesichts des offenen Wortlauts ist es in der Auseinandersetzung mit § 139 BGB nie gelungen, zu klären, ob in Anwendung der Vorschrift, um eine Äußerung *Gernhubers* aufzugreifen, eine genetische Abhängigkeit zwischen

726 Vgl. zu allgemeinen Zweifeln an der in § 139 BGB vorgenommenen Wertung: *Kozio* AcP 212 (2012), I (8, 47); *Heiss*, Formmängel und ihre Sanktionen, S. 152 f.

727 Motive, Bd. I, S. 222; vgl. auch *Mugdan*, Bd. I, S. 475.

728 In dieselbe Richtung deuten die weiteren Ausführungen, wonach man der Regelung ihren Gehalt gegeben hat, da die Bedeutung, welche der Verbindung von mehreren, in einem Zusammenhange stehenden Willenserklärungen zukommt, lediglich dem Willen der Beteiligten entnommen werden könne, die Verbindung aber für die innere Zusammengehörigkeit spreche, vgl. Motive, Bd. I, S. 222; vgl. auch *Mugdan*, Bd. I, S. 475.

729 Vgl. nur die Definition des Begriffs „Rechtsgeschäft“, in Creifels Rechtswörterbuch, 23. Ed. 2019 (Bearbeiter: *Fuchs*).

Verträgen gegen den Parteiwillen hergestellt werden darf.⁷³⁰ In der Literatur gab es immer Stimmen, die davon ausgingen, dass für die Anwendung des § 139 BGB beim Vorliegen zweier rechtlich getrennter Verträge kein Raum sei.⁷³¹ Der unumstrittene und vom Wortlaut eindeutig gedeckte Aussagegehalt des § 139 BGB beschränkt sich aber auf die Rechtsfolgenbestimmung. Es geht in der Norm also nicht per se um die Einheitsbetrachtung eines Rechtsgeschäfts, sondern nur um eine Einheitsbetrachtung im Hinblick auf die hieraus resultierenden Rechtsfolgen.⁷³²

- 15 Zum Ergebnis einer freien Ausgestaltbarkeit kraft Parteiwillens kommt man auch im Hinblick auf § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB. So ist jedenfalls § 323 Abs. 1 BGB einer Koordinierung von Leistungskomponenten über die Vertragsgrenzen hinaus nicht zugänglich. Der Gläubiger kann danach zurücktreten, sofern der Schuldner *bei* einem gegenseitigen Vertrag eine fällige Leistung nicht oder nicht vertragsgemäß erbringt. Die Regelung ermöglicht also keinen Rücktritt von einem Vertrag wegen einer Pflichtverletzung in einem parallel dazu bestehenden anderen Vertragsverhältnis. Gemäß Abs. 5 Satz 1 kann der Gläubiger, sofern der Schuldner eine Teilleistung bewirkt hat, vom ganzen Vertrag (nur) zurücktreten, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat. Auch hier wird nicht näher bestimmt, was es mit der Teilleistung auf sich hat, obschon die Teilleistung zwingend eine Teilbarkeit voraussetzt.⁷³³ Hinzu kommt, dass es sich bei § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB um eine innervertragliche Regelung handelt. Anders als insbesondere in § 139 BGB wird im Normwortlaut nicht der – weitere – Begriff des „Rechtsgeschäfts“ verwendet, sondern es ist ausdrücklich vom „Vertrag“ die Rede (vgl. bereits § 325 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F. und § 469 Satz 2 BGB a.F.). Die Bestimmung der Grenzen des einen Vertrags und der Beginn des nächsten bleibt damit hier ebenfalls den Parteivereinbarungen überlassen.

3. Folge: Außerrachtlassung von Vertragsverbindungen

- 16 *Gernhuber* hat den dargestellten Befund dahingehend zusammengefasst, dass das BGB die Parteien nie daran gehindert habe, Mehrheiten an sich getrennter Verträge in der Einheit eines einzigen (zusammengesetzten) Schuldvertrags zusammenzufassen.⁷³⁴ Zugleich, und darauf kommt es eigentlich an, werden sie aber auch nicht daran gehindert, ein objektiv einheitliches Geschäft in eine Mehrheit (dann dem BGB

730 *Gernhuber*, in: FS Larenz, 1973, 455 (468).

731 Vgl. etwa früh zutreffend *Donau* NJW 1955, 1666 (1667); *Meyer* MDR 1958, 79; s. auch *Esser*, in: FS Kern, 1968, S. 87 (107); *Larenz*, in: FS Michaelis, 1972, S. 193 (201) (z.T. von der unpassenden Rechtsfolgenseite her argumentierend); zur Gegenauffassung etwa *Vollkommer*, in: FS Merz, 1992, S. 595 (606); für § 139 BGB analog schließlich *Larenz/Canaris*, SchuldR, Bd. II/2, § 63 I, S. 43.

732 RG JW 1908, 445; vgl. auch *Flume* BGB AT, Bd. 2, Das Rechtsgeschäft, § 32 I, S. 570; *Dorn*, in: HKK-BGB, §§ 139–141 Rn. 1.

733 Vgl. dazu etwa *Ernst*, in: MüKo-BGB, Einl. § 241 Rn. 28; *Müller/Matthes* AcP 204 (2004), 732 ff.; *Heiderhoff/Skamel* JZ 2006, 383 (385 ff.).

734 *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, § 31 I 2, S. 710.

nach grundsätzlich unverbundener) Verträge aufzulösen. Der rechtsgeschäftliche Wille soll also im Ausgangspunkt die einzige Gestaltungskraft sein, welche trennend und verbindend wirkt.⁷³⁵ Der V. Senat des BGH hat aus diesem Umstand bereits 1953 geschlossen, dass bei äußerlich voneinander getrennten Verträgen eine tatsächliche Vermutung dafür spreche, dass sie auch nach der Absicht der Parteien nicht als einheitlicher Vertrag, sondern als verschiedene selbständige Geschäfte gewollt sind und dies gerade durch die Trennung zum Ausdruck gebracht werden sollte.⁷³⁶ Abgesehen davon, ist dem BGB für eine Lehre von den Vertragsverbindungen⁷³⁷ „fast nichts zu entnehmen“.⁷³⁸ Der Zugang zu ihr wird durch den abstrahierenden und isolierenden Denkstil des BGB nachhaltig verschüttet.⁷³⁹ Daran hat sich auch durch die Schuldrechtsreform von 2001 und andere Reformprojekte nichts Grundlegendes geändert. Eine bedeutsame Ausnahme bildet der finanzierte Abzahlungskauf, bei dem Kauf und Darlehen eine multilaterale Vertragsverbindung bilden, weil sie in einer Art aufeinander bezogen sind, dass eine die beiden Schuldverhältnisse voneinander isolierende Betrachtung im Recht ausgeschlossen ist.⁷⁴⁰ Er wurde insofern aus dem „toten Winkel“ des BGB befreit, als an den Umstand einer objektiven Untrennbarkeit ausdrücklich gesetzliche Folgen geknüpft wurden (§§ 358 ff. BGB), die auch gegen einen explizit erklärten abweichenden Willen der Vertragsparteien eintreten (dazu näher § 15 A.).

III. Das bipolare Vertragsleitbild des BGB

1. Personale Relativität des Schuldverhältnisses

Die dritte maßgebliche Negativbewandtnis, auf die es bei Verortung der Mehrkomponentengeschäfte im BGB ankommt, ist das bilaterale Vertragsleitbild. Damit ist eine Steigerung des unter II. angesprochenen Befunds gemeint: Im BGB lassen sich nur ganz punktuell Regelungen zu Vertragsverbindungen finden. Bei solchen Verknüpfungen handelt es sich aber erst Recht um *terra incognita*, sofern ihnen eine multilaterale Parteienkonstellation zugrunde liegt. Durch ein rechtsgeschäftlich nur auf vertraglicher Basis begründbares Schuldverhältnis werden bekanntlich grund-

⁷³⁵ Vgl. Gernhuber, Das Schuldverhältnis, § 31 I 2, S. 710.

⁷³⁶ BGH Urt. v. 13.11.1953 – V ZR 173/52 = BeckRS 1953, 31203270.

⁷³⁷ Mit dem Begriff der Vertragsverbindung hat Gernhuber eine Mehrheit aufeinander bezogener Schuldverhältnisse bezeichnet, deren Verknüpfung unmittelbar eintretende Einwirkungen (genetischer, funktioneller oder konditioneller Art) zur Folge hat, unabhängig davon, ob lediglich ein Schuldverhältnis Einwirkungen auf ein anderes (oder andere) zeitigen oder wechselseitige Einwirkungen festzustellen sein mögen, vgl. Gernhuber, Das Schuldverhältnis, § 31 I 1, S. 710.

⁷³⁸ Gernhuber, Das Schuldverhältnis, § 31 I 4, S. 711.

⁷³⁹ Gernhuber, Das Schuldverhältnis, § 31 I 4, S. 711.

⁷⁴⁰ Gernhuber, Das Schuldverhältnis, § 31 I 1, S. 710.

sätzlich „nur die an ihm Beteiligten berechtigt und verpflichtet“. ⁷⁴¹ Dritte werden vom Schuldverhältnis nicht erfasst, müssen aus ihm also weder Rechte noch Pflichten ableiten (Verbot des Vertrags zulasten Dritter) (und können dies im Übrigen auch nicht). ⁷⁴² Zusammengefasst wird das skizzierte Regelungsanliegen des BGB-Gesetzgebers ⁷⁴³ bekanntlich unter dem Topos Relativitätsgrundsatz. ⁷⁴⁴ Am ehesten zum Ausdruck kommt es (jedenfalls indiziell) in der zweigliedrigen Einteilung der subjektiven Rechte: Da es das wesentliche Merkmal des Eigentums ist, dass es seine ausschließende Wirkung absolut, also gegenüber jedermann entfaltet, sich eine solche Wirkung für sein dichotomes Gegenstück, das Forderungsrecht, aber nicht feststellen lässt, liegt nahe, dass letzteres allein relativ wirken soll. ⁷⁴⁵ Das BGB enthält zudem nur wenige Regelungen, in welchen das bipolar gedachte Schuldverhältnisses um Drittbeziehungen erweitert wird. ⁷⁴⁶

⁷⁴¹ *Neuner JZ* 1999, 126; vgl. grundlegend *Esser/Schmidt*, SchuldR AT, § 5 V, S. 99 ff.; s. auch *Möslein*, Dispositives Recht, S. 24.

⁷⁴² S. BVerfG NJW 1987, 827 (828): Den Gerichten sei grundsätzlich eine Auslegung verwehrt, durch die ein Rechtssubjekt ohne legitimierenden Rechtsgrund den Vereinbarungen anderer Parteien unterworfen wird; vgl. auch *Neuner JZ* 1999, 126 (127) („externe“ Konsequenz des Relativitätsgrundsatzes) sowie daneben *Michaels*, in: HKK-BGB, vor § 241 Rn. 7, 88, § 241 Rn. 7; *Thier*, in: HKK-BGB, § 311 Rn. 1; *Flume BGB AT*, Bd. 2, Das Rechtsgeschäft, S. 7; *Maultzsch/Czarnecki ZEuP* 2016, 832 (837); *Grünberger AcP* 218 (2018), 213 (280); s. auch *Henke*, Die sog. Relativität des Schuldverhältnisses, S. 11: Das Schuldverhältnis ist „eine sich von anderen zwischenmenschlichen Beziehungen abhebende Sonderverbindung, die den Gläubiger und den Schuldner [...] einschließt, andere Personen von den im Schuldverhältnis festgelegten Rechten und Pflichten dagegen ausschließt.“

⁷⁴³ Vgl. zur Relativität des Forderungsrechts Motive, Bd. II, S. 2: Es stehe außer Zweifel, dass durch das Schuldverhältnis nur persönliche Rechtsbeziehungen zwischen den in demselben stehenden Parteien begründet werden, der persönliche Anspruch des Gläubigers gegen den Schuldner auf die Leistung, die persönliche Verbindlichkeit des Schuldners zur Bewirkung der Leistung. Über die Personen des Gläubigers und des Schuldners greife die Wirkung des Schuldverhältnisses an sich nicht hinaus; vgl. zu den römischrechtlichen bzw. pandektistischen Grundlagen der Relativität *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, S. 520.

⁷⁴⁴ Vgl. *J. Schmidt AcP* 190 (1990), 650 (653): eines der grundlegenden Rechtsprinzipien des modernen Vertragsrechts; vgl. auch *Grünberger AcP* 218 (2018), 213 (280): „Grundpfeiler“ des modernen Vertragsrechts; *Neuner JZ* 1999, 126 (127): prägendes Element eines Schuldverhältnisses.

⁷⁴⁵ *Grundmann*, in: FS Hopt, 2010, S. 61 (84): Die „Nichtberücksichtigung von Drittwirkungen von Verträgen“ entspreche dem „Grundcredo zur Ordnung des Bürgerlichen Gesetzbuches, mit einer Trennung der relativen von den absoluten Rechten in Buch 2 und 3“; vgl. auch etwa *Michaels*, in: HKK-BGB, vor § 241 Rn. 21; *Bachmann*, in: MüKo-BGB, § 241 Rn. 11; *J. Schmidt AcP* 190 (1990), 650; *Neuner JZ* 1999, 126.

⁷⁴⁶ Zu nennen sind insbesondere der Vertrag zugunsten Dritter (§§ 328 ff. BGB) und die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (§§ 705 ff. BGB). Darüber hinaus wurden durch richterliche Rechtsfortbildung der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, die Drittschadensliquidation und die (heute in § 311 Abs. 3 BGB kodifizierte) Haftung Dritter aus Culpa in Contrahendo entwickelt, vgl. zum Ganzen vor dem Hintergrund des Relativitätsgrundsatzes: *Medicus JuS* 1974, 613 (622); *Neuner JZ* 1999, 126 (127 ff.).

2. Bekannte Literaturkritik

Kritik an der Relativität wurde in der Literatur bereits verschiedentlich vorgebracht.⁷⁴⁷ So spricht *Teubner* etwa von einem politischen „Tunnelblick“,⁷⁴⁸ bei *Maultzsch* und *Czarnecki* ist davon die Rede, dass der Relativitätsgrundsatz fragwürdige Konsequenzen hervorruft,⁷⁴⁹ *Grundmann* sieht den Relativitätsgrundsatz im Vertragsrecht in einer Krise mit langer Tradition, welche auch die Vertragsrechtswissenschaften erfasse⁷⁵⁰ und *Grünberger* schreibt von einem „Defizit des BGB“.⁷⁵¹ Insbesondere wird dabei kritisiert, dass die Vertragsrechtsdogmatik infolge der Relativität nur unzureichend dazu in der Lage sei, den sich bei arbeitsteiligen Wirtschaftsprozessen ergebenden Problemen hinreichend Rechnung zu tragen. So sei der Relativitätsgrundsatz, nach *Grünberger*, „Stärke und Schwäche des Privatrechts zugleich“.⁷⁵² Denn die auf Relativität gepolten Regelungen des BGB sorgten dafür, dass sich (faktische) Außenwirkungen zweipoliger Schuldverhältnisse nicht erfassen ließen. Da diese Außenwirkungen keinen Platz in der hergebrachten Rechtsdogmatik fänden, werde eine Art Versteckspiel ermöglicht: Betrachte man wirtschaftliche Vorgänge im Ganzen, werde erkennbar, dass die hergebrachte Zivilrechtsdogmatik nicht flächendeckend dafür Sorge trage, dass bei Leistungsstörungen deren eigentlicher Verursacher auch ihre negativen Folgen zu tragen habe.⁷⁵³ *Grundmann* vertritt, dass die Nichtberücksichtigung von Drittwirkungen von Verträgen maßgeblich zur Finanzkrise ab 2008 beigetragen habe. Denn sie sei dafür verantwortlich, dass nicht beachtet wurde, dass eine sorglose Kreditvergabe auch Dritte betreffen könne; dass Verbriefung und Weiterverkauf zwischen Special Purpose Vehicle und Anlegern die Risikobereitschaft des ursprünglichen Kreditgebers exponentiell wachsen lasse; dass ein unverantwortliches Rating vor allem Dritte, Vierte und Fünfte schädige; und dass massenweise gleiches Anlageverhalten (Herdenverhalten) überhaupt erst Risiken zu systemischen mache.⁷⁵⁴ *Michaels* führt als Beispiel für einen Vorgang, der angesichts des Relativitätsgrundsatzes zivilrechtlich nur defizitär aufgearbeitet werden könne, globale Lieferketten mit zahlreichen, untereinander wiederum verbundenen Untervertragsverhältnissen an.⁷⁵⁵

747 Vgl. bereits *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, S.519; *ders.*, in: FS 100 Jahre DJT, Bd. II, 1960, S. 8 (15 ff.).

748 *Teubner*, in: Amstutz, Die vernetzte Wirtschaft, S. II (17).

749 *Maultzsch/Czarnecki* ZEuP 2016, 832 (838).

750 *Grundmann*, in: FS Hopt, 2010, S. 61 (85).

751 *Grünberger* AcP 218 (2018), 213 (280).

752 *Grünberger* AcP 218 (2018), 213 (280).

753 *Grünberger* AcP 218 (2018), 213 (280).

754 *Grundmann*, in: FS Hopt, 2010, S. 61 (84 f.).

755 *Michaels*, in: HKK-BGB, vor § 241 Rn. 69.

C. Zwischenergebnis

- 19 Im Lichte der vorstehenden Ausführungen, ist den existierenden Konzeptionen einer zivilrechtsakzessorischen Ertragsrealisation bei einem Mehrkomponentengeschäft entgegenzuhalten, dass sie die bei diesem Geschäft zentrale Frage, ob seine Leistungskomponenten ein gemeinsames Schicksal teilen, nicht hinreichend berücksichtigen. Denn der Gesetzgeber hat die nach der BGB-Struktur für die rechtliche Behandlung von Mehrkomponentengeschäften entscheidende Weichenstellung, ob ein einheitlicher Vertrag oder eine Vertragsmehrheit gebildet wird, der freien privatautonomen Bestimmung überantwortet. Zumindest dem ersten Anschein nach, respektiert das Privatrecht die Implikationen der freien Bestimmung der Vertragsgrenzen auch vollumfänglich. Das beobachtete Kriterium der wirtschaftlichen Verbindung von Leistungskomponenten, welches den Wesensgehalt der Mehrkomponentengeschäfte ausmacht, stellt bis heute keine dem allgemeinen BGB-Schuldrecht bekannte Kategorie dar. Angesichts dieses Ausgangsbefunds ergeben sich im Einzelnen vier Möglichkeiten: Entweder stellen willkürliche Vertragsaufspaltungen schon kein rechtlich greifbares Risiko dar oder den Parteien ist es jeweils überlassen, sich selbst vor diesem Risiko zu schützen. Die dritte Möglichkeit besteht darin, dass das BGB insofern eine Schutzlücke aufweist. Die vierte – schlussendlich zutreffende⁷⁵⁶ – Möglichkeit ist, dass der Vertragsverbund zwar grundsätzlich nicht zur abstrahierenden und isolierenden Regelungsstruktur des BGB passt, es aber vor allem unser gewohnter, an der BGB-Struktur geschulter Denkstil ist, der uns daran hindert, ihn in den Mittelpunkt dogmatischer Betrachtungen zu rücken.

756 Ähnlich die Vermutung von *Gernhuber*, in: FS Larenz, 1973, S. 455 (469).

§ 15 Ansätze zu einer Mehrkomponentendogmatik

A. Mehrkomponentengeschäfte als gesetzgeberische Regelungsobjekte

Gegen die Annahme, dass das Recht blind gegenüber Vertragsverbindungen sei, und die am Ende von § 14 angesprochene Möglichkeit nichtvorhandener rechtlicher Risiken bei solchen Verbindungen spricht, dass sich im europäischen und nationalen Recht eine wachsende Anzahl an rechtlichen Regeln ausmachen lassen, welche sich über die Parteiautonomie im Hinblick auf Vertragsaufspaltungen hinwegsetzen. In Gestalt dieser Regelungen vollziehen der europäische und der deutsche Gesetzgeber den rechtstheoretischen Gedanken, anstatt dem Vertrag in den von den Parteien willkürlich gesetzten Grenzen, eine objektive Leistungskomponentenverknüpfung zur Tatbestandsgrundlage von Verbraucherschutzregelungen zu machen, explizit nach. Damit wird anerkannt, dass wirtschaftliche bzw. objektive Vertragsverbindungen unmittelbare rechtliche Folgen haben müssen, sofern die mit dem Respekt vor dem Parteiwillen einhergehende Risikoverteilung unter Verbraucherschutzgesichtspunkten problematisch ist. 1

Die Untersuchung nimmt dabei zunächst die Behandlung von Mehrkomponentengeschäften im europäischen Wettbewerbsrecht (I.) und anschließend gleichgerichtete Bestimmungen in der telekommunikationsrechtlichen Richtlinie 2018/1972/EU in den Blick (II.). Im Hinblick auf das Privatrecht kann auf die Regelungen zu verbundenen und zusammenhängenden Verträgen abgestellt werden (§§ 358 ff. BGB) (III.). Der BGB-Gesetzgeber hat sich, zurückgehend auf eine im Angesicht des finanzierten Abzahlungsgeschäfts vorgenommene rechtstheoretische Weichenstellung („Trennungstheorie“), insofern dagegen entschieden, die Vertragsverbindung explizit als ein über den Einzelverträgen schwebendes Rechtsinstitut anzuerkennen. Nichtsdestotrotz werden hier Rechtsfolgen an die wirtschaftliche Verbindung zweier Verträge geknüpft. Von diesen Regelungen aus, scheint es rechtspolitisch nur noch ein kleiner Schritt zu einem allgemeinen privatrechtlichen Mehrkomponentenbegriff zu sein. Es zeigt sich aber, dass ein sektorenübergreifendes Schutzprogramm für Verbraucher bei Mehrkomponentengeschäften im BGB tatsächlich wohl nicht in Sicht ist. Denn die rechtstheoretische Verallgemeinerung der insbesondere in den §§ 358 ff. BGB aufgegriffenen Verbindung tritt angesichts ihres streng umgrenzten Anwendungsbereichs zwangsläufig in den Hintergrund. Auch vom europäischen Gesetzgeber sind insofern keine Impulse zu erwarten. Bereits die hinter den §§ 358 ff. BGB stehenden gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben sind „ein Flickenteppich“.757 Der EuGH hat in 2

757 Habersack, in: FS Picker, 2010, S. 327 (339).

der Rechtssache *Schulte* zudem auch ganz ausdrücklich die Auffassung vertreten, dass im Hinblick auf Verbraucherschutzrichtlinien, die keine Vorschriften über verbundene Verträge enthalten, nicht angenommen werden kann, dass diese stillschweigende derartige Vorschriften enthielten.⁷⁵⁸ Diese These wird abschließend anhand der mehrkomponentenspezifischen Inhalte von Warenkauf- und Digitale-Inhalte-Richtlinie untermauert (IV).

I. Mehrkomponentengeschäfte im Wettbewerbsrecht

- 3 Am Weitesten anerkannt sind die mit Mehrkomponentengeschäften zu assoziierenden Problemstellungen im Wettbewerbsrecht. Die Geschäftspraxis einer Bündelung von Angeboten⁷⁵⁹ für verschiedene Leistungskomponenten bzw. „Kopplungsgeschäfte“ werden in Richtlinie 2005/29/EG⁷⁶⁰ unmittelbar adressiert.⁷⁶¹ Bündelangebote oder Kopplungsgeschäfte sollen danach nicht per se wettbewerbsrechtlich unzulässig, sondern jeweils im Einzelfall anhand den Richtlinienbestimmungen daraufhin zu überprüfen sein, ob sie den Wettbewerbsprozess beeinflussen und den Verbrauchern schaden.⁷⁶² Der BGH hat dementsprechend schon mehrfach zur Frage der Wettbewerbswidrigkeit unterschiedlicher Kopplungsgeschäfte entschieden.⁷⁶³

II. Sektorspezifische Regelungen zu Paketen

- 4 Daneben werden Mehrkomponentengeschäfte im Telekommunikationsrecht adressiert, wobei jedoch wiederum eine abweichende Bezeichnung gewählt wurde. So behandelt die mit dem Telekommunikationsmodernisierungsgesetz⁷⁶⁴ in deutsches

758 EuGH Urt. v. 25.5.2005 – C-350/03 („Schulte“) = ECLI:EU:C:2005:637 Rn. 76; dazu *Habersack*, in: FS Picker, 2010, S. 327 (329).

759 Ein Angebot im wettbewerbsrechtlichen Sinne umfasst dabei über den §§ 145 ff. BGB zugrunde liegenden Wortsinn hinaus auch die invitatio offerendum, nicht jedoch allgemeine Werbeaussagen, die nur der Aufmerksamkeitserheischung dienen sollen, vgl. *Köhler* GRUR 2003, 729 Fn. 3.

760 Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken), ABl. L 149 vom 11.6.2005, S. 22.

761 Vgl. zum Stand der wettbewerbsrechtlichen Dogmatik auf europäischer Ebene insbesondere Erwägungsgrund 35 der Richtlinie 2019/770/EU (Warenkaufrichtlinie).

762 Vgl. Erwägungsgrund 35 der Richtlinie 2019/770/EU (Warenkaufrichtlinie).

763 Vgl. BGH Urt. v. 13.6.2002 – I ZR 173/01 = BGHZ 151, 84 = NJW 2002, 3403 (3404) – Kopplungsangebot I und BGH Urt. v. 13.6.2002 – I ZR 71/01 = GRUR 2002, 979 (981) – Kopplungsangebot II; dazu aus der Literatur: *Köhler* GRUR 2001, 1067 ff.; *ders.* GRUR 2003, 729; *Kügele* GRUR 2006, 105; *Ohly* NJW 2003, 2135.

764 Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/1972 vom 11. Dezember 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (Neufassung) und zur Modernisierung des Telekommunikationsrechts (Telekommunikationsmodernisierungsgesetz) v. 23.6.2021 (BGBl. I 2021, S. 1858).

Recht umgesetzte Richtlinie 2018/1972/EU⁷⁶⁵ unter anderem so genannte „Pakete“, da sie inzwischen immer weiter verbreitet und ein wichtiger Wettbewerbsfaktor seien (Erwägungsgrund 283). Diese Einschätzung deckt sich mit den referierten Beobachtungen der Rechnungslegungspraxis. Charakteristisches Merkmal solcher Pakete soll sein, dass sie, „mindestens entweder einen Internetzugangsdienst oder einen öffentlich zugänglichen nummerngebundenen interpersonellen Kommunikationsdienst sowie weitere Dienste, etwa einen öffentlich zugänglichen nummernunabhängigen interpersonellen Kommunikationsdienst, den linearen Rundfunk und einen Dienst der Maschine-Maschine-Kommunikation oder eine Endeinrichtung, umfassen“ (vgl. Erwägungsgrund 283). Die Bestandteile des Pakets müssten vom selben Anbieter auf Grundlage desselben Vertrags oder eines mit diesem eng zusammenhängenden oder verknüpften Vertrags bereitgestellt oder verkauft werden (Erwägungsgrund 283, vgl. auch Art. 107 Abs. 1). Der Begriff des „Pakets“ im Sinne von Richtlinie 2018/1972/EU umfasst also alle Formen der durch die Rechnungslegungspraxis in den Blick genommenen Mehrkomponentengeschäfte. Insbesondere geht es sowohl um einzelne Verträge als auch Vertragsverbindungen. Die Definition des Pakets als Rechtsfigur dient dazu, seine einzelnen Leistungskomponenten telekommunikationsrechtlich einem einheitlichen Rechtsregime zu unterwerfen. Anknüpfungspunkt des Telekommunikationsrechts ist damit nicht mehr nur der Einzelvertrag, sondern das auf einer höheren begrifflichen Ebene anzusiedelnde Paket. Insbesondere sollen die in der Richtlinie getroffenen Bestimmungen zu Vertragslaufzeit und -beendigung auf das gesamte Paket Anwendung finden. Verbraucher sollen, wenn sie das Recht haben, einen Bestandteil eines Pakets, das mindestens einen Internetzugangsdienst oder einen öffentlich zugänglichen nummerngebundenen interpersonellen Kommunikationsdienst umfasst, vor dem Ende der vereinbarten Vertragslaufzeit wegen Vertragsverstoßes oder nicht erfolgter Bereitstellung zu kündigen, alle Bestandteile des Pakets kündigen können (Erwägungsgrund 283 i.V.m. Art. 107 Abs. 2).

Weitergehend führt Erwägungsgrund 283 aus, dass einige als wesentlich angesehene 5
Richtlinienbestimmungen, die die Vertragszusammenfassung, Transparenz, Vertragslaufzeit und Vertragsbeendigung sowie den Anbieterwechsel betreffen, ebenfalls auf alle Elemente eines Pakets anwendbar sein sollen. Dies soll auch für Endeinrichtungen, andere Dienste wie digitale Inhalte oder digitale Dienste sowie elektronische Kommunikationsdienste gelten, die von den Richtlinienbestimmungen eigentlich nicht direkt erfasst werden. Schließlich sollen alle Verpflichtungen gegenüber dem Endnutzer, die nach der Richtlinie für einen bestimmten elektronischen Kommuni-

765 Vgl. dazu den Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie 2018/1972/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.12.2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (Neufassung) und zur Modernisierung des Telekommunikationsrechts (Bearbeitungsstand: 9.12.2020).

kationsdienst gelten, wenn er als unabhängiger Dienst bereitgestellt oder verkauft wird, auch gelten, wenn dieser Dienst Bestandteil eines Pakets ist, das mindestens noch einen Internetzugangsdienst oder einen öffentlich zugänglichen nummerngebundenen interpersonellen Kommunikationsdienst umfasst.

- 6 Zusammenfassend benennt die Richtlinie also zum einen spezifische Gefahren, die von Mehrkomponentengeschäften für Verbraucher ausgehen können. Zum anderen wird es unternommen, diese Gefahren einer plausiblen, dem Gedanken eines hohen Verbraucherschutzniveaus Rechnung tragenden Lösung zuzuführen. Diese Lösung besteht darin, den Gerichten mit dem „Paket“ ein Rechtsinstitut an die Hand zu geben, das es ermöglicht, rechtliche Bezüge zwischen Leistungskomponenten auch ohne oder gegen den auf Vertragstrennung gerichteten Parteiwillen herzustellen. Von Relevanz ist schließlich, dass sich die Richtlinie nicht nur auf einen Mehrkomponentenverbraucherschutz beschränkt. Auch Endnutzer „in Gestalt von Kleinstunternehmen, kleinen Unternehmen oder Organisationen ohne Gewinnerzielungsabsicht“ sollen vor Geschäftspraktiken, welche den Versuch umfassen, an die nachträgliche Entstehung eines Angebotspakets durch Zubuchung von Diensten oder Endgeräten eine Vertragsverlängerung zu knüpfen, geschützt werden (vgl. Art. 107 Abs. 3, 4 von Richtlinie 2018/1972/EU).

III. Die Regelungen zu verbundenen und zusammenhängenden Verträgen

1. Einleitung

- 7 Die Ausführungen unter I. und II. haben gezeigt, dass das Europarecht die Verknüpfung von Leistungskomponenten teilweise explizit anerkennt. Auch die im Hinblick auf Mehrkomponentengeschäfte im nationalen Recht maßgeblichen §§ 358 ff. BGB dienen dazu, Verbraucher vor den Belastungen und Risiken (willkürlicher) Vertragsaufspaltungen zu schützen. Die seitens der Parteien vordergründig getroffene Entscheidung, ein wirtschaftlich zusammenhängendes Geschäft in mehrere Einzelverträge aufzuspalten, wird hier aber, in Anknüpfung an die vom BGH zum finanzierten Abzahlungsgeschäft entwickelte „Trennungstheorie“, nicht grundsätzlich hinterfragt. Zwar wird also ein wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen Verträge als Anknüpfungspunkt für Rechtsfolgen gewählt, anders als im Wettbewerbs- und Telekommunikationsrecht, wird jedoch nicht versucht, die einzelnen Leistungskomponenten begrifflich einem über der Vertragsebene auszumachenden, höherrangigen Rechtsinstitut zuzuordnen. Dieser Ansatz hat den Vorteil, dass er dem ursprünglichen Denkstil des BGB (§ 14 C.) Rechnung trägt und weniger „quer“ zu ihm steht. Grundsätzlich ist es dem Gesetzgeber natürlich unbenommen, so vorzugehen. Dem weiteren Rechtsfortschritt ist dieses Vorgehen aber eher abträglich. Denn so bleibt im Unklaren, wie der wirtschaftliche Zusammenhang, an den angeknüpft wird,

rechtstheoretisch einzuordnen ist. Problematisch ist dies, da die Wirtschaft im Lauf der Jahre immer mehr Unterformen von finanzierten Geschäften entwickelt hat. Aufgrund des im BGB gewählten Ansatzes, lassen sich diese nurmehr im Wege der Auslegung, Analogiebildung oder Gesetzesreform, also schrittweise-tastend rechtlich bewältigen, obschon, wie Wettbewerbs- und Telekommunikationsrecht zeigen, längst ein zur umfassenden Problemerkennung und -lösung geeignetes rechtstheoretisches Denkmodell verfügbar ist.

2. Wirtschaftliche Verknüpfung von Leistungskomponenten

Um dies näher zu erfassen, gilt es sich zunächst vor Augen zu führen, dass schon 8 die §§ 358 f. BGB eine seit langem verbreitete und Gegenstand rechtsdogmatischer Überlegungen bildende Sachverhaltskonstellation adressieren. Sie kam, wie *Gernhuber* ausführt, in einer Zeit auf, in welcher die Warenkäufer nicht mehr über ausreichendes Kapital für Kreditverkäufe verfügten und deshalb neue Methoden der Kauffinanzierung erdacht werden mussten.⁷⁶⁶ Es geht also darum, dass Unternehmen, wenn ein Verbraucher, der von ihnen eine Leistung beziehen will, nicht zur Barbezahlung in der Lage ist, nach Wegen suchen, dennoch einen Geschäftsabschluss herbeizuführen. Einerseits besteht dann die Möglichkeit, eine Ratenzahlung zu vereinbaren. Dieser Fall wird heute in den §§ 506 f. BGB geregelt. Alternativ kann das wirtschaftliche Gesamtgeschäft in zwei separate Verträge (einen Beschaffungs- und einen Finanzierungsvertrag) aufgespalten werden, wobei der Grundfall dieser Aufspaltung als finanzierter Abzahlungskauf bezeichnet wird, die §§ 358 f. BGB aber heute auch auf vergleichbare Finanzierungsgeschäfte Bezug nehmen.⁷⁶⁷ Auf den Regelungsgehalt der §§ 358 f. BGB wird – soweit er für die Arbeit von Interesse ist – unter II. zurückgekommen. Zunächst geht es um die Regelungsstruktur: Sie folgt bis heute der in richterlicher Rechtsfortbildung zum finanzierten Abzahlungskauf entwickelten „Trennungstheorie“, wonach Kauf und Darlehensvergabe grundsätzlich als zwei getrennte Verträge anerkannt werden.⁷⁶⁸

Insofern gab es selbst abseits finanzierter Abzahlungsgeschäfte zunächst Tendenzen, 9 einen auf § 242 BGB gestützten Durchgriff über die Vertragsgrenzen hinweg zuzulassen. Zuletzt wurde noch nicht einmal mehr ein finanzierter Konsumgütererwerb vorausgesetzt. Vielmehr hat der BGH den Einwendungsdurchgriff auch zugelassen,

⁷⁶⁶ *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, § 31 II 6, S. 717.

⁷⁶⁷ *Rosenkranz*, in: BeckOGK BGB, Stand 1.2.2024, § 358 Rn. 22.

⁷⁶⁸ Vgl. zur Trennungstheorie nur BGH Urt. v. 26.3.1976 – V ZR 247/74 = BGHZ 66, 165 (168) = NJW 1976, 1093; BGH Urt. v. 25.3.1982 – III ZR 198/80 = BGHZ 83, 301 (303) = NJW 1982, 1694 (1695); BGH Urt. v. 19.9.1985 – III ZR 214/83 = BGHZ 95, 350 = NJW 1986, 43 (44); BGH Urt. v. 13.11.1975 – III ZR 104/72 = WM 1975, 1298; BGH Urt. v. 21.6.1979 – III ZR 62/78 = NJW 1979, 2511; BGH Urt. v. 8.11.1979 – III ZR 115/78 = NJW 1980, 782 (783).

als es um den Bau einer Eigentumswohnung,⁷⁶⁹ die Anlage eines Tennisplatzes⁷⁷⁰ und die Beteiligung von Arbeitnehmern am Arbeitgeberunternehmen⁷⁷¹ ging.⁷⁷² Als es dann aber eine gesetzliche Regelung gab, fand die Rechtsprechung zu einer deutlich restriktiveren Linie. So hatte der XI. Zivilsenat 2006 über Realkreditverträge zur Finanzierung eines Immobilienerwerbs zu befinden. Hier ging es nicht unmittelbar um ein verbundenes Geschäft im Sinne von § 9 VerbrKrG a.F., weil die Regelung auf diese Verträge gemäß § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG a.F. keine Anwendung fand.⁷⁷³ Der XI. Zivilsenat entschied, dass auch ein Einwendungsdurchgriff nach den aus § 242 BGB hergeleiteten Grundsätzen der Rechtsprechung zum verbundenen Geschäft nicht in Betracht komme. Der Gesetzgeber habe die bewusste Entscheidung getroffen, derartige Geschäfte aus dem Anwendungsbereich des § 9 VerbrKrG auszunehmen. Dies sperre auch den Rückgriff auf die richterrechtlich entwickelte Fallgruppe des § 242 BGB.⁷⁷⁴

- 10 Dementsprechend knüpfen die §§ 358 f. BGB in Anerkennung der vom Parteiwillen getragenen Vertragstrennung rechtliche Folgen an die nichtsdestotrotz ganz offenkundig bestehende (und gewollte) wirtschaftliche Verknüpfung von finanziertem Geschäft und Finanzierungsgeschäft. § 358 Abs. 1 BGB erstreckt die Rechtsfolgen des Widerrufs des finanzierten Geschäfts auf das Finanzierungsgeschäft (den Darlehensvertrag). § 358 Abs. 2 BGB erfasst demgegenüber den umgekehrten Fall: Die Rechtsfolgen des Widerrufs des Finanzierungsgeschäfts werden hier auf das finanzierte Geschäft erstreckt. Bei näherem Hinsehen ist der evolutionäre Gehalt der Regelungen begrenzt: Zwar modifizieren sie den personalen Relativitätsgrundsatz (§ 14 B. III.) insofern es keine Rolle spielt, inwiefern der Sachleistungsschuldner des finanzierten Geschäfts zugleich Darlehensgeber beim Finanzierungsgeschäft ist, den Grundsatz der freien Vertragstrennbarkeit (§ 14 B. II.) lassen sie aber unangetastet. Die objektiv bestehende Verknüpfung zwischen den Verträgen wird nur gerade so weit als rechtlich relevanter Umstand anerkannt, wie es sich nicht vermeiden lässt.
- 11 *Gernhuber* hat diese Art von Initiativen, um dem Phänomen der Vertragsverbindungen Rechnung zu tragen, treffend als Vorschläge, die um Legitimation aus dem

⁷⁶⁹ BGH WM 1979, 1059.

⁷⁷⁰ BGH WM 1982, 150 = ZIP 1982, 155.

⁷⁷¹ BGH NJW 1978, 2145.

⁷⁷² Vgl. auch den vom III. Zivilsenat in seiner Entscheidung vom 28.5.1984 (III ZR 63/83 = NJW 1984, 2816 (2818)) insofern erstellten Überblick.

⁷⁷³ Der Gesetzgeber des VerbrKrG hat die gesetzliche Regelung in § 9 VerbrKrG zwar in Anlehnung an die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze geschaffen (vgl. Begr. RegE VerbrKrG, BT-Drucks. 11/5462, S. 12, 23 f.), dabei jedoch Modifikationen und Einschränkungen vorgenommen, vgl. insofern im Einzelnen BGH Urt. v. 27.1.2004 – XI ZR 37/03 = NJW 2004, 1376 (1378).

⁷⁷⁴ BGH Urt. v. 27.1.2004 – XI ZR 37/03 = NJW 2004, 1376 (1378); BGH Urt. v. 26.9.2006 – XI ZR 283/03 = NJW 2007, 361 Rn. 14; vgl. dazu *Habersack*, in: MüKo-BGB, § 359 Rn. 20; a.A. u.a. *Herresthal*, in: Staudinger BGB, Updatestand 25.11.2024, § 359 Rn. 21 (vgl. bereits oben).

bereits Bekannten und Bewährten bemüht seien, bezeichnet.⁷⁷⁵ Denn sie ändern, auch wenn ihre Fülle im Laufe der Jahre angesichts der fortschreitenden Geschäftsentwicklung zwangsläufig steigen muss, nichts daran, dass die Vertragsverbindung insgesamt für das BGB terra incognita bleibt: Es wird definiert, wann ein Vertrag über die Lieferung einer Ware oder über die Erbringung einer anderen Leistung und ein Darlehensvertrag verbunden sind, was insbesondere voraussetzt, dass sie eine wirtschaftliche Einheit bilden, für die wiederum Kriterien benannt werden (§ 358 Abs. 3 BGB). Dem Gesetz lässt sich aber kein Anhaltspunkt dafür entnehmen, dass Verbund oder wirtschaftliche Einheit verallgemeinerungsfähige Rechtsinstitute sind, an welche sich allgemeine Rechtsfolgen anknüpfen. Dieser Umstand wird durch den im Zuge der Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie⁷⁷⁶ nachträglich eingefügten § 360 BGB besonders deutlich, der seinem Wortlaut nach nur dann zur Anwendung kommen soll, wenn Verträge nicht bereits im Sinne des §§ 358 f. BGB verbunden sind. Gemäß § 360 BGB ist das Schicksal zweier Verträge im Falle eines Widerrufs bereits dann verknüpft, sofern sie zusammenhängen. Die Regelung wäre aber gar nicht erforderlich geworden, sofern nicht legislatorisch neue Vertragsverbindungen entdeckt worden wären, auf die man in Ermangelung eines allgemeinen Rechtsinstituts wiederum nur im Wege der Einzelregelung Rechnung tragen konnte, ohne den Blick für das „große Ganze“ zu haben.

3. Punktueller Regelungsgehalt

a. Überblick

Die rechtstheoretische Durchdringung des Vertragsverbunds (§ 358 BGB) bzw. des 12 Vertragszusammenhangs (§ 360 BGB) musste seit den Ausführungen *Gernhubers* nicht erkennbar weiter fortschreiten, weil sich der Gesetzgeber andauernd auf die Regelungsprobleme finanzierter Verbrauchergeschäfte⁷⁷⁷ fokussiert hat. So sollen die modernen §§ 358 f. BGB allein die Risiken des finanzierten Erwerbs abmildern, erfassen also nur eine bestimmte Form des Mehrkomponentengeschäfts. § 360 BGB setzt als weitere Einschränkung eine Einteilbarkeit der maßgeblichen Verträge in Haupt- und Nebenvertrag (Akzessorietät) voraus. Darüber hinaus sollen die §§ 358 – 360 BGB vor allem das Verbraucherwiderrufsrecht effektuieren. § 506 BGB hat demgegenüber bislang keine nennenswerte rechtliche Relevanz entfalten können, da seine Tatbestandsvoraussetzungen sehr unbestimmt gefasst sind. Bei den Regelungen zu verbundenen und zusammenhängenden Verträgen handelt es sich damit

⁷⁷⁵ *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, § 31 I 5, S. 712.

⁷⁷⁶ Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung vom 20.9.2013, BGBl. I 2013, S. 3642.

⁷⁷⁷ Vgl. zur Frage der analogen Anwendbarkeit im B2B-Bereich nur *Habersack*, in: MüKo-BGB, § 359 Rn. 20; *Herresthal*, in: Staudinger BGB, Updatestand 25.11.2024, § 359 Rn. 21.

offenkundig um Sondertatbestände. Es ist von einem gesetzgeberischen Regelungsplan, die Durchgriffsregeln auf wenige Sachverhalte zu begrenzen, auszugehen. Es geht hier nur darum, bei einer kleinen Anzahl von Sachverhalten einen umfassenden Verbraucherschutz zu gewährleisten.

- 13 Dieser Umstand muss eine rechtstheoretische Sperrwirkung entfalten. Erst die seitens der Rechnungslegungspraxis bereitgestellte, mit der Bezeichnung Mehrkomponentengeschäfte versehene Morphologie der Vertragsverbindungen erscheint dazu geeignet, sie aufzuheben. Die §§ 358 ff. BGB helfen bei der übergreifenden dogmatischen Bewältigung von aus wirtschaftlichen Komponentenverknüpfungen herrührenden Problemen nach hier vertretener Auffassung angesichts ihres engen Anwendungsbereichs hingegen nicht unmittelbar weiter. Insbesondere lassen sie sich nicht extensiv auslegen oder breit analog anwenden. Dementsprechend erweisen sich auch die drei Entscheidungen des XI. Zivilsenats des BGH, in denen er eine analoge Anwendung der Vorgängerregelungen aus dem alten Verbraucherkreditgesetz (VerbrKrG) verneint hat,⁷⁷⁸ weiterhin als richtig⁷⁷⁹. In der Literatur wurde zwar eine beachtliche Gegenposition entwickelt. Die Literaturstimmen befürworten bei näherem Hinsehen aber keine Analogie im engeren Sinne, sondern stützen sich darauf, dass sich aus § 242 BGB ein allgemeines Rechtsinstitut des Einwendungsdurchgriffs ergebe, das in § 359 BGB bzw. § 9 VerbrKrG a.F. nur eine spezifische Ausprägung erfahren habe.⁷⁸⁰ Eine Position, die mit der hier nachstehend entwickelten Auffassung weitgehend übereinstimmt.
- 14 Auch eine Rechtsfindung praeter legem auf der Grundlage der europäischen Richtlinienbilder der §§ 358 ff. BGB scheidet aus. Denn die Literatur nimmt an, dass bereits keine „interne“, „europäisch zu füllende Lücke“ des europäischen Rechts vorliegt, sofern es an einem greifbaren Vollständigkeitsanspruch des europäischen Gesetzgebers fehlt.⁷⁸¹ Dementsprechend liegt, wenn sich eine umfassende Regelungsabsicht des europäischen Regelsetzers nicht nachweisen lässt, nahe, dass das europäische Recht jedenfalls nicht planwidrig unvollständig gelassen wurde.⁷⁸²

778 BGH Urt. v. 16.5.2006 – XI ZR 6/04 = BGHZ 168, 1 = NJW 2006, 2099 Rn. 17, 25; BGH Urt. v. 26.9.2006 – XI ZR 283/03 = NJW 2007, 361 Rn. 14; BGH Urt. v. 27.1.2004 – XI ZR 37/03 = NJW 2004, 1376 (1378).

779 *Habersack*, in: *MüKo-BGB*, § 359 Rn. 20; *Koch*, in: *Erman BGB*, § 359 Rn. 2; *Fuchs* AcP 199 (1999), 305 (320 ff.) (zum VerbrKrG).

780 Vgl. etwa *Herresthal*, in: *Staudinger BGB*, Updatestand 25.11.2024, § 359 Rn. 21; *Makowsky*, *Einwendungen aus fremdem Schuldverhältnis*, S. 388 f.; *Canaris* ZIP 1993, 401 (411 f.); *Finkenaue/Brand* JZ 2013, 273 (277 f.).

781 *Neuner*, in: *Riesenhuber, Europäische Methodenlehre*, § 12 Rn. 28, 30; *Krebs/Jung*, in: *Jung/Krebs/Stiegler, Gesellschaftsrecht in Europa*, 2019, § 2 Rn. 169.

782 *Krebs/Jung*, in: *Jung/Krebs/Stiegler, Gesellschaftsrecht in Europa*, 2019, § 2 Rn. 169.

b. §§ 358 f. BGB

Gemäß § 358 BGB müssen entweder das finanzierte Geschäft (Abs. 1) oder der Darlehensvertrag als Kreditgeschäft i.S.d. §§ 491 ff. BGB (Abs. 2) dem Widerruf zugänglich und die Widerrufsmöglichkeit wirksam ausgeübt sein. Im Rahmen des Abs. 1 werden mithin allein finanzierte Verbrauchergeschäfte erfasst, bei denen es sich um Fernabsatzverträge (§ 312c BGB) oder außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge (§ 312b BGB) handelt. Damit verliert § 358 BGB seinen Geltungsgehalt, sobald die Widerrufsfrist abgelaufen ist. Allerdings besteht insbesondere bei Leistungsstörungen im Rahmen der Abwicklung des finanzierten Geschäfts die Möglichkeit eines Einwendungsdurchgriffs gemäß § 359 BGB. Einwendungen aus dem Darlehensvertrag darf der Verbraucher dem Unternehmer aber auch gemäß § 359 BGB nicht entgegenhalten.⁷⁸³ Die §§ 358 f. BGB dienen mithin in erster Linie dazu, die Verbraucherwiderrufsrechte bei Fernabsatzverträgen oder außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen abzusichern.⁷⁸⁴ Das Widerrufsrecht soll, auch wenn der finanzierte Erwerb – mehr oder weniger willkürlich – in mehrere Verträge aufgespalten wird, seine verbraucherentlastende Wirkung entfalten können. Dass die §§ 358 f. BGB allein die Gefahren des unmittelbar finanzierten Konsums adressieren,⁷⁸⁵ wird bereits am ersten, noch rein deskriptiven Bestandteil der – für § 358 BGB wie § 359 BGB gleichermaßen geltenden⁷⁸⁶ – Legaldefinition der Vertragsverbindung in § 358 Abs. 3 Satz 1 BGB deutlich. Danach muss das „Darlehen ganz oder teilweise der Finanzierung des anderen Vertrags“ dienen.

c. § 360 BGB

Der zeitlich gesehen jüngere § 360 BGB erscheint neben den genannten Regelungen als Fremdkörper. Zwar adressiert auch er das den Verbraucher bei einer rechtlichen Trennung von Verträgen treffende Risiko, sein Wortlaut suggeriert aber einen viel weiter angelegten Regelungsgehalt als denjenigen der Parallelvorschriften. Da sich aber kaum Indizien dafür finden lassen, dass der europäische (sowie der deutsche) Gesetzgeber dies bezweckt bzw. überhaupt erkannt hätten,⁷⁸⁷ ist § 360 BGB eng auszulegen. Wenn überhaupt, sollten von der Regelung nur wenige Fälle erfasst werden. Tatbestandlich muss unter den im Zusammenhang stehenden Verträgen zudem ein Rangverhältnis bestehen, da es um Neben- bzw. Zusatzleistungen geht,

783 Dazu *Habersack*, in: *MüKo-BGB*, § 359 Rn. 8; *Herresthal*, in: *Staudinger BGB*, Updatestand 25.11.2024, § 359 Rn. 2.

784 Vgl. *Rosenkranz*, in: *BeckOGK BGB*, Stand 1.2.2024, § 358 Rn. 25; vgl. auch *Reg. Begr. Verbraucherrechtlichrichtlinienumsetzungsgesetz*, BT-Drucks. 17/12637, S. 66.

785 Vgl. *Maultzsch/Czarnecki ZEuP* 2016, 832 (843).

786 *Habersack*, in: *MüKo-BGB*, § 359 Rn. 8.

787 Vgl. im Einzelnen: *Freudenmacher*, *Zusammenhängende Verträge*, S. 84 f., 106 ff., 203: restriktiv zu verstehende Ausnahmegesetz.

die „im Zusammenhang“ mit einem Hauptvertrag erworben werden.⁷⁸⁸ Weiterhin muss es sich bei dem Hauptvertrag – wie in §§ 358 f. BGB – um einen dem Widerruf zugänglichen Verbrauchervertrag handeln, also einen Fernabsatzvertrag oder einen außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Vertrag, zu dem der Zweitvertrag in einem akzessorischen Verhältnis steht.

d. § 506 BGB

- 17 § 506 BGB, der atypische Finanzierungsformen erfassen soll, wird, wie § 360 BGB, verbreitet als Auffangtatbestand mit kleinem Anwendungsbereich charakterisiert.⁷⁸⁹ Insbesondere bestehen erhebliche Unsicherheiten darüber, was eine „unentgeltliche Finanzierungshilfe“ ist. Dies lässt sich an der Diskussion darüber, ob die Subventionierung von Mobiltelefonen (vgl. zur landläufigen Einordnung als Mehrkomponentengeschäft: § 1 A. II.) eine entgeltliche Finanzierungshilfe im Sinne von § 506 BGB darstellt, beispielhaft nachvollziehen. Eine – inzwischen wohl als herrschend zu bezeichnende – Auffassung in Rechtsprechung und Literatur bejaht dies, da dem Verbraucher ermöglicht werde, das Mobiltelefon früher zu erwerben, als er dies im Regelfall könnte.⁷⁹⁰ Vorauszusetzen sei aber, dass tatsächlich zunächst eine Subventionierung stattfinde, die der Verkäufer infolge der Abgeltung des Mobilfunkdienstleistungsvertrags refinanziere. Zudem müssten infolge der Vorfinanzierung insgesamt Mehrkosten zulasten des Verbrauchers anfallen, was jedoch zu vermuten sein soll.⁷⁹¹
- 18 Unklar bleibt allerdings, welcher Vertrag genau von § 506 Abs. 1 Satz 1 BGB erfasst werden soll, weil der Unternehmer „durch“ ihn dem Verbraucher eine entgeltliche Finanzierungshilfe gewährt. Vor dem Hintergrund der im Bilanzrecht geführten Debatte, erschiene es willkürlich, gerade dem „Mobilfunkvertrag“ die Eigenschaft zuzuschreiben, (auch) einen „Kredit zum Gegenstand“ zu haben.⁷⁹² Die Schwerpunktsetzung ist vielmehr offen. Dazu passt, dass in der Literatur Stellungnahmen dominieren, die sich nicht schlussendlich festlegen wollen.⁷⁹³ Schließlich existiert in der Kommentarliteratur nach wie vor eine stark vertretene Gegenauffassung, der

788 Vgl. Begr. RegE Verbraucherrechtlichinienumsetzungsgesetz, BT-Drucks. 17/12637, S. 67.

789 Weber, in: MüKo-BGB, § 506 Rn. 24, 33; Haertlein, in: BeckOGK BGB, I.11.2024, § 506 Rn. 28.

790 LG Lüneburg MMR 2011, 735; ebenso Kessal-Wulf, in: Staudinger BGB, § 506 Rn. 4; Berger, in: Jauernig BGB, § 506 Rn. 7; Limbach NJW 2011, 3770; in der Tendenz zustimmend auch Weber, in: MüKo-BGB, § 506 Rn. 33; Möller, in: BeckOK-BGB, § 506 Rn. 9; Haertlein, in: BeckOGK BGB, Stand I.11.2024, § 506 Rn. 29.

791 Haertlein, in: BeckOGK BGB, Stand I.11.2024, § 506 Rn. 29.

792 So Limbach NJW 2011, 3770.

793 Haertlein, in: BeckOGK BGB, Stand I.11.2024, § 506 Rn. 29: die Eingruppierung als sonstige Finanzierungshilfe stehe „in der Diskussion“; vgl. auch Limbach NJW 2011, 3770 (3771); ders. ZGS 2009, 206 (208), demzufolge angesichts dessen, dass der Mobilfunkvertrag offenkundig (vor allem) eine Dienstleistungskomponente aufweist und nicht primär der Finanzierungshilfe dient, die Verträge (jedenfalls) „nach dem Gedanken des § 139 BGB“ ein einheitliches Schicksal erfahren würden.

zufolge – jedenfalls solange der Gedanke zutreffe, dass für den Verbraucher beim Geschäftsabschluss der Erhalt des Mobiltelefons nur von untergeordneter Bedeutung sein könne, da es ihm hauptsächlich auf den durch den Anbieter vermittelten Zugang zum Mobilfunknetz bzw. zum Internet ankomme – § 506 BGB hier gar nicht erfüllt sei.⁷⁹⁴

IV. Rückschrittiger Ansatz der jüngsten Verbraucherrechtsreformen

Insgesamt haben die Regelungen zu verbundenen und zusammenhängenden Verträgen damit kaum zur Entwicklung eines privatrechtstheoretischen Mehrkomponentendenkens in Deutschland beigetragen. Auch die jüngsten Verbraucherrechtsreformen und ihre Umsetzung in deutsches Recht werden daran nichts ändern. Das Europarecht hat in Form der Richtlinie 2019/770/EU über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen vom 20.5.2019⁷⁹⁵ und der Richtlinie 2019/771/EU über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs (Warenkaufrichtlinie), datiert auf denselben Tag, zwar zuletzt eine Reform des BGB provoziert, welche das Phänomen wirtschaftlich verbundener Leistungskomponenten in Gestalt der Anerkennung von „Paketverträgen“ aufgreift. Der europäische und deutsche Gesetzgeber haben aus der Tatsache, dass Leistungskomponenten Verbrauchern in der Praxis heute oftmals vernetzt angeboten werden, aber nur unzureichende Konsequenzen gezogen. Anders als im Wettbewerbs- und Telekommunikationsrecht erscheint es angesichts dessen fernliegend, dass sich die zivilrechtstheoretische Stellung der Mehrkomponentengeschäfte bald grundlegend ändert.

1. Paketverträge in der Warenkaufrichtlinie

Der nationale Gesetzgeber hat Warenkauf- und Digitale-Inhalte-Richtlinie mit dem Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen⁷⁹⁶ und dem Gesetz zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags⁷⁹⁷, jeweils vom 25.6.2021, im BGB umgesetzt. Beide Richtlinien sollen nationale Alleingänge im Bereich des Vertragsrechts über digitale Inhalte ver-

⁷⁹⁴ Vgl. insofern *Nietsch*, in: Erman BGB, § 506 Rn. 13; vgl. bereits *Saenger*, in: Erman BGB, 14. Aufl. 2014, § 506 Rn. 13.

⁷⁹⁵ Richtlinie (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.5.2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, ABL 2019 L 136, 1.

⁷⁹⁶ BGBl. I 2021, S. 2123.

⁷⁹⁷ BGBl. I 2021, S. 2133.

hindern bzw. diesen zuvorkommen⁷⁹⁸ und zielen in ihren Regelungsbereichen dementsprechend auf eine Vollharmonisierung ab. Den Mitgliedstaaten wurden keine Abweichungen (auch nicht zugunsten der Verbraucher) erlaubt.⁷⁹⁹ Die Warenkauf-richtlinie erfasst neben „klassischen“ Kaufverträgen zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher auch den so genannten „Paketvertrag“. Dabei soll es sich um einen Verbrauchervertrag handeln, der neben der Bereitstellung digitaler Produkte die Bereitstellung anderer Sachen oder die Bereitstellung anderer Dienstleistungen zum Gegenstand hat.⁸⁰⁰

- 21 Im deutschen Recht findet sich der Paketvertrag in § 327a BGB. Davon erfasst ist insbesondere der Fall des Erwerbs eines Computers samt Software, jedoch nicht der Erwerb einzelner Softwareleistungen. Insofern soll es keine Rolle spielen, ob die Software im zweiten Fall auf einem Datenträger veräußert wird. Denn die Warenkaufrichtlinie soll, dem ihr zugrundeliegenden „Konzept der Medienneutralität“⁸⁰¹ folgend, bereits dann keine Anwendung finden, wenn ein Datenträger nicht um seiner selbst willen, sondern allein wegen der auf ihm verkörperten digitalen Inhalte erworben wird.⁸⁰² Den Beweggründen, welche die EU zur Regulierung von Paketverträgen bewogen haben, liegen dieselben Beobachtungen zugrunde, welche auch die Rechnungslegungspraxis gemacht hat. So geht die Warenkaufrichtlinie davon aus, dass Software und Hardware im Geschäftsleben heute regelmäßig vertraglich vernetzt werden.⁸⁰³ Digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen würden oft mit der Bereitstellung von Waren oder anderen Dienstleistungen kombiniert und dem Verbraucher in dem gleichen Vertrag, der in einem Paket unterschiedliche Elemente beinhaltet, angeboten.
- 22 Als Beispiel wird die Bereitstellung digitalen Fernsehens und der Kauf elektronischer Geräte genannt. In einem solchen Fall enthalte der Vertrag zwischen dem Verbraucher und dem Unternehmer Elemente eines Vertrags über die Bereitstellung digitaler Inhalte oder einer digitalen Dienstleistung, aber auch Elemente anderer Vertragsarten, beispielsweise von Verträgen über den Kauf von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen.⁸⁰⁴ Hieran zeigt sich: Insofern § 327a Abs. 1 BGB bestimmte, in der Praxis vorkommende Sachverhaltsgestaltungen als „Paketvertrag“ definiert, wird damit wiederum ein Teilbereich der hier behandelten Mehrkomponentengeschäfte adressiert. Dafür spricht weiterhin, dass die Warenkaufrichtlinie näher zwischen

798 Vgl. Wendehorst, in: Wendehorst/Zöchling-Jud, Ein neues Vertragsrecht für den digitalen Binnenmarkt?, Wien 2016, S. 45 (47).

799 Bach NJW 2019, 1705.

800 Vgl. Art. 3 Abs. 3 Satz 2 Warenkaufrichtlinie.

801 Bach NJW 2019, 1705 (1706); Staudenmeyer NJW 2019, 2497; ders. NJW 2019, 2889.

802 Vgl. Art. 3 Abs. 4 lit. a Warenkaufrichtlinie.

803 Vgl. Erwägungsgrund 33 der Warenkaufrichtlinie.

804 Vgl. Erwägungsgrund 33 der Warenkaufrichtlinie.

Sachverhalten, bei denen „die verschiedenen Bestandteile des Pakets von ein und demselben Unternehmer im Rahmen eines einzigen Vertrags ein und demselben Verbraucher angeboten werden“, und solchen, bei denen „ein Vertrag über die Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen als verbunden mit oder akzessorisch zu einem anderen Vertrag betrachtet werden kann“, differenziert.⁸⁰⁵

2. Anknüpfung an den Gesamtvertrag als Rückschritt

Bereits die Definition der „Paketverträge“ sorgt dafür, dass die Neuregelungen das Phänomen Mehrkomponentengeschäfte schlussendlich nur unzureichend erfassen. Aus Sicht einer Mehrkomponentenrechtstheorie ist rückschrittig, dass unter den Begriff nur Verbraucherverträge zu fassen sein sollen, welche zwischen denselben Vertragsparteien geschlossen werden und neben der Bereitstellung digitaler Produkte die Bereitstellung anderer Sachen oder die Bereitstellung anderer Dienstleistungen zum Gegenstand haben (§ 327a Abs. 1 BGB⁸⁰⁶). Damit gleicht der Paketvertrag strukturell dem Pauschalreisevertrag, bei dem ein Reisender mit einem Reiseveranstalter „eine Gesamtheit von mindestens zwei verschiedenen Arten von Reiseleistungen für den Zweck derselben Reise“ vereinbart (vgl. § 651a Abs. 1, 2 BGB). Zunächst wurde hier also nicht die inhaltliche Verbundenheit oder wirtschaftliche Abhängigkeit der Leistungspflichten als Anknüpfungspunkt für die rechtliche Regelung gewählt. Anknüpfungspunkt ist vielmehr eine Verbindung der Leistungskomponenten in einem einzigen Vertrag.⁸⁰⁷ Die Rechtsfigur der verbundenen Verträge im Sinne des § 358 BGB oder zusammenhängenden Verträge im Sinne des § 360 BGB ist demgegenüber innovativer.⁸⁰⁸ Einen weiteren Rückschritt bedeutet es, dass „Personenidentität auf beiden Seiten des Vertrags“ vorausgesetzt wird.⁸⁰⁹ Die gerade im Bereich digitaler Produkte praktisch relevanten 3-Personen-Konstellationen werden mithin bereits definitorisch ausgeblendet. Auch insofern folgt das deutsche Recht den Selbstlimitierungen der europäischen Richtlinie.

805 Dabei unterfällt allerdings, was den Anwendungsbereich der Neuregelungen einschränkt, nur die erste Fallkonstellation der Richtlinie, vgl. Erwägungsgrund 34 Warenkaufrichtlinie.

806 Insofern wird Bezug auf die Legaldefinition in Art. 3 Abs. 6 der Richtlinie 2019/770/EU genommen.

807 Vgl. Begr. RegE DIDIUG, BT-Drucks. 19/27653, S. 45.

808 Vgl. auch Auer ZfPW 2019, 130 (147): Leistungsbeziehungen über digitale Inhalte seien oftmals von wirtschaftlichen Verbindungen geprägt, die sich eher in vertraglichen Netzwerkstrukturen niederschlagen. Da die Architekten des BGB diese Entwicklung naturgemäß nicht hätten voraussehen können, hätte das Fundament des BGB-Schuldrechts gegebenenfalls entsprechend angepasst werden müssen.

809 Begr. RegE DIDIUG, BT-Drucks. 19/27653, S. 45: „Sowohl der Unternehmer als auch der Verbraucher müssen Vertragspartei für alle im Paket enthaltenen Vertragsbestandteile sein.“

3. Regelung bloßer Teilelemente des Paketvertrags

- 24 Entsprechend der europarechtlichen Vorgaben sind die Neuregelungen darüber hinaus „nur auf diejenigen Bestandteile des Paketvertrags anzuwenden, welche die digitalen Produkte betreffen“ (vgl. § 327a Abs. 1 Satz 2 BGB⁸¹⁰). Ansonsten solle das nationale Recht bzw. das sektorspezifisch bereits zuvor erlassene EU-Telekommunikationsrecht greifen.⁸¹¹ Der Fortbestand des nationalen Rechts gelte insbesondere auch im Hinblick auf „die Auswirkungen, die die Beendigung eines Elements eines Paketvertrags auf die übrigen Elemente des Paketvertrags haben könnte“. Dies hat zur Folge, dass die besonderen Verbraucherrechtsbehelfe für Paketverträge⁸¹² jeweils allein an Leistungsstörungen im Hinblick auf das digitale Produkt anknüpfen.⁸¹³ Das Schicksal der anderen Leistungskomponenten bleibt ausgeblendet und vermag nur nach den Grundsätzen des allgemeinen Schuldrechts Auswirkungen im Hinblick auf den Paketvertrag zu zeitigen.

4. Anlehnung an § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB

- 25 Kritisch zu würdigen ist schließlich das in § 327c Abs. 1 Satz 1 BGB enthaltene spezielle Vertragsbeendigungsrecht⁸¹⁴ für den Fall der Nichtbereitstellung eines digitalen Produkts im Rahmen eines Paketvertrags. Danach kann sich der Verbraucher, sofern der Unternehmer seiner fälligen Verpflichtung zur Bereitstellung eines digitalen Produkts auf Aufforderung nicht unverzüglich nachkommt, im Hinblick auf alle Bestandteile des Paketvertrags vom Vertrag lösen, wenn er an dem anderen Teil des Paketvertrags ohne das nicht bereitgestellte digitale Produkt kein Interesse hat (§ 327c Abs. 6 BGB). Spiegelbildlich ausgestaltet ist das neue Recht zur Beendigung eines Paketvertrags im Falle eines mangelhaften digitalen Produkts, das Bestandteil eines solchen Vertrags ist (vgl. §§ 327m Abs. 4 Satz 1, Abs. 1, 327o BGB). Beide Regelungen lehnen sich damit inhaltlich an § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB an.⁸¹⁵ Angesichts dessen kommt den Neuregelungen vor dem Hintergrund der bestehenden schuldrechtlichen Regelungen (insbesondere des § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB) ein weitgehend deklaratorischer Charakter zu. Ihre Existenz scheint der Tatsache geschuldet, dass

810 Vgl. auch Erwägungsgrund 33 der Warenkaufrichtlinie.

811 Vgl. Erwägungsgrund 33 der Warenkaufrichtlinie.

812 § 327c Abs. 6 BGB sowie § 327m Abs. 4 BGB.

813 Vgl. Begr. RegE DIDIUG, BT-Drucks. 19/27653, S. 45.

814 Vgl. zum Begriff § 309 Nr. 8 BGB, mit umfasst sind insbesondere die Rechtsbehelfe Rücktritt und Kündigung, Begr. RegE DIDIUG, BT-Drucks. 19/27653, S. 50.

815 So soll sich das fehlende Verbraucherinteresse bei einer Leistungsstörung im Hinblick auf den digitalen Leistungsbestandteil des Paketvertrags an der Frage der Verwendbarkeit der weiteren Paketbestandteile ausrichten und dementsprechend unter Rückgriff auf die zu § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB ergangene Rechtsprechung zu bestimmen sein, vgl. Begr. RegE DIDIUG, BT-Drucks. 19/27653, S. 52, 69.

die Richtlinie 2019/770/EU, anstatt sich den herkömmlichen Rechtsbehelfskategorien zu bedienen, die allgemeinere „Vertragsbeendigung“ in den Mittelpunkt stellt.⁸¹⁶

V. Zwischenergebnis

1. Die Untersuchung hat aufgezeigt, dass der Denk- und Regelungsansatz des BGB einer dogmatischen Erfassung des Umstands einer wirtschaftlichen Verknüpfung von Leistungskomponenten zunächst entgegenstehen. Die gesetzlichen Regelungen knüpfen an einzelne Leistungspflichten an. Damit bleibt es implizit dem Parteiwillen überlassen, ob einzelne Leistungskomponenten in einem Vertrag zusammengefasst oder getrennt werden. Das Recht scheint sich über den Parteiwillen auch im Angesicht einer offenkundigen wirtschaftlichen Verbindung von Leistungskomponenten nicht hinwegzusetzen. In der Folge ist erst einmal nichts erkennbar, was den wirtschaftlichen Gestaltungswillen von Mehrkomponenten-anbietern einschränken würde. Die Arbeit scheint damit auch zivilrechtstheoretisch eine *Fata Morgana* zu behandeln.
2. Sofern eine Reihe von Regelungskomplexen neueren Datums in die Betrachtung einbezogen werden, ist dieses Zwischenergebnis teilweise zu revidieren: So hat sich im Wettbewerbs- und Telekommunikationsrecht bereits der Gedanke durchgesetzt, dass über der Ebene der Einzelverträge und unabhängig von dieser ein Rechtsinstitut anerkannt werden muss, um der Gefahr verbraucherschädlicher Aufspaltungen einheitlicher Geschäfte flächendeckend Rechnung tragen zu können. Das Privatrecht hinkt insofern noch hinterher. Dies zeigt sich insbesondere an den Regelungen zu verbundenen und zusammenhängenden Verträgen. Obwohl nicht unberücksichtigt bleiben darf, dass infolge von Gesetzesreformen und -auslegung immer zahlreichere Vertragsverbindungen Berücksichtigung finden, erzwingen ausschließlich Normen mit einem sehr spezifischen Schutzzweck eine Abkehr vom gewohnten Denken in voneinander isolierten Rechtsverhältnissen mit einem rechtlich gleichgültigen Zweckzusammenhang. Die jüngsten europäischen Verbraucherrechtsreformen bleiben aber selbst hinter dem erst erreichten Stand noch zurück und implementieren ein rückschrittliches Regelungsmodell, bei dem es zwar unternommen wird, Vertragseinheiten aufzugreifen, nicht aber Vertragsverbindungen. Es ist nicht Aufgabe der Gerichte und der darauf bezogenen (Kommentar-)Literatur, sondern der Rechtstheorie, an diesem

816 Vgl. dazu Begr. RegE DIDIUG, BT-Drucks. 19/27653, S. 50: „Da das Recht des Verbrauchers nach Artikel 13 Absatz 1 der Richtlinie gleichermaßen sowohl auf Verträge mit einmaligen Leistungsaustausch als auch auf Dauerschuldverhältnisse Anwendung finden soll, waren weder der Rücktritt noch die Kündigung für sich genommen geeignete Rechtsbehelfe. Des Weiteren ist § 323 BGB nur auf gegenseitige Verträge anwendbar, was Verträge im Sinne des § 327 Absatz 3 BGB nicht zwingend umfassen würde. Aus diesem Grund enthält § 327c Absatz 1 BGB das im Verhältnis zu diesen anderen Rechtsbehelfen speziellere Recht auf Vertragsbeendigung.“

Zwischenstand etwas zu ändern. Die durch die Rechnungslegungspraxis zur Verfügung gestellte Morphologie der von ihr als Mehrkomponentengeschäfte bezeichneten Vertragsverbindungen bietet hierzu einen aktuellen, ganz besonders dringlichen Anlass.

3. Im Lichte dessen kann die Untersuchung in Teil 5 nach wie vor zu mehreren möglichen Ergebnissen kommen: Zunächst besteht die Möglichkeit, dass willkürliche Vertragsaufspaltungen ein Nischenproblem sind. Alternativ kann es jeweils den Parteien überlassen bleiben, sich selbst vor diesem rechtlich nicht greifbaren Risiko zu schützen. Eine dritte Möglichkeit besteht darin, dass das BGB im Hinblick auf diese Vertragsaufspaltungen eine Schutzlücke aufweist. Im letzteren Fall stellt sich die Frage, ob sich eine umfassende Mehrkomponentendogmatik erarbeiten lässt oder – alternativ – der auf die einzelne Leistungspflicht fokussierte Regelungsansatz des BGB nicht mehr zeitgemäß ist, weil er es nicht länger zulässt, neuartige Gerechtigkeitsdefizite zu bewältigen. Dann muss die Untersuchung rechtspolitisch für eine stärkere Berücksichtigung funktionaler Zusammenhänge im BGB plädieren. Für die Rechnungslegung würde dies bedeuten, dass die Umsatzaufgliederung den Regelfall bilden kann.

B. Institutionenbildung

I. Entwicklungstendenzen in der Rechtsprechung

- 26 Im Ausgangspunkt der übergreifenden dogmatischen Bewältigung von wirtschaftlichen Komponentenverknüpfungen steht die Beobachtung, dass der BGH in drei sich über Jahrzehnte erstreckenden Rechtsprechungslinien eine Auslegungsregel entwickelt hat, anhand derer zu ermitteln sein soll, ob mehrere verknüpfte Leistungskomponenten nach dem Parteiwillen ein einheitliches Schicksal erfahren sollen. Für die Arbeit ist das bedeutsam, weil so unabhängig von der Rechtsprechung zum finanzierten Abzahlungsgeschäft, den daran anknüpfenden §§ 358 ff. BGB und der „Trennungstheorie“ eine allgemeine Aussage darüber, wann Leistungskomponenten als rechtliche Einheit anzusehen sind, ermöglicht wird. Dadurch wird ein argumentatives Gegengewicht zu den skizzierten Rechtsprechungstendenzen beim finanzierten Abzahlungsgeschäft gesetzt. Insbesondere stützt sich diese Rechtsprechungslinie, anders als die §§ 358 ff. BGB und die vor allem auf das finanzierte Abzahlungsgeschäft fokussierte (frühere) Rechtsprechung, nicht auf die Beobachtung einer objektiven, sondern auf diejenige einer subjektiven Vertragsverbindung. Kernthese der verschiedenen Senate des BGH ist, dass sofern die Parteien den Willen hatten, die Komponenten miteinander zu verknüpfen, sie auch darauf abzielten, dass sie miteinander „stehen und fallen“, also ein einheitliches rechtliches Schicksal erfahren

sollen. Die Konzentration des BGH auf die Auslegung des Parteiwillens hat dabei weitreichende prozessuale Folgen: Denn die Erstreckung der Unwirksamkeit wird damit zur Tatsachenfrage. Die einschlägigen Feststellungen der Untergerichte sind damit einer höchststrichterlichen Überprüfung nicht zugänglich.⁸¹⁷

Inhaltlich weisen die Sachverhalte der einschlägigen BGH-Entscheidungen kaum Gemeinsamkeiten auf. Sowohl die entscheidungsrelevanten Problemkreise als auch die Wertungen, welche für eine vertragsgrenzenunabhängige Rechtsfolgenerstreckung sprechen könnten, sind jeweils unterschiedlich. Dennoch hat sich im Zuge zeitlich nah beieinanderliegenden Entscheidungen die genannte, einheitliche, auslegungsleitende Regel herausgebildet. Im Lichte dessen erscheint diese Auslegungsregel verallgemeinerbar. Es kann also von einer Auslegungslösung für Mehrkomponentengeschäfte die Rede sein. Aus methodischer Sicht wird im Rahmen dieser Auslegungslösung auf ein induktiv aus dem Richterrecht entwickeltes neues Rechtsinstitut verwiesen, welches der Arbeit im Folgenden zugrunde liegen kann.

Nachfolgend wird dargestellt, wie die hier „Stehen und Fallen-Sollen“ getaufte Auslegungsregel maßgeblich anhand dreier Problemkomplexe entwickelt wurde: der Frage nach einer vertragsgrenzenüberschreitenden Erstreckung der Rechtsfolgen von Wirksamkeitshindernissen (II.), der Reichweite von Formerfordernissen (III.) sowie im Leistungsstörungsrecht. Im letztgenannten Bereich steht die Frage im Mittelpunkt, inwiefern die Rückabwicklung eines Vertrags auch die Rückabwicklung eines anderen bedingt (IV.). Anschließend zeigt die Untersuchung auf, inwiefern sich aus den drei Fallgruppen auf eine Rechtsfigur der wirtschaftlichen Vertragsverbindung schließen lässt (V.).

II. Anwendungsfall I: Rechtsfolgenerstreckung bei Wirksamkeitshindernissen

1. Untersuchungsprämissen

Unter einem Wirksamkeitshindernis wird hier eine Regelung verstanden, welche der rechtlichen Gültigkeit eines (tatbestandlich vorliegenden) Vertrags entgegenstehen kann. Der BGH hat die „Stehen und Fallen“-Regel angesichts zweier Fragestellungen im Zusammenhang mit solchen Wirksamkeitshindernissen erarbeitet. Zunächst geht es um die Frage, inwiefern aus der Unwirksamkeit der einen Leistungsbeziehung die Unwirksamkeit der anderen folgt, also um eine Rechtsfolgenerstreckung. Daneben lassen sich eine Reihe von Entscheidungen finden, in denen es um eine Erstreckung von Wirksamkeitsvoraussetzungen – bzw. präziser: Formerfordernissen – geht. Insofern stellt sich die Frage, wann bei mehreren Leistungsbeziehungen alle

⁸¹⁷ Vgl. BGH Urt. v. 20.5.1966 – V ZR 214/64 = BeckRS 1966, 31173954 = DB 1966, 1390.

formbedürftig sind. Die Beziehung der beiden Problemkomplexe zur Untersuchung werden greifbarer, wenn man sie mit den Begriffen einer Mehrkomponentendogmatik umschreibt. Konzentriert man sich zunächst auf die Rechtsfolgenerstreckung, ist Prüfungsgegenstand, ob in unterschiedlichen Verträgen enthaltene und ggfs. sogar von unterschiedlichen Anbietern zu erbringende Leistungskomponenten ein einheitliches Schicksal erfahren, sofern einer der Verträge unwirksam ist. Damit liegen Regelungen, aus denen sich die Unwirksamkeit eines Vertrags im Ganzen ergibt, im Fokus. Andere Normen – wie etwa §§ 305 ff. BGB –, aus welchen nur die punktuelle Unwirksamkeit einzelner Vertragsbestandteile folgt, bleiben hingegen außen vor.⁸¹⁸

2. Herausbildung eines Leitkriteriums

- 30 Bereits im Jahr 1966 hat der V. Zivilsenat ausgeführt, dass nach gefestigter Rechtsprechung die Nichtigkeit eines Erbvertrags wegen Sittenwidrigkeit bzw. infolge einer erfolgreichen Anfechtung auch die Nichtigkeit eines davon äußerlich getrennten anderen Erbvertrags zur Folge haben könne.⁸¹⁹ Tatsächlich konnte von einer gefestigten Rechtsprechung zu diesem unmittelbaren Problemkreis damals noch keine Rede sein. Zwar konnte der BGH eine längere Reihe von Reichsgerichts-Entscheidungen zitieren, diese befassten sich aber ausschließlich mit dem Aspekt, dass in unterschiedlichen Akten getroffene rechtsgeschäftliche Regelungen Teile eines Gesamtgeschäfts sein können, unabhängig davon, ob sie verschiedenen Rechtsgeschäftstypen des BGB angehören.⁸²⁰ Im weiteren Sinne gab es aber durchaus schon eine gefestigte Rechtsprechung. So konnte sich der V. Senat jedenfalls auf eine Entscheidung des IV. Senats aus dem Jahr 1953, sowie auf seine erste Entscheidung zur Erstreckung des Formerfordernisses in § 313 BGB a.F. berufen.⁸²¹ Bereits hier wird also deutlich, dass die hier im Mittelpunkt stehenden Rechtsprechungslinien aus Sicht des Gerichts eine Einheit bilden.
- 31 Die Erstreckung der Nichtigkeitsfolgen setze, so der V. Senat weiter, voraus, dass „der Wille der Vertragsparteien darauf gerichtet ist, daß die äußerlich getrennten Geschäfte miteinander stehen und fallen sollen.“⁸²² Der BGH bringt damit klar zum Ausdruck, dass er die Frage der Vertragsverknüpfung für im Wege der erläuternden Vertragsauslegung lösbar hält. So soll es (allein) auf den „Einheitlichkeitswillen“ der Beteiligten zur Zeit des Vertragsschlusses ankommen.⁸²³ Im Zentrum steht mit anderen Worten die Ermittlung des „miteinander stehen und fallen sollen“ nach dem

818 Einteilung übernommen von Zwanzger, Der mehrseitige Vertrag, S. 197.

819 BGH 20.5.1966 – V ZR 214/64 = BeckRS 1966, 31173954.

820 RG, Urt. v. 18.12.1917 – III 356/17 = RGZ 91, 359 ff.; RG, Urt. v. 10.12.1919 – V 249/19 = RGZ 97, 273 ff.; RG, Urt. v. 15.3.1915 – VI 593/14 = RGZ 86, 323 ff.

821 BGH Urt. v. 13.11.1953 – V ZR 173/52 = BeckRS 1953, 31203270.

822 BGH Urt. v. 20.5.1966 – V ZR 214/64 = BeckRS 1966, 31173954.

823 BGH Urt. v. 20.5.1966 – V ZR 214/64 = BeckRS 1966, 31173954.

(beiderseitigen) Parteiwillen.⁸²⁴ Formal-objektive Kriterien, insbesondere ein wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen den getrennten Geschäften spielen hingegen – jedenfalls für sich genommen – keine Rolle. Ein wirtschaftlicher Zusammenhang könne – so der V. Senat – allenfalls insofern von Belang sein, als er ein „maßgebendes Indiz für das Vorliegen des entscheidenden Parteiwillens zur Einheitlichkeit“ sei.⁸²⁵ Damit kommt es nicht darauf an, inwiefern die beiden Rechtsgeschäfte aus der Sicht eines Beteiligten allein im Zusammenspiel wirtschaftlich Sinn ergeben. In der Folge erscheinen Überlegungen zur Risikoverteilung zwischen den Parteien oder zur Vertragsgerechtigkeit überflüssig. Dementsprechend zieht die Entscheidung gar nicht erst in Erwägung, ob das im Sachverhalt angelegte Problem nicht eigentlich unter Heranziehung von Rechtsinstituten, bei denen Risikoverteilung und Vertragsgerechtigkeit eine Rolle spielen könnten (ergänzende Vertragsauslegung, § 242 BGB, Geschäftsgrundlagenlehre) gelöst werden muss.

Die – soweit ersichtlich – einzige weitere Entscheidung, welche in diese Reihe 32 einzuordnen ist, erging im Jahr 2011 durch den VIII. Zivilsenat. Im zugrunde liegenden Fall ging es darum, ob ein Leasingvertrag als nichtig anzusehen sei, weil der Leasingnehmer mit einem Dritten einen potentiell sittenwidrigen „Werbevertrag“ geschlossen hatte, der eine Erstattung der Leasingraten gegen die Empfehlung von Neukunden vorsah.⁸²⁶ Der BGH ließ offen, ob der Werbevertrag tatsächlich nichtig war. Entscheidend ist, dass der Senat bei der Frage nach einer Erstreckung der Sittenwidrigkeit auf den Leasingvertrag wiederum nur eine Lösung im Wege der Vertragsauslegung in Betracht zog. Dabei griff er auf dieselben Kriterien zurück, die der V. Senat 1966 entwickelt hatte. Es käme – so der VIII. Senat – entscheidend auf den Parteiwillen zur Einheitlichkeit an. Zu dessen Ermittlung seien die im Rahmen der Rechtsprechung zur Erstreckung des Formerfordernisses entwickelten Kriterien heranzuziehen. Zur Untermauerung des gefundenen Ergebnisses werden demnach die bereits angesprochenen Vorentscheidungen zitiert.⁸²⁷ Die heutige Literatur folgt dieser Rechtsprechungslinie ganz überwiegend, – soweit ersichtlich – kritiklos.⁸²⁸

3. Unmaßgeblichkeit der Parteigrenzen

An der skizzierten Rechtsprechungsauffassung ist weiterhin von Interesse, dass ein 33 Parteiwille zur Geschäftseinheit auch, wenn an den Einzelvereinbarungen „zum Teil

824 Ebenso die Auslegung bei Heiss, Formmängel und ihre Sanktionen, S. 159.

825 BGH 20.5.1966 – V ZR 214/64 = BeckRS 1966, 31173954.

826 BGH Urt. v. 30.3.2011 – VIII ZR 94/10 = NJW 2011, 2874.

827 BGH Urt. v. 30.3.2011 – VIII ZR 94/10 = NJW 2011, 2874 Rn. 24.

828 Vgl. nur H. Roth, in: Staudinger BGB, Updatestand 30.4.2022, § 139 Rn. 27; Busche, in: MüKo-BGB, § 139 Rn. 19.

verschiedene Personen beteiligt sind“⁸²⁹, also in einem dreipersonalen Verhältnis, feststellbar sein soll. Dabei soll es keine Rolle spielen, ob die Beteiligten untereinander auch vertraglich verbunden sind. Einer allseitigen Übereinkunft im Sinne eines dreiseitigen Vertrags soll es nicht bedürfen. Zugleich hat der VIII. Senat 2011 die einer Lösung des Dreiparteienverhältnisses über die erläuternde Vertragsauslegung immanenten Grenzen aufgezeigt:⁸³⁰ Denn im vom VIII. Senat entschiedenen Fall hatte der Leasinggeber keine Kenntnis von der Existenz des parallel abgeschlossenen „Werbevertrags“. Es war daher bereits von vornherein ausgeschlossen, dass er wissen konnte, dass der Leasingnehmer und Partner des „Werbevertrags“ beide Verträge als Einheit verstanden und er demgemäß einen darauf gegründeten Einheitlichkeitswillen gebildet hatte.

4. Zwischenfazit

- 34 Aus methodischer Sicht überzeugt der Versuch des BGH, den Einheitswillen aus dem tatsächlichen Parteiwillen abzuleiten und Kriterien für dieses Vorgehen zu entwickeln. Denn so wird das Primat der erläuternden Vertragsauslegung gegenüber heteronomen Eingriffen in die Parteibeziehungen mittels einer ergänzenden Vertragsauslegung oder eines Rückgriffs auf dispositives Recht gewahrt. Die entscheidende Frage ist, ob sich ein solcher Parteiwille bei Mehrkomponentengeschäften überhaupt feststellen lässt. Gerade wenn die Grenzen der bipolaren Vertragsbeziehung überschritten werden, erscheint dies zweifelhaft. Auf diese Zweifel wird an späterer Stelle näher eingegangen.

III. Anwendungsfall 2: Die Formerstreckung

1. Problemaufriss

- 35 Die Schwierigkeiten, welche mit dem seitens der Rechtsprechung eingeschlagenen Weg einhergehen, werden noch deutlicher, wenn der Blick auf die Rechtsprechung zur Formerstreckung gerichtet wird. Es geht hier um Fälle, in denen nicht die Erstreckung der (Nichtigkeits-)Rechtsfolge, sondern die Ausweitung eines Formerfordernisses in Rede steht. Insofern gilt bekanntlich grundsätzlich § 125 Satz 1 BGB, wonach es zur Nichtigkeit führt, wenn ein Rechtsgeschäft eine gesetzlich vorgeschriebene Form nicht einhält. Im Hinblick auf die Nichteinhaltung einer rechtsgeschäftlich vereinbarten Form enthält § 125 Satz 2 BGB eine dahingehende Vermutungsregel. Daneben gibt es eine Reihe von Formvorschriften mit europarechtlichem

829 BGH Urte. v. 20.5.1966 – V ZR 214/64 = BeckRS 1966, 31173954; s. ebenso BGH Urte. v. 30.3.2011 – VIII ZR 94/10 = NJW 2011, 2874 Rn. 24.

830 Vgl. BGH Urte. v. 30.3.2011 – VIII ZR 94/10 = NJW 2011, 2874 Rn. 24.

Hintergrund, welche die Nichtigkeit unmittelbar vorschreiben (vgl. etwa §§ 494 Abs. 1, 655b Abs. 2 BGB). § 125 BGB ist auf Tatbestandsseite weniger eindeutig gefasst, als es zunächst den Anschein hat. Denn wie in § 139 BGB wird in § 125 Satz 1 BGB auf das „Rechtsgeschäft“ abgestellt, der Begriff aber nicht näher definiert. Aus den auf § 125 BGB verweisenden Normen lässt sich ebenfalls kein einheitliches Begriffsverständnis ableiten. Denn im BGB gibt es sowohl Formvorschriften, welche lediglich die Formbedürftigkeit einer Willenserklärung vorschreiben (vgl. etwa § 518 Abs. 1, § 766 Satz 1, § 780, § 781 Satz 1, § 1154 Abs. 1 Satz 1 BGB), als auch solche, nach denen ein gesamtes Rechtsgeschäft formbedürftig ist, sofern darin eine Verpflichtung enthalten ist, zu deren Begründung die Einhaltung einer Form erforderlich ist. Zur letzteren Gruppe zählt insbesondere § 311b Abs. 1 BGB. Insofern gilt, wie bereits das Reichsgericht zu § 313 BGB a.F. entschieden hat,⁸³¹ dass wenn sich eine Partei verpflichtet, „das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen oder zu erwerben“, der gesamte Vertrag der notariellen Beurkundung bedarf. Dies bedeutet, dass grundsätzlich alle Erklärungen, die nach dem objektiv erkennbaren Willen der Parteien zum Vertragsinhalt gehören, dem Formzwang unterliegen. Sobald ein Vertrag *auch* die Verpflichtung einer Partei zum Erwerb oder zur Veräußerung eines Grundstücks enthält, ist also der Gesamtvertrag formbedürftig, unabhängig von der Rechtsnatur der sonstigen Pflichten, die er begründet. In Fortentwicklung dessen, nimmt die Rechtsprechung an, dass die Formbedürftigkeit sich auch über die Vertragsgrenzen hinaus auf ein – isoliert betrachtet – an sich nicht formbedürftiges weiteres Rechtsgeschäft erstrecken könne.⁸³² Zumeist geht es dabei um Fälle, bei denen die Parteien sowohl einen formgültigen Grundstückskaufvertrag als auch – formlos – einen weiteren, zum Erstvertrag in einem wirtschaftlichen Zusammenhang stehenden Zweitvertrag abgeschlossen hatten.

2. Bestätigung der Auslegungsregel

Ob ein Zweitvertrag ebenso formbedürftig wie der Grundstückskaufvertrag ist, entscheidet sich nach Auffassung des BGH nach der bereits bekannten Auslegungsregel. Entscheidend sei, ob die Parteivereinbarungen dahingehend ausgelegt werden

831 RG, Beschl. v. 12.4.1902 – V 64/02 = RGZ 51, 179 (181); RG, Urt. v. 7.6.1902 – V 111/02 = RGZ 52, 1 (3 f.); RG, Urt. v. 5.7.1906 – VI 586/05 = RGZ 64, 35 (40); RG, Urt. v. 29.11.1919 – V 260/19 = RGZ 97, 219 (220); RG, Urt. v. 20.10.1934 – V 208/34 = RGZ 145, 246 (247); vgl. sodann auch BGH Urt. v. 13.11.1953 – V ZR 173/52 = BeckRS 1953, 31203270; vgl. nachgehend BGH Urt. v. 24.9.1987 – VII ZR 306/86 = BGHZ 101, 393 (396) = NJW 1988, 132; BGH Urt. v. 13.4.1978 – III ZR 89/76 = BeckRS 1978, 31119099; BGH Urt. v. 10.2.2005 – VII ZR 184/04 = NJW 2005, 1356; BGH Urt. v. 7.12.1989 – VII ZR 343/88 = NJW-RR 1990, 340 f.; BGH Urt. v. 17.3.1988 – IX ZR 43/87 = NJW 1988, 2880.

832 S. die vorangehende Fn. Die Literatur hat diese Rechtsprechung weitgehend gebilligt, vgl. nur *Einsele*, in: MüKo-BGB, § 125 Rn. 32; *Ruhwinkel*, in: MüKo-BGB, § 311b Rn. 55 ff.; *Arnold*, in: Erman BGB, § 125 Rn. 13 ff.; *Neuner* BGB AT, § 44 Rn. 20 f.

können, dass beide Verträge miteinander „stehen und fallen“ sollen.⁸³³ Auch hier wird die Vertragsverknüpfung mithin als Tatsachenfrage verstanden und somit der (alleinigen) tatrichterlichen Wertung überantwortet. Dabei haben die Erstreckung eines Unwirksamkeitstatbestands und die Erstreckung der Formbedürftigkeit auf den ersten Blick nicht viel miteinander zu tun. Aus beidem kann nur dieselbe Rechtsfolge, nämlich die Doppelnichtigkeit zweier rechtlich unverbundener Verträge folgen. Dennoch verweisen die erkennenden Senate aufeinander, ohne danach zu unterscheiden, ob das miteinander „stehen und fallen“ zweier Verträge nun dazu führt, dass beide formbedürftig sind oder, dass beide von der Sittenwidrigkeit eines von ihnen erfasst werden. Zuzugestehen ist allein, dass der BGH, wenn es um die Formerstreckung geht, weniger stringent argumentiert. So erfüllt ein einseitiger, aber nicht erklärter Verknüpfungswille die Auslegungsregel eigentlich nicht.⁸³⁴ Der Sachverhalt wäre damit eher der Geschäftsgrundlagenlehre zuzuordnen. Nichtsdestotrotz, hat es der V. Zivilsenat in einer Entscheidung vom 6.12.1979 für ausreichend gehalten, dass einer der Vertragspartner einen Einheitswillen erkennen lässt und der andere Partner ihn anerkennt oder zumindest hinnimmt.⁸³⁵ Auch darüber hinaus werden in den einschlägigen Entscheidungen immer wieder Kriterien genannt, die nicht auf eine Auslegung, sondern vielmehr auf eine objektive Ermittlung der Vertragsverknüpfung hindeuten. Sie spielen allerdings jeweils nur am Rande eine Rolle und sollen nie allein entscheidungserheblich sein.

3. Überschreitung der Parteigrenzen

- 37 Der BGH sieht kein Problem darin, die Formbedürftigkeit auch auf Rechtsgeschäfte zu erstrecken, die der Sachgläubiger mit einem Dritten geschlossen hat.⁸³⁶ Auch insofern soll es also möglich sein, einen auf die Rechtseinheit beider Verträge hindeutenden Parteiwillen zu ermitteln. Auslöser der einschlägigen Entscheidung war die Klage eines Werkunternehmers, welcher mit den beklagten Eheleuten einen nicht notariell beurkundeten „Bauwerkvertrag“ über die Errichtung eines Fertighau-

833 BGH Ur t. v. 6.11.1980 – VII ZR 12/80 = BGHZ 78, 346 = NJW 1981, 274; BGH Ur t. v. 27.10.1982 – V ZR 136/81 = NJW 1983, 565; BGH Beschl. v. 12.4.1984 – III ZR 221/83 = BeckRS 1984, 31070813; BGH Ur t. v. 7.2.1986 – V ZR 176/84 = BGHZ 97, 147 = NJW 1986, 1983; BGH Ur t. v. 10.10.1986 – V ZR 247/85 = NJW 1987, 1069; BGH Ur t. v. 24.9.1987 – VII ZR 306/86 = BGHZ 101, 393 = NJW 1988, 132; BGH Ur t. v. 16.9.1988 – V ZR 77/87 = NJW-RR 1989, 198; BGH Ur t. v. 14.10.1988 – V ZR 73/87 = NJW 1989, 898; BGH Ur t. v. 9.7.1992 – IX ZR 209/91 = NJW 1992, 3237; BGH Ur t. v. 9.7.1993 – V ZR 144/91 = NJW-RR 1993, 1421; BGH Ur t. v. 12.2.2009 – VII ZR 230/07 = NJW-RR 2009, 953.

834 Vgl. bereits zutreffend RG, Ur t. v. 7.12.1921 – V 141/21 = RGZ 103, 295 (299).

835 Nur wenige Sätze später wird indes wieder ein beidseitiger Verknüpfungswille gefordert, vgl. BGH Ur t. v. 6.12.1979 – VII ZR 313/78 = BGHZ 76, 43 = NJW 1980, 829 (830).

836 Ein rechtlicher Zusammenhang mit einem Grundstückskaufvertrag, der zur Beurkundungsbedürftigkeit einer für sich allein genommen nicht formbedürftigen Vereinbarung führe, setze – so entschied der VII. Zivilsenat bereits Ende der 1970er Jahre – nicht zwingend voraus, dass an jedem der Rechtsgeschäfte jeweils dieselben Parteien beteiligt seien, vgl. BGH Ur t. v. 6.12.1979 – VII ZR 313/78 = BGHZ 76, 43 = NJW 1980, 829 (830).

ses abgeschlossen hatte und Schadensersatz verlangte, als er nicht mit dem Bau beginnen konnte, weil die Beklagten das im Bauvertrag genau bezeichnete Grundstück nicht von der – mit dem Kläger inkongruenten – Baugesellschaft erworben hatten. Der VII. Senat verneinte die rechtliche Einheit zwischen Bauwerkvertrag und Grundstückskaufvertrag zwar im Ergebnis, ging jedoch anstandslos von einer Betrachtung bipolarer Vertragsverbindungen zu einer Berücksichtigung multipolarer wirtschaftlicher Vernetzungen über.⁸³⁷

4. Zwischenfazit

Bei der Formerstreckung handelt es sich auf den ersten Blick um eine Fallgruppe, 38 die nicht in das hiesige Untersuchungsprogramm hineinzupassen scheint, da der BGH hier nicht die Rechtsfolgen einer Unwirksamkeitsregelung zu erstrecken sucht, sondern eine Tatbestandsanknüpfung vollzieht: Ein gesetzliches Formerfordernis (meist dasjenige in § 313 BGB a.F. bzw. § 311b Abs. 1 BGB n.F.) wird auf einen für sich genommen nicht formbedürftigen Vertrag übertragen. Wendet man sich dem von der Rechtsprechung gewählten methodischen Ansatz zu, ergibt sich, wie gezeigt, aber das Bild einer Rechtsprechungseinheit.

IV. Anwendungsfall 3: Der Gesamtrücktritt

Zuletzt einzubeziehen, ist die Rechtsprechung zum sog. Gesamtrücktritt⁸³⁸ infolge 39 einer Leistungsstörung⁸³⁹. Der BGH hat insofern über die Jahre immer wieder bejaht, dass sich ein Rücktritt – bzw., in der Zeit vor der Schuldrechtsreform, eine Wandelung – über die Vertragsgrenzen hinaus erstrecken kann. Anlass dafür boten zunächst Fälle, in denen die Parteien Grundstückskaufverträge und Verträge, in denen eine Bebauung dieses Grundstücks vereinbart wurde (Bebauungsverträge)

837 Vgl. zum rechtlichen Zusammenhang zwischen Kausalverhältnis und Vollmacht auch BGH Urt. v. 12.2.2009 – VII ZR 230/07 = NJW-RR 2009, 953 Rn. 14; BGH Urt. v. 13.2.1996 – XI ZR 239/94 = NJW 1996, 1279 (1280); BGH Urt. v. 9.7.1992 – IX ZR 209/91 = NJW 1992, 3237 (3238); BGH Urt. v. 14.10.1988 – V ZR 73/87 = NJW 1989, 898 f.; BGH Urt. v. 24.9.1987 – VII ZR 306/86 = BGHZ 101, 393 (396) = NJW 1988, 132.

838 Das Recht, bei einer Leistungsstörung sog. großen Schadensersatz statt der Leistung zu fordern, bedarf daneben keiner gesonderten Betrachtung. Denn die hier vertretene Einteilung, wonach den §§ 320 ff. BGB eine Ergänzungsfunktion bei gegenseitigen Verträgen zukommt, setzt voraus, dass im Verlangen nach großem Schadensersatz ein Rücktritt inbegriffen ist. Demgegenüber wird die hier vertretene funktionale Trennung durchbrochen, sofern man bei Schadensersatzansprüchen statt der Leistung unabhängig von einer Rücktrittserklärung die Differenzmethode zur Schadensersatzberechnung verwendet, vgl. etwa Schwarze, in: Staudinger BGB, Updatestand 27.3.2024, Vor §§ 320 – 326 Rn. 20.

839 Zum Begriff *Dauner-Lieb*, in: Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring, Das neue Schuldrecht in der anwaltlichen Praxis, § 2 Rn. 3; *Emmerich*, Das Recht der Leistungsstörungen, Rn. 1; *Medicus* JuS 2003, 521. Zur Begriffsentwicklung *Huber*, Leistungsstörungen, Bd. I, § 1 I 1, 2 ff. Nicht ganz unter diese Definition lässt sich § 282 BGB fassen, wonach eine Leistungsstörung auch bei einer einwandfrei erbrachten Hauptleistung anzunehmen sein kann.

wirtschaftlich verknüpft hatten.⁸⁴⁰ Zudem hatte sich der VIII. Zivilsenat ab Ende der 1980er-Jahre mit Parallelverkäufen von Hardware und dazu passender (Spezial-) Software zu befassen, also „echten“ Mehrkomponentengeschäften, wenn man die bilanzrechtliche Terminologie zugrundelegt. Die Ausdehnung der Wandelungs- bzw. Rücktrittsfolgen wurde dabei anhand der bereits bekannten Formel geprüft: Es komme – so der BGH – darauf an, ob „die beiden an sich selbständigen Vereinbarungen durch den erklärten Willen der Beteiligten derart zu einem einheitlichen Geschäft miteinander verbunden wurden, daß die Gültigkeit des einen Rechtsgeschäfts von der des anderen abhängen sollte.“⁸⁴¹ Maßgeblich sei, „ob nach den Vorstellungen der Vertragschließenden die Vereinbarungen nicht für sich allein gelten, sondern gemeinsam miteinander „stehen und fallen“, somit kraft ihrer rechtlichen und nicht nur wirtschaftlichen Verbindung Teile eines Gesamtgeschäfts bilden sollten.“⁸⁴² Die Geschäftseinheit wird damit wiederum (nur) vom Ergebnis einer erläuternden Auslegung des Parteiwillens abhängig gemacht. Auch im Leistungsstörungenrecht sollen sich so die Grenzen bipolarer Vertragsbeziehungen überschreiten lassen. In Bezug auf Mehrpersonenkonstellationen findet sich in den einschlägigen Entscheidungen die Ausführung, dass eine Geschäftseinheit nicht dadurch ausgeschlossen werde, dass an mehreren Rechtsgeschäften nicht durchweg dieselben Personen teilgenommen haben.⁸⁴³

V. Schlussfolgerung: Überschreitung der Schwelle zur Institutionenbildung

- 40 Die durch die Rechtsprechung herausgearbeitete Auslegungsregel, wonach mehrere, rechtlich voneinander eigentlich unabhängige Vereinbarungen einheitlich behandelt werden müssen, sofern sie nach dem Parteiwillen miteinander „stehen und fallen“ sollen, ist zunächst nur ein wiederholt verfolgter Lösungsansatz für die bei Mehrkomponentengeschäften typischerweise auftretenden Problemlagen. Dies entspricht wohl auch dem eigenen Blick der Rechtsprechung. Denn wie aufgezeigt, will der BGH die Mehrkomponentenproblematik als reine Tatsachenfrage behandeln. Die Instanzgerichte sollen ermitteln, ob (rechtlich getrennte) Verträge miteinander „stehen und fallen“ sollen. Aus rechtsmethodischer Sicht geht die Auslegungslösung jedoch darüber hinaus, da bei ihr auf ein induktiv, im Wege richterlicher Rechtsfortbildung ermitteltes Rechtsinstitut verwiesen wird, welches losgelöst von den spezifischen Sachverhaltsgestaltungen (Fernwirkungen eines Rücktritts, Formnichtigkeit etc.) existiert. Dafür, dass die Grenzen einer am jeweiligen Einzelfall orientierten Billigkeitsrechtsprechung überschritten sind und eine (nicht offengelegte) Verdichtung

840 Huber, Leistungsstörungen, Bd. II, 1999, § 45 III 5, S. 431 sprach insofern sogar noch im Jahr 1999 vom in der Praxis häufigsten Fall, in dem es auf einen Einheitswillen ankomme.

841 BGH Urt. v. 30.4.1976 – V ZR 129/74 = BeckRS 1976, 31117720.

842 BGH Urt. v. 30.4.1976 – V ZR 129/74 = BeckRS 1976, 31117720.

843 BGH Urt. v. 30.4.1976 – V ZR 129/74 = BeckRS 1976, 31117720.

zu generellen Regeln eingesetzt hat, spricht zunächst, dass die Judikatur als in sich geschlossen erscheint.

Die Entscheidungen weisen über die Kasuistik, also den Einzelfall und die Interessenabwägung in der konkreten Situation hinaus. Insbesondere beziehen sich die einzelnen Entscheidungslinien, obwohl sie mit Gesamtunwirksamkeit, Erstreckung von Formerfordernissen und Totalrücktritt disparate Sachverhaltsgestaltungen betreffen, wie selbstverständlich aufeinander. Ein weiteres Indiz ist, dass die Entwicklung der hier im Mittelpunkt stehenden Rechtsprechungslinien im Zeitpunkt der Schuldrechtsmodernisierung bereits weitgehend abgeschlossen war. Die große Mehrheit der einschlägigen Entscheidungen stammt aus der Zeit davor. Es hat also keinen durch die Reform des dispositiven Rechts ausgelösten Systembruch gegeben. Zudem überzeugen die unter Berufung auf die Auslegungsregel gefundenen Ergebnisse jeweils auf Wertungsebene. Es gelingt der Rechtsprechung mit anderen Worten, durch den Verweis auf die unveränderliche Auslegungsregel jeweils Einzelfallgerechtigkeit zu gewährleisten. Vor allem ist die Auslegungslösung aber deshalb als Verweis auf ein neu herausgebildetes Rechtsinstitut zu verstehen, weil das Privatrecht für den bei dieser Lösung in den Blick genommenen Zustand noch keinen Ausdruck kennt. Das BGB enthält als hier interessierende Rechtsfiguren die einzelne Willenserklärung, den Vertrag und die Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB). Zu allen diesen bekannten Rechtsfiguren ist eine auf dem Parteiwillen basierende Vertragsverknüpfung aber ein *Aliud*.⁸⁴⁴ Das zeigt sich nicht zuletzt daran, dass die Rechtsprechungsentscheidungen in ihrer Begriffswahl voneinander abweichen. Es ist wahlweise von einem aus mehreren separaten Verträgen zusammengesetzten einheitlichen (atypischen) Rechtsgeschäft, von einem einheitlichen Vertrag trotz äußerlicher Trennung, einer „Einheit“ zwischen (selbständigen) Vereinbarungen, (äußerlich getrennten) „Geschäften“ bzw. Akten und Verträgen mit in Zusammenhang stehenden Vertragsteilen sowie von einer Verbindung von Willenserklärungen die Rede.

C. Nähere dogmatische Kategorisierung

Wie unter B. dargelegt wurde, knüpft die Rechtsprechung – allerdings ohne dies offen zu legen – Rechtsfolgen an ein vom Vertrag losgelöstes Rechtsinstitut. Wenn es darum geht, diese Rechtsprechung dogmatisch näher einzuordnen, kommen, sofern man der hier vertretenen Auffassung folgt, dass es nicht um eine analoge Anwendung der §§ 358 ff., 506 BGB gehen kann, theoretisch drei Modelle in Betracht, wobei Mehrkomponentengeschäfte auf der Grundlage eines jeden dieser Modelle

844 So explizit *Habersack*, in: FS Picker, 2010, S. 327 (328): das verbundene Geschäft als (weiterer) Grundbegriff des Bürgerlichen Rechts.

eigenständige Privatrechtswirkungen zeigen. Die seit Jahrzehnten einheitliche dogmatische Herangehensweise an finanzierte Abzahlungsgeschäfte führt dabei schnell vor Augen, dass der Blick auf zwei Modelle verengt werden muss (I.). Man kann indes einerseits – in Anknüpfung an *Larenz* und andere – davon ausgehen, dass bei Mehrkomponentengeschäften die Verträge untereinander jeweils die Geschäftsgrundlage der anderen Verträge bilden (II.) und andererseits *Gernhubers* Rechtsfigur des Finalnexus aufgreifen und adaptieren (III.). Hier wird für die letztgenannte Lösung plädiert.⁸⁴⁵

I. Grundentscheidung für freie Vertragstrennbarkeit

- 43 Das in dieser Arbeit vorzustellende Modell einer zivilrechtsakzessorischen Ertragsrealisation bei Mehrkomponentengeschäften muss zentral dadurch geprägt sein, dass sich im Zuge der Evolution des deutschen Privatrechtsdenkens der Gedanke durchgesetzt hat, dass privatautonom gesetzte Vertragsgrenzen zu respektieren seien. Festmachen lässt sich dieser Gedanke konkret an der von BGH im Rahmen seiner Auseinandersetzung mit dem finanzierten Abzahlungsgeschäft entwickelten „Trennungstheorie“. In Abgrenzung zu sog. „Einheitstheorien“ bezeichnet der Begriff den Umstand, dass der BGH den Schutz der Käufer- bzw. Darlehensnehmerpartei beim finanzierten Geschäft von Beginn an „trotz des engen wirtschaftlichen Zusammenhangs“ in Anerkennung und unter Beibehaltung der formalen rechtlichen Trennung der Verträge gewährleisten wollte.⁸⁴⁶ An dieser Trennungstheorie hielt der BGH selbst nach Inkrafttreten des Abzahlungsgesetzes fest, als er über von der ursprünglichen Fassung des Abzahlungsgesetzes noch nicht erfasste multipersonale Verhältnisse, also die Erweiterung des finanzierten Erwerbs zu einem Dreipersonenverhältnis – insbesondere in Form des finanzierten Erwerbs unter Einschaltung einer sog. Teilzahlungsbank –, zu entscheiden hatte.⁸⁴⁷ Spätestens im Zuge der Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie und der damit einhergehenden Schaffung des Verbraucherkreditgesetzes (VerbrKrG) setzte sich das Beharren auf der Vertragstrennung aber endgültig durch. So knüpfte § 9 VerbrKrG a.F., der schlussendlich im Zuge der

845 Unberücksichtigt bleibt hier insbesondere der von *Emmerich* unterbreitete und – soweit ersichtlich – vereinzelt gebliebene Vorschlag, dass Verkäufer und Bank sich beim finanzierten Abzahlungsgeschäft zu einer BGB-Gesellschaft zusammenschließen, in welcher zwar jeder von ihnen je für sich einen eigenen Endzweck verfolge, diesen jedoch mit gemeinsamen Mitteln, deren Förderung der gemeinsame Zweck sei, und als solche dem Käufer gegenüberstehen, vgl. dazu: *Emmerich* JuS 1971, 273 (279 ff.).

846 Vgl. explizit BGH Urt. v. 17.11.1960 – VII ZR 56/59 = BGHZ 33, 293 = NJW 1961, 166 (167); ähnlich später BGH Urt. v. 28.5.1984 – III ZR 63/83 = NJW 1984, 2816 (2817).

847 Vgl. später BGH Urt. v. 19.5.2000 – V ZR 322/98 = NJW 2000, 3065 (3066); BGH Urt. v. 20.11.1986 – III ZR 115/85 = NJW 1987, 1813 (1814); BGH Urt. v. 28.5.1984 – III ZR 63/83 = NJW 1984, 2816 (2817 f.); BGH Urt. v. 17.11.1960 – VII ZR 56/59 = BGHZ 33, 293 = NJW 1961, 166 (167) (entsprechende Anwendung des §§ 5, 6 AbzahlG); BGH Urt. v. 20.3.1980 – III ZR 172/78 = NJW 1980, 1514 (1516); BGH Urt. v. 25.3.1982 – III ZR 198/80 = BGHZ 83, 301 (303 f.) = NJW 1982, 1694 (1695); BGH Urt. v. 5.5.1992 – XI ZR 242/91 = NJW 1992, 2560 (2562).

Schuldrechtsmodernisierung –ohne inhaltliche Modifikation⁸⁴⁸ – in die §§ 358 ff. BGB transformiert wurde, ausdrücklich an die wirtschaftliche Einheit zweier Verträge an. Dementsprechend gehen auch die §§ 358 ff. BGB – wie aufgezeigt – von der Existenz zweier (Verbraucher-)Verträge (Liefer- und Darlehensvertrag) aus, die rechtlich selbständig sind und es unter Berücksichtigung der verbraucherschützenden Wertungen bleiben.⁸⁴⁹

Dieser Betrachtungs- und Lösungsansatz ist nicht selbstverständlich. Alternativ lie- 44
ße sich etwa davon ausgehen, dass die Parteien eigentlich einen Gesamtvertrag geschlossen und diesen schlicht falsch als mehrere Verträge ausgewiesen haben. Aus rechtsevolutionärer Perspektive betrachtet erscheint die Versteifung auf die Dekomposition in Einzelverträge beim finanzierten Abzahlungskauf sogar als ein recht ungewöhnlicher Schritt, wenn man bedenkt, wie einig man sich in der eigentlichen Wertungsentscheidung, dem Käufer beizuspringen, war. Bei Fallgestaltungen abseits des finanzierten Geschäfts, wie der Kombination von Mobilfunkdienstleistung und Handywerb, läge die Annahme eines Gesamtvertrags sogar noch näher.

Ein anderer Alternativansatz zur „Trennungstheorie“ hätte darin bestanden, die Ver- 45
knüpfung der Leistungskomponenten unter der Ebene des Einzelvertrags anzusiedeln. Denn wenn nach der herkömmlichen Betrachtungsweise, wie angesprochen, auf eine wirtschaftliche Verknüpfung zwischen Verträgen abgestellt wird, ist damit eigentlich nur eine rechtstheoretische Zwischenstufe erreicht. Präziser wäre es, auch im Kontext der §§ 358 ff. BGB unmittelbar von einer Verknüpfung von Leistungskomponenten auszugehen. Diese Betrachtungsweise hätte den Vorteil, dass dann die Frage, wo bei einem Mehrkomponentengeschäft die Vertragsgrenzen liegen, die dogmatische Lösung nicht belastete. Dass es schlussendlich nicht zielführend ist, diese Frage zu stellen, zeigt sich bereits daran, dass die Parteien oftmals gar keine Notwendigkeit gesehen haben werden, sie eindeutig zu beantworten (vgl. § 8). Auch der noch in den Blick zu nehmende IFRS 15 zeigt die Vorteile eines Denkens in Leistungs- anstelle von Vertragsverknüpfungen auf (dazu §§ 27 ff.). Schlussendlich ist also kein überzeugender rechtsdogmatischer Grund dafür ersichtlich, weshalb sich die „Trennungstheorie“ und das damit einhergehende Denken in Vertragsverknüpfungen in Deutschland evolutionär durchgesetzt haben. Den Umstand, dass die Auftrennung in Einzelverträge dennoch so weitgehend akzeptiert wurde, kann man schlussendlich vielleicht nur mit der am Spot-Vertrag ausgerichteten und auf Regelungen zu Verträgen, die sich aus mehreren Leistungskomponenten zusammen-

848 Begr. FraktionsE, BT-Drs. 14/6040, 200: „Durch die Schaffung des § 358 RE wird keine Änderung der geltenden Rechtslage, wohl aber eine weitere Vereinheitlichung der Rechtsfolgen des Widerrufs bei Verbraucherverträgen bewirkt.“

849 Vgl. BGH Urt. v. 15.12.2009 – XI ZR 45/09 = BGHZ 184, 1 = NJW 2010, 531 Rn. 21, 25; BGH Urt. v. 14.6.2004 – II ZR 393/02 = NJW 2004, 2736 (2739); s. auch BGH Urt. v. 15.12.2009 – XI ZR 45/09 = BGHZ 184, 1 = NJW 2010, 531 Rn. 25.

setzen, verzichtenden Struktur des BGB erklären (vgl. § 14 B. II. 1.). Angesichts dessen, ist sie als Eigenheit des deutschen Privatrechtsdenkens wohl zu tief verankert, als dass es eine Chance gäbe, noch einen Bewusstseinswandel herbeizuführen. Die beiden angesprochenen Alternativen werden in der Untersuchung deshalb nicht weiterverfolgt.

II. Finanzierter Abzahlungskauf und Geschäftsgrundlagenlehre

- 46 Die erste Möglichkeit für eine rechtsfortbildende Lösung der Mehrkomponentenproblematik, welche tatsächlich hoffen kann, akzeptiert zu werden, bestünde im Lichte dessen darin, § 313 BGB als gesetzliches Instrument zum Eingriff in die den Mehrkomponentengeschäften zugrundeliegenden vertraglichen Vereinbarungen heranzuziehen. Dazu könnte auf schuldvertraglicher Ebene – dem Parteiwillen entsprechend – weiterhin von getrennten Verträgen ausgegangen werden, zugleich jedoch von einer Verknüpfung auf „höherer Ebene“. Umsetzen ließe sich das, indem rechtsfortbildend eine neue Fallgruppe des § 313 BGB entwickelt wird, der zufolge die Norm als Rechtsgrundlage dient, sofern ein nach den bilanzrechtlich entwickelten Kriterien als Mehrkomponentengeschäft einzuordnendes Geschäft eingegangen wird und die Leistung einer Komponente gestört ist. Dabei ermöglichte § 313 BGB ein weiteres Störungsverständnis als das herkömmliche Schuldrecht. Denn die Regelung vermag sowohl Störungen zu adressieren, die darin bestehen, dass eine Leistungskomponente eine andere Rechtswirksamkeit hat als die anderen, als auch, dass die Komponente nicht geleistet wird oder einen Mangel aufweist oder, dass der Verbraucher im Hinblick auf eine der Leistungskomponenten ein Widerrufsrecht ausübt. Auf § 313 BGB abzustellen, wäre weiterhin vorteilhaft, da die Regelung von den jeweiligen vertraglichen Strukturen und Personenkonstellationen unabhängige Eingriffe ermöglicht. Es käme nicht darauf an, ob die einzelnen Leistungskomponenten einem oder mehreren Verträgen zugeordnet wurden. Ebensowenig spielte eine Rolle, ob die Leistungskomponenten von einem oder mehreren Anbietern stammen.

1. Einordnung in die Geschäftsgrundlagenlehre

- 47 Dieser potenzielle Lösungsweg kann an Ausführungen von *Larenz* und anderen zum Käuferschutz beim finanzierten Abzahlungskauf anknüpfen. *Larenz* sah den Darlehensvertrag durch die ihm von beiden Parteien gegebene Zweckbestimmung und durch die im Zusammenhang damit weiter getroffenen Bestimmungen so eng an den Kaufvertrag angelehnt, dass man dessen Zustandekommen und Wirksamkeit als Geschäftsgrundlage des Darlehensvertrags ansehen müsse. Denn das Zustandekommen und die Wirksamkeit des Kaufvertrags sei ein Umstand, den

beide Parteien des Darlehensvertrages bei dessen Abschluss als gegeben ansahen und ohne den sie den Darlehensvertrag nicht geschlossen hätten.⁸⁵⁰ Er konnte dabei auf eine ganze Reihe älterer Auffassungen Bezug nehmen, die ebenfalls bereits davon ausgegangen waren, dass das Schicksal des einen Vertrags vom Bestand des anderen abhängig sei, weil sich der Käufer im Zweifel auf einen Wegfall der Geschäftsgrundlage berufen könne.⁸⁵¹ Die Parallellösung *Essers*,⁸⁵² wonach bei Nichtigkeit des Kaufvertrags der Darlehensvertrag wegen Zweckverfehlung nichtig sei, weil jetzt ein bestimmter Kaufvertrag nicht mehr kreditiert werden könne, ist zwar eher der Unmöglichkeit zuzuordnen und *Gernhuber* ist davon ausgegangen, dass damit ein Standpunkt erreicht sei, der in einem viel stärkeren Maße zur Überwindung der Trennungstheorie tendiere als die Lehre von der Verknüpfung über die Geschäftsgrundlage,⁸⁵³ *Esser* selbst hat aber die Nähe zum „Wegfall der Geschäftsgrundlage“ explizit herausgestellt. Auch in der Kommentarliteratur zum Abzahlungsgesetz vom 16.5.1984 hatte sie bereits Anhänger gefunden⁸⁵⁴ und würde es in den Kommentaren zum Verbraucherkreditgesetz vom 17.12.1990⁸⁵⁵ wieder tun.

Larenz und *Essers* Erklärung dafür, in welcher Form Kauf und Darlehen trotz Trennung aufeinander zugeordnet sind, bewegte sich nahe an der BGH-Rechtsprechung zum finanzierten Abzahlungskauf, wobei sich der BGH allerdings einer klaren dogmatischen Einordnung seiner Lösungen – soweit ersichtlich – selbst immer entzogen hat. Die Nähe folgt schon daraus, dass die Geschäftsgrundlagenlehre ursprünglich aus § 242 BGB heraus entwickelt wurde, bevor man sie als eigenständiges Institut (gewohnheitsrechtlich) anerkannte⁸⁵⁶ und auch die für Abzahlungsgeschäfte entwickelte Trennungstheorie bzw. Einwendungslösung ihre Wurzeln im § 242 BGB hat.⁸⁵⁷ Später ist die Lösung über die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage für

850 *Larenz*, in: FS Michaelis, 1972, S. 193 (203); vgl. darauf bezugnehmend später *Fuchs* AcP 199 (1999), 305 (319 ff.).

851 *Hörter*, Der finanzierte Abzahlungskauf, S. 224 ff.; *Möllers* NJW 1955, 1421 (1423); *Donau* NJW 1955, 1666 (1667) (in Reaktion auf *Möllers*); *Meyer* MDR 1958, 79.

852 Vgl. *Esser*, in: FS Kern, 1986, S. 87 (107 f.).

853 *Gernhuber*, in: FS Larenz, 1973, S. 455 (469).

854 *Canaris*, Bankvertragsrecht, Rn. 1420 ff.

855 Vgl. *Ott*, in: Bruchner/Ott/Wagner-Wieduwilt, VerbrKrG, § 9 Rn. 129; *Lwowski*, in: *Lwowski/Peters/Gößmann*, VerbrKrG, S. 209; s. auch *Lwowski/Münscher*, in: *Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankrechts-Handbuch, 3. Aufl. 2007, § 81, Rn. 566 f.

856 Vgl. zur Anerkennung der Geschäftsgrundlagenlehre bereits vor der Kodifikation des § 313 BGB *Meyer-Pritzel*, in: HKK-BGB, §§ 313 – 314 Rn. 40.

857 Vgl. BGH Urt. v. 29.10.1956 – II ZR 79/55 = BGHZ 22, 90 = NJW 1957, 17 (19) und etwas später BGH Urt. v. 20.11.1986 – III ZR 115/85 = NJW 1987, 1813 (1814): Wenn ein Abzahlungsgeschäft in zwei selbständige Verträge – einen Kaufvertrag und einen Darlehensvertrag – aufgespalten ist, könne der Käufer gegenüber dem Zahlungsbegehren des Darlehensgebers nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) auf die ihm gegenüber dem Verkäufer als Zweitgläubiger zustehenden Sachmängleinwendungen zurückgreifen, wenn dieser seiner Pflicht zur Nachbesserung nicht ordnungsgemäß nachkomme. Denn es widerspreche Treu und Glauben, das Risiko der (ordnungsgemäßen) Erfüllung des finanzierten Vertrags durch den Verkäufer allein dem Käufer aufzubürden. Nach § 242 BGB sei dem Käufer vielmehr das Recht zuzubilligen, gegenüber dem Darlehensgeber die Tilgung des Finanzierungsdarlehens zu verweigern bzw. auf Mängel der

finanzierte Erwerbsgeschäfte dann allerdings in Vergessenheit geraten. Der Grund dafür ist wohl darin zu sehen, dass erst im Verbraucherkreditgesetz und später im BGB immer mehr und detailliertere explizit einschlägige gesetzliche Regeln für die Abwicklung fehlerhafter finanzierter Geschäfte geschaffen wurden.⁸⁵⁸ Die Frage, ob die §§ 358 ff. BGB lediglich ein allgemeines Rechtsinstitut (die Geschäftsgrundlagenlehre) konkretisieren, kann angesichts dessen im Hinblick auf die Bewältigung nicht explizit geregelter Finanzierungsfälle heute als akademisch abgetan werden.

- 49 Eine Lösung über die Geschäftsgrundlagenlehre könnte sich aber weiterhin immerhin darauf berufen, dass sich der BGH auch in einigen Entscheidungen aus der „Stehen-und-Fallen“-Reihe sprachlich sehr deutlich an sie angelehnt hat. So heißt es in einer Entscheidung des V. Zivilsenats aus dem Jahr 1974, dass zwei Leistungskomponenten schon dann ein einheitliches Schicksal erfahren sollen, wenn nur der eine Vertragspartner einen Einheitlichkeitswillen hatte, dieser aber dem anderen Partner erkennbar war und von ihm gebilligt oder mindestens hingenommen wurde.⁸⁵⁹

2. Widerspiegelung in der BGH-Rechtsprechung zum Finanzierungsleasing

a. Die Geschäftsgrundlagenlehre beim Finanzierungsleasing

- 50 Anknüpfen könnte die Fallgruppenbildung darüber hinaus an die BGH-Rechtsprechung zur Bewältigung von Leistungsstörungen beim Finanzierungsleasing, im Hinblick auf das der BGH vertritt, dass bei einem Mangel des Leasinggutes der Leasingnehmer (nach vorheriger Abtretung) das Rücktrittsrecht des Leasinggebers gegenüber dem Lieferanten geltend machen kann. Denn im Anschluss soll hier die Geschäftsgrundlage des Leasingvertrags wegfallen und der Leasingnehmer gemäß § 313 Abs. 3 Satz 1 BGB vom Leasingvertrag zurücktreten können. In der Anfangszeit ist diese Rechtsprechung auf Kritik gestoßen.⁸⁶⁰ Nichtsdestotrotz hat sie sich halten können und scheint heute wohletabliert. Es sind keine Anzeichen dafür ersichtlich, dass für das Finanzierungsleasing nach einer anderen Lösung, etwa im Wege der Spezialgesetzgebung, gesucht würde. Für eine Parallele spricht dabei, dass der

Kaufsache gestützte Einwendungen geltend zu machen, wenn der Verkäufer seine Verpflichtungen aus dem finanzierten Geschäft nicht erfüllt; vgl. weiterhin BGH Ur. v. 19.5.2000 – V ZR 322/98 = NJW 2000, 3065 (3066), wonach an die (objektive) Tatsache der „wirtschaftliche[n] Verflechtung“ angeknüpft werden müsse, aus der folge, dass „die Berufung auf die rechtliche Selbstständigkeit des Darlehensvertrags gegen Treu und Glauben verstößt“. Dabei ist allerdings zuzugeben, dass die Grenzen zwischen objektiver Betrachtung und Willensauslegung in der letztgenannten Entscheidung teilweise verschwimmen.

858 Vgl. *Fuchs* AcP 199 (1999), 305 (320).

859 Vgl. BGH Ur. v. 30.4.1976 – V ZR 129/74 = BeckRS 1976, 31117720.

860 Vgl. *Canaris* AcP 190 (1990), 410 (416 ff.); *Larenz/Canaris*, SchuldR, Bd. II/2, § 66 IV, S. 113: Die in Leasingverträgen enthaltenen Gewährleistungsklauseln entfalten eine Sperrwirkung gegenüber der Geschäftsgrundlagenlösung des BGH. Zudem falle das Sachmängelrisiko in die Sphäre des Leasingnehmers. Schließlich trage die BGH-Lösung zu einer Kumulierung von Insolvenzrisiken bei.

BGH die Tatbestandsvoraussetzungen des § 313 BGB hier nicht mehr im Einzelnen prüft.⁸⁶¹ Wenn es um das Finanzierungsleasing geht, bekleidet § 313 BGB damit nicht mehr länger die Funktion einer bloßen Ausnahmeregelung, die dazu dient, Treu und Glauben im Einzelfall zu gewährleisten. Vielmehr wurde die Regelung insofern in den Rang eines Standardrechtsbehelfs gehoben und unterscheidet sich strukturell nicht mehr von allgemein-schuldrechtlichen Rechtsbehelfen wie dem Rücktrittsrecht. Anders ausgedrückt, hat der BGH hier § 313 BGB genutzt, um einen neuen Geschäftstypus mit den Mitteln des Rechts einzuhegen und so (eine Form von) Gerechtigkeit zu gewährleisten. *Canaris* benennt dies in seiner Rechtsprechungskritik sehr klar: Der BGH habe hier eine von den Rechtsfortbildungskompetenzen des Gerichts nicht gedeckte und ungerechte „Zwangsversicherung zu Lasten des Leasinggebers“ oder „Pflichtversicherung der Leasingnehmer“ etabliert.⁸⁶²

b. Verallgemeinerung dieser Rechtsprechung durch Grundmann

Zu verweisen ist schließlich auf *Stefan Grundmann*, der bereits versucht hat, 51 die BGH-Rechtsprechung zur Rolle von § 313 BGB beim Finanzierungsleasing zu verallgemeinern. *Grundmann* geht dabei davon aus, dass § 313 BGB auch bei anderen, dem Finanzierungsleasing vergleichbaren Leistungsverbindungen als Standardrechtsbehelf in Betracht komme, sofern man die dogmatischen Vorarbeiten der Rechtsprechung aufgreift. *Grundmann* zufolge werde nach der BGH-Lösung eine wirtschaftliche Verbindung von Leistungskomponenten, die nicht Vertragsinhalt geworden ist, zur Geschäftsgrundlage, sofern alle Beteiligten in ihr den Grund für den wirtschaftlichen Erfolg des Geschäfts ausmachen.⁸⁶³ Hierdurch eröffne sich ein Weg, um einer klar zutage liegenden wirtschaftlichen Verbundenheit von Leistungskomponenten Rechnung zu tragen, ohne dass man dafür zugleich den (vermeintlichen) Willen der Parteien zur rechtlichen Separierung vernachlässigen müsste.⁸⁶⁴ Zudem bleibe so Raum, um Störungen anders zu behandeln, die sich nicht unmittelbar aus der wirtschaftlichen Verbundenheit ergeben, sondern von außerhalb kommen.⁸⁶⁵ Es liegt nahe, dass sich die BGH-Rechtsprechung zum Finanzierungsleasing, sofern man sie um *Grundmanns* Gedanken anreicherte, auch unmittelbar für das hiesige Vorhaben adaptieren ließe.

861 Vgl. BGH Urt. v. 25.11.2020 – VIII ZR 252/18 = BGHZ 228, 1 = NJW 2021, 1093 Rn. 34; BGH Urt. v. 16.6.2010 – VIII ZR 317/09 = NJW 2010, 2798 Rn. 24; BGH Urt. v. 23.2.1977 – VIII ZR 124/75 = BGHZ 68, 118 (126) = NJW 1977, 848 (850); BGH Urt. v. 16.9.1981 – VIII ZR 265/80 = BGHZ 81, 298 = NJW 1982, 105 (106 f.).

862 *Canaris* AcP 190 (1990), 410 (424).

863 *Grundmann* AcP 207 (2007), 718 (742).

864 *Grundmann* AcP 207 (2007), 718 (742).

865 *Grundmann* AcP 207 (2007), 718 (742).

3. Ausgestaltung der Lösung im Einzelnen

a. Vertragsanpassung und Neuverhandlung auf Rechtsfolgenreite

- 52 Sowohl für als auch gegen eine Lösung über die Geschäftsgrundlagenlehre spricht zunächst der Umstand, dass gemäß § 313 Abs. 3 bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen zunächst jede der Vertragsparteien eine Vertragsanpassung verlangen kann, und erst sekundär, bei Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit der Anpassung, dem Gläubiger ein Rücktrittsrecht, bzw., bei Dauerschuldverhältnissen, ein Kündigungsrecht, eingeräumt wird.⁸⁶⁶ Einerseits kann dann kaum mehr von der Existenz eines einheitlichen Mehrkomponentenprivatrechts unter Einbeziehung aller sich explizit auf wirtschaftliche Vertragsverbünde beziehender gesetzlicher Regeln ausgegangen werden. Denn die Rechtsfolge des § 313 BGB ist nicht mit derjenigen, welche in den §§ 358 ff. BGB vorgegeben wird, vereinbar.⁸⁶⁷ Andererseits erscheint die Neuverhandlungspflicht aber gerade bei „gestörten“ Verbrauchermehrkomponentengeschäften aus vertragsökonomischer Sicht als die erstbeste Lösung.⁸⁶⁸ Zwar besteht, wenn Gerichte über mehr entscheiden können als die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit eines Vertrags, bekanntlich die Gefahr einer Gängelung der Parteien, da das vom Gericht gefundene Ergebnis eines sein kann, auf das sich die Parteien privatautonom nicht eingelassen hätten. Eine weitgehende Aufrechterhaltung der vertraglichen Vereinbarungen, wie sie § 313 Abs. 3 BGB ermöglicht, kann den Eingriff in den Vertrag aber zugleich abmildern und dafür Sorge tragen, dass er weniger mit der Privatautonomie kollidiert.⁸⁶⁹ Schlussendlich für die mit der Anwendung von § 313 BGB einhergehende Rechtsfolge spricht, dass sie sorgfältiger kalibrierte Eingriffe in Mehrkomponentengeschäfte ermöglicht. Hierauf kommt es an, da Alleinstellungsmerkmal und Quelle der Attraktivität von Mehrkomponentengeschäften nicht der Inhalt der einzelnen Leistungskomponenten, sondern die wirtschaftliche Verknüpfung ist. Die zu präferierende Lösung sollte aus diesem Blickwinkel nicht darauf abzielen, mittels § 313 BGB in einzelne Verträge einzugreifen. Es sollte vielmehr darum gehen, die gerichtliche Ordnung einer spezifischen Produktkategorie, für die es Angebot und Nachfrage gibt, zu ermöglichen.
- 53 Deshalb muss umgedacht werden: Um einen Erdrosselungseffekt im Hinblick auf den Mehrkomponentenmarkt zu vermeiden, müssen für die Parteien – trotz des zwischen ihnen bestehenden asymmetrischen Verhältnisses – Freiheiten verbleiben, um – unter durch § 313 BGB gewährleisteter Richteraufsicht – flexible Standards

866 Vgl. dazu auch etwa *Zwanzger*, Der mehrseitige Vertrag, S. 380.

867 Vgl. zu diesem Einwand noch unter Geltung des VerbrKrG bereits *Fuchs* AcP 199 (1999), 305 (321, 323).

868 So allgemein aus rechtsökonomischer Perspektive auch *Eidenmüller* ZIP 1995, 1063 ff.; kritisch gegenüber der in § 313 BGB angeordneten Rechtsfolge: *Koziol* AcP 212 (2012), 1 (8).

869 Vgl. zum Ganzen unter Einbeziehung rechtsvergleichender Überlegungen: *Reiter*, Vertrag und Geschäftsgrundlage, S. 288 f.

zu entwickeln. § 313 BGB sorgt dafür, dass dieser Prozess des Austarierens stattfinden kann. Zweifelhaft erscheint allenfalls, ob die Anpassungsoption bei Verbrauchermehrkomponentengeschäften überhaupt praktisch genutzt würde, da es hier letztlich nur um Anpassungen gehen kann, die für eine Seite (den Anbieter) klar nachteilig ausfallen. Angesichts dessen könnten die Gerichte versucht sein, den Abnehmer – entgegen der gesetzlichen Regelungsentention – leichterhand auf seine Rücktritts- oder Kündigungsmöglichkeit zu verweisen.⁸⁷⁰ Dies wird aber jedenfalls dann vermieden, sofern man davon ausgeht, dass die Neuverhandlung zwingend Primärrechtsfolge des § 313 BGB ist.⁸⁷¹ Denn dann ist den Gerichten der vermeintlich leichtere Weg verschlossen.

b. Einzubeziehende Parteien bei Mehrpersonenkonstellationen

Dem Grundsatz der Relativität entsprechend wäre in einer Mehrpersonenkonstellation in die Neuverhandlung nur derjenige Komponentenanbieter einzubeziehen, 54
der Vertragspartner des störungsfreien Komponentenvertrags ist. Dies legt auch der Wortlaut des § 313 Abs. 3 Satz 1 BGB nahe, wonach der *Vertrag* an die geänderten Umstände anzupassen sein soll. Dies würde die Verhandlungen vereinfachen: Grundsätzlich kann jede Störung des Mehrkomponentenverhältnisses bereits in einer bipolaren Gläubiger-Schuldner-Beziehung behoben werden. Die sonstigen am Mehrkomponentengeschäft beteiligten Anbieter müssen nicht zwingend einbezogen werden. Richtigerweise sollte im Störfall aber eine „Generalüberholung“⁸⁷² des gesamten Mehrkomponentengeschäfts unter Einbeziehung aller daran beteiligter Personen erfolgen. Da vertragsgrenzenübergreifende Beziehungsgeflechte vom Wortlaut des § 313 BGB nicht erfasst sind, muss die Regelung insofern analog angewendet werden. Dieser Lösungsweg entspricht der Interessenlage, welcher der Verhandlungsgedanke Rechnung zu tragen versucht.⁸⁷³ Denn danach soll die Verhandlungsbasis der Beteiligten möglichst vollständig berücksichtigt werden. Zudem lassen sich die notwendigen Anpassungen des Mehrkomponentengeschäfts zwischen den Parteien so besser austarieren, als wenn allein Gläubiger und Schuldner der von einer Störung nicht tangierten Leistungskomponente miteinander verhandeln. Andernfalls droht sich das der Anpassungslösung innewohnende Hauptrisiko zu verwirklichen: Die Gerichte könnten ein Verhandlungsergebnis billigen, welches den nicht-störenden und deshalb nicht am Verfahren beteiligten Komponentenanbieter einseitig benachteiligt. In einem multipolaren Dialog lässt sich dieses Ergebnis

870 Bach, Leistungshindernisse, S. 477; demgegenüber hat Reiter, Vertrag und Geschäftsgrundlage, S. 289 die gegenteilige Auffassung zur Praktikabilität der gesetzlichen Regelung vertreten.

871 So BGH Urt. v. 30.9.2011 – V ZR 17/II = BGHZ 191, 139 = NJW 2012, 373 Rn. 33 f.; vgl. auch etwa BGH Urt. v. 26.9.2018 – VIII ZR 187/17 = BGHZ 220, 19 = NJW 2019, 145 Rn. 15 f.; BGH Urt. v. 4.5.2022 – XII ZR 64/21 = BGHZ 233, 266 = NJW 2022, 2024 Rn. 31 ff.

872 Begriff übernommen von Zwanzger, Der mehrseitige Vertrag, S. 381.

873 Vgl. auch Zwanzger, Der mehrseitige Vertrag, S. 382 im Kontext mehrseitiger Verträge.

besser auffangen und verhindern. Praktisch könnte es weit eher dazu kommen, dass der störende Drittanbieter im Rahmen einer Vertragsänderung seinen Anteil an den (mittelbaren) Störungsfolgen übernimmt.

4. Einwände gegen die Verortung in § 313 BGB

a. Einwand des entgegenstehenden gesetzgeberischen Willens

- 55 Gegen die vorgestellte Lösung können eine Reihe von Einwänden vorgebracht werden. Zunächst könnte sie gegen den Willen des Gesetzgebers des § 313 BGB verstoßen. Ziel der Kodifikation der Geschäftsgrundlagenlehre in § 313 BGB war es allerdings bekanntlich (nur), den bereits erreichten Rechtszustand stärker wörtlich im BGB zum Ausdruck zu bringen bzw. die Transparenz im Hinblick auf die Geschäftsgrundlagenlehre zu erhöhen, um so (mittelbar) die Rechtssicherheit zu erhöhen.⁸⁷⁴ Der Gesetzgeber sah es als unbefriedigenden Zustand an, wenn wichtige, seit vielen Jahren erprobte und bewährte Rechtsinstitute auf Dauer von einer Kodifikation ausgeschlossen bleiben.⁸⁷⁵
- 56 Dagegen, den gesetzgeberischen Willen als Hürde für die Rechtsfortbildung des § 313 BGB anzusehen, spricht auch, dass die Regelung aufgrund ihrer Verbindung zur Geschäftsgrundlagenlehre nicht auf herkömmlichem Weg eingeeht und fortentwickelt werden kann. Denn in den Gesetzesmaterialien wird an keiner Stelle dazu Stellung genommen, welcher der zahlreichen über Jahrzehnte seitens der Literatur entwickelten ganz unterschiedlichen, uneinheitlichen und vielfach disparaten⁸⁷⁶ Begründungsansätze für Vertragskorrekturen in § 313 BGB Gesetz werden sollte. Die unterschiedlichen dogmatischen Konzepte zum Gehalt der Geschäftsgrundlagenlehre sollten vielmehr allesamt für die Auslegung der gesetzlichen Regelung herangezogen werden können. Die Reform war insbesondere auch insofern rein deklaratorisch angelegt.⁸⁷⁷ Diese Ausgangslage lässt den Schluss zu, dass der Gesetzgeber dem Rechtsanwender die Aufgabe auferlegt habe, § 313 BGB möglichst im Lichte der bereits im Vorfeld der Schuldrechtsreform bestehenden Rechtsprechungsgrundsätze

874 Vgl. Begr. Entwurf Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, BT-Drs. 14/6040, S. 2, 79; zur Kritik vgl. *Dauner-Lieb*, in: Zimmermann/Ernst, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 305 (321): „Kodifikation als Lehrbuchzitat“; *Ehmann/Sutschet*, Modernisiertes Schuldrecht, S. 161 ff., 162: „Merkzetteltgesetzgebung“.

875 Begr. Entwurf Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, BT-Drs. 14/6040, S. 175; *Canaris*, Schuldrechtsmodernisierung, 2002, S. 743.

876 So *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse, S. 512; vgl. zu diesen Ansätzen im Einzelnen *Huber*, in: Gutachten zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. 2, 1981, S. 647 (651).

877 Vgl. Begr. Entwurf Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, BT-Drs. 14/6040, S. 175: in § 313 BGB solle „das ohnehin schon Anerkannte wiedergegeben“ werden; s. auch *Canaris*, Schuldrechtsmodernisierung, 2002, S. 184/743 sowie bereits die Befürchtung bei *Huber*, in: Gutachten zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. 2, 1981, S. 647 (748 ff., 751).

und Lehrmeinungen auszulegen. Angesichts dessen, dass die Kontroversen um den Wesensgehalt der Geschäftsgrundlagenlehre vor der Reform, wenn man vom allgemein anerkannten Subsidiaritätspostulat absieht (dazu sogleich), nicht ansatzweise überwunden waren, ist dies aber ein beinahe aussichtsloses Unterfangen. Der Gesetzeswortlaut legt zwar gewisse Grundtendenzen nahe, es werden aber – wie vor der Reform⁸⁷⁸ – weiterhin Rechtsprechungsentscheidungen ergehen, die jede bekannte Lehrmeinung stützen. Die Rechtsprechung und (damit auch) die Kommentarliteratur werden § 313 BGB im Lichte dessen absehbar nicht einhegen und fortentwickeln können.⁸⁷⁹ Daher ist die Praxis, wenn es darum geht, den Wesensgehalt des § 313 BGB näher zu konturieren auf die Privatrechtswissenschaft angewiesen. Dem Reformgesetzgeber kann sogar unterstellt werden, dass er durch sein eigenes Unterlassen von Weichenstellungen genau diesen Zustand herbeiführen wollte. § 313 BGB ist dann als eine innovationsoffene Regelung zu verstehen, die insbesondere auch neue „soziale“ Funktionszuschreibungen, wie die vorstehend skizzierte, erlaubt.

b. Einwand der Subsidiarität

Der Haupteinwand gegen *Larenz* Begründung des Einwendungsdurchgriffs mit der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage war stets und muss bleiben, dass seine Subsidiarität gegenüber entgegenstehenden vertraglichen Vereinbarungen oder gesetzlichen Bestimmungen einen maßgeblichen Eckpfeiler des Rechtsinstituts bildet. Nach wohl allgemein geteilter Auffassung soll § 313 BGB eine Korrektur vertraglicher Vereinbarungen deshalb nur bei einem „Restbestand“ von Fällen zulassen.⁸⁸⁰ Das Subsidiaritätspostulat lässt sich nicht wegargumentieren. Es ist aber zu berücksichtigen, dass es sich bei ihm nach wie vor eher um eine dogmatische Behauptung, denn um ein beachtetes Tatbestandsmerkmal handelt.⁸⁸¹ Der Vorwurf, der Einsatz von § 313 BGB im Rahmen einer Verbrauchermehrkomponentendogmatik verstoße gegen den Subsidiaritätsgedanken, adressiert also nur eine neue Ausprägung des festgefahrenen Standardmissstands der Geschäftsgrundlagenlehre.

878 Vgl. *Medicus*, in: FS Flume, 1978, S. 629.

879 Weitergehend *Meyer-Pritzl*, in: HKK-BGB, §§ 313–314 Rn. 69: Der BGH wolle allgemein nicht an der dogmatischen Konturierung der Geschäftsgrundlagenlehre mitwirken. Ein Dialog zwischen Rechtsprechung und Lehre, wie er für andere Bereiche des Zivilrechts symptomatisch sei, finde hier nicht statt.

880 Vgl. nur *Fuchs* AcP 199 (1999), 305 (320); *Teubner* ZHR 146 (1982), 625 (626) spricht von einer drastischen Beschränkung der Anzahl der bei der Anwendung der Geschäftsgrundlage juristisch zugelassenen Argumente; (zu) weitgehend *Flume*, in: FS 100 Jahre DJT, Bd. I, 1960, S. 135 (236); *ders.*, BGB AT, Bd. 2, Das Rechtsgeschäft, S. 525: verbleibend im Anwendungsbereich allein Fälle einer „Änderung der Sozialexistenz“.

881 Vgl. zu diesem Einwand speziell *Gernhuber*, in: FS Larenz, 1973, S. 455 (467); *Fuchs* AcP 199 (1999), 305 (320): Der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage sei eine ergebnisorientierte Betrachtung immanent.

aa. Ausgehen von der Risikoverteilung zwischen den Parteien

- 58 Der wohlbegründeten Kritik an den Generalklauseln im BGB im Allgemeinen⁸⁸² und an der Geschäftsgrundlagenlehre im Besonderen⁸⁸³, wird heute bekanntlich durch die Annahme Rechnung getragen, dass § 313 BGB sowohl ein im konkreten Vertrag als auch ein im dispositiven Recht angelegtes Modell der Risikoverteilung zwischen den Vertragsparteien akzeptieren müsse. § 313 BGB berechtigt also grundsätzlich nur dann zu einem externen Eingriff in den Vertrag, sofern im Hinblick auf eine nachvertraglich eingetretene Störung keine vertragliche Risikoverteilung stattgefunden hat, bzw. die Grenze des auferlegten Risikos im Einzelfall überschritten ist.⁸⁸⁴ Im Grundsatz muss also gelten, dass eine gewählte Zuordnung des „Vertragsrisikos“⁸⁸⁵ unter Einsatz der Geschäftsgrundlagenlehre weder außer Kraft gesetzt noch rückgängig gemacht oder umverteilt werden kann.⁸⁸⁶ In der Folge vermögen die Parteien § 313 BGB im Wege einer vertraglichen Vereinbarung effektiv abzubedingen.⁸⁸⁷ Die vertragliche Risikoanordnung kann mit anderen Worten zu einer „Umverteilung

882 Vgl. zu den „Kuckuckseier[n] im liberalistischen Rechtssystem“ (*Lange*, Liberalismus, Nationalsozialismus und Bürgerliches Recht, S. 5) etwa *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, S. 477: § 242 BGB ermutige den „Richter guten Willens, persönliche Wertungen, naturrechtlichen Enthusiasmus oder zeitgemäße moralisierende Tendenzen gegen Buchstaben und Geist der gesetzlichen Ordnung durchzusetzen“; s. auch *Esser/Schmidt*, SchuldRAT, § 2 II, S. 34: .

883 *Flume* BGB AT, Bd. 2, Das Rechtsgeschäft, § 26; *ders.*, in: FS 100 Jahre DJT, Bd. I, 1960, S. 135 (208 ff.); Weiterentwicklung dieser Gedanken zunächst vor allem durch *Beuthien*, Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis, *passim*, *Fikentscher*, Die Geschäftsgrundlage, *passim*; zur Ideengeschichte aus rechtsvergleichender Sicht: *Reiter*, Vertrag und Geschäftsgrundlage, S. 148 ff.

884 Vgl. nur *Teichmann*, in: Soergel BGB, § 313 Rn. 22. Dies gilt unabhängig davon, dass der Risikogedanke im Wortlaut des heutigen § 313 BGB nur sehr indirekt Niederschlag findet. Jedenfalls erscheint die Risikoverteilung danach nicht gleichbedeutend zu sein mit der Geschäftsgrundlage, bzw. den „Umstände[n], die zur Grundlage des Vertrags geworden sind“, von denen die Regelung spricht. Vielmehr suggeriert die Formulierung, dass die Risikoverteilung der Vertragsparteien nur im Hinblick auf die Rechtsfolgen des § 313 BGB relevant sei. So heißt es, Anpassung des Vertrags könne verlangt werden, soweit einem Teil das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann, wobei insbesondere die „vertragliche[.] oder gesetzliche[.] Risikoverteilung“ Berücksichtigung finden soll.

885 So die von *Fikentscher* gewählte Bezeichnung, vgl. *ders.*, Die Geschäftsgrundlage als Frage des Vertragsrisikos. Die nahezu zeitgleich erschienene Arbeit *Köhlers* (vgl. *ders.*, Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage, *passim*; s. dazu auch *ders.*, in: FG 50 Jahre BGH, Bd. I, S. 295 (300)) differenziert – im Anschluss an *Larenz* – nach dem Primärzweck, bei dessen Verfehlung ohnehin nur das Recht der Leistungsstörungen zur Anwendung kommen könne, und dem für die Geschäftsgrundlage einzig maßgeblichen „weiteren Gläubigerzweck“, dem Sekundärzweck, ohne dass hiermit ein erkennbarer Mehrwert verbunden wäre.

886 Vgl. aus Sicht einer Risikolehre: *Ulmer* AcP 174 (1974), 167 (182 ff.); *Henssler*, Risiko als Vertragsgegenstand, S. 44, 171; *ders.*, in: FS Huber, 2006, 739 (740); *Huber* AcP 202 (2002), 179 (218); *Canaris* AcP 190 (1990), 410 (419); s. aus Sicht der ökonomischen Analyse des Rechts auch *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse, S. 516. Bei Befolgung der so genannten subjektiven Theorie wäre das Vertragsrisiko dabei ein positives Merkmal: Die Vorstellungen und Wertungen der Parteien machen dabei bereits (alleinig) die Geschäftsgrundlage aus, vgl. etwa *S. Martens*, in: BeckOGK BGB, Stand 1.10.2024, § 313 Rn. 9.

887 *Henssler*, in: FS Huber, 2006, 739 (747). Vor der Schuldrechtsreform wurde die Dispositivität der Geschäftsgrundlagenlehre damit begründet, dass die aus § 242 BGB abgeleiteten „naturalia negotii“ ihrerseits nur dispositives Recht enthielten, vgl. *Henssler*, Risiko als Vertragsgegenstand, S. 44.

des gesetzlichen Konzepts“ genutzt werden,⁸⁸⁸ was wiederum bedeutet, dass der Vertrag auch in der Sphäre des § 313 BGB die „speziellere Regelung“ bleibt⁸⁸⁹.

Dieser Gedanke ist – jedenfalls indirekt – auch Bestandteil der auf *Paul Oertmann* zurückgehenden rein subjektiven Theorie zur Bestimmung der Geschäftsgrundlage,⁸⁹⁰ an der die Rechtsprechung, nachdem sie das Reichsgericht erstmalig im so genannten „Vigognespinnerei“-Fall übernommen hatte,⁸⁹¹ im Grundsatz bis heute festhält.⁸⁹² Dies lässt sich bereits daran erkennen, dass schon das Reichsgericht auf der Grundlage eben dieser Theorie teilweise auf die ausschließende Funktion der vertraglichen Risikoverteilung abgestellt hat und auch der BGH dies regelmäßig tut.⁸⁹³

⁸⁸⁸ Henssler, Risiko als Vertragsgegenstand, S. 44.

⁸⁸⁹ Henssler, Risiko als Vertragsgegenstand, S. 95; vgl. auch *Fikentscher*, Die Geschäftsgrundlage, S. 32.

⁸⁹⁰ Vgl. *Oertmann*, Die Geschäftsgrundlage, S. 148 ff. und insbesondere 174 ff. Danach wird die Geschäftsgrundlage als die bei Abschluss des Vertrages zutage getretenen, dem anderen Teil erkennbar gewordenen und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der einen Partei oder die gemeinsamen Vorstellungen beider Parteien von dem Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt bestimmter Umstände, sofern der Geschäftswille der Parteien auf diesen Vorstellungen aufbaut, definiert.

⁸⁹¹ Vgl. RG, Ur. v. 3.2.1922 – II 640/21 = RGZ 103, 328 (331 f.).

⁸⁹² Vgl. BGH Ur. v. 26.9.2018 – VIII ZR 187/17 = BGHZ 220, 19 = NJW 2019, 145 Rn. 15 f.; BGH Ur. v. 4.5.2022 – XII ZR 64/21 = BGHZ 233, 266 = NJW 2022, 2024 Rn. 31 ff.; aus der Zeit vor der Schuldrechtsreform etwa BGH Ur. v. 10.10.1984 – VIII ZR 152/83 = NJW 1985, 313 (314); BGH Ur. v. 26.2.1987 – IX ZR 98/86 = NJW 1987, 1629 (1630); BGH Ur. v. 14.10.1992 – VIII ZR 91/91 = BGHZ 120, 10 (23) = NJW 1993, 259 (262); BGH Ur. v. 5.1.1995 – IX ZR 85/94 = BGHZ 128, 236 = NJW 1995, 592 (593); BGH Ur. v. 23.10.1957 – V ZR 219/55 = BGHZ 25, 390 (392) = NJW 1958, 297 (298); BGH Ur. v. 15.11.2000 – VIII ZR 324/99 = NJW 2001, 1204 (1205); BGH Ur. v. 1.6.1979 – V ZR 80/77 = BGHZ 74, 370 = NJW 1979, 1818 (1819). Zum Teil wird die Aufnahme des Zumutbarkeitskriteriums in die Formel vom Wegfall der Geschäftsgrundlage als Änderung verstanden, vgl. insofern *S. Martens* ZIP 2021, 1521 f.

⁸⁹³ Eine gängige Formulierung lautet insofern, dass für eine Berücksichtigung der Regelungen über die Störung der Geschäftsgrundlage „grundsätzlich insoweit kein Raum [sei], als es um Erwartungen und um Umstände geht, die nach den vertraglichen Vereinbarungen in den Risikobereich einer Partei fallen sollen.“ Eine solche vertragliche Risikoverteilung bzw. Risikoübernahme schließe für die Vertragspartei abgesehen von „extremen Ausnahmefällen“ regelmäßig die Möglichkeit aus, sich bei Verwirklichung des Risikos auf Wegfall der Geschäftsgrundlage zu berufen, vgl. RG, Ur. v. 6.7.1898 – I 174/98 = RGZ 42, 114 (116); RG, Ur. v. 15.3.1918 – III 522/17 = RGZ 92, 322 (324 f.); RG, Ur. v. 15.12.1941 – V 77/41 = RGZ 168, 121 (127) und aus der BGH-Rechtsprechung etwa BGH Ur. v. 23.10.2019 – XII ZR 125/18 = BGHZ 223, 290 = NJW 2020, 331 Rn. 37; ganz ähnlich BGH Ur. v. 26.9.2018 – VIII ZR 187/17 = BGHZ 220, 19 = NJW 2019, 145 Rn. 15 f.; BGH Ur. v. 4.5.2022 – XII ZR 64/21 = BGHZ 233, 266 = NJW 2022, 2024 Rn. 31 ff.; BGH Ur. v. 9.3.2010 – VI ZR 52/09 = NJW 2010, 1874 Rn. 24; BGH Ur. v. 30.4.2009 – I ZR 42/07 = BGHZ 181, 77 (97) = NJW-RR 2010, 960 Rn. 70 f.; BGH Ur. v. 21.9.2005 – XII ZR 66/03 = NJW 2006, 899 Rn. 30; BGH Ur. v. 12.2.2008 – VI ZR 154/07 = NJW-RR 2008, 649 Rn. 10; BGH Ur. v. 14.7.1983 – IX ZR 40/82 = BGHZ 88, 185 (191) = NJW 1983, 2442 (2243); BGH, Ur. v. 26.2.1987 – IX ZR 98/86 = NJW 1987, 1629 (1630); BGH Ur. v. 17.3.1994 – IX ZR 174/93 = NJW 1994, 2146 (2147); BGH Ur. v. 5.1.1995 – IX ZR 85/94 = BGHZ 128, 236 = NJW 1995, 592 (593); BGH Ur. v. 1.2.1984 – VIII ZR 54/83 = NJW 1984, 1177 (1178); BGH Ur. v. 1.6.1979 – V ZR 80/77 = BGHZ 74, 370 = NJW 1979, 1818 (1819); BGH Ur. v. 10.6.1965 – II ZR 6/63 = BGHZ 44, 40 = NJW 1965, 1960; BGH Ur. v. 28.2.1961 – VI ZR 95/60 = BeckRS 1961, 31186478; BGH Ur. v. 3.7.1981 – V ZR 100/80 = BGHZ 81, 135 (143) = NJW 1981, 2241 (2242); BGH Ur. v. 14.7.1953 – V ZR 72/52 = NJW 1953, 1585; zum Ganzen in der Kommentarliteratur: *Meyer-Pritzel*, in: HKK-BGB, §§ 313–314 Rn. 40; *Lorenz*, in: BeckOK-BGB, § 313 Rn. 26 ff.; *Finkenauer*, in: MüKo-BGB, § 313 Rn. 59 ff.; vgl. auch *S. Martens* ZIP 2021, 1521 (1523).

- 60 Auf einer zweiten Ebene der Geschäftsgrundlagenlehre müssen bei Befolgung des Eingrenzungskonzepts, spezialgesetzliche Risikoverteilungen beachtet werden. Diese ergeben sich insbesondere aus BGB-Vorschriften des Besonderen Schuldrechts zu verschiedenen Vertragstypen und – noch vornehmlicher – den Sachmängelvorschriften zu Austauschverträgen.⁸⁹⁴ Der Gedanke eines Primats spezialgesetzlicher Risikoverteilungen trägt der dem dispositiven Recht landläufig zugesprochenen Typisierungsfunktion Rechnung: Das dispositive Recht wird danach als eine Rückfalloption verstanden, welche die Parteien – sofern sie sie nicht explizit abbedungen haben – als Grundlage ihrer vertraglichen Vereinbarungen akzeptieren.⁸⁹⁵
- 61 Auf einer dritten Tatbestandsebene soll bei Vertragsstörungen, in denen kein bereits nach den vorstehend angeführten Kriterien verteiltes Risiko zum Ausdruck kommt,⁸⁹⁶ darauf abzustellen sein, inwiefern sie – auch ihrem Umfang nach⁸⁹⁷ – vorhersehbar waren. Auch das Risiko einer für den Schuldner vorhersehbaren Erschwerung der Erbringung seiner Leistungspflicht soll danach grundsätzlich von diesem selbst zu tragen sein und nicht im Wege der Korrektur oder Ergänzung der vertraglichen Vereinbarungen über § 313 BGB nachträglich umverteilt werden können.⁸⁹⁸ Da die Vorhersehbarkeit im Wortlaut des § 313 BGB jedenfalls keine unmittelbare Erwähnung findet⁸⁹⁹ und auch die Gesetzesbegründung sie nicht unmittelbar fordert⁹⁰⁰, muss der Status dieses Kriterium allerdings – ohne dass es für die Untersuchung eine Rolle spielen würde – unsicher bleiben.

894 *Henssler*, Risiko als Vertragsgegenstand, S. 45.

895 Vgl. zum Ganzen *Henssler*, Risiko als Vertragsgegenstand, S. 85; vgl. auch bereits *Schmidt-Rimpler*, in: FS Nipperdey, 1955, S. 1 (9).

896 Vgl. *Henssler*, Risiko als Vertragsgegenstand, S. 50: „Liegt nach der allgemeinen Grundregel [d.h. nach den Regelungen des dispositiven Rechts] das Risiko einer Störung bei der Gegenpartei, so besteht für denjenigen, der die Störung vorhersehen konnte, gar kein Anlaß, sich – nochmals ausdrücklich – von einer Haftung freizuzuzeichnen“, um dem Risiko zu begegnen.“

897 Vgl. *Henssler*, Risiko als Vertragsgegenstand, S. 54: „die konkret eingetretene Veränderung der Kosten-Nutzen-Relation“.

898 Vgl. zu diesem Kriterium bereits RG, Urt. v. 19.12.1930 – II 296/30 = RGZ 131, 92 (96); s. sodann BGH Urt. v. 14.7.1953 – V ZR 72/52 = NJW 1953, 1585; BGH Urt. v. 23.10.1957 – V ZR 219/55 = BGHZ 25, 390 (393 ff.) = NJW 1958, 297 (298); BGH Urt. v. 1.6.1979 – V ZR 80/77 = BGHZ 74, 370 = NJW 1979, 1818 (1819); BGH Urt. v. 30.3.1984 – V ZR 119/83 = BGHZ 91, 32 = NJW 1985, 126 (127); aus der Literatur etwa grundlegend *Fikentscher*, Die Geschäftsgrundlage, S. 31 ff.; *Nicklisch* BB 1980, 949 (951); *Henssler*, Risiko als Vertragsgegenstand, S. 51.

899 Der Wortlaut nimmt explizit allein Bezug auf die konkrete Voraussicht der Parteien („vorausgesehen hätten“) und nicht dasjenige, was sie hätten voraussehen können bzw. müssen. Jedenfalls wird hier nicht im Sinne einer strikten Negativabgrenzung herausgestellt, dass alles, was vorausgesehen wurde, nicht mehr als Geschäftsgrundlagenstörung gelten könne, vgl. *Teichmann*, in: Soergel BGB, § 313 Rn. 83 ff.; *Finkenauer*, in: MüKo-BGB, § 313 Rn. 74.

900 Vgl. Begr. Entwurf Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, BT-Drucks. 14/6040, S. 175 f. und demgegenüber nur *Teichmann*, in: Soergel BGB, § 313 Rn. 82.

bb. Zwischenergebnis

Eine Korrektur der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung erscheint vor diesem Hintergrund – wenn überhaupt – nur ganz ausnahmsweise zulässig und ist besonders begründungsbedürftig. Im Ausgangspunkt bestätigt sich hier aber vor allem die bereits herausgestellte Erkenntnis, dass es den Parteien eines Mehrkomponentengeschäfts auch im Angesicht von § 313 BGB in aller Regel überlassen bleibt, ob und inwiefern sie die wirtschaftlich verknüpften Leistungskomponenten „künstlich“ vertraglich trennen. Sofern das vertragliche Risikokzept schweigt, ist zwar auf die allgemeinen (dispositiven) gesetzlichen Regelungen abzustellen, zu diesem kann die vertragliche Risikoverteilung jedoch, wie es dem Wesen des dispositiven Rechts entspricht, wiederum ohne weiteres im Widerspruch stehen. 62

cc. § 313 BGB als spezielle Ausprägung des § 242 BGB

Darüber hinausgehend vermag der Subsidiaritätsgedanke im hiesigen Zusammenhang schlussendlich allenfalls zu einem vorsichtigen Umgang mit § 313 BGB anzuhalten, da er keinen echten Tatbestandsausschluss vermittelt. Denn auch die Risikolehren bringen letztendlich nur eine vom Theorem der „Richtigkeitsgewähr“ von Verträgen geprägte Sicht auf die Geschäftsgrundlagenlehre zum Ausdruck.⁹⁰¹ Wo die Bereitschaft zu einer Modifikation der parteilichen Risikoverteilung unter Berufung auf § 313 BGB tatsächlich beginnt, hängt vielmehr vor allem von der Einstellung zum Eigenwert vertraglicher Vereinbarungen ab. So ging es auch *Flume* bei seiner Geschäftsgrundlagenkritik vor allem darum, zu begründen, inwiefern für die Geschäftsgrundlagenlehre neben der ergänzenden Vertragsauslegung kein Raum sei.⁹⁰² Selbst das Ergebnis seiner Kritik ist daher allenfalls eine Problemverlagerung. Angesichts der Kodifikation der Geschäftsgrundlagenlehre in § 313 BGB kann sie heute nur noch insofern Bestand haben, als man zugleich ausschließt, dass die vertragliche Risikoordnung nicht anhand eines „hypothetischen Parteiwillens“ unter (versteckter) Berücksichtigung von Billigkeitserwägungen ermittelt wird. Denn dies liefe mit den Worten *Teubners* auf eine „subkutane Einführung heteronomer Wertungen“ bereits an der Basis der Geschäftsgrundlagenlehre hinaus.⁹⁰³ Man würde mit anderen Worten also vom Primat der vertraglichen Risikoordnung außer bei veränderter Sozialexistenz ausgehen, diese Zuordnung jedoch dazu nutzen, doch wieder auf breiter Front heteronom-wertend in den Vertrag einzugreifen. Dieser 63

901 Vgl. ausdrücklich *Fikentscher*, Die Geschäftsgrundlage, S. 108.

902 Vgl. *Flume*, in: FS 100 Jahre DJT, Bd. I, 1960, S. 135 (236); *ders.*, BGB AT, Bd. 2, Das Rechtsgeschäft, S. 525; vgl. dazu auch *Brox*, Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung, S. 72 ff., 78, 85, 178 ff., 185; *ders.* JZ 1966, 761 (767); *Henßler*, Risiko als Vertragsgegenstand, S. 102; *Nicklich* BB 1980, 949 (952 f.); *Littbarski* JZ 1981, 8 (13); dies klingt auch bei *Henckel* AcP 159 (1960), 106 (123) an.

903 *Teubner* ZHR 146 (1982), 625 (633).

Eingriff geschähe dann nur unter einem anderen Deckmantel, nämlich demjenigen der ergänzenden Vertragsauslegung und nicht demjenigen des § 313 BGB.

- 64 Auch unabhängig davon, stößt der Subsidiaritätsgedanke im Hinblick auf Mehrkomponentengeschäfte schnell an seine Grenzen. Wenn man bedenkt, dass sich in den allermeisten Fällen Verwendungs- und Entwertungsrisiko sicher zuordnen lassen, dürfte § 313 BGB danach eigentlich nie zur Anwendung kommen, was durch die Realität eindrucksvoll widerlegt wird. Vielmehr lässt sich – wie die Rechtsprechung zum Finanzierungsleasing zeigt – weiterhin die Heranziehung des § 313 BGB in einer großen Vielzahl an Fällen rechtfertigen, sofern man sie nur als Extremfall deklariert, in dem ausnahmsweise doch eine Verlagerung der von den Parteien explizit oder implizit vorgenommenen ursprünglichen Risikoverteilung herbeizuführen ist, weil eine Art (relativer) „Opfergrenze“ überschritten ist.⁹⁰⁴

c. § 313 BGB als Instrument zur Gewährleistung von Einzelfallgerechtigkeit

- 65 Gegen eine Lösung über § 313 BGB lässt sich weiterhin anführen, dass die Regelung grundsätzlich einen Rechtsbehelf für Extremlagen, also eine Art Ausnahmerechtsbehelf enthält, wohingegen ihr hier ein „Regelrechtsbehelf“ bei Störungen von Verbrauchermehrkomponentengeschäften entnommen würde. Ein entsprechender Zug ist den Generalklauseln aber ohnehin eigen. Er würde hier nur künstlich angestoßen. Zwar beruft man sich im Rechtsverkehr auf eine Generalklausel wohl tatsächlich, um Einzelfallgerechtigkeit zu erlangen, die daraufhin ergehenden Entscheidungen entfalten aber, indem sie vonseiten der (Kommentar-)Literatur auf vergleichbare Sachverhalte übertragen werden, Breitenwirkung, sodass sich schlussendlich Regeln herausbilden. Diese Regeln werden in Kommentaren als Fallgruppen dargestellt, auf die sich die Rechtsprechung dann wiederum berufen kann.⁹⁰⁵ Dieser Vorgang läuft umso schneller ab, wenn die Entscheidungen ein hohes Abstraktionsniveau aufweisen. Bei den zeitlich älteren generalklauselartig gefassten Vorschriften des BGB, wie § 138 BGB oder § 242 BGB ist eine solche, auf Außeneinflüsse reagierende Fallgruppenbildung über die Zeit eindeutig feststellbar. Bei der Geschäftsgrundlagenlehre zeigt sich diese Tendenz vor allem bei der Behandlung von Störungen, die aus

904 Vgl. exemplarisch BGH NJW 2010, 1874 Rn. 24; BGH Urt. v. 26.9.1996 – I ZR 265/95 = BGHZ 133, 316 (319 ff.) = NJW 1997, 1702 (1704); BGH Urt. v. 26.9.1996 – I ZR 194/95 = BGHZ 133, 331 (335 ff.) = GRUR 1997, 386 (388): Die Vertragsanpassung oder -auflösung komme trotz einer (vertraglichen) Risikoverteilung zulasten des von einer Störung Betroffenen in Betracht, sofern sie „zur Vermeidung untragbarer, mit Recht und Gerechtigkeit schlechthin unvereinbarer Folgen unabweislich“ erscheine. Auch in der Literatur wird vertreten, dass die Grenzen der (vertraglichen) Risikoübernahme erreicht seien, wo der Kerngehalt des § 242 BGB (das Prinzip von Treu und Glauben) angetastet werde, da § 313 BGB eine Ausprägung von dessen Redlichkeitsgedanken sei, vgl. S. Martens, in: BeckOGK BGB, Stand 1.10.2024, § 313 Rn. 10; Henssler, in: FS Huber, 739 (752).

905 Vgl. zu diesem Kreislauf Heinrich, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 315 ff.; Finkenauer AcP 213 (2013), 619 (640).

einer Änderung der wirtschaftlichen, politischen und sozialen Rahmenbedingungen resultieren.⁹⁰⁶ In der Rechtsprechung und Literatur werden Kriege, kriegsähnliche Entwicklungen, Währungsverfall, Naturkatastrophen und ähnliche Ereignisse, die tiefgreifende gesellschaftliche Umwälzungen bedingen, sehr weitgehend als Störungen der Geschäftsgrundlage anerkannt.⁹⁰⁷ Aus einer solchen Situation heraus ist die Geschäftsgrundlagenlehre ursprünglich überhaupt erst entstanden.⁹⁰⁸ Dabei bietet jeweils ein Einzelereignis, jedenfalls nachdem es zu einer einschlägigen höchstgerichtlichen Entscheidung gekommen ist, den Raum für ganze Entscheidungskaskaden von Untergerichten. Dadurch tritt der Vehikelcharakter des Rechtsinstituts hervor: Dem Gesetzgeber wird hier schlussendlich nur erspart, in Reaktion auf das maßgebliche Großereignis mit einer neuen Regelsetzung zu reagieren.

Die Fallgruppenbildung im Wege eines Dialogs zwischen Rechtsprechung und Literatur hat den Vorteil, dass sich hier idealiter eine Art Markt für Regelungsideen bildet, auf dem sich ein durch die Rechtsprechung gefundenes Auslegungsergebnis nur dann durchsetzt, wenn es schafft, sich gegen konkurrierende Auslegungsergebnisse durchzusetzen. Bei alldem spricht nichts zwingend dagegen, dass diese Fallgruppenbildung auch von einer anderen Stelle, als der Rechtsprechung, betrieben werden kann. Dies hat sich zuletzt besonders deutlich bei den durch die Corona-Pandemie ausgelösten Vertragsstörungen gezeigt. Hier wurde der Tatbestand des § 313 BGB nicht nur faktisch im Wege einer ständigen Gerichtspraxis „verfestigt“. Vielmehr hat der Gesetzgeber selbst normkonkretisierend eingegriffen und damit einen – trotz der zu berücksichtigenden Singularität der Pandemielage – verallgemeinerungsfähigen Präzedenzfall geschaffen. In den Blick genommen wird damit der zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie eingeführte und zwischenzeitlich wieder außer Kraft getretene Art. 240 § 7 EGBGB.⁹⁰⁹ Art. 240 § 7 EGBGB enthielt eine gesetzliche Vermutung, der zufolge eine Geschäftsgrundlagenstörung i.S.d. § 313 Abs. 1 BGB vorliegt, wenn vermietete Grundstücke oder vermietete Räume, die keine Wohnräume sind, infolge einer staatlichen Maßnahme zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie (eines Rechtsakts oder einer behördlichen Maßnahme) für den Betrieb des Mieters nicht oder nur mit erheblicher Einschränkung verwendbar sind. Es war danach zu vermuten, dass „sich ein Umstand im Sinne von § 313

906 Zum Teil ist insofern auch vom allgemeinen Lebensrisiko bzw. der „großen Geschäftsgrundlage“ die Rede, wohingegen alle sonstigen, sich auf das Vertragsverhältnis auswirkenden Veränderungen der „kleinen Geschäftsgrundlage“ zugerechnet werden, vgl. zu dieser Unterscheidung *Kegel*, Gutachten 40. DJT, S. 135 (201 ff.); *Flume* BGB AT, Bd. 2, Das Rechtsgeschäft, § 26 6; *Nicklisch* BB 1980, 949 (953).

907 Vgl. zum Zusammenbruch der DDR als Geschäftsgrundlagenstörung grundlegend BGH Urt. v. 14.10.1992 – VIII ZR 91/91 = BGHZ 120, 10 = NJW 1993, 259.

908 Vgl. zur „Geburtsstunde“ der Geschäftsgrundlagenlehre als aus Altverträgen resultierende Forderungen nicht mehr den inflationsbedingt geänderten Verhältnissen der Nachkriegszeit entsprachen RG, Urt. v. 21.9.1920 – III 143/20 = RGZ 100, 129 (131 f.); vgl. dazu auch *Vogener*, in: HKK-BGB, §§ 133, 157 Rn. 105; *Finkenauer*, in: MüKo-BGB, § 313 Rn. 43; *ders.* AcP 213 (2013), 619 (644).

909 Eingeführt durch das Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht v. 27.3.2020 (BGBl. I, S. 569), am 30.9.2022 außer Kraft getreten.

Absatz 1 BGB, der zur Grundlage des Miet- oder Pachtvertrags geworden ist, [...] nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert hat.“

- 67 Es ging also nur um das sog. tatsächliche bzw. reale Merkmal des § 313 BGB.⁹¹⁰ Die Gesetzesbegründung gab darüber hinaus aber noch weitere Fingerzeige, wie § 313 BGB auszulegen sein sollte. So sollte es auch naheliegen, „dass das sogenannte hypothetische Element, dass also die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen hätten, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, in Bezug auf die COVID19-Pandemie regelmäßig erfüllt“ sei.⁹¹¹ Schließlich sei „davon auszugehen“, dass ohne entsprechende vertragliche Regelungen Belastungen infolge staatlicher Maßnahmen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie regelmäßig weder der Sphäre des Vermieters noch des Mieters zuzuordnen seien.⁹¹²

III. Konstruktion eines rechtsgeschäftlichen Verbunds

1. Gernhubers Vorschlag

- 68 Eine Einbettung der Mehrkomponentenproblematik in die Geschäftsgrundlagenlehre (bzw. § 313 BGB) würde nach alldem zum Rechtsinstitut nicht zwingend im Widerspruch stehen und könnte sich zudem auf eine Reihe wohletablierter Vorbilder berufen. Schlussendlich würde sie die Geschäftsgrundlagendogmatik aber allenfalls mit Bauchgrimmen akzeptieren. Deshalb wird hier letztlich dafür plädiert, ihr einen von *Gernhuber* unterbreiteten Vorschlag vorzuziehen. Dies stellt die unter II. 3. präsentierten Einzelergebnisse nicht infrage, da der Vorschlag darauf nicht abzielt. Es soll aber der Kritik vorbeugen, die Anwendung von § 313 BGB sei hier ganz grundsätzlich fehl am Platze. Es geht darum, dass *Gernhuber* zunächst in der Festschrift für Larenz und dann im „Schuldverhältnis“ eine rechtsdogmatische Figur zur Erfassung des finanzierten Abzahlungsgeschäfts entwickelt hat. Er geht dabei von der Beobachtung aus, dass zwei Leistungspflichten zur Verwirklichung eines bestimmten Zwecks wechselseitig ihrem Inhalt nach aufeinander bezogen sein können, die Parteien dies aber regelmäßig nur andeuten, weil sie allein den Regelablauf der Geschäftsabwicklung vor Augen haben.⁹¹³ Diese Beobachtung kann sowohl bei bilateralen als auch bei multilateralen Parteibeziehungen gemacht werden.⁹¹⁴ *Gernhuber* findet für sie den Begriff des Finalnexus.⁹¹⁵ Anschließend möchte er unmittelbar aus dem Befund des Finalnexus (bzw. eines genetischen, konditionellen

910 Vgl. Begr. Beschlussempf. Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz BT-Drucks. 19/25322, S. 19, 21; vgl. dazu auch S. *Martens* ZIP 2021, 1521.

911 Begr. Beschlussempf. Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz BT-Drucks. 19/25322, S. 21.

912 Begr. Beschlussempf. Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz BT-Drucks. 19/25322, S. 21.

913 *Gernhuber*, in: FS Larenz, 1973, S. 455 (470); *ders.*, Das Schuldverhältnis, § 31 II 13, S. 729.

914 *Gernhuber*, in: FS Larenz, 1973, S. 455 (471).

915 *Gernhuber*, in: FS Larenz, 1973, S. 455 (470); *ders.*, Das Schuldverhältnis, § 31 II 1, 13, S. 712, 729.

und funktionellen Verbunds) konkrete Rechtswirkungen ableiten,⁹¹⁶ wobei er den Finalnexus – zu Recht – im Parteiwillen verortet. Dem steht es nicht entgegen, dass die Rechtsprechung zum finanzierten Abzahlungsgeschäft die Verbindung von Kauf und Darlehen schlussendlich von objektiven Voraussetzungen abhängig machen wollte⁹¹⁷ und auch die §§ 358 ff. BGB sich auf objektiv verbundene/zusammenhängende Verträge beziehen. Denn dies soll primär verhindern, dass Verbraucher durch Hinweise auf das sie treffende Aufspaltungsrisiko rechtlos gestellt werden können (dazu noch § 16).⁹¹⁸ Es ändert aber nichts daran, dass es hier richtigerweise um eine der subjektiven Sphäre zuzuordnende Begebenheit geht, welche lediglich objektiv zum Ausdruck kommt.⁹¹⁹

Der hier befürwortete Hybrid aus Vertrag und verbundenem Rechtsgeschäft widerspricht insofern dem Regelungsplan des BGH, als der Gesetzgeber – wie aufgezeigt – konzeptionell noch von der Einzelforderung, dem Einkomponentenvertrag und einem bipolaren Vertragsleitbild ausgegangen ist, wohingegen schon wirtschaftliche Vertragsverbindungen allein in den §§ 358 ff. und in geringem Umfang anerkannt werden. Dadurch wird eine dergestaltige Rechtsfortbildung aber nicht illegitim. Dies zeigt die Geschichte der Geschäftsgrundlage, von deren Existenz der historische Gesetzgeber ebenfalls noch nicht ausgegangen ist. Dass es arg kleinteilig erscheint, anzunehmen, dass die Parteien mehr wollen als selbständige Verträge, sich aber zugleich gegen eine Verdichtung ihrer Beziehung in einem mehrseitigen Vertrag bzw. Gesamtvertrag stemmen,⁹²⁰ lässt sich dabei nicht ändern. Denn nur indem man eine dritte Kategorie der Willensübereinstimmung anerkennt und unmittelbar aus dem Befund ihrer Existenz auf Rechtswirkungen schließt, wie etwa diejenige, dass eine Leistungspflicht vernichtet sein muss, wenn auch die andere unwirksam ist, unterläuft man die sich bei Mehrkomponentengeschäften zeigende Problematik. Diese

916 Vgl. dazu im Einzelnen *Gernhuber*, in: FS Larenz, 1973, S. 455 (478 ff.).

917 Vgl. zu diesen BGH Urt. v. 11.11.1953 – II ZR 124/53 = NJW 1954, 185 (187); BGH Urt. v. 20.2.1967 – III ZR 260/64 = BGHZ 47, 253 (255) = NJW 1967, 1036; BGH Urt. v. 29.3.1984 – III ZR 24/83 = BGHZ 91, 9 (11) = NJW 1984, 1755; aus neuerer Zeit etwa BGH Urt. v. 15.12.2009 – XI ZR 45/09 = BGHZ 184, 1 = NJW 2010, 531 Rn. 30 f.; BGH Urt. v. 18.12.2007 – XI ZR 324/06 = NJW-RR 2008, 1436 Rn. 25 f.; BGH Urt. v. 17.9.1996 – XI ZR 164/94 = BGHZ 133, 254 (259) = NJW 1996, 3414; BGH Urt. v. 19.5.2000 – V ZR 322/98 = NJW 2000, 3065 (3066).

918 Vgl. insofern nur *Habersack*, in: MüKo-BGB, § 358 Rn. 25, 27; *Herresthal*, in: Staudinger BGB, Updatestand 15.8.2024, § 358 Rn. 92; *Rosenkranz*, in: BeckOGK BGB, Stand 1.2.2024, § 358 Rn. 25.

919 Dies zeigt besonders gut eine in BGH Urt. v. 25.3.1982 – III ZR 198/80 = BGHZ 83, 301 (304) = NJW 1982, 1694 (1695) verwendete Formel, wonach die wirtschaftliche Einheit zu bejahen sei, „wenn über ein Zweck-Mittel-Verhältnis hinaus die beiden Geschäfte innerlich derart verbunden sind, daß keines ohne das andere geschlossen worden wäre.“ Diese Feststellung setze, so der BGH weiter, voraus, dass objektiv bestimmte Umstände – Verbindungselemente – vorliegen und dadurch subjektiv beim Darlehensnehmer – für den Darlehensgeber erkennbar – der Eindruck erweckt wird, Verkäufer und Darlehensgeber ständen ihm als einheitlicher Vertragspartner gegenüber.

920 Vgl. dazu *Gernhuber*, in: FS Larenz, 1973, S. 455 (456, 473 f.); ders., Das Schuldverhältnis, § 31 II 5, S. 715 (Konsequenz daraus ist insbesondere, dass es keine Möglichkeit gibt, das Problem in die AGB-Kontrolle zu verlagern).

Problematik besteht darin, dass sich die Parteien bei Mehrkomponentengeschäften auf den ersten Blick oftmals für etwas ausgesprochen haben, das *Gernhuber* als die „*contradictio in adiecto* eines rechtsgeschäftlichen Verbundes mit unverbundenen Verträgen“ bezeichnet⁹²¹ und zugleich evident ist, dass es den Parteien (jedenfalls in bestimmten Fällen, dazu § 16) nicht erlaubt sein darf, den Verbund zu negieren. Die argumentative Stärke von *Gernhubers* Vorschlag zeigt sich dann erneut auf der – nicht den Gegenstand der Arbeit bildenden – bereicherungsrechtlichen Ebene. Auch hier vertritt *Gernhuber* keine grundsätzlich von der „herrschenden“ abweichende Auffassung. Er vermag aber weitaus überzeugender als die herkömmliche Dogmatik zu erklären, weshalb bei wirtschaftlich verbundenen Verträgen in multilateralen Parteienkonstellationen – so wie es nahezu allgemein für „gerecht“ gehalten wird – keine Rückabwicklung „über’s Eck“ stattfindet.⁹²²

2. Ist die Zeit reif für eine Umsetzung?

- 70 Es bleibt dabei, dass immer wieder neu Kriterien dafür gefunden werden müssen, wann zwei Verträge so wirtschaftlich verknüpft sind, dass sie miteinander „stehen und fallen“ müssen, selbst wenn die Parteien explizit für eine rechtliche Vertragstrennung optiert haben sollten. Denn es macht für den Akt der Kriterienbildung keinen Unterschied, ob er dazu dienen soll, die Geschäftsgrundlage, also eine vorgelagerte Schicht, oder (präziser) den Leistungsinhalt zu ermitteln. Dafür, den etablierten Lösungsweg über § 313 BGB zugunsten von *Gernhubers* Vorschlag aufzugeben, spricht, dass sich der erstgenannte Weg fortwährend den Vorwurf gefallen lassen muss, dass er allein aufgrund der Billigkeit der mit ihm zu erzielenden Ergebnisse gegangen wird.⁹²³ Für den engen Bereich der finanzierten Abzahlungsgeschäfte konnte man dies gegebenenfalls noch akzeptieren, zumal sich schnell explizite gesetzliche Lösungen anbahnten. Dem Charakter der hier im Mittelpunkt stehenden Mehrkomponentengeschäfte wird dies aber nicht gerecht. Denn es geht hier gerade nicht um Umgehungsgeschäfte, sondern um eine Entwicklung, welche Ausdruck der beständigen Suche der Geschäftspraxis nach neuen Absatzmethoden geschuldet ist. Ferner ist der unter II. 1. dargestellten Lösung aus Sicht der Geschäftsgrundlagentheorie entgegenzuhalten, dass sie droht, ihre drei zentralen Errungenschaften jüngerer Zeit zunichtezumachen: Sie rüttelt sowohl am Primat der vertraglichen Vereinbarung als auch am Einzelfallcharakter des Geschäftsgrundlagenwegfalls und an der Rückbindung an die (wenigen) dem Wortlaut klar entnehmbaren Tatbe-

921 Vgl. *Gernhuber*, in: FS Larenz, 1973, S. 455 (478); vgl. zu diesem Aspekt auch *Grundmann* AcP 207 (2007), 718 (742).

922 Vgl. zur herkömmlichen Erklärung im Vergleich zu *Gernhubers* Ausführungen etwa BGH Urt. v. 26.3.2019 – XI ZR 228/17 = NJW 2019, 2780 Rn. 24 versus *Gernhuber*, in: FS Larenz, 1973, 455 (475, 480 ff.); *ders.*, Das Schuldverhältnis, § 31 II 13, S. 730.

923 *Gernhuber*, in: FS Larenz, 1973, S. 455 (465) hat von einer von Billigkeitsrücksichten bestimmten Verbindung gesprochen; vgl. auch *ders.*, Das Schuldverhältnis, § 31 II 5, S. 716.

standsvoraussetzungen. Hinzu kommt, dass die Geschäftsgrundlagenlösung auch nicht besser dazu geeignet ist, das Zentralproblem der Mehrkomponentendogmatik zu lösen, als dies *Gernhubers* Vorschlag kann.

Umso deutlicher muss das Plädoyer für den Vorschlag im Lichte der neuen Entwicklung im Geschäftsleben ausfallen: Zunächst ermöglicht er es, den gesetzlichen Regeln zu verbundenen und zusammenhängenden Verträgen und der BGH-Rechtsprechung zum „Stehen und Fallen-Sollen“ einen einheitlichen dogmatischen Überbau, losgelöst von den jeweiligen (zu) konkreten Bezügen, an die Seite zu stellen. Insofern ist erneut darauf hinzuweisen, dass die vom Gesetzgeber und der Rechtsprechung gefundenen Einzellösungen sich im Großen und Ganzen als überzeugend erwiesen haben. Sie stehen zurecht kaum in der Kritik. Es geht hier also nur darum, sie zutreffender zu fundieren. Vor allem aber erscheint die Zeit nun reif für die von *Gernhuber* entwickelte Kategorie. Zu seinen Entstehungszeiten resümierte *Gernhuber*, sein Vorschlag habe die Praxis gar nicht und die Theorie nur wenig beeindruckt.⁹²⁴ Es ist zu vermuten, dass ein Grund hierfür in der Begeisterung der „klassischen“ Vertragsrechtstheorie für das verfehlte Informationsmodell (näher § 16 C.) lag.⁹²⁵ Angenommen werden kann weiterhin, dass *Gernhubers* Konzentration auf die Beziehung Kauf – Darlehen einen Beitrag zur ausbleibenden Anerkennung geleistet hat. Denn insofern bemühen sich der europäische und der deutsche Gesetzgeber bis heute – wie aufgezeigt – um ausformulierte gesetzliche Lösungen. Die „Stehen-und-Fallen“-Rechtsprechung (§ 15 B.) zeigt aber, dass sofern es – *Gernhubers* eigene Worte paraphrasierend⁹²⁶ – scheinbar nichts gibt, was nicht auch ohne einen neuen Begriff zur richtigen Entscheidung geführt werden könnte, die Dringlichkeit für eine strenge dogmatische Kategorisierung entfällt. Genau im Hinblick auf den letzten Aspekt hat nunmehr jedoch augenscheinlich eine Zeitenwende stattgefunden. Rechnungslegungspraxis, Marketing sowie Wettbewerbs- und Telekommunikationsrecht führen uns vor Augen, dass wirtschaftliche Vertragsverbindungen (Mehrkomponentengeschäfte) zu Alltagsphänomenen geworden sind. Es ist daher an der Zeit, *Gernhubers* Kategorieansatz neu zu bewerten und daraufhin aufzugreifen.

924 *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, § 31 II 13, S. 730 Fn. 46. Zustimmung etwa *Vollkommer*, in: FS Merz, S. 595 (604, 606 Fn. 62). Es wäre aber insbesondere ein Fehlschluss, wenn man annehmen würde, dass die Dogmatik der Vertragsnetze *Gernhubers* Gedanken fortschreibt. Sie beschäftigt sich bei näherem Hinsehen mit anderen (z.T. komplexeren) Sachverhalten (vgl. Teil 5 § 1 C.).

925 Vgl. andeutungsweise *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, § 31 II 13, S. 730 Fn. 46.

926 Vgl. *Gernhuber*, in: FS Larenz, 1973, S. 455 (477).

D. Mangelnde Konturierbarkeit des Rechtsinstituts und Teilauflösung des Problems

I. Das Grundproblem

- 72 Eine Schwachstelle in *Gernhubers* Konzept, die es genauso bei einer Einbettung in § 313 BGB gegeben hätte, war bislang, dass die Suche nach dem Verknüpfungswillen ein schwieriges Unterfangen ist. Die Parteien haben in den von der Rechtsprechung entschiedenen Fällen jeweils nicht explizit festgelegt, ob sie wollen, dass die von ihnen abgeschlossenen Verträge verbunden sind. Zugleich gibt es Verträge, die zwar aus der Perspektive einer Partei auf ein gemeinsames ökonomisches Ziel ausgerichtet sind, das nur erreicht wird, sofern sie alle erfüllt werden, die aber nicht im hier gemeinten Sinne verbunden sind. Als Beispiel hierfür lässt sich auf eine Mehrzahl zur Errichtung eines Gebäudes geschlossener Werkverträge verweisen.⁹²⁷ Bereits der Gesetzgeber des BGB ist augenscheinlich davon ausgegangen, dass die Gerichte angesichts dessen eine Hilfestellung benötigen, wenn sie darüber entscheiden müssen, ob der Parteiwillen auf eine Zusammenfassung oder auf die Separation einzelner Leistungskomponenten gerichtet ist. Nicht anders sind § 139 BGB und § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB zu verstehen. Denn beide Regelungen enthalten einen (inhaltlich jeweils unterschiedlich ausgestalteten) Vermutungstatbestand, der nicht erforderlich wäre, wenn die Gerichte schon mittels einer Vertragsauslegung regelmäßig zu überzeugenden Ergebnissen gelangen würden. Dementsprechend gelang es der BGH-Rechtsprechung zum finanzierten Abzahlungsgeschäft, so zumindest das Urteil von *Gernhuber*,⁹²⁸ zunächst nicht, einförmige Kriterien für die wirtschaftliche Einheit hervorzubringen.
- 73 Jedenfalls vor Inkrafttreten von IFRS 15 (dazu sogleich) konnte sich die Bilanzrechtswissenschaft ebenfalls nicht auf überzeugende Kriterien, wann Leistungskomponenten als verbunden anzusehen sind, einigen. Dies lässt sich anhand eines knappen Überblicks über die einschlägige Literatur zeigen: So schlug *Pilhofer* in seinem Pionierwerk zum Thema noch vor, dass die Komponenten in einem klar abgrenzbaren Verhältnis von Haupt- und Nebenleistung, also einem Über-/Unterordnungsverhältnis stehen müssten.⁹²⁹ Als weiteres Element komme hinzu, dass in der Regel ein fester Vertragspreis gezahlt werde, der mit der Hauptleistung in einer Summe geleistet werde. Diese Wertung schränkte er aber sogleich wieder dadurch ein, dass er davon ausging, auch Anzahlungen und kontinuierliche Teilzahlungen könnten unter die Mehrkomponentengeschäfte fallen.⁹³⁰ Der 2002 durch das Deutsche Rechnungslegungs Standards Committee (DRSC) veröffentlichte Entwurf eines Deutschen

927 Vgl. zu diesem Negativbeispiel *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, § 31 I 1, S. 710.

928 *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, § 31 II 7, S. 717.

929 *Pilhofer*, Umsatz- und Gewinnrealisierung, S. 366.

930 *Pilhofer*, Umsatz- und Gewinnrealisierung, S. 366.

Rechnungslegungsstandards zu Erlösen (E-DRS 17), der sich u.a. detailliert mit der Ertragsrealisation bei Mehrkomponentengeschäften befasste, setzte dem Mehrkomponentengeschäft hingegen einen engen wirtschaftlichen Zusammenhang⁹³¹ bzw. ein wirtschaftliches Gesamtpaket⁹³² voraus, wobei beide Kriterien allerdings augenscheinlich kaum zu einer näheren begrifflichen Konkretisierung beitragen. *Lüdenbach* und *Hoffmann* gingen in ihrer Untersuchung wiederum vom Erfordernis einer ermessensbehafteten Einzelfallwürdigung aus. Dabei sollte eine Rolle spielen, ob die Teilleistungen in technischer oder funktionaler Hinsicht komplementär zueinander sind.⁹³³ Nur als ergänzendes Indiz wollten auch sie darauf abstellen, ob ein Gesamtpreis vereinbart wurde.⁹³⁴ Weiterhin sollte eine Rolle spielen, ob die Verträge zeitnah zueinander geschlossen werden und parteigleich sind⁹³⁵. Ebenfalls auf den Nutzungs- und Funktionszusammenhang zwischen den Leistungen stellte *Joisten* ab,⁹³⁶ der darüber hinaus aber noch das Vorliegen einer rechtlichen Einheit für maßgeblich hielt, was, wie bereits aufgezeigt (§ 14), für sich genommen nicht unmittelbar weiterführt. Die (technische oder funktionale) Komplementarität der Leistungskomponenten erachtete schließlich auch *Baschus* für maßgeblich.⁹³⁷

II. Auflösung dieses Problems in jüngerer Zeit

Die vorstehenden Ausführungen lassen Zweifel daran aufkommen, ob das Rechtsin- 74
stitut der wirtschaftlichen Vertragsverbindung bereits hinreichend abgrenzbar ist, um als solches anerkannt zu werden. In der Zusammenschau ist das jedoch zu bejahen. In einem ersten Schritt lassen sich die Vermutungstatbestände für eine wirtschaftliche Einheit in § 358 Abs. 3 BGB zu allgemeinen Vermutungstatbeständen verallgemeinern (1.). Auf einer zweiten Ebene kann berücksichtigt werden, dass heute eine Vielzahl an Akteursgruppen implizit an der einzelfallbezogenen Konturierung des für das Rechtsinstitut prägenden Tatbestandsmerkmals der wirtschaftlichen Leistungs- oder Vertragsverknüpfung mitwirkt (2.).

1. Vermutungstatbestände des § 358 Abs. 3 Satz 1 BGB

Nach dem ersten, in § 358 Abs. 3 BGB kodifizierten Vermutungstatbestand ist von 75
einer wirtschaftlichen Einheit insbesondere dann auszugehen, wenn der Unterneh-

931 E-DRS 17 Ziff. 7.

932 E-DRS 17, Ziff. A8.

933 *Lüdenbach/Hoffmann* DStR 2006, 153 (154). Als Beispiel führen sie Anlagenlieferungen an, bei denen Anlage B technisch auf Anlage A abgestimmt ist.

934 *Lüdenbach/Hoffmann* DStR 2006, 153.

935 *Lüdenbach/Hoffmann* DStR 2006, 153 (154).

936 *Joisten*, Mehrkomponentengeschäfte, S. 15.

937 *Baschus*, Mehrkomponentengeschäfte im IFRS-Konzernabschluss, S. 27 f. unter Bezugnahme auf den alten IAS 11.3.

mer selbst die Gegenleistung des Verbrauchers finanziert (§ 358 Abs. 3 Satz 2 BGB). Aus rechtspolitischer Sicht überzeugt die darin zum Ausdruck kommende Wertung: Wenn Darlehen und finanziertes Geschäft „aus einer Hand“ stammen, bilden sie im Regelfall eine wirtschaftliche Einheit. Die allermeisten Verbraucher würden wohl nicht auf die Idee kommen, sich außerhalb des Bankensektors Liquidität für ihren Konsum zu verschaffen, sofern das entsprechende Angebot ihnen nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit der begehrten Leistung offeriert wird. Sachverhalte, in denen Unternehmen die Darlehensvergabe als von ihrem Kerngeschäft losgelöstes zweites Standbein aufgebaut haben, werden dadurch als die Sonderfälle, die sie aller Voraussicht nach auch sind, eingeordnet. Dem Unternehmen wird andernfalls zu Recht auferlegt, die Vermutung zu widerlegen. Der gesetzliche Vermutungstatbestand bezieht sich nur auf Verbindungen zwischen Darlehensvertrag und finanziertem Geschäft (A. III.). Auf einer höheren Ebene wird damit aber der Fall angesprochen, dass in einem rein zweiseitigen Verhältnis ein eigentlich wirtschaftlich zusammenhängender Vorgang künstlich rechtlich aufgetrennt wurde. Parallele zum Gesetz lässt sich daher die allgemeine Wertung formulieren, dass bei einem bilateralen, aus mehreren komplementär zueinanderstehenden bzw. zweckhaft aufeinander bezogenen Leistungspflichten bestehenden Geschäft das Vorliegen einer wirtschaftlichen Einheit zu vermuten ist, ohne dass noch weitere Kriterien hinzutreten müssten.

- 76 Im Hinblick auf dreiseitige Verhältnisse, bei denen Darlehensgeber und Sachleistungsschuldner des finanzierten Geschäfts auseinanderfallen, hat der Gesetzgeber eine – wiederum rechtspolitisch überzeugende – deutlich restriktivere Wertung getroffen. Im Dreipersonenverhältnis wird eine wirtschaftliche Einheit gemäß § 358 Abs. 3 Satz 2 Hs. 2 BGB nur dann vermutet, wenn sich der Darlehensgeber bei der Vorbereitung oder dem Abschluss des Darlehensvertrags der Mitwirkung des Anbieters des finanzierten Geschäfts bedient, insbesondere also dann, wenn der Unternehmer als Vertreter des Darlehensgebers fungiert. Der Verbraucher darf sich den Darlehensvertrag mithin nicht aus eigenem Antrieb im Wege selbständiger, vom Erwerbsgeschäft unabhängiger Verhandlungen beschafft haben, selbst wenn auch ein solches „auf eigene Faust“ beschafftes Darlehen dem ökonomischen Ziel der Finanzierung eines Erwerbsgeschäfts dienen kann. Es soll für sich genommen also keine Auswirkungen haben, dass der Darlehensgeber bei Abschluss des Darlehensvertrags Kenntnis von der Verwendung der Darlehenssumme erhält. Ebenso wenig soll das Wissen des Unternehmers darüber, dass der Verbraucher den Erwerb finanziert, eine entscheidende Rolle spielen. Der beim finanzierten Erwerb eines Grundstücks oder eines grundstücksgleichen Rechts eingreifende Vermutungstatbestand (§ 358 Abs. 3 Satz 3 BGB) ist noch restriktiver formuliert. Damit von einer wirtschaftlichen Einheit auszugehen ist, muss der Darlehensgeber dem Verbraucher das Grundstück oder das grundstücksgleiche Recht selbst verschafft haben. Alternativ muss er über

die Zurverfügungstellung eines Darlehens hinaus den Erwerb des Grundstücks oder grundstücksgleichen Rechts durch ein Zusammenwirken mit dem Unternehmer gefördert haben, indem er sich dessen Veräußerungsinteressen ganz oder teilweise zu eigen macht, bei der Planung, Werbung oder Durchführung des Projekts, Veräußererfunktionen übernimmt, oder den Veräußerer einseitig begünstigt.

Die beiden zuletzt wiedergegebenen Vermutungstatbestände lassen sich dahingehend verallgemeinern, dass sich im multipersonalen Verhältnis der neuartige Vertriebsansatz geradezu manifestiert haben muss, damit von einer Leistungsverknüpfung im Sinne eines Mehrkomponentengeschäfts auszugehen ist.⁹³⁸ Objektiver Anhaltspunkt kann dabei primär die Geschäftsvermarktung sein. So kann von einer bewussten Verknüpfung ausgegangen werden, wenn der daraus resultierende Mehrwert für die Kunden gegenüber dem getrennten Bezug der Einzelkomponenten werbend herausgestellt wird. Bei Mehrpersonenverhältnissen sind die dem Anbieter offenstehenden Anpassungsmöglichkeiten ein weiterer objektiver Anhaltspunkt. Insofern besteht ein Verhältnis kommunizierender Röhren: Die Risikoumverteilung auf den Anbieter im Verhältnis zum Abnehmer muss davon abhängig gemacht werden, inwiefern der Anbieter im Innenverhältnis über Anpassungs- oder Rückgriffsmöglichkeiten im Verhältnis zu den Drittanbietern der anderen Leistungskomponenten verfügt. Ein besonderes Gewicht ist insofern auf die vertragliche Aufteilung der Mehrkomponentenrisiken im Anbieter-Innenverhältnis zu legen.⁹³⁹ 77

2. Methodik des kreisförmigen Erkenntnisgewinns

Zu den Akteuren, welche das Mehrkomponentendenken über das, was uns § 358 BGB als Wertungsgrundlage liefert, hinaus vertiefen, zählen so disparate Gruppen wie der europäische (Wettbewerbs-, Telekommunikations- und Privatrechts-) Gesetzgeber, die Rechtswissenschaft und die Marketing- und Rechnungslegungspraxis. Weiterhin wird der Prozess der Kriterienbildung von rechtswissenschaftlicher Seite durch die andauernde „Stehen und Fallen“-Rechtsprechung vorangetrieben. Der wichtigste, hier bislang unbeleuchtet gebliebene Faktor ist aber IFRS 15 – Revenue from Contracts with Customers. Im Rahmen von IFRS 15 spielt die Vertragsverknüpfung, anders als aus herkömmlich-privatrechtsdogmatischer Sicht, nur eine untergeordnete Rolle, da gedanklich an die einzelne Leistungskomponente angeknüpft wird (dazu C. I.). Nichtsdestotrotz enthält IFRS 15 in seiner Rn. 17 eine Definition der Vertragsverbindung. Auf ihre Bedeutung im Rahmen des privaten Standards wird in § 28 zurückzukommen sein. Hier kommt es darauf an, dass die IFRS-Definition der Vertragsverbindung weitgehend der privatrechtlichen Definition entspricht: 78

938 Ähnlich die Überlegungen bei *Grundmann AcP* 207 (2007), 718 (720); *ders.*, in: FS Westermann, 2008, S. 227 (234 ff.) zum „Vertragsnetz“.

939 Vgl. dazu schon *Grundmann AcP* 207 (2007), 718 (746).

Gemäß IFRS 15 sollen zwei Verträge, die nach dem (insofern übereinstimmenden) herkömmlich-privatrechtlichen und IFRS-15-Verständnis als getrennt zu betrachten wären, als einer zu bilanzieren sein, sofern sie als Paket mit einem gemeinsamen wirtschaftlichen Ziel ausgehandelt wurden oder die Höhe der in einem Vertrag zu zahlenden Gegenleistung vom Preis oder der Leistung des anderen Vertrags abhängt.

- 79 Infolgedessen erweisen sich die sich auf IFRS 15 beziehenden Interpretationen und Fortbildungen als Fundgrube der Privatrechtsdogmatik, wenn es darum geht, Kriterien zur begrifflichen Präzisierung der Vertragsverbindung zu benennen. IFRS 15 enthält damit nicht etwa eine Definition der Vertragsverbindung, die präziser als die privatrechtliche wäre. Der ausschlaggebende Gesichtspunkt ist vielmehr, dass die internationale Rechnungslegungspraxis zur beständigen Einzelfallentscheidung gezwungen ist und damit die Kriterienpräzisierung in einer für das staatliche Rechtssystem unerreichbaren Geschwindigkeit vorantreiben muss. Hier wird vorgeschlagen, die Wertungen dieser diversen Akteursgruppen im Wege einer Rechtsdogmatik des kreisförmigen Erkenntnisgewinns (§ 1 B.) laufend auf ihre Gemeinsamkeiten hin zu untersuchen, um so die Privatrechtsdogmatik und – vermittelt dadurch – die zivilrechtsakzessorische Bilanzrechtsdogmatik übereinstimmend auszudifferenzieren. Im Lichte all dessen verliert der im Ausgangspunkt zutreffende Vorwurf mangelnder praktischer Handhabbarkeit des vorgestellten Rechtsinstituts seine Schärfe. Die gerichtliche Feststellung des Verknüpfungswillens erfolgt nur noch vermeintlich im luftleeren Raum. Tatsächlich ist sie aber längst gut vorgeprägt.

§ 16 Mehrkomponentengeschäfte und Privatautonomie

A. Einführung

Noch offen ist bislang, inwiefern sich die hier ins Auge gefasste Rechtsfolgengerweiterung, sofern man den Blick auf Mehrkomponentengeschäfte richtet, im Angesicht der Privatautonomie rechtfertigen lässt. *Gernhubers* Entwurf einer neuen dogmatischen Kategorie zielte insofern noch allein darauf ab, den Ergebnissen der Rechtsprechung ein adäquates theoretisches Gerüst zuzuordnen.⁹⁴⁰ Damit stand von vornherein außer Frage, dass sein Modell die Grenzen juristischer Definitionsmacht (§ 8 B.) verletzt. Diese Weichenstellung muss auch beachtet werden, sofern man das Modell zu einer Mehrkomponentendogmatik verallgemeinert: Der Begriff des Finalnexus dient zunächst einmal nur der präziseren Umschreibung des von den Parteien bei Mehrkomponentengeschäften vereinbarten Leistungsinhalts. Man kann es also so ausdrücken, dass die Rechtsprechung die unter § 15 D. angesprochenen Rechtsfolgen an den Finalnexus knüpft. Mit der davon zu trennenden Wertungsfrage, inwiefern sich eine solche Rechtsfolgenanknüpfung im Angesicht der Privatautonomie rechtfertigen lässt, hat sich *Gernhuber* nicht befasst. Denn er entwickelte seine Auffassung allein mit Blick auf eine spezifische Fallgruppe (das finanzierte Abzahlungsgeschäft), im Hinblick auf die der BGH anerkannt hatte, dass die eine Vertragspartei (der Käufer) vor den Nachteilen der „Spaltung“ der wirtschaftlichen Geschäftseinheit bewahrt werden müsse. Er hat sich mit anderen Worten allein mit der Frage befasst, auf welche Weise dieser BGH-Wertung rechtsdogmatisch Geltung verschafft werden kann und nicht mit der Begründung dieser Wertung.⁹⁴¹ Dementsprechend ist die Wertungsfrage auch im Kontext der Arbeit gesondert zu behandeln.

Der BGH plädiert in den unter § 15 B. angeführten Rechtsprechungsentscheidungen insofern für eine streng auf die Willensauslegung rekurrierende Lösung („reine Auslegungslösung“). Das Primat der Privatautonomie erscheint dann gewahrt. Ein heteronomer Eingriff in die Parteibeziehungen, wie er nun in § 16 untersucht wird, wäre verzichtbar. Die BGH-Lösung entspricht damit einem liberalen Privatrechtsdenken. Die reine Auslegungslösung suggeriert weiterhin, dass die weitgehend auf das einzelne Forderungsrecht beschränkte, gesetzssystematische Sichtweise des historischen Gesetzgebers im Angesicht von Mehrkomponentengeschäften nach wie vor voll tragfähig ist und allenfalls zu Scheinproblemen führt. Ein rechtspolitisches Plädoyer dafür, die §§ 358 ff., 506 BGB zu erweitern, um einer vermeintlichen ge-

⁹⁴⁰ *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, § 31 II 13, S. 730.

⁹⁴¹ Vgl. zu dieser zentralen Unterscheidung beim finanzierten Abzahlungsgeschäft: *Larenz*, in: FS Michaelis, 1972, S. 193 (199, 214).

setzlichen Schutzlücke Rechnung zu tragen, entspräche vor diesem Hintergrund jeglicher Grundlage. Denn es würde sich bei den §§ 358 ff., 506 BGB dann um (systemwidrige) Ausnahmetatbestände handeln. Demgegenüber setzt ein Ansatz, bei dem das Mehrkomponentengeschäft in Anknüpfung an *Gernhubers* Lösung als eigenständige dogmatische Konstruktion mit Rechtsfolgenwirkungen anerkannt wird, eine Teilnegierung der Privatautonomie und eine Teilabkehr vom BGB-Grundkonstrukt voraus. Für diesen Ansatz spricht aber, dass die vom BGH entwickelte reine „Auslegungslösung“ nicht überzeugend ist.

- 3 Nach dem dies näher erläutert wurde (B.), nimmt die Arbeit dazu Stellung, unter welchen Voraussetzungen an die Beobachtung eines Mehrkomponentengeschäfts anknüpfende Rechtswirkungen im Lichte der Privatautonomie gerechtfertigt erscheinen. Dabei wird dreischrittig vorgegangen. Zunächst werden die Bedingungen für privatautonomienegierende Eingriffe in Mehrkomponentengeschäfte allgemein erörtert (C.). Dabei werden die anhand des zugrunde gelegten theoretischen Modells erlangten Ergebnisse in zweifacher Hinsicht abgesichert: einerseits auf der Grundlage eines Gebots der rechtlichen Gleichbehandlung vergleichbarer Sachverhaltskonstellationen und andererseits anhand der ökonomischen Theorie des Verbraucherschutzes. Anschließend wird aufgezeigt, warum sich die Einschränkung der Privatautonomie hier nicht in einer Ermächtigung der Mehrkomponentenabnehmer zu einem eigenen Freiheitsgebrauch erschöpfen kann (D.), bevor die einzelnen Eingriffsvoraussetzungen konkretisiert werden (E.).

B. Schwächen der reinen Auslegungslösung

- 4 Der unter § 15 B. dargestellten Rechtsprechungslösung vom „Stehen und Fallen“ entsprechend, handelt es sich bei der wirtschaftlichen Verknüpfung von Leistungskomponenten um ein subjektives Element, auf dessen Grundlage Mehrkomponentengeschäfte als eigenes Rechtsinstitut über dem Vertrag anzuerkennen sind. In der Arbeit wurde dieses Element – im Anschluss an *Gernhuber* – als Finalnexus eingeordnet (§ 15 C.). Dagegen, die Rechtsprechungslösung im Lichte dessen unbesehen für die Zwecke der Arbeit zu adaptieren, sprechen aber rechtsfolgenbezogene Bedenken. Bei näherem Hinsehen legen diese zunächst eher (einmal mehr und sehr konkret) die Schwächen der vom Gesetzgeber in § 139 BGB und § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB getroffenen Wertungen offen (I.). Konkret gegen die Rechtsprechungslösung anführen lässt sich aber, dass sie nicht zu begründen vermag, weshalb an das von ihr implizit in Bezug genommene Rechtsinstitut auch ohne bzw. entgegen privatautonomer Parteivereinbarungen Rechtsfolgen geknüpft werden können. Die vom BGH vorgegebene Auslegungsregel und die an sie anknüpfende reine Willenslösung ist insofern in sich widersprüchlich (II.): Wenn von separaten Verträgen ausgegangen wird, liegt es

fern, zugleich anzunehmen, dass diese miteinander „stehen und fallen“ sollen. Dieser Grundwiderspruch wird noch dadurch verstärkt, dass der BGH in Einzelfällen trotz Bejahung eines Einheitlichkeitswillens angenommen hat, dass die Einzelverträge unterschiedliche rechtliche Schicksale erfahren können. Denn bei einer folgerichtigen Vertragsauslegung müsste dieser vermeintliche Ausnahmefall eigentlich den Regelfall bilden. Jedenfalls in Mehrpersonenkonstellationen überschreitet es aber regelmäßig die Grenzen der §§ 133, 157 BGB, wenn ein Willen zur schicksalhaften rechtlichen Verknüpfung der Leistungskomponenten bejaht wird. Daraus zieht die Arbeit den Schluss, dass eine eigenständige Theorie privatautonomienegrierender Mehrkomponentenrechtswirkungen erforderlich ist.

I. Offenlegung einer (partiellen) Fehlkonstruktion

Bei Bejahung eines Willens zum gemeinsamen „Stehen und Fallen“ müssten die Ver- 5
einbarungen der Parteien auf Rechtsfolgenseite jeweils tatsächlich ein einheitliches Schicksal erfahren. Diese Wertung geben sowohl § 139 BGB als auch § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB vor. So soll es nach § 139 BGB im Zweifel zur (Gesamt-) Nichtigkeit kommen, um den Beteiligten, die einen einheitlichen, umfassenden Rechtserfolg verwirklichen wollten, eine nur teilweise Verwirklichung dieses Erfolgs nicht aufzudrängen.⁹⁴² Wenn die Mehrkomponentengeschäften zugrunde liegenden Vereinbarungen dahingehend auszulegen sind, dass sie miteinander „stehen und fallen“ sollen, müsste demzufolge etwa der auf eine Leistungsstörung folgende Rücktritt vom hinsichtlich einer der Komponenten geschlossenen Vertrag grundsätzlich zwingend auch die Rückabwicklung des anderen Vertrags nach sich ziehen. Dem Abnehmer würde diese Rechtsfolge aufgedrängt. Er könnte sich nicht dafür entscheiden, an der nicht fehlerbehafteten Lieferung der Zweitkomponente festzuhalten. Dieses unflexible Ergebnis wäre aber oftmals unbefriedigend und zu hart. Rechtsprechung und Literatur haben im Lichte dessen unterschiedliche Wege beschritten, um das strenge gesetzliche Muster zu durchbrechen und den Parteien ein Wahlrecht zu eröffnen, obschon man hierzu im Lichte der Vertragsauslegung und der gesetzlichen Wertungen eigentlich nicht gelangen dürfte. Schon dieser Webfehler spricht gegen die Rechtsprechungslösung. Die Kritik wird insofern aber noch dadurch abgemildert, dass sich hier vor allem eine rechtspolitische Kritik an den § 139 BGB und § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB Bahn brechen muss. Zudem ist dieser Kritikpunkt, speziell wenn es um die Vermutung für Gesamtnichtigkeit in § 139 BGB geht, nicht neu. So gab es auch zuvor bereits Versuche, die gesetzgeberische Wertung umzudrehen bzw. sich (stillschweigend) von der verunglückten Regelung zu lösen.⁹⁴³

942 Vgl. dazu bereits RG JW 1908, 445; s. auch etwa *Flume* BGB AT, Bd. 2, Das Rechtsgeschäft, § 32 I, S. 570; *Dorn*, in: HKK-BGB, §§ 139–141 Rn. 1.

943 Vgl. dazu ausführlich *Koziol* AcP 212 (2012), 1 (8, 47); *Heiss*, Formmängel und ihre Sanktionen, S. 152 f.

1. § 139 BGB

- 6 Dass die BGH-Lösung im Lichte des § 139 BGB eigentlich einen Konstruktionsfehler aufweist, wird erkennbar, wenn man die Rechtsfolgenrechtsseite mit einbezieht. Der Fehler tritt zutage, sobald man sich der rechtsfolgenrechtsseitigen Frage der Infektion einer Leistungskomponente durch die andere widmet. Beispielhaft sei der Fall angeführt, dass ein – für sich genommen – wirksamer Vertrag geschlossen wurde und die Parteien daneben einen zweiten geschlossen haben, der – wegen Sittenwidrigkeit – nichtig ist (dazu bereits § 15 B. II.). Wenn beide Verträge nach dem Parteiwillen miteinander „stehen und fallen“ sollen, so wie es die Rechtsprechung annimmt, steht die Frage im Raum, ob nun *beide* Verträge nichtig sind, also auch der eigentlich wirksame Erstvertrag. Eine ähnliche Frage stellt sich bei Untersuchung der Folgen einer Formunwirksamkeit des neben dem notariell beurkundeten Grundstückskaufvertrag abgeschlossenen Zweitvertrags (dazu bereits § 15 B. III.). Der Befund, dass die Formwirksamkeit sich auf den Zweitvertrag erstreckte und dieser daher mangels notarieller (Mit-)Beurkundung unwirksam sei, zieht unweigerlich die Frage nach sich, ob auch der (unter Verwendung der korrekten Form abgeschlossene) Erstvertrag infiziert wurde. Sofern man angesichts des nach der Auslegungsregel des BGH festgestellten Einheitswillens davon ausgeht, dass die beiden Verträge zwei Teile desselben „Rechtsgeschäfts“ sind, ist das Schicksal des eigentlich wirksamen Vertrags in § 139 BGB zu suchen.
- 7 Entsprechend lassen sich die beiden, bereits verarbeiteten Rechtsprechungsentscheidungen zur Erstreckung von Wirksamkeitsmängeln lesen. So ging der V. Senat in seiner Entscheidung aus dem Jahr 1966 davon aus, dass auch bei einer Mehrheit von äußerlich getrennten, insbesondere in getrennten Urkunden niedergelegten Geschäften, wenn der Wille der Vertragsparteien darauf gerichtet ist, dass die äußerlich getrennten Geschäfte miteinander stehen und fallen sollen, ein einheitliches Rechtsgeschäft im Sinn des § 139 BGB vorliegen könne.⁹⁴⁴ Das darin zum Ausdruck kommende Verständnis von § 139 BGB trifft zu: § 139 BGB sagt nichts darüber aus, ob getrennte Vereinbarungen als einheitlich zu behandeln sind. Der V. Senat bringt aber zum Ausdruck, dass der Regelung nichtsdestotrotz die aus einer Einheitsbehandlung resultierenden Folgen zu entnehmen sind. Auch in der Entscheidung des VIII. Senats aus dem Jahr 2011 heißt es, dass aus der Behandlung von selbständigen Vereinbarungen als einheitliches Rechtsgeschäft folgen könne, „dass die Nichtigkeit eines der Verträge gem. § 139 BGB zur Nichtigkeit der Gesamtvereinbarung führt.“⁹⁴⁵ Die – im Ergebnis abgelehnte – Behandlung von Leasing- und „Werbevertrag“ als Teile

⁹⁴⁴ BGH 20.5.1966 – V ZR 214/64 = BeckRS 1966, 31173954.

⁹⁴⁵ BGH Urt. v. 30.3.2011 – VIII ZR 94/10 = NJW 2011, 2874 Rn. 24; so auch das Verständnis der Entscheidung bei H. Roth, in: Staudinger BGB, Neubearbeitung 2020, § 139 Rn. 39.

eines einheitlichen Rechtsgeschäfts hätte die Folge gezeitigt, „dass eine mögliche Nichtigkeit des „Werbevertrags“ [...] gem. § 139 BGB auch zur Nichtigkeit des Leasinggeschäfts führen würde.“⁹⁴⁶

Dem lässt sich entnehmen, dass in den einschlägigen Fällen zwei Fragen unterschieden werden müssen: Zunächst muss geprüft werden, ob § 139 BGB überhaupt 8
anwendbar ist, weil ein einheitliches Geschäft vorliegt. Jedenfalls nach BGH-Auffassung ist dies im Wege der erläuternden Vertragsauslegung zu klären. Anschließend ist – auf der Rechtsfolgenreihe – die nachgelagerte Frage zu behandeln, unter welchen Umständen § 139 BGB die Aufrechterhaltung eines Teils des Rechtsgeschäfts fordert. Insofern wurde und wird diskutiert, ob auch § 139 BGB nur eine „Auslegungsvorschrift“ sei. Gestritten wird mit anderen Worten darüber, inwiefern die Entscheidung, ob Teil- oder Gesamtnichtigkeit eintrete nach dem zur Zeit des Geschäftsabschlusses vorhandenen und feststellbaren Willen der Parteien zu entscheiden sei oder ob nicht vielmehr der hypothetische Parteiwille bzw. das Parteiinteresse an der Aufrechterhaltung des an sich wirksamen Teils ermittelt werden müsse.⁹⁴⁷ Unabhängig davon, welcher der vertretenen Auffassung man folgt, erweist sich die Rechtsfolgenbestimmung, sofern man die als Mehrkomponentengeschäfte bekannten Fallgestaltungen in den Blick nimmt, als problematisch. Denn wenn sich schon das „miteinander Stehen und Fallen“ zweier Verträge – wie es der BGH vertritt – nach dem Parteiwillen bestimmt, dann stellt das erneute Abstellen auf den (hypothetischen) Parteiwillen, um im Rahmen des § 139 BGB zur Aufrechterhaltung des nicht formwidrigen Geschäfts zu gelangen, eine reine „Wiederholungsaufgabe“ dar.⁹⁴⁸ Dies bedeutet: Der Weg, den der BGH zur Bestimmung der Rechtsgeschäftseinheit auf Tatbestandsebene einschlägt, müsste bereits unwiederbringlich die Weichen auf Rechtsfolgenreihe, d.h. im Rahmen des § 139 BGB, stellen. Denn wenn zwei Verträge miteinander „stehen und fallen“ sollen, muss dies gerade auch heißen, dass die Nichtigkeit des einen Vertrags die Nichtigkeit des anderen begründen soll.⁹⁴⁹

Die Annahme, dass der eine Vertrag nach dem (hypothetischen) Parteiwillen „auch 9
ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde“ (vgl. § 139 BGB a.E.) und daher aufrecht zu erhalten ist, scheidet dann aus. Damit wird die eigentliche Regelungszwecksetzung des § 139 BGB ausgehebelt: Die Vorschrift ist gerade nicht darauf ausgerichtet, zwei „Teilrechtsgeschäfte“ einer einheitlichen Rechtsfolge zuzuführen. Vielmehr bringt § 139 BGB nur eine dahingehende Vermutung zum Ausdruck. So heißt es in den Motiven zum Regelungsgehalt des § 139 BGB, dass es darum gehe,

946 BGH Urt. v. 30.3.2011 – VIII ZR 94/10 = NJW 2011, 2874 Rn. 25; dementsprechend will *Einsele*, in: MüKo-BGB, § 125 Rn. 32 bei Fällen der Formerstreckung auf § 139 BGB abstellen; vgl. auch *Heiss*, Formmängel und ihre Sanktionen, S. 170.

947 Vgl. dazu *Flume* BGB AT, Bd. 2, Das Rechtsgeschäft, § 32 5, S. 578 ff.

948 *Heiss*, Formmängel und ihre Sanktionen, S. 160.

949 *Heiss*, Formmängel und ihre Sanktionen, S. 160.

inwieweit bei einem als einheitlich sich darstellenden Rechtsgeschäft eine Bestimmung wegen Nichtigkeit oder infolge Anfechtung hinfällig werden kann, ohne den Bestand des Rechtsgeschäfts im Übrigen zu gefährden. In dieser Hinsicht müsse der maßgebende Grundsatz lauten, dass das ganze Rechtsgeschäft ungültig ist, sofern sich nicht erhelet, dass es auch ohne die ungültige Bestimmung gewollt sein würde. Die damit aufgestellte Vermutung kann aber gar nicht zum Tragen kommen, wenn das Ergebnis der erforderlichen Willensprüfung bereits aufgrund der Bejahung eines Einheitswillens auf Tatbestandsseite vorgegeben ist.⁹⁵⁰ Damit wird dem ohnehin reichlich doktrinen Charakter des § 139 BGB (beim *non liquet* ist von der Gesamtunwirksamkeit auszugehen) weiter Vorschub geleistet, und dies entgegen der gesetzgeberischen Intention. Das Gleiche gilt bei der Formerstreckung. Auch hier müsste es bei Annahme eines auf die Geschäftseinheit gerichteten Parteiwillens, eigentlich ausgeschlossen sein, dass die durch § 139 BGB aufgestellte Vermutung widerlegt wird. Man dürfte also nicht zu dem Ergebnis gelangen, dass die Parteien den Grundstückskaufvertrag auch ohne die nicht beurkundete Regelung gewollt hätten, sodass der Vertrag mit dem beurkundeten Inhalt wirksam wäre.⁹⁵¹

- 10 Dieser, dem § 139 BGB immanente Rückkopplungseffekt ist aber offenkundig nicht interessengerecht, was etwa den V. Senat im Jahr 1966 dazu bewegte, dennoch mit zwei getrennten Prüfungsabschnitten zu arbeiten, wobei sich der Senat auf die Seite derjenigen stellte, welche die Teilnichtigkeit i.S.d. § 139 Hs. 2 BGB vom hypothetischen Parteiwillen abhängig machen. Die Frage, ob von einer Erstreckung der Nichtigkeit abzusehen sei, weil im Sinne des § 139 Hs. 2 BGB anzunehmen ist, dass die Verträge auch ohne den jeweils anderen geschlossen worden wären, sei, so der V. Senat, mit der Bejahung einer Einheitlichkeit der Verträge im Sinne des § 139 Hs. 1 BGB „noch nicht zwingend in verneinendem Sinne entschieden“.⁹⁵² Der Prüfungspunkt Vertragseinheit wird also von der Prüfung des Aufrechterhaltungswillens abgetrennt. Der Senat begründet dies damit, dass es bei der Prüfung der Einheitlichkeit auf den (im Wege der erläuternden Vertragsauslegung zu ermittelnden) Willen ankomme, den die Beteiligten beim Vertragsschluss wirklich gehabt haben, für den Ausnahmefall von Hs. 2 dagegen auf den Willen, „den sie – hypothetisch – gehabt hätten, wenn sie damals mit der Nichtigkeit des einen Geschäftsteils gerechnet hätten“.⁹⁵³ Dieser Versuch, die Wertung des § 139 BGB doch noch zu „retten“, bezeichnet Heiss zu Recht als „verschraubt“.⁹⁵⁴ Insbesondere würde in der Folge das Verhältnis

950 Heiss, Formmängel und ihre Sanktionen, S. 162.

951 In diese Richtung allerdings BGH Urt. v. 4.6.1980 – V ZR 110/78 = WM 1980, 1238 = BeckRS 1980, 31074524; BGH Urt. v. 11.11.1983 – V ZR 150/82 = NJW 1984, 974 (975); BGH Urt. v. 10.12.1993 – V ZR 108/92 = NJW 1994, 720 (721); BGH Urt. v. 17.3.2000 – V ZR 362/98 = NJW 2000, 2100 (2101); vgl. dazu auch Einsele, in: MüKo-BGB, § 125 Rn. 38.

952 BGH Urt. v. 20.5.1966 – V ZR 214/64 = BeckRS 1966, 31173954.

953 BGH Urt. v. 20.5.1966 – V ZR 214/64 = BeckRS 1966, 31173954.

954 Heiss, Formmängel und ihre Sanktionen, S. 160.

von erläuternder Vertragsauslegung und ergänzender Vertragsauslegung in sein Gegenteil verkehrt: Denn dem hypothetischen Parteiwillen würde im Ergebnis ein höheres Gewicht zukommen, als dem auf die einheitliche Behandlung der beiden getrennten Rechtsgeschäfte hindeutenden tatsächlichen Parteiwillen.⁹⁵⁵

2. Gesamtrücktritt

Ebenso zu Unbehagen führt eine nähere Betrachtung der rechtsfolgeseitigen Probleme der BGH-Lösung in Fällen des Gesamtrücktritts. Problematisch ist insofern, dass offenbleibt, aus welcher Norm sich – bei einem unterstellten Parteiwillen zum miteinander „Stehen und Fallen“ – die Rechtsfolgen eines berechtigten Rücktritts vom Erstvertrag für den Zweitvertrag ergeben. Offen bleibt auch, welche Voraussetzungen der Eintritt dieser Rechtsfolgen hat. Hierzu wurden in der Vergangenheit zwar eine Reihe von Auffassungen erarbeitet, die jedoch angesichts der unbefriedigenden gesetzgeberischen Wertungen allesamt auf wackligen Füßen stehen. § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB adressiert – wie bereits gezeigt – in unmittelbarer Anwendung nur teilbare (Einzel-)Leistungen und nicht in verschiedenen Verträgen zu verortende Leistungsmehrheiten. Auch § 139 BGB hilft nicht weiter: Selbst wenn man davon ausgehen wollte, dass mehrere Verträge ein einheitliches „Rechtsgeschäft“ im Sinne der Norm bilden können, führt der Rücktritt vom Erstvertrag zur Entstehung eines Rückabwicklungsverhältnisses und nicht zur Nichtigkeit. Es ist daher nicht möglich, das Gesamt-Rechtsgeschäft als (gesamt-)nichtig im Sinne des § 139 BGB anzusehen. Schließlich scheidet eine analoge Anwendung des § 139 BGB bereits deshalb aus, da die dann eingreifende (aus Gründen der Folgerichtigkeit eigentlich zwingende) Gesamtnichtigkeitsfolge (wie aufgezeigt unter 1.) nicht zur in der Regelung vorgegebenen Wertung passt.

a. Analoge Anwendung von § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB

Vor der Schuldrechtsreform hat speziell *Huber* stattdessen für eine analoge Anwendung, der – dem heutigen § 325 Abs. 5 Satz 1 BGB vom Regelungsinhalt her entsprechenden – § 326 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. § 325 Abs. 1 Satz 2 BGB plädiert.⁹⁵⁶ *Schwarze* geht dementsprechend davon aus, dass wenn zwei Verträge miteinander „stehen und fallen“ sollen, der Gläubiger bei Ausbleiben der Leistung aus dem einen Vertrag ohne vorherige Nachfristsetzung wegen Interessenfortfalls *entsprechend* § 323 Abs. 5

⁹⁵⁵ *Heiss*, Formmängel und ihre Sanktionen, S. 160, 161 f. *Heiss* folgert hieraus, dass bei wirtschaftlich verbundenen Verträgen die Vermutung der Gesamtnichtigkeit nach § 139 BGB nicht zur Anwendung komme. Die aufgezeigte Problematik unterfüttert aber eher rechtspolitische Zweifel an der in § 139 BGB getroffenen Wertung als dass sie die BGH-Lösung im eigentlichen Sinne infrage stellt.

⁹⁵⁶ *Huber*, Leistungsstörungen, Bd. II, § 45 III 5, S. 431.

Satz 1 BGB vom „ganzen Vertrag“ zurücktreten könne.⁹⁵⁷ Die dem zugrundeliegende Intention liegt auf der Hand: Der Gläubiger soll die Wahl haben, ob er (auch) vom Zweitvertrag zurücktritt oder den Rücktritt auf das eigentlich gestörte Vertragsverhältnis beschränkt. Unter Wertungsgesichtspunkten ist diese Lösung auch durchaus überzeugend. Bereits terminologisch ergeben sich aber Schwierigkeiten. So bleibt unklar, von welchem „ganzen Vertrag“ der Gläubiger zurücktreten soll, sofern die Parteien eigentlich zwei verschiedene Verträge geschlossen haben. Gegen eine analoge Anwendung des § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB spricht weiterhin, dass der dort geregelte Sachverhalt sich als kaum mit den hier in Rede stehenden Fällen vergleichbar erweist. Offen ist zunächst, woraus sich bei einer analogen Anwendung des § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB ergeben soll, dass der Rücktritt über die Vertragsgrenzen hinaus zu erstrecken ist, wenn nur einer der Verträge eine zum Rücktritt berechtigende Störung aufweist. Denn es ist kein Grund dafür ersichtlich, warum sich der Schuldner des Zweitvertrags die Leistungsstörung des Erstvertrags entgegenhalten lassen muss, sofern sich nicht aus einem dritten Tatbestand (etwa § 278 BGB) ergibt, dass ihm das Verhalten des Erstschuldners zuzurechnen ist.

- 13 Ansonsten ergäbe sich ein wenig sachgerechtes Ergebnis, wie sich am vom BGH mehrmals entschiedenen Fall einer Kombination aus Grundstückskauf- und Bauvertrag zeigen lässt: Bei Vorliegen eines Dreiecksverhältnisses müsste sich der Grundstücksverkäufer bei der Annahme einer Geschäftseinheit die Pflichtverletzung des Bauträgers entgegenhalten lassen, obwohl dieser nicht sein Erfüllungsgehilfe im Sinne des § 278 BGB ist. Ohne dass der Zurechnungstatbestand erfüllt ist, lässt sich die analoge Anwendung des § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB allenfalls dann rechtfertigen, sofern in einem ersten Schritt ein einheitlicher Parteiwille zur Erstreckung eines Rücktritts vom Erstvertrag auf den Zweitvertrag bejaht wird. Selbst wenn man im Einzelfall Anhaltspunkte für einen solchen Parteiwillen finden könnte, käme es dann aber jedenfalls auf Rechtsfolgenreise zu einer Kollision mit den Wertungen des § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB. Denn gemäß § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB kann der Gläubiger, sofern der Schuldner einen Teil der Leistung erbracht hat, vom ganzen Vertrag nur zurücktreten, sofern er an der Teilleistung kein Interesse hat. Maßgeblich hängt das Bestehen des Gläubigerwahlrechts⁹⁵⁸ also nicht vom Interesse an der ausgebliebenen Teilleistung ab, sondern vom durch den Schuldner tatsächlich erbrachten Leistungsteil.⁹⁵⁹
- 14 Daraus folgt: Sofern der Interessenfortfall zu verneinen ist, muss gemäß der gesetzlichen Regelung das Teilsynallagma aufrecht erhalten bleiben. Es kommt allein

⁹⁵⁷ Schwarze, in: Staudinger BGB, Updatestand 27.3.2024, § 323 Rn. D 27.

⁹⁵⁸ Vgl. Ernst, in: MüKo-BGB, § 323 Rn. 212.

⁹⁵⁹ Looschelders, in: BeckOGK BGB, Stand 1.11.2024, § 323 Rn. 283. Dasselbe gilt gemäß § 281 Abs. 1 Satz 2 BGB für den Schadensersatz statt der ganzen Leistung.

ein (Teil-)Rücktritt bezüglich des ausgebliebenen Teils der Leistungspflicht in Betracht.⁹⁶⁰ Der Gesetzgeber hat in § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB also einen aus Gläubigersicht restriktiven Standpunkt vertreten. Würde man § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB analog auf die Fälle einer Geschäftseinheit rechtlich unabhängiger Verträge anwenden, müsste, wenn man dieser ursprünglichen Regelungsintention folgt, gelten, dass der Gläubiger bei einer Verknüpfung von Grundstückskauf- und Bauvertrag vom Grundstückskauf (nur) dann zurücktreten könnte, wenn er an dem erworbenen Grundstück angesichts des Wegfalls des Bauvertrags kein Interesse mehr hat.⁹⁶¹ Wäre ein solcher Interessenfortfall zu bejahen, so stünde dem Gläubiger – wie im originären Anwendungsbereich des § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB – ein Wahlrecht zu. Ihm stünde es frei, am Kaufvertrag festzuhalten und den Rücktritt auf den Bauvertrag zu beschränken. Der Verkäufer wäre nicht in der Lage, ihn zur Rückabwicklung (auch) des Kaufvertrags zu zwingen, indem er sich auf den Einheitswillen der Beteiligten beruft.⁹⁶² Dabei würde aber aus den Augen verloren, dass an eine analoge Anwendung des § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB überhaupt nur dann zu denken ist, wenn anhand der von der Rechtsprechung entwickelten Parameter zuvor das Vorliegen einer Geschäftseinheit bejaht wurde. Hierzu würde es in einem offenkundigen Widerspruch stehen, wenn nachträglich – der Wertung des § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB auf Rechtsfolge-seite folgend – doch wieder von einer Zweifelsfallregelung für das Überleben der nicht gestörten Teilleistungsbeziehung ausgegangen wird. Denn im Ergebnis würde man damit den Aussagegehalt der gesetzlichen Regelung in § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB bei ihrer analogen Anwendung geradewegs in ihr Gegenteil verkehren. Die Lösung über eine Analogie überzeugt daher nicht.

b. Vom BGH vor der Schuldrechtsreform vertretene Auffassung

Der BGH hat in seinen vor der Schuldrechtsreform ergangenen Entscheidungen 15 dann auch einen anderen Weg beschritten, der eine Differenzierung nach Rücktrittsgrund und -folgen zulässt. So kam der V. Zivilsenat, als sich ihm 1976 die Frage stellte, inwiefern ein – unstreitig berechtigter – Rücktritt von einem Bauvertrag einen parallel dazu abgeschlossenen Grundstückskaufvertrag „in Wegfall“ gebracht haben könne,⁹⁶³ zu dem Ergebnis, dass es im Hinblick auf die „Auslösung des einheitlichen Rücktrittsrechts“ in Mehrparteienverhältnissen genügen solle, „daß dessen Voraussetzungen durch das Verhalten eines der Beteiligten geschaffen worden sind“.⁹⁶⁴ Die gewählte Formulierung zeigt, dass der V. Senat eine Ausdehnung des Rücktrittsrechts auf den Grundstückskaufvertrag gar nicht erst in Betracht gezogen

960 Vgl. Schwarze, in: Staudinger BGB, Updatestand 27.3.2024, § 323 Rn. D 27.

961 Vgl. zur Rechtslage vor der Schuldrechtsreform Huber, Leistungsstörungen, Bd. II, 1999, § 45 III 5, S. 431.

962 Huber, Leistungsstörungen, Bd. II, 1999, § 45 III 5, S. 431.

963 BGH 30.4.1976 – V ZR 129/74 = BeckRS 1976, 31117720.

964 BGH 30.4.1976 – V ZR 129/74 = BeckRS 1976, 31117720.

hat. Wie auch die analysierte Literatur, geht er vielmehr von einem auf die Erstreckung des Rücktrittsgrunds gerichteten Parteiwillen aus. Wiederum ist schon diese Grundannahme bedenklich. Dabei ist allerdings zu beachten, dass die einschlägigen Rechtsprechungsentscheidungen sämtlich aus der Zeit vor der Schuldrechtsreform stammen. Aufgrund der fundamental abweichenden Ausgestaltung des Rücktrittsrechts im präreformierten Recht, sind die Ausführungen daher mit Vorsicht zu lesen. Jedenfalls erlaubt seine Grundannahme zum Parteiwillen es dem V. Senat nämlich, sich allein mit der Ausdehnung der Rücktrittsfolgen vertieft auseinander zu setzen. Insofern heißt es, dass bei Vorliegen eines einheitlichen Rechtsgeschäfts, d.h. bei Verbindung der grundsätzlich selbständigen Vereinbarungen zu einem „einheitlichen Geschäft“, das „Rücktrittsrecht hinsichtlich der verbundenen Rechtsgeschäfte grundsätzlich nur einheitlich ausgeübt werden“ könne, sofern nicht „die Vertragspartner von der Möglichkeit eines selbständigen rechtlichen Schicksals jedes von mehreren Vertragsabschnitten ausgegangen sind.“⁹⁶⁵

- 16 Demnach soll der Gläubiger also grundsätzlich nicht die Wahl haben, ob er die Rückabwicklung auf einen der abgeschlossenen Verträge beschränkt. Der BGH geht mithin – anders als die Literatur – gerade nicht von einem allein durch das Merkmal des Interessenfortfalls beschränkten Wahlrecht des Gläubigers analog § 326 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. § 325 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F. bzw. § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB n.F. aus. Eine derartige Vertragskoordinierung im Störungsfall wird vielmehr abgelehnt. Sofern im Ausgangspunkt ein auf die Geschäftseinheit gerichteter Parteiwillen angenommen wird, ist diese Wertung konsequent. Jedenfalls der Geschäftsanbieter wäre mit dieser Rechtsfolge aber – hätte er sie vorhersehen können – kaum einverstanden gewesen. Auch der Abnehmer wird regelmäßig nicht wollen, dass es bei einem Rücktritt vom Erstvertrag zu einer Rückabwicklung des Zweitvertrags kommt, sondern vielmehr ein diesbezügliches Wahlrecht präferieren. Dementsprechend hat sich der V. Senat in der referierten Entscheidung auch eine Hintertür offengehalten: Der faktische Zwang zur einheitlichen Ausübung des Rücktrittsrechts solle nur „grundsätzlich“ gelten. Das Gegenteil solle gelten, sofern die Vertragspartner „von der Möglichkeit eines selbständigen rechtlichen Schicksals jedes von mehreren Vertragsabschnitten“ ausgegangen seien.⁹⁶⁶ Weitergehende Ausführungen hierzu sind der Entscheidung, da der BGH den „Einheitlichkeitswillen“ in Bezug auf das rechtliche Schicksal der Verträge bejaht, nicht zu entnehmen. Die mögliche Rückausnahme, schmälert die Überzeugungskraft des präsentierten Lösungswegs aber nur noch weiter: Es ist inkonsequent, den Parteien einerseits den Willen zusprechen zu wollen, dass ihre Vereinbarungen gemeinsam miteinander „stehen und fallen“ sollen und andererseits doch noch eine Hintertür für einen Teilrücktritt offen zu lassen, sofern die Möglich-

965 BGH 30.4.1976 – V ZR 129/74 = BeckRS 1976, 31117720.

966 BGH 30.4.1976 – V ZR 129/74 = BeckRS 1976, 31117720.

keit eines solchen Teilrücktritts auch wieder danach zu bestimmen sein soll, ob die Vertragspartner von der Möglichkeit eines selbständigen rechtlichen Schicksals jedes von mehreren Vertragsabschnitten ausgegangen sind.

c. Auffassung des OLG Hamm

Eine abweichende dritte Auffassung hat das OLG Hamm in einem Urteil aus dem Jahr 1994 vertreten.⁹⁶⁷ Danach könne, wer im Hinblick auf einen Vertrag über die schlüsselfertige Errichtung eines Einfamilienhauses zum Festpreis (damals ein Werkvertrag) eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung im Sinne des § 326 BGB a.F. gesetzt hat, von einem zu diesem ersten Vertrag in rechtlicher Einheit stehenden Grundstückskaufvertrag zurücktreten, ohne dass es einer (weiteren) Fristsetzung bedürfe. In Bezug auf den Grundstückskaufvertrag soll also zur Herbeiführung der Rücktrittsfolgen allein eine eigenständige Rücktrittserklärung erforderlich sein. Dies folgert das OLG aus einem Gebot zur rechtlichen Absicherung des Einheitswillens im Störungsfall: Das mit der Verbindung mehrerer Verträge zu einem einheitlichen Rechtsgeschäft von den Beteiligten verfolgte und in der Rechtsordnung mit dem Grundsatz der Vertragsfreiheit abgesicherte Interesse sei nur dann in dem gebotenen Maß ausreichend rechtlich geschützt, wenn derjenige, der wegen einer Vertragsverletzung seines Vertragsgegners die Erfüllungspflichten aus dem mit ihm abgeschlossenen Rechtsgeschäft beendet, den Rücktritt von anderen mit diesem Geschäft in rechtlicher Einheit stehenden Verträgen erklären kann mit der Folge, dass diese in ein Rückgewährsschuldverhältnis umgewandelt werden.⁹⁶⁸ Damit beschreitet das OLG bereits auf Tatbestandsseite einen anderen Weg als der BGH: Anders als der BGH, geht das OLG nicht von einem auf die Erstreckung der Rücktrittsfolgen auf den unbelasteten Zweitvertrag gerichteten Parteiwillen aus. Unklar bleibt aber, worauf das OLG seine Auffassung stattdessen stützt. Es könnte zwar um eine richterliche Rechtsfortbildung des Rücktrittsrechts gehen, angesichts der Tatsache, dass der Gesetzgeber des BGB Vertragsverbindungen allgemein nicht adressiert hat, verließe eine solche Rechtsfortbildung aber den ursprünglichen Plan des Gesetzes. Ein derart weitreichender Eingriff in das Rücktrittsrecht müsste daher dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben. Ihn im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung in das BGB hineinlesen zu wollen, ist ausgeschlossen.

Auch auf Rechtsfolgenseite weicht das OLG Hamm vom BGH ab. Denn es geht davon aus, dass es die Rechtsordnung nicht gebiete, auch ohne darauf gerichtete Rücktrittserklärung die Erfüllungspflichten aus allen in rechtlicher Einheit stehenden Verträgen schon dann als erloschen anzusehen, wenn nach der Verletzung

⁹⁶⁷ OLG Hamm Urt. v. 27.10.1994 – 22 U 51/94 = NJW-RR 1995, 1519 (1520).

⁹⁶⁸ OLG Hamm Urt. v. 27.10.1994 – 22 U 51/94 = NJW-RR 1995, 1519 (1520).

eines dieser Verträge die mit ihm begründeten Pflichten aufgrund einer Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung erlöschen.⁹⁶⁹ Vielmehr bleibe die Rücktrittserklärung erforderlich, um den Parteien des Kaufvertrags die Wiederherstellung des mit der ursprünglichen Gestaltung geschaffenen Vertragswerks ohne den Neuabschluss aller einzelnen Rechtsgeschäfte zu ermöglichen, wenn sie dies übereinstimmend wünschen.⁹⁷⁰ Auch diesem Ansatz kann jedenfalls auf Grundlage der heutigen Gesetzeslage nicht (mehr) gefolgt werden: Im reformierten Rücktrittsrecht ist die Rücktrittserklärung eine Gestaltungserklärung, welche das Vertragsverhältnis unmittelbar in ein Rückabwicklungsverhältnis transformiert. Eine Auffassung, nach welcher die Rücktrittserklärung die Parteien zur Neuverhandlung ihrer gestörten Rechtsbeziehung bewegen soll, ist damit unvereinbar. Denn die Vertragsanpassung ist allein als Rechtsfolge des § 313 BGB vorgesehen. Zudem läuft die Ansicht des OLG auf ein freies Wahlrecht des Gläubigers hinaus, ob er auch den Zweitvertrag rückabwickeln möchte, da er es – jedenfalls nach reformiertem Recht – in der Hand hat, ob er den Rücktritt ausübt. Es käme also weder auf einen Interessenfortfall an, wie bei einer analogen Anwendung des § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB, noch würden Erst- und Zweitvertrag, wovon der BGH ausgeht, regelmäßig ein einheitliches Schicksal erfahren müssen. Abgesehen davon, dass das Lösungsmodell auf eine freie Rechtsfortbildung des Rücktrittsrechts hinausläuft, begegnet es damit schließlich denselben Bedenken, wie die BGH-Auffassung: Ein freies Wahlrecht des Gläubigers im Hinblick auf die Erstreckung der Rücktrittsfolgen auf den Zweitvertrag ist ebenso wenig interessengerecht, wie die vom BGH präferierte Verweigerung jeglicher Wahlmöglichkeiten.

d. Zusammenfassung

- 19 Zum Rücktritt von bilanzpraktisch als Mehrkomponentengeschäften bezeichneten Geschäften wurden bislang also jedenfalls drei grundlegend unterschiedliche Auffassungen vertreten. So ist der BGH vor der Schuldrechtsreform davon ausgegangen, dass sich dem Parteiwillen bei einer Störung des hinsichtlich einer Leistungskomponente geschlossenen Vertrags eine Erstreckung des Rücktritts auf den Zweitvertrag entnehmen lasse. Dabei soll der Regelfall der Totalrücktritt von beiden Verträgen sein. Der Gläubiger soll also grundsätzlich nicht die Wahl haben, ob er den Rücktritt auf das gestörte Vertragsverhältnis beschränkt, oder nicht. Demgegenüber wird in der Literatur eine analoge Anwendung des § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB präferiert. Dementsprechend soll der Gläubiger vom störungsfreien Zweitvertrag nur zurücktreten können, sofern er an der „Teilleistung“ aus diesem Vertrag kein Interesse hat. Beide Auffassungen müssen sich entgegenhalten lassen, dass ein auf die Erstreckung

969 OLG Hamm Urt. v. 27.10.1994 – 22 U 51/94 = NJW-RR 1995, 1519 (1520).

970 OLG Hamm Urt. v. 27.10.1994 – 22 U 51/94 = NJW-RR 1995, 1519 (1520).

des Rücktritts gerichteter Parteiwillen insbesondere in Dreipersonenkonstellationen fernliegend ist.

Zudem ist keine dieser Lösungen nach den vorstehenden Ausführungen mit dem Gesetz vereinbar. Insbesondere scheidet eine analoge Anwendung des § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB aus, da die der Vorschrift zugrunde liegenden Wertungen auf Mehrkomponentengeschäfte nicht übertragbar sind: Wenn die Einzelverträge dahingehend ausgelegt werden, dass sie miteinander „stehen und fallen“ sollen, kann nicht zugleich angenommen werden, dass der Gläubiger weiterhin ein Interesse am Erhalt der – nicht von einer Störung betroffenen – Leistungskomponente aus dem Zweitvertrag hat. Vielmehr muss man – wie es der BGH getan hat – zu dem Schluss kommen, dass der Totalrücktritt von beiden Verträgen den Regelfall bildet. Dieses Ergebnis ist jedoch wiederum nicht mit der Wertung des § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB vereinbar. Denn die Norm geht gerade vom Fortbestand des Interesses aus, beschränkt also – aus Gläubigersicht – die Gesamtrückabwicklung. Mithin würde bei einer analogen Anwendung des § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB der gesetzliche Regelungsansatz in sein Gegenteil verkehrt. Ebenso problematisch ist die vom OLG Hamm entwickelte Auffassung, derzufolge das Rücktrittsrecht dahingehend fortzubilden ist, dass es einen Rücktritt vom störungsfreien Zweitvertrag ermöglicht, ohne dass insofern ein eigener Rücktrittsgrund vorliegen müsste. Denn dies überschreitet, da vertragsübergreifende Rückabwicklungen dem Regelungsplan des Gesetzgebers widersprechen, die Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung.

II. Verstoß gegen das Gebot einer folgerichtigen Vertragsauslegung

Die bislang unbefriedigenden Ergebnisse lassen eher rechtspolitisch an der gesetzgeberischen Wertung in § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB zweifeln, als dass sich aus ihnen ein echter Einwand gegen die BGH-Lösung ableiten ließe. Allenfalls vermögen sie die Vorteile des hier propagierten, inhaltlich weniger „absolutistischen“ Lösungsmodells aufzuzeigen. Die seitens der Rechtsprechung vertretene reine Willenslösung ist allerdings auch in sich nicht stimmig. Denn bei ihr wird den Parteien einerseits den Willen (und die unbeschränkte Macht) zugesprochen, ihre Vereinbarungen in rechtlich voneinander getrennte Verträge aufzuteilen. Andererseits wird aber aus dem Umstand der wirtschaftlichen Verknüpfung geschlossen, dass diese Vereinbarungen nach dem Parteiwillen dennoch rechtlich miteinander „stehen und fallen“ sollen. Das ist nicht plausibel. Die Auslegungslösung verstößt damit gegen das Gebot einer folgerichtigen Vertragsauslegung.

1. Grundsatz

- 22 Im Ausgangspunkt beinhaltet die Privatautonomie, dass sich Vertragsparteien bewusst inkonsequent verhalten können.⁹⁷¹ Es ist also nicht ausgeschlossen, dass das Ergebnis einer Vertragsauslegung inhaltlich inkonsistent ist. Irrationale Auslegungsergebnisse müssen jedoch mit Skepsis betrachtet werden. Denn insofern man von einem rationalen Handeln der Parteien ausgeht, muss auch die Auslegung grundsätzlich auf Folgerichtigkeit ausgerichtet sein. Andernfalls wäre es von vornherein ausgeschlossen, dass ein Auslegungsergebnis jemals „richtig“ sein könnte, also mit dem tatsächlichen Parteiwillen übereinstimmt, weil immer die Möglichkeit bestünde, dass die Parteien ein anderes Ergebnis gewollt hätten, selbst wenn es sinnfrei wäre. Widersprüchliche Zwecksetzungen können daher nur im Ausnahmefall das Auslegungsergebnis bilden. Es gibt aber keine Anzeichen dafür, dass sich die Parteien in den Rechtsprechungsfällen tatsächlich widersprüchlich verhalten wollen. Insbesondere gilt dies, da es den Parteien in den entschiedenen Sachverhaltskonstellationen jeweils ohne weiteres möglich war, der Verbindung zwischen den einzelnen Leistungskomponenten eine (bi- oder multilaterale) vertragliche Grundlage zu geben. Vor diesem Hintergrund erscheint es realitätsfern, von einer Parteientscheidung gegen einen solchen Mehrkomponentenvertrag auszugehen, zugleich aber davon auszugehen, dass die Parteien Rechtswirkungen an ihre Geschäftsverbindung knüpfen *wollten*. Denn die Willensentscheidung gegen den Vertrag müsste eigentlich mit einer Entscheidung gegen die rechtliche Einheitsentscheidung gleichgesetzt werden. Näher liegt deshalb ein konsistentes Auslegungsergebnis, wonach die Parteien, sofern sie rechtlich separate Vereinbarungen schließen wollten, den Willen hatten, dass diese Vereinbarungen, ihrer wirtschaftlichen Verknüpfungsabsicht zum Trotz, schuldrechtlich getrennt bleiben.
- 23 Zu überzeugen vermag demnach allein das folgende dreischrittige Auslegungsergebnis: Vereinbarungen in separaten Urkunden (1) sollen rechtlich getrennt sein (2) und rechtlich getrennt bleiben, also – anders als der BGH annimmt – nicht miteinander „stehen und fallen“ (3). Dass dieses Auslegungsergebnis konträr zur das Rechtsinstitut begründenden Beobachtung steht, dass die einzelnen Leistungskomponenten eine wirtschaftliche Verknüpfung aufweisen sollen, also in einem Sinnzusammenhang stehen, vermag es nicht zu erschüttern. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass diejenige Vertragspartei, welche ein Interesse an einer Zusammenfassung der Leistungskomponenten zu einer rechtlichen Einheit gehabt hätte (sprich: zu meist der Abnehmer) sich in den Vertragsverhandlungen nicht durchsetzen konnte.

971 Sie können, wie *Neuner* schreibt, Widersprüchliches vereinbaren und werden dabei nur durch die allgemeinen Vernunft- und Sachgesetze beschränkt, vgl. *Neuner*, in: FS Canaris, 2007, Bd. I, S. 901 (904) (in seinen Beispielen bezieht er sich auf Analogieschlüsse, der Grundgedanke erscheint jedoch übertragbar).

Auf derselben Überlegung beruhen – wie bereits gezeigt – im Übrigen auch die §§ 358 ff. BGB.

2. Weiteres Indiz

Ein weiteres Indiz für die fehlende Folgerichtigkeit der reinen Willenslösung ist, dass die Parteien bei Vertragsschluss (also *ex ante*) regelmäßig noch gar nicht wissen können, ob es sich für sie schlussendlich günstig auswirken wird, wenn sie das rechtliche Schicksal ihrer Leistungskomponenten verknüpfen. So möchten Anbieter und Abnehmer eines Mehrkomponentengeschäfts zwar gerne jeweils frei darüber bestimmen können, ob die Leistungskomponenten ein juristisches Bündel bilden. Da sie nicht wissen, wie sich ihr Geschäft entwickeln wird, haben sie insofern aber *ex ante* noch keine Präferenz (vgl. bereits § 8 C). 24

3. Nähere Demonstration

a. Einleitung

Dass die Argumentation mit dem Parteiwillen zum „Stehen und Fallen“ nicht überzeugt, lässt sich besonders an Entscheidungen aufzeigen, in denen die Rechtsprechung die Formbedürftigkeit eines nicht beurkundeten Zweitvertrags davon abhängig gemacht hat, ob der Bestand des Grundstückskaufvertrags von ihm abhängig ist, der Kaufvertrag also mit seiner Existenz „stehen und fallen“ soll. Denn dieses Ergebnis lässt sich in aller Regel nicht aus dem Parteiwillen ableiten. Insbesondere vermag der Ansatz des BGH, die Rechtsfolgenerstreckung mit einem durch erläuternde Auslegung ermittelten Einheitswillen begründen zu wollen, im Ergebnis nicht zu überzeugen. Zwar überzeugt das vom BGH insofern gefundene Ergebnis unter Wertungsgesichtspunkten, da die Erstreckung des Formerfordernisses auf die neben dem Grundstückskaufvertrag abgeschlossenen weiteren Verträge hilft, die Zwecke des Beurkundungserfordernisses in § 311b BGB zu wahren und andernfalls die Gefahr bestünde, dass der Grundstückskäufer – entgegen der Regelungsinention des § 311b Abs.1 Satz1 BGB nicht über alle wirtschaftlichen Folgen des Grundstückskaufs aufgeklärt wird. Die damit eigentlich im Mittelpunkt stehende Warn-, Schutz-, und Beweisfunktion des § 311b Abs.1 BGB spielt in den einschlägigen Entscheidungen aber an keiner Stelle eine Rolle. Dementsprechend muss hier nicht die Lösung anders ausfallen als die des BGH, wohl aber ihre Begründung. Das überzeugende Ergebnis offenbart sich bei einer wirtschaftlichen Gesamtbetrachtung. Denn danach bilden erst die mehreren Einzelverträge vereint das wirkliche Grundstücksveräuße- 25

rungsgeschäft.⁹⁷² Verwendet man die bilanzpraktische Terminologie, handelt es sich also um ein Mehrkomponentengeschäft.

- 26 Die BGH-Argumentation mit dem Parteiwillen ist hingegen verfehlt. Dies lässt sich besonders deutlich an Entscheidungen aus neuerer Zeit aufzeigen, in denen die Rechtsprechung die Formbedürftigkeit des nicht beurkundeten Zweitvertrags davon abhängig gemacht hat, ob der Bestand des Grundstückskaufvertrags von ihm abhängig ist, der Kaufvertrag also mit seiner Existenz „stehen und fallen“ soll (b. und c.). Überzeugender ist es, die aus Wertungssicht richtigen Entscheidungen unter Rückgriff auf das hiesige Modell zu begründen (d.).

b. Indiz für einen Trennungswillen

- 27 Angesichts der Tatsache, dass die Parteien in den maßgeblich Formerstreckungsfällen den – für sich genommen formfreien – Zweitvertrag erkennbar ohne notarielle Beurkundung abschließen wollten, überzeugt es nicht, aus dem vermeintlichen Verknüpfungswillen auf die Formbedürftigkeit des Zweitvertrags schließen zu wollen. Die Nichtbeurkundung legt für sich genommen vielmehr gerade den Gegenschluss nahe, nämlich, dass die Parteien den Zweitvertrag gerade formlos abschließen wollten. Der BGH spricht in ständiger Rechtsprechung der Tatsache, dass mehrere Vereinbarungen äußerlich voneinander getrennt sind, sogar selbst eine Vermutungswirkung dahingehend zu, dass sie als verschiedene selbständige Geschäfte gewollt sind.⁹⁷³ Sofern man diese Vermutung ernst nimmt, wäre die rechtliche Einheit in den entschiedenen Fällen überwiegend abzulehnen gewesen. Denn wenn die maßgeblichen Vereinbarungen durch die Parteien einmal mit dem Grundstückskaufvertrag urkundlich zusammengefasst wurden, werden sie regelmäßig auch zusammen mit diesem beurkundet worden sein. Somit hätte kaum Anlass dazu bestanden, überhaupt über eine Erstreckung der Formbedürftigkeit über die Vertragsgrenzen hinaus nachzudenken. Es lassen sich aber nur vereinzelt Anzeichen dafür finden, dass diese Vermutungswirkung einmal tatsächlich eine tragende Rolle gespielt hat.⁹⁷⁴

972 Es ist allerdings nicht so, als würde diese Auffassung in der Rechtsprechung gar keinen Wiederhall finden, vgl. schon RG, Urt. v. 29.11.1919 – V 260/19 = RGZ 97, 219 (220); RG, Urt. v. 20.10.1934 – V 208/34 = RGZ 145, 246 (248); ebenso im Anschluss daran dann BGH Urt. v. 14.7.1961 – VIII ZR 57/60 = NJW 1961, 1764.

973 BGH Urt. v. 16.3.1988 – VIII ZR 12/87 = NJW 1988, 1781 (1782); BGH Urt. v. 14.7.1961 – VIII ZR 57/60 = NJW 1961, 1764 (1765); BGH Urt. v. 13.11.1953 – V ZR 173/52 = BeckRS 1953, 31203270; übernommen aus der Rechtsprechung des Reichsgerichts, vgl. RG, Urt. v. 25.6.1912 – II 76/12 = RGZ 79, 434 (439); RG, Urt. v. 20.10.1934 – V 208/34 = RGZ 145, 246 (248).

974 Vgl. zu einem solchen Fall BGH Urt. v. 14.7.1961 – VIII ZR 57/60 = NJW 1961, 1764 (1765).

c. Rechtsprechung jüngerer Datums

Weitergehend als problematisch erweist sich das in der jüngeren Rechtsprechung entwickelte Kriterium der einseitigen Abhängigkeit.⁹⁷⁵ Hiernach soll sich die Formbedürftigkeit des Grundstückskaufvertrags nur dann auf einen (nicht formbedürftigen) Parallelvertrag erstrecken, sofern ersterer von letzterem abhängig ist, also mit ihm „stehen und fallen“ soll. Unter Wertungsgesichtspunkten überzeugt auch diese Präzisierung: Die Formzwecke des § 311b Abs. 1 BGB legen nur insofern eine Mitbeurkundung von Parallelverträgen nahe, wie sie darüber bestimmen, ob das Grundstücksgeschäft vollzogen wird. Wollen die Parteien das Grundstücksgeschäft hingegen unbedingt, so spielt es keine Rolle, inwiefern ein daneben abgeschlossener Zweitvertrag mitbeurkundet wird. Denn in letzterem Fall ist ausgeschlossen, dass eine der Parteien allein aufgrund des drohenden Scheiterns des Grundstückskaufs in den Abschluss dieses Zweitvertrags gedrängt wird. Zu diesem wertungsmäßig überzeugenden Ergebnis kann man aber jedenfalls bei Mehrparteienverhältnissen nicht im Wege der Auslegung gelangen. Denn wenn man hier tatsächlich allein auf den Parteiwillen abstellen will, ist es praktisch ausgeschlossen, von einer Beurkundungsbedürftigkeit des mit einem nicht am Grundstückskaufvertrag beteiligten Dritten geschlossenen Zweitvertrags (etwa des Bauvertrags) auszugehen: Der Käufer mag seinen Grundstückserwerb vom Zustandekommen und Fortbestand des Zweitvertrags abhängig gemacht haben. Der Dritte hat aber keinen Grund dafür, den Bestand „seines“ Vertrags ebenfalls vom „stehen und fallen“ des Kaufvertrags abhängig zu machen. Warum sollte ihm etwas daran liegen, eine solche wechselseitige Abhängigkeit herzustellen? Der Parteiwillen trägt also die Erstreckung des Formbedürfnisses regelmäßig nicht. Anders liegen die Dinge allein dann, wenn sich nachweisen lässt, dass alle Beteiligten einen dreiseitigen Vertrag geschlossen haben.⁹⁷⁶ Für die hier behandelten Sachverhalte ist dies aber – wie gezeigt – eher untypisch. Ohnehin würden die Parteien in diesem Fall aber schon von selbst das Gesamtgeschäft notariell beurkunden lassen, sodass sich die hier aufgeworfene Problematik gar nicht stellte.

d. Vorzugswürdige Lösung

Erkennt man an, dass die reine Willenslösung nicht den richtigen Lösungsweg darstellt, wird deutlich, dass auch diese spezielle Mehrkomponentenproblematik richtigerweise nur mittels eines heteronomen Eingriffs in die Parteibeziehungen gelöst werden kann. Überzeugender ist es dann, die – aus Wertungssicht durchweg überzeugenden Entscheidungen – mit dem (zwingenden) Recht zu begründen und

⁹⁷⁵ BGH Urt. v. 12.2.2009 – VII ZR 230/07 = NJW-RR 2009, 953 Rn. 14; BGH Urt. v. 13.6.2002 – VII ZR 321/00 = NJW 2002, 2559 (2560); BGH Urt. v. 26.11.1999 – V ZR 251/98 = NJW 2000, 951 f.; vgl. zu diesem in der Literatur etwa *Maier-Reimer* NJW 2015, 273 (276).

⁹⁷⁶ *Keim* RNotZ 2003, 44 (45).

nicht mit einer erläuternden Auslegung. Auf § 311b BGB lässt sich dieser Eingriff nicht unmittelbar stützen. Denn dort ist explizit von der Beurkundungsbedürftigkeit eines *Vertrags* die Rede. Angesichts dieses engen Wortlauts erscheint es ausgeschlossen, im Wege der Gesetzesauslegung von § 311b BGB auf die Beurkundungsbedürftigkeit eines für sich genommen formlos gültigen Parallelvertrags zu schließen. Ebenso wenig lässt sich hier § 139 BGB anführen. Die Regelung enthält allein eine Rechtsfolgenbestimmung, knüpft also an eine fremde Nichtigkeitsbestimmung an. Demgemäß wird die Reichweite von Formgeboten von § 139 BGB nicht beeinflusst. Auch § 125 BGB trifft allein eine Rechtsfolgenbestimmung und kann nicht fruchtbar gemacht werden. Insofern die Norm aussagt, dass ein formbedürftiges Rechtsgeschäft, welches dieser Form ermangelt, nichtig ist, bleibt offen, was mit dem Begriff „Rechtsgeschäft“ gemeint ist. Nahe liegt es aber, den Begriff des Rechtsgeschäfts in § 125 BGB anhand der in Bezug genommenen Formvorschrift zu bestimmen. Zwar spricht § 125 BGB nicht von einem Rechtsgeschäft, welches *seiner* durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, sondern neutraler von „*der* [...] Form“, die Intention des Gesetzgebers, auf eine Drittregelung mit Formvorgabe Bezug nehmen zu wollen, tritt aber dennoch deutlich hervor. Schlussendlich kommt für eine Erstreckung der Formbedürftigkeit daher neben der hier favorisierten Lösung auch eine analoge Anwendung des § 311b Abs. 1 BGB auf den ursprünglich nicht formbedürftigen Zweitvertrag bzw. auf das vom Parteiwillen umfasste Gesamtgeschäft aus formgültigen Grundstückskaufvertrag und formlos abgeschlossenen Zweitvertrag in Betracht. Angesichts der oben aufgezeigten vergleichbaren Interessenlage zu den von § 311b BGB unmittelbar erfassten Fällen, fällt die Begründung dieser Analogie nicht schwer.

4. Probleme bei multilateralen Parteikonstellationen

- 30 Die fehlende Überzeugungskraft einer reinen Auslegungslösung unter Verweis auf einen auf „Stehen und Fallen“ gerichteten Willen lässt sich schließlich anhand von Drei- oder Mehrpersonenverhältnissen demonstrieren. Dem BGH zufolge, werde nämlich eine Geschäftseinheit auch nicht dadurch ausgeschlossen, dass an mehreren Rechtsgeschäften nicht durchweg dieselben Personen teilgenommen haben.⁹⁷⁷ Für sich genommen sollen (und können) die dahingehend tatrichterlich getroffenen Feststellungen hier nicht widerlegt werden. In Wahrheit werden die Gerichte in Mehrpersonenkonstellationen aber zumeist eine verdeckte Wertentscheidung zulasten derjenigen Partei, die nicht Vertragspartner der gestörten bipolaren Leistungsverbindung ist, treffen. Die vom BGH aufgestellte Auslegungsregel muss sich deshalb entgegenhalten lassen, dass ihr die Gefahr innewohnt, diese Wertentscheidung zu verdecken.

⁹⁷⁷ BGH Urt. v. 30.4.1976 – V ZR 129/74 = BeckRS 1976, 31117720.

a. Willensmangel

Die Parteien werden, sofern sie die Leistungskomponenten unterschiedlichen Verträgen zugeordnet haben, in aller Regel die Geschäftseinheit zwar anerkennen, aber keine Rechtswirkungen mit ihr verknüpfen wollen. Die Annahme, dass ein Anbieter in diesem Fall bereit sei, im Zweifel seinen Gegenleistungsanspruch aufzugeben, wenn im Parallelvertragsverhältnis eine Leistungsstörung auftritt, überschreitet die durch §§ 133, 157 BGB vorgegebenen Grenzen der Vertragsauslegung. Es ist zwar nicht grundsätzlich ausgeschlossen, bei der Auslegung von Vertragsbestimmungen auch Verträge eines Vertragspartners mit einem Dritten einzubeziehen, da § 157 BGB eine umfassende Abwägung der Parteiinteressen fordert,⁹⁷⁸ es muss im Rahmen der Auslegung aber streng danach unterschieden werden, ob ein Auslegungsergebnis nur das sozialetisch optimale Verständnis der vertraglichen Regelungen widerspiegelt oder tatsächlich dem Parteiwillen entspricht. Die Auslegungslösung darf also nicht zulasten einer Partei einen mehrseitigen Quasi-Vertrag fingieren, obwohl sich die Parteien implizit gerade dagegen entschlossen haben, einen solchen zu schließen.⁹⁷⁹ 31

b. Fehlende Vergleichbarkeit mit Fällen des Ringtauschs

Die BGH-Auffassung lässt sich auch nicht anderweitig rechtfertigen. Zwar wurde in der Literatur in der Vergangenheit versucht, den §§ 320 ff. BGB zugrundeliegenden Gedanken des vertraglichen Synallagmas fortzuentwickeln, dabei stand mit mehrseitigen Austauschverträgen, in denen die Leistungen der Parteien in einem geschlossenen Kreis aufeinander bezogen sind („Ringtausch“)⁹⁸⁰ jedoch schon eine nicht verallgemeinerbare Fallgruppe im Mittelpunkt. Für die Fälle des Ringtauschs wurde in der Literatur vertreten, dass das den §§ 320 ff. BGB zugrunde liegende „do ut des“ zu einem „do ut des ut det“ fortzuentwickeln sei. Eine Reihe von Autoren hat dies mit einer analogen Anwendung der §§ 320 ff. BGB begründet, da dem BGB als Rechtsprinzip ein „allgemeiner Synallagmagedanke“ zugrundeliege.⁹⁸¹ Sie gingen 32

978 Insbesondere können Verträge durchaus so im Rahmen einer Gesamttaktion abgeschlossen worden sein, dass sich ihre eigentliche rechtliche Natur nur im Zusammenhang mit den Drittbeziehungen vollständig erfassen lässt, vgl. BGH Urt. v. 21.12.1954 – I ZR 13/54 = NJW 1955, 587 (588); vgl. auch *Busche*, in: MüKo-BGB, § 157 Rn. 7.

979 § 157 BGB steht insofern, wie *Busche* schreibt, „im Zeichen der Privatautonomie“, vgl. *Busche*, in: MüKo-BGB, § 157 Rn. 11, s. auch Rn. 10, 14, 15.

980 Vgl. dazu *Larenz*, SchuldR, Bd. 1, § 15 II, S. 209 ff.; *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, § 13 V 1, S. 326.

981 So ist *Heermann*, Drittfinanzierte Erwerbsgeschäfte, S. 95 ff. und *passim* davon ausgegangen, dass drei aufeinander abgestimmte zweiseitige Verträge von einem so genannten „trilateralen“ Synallagma überwölbt sein könnten, auch wenn sich die aus ihnen resultierenden einzelnen Pflichten sich nicht auf einen gemeinsamen rechtlichen Entstehungsgrund zurückführen lassen. Die Überwölbung bewirke, dass diejenigen Hauptleistungspflichten aus den zweiseitigen Verträgen, welche zusammen genommen den wirtschaftlich angestrebten ringförmigen Leistungsaustausch ergeben, in der Form eines „do ut des ut det“ verknüpft seien. Vgl. ergänzend: *Pfister* JZ 1971, 284; *Eberl-Borges* AcP 203 (2003), 633 (637). *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, § 13 V 1, 3, S. 326 f. hat demgegenüber angenommen, dass sich der

dabei davon aus, dass sich die Wirkungen der §§ 320 ff. BGB beim Ringtausch nicht auf die jeweils gestörte Austauschbeziehung beschränkten, sondern sich auch auf die gegenüber der Drittpartei zu erbringende Gegenleistung bzw. sogar den gesamten Vertrag auswirkten. Da jede Partei den Vertrag nur um des eigenen Leistungserhalts schließe, könne jeder Schuldner seinem Gläubiger die Einrede des nichterfüllten Vertrags entgegenhalten, wenn er selbst von seinem Schuldner noch nicht die Leistung erhalten habe.⁹⁸² Zudem sollten bei Unmöglichkeit einer Hauptleistungspflicht alle anderen Hauptleistungspflichten analog § 323 Abs. 1 BGB a.F. (heute: § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB) entfallen.⁹⁸³ Allerdings ist die praktische Bedeutung des mehrseitigen Austauschvertrags und damit der daran vermeintlich anknüpfenden Rechtswirkungen schon „nicht sehr groß“.⁹⁸⁴ Denn beim ringförmigen Leistungsaustausch geht es um einen mehrseitigen Vertrag, bei dem jede der Parteien ihre eigene Leistung gegenüber einer anderen Partei, als derjenigen, von der sie die Gegenleistung erhält, erbringt.⁹⁸⁵ In den hier im Mittelpunkt stehenden BGH-Fällen erhielt aber jeder Leistungsanbieter grundsätzlich nur eine Gegenleistung vonseiten des (einzigen) Abnehmers. Die Geschäfte waren also nicht ringförmig angelegt, sondern als ein Dreieck.⁹⁸⁶

- 33 Darüber hinaus liegt es auch fern, hinter §§ 320 ff. BGB ein allgemeines Rechtsprinzip zu sehen, da der Gesetzgeber des BGB von der einzelnen Leistungspflicht ausging. Es ist daher jedenfalls anzunehmen, dass sich der Synallagmagedanke in den bestehenden gesetzlichen Regeln erschöpfen sollte.⁹⁸⁷ Sofern man das „do ut des ut det“ stattdessen aus dem Parteiwillen ableiten will, findet hingegen nur eine Problemverlagerung auf eine andere Ebene statt. Zwar haben die Parteien beim ringförmigen Leistungsaustausch bei Vertragsstörungen jeweils ein Eigeninteresse daran, nicht leisten zu müssen, es bleibt aber fraglich, weshalb sie sich auch dazu bereit erklären sollten, eine fremde Leistungsstörung gegen sich gelten zu lassen. Dabei ist zu beachten, dass es beim Ringtausch oftmals – wie bei Ackergrundstücken – um den Austausch von Leistungsgegenständen, die einzeln nicht anderweitig am Markt erworben werden könnten, geht und für alle Beteiligten der Erhalt der

Gedanke des „do ut des ut det“ beim Ringgeschäft aus einem entsprechenden Parteiwillen herleiten ließe. Die Rechtswirkungen dieser Gestaltung seien §§ 320 ff. BGB analog zu entnehmen.

982 Vgl. etwa *Larenz, SchuldR*, Bd. 1, § 15 II, S. 210; *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, § 13 V 3, S. 327.

983 Vgl. *Larenz, SchuldR*, Bd. 1, § 15 II, S. 211; *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, § 13 V 3, S. 327.

984 *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, § 13 V 3, S. 326.

985 Das Standardbeispiel ist der ringförmige Tausch mehrerer Ackergrundstücke mit dem Ziel, dass jeder Beteiligte am Ende ein größeres zusammengehöriges Ackergrundstück erhält.

986 Vgl. zur Abgrenzung von Ringgeschäften und „anderen Geschäftsverbindungen, die zwar auch einen Zweckzusammenhang beinhalten, jedoch keinen mehrgliedrigen Leistungsaustausch bewirken und eben deshalb auch eine andere Parteikonstellation aufweisen“, insbesondere von „den finanzierten Geschäften als finaler Verknüpfung zweier synallagmatischer Schuldverhältnisse“ auch: *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, § 13 V 1, S. 326.

987 Vgl. auch *Eberl-Borges AcP* 203 (2003), 633 ff.; monographisch: *Zwanzger*, Der mehrseitige Vertrag, S. 285.

Gegenleistung deshalb schlussendlich über allem steht. Da Sekundäransprüche gegenüber dem mitbeteiligten Dritten den Verlust des eigenen Gegenstands hier nicht kompensieren könnten, liegt die Annahme, den Parteien ginge es um ein „ganz oder gar nicht“ nahe.⁹⁸⁸ Besteht hingegen die Möglichkeit einer Drittbeschaffung am Markt, braucht es einen besonderen Grund, weshalb einer Partei die Sekundäransprüche im gestörten zweipersonalen Verhältnis nicht genügen und es deshalb eines Einwirkungsmechanismus auf das nicht gestörte Verhältnis bedarf. Es vermag nicht einzuleuchten, warum allein aus der Tatsache der wirtschaftlichen Verknüpfung zu folgern sein sollte, dass der Abnehmer bei einer schlichten Nichtleistung des Drittbeteiligten uneingeschränkt dazu in der Lage ist, die gesamte Leistungskonstruktion zu Fall zu bringen („Gesamtrücktritt“), anstatt auf Vertragsdurchsetzungsansprüche gegen den Dritten und deren gerichtliche Durchsetzung beschränkt zu sein.⁹⁸⁹ Nicht aus den Augen verloren werden darf nämlich, dass mit der Annahme eines trilateralen Synallagmas erhebliche Unsicherheiten für die Anbieterseite einhergehen. So entsteht die Gefahr, ohne eigenes Zutun der eigenen vertraglichen Rechtsansprüche beraubt zu werden.⁹⁹⁰

III. Zwischenfazit

Im Ausgangspunkt sieht der BGH die wirtschaftliche Verknüpfung von Leistungs- 34
komponenten demnach alles in allem zu Recht als Auslegungsfrage an. Die einschlägige BGH-Rechtsprechung kommt, wie angesprochen, auch ganz überwiegend zu gerechten Ergebnissen. Nicht zielführend ist jedoch der sich an die Erstauslegung anschließende Versuch zu ermitteln, ob der Parteiwillen auch auf ein miteinander „Stehen und Fallen“-Sollen der in der Art eines Finalnexus verknüpften Leistungskomponenten gerichtet ist. Denn schlussendlich sind die insofern gefundenen Ergebnisse nicht Ausdruck eines Willensauslegungsprozesses im engeren Sinne, sondern eines Billigkeitsdenkens. Es bleibt nämlich unklar, worin sich der Wille der Parteien zu einheitlichen Rechtswirkungen niederschlagen soll, wenn zugleich davon ausgegangen wird, dass sie ihre Vereinbarungen bewusst rechtlich unterschiedlichen Verträgen zugeordnet haben. Die Auslegungslösung wird insofern also nur vorgeschoben, um die eigentlich notwendige Interessenabwägung, ob die Gefahren der Vertrags„spaltung“ hinzunehmen oder auf sie zu reagieren ist, zu verschleiern. In der Folge vermag die hier in den Blick genommene „Stehen und Fallen“-Rechtsprechung nicht, den Rechtsanwendern über den Einzelfall hinaus Rechtssicherheit zu vermitteln. Sofern sie Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit der Rechtsanwendung

988 Es wäre den Parteien aufgrund der besonderen Konstellation nicht zumutbar, bei einer Leistungsstörung den Verlust des eigenen Gegenstands zuzulassen und sich selbst auf Schadensersatzansprüche reduzieren zu lassen, vgl. *Zwanzger*, Der mehrseitige Vertrag, S. 294.

989 Vgl. insofern auch *Zwanzger*, Der mehrseitige Vertrag, S. 294.

990 Vgl. *Zwanzger*, Der mehrseitige Vertrag, S. 295.

fördern will, kann eine Mehrkomponentendogmatik deshalb nicht dabei stehenbleiben, die reine Auslegungslösung des BGH nachzuvollziehen. Vielmehr muss die Wertungsfrage beantwortet werden, inwiefern das vom BGH anerkannte Rechtsinstitut der wirtschaftlichen Vertragsverbindung zu einer Außenkorrektur etwaig widersprechender Parteivereinbarungen berechtigt. Hier geht es um die Möglichkeiten von nicht mehr mit dem Parteiwillen und seiner Durchsetzung begründbaren Rechtswirkungen.

C. Rechtfertigung privatautonomienegierender Mehrkomponentenrechtswirkungen

- 35 Eine widerspruchsfreie Lösung lässt sich vorliegend mithin nur unter Verweis auf nicht mehr mit dem Parteiwillen und seiner Durchsetzung begründbare Rechtswirkungen entwerfen. Solche Rechtswirkungen werden herkömmlich ausgehend von der These einer materialen Richtigkeitsgewähr unter Gleichen geschlossener Verträge gerechtfertigt (dazu I.), das jedoch nicht mehr vollends überzeugt (dazu II.). Auf der Grundlage der bekannten Kritik entwirft die Untersuchung ein alternatives Begründungsmodell für externe Eingriffe in Mehrkomponentengeschäfte (III.). Es basiert auf dem Gedanken, dass rechtsexterne Beobachtungen das liberale Privatrecht zu einer beständigen Materialisierung zwingen und diese Beobachtungen vonseiten der Privatrechtsdogmatik aufgegriffen werden müssen. Im Zuge der anschließenden Anwendung dieses Modells (IV.) greift die Untersuchung auf die Beobachtung zurück, dass Mehrkomponentengeschäfte ein Alltagsphänomen des modernen Wirtschaftslebens sind, gerade weil sie ihren Anbietern zusätzliche Absätze versprechen (vgl. bereits § 8). Nunmehr wird herausgearbeitet, dass diesem spezifischen Mehrkomponentenpotenzial spezifische Mehrkomponentenrisiken entsprechen (ein „Locked-In“-Effekt, rechtliche Unklarheiten, irrationale Verhaltensweisen). Die gefundenen Ergebnisse werden sodann zweifach abgesichert (V.). Einmal auf der Grundlage des Gedankens, dass gleich strukturierte Geschäftsmodelle gleichartig rechtlich behandelt werden sollten (Grundsatz der Gleichbehandlung) und dann unter Heranziehung der ökonomischen Theorie des Verbraucherschutzes.

I. Herkömmliche Rechtfertigung neuer Einschränkungen der Privatautonomie

1. These von der materialen Richtigkeitsgewähr

- 36 Herkömmlich wird der gerichtliche Außeneingriff in geschlossene Verträge bekanntlich an Privatautonomie und Vertragsfreiheit gemessen.⁹⁹¹ Ihr Charakter als Grenz-

991 Vgl. nur Möllers ERCL 14 (2018), 101 (102).

marken externer richterlicher Eingriffe ergibt sich zunächst daraus, dass sie bereits bei den Beratungen zum BGB als einer Rechtsordnung, jedenfalls aber einer Privatrechtsordnung selbstverständlich eigene Rechtsprinzipien⁹⁹² vorausgesetzt wurden.⁹⁹³ Der Bedeutungsgehalt der beiden Prinzipien ist allgemein anerkannt und muss hier nicht vertieft werden.⁹⁹⁴ Daraus lässt sich allerdings für sich genommen noch wenig für die Dogmatik der Vertragseingriffe ableiten. Insbesondere lässt sich zwar der Schluss ziehen, dass externe Eingriffe in Konflikt mit der Vertragsfreiheit treten, aber nicht, in welchem Umfang sie dennoch zulässig sein können.

Dies ändert sich, wenn man auf die von *Schmidt-Rimpler* vorgebrachte Begründung für die Ausrichtung der Privatrechtsordnung an der Vertragsfreiheit abstellt, wonach vertraglichen Vereinbarungen grundsätzlich eine „Richtigkeitsgewähr“ innewohne.⁹⁹⁵ Damit ist bekanntlich die auch in der Rechtsprechung des BVerfG

992 *Flume* BGB AT, Bd. 2, Das Rechtsgeschäft, S.1; *Riesenhuber* ZfPW 2018, 352 (354); nach *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, S. 50 f., handelt es sich hingegen bei näherer Betrachtung eigentlich um ein „auf der Verbindung mehrerer Rechtsgedanken“ beruhendes Institut: „so ist der Regelungskomplex der Privatautonomie, den man wohl als „Institut“ unseres Privatrechts ansehen darf, nur aus dem Zusammenwirken der Prinzipien der Selbstbestimmung, der Selbstverantwortung und des Verkehrs- und Vertrauensschutzes zu verstehen.“

993 Vgl. *Hofer*, in: HKK-BGB, vor § 241 Rn. 6; *Thier*, in: HKK-BGB, § 311 Rn. 1; zum Ausdruck kommt dies bekanntlich insbesondere in der folgenden Passage der Einleitung der Motive zum Schuldrecht: „Vermöge des Prinzips der Vertragsfreiheit, von welchem das Recht der Schuldverhältnisse beherrscht wird, können die Parteien ihre Rechts- und Verkehrsbeziehungen nach ihrem Ermessen mit obligatorischer Wirkung unter sich bestimmen, soweit nicht allgemeine der bestimmte einzelne absolute Gesetzesvorschriften entgegenstehen“ (Motive, Bd. 2, S. 2, s. auch *Mugdan*, Bd. 2, S. 1). Das BVerfG geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass die Privatautonomie als Berechtigung des Einzelnen zur Gestaltung der Rechtsverhältnisse nach seinem Willen, einen Bestandteil der Allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG bilde, vgl. etwa BVerfG Beschl. v. 14.1.1987 – 1 BvR 1052/79 = BVerfGE 74, 129 (151 f.) = NZA 1987, 347; BVerfG Beschl. v. 19.10.1993 – 1 BvR 567/89 = BVerfGE 89, 214 (233) = BVerfG NJW 1994, 36 (38); BVerfG Beschl. v. 5.8.1994 – 1 BvR 1402/89 = NJW 1994, 2749 (2750) (zu Verwandtenbürgschaften). Dazu nur *Olzen*, in: Staudinger BGB, Einleitung zum Schuldrecht Rn. 49; *Thier*, in: HKK-BGB, § 311 Rn. 1.

994 Privatautonomie meint – in den Worten *Flumes* – „die Anerkennung der ‚Selbstherrlichkeit‘ des einzelnen in der schöpferischen Gestaltung der Rechtsverhältnisse“, vgl. nur *Flume* BGB AT, Bd. 2, Das Rechtsgeschäft, S. 1, 6; *ders.*, in: FS 100 Jahre DJT, Bd. 1, 1960, S. 135 (136); s. auch etwa *Bork* BGB AT, 4. Aufl. 2016, § 99; *Canaris* AcP 200 (2000), 273 (277). Dabei wird die Vertragsfreiheit wahlweise als das „bedeutendste Mittel zur Umsetzung der Privatautonomie“ (*Olzen*, in: Staudinger BGB, Einleitung zum Schuldrecht Rn. 52), die „Manifestation“ der Privatautonomie (*Möllers* ERLC 14 (2018), 101 (113)) oder ihr anerkanntester Teilbereich (*Flume* BGB AT, Bd. 2, Das Rechtsgeschäft, S. 18) bezeichnet. Die Privatrechtssubjekte haben danach die Möglichkeit, nicht nur eigenständig über das „Ob“ der vertraglichen Bindung zu entscheiden, sondern können auch die Leistungen, zu denen sie sich verpflichten (mithin das „Wie“), inhaltlich frei bestimmen, vgl. dazu nur *Olzen*, in: Staudinger BGB, Einleitung zum Schuldrecht Rn. 61; *Thier*, in: HKK-BGB, § 311 Rn. 1; *Flume* BGB AT, Bd. 2, Das Rechtsgeschäft, S. 12.

995 Vgl. hierzu grundlegend *Schmidt-Rimpler* AcP 147 (1941), 130 (149 ff.); *ders.*, in: FS Nipperdey, 1955, S. 1 (7 ff.); *ders.*, in: FS Raiser, 1974, S. 1 (insbesondere 14 ff.); aus dem dazu ergangenen Schrifttum: *Brox* JZ 1966, 761 (762); *Raiser* JZ 1958, 1 ff.; *ders.*, in: FS 100 Jahre DJT, Bd. 1, 1960, S. 101 ff.; *Canaris*, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, S. 48 ff.; *ders.*, in: FS Lerche, 1993, S. 873 (882 f., 886 f.); *ders.* AcP 200 (2000), 273 (284 ff.); die internationale Rechtstheorie trifft vergleichbare Annahmen, vgl. etwa *Ben-Shahar/Schneider*, UPenn Law Review 159 (2011), 647 (681): „[...] mandated disclosure serves the autonomy principle. It supposes that people make better decisions for themselves than anyone can make for them and that people are entitled to freedom in making decisions“.

anzutreffende These gemeint, dass das Zusammenwirken der Vertragsschließenden bei der vertraglichen Gestaltung zu einem sachgerechten Ausgleich der entgegengesetzten Interessen führe. Denn im Prozess des Geben und Nehmens im Rahmen der Vertragsverhandlungen schlifften sich die gegenläufigen Interessen ab, bis etwas übrig bleibe, das als „richtig“ gelten könne.⁹⁹⁶ Von der materialen Richtigkeitsgewähr vertraglicher Vereinbarungen soll aber nur dann auszugehen sein, sofern beim Vertragsschluss die in Frage stehenden Interessen von den Vertragsschließenden gegensätzlich gewahrt würden.⁹⁹⁷ Die *Schmidt-Rimpler'sche* Theorie hat mit anderen Worten eine gleiche Machtverteilung zwischen den Parteien zur Voraussetzung. Damit lassen sich gerichtliche Außeneingriffe in geschlossene Verträge auf das Theorem, dass „Vertragsfreiheit Selbstbestimmung voraussetzt, Selbstbestimmung aber (Macht-) Gleichgewicht verlangt“,⁹⁹⁸ stützen. Einen Anlass zu Eingriffen in die Privatautonomie bieten unter diesen Umständen „strukturelle Ungleichgewichtslagen“ bzw. die Tatsache, dass einer der Vertragspartner mit überwiegender Macht ausgestattet ist.⁹⁹⁹ Eine Gemeinschaftsordnung könne – so fasst *Brox* die Aussagen *Schmidt-Rimpler's* zusammen – den einzelnen Rechtssubjekten nicht die Gestaltung ihrer Rechtsbeziehungen zueinander überlassen, sondern müsse sie hoheitlich regeln, sofern die privatautonome Gestaltung zu ungerechten Ergebnissen führt und „die eine Partei der Willkür der anderen ausgeliefert“ wird.¹⁰⁰⁰

2. Verteilung der Argumentationslast

- 38 Im Lichte der These von der „Richtigkeitsgewähr“ sind Einschränkungen der Vertragsfreiheit durch den Gesetzgeber oder die Gerichte nur dann legitim, wenn sie sich empirisch begründen lassen. Einen Anlass zu Eingriffen in die Privatautonomie

996 Vgl. *Schmidt-Rimpler*, in: FS Nipperdey, 1955, S.1 (9); s. zur entsprechenden Rechtsprechung des BVerfG: BVerfG Beschl. v. 19.10.1993 – 1 BvR 567/89, 1 BvR 1044/89 = BVerfGE 89, 214 (233) = BVerfG NJW 1994, 36 (38) (zu Verwandtenbürgschaften); BVerfG Urt. v. 6.2.2001 – 1 BvR 12/92 = BVerfGE 103, 89 (100) = NJW 2001, 957 (958) (zu Eheverträgen über Unterhalt); vgl. dazu auch *Weller*, Die Vertragstreue, S. 282; *Habersack*, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, S. 41 ff.; *Schweitzer* AcP 220 (2020), 544 (549 ff.); *Hönn* JZ 2021, 693 f.

997 Vgl. aus der Rechtsprechung des BVerfG: BVerfG Beschl. v. 19.10.1993 – 1 BvR 567/89, 1 BvR 1044/89 = BVerfGE 89, 214 (233) = BVerfG NJW 1994, 36 (38 f.) (zu Verwandtenbürgschaften); BVerfG Urt. v. 6.2.2001 – 1 BvR 12/92 = BVerfGE 103, 89 (100) = NJW 2001, 957 (958) (zu Eheverträgen über Unterhalt); vgl. dazu auch *Weller*, Die Vertragstreue, S. 282; *Habersack*, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, S. 42 ff.

998 So die Zusammenfassung von *Zöllner* AcP 196 (1996), 1 (35) in Auseinandersetzung mit *Flume* BGB AT, Bd. 2, Das Rechtsgeschäft, S. 10.

999 *Schmidt-Rimpler*, in: FS Nipperdey, 1955, S. 1 (7 ff.); *Brox*, Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung, S. 90 f.; s. etwa auch *Henckel* AcP 159 (1960), 106 (114); vgl. aus der Rechtsprechung des BVerfG insbesondere BVerfG Beschl. v. 19.10.1993 – 1 BvR 567/89 = BVerfGE 89, 214 (233) = BVerfG NJW 1994, 36 (38) (zu Verwandtenbürgschaften).

1000 *Brox* JZ 1966, 761 (762). *Flume*, obschon ein erklärter Gegner der *Schmidt-Rimpler'schen* Auffassung von der materialen Richtigkeitsgewähr, kommt zu vergleichbaren Ergebnissen (*Flume* BGB AT, Bd. 2, Das Rechtsgeschäft, S. 10), was, zumindest sofern man *Brox* Glauben schenkt, schon deshalb nicht überraschend ist, da *Flume* *Schmidt-Rimpler* nur falsch verstanden habe.

bietet unter diesen Umständen (nur!) eine tatsächlich feststellbare strukturelle Ungleichgewichtslage. Die Argumentationslast ist danach klar verteilt: In der Regel ist davon auszugehen, dass das Ergebnis der Vertragsverhandlungen richtig ist. Der Umstand, dass einer der Vertragspartner mit überwiegender Macht ausgestattet ist, also die Ungleichgewichtslage, welche die Richtigkeitsvermutung erschüttert, bildet – so die Annahme – den Ausnahmefall. Zumindest aus Sicht des Gesetzgebers sollen nicht einmal klar nachweisbare einzelne Schief lagen zum Eingriff berechtigen.¹⁰⁰¹ Es soll für die Intervention also nicht ausreichen, dass es einmal zu einem ungerechten Vertrag gekommen ist, sondern dieser muss in einer bestimmten Fallkonstellation das Regelergebnis sein. Interventionen in das liberale Privatrecht sollen angesichts von Privatautonomie und Vertragsfreiheit mit anderen Worten nur dann legitim sein, wenn sich weitverbreitete „ungerechte“ Vertragsschlüsse nachweisen lassen und das sich darin widerspiegelnde soziale Problem nicht anderweitig lösen lässt. Ziel ist es, das Privatrecht so möglichst von Interventionen freizuhalten.

II. Kritik

1. Angreifbarkeit beinahe jeder sozialen Intervention in das Privatrecht

Das herkömmliche Rechtfertigungsmodell muss sich entgegenhalten lassen, dass es 39 in einem direkten Widerspruch zum durchschlagenden Erfolg der sozialen Kritik am Privatrecht steht. Denn sofern man die skizzierte Hürde ernst nimmt, lässt sich kaum einmal rechtfertigen, dass eine Intervention in den Vertrag stattfindet. Rechtswissenschaftliche Untersuchungen zu Vertragseingriffen müssen nahezu zwangsläufig zu dem Ergebnis kommen, dass sowohl „Ob“ als auch „Wie“ der Intervention zweifelhaft sind. Dieser Umstand lässt sich bekanntlich¹⁰⁰² gut belegen. Er kam bereits beim Entwurf des BGB zur Sprache. *Otto Gierke* forderte in seiner Kritik des ersten Entwurfs des BGB von 1888 bekanntermaßen einen „Tropfen sozialistischen Öles“ im Privatrecht.¹⁰⁰³ Schon in seiner Replik darauf gab *Gottlieb Planck* zu bedenken, dass „die Frage, wer der Schwächere und wer der Stärkere ist“, sich nicht nach allgemeinen Kategorien entscheiden lasse.¹⁰⁰⁴ „Die wichtigsten Faktoren wirtschaftlicher Macht und Schwäche, Reichthum und Armuth, lassen sich im Privatrechte überhaupt nicht als Voraussetzungen von Rechtssätzen verwenden. Ebenso wenig lässt sich allgemein behaupten, daß der Schuldner gegenüber dem

1001 *Brox* JZ 1966, 761 (762) schreibt, dass eine Gemeinschaftsordnung die Gestaltung der Rechtsbeziehungen der einzelnen Rechtssubjekte (erst dann) hoheitlich regeln müsse, sofern die privatautonome Gestaltung „in der Mehrzahl der Fälle zu ungerechten Ergebnissen“ führe (Hervorhebungen im Original).

1002 Vgl. *Zöllner* AcP 196 (1996), 1 (15 ff.); *Canaris* AcP 200 (2000), 273 (362 ff.) und nachfolgend *Möslein*, Dispositives Recht, S. 28.

1003 *Gierke*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, S. 13.

1004 *Planck* AcP 75 (1889), 327 (408 f.).

Gläubiger der Schwächere sei.¹⁰⁰⁵ Wohl jeder nachfolgende sozial begründete (abstrakt-generelle und konkret-individuelle) Vertragseingriff muss sich ähnliche Vorwürfe entgegenhalten lassen.¹⁰⁰⁶

2. Generalkritik als Sackgasse

- 40 Das herkömmliche Rechtfertigungsmodell für Materialisierungen des liberalen Privatrechts führt die hiesige Untersuchung damit nicht weiter. Denn angesichts der Tatsache, dass soziale Interventionen in das Privatrecht heute beständig vorkommen, hat es sein konstruktives Potenzial längst verloren. Sofern man es zugrunde legt, beschränkt sich Privatrechtsdenken auf Generalkritik. Aus rechtswissenschaftlicher Perspektive, so scheint es dann, sind soziale Interventionen grundsätzlich abzulehnen. Dem sich „sittlichen“ Anforderungen unterstellenden Privatrecht ist infolgedessen andauernd vorzuwerfen, dass es seine formale Konsistenz verloren habe. Angesichts der Tatsache, dass soziale Interventionen den Regelfall darstellen

1005 *Planck AcP* 75 (1889), 327 (409).

1006 Nicht an Bedeutung verloren hat etwa die Warnung bei *Flume* BGB AT, Bd. 2, Das Rechtsgeschäft, S. 11 vor Eingriffen in die Preisautonomie über § 138 BGB. *Flume* bringt – zu Recht – vor, dass die Rechtsordnung ein vom Wert des Gutes abweichendes Entgelt nur dann guten Gewissens über § 138 BGB als ungerecht verwerfen könne, wenn dieser Wert feststehe. Der Wert eines Gutes lasse sich aber nicht nach rechtlichen Gesichtspunkten bestimmen, weil es sich bei dem Wert um ein ökonomisches Phänomen handle, das auf die Gesamtheit der ökonomischen Zusammenhänge bezogen ist. Auch die zwingenden Gewährleistungsvorschriften des Reise- und Verbrauchsgüterkaufsrechts lassen sich, obschon vordergründig wohlletabliert, fortdauernd im Lichte von Privatautonomie und Vertragsfreiheit hinterfragen (vgl. anhand konkreter Beispiele *Canaris AcP* 200 (2000), 273 (362 ff.)). Dasselbe gilt für das Wohnraummiet- und Arbeitsrecht, zwei Zivilrechtsgebiete die besonders von externen Gerechtigkeitsvorstellungen überformt wurden. Bei Inkrafttreten des BGB waren die Kräfteverhältnisse zwischen Vermietern und Mietern genau umgekehrt, als es das heute so stark ausgeformte soziale Mieterschutzrecht suggeriert: Der Mietmarkt war um die Wende zum 20. Jahrhundert nicht durch Wohnungsmangel geprägt. Dementsprechend waren es eher die Vermieter, die sich aufgrund der für den Hauserwerb aufgenommenen Darlehen in vertraglichen Drucksituationen befanden (vgl. dazu nur *Haferkamp*, Das BGB, S. 113). Im Laufe der Zeit haben sich die Verhältnisse geändert. Dies allein ist aber nicht dazu geeignet, den interventionistischen Ansatz des modernen BGB-Mietrechts zu rechtfertigen. Wenn der Staat nur die (öffentlich-rechtlichen) Rahmenbedingungen dafür schaffen würde, dass der Mietmarkt zur Zufriedenheit der auf ihm kontrahierenden Parteien „funktioniert“ und sich kein Marktversagen feststellen lässt, könnte *Schmidt-Rimplers* These von der Richtigkeitsgewähr bereits wieder voll greifen. Soziales Mietrecht und Kündigungsschutz erscheinen dann als ungerechtfertigte Eingriffe in die Vertragsfreiheit (s. zum Ganzen etwa *Möslein*, Dispositives Recht, S. 28). Dementsprechend wurde in der Literatur vorgebracht, dass der Gesetzgeber besser für ein Überangebot an Wohnung, bessere Informationen über die bestehenden Angebote, mehr Wohngeld für einkommensschwache Haushalte, eine Vergrößerung des Baulandangebots und eine Senkung der Baukosten sorgen sollte (vgl. zur Diskussion um die Zweckmäßigkeit des sozialen Mietrechts *Honsell AcP* 186 (1986), 115 ff., insb. „Ausblick“ (182 ff.): „negative[...] Bilanz“ der maßgeblich in den 1970er-Jahren etablierten zivilrechtlichen Mieterschutzmechanismen; vgl. dazu auch *Kletečka AcP* 220 (2020), 674 (694 ff.)). Auch die Interventionen des Arbeitsrechts können auf der Grundlage des herkömmlichen Begründungsmodells für Eingriffe in die Privatautonomie kaum argumentativ gerechtfertigt werden. Exemplarisch sei auf *Zöllner* verwiesen, der angezweifelt hat, dass überhaupt „mit ausreichendem Anspruch auf Wissenschaftlichkeit behauptet werden [könne], daß die Parität zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer typischerweise gestört sei“ und angesichts dessen bereits 1976 eine „Kontrollhektik“ beklagt hat (*Zöllner AcP* 176 (1976), 221 (246 und *passim*); vgl. dazu auch *Thüsing*, in: FS Wiedemann, 2002, 559 ff.).

und sich ständig wiederholen, erweist sich der Vorwurf aber als nichtssagend. Konstruktiver erscheint es da schon, für künftige Interventionen in Verträge noch mehr empirische Nachweise zu fordern, also einen Beweis durch die Rechtswirklichkeit. Allerdings fehlen Juristen regelmäßig sowohl die Fähigkeiten als auch die Mittel, um den empirischen Nachweis selbst zu führen. Angesichts dessen müsste sich eine Mehrkomponentendogmatik auf eine passive Rolle beschränken. So lassen sich zwar Indizien dafür anführen, dass die Mehrkomponentengeschäften zugrundeliegenden Verträge willkürlich abgegrenzt werden und dadurch gesetzgeberisch gewollte Schutzzusammenhänge ausgehöhlt werden. Man könnte aber nur darauf hoffen, dass der Verweis auf diese Indizien ausreicht, damit Dritte, sei es in Form einer Gesetzesreform oder einer Gerichtsentscheidung, reagieren.

III. Alternatives Begründungsmodell

1. Menkes Erklärung für die beständige Privatrechtsmaterialisierung

Als weitaus fruchtbarer erweist sich der Versuch einer Adaption von *Menkes* Definition des liberalen Privatrechts. Seinen Kerngehalt sieht *Menke* im rechtspositivistischen Ansatz. Anders als das „traditionelle Recht“, versuche das moderne Recht nicht mehr, das Nichtrecht erzieherisch zu verwandeln oder es aus Vernunft heraus zu beherrschen.¹⁰⁰⁷ Vielmehr habe das bürgerliche Recht, die Gesellschaft in ihre „unkontrollierbare Eigendynamik“ entlassen.¹⁰⁰⁸ Der Einzelne sei rechtlich von der politischen Regierung freigesetzt worden.¹⁰⁰⁹ Stattdessen beschränke sich das liberale Privatrechtsregime im Ausgangspunkt darauf, die bürgerliche Gesellschaft (gegen und durch das Recht) zu ihrem Recht kommen zu lassen.¹⁰¹⁰ Welche Erklärung liefert *Menke* nun dafür, dass dieses liberale Privatrechtsregime „materialisiert“ wird? *Menke* versteht die Materialisierung zutreffend als soziale Kritik am liberalen Privatrechtsregime.¹⁰¹¹ Den Anlass für diese Kritik liefere das bürgerliche Recht selbst, indem es dem Einzelnen ermögliche, seinen Einzelwillen zu verwirklichen.¹⁰¹² Denn dadurch ermögliche es auch Akteuren, welche durch gesellschaftliche Mechanismen politische Macht gewonnen haben, sich auf eigene, durch die Privatrechtsordnung gewährte und geschützte Rechte zu berufen.¹⁰¹³ Indem der Einzelne von der politischen Regierung rechtlich freigesetzt wurde, seien autonome soziale Zusammenhän-

1007 *Menke*, Kritik der Rechte, 142.

1008 *Menke*, Kritik der Rechte, 142; vgl. auch *Pistor*, Code of Capital, S. 209: „Autonomous law has become ‚the law of rights‘, whatever its contents might be.“

1009 *Menke*, Kritik der Rechte, 322.

1010 *Menke*, Kritik der Rechte, 143.

1011 *Menke*, Kritik der Rechte, 144.

1012 *Menke*, Kritik der Rechte, 321.

1013 *Menke*, Kritik der Rechte, 321.

ge geschaffen worden, die in sich selbst die Tendenz zu einer autoritären Monopolisierung sozialer Macht trügen.¹⁰¹⁴ Menke umschreibt diesen Vorgang als perversierte Repolitisierung der rechtlich entpolitisierten bürgerlichen Gesellschaft.¹⁰¹⁵ Es drohe permanent die Gefahr, dass die bürgerliche Gesellschaft von innen her durch die Hervorbringung von radikal asymmetrischen Machtpositionen zersetzt werde.¹⁰¹⁶ Diese, ihm eingeschriebene Krisenhaftigkeit zwingt das Soziale bzw. das Nichtrecht zu einem permanenten Protest gegen das Recht und – daran anknüpfend – zu einer permanenten Intervention.¹⁰¹⁷

- 42 Im Lichte dessen wird erkennbar, dass die „Materialisierung“ des Rechts nichts anderes ist als die Berücksichtigung selbstausgelöster Effekte und Proteste im Recht.¹⁰¹⁸ Indem sich das Privatrecht materialisiert vollzieht es mit anderen Worten die selbst-reflexive Einsicht nach, dass die sich gegen es richtenden Proteste durch es selbst ausgelöst sind und daher in ihm selbst berücksichtigt werden müssen. Das materialisierte Recht ist also ein antwortendes oder verantwortliches Recht. Es ist infolge seiner Selbstreflexion responsiv.¹⁰¹⁹ Aus diesem Gedankengang lässt sich eine neue Idee der Gerechtigkeit für das moderne Recht ableiten: Das moderne Recht wird nach Menke dadurch gerecht, dass es die Möglichkeiten schafft, den andauernden Protest des Nichtrechts zu berücksichtigen. Recht sei, so schreibt Menke, gerecht, sofern es auf Selbsttransformation und Selbstrelativierung ausgerichtet sei.¹⁰²⁰ Gerechtes Recht setze jede seiner Bestimmungen als veränderlich:¹⁰²¹ „Materialisierung heißt Prozessualisierung“.¹⁰²²

2. Komplementärbeschreibungen

- 43 Vor Menke hat Luhmann dieses Gerechtigkeitskonzept ähnlich umschrieben. Luhmann schreibt, dass der auf Demokratie reagierende regulative Staat seinen Interventionen eine problematische, weil indirekte Form der Einschränkung von Eigentumsgebrauch und Vertragsfreiheit geben müsse.¹⁰²³ Diese beschreibt er so, dass das Rechtssystem mit der Konzession der Vertragsfreiheit zunächst Kontrolle aufgegeben habe. Denn die Wirtschaft könne so Transaktionen arrangieren, ohne dabei ein enges Netz möglicher Vertragstypen in Betracht zu ziehen. Sie könne sich, wenn Rechtsfragen im Blick stehen, auf die Beachtung oder Umgehung von Verbo-

1014 Menke, Kritik der Rechte, 322.

1015 Menke, Kritik der Rechte, 322.

1016 Menke, Kritik der Rechte, 321.

1017 Menke, Kritik der Rechte, 152.

1018 Menke, Kritik der Rechte, 148.

1019 Menke, Kritik der Rechte, 149.

1020 Menke, Kritik der Rechte, 151.

1021 Menke, Kritik der Rechte, 151.

1022 Menke, Kritik der Rechte, 150.

1023 Luhmann Recht der Gesellschaft, S. 467.

ten konzentrieren. Die aufgegebenen Kontrolle gewinne das Rechtssystem aber in erheblichem Umfang wieder, wenn es sich die Freiheit nehme, den Willen der Vertragsschließenden im Rückblick zu interpretieren, etwa nicht ausdrücklich Bedachtes in den Sinn des Vertrages hineinzumplizieren, Vertragselemente über „ergänzende Auslegung“ einzubauen oder als Verstoß gegen „die guten Sitten“ auszubauen und Resultate solcher Gerichtspraxis in fallnahen Regelungen, etwa im Anmerkungssparat zu § 242 BGB zu kodifizieren.¹⁰²⁴ Das so konzipierte Recht lerne aus Anlass von Konflikten. Es würde ohne Konflikte nicht entstehen bzw. nicht erneuert und vergessen werden. Dieses Recht folge nicht aus der Natur der Sache oder der Natur der Menschen, sondern entwickle sich auf der Suche nach Lösungen für Konflikte, die für mehr als nur einen Fall gelten sollen.¹⁰²⁵ Ein geschlossenes und autopoietisches Rechtssystem funktioniere als Immunsystem. Regelbildung sei in diesem System eine Art Antikörperbildung mit einer am Fall gewonnenen Spezifität.¹⁰²⁶

Eine vergleichbare Beschreibung findet sich sodann bei *Gunther Teubner*. Er führt 44 aus, dass das Recht aufgrund seiner selbstreferentiellen Grundstruktur zwar ein geschlossenes System bilde, diese Geschlossenheit jedoch nur relativ bzw. relational sei. Denn sie lasse eine innere Reflexivität des Rechts zu. Das Recht stehe (infiniten) Veränderungen, insbesondere auch infolge gewandelter Umweltbedingungen, offen gegenüber.¹⁰²⁷ „Reflexiv“ wird dabei im Sinne eines „Sich-Rückbeziehens“ verstanden.¹⁰²⁸ Möller schreibt dazu, dass das Recht in der Lage sei, sich im Recht selbst zum Thema machen, sich veränderten sozialen Umweltbedingungen anpassen und verändern.¹⁰²⁹ Was bisher als Recht oder Unrecht galt, müsse revidiert werden können. Vorauszusetzen sei allein, dass die Beobachtung von Wandlungen in der Umwelt des Rechts und die Konflikte um einen daraus resultierenden vermeintlichen Anpassungsbedarf des Rechts in juristischer Grammatik ausgedrückt würden.¹⁰³⁰

Marietta Auer bezieht sich in ihrer Darstellung des privatrechtlichen Diskurses 45 der Moderne ebenfalls auf den Mechanismus der Reflexivität. Sie unterscheidet im Privatrecht zwei Modernen: Wohingegen in der ersten Moderne vor allem der Personenbegriff, das subjektive Recht und eine Trennung von Staat und Gesellschaft etabliert worden seien,¹⁰³¹ würden in der reflexiven Betrachtung der zweiten Moder-

1024 Luhmann *Recht der Gesellschaft*, S. 464.

1025 Luhmann *Recht der Gesellschaft*, S. 567.

1026 Luhmann, *Recht der Gesellschaft*, S. 567.

1027 Vgl. Teubner, in: Grundmann/Thiessen *Recht und Sozialtheorie im Rechtsvergleich*, S. 145 (158 ff., 160); ders., in: Amstutz, *Die vernetzte Wirtschaft*, S. 11 (12 f., 18 f.); ders. ZHR 154 (1990), 295 (305 ff.); ders. KritV 76 (1993), 367 (370 ff., 381 ff.); ders. ARSP 68 (1982), 13 (46 f.).

1028 S. auch Auer, *Privatrechtlicher Diskurs der Moderne*, S. 47; dies. KJ 53 (2020), 45 (54).

1029 Möller, in: *Neue Theorien des Rechts*, S. 47 (51).

1030 Vgl. Teubner, in: Grundmann/Thiessen *Recht und Sozialtheorie im Rechtsvergleich*, S. 145 (160); ders. ZHR 154 (1990), 295 (305 ff.); ders. KritV 1993, 367 (370 ff., 381 ff.) (am Beispiel von Vertragsnetzen und ökonomischen Argumenten in Bezug auf sie).

1031 Auer, *Privatrechtlicher Diskurs der Moderne*, S. 13 ff., 46.

ne die Grenzen und Widersprüche der ersten Moderne aufgezeigt¹⁰³². Der Weg der Selbstreflexion werde dabei insbesondere deshalb eingeschlagen, weil der Erfolg der bürgerlichen Wirtschaftsverfassung deren institutionelle Grundlagen unterminierte und nach gesellschaftlich akzeptierten Alternativen gesucht werden müsse.¹⁰³³ Die Unterscheidung zwischen erster und zweiter Moderne skizziert *Auer* anhand der Entwicklung des Eigentumsbegriffs: In der ersten Moderne bilde sich das Verständnis von Eigentum als freier Wille heraus. Das Eigentum werde aus den gesamtgesellschaftlichen Bindungen der politischen Gesellschaft entlassen und zum Instrument insbesondere der wirtschaftlichen Rationalität. Es löse sich von seinen gesellschaftlichen Gründen und werde individualisiert.¹⁰³⁴ In der zweiten Moderne werde die fortgeschrittene Abkopplung des individuellen Eigentums von seiner Gemeinwohlbindung benannt und kritisiert.¹⁰³⁵

3. Leitbild einer Rechtsdogmatik als verantwortliches Handeln

- 46 Gestützt auf diese Erkenntnisse lässt sich eine neue Aufgabenstellung für die sich mit „Materialisierungen“ befassende Privatrechtsdogmatik formulieren. Herkömmlich wird der Auftrag der Privatrechtsdogmatik von der Privatautonomie bzw. dem Grundsatz der Vertragsfreiheit ausgehend definiert (vgl. I.). Es ist dann Aufgabe der Dogmatik, Materialisierungen am Rechtsprinzip der Privatautonomie zu prüfen.¹⁰³⁶ Insofern davon auszugehen ist, dass vertraglichen Vereinbarungen eine Richtigkeitsgewähr innewohnt, impliziert diese Aufgabenstellung eine beständige Kritik der Materialisierung des Privatrechts. Wenn man die Materialisierung gerade nicht als einen Vorgang begreift, der potenziell die Autonomie des Rechts verletzt, ist dies anders. Mit *Menke*¹⁰³⁷ sind Interventionen in das Recht Ausdruck für seine Prozessualisierung und diese Prozessualisierung ist die Voraussetzung gerechten Rechts. Nichtrechtliche Einstellungen (etwa ökonomische Interessen, ethische Auffassungen oder sittliche Postulate), die nicht empirisch unterfüttert werden können erscheinen dann nicht als etwas, was fälschlich Gültigkeit im Recht erlangt. Sie sind vielmehr

1032 *Auer*, Privatrechtlicher Diskurs der Moderne, S. 46 ff., 74 ff.; *dies.* KJ 53 (2020), 45 (52 f.).

1033 *Auer* KJ 53 (2020), 45 (54).

1034 *Auer*, Privatrechtlicher Diskurs der Moderne, S. 106.

1035 *Auer*, Privatrechtlicher Diskurs der Moderne, S. 130 ff.

1036 *Wieacker* umschreibt Rechtsdogmatik dementsprechend als „Wächteramt“. Ihr obliege eine Koordinierung der Rechtsprechung in die geistige und moralische Einheit der Gesamtrechtsordnung. Sie müsse für die „geistige Kontingenz“ der Privatrechtsordnung sorgen, vgl. *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, S. 542.

1037 *Menkes* Vorhaben geht weit über den hiesigen Ansatz hinaus, ohne dass es darauf im hiesigen Zusammenhang ankäme. *Menke* fordert eine Re-Politisierung der Gesellschaft durch eine Umwandlung der Rechte. Sie sollen nicht mehr dauerhafte Privilegien einiger weniger Auserwählter sein, sondern bloß noch zeitlich begrenzte Ermächtigungen zum Wandel (vgl. *Menke*, Kritik der Rechte, S. 309 ff.).

„Trieb (oder Kraft)“ im Recht.¹⁰³⁸ Unter diesen Umständen ist es Hauptaufgabe der Rechtsdogmatik, die (notwendigen) Interventionen des Nichtrecht in das Recht zu leiten und zu moderieren. Wenn Dritte – etwa Rechnungslegungspraktiker – rechtsexterne Problemlagen an das Recht herantragen, muss die Dogmatik diese lösen, sofern es ihr Anspruch ist, die Gerechtigkeit des Rechtssystems (mit) zu gewährleisten. Die sich dem dogmatischen Rechtsdenken verschreibende Rechtswissenschaft steht mit anderen Worten unter einer Innovationspflicht.¹⁰³⁹ Sie muss, wie *Lomfeld* schreibt, an sich fortlaufend den Anspruch stellen, die Institutionen des wirtschaftlichen Austauschs für den praktischen Einsatz selbst zu definieren und zu konturieren (Konzept einer diskursiven Dogmatik).¹⁰⁴⁰

Dementsprechend ist es Pflichtaufgabe einer verantwortlich handelnden Rechtswissenschaft, die rechtlich zulässigen Möglichkeiten zur (Re-)Allokation der Risikoverteilung bei Mehrkomponentengeschäften aufzuzeigen. Will man aus gesetzessystematischen Gründen einer weiteren Überfrachtung des BGB mit überschießend wirkenden und unübersichtlichen Sonderwertungsregelungen vermeiden, liegt es auf der Hand, in diesem Zusammenhang für eine Instrumentalisierung der Generalklauseln zu plädieren. 47

Dieses Verständnis findet in der sich mit einer Adaption sozialwissenschaftlicher Erkenntnisse im Wege der Rechtsdogmatik befassenden Literatur Vorbilder.¹⁰⁴¹ Insbesondere entspricht es jedenfalls im Ergebnis weitgehend dem von *Teubner* entwickelten Konzept einer reflexiven Rechtsdogmatik.¹⁰⁴² Weiterhin anführen lässt sich *Grünberger*, der – unter Bezugnahme auf *Teubner* – eine Jurisprudenz, die sich auch als „Realwissenschaft“ begreift, fordert. Eine „responsive Rechtsdogmatik“, die es schaffe, Umweltirritationen im Recht Rechnung zu tragen, sei ein „Forschungsdesiderat“ der Rechtsdogmatik.¹⁰⁴³ Es gehe darum, Operationen bereit zu stellen, um das Neue zu regeln, bevor es Wirklichkeit geworden ist.¹⁰⁴⁴ *Esser* und *Schmidt* haben in ihrem Lehrbuch zum Schuldrecht dargelegt, wie geradezu überlebensnotwendig es für eine moderne Rechtsordnung sei, nicht an einem Regelungskonzept festzuhal- 48

1038 *Menke*, Kritik der Rechte, S.149; vgl. auch *Schweitzer* AcP 220 (2020), 544 (562): Kriterien, die es erlauben, „legitime“ staatliche Ausgestaltungen privatrechtlicher Institute und Eingriffe in die Vertragsfreiheit bzw. Privatautonomie von „illegitimen“ Eingriffen ins Privatrecht zu unterscheiden, folgen auch aus dem Freiheitsgehalt der gesellschaftlichen Ordnung selbst, die ihrerseits verfassungsrechtlichen Schutz genießt, und aus den Funktionsprinzipien des Systems, das aus der Ausübung individueller Freiheitsrechte entsteht.

1039 Vgl. ähnlich *Hoffmann-Riem*, Innovation und Recht, S. 30 ff.: „Innovationsverantwortung“.

1040 *Lomfeld*, in: *Grünberger/Jansen*, Privatrechtstheorie heute, S. 151 (166); zur diskursiven Dogmatik *ders.*, Die Gründe des Vertrages, S. 306 ff.; vgl. dazu auch bereits *Wiethölter*, in: FS Raiser, 1974, S. 645 ff.

1041 Vgl. etwa *E. Schmidt* JZ 1980, 153 (160 f.); *Knieper* KJ 1992, 1 ff.

1042 Vgl. dazu insbesondere *Teubner*, in: *Liber Amoricum* Esser, 1995, S. 191 (211 ff.); *ders.*, in: *Grundmann/Thiessen* Recht und Sozialtheorie im Rechtsvergleich, S. 145 (160); *ders.*, in: *Amstutz*, Die vernetzte Wirtschaft, S. 11 (12 f., 18 f.); *ders.* ZHR 154 (1990), 295 (305 ff.).

1043 *Grünberger* AcP 218 (2018), 213 (243); *ders.* AcP 219 (2019), 892 (928 f.).

1044 *Grünberger* AcP 218 (2018), 213 (256).

ten, dass durch einen Wandel in den Umweltbedingungen tendenziell gegenstandslos geworden ist. Andernfalls laufe das Recht Gefahr, seine für die Systemerhaltung unerlässliche Orientierungskraft zu verlieren. Es werde schlechtestenfalls parteiisch und somit untauglich zur gesamtgesellschaftlichen Konfliktregelung.¹⁰⁴⁵ Auch die modernen Debatten um Steuerungs- und Regulierungsfunktionen des Zivilrechts setzen aber einen vergleichbar erweiterten dogmatischen Erkenntnishorizont voraus. Denn es geht ihnen im Kern darum, zu prüfen, inwiefern Zivilrecht (auch) dazu dient bzw. als „Implementationsinstrument“¹⁰⁴⁶ dazu dienen sollte, um weitere, politische Zielsetzungen durchzusetzen.¹⁰⁴⁷ Dies kann jedoch nur erkennen, wer zuvor ermittelt, wie das Recht die Lebenswirklichkeit beeinflusst.¹⁰⁴⁸ Die Existenz dieser „Beobachterperspektive“ bzw. des „external point of view“¹⁰⁴⁹ impliziert, dass auch der Gegenschluss darauf, wie die Lebenswirklichkeit das Recht prägt, möglich sein muss.

IV. Anwendung des Modells

- 49 In Anwendung des unter III. vorgestellten Modells werden hier die bei Mehrkomponentengeschäften korrekturbedürftigen Ungleichgewichtslagen unmittelbar aus den im Geschäftsleben anzutreffenden Vertriebsformen abgeleitet. Die mehrkomponentenspezifischen Risiken, auf die das Recht in besonderer Weise reagieren muss, werden dabei durch eine Kombination der bereits dargestellten Beobachtungen von Betriebswirtschaftslehre, Marketing und Rechnungslegungspraxis mit neueren Erkenntnissen der Verhaltensforschung herausgearbeitet. Sie resultieren daraus, dass bei Mehrkomponentengeschäften ein „Locked-In“-Effekt wirkt (3.), „wirtschaftliche“ Intuition und rechtliche Gestaltungsmacht auseinanderfallen (4.), und den Kunden diese Art von Geschäften, da sie sich eine Reihe anerkannter menschlicher Verhaltensdefizite zunutze machen, zugleich besonders attraktiv erscheint (5.). Bevor dies näher erläutert wird, werden unter 1. und 2. aber zunächst zwei Aspekte dargelegt, die ganz im Gegenteil zu Zurückhaltung beim Mehrkomponentenkundenschutz anhalten und denen deshalb eine Leitplankenfunktion im Hinblick auf das entworfene Modell zukommt.

1045 Esser/Schmidt, SchulDR AT, § 1 IV, S. 19.

1046 Martin/Renk/Sudhof KJ 22 (1989), 244 (246).

1047 Vgl. zur „Regulierungsfunktion“ des Privatrechts etwa Hellgardt, Regulierung und Privatrecht, S. 50 ff.; zum Privatrecht als Steuerungsinstrument mit unterschiedlichen Nuancen: Pölzig, Normdurchsetzung durch Privatrecht, S. 255 ff. und *passim*; Franck, Marktordnung durch Haftung, S. 15 ff., 167 ff. und *passim*; zur folgenorientierten Auslegung und Anwendung des Rechts: Hellgardt, Regulierung und Privatrecht, S. 405 ff.; Wagner, in: FS Canaris, 2017, S. 281 (287); ders. AcP 206 (2006), 352 (389 ff. 434 ff.); Calliess, in: FS Teubner, 2009, S. 465 (477 ff.); zur am Schutz einer dezentralen Koordinationsordnung ausgerichteten Auslegung: Schweitzer AcP 220 (2020), 544 (567 ff.).

1048 Möslin, Dispositives Recht, S. 130; dazu auch etwa Langenbucher, in: FS Canaris, 2017, S. 219 (234).

1049 Langenbucher, in: FS Canaris, 2017, 219 (234).

1. Das Verwendungsrisiko als Ausgangspunkt

Angesichts der nahezu allgemein geteilten Überzeugungen davon, wie das Verwendungsrisiko bei Absatzgeschäften verteilt sein sollte, muss die Möglichkeit eines privatautonomienegrierenden Eingriffs in ein Mehrkomponentengeschäft zunächst auf besonders problematische Fälle beschränkt werden. Denn aus dem Blickwinkel der vertraglichen Risikoordnung besteht bei Mehrkomponentengeschäften einstweilen kein Bedarf für einen Eingriff. So handelt es sich bei isolierter Betrachtung bei den einzelnen Bestandteilen eines Mehrkomponentengeschäfts jeweils um einfache Absatzgeschäfte. Für diese gilt, so die einhellige Wertung, dass das Verwendungsrisiko grundsätzlich der Abnehmer (Sachleistungsgläubiger) tragen muss.¹⁰⁵⁰ Dementsprechend soll, sofern es nach Abschluss eines Kaufvertrags zu Entwicklungen kommt, die sich negativ auf die Verwendbarkeit und den Wert des Kaufobjektes auswirken, das Risiko für diese Fehlentwicklungen beim Käufer liegen. Dabei wird unter anderem darauf abgestellt, dass der Käufer im Gegenzug allein von den Chancen, die sich aus einer für das Kaufobjekt günstigeren Entwicklung ergeben, profitiert.¹⁰⁵¹

Mehrkomponentengeschäfte sind also im Ausgangspunkt bloß zusammengesetzte Absatzgeschäfte. Auch bei ihnen muss man das Verwendungsrisiko dementsprechend regelmäßig dem Kunden zuordnen. Damit ist auch das Risiko gemeint, dass eine der Leistungskomponenten ausfällt bzw. es zu einer sonstigen Leistungsstörung kommt. Dabei wird nicht ausgeblendet, dass sich die Störung der Erstkomponente auf die Verwendung einer Zweit- oder Drittkomponente auswirken kann. So kann die Störung etwa dazu führen, dass der Kunde auch mit der Erstkomponente nicht anfangen kann oder sich erst am Markt überteuerten Ersatz beschaffen muss, um sie zu nutzen.¹⁰⁵² Derartige Infizierungen der Zweitkomponente spielen aber im Eingangsrisikomodell keine Rolle. Noch offensichtlicher ist die grundsätzliche Risikoverteilung, sofern die Leistungskomponenten multilateralen Parteikonstellationen entstammen. Wenn etwa ein Arzt für seine Praxis einen Fernseher erwirbt, weil ihm ein Dritter versprochen hat, die Finanzierung dieses Fernsehers zu übernehmen, sofern er auf dem Gerät im Gegenzug Werbefilme abspielen darf, so hat das Scheitern des Werbevertrags grundsätzlich keine Auswirkungen auf die Beziehung zwischen Arzt und Verkäufer.

1050 Vgl. zur Geschäftsgrundlagenlehre: BGH Urt. v. 23.10.2019 – XII ZR 125/18 = BGHZ 223, 90 = NJW 2020, 331 Rn. 37; *Henssler*, Risiko als Vertragsgegenstand, S. 43 ff., 82 ff.

1051 *Henssler*, in: FS Huber, 2006, S. 739 (748).

1052 Der Erwerber eines Hörgeräts ist zum Beispiel, wenn die versprochenen Wartungsarbeiten unterbleiben, im Zweifel gezwungen, hierfür einen anderen Hörgeräteakustiker zu finden. Auf § 323 Abs. 5 BGB kann er sich, weil er weiterhin ein Interesse an der Erstkomponenten hat und aufgrund der vertraglichen Trennung nicht berufen. Der andere Akustiker wird für seine Arbeit eine gesonderte Vergütung verlangen. Denn er konnte die Nachbetreuungsleistungen, anders als der ursprüngliche Verkäufer der Hörhilfe, nicht beim Kauf einpreisen.

- 52 Im Lichte der vorstehenden Ausführungen muss eine Normkonkretisierung des allgemeinen Schuldrechts, welche helfen soll, dem Umweltgeschehen „Mehrkomponentengeschäfte“ Rechnung zu tragen, auf die im engeren Sinne problematischen Fälle begrenzt sein.¹⁰⁵³ Der mehrkomponentenspezifische Eingriff bedarf also einer besonderen Rechtfertigung. Es darf keine anlasslose „Parteinahme“ für die Kunden propagiert werden.¹⁰⁵⁴

2. Keine Umgehungsgeschäfte

- 53 Es liegt zunächst nahe, die besondere Rechtfertigung von Eingriffen in Mehrkomponentengeschäfte daraus abzuleiten, dass es den Anbietern solcher Geschäfte darum gehe, die Kunden rechtlos zu stellen. Es handelt sich nach dieser Betrachtungsweise bei Mehrkomponentengeschäften um Umgehungsgeschäfte, welche darauf abzielen, das geltende Verbraucherschutzrecht, welches sie nicht erfasst, auszuschalten. Diese Begründung wurde in der Vergangenheit bereits vorgebracht, um das Schutzbedürfnis des Käufers beim finanzierten Geschäft (und damit die heutigen §§ 358 ff. BGB) zu rechtfertigen. So hat etwa *Larenz* den Käuferschutz beim finanzierten Geschäft damit begründet, dass mit der Aufspaltung des einheitlichen wirtschaftlichen Vorgangs auf mehrere Verträge und in eine multipersonale Parteibeziehung im Zweifel bezweckt sei, die Rechtslage, welche bei einem Einzelvertrag gelten würde, zum Nachteil des Käufers zu verändern. Es müsse beim finanzierten Geschäft deshalb gewährleistet sein, dass der Käufer trotz der Aufspaltung bei Unwirksamkeit des Kaufvertrages oder Störungen seiner Durchführung nicht schlechter stehe, als ihn das Gesetz bei einem normalen Ratenkauf stelle. Die Rechtslage dürfe nicht einseitig und grundlegend zu seinem Nachteil veränderbar sein.¹⁰⁵⁵ Auch der BGH hat in seinen Entscheidungen zum finanzierten Geschäft zum Teil darauf abgestellt, dass es Treu und Glauben widerspreche, das Risiko der (ordnungsgemäßen) Erfüllung des finanzierten Vertrags durch den Verkäufer allein dem Käufer aufzubürden.¹⁰⁵⁶
- 54 Diese Wertung war aber bereits, als es nur um finanzierte Geschäfte ging, angreifbar. So stellt *Gernhuber* zurecht heraus, dass der finanzierte Abzahlungskauf nie Umgehungsgeschäft war, sondern es primär darum ging, neue Methoden der Käuferfinanzierung in einer Zeit, in welcher die Warenverkäufer nicht mehr über ausreichendes Kapital für Kreditverkäufe verfügten, zu entwickeln.¹⁰⁵⁷ Auch mit den Mehrkomponentengeschäften moderner Prägung ist wohl nur selten einmal eine rechtliche Schlechterstellung der Kunden bezweckt. Vielmehr handelt es sich um eine – im

1053 Vgl. zu diesem Aspekt auch *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, § 31 I 3, S. 711; *Grünberger* AcP 218 (2018), 213 (244); *ders.* AcP 219 (2019), 892 (932).

1054 *Grünberger* AcP 219 (2019), 892 (931).

1055 *Larenz*, in: FS Michaelis, 1972, S. 193 (201).

1056 Vgl. so später etwa BGH Urt. v. 20.II.1986 – III ZR 115/85 = NJW 1987, 1813 (1814).

1057 *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, § 31 I 3, S. 711.

Ausgangspunkt begrüßenswerte – Innovation der Wirtschaftspraxis (vgl. bereits § 8 C.). Die fehlende Schlagkraft herkömmlicher Verbraucherschutzinstrumente bei Mehrkomponentengeschäften ist eher ein (dem Anbieter ggfs. nicht einmal bewusstes) Nebenprodukt. Im Lichte dessen betrachtet, darf der beabsichtigte Kundenschutz nicht dazu führen, dass Mehrkomponentengeschäfte wieder aus der Wirtschaftspraxis verdrängt werden. Stattdessen muss es das Ziel sein, zu gewährleisten, dass Mehrkomponentengeschäfte angeboten werden, welche den gegenseitigen Parteipräferenzen besser entsprechen. Es muss also das Ziel der Rechtsfortbildung sein, die Anreize der Anbieter, Ressourcen in die Entwicklung von Produkten, welche darauf ausgerichtet sind, Defizite bei ihren Kunden auszunutzen, zu verringern.

3. Locked-In-Effekt

Zunächst kann zulasten der Abnehmer von Mehrkomponentengeschäften, wie auch die Telekommunikationsrichtlinie 2018/1972/EU (Erwägungsgrund 283) herausstellt, insbesondere ein vertraglicher „Lock-In“-Effekt wirken. Damit ist gemeint, dass die Kunden in besonderem Maße in die Vertragsbeziehungen eingeschlossen sind, was sich darin ausdrückt, dass Anbieterwechsel schwierig oder kostenträchtig sind. Der Effekt rührt daher, dass hier Geschäfte, die sich eigentlich auf einen einmaligen Leistungsaustausch beschränkt hätten, durch die Hinzufügung einer weiteren Komponente künstlich verlängert werden, was die Position des Abnehmers erheblich schwächen kann.¹⁰⁵⁸ Dies gilt zunächst und vor allem für seine objektiv-rechtliche Position. Wenn verschiedene, in einem Paket angebotene Leistungskomponenten unterschiedlichen (privatrechtlichen) Regeln in Bezug auf die Vertragskündigung und den Wechsel unterliegen, sind Abnehmer im Hinblick auf das gesamte Paket oder Teile davon effektiv an der Ausübung der ihnen eingeräumten Rechte auf den Wechsel zu wettbewerbsorientierten Angeboten gehindert.¹⁰⁵⁹ 55

Dies ist auch der Fall, wenn sich die Bedingungen der vertraglichen Bindung unterscheiden. Auf Ebene des BGB liegt das daran, dass das Gesetz, wenn es um Mehrkomponentenprobleme geht, zu wenig ausdifferenziert ist. Insbesondere sind die herkömmlichen verbraucher- und allgemein-vertraglichen Schutzmechanismen – wie aufgezeigt – Mehrkomponentengeschäften nicht gewachsen. Im Lichte dessen, erscheint es zudem fernliegend, dass sich im täglichen Gerichtsgebrauch konsistente Fallgruppen herausbilden. Der Locked-In-Effekt beeinträchtigt aber auch abseits des rechtlich Möglichen das Verhalten der Kunden: So mag er unterbinden, dass Kunden den Anbieter wechseln, obschon sie in einem früheren Stadium der Leis- 56

1058 Vgl. auch Erwägungsgrund 252 des Richtlinienvorschlags über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (COM (2016) 590).

1059 Vgl. Erwägungsgrund 283 der Telekommunikationsrichtlinie 2018/1972/EU.

tungsbeziehung schlechte Erfahrungen machen. Weiterhin kann der Umstand, dass man sich in einer komplexen, langfristigen Geschäftsbeziehung befindet, Kunden daran hindern, im Hinblick auf einzelne Teile eines Leistungsbündels (z.B. die Einrichtung, Wartung und Instandsetzung des von ihm erworbenen Produkts) vertragliche Rechte auszuüben. Im Gegenzug ist die Position der Anbieterseite bei Mehrkomponentengeschäften besonders stark, da ihnen im Störfall besonders effektive Selbsthilfemittel zur Verfügung stehen. So haben sie etwa, wenn mehrere Leistungskomponenten geschuldet sind, mehr Möglichkeiten, um noch ausstehende Leistungen erst einmal zurückzubehalten.¹⁰⁶⁰

4. „Wirtschaftliche“ Intuition und „rechtliche“ Gestaltungsmacht

- 57 Die Kunden von Mehrkomponentengeschäften erscheinen zudem deshalb besonders gefährdet, weil die privatrechtliche Struktur dieser Geschäfte nicht zwingend den wirtschaftlichen Erwartungen entspricht. Insbesondere liegt es nahe, dass die Kunden vom wirtschaftlichen Zusammenhang zwischen den Leistungskomponenten auf das Bestehen eines rechtlichen Zusammenhangs schließen. Dieser Zusammenhang ist aber – wie aufgezeigt – keineswegs zwingend. Vielmehr haben es die Parteien im Ausgangspunkt weitgehend selbst in der Hand, wie sie ein Mehrkomponentengeschäft vertraglich strukturieren: Sie können frei darüber entscheiden, wie sie das Mehrkomponentenrisiko verteilen, also ob sie die wirtschaftliche Verknüpfung zwischen den Leistungskomponenten – etwa im Wege vorformulierter Vertragsbedingungen – in einen rechtlichen Zusammenhang übersetzen. Die „wirtschaftliche“ Betrachtungsweise suggeriert mit anderen Worten eine rechtliche Eindeutigkeit, die so nicht existiert. Dementsprechend können Mehrkomponentengeschäfte kontraintuitiv vertraglich ausgestaltet sein, was zur Folge hat, dass den Kunden der bereits diskutierte Locked-In-Effekt nicht unbedingt bewusst sein wird. Dieser Umstand ist geeignet, einen spezifischen Kundenschutz durch Gerichte zu rechtfertigen. So wurde bereits der privatautonomienegierende Verbraucherschutz beim finanzierten Geschäft damit begründet, dass die Käufer das finanzierte Abzahlungsgeschäft, unabhängig von seiner rechtlichen Ausgestaltung (mehrere Verträge mit unterschiedlichen Vertragsparteien) als Einheit ansehen und diese Auffassung schutzwürdig sei. Dies lässt sich etwa anhand einer Entscheidung des VII. Zivilsenat aus dem Jahr 1960 nachvollziehen. Im entschiedenen Fall ging es um den Umgang mit der damals bei Abzahlungsgeschäften wohl verbreiteten Praktik, die Käufer schon vor der Lieferung der Ware formularmäßige Empfangsbescheinigungen erteilen zu lassen. Im Vertrauen darauf zahlten die Banken schon vor Lieferung der Ware die Darlehenssumme an den Verkäufer aus. Dies wiederum setzte die Käufer dem

1060 Vgl. zu diesem Aspekt Rott GRUR Int. 2018, 1010 (1013 f.).

Risiko aus, unter Umständen das Darlehen zurückzahlen zu müssen, auch wenn sie keine Ware erhalten hatten und erhalten würden.

Der BGH entschied, dass der Anbieter deshalb im Wege einer Aufklärung sicher stellen müsse, dass der Kunde die mit dem besonderen Geschäftsmodell verbundenen Risiken in vollem Umfang realisiert.¹⁰⁶¹ Denn andernfalls komme es verbreitet zu einem „rechtlichen Fehlschluß“ bzw. einem „Rechtsirrtum“, der aus dem engen wirtschaftlichen Zusammenhang zwischen Kauf und Darlehen resultiere.¹⁰⁶² Die These, dass der Fehlschluss sich beim finanzierten Geschäft durch Aufklärung vermeiden lässt, erscheint heute unvertretbar (näher § 16 C. I.). Die Grundwertung des BGH überzeugt aber weiterhin und erscheint verallgemeinerbar.

Die Folge des beschriebenen Fehlschlusses auf Kundenseite lässt sich als Koordinierungsdefizit bezeichnen. Der Begriff soll zum Ausdruck bringen, dass neben echten Regelungslücken auch eine bloße Vagheit im Recht wirtschaftliche Machtkonzentrationen und -missbräuche stützen kann. Denn ihr Fehlschluss auf eine rechtliche Einheit erschwert den Kunden den Preis- und Qualitätsvergleich zwischen verschiedenen Mehrkomponentenangeboten. Vor allem aber hindert er sie daran, sich vertraglich gegenüber dem beschriebenen Locked-In-Effekt abzusichern. Es ist anzunehmen, dass die Anbieter ihre Kunden nicht aktiv über einen möglichen Fehlschluss im Hinblick rechtlicher Ausgestaltung eines Mehrkomponentengeschäfts aufklären. Dies gilt insbesondere, weil (wenn man Reputationsfaktoren einmal außer Betracht lässt, vgl. dazu näher V. 2.) nicht erkennbar ist, welches Interesse sie daran haben sollten.¹⁰⁶³ Das beschriebene Koordinierungsdefizit versetzt die Anbieter aber sogar in die Lage, die tatsächliche rechtliche Ausgestaltung eines Mehrkomponentengeschäfts im Unklaren zu lassen, also selbst keine bewusste Entscheidung im Hinblick auf die Verteilung des Mehrkomponentenrisikos zu treffen. Denn sie können sich angesichts des Koordinierungsdefizits berechnete Hoffnungen machen, dass die Kunden in einem Störfall einer (opportunistischen) rechtlichen ex post-Beurteilung der eingetretenen Situation von ihrer Seite vertrauen werden. Sie

1061 Vgl. BGH Urt. v. 17.11.1960 – VII ZR 56/59 = BGHZ 33, 293 = NJW 1961, 166 (168): Es bestehe die vertragliche Pflicht, die Käufer „im Rahmen des [...] Zumutbaren in wirksamer Weise darüber aufzuklären, welche Risiken sich für die Beklagten [aus der Aufspaltung des Geschäfts in einen Kauf und einen Darlehensvertrag] ergaben [...]“; vgl. auch BGH Urt. v. 20.2.1967 – III ZR 134/65 = BGHZ 47, 207 (211) = NJW 1967, 1022 (1024); BGH Urt. v. 20.2.1967 – III ZR 40/66 = NJW 1967, 1026 (1027); BGH Urt. v. 20.2.1967 – III ZR 260/64 = NJW 1967, 1036; BGH Urt. v. 5.4.1962 – VII ZR 183/60 = NJW 1962, 1100; vgl. zu vorvertraglichen Rücksichtnahmepflichten der finanzierenden Bank auch noch BGH Urt. v. 28.5.1984 – III ZR 63/83 = NJW 1984, 2816 (2817); aus der Literatur kritisch *Dauner-Lieb*, Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher, S. 82 ff., 102; *Gernhuber*, in: FS Larenz, 1973, 455 (460 f.).

1062 BGH Urt. v. 17.11.1960 – VII ZR 56/59 = BGHZ 33, 293 = NJW 1961, 166 (168).

1063 Vgl. *Gabaix/Laibson*, Quarterly Journal of Economics 121 (2006), 505 (insbesondere 506) zu einer Studie, derzufolge Unternehmen sich sogar bewusst dazu entscheiden, ihren Kunden Informationen vorzuenthalten.

dürfen mit anderen Worten also darauf zählen, dass die Kunden sich dann damit abfinden werden (scheinbar) rechtlos gestellt zu sein.¹⁰⁶⁴

5. Verdeckung des Locked-In-Effekts

- 60 Der unter 3. beschriebene Locked-In-Effekt droht schließlich dadurch verdeckt zu werden, dass Kunden Mehrkomponentengeschäfte attraktiver erscheinen als Einkomponenten-Alternativen. Dies liegt daran, dass zusätzliche Leistungskomponenten – etwa Nachbetreuungsleistungen – den Kunden gegenüber oftmals als „kostenlos“ vermarktet werden, auch wenn dies tatsächlich nicht der Fall ist, weil die Zweitkomponente auf Unternehmerseite bereits bei der Kalkulation des Verkaufspreises des Hauptprodukts berücksichtigt worden ist. Zudem wurde beschrieben, wie Kunden mittels eines Mehrkomponentengeschäfts eine Vorfinanzierung der Hauptleistungskomponente vermittelt wird. Hierdurch verlieren die Kunden das Gespür für die eigentlichen wirtschaftlichen Risiken des Geschäfts, da der nachträgliche Kaufkraftentzug schleichend, über eine zum Teil mehrere Jahre dauernde Zeit verteilt, erfolgt.¹⁰⁶⁵
- 61 Die auf Anbieterseite zu beobachtenden Verhaltensmuster legen nahe, dass ein weiterer Wesenszug von Mehrkomponentengeschäften darin besteht, dass sich dieser Geschäftstyp die eingeschränkte Fähigkeit von Menschen, Informationen (bzw. das Fehlen von Informationen) zu verarbeiten, zunutze macht. Es ist inzwischen allgemein anerkannt, dass Menschen nur über begrenzte kognitive Fähigkeiten verfügen und das menschliche Gehirn deshalb regelmäßig unterschiedliche Mechanismen einsetzt, um aufgenommene Informationen effizient zu verarbeiten. Die aus diesem Umstand resultierenden Entscheidungsprozesse sparen zwar Zeit, führen aber auch zu Fehlern, die sich wiederum darin ausdrücken, dass Menschen sich nicht durchgängig rational verhalten.¹⁰⁶⁶ Einige der in der verhaltensökonomischen Literatur diskutierten „Fehler“ sind hier besonders relevant: Zunächst legen Untersuchungen nahe, dass Menschen eine starke Präferenz für eine „sofortige Befriedigung“ haben.¹⁰⁶⁷ Diese Erkenntnis ist auch dazu geeignet, die empirisch beobachtete Trägheit

1064 Vgl. hierzu *Hart/Moore*, *Econometrica* 56 (1988), 755 (756).

1065 Vgl. allgemein *Joisten*, *Mehrkomponentengeschäfte*, S. 322.

1066 Vgl. allgemein *Dharmis/Sunstein*, *Bounded Rationality, passim*, speziell zum verhaltensökonomischen Ausgangsmodell, dem Bayesian rationality approach: S. 23 ff. und allgemein zu Abweichungen davon: S. 109 ff.; s. auch: *Schäfer/Ott*, *Ökonomische Analyse*, S. 621, zu Einschränkungen dieser Erkenntnisse vgl. allerdings *dies.*, a.a.O., S. 622; *Armour/Awrey/Davies/Enriques/Gordon/Mayer/Payne*, *PFR*, S. 206.

1067 Dies beruht wohl darauf, dass bei Entscheidungen, welche die Gegenwart betreffen, ein „schneller“ bzw. „intuitiver“ Entscheidungsprozess zum Einsatz kommt. Denn solche Entscheidungen müssen sehr schnell getroffen werden. Im Gegensatz dazu eignen sich Entscheidungen über weiter in der Zukunft liegende Angelegenheiten eher für eine bewusste Abwägung. Sofern beide Prozesse – der „schnelle“ intuitive und der „langsame“ bewusste – parallel laufen, scheint aber der intuitive Prozess Ergebnisse zu liefern, die den bewussten Prozess übertrumpfen, vgl. zum Ganzen *Kahneman*, *Thinking, Fast and Slow, passim*; *Thaler/Sunstein*, *Nudge*, S. 40 ff.

bzw. das Zögern von Menschen bei individuellen Konsumententscheidungen zu erklären.¹⁰⁶⁸ Weiterhin verschiebt der Einzelne, wenn eine Handlung – einschließlich einer Entscheidung – eine Zeitinvestition erfordert, die damit verbundenen Kosten auf „später“.¹⁰⁶⁹ Im Zweifel entscheidet sich der Einzelne bei komplexen Problemen im Lichte all dessen, was gerne für vorgegebene Standardoptionen.¹⁰⁷⁰ Schließlich scheint das menschliche Nervensystem auch so zu funktionieren, dass unsere Wahrnehmung von Ereignissen unweigerlich durch unsere jüngsten Erfahrungen geprägt ist.¹⁰⁷¹

Es liegt nahe, dass die Attraktivität von Mehrkomponentengeschäften, wie bereits in 62 Teil 4 angedeutet wurde, auch darauf beruht, dass sie sich die angesprochenen irrationalen menschlichen Verhaltensmuster zunutze machen. Insbesondere richtet sich die besondere Struktur von Mehrkomponentengeschäften speziell an kurzfristig agierende Kunden. So suggerieren sie, dass man „alles aus einer Hand“ erhalten könne, ohne sich mühsam an mehrere Anbieter zu wenden, (zu) kostspielige Erwerbe dank einer Vorfinanzierung möglich seien oder man Zusatzleistungen „umsonst“ erhalte, obschon dafür verdeckte Add-On-Preise bezahlt werden. Diese Attribute sprechen die starke Präferenz der Kunden für eine sofortige Bedürfnisbefriedigung an und ihre Angst, bereits erworbene Gegenstände wieder zu verlieren. Im Gegenzug könnten sie dazu geeignet sein, die Kunden dazu zu bewegen, den Locked-In-Effekt (3.) zu ignorieren.

Unternehmen sind heute immer besser dazu in der Lage, die skizzierten Verhaltensabweichungen in das Design neuer Produkte einfließen zu lassen.¹⁰⁷² Ein modern angelegter Mehrkomponentenabnehmerschutz muss deshalb auch darauf ausgerich-

1068 Vgl. dazu *Dhami/Sunstein*, *Bounded Rationality*, S. 385 ff.; s. auch *Armour/Awrey/Davies/Enriques/Gordon/Mayer/Payne*, in: PFR, S. 210.

1069 Denn die Kosten, die heute zu zahlen sind, empfinden Menschen augenscheinlich als viel höher als Kosten, die morgen anfallen. Am darauffolgenden Tag wird derselbe gedankliche Prozess dann wiederholt. In der Folge werden die Kosten wieder auf einen anderen Tag verschoben. Wenn ein Problem komplex ist, kommt hinzu, dass die Entscheidung darüber aufgrund der notwendigen Vorlaufkosten aufgeschoben wird, vgl. dazu *Dhami/Sunstein*, *Bounded Rationality*, S. 388 f.

1070 *Armour/Awrey/Davies/Enriques/Gordon/Mayer/Payne*, in: PFR, S. 210.

1071 Dies drückt sich auf experimenteller Ebene insbesondere darin aus, dass Menschen sich mehr darum zu sorgen scheinen, etwas zu verlieren, als sie bereits haben, als etwas zu gewinnen, das ihnen noch nicht gehört, vgl. *Kahneman/Tversky*, *American Psychologist* 39 (1984), 341 (348 f.); *Thaler*, *Journal of Economic Behavior and Organization* 1 (1980), 39 (43 ff.); *Thaler/Sunstein*, *Nudge*, S. 35 f.; vgl. hierzu auch *Armour/Awrey/Davies/Enriques/Gordon/Mayer/Payne*, in: PFR, S. 210; *Hacker*, *Verhaltensökonomik und Normativität*, S. 79 ff.

1072 Insbesondere im Hinblick auf komplexe Finanzdienstleistungen, die sich an Verbraucher richten, gibt es Untersuchungen, die nahelegen, dass die Unternehmen diese Produkte in einer Weise zu strukturieren versuchen, welche sich die referierten Verhaltens„fehler“ zunutze macht, vgl. ausführlich *Armour/Awrey/Davies/Enriques/Gordon/Mayer/Payne*, in: PFR, S. 207 ff.; *Célérier/Vallée*, *Quarterly Journal of Economics* 132 (2017), 1469 ff.; *Schäfer/Ott*, *Ökonomische Analyse*, S. 621 sprechen insofern von der „Ausbeutungstheorie“. Die entsprechenden Praktiken beschränken sich aber nicht auf den Bereich der Finanzdienstleistungen, vgl. *Gabaix/Laibson*, *Quarterly Journal of Economics* 121 (2006), 505 m.w.N.

tet sein, die aufgezeigte Gefahr manipulativer und auf die Ausnutzung heuristischer Schwächen zielender Entscheidungsarchitekturen zu kontrollieren.¹⁰⁷³

V. Absicherung des gefundenen Ergebnisses

- 64 Das Plädoyer für gerichtliche Kontrollmöglichkeiten von Mehrkomponentengeschäften zwischen Unternehmern und Verbrauchern lässt sich in zweierlei Hinsicht absichern: Zunächst, indem die §§ 358 ff. BGB im Lichte eines Gebots der rechtlichen Gleichbehandlung untersucht werden (1.) und zusätzlich mittels der ökonomischen Theorie des Verbraucherschutzes (2.).

1. Gebot der rechtlichen Gleichbehandlung

- 65 Für die Gewährleistung gerichtlicher Eingriffsmöglichkeiten spricht ergänzend der Umstand, dass der Gesetzgeber in den §§ 358 ff. BGB die Wertung getroffen hat, die Privatautonomie im Hinblick auf eine spezifische Form wirtschaftlicher Vertragsverknüpfungen mit Verbrauchern auf Kundenseite im Interesse des Verbraucherschutzes die Privatautonomie einzuschränken. In der damit einhergehenden Außerachtlassung anderer Verbrauchermehrkomponentengeschäfte ist eine auf Ebene der Rechtsanwendung korrekturbedürftige Ungleichbehandlung gleichartiger Geschäfte zu sehen. Rechtsmethodisch würde man einer solchen Ungleichbehandlung herkömmlich durch eine Rechtsfortbildung im Wege der Analogie Rechnung tragen. Hier wurde aber die Auffassung vertreten, dass die §§ 358 ff., 506 BGB, sofern man den Willen des europäischen und des deutschen Gesetzgebers, den Wortlaut, die Gesetzessystematik und den Regelungszweck, das Widerrufsrecht abzusichern, berücksichtigt, nicht analogiefähig sind (§ 15 A. III.). Dies schließt es aber nicht aus, die den Regelungen zugrundeliegenden Wertungen als Blaupause für die Auslegung der Generalklauseln des BGB heranzuziehen. Insbesondere bringt der Umstand, dass die §§ 358 ff. BGB zwingendes Recht sind (§ 361 Abs. 2 BGB) zum Ausdruck, dass Verbraucher nach Einschätzung des (europäischen) Gesetzgebers keine freie Wahl haben, ob sie die Leistungs- und die Finanzierungskomponente in einem Vertrag oder in zwei voneinander separaten Verträgen regeln möchten. Schließlich legt § 361 Abs. 2 BGB nahe, dass der Gesetzgeber augenscheinlich auch nicht davon ausgegangen ist, dass die Unternehmen von selbst faire Vertragsregelungen entwerfen werden, also im Eigeninteresse bereit sind, einen Teil des Mehrkomponentenrisikos zu übernehmen, etwa weil sie denken, dass anspruchsvolle Verbraucher andernfalls vom Geschäft Abstand nehmen oder geringere Preise zahlen.

1073 So auch Schäfer/Ott, *Ökonomische Analyse*, S. 621; Schweitzer AcP 220 (2020), 544 (554); ausführlich zum Verhältnis zwischen empirisch festgestellter beschränkter Rationalität und normativer Rechtfertigung von Eingriffen: Hacker, *Verhaltensökonomik und Normativität*, S. 206 ff.

2. Ökonomische Theorie des Verbraucherschutzes

a. Das Effizienzkriterium der Wohlfahrtsökonomik

Bestätigt wird das vorstehende Ergebnis auch aus dem Blickwinkel einer ökonomischen Theorie des Verbraucherschutzes. Normativen ökonomischen Analysen wird herkömmlich das Kriterium einer gesamtwirtschaftlichen (Allokations-)Effizienz zugrunde gelegt.¹⁰⁷⁴ Dabei ist das Ziel, gesellschaftliche Institutionen – also etwa auch das dispositive Gesetzesrecht bzw. Verträge – in einer Weise auszugestalten, dass der gesamtgesellschaftliche Wohlstand gemehrt – bzw. im Optimalfall – maximiert bzw. eine Ressourcenverschwendung vermieden wird.¹⁰⁷⁵ Für das Wohlfahrtsoptimum gibt es unterschiedlich definierte Bemessungskriterien.¹⁰⁷⁶ Im Lichte des Kriteriums der Pareto-Effizienz¹⁰⁷⁷ dominiert ein individualistischer ökonomischer Ansatz. Danach sind Güter auf einem Tauschmarkt optimal verteilt, wenn sie bei demjenigen eingesetzt werden, bei dem sie am meisten Nutzen bringen. Eine Rechtsgestaltung ist demnach Pareto-effizient, sofern mindestens ein Gesellschaftsmitglied durch sie einen Nutzenzuwachs und kein anderes Mitglied eine Nutzenminderung hat. Das Pareto-Optimum ist erreicht, sofern kein Akteur mehr bessergestellt werden kann, ohne dass ein anderer schlechter gestellt würde.¹⁰⁷⁸ Eine vertragliche Vereinbarung ist dementsprechend als Pareto-effizient zu bewerten, sofern keine andere Verfassung existiert, welche die Beteiligten vorziehen würden.¹⁰⁷⁹

Auf der Grundlage dieses Referenzsystems ist ein externer richterlicher Eingriff in die Mehrkomponentengeschäften zugrunde liegenden vertraglichen Vereinbarungen nicht schon dann zu befürworten, wenn dadurch die rechtliche Position der Kunden maximiert wird. Die Effizienz-Kriterien stehen unterschiedlichen Möglichkeiten der Güterverteilung (Allokation) vielmehr weitgehend neutral gegenüber.¹⁰⁸⁰ Ziel des

1074 Towfigh, in: Towfigh/Petersen, *Ökonomische Methoden*, § 2 Rn. 87; vgl. auch Siebler, *Internationalisierung der Rechnungslegung*, S. 88.

1075 Towfigh, in: Towfigh/Petersen, *Ökonomische Methoden*, § 2 Rn. 87; Lieth, *Die ökonomische Analyse*, S. 44.

1076 Namentlich das auf Vilfredo Pareto sowie das auf Nicholas Kaldor und John Hicks zurückgehende Effizienzkriterium. Das zweitgenannte Kriterium ist dabei eine Fortentwicklung des erstgenannten unter Berücksichtigung seiner Schwächen. Beide Kriterien können deshalb vergleichbare Schlüsse nahelegen, vgl. zum Ganzen grundlegend aus rechtsökonomischer Sicht Towfigh, in: Towfigh/Petersen, *Ökonomische Methoden*, § 2 Rn. 92 ff.; Becht/Bolton/Röell, in: *Handbook of the Economics of Finance*, S. 1 (14).

1077 Zurückgehend auf Vilfredo Pareto, *Manuel d'Économie Politique*, 1909, Kap. VI, Nr. 33 sowie Appendice, N° 88, 89; s. dazu Towfigh, in: Towfigh/Petersen, *Ökonomische Methoden*, § 2 Rn. 89.

1078 Vgl. Towfigh, in: Towfigh/Petersen, *Ökonomische Methoden*, § 2 Rn. 89 ff.; s. zum Ganzen auch Lieth, *Die ökonomische Analyse*, S. 45.

1079 Becht/Bolton/Röell, in: *Handbook of the Economics of Finance*, S. 1 (14).

1080 S. Towfigh, in: Towfigh/Petersen, *Ökonomische Methoden*, § 2 Rn. 87, 88: Die „gerechte Verteilung“ der Güter, die den Juristen oftmals in erster Linie umtreibe, sei für den Ökonomen völlig belanglos, solange und soweit eine andere Güterallokation keine höhere Effizienz zur Folge habe. Vgl. auch Schmolke, in: Towfigh/Petersen, *Ökonomische Methoden*, § 5 Rn. 323. Insbesondere wird dabei berücksichtigt,

Eingriffs in die vertraglich vorgenommene Risikozuordnung muss es stattdessen sein, den Gesamtnutzen des Abnehmers zu maximieren. Dies hängt vom Produktpreis, von der Qualität der angebotenen Ware und von der Qualität der rechtlichen Eingriffe ab. Es ist damit Aufgabe der Rechtsprechung bzw. der Gesetzgebung mittels Vertragsergänzungen oder -korrekturen den vollständigen Vertrag zu „rekonstruieren“.¹⁰⁸¹ In der konkreten Entscheidungssituation hat der Richter demnach „Ob“ und „Wie“ seines Eingreifens danach auszurichten, welche Regelung die Vertragsparteien bei rationalem Verhalten unter den Bedingungen eines fairen und vollständigen Vertrags selbst als die für beide Seiten kostengünstigste und damit auch gesamtgesellschaftlich effizienteste Regelung getroffen haben würden.¹⁰⁸²

b. Gedanke einer effizienten Risikozuweisung

- 68 Hieraus lässt sich ein (lückenhaftes und grobes¹⁰⁸³) analytisches Gerüst ableiten. Der ökonomischen Vertragstheorie zufolge sind notwendigerweise alle Verträge – aus unterschiedlichen Gründen – unvollständig.¹⁰⁸⁴ Weiterhin wird unterstellt, dass jeder Vertragsschluss, da sich Verträge auf unsichere, künftige Ereignisse beziehen, notwendigerweise Risiken birgt und daher zwangsläufig Elemente der Risikoverteilung enthält.¹⁰⁸⁵ Insofern würden bei einem (hypothetischen) vollständigen Vertrag Risiken demjenigen zugeordnet, der sie am besten vermeiden kann bzw., wenn sie unvermeidbar sind, der Person, die sie am besten versichern kann.¹⁰⁸⁶ Unter ökonomischen Gesichtspunkten ist es empfehlenswert, das Risiko einer Störung im Rahmen der Vertragsabwicklung bei einem (notwendigerweise) unvollständigen Vertrag derjenigen Vertragspartei zuzuordnen, welche mit dem geringsten Aufwand risikomindernde Maßnahmen durchführen kann.¹⁰⁸⁷ Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass die Vertragsparteien bei rationalem Verhalten ihren gemeinsamen Nutzen aus dem

dass jede rechtliche Besserstellung des Verbrauchers im Falle von Leistungsstörungen die Kosten aller Hersteller und damit in einem Konkurrenzmarkt den Preis der angebotenen Waren erhöht (*Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse, S. 618 im Hinblick auf die Inhaltskontrolle von AGB). Schlussendlich muss dann der Verbraucher, oder allgemeiner: die aus Sicht des Gesetzgebers von der Regelung profitierende Partei, die Kosten der rechtlichen Intervention selbst tragen. Eine Umverteilung zwischen Unternehmer und Verbraucher fände in diesen Fällen überhaupt nicht statt (*Schmolke*, in: *Towfigh/Petersen*, Ökonomische Methoden, § 5 Rn. 324, vgl. auch Rn. 325).

1081 *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse, S. 518.

1082 *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse, S. 518.

1083 Vgl. zu seinen Grenzen auch *Posner/Rosenfield*, *Journal of Legal Studies* 6 (1977), 83 (117 f.).

1084 Vgl. nur *Williamson*, *Journal of Law & Economics* 22 (1979), 233 ff.; *Hart/Moore*, *Econometrica* 56 (1988), 755 ff.; sowie *Bolton/Faure-Grimaud*, *Review of Economic Studies* 77 (2010), 937 (938 ff.); *Coates*, *Harvard Discussion Paper* 729, S. 6.

1085 Vgl. grundlegend *Arrow*, *Journal of Risk and Uncertainty* 12 (1996), 103; s. auch *Coates*, *Harvard Discussion Paper* 729, S. 1.

1086 Vgl. *Schmolke*, in: *Towfigh/Petersen*, Ökonomische Methoden, § 5 Rn. 324 am Beispiel der kaufrechtlichen Mängelhaftung.

1087 Vgl. grundlegend *Posner/Rosenfield*, *Journal of Legal Studies* 6 (1977), 83 ff.; den Gedanken aufgreifend etwa *Finkenauer*, in: *MüKo-BGB*, § 313 Rn. 69; *Henssler*, *Risiko als Vertragsgegenstand*, S. 11, 122 f.

Vertrag dadurch vergrößern würden, dass jeweils derjenige ein spezifisches Risiko übernimmt, der es mit dem geringsten (Kosten-)Aufwand vermeiden kann (superior risk bearer).¹⁰⁸⁸ Sofern der Eintritt eines Risiko sich – unter Beachtung der dafür aufzuwendenden Kosten – nicht vermeiden lässt, sollte nach ökonomischer Analyse derjenigen Partei ein daraus resultierender Schaden auferlegt werden, die ihn besser (d.h. mit geringeren Kosten) zu tragen in der Lage ist.¹⁰⁸⁹ Insofern ist darauf abzustellen, wer die Fähigkeit hat, planwidrige Entwicklungen und ihr Ausmaß frühzeitig zu erkennen. Bei menschlich nicht vorhersehbaren Risiken soll es auf diejenige Partei ankommen, die sich gegen den bevorstehenden Schaden mit der geringsten Versicherungsprämie versichern oder das Schadensrisiko besser intern verteilen, d.h. streuen, kann.¹⁰⁹⁰

Beim Mehrkomponentengeschäft vermögen die Leistungsanbieter Störungen, die aus der eigenen Sphäre stammen, unmittelbar zu beeinflussen. Gegenüber Störungen aus der Sphäre eines Co-Anbieters werden sie sich, zumindest wenn mehrere Anbieter gezielt ein Leistungsbündel vertreiben, typischerweise jedenfalls mit weit geringerem Aufwand absichern können, als der Kunde. Denn die Anbieter setzen die einzelnen Leistungskomponenten nicht erst in ihrem internen Rechtskreis zu einer funktionalen Einheit zusammen. Vielmehr sind sie in einen Mehrkomponentenvertrieb eingebunden und haben umfassenden Einblick in die Störungsrisiken. Dies macht sie tendenziell zum cheapest insurer.¹⁰⁹¹ Angesichts dessen ist es bei einer Sphärenbetrachtung gerechtfertigt, das Mehrkomponentenrisiko den Anbietern zuzuweisen und damit eine vom gesetzlichen Regelfall bei regulären Absatzgeschäften abweichende Risikozuweisung zu befürworten. Schlussendlich ergibt sich so eine reizvolle Lösung: Die einzelnen Leistungsanbieter sind zwar weiterhin in der Lage, wirtschaftlich von den Vorteilen zu profitieren, welche ihre Spezialisierung mit sich bringt, müssen jedoch für den Fall von Störungen bei einzelnen Fremdleistungskomponenten eine über das Institut des Finalnexus vermittelte Versicherungslösung eingehen.

c. Ökonomische Rechtfertigung richterlicher Eingriffe

Schließlich vermag auch die ökonomische Theorie des Verbraucherschutzes auf Konkurrenzmärkten einen Rechtfertigungsansatz für externe Eingriffe in Verbrauchermehrkomponentengeschäfte zu vermitteln.

1088 Posner/Rosenfield, *Journal of Legal Studies* 6 (1977), 83 (90).

1089 Posner/Rosenfield, *Journal of Legal Studies* 6 (1977), 83 (90).

1090 Posner/Rosenfield, *Journal of Legal Studies* 6 (1977), 83 (90).

1091 Ähnliche Überlegungen klingen bei Maultzsch/Czarnecki ZEuP 2016, 832 (849) im Hinblick auf die von ihnen behandelten reiserechtlichen Bausteingeschäfte an.

aa. Aufwand für ein Mehrkomponentengeschäft

- 71 Der Aufwand für den Erhalt der Leistungskomponenten eines Mehrkomponentengeschäfts setzt sich aus deren Marktpreis zuzüglich seiner Informationskosten zusammen. Ein an der Nutzenmaximierung orientierter Nachfrager muss versuchen, sich die verschiedenen denkbaren, aus der wirtschaftlichen Verknüpfung resultierenden Risiken (die Mehrkomponentenrisiken) zu vergegenwärtigen. Daran anschließend muss er Überlegungen dazu anstellen, mit welcher Wahrscheinlichkeit sie sich verwirklichen und wie hoch der in diesem Fall zu erwartende Schaden ist. Die daraus errechneten Erwartungswerte, der ihm vertraglich zugeordneten Risiken, müsste er anschließend zu dem zu zahlenden Marktpreis addieren. Auf dieser Grundlage müsste er schließlich den Mehrkomponentenanbieter auswählen, bei dem der errechnete Gesamtbetrag am niedrigsten ist.¹⁰⁹²

bb. Bedeutungsgehalt informeller (Reputations-)Mechanismen

- 72 Infolge der aufgezeigten Abläufe sollte theoretisch ein Wettbewerb einsetzen, der aus ökonomischer Sicht „schlechte“ Angebote vom Markt verdrängt. Dabei gilt, dass bereits informelle Mechanismen, wie Reputation, dazu geeignet sein können, opportunistisches Verhalten auf Anbieterseite einzuschränken.¹⁰⁹³ Reputation fungiert als ein Band zwischen Vertragsparteien, das verloren geht, sofern eine Partei etwa eine Lieferung in schlechter Qualität erhalten hat oder sich übervorteilt sieht. Wären Informationsasymmetrien die einzige Besonderheit von Mehrkomponentengeschäften, müsste man davon ausgehen, dass rational agierende Kunden sich dem verschleiernenden Verhalten der Unternehmen und ihrer unterlegenen Lage bewusst würden und nicht dazu bereit wären, derartige Geschäfte einzugehen.¹⁰⁹⁴ Von Anbietern, die auf einem Wettbewerbsmarkt um die Gunst der Kunden werben, könnte man sodann erwarten, dass sie freiwillig Maßnahmen ergreifen, um etwaige Bedenken der Kunden im Hinblick auf ihre rechtliche Lage zu zerstreuen.¹⁰⁹⁵ So können die Möglichkeit eines Reputationsverlusts und eines damit einhergehenden Verlusts künftiger Einnahmen an andere, konkurrierende Anbieter von Mehrkomponentengeschäften etwa einen Anreiz darstellen, um die Kunden über ihre Vertragspositionen aufzuklären, also rechtliche Unsicherheiten zu beseitigen.
- 73 Alternativ können sie die Anbieter dazu bewegen, im Falle mangelhafter Leistungen eine kooperative Problemlösung anzustreben bzw. sich ex post auf Neuverhandlung

1092 Vgl. Schäfer/Ott, *Ökonomische Analyse*, S. 619.

1093 Awrey, *Yale J on Reg* 36 (2019), 495 (501).

1094 Vgl. Gabaix/Laibson, *Quarterly Journal of Economics* 121 (2006), 505 (507).

1095 Vgl. Armour/Awrey/Davies/Enriques/Gordon/Mayer/Payne, in: PFR, S. 209; Ben-Shahar/Schneider, *UPenn Law Review* 159 (2011), 647 (730); Gabaix/Laibson, *Quarterly Journal of Economics* 121 (2006), 505 (507).

gen mit den Kunden einzulassen.¹⁰⁹⁶ Aus ökonomischer Sicht wären diese informellen Mechanismen einem externen Eingriff in Mehrkomponentengeschäfte grundsätzlich vorzuziehen. Denn der Eingriff kann hier nur auf den Finalnexus, also einen weit gefassten Standard gestützt werden. Die Konkretisierung dieses Standards für die hier in Rede stehenden Zwecke ist extrem kostspielig und langwierig. Ganz abgesehen davon, ist es derzeit unvorhersehbar, ob es überhaupt dazu kommt. Demgegenüber wirkt der aufgezeigte Reputationsmechanismus flexibler und garantiert eine Vertragslückenschließung, bei der immer wieder neue Informationen verarbeitet werden.¹⁰⁹⁷ Ein externer Eingriff erscheint unter diesen Umständen nur dann sinnvoll, sofern er das Problem der Informationsasymmetrie besser lösen kann, etwa weil er geringere Kosten für die Kunden nach sich zieht.¹⁰⁹⁸

cc. Fehlende Wirkungskraft informeller Mechanismen

Hier ist jedoch davon auszugehen, dass ein rational agierender Konsument den 74 beschriebenen Suchvorgang angesichts der damit verbundenen hohen Informationskosten schon gar nicht durchführen wird. Die im Raum stehenden Informationskosten sind bei den hier untersuchten Geschäften deutlich höher als bei „regulären“ Verbraucherverträgen, da der Kunde hier mehrere Komponenten, die ggfs. von unterschiedlichen Anbietern stammen, überprüfen müsste. Zudem wird die Ermittlung des realen Marktpreises aufgrund der anbieterseits stattfindenden Quersubventionierungen erheblich erschwert. Ganz allgemein hängt die Stärke eines Reputationsmechanismus darüber hinaus von den künftigen Einnahmen ab, die eine Partei aus einer Vertragsbeziehung erwarten kann. Insofern die wirtschaftliche Bedeutung der Einzelbeziehung niedrig ist, sinkt auch die Wahrscheinlichkeit, dass der Reputationsmechanismus die Parteien zu einer kooperativen Problemlösung und Neuverhandlungen animiert bzw. dazu, auf opportunistisches Verhalten zu verzichten.¹⁰⁹⁹ Insofern Mehrkomponentengeschäfte nicht-individualisierte Massengeschäfte sind, wirkt die Drohung eines Abnehmers, bei einem unkooperativen oder opportunistischen Verhalten nicht erneut mit der Gegenpartei zu kontrahieren, demnach kaum. Deshalb ist zu vermuten, dass sich ohne externe Eingriffe etwas entwickeln würde, was – in Anknüpfung an *Akerlof* – als „Markt für Zitronen“ bezeichnet wird.¹¹⁰⁰ Die Anbieter haben Anreize, das spezifische Mehrkomponentenrisiko, welches sich aus der „wirtschaftlichen Verknüpfung“ von Leistungskomponenten ergibt, zu ihren Gunsten zu verlagern, da sie hierdurch Kosten aus Leistungsstörungen einsparen

1096 *Awrey*, Yale J on Reg 36 (2019), 495 (501); vgl. hierzu auch *Bolton/Faure-Grimaud*, Review of Economic Studies 77 (2010), 937 (939); *Gabaix/Laibson*, Quarterly Journal of Economics 121 (2006), 505 (507).

1097 *Awrey*, Yale J on Reg 36 (2019), 495 (501).

1098 Vgl. *Armour/Awrey/Davies/Enriques/Gordon/Mayer/Payne*, in: PFR, S. 209.

1099 *Awrey*, Yale J on Reg 36 (2019), 495 (501).

1100 Vgl. *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse, S. 619.

und in der Folge ihre Gewinne erhöhen. Aufgrund der hohen Informationskosten brauchen sie nicht zu fürchten, dass es deshalb zu einer Abwanderung von Kunden kommt, „Qualitätsverschlechterer“ werden m.a.W. nicht sanktioniert.¹¹⁰¹ Denn den Abnehmern bleibt aufgrund ihres rationalen Verzichts auf Suchvorgänge unbekannt, inwiefern Konkurrenzanbieter eine für sie vorteilhaftere Risikoverteilung (z.B. eine dem Vorbild der §§ 358 ff. BGB nachgebildete Verteilung), also (gleiche Marktpreise vorausgesetzt) ein besseres Preis-Leistungs-Verhältnis anbieten.¹¹⁰²

dd. Bedarf für einen externen Eingriff

- 75 Sofern kein richterlicher Eingriff in die Privatautonomie erfolgt, würde von diesem Missstand über kurz oder lang eine Anreizwirkung für weitere Anbieter von Mehrkomponentengeschäften ausgehen. Die geschäftliche Praxis würde sich damit immer weiter vom Modell des vollständigen Vertrags entfernen. Zwar gingen damit auf einem Konkurrenzmarkt zugleich Preissenkungen einher. Dieser Vorteil wird aus Kundensicht jedoch überwogen durch die Belastung mit hohen Risiken, die bei einem vollständigen Vertrag die andere Seite übernommen hätte. Demgegenüber ist der aus dem geschilderten Mechanismus der Qualitätsverschlechterung resultierende Zusatzgewinn der Anbieter nur temporär, da sich der Wettbewerbsmarkt – der ökonomischen Theorie nach – hin zu einem Gleichgewicht entwickelt, bei dem der Preis wieder ihren Kosten entspricht.¹¹⁰³ Demgemäß ist es (auch) aus ökonomischer Sicht gerechtfertigt, eine Qualitätsverschlechterung von Mehrkomponentengeschäften unter die Risikozuordnungen des vollständigen Markts mittels externer Eingriffe in die Privatautonomie zu verhindern.

D. Wie sollen Gerichte auf Mehrkomponentengeschäfte reagieren?

- 76 Die Untersuchung beantwortet die Frage, mit welcher Ausrichtung die Privatautonomie hier einzuschränken ist, dahin, dass unmittelbare richterliche Eingriffe in die vertraglichen Grundlagen von Verbrauchermehrkomponentengeschäften zulässig sein müssen, in deren Rahmen auf einen zwischen den Leistungskomponenten bestehenden Finalnexus verwiesen und so die „Spaltung“ der wirtschaftlichen Einheit im Angesicht der Leistungsstörung bei einer Leistungskomponente überwunden wird. Damit spricht sich die Untersuchung zugleich gegen einen bloß

1101 Die ökonomische Theorie spricht insofern von einer hohen Opportunismusprämie, der eine niedrige Vertrauensprämie entspricht, vgl. Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse, S. 620.

1102 Vgl. Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse, S. 619 zur ökonomischen Rechtfertigung einer AGB-Kontrolle: „Selbst derjenige Käufer, der aktuell von einem Risiko betroffen ist und einen Schaden erleidet, wird möglicherweise wieder beim gleichen Anbieter kaufen, weil er nicht weiß, ob andere Verkäufer ihm nicht noch schlechtere AGB auferlegen.“

1103 Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse, S. 620.

ermöglichenden Verbraucherschutz aus, der sich darauf beschränken würde, mittels der Herausarbeitung durch das Schadensersatzrecht abgesicherter, vorvertraglicher Informationspflichten zu gewährleisten, dass die Abnehmer über die spezifischen Problemlagen von Mehrkomponentengeschäften informiert werden.

I. Abgrenzung zweier Eingriffsmodelle

Der gedankliche Ausgangspunkt ist dabei, dass die These von der grundsätzlichen „Richtigkeitsgewähr“ vertraglicher Vereinbarungen (C. I.) für die Diskussion um die Zulässigkeit von Interventionen in geschlossene Verträge eine weitere kritikwürdige Implikation hat. Wie aufgezeigt, beruht die These zentral auf der Annahme eines Idealbilds vom Vertrag, nämlich darauf, dass dieser durch die Parteien frei ausgehandelt werde. In der Folge erscheint es zugleich als primäres oder sogar einziges Ziel von Außeninterventionen, diesen Akt des Zusammenwirkens zu gewährleisten. Dieses Ziel ist dann sowohl rechtspolitische Richtschnur als auch Leitstern der Gerichte, etwa beim Umgang mit gesetzlichen Generalklauseln. Interventionen dienen danach dazu, eine als schwächer erkannte Partei zu ermächtigen, sich trotz der anfänglichen Übermacht ihrer Gegenpartei ihr vorteilhafte private Ansprüche zu verschaffen, zu deren Durchsetzung ihr wiederum das Recht verhelfen kann. Es geht also um die Absicherung des Gebrauchs vertraglicher Gestaltungsmächte bzw. von Willensverwirklichung oder Aktivität. Konkret umgesetzt werden kann dies bekanntlich mittels eines hier „Informationsmodell“¹¹⁰⁴ genannten Eingriffs. Bei Mehrkomponentengeschäften könnten sich die Aufklärungsobliegenheiten bei Applikation eines solchen Modells auf die spezifischen Aufspaltungsrisiken konzentrieren. Die Gefahren, welche den Einzelverträgen aus Kundensicht ohnehin – unabhängig von der wirtschaftlichen Verbundenheit – innewohnen, müssten hingegen nicht gesondert adressiert werden. Denn eine Aufklärung kann der Abnehmer insofern ebenso wenig erwarten, wenn der Anbieter der störungsfreien Leistungskomponente für den Kunden erkennbar weder unmittelbar noch mittelbar in die gestörte Leistungsbeziehung einbezogen worden ist. Darauf, ob der Abnehmer die beiden Komponenten selbst „intern“ wirtschaftlich verknüpft haben mag, käme es bei einem Informationsmodell nicht an. Dies zeigt das für das Abzahlungsgeschäft entwickelte Informationsmodell des BGH, in dessen Rahmen es der Bank nicht

1104 Vgl. zum Begriff etwa *Hofer*, in: HKK-BGB, vor § 241 Rn. 5; *Meller-Hannich*, Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht, S. 258 ff.; *Henßler*, Risiko als Vertragsgegenstand, S. 172; *Grundmann* JZ 2000, 1133 ff.; vgl. zum Unternehmenskauf auch *Huber* AcP 202 (2002), 179 (218); ausführlich dazu *Hacker*, Verhaltensökonomik und Normativität, S. 395 ff.; aus dem internationalen Schrifttum dazu etwa *Ben-Shahar/Schneider*, UPenn Law Review 159 (2011), 647 (681); *Hacker*, Verhaltensökonomik und Normativität, S. 401 ff.; sowie *Armour/Awrey/Davies/Enriques/Gordon/Mayer/Payne*, in: PFR, S. 256 zur Regulierung von Finanzdienstleistungen; aus europarechtlicher Perspektive *Grundmann* JZ 2000, 1133 ff.

obliegen sollte, allgemein über Risiken bei der beabsichtigten Verwendung des Darlehens aufzuklären.¹¹⁰⁵

- 78 Vom Umfang her wären die den Anbieter bei Etablierung eines mehrkomponentenspezifischen Informationsmodells treffenden Aufklärungsobliegenheiten so weit zu ziehen, dass sichergestellt ist, dass der Abnehmer die Verbindungsrisiken voll realisiert hat. Insofern ist ein subjektiver Maßstab anzulegen: Kann der Anbieter dem Verhalten des Abnehmers entnehmen, dass dieser infolge seiner unzureichenden Geschäftserfahrung die Gefährlichkeit des eingegangenen Geschäfts nicht realisiert, so müssen die Aufklärungsbemühungen intensiviert werden. Demnach könnte es der Anbieter nicht bei einer formularmäßigen Aufklärung belassen. Auch allgemein beschränken sich Informationsmodelle nicht auf die bloße Kommunikation der aus Sicht der schutzbedürftigen Partei notwendigen Informationen. Ihr Ziel ist es vielmehr, sicherzustellen, dass die Partei die für sie notwendigen Informationen auch tatsächlich versteht, also tatsächlich aufgeklärt wird.¹¹⁰⁶ Um dies zu gewährleisten, müsste die Aufklärungsobliegenheit schließlich mittels einer (verschuldensabhängigen) Haftung abgesichert werden. In Deutschland käme als Anspruchsgrundlage dabei §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB in Betracht.
- 79 Dem Informationsmodell lassen sich Beschränkungen der Privatautonomie gegenüberstellen, die – negativ gewendet – als eindeutige „Bevormundungen“ des Individuums zu erkennen sind. Bei dieser zweiten Gruppe steht der am Gedanken der Vertragsgerechtigkeit bzw. am Fürsorgegedanken ausgerichtete Schutz Schwächerer durch den Staat im Mittelpunkt. Es wird angestrebt, im Verhältnis der Vertragsparteien eine konkrete, wechselseitige Gerechtigkeit zu gewährleisten. Die schwächere Partei wird hier deshalb gerade nicht dadurch geschützt, dass sie dazu in die Lage versetzt wird, die mit dem Vertragsschluss verbundenen Gefahren selbständig zu erkennen und Vorsorge zu treffen. Stattdessen wird dem in seiner Hilflosigkeit Belassenen im Nachhinein behütend unter die Arme gegriffen, indem seine „schlechte“ Wahlentscheidung entweder ausgeschlossen oder rückgängig gemacht wird.¹¹⁰⁷ In gewisser Hinsicht werden vertragliche Strukturen beim Eingriffsmodell also wie physische Produkte behandelt, denen Sicherheitsbestimmungen übergestülpt werden können.¹¹⁰⁸ Der dadurch gewährleistete Schutz verstärkt sich mit der Zeit infolge von Informations- und Reputationseffekten. Der Markt beginnt den drohenden

1105 Vgl. BGH Urt. v. 29.5.1978 – II ZR 173/77 = NJW 1978, 2547; BGH Urt. v. 17.5.1979 – III ZR 118/77 = NJW 1979, 2092 (2093); BGH Urt. v. 13.11.1980 – III ZR 96/79 = NJW 1981, 389 (391); BGH Urt. v. 25.4.1985 – III ZR 27/84 = ZIP 1985, 667 (669) = BeckRS 1985, 31070172; BGH Urt. v. 18.4.1988 – II ZR 251/87 = NJW-RR 1988, 1071 (1072); zu derartigen Sachverhaltskonstellationen auch *Henssler*, Risiko als Vertragsgegenstand, S. 174.

1106 Vgl. allgemein *Armour/Awrey/Davies/Enriques/Gordon/Mayer/Payne*, in: PFR, S. 256.

1107 Vgl. *Armour/Awrey/Davies/Enriques/Gordon/Mayer/Payne*, in: PFR, S. 219.

1108 Vgl. zu diesem Vergleich *Armour/Awrey/Davies/Enriques/Gordon/Mayer/Payne*, in: PFR, S. 219.

Eingriff zu antizipieren und in der Folge damit, die Kunden selbst abzusichern. Es lassen sich eine ganze Reihe von gesetzlichen Regelungen anführen, in denen das skizzierte Modell verwirklicht ist. Sie könnten – jedenfalls im Ausgangspunkt – auch hier als regulatorisches Vorbild dienen.¹¹⁰⁹ Von der Warte eines primär präventiven bzw. „ermöglichenden“ Kundenschatzes“ aus betrachtet, ist einem solchen, zuvorderst repressiv ausgerichteter Kundenschatz seine fehlende Erforderlichkeit entgegenzuhalten. Denn danach hat der Kunde das Mehrkomponentenrisiko angesichts seiner Aufklärung darüber ex ante bewusst übernommen. Der Einwand lautet dann mit anderen Worten, dass der Kunde es in der Hand gehabt hätte, sich auf der Grundlage seines Wissens über die Risikoverteilung vertraglichen Schutz auszubedingen.

II. Hier vertretene Auffassung

Die Untersuchung spricht sich aus verschiedenen Gründen dagegen aus, bei Mehrkomponentengeschäften auf ein Informationsmodell zu setzen (näher IV.). Zunächst lässt sich das Argument, der „bevormundende“ Verbraucherschutz sei, da er auf (nie völlig überzeugende) Gerechtigkeitsvorstellungen abstelle, eine dem bürgerlichen Recht fremde Form staatlicher Herrschaftsausübung, widerlegen. Konkret gegen ein Mehrkomponenteninformationsmodell spricht sodann, dass seine Wirkungsmacht zweifelhaft ist und es in Mehrpersonenkonstellationen nicht umsetzbar erschiene.

III. Scheitern des Informationsmodells beim Abzahlungskauf

Dass hier eine ermöglichende Ausgestaltung des Kundenschatzes überhaupt in Betracht gezogen wird, mag bei einer historischen Betrachtung zunächst erstaunen. Denn die Rechtsprechung und (später) der Gesetzgeber haben sich zumindest der Überlegung, dass der Käufer beim finanzierten Geschäft nicht mehr schutzbedürftig sei, wenn er nur hinreichend über die Vertragsspaltung und ihre Implikationen aufgeklärt wurde, nicht angeschlossen. Nur im Ausgangspunkt hat der BGH im Rahmen seiner Rechtsprechung zum finanzierten Abzahlungskauf noch klar auf ein Informationsmodell abgestellt. Die Rechtsprechung optierte insofern für eine (schuldnersatzrechtlich abgesicherte) Kundeninformation zur Lösung der auch insofern bestehenden Mehrkomponentenproblematik. Die maßgeblichen BGH-Entscheidungen setzten sich mit der Frage auseinander, inwiefern den Darlehensgeber nach Treu und Glauben eine dem Schutz des Käufers dienende Aufklärungspflicht trifft. Der VII. Zivilsenat entschied insofern 1960, dass der Anbieter im Wege einer Aufklärung

¹¹⁰⁹ Das prominenteste Beispiel für „behütenden“ Verbraucherschutz ist die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen. Die nach dem Recht der AGB gewährleistete Inhaltskontrolle von Verträgen ist ein eindeutig fürsorgender Eingriff des Staates, vgl. nur *Hofer*, in: HKK-BGB, vor § 241 Rn. 5.

sicher zu stellen habe, dass der Kunde die mit dem besonderen Geschäftsmodell des Abzahlungskaufs verbundenen Risiken in vollem Umfang realisiert.¹¹¹⁰ Es bestehe die vertragliche Pflicht, die Käufer im Rahmen des Zumutbaren in wirksamer Weise darüber aufzuklären, welche Risiken sich für die Beklagten aus der Aufspaltung des Geschäfts in einen Kauf- und einen Darlehensvertrag ergaben. Dabei sollte ein subjektiver Maßstab anzulegen sein. Eine juristische und geschäftliche Unerfahrenheit auf Käuferseite sollte die Anbieter also dazu verpflichten, die Aufklärungsbemühungen zu intensivieren.¹¹¹¹ Die Aufklärung wurde dadurch abgesichert, dass eine schuldhaft Verletzung der entsprechenden Pflichten zu einem Schadensersatzanspruch des Darlehensgebers, gestützt auf das Rechtsinstitut der – damals noch nicht kodifizierten – culpa in contrahendo, führen sollte.¹¹¹²

- 82 Über die Jahre hat der BGH dieses Informationsmodell allerdings (implizit) zugunsten des auf § 242 BGB gestützten Einwendungsdurchgriffs aufgegeben. In der einschlägigen BGH-Rechtsprechung wird zunächst noch explizit davon ausgegangen, dass der Einwendungsdurchgriff subsidiär sein müsse, insofern sich der Käufer beim Verkäufer schadlos halten könne.¹¹¹³ Das Verhältnis von Aufklärungspflichtverstoß und Einwendungsdurchgriff wurde vor Inkrafttreten des § 9 VerbrKrG aber schon nie ganz deutlich. Teilweise wurden die einschlägigen Entscheidungen sogar dahingehend gedeutet, dass selbst bei voller Erfüllung der Aufklärungspflicht noch ein Einwendungsdurchgriff möglich sei.¹¹¹⁴ Später hat der BGH das Verhältnis zwischen den beiden Lösungsmodellen dann ausdrücklich umgekehrt: So heißt es in einem Urteil des III. Senats aus dem Jahr 1986, dass insofern ein auf § 242 BGB gestützter

1110 Vgl. BGH Urt. v. 17.11.1960 – VII ZR 56/59 = BGHZ 33, 293 = NJW 1961, 166 (168); später dann BGH Urt. v. 20.2.1967 – III ZR 134/65 = BGHZ 47, 210 (212) = NJW 1967, 1022 (1023 f.); BGH Urt. v. 20.2.1967 – III ZR 122/65 = BGHZ 47, 217 (222) = NJW 1967, 1025 (1026); BGH Urt. v. 18.1.1979 – III ZR 129/77 = NJW 1979, 2194; vgl. zum Ganzen nur *Henssler*, Risiko als Vertragsgegenstand, S. 761 f.

1111 Dieser strenge Ansatz wurde allerdings dadurch erheblich konterkariert, dass auch ein drucktechnisch hervorgehobener formularmäßiger Hinweis in AGB zur Aufklärung genügen sollte, vgl. BGH Urt. v. 17.11.1960 – VII ZR 56/59 = BGHZ 33, 293 = NJW 1961, 166 (168); BGH Urt. v. 20.2.1967 – III ZR 134/65 = BGHZ 47, 210 (212) = NJW 1967, 1022 (1023 f.); BGH Urt. v. 18.1.1973 – III ZR 69/71 = NJW 1973, 452 (454); anders bereits: BGH Urt. v. 25.3.1982 – III ZR 198/80 = BGHZ 83, 301 = NJW 1982, 1694 (1696); dagegen auch *Henssler*, Risiko als Vertragsgegenstand, S. 171.

1112 S. nur BGH Urt. v. 17.11.1960 – VII ZR 56/59 = BGHZ 33, 293 = NJW 1961, 166 (167).

1113 So heißt es in einem Beschluss des III. Zivilsenats aus dem Jahr 1984, dass der Beklagte sich auf einen sog. Einwendungsdurchgriff (§ 242 BGB) nicht berufen könne, da nicht ersichtlich sei, dass es ihm unzumutbar wäre, die Streithelferin der Klägerin wegen Mängeln eines erstellten Fertighauses in Anspruch zu nehmen, vgl. BGH Beschl. v. 23.2.1984 – III ZR 192/82 = BeckRS 1984, 31070871; vgl. auch BGH Urt. v. 9.2.1978 – III ZR 31/76 = NJW 1978, 1427; BGH Urt. v. 18.1.1979 – III ZR 129/77 = NJW 1979, 2194; BGH Urt. v. 7.2.1980 – III ZR 141/78 = NJW 1980, 1155 (1156); zur zeitgenössischen Kritik in der Literatur s. nur *Westermann*, in: *MüKo-BGB*, Bd. 3, Halbband I, 1980, § 6 AbzG Rn. 45; *Henssler*, Risiko als Vertragsgegenstand, S. 172 spricht im Hinblick auf die Begründung des Subsidiaritätsverhältnisses von „methodisch äußerst mühsame[n] Kunstgriffe[n]“.

1114 Eine dahingehende Tendenz lässt sich insbesondere einigen jüngeren Entscheidungen entnehmen, vgl. BGH Urt. v. 25.3.1982 – III ZR 198/80 = BGHZ 83, 301 = NJW 1982, 1694 (1695 f.); offen gelassen durch BGH Urt. v. 7.2.1980 – III ZR 141/78 = NJW 1980, 1155 (1157). Dazu *Vollkommer*, in: *FS Larenz*, 1973, S. 703 (707); *Canaris*, Bankvertragsrecht, Rn. 1423, anders aber bei Rn. 1428.

Einwendungsdurchgriff in Betracht komme, „ein Gegenanspruch auf Schadensersatz wegen Verletzung von Aufklärungspflichten“ ausscheide.¹¹¹⁵

Heute gehört das Aufklärungsmodell beim finanzierten Geschäft ganz klar der Vergangenheit an: Verbraucher sollen, selbst wenn sie über das Risiko der Vertragsaufspaltung aufgeklärt wurden und im Lichte dieser Aufklärung individualvertraglich auf ihre Rechte aus §§ 358 f. BGB verzichtet haben, sie im Nachhinein dennoch geltend machen können. Dementsprechend soll es auch weder darauf ankommen, ob der Verbraucher die Verbindung der Verträge erkannt hat, noch darauf, ob ein typischer Verbraucher sie hätte erkennen können. Der Umgang mit den Abzahlungsgeschäften indiziert damit jedenfalls, dass sich bei Verfolgung eines Informationsmodells über kurz oder lang in der praktischen Anwendung Schwierigkeiten bemerkbar machen und das Modell nicht überzeugt. Dies kann im Rahmen der Arbeit aber als Begründung dafür, es für alle Mehrkomponentengeschäfte abzulehnen, nicht genügen. Vor allem fällt ins Gewicht, dass Verbrauchern ihre Rechte im Rahmen der §§ 358 ff. BGB auch bei einer hypothetisch hinreichenden Aufklärung deshalb nicht abgesprochen werden, da die wirtschaftliche Einheit zwischen Darlehens- und Konsumgeschäft insofern objektiv zu bestimmen sein soll,¹¹¹⁶ hier die wirtschaftliche Vertragsverknüpfung im Anschluss an *Gernhubers* Modell aber als ein subjektives Element verstanden wird.¹¹¹⁷ Im Lichte dessen bleibt es zumindest im Ausgangspunkt denkbar, den (nicht explizit gesetzlich ausdefinierten) Kundenschutz beim Mehrkomponentengeschäft über ein Informationsmodell zu gewährleisten.

IV. Was noch gegen ein Informationsmodell spricht

1. Verweis auf die Kosten

Aus regulatorischer Sicht spricht, wenn es darum geht neues Schutzrecht zu formulieren, für ein Informationsmodell, dass es aus staatlicher Sicht kostengünstig scheint, da die dabei entstehenden Aufwendungen vor allem der Informationsschuldner tragen muss.¹¹¹⁸ Darüber hinaus – und dies ist der maßgebliche Gesichtspunkt – lässt sich das Modell vergleichsweise leicht aufsetzen.¹¹¹⁹ Anders als bei einem Lösungsweg, der auf einem nachträglichen korrigierenden Eingriff in die

1115 BGH Urt. v. 20.11.1986 – III ZR 115/85 = NJW 1987, 1813 (1814).

1116 Vgl. hierzu *Habersack*, in: MüKo-BGB, § 358 Rn. 25, 27; *Herresthal*, in: Staudinger BGB, Updatestand 15.8.2024, § 358 Rn. 92; *Pfeiffer*, in: Soergel BGB, § 358 Rn. 30, 65; *Rosenkranz*, in: BeckOGK BGB, Stand 1.2.2024, § 358 Rn. 25.

1117 Die §§ 358 ff. BGB verdecken diesen subjektiven Charakter entweder oder treffen eine Sonderwertung, vgl. § 4 B. IV.

1118 Die mit der Aufklärung der „schwächeren“ Partei verbundenen Kosten werden der vermeintlich „stärkeren“ Partei auferlegt, vgl. *Ben-Shahar/Schneider* UPenn Law Review 159 (2011), 647 (682).

1119 Vgl. *Ben-Shahar/Schneider* UPenn Law Review 159 (2011), 647 (682).

Vertragszwecke basiert, muss nicht zunächst eine vertragsexterne Gerechtigkeitsvorstellung ausformuliert und anschließend implementiert werden. Bereits diese Sicht auf die Dinge ist allerdings stark verkürzt. Denn dabei wird ausgeblendet, dass der durch das Modell erzwungene Informationsaustausch sowohl beim Informationsschuldner als auch beim -gläubiger – gerade bei komplexen Geschäften – hohe finanzielle Kosten verursacht, was aus gesamtgesellschaftlicher Sicht beträchtliche Effizienzverluste bedeutet.¹¹²⁰ Die bei der Alternativlösung auf Anbieterseite entstehenden (Versicherungs-)Kosten (vgl. B. V. 2.) fallen demgegenüber geringer aus und sind für die informationsschuldenden Anbieter jedenfalls besser kalkulierbar. Noch hinzukommt, dass bei einem Informationsmodell stets unklar bleiben muss, ob den Kunden nicht noch besser gedient wäre, sofern man die bereits existierenden Aufklärungsobliegenheiten ausweitet.¹¹²¹ Zugleich ist zu berücksichtigen, dass das Informationsmodell die Abnehmer von Mehrkomponentengeschäften nur teilweise schützen würde. Es verbliebe beim Abnehmer also ein „Restrisiko“. So liegt dem Modell zwar der Gedanke zugrunde, dass der Abnehmer, sofern er beim Vertragsschluss nicht hinreichend über mögliche Störungsfälle aufgeklärt wurde, Schadensersatz geltend machen kann. Die Tatsache, dass eine uneinheitliche Rechtswirksamkeit einzelner Leistungskomponenten eines Mehrkomponentengeschäfts oder die mangelhafte Leistungserbringung bei einer Einzelkomponente auf das Interesse des Kunden an anderen Komponenten ausstrahlt hat, wird hierdurch aber nur indirekt adressiert und allein teil-kompensiert.

2. Komplexität eines Informationsmodells

- 85 Neuere rechtswissenschaftliche, verhaltensökonomische und empirische Forschungsergebnisse¹¹²² legen zudem nahe, dass es weitgehend ausgeschlossen ist, dass ein auf die Ermächtigung der formal unterlegenen Vertragspartei abzielendes Informationsmodell die mit ihm angestrebte Wirkung auch tatsächlich entfaltet. Das Informationsmodell ist also gar nicht dazu in der Lage, die „Richtigkeit“ vertraglicher Vereinbarungen zu gewährleisten. Das liegt daran, dass bei einem Informationsmodell, damit es funktioniert, die Informationen, welche die „benachteiligte“ Vertragspartei braucht, klar umrissen werden müssen. Sodann müssen sie an diese Partei übermittelt werden und von dieser vollständig verarbeitet werden.¹¹²³ Ein

1120 Schön, in: FS K. Schmidt, 2019, S. 391 (394).

1121 Dem Informationsmodell wohnt mit anderen Worten naturgemäß ein expansives Element inne, welches die Kalkulierbarkeit der mit ihm verbundenen Kosten weiter erschwert, vgl. *Ben-Shahar/Schneider*, *More Than You Wanted To Know*, S. 121 ff.; *dies.* UPenn Law Review 159 (2011), 647 (684 f., 688).

1122 Vgl. dazu grundlegend: *Ben-Shahar/Schneider*, *More Than You Wanted To Know*, *passim*; *Hacker*, *Verhaltensökonomik und Normativität*, S. 429 ff.; s. darüber hinaus etwa auch *Grünberger* AcP 218 (2018), 213 (257).

1123 *Ben-Shahar/Schneider*, UPenn Law Review 159 (2011), 647 (710).

Informationsmodell kann deshalb gleich auf mehreren Ebenen versagen. Wenn es darum geht, zu bestimmen, welche Informationen gebraucht werden, müsste der Maßstab sein, dass die bestehenden Informationsasymmetrien beseitigt werden und eine informationelle Gleichstellung der Parteien erreicht wird.¹¹²⁴ Sofern man versucht, dem bei komplexen Geschäften gerecht zu werden, kann es aber leicht zu einem „overload“ an Informationen kommen.¹¹²⁵

In den im vorliegenden Zusammenhang besonders bedeutsamen Mehrpersonenkonstellationen bereitet die praktische Umsetzung eines Informationsmodells schon deshalb Schwierigkeiten, da sich der Informationsschuldner nicht sicher bestimmen lässt. Jedenfalls lassen sich aber die Grundsätze des BGH-Informationsmodells für Abzahlungsgeschäfte nicht unmittelbar auf alle Mehrkomponentengeschäfte übertragen. Denn bei Abzahlungsgeschäften ist das Störungsrisiko regelmäßig auf die Kaufvertragskomponente beschränkt, weshalb es allein auf die Verteilung dieses Risikos zwischen dem (störungsfrei erfüllenden) Darlehensgeber und dem Käufer ankommt. Im Hinblick auf die sonstige Risikoverteilung hält hingegen schon das allgemeine Leistungsstörungenrecht eindeutige Antworten bereit. Zwar lassen sich auch (sonstige) Mehrkomponentenfälle finden, in denen das Störungsrisiko derart klar verortet werden kann, es können jedoch auch alle Leistungskomponenten gleichermaßen störungsanfällig sein. Es bleibt unklar, wie ein Informationsmodell in der Lage wäre, diese Fälle einer sachgerechten Lösung zuzuführen. Auch die Informationsökonomie, welche versucht, die Grenzen der Informationsschuldnerschaft zu definieren, hilft insofern nicht unmittelbar weiter. Aus informationsökonomischer Sicht sollte die Informationsschuldnerstellung mit einem legitimen Informationszweck korrelieren, weshalb die Kernfrage lautet, ob der mit einer Information verfolgte Zweck für ihren Adressatenkreis relevant ist.¹¹²⁶

Beim Mehrkomponentengeschäft ist für den Abnehmer als Informationsadressat aber die künftige Entwicklung aller Leistungskomponenten gleichermaßen relevant. Es existieren aus seiner Sicht also mehrere, gleichberechtigte Informationszwecke. Erst im Nachhinein lässt sich feststellen, welche der Informationen tatsächlich bedeutsam geworden ist, weil genau die Leistungskomponente, auf die sie sich bezogen hat, gestört ist. Dementsprechend könnte in Mehrpersonenkonstellationen etwa jeder Anbieter gleichermaßen informationspflichtig sein oder man könnte vertreten,

1124 Vgl. zu aus Untersuchungen zum geringen tatsächlichen Alphabetisierungsgrad amerikanischer Verbraucher abgeleiteten Zweifeln am Informationsmodell: *Ben-Shahar/Schneider*, *More Than You Wanted To Know*, S. 79 ff.

1125 Da die Kunden bei komplexen Geschäften besonders viel Informationsmaterial erhalten müssen, erscheint es umso fernliegender, dass sie noch in der Lage sind, dieses zu verarbeiten. Denn mit der Lektüre weiteren Aufklärungsmaterials sind aufseiten der Kunden zwangsläufig Opportunitätskosten verbunden, vgl. zum Ganzen *Ben-Shahar/Schneider*, *More Than You Wanted To Know*, S. 71 ff., 94 ff.; *dies*. *UPenn Law Review* 159 (2011), 647 (687).

1126 Vgl. dazu *Schön*, in: FS K. Schmidt, 2019, S. 319 (396).

dass die Anbieter die Informationslast intern verteilen dürfen. Beide Lösungsansätze erscheinen aber umständlich und praktisch kaum umsetzbar. Insbesondere steht aber die Gefahr im Raum, dass der Abnehmer schlussendlich widersprüchliche Informationen erhält und der verfolgte Aufklärungsansatz hierdurch untergraben wird.

3. Informiertheit und informationsgestützte Risikoübernahme

- 88 Selbst wenn sich ein Informationsmodell im Angesicht der skizzierten Schwierigkeiten überhaupt implementieren ließe, und dann auch noch durch die Rechtsprechung, wäre es eine offene Frage, ob die informierten Parteien eine auf die übermittelten Informationen gestützte, also verständige Entscheidung trafen.¹¹²⁷ Ein Informationsmodell unterstellt, dass das informierte Individuum zu seinem Schutz Aktivität entfaltet. Das bedeutet zugleich, dass ein Kunde, dem das Störungsrisiko eines Geschäfts vor Augen geführt wurde und der das Geschäft dennoch eingegangen ist, nicht schutzwürdig ist. Denn es ist davon auszugehen, dass der Kunde das erkannte Störungsrisiko übernommen hat, weil er ihm keine Bedeutung zumisst, also auf seinen Nichteintritt spekuliert.¹¹²⁸ Andernfalls hätte er – so wird implizit unterstellt – das Geschäft gar nicht abgeschlossen oder sich um eine vertragliche Abwälzung bzw. kompensatorische Maßnahmen, etwa in Form einer Versicherung, bemüht.¹¹²⁹ Es ist aber schon ebenso gut möglich, dass man bei Vertragsschluss von dem Willen geleitet wird, nur dann uneingeschränkt leisten zu wollen, sofern sich das Risiko tatsächlich nicht verwirklicht. Unter diesen Umständen hat der Vertragsschließende das Risiko schlussendlich gar nicht übernehmen wollen.¹¹³⁰ Wird der Blick auf Sachverhaltsgestaltungen gerichtet, bei denen das verwirklichte Risiko tatsächlich nicht vorhergesehen wurde, sondern angesichts der stattgefundenen Aufklärung lediglich vorhersehbar war, so erweist sich der Verweis des Störungsbetroffenen auf eine Risikovorsorge im Vorfeld des Vertrages endgültig als Fiktion.¹¹³¹ Denn es gibt keinen

1127 *Riesenhuber* ZfPW 2018, 352 (364 f.); ebenfalls skeptisch *Maultzsch/Czarnecki* ZEuP 2016, 832 (836) im Hinblick auf die in Art. 19 Abs. 2 (a) der ReiseRL angeordneten Informationspflichten.

1128 Dieser Gedanke liegt insbesondere dem im Rahmen von § 313 BGB vertretenen Tatbestandsmerkmal der Vorhersehbarkeit zugrunde, vgl. *Finkenauer*, in: MüKo-BGB, § 313 Rn. 74.

1129 Vgl. zu diesem Gedanken BGH Urt. v. 1.6.1979 – V ZR 80/77 = BGHZ 74, 370 = NJW 1979, 1818 (1819); *Henßler*, Risiko als Vertragsgegenstand, S. 51; *ders.*, in: FS Huber, 2006, 739 (748); *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse, S. 516.

1130 Ein gewisses Indiz dafür lässt sich der Preisgestaltung entnehmen: Ein Spekulationsgeschäft wird sich in der Regel in einer für den Spekulierenden günstigeren Preisgestaltung niederschlagen. Hinter dieser Annahme steht der Gedanke, dass auch Risiken Transaktionsobjekte sein können und dann durch sog. Risikoprämien abgegolten werden. Allerdings wird sich nur selten sicher ermitteln lassen, ob eine Spekulation mit dem Risiko der Veränderung maßgeblicher Geschäftsumstände eingepreist wurde, oder nicht. Denn eine für den (vermeintlichen) Risikoübernehmer günstige Preisgestaltung kann auch einen ganz anderen Hintergrund haben. Vgl. zum Ganzen *Finkenauer*, in: MüKo-BGB, § 313 Rn. 59; *Bach*, Leistungshindernisse, S. 213.

1131 Vgl. in dieselbe Richtung *Bach*, Leistungshindernisse, S. 281.

Grund, davon auszugehen, dass ein Vertragsschließender bewusst das Risiko für (alle) unerkannten Hindernisse bei der Vertragsdurchführung übernehmen wollte. Wer ein Risiko nicht positiv kennt, der hat es auch nicht in seine dem Vertragsschluss vorangehende Analyse einbezogen,¹¹³² spekuliert also zugleich auch nicht mit dem Nichteintritt.

Aus Sicht der Verhaltensforschung spricht gegen die Gleichstellung von Informiertheit und impliziter Risikoübernahme, dass Menschen allgemein, d.h. selbst wenn sie über alle notwendigen Informationen verfügen, eine Aversion dagegen haben, darauf gestützte Entscheidungen zu treffen.¹¹³³ Die Entfaltung von aktiver Gestaltungsaktivität beim Vertragsschluss wird vielmehr vorbehalten für den Ausnahmefall. Sofern ein Modell zum Schutz der Kunden von Mehrkomponentengeschäften auf Ermächtigung abzielte, setzte es also einen Handlungswillen voraus, der gar nicht bestehen muss, da er nicht zwingend mit dem Willen zum Vertragsschluss einhergeht. Selbst bei hinreichender Information von Anbieterseite bestünde vielmehr die Gefahr fort, dass der Kunde seine durch die Herstellung eines Informationsgleichgewichts vermittelte Verhandlungsmacht nicht nutzen will oder kann. Verbraucher würden sich mithin, auch wenn man sie auf alles hinweist, nicht immer gegenüber den mit einem Mehrkomponentengeschäft verbundenen Sonderrisiken absichern. Am ehesten hilft ein Informationsmodell – wie *Ben-Shahar* und *Schneider* es formulieren – dabei noch denjenigen, welche diese Hilfe am wenigsten benötigen, also gut ausgebildeten und wohlhabenden Konsumenten. Denn diese verfügen über die Ressourcen und den Sachverstand, um ihnen übermittelte Informationen abzurufen, zu interpretieren und zu nutzen.¹¹³⁴ Die eigentlich vulnerablen Verbraucher wird ein Informationsgewinn äußerstenfalls dazu bewegen, vom Vertrag Abstand zu nehmen. Solange die schwächere Partei nur die Wahl hat, ob sie das Geschäft eingeht, oder nicht, ist aber kein Effizienzgewinn erreicht. Auf der Schadensersatzebene spielt das rationale Desinteresse ebenfalls eine Rolle. Denn der Kunde muss seinen c.i.c.-Schadensersatzanspruch bei mangelhafter Aufklärung aktiv begründen und beziffern. Dies dürfte ihm erheblich schwerer fallen als die Begründung der nach dem Gegenmodell möglichen Vertragsanpassung oder -auflösung.

1132 Vereinfacht gesprochen, fällt diese vorvertragliche Risikoanalyse positiv aus, wenn der mögliche Gewinn aus dem Vertrag (multipliziert mit der Wahrscheinlichkeit, dass das Hindernis ausfällt) größer ist als der mögliche Verlust (multipliziert mit der Wahrscheinlichkeit, dass das Hindernis eintritt), vgl. hierzu auch *Bach*, Leistungshindernisse, S. 213.

1133 *Ben-Shahar* und *Schneider* fassen die empirisch erlangten Forschungsergebnisse zum Treffen von Entscheidungen dahingehend zusammen, dass Menschen sich sogar dagegen sträuben, ganz grundlegende Entscheidungen zu treffen, und wenn sie es doch tun, dann auf der Grundlage sehr weniger Informationen und dürftiger Reflektion, vgl. *Ben-Shahar/Schneider*, *More Than You Wanted To Know*, S. 60 ff.; *dies.*, *UPenn Law Review* 159 (2011), 647 (727); vgl. zu diesem Aspekt aus rechtswissenschaftlicher Sicht auch *Grünberger AcP* 218 (2018), 213 (257).

1134 *Ben-Shahar/Schneider*, *UPenn Law Review* 159 (2011), 647 (740).

- 90 Die potenzielle Wirkungskraft eines Informationsmodells bei Mehrkomponentengeschäften wird aus Sicht der Verhaltensforschung noch zusätzlich dadurch eingeschränkt, dass es hier nicht nur um eine asymmetrische Information der Parteien geht. Dass die Abnehmer eines Mehrkomponentengeschäfts sich unbedarft auf die mit einem solchen Geschäft verbundenen Sonderrisiken einlassen, liegt, wie aufgezeigt, vielmehr wohl auch daran, dass Mehrkomponentengeschäfte aus verhaltensökonomischer Sicht „irrationale“ Denkmuster ausnutzen (C. IV. 5.). Es ist umstritten, ob irrationales Verhalten sich überhaupt durch Informationen verhindern lässt.¹¹³⁵ Jedenfalls setzen „irrationale“ Verhaltensweisen aber die Wirksamkeit eines Informationsmodells herab. So werden gerade diejenigen Personen, welche eine „sofortige Befriedigung“ präferieren, am wenigsten von einem Informationsmodell profitieren, da sie nicht dazu bereit sind, die Zeit zu investieren, die für die Aufklärung notwendig wäre.¹¹³⁶

4. Auseinandersetzung mit der autonomiebasierten Vertragstheorie

- 91 Die Erkenntnisse der neueren rechtshistorischen Forschung schließen es auch aus, ein Informationsmodell damit zu rechtfertigen, dass der Gesetzgeber des BGB von einem formalen Prinzip der Vertragsfreiheit ausgegangen sei, weshalb dieses Prinzip im Angesicht neuzeitlicher Änderungsbedürfnisse weitgehend bewahrt werden müsse.¹¹³⁷ Wenn die These von einem graduellen Wertewandel seit Inkrafttreten des BGB stimmte, käme die Befugnis, ihn weiter aktiv voranzutreiben, wohl nur der Gesetzgebung zu. Demgegenüber müssten die Generalklauseln des BGB und neu entwickelte Rechtsinstitute dann, wenn ihnen überhaupt ein materialer Gehalt zuzusprechen wäre, restriktiv gefasst werden. Einem auf dem Gedanken der Richtigkeitsgewähr fußenden Idealbild der Privatautonomie, würde dabei noch am ehesten entsprochen, wenn sich der materiale Gehalt darauf beschränkte, Eingriffe zuzulassen, welche die freie Willensbildung der Parteien gewährleisten sollen. Wenn Gerichte unter Rückgriff auf eine Generalklausel oder ein Rechtsinstitut wie den Finalnexus in vertragliche Vereinbarungen eingreifen, sollte dieser Eingriff dann also

1135 Vgl. zu den Befürwortern und zur Kritik: *Ben-Shahar/Schneider*, *More Than You Wanted To Know*, S. 112 ff.; *Armour/Awrey/Davies/Enriques/Gordon/Mayer/Payne*, in: PFR, S. 218.

1136 *Ben-Shahar/Schneider*, *More Than You Wanted To Know*, S. 115 f.; *Armour/Awrey/Davies/Enriques/Gordon/Mayer/Payne*, in: PFR, S. 218.

1137 In diese Richtung etwa noch *Flume* BGB AT, Bd. 2, Das Rechtsgeschäft, S. 16: Der historische Gesetzgeber habe die Richtigkeitsgewähr vertraglicher Vereinbarungen nicht grundlegend in Frage gestellt. Die Konzeption des BGB sei also gerade noch nicht von dem Gedanken bestimmt worden, dass der Inhalt eines Vertrages inhaltlich im Sinne einer objektiven Parität ausgeglichen sein oder gleichwertige Positionen begründen müsse. Erst seit den 1970er-Jahren habe sich ein Modellwechsel, hin zum rein fürsorglichen Schutz und einer (aktiven) Beseitigung bzw. einem Ausgleich von „Ungleichgewichtslagen“ vollzogen. Dieser Wechsel schlage sich seither im Versicherungs-, Miet- und Arbeitsrecht, insbesondere aber in der Verbraucherschutzgesetzgebung nieder. Ähnlich *ders.*, in: FS 100 Jahre DJT, Bd. I, S. 135 (136 ff.); s. auch etwa *Olzen*, in: Staudinger BGB, Einleitung zum Schuldrecht Rn. 49, 341; *Esser/Schmidt*, SchuldR AT, § 2 II, S. 34.

(nur) darauf abzielen, die Rahmenbedingungen der Privatautonomie zu verbessern. Demgegenüber dürfte der Eingriff dann nicht darauf abzielen, die Willensbildung auch auf ihre objektive Richtigkeit hin zu überprüfen.

Die These, dass der Gesetzgeber des BGB noch von einem formalen Prinzip der Vertragsfreiheit ausgegangen sei, ist heute allerdings gründlich widerlegt.¹¹³⁸ Eine Reihe rechtshistorischer Arbeiten konnte belegen, dass bereits im gesamten letzten Drittel des 19. Jahrhunderts nicht mehr in Rede stand, dem Bürgerlichen Gesetzbuch den Gedanken einer grundsätzlich unbeschränkten Freiheit zugrunde zu legen.¹¹³⁹ Dementsprechend wollte auch der Gesetzgeber des BGB der Vertragsfreiheit keineswegs unabhängig von der Frage, ob Leistung und Gegenleistung in einem angemessenen Verhältnis stehen, eine regelmäßige Geltung zusprechen.¹¹⁴⁰

5. Argumentation mit der Privatautonomie

Das damit verbleibende Hauptargument gegen einen „bevormundenden“ Verbraucherschutz ist, dass die dabei (implizit) gewählte Eingriffsgrundlage zwar vordergründig ein Verkehrsinteresse oder eine Durchschnittsauffassung sei, eigentlich aber eine konkrete Gerechtigkeitsvorstellung des Gesetzgebers umgesetzt werde. Eine subjektive Gerechtigkeitsvorstellung und damit der bevormundende, an vertragsexternen Gerechtigkeitsvorstellungen orientierte Eingriff in die Privatautonomie bleiben aus dieser Stoßrichtung immer angreifbar.¹¹⁴¹ Dasselbe gilt für den Eingriffsweg

1138 Auer JZ 2020, 511 (512) spricht insofern von der „Wieacker’schen Legende“; Grünberger AcP 219 (2019), 892 (939) von einem „Mythos“; Haferkamp, in: Grünberger/Jansen, Privatrechtstheorie heute, 45 (48) von einer „Rückprojektion“, „die sich so in den Quellen nicht nachweisen lässt“.

1139 Vgl. nur Hofer, Freiheit ohne Grenzen?, S. 275 und *passim*: Abgesehen von einer verschwindend kleinen Zahl von Ausnahmen sei das 19. Jahrhundert keineswegs vom Gedanken grundsätzlich unbeschränkter Freiheit geprägt gewesen.

1140 Denn insbesondere war man, wie Haferkamp schreibt, in keinem Stadium der Gesetzesverfassung blind gegenüber den sich in Machtdifferenzen niederschlagenden sozialen Voraussetzungen der Vertragsfreiheit, vgl. Haferkamp, Das BGB, S. 116; s. etwa auch Schweitzer AcP 220 (2020), 544 (552, 554 f.). Dass die Verfasser des BGB sozialpolitisch nicht so naiv waren, wie es die berühmte, gegenüber dem ersten Entwurf von 1888 vorgebrachte Gierkesche Forderung nach einem „Tropfen sozialistischen Öles“ suggeriert, wird aus der bereits angesprochenen, 1889 in AcP 75 (1889), 327 ff. publizierten Antwort Gottlieb Plancks auf die Forderungen Gierkes deutlich. Planck stellt darin heraus, dass ein unbeschränkt liberales Privatrecht keinesfalls den Vorstellungen der Gesetzgebungskommission entspreche, sondern es ihr vielmehr und allein darum ginge, einen passenden Ort für soziale Schutznormen zu bestimmen. Um dem BGB eine stabile und beständige Form zu geben, sollten Interventionen in das Privatrecht möglich über flexible Sondergesetze erfolgen, die es ermöglichen, „Schutzkonzepte dynamisch an die sich wandelnde Wirklichkeit anzupassen“. In diesen Äußerungen kommt der (heute nicht mehr verfolgte) Gedanke zum Ausdruck, dass das man liberales und soziales Privatrecht vorzugsweise auf unterschiedliche Gesetzestexte verteilen sollte. Auch kann man Plancks Worten entnehmen, dass er von einem Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen liberalem und sozialem Privatrecht ausging. Keinesfalls bringt er aber eine strikt ablehnende Haltung gegenüber einer sozial-politischen Steuerung des Privatrechts vor.

1141 Möslin, Dispositives Recht, S. 27.

und die Eingriffsintensität.¹¹⁴² Angesichts dessen wird bekanntlich dafür plädiert, dass es nicht das Ziel von Vertragseingriffen sein könnte und sollte, dass die Vertragsparteien eine Regelung treffen, wie sie, zur allgemeinen Maxime erhoben, den Gerechtigkeitsansprüchen des Gesetzgebers genügen würde.¹¹⁴³ Es solle mit anderen Worten das Ziel sein, das Privatrecht (allein) aus sich selbst heraus erklären zu können, ohne auf (politisch motivierte) Außeneinflüsse abzustellen. Hierdurch würde das Privatrecht an sich zugleich dekontextualisiert bzw. autonom vom Politischen und dadurch erheblich entlastet.¹¹⁴⁴

- 94 Unter dieser Prämisse ist es Quintessenz der Privatautonomie, die Regelung des Vertrags bereits dann und insofern als „richtig“ gelten zu lassen, als sie auf der Selbstbestimmung und -verantwortung der Parteien beruht.¹¹⁴⁵ Die Richtlinie für Art und Umfang von Beschränkungen der Privatautonomie sollte dann allein die Freiheit selbst bilden, wohingegen Ungleichheiten in den Ausgangspositionen der Parteien hingenommen und weiter verfestigt werden können. Eingriffe sollten dem Individuum also nur eine „Selbsthilfe“ ermöglichen. Sie hätten dann nicht zum Ziel, „schlechte“ Entscheidungen auszuschließen, sondern dem Kunden dabei unter die Arme zu greifen, selbst „gute“, oder jedenfalls bessere Entscheidungen zu treffen.¹¹⁴⁶ Sobald der Zustand der Parität erreicht ist, sollte sich der Staat darauf beschränken, die vertraglichen Vereinbarungen effektiv durchzusetzen.
- 95 Auch an dieser Stelle zeigen die Ausführungen *Christoph Menkes* aber, dass die Argumentation mit der notwendigerweise fehlenden universellen Überzeugungskraft „externer“ Gerechtigkeitsvorstellungen, welche die Grundlage des vorgestellten Privatautonomieverständnisses darstellt, nicht überzeugt bzw. es sich – um *Menkes* eigene Formulierung aufzugreifen¹¹⁴⁷ – um eine reine Vulgärkritik handelt. Im Ausgangspunkt unterscheidet *Menke* Korrekturen sozialer Herrschaft im Recht danach,

1142 *Möslein*, Dispositives Recht, S. 28: Es fehlen der Rechtswissenschaft handfeste Maßstäbe, um zu entscheiden, welcher Grad relativer Ungleichgewichte hoheitliche Eingriffe erfordert, und welcher Qualität und Intensität diese Eingriffe jeweils sein dürfen bzw. müssen.

1143 *Zöllner* AcP 176 (1976), 221 (246).

1144 Vgl. *Grünberger* AcP 218 (2018), 213 (240); zur Entlastungsfunktion auch bereits *Zöllner* AcP 176 (1976), 221 (246); s. auch

1145 *Riesenhuber* ZfPW 2018, 352 (358); vgl. auch *Flume* BGB AT, Bd. 2, Das Rechtsgeschäft, S. 8.

1146 Vgl. dazu nur etwa *Hofer*, in: HKK-BGB, vor § 145 Rn. 5: Beschränkungen seien als Freiheitssicherung gemeint oder seien Zwillingsschwester der Freiheit; *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 46 ff., 90; *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, S. 53; *Oechsler*, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, S. 145; *Riesenhuber* ZfPW 2018, 352 (358, 363): der Staat absichern müsse, dass der Einzelne von seiner Freiheit tatsächlich Gebrauch machen kann und deshalb die Freiheitsbetätigung zu einem materiell richtigen Ergebnis führen kann und auch praktisch führt. Vgl. aus rechtsökonomischer Perspektive auch *Armour/Awrey/Davies/Enriques/Gordon/Mayer/Payne*, in: PFR, S. 218. Schlussendlich lassen sich die meisten Privatautonomieeingriffe in dieses Denkmuster einpassen. So deutet etwa *Canaris* selbst die verbraucherschützenden Widerrufsrechte als Teil eines „Instrumentariums zum Schutz der tatsächlichen Entscheidungsfreiheit“ bzw. als Chance für den Verbraucher, zum Prüfen und Abwägen, vgl. *Canaris* AcP 200 (2000), 273 (344 f.).

1147 Vgl. *Menke*, Kritik der Rechte, S. 306.

ob sie sich dem „liberalen Privatrecht“ oder dem „Sozialrecht“ zuordnen lassen.¹¹⁴⁸ Dies entspricht – jedenfalls in Grundzügen – der vorgestellten Unterscheidung zwischen ermöglichendem und bevormundendem Verbraucherschutz. Die Kritik an Versuchen, soziale Gerechtigkeit im Privatrecht zu implementieren, kennzeichnet *Menke* in seinen Ausführungen als eine Kritik des liberalen Privatrechts am Sozialrecht. Das liberale Privatrecht sehe in der Forderung nach sozialer Gerechtigkeit nur eine andere Form normalisierender Herrschaft, die der moderne Staat dadurch über seine Subjekte ausübt, dass er ihre Ansprüche auf soziale Teilhabe organisiert und verwirklicht.¹¹⁴⁹ Der bevormundende Verbraucherschutz muss dem liberalen Privatrecht also als eine Form staatlicher Herrschaftsausübung oder – auf die Spitze getrieben – als maximaler Despotismus erscheinen.

Damit könne dieser Ansatz im bürgerlichen Recht, so *Menke* weiter, nicht auf 96 Akzeptanz stoßen, da das bürgerliche Recht im Wesentlichen herrschaftskritisches Recht ist.¹¹⁵⁰ Liberale Eingriffsansätze hätten den Vorteil, dass man ihnen diese Kritik – zumindest vordergründig – nicht entgegenhalten könne. Denn sie zielten allein darauf ab, eine unbeeinträchtigte Bildung des Parteiwillens zu ermöglichen. Damit stützten sie sich auf eine formal geschlossene Argumentation. Die Eingriffsbegründung verzichte auf die Bezugnahme auf Außerrechtliches und belasse dem Recht so seine formale Konsistenz.¹¹⁵¹ Auch *Menke* stellt also die Vorzüge eines dekontextualisierten Privatrechtsverständnisses, wie es das Informationsmodell stützt, klar heraus. Seine Eingriffsbegründung verdeckt aber, dass auch das liberale Privatrecht sich die Kritik entgegenhalten lassen muss, schlussendlich nur soziale Herrschaft zu perpetuieren. Das liberale Privatrecht ist, mit den Worten *Menkes*, in Wahrheit bloß die andere Form einer Gestalt sozialer Herrschaft.¹¹⁵² Denn es ermöglicht, „Unterschiede an Besitz und daher an Marktmacht normativ zu invisibilisieren und dadurch Verhältnisse von kapitalistischer Ausbeutung und Zwang zu begründen“. Der Verzicht auf die Durchsetzung einer Gerechtigkeitsvorstellung hat damit denselben Gehalt wie die aktive Bezugnahme einer außerrechtlichen Gesinnung.¹¹⁵³

Anhand von *Menkes* Überlegungen lässt sich begründen, weshalb die auf Seiten der 97 Verfechter liberaler Privatrechtsvorstellungen formulierte Kritik an sozialrechtlich

1148 *Menke*, Kritik der Rechte, S. 305.

1149 *Menke*, Kritik der Rechte, S. 303.

1150 *Menke*, Kritik der Rechte, S. 301.

1151 Vgl. *Menke*, Kritik der Rechte, S. 145 f.

1152 *Menke*, Kritik der Rechte, S. 302.

1153 *Menke*, Kritik der Rechte, S. 302 f. Dieser Gedanke findet sich in veränderter Form auch schon bei *Luhmann* *Recht der Gesellschaft*, S. 466. *Luhmann* drückt ihn so aus, dass der Vertrag als Quelle von rechtsgültigen Ansprüchen dem Privatwillen Macht über den Einsatz politischer Gewalt gebe. Sie müsse bei der Durchsetzung von Vertragsansprüchen zur Verfügung stehen, obwohl sie am Vertrag gar nicht beteiligt war. Die Kühnheit dieser Form werde erst erkennbar, wenn man begreife, dass damit das Rechtssystem sich durch den Privatwillen konditionieren lasse.

motivierten Eingriffen schlussendlich kaum aussagekräftig ist. Denn die Kritik sozialrechtlich motivierter Eingriffe aus dem Blickwinkel eines liberalen Privatrechts begründe sich unter diesen Umständen, so *Menke*, allein in einer abweichenden normativen Deutung der Grundidee der bürgerlichen Rechtsordnung, dass der Eigenwille eines jeden gleich gelte. Die Auseinandersetzung drehe sich allein darum, wie diese Idee zu verstehen und zu verwirklichen ist.¹¹⁵⁴ Damit ließen sich beide Rechtsgestalten – das liberale Privatrecht und das Sozialrecht – unter einen gemeinsamen Oberbegriff fassen. Es handele sich jeweils um „Mechanismen der Selbstkorrektur“¹¹⁵⁵, auf die das bürgerliche Recht aus den unter III. 1. angeführten Gründen zwingend angewiesen ist. In der Folge werde die auf ein liberales Privatrechtsverständnis gestützte Kritik am bevormundenden Verbraucherschutz als strukturell begrenzte Vulgärkritik enttarnt. Sie entzündete sich allein an der Form, wie das bürgerliche Recht seinen Kampf mit sich selbst ausficht und sei deshalb aufzugeben.¹¹⁵⁶

V. Zwischenfazit und Schlussfolgerung

1. Die Untersuchung kommt damit zu dem Schluss, dass unmittelbare richterliche Eingriffe in die vertraglichen Grundlagen von Verbrauchermehrkomponentengeschäften zulässig sein müssen. Damit spricht sie sich zugleich gegen einen bloß ermöglichenden Verbraucherschutz aus, der sich darauf beschränken würde, mittels der Herausarbeitung durch das Schadensersatzrecht abgesicherter, vorvertraglicher Informationspflichten zu gewährleisten, dass die Abnehmer über die spezifischen Problemlagen von Mehrkomponentengeschäften informiert werden. Stattdessen plädiert sie für repressive bzw. paternalistische Eingriffe, in deren Rahmen auf einen zwischen den Leistungskomponenten bestehenden Finalnexus verwiesen wird.
2. Es sprechen verschiedene Gründe dagegen, bei Mehrkomponentengeschäften auf ein Informationsmodell zu setzen. Zunächst wurde es aus guten Gründen bereits im Hinblick auf den finanzierten Erwerb aufgegeben. Weiterhin lässt sich das Argument, der „bevormundende“ Verbraucherschutz sei, da er auf (nie völlig überzeugende) Gerechtigkeitsvorstellungen abstelle, eine dem bürgerlichen Recht fremde Form staatlicher Herrschaftsausübung, widerlegen. Außerdem haben jüngere Untersuchungen es vermocht, die Wirkungsmacht des Informationsmodells als privatrechtliches Steuerungsinstrument ganz generell in Zweifel zu ziehen. Insbesondere erscheint es in Mehrpersonenkonstellationen nicht umsetzbar. Denn es bleibt schon unklar, wer in diesen Konstellationen der Informationsschuldner sein soll.

1154 *Menke*, Kritik der Rechte, S. 298.

1155 *Menke*, Kritik der Rechte, S. 305.

1156 Vgl. *Menke*, Kritik der Rechte, S. 306.

3. Die bei einem Mehrkomponentengeschäft stattfindende Bündelung führt demzufolge im Sinne eines verbesserten Abnehmerschutzes zu einer Erweiterung der vertraglichen Rechtsbehelfe der Verbraucher. Dies gilt im Besonderen für ein Recht zur Vertragsbeendigung, also ein Widerrufsrecht im Hinblick auf einen dem Bündelangebot zugrundeliegenden Vertrag oder ein entsprechendes Rücktrittsrecht wegen Vertragswidrigkeit oder Nichterfüllung. Die Gerichte können sich hier auf den Finalnexus stützen, und damit die Tatsache, dass der Vertrag, den der Abnehmer beendet, nicht allein steht. Bei einem Mehrkomponentengeschäft bestimmt damit die Auswirkung einer Vertragsbeendigung auf die anderen Bestandteile des Bündels in hohem Maße die Wirksamkeit des Vertragsbeendigungsrechts in seiner Gesamtheit. Die Gerichte vermögen so sicherzustellen, dass der Abnehmer, wenn er ein Recht im Hinblick auf ein (Waren- oder Dienstleistungs-)Element des Mehrkomponentengeschäfts ausübt, die Möglichkeit hat, sich auch von den anderen verbundenen, aber nicht betroffenen Bündelkomponenten zu lösen. Die Rechtsbehelfserweiterung erfolgt dabei so, dass dem Verbraucher die Wahl gelassen wird, ob er das Vertragsversprechen des Anbieters in Bezug auf das verbundene Element aufrechterhalten will, oder nicht.

E. Voraussetzungen externer Eingriffe in Mehrkomponentengeschäfte

I. Elemente in der Anbietersphäre

In § 15 D. wurde die These vertreten, dass der für Mehrkomponentengeschäfte aus rechtswissenschaftlicher Sicht maßgeblich Finalnexus ein hinreichendes greifbares Tatbestandsmerkmal ist. Dies reicht nach dem Vorhergesagten aber noch nicht aus, um die unter § 16 D. beschriebene Erweiterung von Abnehmerrechtsbehelfen zu rechtfertigen. Hier wird zunächst vorgeschlagen, Eingriffen darüber hinaus die Prüfungsfrage vorzuschalten, ob redlicherweise nicht die Augen davor verschlossen werden kann, dass der Anbieter sich bewusst eines Mehrkomponentengeschäfts als Vertriebsform bedient hat, um die mit dieser Geschäftsform einhergehende Unwissenheit und Voreingenommenheit der Kunden (vgl. C. IV. 3.) auszunutzen. Es genügt danach nicht, dass die Geschäftsform aus wirtschaftlichen Gründen gewählt wurde, etwa um Quersubventionierungen zu gewährleisten oder durch das Kombinationsangebot außergewöhnliche Absatzvorteile zu erzielen. Zugleich ist aber nicht zu fordern, dass dem Anbieter eine echte rechtliche Benachteiligung der Kunden vor Augen stand. Denn bereits wenn es „nur“ um die Ausnutzung fehlerhafter Verhaltensmuster der Kunden geht, erscheinen die seitens des Unternehmens für

die Produktgestaltung aufgewendeten Ressourcen verschwendet und die Ergebnisse dieser Gestaltung unter Verteilungsgesichtspunkten unattraktiv.¹¹⁵⁷

II. Elemente in der Abnehmersphäre

99 Allein das Mehrkomponenten-„Plus“ auf Anbieterseite würde dem Durchgriff in die vertraglichen Vereinbarungen aber weiterhin nicht rechtfertigen. Denn es fehlt ein Element, welches sicherstellt, dass Eingriffe nur bei einem rechtlichen Schutzbedürfnis auf Abnehmerseite möglich sind. Die Reichweite der hier anvisierten Eingriffsmöglichkeit muss also noch (deutlich) eingeschränkt werden. Unter Berücksichtigung der Ausführungen unter I. werden insofern drei weitere Eingriffsvoraussetzungen vorgeschlagen:

1. Voraussetzung: Zunächst müssen die Mehrkomponentenvorteile bei wirtschaftlicher Betrachtung einseitig der Anbieterseite zugeschlagen worden sein, wohingegen die neu entstehenden Mehrkomponentenrisiken bei den Kunden verblieben. Diese erste Voraussetzung wird aus der Beobachtung abgeleitet, dass Mehrkomponentengeschäfte ihren Anbietern vom jeweils anzulegenden Marktstandard positiv abweichende Umsatzmöglichkeiten eröffnen.
2. Voraussetzung: Weiterhin muss die Kundenseite aufgrund eines bestehenden Informationsungleichgewichts außerstande gewesen sein, die einseitige Verteilung der Mehrkomponentenrisiken zu verhindern und die Anbieterseite muss diesen Umstand bewusst ausgenutzt haben. Die zweite Voraussetzung knüpft an den rechtspolitischen und rechtsphilosophischen Grundsatz an, dass Vorhersehbarkeit mit einer Obliegenheit, Vorsorge zu treffen, zu verknüpfen ist. Demnach müssen die Kunden eines Mehrkomponentengeschäfts grundsätzlich an den von ihnen eingegangenen vertraglichen Vereinbarungen festgehalten werden. Bei einem Mehrkomponentengeschäft, bei dem die Leistungskomponenten von unterschiedlichen Anbietern stammen, hätten sich die Kunden etwa grundsätzlich dadurch schützen können, dass sie das Geschäft als dreiseitigen Vertrag ausgestalten. Deshalb sind die Abnehmer rechtlich jedenfalls nicht bei jeder rechtsextern beobachteten Betroffenheit vom Mehrkomponentenrisiko rechtlich schutzwürdig. Dies gilt selbst dann, wenn sie das Risiko vollständig tragen. Vor diesem Hintergrund erscheint ein Eingriff nur dann gerechtfertigt, sofern ein Kunde die ungleiche Verteilung der geschäftsspezifischen Vorteile weder vorhersehen noch verhindern konnte und die Anbieterseite die mangelnde Vorhersehbarkeit ausgenutzt hat, indem sie das Geschäft bewusst so gestaltet hat, dass die eigentliche Risikoverteilung verschleiert wird (vgl. C. IV. 2.). Es geht mit anderen Worten um Fälle, in

1157 Vgl. zur Regulierung auf Verbraucher ausgerichteter Finanzprodukte: *Armour/Awrey/Davies/Enriques/Gordon/Mayer/Payne*, in: PFR, S. 206.

denen ein Informationsungleichgewicht bzw. – allgemeiner – eine Geschäftsunerfahrenheit ausgenutzt wird.

3. Voraussetzung: Ein vollständiges Eingriffskonzept muss schließlich berücksichtigen, dass es Fälle gibt, in denen die Kunden eines Mehrkomponentengeschäfts für die Übernahme des Mehrkomponentenrisikos bzw. die – auf den ersten Blick – ungleiche Verteilung der Mehrkomponentenvorteile kompensiert wurden. Um einen solchen Fall geht es etwa, wenn dem Kunden im Zuge des Kombinationsangebots ein Rabatt gewährt wird, der für sich allein bereits Anlass genug ist, sich auf eine möglicherweise nachteilige rechtliche Trennung der Leistungskomponenten einzulassen. Weiterhin geht es hier um Sachverhalte, in denen dem Kunden für den Störfall vertragliche Direktansprüche gegen seinen „störenden“ Vertragspartner eingeräumt werden. Ein vertraglich eingeräumter Schadensersatzanspruch schließt einen Eingriff insbesondere dann aus, wenn er das Risiko abdeckt, dass bei Ausbleiben oder Mangelhaftigkeit der Erstkomponente der Bezug der (für sich genommen störungsfreien) Zweitkomponente sinnlos wird. Voraussetzung dafür ist, dass die fortbestehende Pflicht zur Abnahme der Zweitkomponente und das dafür zu entrichtende Entgelt Schadenskomponenten im Rahmen eines Anspruchs gegen den Erstanbieter sind. Eine Außerachtlassung der privatautonom vereinbarten Risikoverteilung scheidet in all diesen Fällen aus.

III. Angebot einer Typisierung

Der vorgeschlagene Regelungsrahmen ist flexibel. Infolgedessen ist es, wenn man ihn anlegt, möglich, auch Einzelfälle überzeugend zu lösen. Es bleibt jedoch fraglich, ob das Konzept den Handlungsspielraum der Gerichte hinreichend einschränkt. Denn das Ziel muss es ja eigentlich sein, die Unberechenbarkeiten der bislang (implizit) an die „Stehen und Fallen“-Rechtsprechung anknüpfenden Justiz zu verringern und sie nicht noch zu steigern, indem zusätzlicher Raum für – vermeintliche – Flexibilität aufgezeigt wird. Diesen Bedenken lässt sich Rechnung tragen, indem der unterbreitete Vorschlag um ein typisierendes Element ergänzt wird, wobei es schon unter dem Gesichtspunkt der dahingehenden Pfadabhängigkeit naheliegt, die Verbrauchereigenschaft als typisierende Element zu wählen. Den Gerichten ist dann nur ein Eingriff in die Mehrkomponentengeschäften zugrundeliegenden Vertragsverhältnisse zu eröffnen, wenn auf Kundenseite ein Verbraucher im Sinne von § 13 BGB steht. Die Eingriffsmöglichkeit würde sich dann auf „Verbrauchermehrkomponentengeschäfte“ beschränken. Infolge dieser Typisierung verliert der vorgestellte Regelungsrahmen wieder einen Teil seines responsiven Charakters. Denn die unter I. in Bezug genommenen Gefahren beschränken sich nicht zwingend auf Verbrauchermehrkomponentengeschäfte.

- 101 Zugleich wird das Konzept dadurch gebrauchstauglicher. Die (fiktive) Dichotomie Verbraucher-Unternehmer ist für den Gesetzgeber bereits seit langem ein gut eingeführtes Mittel der Wahl, um rechtliche Wertungen zu vereinfachen. Zudem ist es auch im europäischen Recht verankert. Hinzu kommt, dass der Gesetzgeber Verbrauchern im Hinblick auf eine Reihe von Mehrkomponentengeschäften bereits Sonderrechtsbehelfe zur Verfügung stellt, welche die Problematik der einseitigen Abwälzung des Mehrkomponentenrisikos auf den Kunden adressieren und zu vermeiden helfen. Insbesondere existieren mit den §§ 358 ff. BGB Regelungen, die auf formalrechtliche Umgehungsgestaltungen im Sinne einer Verteilung der Leistungskomponenten auf unterschiedliche Verträge reagieren. Das vorgestellte typisierte Konzept kann unmittelbar an diese Vorbildregelungen anknüpfen. Die strukturelle Gleichartigkeit von Mehrkomponentengeschäften lässt es sogar besonders naheliegend erscheinen, einen Verbraucherschutz bei bislang noch nicht explizit gesetzlich geregelten Geschäften zu gewährleisten. Auch wird bei lebensnaher Betrachtung eine mehrkomponentenspezifische Risikoverschiebung im unternehmerischen Rechtsverkehr nur in seltenen Ausnahmefällen unvorhersehbar sein. Hier müssten die indirekten Geschäftsvorteile, die sich aus einer einseitig die Anbieterseite bevorzughenden Angebotsausgestaltung ergeben, deshalb ohnehin regelmäßig auch dort verbleiben.

F. Zusammenfassung

1. Die Untersuchung zeigt, dass die aus der Komponententrennung drohende Gefahr, dass ein dem Abnehmer zustehender Rechtsbehelf seine Wirkung nicht voll entfaltet, da er an die der (nicht gestörten) Zweitkomponente zugrundeliegende vertragliche Vereinbarung gebunden bleibt, nicht bereits auf Auslegungsebene abwendbar ist (B.).
2. Angesichts dessen wird auf der Grundlage eines eigenen rechtstheoretischen Modells der Rechtfertigung von Privatrechtsmaterialisierungen herausgearbeitet, weshalb Gerichte befugt sind, den für Mehrkomponentengeschäfte nach § 15 charakteristischen Finalnexus zum Anlass für einen Eingriff in die vertraglichen Vereinbarungen zu nehmen. Das Modell basiert auf dem Gedanken, dass rechts-externe Beobachtungen das liberale Privatrecht zu einer beständigen Materialisierung zwingen und diese Beobachtungen vonseiten der Privatrechtsdogmatik aufgegriffen werden müssen.
3. Die Arbeit geht davon aus, dass in diesem Zusammenhang jedenfalls die Erkenntnisse der neueren Verhaltenswissenschaft aufzugreifen sind. In der Folge lassen sich, sofern man die Beobachtungen von Marketingforschung und Rechnungslegungspraxis an ihnen reflektiert, die spezifischen Risiken von Mehrkom-

ponentengeschäften aufzeigen. Die beiden zur Reflektion genutzten Disziplinen beobachten, dass Mehrkomponentengeschäfte ein Alltagsphänomen des modernen Wirtschaftslebens sind, gerade weil sie ihren Anbietern zusätzliche Absätze versprechen (vgl. bereits § 8 C.). In § 16 wird anhand der Erkenntnisse der Verhaltensforschung herausgearbeitet, dass diesem spezifischen Mehrkomponentenpotenzial spezifische Mehrkomponentenrisiken entsprechen (Locked-In-Effekte, rechtliche Unklarheiten, irrationale Verhaltensweisen).

4. Die Existenz dieser Mehrkomponentenrisiken und das Bedürfnis für einen daran anknüpfenden externen, gerichtlichen Eingriff lassen sich mittels einer Aufarbeitung des existierenden bereichsspezifischen Verbraucherschutzrechts und der ökonomischen Theorie des Verbraucherschutzes bestätigen. Konkret wird die Korrekturbedürftigkeit also auch auf den Gedanken gestützt, dass gleich strukturierte Geschäftsmodelle gleichartig rechtlich behandelt werden sollten (Grundsatz der Gleichbehandlung). Außerdem wird darauf abgestellt, dass es Möglichkeiten zur Korrektur der Mehrkomponentenrisikoverteilung bedarf, da ansonsten ein Marktversagen droht.
5. Unter Rückgriff auf diese Erkenntnisse, lassen sich konkrete Voraussetzungen aufstellen, wann Gerichte die Wirkung eines dem Abnehmer zustehenden Rechts zur Vertragsbeendigung im Hinblick auf das gesamte Mehrkomponentengeschäft erweitern dürfen. Dabei wird in der Arbeit schlussendlich für eine typisierende Betrachtung plädiert, als deren Konsequenz sich die Eingriffsmöglichkeiten auf Verbrauchermehrkomponentengeschäfte beschränken würden.

§ 17 Fazit

1. Dem BGB sind kaum Anhaltspunkte für eine Mehrkomponentendogmatik zu entnehmen (§ 14). Der Regelungsansatz des BGB legt eine separate Einzelbetrachtung von Leistungskomponenten nahe. Zudem gibt es keine Regeln, die den Parteien eines Mehrkomponentengeschäfts Vorgaben dazu machen würden, wo sie die Vertragsgrenzen zu ziehen haben. Dies birgt die Gefahr, durch rein funktionale Zusammenhänge zwischen den Komponenten entstehende Vertragsungerechtigkeiten zu übersehen. Als mögliche Ungerechtigkeit kommt insbesondere in Betracht, dass der Abnehmer eines Mehrkomponentengeschäfts an den einer Leistungskomponenten zugrundeliegenden vertraglichen Vereinbarungen festgehalten wird, obwohl er sich im Hinblick auf eine andere Komponente vertraglich lösen durfte und deshalb das Interesse an der Zweitkomponente verloren hat.
2. Die Rechtsfigur der verbundenen und zusammenhängenden Verträge, welche den §§ 358 ff. BGB (und § 506 BGB) zugrunde liegt, kann als Reaktion auf das ursprüngliche Schweigen des BGB zu Mehrkomponentengeschäften gedeutet werden. Die Regelungen lassen sich nach hier vertretener Auffassung aber nicht im Wege der Analogie auf alle Mehrkomponentengeschäfte anwenden. Eine übergreifende Lösung für die Mehrkomponentenproblematik muss sich vielmehr auf allgemeine privatrechtsdogmatische Erwägungen stützen.
3. Der BGH hat anhand drei unterschiedlicher Fallgruppen eine Auslegungsregel entwickelt, die darauf abzielt, bei Mehrkomponentengeschäften drei Willenselemente der Parteien zu unterscheiden: (1) den Willen zur Begründung von Leistungspflichten, (2) den Willen zur Zusammenfassung dieser Leistungspflichten in einem Vertrag bzw. den – entgegengesetzten – Willen zur Vertragstrennung und (3) den Willen zur wirtschaftlichen Verknüpfung mehrerer, zunächst separater Verträge (§ 15 B). Auf die Beobachtung der Existenz der letztgenannten Ebene wird auch in den §§ 358 ff. BGB abgestellt. Dass ihre Existenz dort anhand objektiver Kriterien festgestellt werden soll, spielt allein auf Rechtsfolgen-seite eine Rolle.
4. Hier wird dafür plädiert, diese dritte Ebene unter Rückgriff auf die von *Gernhuber* im Hinblick auf das finanzierte Geschäft vorgenommene Kategorienbildung als Finalnexus zu bezeichnen (§ 15 C.). Der Anschluss an *Gernhuber* erscheint dabei gegenüber einer Anknüpfung an die von *Larenz* und anderen zum finanzierten Geschäft vorgeschlagene Lösung, wonach es hier um die Geschäftsgrundlage zwischen den separaten Verträgen gehe, aus heutiger Sicht vorzuzugewärtig. Denn der im Hinblick auf die Geschäftsgrundlagenlehre seit ihrer Kodifizierung in § 313 BGB erreichte dogmatische Stand würde erheblich

gefährdet, sofern man andauernd versuchen würde, die Fallgruppe des Finalnexus in sie einzuordnen.

5. Die dadurch gewährleistete dogmatische Aufarbeitung der Geschäfte stellt den notwendigen formellen Hebel bereit, damit informellere Mechanismen, wie die Sorge der Unternehmen vor einem Reputationsverlust oder dem Verlust von Kunden, ihre präventiv-schützende Wirkung entfalten können.
6. Die dogmatische Kategorienbildung sagt für sich genommen aber noch nichts darüber aus, inwiefern an gestörte Mehrkomponentengeschäfte privatautonomienegierende Rechtswirkungen wie eine „Erweiterung“ von Vertragsbeendigungsrechten geknüpft werden können. Hierfür sind in einem weiteren Schritt auf einer Wertungsebene Kriterien zu entwickeln.
7. Die in Anlehnung an die BGH-Rechtsprechung (These Nr. 3) entwickelbare reine Auslegungslösung begegnet durchschlagenden Vorbehalten (§ 16 B.): Es verstößt gegen das Gebot einer folgerichtigen Vertragsauslegung, einerseits davon auszugehen, dass die im Hinblick auf die einzelnen Leistungskomponenten abgeschlossenen rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen rechtlich getrennt sind, andererseits aber anzunehmen, dass diese nach dem Parteiwillen miteinander „stehen und fallen“ sollen. Vor allem wird das von der BGH-Lösung in den Blick genommene Auslegungsergebnis aber in der Praxis höchst selten tatsächlich den Parteiwillen widerspiegeln. Es kann mit anderen Worten eigentlich nicht vorkommen. Gerade in Mehrpersonenkonstellationen erscheint es sogar ausgeschlossen, den Parteien einen Einheitswillen nachzuweisen. Schließlich vermag es nicht zu überzeugen, den Parteien, indem ihre Vereinbarungen im Wege der Auslegung zu einer Einheit zusammengefasst werden, auf Rechtsfolge-seite jegliches Wahlrecht im Hinblick auf die Verknüpfung der Leistungskomponenten zu verwehren. Denn hierdurch tritt die BGH-Lösung in einen Konflikt mit den gesetzgeberischen Wertungen in § 139 BGB und § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB.
8. Die danach notwendige Kriterienbildung zielt darauf ab, für Fälle von Vertragsbeendigungsrechten im Hinblick auf eine Leistungskomponente den Bedarf für gerichtliche Eingriffe auch ohne bzw. gegen den Parteiwillen herauszustellen. Dazu ist ein Modell von Rechtsdogmatik als verantwortlichem Handeln zu entwickeln und anzuwenden (§ 16 C. I. – III.). Auf dieser Grundlage lassen sich drei bei Heranziehung von Erkenntnissen der neueren Verhaltensforschung, des Marketing und der Rechnungslegungspraxis erkennbar werdende spezifische Risiken für die Abnehmer von Mehrkomponentengeschäften identifizieren (§ 16 C. IV.): der bei Mehrkomponentengeschäften entstehende Locked-In-Effekt, das Auseinanderfallen von „wirtschaftlicher“ Intuition und rechtlicher Gestaltungsmacht sowie der Umstand, dass die besondere Struktur von Mehrkomponentengeschäften darauf abzielt, „fehlerhafte“ menschliche Verhaltensmuster auszu-

nutzen. Demgegenüber handelt es sich bei Mehrkomponentengeschäften nicht in dem Sinne um Umgehungsgestaltungen als die Mehrkomponentenanbieter notwendigerweise auf eine rechtliche Benachteiligung der Kunden abzielen. Umgangen wird vielmehr nur das in einem auf das Denken in Verträgen aufbauende rechtliche Kategoriensystem.

9. Diese Erkenntnisse lassen sich zweifach absichern: unter Heranziehung des Gedankens, dass gleichartig strukturierte Geschäftsmodelle auch rechtlich gleich behandelt werden sollten und anhand der Erkenntnisse der ökonomischen Theorie des Verbraucherschutzes (§ 16 C. V.).
10. Die hier demnach gerechtfertigte Gewährleistung von Abnehmerschutz im Wege eines gerichtlichen Eingriffs ließe sich grundsätzlich sowohl im Wege eines „Informationsmodells“ als auch eines „Eingriffsmodells“ umsetzen. Bei einer vergleichenden Gegenüberstellung überwiegen die Vorbehalte gegenüber dem erstgenannten Modell (§ 16 D.). So legt bereits die historische Auseinandersetzung des BGH mit dem Kundenschutz bei Abzahlungsgeschäften ein Scheitern des Mehrkomponenteninformationsmodells nahe. Zudem stellt das Informationsmodell zwar eine Art „minderschweren“ Eingriff in die Privatautonomie dar, ist jedoch nicht zwingend einem tendenziell repressiveren Verbraucherschutz vorzuziehen. Zentral ins Gewicht fallen darüber hinaus die in jüngerer Zeit allgemein formulierten Zweifel gegenüber der Wirkungsmacht des Informationsmodells als zivilrechtlichem Steuerungsinstrument. Hinzu kommt, dass es in seiner konkreten Ausgestaltung zwangsläufig vage bleiben muss. So lässt sich der Umfang der zum Schutz der Verbraucher notwendigen Informationen nicht abstrakt umreißen. Darüber hinaus bleibt in Mehrpersonenkonstellationen auch unklar, wer überhaupt der richtige Informationsschuldner wäre.
11. All dies spricht dafür, den notwendigen Kundenschutz bei Mehrkomponentengeschäften – trotz der auch demgegenüber begründeten Bedenken – über ein (repressives oder paternalistisches) Eingriffsmodell zu gestalten. Dabei liegt es nahe, den Kundenschutz zur Gewährleistung von Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit gerichtlichen Handelns im Wege der Typisierung auf Verbrauchermehrkomponentengeschäfte zu beschränken.

§ 18 Übertragung der Erkenntnisse in die Sphäre der Rechnungslegung

1
Sofern sie sich an den §§ 15 ff. orientiert, steht der Rechnungslegung künftig ein anschlussfähiges Modell für eine zivilrechtsakzessorische Ertragsrealisation bei Mehrkomponentengeschäften zur Verfügung. Im Ausgangspunkt dieses Modells steht die allgemein anerkannte Überzeugung, dass ein Teilerlös aus einem Mehrkomponentengeschäft gemäß § 252 Abs. 1 Nr. 4 HGB realisiert werden darf, sobald dem Anbieter der entsprechende Teil der vom Kunden zu entrichtenden Gegenleistung „quasisicher“ ist (§ 13). Dabei ist davon auszugehen, dass die Einzelkomponenten aus privatrechtlicher Sicht grundsätzlich unverknüpft sind, solange die Parteien nicht – explizit oder konkludent – eine Verknüpfung herstellen. Daraus folgt, dass dem Anbieter bei Erbringung der Einzelkomponente regelmäßig bereits der ihr entsprechende Teil der Gegenleistung zusteht. Denn es kommt insofern allein auf die privatrechtlichen Preisgefahrregelungen im Hinblick auf die Einzelkomponente an. Demgemäß gilt, dass bei einer zivilrechtsakzessorischen Bilanzierung die Umsatzaufgliederung den Regelfall bildet. Anders ist dies nach dem hier vorgestellten Konzept nur unter zwei Voraussetzungen. Zum einen müssen die dem Mehrkomponentengeschäft zugrundeliegenden Verträge im Sinne eines Finalnexus miteinander verknüpft sein. Zum anderen muss es sich beim Kunden des Mehrkomponentengeschäfts um einen Verbraucher handeln. Wenn dies der Fall ist, vermag sich der Kunde, obwohl die Gegenleistungsgefahr im Hinblick auf die Erstkomponente bereits übergegangen ist, bei einem Vertragslösungsrecht im Hinblick auf die Zweitkomponente auf der zivilrechtlichen Ebene noch unter Berufung auf den Finalnexus vom Gesamtgeschäft zu lösen. Dies gilt selbst bei einem zufälligen Untergang der Zweitkomponente, solange nicht auch insofern die Gegenleistungsgefahr übergegangen ist. In den umrissenen Fällen muss deshalb bei zivilrechtsakzessorischer Rechnungslegung die Erlösrealisierung hinausgezögert werden.

2
Aus bilanzieller Sicht lassen sich gegenüber diesem Ergebnis noch zumindest zwei Einwände vorbringen. Von diesen verfängt jedoch nach hier vertretener Auffassung schlussendlich nur einer. Der erste Einwand geht dahin, dass Leistungsstörungsrisiken, der finanzgerichtlichen Rechtsprechung zufolge, die Ertragsrealisation grundsätzlich nicht beeinflussen und daher dem Risiko einer Leistungsstörung der Zweitkomponente beim vorgestellten Modell ein (zu) hohes Gewicht zugesprochen wird. Damit zusammenhängend kann vorgebracht werden, dass das Modell keine Begründung dafür zu liefern vermochte, weshalb die wirtschaftliche Beurteilung des Risikos einer Totalabwicklung des Mehrkomponentengeschäfts bilanziell ausgeblendet werden sollte. Im Lichte dieser beiden Einwände erscheint der Status der zivilrechtsakzessorischen Bilanzierung fragil. Sofern der Gesetzgeber an der derzeitigen Ausgestaltung der §§ 238 ff. HGB festhält, ist sie jedoch methodisch zwingend, sofern man sich nicht auf die in Teil 6 der Arbeit vertretene Neubestimmung des

Verhältnisses von Vorsichts- und Realisationsprinzip einlässt (A.). Auch wenn man die in Teil 6 näher dargestellten Überzeugungen nicht mitzutragen bereits ist, bedeutet dies nicht, dass die Rechnungslegung ihren Mindestabstand zum Privatrecht ganz aufgeben muss. Denn das Privatrecht vermag der Rechnungslegung jedenfalls keine Begründung für das Wesentlichkeitskriterium (dazu § 10 C.) zu liefern (B.).

A. Einwand: Realitätsverdrängung

I. Widerspruch zur Behandlung des Leistungsstörungsrisikos

- 3 Gegen das hier vorgestellte, auf der zivilrechtsakzessorischen Rechnungslegungsmethode aufbauende Konzept kann, wie angedeutet, zunächst der Einwand vorgebracht werden, dass es der herkömmlichen Bewertung des Leistungsstörungsrisikos im Bilanzrecht widerspricht, sofern, wie hier vertreten wird, die Gefahr eines Vertragslösungsrechts im Hinblick auf die Zweitkomponente in späteren Wirtschaftsjahren einer (Teil-)Gewinnrealisierung entgegenstehen soll. Damit wird in den Blick genommen, dass die finanzgerichtliche Rechtsprechung dem Gewährleistungsrisiko beim „einfachen“ Kaufvertrag jeden Einfluss auf die Ertragsrealisation abspricht. Obschon die Möglichkeit im Raum steht, dass sich der Käufer in Zukunft erfolgreich auf ein Gewährleistungsrecht beruft, soll die Kaufpreisforderung bereits beim Verkäufer angesetzt und damit der Ertrag aus dem Geschäft realisiert werden können. Das verbleibende Gewährleistungsrisiko soll (nur) im Wege einer Rückstellung abgebildet werden müssen (näher § 13 B.). Es ist zunächst nicht ersichtlich, weshalb die Leistungsstörungsgefahr bei Mehrkomponentengeschäften anders behandelt werden sollte. Denn der einzige Unterschied zu den Fällen einfacher Kaufverträge besteht darin, dass sich eine Leistungsstörung hier im Wege der „Gesamtwirkung“ auch auf den Teil der Gegenleistung, welcher auf die bereits erfüllte Leistungspflicht entfällt, auswirken kann. Wenn überhaupt, dann ist aufgrund der Verdoppelung der Tatbestandsvoraussetzungen in Mehrkomponentenfällen – Leistungsstörung und Gesamtwirkung – davon auszugehen, dass dem Bilanzierenden die Gegenleistung im Hinblick auf die erste, fehlerfrei erbrachte Leistungskomponente bereits sicherer ist als beim Einkomponentenvertrag.

II. Ausblendung „wirtschaftlicher“ Risikobeurteilungen

- 4 Weiterhin kann vorgebracht werden, dass das hier vertretene zivilrechtsakzessorische Konzept der finanzgerichtlichen Rechtsprechung zum Umgang mit Temporärverlusten bei Mehrkomponentengeschäften (§ 10 A.) widerspricht. Der BFH hat in den einschlägigen Entscheidungen – wie aufgezeigt – durchblicken lassen, dass er

eine Bilanzierung, die sich an einer „wirtschaftlichen“ Einschätzung des tatsächlichen Umfangs der Gewährleistungsrisiken bei Mehrkomponentengeschäften orientiert, befürwortet.¹¹⁵⁸ Döllerer hat dementsprechend bereits 1974 vorgebracht, dass es für eine Teilgewinnrealisation genügen dürfte, wenn eine Beeinträchtigung des Anspruchs auf den Teil der Gegenleistung, der auf eine Teilerfüllung entfällt, nach den tatsächlichen Umständen ausgeschlossen erscheint.¹¹⁵⁹

Vergleichbare Überlegungen finden sich nunmehr teilweise in der bilanzrechtsdogmatischen Literatur zur Abbildung von Mehrkomponentengeschäften wieder. *Joisten* zufolge soll etwa trotz einer unteilbaren Gegenleistung eine separate Ertragsrealisation zulässig sein, wenn der Unternehmer fest damit rechnen kann, dass der Kunde Schadensersatz nach Maßgabe der Surrogationsmethode wählen wird, er also trotz unteilbarer Gegenleistung beabsichtigt, an dem Vertrag festzuhalten.¹¹⁶⁰ Auch *Wirth* vertritt die Auffassung, dass ein „Totalrücktrittsrecht“ des Kunden bei Teilleistung des Bilanzierenden wie der Preisgefahrenübergang bei normalen Geschäftstransaktionen zwar ein gewichtiges, aber nicht unwiderlegbares Indiz für den bilanzzweckadäquaten Gewinnrealisationszeitpunkt darstelle.¹¹⁶¹ Es bedürfe seiner Meinung nach sogar stets noch der ergänzenden Prüfung, ob zu diesem Zeitpunkt tatsächlich sämtliche Risiken – ausgenommen der grundsätzlich durch Rückstellungsbildung zu erfassenden Forderungsausfall- und Gewährleistungsrisiken – soweit abgebaut sind, dass die bilanzielle Forderung und der Gewinn als quasisischer gelten können.¹¹⁶²

Im Gegensatz dazu, kommt es bei strenger Befolgung der vorstehend dargelegten zivilrechtsakzessorischen Methode allein darauf an, dass aus privatrechtsdogmatischer Sicht ein Gewährleistungsrisiko der Theorie nach zu bejahen ist. Ausgeblendet wird dabei, ob es überhaupt nahe liegt, dass der Abnehmer ein ihm im Hinblick auf die restlichen Leistungskomponenten hypothetisch zustehendes Recht zur Berufung auf den Finalnexus auch tatsächlich geltend macht und in der Lage ist, die daraus resultierenden Rechtsfolgen (gerichtlich) durchzusetzen. Dies gilt, obschon eine Wahrscheinlichkeitsbetrachtung wohl zu dem Ergebnis kommen müsste, dass die Mehrkomponentenanbieter insofern kaum Risiken ausgesetzt sind. Denn das Operieren mit dem Finalnexus dürfte weder den Kenntnissen noch den Fähigkeiten durchschnittlicher Verbraucher entsprechen. Dieselben Bedenken ließen sich, wenngleich in abgeschwächter Form, im Übrigen vorbringen, sofern, entgegen der

1158 So hat sich der I. Senat des BFH in seinem Beschluss zu Koppelungsgeschäften im Mobilfunksektor auf den Standpunkt gestellt, dass der Gefahr einer (Teil-)Kündigung des MFD-Vertrags und einem sich daran anschließenden Behaltendürfen des Mobiltelefons keine Bedeutung zukomme, da diese Gefahr jedenfalls keinen Einfluss auf das Kalkül der handelnden Parteien gehabt habe, vgl. BFH Beschl. v. 7.4.2010 – I R 77/08 = DStR 2010, 1015 Rn. 8.

1159 Döllerer BB 1974, 1541 (1544).

1160 Joisten, Mehrkomponentengeschäfte, S. 363.

1161 Wirth, Die Bilanzierung von Mehrkomponentengeschäften, S. 105.

1162 Wirth, Die Bilanzierung von Mehrkomponentengeschäften, S. 106.

hier vertretenen Auffassung, eine Einordnung der Mehrkomponentengeschäfte unter § 313 BGB bzw. die Auslegungslösung des BGH bejaht wird.

- 7 Hinzukommt noch, dass das Ausmaß der durch eine strenge Befolgung der zivilrechtsakzessorischen Methode bei der Mehrkomponentenbilanzierung verursachten „Realitätsverengung“, wie bereits anhand der Behandlung von Drohverlustrückstellungen in Teil 4 der Arbeit verdeutlicht wurde, bedeutend sein kann: Nach der hier befürworteten Auslegung des § 249 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 HGB kommt es etwa bei einer Hinauszögerung der Umsatzrealisation nicht zu einer Einheitsbetrachtung des Geschäfts zu Beginn. Vielmehr sind die aus ihm drohenden vorübergehenden Verluste über Drohverlustrückstellungen zu erfassen und nicht zu saldieren, selbst wenn das Geschäft insgesamt gewinnbringend ist und nur einzelne seiner Komponenten bewusst unterbewertet wurden (vgl. § 10 A.).

III. Einordnung dieser Einwände in die allgemeine Debatte

- 8 Die unter I. und II. dargelegten Einwände lassen sich dahingehend zusammenfassen, dass, sofern man bilanziell an privatrechtliche Wertungen anknüpft, den Anbietern von Mehrkomponentengeschäften eine „übersichtliche“ Bilanzierung auferlegt wird. Der dem Gebot der zivilrechtsakzessorischen Bilanzierung gemachte Vorwurf lautet also, dass es den Rechtsanwender zu einer in Teilen schematischen, und die Realität ausblendenden Sichtweise zwingt bzw., dass die privatrechtskonforme Bilanzierung zwar objektive, nicht aber überzeugende Ergebnisse liefert. Dadurch wird zugleich erkennbar, dass in den hier formulierten Einwänden nur die allgemeine Auffassung zum Ausdruck kommt, dass die vertraglichen Vereinbarungen der Parteien und die dispositive Gesetzesregelung bloße Indikatoren für die Quasisicherheit der Gegenleistungsforderung bei einer Lieferung und Leistung und damit die Bestimmung des Realisationszeitpunkts sein könnten¹¹⁶³ und die Risikolage des Kaufmanns im Hinblick auf den Erhalt der Gegenleistung immer noch aus wirtschaftlicher Sicht, also unter Einbeziehung der „wirklichen“ wirtschaftlichen Vorgänge und Zustände, analysiert werden müsse.¹¹⁶⁴ Bei dieser Ermittlung des eigentlichen wirtschaftlichen Gehalts eines Geschäfts, muss es dann eine Frage der Einzelfallabwägung bleiben, unter welchen Voraussetzungen die „wirtschaftliche“ Kontrollüberlegung anstelle des zivilrechtsakzessorischen Vorgehens das „richtige“

¹¹⁶³ Hennrichs, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, § 9 Rn. 414; Wüstemann/Kierzek Zfbf 2007, 882 (890).

¹¹⁶⁴ Vgl. allgemein zum Bedeutungsgehalt der so genannten wirtschaftlichen Betrachtungsweise: Beisse StW 1981, 1 (12); ders., in: FS Müller, 2001, S. 731 (739): „substance over form“; Meyer, JbJZ 2011, 69 (95); Groh StW 1989, 227 (230 f.); Ekkenga ZGR 1997, 262 (267 f.). Insbesondere ist die wirtschaftliche Betrachtungsweise nicht gleichbedeutend und nicht zu verwechseln mit der ökonomisch geleiteten Auslegung des geltenden Rechts, vgl. Beisse StW 1984, 1 (10): „der juristische Zweckbegriff des „Wirtschaftlichen“ [ist] gerade nicht im Sinne einer ökonomischen Betrachtungsweise konzipiert [...], sondern [meint] vielmehr eine bestimmte, anders strukturierte Wirklichkeitsbezogenheit des Rechtlichen“; s. auch Meyer, JbJZ 2011, 69 (76, 95); Groh StW 1989, 227 (230).

Bilanzieren vorgibt. Schlussendlich endete man also bei einer freien Abwägbarkeit von zivilrechtsakzessorischer und „wirtschaftlicher“ Bilanzierung.

IV. Zur fehlenden Einbettung in das HGB

Dass eine wirtschaftliche Kontrollüberlegung statthaft sei, findet im HGB weder eine ausdrückliche noch eine mittelbare textliche Stütze. Insbesondere kann die Zulässigkeit nicht aus § 264 HGB hergeleitet werden.¹¹⁶⁵ Auch fände hier dann nicht etwa bloß eine teleologische Gesetzesauslegung statt. Wirtschaftliche Betrachtungsweisen lassen sich zwar teilweise als eine „auf das Recht der Rechnungslegung bezogene teleologische Auslegung des Gesetzes“ reformulieren, wodurch sie zugleich aus methodischer Sicht gerechtfertigt erscheinen,¹¹⁶⁶ hier scheidet dieses Vorgehen aber aus. Denn der Begriff der „wirtschaftlichen“ Kontrollüberlegung bezeichnet hier (nur) ein besonderes Vorgehen bei der Sachverhaltsbeurteilung, dessen einziger Zweck darin besteht, eine realistischere Bilanzierung in Distanz zu untauglichen privatrechtlichen Wertungen sicher zu stellen, die Ausfluss einer Auslegung des BGB (also des Gesetzes) oder einer Vertragsauslegung waren. Dementsprechend kann im hiesigen Kontext allenfalls von einer „wirtschaftlichen“ Methode in einem weiten, untechnischen Sinne die Rede sein. Auch das heißt aber nicht, dass der Kontrollüberlegung ihre fehlende gesetzliche Verankerung vorgeworfen werden kann. Denn derselbe Vorwurf könnte gegenüber der hier als vorzugswürdig angesehenen zivilrechtsakzessorischen „Methode“ erhoben werden.

V. Stellungnahme zum Einwand der Realitätsverengung

Angesichts der vorstehenden Ausführungen erscheint zweifelhaft, ob Teil 5 der Arbeit überhaupt für sich beanspruchen darf, allgemeingültige Aussagen zur Teilgewinnrealisation bei Mehrkomponentengeschäften zu treffen. Denn insofern die Befolgung der zivilrechtsakzessorischen Methode dazu führt, dass der Einblick in die Unternehmenslage erheblich verzerrt wird, kann sie nicht erwarten, aus Sicht der Rechnungslegungspraxis überzeugender zu sein als „wirtschaftliche“ Einzelfallbetrachtungen. Allgemein zeigt sich hier also eine Dissonanz zwischen der Leistungsfähigkeit des Privatrechtssystems und den Anforderungen des Rechnungslegungssystems. Die Arbeit vertritt aber die These, dass die deutsche Bilanzrechts-

¹¹⁶⁵ Vgl. zum methodischen Bedeutungsgehalt der Norm: *Ekkenga* ZGR 1997, 262 (267 f.); *Meyer*, JbJZ 2011, 69 (70, 72 ff.), der in § 264 Abs. 1 Satz 2 2. Hs. HGB, § 39 Abs. 2 AO und §§ 40, 41, 42 AO eine gesetzliche Verankerung der „wirtschaftlichen“ Zurechnung von Vermögensgegenständen sieht. Vgl. aber § 4 RAO 1919, wonach bei der Auslegung der Steuergesetze „ihr Zweck, ihre wirtschaftliche Bedeutung und die Entwicklung der Verhältnisse zu berücksichtigen“ waren.

¹¹⁶⁶ *AK Bilanzrecht* NZG 2014, 892 (894); vgl. auch *Merkel*, in: *Hopt*, HGB, Einleitung vor § 238 Rn. 71; *Beisse* StuW 1981, 1 (12).

ordnung diese Dissonanz aushalten und die zivilrechtsakzessorische Methode gegen den Vorwurf der Realitätsferne verteidigen muss, weil die vorgeschlagene Alternativlösung ist aus Sicht des Rechts schlichtweg unakzeptabel ist.

- 11 Wenn man einer wirtschaftlichen (Kontroll-)Betrachtung zivilrechtsakzessorisch erlangter Erkenntnisse das Wort redet, ist ein normatives Erwarten nicht möglich. Solange die wirtschaftliche Betrachtungsweise den Gerichten als Alternativoption zur Entscheidungsbegründung zur Verfügung steht, können die Rechtsanwender erst dann auf die Rechtmäßigkeit des eigenen Handelns vertrauen, wenn der BFH konkret über dieses Handeln entschieden hat. Denn die Argumentation mit der wirtschaftlichen Betrachtungsweise ist immer eine Argumentation ad hoc und ad hominem. Sie stützt sich allein darauf, welche Sachverhaltsbetrachtung das Gericht konkret für „realistisch“ erachtet. Aus ihr lassen sich aber keinerlei Folgerungen für angrenzende Fragestellungen ableiten, auch wenn sie sehr vergleichbar erscheinen. Auf wirtschaftliche Erwägungen abstellenden Gerichtsentscheidungen fehlt es mit anderen Worten an einem Anhaltspunkt für Typisierungen.¹¹⁶⁷ Angesichts dessen muss die Rechnungslegung aus einer Funktionenperspektive des Rechts jedenfalls so weit wie möglich in das Privatrechtssystem integriert werden, indem neu abzubildende schwierige Fälle in juristische Begriffe überführt werden, selbst wenn dies bedeutet, dass die sich daran anschließende Bilanzierung im Ergebnis im Einzelfall „unrealistischer“ erscheint als eine auf wirtschaftliche Erwägungen abstellende Rechnungslegung. Es ist daher im Grundsatz dafür zu plädieren, dass die wirtschaftliche Betrachtungsweise eine präzisierte rechtsformalistische Sicht nicht verdrängen darf.¹¹⁶⁸ Davon ist nur abzuweichen, insofern es gelingt, die wirtschaftliche Betrachtungsweise selbst zu verrechtlichen. Hier wird die Auffassung vertreten, dass dies möglich ist, und zwar, indem man sie als Ausdruck einer Abwägung der zwei für die Ertragsrealisation zentralen Bilanzierungsprinzipien, des Vorsichts- und des Realisationsprinzips reformuliert. Dieser Gedanke wird im anschließenden Teil 6 näher dargestellt.

B. Fehlende dogmatische Anknüpfungspunkte für eine Wesentlichkeitsbetrachtung

- 12 Die vorstehenden Ausführungen bedeuten nicht, dass sich auf der Grundlage der Zivilrechtsakzessorietät (Teil 5) und bei dogmatischer Effektivierung von Vorsichts-

1167 Zu einem vergleichbaren Schluss kommt, wenngleich aus einer ganz anderen theoretischen Perspektive, Moxter, wenn er vorbringt, dass „wichtige Bilanzierungsfragen nicht oder jedenfalls nicht schlüssig“ beantwortet werden könnten, sofern es zulässig sei, eine „unter Umgehung der Fundamentalprinzipien unmittelbar auf die Objektivierungs- und Vereinfachungsprinzipien abstellende (oder eine jeder dogmatischen Basis entbehrende) Sicht“ einzunehmen (vgl. Moxter, in: FS Döllerer, 1988, S. 447 (449)).

1168 Vgl. zu abweichenden Auffassungen etwa Beisse Stuw 1984, 1 (12); Wüstemann/Kierzek Zfbf 2007, 882 (890).

und Realisationskonzept (Teil 6) bereits ein vollständiges Ertragsrealisationskonzept für Mehrkomponentengeschäfte entwerfen lässt. Die Bilanzrechtsdogmatik muss vielmehr weiterhin eine Lücke aufweisen, wenn es darum geht, eine rechtlich tragfähige Theorie für das Konzept der Kostenabgrenzung zu entwerfen. Wie in § 10 C. aufgezeigt wurde, vermag es die Bilanzrechtsdogmatik aus sich heraus nicht, die bei der Gewinnrealisation einer Reihe von Mehrkomponentengeschäften befürwortete Wesentlichkeitsbetrachtung mit im Recht tragfähigen Argumenten zu begründen. Auch unter Berücksichtigung der Privatrechtsakzessorietät der Gewinnrealisation ist dies nicht möglich. Eine Wesentlichkeitsbetrachtung von Leistungspflichten ist dem Schuldrecht zwar nicht per se unbekannt, bei privatrechtlicher Betrachtung muss aber gelten, dass es gerade für eine Einheitsbetrachtung von Leistungskomponenten spricht, wenn eine nachlaufende, am Periodenende noch ausstehende Leistungspflicht als „unwesentlich“ einzuordnen ist. Denn die Wertung wesentlich/unwesentlich impliziert eine Komponentenverbindung.

Bei Übertragung auf die bilanzielle Ebene würde dies gegen eine Vollgewinnrealisierung bereits in der Periode sprechen, so wie sie die Anhänger des Konzepts der Kostenabgrenzung befürworten. Bilanziell wäre das dann erzielte Ergebnis hochgradig kontraintuitiv. Demonstrieren lässt sich dies an § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB, der von den im BGB enthaltenen Regelungen noch am ehesten eine, wenngleich auf das Einzelvertragsverhältnis beschränkte Wesentlichkeitsbetrachtung enthält. Danach darf der Gläubiger (also der Kunde), sofern der Schuldner (also der Anbieter) bereits eine Teilleistung bewirkt hat, vom ganzen Vertrag nur noch zurücktreten, wenn er an dieser Teilleistung kein Interesse hat. Dementsprechend kommt (allein) im Fall der „unwesentlichen“ Teilleistung in der Erstperiode noch ein Gesamtrücktritt in Betracht, was jegliche Gewinnrealisation ausschließen muss, also auch diejenige im Hinblick auf die bereits erbrachte „unwesentliche“ Teilleistung. Umgekehrt kann im Fall einer „wesentlichen“ Teilleistung bereits eine Teilgewinnrealisation stattfinden. Hier endet der Aussagegehalt des Privatrechts zudem. Dass die „Unwesentlichkeit“ einer noch ausstehenden Leistungspflicht dazu führt, dass dem Mehrkomponentenanbieter der Gesamtgewinn aus dem Geschäft bereits „quasisicher“ ist, ist mithin eine privatrechtsfremde Wertung. Diese Stelle wird erst durch den in Teil 7 ausformulierten dritten Dogmatisierungsbaustein ausgefüllt.

13

Teil 6 – „Wirtschaftlich“ begründete Ertragsrealisationen

§ 19 Einleitung

Aus bilanzierungspraktischer Sicht erscheint das in Teil 5 erarbeitete Modell einer 1
zivilrechtsakzessorischen Ertragsrealisation für sich genommen realitätsfern und
teilweise lückenhaft. Für sich genommen kann es daher nicht überzeugen. Zu-
gleich fehlt es aber noch an einem „bilanzrechtsinternen“ dogmatischen Argument
dafür, weshalb man es zugunsten einer dem wirtschaftlichen Gehalt entspre-
chenden Ertragsrealisation aufgeben können sollte. Die Bilanzierung entsprechend
der wirtschaftlichen Lage erscheint zwar intuitiv „richtiger“ als die zivilrechtsak-
zessorische Bilanzierung und findet deshalb das Wohlwollen der Praxis, aus
rechtswissenschaftlicher Sicht fehlt ihr aber ein argumentatives Fundament (§ 18).
Bislang lässt sich allein nach dem Grundsatz des Gleichmaßes unter Verweis auf
einen festen Gerichtsgebrauch entscheiden, ob eine „wirtschaftliche“ Betrach-
tungsweise eine Abweichung von der zivilrechtsakzessorischen Ertragsrealisation
rechtfertigt. Ziel von Teil 6 der Arbeit ist es, das fehlende Argument zu entwi-
ckeln. Konkret wird versucht, eine abschließende Begründung dafür zu liefern,
weshalb der Zivilrechtslage zum Trotz die Entscheidung zwischen „vorzeitiger“
und „hinausgezögerter“ Ertragsrealisation bei Mehrkomponentengeschäften zu-
gunsten der ersteren ausfallen sollte.

Gedanklicher Ausgangspunkt von Teil 6 ist dabei, dass die Entscheidung zwi- 2
schen „vorzeitiger“ und „hinausgezögerter“ Ertragsrealisation bilanzrechtsdogma-
tisch nur auf eine Wahl zwischen unterschiedlichen Hypothesen zur Auslegung
der Ertragsrealisationsprinzipien gestützt werden kann. Die Entscheidung über
den Zeitpunkt der Ertragsrealisation kann nur danach erfolgen, in welchem
Verhältnis die Bilanzierungsprinzipien „Vorsicht“ und „Realisation“ zueinander-
stehen, wobei das Realisationsprinzip hier im Sinne eines Prinzips der perio-
dengerechten Gewinn(anspruchs-)ermittlung verstanden wird¹¹⁶⁹. Dies folgt aus
dem prinzipienbasierten Aufbau der §§ 238 ff. HGB, der den Rechtsanwendern
keine anderen Kriterien zur Verfügung stellt. Es muss deshalb gefragt werden,
ob das Bestreben nach Periodengerechtigkeit es hier rechtfertigt, die aus der
Zivilrechtslage abzuleitenden Bedenken gegenüber einer Ertragsrealisation vor
Erbringung der letzten Leistungskomponente bei einem Mehrkomponentenge-
schäft außer Acht zu lassen.

1169 Bzw. als Prinzip der periodengerechten Ertrags- und Aufwandszuordnung.

- 3 Was damit stattzufinden hat, ist eine Abwägung zwischen den Ertragsrealisationsprinzipien. Dass Bilanzierungsentscheidungen mit einer Prinzipienabwägung begründet werden können, ist in der Bilanzrechtsdogmatik bereits seit Langem anerkannt. Hier wird darauf aufbauend die These vertreten, dass die Prinzipienabwägung als dogmatisches Argument zugespitzt werden muss, wenn sie tatsächlich dazu in der Lage sein soll, eine Abweichung von der Zivilrechtslage zu rechtfertigen. Denn nur so wird sie wirklich rechtspraktisch handhabbar. Hier wird vertreten, dass diese Zuspitzung dadurch erfolgen kann, dass die Außerachtlassung der Zivilrechtslage bei der Mehrkomponentenertragsrealisation im dogmatischen Diskurs auf die Jahresabschlussfunktion gestützt wird. Die damit in Bezug genommene Funktion des Jahresabschlusses kann – bei schematischer Betrachtung – bekanntlich sowohl im „Gläubigerschutz“ als auch in der „Information“ gesehen werden. Nach der hier vertretenen Auffassung muss aber, wenn es wie hier um die Letztbegründung einer Auslegungshypothese geht, im Zweifel davon ausgegangen werden, dass der Informationsgehalt dominiert. Unter dieser Prämisse erscheint dann die zivilrechtsakzessorisch begründete Hinauszögerung der Ertragsrealisation bei Verbrauchermehrkomponentengeschäften als eine unzulässige Willkürreservenbildung.¹¹⁷⁰ Das Argument der Zivilrechtsakzessorietät entpuppt sich also als ein Instrument der Ergebnispolitik, um den Jahresüberschuss bzw. das Eigenkapital (Reinvermögen) geringer erscheinen zu lassen, als es eigentlich ist. Als ein solches, allein der Vergrößerung des ergebnispolitischen Spielraums dienendes Argument, ist es nicht anzuerkennen und es ist bilanzrechtsdogmatisch gerechtfertigt, die „wirtschaftliche“ Betrachtungsweise dominieren zu lassen.
- 4 Um dies näher zu erläutern, wird in § 20 zunächst die Methode einer abwägungsgeleiteten Ertragsrealisation erklärt, also, inwiefern eine Abwägung von Bilanzierungsprinzipien eine auf „wirtschaftlichen“ Erwägungen gestützte Ertragsrealisation abweichend von den zivilrechtlichen Wertungen anleiten kann. Weiterhin wird begründet, weshalb das Argument der Prinzipienabwägung dazu zunächst zugespitzt und damit praktisch handhabbar werden muss und wie dies vonstattengehen kann. Anschließend wird in § 21 der bereits etablierte Theorienstand zur bilanzrechtlichen Prinzipienabwägung wiedergegeben. Der Abschnitt schließt mit einer These dazu, weshalb die Abwägungsmethode derzeit nicht praktisch handhabbar ist und es daher der in der Arbeit vorgeschlagenen Zuspitzung bedarf. § 22 legt dar, dass die (nationale) bilanzrechtsdogmatische Literatur im Hinblick auf den Abschlusszweck, der hier zur Zuspitzung der Abwägungsmethode herangezogen werden soll, nach wie vor von einem unaufgelösten

¹¹⁷⁰ Zum Begriff der Willkürreserven vgl. nur *Coenenberg/Haller/Schultze*, Jahresabschluss und Jahresabschlussanalyse, S. 382.

Widerspruch ausgeht. Dem wird in § 23 entgegengehalten, dass die Teleologie des deutschen Handelsbilanzrechts unter Rückgriff auf die ranghöheren Normen des Europarechts widerspruchsfrei bestimmt werden kann und dies die zwangsläufige Konsequenz aus der Eingliederung des deutschen Handelsbilanzrechts in ein supranationales Mehrebenensystem ist. Um diese These zu untermauern, wird in § 24 ausgeführt, dass die Widerspruchsfreiheit auch aus einer ökonomischen Analyse des Handelsbilanzrechts abgeleitet werden kann.

§ 20 Ziel: Zuspitzung der Prinzipienabwägung zur Herstellung ihrer Praktikabilität

A. Gedanklicher Ausgangspunkt

- 1 In Teil 6 geht es darum, den Verweis auf eine Abwägung der Bilanzierungsprinzipien zuzuspitzen und aus ihm ein praktisch handhabbares bilanzrechtsdogmatisches Argument zu formen. Dem liegt die Erkenntnis zugrunde, dass die Frage, ob eine von der Zivilrechtslage abweichende Ertragsrealisation stattfinden darf, aufgrund der Verfasstheit der §§ 238 ff. HGB nur danach beantwortet werden kann, in welchem Verhältnis die einzelnen Bilanzierungsprinzipien zueinander stehen. Hier – und allgemein – geht es dabei vor allem um das Verhältnis von Vorsichtsprinzip und Realisationsprinzip (bzw.: Prinzip periodengerechter Gewinnanspruchsermittlung). Dies gilt auch für die Frage, welches der aus bilanztheoretischer Sicht denkbaren Konzepte der Erlösrealisation bei Mehrkomponentengeschäften gewählt werden muss. Die verschiedenen Ertragsrealisationskonzepte sind mit anderen Worten als Auslegungshypothesen von Vorsichts- und Realisationsprinzip zu erkennen.

B. Warum kein Verweis auf den ständigen Gerichtsgebrauch?

- 2 Bislang begründet bilanzrechtsdogmatisch – wie aufgezeigt – oftmals der Grundsatz des Gleichmaßes die Wahl zwischen zwei Hypothesen zur Auslegung von Bilanzierungsprinzipien. Praktisch bedeutet dies, dass die Rechtsanwender ihre Bilanzierungsentscheidungen allein mit einem Verweis auf einen entsprechenden ständigen Gerichtsgebrauch des BFH rechtfertigen können. Problematisch daran ist zunächst, dass es eine un gelenkte Evolution des Bilanzrechts befeuert. Denn es lässt sich nicht beeinflussen, ob und wann sich ein Gerichtsgebrauch etabliert. Es ist damit von Zufällen abhängig, ob und wann den Rechtsanwendern ein hinreichender Anhaltspunkt zur Verfügung steht, um sagen zu können, dass ihre Bilanzierungsentscheidungen richtig sind. Im Hinblick auf neue bilanzielle Hard Cases der Ertragsrealisation wie die Mehrkomponentengeschäfte kommt als Problem hinzu, dass es Zeit braucht, bis sich ein Gerichtsgebrauch etabliert hat. Bevor sich eine allgemein akzeptierte Auffassung in Form einer Rechtsprechungskette herauskristallisiert hat, können sowohl die Bilanzierungspraxis als auch die Untergerichte ihre Bilanzierungsentscheidungen bis dahin nur auf Eigenwertungen stützen oder sich alternativ „blind“ an der metastasierenden privaten Standardsetzung orientieren. Bei näherem Hinsehen kommt also eine „sprachlose“ Dogmatik, die keine bilanzrechts-internen Lösungswege mehr aufzuzeigen vermag, zum Vorschein. Da die Wurzel

dieses Problems im limitierten Aussagegehalt des prinzipienbasierten Gesetzes liegt, handelt es sich insofern um ein bilanzrechtsspezifisches Methodenproblem.

C. Abwägung der Bilanzierungsprinzipien als methodischer Ausweg

Ein in der Literatur vertretener, dogmatisch tragfähiger Ausweg daraus ist, die Bilanzierungsprinzipien – etwa Vorsichts- und Realisationsprinzip – methodisch wie die – vor allem aus dem Privatrecht bekannten – allgemeinen Rechtsprinzipien bzw. kollidierende Grundrechte im Verfassungsrecht zu behandeln. Die Bilanzierungsprinzipien sind danach, um ein in der Betriebswirtschaftslehre beliebtes Bild unbekannten Ursprungs zu verwenden, nach einer Art „Eiffelturmprinzip“ aufgebaut: Jedes einzelne Prinzip ist eine Strebe, die das Gesamtprinzipiengebäude trägt, keines ist aus sich heraus nachrangig gegenüber einem anderen. Sofern Bilanzierungsprinzipien kollidieren, sollen sie deshalb gegeneinander abgewogen und ein möglichst schonender Ausgleich zwischen ihnen hergestellt werden, also eine Art praktischer Konkordanz im verfassungsrechtlichen Sinne. Auch auf diesem Weg lassen sich neue Bilanzierungsfälle aber augenscheinlich nicht ohne weiteres lösen. Andernfalls würde in der Praxis nicht bis heute die freie „wirtschaftliche“ Betrachtungsweise dominieren, wenn es um Vagheitsbereiche des Bilanzrechts geht (vgl. Teil 4). Der Grund dafür ist darin zu sehen, dass der Inhalt der Bilanzierungsprinzipien aus sich heraus nicht hinreichend klar genug bestimmbar ist. Hier wird daher vorgeschlagen, dass die zur Bestimmung des Realisationszeitpunkts erforderliche Abwägung zwischen den Bilanzierungsprinzipien „Vorsicht“ und „Realisation“ um einen Verweis auf die eigentliche „Rechtsidee“ des Bilanzrechts angereichert werden sollte. Es soll also davon ausgegangen werden, dass die Rechtsidee ein letztentscheidendes, über den Einzelprinzipien stehendes Element ist, dass bei ihrer Abwägung herangezogen werden muss.

D. Der Jahresabschlusszweck als letztentscheidendes Argumentationselement

Dabei liegt es nahe, den sog. „Jahresabschlusszweck“ als das erforderliche letztentscheidende Element zu begreifen. Dieser Gedanke ist nicht neu. Vielmehr kann er sich darauf berufen, an gängige bilanzrechtsdogmatische Argumentationsmuster anzuknüpfen. So werden die Implikationen des Jahresabschlusszwecks für die Bilanzierung einzelner Geschäftsvorfälle in der bilanztheoretischen Literatur traditionell breit diskutiert. Die Frage, was der Jahresabschlusszweck ist, wird bislang nur eher der Rechtspolitik und nicht der Dogmatik zugeordnet. Im Hintergrund der Debatte steht, dass das Dritte Buch des HGB bekanntlich versucht, zwei Bilanzzwecken zu-

gleich Rechnung zu tragen. Einerseits entscheidet der HGB-Jahresabschluss über die Gewinnausschüttung im Gesellschaftsrecht. Das Bilanzrecht soll also die Bemessung und Begrenzung von Zahlungen (Ausschüttungen) an die Anteilseigner stützen. Daraus wird geschlossen, dass zum Schutz der Kapitalgesellschaftsgläubiger beim Gewinnausweis eher vorsichtig verfahren werden muss, damit an die Gesellschafter keine Scheingewinne ausgeschüttet werden. Mittelbar mündet dies tendenziell in stillen Reserven, d.h. Buchwerten, welche geringer sind als der „tatsächliche“ Wert eines Vermögensgegenstands,¹¹⁷¹ und schlussendlich einer systematischen Verringerung des in einer Periode ausschüttbaren Gewinns.¹¹⁷²

- 5 Andererseits soll der Jahresabschluss aber auch (im Interesse gegenwärtiger und potenzieller Anteilseigner) entscheidungs- und kontrollrelevante Informationen vermitteln, was in der Tendenz zu einem gegenüber der ersten Variante vorgezogenen Gewinnausweis beiträgt.¹¹⁷³ Dies kommt in § 264 Abs. 2 Satz 1 HGB zum Ausdruck, wonach der Jahresabschluss ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Kapitalgesellschaft (einen true and fair view) vermitteln soll. Damit wäre es unvereinbar, wenn die Gesellschaft die Möglichkeit erhielte, Gewinne aus Mehrkomponentengeschäften, die eigentlich bereits realisiert sind, zu verstecken und damit die periodengerechte Ermittlung des gesellschaftsrechtlichen Gewinnanspruchs zu verhindern. Mit der Entscheidung für einen der Rechnungslegungszwecke wird also ein Werturteil über die Interessengewichtung unter den Unternehmensakteuren gefällt.
- 6 Im Lichte dessen, liegt es nahe, den Jahresabschlusszweck – so wie man es herkömmlich tut – nur als einen Vorschlag zu verstehen, der von außen an das geltende Recht herangetragen wird. Dem Gesetzgeber steht es dann frei, die Rechnungslegung nach diesem Vorschlag auszurichten bzw. es wird gefordert, dass er dies tun sollte. Darüber hinaus ließe sich der skizzierte Zielkonflikt dem HGB selbstverständlich auf Gesetzgebungsebene austreiben, wofür es eine Reihe rechtspolitischer Vorschläge gibt.
- 7 An dieser längst in mehreren Runden ausgefochtenen rechtspolitischen Debatte beteiligt sich die Untersuchung nicht. Hier wird stattdessen, ohne dass damit die grundsätzliche Doppelausrichtung der §§ 238 ff. HGB auf Gläubigerschutz und In-

1171 In der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur wird insofern zu Recht darauf hingewiesen, dass sich der „wahre Wert“ eines Vermögensgegenstands nur im Idealfall eines Handels „aller Güter und aller Güterbündel auf einem vollkommenen Markt der Fall“ wäre, vgl. *Neus*, Betriebswirtschaftslehre aus institutionenökonomischer Sicht, S. 431.

1172 Vgl. zu dieser Gegenüberstellung (auch) aus rechtsökonomischer Sicht etwa *Baetge/Thiele*, in: *Hopt/Kanda/Roe/Wymeersch/Prigge*, Comparative Corporate Governance, 1998, S. 719 (725); *Neus*, Betriebswirtschaftslehre aus institutionenökonomischer Sicht, S. 430 f.

1173 *Baetge/Thiele*, in: *Hopt/Kanda/Roe/Wymeersch/Prigge*, Comparative Corporate Governance, 1998, S. 719 (725).

formation infrage gestellt würde, davon ausgegangen, dass der Jahresabschlusszweck bereits einen Bestandteil des Rechts darstellt, nur in der Form „extra legem, intra ius“.¹¹⁷⁴ Demnach handelt es sich bei ihm „nur“, aber jedenfalls, um eine Gesetzeszweckbestimmung. Angesichts dessen ist es möglich, die objektiv-teleologische Auslegung von Bilanzierungsprinzipien an dieser Zweckbestimmung zu orientieren, wenn und soweit eine andere Auslegungsmethode keine eindeutigen Ergebnisse zu erbringen vermag. Auf diesem Weg ermöglicht der Jahresabschlusszweck dann eine Selektion zwischen den einzelnen Realisationsvarianten und schließlich die Entscheidung für einen konkreten Ertragsrealisationszeitpunkt. Damit ist die Rechtsanwendungspraxis insbesondere auch in der Lage, den Jahresabschlusszweck darüber entscheiden zu lassen, ob aus wirtschaftlichen Erwägungen heraus bei Verbrauchermehrkomponentengeschäften von der maximal-vorsichtigen zivilrechtsakzessorischen Bilanzierung abgewichen darf.

Auch für dieses Begründungsmuster gibt es in der Literatur konkrete Vorbilder.¹¹⁷⁵ 8
Manche dieser Literaturstimmen begreifen den Jahresabschlusszweck allerdings zwar als Bestandteil des geltenden Rechts, gehen aber davon aus, dass er seinerseits aus den einzelnen Bilanzierungsprinzipien hergeleitet werden könne.¹¹⁷⁶ Diesen Literaturbeiträgen lässt sich also ein zum hiesigen genau gegensätzliches Verständnis vom Wesen des Jahresabschlusszwecks entnehmen.

Die dem damit skizzierten Vorhaben gesetzten Grenzen ergeben sich aus einer 9
subjektiv-teleologischen Betrachtung der §§ 238 ff. HGB. Kommt heraus, dass der Gesetzgeber eine Norm nicht nach den in den Jahresabschlussfunktionen jeweils verbrämten Interessenlagen der Abschlussadressaten ausgerichtet, sondern ihr einen davon autonomen, anderen Zweck beigemessen hat, scheidet eine funktionsorientierte Anleitung der Auslegung von vornherein aus. Wenn es um Regelungen zur Entziehbarkeit des Unternehmensgewinns, d.h. über die Bestimmung des Ertragsrealisationszeitpunkts bzw. die Höhe des ausschüttungsfähigen Gewinns, geht, ist dies aber nicht der Fall. Hier muss im Rahmen der Auslegung vielmehr zwingend

1174 Vgl. zu diesem Verständnis allgemeiner Rechtsprinzipien *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 375; vgl. dazu auch *Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts, S. 13 ff. sowie *Metzger*, Extra legem, intra ius, S. 25 ff.

1175 Vgl. ebenfalls *Beisse* StW 1984, I (7, 8): Die GoB seien „Ausfluß des traditionellen Gläubigerschutzprinzips [= des Jahresabschlusszwecks] und seiner einzelnen Ausprägungen wie Vorsichts-, Realisations-, Anschaffungskosten-, Niederstwert-, Imparitätsprinzip.“ Die Handelsbilanz diene der Gewinnermittlung und sei „eine zu diesem Zwecke besonders ausgestaltete Vermögensübersicht“; s. auch *Hommel/Berndt* BB 2009, 2190: „Der Rechnungslegungszweck bestimmt die Auslegung der konkretisierenden Grundsätze ordnungsmäßiger Bilanzierung. Unterschiedliche Rechnungslegungszwecke erfordern unterschiedliche Regelungsinhalte und Rechnungslegungsprinzipien“; vgl. auch *Adler/Düring/Schmaltz*, § 243 Rn. 9; s. auch *Siebler*, Internationalisierung der Rechnungslegung, S. 198 f. sowie als „Exkurs“ *Hennrichs*, Wahlrechte im Bilanzrecht, S. 151 ff.

1176 Vgl. etwa *Beisse* StW 1984, I (7, 8): Der Jahresabschlusszweck sei eine „zusammenfassende Charakterisierung[.] aus einer Vielzahl geltender Einzelnormen“.

eine Gewichtung der in Bezug genommenen Interessen der einzelnen Unternehmensakteure erfolgen.

E. Zwei Wege zur Ermittlung der bilanzrechtlichen Rechtsidee

- 10 Darauf aufbauend, werden in Teil 6 zwei Wege untersucht, um die Rechtsidee des Bilanzrechts zu finden. Der erste Weg besteht in einer richtlinienkonformen Auslegung der §§ 238 ff. HGB. Dabei wird daran angeknüpft, dass im Rahmen einer teleologisch-systematischen Normauslegung, um zu einem Ergebnis zu gelangen, mögliche Auslegungsvarianten einer Norm regelmäßig auf ihre Übereinstimmung mit formal höherrangigem positivem Recht überprüft werden. Zumeist geht es dabei um eine verfassungs- oder europarechtskonforme Auslegung von einfachen Gesetzen.¹¹⁷⁷
- 11 Die auf dem ersten Weg erlangten Erkenntnisse überzeugen allerdings immer noch nicht vollumfänglich. Denn man kann sich gut auf den Standpunkt stellen, dass die richtlinienkonforme Auslegung ergebnislos bleibt, weil die Bilanzrichtlinie viel zu sehr Stückwerk ist, als dass sich ihr eine konkrete Aussage entnehmen lässt. Aus diesem Grund werden in der Arbeit zusätzlich die Analysemethoden der ökonomischen Analyse des Rechts herangezogen, um die Rechtsidee des Bilanzrechts herauszuarbeiten. Herkömmlich sind auch rechtsökonomische Beiträge zum Bilanzrecht allein darauf ausgerichtet, die Gesetzgebungslehre zu beeinflussen, verfolgen also keinen explizit rechtsdogmatischen Diskussionsansatz. Insbesondere, wenn es im Rahmen der Gesetzesauslegung darum geht, das Verhältnis der Bilanzrechtsprinzipien, welche die Ertragsrealisation betreffen, zu bestimmen, erscheinen rechtsökonomische Argumente aber in besonderem Maße geeignet, darüber hinaus den rechtsdogmatischen Diskurs zu unterstützen.

¹¹⁷⁷ Vgl. dazu nur *Bydlinski/Bydlinski*, Methodenlehre, S. 56 f.

§ 21 Theorie der bilanzrechtlichen Prinzipienabwägung

Die These, dass, wenn mehrere Bilanzierungsprinzipien im Hinblick auf einen Hard Case der Bilanzierung einschlägig erscheinen, diese in einen Abwägungsprozess einzustellen sind, ist, wie angesprochen, keinesfalls neu. Dieses Vorgehen erscheint grundsätzlich auch als ein überzeugender Ansatz, um eine „wirtschaftliche“ Ertragsrealisation bei Mehrkomponentengeschäften frei von richterlicher Eigenwertung zu ermöglichen. Die rechtswissenschaftliche Theorie des prinzipiengeleiteten Rechtsdenkens verdeutlicht aber, dass Voraussetzung dieses Ansatzes die Fiktion der Existenz eines in sich geschlossenen Prinzipiensystems ist (dazu A. und B.). Hier wird die These vertreten, dass der Ansatz aus diesem Grund ohne die in den §§ 21 ff. dargestellten Zusatzschritte bilanzrechtsmethodisch zunächst nicht zielführend ist (These von der derzeitigen Unbrauchbarkeit der Abwägungslösung). Dies liegt an einem Umstand, der zu Beginn der Arbeit als fehlende normative Geschlossenheit des Bilanzrechts umschrieben wurde (§ 5 B.). Der Zugriff des staatlichen Rechts auf die Rechnungslegung ist nicht hinreichend gefestigt genug, als dass eine rechtswissenschaftlich überzeugende Entscheidung von Hard Cases durch die reine Abwägung der im Einzelfall einschlägigen Bilanzierungsprinzipien möglich wäre (C.).

A. Rechtsprinzipien und die Fiktion eines geschlossenen Systems

I. Abgrenzung von Rechtsprinzipien und Bilanzierungsprinzipien

Im gedanklichen Ausgangspunkt des hier näher untersuchten methodischen Vorschlags einer Prinzipienabwägung steht die Adaption des in der Privatrechtstheorie anerkannten Umgangs mit sog. Rechtsprinzipien. Zu berücksichtigen ist dabei, dass sich die hier im Mittelpunkt stehenden Bilanzierungsprinzipien grundlegend von den, vor allem in der Privatrechtstheorie behandelten, Rechtsprinzipien unterscheiden. Sofern man von definitiven Nuancen einmal absieht, herrscht weitgehend Einigkeit darüber, dass beim privatrechtstheoretischen Prinzipienmodell auf die ungeschriebenen, hinter den Einzelnormen (des BGB) stehenden, tragenden Elemente der Rechtsordnung zurückgreifen ist.¹¹⁷⁸ Dieses System an hinter der Rechtsordnung

1178 *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 375 drückt es dahingehend aus, dass Rechtsprinzipien zwar immer als Teil des Rechts zu verstehen seien, sie aber „extra legem, intra ius“ seien; vgl. dazu auch *Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts, S. 13 ff. sowie *Metzger*, Extra legem, intra ius, S. 25 ff., der einen in Nuancen abweichenden „prozeduralen Ansatz“ entwickelt; bei *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, S. 283 ist davon die Rede, dass es hier um die „Tiefenstruktur des Rechts“ gehe; *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, S. 46 schreibt, dass es darum gehe, hinter lex und ratio legis die übergreifende ratio iuris aufzuspüren. Demgegenüber definiert *Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, S. 94 Prinzipien noch als vorpositivistisches

stehenden Grundsätzen soll zur Auslegung und Fortbildung des materiellen Rechts herangezogen werden können.¹¹⁷⁹ Die hier gemeinten Bilanzierungsprinzipien sind demgegenüber selbst ein fester Bestandteil des „einfachen“, materiellen Bilanzrechts. Sie sind, auch wenn große Teile der Literatur daneben fälschlich noch Raum für „ungeschriebene“ Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung sehen, kodifiziert. Demgemäß geht es her – anders als dies bei den privatrechtstheoretischen Rechtsprinzipien der Fall ist – um ein System, das nicht um weitere, aus einer darüberliegenden Systemebene abgeleitete Prinzipien ergänzt werden muss. Für die Arbeit ist dies aber insofern vorteilhaft, als sich die im Hinblick auf „allgemeine“ Rechtsprinzipien immer wieder neu aufgeworfene Frage nach der Geltungsbegründung von vornherein nicht stellt.

II. Der eigentliche Kerngehalt des Prinzipienmodells

- 3 Dem skizzierten Ebenenunterschied zum Trotz, lassen sich zwei wesentliche privatrechtstheoretische Einsichten zum Wesensgehalt von Rechtsprinzipien auf die hier geführte Auseinandersetzung mit den Bilanzierungsprinzipien übertragen: Einerseits, dass der wesentliche Bedeutungsgehalt von Prinzipien im Zusammenhang mit Hard Cases darin besteht, die richterliche Ermessensausübung einzuschränken (dazu 1. und 2.) und andererseits, dass Prinzipien das richterliche Ermessen nur dann im genannten Sinne einschränken, sofern man sie als geschlossenes System denkt. Die Fiktion eines geschlossenen Systems ist mit anderen Worten die notwendige gedankliche Voraussetzung dafür, um bei der Lösung eines Hard Case der Ertragsrealisation auf Prinzipien zu verweisen (dazu 3.).

1. Warum wird auf Rechtsprinzipien verwiesen?

- 4 Kernanliegen des prinzipiengeleiteten Privatrechtsdenkens ist es, die richterliche Rechtsfortbildung in ein enges Korsett zu zwingen. Es geht darum, den aus der Tatsache, dass gerichtlich immer „nur“ der Einzelfall entschieden werden braucht, herrührenden Sog zu „flexiblen“ Billigkeitsentscheidungen über Hard Cases aufzuhalten. Richterliche Eigenwertungen bei der Entscheidung über schwierige Fälle

Recht definiert, welches die Auslegung von Rechtsnormen beeinflusst und es dadurch auf eine konkretere Stufe überführt.

1179 Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 76 und *passim* weist Rechtsprinzipien den Stellenwert von der Rechtsordnung immanenten „Optimierungsgeboten“ zu. Sie sagten aus, dass etwas in einem „relativ auf die rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten möglichst hohem Maße realisiert“ werden solle; laut Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, S. 46 soll die *ratio iuris* es ermöglichen, die einzelnen Wertungen aus ihrer scheinbaren Isoliertheit zu befreien und in den gesuchten „organischen“ Zusammenhang zu bringen. Nur so könne jene Stufe der Allgemeinheit erreicht werden, auf der die innere *Einheit* der Rechtsordnung sichtbar werde; Bydlinski/Bydlinski, Methodenlehre, S. 46 wollen die fundamentalen Rechtsprinzipien als Letztentscheidungshilfe verstanden wissen.

werden damit zwar weiterhin als unvermeidlich anerkannt, sie sollen aber vorstrukturiert werden, um den Einfluss persönlicher Vorlieben oder Präferenzen zurückzudrängen.¹¹⁸⁰ Ziel der Heranziehung von Rechtsprinzipien ist es, „auch in schwierigen Fällen rechtliche Begründungen“ zu ermöglichen.¹¹⁸¹ Gerichte sollen darüber auch „im Vagheitsbereich des positiven Rechts“ gezwungen und in der Lage sein, Entscheidungen rechtlich zu begründen.¹¹⁸² *Riesenhuber* drückt es so aus, dass die Gerichte auf diese Weise auch in Grenzbereichen der Rechtsordnung, wo ein „Eingriff in den Kernbereich“ oder ein „Dammbruch (slippery slope)“ in Rede steht, nicht auf eine blanke moralische Eigenwertung zurückgeworfen seien.¹¹⁸³ Praktisch funktioniert dies, indem durch die Zusammenfassung einzelner vom Gesetz geregelter Sachverhaltskonstellationen unter ein verbindendes Prinzip die Lösung noch weiterer, ihrerseits ungeregelter Fälle ermöglicht wird.¹¹⁸⁴ Regelungen bzw. Entwicklungen werden zu Ende gedacht.¹¹⁸⁵

Die dabei entwickelten Lösungen haben aufgrund der ihrer Erarbeitung zugrundeliegenden systemischen Einbettung bereits eine Art erster argumentativer Feuerprobe überstanden, was wiederum ihre Überlebensfähigkeit im Kampf um die richtige Lösung des Hard Case garantiert. Denn Neuerungen sind dann an Bestehendem zu messen und neu entwickelte Theorien werden gestärkt, sofern sie auf ihre Übereinstimmung mit Wertvorstellungen akzeptierter Rechtsprinzipien verweisen können.¹¹⁸⁶ Wer stattdessen für eine Ausnahme vom geltend gemachten Prinzip behauptet, der trägt jedenfalls einmal die argumentative Last.¹¹⁸⁷

2. Umgang mit Rechtsprinzipien

Insofern es um den konkreten Gerichtsgebrauch von Rechtsprinzipien geht, wird in der Privatrechtstheorie oftmals auf die Prinzipiendefinition *Dworkin* verwiesen.¹¹⁸⁸ *Dworkin* führt aus, dass ein Prinzip zugleich mehr und weniger sei als eine Regel. Prinzipien solle kein Ausschließlichkeitsanspruch innewohnen, anders

1180 Vgl. dazu *Bydlinski/Bydlinski*, Methodenlehre, S. 43.

1181 *Dreier* NJW 1986, 890 (895).

1182 *Dreier* NJW 1986, 890 (895).

1183 *Riesenhuber* ZfPW 2018, 352 (360 f.).

1184 *Langenbucher*, in: FS Canaris, 2017, S. 219 (232).

1185 *Riesenhuber* ZfPW 2018, 352 (360 f.).

1186 *Langenbucher*, in: FS Canaris, 2017, S. 219 (233); *Riesenhuber*, in: FS Canaris, S. 181 (188); *ders.* ZfPW 2018, 352 (360): Wenn etwa eine durch die Rechtsprechung gefundene Lösung unter Heranziehung des Rechtsprinzips der Privatautonomie kritisiert wird, wird damit das große Ganze in den Blick genommen.

1187 *Möller* ERCL 14 (2018), 101 (104).

1188 *Dworkin* versteht „principles“ bekanntlich als „requirement of justice or fairness or some other dimension of morality“ bzw. als „social goal“; vgl. *Dworkin*, Taking Rights Seriously, S. 39. Damit setzt er sich in direkten Widerspruch zur unter 1. skizzierten, am Rechtspositivismus geschulten rechtstheoretischen Denkschule, welche großen Wert darauf legt, Rechtsprinzipien aus dem geltenden (Verfassungs-)Recht abzuleiten, ihre Anerkennung also von jedem moralischen Gebot zu befreien. Darauf kommt es im

als Regeln, die den Anspruch erheben würden, entweder eingehalten zu werden, oder nicht, also eine Entscheidung nach dem Schema „all-or-nothing“ bzw. ja oder nein voraussetzten.¹¹⁸⁹ Prinzipien lassen sich demnach auch nicht in Tatbestand und Rechtsfolge auftrennen (das „Wenn-Dann“-Schema). Prinzipien machten im Einzelfall vielmehr, so *Riesenhuber*,¹¹⁹⁰ eine Abwägung erforderlich. Es bestehe bei zwei untereinander widerstreitenden Prinzipien, keine logische Notwendigkeit, eines der beiden preiszugeben. Eine Aussage über die einem Rechtssystem zugrunde liegenden Grundwertungen vermöge aus diesem Grund, wenn sie isoliert betrachtet werde, nur selten überzeugen. Erst, wenn man das relative Gewicht der angeführten Wertung im Vergleichswege bestimme, ändere sich dies.¹¹⁹¹ *Riesenhuber* beschreibt Rechtsprinzipien daher bildlich als „Kräfte in einem Raum, als Vektoren, die erst durch ihr Zusammenwirken bestimmt sind“¹¹⁹² und spricht von ihrem „Mehr-oder-Weniger-Gehalt“¹¹⁹³. Rechtsprinzipien komme im Hinblick auf die Lösung einzelner Sachverhalte ein gewichtender Charakter („dimension of weight“) zu.¹¹⁹⁴ Nach *Canaris* solle die Argumentation mit einem Rechtsprinzip überhaupt erst „in einem Zusammenspiel wechselseitiger Ergänzung und Beschränkung“ mit anderen Prinzipien, die zu ihnen im Gegensatz oder Widerspruch stehen können, Aussagekraft entfalten.¹¹⁹⁵ Dazu müssten sie (ebenfalls durch die Dogmatik) durch Unterprinzipien und Einzelwertungen mit jeweils eigenem Sachverhalt näher konkretisiert werden, bis sich im Einzelfall (durch die Rechtsprechung) subsumtionsfähige Begriffe und Sätze herausbildeten (Konkretisierungsgebot).¹¹⁹⁶

3. Die dahinter stehende Fiktion

- 7 Zwingende Voraussetzung dafür, Hard Cases wie dargestellt unter Heranziehung von Prinzipien zu entscheiden, ist es, anzunehmen oder jedenfalls zu fingieren, dass die Prinzipien ein in sich geschlossenes System bilden. Ansatzweise lässt sich diese These bereits anhand der auf das Common Law bezogenen Ausführungen *Dworkins* nachvollziehen. *Dworkin* argumentiert empirisch. Ihm zufolge lasse sich beobachten, dass Gerichte im Angesicht eines Hard Case, wenn sie keine eindeutig anwendbare Regel finden, nicht aufhörten, die verfügbaren Rechtsmaterialien zu

hiesigen Zusammenhang aber nicht an, da es hier (nur) darum geht, den methodischen Umgang mit Prinzipien, unabhängig von ihrem Begründungsgehalt, zu erörtern.

1189 *Dworkin*, Taking Rights Seriously, S. 42 ff.; vgl. dazu auch zusammenfassend etwa *Bachmann*, Private Ordnung, S. 19; *Riesenhuber*, in: FS Canaris, S. 181 (188).

1190 *Riesenhuber* ZfPW 2018, 352 (354).

1191 *Riesenhuber* ZfPW 2018, 352 (355).

1192 *Riesenhuber*, in: FS Canaris, S. 181 (189).

1193 *Riesenhuber*, in: FS Canaris, S. 181 (188).

1194 *Riesenhuber* ZfPW 2018, 352 (354).

1195 *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, S. 55; vgl. auch *Riesenhuber* ZfPW 2018, 352 (355).

1196 *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, S. 57.

prüfen. Sie benähmen sich also nicht so, wie es Rechtspositivisten oder -realisten vermuteten. Denn anstatt sich an die Stelle der Legislative zu setzen und zu versuchen, die (unvermeidbaren) Unzulänglichkeiten der (materiell-)rechtlichen Regelungen dadurch auszugleichen, dass auf das moralisch vorzugswürdige Verhalten abgestellt wird, gingen sie immer davon aus, dass eine auf den Fall anwendbare Gesetzesnorm existiere, die ihn entscheidet.¹¹⁹⁷ Eine Untersuchung der gerichtlichen Praxis lege nach *Dworkin* also nahe, dass es auf jede Rechtsfrage eine richtige Antwort gebe und dass die Richter gesetzlich verpflichtet seien, diese Antwort auf die ihnen vorgelegten Fälle anzuwenden.¹¹⁹⁸

Noch näher und unter Berücksichtigung der Besonderheiten des deutschen Rechtssystems lässt sich die gedankliche Grundlage des unter 2. Skizzierten Vorgehens bei *Luhmann* nachvollziehen. Nach *Luhmann* werde bei Gerichtsentscheidungen – im Unterschied zur Gesetzgebung – das Recht durch die Entscheidung von Einzelfällen bloß angewendet. Wenn aus Anlass solcher Entscheidungen allgemeine Entscheidungsregeln, Leitsätze, Prinzipien, Rechtstheorien entwickelt oder bestätigt würden, geschehe dies gleichsam linker Hand und nur in Befolgung des Gesetzes, das es gebiete, Entscheidungen zu begründen. Die Entscheidungstätigkeit des Gerichts solle grundsätzlich konkret bleiben und die Entwicklung von Regeln nur nebenherlaufen.¹¹⁹⁹ Grundsätzlich müsste es Gerichten angesichts dieser Aufgabenbeschreibung erlaubt sein, dort, wo sie kein Recht „finden“ können, gar nicht entscheiden zu müssen, sich also mit einem *non liquet* zu begnügen.¹²⁰⁰ Die Bindung der Gerichte an die Gesetze würde dies nicht verhindern: „Denn sobald unlösbare Probleme der Gesetzesfindung und der Interpretation auftreten, wäre dem Richter freigestellt, ‚Lücken im Recht‘ festzustellen und die Entscheidung abzulehnen.“ Die Welt biete nun einmal keine Garantie für logische Ordnung und Ableitbarkeit. Es dürfte auch heute unbestritten sein, dass ein „*non liquet*“ rein logisch nicht ausgeschlossen werden könne.¹²⁰¹

Dieser Rückzug auf das „*non liquet*“ sei den Gerichten aber versagt. Vielmehr sei ihnen ein „Entscheidungszwang“¹²⁰² auferlegt und das sogar in Form einer „Doppelanforderung“: Sie müssten jeden Einzelfall entscheiden und gerecht entscheiden.¹²⁰³

1197 Vgl. *Dworkin*, *Taking Rights Seriously*, S. 105 f., 136 ff.; dazu auch *Shapiro*, *Legality*, S. 261 ff.

1198 Dabei sollen sich die Gerichte – was hier nichts zur Sache tut – auf Prinzipien, die – so die hier nicht anzugreifende Überzeugung *Dworkins* – ihren Geltungsgrund aus ihrer moralischen Überzeugungskraft beziehen, berufen, vgl. *Dworkin*, *Taking Rights Seriously*, S. 105 f., 136 ff.; In der Zusammenfassung von *Shapiro*, *Legality*, S. 265: „judges rely on certain principles to resolve hard cases because of their perceived moral legitimacy“.

1199 *Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft*, S. 306.

1200 *Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft*, S. 307.

1201 *Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft*, S. 313.

1202 *Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft*, S. 304.

1203 *Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft*, S. 302.

In der Folge müssten selbst Fälle entscheiden werden, in denen „die vorhandenen, zweifelsfrei geltenden Rechtsnormen unter Anwendung logisch korrekter deduktiver Methoden nicht zu eindeutigen Entscheidungen führen“, Fälle also, „in denen die Kenntnis des unbestritten geltenden Rechts nicht ausreicht, um die Tatsachen anzugeben, von denen abhängt, wer im Recht und wer im Unrecht ist.“¹²⁰⁴ Gemeint sind damit die schwierigen Fälle, die *Dworkinschen* Hard Cases. Das System des Rechts setze sich an dieser Stelle, so *Luhmann*, unter Entscheidungszwang.¹²⁰⁵

- 10 Konkret ersehen lässt sich dieser Entscheidungszwang in Deutschland am sog. Justizgewährleistungsanspruch. Der nicht ausdrücklich normierte, verfassungsrechtlich aber allgemein anerkannte Justizgewährleistungsanspruch soll abseits von Art. 19 Abs. 4 GG auch in privatrechtlichen Streitigkeiten den Zugang zu einer richterlichen Entscheidung garantieren.¹²⁰⁶ Jeder Bürger hat danach einen Anspruch darauf, seine subjektiven Rechte in einem rechtsförmlichen, rechtsstaatlich-fairen, öffentlichen Verfahren geltend zu machen und eine verbindliche Sach- und Rechtsprüfung und -entscheidung am Maßstab des objektiven Rechts zu erhalten.¹²⁰⁷ Sofern man ein Verbot der Justizverweigerung aufstellt und die Gerichte auch dort zur Entscheidung zwingt, wo sie eigentlich nicht entscheiden können, werde das Recht, so *Luhmann* weiter, zwingend zugleich als „ein von sich selbst ausgehendes geschlossenes Universum“ begriffen,¹²⁰⁸ bzw. als ein geschlossener Raum, in dem auch unter extremen sozialen Spannungen das „rein juristische Argumentieren“ praktiziert werden könne.¹²⁰⁹ Aus dem was *Luhmann* schreibt, lässt sich für die hiesige Untersuchung zweierlei ableiten: Zunächst resultiert das Bedürfnis nach einem Verweis auf Rechtsprinzipien dann aus dem Entscheidungszwang, welchem Gerichte infolge des Justizgewährleistungsanspruchs unterliegen. Daraus folgt zugleich, dass beim Argumentieren mit Rechtsprinzipien implizit angenommen wird, dass das Rechtssystem

1204 *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, S. 314.

1205 *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, S. 307.

1206 Abgeleitet wird dies aus dem Rechtsstaatsprinzip und den Grundrechten, vgl. BVerfG Beschl. v. 14.2.2007 – 1 BvR 1351/01 = BVerfGE 10, 275 = NJW-RR 2007, 1073 (1074); BVerfG Beschl. v. 8.7.1982 – 2 BvR 1187/80 = BVerfGE 61, 82 = NJW 1982, 2173 (2175 f.); BVerfG Beschl. v. 31.10.1996 – 1 BvR 1074/93 = NJW 1997, 311 f.; BVerfG Beschl. v. 2.3.1993 – 1 BvR 249/92 = BVerfGE 88, 118 = NJW 1993, 1635 f.; BVerfG Ur. v. 11.6.1980 – 1 PBvU 1/79 = NJW 1981, 39 (41); BVerfG Beschl. v. 30.4.2003 – 1 PBvU 1/02 = BVerfGE 107, 395 = NJW 2003, 1924; BGH Ur. v. 26.1.1989 – X ZR 23/87 = BGHZ 106, 336 = NJW 1989, 1477; *Detterbeck AcP* 192 (1992), 325 (328, 333 ff.); *D. Lorenz AöR* 105 (1980), 623 (625 f., 630 ff.).

1207 Vgl. BVerfG Ur. v. 11.6.1980 – 1 PBvU 1/79 = NJW 1981, 39 (41); BVerfG Beschl. v. 20.4.1982 – 2 BvL 26/81 = BVerfGE 60, 253 = NJW 1982, 2425 (2426); BVerfG Beschl. v. 30.4.1997 – 2 BvR 817/90 u.a. = BVerfGE 96, 27 = NJW 1997, 2163 f.; BVerfG Beschl. v. 5.12.2001 – 2 BvR 527/99 u.a. = BVerfGE 104, 220 = NJW 2002, 2456; BVerfG Beschl. v. 30.4.2003 – 1 PBvU 1/02 = BVerfGE 107, 395 = NJW 2003, 1924; *Detterbeck AcP* 192 (1992), 325 (328, 333 ff., 344 f.); *D. Lorenz AöR* 105 (1980), 623 (625 f., 630 ff.); *Vofßkuhle/Sydow JZ* 2002, 673 (680); vgl. auch EGMR (3. Sektion), Ur. v. 2.10.2018 – 40575/10, 67474/10 = BeckRS 2018, 23523 Rn. 175.

1208 *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, S. 317.

1209 *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, S. 318.

„lückenlos“ ist, es wird also – andersherum ausgedrückt – seine Geschlossenheit vorausgesetzt bzw. vielmehr fingiert.

Wenn man *Canaris* folgt, ist die Geschlossenheitsfiktion sogar ein Postulat. *Canaris* 11 schreibt, dass, wer das Recht als eine bloße Summe von Einzelwertungen¹²¹⁰ ansieht und damit leugnet, dass ein geschlossenes System – jedenfalls hypothetisch – existieren kann, damit zugleich die Suche nach ihm als von Anfang an fruchtlos abtue. Damit stelle er aber zugleich in Abrede, dass sich das teleologische Denken überhaupt rational erfassen lässt, also juristische Argumentationen nach ihrer Folgerichtigkeit beurteilt werden können.¹²¹¹ In der Folge wäre die Konsistenz und innere Widerspruchsfreiheit der rechtsdogmatischen Argumentation nicht mehr gewährleistet.¹²¹²

B. Übertragung auf die Bilanzierungsprinzipien

Die unter A. dargestellten Überzeugungen erheben den Anspruch universell, also 12 für das gesamte Rechtssystem zu gelten. Insbesondere weisen sie offenkundig keinen zwingenden Privatrechtsbezug auf. Demnach kann auch für das Bilanzrecht, im Hinblick auf das die Gerichte ebenfalls unter dem beschriebenen Entscheidungszwang stehen, davon ausgegangen werden, dass über schwierige bilanzielle Fragen entschieden wird (*Dworkin*) bzw. zu entscheiden ist (*Canaris*), indem von einem geschlossenen System ausgegangen wird. Nur die Koordinaten dieses geschlossenen Systems wären hier andere, nämlich die dem materiellen Recht eigenen Bilanzierungsprinzipien. Der aus rechtswissenschaftlicher Sicht tragfähige Weg zur Lösung eines Hard Case der bilanziellen Ertragsrealisierung besteht dann darin, die Bilanzierungsprinzipien – genau wie es die Rechtstheorie im Hinblick auf Rechtsprinzipien vorgibt – gegeneinander in Abwägung zu bringen, um eine praktische Konkordanz zu erreichen, wobei einige Bilanzierungsprinzipien bereits durch eine äußerliche Aufeinanderfolge in einem Zusammenhang stehen.¹²¹³

Dieses Vorgehen ist in der bilanzrechtlichen Rechtsprechung und Literatur im 13 Grundsatz fest etabliert.¹²¹⁴ So wird im betriebswirtschaftlichen Schrifttum etwa die hermeneutische Methode propagiert,¹²¹⁵ welcher bereits die Annahme zugrun-

1210 Vgl. zu dieser Formulierung *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, S. 46.

1211 *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, S. 43; vgl. auch *Langenbucher*, in: FS *Canaris*, 2017, S. 219 (224).

1212 Vgl. *Olzen*, in: Staudinger BGB, Einleitung zum Schuldrecht Rn. 76.

1213 Dies gilt insbesondere für § 252 Abs. 1 Nr. 4 HGB, der neben dem (übergreifenden) Vorsichtsprinzip auch das Imparitäts- und Realisationsprinzip ausweist.

1214 Vgl. aus rechtswissenschaftlicher Sicht insbesondere bereits *Hennrichs*, Wahlrechte im Bilanzrecht, S. 146 ff.

1215 Zum Begriff vgl. nur *Kirsch/Höbener*, in: Baetge/Kirsch/Thiele, BilKomm, Einf. Rn. 46; *Pilhofer*, Umsatz- und Gewinnrealisierung, S. 101; z.T. ist in Anknüpfung an die bereits dargestellten Begrifflichkeiten

deliegt, dass sich die Bilanzierungsprinzipien gegenseitig ergänzen und beschränken.¹²¹⁶ Die Bilanzierungsprinzipien bzw., sofern man der überwiegend verwendeten Terminologie folgen will, die Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung, bildeten ein „offenes System“. Änderungen sowohl in der Art des Zusammenspiels der Prinzipien, in ihrer Reichweite und wechselseitigen Beschränkung, wie auch die Auffindung neuer Prinzipien seien aufgrund „neuer Erkenntnisse der Rechtswissenschaft oder Modifikationen der Rechtsprechung“ möglich.¹²¹⁷ Der EuGH hat, insbesondere in seiner *Gimle*-Entscheidung, zum Ausdruck gebracht, dass er im Hinblick auf die Auslegung der EU-Bilanzrichtlinien von einem vergleichbaren methodischen Ansatz ausgeht. So heißt es in der Entscheidung etwa, dass sich die Anwendung des Grundsatzes der Bilanzwahrheit „möglichst weitgehend an den in Art. 31 der Vierten Richtlinie enthaltenen allgemeinen Grundsätzen zu orientieren“ habe.¹²¹⁸ Zudem sei der Grundsatz der Bilanzwahrheit „auch im Licht des in Art. 32 der Vierten Richtlinie genannten Grundsatzes zu verstehen, wonach der Bewertung der Posten im Jahresabschluss die Anschaffungs- und Herstellungskosten der Vermögensgegenstände zugrunde gelegt werden.“¹²¹⁹

C. These der derzeitigen Lückenhaftigkeit des Abwägungsarguments

- 14 Die Ausführungen von *Dworkin* legen nahe, dass eine prinzipiengeleitete Entscheidung eines schwierigen Falls durch ein Gericht ein Umstand ist, der sich beobachten lässt. Es geht zunächst also nur darum durch Empirie zwei Umstände nachzuweisen: Zum einen, dass die Gerichte nicht entscheiden, indem sie sich an die Stelle des Gesetzgebers setzen (legislatorisch) und zum anderen, dass keine Justizverweigerung im Sinne *Luhmanns* stattfindet. Die Vertreter eines Prinzipiendenkens zielen darüber hinaus teilweise auch darauf ab, eine Handlungsanleitung für Gerichte zu entwerfen. Zunächst ist der eigentliche praktische Nutzen des Gedankenmodells aber darin zu sehen, dass es ermöglicht, getroffene Gerichtsentscheidungen über schwierige Fälle, in denen es zu einer richterlichen Eigenwertung bzw. willkürlichem Agieren gekommen ist, nachträglich mit rechtlich tragfähigen Argumenten kritisieren zu können.
- 15 Genau an diesem Punkt sind Zweifel angebracht, wenn es um das Bilanzrecht geht. Denn angesichts der mangelhaften Ausdifferenzierung seines Normbestands

auch von der „handelsrechtlich-deduktiven“ Methode die Rede, vgl. *Baetge/Kirsch/Thiele*, in: Küting/Weber, Kap. 4 Rn. 15.

1216 Vgl. *Moxter*, Bilanzrechtsprechung, § 1, S. 3; *ders.*, in: FS Goerdeler, 1987, S. 361 (363).

1217 *Moxter*, Bilanzrechtsprechung, § 1, S. 2; *Beisse*, BFuP 1990, 499 (500 f.); *ders.* StW 1984, 1 (2); *Wüstemann/Wüstemann*, in: FS Krawitz, 2010, S. 751 (757 f.).

1218 EuGH Urt. v. 3.10.2013 – C-322/12 („Gimle“) = ECLI:EU:C:2013:632 Rn. 32.

1219 EuGH Urt. v. 3.10.2013 – C-322/12 („Gimle“) = ECLI:EU:C:2013:632 Rn. 34.

(§ 5 B.) schafft es das Bilanzrecht nicht, die vom prinzipiengeleiteten Rechtsdenken geforderte Fiktion der systemischen Geschlossenheit aufrechtzuerhalten und damit die skizzierte Kritik zu ermöglichen. Dies wurde in Teil 4 der Arbeit am Umgang mit Mehrkomponentengeschäften demonstriert. Dementsprechend erscheint es erst recht nicht denkbar, den Gerichten ohne weiteres eine auf dem Prinzipiendenken basierende Handlungsanleitung für die „bessere“ Entscheidung zwischen der vorgezogenen und der hinausgezögerten Ertragsrealisation bei Mehrkomponentengeschäften zu präsentieren. Genau hier setzt die Idee an, die Prinzipienabwägung um ein Element zur „Letztentscheidung“ in Form der bilanzrechtlichen Rechtsidee anzureichern.

§ 22 Ausgangslage: Doppelzweckbestimmung des 3. Buchs des HGB

- 1 Unternimmt man, vom dargelegten gedanklichen Ansatz ausgehend, den Versuch, die Abwägung von Vorsichts- und Realisationsprinzip anzuleiten, indem auf den Jahresabschlusszweck als Rechtsidee der §§ 238 ff. HGB abgestellt wird, ist der Ausgangsbefund ernüchternd. Zwar wird in der bilanzrechtsdogmatischen Literatur teilweise von einer klaren Hauptfunktion der Bilanz ausgegangen (A.), das geltende Recht stützt diese These aber nicht mit der für die hiesigen Zwecke notwendigen Klarheit. Dies lässt sich anhand einer historischen Auslegung unter Berücksichtigung der nationalen Entstehungsgeschichte des 3. Buchs des HGB zeigen (B.). Eben- sowenig ist dem geltenden Recht eine Hauptfunktion zu entnehmen, wenn man im Anschluss den europarechtlich determinierten Normenbestand miteinbezieht (C.).

A. These von der Ausrichtung auf den Gläubigerschutz

- 2 In der Literatur zum nationalen (Handels-)Bilanzrecht wird verbreitet davon ausgegangen, dass der nach den §§ 238 ff. HGB zu erstellende Jahresabschluss einen klaren Hauptzweck bzw. eine Hauptfunktion habe. *Ballwieser* spricht insofern sogar von einem „Allgemeingut“.¹²²⁰ Auf der Grundlage dieser Zwecksetzung soll es sodann möglich sein, die einzelnen Bilanzierungsprinzipien zu hierarchisieren, was wiederum – sofern es zuträfe – so wie unter § 19 skizziert ihre Abwägung anleiten könnte. Als Hauptfunktion wird dabei zumeist derjenige Bedeutungsgehalt genannt, welcher dem gesetzlichen Jahresabschluss im kapitalgesellschaftsrechtlichen System der Kapitalaufbringung und -erhaltung zukommt. Im Kapitalgesellschaftsrecht dient der Jahresabschluss bekanntlich dazu, den maximalen Gewinn zu ermitteln, welcher gefahrlos an die Unternehmensinhaber (die Gesellschafter der Kapitalgesellschaft) ausgeschüttet werden kann und den Inhalt ihrer Ausschüttungsforderungen bilden darf. Ausschüttungsfähig ist der Gewinn dabei insofern, als die Erhaltung des nach dem Gesetz erhaltungspflichtigen Kapitals gesichert bleibt. Konkret wird der Zusammenhang zwischen Bilanzierung und Kapitalgesellschaftsrecht unter Verweis darauf hergestellt, dass auf der Grundlage des Bilanzausweises die Einhaltung der kapitalgesellschaftsrechtlichen Kapitalerhaltungsvorschriften (§ 30 Abs. 1 Satz 1 GmbHG, § 57 Abs. 1 Satz 1 AktG) überprüft und dementsprechend die maximalen Entnahme- bzw. Auszahlungsansprüche der Gesellschafter bemessen werden müssen. Das damit in den Blick genommene System der Kapitalaufbringung und -erhaltung soll

1220 So *Ballwieser*, in: FS Clemm, S. 1 (8).

schlussendlich primär den Unternehmensgläubigern dienen. Es ist deshalb auch von der Gläubigerschutzfunktion des Jahresabschlusses die Rede.¹²²¹

Für die Arbeit von Relevanz ist, dass das skizzierte Modell wiederum konkrete Auswirkungen auf die Gewichtung der Bilanzierungsprinzipien haben und dabei vor allem über den Stellenwert des Vorsichtsprinzips (§ 252 Abs. 1 Nr. 4 HGB) bestimmen soll. Es wird davon ausgegangen, dass dem Vorsichtsprinzip aus Gründen des Gläubigerschutzes die Stellung eines alles überragenden Leitprinzips zukomme, das, wie es *Beisse* ausdrückt, die „Rechnungslegung nach Form und Inhalt“ beherrscht.¹²²² Die damit verbundene Weichenstellung bestimmt dann im Zweifel über den Zeitpunkt der Ertragsrealisation und des Gewinnausweises, da die Ertragsrealisation danach möglichst vorsichtig erfolgen soll. Es soll also ein starkes Gewicht auf die Sicherheit des Mittelzuflusses gelegt werden, selbst wenn dadurch im Gegenzug der durch den Jahresabschluss vermittelte Einblick in die Lage des Bilanzierenden zum Abschlussstichtag verunklart wird.¹²²³ Dementsprechend soll die Information der Abschlussadressaten bzw. die Rechenschaftslegung als Zweck gegenüber dem Gläubigerschutz zurücktreten bzw. zweitrangig sein. Im Zweifel soll hinzunehmen sein, dass der Informationsgehalt des Jahresabschlusses eingeschränkt wird, sofern nur der Gläubigerschutz gewährleistet bleibt.¹²²⁴ Nur eine klare Minderheit unter den

1221 Vgl. zum Ganzen etwa *Hennrichs*, in: *Hennrichs/Schruff*, Stand und Perspektiven des europäischen Bilanzrechts, S. 3; *Beisse*, in: FS Moxter, 1994, S. 3 (15); *ders.* StuW 1984, 1 (4); *Schön* ZHR 161 (1997), 133 (145, 157); *Kübler*, in: FS Budde, 1995, S. 361 (362 ff.); *Schulze-Osterloh*, in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 42 Rn. 32; *Hommel*, Bilanzierung für Dauerschuldverhältnisse, S. 7; *Pilhofer*, Umsatz- und Gewinnrealisierung, S. 19 f.; *Knobbe-Keuk*, Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht, S. 18 f.; *Schneider*, Betriebswirtschaftslehre, Bd. 2, S. 110; *Wüstemann/Bischof/Kierzek* BB-Special 5/2007, 13 (15); *Wüstemann/Kierzek* Zfbf 2007, 882 (902); vgl. weitergehend *Siebler*, Internationalisierung der Rechnungslegung, S. 198.

1222 *Beisse*, in: FS Beusch, 1993, S. 77 (83); vgl. auch *ders.*, in: FS Moxter, 1994, S. 3 (15); *ders.*, in: FS Müller, 2001, S. 731 (741 f.): „Paradigma“; ähnlich *Moxter*, in: FS Döllerer, 1988, S. 447 (449); *ders.* Zfbf-Sonderheft 32/1993, S. 61 (74); desgleichen der Befund bei *Kleindiek*, in: Staub, § 252 Rn. 41; *Hennrichs*, in: *Tipke/Lang*, Steuerrecht, § 9 Rn. 78; *ders.*, DStJG 24 (2001), S. 301 (324); *Schön* ZHR 161 (1997), 133 (157) spricht davon, dass es einer „am Vorsichtsprinzip orientierten normativ festgelegten Bilanzierung“ bedürfe, sofern „das klassische System der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung“ beibehalten werden solle, denn einem Zweck müsse der Vorrang eingeräumt werden; Bei *Wüstemann/Kierzek*, Zfbf 2007, 882 (902) ist von den „vorsichts- und objektivierungsgeprägten“ handelsrechtlichen Bilanzierungsprinzipien die Rede.

1223 Vgl. *Moxter* Zfbf-Sonderheft 32/1993, 61 (74); *Hommel/Berndt* BB 2009, 2190; *Wüstemann/Kierzek* Zfbf 2007, 882 (902).

1224 Vgl. insofern *Schulze-Osterloh*, in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 42 Rn. 32; *Hommel*, Bilanzierung für Dauerschuldverhältnisse, S. 7; *Pilhofer*, Umsatz- und Gewinnrealisierung, S. 19 f.; *Beisse* BB 1990, 2007 (2008, 2012); *Knobbe-Keuk*, Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht, S. 18 f.; *Schneider*, Betriebswirtschaftslehre, Bd. 2, S. 110; *Strobl*, in: FS Clemm, 1996, S. 389 (395 f.); *Schön* ZHR 161 (1997), 133 (151 ff.); *Wüstemann/Bischof/Kierzek* BB-Special 5/2007, S. 13 (15); *Wüstemann/Kierzek* Zfbf 2007, 882 (902); vgl. weitergehend *Siebler*, Internationalisierung der Rechnungslegung, S. 198; *Kübler*, in: FS Budde, 1995, S. 361 (362 ff.).

Literaturstimmen ist demgegenüber in der Vergangenheit von einer abweichenden Funktionshierarchie mit der Information an der Spitze ausgegangen.¹²²⁵

B. Fehlende Widerspiegelung im nationalen Bilanzrecht

- 4 Problematisch an den unter A. wiedergegebenen Überzeugungen, wonach es unter den Abschlussfunktionen eine Hierarchie gebe, ist, dass sich diese Hierarchie, sofern sie tatsächlich, so wie es hier vorgeschlagen wird, auslegungsleitend wirken soll, im geltenden Bilanzrecht widerspiegeln müsste. Andernfalls können die wiedergegebenen Überzeugungen zwar immer noch als gewichtige rechtspolitische Forderungen oder bilanztheoretische Äußerungen gewertet werden, sie vermögen es dann aber nicht, die Lösung schwieriger Bilanzierungsfragen überzeugend anzuleiten. Denn ein bloßes rechtspolitisches Desiderat ist als rechtsdogmatisches Argument unbrauchbar. Wie das Beispiel der allgemeinen Rechtsprinzipien zeigt, bedeutet dies nicht zwingend, dass sich die Gläubigerschutzorientierung aus einer konkreten Norm ergeben muss, es müsste aber erkennbar sein, dass der Gesetzgeber sie als bedeutsamer ansieht als den Informationsgehalt des Jahresabschlusses. Gerade dies lässt sich aber nicht klar nachweisen. Ein kursorischer Blick auf die Geschichte des Bilanzrechts – zunächst unter Ausblendung der europäischen Einflüsse – genügt, um zu erkennen, dass der Gesetzgeber es nie darauf angelegt hat, eine der beiden angesprochenen Bilanzfunktionen die andere dominieren zu lassen. Vielmehr wurde das Verhältnis von Informations- und Ausschüttungsbemessungsfunktion offengelassen.¹²²⁶
- 5 Bei schwierigen Bilanzierungsfragen verhindert der unaufgelöste Widerspruch zwischen den beiden möglichen Abschlussfunktionen eine eindeutige Antwort. Dieser Befund deckt sich mit allgemeinen Beobachtungen zur Verfassung von Rechtsordnungen: Bei der Auslegung lückenhafter oder widersprüchlicher Regelungen bestehe, so *Rüthers*, *Fischer* und *Birk*, zwar ein starker Drang, die Rechtsordnung, in der diese Regelungen verortet sind, als Wertungseinheit aufzufassen und dem vermeintlich übergreifend verfolgten Regelungskonzept eine Bedeutung bei der andernfalls frustrierenden, da von keinem greifbaren Erfolg gekrönten, Interpretation der Einzelnormen zuzusprechen. Da der Gesetzgeber aber keinem Zwang unterliege sich nicht selbst zu widersprechen,¹²²⁷ sei die Annahme einer „Einheit der Rechts-

1225 Vgl. v.a. *Leffson*, Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung, S. 72, 91 f., 104 ff.; s. auch *Baetge/Kirsch*, in: *Kütting/Weber*, Kap. I Rn. 264 ff., 275; *Baetge/Kirsch/Thiele*, Bilanzen, S. 92 ff., 102 ff.

1226 Vgl. *Schön* ZHR 161 (1997), 133 (134), der von einem „sachlichen Konflikt zwischen unterschiedlichen Bilanzzwecken, der die Entwicklung des deutschen Bilanzwesens seit mehr als 100 Jahren prägt“, spricht; vgl. auch die Einschätzungen bei *Kübler*, in: FS *Budde*, 1995, S. 361 (368 f.).

1227 *Rüthers/Fischer/Birk* Rechtstheorie, § 6 Rn. 278.

ordnung“ zumeist illusorisch. Die „Einheit“ von Regelungen sei ein idealgedachter, gesuchter Orientierungspunkt der Interpretation, nicht aber real vorhanden.¹²²⁸

I. Spätes Aufkommen des Gläubigerschutzgedankens

Im Ausgangspunkt des Versuchs, die Dominanz der Gläubigerschutzfunktion im 6 Gesetz nachzuweisen, muss die Beobachtung stehen, dass der Gedanke, Rechnungslegungsrecht müsse auf einen Schutz der Gesellschaftsgläubiger hin ausgerichtet sein, erst verhältnismäßig spät aufgekommen ist. Historischer Hauptbilanzzweck war die Selbstinformation des Kaufmanns bzw. der Gesellschafter (vgl. bereits § 4 B.). Die Überlegung, Gläubigerschutz bzw. die vorsichtige Ausschüttungsbemessung in den Mittelpunkt der Rechnungslegung zu stellen, hat erst im Zuge der Aktienrechtsreformen zum Ende des 19. Jahrhunderts größere Bedeutung erlangt. So wird die Aktienrechtsreform von 1884¹²²⁹ in der Literatur überwiegend dahingehend bewertet, dass sie auf eine stärker vorsichtsgeprägte und damit gläubigerschutzorientierte Bilanzierung abgezielt habe.¹²³⁰ Einen Anhaltspunkt für diese These bieten insbesondere eine ganze Reihe von durch die Reform eingeführten Einzelvorschriften, die auf eine Bilanzierung von Anlagegütern mit ihren historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten, was den Ansatz von Zeitwerten ausschloss, die grundsätzlich planmäßige Abschreibung abnutzbarer Gegenstände, den Nichtausweis von Gewinnen vor ihrer Realisierung und die Nichtaktivierung von Ingangsetzungskosten abzielten (vgl. Art. 185a, 239b des AG und KGaA betreffenden Teils des ADHGB in ihrer durch das Aktienrechtsreformgesetz vom 18.7.1884¹²³¹ erlangten Fassung).¹²³² Darüber hinaus wurde erstmalig vorgeschrieben, dass Bilanz und Gewinn- und Verlustrechnung zu veröffentlichen waren.¹²³³

1228 Rütters/Fischer/Birk Rechtstheorie, § 6 Rn. 278.

1229 Vgl. zur rechtspolitischen Diskussion im Vorfeld Benston/Bromwich/Litan/Wagenhofer, in: dies., *Worldwide Financial Reporting*, S. 106 (108).

1230 Ballwieser, in: FS Clemm, 1996, S. 1 (4) schreibt mit Blick auf das um die Jahrhundertwende reformierte Recht, dass das Ziel der neuen Rechnungslegungsvorschriften es nicht (mehr) gewesen sei, den Vermögensstand der Gesellschaften möglichst zutreffend darzustellen, sondern im Interesse der Gläubiger möglichst vorsichtig den Gewinn zu ermitteln; vgl. auch Gefßler, in: Muthesius, 75 Jahre Deutsche Treuhand-Gesellschaft 1890 – 1965, S. 133 (134 f., 139); Barth, Die Entwicklung des deutschen Bilanzrechts, S. 73; Walter, Publizität der Rechnungslegung, S. 50; Schön ZHR 161 (1997), 133 (141); Moxter ZVglRWiss 103 (2004), 268 f.

1231 Gesetz, betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften, Deutsches Reichsgesetzblatt Band 1884, Nr. 22, S. 123 ff.

1232 Dazu Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 5. Legislaturperiode, IV. Session 1884, Dritter Band, Anlagen zu den Verhandlungen des Reichstages, Berlin 1884, Aktenstück Nr. 21, S. 302 f.; vgl. zum Zweck des Art. 185a AktG 1884 auch RG, Urt. v. 16.3.1898 – VI 428/98 = RGZ 43, 122 (127) und später RG, Urt. v. 2.3.1905 – 4331/04 = RGSt 38, I (2); zum Ganzen auch Schneider, in: Chmielewicz/Schweitzer, Handwörterbuch des Rechnungswesens, Sp. 712 (717 f.).

1233 Benston/Bromwich/Litan/Wagenhofer, in: dies., *Worldwide Financial Reporting*, S. 106 (108).

- 7 Als Auslöser für den Bedeutungszuwachs des Gläubigerschutzgedankens wird der Aktienschwindel der Gründerjahre genannt, der sich insbesondere in einer Zunahme gläubigerschädigender Reduktionen des Grundkapitals infolge des Ausweises unrealisierter Gewinne widerspiegelte.¹²³⁴

II. Überleben der Dualität

- 8 Falsch wäre es zugleich, in der Aktienrechtsreform von 1884 einen ersten Schritt hin zu einem vom Gläubigerschutzgedanken klar dominierten Bilanzrecht zu sehen. Denn es ist nicht so, als seien die Erfahrungen aus der Gründerzeit für die einzelnen Reformgesetzgeber jemals allein handlungsleitend gewesen.¹²³⁵ Im Gegenteil wurden die Nachteile, welche eine solche Eindimensionalität gehabt hätte, durch die unter dem Eindruck der skizzierten aktienrechtlichen Neuregelungen aufkommende Bilanztheorie sogar erst theoretisch unterfüttert. *Herman Veit Simon*, ein Berliner Rechtsanwalt, verfasste mit Blick auf die Aktienrechtsreform sein Werk „Die Bilanzen der Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien“,¹²³⁶ in dem die Bilanzierung vom Gedanken der „Statik“ geprägt war, in deren Mittelpunkt das Vorsichtsprinzip stand.¹²³⁷ *Simon* ging davon aus, dass durch eine sorgfältige Bilanzierung das Effektivvermögen ermittelt werden könne und der Bilanzzweck deshalb auf eine entobjektivierte Vermögensermittlung gerichtet sein müsse.¹²³⁸ Diesem „Rechnungslegungsmythos“¹²³⁹ setzte *Eugen Schmalenbach* aber seine dynamische Bilanztheorie entgegen.¹²⁴⁰ *Schmalenbach* forderte eine „dynamische“ Bilanz (Bilanz als „Kostenspeicher“ des Unternehmens).¹²⁴¹
- 9 Dabei sollten das Vorsichts- und Imparitätsprinzip zugunsten einer periodengerechten Zuordnung von Aufwand und Ertrag sowie (damit einhergehend) einer erhöh-

1234 *Barth*, Die Entwicklung des deutschen Bilanzrechts, S. 75; *Walter*, Publizität der Rechnungslegung, S. 50; vgl. dazu auch *Schön* ZHR 161 (1997), 133 (141); *Benston/Bromwich/Litan/Wagenhofer*, in: dies., Worldwide Financial Reporting, S. 106 (108) fassen die Entwicklungen wie folgt zusammen: „A common fraudulent practice was to overstate assets (above current value) and, based on the inflated net assets and income, to pay out dividends to shareholders to the disadvantage of creditors. The negative effects of this practice were reinforced by the lack of owners' capital, as stock corporations were permitted to start operations with only 10 percent of nominal capital paid in. Not surprisingly, some corporations were founded only for speculative and possibly fraudulent reasons.“

1235 Vgl. *Ballwieser*, in: FS Clemm, 1996, S. 1 (6); *Schön* ZHR 133 (1997), 133 (148); vgl. auch *Busse von Colbe* Zfbf-Sonderheft 32/1993, II (13 f.).

1236 Vgl. *Simon*, Die Bilanzen der Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien.

1237 Vgl. dazu näher *Pilhofer*, Umsatz- und Gewinnrealisierung, S. 25; *Schön* ZHR 161 (1997), 133 (141).

1238 Vgl. *Simon*, Die Bilanzen der Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, S. 2.

1239 Vgl. *Moxter* BB 2000, 2143. Da sich ein Großteil der Vermögenswerte, die sich im originären Goodwill eines Unternehmens niederschlagen (z.B. guter Ruf, gutes Management), genau wie zahlreiche immaterielle Anlagewerte, einer nachprüfbaren Marktbewertung entziehen, lasse sich, so *Schmalenbachs* Replik, auf bilanziellem Wege immer nur ein Buchvermögen, nicht aber etwa eine Art Effektivvermögen bestimmen, vgl. *Schmalenbach*, Dynamische Bilanz, S. 49.

1240 Vgl. *Schmalenbach*, Dynamische Bilanz, S. 49; vgl. dazu auch *Moxter* BB 2000, 2143.

1241 *Schmalenbach*, Dynamische Bilanz, 1. Aufl. 1919 (13. Aufl. 1962, bearbeitet von *Bauer*).

ten Ergebnisvergleichbarkeit eingeschränkt werden.¹²⁴² Wenn man dieser Zielsetzung nahekommen will, bedarf es einer umfassenden Verteilung und Periodisierung der Ausgaben und Einnahmen.¹²⁴³ Im hiesigen Zusammenhang kommt es aber vor allem darauf an, von welcher Erkenntnis *Schmalenbach* geleitet wurde. Er hatte erkannt, dass eine (einseitig) am Vorsichts- bzw. Imparitätsprinzip ausgerichtete Bilanzierung es dem Kaufmann erschwert, die aktuelle wirtschaftliche Situation des Unternehmens zu überblicken, da die damit verbundene Entstehung und Auflösung stiller Reserven das Ergebnis unnatürlich glättet.¹²⁴⁴ Dies zeigt, dass der ursprüngliche Zweck der Bilanz als Eigeninformation des Kaufmanns keinesfalls in Vergessenheit geriet, sondern ihm – nunmehr theoretisch unterfüttert – sogar erst umfassend Geltung verschafft wurde.¹²⁴⁵

Schmalenbachs dynamische Bilanztheorie und ihre Implikationen für das Verhältnis von Gläubigerschutz- und Informationsfunktion traten jedoch ebensowenig einen Siegeszug auf rechtspolitischer Ebene an. Im Gegenteil ist sich die Forschung wohl darüber einig, dass weder das Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien (Aktiengesetz) vom 30.1.1937¹²⁴⁶ noch das es ablösende Aktiengesetz vom 6.9.1965¹²⁴⁷ die dynamische Bilanzauffassung zum Leitmotiv wählten.¹²⁴⁸ Vielmehr blieben dem AG-Vorstand im AktG 1965, wie *Ballwieser* schreibt, bei der Gewinnermittlung „große Freiheiten“, die (gleichermaßen im Gläubiger- und Gesellschaftsinteresse) zur stillen Innenfinanzierung genutzt werden konnten.¹²⁴⁹ Insbesondere wurde im Zuge der Aktienrechtsreformen 1959 („Kleine Aktienrechts-

1242 Ziel der dynamischen Bilanztheorie war, wie *Moxter* BB 1984, 1780 (1784) schreibt, „eine unbedingt periodengerechte (strikt umsatzbezogene) Gewinnermittlung“.

1243 Das Realisationsprinzip wird hier zum „Fundamentalprinzip“ der Rechnungslegung. Sofern man den Gedanken ernst nimmt, müssten etwa – entgegen dem geltenden Recht – auch unternehmensinterne Forschungsausgaben abseits eines konkreten Vermögensgegenstands aktiviert werden, sofern sich der Bilanzierende von ihnen einen künftigen Nutzen verspricht. In seiner dynamischen Auslegung drängt das Realisationsprinzip dabei die Bilanzobjektivierung zurück: Die Frage, ob eine vor dem Bilanzstichtag getätigte Ausgabe auch zu einer hinreichend greifbaren und bewertbaren Chance auf Mehrumsätze bzw. Kostenersparnisse (mithin zu einem nachweisbaren Vermögensgegenstand) führt, tritt ebenso in den Hintergrund wie die Frage, ob die antizipierte Ausgabe sich zum Bilanzstichtag tatsächlich soweit konkretisiert, dass der Bilanzierende die mit ihr verbundene Ausgabenlast als Verbindlichkeit justiziabel nachweisen kann. Es wird also in Kauf genommen, bereits vage Hoffnungen zu aktivieren und rein subjektive Befürchtungen zu passivieren.

1244 Vgl. zu dieser Erkenntnis *Pilhofer*, Umsatz- und Gewinnrealisierung, S. 25; *Baetge/Kirsch/Thiele*, Bilanzen, S. 539; *Beisse* StW 1984, 1 (2); *Schön* ZHR 161 (1997), 133 (146, 156).

1245 *Schön* ZHR 131 (1997), 133 (146 f.); vgl. dazu auch *Pilhofer*, Umsatz- und Gewinnrealisierung, S. 25; *Baetge/Kirsch/Thiele*, Bilanzen, S. 19 ff.; *Beisse* StW 1984, 1 (2).

1246 RGBl. I 1937, S. 107.

1247 BGBl. I 1965, S. 1089.

1248 *Hennrichs*, Wahlrechte im Bilanzrecht, S. 81 ff. und *Hennrichs/Pöschke*, Der Konzern 2009, 532 (534) drücken dies so aus, dass sich die Gesetzgeber von AktG und BilRiLiG, immer der Vereinnahmung durch einen der „eindimensionalen“ bilanztheoretischen Ansätze erwehrt hätten.

1249 *Ballwieser*, in: FS Clemm, 1996, S. 1 (5). Ähnlich sieht es *Schön* ZHR 161 (1997), 133 (150): Auch nach dem AktG 1965 seien erhebliche Möglichkeiten zur Bildung stiller Reserven bestehen geblieben. Vermieden habe man allein „willkürliche Unterbewertungen“.

reform“) und 1965 („Große Aktienrechtsreform“) ¹²⁵⁰ einem Übergang zum Konzept der „gläsernen, aber verschlossenen Taschen“ (*Kronstein/Claussen*¹²⁵¹), das einen Übergang zum Zeitwertansatz bedeutet und stille Reserven weitgehend beseitigt – wenngleich nicht zwingend der Ausschüttung preisgegeben¹²⁵² – hätte, eine Absage erteilt.¹²⁵³ Vor dem BilMoG habe das Bilanzrecht, wie *Ballwieser* darüber hinausgehend anführt, noch zahlreiche weitere Möglichkeiten zur „Gewinnglättung“ geboten, etwa die Möglichkeit zu einem weitgehenden Ausweis von Aufwandsrückstellungen (§ 249 Abs. 2 HGB a.F.).¹²⁵⁴ *Moxter*, *Baetge* und *Schön* verweisen als maßgeblichen Anhaltspunkt für die „Statik“ des durch das BilRiLiG vom 19.12.1985 im HGB zusammengeführten Bilanzrechts schließlich auf den (weitgehenden) Verzicht darauf, Vermögensgegenstände mit ihren Absatz- oder Wiederbeschaffungskosten ansetzen zu dürfen.¹²⁵⁵

- 11 Auch das BilRiLiG-Bilanzrecht griff aber, wie *Pilhofer* und *Schön* herausstellen, trotz dieser vermeintlichen Statik wiederum Elemente auf, welche man typischerweise der dynamischen Bilanzauffassung zurechnen würde.¹²⁵⁶ Hinzukommt, dass sich bereits lange vor dem BilRiLiG die Erkenntnis, dass der Jahresabschluss nicht nur unter dem Gesichtspunkt einer Eigeninformation des Kaufmanns, sondern auch im Interesse anonymer Aktionäre bzw. Kapitalmarktteilnehmer eine Informationsfunktion entfalten muss, durchzusetzen begonnen hatte.¹²⁵⁷
- 12 Nicht vergessen werden darf bei alledem schließlich, dass schon *Schmalenbach* in seiner Auseinandersetzung mit *Simon*¹²⁵⁸ keine exklusiv dynamische Rechnungslegung gefordert hatte. Seine „dynamische“ Bilanz sollte nicht an die Stelle der „statischen“

1250 Vgl. zum Verhältnis der Reformen *Ballwieser*, in: FS Clemm, 1996, S. 1 (6).

1251 Vgl. *Kronstein/Claussen*, Publizität und Gewinnverteilung im neuen Aktienrecht, *passim*.

1252 Vgl. zu Einzelheiten *Siebler*, Internationalisierung der Rechnungslegung, S. 429 ff.: Denkbar ist insbesondere eine Einstellung nach herkömmlichem Verständnis (noch) unrealisierter Gewinne in ausschüttungsgesperrte Rücklagen.

1253 Vgl. dazu *Gefßler*, in: Muthesius, 75 Jahre Deutsche Treuhand-Gesellschaft 1890 – 1965, S. 133 (159, 161); *Ballwieser*, in: FS Clemm, 1996, S. 1 (6); a.A. aber: *Claussen AG* 1979, 169 (171), der es gerade als Aufgabe des im AktG 1965 neuen Bewertungsrechts ansieht, einen „Abbau der stillen Reservenpolitik“ nach der Formel von den „gläsernen, aber dafür verschlossenen Taschen“ herbeizuführen.

1254 *Ballwieser*, in: FS Clemm, 1996, S. 1 (6).

1255 *Baetge/Kirsch/Thiele*, Bilanzen, S. 26 ff.; *Schön* ZHR 161 (1997), 133 (147); vgl. zur Ausrichtung des BilRiLiG auch *Hommel/Berndt* BB 2009, 2190 (2191).

1256 Vgl. *Pilhofer*, Umsatz- und Gewinnrealisierung, S. 25; *Schön* ZHR 161 (1997), 133 (147).

1257 Vgl. *Döllerer* BB 1958, 1281 ff., der bereits 1958 entsprechende Überlegungen angestellt hat; s. auch *Gefßler*, in: Muthesius, 75 Jahre Deutsche Treuhand-Gesellschaft 1890 – 1965, S. 133 (159, 161), der die Auffassung vertritt, dass der Aktionärsschutz erstmals mit der Aktienrechtsreform 1965 (gleichberechtigt) neben den Gläubigerschutz getreten sei.

1258 *Simon* sah den Zweck der Bilanz vor allem in der periodischen Gewährung einer Übersicht über die Vermögenslage, vgl. *Simon*, Die Bilanzen der Aktiengesellschaften und der Kommanditgesellschaften auf Aktien, S. 2 und *passim*.

Bilanz nach dem Modell *Simons* treten, sondern, angesichts ihres abweichenden Bilanzzwecks, vielmehr daneben.¹²⁵⁹

III. Das Steuerrecht als „Treibanker“ der Informationsausrichtung

Um die Dominanz der Ausschüttungsbemessungsfunktion des Jahresabschlusses und des Vorsichtsprinzips zu begründen, wird daneben auf die Bedeutung der Handelsbilanzierungsprinzipien für die Steuerbemessung abgestellt. Das Maßgeblichkeitsprinzip fungiert bei dieser Sichtweise bildlich gesprochen als Treibanker, welcher die (eigentlich idealiter informationsorientiertere) Handelsbilanzierung bremst, da die Zwecke der Steuerbilanz mit einer an der Ausschüttungsbemessungsfunktion orientierten „statischen“ Bilanz korrespondieren.¹²⁶⁰ Dem liegt die Überlegung zugrunde, dass das in § 5 EStG verankerte Maßgeblichkeitsprinzip den intrinsischen Effekt hat, den Bilanzierenden zu einer restriktiven Rechnungslegung anzuhalten, da es ihm den Anreiz nimmt, sich „reich zu rechnen“.¹²⁶¹ Bei dieser Betrachtung muss das Vorsichtsprinzip bei der Auslegung des Bilanzrechts auch deshalb dominieren, weil so, vermittelt durch das Maßgeblichkeitsprinzip, eine übermäßige Besteuerung verhindert wird. Diese Sichtweise geht ganz natürlich mit einer Geringerschätzung der Informationsfunktion der Bilanz einher.¹²⁶² Aus alledem ließe sich als Schlussfolgerung ableiten, dass so lange am Maßgeblichkeitsprinzip festgehalten werde, dies eine primär gläubigerschutzorientierte Auslegung des Handelsbilanzrechts bedinge, da eine Schwächung des Vorsichtsprinzips „tiefgreifende Auswirkungen auch auf

1259 Statt der Bemessung des ausschüttungsfähigen Gewinns, sollte die *Schmalenbach'sche* Rechnungslegung der richtigen Steuerung des Unternehmens, also einer Verbesserung der Entscheidungsfindung des Kaufmanns bzw. der (Selbst-)Information, dienen, vgl. *Schmalenbach*, *Dynamische Bilanz*, S. 50, 53 f., 56. Hierbei steht dann die Gewinn- und Verlustrechnung im Mittelpunkt der Rechnungslegung, um das Auf und Ab des Unternehmens anhand des Umsatzgewinns zu zeigen.

1260 *Schön* ZHR 161 (1997), 133 (145, 147); ganz ähnlich *Beisse*, in: FS Moxter, 1994, 3 (21 f.).

1261 Grundlegend *Döllerer* BB 1971, 1333 (1334); vgl. auch *Schön* ZHR 161 (1997), 133 (142); *Crezelius* DB 1994, 689 f.; *Schmidt*, in: Hopt/Kanda/Roe/Wymeersch/Prigge, *Comparative Corporate Governance*, 1998, S. 743 (746); vgl. zur Beeinflussung der Auslegung des Vorsichtsprinzips durch das Bilanzsteuerrecht auch *Siebler*, *Internationalisierung der Rechnungslegung*, S. 214.

1262 *Schön* ZHR 161 (1997), 133 (143); weitergehend vertritt *Moxter* BB 1984, 1780 (1782) dass diese sogar, über einen Wandel in der steuerbilanzrechtlichen Rechtsprechung, ganz konkret Eingang in die Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung gefunden habe. Nachdem RFH und BFH zunächst Aspekte der, an der Informationsfunktion ausgerichteten „dynamischen“ Bilanzauffassung rezipiert hätten, habe der BFH eine „statische Wende“ vollzogen. *Moxter* meint damit die Hinwendung zu einer an der Ausschüttungsbemessungsfunktion orientierten Bilanzierung angesichts offenkundiger (Objektivierungs-) Nachteile der dynamischen Bilanztheorie (vgl. zu dieser These etwa auch *Hommel/Berndt* BB 2009, 2190 (2191)); *Beisse* StW 1984, 1 (2) sieht es sogar so, dass die Steuerrechtsprechung zeitweise kräftige Anleihen bei einer betriebswirtschaftlichen Bilanztheorie – der dynamischen Lehre – genommen habe, da sie in der Idee der periodengerechten Gewinnermittlung ein gemeinsames Interesse entdeckt habe, das Verhältnis von Handelsbilanz und Steuerbilanz auf der Grundlage der Maßgeblichkeit der [statischen] Handelsbilanz jedoch neu habe geordnet werden müssen; *Groh* BB 1989, 1586 f. spricht insofern von einer Restriktion der bilanziellen Möglichkeiten.

das Steuerrecht¹²⁶³ hätte. Sie könnte schlussendlich zur Folge haben, dass die Verbindung von Handels- und Steuerbilanzrecht gekappt werden und für das Handelsbilanzrecht einerseits und das Steuerbilanzrecht andererseits jeweils eigenständige Regelungen erlassen werden müssten.¹²⁶⁴

- 14 Wenn es um die Bilanzrechtsauslegung geht, kann die skizzierte Schlussfolgerung aber nicht maßgeblich sein, da man ein sachfremdes Motiv in das Vorsichtsprinzip hineinläse. Die Fiktion einer Gleichstellung von Steuerstaat und Gesellschaftern verschleierte, dass es bei der steuerlichen Gewinnermittlung nicht um Gläubigerschutz, sondern um „folgerichtige, eigentumsschonende und rechtsstaatliche Messung wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit“ geht.¹²⁶⁵ Das steuerrechtliche Konzept der Leistungsfähigkeit muss deshalb nicht zwingend mit den gesellschaftsrechtlichen Grenzziehungen harmonisieren.¹²⁶⁶
- 15 Folgerichtig ist das gesellschaftsrechtliche Schutzkonzept des „maximal entziehbaren Gewinns“ kein genuines Leitmotiv des Steuerrechts. Ebensowenig kann es im Gegenzug dann – so wie es der vorstehenden Schlussfolgerung entspräche – als Aufgabe des Vorsichtsprinzips angesehen werden, im Gläubigerinteresse eine Übermaßbesteuerung zu vermeiden. Das Vorsichtsprinzip zielt vielmehr für sich genommen (allein) darauf ab, die Besteuerung noch unsicherer Gewinne zu verhindern. Bei Unternehmensschonung und Übermaßverbot handelt es sich hingegen um übergeordnete, verfassungsrechtlich durch Art. 14 GG abgesicherte steuerrechtliche Maßgaben.¹²⁶⁷ Dasselbe gilt für den ebenfalls zur Auslegung des Vorsichts- (und Realisations-) Prinzips herangezogenen, aus Art. 3 Abs. 1 GG abgeleiteten Grundsatz der Objektivierung (Verlässlichkeit) der Besteuerung. Die Behauptung einer Gleich-

1263 Beisse, in: FS Beusch, 1993, S. 77 (89).

1264 Beisse, in: FS Beusch, 1993, S. 77 (89); vgl. zu entspr. dahingehenden Vorschlägen: Bundesminister für Wirtschaft und Finanzen (Hrsg.), Gutachten der Steuerreformkommission, Bonn 1971, Abschn. V, Rn. 17 ff.; *Schulze-Osterloh* ZGR 2000, 594 (602); s. auch Begr. RegE BilMoG, BT-Drucks. 16/10067, S. 34: „Auf der anderen Seite ist zu überprüfen, ob dieser Jahresabschluss seine bisherige Funktion, aufgrund des Maßgeblichkeitsgrundsatzes die steuerliche Leistungsfähigkeit des bilanzierenden Kaufmanns abzubilden, weiterhin erfüllen kann. Die Informationsfunktion der Handelsbilanz tritt in den Vordergrund und das Realisationsprinzip als Gradmesser der steuerlichen Leistungsfähigkeit wird punktuell modifiziert. Daher wird zu analysieren sein, ob zur Wahrung einer nach der individuellen Leistungsfähigkeit ausgerichteten Besteuerung und auch im Hinblick auf die Bestrebungen zur Schaffung einer einheitlichen konsolidierten körperschaftsteuerlichen Bemessungsgrundlage auf EU-Ebene eine eigenständige steuerliche Gewinnermittlung notwendig ist und erforderlichenfalls wie sie zu konzipieren ist.“

1265 *Hennrichs* DStJG 24 (2001), 301 (325); dazu auch *Schulze-Osterloh* ZGR 2000, 594 (602).

1266 *Hennrichs* DStJG 24 (2001), 301 (325); ähnlich *Schulze-Osterloh* ZGR 2000, 594 (602); s. auch BFH Beschl. v. 3.2.1969 – GrS 2/68 = BFHE 95, 31 = BStBl. II 1969, 291, 293 = BeckRS 1969, 21000902: Es könne nicht im Belieben des Kaufmanns stehen, sich durch Nichtaktivierung von Wirtschaftsgütern, die handelsrechtlich aktiviert werden dürfen, oder durch den Ansatz eines Passivpostens, der handelsrechtlich nicht geboten ist, ärmer zu machen als er ist, da es dem Sinn und Zweck der steuerrechtlichen Gewinnermittlung entspreche, den vollen Gewinn zu erfassen. Das Vorsichtsprinzip spiegle also keine vom Gesetzgeber bewusst getroffene Belastungsentscheidung wieder.

1267 Vgl. *Hennrichs*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, § 9 Rn. 402; *ders.*, DStJG 24 (2001), S. 301 (325).

stellung des Steuerstaats mit den Gesellschaftern ist dazu geeignet, diese steuerrechtlichen Grundwertungen zu verschleiern. Es droht – ohne dass dies geboten wäre – die Billigung einer einseitig risikoorientierten, „übersichtigen“ steuerlichen Gewinnermittlung, welche im Gegenzug das Prinzip der Periodenabgrenzung vernachlässigt.¹²⁶⁸ Schließlich wird dann – wie aufgezeigt – einer rechtswidrigen Verzerrung der Handelsbilanzierung Vorschub geleistet.

IV. Schlussfolgerungen

1. Die vorstehende Analyse hat ergeben, dass eine historische Auslegung des Bilanzrechts – noch unter Außerachtlassung des europäischen Einflusses – keinen solitären Jahresabschlusszweck zutage zu fördern vermag. Vielmehr haben die verschiedenen Bilanzrechtsgesetzgeber mit Bilanz und Jahresabschluss sowohl „Gläubigerschutz“ als auch „Information“ verfolgt, ohne dass sich eine Hierarchie zwischen den beiden Funktionszuweisungen nachweisen ließe. Die gesetzlichen Grundlagen von Bilanz und Jahresabschluss bilden zwar bereits seit dem Ende des 19. Jahrhunderts einen wichtigen Baustein des (kapital-)gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzkonzepts, die (Eigen- und Fremd-)Information sind aber ebenso traditionelle Gesetzeszweckbestimmungen. Der heutige Regelungskatalog ist bei näherer Betrachtung das imperfekte Abbild einer über mehrere Epochen innerhalb und außerhalb des Gesetzes geführten Auseinandersetzung zwischen verschiedenen bilanztheoretischen Strömungen und unterschiedlichen Regelungsabsichten.
2. Die nationalen Gesetzgeber haben schlussendlich nie die Absicht gehabt, das Bilanzrecht einer einheitlichen Wertung entsprechend zu formen. Allenfalls kann davon gesprochen werden, dass die zwischen den Gründerjahren und dem BilRiLiG angestoßenen Gesetzesreformen tendenziell darauf ausgerichtet waren, eine vorsichtigere Bilanzierung zu bewirken.
3. Aus diesem Grund ist es ausgeschlossen, dem geltenden Recht bei historischer Auslegung einen Jahresabschlusszweck, der bei der Abwägung verschiedener Bilanzierungsprinzipien eine argumentative Letztentscheidung tragen könnte, zu entnehmen. Sofern der Gläubigerschutz als historische Primärfunktion des Jahresabschlusses angesehen wird, wird ihm dieser Vorrang mithin außerrechtlich eingeräumt. Man hat es mit einem verdeckten Normsetzungsanspruch der Wissenschaft zu tun, welcher durch den Gesetzgeber nicht aufgenommen wurde.

1268 Hennrichs DStJG 24 (2001), S. 301 (325) spricht insofern von der fälschlichen Auslegung des Vorsichtsprinzips als „worst-case-Prinzip“.

C. Einfluss des europäischen Rechts

I. Versuch einer „schonenden“ Richtlinienumsetzung

- 16 Das Verhältnis zwischen den Jahresabschlusszwecken „Gläubigerschutz“ und „Information“ wird weiter verkompliziert, sofern man § 264 Abs. 2 Satz 1 HGB¹²⁶⁹, wonach der Jahresabschluss der Kapitalgesellschaft (unter Beachtung der Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung) ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Kapitalgesellschaft (true and fair view¹²⁷⁰) zu vermitteln hat, mitberücksichtigt. Denn zumindest wenn man den Regelungswortlaut des § 264 Abs. 2 Satz 2 HGB (nur besondere Umstände dürfen danach dazu führen, „daß der Jahresabschluß ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild [...] nicht vermittelt“) miteinbezieht, scheint es so, als müsse der mit der Informationsvermittlung konkurrierende Jahresabschlusszweck der Ausschüttungsbemessung im Konfliktfall zurücktreten. Die Auffassung, dass die Regelung das sprichwörtliche Zünglein an der Waage bilden soll, wenn es um die Letztentscheidung von Bilanzrechtsfragen geht, wird jedoch kaum vertreten. Im Hintergrund steht die Entstehungsgeschichte der Norm, welche nahelegt, dass es sich jedenfalls ursprünglich um einen Fremdkörper im deutschen Bilanzrecht handelte. Dementsprechend ist der eigentliche Bedeutungsgehalt des § 264 Abs. 2 Satz 1 HGB bis heute weitgehend unklar geblieben.
- 17 Das „true and fair view“-Prinzip entstammt ursprünglich dem UK Companies Act (vgl. heute Sec. 393 Abs. 1 Companies Act 2006¹²⁷¹). In der Literatur wird deshalb vielfach die Auffassung vertreten, dass es überhaupt nur aufgrund des britischen Beitritts zur EWG (1973) seinen Weg in die Bilanzrichtlinie gefunden habe.¹²⁷² Deutsche Versuche, auf den europapolitischen Prozess der 1970er-Jahre Einfluss zu nehmen, um dies zu verhindern, schlugen fehl.¹²⁷³ Die fertige Richtlinie sah die Zielsetzung

1269 Heute gilt § 264 Abs. 2 HGB als Umsetzungsakt von Art. 4 der aktuellen Bilanz-Richtlinie 2013/34/EU. Ihren modernen Gehalt erhielt die Regelung aber bereits im Zuge der Umsetzung von Art. 2 der (alten) EG-Bilanzrichtlinie 78/660 EWG durch das BilRiLiG 1985.

1270 In Anlehnung an die angloamerikanische Bilanzierungspraxis, von der diese Formulierung übernommen wurde, ist auch davon die Rede, dass in § 264 Abs. 2 Satz 1 HGB der „true and fair view“-Grundsatz kodifiziert sei, vgl. etwa nur *Hennrichs*, in: *Tipke/Lang, Steuerrecht*, § 9 Rn. 87.

1271 „The directors of a company must not approve accounts for the purposes of this Chapter unless they are satisfied that they give a true and fair view of the assets, liabilities, financial position and profit or loss (a) in the case of the company's individual accounts, of the company; (b) in the case of the company's group accounts, of the undertakings included in the consolidation as a whole, so far as concerns members of the company.“

1272 *Beisse*, in: *FS Clemm*, 1996, S. 27 (30 ff.); „britisches Drängen“ habe zur Aufnahme in die Richtlinie geführt; *Claussen*, in: *FS Goerdeler*, 1987, S. 79 (83); *ders.* AG 1979, 169 (171); v. *Hulle*, in: *FS Budde*, 1995, S. 313 (317 f.); *Schön* ZHR 161 (1997), 133 (152); *Dziadkowski* IStR 2014, 461 (465) umschreibt die Aufnahme als Ausdruck eines Kompromisses angesichts britischer Wünsche.

1273 So führt *Schön* ZHR 161 (1997), 133 (152) aus, dass der erste, von einer Sachverständigengruppe in den 1960er-Jahren erarbeitete Entwurf einer Bilanz-RL „das Einblicksgebot noch in Anlehnung an das deut-

des Jahresabschlusses damit „nicht nur unter Gesichtspunkten des Gläubiger- und Gesellschafterschutzes.“¹²⁷⁴ Die Übernahme der Formulierung des deutschen § 149 Abs. 1 Satz 2 AktG 1965¹²⁷⁵ in europäisches Recht war sogar explizit deshalb abgelehnt worden, weil die verwendeten Worte „im Rahmen“ und „möglichst sicherer Einblick“ geeignet seien, die angestrebte Zielsetzung des Jahresabschlusses zu beschränken.¹²⁷⁶

Dass man über dieses Ergebnis aufseiten der Bundesregierung nicht glücklich war, lässt sich der BiRiLiG-Regierungsbegründung zum alten, noch an § 149 Abs. 1 Satz 2 AktG 1965 orientierten Richtlinienentwurf entnehmen, wo es heißt, dass es sich dabei um eine „vorsichtige und den Realitäten hinsichtlich der Aussagekraft eines Jahresabschlusses besser entsprechende Formulierung“ gehandelt habe.¹²⁷⁷ Im Lichte dessen ist nicht verwunderlich, dass man es im Rahmen des weiteren Gesetzgebungsverfahrens unbedingt zu vermeiden trachtete, den true and fair view-Grundsatz zu einem gleichwertigen oder gar vorherrschenden Bilanzierungsprinzip („Oberprinzip“) des deutschen Handelsbilanzrechts zu erklären.¹²⁷⁸ Die einzige Möglichkeit, um die hergebrachte Rechnungslegungskonzeption zu erhalten, bestand angesichts des doch recht eindeutigen Richtlinienwortlauts und der klar zutage getretenen Richtliniengebermotive aber darin, die Auswirkungen der Richtlinienumsetzung in den Gesetzesmaterialien möglichst klein zu reden.

Dementsprechend steht in der BiRiLiG-Regierungsbegründung, dass sich in materiell-rechtlicher für die Rechnungslegung der Aktiengesellschaften infolge der Richtlinienumsetzung kaum grundsätzliche Änderungen ergeben würden. Der Jahresabschluss müsse in Zukunft nicht nur im Aktionärs- und Gläubigerinteresse, sondern

sche Aktienrecht (§ 149 Abs. 1 Satz 2 AktG 1965) in den Rahmen der allgemeinen Bewertungsvorschriften“ habe stellen wollen. Erst im Kommissionsentwurf von 1974 (also nach dem britischen EWG-Beitritt am 1.1.1973) habe es seine heutige Ausgestaltung erfahren. In der Folge sei sein Bedeutungsgehalt dann immer weiter gesteigert worden; vgl. dazu auch *Leffson*, Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung, S. 104 f.; *Hennrichs*, Wahlrechte im Bilanzrecht, S. 137 ff.; vgl. aber v. *Hulle*, in: FS Budde, 1995, S. 313 (317 f.), der stärker den Kompromisscharakter der gefundenen Regelung betont.

1274 Vgl. Begr. RegE BiRiLiG, BT-Drucks. 10/317, S. 76 zu § 237 Abs. 2 Satz 2 HGB-E, der wortgleich dem heutigen § 264 Abs. 2 Satz 1 HGB entsprach (Hervorhebung durch Verfasser).

1275 Schon nach § 149 Abs. 1 des Aktiengesetzes in der Fassung vom 6.9.1965 musste der Jahresabschluss einen „möglichst sicheren Einblick in die Vermögens- und Ertragslage“ geben, jedoch nur „im Rahmen der Bewertungsvorschriften“ (vgl. dazu BGBl. I 1965, S. 1089; *Schön* ZHR 161 (1997), 133 (151)). Der Normwortlaut des § 149 AktG 1965 ließ es demgemäß noch denkbar erscheinen, dass dem Vorsichts- bzw. Gläubigerschutzprinzip auch im Angesicht des Gebots eines sicheren Einblicks der Vorrang zukommt. Nichtsdestotrotz wurde der Bedeutungsgehalt der Regelung bereits ähnlich kontrovers diskutiert, wie heute derjenige des § 264 HGB (vgl. nur *Claussen* AG 1979, 169 (171 f.) zu den Rechnungslegungsvorschriften des AktG 1965).

1276 Die Bundesregierung hat dieser Interpretation allerdings, in eben jener Begründung, widersprochen. Sie bringt vor, dass die Übernahme nur deshalb abgelehnt worden sei, weil in anderen Mitgliedstaaten andernfalls Generalklauseln hätten geändert werden müssen, was Missverständnisse hätte verursachen können, vgl. Begr. RegE BiRiLiG, BT-Drucks. 10/317, S. 76.

1277 Begr. RegE BiRiLiG, BT-Drucks. 10/317, S. 76.

1278 *Hennrichs*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, § 9 Rn. 87.

unter allgemeinen Gesichtspunkten richtig sein, dies bedeute gegenüber dem geltenden Recht aber keine grundsätzliche Änderung.¹²⁷⁹ Darüber hinaus trachtete der deutsche Gesetzgeber durch zwei „Kunstgriffe“¹²⁸⁰ im Rahmen der sprachlichen Ausgestaltung des § 264 Abs. 2 HGB zu gewährleisten, dass die von den nationalen Rechnungslegungstraditionen (vermeintlich) abweichende Zielsetzung des europäischen Rechts sich nicht konkret niederschlägt: Zum einen soll gemäß § 264 Abs. 2 Satz 1 HGB der „true and fair view“ – ähnlich wie in § 149 Abs. 1 AktG 1965 – „unter Beachtung der Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung“ zu vermitteln sein. Zum anderen heißt es in § 264 Abs. 2 Satz 2 HGB, dass wenn „besondere Umstände“ dazu führen, „daß der Jahresabschluß ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild im Sinne des Satzes 1 nicht vermittelt“, „im Anhang zusätzliche Angaben zu machen“ seien. Diese Zusätze sollten so zu verstehen sein, dass der Jahresabschluss zwar nach der Vierten Richtlinie ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Unternehmens vermitteln müsse, dafür aber im Allgemeinen die Beachtung der gesetzlichen Vorschriften und der sie ergänzenden Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung genüge. Zusätzliche Angaben seien nur zu machen, wenn das geforderte Bild im Einzelfall wegen besonderer Umstände bei dem bilanzierenden Unternehmen nicht vermittelt werde.¹²⁸¹

- 20 Es fällt unmittelbar auf, dass die zuletzt wiedergegebene Passage aus der BilRiLiG-Regierungsbegründung den Wortlaut des § 264 Abs. 2 Satz 2 HGB verdreht wiedergibt. Denn der Gesetzeswortlaut legt – in Übereinstimmung mit der zugrundeliegenden Vorgabe des europäischen Rechts – nahe, dass der „true and fair view“ in aller Regel bereits durch die Bilanz vermittelt werden muss. Auf Anhangsangaben soll nur unter besonderen Umständen ergänzend ausgewichen werden dürfen. Noch deutlicher wird der Widerspruch zwischen Normwortlaut und nationalgesetzgeberischer Wunschvorstellung an späterer Stelle. Dort heißt es, dass die Generalklausel (§ 264 Abs. 2 Satz 1 HGB) nicht in dem Sinne über der gesetzlichen Regelung stehe, dass sie es erlauben würde, den Inhalt und Umfang des Jahresabschlusses in Abweichung von den gesetzlichen Vorschriften zu bestimmen. Insbesondere sei die Befürchtung unbegründet, dass aus der Generalklausel ganz allgemein zusätzliche Anforderungen für alle oder bestimmte Unternehmen abgeleitet werden könnten,¹²⁸² wobei schon gänzlich unklar bleibt, um wessen Befürchtungen und wovor es überhaupt gehen soll.

1279 Begr. RegE BiRiLiG, BT-Drucks. 10/317, S. 68, ebenso S. 76.

1280 Schön ZHR 161 (1997), 133 (154).

1281 Begr. RegE BiRiLiG, BT-Drucks. 10/317, S. 68.

1282 Begr. RegE BiRiLiG, BT-Drucks. 10/317, S. 76.

II. Widerspiegelung in der Abkoppelungsthese

1. Aussagegehalt der Abkoppelungsthese

Anknüpfend an den in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck kommenden gesetzgeberischen Unwillen zur Veränderung wurde in der Literatur, mit dem Ziel, auch im Angesicht des europäischen Einflusses weiter von einem Vorrang der Ausschüttungsbemessungsfunktion der Bilanz ausgehen zu können, teilweise (sogar noch nach dem BilMoG) die sog. „Abkoppelungsthese“ vertreten. Sie wird (vor allem) darauf gestützt, dass Bilanz, GuV-Rechnung und Anhang, wie sich § 264 Abs. 1 Satz 1 HGB ansatzweise entnehmen lässt, als Einheit zu betrachten seien. Der true and fair view-Grundsatz sei im Lichte dessen zwar durchaus als Oberprinzip oder Generalnorm zu begreifen, er müsse seine Wirkung aber nur im Hinblick auf den Gesamteindruck der Rechnungslegung entfalten. Darauf gestützt, wird die These vertreten, dass es ausreichend sei, wenn der Informationsfunktion der Rechnungslegung primär im Anhang Rechnung getragen wird. Im Hinblick auf Bilanz und GuV-Rechnung (also den Jahresabschluss, § 242 Abs. 3 HGB) dominiere als Rechnungslegungsfunktion hingegen die Ermittlung eines ausschüttungsfähigen bzw. entziehbaren Gewinns. 21

Dem Anhang soll damit die Funktion zukommen, aufgrund der Dominanz der Ausschüttungsbemessungsfunktion in Bilanz und GuV-Rechnung gläubigerschutzbedingt eintretende „Einblicksverzerrungen“ zu korrigieren.¹²⁸³ In der praktischen Umsetzung würde die Abkoppelungsthese bedeuten, dass mit dem true and fair view-Grundsatz unvereinbare Ansätze und Bewertungen in Bilanz und GuV konsequent im Anhang zu vermerken wären. Insbesondere würde der Anhang auch dazu dienen, die Zeitwerte von Bilanzpositionen wiederzugeben. Die umgekehrte Vorgehensweise (Korrektur von Ansatz und Bewertung zur Bewirkung des true and fair view und erläuternde Begründung des gewählten Vorgehens im Anhang) wäre dagegen unzulässig. 22

1283 Vgl. grundlegend Moxter BB 1978, 1629 (1630); ders., in: FS Goerdeler, 1987, S. 361 (369 ff.); ders., in: FS Budde, 1995, 419 (426 ff.); s. auch Schulze-Osterloh, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 42 Rn. 31 f.; Siebler, Internationalisierung der Rechnungslegung, S. 429; Wüstemann/Wüstemann Zfbf 79 (2009), 31 (36); Wüstemann/Kierzek Zfbf 2007, 882 (902); vgl. auch Adler/Düring/Schmaltz, § 264 Rn. 47, 59, 62; Beisse, in: FS Beusch, 1993, S. 77 (90 f.); ders., in: FS Clemm, 1996, 27 (35, 38, 45 f.); ders., in: FS Moxter, 1994, S. 3 (5 f.).

2. Einwände gegen die Abkoppelungsthese

a. Überblick

- 23 Gegen die Abkoppelungsthese ist primär einzuwenden, dass sie bis heute in der lex lata kaum Widerhall findet. Wirklich verfangen könnte sie nur dann, wenn Jahresabschluss und Anhang innerhalb der Rechnungslegung tatsächlich eine gleichwertige Stellung zukäme. Insbesondere reichte es nicht aus, wenn der Anhang *theoretisch* dazu in der Lage wäre, die ihm zugeordnete Aufgabe auszufüllen. Die Abkoppelungsthese wäre vielmehr nur dann tragfähig, sofern der Anhang seitens des Gesetzgebers tatsächlich dazu gedacht und angesichts seiner gesetzlichen Ausgestaltung dazu in der Lage wäre, als vollwertiges Berichtsinstrument (vermeintlich gewollte) Informationsdefizite von Bilanz und GuV auszugleichen. Insbesondere müsste es möglich sein, die im Anhang nur verbal und ohne Einspeisung in ein Zahlenwerk wiedergegebenen Informationen ebenso zu vergleichen, wie es mit unterschiedlichen Jahresabschlüssen möglich ist.¹²⁸⁴ Eine derart weitreichende Funktion kommt dem Anhang jedoch weder nach europäischem noch nach nationalem Bilanzrecht zu.

b. Fehlende Aufwertung auf europäischer Ebene

- 24 Ein aus Bilanz, GuV-Rechnung und Anhang zusammengesetzter Jahresabschluss soll gemäß Art. 4 Abs. 1 der Bilanz-Richtlinie 2013/34/EU zwar tatsächlich als Einheit anzusehen sein, bereits den Erwägungsgründen ist aber zu entnehmen, dass sich die Rolle des Anhangs in diesem Zusammenhang darauf beschränkt, die in Bilanz und Gewinn- und Verlustrechnung bereits (umfassend) dargestellten Informationen zu ergänzen.¹²⁸⁵ Der Anhang soll also (nur) diejenigen Informationen enthalten, welche aus der Sicht der Abschlussadressaten nicht zwingend notwendig sind, mithin Informationen, auf deren Vermittlung insbesondere im Rahmen der Rechnungslegung von kleinen Unternehmen sogar komplett verzichtet werden kann, da die

1284 Vgl. ähnlich Schön ZHR 161 (1997), 133 (156); Krumnow, in: FS Moxter, 1994, S. 679 (696); Schildbach, in: FS Moxter, 1994, S. 699 (718 f.); vgl. zur Gegenauffassung auch Hennrichs, Wahlrechte im Bilanzrecht, S. 137 ff.; Claussen, in: FS Goerdeler, 1987, S. 79 (88 f.); Kleindiek ZGR 1998, 466 (479); in diese Richtung auch Ekkenga ZGR 1997, 262 (269 f.).

1285 So heißt es in Erwägungsgrund 23 der Richtlinie im Hinblick auf den Verzicht auf einen Anhang bei kleineren Unternehmen: „Die Nutzer von Abschlüssen haben üblicherweise lediglich begrenzten Bedarf an *zusätzlichen* Informationen kleiner Unternehmen, und für kleine Unternehmen kann es kostspielig sein, diese *zusätzlichen* Informationen zusammenzustellen. Eine spezielle Regelung für kleine Unternehmen, die lediglich eine begrenzte Offenlegungspflicht vorsieht, ist somit gerechtfertigt“ [Hervorhebungen durch Verfasser]. In dieselbe Richtung einer bloßen Zusatzfunktion des Anhangs deutet Erwägungsgrund 25: „Nutzer der von mittleren und großen Unternehmen erstellten Abschlüsse haben in der Regel anspruchsvollere Bedürfnisse. Daher sollte in bestimmten Bereichen die Angabe *weiterer* Informationen vorgesehen werden. Ausnahmen von bestimmten Berichtspflichten sind gerechtfertigt, wenn bestimmten Personen oder dem Unternehmen aus dieser Angabe ein Nachteil erwachsen würde“ [Hervorhebung durch Verfasser].

Abschlussadressaten für sie ohnehin kaum Bedarf haben. Dementsprechend enthält die Richtlinie in Art. 16 eng begrenzte Vorgaben zum Inhalt des Anhangs.¹²⁸⁶ Als einziges, für die Abkoppelungsthese sprechendes Indiz lässt sich Art. 4 Abs. 3 Satz 2 der Richtlinie anführen, wonach im Anhang zusätzliche Angaben zu machen sind, sofern andernfalls in Anwendung der Richtlinie kein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage vermittelt würde. Gegen eine herausgehobene Bedeutung dieser Regelung im Zusammenhang mit der Abkoppelungsthese spricht aber, dass sie – wie auch der deutsche Gesetzgeber im Rahmen ihrer Umsetzung in § 264 Abs. 2 Satz 2 HGB herausgestellt hat – lediglich Sonderkonstellationen betrifft, wohingegen die Abkoppelungsthese gerade voraussetzt, dass die Konzentration der Informationsvermittlung auf den Anhang den Regelfall darstellt.

c. Fehlende Aufwertung auf nationaler Ebene

Auch der deutsche Gesetzgeber hat sich weder im Zuge des BiRiLiG noch nachfolgender Gesetzesänderungen aktiv darum bemüht, den Anhang so aufzuwerten, wie es erforderlich wäre, um die Abkoppelungsthese zu stützen. Zunächst ist ein Anhang nur dem Jahresabschluss von Kapitalgesellschaften (§ 264 Abs. 1 Satz 1 HGB) und ihnen gleichgestellten Personengesellschaften (§ 264a HGB) beizufügen. Bereits dieser Umstand steht der Abkoppelungsthese, jedenfalls sofern man von einer flächendeckenden Geltung des *true and fair view*-Grundsatzes ausgeht, entgegen. Die fehlende normative Verankerung der These lässt sich zudem indiziell anhand der Äußerungen der Bundesregierung zur Entscheidung gegen die Einführung einer Umsatz- und Gewinnrealisierungsmöglichkeit nach Auftragsfortschritt bei langfristigen Auftragsfertigungen im Rahmen des BilMoG-Gesetzgebungsverfahrens belegen. 25

Die Regierungsbegründung weist zwar auf die nach § 264 Abs. 2 Satz 2 HGB bestehende Verpflichtung hin, einer Verzerrung der Ertragslage durch entsprechende Angaben im Anhang Rechnung zu tragen, die Anhangsangabe wird aber – anders als es die Abkoppelungsthese nahelegen würde – nicht als vollwertige Alternativlösung, welche Informationsdefizite verhindern könnte, präsentiert. Die Regierungsbegründung geht vielmehr davon aus, dass, insbesondere da das Konzept einer Verwendung ausschüttungsgesperrter Bilanzierungshilfen („Konzept der gläsernen, aber verschlossenen Taschen“) als nicht mit dem geltenden Handelsbilanzrecht vereinbar angesehen wird, (gewisse) Informationsverzerrungen bei der Abbildung langfristiger Auftragsfertigungen hinzunehmen seien.¹²⁸⁷ Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, 26

1286 So gehören nach Erwägungsgrund 24 etwa Angaben zu den Rechnungslegungsmethoden (insbesondere den Bewertungsgrundlagen für die verschiedenen Posten) zu den Schlüsselementen des Anhangs.

1287 Vgl. BR-Drucks. 344/08, S. 79.

dass eine Aufwertung des Anhangs zur Implementierung der Abkoppelungsthese im geltenden Recht einen erheblichen Mehraufwand bei der Rechnungslegung verursacht hätte. Wenn man davon ausgeht, dass eine gesteigerte Information mittels der Rechnungslegung vor allem den Kapitalmarktanlegern zugutekommt (was nicht zwingend der Fall ist), so müssten sich dem Gesetz echte Anhaltspunkte entnehmen lassen, dass der Gesetzgeber nicht-kapitalmarktorientierten Unternehmen diesen Mehraufwand zumuten wollte.¹²⁸⁸

III. Daran anknüpfende These von einem „gespaltenen“ Bilanzrecht

- 27 Nicht überzeugen kann auch die in der älteren Literatur anklingende Auffassung, dass der true and fair view-Grundsatz rechtsformspezifisch ausgerichtet sei, also nur für die im Zweiten Abschnitt adressierten Gesellschaften gelte,¹²⁸⁹ da § 238 Abs. 1 Satz 1 und § 243 Abs. 1 HGB (den beiden Verweisnormen auf die GoB) zu entnehmen sei, dass ein Grundsatz ordnungsmäßiger Buchführung nur als solcher zu qualifizieren sei, wenn er „rechtsformübergreifend“, d.h. für alle Kaufleute, normiert wurde.¹²⁹⁰ Für diese These spricht, dass die den „true and fair view“-Grundsatz aufstellende Bilanz-Richtlinie 2013/34/EU – genau wie ihre Vorgängerrichtlinien – nur für Kapitalgesellschaften und ihnen gleichgestellte Personengesellschaften ohne persönlich unbeschränkt haftenden Gesellschafter gilt. Zudem hat der Gesetzgeber des BiRiLiG, obschon er sich grundsätzlich für eine „überschießende“ Umsetzung der europäischen Vorgaben entschieden hat, augenscheinlich tatsächlich darauf verzichtet, den „true and fair view“-Grundsatz im systematischen Zusammenhang mit den anderen allgemeinen Rechnungslegungsprinzipien zu normieren. Vielmehr wurde er explizit in den Zweiten Abschnitt, der ergänzende Vorschriften für Kapital- und diesen gleichgestellte Gesellschaften enthält, „verbannt“. Es spricht aber viel dafür, dass der Gesetzgeber dem true and fair view-Grundsatz seinen nachrangigen Standort im Bilanzrecht eher deshalb zugesprochen hat, um ihn in seiner Bedeutung gegenüber den übrigen Bilanzierungsprinzipien herabzusetzen und nicht, um einen nur rechtsformspezifischen Gehalt zu begründen. Indiziell legt dies bereits

1288 Der rechtspolitisch denkbaren Alternativlösung – zusätzlichen Rechnungslegungspflichten bei Kapitalmarktorientierung – ist mit Skepsis zu begegnen, da sie die endgültige Aufgabe des Strebens nach einem konzeptionell einheitlichen Bilanzrecht bedeuten würde, vgl. zu der um die Jahrtausendwende darum intensiv geführten Debatte: Kleindiek, in: Kleindiek/Oehler, Die Zukunft des deutschen Bilanzrechts, S. 1 (8); Pellens/Fülber ZGR 2000, 572; Pellens/Bonse/Gassen DB 1998, 785 (791 f.); Schildbach BB 1995, 2635 (2644).

1289 S. etwa Schulze-Osterloh, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 42 Rn. 31 f.; Leffson, Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung, S. 65.

1290 So heißt es bei Wüstemann/Wüstemann Zfbf 79 (2009), 31 (36): „Die Einblicks-Generalnorm ist als „[e]rgänzende Vorschrift[,] für Kapitalgesellschaften“ (vor § 264 HGB) rechtsformspezifisch; sie kann folglich keinen GoB der Gewinnanspruchsermittlung darstellen“; ähnlich Leffson, Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung, S. 65, 152 ff.; Kahle, Internationale Rechnungslegung, S. 171; Siebler, Internationalisierung der Rechnungslegung, S. 196; Beisse BB 1990, 2007 (2012).

der Gesetzeswortlaut nahe. Indem § 264 Abs. 2 Satz 1 HGB bestimmt, dass das den tatsächlichen Verhältnissen entsprechende Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Kapitalgesellschaft „unter Beachtung der Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung“ zu vermitteln ist, wird deutlich zum Ausdruck gebracht, dass fortdauernd eine einheitliche Rechnungslegung, unter Anknüpfung an die hergebrachten Rechnungslegungsprinzipien, angestrebt wird. Ein Auseinanderlaufen der Rechnungslegung ließe sich damit kaum vereinbaren.

Auch die Gesetzesmaterialien zum BiRiLiG lassen eine derart weitreichende Schlussfolgerung nicht zu. So war im Gesetzesentwurf der Bundesregierung – der Konzeption der Bilanzrichtlinie entsprechend – noch geplant, den *true and fair view*-Grundsatz im „Interesse der Rechtsvereinheitlichung, der Rechtsvereinfachung und der Rechtssicherheit“ in einem § 237 Abs. 2 Satz 2 HGB-E zu verorten.¹²⁹¹ Ursprünglich sollte er also sehr wohl den allgemeinen Abschlussvorschriften zugeordnet werden. Die Bundesregierung sah darin schon deshalb kein Problem, da sie ja – wie aufgezeigt – ohnehin die Auffassung vertrat, dass der *true and fair view*-Grundsatz „nicht zu einer Verschärfung der zu stellenden Anforderungen“ führen müsse.¹²⁹² Auch wenn man auf die Gründe schaut, weshalb der Grundsatz im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens dann doch den besonderen Vorschriften für Kapitalgesellschaften und diesen gleichgestellte Gesellschaften zugeordnet und in den heute noch unveränderten § 264 Abs. 2 Satz 1 HGB geschoben wurde, wird ersichtlich, dass es dem Rechtsausschuss dabei wiederum primär darum ging, bereits den Eindruck zu vermeiden, dass das geltende Recht „in diesem Punkt für Kaufleute, die nicht Kapitalgesellschaften sind, verändert“ werde.¹²⁹³ Zwar wird hier ausdrücklich die Sorge um Nicht-Kapitalgesellschaften betont, augenscheinlich war das Ziel aber vor allem, nachdrücklich jeglichen „bösen Schein“ einer Aufweichung des Gläubigerschutzes zu verhindern.

Hinzu kommt, dass eine rechtsformspezifisch beschränkte Anwendbarkeit des *true and fair view*-Grundsatzes auf eine Spaltung der Bilanzrechtsauslegung hinauslief. Wie stark diese Spaltung ausfiel, hing vom Bedeutungsgehalt des § 264 Abs. 2 Satz 1 HGB für konkrete Rechnungslegungsfragen ab. Angesichts des prinzipienbasierten Regelungsansatzes und nur wenigen klar korrigierenden Eingriffen des Gesetzgebers bestünde aber jedenfalls die Gefahr, dass der Ansatz und die Bewertung zentraler Bilanzpositionen über die Zeit rechtsformabhängig auseinanderliefen.

1291 Vgl. Begr. RegE BiRiLiG, BT-Drucks. 10/317, S. 5, 77.

1292 Vgl. Begr. RegE BiRiLiG, BT-Drucks. 10/317, S. 77 sowie bereits S. 76 unten.

1293 Bericht der Abgeordneten *Helmrich, Kleinert* (Hannover) und *Stiegler* zur Ausschussarbeit im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zum BiRiLiG, BT-Drucks. 10/4268, S. 13. In den Gesetzesmaterialien heißt es dazu nur: „§ 264 Abs. 2 HGB entspricht § 237 Abs. 2 Satz 2 und 3 HGB-E und setzt Artikel 2 Abs. 3 und 4 der Vierten Richtlinie um“, vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zum BiRiLiG, BT-Drucks. 10/4268, S. 13; a.a.O., S. 103.

Dies würde dem Bestreben um ein konzeptionell einheitliches Bilanzrechts zuwiderlaufen, wie die Erfahrungen mit dem reformierten Kaufrecht nahelegen. Ganz ähnlich wie im Bilanzrecht hatte sich der Gesetzgeber hier, mit der Aufgabe, die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie umzusetzen, konfrontiert, ursprünglich für eine „große Lösung“ entschieden, in deren Rahmen versucht wurde, die Richtlinienvorgaben in das allgemeine Kaufrecht zu integrieren, anstatt ein eigenständiges „Verbrauchsgüterkaufgesetzbuch“ zu schaffen. Daneben wurden bekanntlich BGB-Regelungen geschaffen, die allein für Verbrauchsgüterkäufe gelten (§§ 474 ff. BGB) und damit Parallelen zum Zweiten Abschnitt des HGB-Bilanzrechts aufweisen. Zu beobachten ist aber, dass sich diese Trennung in allgemeinen und besonderen Teil nicht durchhalten ließ. Es kam im Laufe der Zeit zu unkontrollierten Rückkoppelungseffekten der EuGH-Rechtsprechung zum Verbrauchsgüterkauf auf das allgemeine nationale Kaufrecht.¹²⁹⁴

- 30 Wäre die Bilanzrechtsentwicklung durch einen rechtsformabhängig anwendbaren true and fair view-Grundsatz „gespalten“ worden, wäre es hier ebenfalls zu unerwünschten Rückkoppelungseffekten gekommen, und zwar auf die Rechnungslegung der Kaufleute, die nicht unter den „besonderen Teil“ des Bilanzrechts fallen. Da zu kaufrechtlichen Fragen eine signifikant höhere Anzahl an nationalen und europäischen Rechtsprechungsentscheidungen ergeht, wären die Rückkoppelungseffekte im Bilanzrecht zwar voraussichtlich stark verlangsamt aufgetreten, allgemein zeigt das Beispiel des Kaufrechts aber, dass eine konsistente Rechtsfortbildung in Rechtsgebieten unter europäischem Einfluss, bei denen sich der Gesetzgeber zu einer „großen Lösung“ entschieden hat, ein hohes Gut darstellt. Im Lichte dessen, erscheint es fernliegend, davon auszugehen, dass der Gesetzgeber mit der Regelung in § 264 Abs. 2 Satz 1 HGB eine aufgespaltene Bilanzrechtsentwicklung bezweckt bzw. bewusst in Kauf genommen hat.

IV. Erkennbare Stärkung der Informationsfunktion durch das BilMoG

- 31 In die Betrachtung muss schließlich einbezogen werden, dass die Informationsfunktion des Jahresabschlusses im Rahmen der letzten umfassenden Bilanzrechtsreform durch das Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz (BilMoG)¹²⁹⁵ erkennbar gestärkt wurde. Im Gesetzesentwurf der Bundesregierung wird zentral betont, dass es eines der Kernanliegen des BilMoG sei, im Wege einer Modernisierung der Rechnungs-

1294 Insbesondere war dies bei der Frage nach der Ersatzfähigkeit sog. Ein- und Ausbaurkosten der Fall. Hierauf wurde erst Anfang 2018 reagiert, indem das allgemeine dem besonderen Kaufrecht in zentralen Punkten angeglichen wurde, vgl. das Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts, zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes und zum maschinellen Siegel im Grundbuch- und Schiffsregisterverfahren (BGBl. I 2017, S. 969).

1295 Gesetz zur Modernisierung des Bilanzrechts vom 25.5.2009, BGBl. I 2009, S. 1102.

legungsvorschriften des HGB die Informationsfunktion des handelsrechtlichen Jahres- und Konzernabschlusses zu stärken.¹²⁹⁶ Als Ziel wurde sogar explizit eine (maßvolle) Annäherung der handelsrechtlichen Rechnungslegungsvorschriften an die IFRS ausgegeben.¹²⁹⁷ Der unter Beachtung von §§ 238 ff. HGB erstellte Jahresabschluss sollte zu einer eigenständigen, „aber kostengünstigeren und einfacheren“ Alternative zum IFRS-Abschluss aufgewertet werden.¹²⁹⁸ Hierzu wurde das deutsche Bilanzrecht insbesondere von einer Vielzahl von Wahlrechten bereinigt. Einige bilanzrechtliche Vorschriften sollten dadurch „punktuell anders gewichtet“ werden,¹²⁹⁹ wobei auch dies bedeutete, die Informationsfunktion des Jahresabschlusses stärker zu betonen.¹³⁰⁰ Im hiesigen Zusammenhang ist insofern besonders beachtlich, dass in der Gesetzesbegründung jeweils direkt auf den Wortlaut des § 264 Abs. 2 Satz 1 HGB Bezug genommen wird. Spätestens mit dem BilMoG wurde damit sowohl der Abkoppelungsthese als auch der These vom „gespaltenen“ Bilanzrecht eine klare Absage erteilt.

Eine Passage der Gesetzesbegründung, welche die Abschaffung des § 254 HGB a.F. betrifft, lässt sogar den Schluss zu, dass „Gläubigerschutz“ und „Information“ im reformierten HGB gleichberechtigt nebeneinanderstehen sollen. Gemäß § 254 HGB a.F. konnten (nur) steuerrechtlich zulässige Abschreibungen auch im handelsrechtlichen Jahresabschluss berücksichtigt werden. Dies machte einen zentralen Baustein des ehemals verfolgten Prinzips der „umgekehrten Maßgeblichkeit“ aus, hatte jedoch zugleich zur Folge, dass Vermögensgegenstände nicht in Höhe des periodengerechten (tatsächlichen) Werteverzehrs, sondern schneller abgeschrieben

1296 BR-Drucks. 344/08, S. 2; Begr. RegE BilMoG, BT-Drucks. 16/10067, S. 35.

1297 Begr. RegE BilMoG, BT-Drucks. 16/10067, S. 34.

1298 Vgl. Begr. RegE BilMoG, BT-Drucks. 16/10067, S. 1, 32; dazu auch *Pöschke*, in: Staub, HGB, Vor § 238 Rn. 19, § 238 Nr. 44b; *Hennrichs*, in: Hennrichs/Schruff, Stand und Perspektiven des europäischen Bilanzrechts, S. 3.

1299 Begr. RegE BilMoG, BT-Drucks. 16/10067, S. 35.

1300 So heißt es etwa in Bezug auf die Aufhebung des Wahlrechts zur Bildung von Aufwandsrückstellungen für Instandhaltungen (§ 249 Abs. 1 Satz 3, Abs. 2 HGB a.F.), dass sie der Stärkung der Informationsfunktion des handelsrechtlichen Jahresabschlusses diene. Der bisherige Rückstellungsausweis habe die Darstellung der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage verfälscht, vgl. BR-Drucks. 344/08, S. 73, 108. Die Begründungen zur Aufhebung der Wahlrechte, Abschreibungen wegen künftiger Wertschwankungen vorzunehmen (§ 253 Abs. 3 Satz 3 HGB a.F.) bzw. Abschreibungen im Rahmen vernünftiger kaufmännischer Beurteilung vorzunehmen (§ 253 Abs. 4 HGB), fallen vergleichbar aus: Die Wahlrechte seien jeweils „mit dem Ziel einer den tatsächlichen Verhältnissen entsprechenden Darstellung der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage nicht vereinbar“ gewesen, vgl. BR-Drucks. 344/08, S. 74 f., 122 f. Zu verweisen ist weiterhin auf die Begründung zu § 246 Abs. 1 Satz 4 HGB n.F. (Aktivierung eines entgeltlich erworbenen Geschäfts- oder Firmenwerts) (BR-Drucks. 344/08, S. 102 f.: „Darüber hinaus wird die Darstellung der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage stärker als bisher an die tatsächlichen Verhältnisse – den tatsächlichen Werteverzehr angenähert.) und § 246 Abs. 2 Satz 2 HGB (Verrechnungsmöglichkeit im Hinblick auf den Ausweis von Pensionsrückstellungen) (BR-Drucks. 344/08, S. 104: „Diese Durchbrechung ist [...] von der Zwecksetzung der Bilanzrichtlinie, den Abschlussadressaten ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage zu vermitteln, getragen [...]“), aber darüber hinaus auch noch auf zahlreiche weitere Aspekte der Gesetzesbegründung (Vgl. etwa auch BR-Drucks. 344/08, S. 105, 113, 116, 119, 121, 127, 140, 141, 145).

wurden. Nach Auffassung der Bundesregierung war die Regelung aufzuheben, da die aus ihr resultierenden Folgen „bei einer das Vorsichtsprinzip stark betonenden handelsrechtlichen Rechnungslegung noch vertretbar“ gewesen sein mochten, „schlechterdings aber nicht mehr, wenn die Gläubigerschutz- und die Informationsfunktion des handelsrechtlichen Jahresabschlusses *auf gleicher Ebene* stehen.“¹³⁰¹

- 33 Insgesamt betrachtet, zeichnen die Gesetzesmaterialien nicht durchgängig ein so klares Bild.¹³⁰² Es lässt sich deshalb auch Post-BilMoG nicht von einer auslegungsleitenden Wirkung der Informationsfunktion nach nationalem Recht ausgehen. Jedenfalls gehören aber die Auffassungen des BilRiLiG-Gesetzgebers eindeutig der Vergangenheit an.

V. Zwischenfazit

1. Im Hinblick auf die Rezeption des „true and fair view“-Grundsatzes in der Prä-BilMoG-Ära lässt sich feststellen, dass der Gesetzgeber ersichtlich darum bemüht war, die Auswirkungen der Richtlinienumsetzung auf die Bilanzierungspraxis zu beschränken. Zugleich hat er sich jedoch nie für eines der in der Literatur diskutierten Konzepte, die darauf angelegt waren, diese Beschränkung auch tatsächlich umzusetzen, entschieden. Weder wurde die Informationsfunktion eindeutig dem Anhang zugeordnet, noch gibt es Anzeichen dafür, dass der Gesetzgeber den true and fair view-Grundsatz allein rechtsformspezifisch zur Anwendung kommen lassen und die damit einhergehende Spaltung der Bilanzrechtsauslegung in Kauf nehmen wollte. Seine Haltung der Richtlinienvorgabe gegenüber blieb vielmehr indifferent.
2. In scharfem Kontrast zum BilRiLiG, bei dessen Umsetzung sein Bedeutungsgehalt noch erkennbar „kleingeredet“ wurde, erkennt der Handelsrechtsgesetzgeber dem § 264 Abs. 2 Satz 1 HGB seit dem BilMoG eindeutig eine Bedeutung für die gesamte Konzeption der handelsrechtlichen Rechnungslegung zu. Insbesondere

1301 BR-Drucks. 344/08, S. 128 (Hervorhebung durch Autor).

1302 So war der BilMoG-Gesetzgeber erkennbar darum bemüht, trotz der Annäherung des HGB-Bilanzrechts an die IFRS an den grundlegenden Prinzipien des bisherigen Systems festzuhalten, also eine Überbetonung des Informationszwecks zu vermeiden. In der Begründung zum Regierungsentwurf heißt es insofern, dass der handelsrechtliche Jahresabschluss Grundlage der Gewinnausschüttung bleibe, die Vorzüge der Maßgeblichkeit des handelsrechtlichen Jahresabschlusses für die steuerliche Gewinnermittlung bewahrt würden, und die Eckpfeiler der handelsrechtlichen Rechnungslegung ebenso bestehen blieben wie das System der Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung, vgl. Begr. RegE BilMoG, BT-Drucks. 16/10067, S. 32; s. näher *Merkt*, in: Hopt, HGB, 42. Aufl. 2023, Einl. vor § 238 Rn. 5; *Zwirner* KoR 2011, 1 ff. Dementsprechend vorsichtig agierte der Gesetzgeber insbesondere im Hinblick auf die hergebrachten Grundsätze der Ertragsrealisierung. So sprach sich die Bundesregierung, worauf bereits eingegangen wurde, insbesondere gegen eine Anwendung der „percentage of completion“-Methode bei der Bilanzierung einer langfristigen Auftragsfertigung aus, vgl. Begr. RegE BilMoG, BR-Drucks. 344/08, S. 79.

wurden zahlreiche Wahlrechte beseitigt, die nur bei einem klaren Primat der Gläubigerschutzfunktion des Bilanzrechts tolerierbar gewesen wären.

3. Die Einstellung zum true and fair view-Grundsatz und damit mittelbar zur Informationsfunktion des Jahresabschlusses durchlief also einen graduellen Wandel. Auffällig ist in diesem Zusammenhang, dass der Einstellungswandel eine allein nationale Angelegenheit war und nicht etwa auf die weitere europäische Rechtsentwicklung zurückgeführt werden kann. Denn an den europäischen Grundlagen des HGB-Bilanzrechts hat sich zwischen BilRiLiG und BilMoG nichts Grundlegendes geändert. Bei einer Lektüre der Gesetzesmaterialien zum BilMoG entsteht vielmehr der Eindruck, dass die Gründe für den Auffassungswandel vor allem in der Entwicklung der internationalen Rechnungslegungspraxis und dem damit einhergehenden Bedeutungsverlust des deutschen Rechts zu suchen sind. Dies bestätigt die in Teil 2 aufgestellte These eines beständigen Rechtfertigungszwangs des staatlichen Rechts (§ 5 B. II. 2. c.). Im hiesigen Zusammenhang verdeutlicht der Umstand, dass sich die Bedeutung der Informationsfunktion des Jahresabschlusses losgelöst von der europäischen Rechtsentwicklung verändert hat, jedenfalls, dass eine rein historische, einseitig an den aus der Gründerzeit gezogenen Lehren orientierte Auslegung des Bilanzrechts zumindest seit dem BilMoG unzulässig ist.

D. Schlussfolgerungen für den Dogmatisierungsprozess

Der schwelende Konflikt zwischen „Gläubigerschutz“ und „Information“ wurde – 34 wie aufgezeigt – nicht erst durch die Einführung des § 264 Abs. 2 Satz 1 HGB begründet, also infolge der Umsetzung europäischen Rechts. Die explizite Bezugnahme auf den true and fair view hat ihn nur stärker zum Ausdruck gebracht.¹³⁰³ Die hier als Ausdruck eines Gefühls fehlender Passgenauigkeit gedeuteten Ressentiments (vgl. bereits § 5) gegenüber der Europäisierung des Bilanzrechts waren und sind demnach fehl am Platz. Vor allem hat der nationale Gesetzgeber mit dem BilMoG aber eindeutig anerkannt, dass die Informationsfunktion nicht nur ein außerrechtliches Bedürfnis der Rechnungslegungsadressaten ist, sondern auch im Rahmen der „Bilanz im Rechtssinne“ neben dem Gläubigerschutz mit zu verfolgen ist. Dementsprechend kann jedenfalls seit dem BilMoG nicht mehr davon die Rede sein, dass das Bilanzrecht normativ sicher auf den Gläubigerschutz ausgerichtet ist. Zugleich ist es aber auch nicht so, dass § 264 Abs. 2 Satz 1 HGB im nationalen Recht die hier gesuchte Letztentscheidungsfunktion zugesprochen wurde.

1303 Schön ZHR 161 (1997), 133 (134) spricht treffend davon, dass die Tradition des deutschen Bilanzrechts nur scheinbar durch das Europarecht gebrochen worden sei.

§ 23 Richtlinienkonforme Auslegung

- 1 Im Hinblick auf das nicht abschließend geregelte Rangverhältnis zwischen den beiden denkbaren Jahresabschlusszwecken weist das nationale Bilanzrecht eine Lücke auf. Zum Tragen kommt insofern die unionsrechtliche Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung des deutschen Bilanzrechts gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV i.V.m. Art. 4 Abs. 3 EUV.¹³⁰⁴ Sobald im nationalen Recht eine Lücke besteht, muss sie durch eine unionsrechtskonforme, insbesondere richtlinienkonforme gesetzesimmanente Fortbildung des nationalen Rechts geschlossen werden.¹³⁰⁵ Insofern man eine Rechtsfortbildung – anders als es hier vertreten wird – ablehnt, weil man das nationale Recht für lückenlos hält, muss ermittelt werden, inwiefern das vermeintlich entgegenstehende nationale Recht aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts zu verwerfen ist.¹³⁰⁶ Für beide Fälle erweist sich, dass auch das europäische Bilanzrecht zunächst klar von einer Zieldualität des europäischen Rechnungslegungsrechts – und damit des nach europäischem Recht zu erstellenden Jahresabschlusses – ausgeht. Diese Dualität wird, wie nunmehr zu zeigen ist, letztlich aber zugunsten des „true and fair view“ aufgelöst.
- 2 Die Angst, dass ein stärker am europäischen Richtlinienrecht ausgerichtetes nationales Bilanzrecht weitreichende Umwälzungen in der Bilanzierungspraxis und eine Änderung des deutschen Kapitalschutzsystems nach sich ziehen könnte, ist in der dogmatischen Diskussion unmaßgeblich, sofern man das Bilanzrecht als einen vollwertigen Bestandteil der Rechtsordnung anerkennt. Anders ausgedrückt, bedingt das hier zugrundegelegte Verständnis von Bilanzrecht als Recht, es außer Acht zu lassen, inwiefern infolge einer europäisch determinierten Auslegung des nationalen Rechts überkommene Praktiken, etwa die Verknüpfung der „gesellschaftsrechtlichen Rechnungslegung“ und der „Bilanzierung zum Zwecke der Information“ geändert werden müssten. Ebenso besteht die unionsrechtliche Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung des deutschen Bilanzrechts unabhängig von den Bemühungen des BilRiLiG-Gesetzgebers, den Einfluss des true and fair view-Grundsatzes im nationalen Recht möglichst zurückzudrängen.
- 3 Um die Implikationen des europäischen Sekundärrechts für das nationale Recht zu verdeutlichen, wird hier zweistufig vorgegangen: Zunächst wird der überragende Stellenwert des „true and fair view“-Grundsatz im europäischen Recht herausge-

1304 Vgl. allgemein dazu etwa EuGH Urt. v. 10.4.1984 – C-14/83 („von Colson und Kamann“) = ECLI:EU:C:1984:153 Rn. 26; EuGH Urt. v. 25.2.1999 – C-131/97 („Carbonari“) = ECLI:EU:C:1999:98 Rn. 48; Streinz, in: ders., EUV/AEUV, Art. 4 EUV Rn. 64.

1305 EuGH Urt. v. 23.2.1999 – C-63/97 („BMW“) = ECLI:EU:C:1999:82 Rn. 24; Streinz, in: ders., EUV/AEUV, Art. 4 EUV Rn. 64.

1306 So genannte „Verwerfungspflicht“, vgl. EuGH Urt. v. 4.7.2006 – C-212/04 („Adeneler“) = ECLI:EU:C:2006:443 Rn. 110; Streinz, in: ders., EUV/AEUV, Art. 4 EUV Rn. 64.

arbeitet (A.). In einem zweiten Schritt wird aufgezeigt, weshalb die gegen eine richtlinienkonforme Auslegung des deutschen Bilanzrechts sprechende These, dass es der Bilanzrichtlinie an Harmonisierungskraft fehle (näher B., C.), im Lichte des europarechtlichen effet-utile-Grundsatzes ins Leere geht (D.).

A. Der true and fair view-Grundsatz im europäischen Recht

I Richtlinienwortlaut im Vergleich zur deutschen Umsetzung

Bei einem Wortlautvergleich der einschlägigen Bestimmungen in der Bilanzrichtlinie 2013/34/EU mit ihren Umsetzungsvorschriften im deutschen Bilanzrecht wird erkennbar, dass der europäische Jahresabschluss zwar ebenfalls mehrere Zielsetzungen haben soll, das Zieleoligopol in der Richtlinie aber viel deutlicher, als es das deutsche Recht suggeriert, zugunsten des true and fair view aufgelöst wurde. So steht der true and fair view-Grundsatz auf europäischer Ebene – anders als im deutschen Recht – im Mittelpunkt der Allgemeinen Bestimmungen und Grundsätze über die Rechnungslegung (Art. 4 Abs. 3 Satz 1). Weiterhin heißt es in der Bilanzrichtlinie, dass der Jahresabschluss ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Unternehmens zu vermitteln *hat* (vgl. Art. 4 Abs. 3 Satz 1). Diese klare Aussage wird auf nationaler Ebene durch den in § 264 Abs. 2 Satz 1 HGB hinzugefügten Zusatz, dass das den tatsächlichen Verhältnissen entsprechende Bild (nur) „unter Beachtung der Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung“ zu vermitteln sei, verschleiert.

Wenn die Anwendung der Richtlinie nicht ausreicht, um ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Unternehmens zu vermitteln, müssen im Anhang zum Abschluss alle zusätzlichen Angaben gemacht werden, die erforderlich sind, um dieser Anforderung nachzukommen (Art. 4 Abs. 3 Satz 2). Im Lichte dessen muss man zu dem Schluss kommen, dass auch die in § 264 Abs. 2 Satz 2 HGB hinzugefügte Einschränkung, wonach zusätzliche Anhangsangaben zu machen sind, sofern „besondere Umstände“ dazu führen, dass der Jahresabschluss ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild im Sinne des § 264 Abs. 2 Satz 1 HGB nicht vermittelt, den Aussagegehalt des europäischen Rechts unzulässig verunklart.

Schließlich wird die hier vertretene Auslegung des europäischen Rechts durch Art. 4 Abs. 4 der Bilanzrichtlinie gestützt, wonach andere Richtlinienbestimmungen unanwendbar bleiben müssen, sofern sie in Ausnahmefällen mit der Vorgabe, dass ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Unternehmens zu vermitteln ist, unvereinbar sind. Den Mit-

gliedstaaten wird in diesem Zusammenhang zwar die Möglichkeit eröffnet, die entsprechenden Ausnahmefälle festzulegen, nach Richtlinienenerwägungsgrund 9 aber explizit nur im Hinblick auf „äußerst ungewöhnliche Geschäfte und ungewöhnliche Umstände“ und keinesfalls für „bestimmte Wirtschaftszweige“. Der Richtliniengeber geht damit davon aus, dass „Einblicksverzerrungen“ im Anwendungsbereich der Richtlinie einen absoluten Ausnahmefall darstellen sollen.¹³⁰⁷

II. Mitberücksichtigung aller denkbaren Jahresabschlussaufgaben

- 7 Die Bilanzrichtlinie 2013/34/EU zielt dabei auf eine Verwirklichung des true and fair view ab, ohne dass der Blick auf den Jahresabschluss und seine potenziellen Aufgaben verengt würde. Dem europäischen Recht kann also nicht der Vorwurf gemacht werden, den true and fair view nur deshalb zu propagieren, weil einzelne Einsatzgebiete von Jahresabschlüssen bewusst ausgeblendet werden. Vielmehr bringt die Richtlinie den Willen des europäischen Gesetzgebers, dass der Informationsgehalt auch im Lichte einer möglichen Verknüpfung des Bilanzrechts mit dem Gesellschaftsrecht (und dem Steuerrecht) gewährleistet werden muss, deutlich zum Ausdruck. Von seiner Anlage her ist das europäische Recht zwar auf die „externe“ Information von Kapitalgesellschaftern bzw. Kapitalmarktteilnehmern und die „interne“ Selbstinformation des Bilanzierenden ausgerichtet, die Implikationen einer Verknüpfung von Bilanz- und Gesellschaftsrecht auf Mitgliedstaatenebene (u.a. in Deutschland) werden aber bereits in den Erwägungsgründen der Richtlinie¹³⁰⁸ mitberücksichtigt.¹³⁰⁹

1307 Der EuGH hat den Aussagegehalt von Art. 2 Abs. 5 (bzw. Art. 4 Abs. 4 n.F.) in seiner Entscheidung der Rechtssache *Gimle* zu Unrecht (implizit) auf eine bloße Floskel reduziert. Der Gerichtshof stellt dort (im Ergebnis selbstverständlich zurecht) klar, dass jedenfalls eine „Unterbewertung von Vermögensgegenständen in den Büchern der Gesellschaft“ keinen Ausnahmefall i.S.d. Art. 2 Abs. 5 der alten Bilanz-Richtlinie 78/660/EWG darstelle, der zu einer Abweichung vom Grundsatz der Bewertung der Vermögensgegenstände auf der Grundlage der Anschaffungs- und Herstellungskosten (Art. 32 der Richtlinie 78/660/EWG) berechtigen würde. Denn andernfalls würde richtlinienwidrig ein Ausweis nicht realisierter Gewinne ermöglicht (vgl. EuGH Urt. v. 3.10.2013 – C-322/12 („*Gimle*“) = ECLI:EU:C:2013:632 Rn. 38 ff.). Zu beachten ist jedoch, dass der EuGH dabei eine Lesart des entscheidungserheblichen Sachverhalts zugrunde gelegt hat, die im Ergebnis juristisch nicht zu überzeugen vermag. Tatsächlich ging es um eine Zuwendung durch einen Gesellschafter in das Gesellschaftsvermögen (steuerrechtlich also um eine verdeckte Einlage), die nach deutschem Recht gemäß § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB erfolgsneutral als Kapitalrücklage hätte ausgewiesen werden müssen (vgl. dazu näher *Schulze-Osterloh* NZG 2014, 1 ff.; *Hoffmann* StB 2014, 278). Jedenfalls fasst er damit aber aus der heutigen, durch Erwägungsgrund 9 der Bilanz-Richtlinie 2013/34/EU geprägten Sicht, den Anwendungsbereich der Abweichungsmöglichkeit zu eng. Denn es ist fraglich, ob sich bei dieser Auslegung überhaupt noch ein Anwendungsfall für die Ausnahmeregelung finden ließe (ebenso *Verse/Wiersch* EuZW 2014, 375 (377); *Eggert* IWB 2013, 112 (115)).

1308 Vgl. allgemein zur hohen Bedeutung der Erwägungsgründe im Rahmen der Richtlinienauslegung nur *Wegener*, in: *Callies/Ruffert*, EUV/AEUV, Art. 19 EUV Rn. 16.

1309 In Erwägungsgrund 3 werden Aktionäre, Gesellschafter und Dritte gleichwertig als Nutznießer der europäischen Bemühungen um eine Vereinheitlichung der Abschlussinhalte in den Mitgliedstaaten genannt. In Erwägungsgrund 4 heißt es, dass Jahresabschlüsse nicht lediglich Informationen für

Zumindest in der bilanzrechtlichen EuGH-Rechtsprechung wird daneben auch die 8
Heranziehung von auf der Grundlage der Richtlinien erstellten Jahresabschlüssen
für steuerliche Zwecke angesprochen. So heißt es in den Entscheidungsgründen zu
den Judikaten *BIAO*, *Gimle* und *Immo Chiaradia SPRL* nahezu wortgleich, dass
das Richtlinienrecht zwar nicht darauf gerichtet sei, die Voraussetzungen festzule-
gen, unter denen die Finanzbehörden der Mitgliedstaaten die Jahresabschlüsse der
Gesellschaften bei der Festsetzung der Besteuerungsgrundlage und der Höhe von
Steuern zugrunde legen können oder müssen, aber jedenfalls nicht ausgeschlossen
sei, die Abschlüsse hierzu zu verwenden.¹³¹⁰ Es sei den Mitgliedstaaten nur freige-
stellt, die Wirkungen der Richtlinienbestimmungen steuerrechtlich zu korrigieren,
um ein zu versteuerndes Ergebnis zu ermitteln, das der wirtschaftlichen Realität
näher komme.¹³¹¹

III. Bedeutung des true and fair view in der EuGH-Rechtsprechung

Die hier vertretene These, dass die Bilanzrichtlinie dem Informationszweck einen 9
erhöhten Stellenwert gegenüber den anderen Rechnungslegungszwecken einräumt,
lässt sich auch mittels einschlägiger EuGH-Rechtsprechung untermauern. Nach vom
EuGH vertretener Auffassung, wird die Richtlinienvorgabe, wonach der Jahresab-
schluss ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Fi-
nanz- und Ertragslage vermitteln muss, durch die sonstigen europäischen Bilanzie-
rungsprinzipien, insbesondere das Vorsichtsprinzip, konkretisiert und umgekehrt.
In der Begründung zu den Entscheidungen *Gimle* und *Immo Chiaradia SPRL* heißt
es insofern wortgleich, dass sich die Anwendung des Grundsatzes der Bilanzwahr-
heit¹³¹² möglichst weitgehend an den allgemeinen Richtliniengrundsätzen zu orien-

Anleger in Kapitalmärkten, sondern auch Angaben über frühere Geschäfte enthielten und die gute Unternehmensführung unterstützten. Nach Erwägungsgrund 7 zählt es zu den Zielsetzungen der Richtlinie, einen Konflikt mit den „Bestimmungen über die Verteilung des Gesellschaftsvermögens eines Unternehmens gemäß den geltenden, von einem oder mehreren Organen der Union erlassenen Gesetzgebungsakten“ zu vermeiden. Schließlich führt Erwägungsgrund 9 aus, dass der Jahresabschluss unter Beachtung des Vorsichtsprinzips erstellt werden soll und ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage zu vermitteln hat.

1310 EuGH Urt. v. 7.1.2003 – C-306/99 („*BIAO*“) = ECLI:EU:C:2003:3 Rn. 70; EuGH Urt. v. 3.10.2013 – C-322/12 („*Gimle*“) = ECLI:EU:C:2013:632 Rn. 28; EuGH Urt. v. 15.6.2017 – C-444/16, C-445/16 („*Immo Chiaradia SPRL*“) = ECLI:EU:C:2017:465 Rn. 33.

1311 EuGH Urt. v. 3.10.2013 – C-322/12 („*Gimle*“) = ECLI:EU:C:2013:632 Rn. 28.

1312 Mit diesem Begriff umschreibt der EuGH in neuerer Zeit den „true and fair view“-Grundsatz. Insofern in der Literatur (vgl. etwa *Kempermann*, in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 5 Rn. B 65; *Dziadkowski* IStR 2014, 461 (465)) demgegenüber teilweise vertreten wird, dass der Begriff der „Bilanzwahrheit“ in der EuGH-Rechtsprechung allein ein Gebot der „Freiheit von subjektiver Willkür“ zum Ausdruck bringen solle, d.h. das Gebot, sich an die geltenden Bilanzierungsregeln zu halten, erscheint dies äußerst fernliegend. Wie gezeigt, ist das Bilanzrecht bereits seit geraumer Zeit umfassend verrechtlicht. Ihm ist schon, weil es sich um zwingendes Recht handelt, ein (ungeschriebenes) Befolungsgebot inhärent.

tieren habe, wobei dem Grundsatz der Vorsicht besondere Bedeutung zukomme.¹³¹³ Ergänzend dazu, soll der Grundsatz der Bilanzwahrheit auch im Lichte des Richtliniengrundsatzes, wonach der Bewertung der Posten im Jahresabschluss die Anschaffungs- und Herstellungskosten der Vermögensgegenstände zugrunde gelegt werden, zu verstehen sein.¹³¹⁴ True and fair view-Grundsatz und Vorsichtsprinzip bilden demnach im europäischen Recht jedenfalls keine Antipoden.

- 10 Im Rahmen des skizzierten argumentativen Abwägungsprozesses stellt der EuGH sodann eindeutig heraus, dass dem true and fair view unter den einzelnen Bilanzierungsprinzipien eine herausgehobene Bedeutung zukommt. So wird in den Entscheidungsgründen zu den Rechtssachen *Tomberger, DE + ES Bauunternehmung, BIAO, Gimle* und *Immo Chiaradia SPRL* jeweils betont, dass es sich bei der Richtlinienvorgabe, wonach der Jahresabschluss ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage vermitteln müsse, um einen fundamentalen Grundsatz¹³¹⁵ oder sogar die „Hauptzielsetzung“¹³¹⁶ des europäischen Rechts handle. Jahresabschlüsse müssten – wie sich aus Art. 2 der alten Bilanzrichtlinie 78/660/EWG ergebe¹³¹⁷ – nach europäischem Recht „möglichst verlässlich und in möglichst geeigneter Weise das Informationsbedürfnis Dritter befriedigen“.¹³¹⁸ Insbesondere vertritt der EuGH aber an keiner Stelle die Auffassung, dass „Einblicksdefizite“ im Interesse des Gläubigerschutzes hinzunehmen sind. Dem in der deutschen Bilanzrechtsdogmatik zur Begründung dieser Auffassung vorgebrachten Vorsichtsprinzip kommt aus Sicht des EuGH eine untergeordnete und auf die Bewertung einzelner Positionen beschränkte Bedeutung gegenüber dem true and fair view zu. So heißt es in *BIAO*, dass bei der Bewertung der Posten außerdem der Grundsatz der Vorsicht in jedem Fall beachtet werden müsse.¹³¹⁹ Ebenso lassen sich *Gimle* und *Immo Chiaradia SPRL* verstehen.¹³²⁰

1313 EuGH Urt. v. 3.10.2013 – C-322/12 („Gimle“) = ECLI:EU:C:2013:632 Rn. 32; EuGH Urt. v. 15.6.2017 – C-444/16, C-445/16 („Immo Chiaradia SPRL“) = ECLI:EU:C:2017:465 Rn. 42.

1314 EuGH Urt. v. 3.10.2013 – C-322/12 („Gimle“) = ECLI:EU:C:2013:632 Rn. 34.

1315 Vgl. EuGH Urt. v. 7.1.2003 – C-306/99 („BIAO“) = ECLI:EU:C:2003:3 Rn. 72.

1316 EuGH Urt. v. 27.6.1996 – C-234/94 („Tomberger“) = ECLI:EU:C:1996:252 Rn. 17; EuGH Urt. v. 3.10.2013 – C-322/12 („Gimle“) = ECLI:EU:C:2013:632 Rn. 30; EuGH Urt. v. 15.6.2017 – C-444/16, C-445/16 („Immo Chiaradia SPRL“) = ECLI:EU:C:2017:465 Rn. 40.

1317 Explizit hierauf abstellend EuGH Urt. v. 7.1.2003 – C-306/99 („BIAO“) = ECLI:EU:C:2003:3 Rn. 73 f.; EuGH Urt. v. 3.10.2013 – C-322/12 („Gimle“) = ECLI:EU:C:2013:632 Rn. 30.

1318 EuGH Urt. v. 14.9.1999 – C-275/97 („DE + ES Bauunternehmung“) = ECLI:EU:C:1999:406 Rn. 27; EuGH Urt. v. 7.1.2003 – C-306/99 („BIAO“) = ECLI:EU:C:2003:3 Rn. 72.

1319 EuGH Urt. v. 7.1.2003 – C-306/99 („BIAO“) = ECLI:EU:C:2003:3 Rn. 75.

1320 „Nach Art. 31 Abs. 1 Buchst. C der Vierten Richtlinie, der den Grundsatz der Vorsicht enthält, gestattet es die Berücksichtigung aller Faktoren – realisierte Gewinne, Aufwendungen, Erträge, Risiken und Verluste –, die sich tatsächlich auf das fragliche Geschäftsjahr beziehen, die Beachtung des Grundsatzes der Bilanzwahrheit sicherzustellen“, vgl. EuGH Urt. v. 3.10.2013 – C-322/12 („Gimle“) = ECLI:EU:C:2013:632 Rn. 33; EuGH Urt. v. 15.6.2017 – C-444/16, C-445/16 („Immo Chiaradia SPRL“) = ECLI:EU:C:2017:465 Rn. 43.

Schließlich lässt sich für diese Interpretation der EuGH-Rechtsprechung anführen, 11 dass der Gerichtshof das europäische Recht als aufgeschlossen gegenüber den internationalen Rechnungslegungsstandards ansieht, wohingegen der BilMoG-Gesetzgeber – wie aufgezeigt – die Auffassung vertreten hat, dass das (nationale) Bilanzrecht sich den IAS/IFRS maßvoll annähern müsse, was im Gegenschluss die fortdauernde Einhaltung eines gewissen „Mindestabstands“ impliziert. So geht der EuGH in *BIAO* davon aus, dass sich die nationalen Praktiken im Laufe der Jahre immer stärker internationalen Rechnungslegungsstandards angleichen würden.¹³²¹ Dabei ist nicht erkennbar, dass es der EuGH für problematisch hielte, wenn hiermit eine stärkere Betonung des Informationszwecks einherginge.

B. Gegenthese: Fehlende Harmonisierungskraft des europäischen Rechts

Bei richtlinienkonformer Auslegung des deutschen Rechts ist der true and fair view 12 ist demnach als Hauptzielsetzung des Jahresabschlusses anzusehen. Eine Reihe von Literaturbeiträgen bringen demgegenüber vor, dass eine richtlinienkonforme Auslegung des deutschen Bilanzrechts kaum möglich sei. Die Frage nach einer Richtlinienkonformität des deutschen Rechts lässt sich, sofern man diesen Auffassungen folgt, nicht abschließend beantworten, weil das Bilanzrecht dafür bislang nicht hinreichend europaweit harmonisiert, also als europäisches Rechtsgebiet geschlossen, ist.¹³²² Im Ausgangspunkt dieser Gegenthese steht, dass auf europäischer Ebene keine Vollharmonisierung des Rechnungslegungsrechts angestrebt wurde, sondern, wie es in Erwägungsgrund 3 der alten Richtlinie 78/660/EWG heißt, nur „Mindestbedingungen“ geschaffen werden sollten.¹³²³ Die Richtlinien sollten, so der EuGH, nicht im Einzelnen alle Fragen der Rechnungslegung regeln, die sich aus einem konkreten Sachverhalt ergeben. Vielmehr müssten die in ihnen enthaltenen Grund-

1321 EuGH Urt. v. 7.1.2003 – C-306/99 („*BIAO*“) = ECLI:EU:C:2003:3 Rn. 77.

1322 *Hennrichs/Pöschke* NZG 2017, 915 (918) schreiben, dass es auf europäischer Ebene kein geschlossenes Rechnungslegungssystem gebe, welches für jede Bilanzierungsfrage eine – gegebenenfalls durch Auslegung und systemkonforme Deduktion zu ermittelnde – Antwort bereithalte. *Biener*, in: FS Ludewig, 1996, S. 85 (93 ff.) vertritt die These, dass die vielfältigen Richtlinienwahlrechte es ermöglichen am hergebrachten Verständnis vom Vorsichtsprinzip bzw. an der (primären) Gläubigerschutzorientierung des deutschen Bilanzrechts festzuhalten. *Schön* ZGR 2000, 706 (715 f.) kommt zu dem Fazit, dass der europäische Gesetzgeber auf dem Gebiet des Bilanzrechts mit seinem Regelungsanliegen gescheitert sei. Die Richtlinie gebe ein „merkwürdiges Bild“ ab (ähnlich *Schön* ZHR 161 (1997), 133 (153)). Wiederum in eine ähnliche Richtung weist es, wenn *Kleindiek* in: *Kleindiek/Oehler*, Die Zukunft des deutschen Bilanzrechts, S. 1 (II) ausführt, dass „das true and fair view-Prinzip [...] ein verbindliches Leitbild des europäischen Bilanzrechts kaum zu vermitteln“ vermöge. Es sei im europäischen Kontext lediglich eine relative Zielvorgabe, in seiner konkreten Bedeutung ganz abhängig von der konzeptionellen Ausgestaltung der nationalen Bilanzrechtsordnungen (ähnlich bereits *Kleindiek* ZGR 1998, 466 (480 ff.)); s. auch *Coenenberg/Haller/Schultze*, Jahresabschluss und Jahresabschlussanalyse, S. 12.

1323 Vgl. darauf beziehend EuGH Urt. v. 7.1.2003 – C-306/99 („*BIAO*“) = ECLI:EU:C:2003:3 Rn. 69; EuGH Urt. v. 3.10.2013 – C-322/12 („*Gimle*“) = ECLI:EU:C:2013:632 Rn. 29.

sätze „zwangsläufig durch Erlass nationaler Regelungen durchgeführt werden.“¹³²⁴ Dieser Umstand allein wäre aber noch nicht dazu geeignet, eine richtlinienkonforme Auslegung auszuschließen, da er schlussendlich nur dem allgemeinen Konzept der Richtlinie als Regelungsinstrument des europäischen Rechts entspricht. Indiziell für die skizzierte These spricht jedoch die Beobachtung, dass die Rechnungslegung in der EU nach wie vor nicht gleichwertig erfolgt.¹³²⁵

C. Widerspiegelung in *Immo Chiaradia SPRL*¹³²⁶

- 13 Konkreter wird die Gegenthese, dass ein Verweis auf das „höherrangige“ europäische Recht nicht ausschlaggebend sein kann, wenn es um die Entscheidung bilanzrechtlicher Hard Cases geht, wenn man die EuGH-Entscheidung in der Rechtssache *Immo Chiaradia SPRL* in den Blick nimmt. Der EuGH hatte hier darüber zu befinden, wie die Grundsätze der Vorsicht einerseits und der Bilanzwahrheit andererseits im Rahmen der alten Richtlinie 78/660/EWG zu gewichten sind, wenn es um die Frage geht, wann eine (Kapital-)Gesellschaft, die Aktienoptionsrechte (an ihren Geschäftsführer) ausgibt, den Veräußerungspreis dieser Optionen erfolgswirksam bilanziell zu verarbeiten hat. Einerseits bestand die Möglichkeit, den Veräußerungspreis in dem Geschäftsjahr, in dem die Option ausgegeben wird (d.h. bei Zahlung des Optionspreises, aber vor Lieferung der Anteile) als Ertrag zu verbuchen, andererseits konnte die Verbuchung am Ende der Laufzeit der Option erfolgen. Nach dem ersten Ansatz wird der vereinnahmte Preis unmittelbar als Ertrag verbucht und das für die Kapitalgesellschaft aus der Option resultierende Risiko der tatsächlichen Übernahme der angebotenen Aktien durch den Optionserwerber gegebenenfalls über eine Rückstellung abgebildet. Nach dem zweiten Ansatz wird der vereinnahmte Preis bis zum Ende der Option als passiver Rechnungsabgrenzungsposten ausgewiesen, was bilanziell dazu führt, dass der Preis zunächst erfolgsneutral vereinnahmt wird.
- 14 Richtigerweise hätte der EuGH hier, seiner eigenen Vorgabe in vorangegangenen Entscheidungen folgend, wonach die Bilanzwahrheit die Hauptzielsetzung des europäischen Bilanzrechts darstellt, für die erste Option plädieren müssen, da er damit seine Rechtsprechungslinie zur Auslegung des europäischen Rechts konsequent fortgeführt hätte. Zur Entscheidung stand hier nämlich nicht irgendeine Bilanzie-

1324 EuGH Urt. v. 7.1.2003 – C-306/99 („BIAO“) = ECLI:EU:C:2003:3 Rn. 76.

1325 Vgl. hierzu – indes ohne konkrete empirische Absicherung – aus früherer Zeit Hommelhoff, in: Kleindiek/Oehler, Die Zukunft des deutschen Bilanzrechts, S. 141 (149); Schruoff, in: Hennrichs/Schruoff, Stand und Perspektiven des europäischen Bilanzrechts, S. 3; Kleindiek, in: Kleindiek/Oehler, Die Zukunft des deutschen Bilanzrechts, S. 1 (11); Schön ZGR 2000, 706 (713 ff.).

1326 Dazu auch Markworth BKR 2020, 438 (443).

rungsfrage, sondern die Grundkonzeption der Erlösrealisation nach europäischem Recht. Stattdessen kam der Gerichtshof aber zu einem *non liquet*. Dieses begründete er damit, dass die Richtlinie 78/660/EWG „keinen konkreten Hinweis darauf“ enthalte, nach welcher Methode der Preis der Optionen zu verbuchen ist, weshalb es „zwangsläufig verschiedene Methoden gebe, „die mit dieser Richtlinie vereinbar sind“.¹³²⁷ Insbesondere sei es angesichts des Vorsichtsprinzips auch richtlinienkonform, den Optionspreis „erst als Ertrag zu verbuchen, wenn endgültig bestimmt werden kann, ob sich dieses Risiko, mit dem er eng verknüpft ist, verwirklicht hat oder nicht.“¹³²⁸

D. Auslegung des europäischen Rechts im Lichte des *effet utile*

Dabei kann die Auseinandersetzung mit dem europäischen Recht aber nicht stehenbleiben. Sofern man berücksichtigt, dass sich die Unionsgerichtsbarkeit im Rahmen der Auslegung – wie der EuGH in ständiger Rechtsprechung vertritt¹³²⁹ – am Grundsatz des *effet utile* zu orientieren hat, muss man vielmehr zu dem Schluss kommen, dass die Entscheidung in der Rechtssache *Immo Chiaradia SPRL*, insofern sie den Mitgliedstaaten einen beinahe unbegrenzten Spielraum bei der Umsetzung der Richtlinienbestimmungen aufgezeigt hat, verfehlt ist. Denn der *effet utile*-Grundsatz zwingt dazu, die mit einem europäischen Rechtsakt verbundene Zielsetzung im Rahmen der Auslegung des Unionsrechts möglichst effektiv zur Geltung zu bringen. Damit ist es nicht vereinbar, wenn die in der Bilanzrichtlinie getroffene Grundentscheidung für den *true and fair view* bei der Auslegung missachtet wird, da eine derartige Missachtung zur Folge hat, dass die Richtlinie ihr Ziel – die EU-weite Harmonisierung der Rechnungslegung – nicht erreichen kann. Der *effet-utile*-Grundsatz zwingt mit anderen Worten dazu, die Harmonisierungskraft der Bilanzrichtlinie zur vollen Entfaltung zu bringen, weshalb sich auch die These, dass es der Bilanzrichtlinie an der für eine richtlinienkonforme Auslegung erforderlichen Harmonisierungskraft fehle (B.), als unzutreffend erweist.

Eine restriktivere Interpretation der Bilanz-Richtlinie, als deren Folge die Richtlinie ihr Ziel nur unvollkommen entfalten kann, ist mit dem *effet-utile*-Grundsatz unvereinbar. Denn der Grundsatz bringt zum Ausdruck, dass die Auslegung des Unionsrechts dessen praktische Wirksamkeit gewährleisten soll. Damit ist nicht gemeint, dass die Auslegung unter der Prämisse steht, die Gemeinschaftsbefugnisse

1327 EuGH Urt. v. 15.6.2017 – C-444/16, C-445/16 („*Immo Chiaradia SPRL*“) = ECLI:EU:C:2017:465 Rn. 44.

1328 EuGH Urt. v. 15.6.2017 – C-444/16, C-445/16 („*Immo Chiaradia SPRL*“) = ECLI:EU:C:2017:465 Rn. 46.

1329 Vgl. nur EuGH Urt. v. 4.12.1974 – 41/74 („*van Duyn*“) = ECLI:EU:C:1974:133 Rn. 12; EuGH Urt. v. 1.2.1977 – 51/76 („*Nederlandse Ondernemingen*“) = ECLI:EU:C:1977:12 Rn. 20/29.

„weitestmöglich“ ausschöpfen zu können,¹³³⁰ geboten ist aber eine Auslegung, „die den Normcharakter der Bestimmungen des Unionsrechts ernst nimmt und die mit diesen Bestimmungen verfolgten Ziele möglichst effektiv zur Geltung zu bringen sucht.“¹³³¹ Im Hinblick auf die Bilanzrichtlinie ist insofern auf ihr übergreifendes Ziel, die Marktintegration der rechnungslegenden Unternehmen zu verbessern und die Rechnungslegungsadressaten durch Angleichung der Abschlussinhalte zu schützen,¹³³² abzustellen. Die Rechnungslegung in den Mitgliedstaaten wird aber nur dann wirklich angeglichen, wenn die Grundentscheidung der Richtlinie herausgearbeitet und im Rahmen ihrer Auslegung voll zur Geltung gebracht wird. Andernfalls bleiben die Aussagekraft der Richtlinie und damit zugleich ihre Harmonisierungsmacht beschränkt.

- 17 Dies zeigt sich besonders gut am deutschen Recht: So wird in den Erwägungsgründen der Bilanzrichtlinie zwar auf die mit der Rechnungslegung verknüpften Belange des Gesellschaftsrechts, d.h. insbesondere den Gläubigerschutz, abgestellt, es lassen sich aber keine Anzeichen dafür finden, dass das Unionsrecht das deutsche, speziell auf einer exzessiven Auslegung des Vorsichtsprinzips basierende Gläubigerschutzkonzept stützen oder gar billigen wollte. Das Konzept vermag sich allein deshalb zu halten, weil die Harmonisierungskraft des europäischen Rechts künstlich unterdrückt wird. Sofern man das Gebot des *effet utile* ernst nimmt kann der Umstand, dass die primäre Funktion des Jahresabschlusses nach der Richtlinie der true and fair view ist also, anders als es in der Entscheidung *Immo Chiaradia SPRL* geschehen ist, nicht einfach ignoriert werden. Vielmehr muss, da nur so das mit der Bilanzrichtlinie verfolgte Ziel der Rechnungslegungsharmonisierung erreichbar ist, die Gewährleistung des true and fair view als letztentscheidender Faktor bei richtlinienkonformer Auslegung herangezogen werden.
- 18 Für das deutsche Handelsbilanzrecht gilt sodann, dass der Auslegung im Lichte des *effet utile* entgegenstehende innerstaatliche Gegebenheiten und Übungen keine Beachtung finden,¹³³³ selbst wenn das Unionsrecht theoretisch auch in einer

1330 Vgl. Wegener, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 19 EUV Rn. 16.

1331 Wegener, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 19 EUV Rn. 16.

1332 Dieses Ziel ergibt sich insbesondere aus Richtlinien-Erwägungsgrund 3: „Der Koordinierung der einzelstaatlichen Vorschriften über die Gliederung und den Inhalt des Abschlusses und des Lageberichts, die heranzuziehenden Bewertungsgrundlagen und die Offenlegung dieser Informationen, insbesondere für bestimmte Rechtsformen von Unternehmen mit beschränkter Haftung, kommt im Hinblick auf den Schutz von Aktionären, Gesellschaftern und Dritten besondere Bedeutung zu. [...] [F]ür die entsprechenden Rechtsformen von Unternehmen [ist] eine [...] Koordinierung erforderlich, da zum einen bestimmte Unternehmen in mehr als einem Mitgliedstaat tätig sind und da sie zum anderen über ihr Nettovermögen hinaus Dritten keinerlei Sicherheiten bieten.“ Der EuGH hat dies in seiner Entscheidung der Rechtssache *Daihatsu* ebenso gesehen, vgl. EuGH Urt. v. 4.12.1997 – C-97/96 („*Daihatsu*“) = ECLI:EU:C:1997:581 Rn. 17, 22; s. dazu auch Schön ZGR 2000, 706 (708).

1333 Vgl. Calliess/Kahl/Puttler, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 19 EUV Rn. 56 in Bezug auf die legislative Umsetzung des EU-Rechts.

Weise ausgelegt werden könnte, die es ermöglichen würde, an einer innerstaatlich überlieferten Rechtsauffassung festzuhalten. Dies hat seinen Grund darin, dass die EU nicht selbst für den effektiven und einheitlichen Vollzug des Unionsrechts und die Gewährleistung eines gerichtlichen Schutzes der den Bürgern aus dem Gemeinschaftsrecht erwachsenden Rechte sorgen kann, da den Mitgliedstaaten die „Rechtsdurchsetzungsautonomie“ belassen wurde.¹³³⁴ Die mitgliedstaatlichen Gerichte sind deshalb gehalten, für die volle Wirksamkeit des Unionsrechts Sorge zu tragen. Sie agieren mit anderen Worten (auch) in der Rolle von „funktionalen Unionsgerichten“.¹³³⁵ Das insofern grundsätzlich rein nationale Recht wird „europäisiert“.¹³³⁶ Dies bedeutet, dass wenn das europäische Recht unter Rücksichtnahme auf den *effet utile*-Grundsatz dahingehend ausgelegt werden muss, dass die primäre Funktion des Jahresabschlusses der „true and fair view“ ist, die §§ 238 ff. HGB durch die deutschen Gerichte richtlinienkonform entsprechend ausgelegt werden *müssen*.

E. Abschließende Bewertung der richtlinienkonformen Auslegung

1. Bei richtlinienkonformer Auslegung des deutschen Bilanzrechts kommt der (Handels-)Bilanz nach hier vertretenen Auffassung primär eine Informationsfunktion zu. Wenn ein Gericht über eine neu aufgekommene Bilanzierungsfrage (einen Hard Case) zu entscheiden hat, indem es die einschlägigen Bilanzierungsprinzipien gegeneinander abwägt, ist unter verschiedenen in Betracht kommenden Abwägungsergebnissen daher nach dem vorgestellten Modell im Zweifel dasjenige zu wählen, welches dem Jahresabschlusszweck der „Information“ Rechnung trägt. Denn dabei handelt es sich bei einer Betrachtung des nationalen Rechts im Lichte der europäischen Bilanzrichtlinienvorgaben um die fundamentale Rechtsidee. 19
2. Gezeigt hat sich zugleich, dass sich diese These nicht vollumfänglich argumentativ absichern lässt. Denn der europäische Gesetzgeber und der EuGH haben es bislang versäumt, die vom europäischen auf das nationale Bilanzrecht ausgehenden Lenkungskräfte konsequent herauszustellen. Jede Argumentation, die auf die Implikationen der Bilanzrichtlinie für die HGB-Auslegung abstellt, sieht sich daher andauernd dem Einwand ausgesetzt, dass das europäische Recht nicht hinreichend konkretisiert sei, um ihm einen derart weitreichenden Aussagegehalt zu entnehmen. Die Untersuchung kann hier also nicht stehenbleiben. 20

1334 Vgl. dazu Streinz, in: ders., EUV/AEUV, Art. 4 EUV Rn. 32; Krönke, Die Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, S. 28 ff., 32 ff.; Hellgardt, Regulierung und Privatrecht, S. 178 ff.

1335 Calliess/Kahl/Puttler, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 4 EUV Rn. 80; vgl. auch Streinz, EUV/AEUV, Art. 4 EUV Rn. 61.

1336 Dieses Prinzip wird auch als „Existenzbedingung“ der Unionsrechtsordnung eingestuft, vgl. nur Streinz, in: ders., EUV/AEUV, Art. 4 EUV Rn. 61.

§ 24 Ökonomische Analyse des Bilanzrechts

A. Einleitung

I. Zielsetzung: Auffinden der Regelungsidee durch ökonomische Analyse

- 1 In § 24 wird, im Anschluss an den vorangegangenen Zwischenbefund, ein Vorschlag zur Auslegung der über den Gewinnausweis bestimmenden Bilanzierungsprinzipien (Vorsichtsprinzip und Realisationsprinzip) durch Heranziehung eines ökonomischen Theorienfundaments legitimiert.¹³³⁷ Dazu wird das Verhältnis von vorsichtsgeprägtem und periodengerechten Ertragsausweises rechtsökonomisch neu bestimmt. So lässt sich aufzeigen, dass die ökonomische Auslegung des Bilanzrechts einer Ausrichtung der Realisation am Gedanken des Gläubigerschutzes, sofern in der Folge Ertrag und Aufwand nicht periodengerecht ausgewiesen werden, widerspricht. Der Zusammenhang zwischen dem gesellschaftsrechtlichen Anliegen des Gläubigerschutzes und einer vorsichtsgeprägten Bilanzierung ist also auch bei seiner rechtsökonomischen Betrachtung nicht in das Gesetz hineinzulesen. Im Lichte der Mehrkomponentenbilanzierung betrachtet, bedeutet dies, dass die zivilrechtsakzessorisch begründete Hinauszögerung der Ertragsrealisation als unzulässige Willkürreservenbildung erscheint.
- 2 Zu diesem Ergebnis kommt die Arbeit im Wege einer ökonomischen Analyse¹³³⁸ der §§ 238 ff. HGB, bei der untersucht wird, inwiefern das Rechnungslegungsrecht und der gesetzliche Jahresabschluss eine „gute“ Corporate Governance erreichen oder fördern können. Hinter diesem Untersuchungsansatz steht die Erwartung, dass sich so aufzeigen lässt, welches Verständnis der rechtlichen Rahmenbedingungen der Rechnungslegung zu einem rechtsökonomisch stimmigen und kohärenten System führt. Insbesondere wird erwartet, dass die „Indienstnahme der Rechnungslegung für die Zwecke der Corporate Governance“ dazu beitragen kann, das moderne „Schisma der Bilanzierungszwecke“, also die herkömmlich im Rahmen der Auslegung als unauflöslich betrachtete „Alternativität von Fremd- und Eigenkapitalgeberschutz, von Informations- und Ausschüttungsbemessungsfunktion“ zu überwinden.¹³³⁹

1337 Der aus methodischer Sicht dafür notwendige Raum bietet sich deshalb, weil die richtlinienkonforme Auslegung der §§ 238 ff. HGB keine für das hiesige Vorhaben vollumfänglich überzeugenden Ergebnisse hervorbringen konnte (§ 4).

1338 Die Rede ist auch von der ökonomischen Theorie des Rechts oder Rechtsökonomie. Vgl. zu den verwendeten Begriffen nur *Richter/Furubotn*, Neue Institutionenökonomie, S. 39, 50; *Fleischer ZGR* 2001, 1 (3 ff.); s. zudem etwa *Lieth*, Die ökonomische Analyse, S. 41 und *passim*.

1339 Vgl. insofern *Merkt ZfB-Special* 2012, 5 (15).

Nebenziel von § 24 ist es, die offensichtlichen interdisziplinären Bezüge des Bilanzrechts stärker im rechtswissenschaftlich-bilanzrechtlichen Methodenkanon zu verankern. Denn hier gibt es eine Diskrepanz: Die Rechnungslegungstheorie befasst sich zwar stark mit der ökonomischen Analyse der Bilanzierung, es bleibt aber offen, wie sich diese Ergebnisse im Umgang mit dem HGB-Bilanzrecht niederschlagen können.¹³⁴⁰

II. Aufbau von § 24

Im ersten Schritt werden der in § 24 verfolgte Forschungsansatz und die dabei – aus methodischer Sicht – bestehenden Erkenntnisgrenzen aufgezeigt (B.). Sodann wird dieser Ansatz von verwandten Herangehensweisen abgegrenzt und aufgezeigt, weshalb diese als nicht zielführend einzustufen sind und deshalb nicht weiterverfolgt werden (C.). Anschließend werden die §§ 238 ff. HGB unter Rückgriff auf eine konsensorientierte Legitimationstheorie danach bewertet, inwiefern sie einen hypothetischen vertraglichen Konsens der Regeladressaten widerzuspiegeln vermögen (D.).

Der Bezugsrahmen der Untersuchung wird insofern grundsätzlich rechtsformunabhängig definiert, obschon der Bedeutungsgehalt der Rechnungslegung anerkanntermaßen variiert, je nachdem, welcher Gesellschaftstyp in den Blick genommen wird.¹³⁴¹ Dahinter steht die Überlegung, dass auch das geltende Recht im Hinblick auf die materiellen Rechnungslegungsvorgaben nur punktuelle Rechtsformabhängigkeiten aufweist. Hinzu kommt, dass die Funktion der Rechnungslegung in keiner denkbaren gesellschaftsrechtlichen Konstellation gänzlich negiert werden kann. Es erweist sich vielmehr, dass ein vollumfänglicher hypothetischer Konsens zwischen allen Unternehmensakteuren über die Ausgestaltung der Rechnungslegungsvorgaben nicht denkbar ist.

Aus diesem Befund wird geschlossen, dass das im Mittelpunkt der Untersuchung stehende Erkenntnisinteresse, die rechtswissenschaftliche Anleitung der Bilanzierung, nur weiterverfolgt werden kann, sofern ein explizites Werturteil gefällt wird. Dieses Werturteil kommt darin zum Ausdruck, dass der Analyse ein eingeschränkter Bezugsrahmen gesetzt wird. Dieser Rahmen sieht so aus, dass sich die Analyse auf die Finanzierungsbeziehungen des Unternehmens, also die Rechtsbeziehungen des Unternehmens und seiner Organe zu den Eigen- und Fremdkapitalgebern sowie die Beziehungen der Kapitalgeber untereinander, beschränkt. Auf dieser Grundlage wird gezeigt, welche spezifischen inhaltlichen Elemente der Bilanzierung die am

¹³⁴⁰ Vgl. *Gerum/Möller/Shen* Zfbf 63 (2011), 534 (538).

¹³⁴¹ Vgl. allgemein zunächst nur *Wymeersch*, in: Hommelhoff/Hopt/v. Werder, Handbuch Corporate Governance, S. 137 (142): Ein und dasselbe Governance-Instrument könne für unterschiedliche Zwecke benutzt werden, je nachdem in welchem der Gesellschaftstypen es angewendet wird.

Unternehmen beteiligten Akteure in den Mittelpunkt stellen würden, wenn man eine Verhandlung über die Corporate Governance im Unternehmen simuliert, und inwiefern dies die Auslegung beeinflusst. Dabei werden zunächst ein eng gefasster (D. II.) und anschließend ein weiter gefasster Ansatz (D. III.) verfolgt. Der weite Ansatz berücksichtigt als zusätzliches Element, dass das Rechnungslegungssystem eines Staates und sein Gesamtsystem der Corporate Governance wechselbezüglich ausgestaltet sein sollten.

B. Ansatz und Grenzen des hiesigen Vorhabens

- 7 Der hier verfolgte Ansatz umfasst eine objektiv-teleologische Bilanzrechtsauslegung unter Rückgriff auf die normative Ökonomik (dazu I.). Dementsprechend muss er die abseits ökonomischer Erwägungen vom Gesetzgeber bei der Gesetzesfassung getroffenen Wertungen respektieren (dazu II.). Auch im Lichte dessen erscheint der Ansatz aber gerade im Rahmen der Bilanzrechtsauslegung besonders zielführend (dazu III.).

I. Gedanklicher Ausgangspunkt

- 8 Das Unternehmensrecht wird nachfolgend streng funktional¹³⁴² daraufhin analysiert, inwiefern seine denkbaren Gestaltungsvarianten vom aus ökonomischer Sicht vorzugswürdigen Maßstab der vertragstheoretischen Effizienz abweichen.¹³⁴³ Insbesondere geht es darum, durch welchen Organisationsrahmen agency costs (Regulierungs- bzw. Governancekosten) minimiert werden.¹³⁴⁴ Aus diesem Blickwinkel spielt es nur eine untergeordnete Rolle, dass das Unternehmensrecht dem Rechtsverkehr Gesellschafts- bzw. Unternehmensträgerformen und die darauf bezogenen Strukturelemente bereitstellt.¹³⁴⁵ Vielmehr kommt es darauf an, inwiefern die gesetzlichen Regeln ein System der Corporate Governance gewährleisten und stützen.¹³⁴⁶ Damit

¹³⁴² Armour/Hansmann/Kraakman/Pargendler, in: *Anatomy of Corporate Law*, S. 4.

¹³⁴³ Petersen/Towfigh, in: Towfigh/Petersen, *Ökonomische Methoden*, § 1 Rn. 8; Becht/Bolton/Röell, in: *Handbook of the Economics of Finance*, S. 1 (13); vgl. dahingehend auch das Verständnis von Merkt ZfB-Spezial 2012, 5 (7): „Corporate Governance ist [...] als rechtlicher und tatsächlicher Ordnungs- und Organisationsrahmen der Leitung und Kontrolle von Unternehmen zu verstehen; dementsprechend ist das Ziel der Corporate Governance die Optimierung dieses Ordnungs- und Organisationsrahmens.“

¹³⁴⁴ Vgl. etwa Armour/Hansmann/Kraakman/Pargendler, in: *Anatomy of Corporate Law*, S. 1; Bainbridge, *The New Corporate Governance*, S. 73.

¹³⁴⁵ Vgl. insofern Armour/Hansmann/Kraakman, in: *Anatomy of Corporate Law*, S. 29.

¹³⁴⁶ Der Gedanke, dass Unternehmen governance structures benötigen, geht zurück auf Williamson, *Yale Law Journal* 93 (1984), 1197 ff.; vgl. dazu Richter/Furubotn, *Neue Institutionenökonomik*, S. 40 f., 194, 202; Schmolke, in: Towfigh/Petersen, *Ökonomische Methoden*, § 5 Rn. 317 f.; Bainbridge, *The New Corporate Governance*, S. 31; Schäfer/Ott, *Ökonomische Analyse*, S. 769; Armour/Hansmann/Kraakman,

gemeint ist ein institutionelles Arrangement aus Kontroll- und Anreiz- oder Überwachungs- und Durchsetzungselementen, mit dem versucht wird, die angesichts von Transaktionskosten, unvollkommener Voraussicht und beschränkter Rationalität bestehenden Spielräume und Motivationen der Unternehmensakteure für opportunistisches Verhalten einzuschränken.¹³⁴⁷

Verkürzt ausgedrückt, ist es Aufgabe des Referenzsystems, dafür zu sorgen, dass die Unternehmensakteure für ihre in das Unternehmen eingebrachten (finanziellen) Mittel auch eine Gegenleistung erhalten.¹³⁴⁸ Weiterhin soll das System ex ante Wege aufzeigen, wie die Beteiligten ex post über die Verteilung des Ertrags aus ihren Investitionen (nach-)verhandeln können.¹³⁴⁹ Dem Prozess der Identifikation von Problemen, auf welche das System der Corporate Governance reagiert, liegen eine Reihe ökonomischer Paradigmata zugrunde. Sie werden herkömmlich mit den Stichworten Prinzipal-Agenten-Theorie, Informationsasymmetrien und (notwendigerweise) unvollständige Verträge sowie rationalem Handeln zusammengefasst. Auf eine Darstellung und Herleitung wird hier verzichtet.¹³⁵⁰ Aus funktionaler Sicht reagieren das Corporate Governance System und das darauf bezogene Unternehmensrecht vor allem auf Eigner-Manager-Konflikte, unter Einschluss von Streubesitzfällen, die Insider-Problematik sowie auf Konflikte zwischen den Anteilseignern und anderen Unternehmensakteuren, insbesondere den Fremdkapitalgebern des Unternehmens.¹³⁵¹ Sofern es um das Bilanzrecht geht, ist dabei weiter zwischen der Position der gegenwärtigen Gesellschafter und derjenigen potenzieller Anteilseigner (insbesondere Investoren bzw. Anlegern am Kapitalmarkt) zu unterscheiden.

Die hier einschlägige Forschung ist bekanntlich auf zwei grundverschiedene, einander jedoch überlappende Erkenntnisziele ausgerichtet: zum einen die Beobachtung und rein deskriptive Beschreibung des Unternehmensrechts als soziales Phänomen,

in: *Anatomy of Corporate Law*, S. 31; s. auch *Siebler*, Internationalisierung der Rechnungslegung, S. 83, 86.

1347 Vgl. dazu grundlegend *Williamson*, *Yale Law Journal* 93 (1984), 1197 ff.; s. *Armour/Hansmann/Kraakman/Pargendler*, in: *Anatomy of Corporate Law*, S. 2; v. *Werder*, in: *Hommelhoff/Hopt/v. Werder*, Handbuch Corporate Governance, S. 3 (7, 14). *Schmidt/Weiß*, in: *Hommelhoff/Hopt/v. Werder*, Handbuch Corporate Governance, S. 161 (162) wollen unter Corporate Governance „den rechtlichen und faktischen Ordnungsrahmen für die Leitung und Überwachung eines Unternehmens“ verstehen. *Möslin*, Dispositives Recht, S. 142 meint, dass Corporate Governance „die Koordination wirtschaftlicher Transaktionen in hierarchischen Organisationen (Unternehmen)“ betreffe. S. auch *Schmolke*, in: *Towfigh/Petersen*, Ökonomische Methoden, § 5 Rn. 316.

1348 *Richter/Furubotn*, Neue Institutionenökonomie, S. 199.

1349 *Richter/Furubotn*, Neue Institutionenökonomie, S. 179; *Schmolke*, in: *Towfigh/Petersen*, Ökonomische Methoden, § 5 Rn. 314.

1350 Insofern sei auf umfassende Vorarbeiten verwiesen, vgl. für das deutsche Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht etwa grundlegend den Überblick über ökonomische Theorie von *Fleischer* ZGR 2001, 1 ff., insb. 22 f. m.w.N.; sowie die in der ZGR abgedruckten Beiträge zum Symposium zum 60. Geburtstag von *Klaus Hopt*, beginnend mit *Grundmann/Mülbert* ZGR 2001, 215 ff.

1351 Vgl. zu dieser Einteilung *Armour/Hansmann/Kraakman/Pargendler*, in: *Anatomy of Corporate Law*, S. 2.

zum anderen das Anliegen, aus einer solchen Beschreibung neue Sollenssätze abzuleiten. Dem positiven Analyseansatz kommt es (allein) darauf an, zu betrachten „wer das Recht und faktische Möglichkeiten hat, wesentliche Entscheidungen in Unternehmen zu treffen oder zu beeinflussen, wie solche Entscheidungen getroffen werden, an welchen Zielen sie sich ausrichten und wie kontrolliert wird, ob diejenigen, die wichtige Entscheidungen treffen, auch gute Entscheidungen treffen.“¹³⁵² Die dem genuin rechtswissenschaftlichen rechtspolitischen Diskurs näherstehende normative Ökonomik, zu der auch die Wohlfahrtsökonomik¹³⁵³ zählt, will hingegen nicht nur eine Aussage darüber treffen, wie der Ausgang unternehmensinterner Arrangements aussehen kann, sondern auch darüber, welche von verschiedenen denkbaren Ausgestaltungen der gesamtgesellschaftlichen Organisationsregeln, welche den Handlungsrahmen jedes einzelnen Unternehmens bilden, vorzugswürdig ist, sofern zuvor definierte Prämissen zugrunde gelegt werden.¹³⁵⁴

II. Grenzen der Gesetzesauslegung

- 11 Das vorgestellte Modell ließe sich ohne weiteres einer rechtsökonomischen Gesetzgebungslehre des Rechnungslegungsrechts zugrunde legen. Darüber hinaus lässt es sich aber auch für die Auslegung bilanzrechtlicher Normen fruchtbar machen, sofern man den Gerichten (und anderen Rechtsanwendern) die Kompetenz, das Recht so anzuwenden, dass extern an es herangetragene ökonomische Zielsetzungen erreicht werden, nicht grundsätzlich abspricht. Das rechtsökonomische Argument ist jedoch bekanntlich deutlich vorsichtiger in den rechtswissenschaftlichen Methodenkanon einzuführen als in die rechtspolitische Debatte, da die Möglichkeiten, rechtsökonomische Erkenntnisse bei der Rechtsanwendung heranzuziehen, begrenzt sind.¹³⁵⁵
- 12 Die ökonomischen Kriterien können nicht bereits im Rahmen einer historischen und (subjektiv-)teleologischen, also der im Kern juristisch-hermeneutischen, textex-

1352 Schmidt/Weiß, in: Hommelhoff/Hopt/v. Werder, Handbuch Corporate Governance, S. 161 (162); vgl. insofern auch Becht/Bolton/Röell, in: Handbook of the Economics of Finance, S. 1 (13) schreiben: „[...] the central issue in corporate governance is to understand what the outcome of this contracting process is likely to be, and how corporate governance deviates in practice from the efficient contracting benchmark“; vgl. zur positiven ökonomischen Theorie allgemein Petersen/Towfigh, in: Towfigh/Petersen, Ökonomische Methoden, § 1 Rn. 6.

1353 Vgl. Towfigh, in: Towfigh/Petersen, Ökonomische Methoden, § 2 Rn. 87: Die Wohlfahrtsökonomik beschäftigt sich „mit der Frage, auf welche Weise gesamtgesellschaftliche (also nicht nur individuelle) Wohlfahrtssteigerungen oder – wenn möglich – soziale Optima erzielt werden können.“

1354 Petersen/Towfigh, in: Towfigh/Petersen, Ökonomische Methoden, § 1 Rn. 8.

1355 Dies liegt vor allem daran, dass der Rechtsanwender bei der Rechtsgewinnung deutlich stärkeren Restriktionen unterworfen ist als der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der Rechtsordnung. Dementsprechend fällt es der ökonomischen Analyse des Rechts auch leichter ein rechtspolitisches Empfehlungsprogramm an den Gesetzgeber zu entwerfen als die Gesetzesauslegung zu prägen, vgl. dazu etwa Lieth, Die ökonomische Analyse, S. 157.

ternen Auslegung herangezogen werden. Vielmehr geht es, sofern man nicht von einem eigenständigen Auslegungselement sprechen möchte, darum, sie in die objektiv-teleologische Auslegung einfließen zu lassen.¹³⁵⁶ Bei dieser schwingt bekanntlich die Gefahr mit, der auszulegenden Regelung einen falschen Normzweck zugrunde zu legen, das Gesetz also zu manipulieren.¹³⁵⁷ Die rechtsökonomisch fundierte Argumentation muss deshalb, will sie sich weder dem Einwand einer Missachtung der verfassungsrechtlich gebotenen Gesetzesbindung noch dem der methodischen Beliebigkeit aussetzen, das gesetzliche „System“, welches nur der Gesetzgeber zu ändern vermag, respektieren. Diesem Vorbehalt ist dadurch Rechnung zu tragen, dass rechtsökonomische Argumente nur insofern als auslegungsleitend anerkannt werden, als dabei die durch den Gesetzgeber neben der ökonomischen Effizienz (auch) verfolgten Ziele respektiert werden.¹³⁵⁸

Dementsprechend wird hier nicht auf eine „hinter“ dem Gesetz stehende Wertung zurückgegriffen, sondern es geht darum, den durch das Gesetz geregelten Lebensbereich dazu zu nutzen, um den gesetzlichen Zweck zu erschließen.¹³⁵⁹ Da der historische Gesetzgeber zumeist keinen explizit ökonomischen, also am Ziel einer möglichst effizienten Güterallokation orientierten Ansatz verfolgt hat, darf dem Gesetz im Rahmen der Rechtsanwendung aber auch dabei nicht willkürlich das ökonomische Effizienzziel unterstellt werden.¹³⁶⁰ Die ökonomischen Begriffe und Analysemethoden dürfen mit anderen Worten dem juristischen Diskurs nicht einfach übergestülpt werden, sondern müssen weiterhin als rechtsextern begriffen werden.¹³⁶¹ *Klaus Hopt* hat aber treffend argumentiert, dass speziell im Hinblick auf das sog. Wirtschaftsrecht¹³⁶² eine veränderte Perspektive eingenommen werden könne, da es für das soziale System Wirtschaft eine steuernde bzw. systemregelnde Funktion

1356 Vgl. dazu auch *Wagner*, in: FS Canaris, 2017, S. 281 (313): „Zur Debatte steht, ob Effizienz im Sinne der Wohlfahrtsökonomie ein Parameter für legislatives und judizielles Entscheiden ist, nicht, ob es sich um den einzigen Entscheidungsparameter handelt.“

1357 *Petersen/Towfigh*, in: *Towfigh/Petersen*, Ökonomische Methoden, § 1 Rn. 19.

1358 Die Auslegung hat sich mit anderen Worten innerhalb der Grenzen des gesetzgeberischen Regelungskonzepts zu bewegen. Konflikte kann es insbesondere zwischen ökonomischer Effizienz und Verteilungsgerechtigkeit geben. Insofern ist entsprechend der vorstehenden Aussagen eine Lösung vorzuziehen, bei der „die ökonomisch effizienteste Regelung mit Gesichtspunkten der Verteilungsgerechtigkeit in Einklang“ gebracht wird, vgl. *Petersen/Towfigh*, in: *Towfigh/Petersen*, Ökonomische Methoden, § 1 Rn. 35.

1359 Vgl. zu dieser Abgrenzung *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, S. 701.

1360 Vgl. hierzu aber *Petersen/Towfigh*, in: *Towfigh/Petersen*, Ökonomische Methoden, § 1 Rn. 19.

1361 Die geht in beide Richtungen: Es kann ebenso allein darum gehen, die ökonomischen Argumente als solche im juristischen Diskurs zu operationalisieren und nicht den juristischen Verständnismöglichkeiten zu unterwerfen.

1362 Vgl. allgemein Gegenstand und Zielsetzung eines „Wirtschaftsrechts“ *Hart* ZHR 140 (1976), 31 (32 ff.); *Raiser*, Die Zukunft des Privatrechts, S. 11 ff.; *Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts, S. 677 ff.; schließlich zusammenfassend *K. Schmidt* AcP 206 (2006), 169 (176 f.). Angesichts der immer weiteren Ausdifferenzierung der früher unter den Begriff gefassten Teilrechtsordnungen, insbesondere des Kartellrechts, erscheint das Konzept eines „Wirtschaftsrechts“ heute aus der Zeit gefallen.

wahrnehme.¹³⁶³ Es habe, so *Hopt*, eine „Regelungs- und Planungskomponente“.¹³⁶⁴ Gehe es etwa im Kaufvertragsrecht vor allem darum, „die kaufvertraglichen Beziehungen zwischen zwei einzelnen Wirtschaftssubjekten“ zu lösen, bzw. allgemein im Privatrecht (primär) darum, einen interessengerechten Ausgleich zwischen rechtlich gleichgeordneten Rechtssubjekten und die Richtigkeit im Verhältnis zwischen den Einzelnen zu besorgen, diene das Wirtschaftsrecht unmittelbar der Erhaltung einer bestimmten Form des Wirtschaftens.¹³⁶⁵

- 14 Die Überlegung, dass sich die Arbeit am Wirtschaftsrecht auf dessen Lenkungs- bzw. Steuerungsperspektive konzentrieren müsse, wurde nachfolgend, wenngleich nicht immer mit einem systemtheoretischen Begründungsansatz, wiederholt aufgegriffen,¹³⁶⁶ wobei es naheliegt, diese Perspektive unter Rückgriff auf die ökonomischen Theorieninstrumente einzunehmen.¹³⁶⁷

III. Berücksichtigung rechtsökonomischer Erkenntnisse

- 15 Das Rechnungslegungsrecht erweist sich dabei als noch einmal ungleich rezeptions-offener gegenüber einer rechtsökonomischen Gesetzesauslegung, welche die unter II. dargestellten Grenzen beachtet. Zuletzt ist die Entwicklung einer isolatorischen, dezidiert „wirtschaftsrechtlichen“ Gesetzesauslegung – zu Recht – scharf kritisiert worden.¹³⁶⁸ Diese Kritik darf hier zwar nicht unbeachtet bleiben, angesichts der historisch und durch die interdisziplinäre Ausrichtung bedingten „Sondermethoden“ der Gesetzesauslegung vermag sie aber, wenn es um das Bilanzrecht geht, bereits im Ausgangspunkt nur teilweise zu verfangen. Hinzu kommt der in §§ 19 ff. aufgezeigte Umstand, dass eine dieser allgemein anerkannten Sondermethoden eine Abwägung

1363 *Hopt* BB 1972, 1017 (1019); vgl. auch *Pölzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht, S. 12 f.: es gehe dem Wirtschaftsrecht „um die Gewährung und Aufrechterhaltung des Wettbewerbs“ sowie um die Gestaltung und Lenkung der Wirtschaft; *Schweitzer* AcP 220 (2020), 544 (552).

1364 *Hopt* BB 1972, 1017.

1365 Es nehme nicht „das einzelne Rädchen“, sondern „das Räderwerk“ in den Blick, vgl. *Hopt* BB 1972, 1017 (1019); im Anschluss daran etwa *Möslein*, Dispositives Recht, S. 134: es würde im Wirtschaftsrecht typischerweise das wirtschaftliche Gesamtsystem und nicht einzelne Vertragsbeziehungen in den Blick genommen.

1366 So hat *Steindorff*, in: FS Larenz, 1973, S. 217 ff. im Hinblick auf das Wirtschaftsrecht etwa bereits 1973 davon gesprochen, dass es hier darum gehe, die „Politik des Gesetzes“ zu verwirklichen, weshalb diese Politik hier Auslegungsmaßstab sei; vgl. in diese Richtung auch *Steindorff*, in: FS Raiser, 1974, S. 623 ff.; *Hart* ZHR 140 (1976), 31 (38 ff.): „Wirtschaftsrecht als Steuerungsmittel“; kritisch: *K. Schmidt* AcP 206 (2006), 169 (176 ff.); vgl. zu einem frühen Versuch, eine Verbindung zum allgemeinen Privatrecht herzustellen *Engel* JZ 1995, 213 („Zivilrecht als Fortsetzung des Wirtschaftsrechts mit anderen Mitteln“); *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht, S. 26 (Fruchtbarmachung der Unterschiede zwischen Wirtschaftsrecht und sonstigem Privatrecht für eine steuerungsorientierte Theorie der Rechtsdurchsetzung beschränkt auf das Wirtschaftsrecht); *Möslein*, Dispositives Recht, S. 133.

1367 Zu diesem Schluss *Eidenmüller* ZGR 2007, 484 (493): Die Einsichten u.a. der principal-agent-Theorie seien „gerade bei wirtschaftsregulierenden Gesetzen von großer Bedeutung“.

1368 Vgl. *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, S. 368; *Wagner* AcP 214 (2014), 602 (606 f.) (Rezension zu *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht).

von Bilanzierungsprinzipien beinhaltet, bei der die Jahresabschlusszwecke eine Rolle spielen. Da sich mit den herkömmlichen rechtswissenschaftlichen Methoden der Jahresabschlusszweck nur unzureichend bestimmen lässt (§ 22), bietet sich die Heranziehung des Effizienzkriteriums als Leitmotiv der Auslegung bilanzrechtlicher Regelungen ganz besonders an.

Ergänzend kann auf die Verbindung zwischen Bilanz- und öffentlichem Recht verwiesen werden,¹³⁶⁹ die es nahelegt, hier den steuerungsöffeneren Maßstab der Verwaltungsrechtswissenschaft anzulegen. Darüber hinaus ist die Steuerungsperspektive auch deshalb attraktiv, da das Bilanzrecht beständig dem schnellen wirtschaftlichen Wandel Rechnung tragen muss. Denn bei einer schnelllebigem Materie können Steuerungseffekte im Zeitablauf deutlicher zutage treten.¹³⁷⁰ Schließlich nimmt die Arbeit allein auf die Funktion der Rechnungslegung für die Finanzierungsbeziehungen des Unternehmens Bezug, d.h. für denjenigen Ausschnitt aus dem gesamten Vertragsnexus Unternehmen, der die Rechtsbeziehungen des Unternehmens und seiner Organe zu den Eigen- und Fremdkapitalgebern sowie die Beziehungen der Kapitalgeber untereinander umfasst. Damit geht es hier nicht darum, umfassend eine eindimensionale Fremddoktrin in das Recht „hineinzulesen“. So wird kein grundsätzlicher Systemwechsel propagiert, wie er insbesondere mit einer Abkehr vom (ohnehin europarechtlich determinierten) gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzsystem einhergehen würde. Es wird somit auch nicht an den überwiegenden Ursachen für die Entstehung stiller Reserven gerüttelt, die im Anschaffungs- und Herstellungskostenprinzip zu sehen sind.

C. Abgrenzung von verwandten Ansätzen

Das hiesige Vorgehen unterscheidet sich grundlegend von drei bereits bekannten Forschungsansätzen. So findet sich in Stellungnahmen, die sich mit einer ökonomischen Analyse des Bilanzrechts befassen, oftmals der Verweis auf informationsökonomische Erkenntnisse (I.). Zudem wurden in der Vergangenheit bereits ökonomisch angeleitete umfassende Systemvergleiche zwischen der HGB-Rechnungslegung und anderen Rechnungslegungssystemen durchgeführt (II.). Schließlich wurden zahlreiche rechtspolitische Vorschläge gemacht, die insbesondere darauf abzielten, zusätzliche Informationsinstrumente, welche neben den gesetzlichen Jahresabschluss treten könnten, zu etablieren (III.).

1369 Hier kann offen bleiben, ob Bilanzrecht öffentliches oder privates Recht ist bzw. eine Zwitterstellung wahrnimmt.

1370 Vgl. im Hinblick auf das Wirtschaftsrecht allgemein: *Möslein*, Dispositives Recht, S. 134.

I. Informationsökonomische Beeinflussung der Bilanzrechtswissenschaft

- 18 Ein Teil der vom hier verfolgten Vorhaben abzugrenzenden rechtsökonomischen Literatur befasst mit der Relevanz von Unternehmensinformationen für die Kapitalmärkte und – damit zusammenhängend – den Pflichten zur Veröffentlichung derartiger Informationen und ihrer Reichweite. Davon unterscheidet sich die Arbeit in zentralen Punkten. Zunächst geht es bei der informationsökonomisch angeleiteten Rechtswissenschaft um die kritische Auseinandersetzung mit dem von unterschiedlich begründeten Abstufungen geprägten Rechnungslegungspublizitätsregime. Im Mittelpunkt stehen also, obschon es diskursive Überschneidungspunkte gibt,¹³⁷¹ nicht die Regeln zum Inhalt der Unternehmensinformation selbst, sondern die Normen, welche sich mit den Modalitäten ihrer Preisgabe befassen. Ein weiterer wesentlicher Unterschied ist, dass bei der informationsökonomischen Untersuchungsperspektive, da man sich hier auf den Zusammenhang zwischen Rechnungslegung und Preisbildung fokussiert, ein einseitig-entscheidungsorientierter Blick auf die Zielsetzungen der Rechnungslegung eingenommen werden kann und Rechnungslegung nicht aus der Gesamtsicht der Corporate Governance betrachtet werden muss.¹³⁷²
- 19 Schließlich gilt, dass sich informationsökonomische Arbeiten auf die Auswirkungen der Bilanzierung als solches fokussieren und nicht auf den Einfluss einzelner bilanzrechtlicher Regelungen (etwa derjenigen zum Gewinnermittlungszeitpunkt). Diesem Unterschied kommt eine besondere Bedeutung zu, weil das HGB im Rahmen der Regelungen zur inhaltlichen Ausgestaltung der Rechnungslegung den im Hinblick auf die Publizitätsvorgaben verfolgten Ansatz „one size is unlikely to fit all“ durchbricht. Vielmehr sollen die materiellen Bilanzierungsvorgaben grundsätzlich für sämtliche Unternehmensträger gelten. Es lässt sich allenfalls ein stark vergrößertes Äquivalent für die feinen Unterschiede, welche das Publizitätsrecht prägen,

1371 So hat sich der Gesetzgeber im Rahmen des BilMoG etwa auch deshalb gegen eine Transformation der IFRS in das nationale Recht entschieden, weil der Übergang zu den internationalen Rechnungslegungsstandards „kleinen und mittelgroßen Unternehmen bereits aus Kostengründen nicht zuzumuten“ sei. Weiterhin wurde gegenüber einer Übernahme der IFRS auch zu bedenken gegeben, dass aufgrund des Detaillierungsgrades der IFRS wettbewerbsrelevante Daten preisgegeben werden müssten. Hierdurch könne die Existenz kleiner und mittelgroßer Unternehmen gefährdet werden, vgl. zu beiden Gesichtspunkten: Begr. RegE BilMoG, BT-Drucks. 16/10067, S. 33 und 34. Die (zusätzlichen) Veröffentlichungspflichten für Kapitalgesellschaften werden umgekehrt auch damit gerechtfertigt, dass den Gläubigern hier nur das Gesellschaftsvermögen hafte, weshalb ihnen eine bessere Kontrolle des Schuldendeckungspotenzials der Gesellschaft möglich sein müsse (vgl. etwa *Merkt*, Unternehmenspublizität, S. 254). Dasselbe Argument wird auch dafür vorgebracht, die materiellen Rechnungslegungsvorgaben am Gläubigerschutz auszurichten.

1372 Die Informationsökonomie beschränkt sich darauf, die Beziehung zwischen Unternehmen und Kapitalmarktakteuren bzw. dem Kapitalmarkt zu rekonstruieren und insofern die institutionelle Rolle der Rechnungslegung zu untersuchen, wohingegen die Bedeutung des Jahresabschlusses für andere Unternehmensakteure in- und außerhalb des Unternehmens (etwa die gegenwärtigen Anteilseigner und Fremdkapitalgeber) bzw. die Stewardship-Funktion der Rechnungslegung außen vor bleiben. In der Folge kann hier allein die Informationsfunktion des Jahresabschlusses berücksichtigt und die Ausschüttungsbemessungsfunktion ausgeblendet werden.

ausmachen (vgl. insofern § 5 B. II. 1. d. aa.). Vor diesem Hintergrund muss sich die rechtswissenschaftliche Forschungsperspektive, wenn es um inhaltliche Rechnungslegungsvorgaben geht, beinahe zwangsläufig von der Ebene der Rechtspolitik auf diejenige der Auslegung des bestehenden Rechts verlagern. Denn rechtspolitische Überlegungen zu einer stärkeren rechtsformspezifischen Differenzierung des materiellen Bilanzrechts *de lege ferenda* haben wenig Umsetzungschancen, solange das Gesetz seinem Wesen nach auf eine Einheitsbetrachtung ausgelegt ist.

II. Umfassende Systemvergleiche

Abzugrenzen ist der hiesige Ansatz weiterhin von dem in der Literatur wahrzunehmenden Versuch, die Analysemethoden der Rechtsökonomik für umfassende Vergleiche zwischen dem Rechnungslegungssystem der §§ 238 ff. HGB und anderen Systemen heranzuziehen. Vor allem vor Inkrafttreten des BilMoG ging es dabei primär um eine Positionsbestimmung des deutschen Rechts gegenüber den IAS/IFRS. Aus rechtswissenschaftlicher Sicht haben diese Systemvergleiche einen begrenzten Aussagegehalt, da es kaum möglich erscheint, den im Zuge der Systemgegenüberstellung anwendbaren Vergleichsmaßstab zutreffend zu umreißen. Zunächst lässt sich aus theoretischer Sicht kein überzeugendes Kriterium für die Nützlichkeit einer bestimmten Information finden. Ein Systemvergleich wäre aus rechtswissenschaftlicher Sicht zudem nur dann aussagekräftig, wenn sich das abstrakte ökonomische Effizienzkriterium so konkretisieren ließe, dass es als subsumtionsfähiger Maßstab für die Tauglichkeit eines Regelprogramms bzw. regulatorischen Grundkonzepts im Vergleich zu anderen Programmen und Konzepten taugte.¹³⁷³ Es erscheint bereits zweifelhaft, ob diese Vorarbeiten Erfolg haben können, da keine als maßstabgebend in Betracht kommende Kennzahl hinreichend überzeugend erscheint. So ließen sich etwa selbst gegenüber einer Verwendung des Bruttosozialprodukts oder der Börsenkurse einzelner Länder immer berechnete Einwände erheben.

Ein weiterer Konflikt zwischen der Rechtswissenschaft und der auf den Vergleich unterschiedlicher Rechnungslegungssysteme ausgerichteten Theorie liegt darin begründet, dass die Theorie, sofern sie überhaupt eine rechtswissenschaftlich verwertbare Aussage treffen will, gezwungen ist, die realen Verhältnisse übermäßig zu vereinfachen. Sofern analytisch etwa die Kapitalmarktorientierung der IAS/IFRS und ihre Ausrichtung auf Großunternehmen hervorgehoben werden, blendet dies aus, dass der Fokus des Standardsetters sich bereits seit längerem erweitert hat.¹³⁷⁴ Systemvergleichenden Forschungsansätzen ist aber vor allem deshalb mit Skepsis zu be-

¹³⁷³ Binder, Regulierungsinstrumente und Regulierungsstrategien, S. 23.

¹³⁷⁴ Zu nennen sind insofern insbesondere die erstmalig 2009 herausgegebenen IFRS für kleine und mittelgroße Unternehmen (KMU).

gegenen, da sie rechtssystematische und -kulturelle Parameter, die ein Rechnungslegungssystem prägen, ausblenden müssen.¹³⁷⁵ Im Hinblick auf die HGB-Rechnungslegung ist insofern insbesondere auf die Verknüpfung mit dem gesellschaftsrechtlichen Kapitalschutzsystem und dem Steuerrecht zu verweisen. Die Verbindung zum Unternehmensrecht hat dabei zur Folge, dass in Deutschland traditionell ein deutlich stärkeres Gewicht auf die Bedeutung der Rechnungslegung für Unternehmensführung und -kontrolle (Stewardship) gelegt wird. Demgegenüber ist dieser unternehmensrechtliche Ansatz etwa dem US-amerikanischen System fremd, da Rechnungslegungsvorgaben hier primär als ein Bestandteil der Kapitalmarktregulierung verstanden werden, weshalb es darum geht, „marktbasierte“ Lösungen zu suchen.¹³⁷⁶ Der umfassende Systemvergleich ist aus den genannten Gründen für die rechtsökonomische Bilanzrechtsforschung nicht zukunftsweisend und wird deshalb hier nicht weiterverfolgt.¹³⁷⁷

III. Rechtspolitische Vorschläge

- 22 Ein letzter, in der Literatur verfolgter Forschungsansatz besteht darin, Bilanzrechtsreformen ausgehend von der Prämisse, dass es in unterschiedlichen Unternehmensbeziehungen Bedarf für staatliche Rechnungslegungsregeln gibt, zu erörtern. Ziel ist es, dass das Bilanzrecht seinen unterschiedlichen Aufgabenstellungen besser nachkommen kann. Angesichts der offenkundigen informationellen Defizite des nach geltendem Recht erstellten Jahresabschlusses muss daher im Ergebnis beinahe zwangsläufig ein Plädoyer für stärker ausdifferenzierte Rechnungslegungsinstrumente de lege ferenda stehen.¹³⁷⁸ Eine Ergänzung des Jahresabschlusses um weitere Planungs- oder Prognoseinstrumente bzw. eine weitreichende Neuausrichtung der Rechnungslegungszwecke würde die aus rechtsökonomischer Sicht bestehenden Mängel des Bilanzrechts aber nicht vollständig beseitigen. Denn selbst bei einer getrennten Ausschüttungs- und Informationsbilanzierung in jeweils gesonderten Rechenwerken, die aufgrund der damit verbundenen Kosten wohl ohnehin ein unerreichbarer Idealzustand bleiben muss,¹³⁷⁹ lässt sich die Rechnungslegung nicht unter Berücksichtigung ökonomischer Effizienzerwägungen optimieren. Insbesondere würde auch dann die Grundproblematik fortbestehen, dass hier der untaugliche Ver-

1375 Kritik an der Abstrahierung von „sozioökonomischen Gegebenheiten (Landeskulturen)“ im Rahmen ökonomisch begründeter Forderungen nach einer flächendeckenden Übernahme der IFRS findet sich etwa bei *Gerum/Möller/Shen* Zfbf 63 (2011), 534 (563). Sie bringen vor, dass die Regulierung der Rechnungslegung eine weitgehend politische Entscheidung sei. Vielfach müsse sie von den realen ökonomischen Gegebenheiten abstrahiert getroffen werden. Deshalb müsse sie zwangsläufig zu aus theoretischer Sicht überraschenden beziehungsweise wenig sinnvollen Resultaten führen.

1376 Vgl. *Whittington* ABACUS 44 (2008), 139 (145).

1377 Ebenso das Fazit bei *Whittington* ABACUS 44 (2008), 139 (165).

1378 Vgl. dazu etwa *Ballwieser*, IFRS-Rechnungslegung, S. 149 ff.

1379 Vgl. zum Kostenargument etwa: *Ekkenga* AG 2006, 389 (396 f.).

such unternommen wird, im Wege der Auswertung, Abrechnung und Wiedergabe einer vergangenen Periode zukunftsorientierte Informations- und Ausschüttungsinteressen zu befriedigen.

Jedenfalls der (Einzel-)Jahresabschluss ließe sich im Rahmen der Entscheidung über einen Anteilskauf bzw. -verkauf, selbst wenn man ihn modifizieren würde, fortwährend nur indiziell heranziehen, da er für sich genommen nur ein beschränktes Tatsachenwissen und kein unmittelbar entscheidungsbezogenes (zukunftsorientiertes) Wissen vermittelt. Das sich auf den Jahresabschluss beziehende Rechnungslegungsrecht bleibt mit anderen Worten, auch wenn es ergänzt wird, notwendigerweise defizitär. Darin liegt zugleich der Unterschied zum hier verfolgten Ansatz: Hier soll die aus der Vielschichtigkeit des multifunktional ausgerichteten Jahresabschlusses folgende Komplexität nicht mittels einer Veränderung des Bilanzrechts reduziert werden, sondern es wird versucht, sie im Rahmen der Auslegung aufzunehmen. 23

D. Kritik der Gläubigerschutzorientierung

Die nachfolgende Untersuchung kommt zu dem Ergebnis, dass aus rechtsökonomischer Sicht überzeugende Argumente dagegen sprechen, die bilanzrechtlichen Gewinnermittlungsprinzipien primär am Gedanken von „Vorsicht“ und „Gläubigerschutz“ ausgerichtet auszulegen. Unterfüttert wird diese These durch eine Rekonstruktion des hypothetischen Verhandlungsergebnisses der in die Finanzierungsbeziehungen des Unternehmens involvierten Akteure über den Inhalt des Bilanzrechts: Eine tendenziell an einer Primärausrichtung auf den Gläubigerschutz ausgerichtete Auslegung würde aller Wahrscheinlichkeit nach nicht das Ergebnis einer solchen Verhandlung bilden. 24

Um diese These näher zu begründen, wird nachfolgend dargestellt, welchen Gehalt das Bilanzrecht als ökonomische Institution hat (I.). Die im Rahmen dieser positiven Analyse erlangten Erkenntnisse werden sodann der normativen Untersuchung zugrunde gelegt. Hier steht die Frage im Mittelpunkt, inwiefern das Bilanzrecht zu einer „guten“ Corporate Governance beitragen kann und dadurch aus ökonomischer Sicht legitim ist. Dabei wird zunächst ein eng gefasster Ansatz verfolgt, im Zuge dessen unter Rückgriff auf eine konsensorientierte Legitimationstheorie für gesetzliche Regelungen eine hypothetische Einigung der an den Finanzierungsbeziehungen beteiligten Unternehmensakteure über die Auslegung der Bilanzierungsprinzipien modelliert wird (II.). Der sich daran anschließende, weiter gefasste Ansatz (III.) bezieht in die Überlegungen ein, dass das Rechnungslegungsrecht Teil einer größeren, auf die Finanzierungsbeziehungen ausgerichteten institutionellen Infrastruktur ist und zu dieser in einem Verhältnis der Wechselbezüglichkeit steht. 25

I. Instrumentelle Analyse des Bilanzrechts

1. Bilanzrecht als Governance-Strategie

- 26 Insofern das Bilanzrecht gewährleisten soll, dass den Akteuren des Unternehmens Wissen übertragen bzw. ihnen ein Informationsinstrument bereitgestellt wird, soll es dazu beitragen, systematische Informationsasymmetrien¹³⁸⁰ auszugleichen. Zudem soll es ein Kontrollinstrument zur Entstehung bringen, das hilft, Misstrauen im Angesicht möglicher Ausbeutungsversuche eines besser informierten Unternehmensakteurs zu überwinden.¹³⁸¹ Im Lichte dessen ist das Bilanzrecht unter den unternehmensrechtspolitischen Strategien, die Anreizprobleme in Prinzipal-Agenten-Beziehungen bekämpfen und Agency-Kosten senken sollen,¹³⁸² zunächst der Governance zuzuordnen.¹³⁸³ Das Bilanzrecht dient dabei den unterschiedlichen Informationsinteressen sowohl der Anteilseigner (a.) als auch der Fremdkapitalgeber (b.).

1380 Der Begriff Informationsasymmetrie meint, dass es Individuen, wenn sie relationale (zukunftsbezogene) Verträge abschließen an dem (unbegrenzten) Wissen fehlt, welches erforderlich wäre, um ihre komplexe Entscheidungssituation im Detail richtig zu erfassen und unvorhersehbare Entwicklungen der Austauschbeziehung zutreffend zu prognostizieren. Sie seien deshalb nicht in der Lage eine faire bzw. optimal-nutzenmaximierende Entscheidung zu treffen. Denn die Beschaffung „vollkommener“ Informationen wäre mit Kosten und Mühen verbunden. Aus diesem Grund werden die Vertragsschließenden einen Zustand der vollkommenen Information gar nicht erst anstreben, sondern bewusst Unsicherheiten und Risiken in Kauf nehmen, vgl. *Towfigh*, in: *Towfigh/Petersen*, *Ökonomische Methoden*, § 2 Rn. 78: „Eine vollständige Informationsbeschaffung wäre unter Umständen mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden, die wiederum mit dem zu erwartenden Nutzen abgewogen werden müssten.“; s. auch *Kirchner*, in: FS Beisse, 1997, S. 267 (270); v. *Werder*, in: *Hommelhoff/Hopt/v. Werder*, *Handbuch Corporate Governance*, S. 3 (6).

1381 Vgl. *Kirchner*, in: FS Beisse, 1997, S. 267 (271); s. auch *Lange*, *Bilanzrecht und Ökonomische Theorie*, S. 112.

1382 Die Prinzipal-Agent-Theorie versteht Vertragsbeziehungen im Unternehmen als spezifische relationale, also langfristige hierarchische (Geschäftsbesorgungs-) Verträge, bei denen das eine vertragsschließende Subjekt (der Agent) eine Leistung im Namen seines Vertragspartners (des Auftraggebers oder Prinzipals) ausführen soll. Anders gewendet ist also der Prinzipal auf ein Handeln des Agenten angewiesen ist, wobei dem Agenten – zur Erleichterung der Aufgabenerledigung – ein Entscheidungsspielraum eingeräumt wird. Um sicherzustellen, dass der Agent in einer solchen Beziehung nicht opportunistisch handelt, muss der Prinzipal ihn überwachen, was Kosten (Agency-Kosten) verursacht. Im Unternehmen fungieren als Prinzipale zunächst die Anteilseigner, zu denen die Unternehmensleitung als Agent in vertragliche Beziehungen tritt. Insofern ist auch vom „common agency problem“ die Rede, vgl. grundlegend *Jensen/Meckling*, *Journal of Financial Economics* 3 (1976), 305 ff.; zusammenfassend *Becht/Bolton/Röell*, in: *Handbook of the Economics of Finance*, S. 1 (13); *Armour/Hansmann/Kraakman*, in: *Anatomy of Corporate Law*, S. 29; *Richter/Furubotn*, *Neue Institutionenökonomik*, S. 41 f., 174, 203, 205; *Schmolke*, in: *Towfigh/Petersen*, *Ökonomische Methoden*, § 5 Rn. 259, 304; *Bainbridge*, *The New Corporate Governance*, S. 24.

1383 Vgl. allgemein zur Unterscheidung von Governance und Regulierung nur *Armour/Hansmann/Kraakman*, in: *Anatomy of Corporate Law*, S. 31. Gerade der Begriff der Regulierung wird daneben noch in verschiedenen anderen Kontexten verwendet, wo ihm ein anderweitiger Bedeutungsgehalt zukommt. Governance-Strategien zielen dabei darauf ab, dem Prinzipal die Kontrolle des Agentenverhaltens zu erleichtern. Im Mittelpunkt steht hier also nicht die Beschränkung des Agenten, sondern die Ermächtigung des Prinzipals, vgl. *Armour/Hansmann/Kraakman*, in: *Anatomy of Corporate Law*, S. 31: „principal-empowering“ und „agent-constraining“. Regulierung greift demgegenüber mit dem Ziel, den Handlungsspielraum der Agenten direkt zu beschränken, unmittelbar in die Substanz der Agency-Beziehungen ein. Es geht hier also um Regeln oder Standards, welche den Inhalt der Prinzi-

a. Informationsinteressen von Anteilseignern und Investoren

Das Informationsinteresse der Anteilseigner (einschließlich der Kapitalmarktanleger)¹³⁸⁴, dem das Bilanzrecht Rechnung tragen soll, ist, situationsabhängig unterschiedlich ausgestaltet. Mit Blick auf die Anteilseigner hat das Bilanzrecht aber zwei rechtsökonomische Primärziele: Die Unternehmen sollen zunächst zu einem Rechenwerk verpflichtet werden, welches entscheidungsnützliche (vergangenheits- und zukunftsbezogene) Informationen vermittelt.¹³⁸⁵ Aufgrund der Verknüpfung von Bilanz- und Gesellschaftsrecht muss daneben gewährleistet sein, dass diejenigen Informationen vermittelt werden, welche zur Gewinnermittlung und -verteilung erforderlich sind, also eine „Zahlungsbemessungsfunktion“ erfüllen. Zwar stünde es den (Gründungs-)Gesellschaftern frei, diese instrumentellen Rechnungslegungsfunktionen selbst dispositionsfest zu implementieren, gesetzliche Regelungen tragen aber dazu bei, die Transaktionskosten zu senken, weil sie es den Gründungsgesellschaftern erlauben, den Gesellschaftsvertrag insofern bewusst lückenhaft zu gestalten.¹³⁸⁶ Zugleich sorgt Bilanzrecht mit dafür, dass die Gesellschaftsvertragsverhandlungen scheitern und die Gesellschaft gar nicht erst gegründet wird, weil sich die Anteilseigner nicht auf eine Lösung einigen können.¹³⁸⁷

Insofern es darum geht, den Anteilseignern zu ermöglichen, ihre künftigen Gewinnerwartungen zu bemessen, weist die HGB-Rechnungslegung allerdings konzept-

pal-Agenten-Beziehung im Interesse der Gläubiger und Investoren des Unternehmens definieren, vgl. *Armour/Hansmann/Kraakman*, in: *Anatomy of Corporate Law*, S. 31 ff.

1384 Das Informationsinteresse der gegenwärtigen Anteilseigner unterscheidet sich insofern nicht grundsätzlich von demjenigen potenzieller Gesellschafter, welche einen Anteilerwerb prüfen, vgl. *Whittington*, *ABACUS* 44 (2008), 139 (158).

1385 *Pellens/Strzyz*, in: *Hommelhoff/Hopt/v. Werder*, *Handbuch Corporate Governance*, S. 533 (535).

1386 Verträge sind aufgrund von Informationsasymmetrien und weil vollständige Verträge schlichtweg zu lang und zu kompliziert wären, genau wie andere formale Regelungen wie Gesetze, unvermeidlich jedenfalls graduell unvollständig. Gerade bei relationalen Verträgen, wie Gesellschaftsverträgen, handelt es sich typischerweise um unvollständige Verträge. Denn zum einen müssen hier komplexe Probleme geregelt werden, deren Entwicklung die Gründungsgesellschafter nur teilweise vorhersehen können, weshalb die ex ante im Hinblick auf sie getroffenen Absprachen zwingend unzureichend sein werden. Es wäre besonders transaktions- und verhandlungskostenenträchtig würde man versuchen, diese Vorhersage zu verbessern, also den Vertrag zu vervollständigen. Zum anderen werden die Parteien davon ausgehen, dass sie sich die Kosten einer eindeutigen Regelung teilweise deshalb sparen können, weil die Umstände, auf welche diese Regelung reagieren würde, mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht eintreten werden. Schließlich kann ein Vertrag unvollständig sein, um ihn flexibel und anpassungsfähig zu halten. Hinzu tritt mit den Worten von *Milgrom/Roberts*, *Economics, Organizations and Management*, S. 168 noch folgende Überlegung: „[...] contracting is incomplete because there is no point to writing a contract specifying particular behavior when the desired actions cannot be observed and consequently the contract cannot be effectively enforced.“ Vgl. zum Ganzen etwa *Richter/Furubotn*, *Neue Institutionenökonomie*, S. 50, 179, 195; *Schmolke*, in: *Towfigh/Petersen*, *Ökonomische Methoden*, § 5 Rn. 313: „(Langzeit-) Verträge [weisen] gezwungenermaßen ganz erhebliche Lücken auf“; *Armour/Hansmann/Kraakman/Pargendler*, in: *Anatomy of Corporate Law*, S. 19 f.; *Schäfer/Ott*, *Ökonomische Analyse*, S. 768; *Kirchner*, in: *FS Beisse*, 1997, S. 267 (270); s. auch *Lange*, *Bilanzrecht und Ökonomische Theorie*, S. 15, 17, 104.

1387 Vgl. *Lange*, *Bilanzrecht und Ökonomische Theorie*, S. 114.

tionelle Defizite auf. Auch der Wert einer Kapitalbeteiligung kann anhand eines Jahresabschlusses mit klassischer Periodisierungsrechnung aufgrund seiner Vergangenheitsbezogenheit konzeptionsbedingt nur mangelhaft bestimmt werden. Denn der Anteilswert richtet sich grundsätzlich nach den künftig möglichen Entnahmen und Ausschüttungen.

- 29 Im Einzelnen lassen sich aber sechs Ebenen unterscheiden, auf denen das Bilanzrecht aus Anteilseignersicht zur Informationsvermittlung beitragen soll: auf Ebene der Kontrolle der Unternehmensleitung (aa.), bei der Bestimmung des dem Unternehmen entziehbaren Gewinns (bb.), im Hinblick auf den Fortbestand des Unternehmens (cc.), im Hinblick auf künftige Gewinnerwartungen (dd.) und hinsichtlich der Entscheidung, einen Kapitalanteil zu erwerben, zu halten oder zu veräußern (ee.).

aa. Überwachung und Kontrolle der Unternehmensleitung

- 30 Einen Informationsbedarf haben die Anteilseigner zunächst insofern sie die ihnen organisationsrechtlich (oder rein faktisch) zustehende unternehmensinterne Kompetenz zur Mitgestaltung und Überwachung der Unternehmensleitung wahrnehmen wollen.¹³⁸⁸ Dem trägt der auf den gesetzlichen Vorgaben beruhende Jahresabschluss Rechnung, indem mit ihm Rechenschaft über abgeschlossene Geschäfte der abgelaufenen Rechnungslegungsperiode und damit korrespondierende, in der Vergangenheit liegende Sachverhalte abgelegt wird.¹³⁸⁹ Zudem können die im Wege der Rechnungslegung ausgewiesenen Periodengewinne der Vergangenheit auch die Grundlage dafür bilden, bestimmte Kenngrößen zu formulieren, die später für einen Soll-Ist-Vergleich herangezogen werden können, der wiederum einen (mittelbaren) Eindruck von der Zweckmäßigkeit von Geschäftsführungsmaßnahmen bzw. den Leistungen oder Fehlleistungen der Geschäftsleiter vermittelt.¹³⁹⁰ Zumindest sofern Eigentum und Kontrolle bzw. Verfügungsgewalt im Unternehmen getrennt sind, hat die Rechnungslegung also den Zweck, die Überwachung des in der Vergangenheit liegenden Handelns der Unternehmensleitung zu gewährleisten und zu erleichtern.
- 31 Das Bilanzrecht schafft mit anderen Worten ein Überwachungs- und Durchsetzungssystem, welches die aus Informationsasymmetrien zwischen den Parteien resultierende Gefahr ex post-opportunistischen Verhaltens abschwächen und ent-

1388 Akte der Unternehmensleitung sind etwa die Feststellung des Jahresabschlusses, die Entscheidung über die Ergebnisverwendung und die Entlastung der Geschäftsleiter, vgl. *Armour/Hansmann/Kraakman/Pargendler*, in: *Anatomy of Corporate Law*, S. 13; *Siebler*, Internationalisierung der Rechnungslegung, S. 150, 154.

1389 *Benston/Bromwich/Litan/Wagenhofer*, in: dies., *Worldwide Financial Reporting*, S. 17; *Perry/Nölke* Rev. Int. Pol. Econ. 13 (2006), 559 (564); vgl. auch *Whittington* ABACUS 44 (2008), 139 (144).

1390 Vgl. *Armour/Hansmann/Kraakman*, in: *Anatomy of Corporate Law*, S. 38; s. auch *Siebler*, Internationalisierung der Rechnungslegung, S. 154.

sprechende, in den Unternehmensbeziehungen auftretende Konflikte abmildern soll.¹³⁹¹ Das Bilanzrecht gewährleistet damit eines der bei der Aufgabenverteilung im Prinzipal-Agenten-Verhältnis notwendigen Gegengewichte und trägt dazu bei, den Agency-Konflikt aufzulösen und die Agency-Kosten zu senken.¹³⁹² Diese Stewardship-Funktion des Rechts¹³⁹³ spielt primär für Großunternehmen mit einer Vielzahl von Anteilseignern (Publikumsgesellschaften¹³⁹⁴ mit Streubesitz) eine Rolle.¹³⁹⁵ Es wäre für die Anteilsinhaber insofern zu kostspielig, die Handlungen der Unternehmensleitung individuell im Detail zu überwachen bzw. sich eine genaue Kenntnis davon zu verschaffen, welche geschäftlichen Informationen vor ihnen verborgen werden.¹³⁹⁶ Sofern das Anteilseigentum verstreut ist, haben die einzelnen Anteilseigner zudem ein besonders geringes aktives Interesse an den Unternehmensbelangen (sie sind rational desinteressiert). Sie würden deshalb nur wenig eigene Ressourcen einsetzen, um die Geschäftsführung dazu anzuhalten, ihre Interessen zu wahren.¹³⁹⁷ Dies gilt auch, da dieser Aufwand vor allem ihren Miteigentümern zugutekommen würde (Streubesitzproblem).¹³⁹⁸

1391 Vgl. allgemein *Armour/Hansmann/Kraakman*, in: *Anatomy of Corporate Law*, S. 29.

1392 *Benston/Bromwich/Litan/Wagenhofer*, in: dies., *Worldwide Financial Reporting*, S. 17 (18, 20); *Whittington*, *ABACUS* 44 (2008), 139 (145); s. dazu auch *Siebler*, *Internationalisierung der Rechnungslegung*, S. 181.

1393 *Ballwieser*, in: *Leuz/Pfaff/Hopwood*, *The Economics and Politics of Accounting*, S. 58; *Benston/Bromwich/Litan/Wagenhofer*, in: dies., *Worldwide Financial Reporting*, S. 17 (18, 20); *Perry/Nölke*, *Rev. Int. Pol. Econ.* 13 (2006), 559 (564); *Whittington*, *ABACUS* 44 (2008), 139 (144).

1394 Vgl. *Armour/Hansmann/Kraakman/Pargendler*, in: *Anatomy of Corporate Law*, S. 10 f.

1395 Anteilseigentum in Streubesitz kann es zunächst geben, da das Vermögen einzelner Investoren in Relation zum Unternehmenseigenkapital klein ist. Größere Beteiligungen sind aber etwa auch schwieriger über den Sekundärmarkt wieder veräußerbar. Vor allem sind Streubesitzinhaberverhältnisse aber Ausdruck von Diversifikationsbestrebungen der Anleger. Die Anleger steuern nur jeweils einen kleinen Teil des benötigten Kapitals zum einzelnen Unternehmen bei bzw. wollen einen entsprechenden kleinen Anteil am Sekundärmarkt erwerben, weil davon auszugehen ist, dass sich ihr Verlustrisiko, d.h. das Risiko einer Anteilsveräußerung zu einem Preis, der unter demjenigen des Erwerbs liegt, dadurch minimieren lässt, dass breit, also in mehrere Unternehmen bzw. möglichst das gesamte Marktportfolio investiert wird, vgl. zum Ganzen nur *Becht/Bolton/Röell*, in: *Handbook of the Economics of Finance*, S. 1 (17).

1396 Die Neue Institutionenökonomie spricht insofern vom Bestehen eines „moralischen Risikos“ in Form von „verstecktem Handeln“ und „versteckter Information“ vgl. grundlegend *Arrow*, in: *Pratt/Zeckhauser*, *Principals and Agents*, S. 37 (38); *Richter/Furubotn*, *Neue Institutionenökonomie*, S. 174; vgl. auch *Cheffins*, 30 *J. Legal Stud.* (2001), 459 (461): „[I]n the ordinary course, investors are more concerned with the overall performance of the portfolio of shares they own than they are with developments affecting any one particular company.“

1397 Vgl. *Schäfer/Ott*, *Ökonomische Analyse*, S. 782.

1398 Vgl. *Schäfer/Ott*, *Ökonomische Analyse*, S. 782. Das Streubesitzproblem wird dadurch verstärkt, dass die einzelnen Anteilseigner unterschiedliche Interessen verfolgen und über differierende Informationen verfügen. Auch hat man es bei Großunternehmen mit einem Umfeld zu tun, bei dem sehr hohe Transaktions- bzw. Überwachungskosten im Raum stehen, vgl. *Bainbridge*, *The New Corporate Governance*, S. 31. Zudem fehlen „klassischen“ Kleinanlegern die notwendigen gesellschaftsrechtlichen Instrumente, um überhaupt Einfluss auf die Unternehmensleitung auszuüben. Im Hinblick auf Anteilseigner mit Minderheitsbeteiligung ist davon auszugehen, dass sie bei Unzufriedenheit mit der Geschäftsentwicklung und den Entscheidungen der Unternehmensführung ihre Meinung rational dadurch kundtun, dass sie ihre Kapitalbeteiligung aufgeben (also „Exit-Optionen“ nutzen). Deshalb sind Kleinanleger zum Schutz vor opportunistischem Verhalten vor allem darauf angewiesen, dass der Sekundärmarkt

- 32 Auf den Umstand, dass Unternehmen in Streubesitz, nicht überall existieren, sondern es sich vielmehr traditionell um ein den USA und Großbritannien vorbehaltenes Phänomen handelt, wird noch zurückzukommen sein (III.). Hinzu kommt, dass sich das Streubesitzproblem an modernen Kapitalmärkten in grundlegend veränderter Form stellt, da „klassische“ Einzelanleger (Retail Investors) hier in der Minderheit sind.¹³⁹⁹ Zudem wandelt sich das skizzierte Bild, je stärker Eigentum und Kontrolle im Unternehmen eine Einheit bilden. Für die geschäftsführenden Anteilseigner bildet die Rechnungslegung zwar sogar ein noch unmittelbareres Instrument der Entscheidungsfindung, grundsätzlich sinkt ihre informationelle Bedeutung bei einer Einheit von Eigentum und Kontrolle aber ab.¹⁴⁰⁰ Dies gilt insbesondere für (Personen-)Gesellschaften mit „Unternehmer-Eigentümern“, also Gesellschaften, bei denen die Anteilseigner unmittelbar an der Geschäftsführung beteiligt sind (Selbstorganschaft),¹⁴⁰¹ jedoch auch für Unternehmen mit einer konzentrierten Anteilseignerstruktur bzw. Anteilseignern mit umfangreichen Kapitalbeteiligungen (Blockholder¹⁴⁰²) (oder entsprechende Gesellschaftergruppen¹⁴⁰³).¹⁴⁰⁴
- 33 Denn Blockholder und ihnen vergleichbare Gesellschaftergruppen können sich Unternehmensinformationen regelmäßig eigenständig von der Unternehmensleitung beschaffen,¹⁴⁰⁵ da ihnen stehen umfangreichere, privilegierte Einblicksmöglichkeiten zur Verfügung stehen, als den Minderheitsgesellschaftern.¹⁴⁰⁶ Solche „internen“

für Unternehmensanteile offen und liquide bleibt, vgl. *Wymeersch*, in: Hommelhoff/Hopt/v. Werder, Handbuch Corporate Governance, S. 137 (151); *Böcking/Gros*, in: FS Hopt, 2010, S. 413 (415). Institutionelle Investoren haben, sofern ihre Anlagestrategie darauf ausgerichtet ist einen Index (etwa den Dax) abzubilden, diese Exit-Option nicht.

1399 Ihre Rolle wurde von institutionellen Anlegern (insbesondere Fonds) übernommen, welche als Intermediäre für investitionswillige Privatpersonen fungieren. Dies könnte zur Folge haben, dass die Unternehmensleitung börsennotierter Unternehmen heute stärker kontrolliert wird, da die institutionellen Investoren mehr Einfluss ausüben. Dies würde aber voraussetzen, dass diese Investoren nicht ihrerseits (rational) passiv agieren, da ihnen das Kapital Privater vor allem dann zufließt, wenn sie anbieten, es zu niedrigen (Verwaltungs-) Kosten zu mehrten, vgl. *Becht/Bolton/Röell*, in: Handbook of the Economics of Finance, S. 1 (17). Jedenfalls bleibt das Streubesitzproblem aber bestehen, sofern die institutionellen Investoren die Gesellschaftsrechte ihrer Anleger nicht selbst wahrnehmen, sondern sie in den Händen der investierenden Privaten belassen bzw. diesen rückübertragen (Voting Choice).

1400 *Benston/Bromwich/Litan/Wagenhofer*, in: dies., Worldwide Financial Reporting, S. 17 (20); vgl. allgemein: *Fama/Jensen* Journal of Law and Economics 26 (1983), 301 (307); *Richter/Furubotn*, Neue Institutionenökonomik, S. 178: „Praktisch ersetzt die Beschränkung der Risikotragung (Haftung) auf eine oder einige wenige Personen kostspielige Überwachungsverfahren, die andernfalls notwendig sind, um die Willkür von Entscheidungsbeauftragten in Schranken zu halten.“

1401 *Siebler*, Internationalisierung der Rechnungslegung, S. 112.

1402 Mehrheitsgesellschafter, Kontrollaktionäre, Großinvestoren, vgl. *Wymeersch*, in: Hommelhoff/Hopt/v. Werder, Handbuch Corporate Governance, S. 137 (151); *Böcking/Gros*, in: FS Hopt, 2010, S. 413 (415); vgl. auch *Armour/Hansmann/Kraakman/Pargendler*, in: Anatomy of Corporate Law, S. 30.

1403 *Armour/Hansmann/Kraakman/Pargendler*, in: Anatomy of Corporate Law, S. 30.

1404 Vgl. *Benston/Bromwich/Litan/Wagenhofer*, in: dies., Worldwide Financial Reporting, S. 17 (20); s. auch *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse, S. 785.

1405 *Fox*, in: Hopt/Kanda/Roe/Wymeersch/Prigge, Comparative Corporate Governance, 1998, S. 701 (706).

1406 Insbesondere können sie sich auf die im Unternehmen existierenden Kontrollgremien (speziell den Aufsichtsrat) stützen. Zudem sieht das Gesellschaftsrecht funktionsbezogene Sonderinformationsrechte

Einblicksmöglichkeiten erscheinen aus Anteilseignersicht unter anderem deshalb vorzugswürdig, da der Jahresabschluss bei Kapitalgesellschaften und ihnen gleichgestellten Personengesellschaften publiziert werden muss und damit allgemein verfügbar wird, wohingegen die internen Informationskanäle nicht von außen zugänglich sind und daher nicht von (potenziellen) Wettbewerbern genutzt werden können.¹⁴⁰⁷

Die gesetzlich vorgeschriebene Rechnungslegung behält aber auch in diesem Szenario einen Teil ihrer Bedeutung, weil selbst Großanleger sich nicht sicher sein können, dass ihr unternehmensinterner Einfluss tatsächlich ausreicht, um alle begehrten Informationen zu erhalten.¹⁴⁰⁸ Zudem entstehen economies of scale, wenn das Unternehmen alle Anteilseigner zugleich informiert und die Informationen nicht zu individualisieren braucht.¹⁴⁰⁹ Insbesondere kann es bei reiner Partialinformation aber dazu kommen, dass ein informationell privilegierter Anteilsinhaber aufgrund des Insiderhandelsverbots daran gehindert ist, sein erlangtes Wissen überhaupt einzusetzen.¹⁴¹⁰ Schließlich profitieren andere Anleger von einer individuellen Informationsweitergabe, sofern der Empfänger auf ihrer Basis handelt, im Zweifel so stark mit, dass es für den Empfänger effizienter sein kann, wenn die Informationen gleich allen Anlegern zugänglich gemacht wird (Trittbrettfahrerproblematik).¹⁴¹¹

Selbst wenn man diese Gesichtspunkte außer Acht ließe, wäre die Bedeutung der gesetzlich vorgeschriebenen Rechnungslegung bei einem Unternehmensträger, bei dem Eigentum und Kontrolle eine Einheit bilden, nur dann eindeutig gemindert, wenn er zugleich eine eindimensionale Gesellschafterstruktur aufweist. Demgegenüber behält sie ihre volle Bedeutung, sofern es mehrere Gesellschaftergruppen mit unterschiedlichen Beteiligungshöhen und damit Mehrheiten-Minderheiten-Konflik-

vor, vgl. nur § 131 AktG zum allgemeinen Auskunftsrecht der Aktionäre in der Hauptversammlung der AG; zum Ganzen: Böcking/Gros, in: FS Hopt, 2010, S. 413 (417); Benston/Bromwich/Litan/Wagenhofer, in: dies., Worldwide Financial Reporting, S. 17 (20).

1407 Böcking/Gros, in: FS Hopt, 2010, S. 413 (417).

1408 Fox, in: Hopt/Kanda/Roe/Wymeersch/Prigge, Comparative Corporate Governance, 1998, S. 701 (707).

1409 Vgl. dazu Benston/Bromwich/Litan/Wagenhofer, in: dies., Worldwide Financial Reporting, S. 17 (20); Fox, in: Hopt/Kanda/Roe/Wymeersch/Prigge, Comparative Corporate Governance, 1998, S. 701 (707).

1410 Fox, in: Hopt/Kanda/Roe/Wymeersch/Prigge, Comparative Corporate Governance, 1998, S. 701 (707).

1411 Fox, in: Hopt/Kanda/Roe/Wymeersch/Prigge, Comparative Corporate Governance, 1998, S. 701 (707).

te¹⁴¹² gibt.¹⁴¹³ Denn es ist davon auszugehen, dass ein Blockholder es darauf anlegen wird, die ihm im Vergleich zu anderen Gesellschaftern entstehenden zusätzlichen (Überwachungs-)Kosten dadurch zu refinanzieren, dass er die Geschicke der Unternehmung, den Informationsfluss und den zu verteilenden Gewinn zu seinen Gunsten beeinflusst.¹⁴¹⁴ Sofern ein Unternehmen durch einen Blockholder dominiert wird, besteht also die Gefahr seiner unangemessenen Privilegierung.¹⁴¹⁵ Eine solche Bevorzugung ist für das Unternehmen kostenträchtig und mindert schlussendlich die Gewinnrechte der außenstehenden (Minderheits-)Gesellschafter.

- 36 In der Folge verteuert sich für das Unternehmen die Kapitalaufnahme über den Kapitalmarkt. Sie kann sogar ganz unmöglich werden, sofern potenzielle Investoren annehmen müssen, dass der Blockholder Unternehmenserträge abgreift, da der Markt dann einen Abschlag auf den Preis neu vom Unternehmen ausgegebener Wertpapiere vornehmen wird.¹⁴¹⁶ Im Lichte dessen ist davon auszugehen, dass sich bei Gesellschaften mit Mehrheits- und Minderheitsgesellschaftern etwaige, vom Gesetz gelassene Spielräume bei der Rechnungslegung zugunsten derjenigen Gesellschafter auswirken würden, welche diese Spielräume zu ihren eigenen Gunsten ausnutzen können, da weniger unternehmensschädliche Gewinnverlagerungen auf Einzelne oder auf Anteilseignergruppen aufgedeckt würden.¹⁴¹⁷
- 37 Regelmäßig käme ein (Teil-)Verzicht auf gesetzliche Rechnungslegungsvorgaben also den Mehrheitsgesellschaftern entgegen, und würde zulasten der Minderheitsgesellschafter wirken.¹⁴¹⁸

1412 Selbstverständlich sind diese Konflikte nicht nur in kapitalmarktorientierten Aktiengesellschaften, sondern auch bei personalistisch strukturierten Gesellschaften anzutreffen. Das Schutzbedürfnis außenstehender „passiver“ Gesellschafter ist etwa in der GmbH sogar besonders groß, da die Geschäftsführung sich zwar auch am Gesellschaftsinteresse orientieren muss, – anders als der AG-Vorstand – jedoch einem weitgehenden Einfluss der Gesellschafter unterliegt, der sich insbesondere in einer Weisungsunterworfenheit (vgl. §§ 37 Abs. 1, 46 Nr. 6 GmbHG) ausdrückt, vgl. *Kirchner*, in: FS Beisse, 1997, S. 267 (278); *Böcking/Gros*, in: FS Hopt, 2010, S. 413 (417); *Merkt ZfB-Special* 2012, 5 (9). Bei der GmbH resultiert, wie *Merkt ZfB-Special* 2012, 5 (9) es ausdrückt, ein eigenes „konzeptionelle[s] Überwachungsproblem“ daraus, dass es neben aktiven Gesellschaftergeschäftsführern passive Gesellschafter gibt, die nicht in der Lage sind, direkten Einfluss auf die wirtschaftlichen Entscheidungen der Gesellschaft zu nehmen, da sie nicht an der Geschäftsführung beteiligt sind, wobei ihre Lage vor allem dann besonders prekär ist, wenn sie nur eine Minderheit der Gesellschaftsanteile halten.

1413 .

1414 Vgl. nur *Armour/Hansmann/Kraakman/Pargendler*, in: *Anatomy of Corporate Law*, S. 30; *Schäfer/Ott*, *Ökonomische Analyse*, S. 784; vgl. auch *Lange*, *Bilanzrecht und Ökonomische Theorie*, S. 114. Allgemein werden Unternehmensakteure (auch ein einflussreiches Management), die hierzu in der Lage sind, auch als Insider bezeichnet, vgl. nur *Cheffins*, 30 J. Legal Stud. (2001), 459 (463).

1415 So kann der Blockholder zum Beispiel darauf hinwirken, dass Leistungen, welche er gegenüber dem Unternehmen erbringt, überhöht vergütet werden, das Unternehmen also etwa für ein Gesellschafterdarlehen zu hohe Zinsen zahlt. Die Rede ist insofern auch vom „Tunneling“ zugunsten von Großgesellschaftern oder der „Konzerngefahr“, vgl. dazu nur *Schäfer/Ott*, *Ökonomische Analyse*, S. 783, 785.

1416 *Armour/Hansmann/Kraakman*, in: *Anatomy of Corporate Law*, S. 31.

1417 *Kirchner*, in: FS Beisse, 1997, S. 267 (277); s. auch *Lange*, *Bilanzrecht und Ökonomische Theorie*, S. 20.

1418 Allerdings werden auch (Minderheits-)Gesellschaftern gesetzlich oder gesellschaftsvertraglich teilweise spezifischere Instrumente, welche ihnen erlauben, an Unternehmensinformationen zu gelangen, zuge-

bb. Dem Unternehmen maximal entziehbare Mittel

Insofern das Unternehmen für sie eine Einnahmequelle darstellt, wollen die Anteilseigner anhand des Jahresabschlusses weiterhin den bisherigen wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens ermessen können, um den dem Unternehmen nach Abschluss einer Periode maximal entziehbaren Gewinn zu kennen bzw. festzulegen, welche Mittel zwingend im Unternehmen verbleiben müssen.¹⁴¹⁹ Zahlungs- und Informationsinteresse bilden dabei zwei Seiten derselben Medaille. Die Anteilseigner müssen aber noch aus einem weiteren Grund ein zentrales Interesse daran haben, den maximal entziehbaren Gewinn zu bestimmen: Aus ökonomischer Sicht muss möglichst verhindert werden, dass es im Unternehmen „freie“ Zahlungsströme (cash flow) gibt, da sie Begehrlichkeiten aufseiten der Unternehmensleitung wecken. Es ist davon auszugehen, dass die Unternehmensleitung ungebundene Mittel zweckwidrig und in einer die Gewinnaneignungsrechte der Anteilseigner entwertenden Weise verwenden würde.¹⁴²⁰ Ein solches (opportunistisches) Verhalten kann sich in überhöhten Gehältern und einem unzureichenden Arbeitseinsatz ausdrücken.¹⁴²¹ Es kann sich auch darin niederschlagen, dass mit Mitteln des Unternehmens „repräsentative“ kulturelle und soziale Aktivitäten finanziert werden, welche das persönliche Ansehen der Unternehmensleitung steigern sollen, nicht zwingend aber auch das Ansehen des Unternehmens.¹⁴²²

Noch hinzu kommt, dass freie Zahlungsströme tendenziell dann am effizientesten verwendet werden, wenn sie an die Anteilseigner fließen, da sie so für eine anderweitige Investition zur Verfügung stehen. Schließlich kann ein Mangel an Informationen über den wirtschaftlichen Erfolg der Unternehmung nicht nur durch die Unternehmensleitung ausgenutzt werden, sondern auch dazu beitragen, dass Mittel zweckwidrig einzelnen Anteilseignern bzw. Anteilseignergruppen zufließen.¹⁴²³ Sofern mithilfe des Jahresabschlusses das aus freien Zahlungsströmen resultierende

standen (Einblicksrechte etc.). Zudem hält das Gesellschaftsrecht auch weitergehende Instrumente zum Schutz von Gesellschafterminderheiten vor einer Übervorteilung durch die Mehrheit bereit (etwa die Treuepflicht). Bei (Personen-)Gesellschaften mit einem kleinen Gesellschafterkreis, ist davon auszugehen, dass die Anteilseigner auch hinreichend dazu motiviert sind, von diesen weiteren Rechten Gebrauch zu machen, wobei dies jedoch regelmäßig wiederum nur dann möglich ist, wenn sie entscheidungsnützliche Informationen erhalten. Eine besondere Bedeutung kommt der Information dabei insbesondere dann zu, wenn den Gesellschaftern eine Exit-Option fehlt.

1419 Da sich der Anspruch auf die Gewinnausschüttung aus dem Gesellschaftsvertrag ergibt, ist insofern auch von der „contracting function of accounting“ die Rede, vgl. dazu nur Ballwieser, in: Leuz/Pfaff/Hopwood, *The Economics and Politics of Accounting*, S. 58; Benston/Bromwich/Litan/Wagenhofer, in: dies., *Worldwide Financial Reporting*, S. 17 (17 f., 20); Kirchner, in: FS Beisse, 1997, S. 267 (278, 282).

1420 v. Werder, in: Hommelhoff/Hopt/v. Werder, *Handbuch Corporate Governance*, S. 3 (7); s. auch Schäfer/Ott, *Ökonomische Analyse*, S. 782.

1421 Shleifer/Vishny, *Journal of Finance* 52 (1997), 737 (743) schreiben: „Managerial opportunism, whether in the form of expropriation of investors or of misallocation of company funds, reduces the amount of resources that investors are willing to put ex ante to finance the firm“.

1422 Vgl. Schäfer/Ott, *Ökonomische Analyse*, S. 782.

1423 Vgl. auch Lange, *Bilanzrecht und Ökonomische Theorie*, S. 20.

Potenzial für Gewinnverlagerungen aufgedeckt wird, spielt dies mithin für die Kontrolle verschiedener Anteilseignergruppen untereinander eine Rolle.

cc. Fortbestand des Unternehmens

- 40 Da ihnen die Residualansprüche auf die Vermögenswerte des Unternehmens zustehen, geht es den Eigenkapitalgebern ergänzend darum, abzusehen, ob die künftige Existenz des Unternehmens und damit der Erhalt ihrer Einkommensquelle gesichert ist. Dafür brauchen sie Informationen über die Zahlungsfähigkeit bzw. Liquidität des Unternehmens, also seine (gegenwärtige wie künftige) Fähigkeit, Zahlungsverpflichtungen nachzukommen.¹⁴²⁴

dd. Künftige Gewinnerwartungen

- 41 Die Anteilseigner haben weiterhin nicht nur ein Interesse daran, den bereits erwirtschafteten Gewinn zu erfahren (bb.), sondern wollen auch über die Fähigkeiten des Unternehmens, künftig Gewinne zu erwirtschaften (seine „Ertragskraft“), informiert werden.¹⁴²⁵ Da die Ertragskraft beispielsweise davon abhängt, wie sich die Absatzmärkte des Unternehmens entwickeln, welche Möglichkeiten der Kapitalbeschaffung es hat oder wie kompetent die Geschäftsführung ist, erstreckt sich das Informationsinteresse zugleich auf diese Merkmale. All diesen Merkmalen ist gemein, dass sie in der Rechnungslegung eine untergeordnete Rolle spielen.¹⁴²⁶ Der buchhalterisch ermittelte Gewinn, wie er sich aus dem Jahresabschluss ergibt, kann jedoch als Indikator für die künftig erwartbaren Unternehmensausschüttungen fungieren, indem der Gewinnausweis in der Bilanz (überprüfbar) signalisiert, dass jedenfalls in der Vergangenheit erfolgreich gearbeitet wurde. Die Bilanz liefert mit anderen Worten Informationen über das frühere Verhalten der Unternehmensleitung, welche in eine (subjektive) Schätzung zukünftiger Zahlungsströme einfließen können.¹⁴²⁷

ee. Entscheidungsnützliche Informationen

- 42 Schließlich möchten die Anteilseigner informativ dazu in die Lage versetzt werden, den Wert ihrer Unternehmensbeteiligung zu ermitteln, um entscheiden zu können,

1424 *Leffson*, Bilanzanalyse, Rn. 43 ff.; *Siebler*, Internationalisierung der Rechnungslegung, S. 152.

1425 *Neus*, Betriebswirtschaftslehre aus institutionenökonomischer Sicht, S. 432; *Perry/Nölke*, Rev. Int. Pol. Econ. 13 (2006), 559 (564) zum Zusammenhang zwischen derartigen Informationen und effizienten Kapitalmärkten; vgl. auch *Siebler*, Internationalisierung der Rechnungslegung, S. 152.

1426 Vgl. *Siebler*, Internationalisierung der Rechnungslegung, S. 151 f.

1427 Dies bedeutet allerdings nicht, dass der handelsrechtliche Jahresabschluss das effizienteste bzw. kostengünstigste Mittel einer Informationsvermittlung über künftige Zahlungen, und damit mittelbar den Anteilswert, wäre, vgl. dazu *Whittington*, ABACUS 44 (2008), 139 (144, 158 f.); s. auch *Lange*, Bilanzrecht und Ökonomische Theorie, S. 83, 115.

ob sie ihre Beteiligung aufrechterhalten, erweitern oder beenden. Spiegelbildlich dazu bedürfen außenstehende Dritte Informationen für den möglichen Anteilserwerb.¹⁴²⁸ Insofern geht es also darum, entscheidungsnützliche Informationen zu erlangen.¹⁴²⁹ Wie entscheidungsnützlich eine Information ist, wird landläufig daran bemessen, inwiefern sie eine näherungsweise Abbildung des Marktwertes bzw. -preises des Eigenkapitals ermöglicht.¹⁴³⁰ Bei unterstellter Fortführung des Unternehmens ist der Wert des Eigenkapitalanteils dabei weitgehend von den Zahlungen, die in Zukunft aus dem Unternehmen zu erwarten sind, und der Sicherheit, mit der sie erfolgen werden, abhängig, also den zu erwartenden Ausschüttungen bzw. Entnahmemöglichkeiten.¹⁴³¹ Auch insofern kommt es deshalb mittelbar auf die Fähigkeit des Unternehmens, künftig Zahlungsüberschüsse bzw. Gewinne zu generieren, an. Zudem sollen deren Höhe, Eintrittszeitpunkt und -wahrscheinlichkeit abgeschätzt werden.¹⁴³²

Wie angesprochen (dd.), kann dem Jahresabschluss insofern konzeptionsbedingt 43 (allenfalls) eine Indikatorfunktion zukommen: Ein (hoher) Gewinnausweis im Jahresabschluss kann als Signal dienen, wenn es darum geht, die Güte einer Investition bzw. Investitionsmöglichkeit einzuschätzen. Dahinter steht die Überlegung, dass ein eigentlich ertragsschwaches Unternehmen, welches seine Ertragsstärke nur vorspiegelt, Gefahr laufen würde, sich die damit verbundenen Liquiditätsabflüsse in Form von Gewinnausschüttungen und Steuerzahlungen nicht leisten zu können, weshalb es dieses Verhalten unterlassen wird.¹⁴³³ Wie „entscheidungsnützlich“ dieses Signal tatsächlich ist, ist unklar¹⁴³⁴ und zusätzlich davon abhängig, welche Möglichkeiten

1428 Bei Böcking/Gros, in: FS Hopt, 2010, S. 413 (414) ist von der Fähigkeit, eine Investitions- oder Desinvestitionsentscheidung treffen zu können, die Rede. Gerum/Möller/Shen Zfbf 63 (2011), 534 (539) sprechen insofern von der Basis für „zukunftsbezogene Halte-, Zukauf- und Verkaufsentscheidungen“. Für potenzielle Anteilserwerber über den Sekundärmarkt sind gesetzliche Rechnungslegungsvorgaben demgemäß nützlich, sofern sie einen Vergleich verschiedener Investitionsmöglichkeiten erleichtern und dadurch dazu beitragen, die Transaktionskosten zu senken. Dem Bilanzrecht kommt hier damit eine Doppelfunktion zu: Er soll auch als eine Art Schmiermittel für den Markt der Unternehmenskontrolle fungieren bzw. die Kapitalmarkteffizienz steigern, vgl. Böcking/Gros, in: FS Hopt, 2010, S. 413 (415).

1429 Ballwieser, in: Leuz/Pfaff/Hopwood, *The Economics and Politics of Accounting*, S. 58 (72); Böcking/Gros, in: FS Hopt, 2010, S. 413 (414).

1430 Dies gilt gerade beim Anteilserwerb am Kapitalesekundärmarkt, wo Kaufentscheidungen primär von einer Einschätzung der Marktpreisentwicklung abhängen, vgl. Gerum/Möller/Shen Zfbf 63 (2011), 534 (539); vgl. auch Armour/Hansmann/Kraakman, in: *Anatomy of Corporate Law*, S. 38.

1431 Dies kommt etwa in der Anwendung der so genannten Kapitalwertmethode zur Wertbestimmung zum Ausdruck, vgl. nur Siebler, *Internationalisierung der Rechnungslegung*, S. 151.

1432 Benston/Bromwich/Litan/Wagenhofer, in: dies., *Worldwide Financial Reporting*, S. 17 (18).

1433 Vgl. nur Lange, *Bilanzrecht und Ökonomische Theorie*, S. 117.

1434 Viele ökonomische Literaturstimmen halten es für unklar, inwiefern die Rechnungslegung tatsächlich „entscheidungsnützlich“ sein kann, vgl. etwa Ballwieser, in: Leuz/Pfaff/Hopwood, *The Economics and Politics of Accounting*, S. 58 (59, 72); Fox, in: Hopt/Kanda/Roe/Wymeersch/Prigge, *Comparative Corporate Governance*, 1998, S. 701 (705); Kirchner, in: FS Beisse, 1997, S. 267 (282); Whittington ABACUS 44 (2008), 139 (165); vgl. dazu auch Laux/Leuz AOS 34 (2009), 826 (828); Perry/Nölke Rev. Int. Pol. Econ. 13 (2006), 559 (564); optimistischer: Benston/Bromwich/Litan/Wagenhofer, in: dies., *Worldwide Financial Reporting*, S. 17 (18). Den Ausführungen von Coarse lässt sich entnehmen, dass Unternehmen

dem Signalempfänger konkret offenstehen. So möchte ein Gesellschafter, sofern es ihm freisteht, seinen Anteil über den Kapitalmarkt zu veräußern, nicht unmittelbar dessen Wert kennen, sondern primär den Preis, zu dem er gehandelt wird. Er braucht deshalb ergänzende Informationen, um auszuschließen, einen zu niedrigen Preis zu erzielen, den mit Blick auf die Marktpreise richtigen Zeitpunkt für eine Desinvestitionsentscheidung zu verpassen bzw. – äußerstenfalls – das eingesetzte Kapital (teilweise) zu verlieren.

- 44 Der Jahresabschluss vermag die Kapitalmarktteilnehmer zwar (in gewissen Grenzen) vor einer Übervorteilung durch das Unternehmen zu schützen und erleichtert die Auswahl zwischen verschiedenen Investitionsmöglichkeiten, vor der Gefahr, am Sekundärmarkt einen „falschen“ Preis für eine Unternehmensbeteiligung zu bezahlen, bietet er aber keinen Schutz.¹⁴³⁵ Außerhalb börsennotierter Aktiengesellschaften wird bei einer Anteilsveräußerung durch den Rückgriff auf sog. Buchwertklauseln hingegen regelmäßig ein weit unmittelbarer Bezug zur Bilanz hergestellt. Der nicht im Voraus quantifizierte Kaufpreis oder Abfindungsanspruch wird danach entweder direkt unter Rückgriff auf die Rechnungslegung des Unternehmens bestimmt oder diese dient jedenfalls als Ausgangspunkt für die Anspruchsermittlung.

b. Informationsinteresse der Fremdkapitalgeber

- 45 Die neben den Anteilseignern in die Untersuchung einzubeziehende Gruppe der Unternehmensgläubiger ist nicht homogen.¹⁴³⁶ Die Arbeit konzentriert sich auf die Fremdkapitalgeber bzw. – noch spezifischer – die Kreditgeber/Banken, also die Finanzierungsbeziehungen des Unternehmens.¹⁴³⁷ Situationen, in denen Unternehmen

vor allem deshalb entstehen, da sie Produktionsfaktoren mit der Produktion und Veräußerung von Gütern kombinieren können. Ihre Gründung beruht also darauf, dass sie die Transaktionskosten gegenüber einer Welt, in der Transaktionen allein über den Markt erfolgen, senkt. Demnach würde sich der Wert eines Unternehmens vor allem an seiner Fähigkeit zur Transaktionskostensenkung bemessen. Dann ist aber von vornherein fraglich, ob der Unternehmenswert tatsächlich in den Marktpreisen seiner Anteile zum Ausdruck kommen kann, vgl. dazu *Ballwieser*, in: *Leuz/Pfaff/Hopwood*, *The Economics and Politics of Accounting*, S. 58 (65 f.). Auch die empirische Jahresabschlussforschung hat es bislang – soweit ersichtlich – nicht vermocht die Entscheidungsnützlichkeit einer Information danach zu bestimmen, wie Kapitalmärkte auf sie reagieren, vgl. zusammenfassend *Ballwieser*, in: *Leuz/Pfaff/Hopwood*, *The Economics and Politics of Accounting*, S. 58 (60, sowie 68 ff. zu einzelnen Studien): „There have been tests of the predictive ability of financial reporting, event studies, tests of value relevance, and others. [...] the results are disappointing“.

1435 Zum Schutz vor „unfairen“ Preisen sollten die Anleger vielmehr, so die allgemein geteilte Überzeugung, ihr Portfolio diversifizieren. *Kirchner*, in: *FS Beisse*, 1997, S. 267 (282) spricht sogar davon, dass der Informationswert der Bilanz für den Anteilserwerb am Kapitalmarkt äußerst gering sei; vgl. auch *Fox*, in: *Hopt/Kanda/Roe/Wymeersch/Prigge*, *Comparative Corporate Governance*, 1998, S. 701 (705).

1436 Vgl. *Armour/Hansmann/Kraakman/Pargendler*, in: *Anatomy of Corporate Law*, S. 30.

1437 Dabei spielt hinein, dass die Bedeutung der Anleihemärkte (auch in Europa und Deutschland) stetig steigt. Unternehmensanleihen werden in der Regel von einem Konsortium aus Banken gezeichnet und anschließend unmittelbar oder über andere Banken bei institutionellen und privaten Anlegern platziert. Sie werden als Fremdkapital für die Unternehmensfinanzierung abseits der noch immer

zulasten Dritter handeln, mit denen sie nicht in einer (juristisch-)vertraglichen Beziehung stehen, bleiben hingegen gänzlich außer Acht.¹⁴³⁸ Fremdkapitalgeber laufen andauernd Gefahr, dass die Unternehmung bei einem schlechten Wirtschaften jedenfalls auf Dauer nicht mehr in der Lage ist, ihre Forderungen zu bedienen. Um schlechtes Wirtschaften zu verhindern, ist ihnen deshalb an einer möglichst weitgehenden Kontrolle der Unternehmensleitung gelegen. Sie benötigen eine Momentaufnahme, welche ihnen darüber Auskunft gibt, „ob es für das Vermögen des Unternehmens eine zuverlässige Untergrenze gibt, die höher liegt als der Nominalwert aller Verpflichtungen.“¹⁴³⁹

Da auch die anderen Unternehmensakteure in aller Regel Wert darauf legen, dass die Unternehmensleitung gut wirtschaftet, ist davon auszugehen, dass durch schlechte Unternehmensführung ausgelöste Zahlungsausfälle Extrem- oder Ausnahmefälle darstellen. Die für die Fremdkapitalgeber bestehende Hauptgefahr ist deshalb, dass das Unternehmen durch übermäßige Zahlungen an andere Unternehmensakteure ihre vertraglichen Ansprüche gefährdet.¹⁴⁴⁰ Dabei geht es um Fälle, in welchen die Unternehmensleitung die Anteilseigner mittels übermäßiger Entnahmemöglichkeiten oder Gewinnausschüttungen bevorzugt. Zumeist erfolgt die Bevorzugung aber subtiler. So kann die Vermögensausstattung des Unternehmens, nachdem Fremdkapital aufgenommen wurde, geschmälert werden, indem Vermögenswerte an die Anteilseigner übertragen werden.¹⁴⁴¹

Zudem kann das Risiko neuer Projekte des Unternehmens mit positivem Kapitalwert (Net Present Value) zwischen Anteilseignern und Gläubigern ungleich verteilt werden. Denn wenn ein neues Projekt mit Fremdkapital finanziert wird, haben die Anteilseigner einen Anreiz, darauf hinzuwirken, dass dieses Projekt möglichst risikoreich ist, da riskantere Investitionen zwingend höhere Renditen bieten müssen. Hieraus resultierende Gewinnsteigerungen kommen allein dem Unternehmen und seinen Anteilseignern (in Form erhöhter Ausschüttungen) zugute, wohingegen die Gläubiger (die eigentlichen Finanziers) grundsätzlich nicht an ihnen partizipieren. Ein risikoreiches Agieren des Unternehmens steigert aus ihrer Sicht vielmehr allein

klar dominierenden Eigenfinanzierung wichtiger, wohingegen weniger neues Eigenkapital aufgenommen wird bzw. die Eigenkapitalprimärmärkte sogar stagnieren, vgl. nur *Armour/Awrey/Davies/Enriques/Gordon/Mayer/Payne*, in: PFR, S. 43.

1438 Die unbeachtet gelassenen Beziehungen werden oftmals als „externalities“ erachtet, vgl. *Armour/Hansmann/Kraakman*, in: *Anatomy of Corporate Law*, S. 30.

1439 *Neus*, Betriebswirtschaftslehre aus institutionenökonomischer Sicht, S. 430.

1440 Vgl. nur *Armour/Hansmann/Kraakman*, in: *Anatomy of Corporate Law*, S. 30; *Rock*, U. Penn. L. Review 161 (2013), 1907 (1927); s. auch *Siebler*, Internationalisierung der Rechnungslegung, S. 160.

1441 In der englischsprachigen Literatur wird dieses Vorgehen als „Siphoning“ oder „Asset Dilution“ umschrieben, vgl. nur *Bainbridge/Henderson*, Limited Liability, S. 287; *Rock*, U. Penn. L. Review 161 (2013), 1907 (1927).

die Gefahr, dass es zu einem Zahlungsausfall kommt.¹⁴⁴² Schließlich können Fremdkapitalgeber auch direkter gefährdet werden, etwa indem neue Verbindlichkeiten eingegangen werden, bei denen man den Gläubigern verspricht, sie bevorzugt zu befriedigen,¹⁴⁴³ oder indem es das Unternehmen unterlässt, neue Projekte auch durch neues Eigenkapital zu unterfüttern¹⁴⁴⁴. Gerade in Zeiten niedriger Verzinsung war es für Unternehmen verlockend, das Eigenkapital durch großflächige Aktienrückkaufprogramme (Buybacks) sogar zu reduzieren und stattdessen langfristige Darlehen, also Fremdkapital, aufzunehmen.¹⁴⁴⁵

- 48 Im Lichte all dessen steht im Mittelpunkt des Informationsinteresses der Fremdkapitalgeber die Fähigkeit des Unternehmens zur fortgesetzten Schuldendeckung. Sie trachten danach zu wissen, ob das Unternehmen in der Lage sein wird, ihre Ansprüche zu befriedigen. Dementsprechend dient der gesetzliche Jahresabschluss den Fremdkapitalgebern dazu, das gegenwärtige Schuldendeckungspotenzial des Unternehmens zu kontrollieren.¹⁴⁴⁶ Vor allem möchten die Gläubiger aber ermitteln können, inwiefern die Unternehmensverbindlichkeiten auch zukünftig fristgerecht bedient werden.¹⁴⁴⁷ Diese Aufgabe kann der Jahresabschluss, da er allein eingeschränkte Rückschlüsse auf die künftige Liquidität ermöglicht, jedoch wiederum konzeptionell bedingt nur in begrenztem Umfang wahrnehmen (vgl. bereits § 24 D. I. 1. a. dd.).¹⁴⁴⁸ Hinzu tritt, dass die Bilanz das Potenzial des Unternehmens zur Bedienung seiner Verbindlichkeiten allein unter der Prämisse der künftigen Unternehmensfortführung widerspiegelt, wohingegen das Schuldendeckungspotenzial zum Zeitpunkt einer (hypothetischen) Insolvenz oder Liquidation kaum vorhersehbar ist.¹⁴⁴⁹ Zumindest bildet der im Jahresabschluss ausgewiesene erwirtschaftete Gewinn der abgelaufenen Rechnungslegungsperiode aber eine Art Hilfsgröße im Hinblick auf die (zukünftige) Liquidität als eigentliche Zielgröße, da ein Unternehmen seine Zahlungsverpflichtungen tendenziell umso leichter erfüllen können wird, je höhere Gewinne es erwirtschaftet.¹⁴⁵⁰

1442 Vgl. zum Ganzen *Milgrom/Roberts*, *Economics, Organizations and Management*, S. 173; *Rock*, U. Penn. L. Review 161 (2013), 1907 (1927): „asset substitution“.

1443 *Rock*, U. Penn. L. Review 161 (2013), 1907 (1927): „debt dilution“.

1444 *Rock*, U. Penn. L. Review 161 (2013), 1907 (1927): „debt overhang“. Im Hintergrund steht dabei zumeist, dass die gegenwärtigen Anteilseigner ihre Anteile nicht durch die Aufnahme neuen Eigenkapitals „verwässern“ wollen.

1445 Vgl. zu entsprechenden empirischen Befunden für den US-amerikanischen Markt: *Roe*, ECGI 426/2018 (75).

1446 *Kirchner*, in: FS Beisse, 1997, S. 267 (279).

1447 *Benston/Bromwich/Litan/Wagenhofer*, in: dies., *Worldwide Financial Reporting*, S. 17 (18); vgl. auch *Siebler*, *Internationalisierung der Rechnungslegung*, S. 158.

1448 *Siebler*, *Internationalisierung der Rechnungslegung*, S. 158; *Kirchner*, in: FS Beisse, 1997, S. 267 (279).

1449 *Kahle*, *Internationale Rechnungslegung*, S. 126; *Siebler*, *Internationalisierung der Rechnungslegung*, S. 159.

1450 Noch weitaus unmittelbarer ist das Gläubigerinteresse am erwirtschafteten Gewinn, sofern die Pflicht zur Bedienung von Verbindlichkeiten daran ausgerichtet ist, wie es etwa beim partiarischen Darlehen oder bei der besonderen Gläubigergruppe der gewinnabhängig vergüteten Arbeitnehmer der Fall ist,

Schutzbedürftig sind Fremdkapitalgeber primär in Kapitalgesellschaften, bei denen sich die Haftungsmasse auf das Gesellschaftsvermögen reduziert (§ 13 Abs. 2 GmbHG, § 1 Abs. 1 Satz 2 AktG), da infolge der beschränkten Gesellschafterhaftung mehr Anreize für ein opportunistisches Verhalten zu ihren Lasten bestehen. Dementsprechend sinkt ihr durch das Bilanzrecht zu befriedigendes Schutzbedürfnis, insofern ihnen eine Möglichkeit zusteht, die Gesellschafter auch persönlich in Anspruch zu nehmen. Im Gesetz kommt dieser Gedanke darin zum Ausdruck, dass Einzelkaufleute und Personengesellschaften mit zumindest einem persönlich haftenden Gesellschafter keinen Publizitäts- und Prüfungspflichten unterliegen. Allerdings fungiert eine persönliche Gesellschafterhaftung für die Fremdkapitalgeber nur solange und insoweit als zusätzliche Sicherheit, wie die persönlichen Schuldner ihre potenzielle Haftungsmasse nicht bewusst schmälern, indem sie in ihre individuellen Vermögenssphären verlagertes Kapital nichtinvestiv verwenden, also etwa für Schenkungen an ihre Angehörigen oder Konsum.¹⁴⁵¹

2. Bilanzrecht als Regulierungs-Strategie

a. Ausschüttungsbemessungsfunktion für die Anteilseigner

Neben seiner Governance-Funktion greift das Bilanzrecht, insofern es mit dem Gesellschaftsrecht verknüpft ist, in die Struktur des Gesellschaftsvertrags ein. Aus Anteilseignersicht besteht die Regulierungsfunktion des Bilanzrechts insofern darin, die bilanziellen „Modalitäten der Gewinnermittlung“ zu regeln bzw. Entnahme- und Ausschüttungsansprüche (auch der Höhe nach) zu konkretisieren.¹⁴⁵² Insofern trägt das Bilanzrecht dazu bei, Verteilungskonflikte zwischen den Anteilseignern abzumildern: Indem das Gesetz vorgibt, wie der „entziehbare“ Gewinn zu ermitteln ist, entfällt für die Anteilseigner einerseits die Notwendigkeit, sich diesbezüglich auf eigene Regeln zu verständigen, andererseits wird verhindert, dass die Gewinnermittlung zur Disposition einzelner Anteilseigner steht, die unternehmensintern dazu in der Lage sind, ihre Interessen durchzusetzen.¹⁴⁵³ In Form des zuletzt genannten As-

vgl. zum Ganzen *Siebler*, Internationalisierung der Rechnungslegung, S. 158; *Leuz*, ECGI Working Paper 156/2010, S. 10.

1451 *Siebler*, Internationalisierung der Rechnungslegung, S. 160.

1452 Denn das Gesellschaftsrecht vermittelt den Anteilseignern bekanntlich zwar Entnahme- und Ausschüttungsrechte, deren Wert maßgeblich von dem im Unternehmen erwirtschafteten Gewinn abhängt, trifft jedoch keine konkreten Regelungen über die Modalitäten der Gewinnermittlung, ebenso wenig wie typische Gesellschaftsverträge. Vielmehr knüpfen die rechtlichen Regelungen an die bilanzrechtliche Gewinnermittlung an (vgl. § 58 AktG, § 29 GmbHG, §§ 121, 167 f. HGB), vgl. zur Ausschüttungsbemessungsfunktion des Jahresabschlusses *Kirchner*, in: FS Beisse, 1997, S. 267 (278, 282); s. auch *Armour/Hansmann/Kraakman/Pargendler*, in: *Anatomy of Corporate Law*, S. 13; *Lange*, Bilanzrecht und Ökonomische Theorie, S. 20. Daneben verweist § 150 Abs. 1 AktG ausdrücklich auf die Gewinnermittlungsvorschriften des HGB.

1453 Mittelbar schützt das Bilanzrecht damit das Zahlungsbemessungsinteresse der Gesellschafter, vgl. *Klein-diek*, in: Staub, § 252 Rn. 41; s. auch *Siebler*, Internationalisierung der Rechnungslegung, S. 150.

pekts werden durch das Bilanzrecht die gesellschaftsrechtliche Vorgabe abgesichert, dass den Eigenkapitalgebern zumindest ein gewisser Teil des Jahresüberschusses in Form des Bilanzgewinns zur Ausschüttung angeboten werden muss.¹⁴⁵⁴ Zu berücksichtigen ist allerdings, dass sich über den Stellenwert, den potenzielle Anteilseigner, die Gesellschaftsanteile über den Kapitalmarkt erwerben, Dividendenzahlungen zu sprechen, keine einheitliche Aussage treffen lässt. Zunächst ist davon auszugehen, dass auch Kapitalmarktanleger Dividenden befürworten, da sie ihnen zumindest eine Mindestauszahlung garantieren. Zugleich begrüßen es Anleger, wenn Ausschüttungen in die Zukunft verlagert werden, sofern dies dazu beiträgt, die Substanz des Unternehmens zu verbessern und sich dieser Vorgang vorteilhaft auf den Börsenpreis ihrer Unternehmensanteile auswirkt. Diese Anlegergruppe würde auf Ausschüttungen verzichten, falls sich dies in einem erhöhten Veräußerungsgewinn niederschlägt.¹⁴⁵⁵

- 51 Die gegenwärtige und künftige Beteiligung am Unternehmensgewinn (also an Dividendenzahlungen) entscheidet für Anleger also nicht zwangsläufig über die Beteiligung. Vielmehr kann auch der gewinnträchtige Anteilsverkauf ein Einkommen garantieren, sofern die Transaktionskosten für die Veräußerung von Unternehmensanteilen über den Kapitalmarkt nicht zu hoch sind.¹⁴⁵⁶ Diese Anleger werden die Ankündigung von Dividendenzahlungen eher als Signal, aus dem sich Rückschlüsse auf die gegenwärtige Lage des Unternehmens und seine künftige Entwicklung ziehen lassen, honorieren.¹⁴⁵⁷

b. Mindestkapital-, Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsvorgaben

aa. Kapitalaufbringung und -erhaltung

- 52 Zu berücksichtigen ist daneben die Rolle der Rechnungslegung für den gesetzlichen Kapitalschutz, der in Deutschland bekanntlich aus drei Säulen besteht: den Regeln über das Mindestkapital, denjenigen über die Kapitalaufbringung und denjenigen über die Kapitalerhaltung. Aus Sicht der Fremdkapitalgeber trägt die staatliche

1454 Vgl. insbesondere §§ 58 und 254 AktG sowie § 29 GmbHG. Der in der Bilanz ausgewiesene Gewinn erhält dadurch aus Anteilseignersicht einen instrumentellen Charakter: Da Ausschüttungen regelmäßig Gewinne voraussetzen (Ausnahmen bilden etwa bestimmte Entnahmen bzw. die Einlagenrückgewähr), ist der Gewinn ein rechtsfolgenauslösender Maßstab, ohne das eigentliche Ziel der Anteilseigner zu bilden, vgl. *Lange*, Bilanzrecht und Ökonomische Theorie, S. 20.

1455 Vgl. *Lange*, Bilanzrecht und Ökonomische Theorie, S. 26.

1456 Das Hauptinteresse vieler Anlegern besteht sogar zumeist oder ausschließlich darin, den (kurzfristigen) Gewinn aus dem Anteilskauf und -verkauf am Kapitalmarkt zu maximieren, vgl. zum Ganzen *Milgrom/Roberts*, *Economics, Organizations and Management*, S. 506; *Wymeersch*, in: *Hommelhoff/Hopt/v. Werder*, *Handbuch Corporate Governance*, S. 137 (151).

1457 Vgl. zu den verschiedenen Rückschlüssen aus der Dividendenpolitik kapitalmarktorientierter Unternehmen *Milgrom/Roberts*, *Economics, Organizations and Management*, S. 506 f.

Rechnungslegung, indem sie die rechnungsmäßigen Grundlagen des gesellschaftsrechtlichen Kapitalschutzes bereitstellt, bekanntlich zu einem „institutionalisierten“ Gläubigerschutz bei.¹⁴⁵⁸ Dieses „Markenzeichen der deutschen HGB-Rechnungslegung“¹⁴⁵⁹ verliert auch dann nicht seinen Wert, wenn man berücksichtigt, dass die gesetzlichen Mindestkapitalerfordernisse aus Gläubigersicht kaum relevant sind. Denn dies kann die anderen beiden Kapitalschutzsäulen und die Funktion, welche ihre bilanzrechtliche Absicherung erfüllt, nicht beeinträchtigen.¹⁴⁶⁰ Diese Funktion besteht darin, dass die Unternehmensgläubiger – anders als es die anglo-amerikanische rechtsökonomische Literatur nahelegt – nicht darauf verwiesen sind, im Hinblick auf das gesellschaftsvertraglich festgelegte Stamm- bzw. Grundkapital vertraglich Ausschüttungs- und korrespondierende Bilanzierungsschranken zu vereinbaren. Es wird mit anderen Worten nicht nur ein rein informationsgestützter Gläubigerschutz vermittelt.¹⁴⁶¹

bb. Korrespondierendes (negatives) Zahlungsinteresse

Im Lichte des institutionalisierten (Kapital-)Gesellschaftsgläubigerschutzes wird in 53 der Literatur teilweise davon ausgegangen, dass die Fremdkapitalgeber ein Interesse an einer „soliden Kapitalausstattung“ des Unternehmens hätten, also daran, (überhöhte) Gewinnausschüttungen an die Anteilseigner auszuschließen (negatives Zahlungsbemessungsinteresse).¹⁴⁶² Die bilanzielle Absicherung der gesellschaftsrechtlichen Ausschüttungssperren soll mit anderen Worten auch dadurch gerechtfertigt sein, dass sie einer Aushöhlung der Unternehmenssubstanz entgegenwirkt.¹⁴⁶³ Diese Annahme droht jedoch zu verdecken, dass das Interesse der Fremdkapitalgeber daran, dass das Unternehmen eine „solide“ (Eigen-)Kapitalausstattung aufweist,

1458 Hennrichs StW 2005, 256 (257) spricht davon, dass die Rechnungslegungsregeln den „Flankenschutz“ für das Gesellschaftsrecht vermitteln. Dementsprechend ist die Bilanzrichtlinie auch als gesellschaftsrechtliche Richtlinien ausgestaltet.

1459 Pellens/Stryz, in: Hommelhoff/Hopt/v. Werder, Handbuch Corporate Governance, S. 533 (537); ähnlich Leuz ECGI Working Paper 156/2010, S. 10.

1460 Vgl. zur Notwendigkeit der Differenzierung zwischen dem wenig nützlichen und dafür teuren Mindestkapitalerfordernis und den anderen beiden Säulen des Kapitalschutzsystems: Eidenmüller, in: FS Heldrich, 2005, S. 581 (593); Eidenmüller/Engert GmbH 2005, 433 ff.

1461 In Deutschland wurde dieser Aspekt besonders betont, als kurzzeitig eine „Ersetzung“ des herkömmlichen HGB-Einzelabschlusses durch einen IAS/IFRS-Einzelabschluss im Raum stand, vgl. dazu etwa Schön ZGR 2000, 706 (726 f.); ders. ZHR 166 (2002), 1 (3 ff.); Hennrichs StW 2005, 256 passim; ders. ZHR 170 (2006), 498 (516 f.); ders., in: Hennrichs/Schruff, Stand und Perspektiven des europäischen Bilanzrechts, S. 3; Arbeitskreis Bilanzrecht BB 2002, 2372 (2373, 2375 f.); Schulze-Osterloh BB 2004, 2567; Hüttemann BB 2004, 203 (205 f.); Goette ZGR 2006, 261 (277); Kleindiek ZGR 2006, 335 (347 f.); Ekkenga AG 2006, 389 (395 f.); Wüstemann/Kierzek/Bischof BB-Special 5/2007, 13 (16); Watrin DB 2001, 933 (936); allgemein auch Siebler, Internationalisierung der Rechnungslegung, S. 266, 268; Pellens/Stryz, in: Hommelhoff/Hopt/v. Werder, Handbuch Corporate Governance, S. 533 (537).

1462 Vgl. Kleindiek, in: Staub, § 252 Rn. 41; Hennrichs, in: Hennrichs/Schruff, Stand und Perspektiven des europäischen Bilanzrechts, S. 11; s. auch Siebler, Internationalisierung der Rechnungslegung, S. 160.

1463 Lange, Bilanzrecht und Ökonomische Theorie, S. 119.

regelmäßig begrenzt ist, da ihre Zahlungsansprüche gegen das Unternehmen gewinnunabhängig vertraglich fixiert sind.¹⁴⁶⁴ Und solange das bilanzielle Eigenkapital nicht kleiner ist als die selbst bei vorsichtiger Schätzung mögliche Überschätzung des Vermögens, reicht das Unternehmensvermögen aus, um alle Vertragsgläubiger zu befriedigen.¹⁴⁶⁵ Für ein begrenztes Interesse spricht weiterhin, dass die Ansprüche der Fremdkapitalgeber denen der Anteilseigner vorgehen, weshalb es den Fremdkapitalgebern grundsätzlich einerlei sein kann, in welchem Ausmaß die Anteilseigner am Gewinn beteiligt werden.¹⁴⁶⁶ Bilanzrechtlich abgesicherte gesetzliche Ausschüttungssperren spielen für die Gläubiger demnach nur insofern eine Rolle, als sie dazu beitragen, exzessive Zahlungen an Anteilseigner zu verhindern, welche die künftige wirtschaftliche Substanz des Unternehmens gefährden.

3. Zusammenfassung

1. Bei der an das Bilanzrecht herangetragenen Lückenfüllungsfunktion für die verschiedenen unvollständigen Verträge zwischen den Unternehmensakteuren kommt es jeweils auf unterschiedliche Nuancen an, da die Anforderungen an Umfang, Inhalt und Detaillierungsgrad der Rechnungslegung zumindest graduell unterschiedlich sind. Hinzu tritt, dass nicht nur unter den verschiedenen Unternehmensakteursgruppen Konflikte über den idealtypischen Informationsgehalt auftreten können, sondern genauso innerhalb dieser Gruppen.
2. Zusammenfassend lässt sich aber festhalten, dass die Rechnungslegung Bestandteil einer Kontrollstruktur ist, die darauf reagiert, dass die Finanzierungsgeber über die tatsächliche Verwendung ihres finanziellen Engagements so informiert werden wollen, dass sie beurteilen und absehen können, inwiefern zusätzliche Sicherungsmaßnahmen gegenüber Fehlentwicklungen bzw. opportunistischem Verhalten erforderlich sind.
3. Die Unternehmensakteure benötigen die Informationen, welche ihnen eine externe Rechnungslegung zur Verfügung stellen soll, primär zum Zwecke der Unterstützung von Entscheidungen und zur Kontrolle. Die Entscheidungsfindung wird dabei vor allem durch zukunftsgerichtete Informationen unterstützt, welche die Rechnungslegung aber bereits konzeptionsbedingt nur mittelbar zu vermitteln vermag. Dem Kontrollanliegen kann demgegenüber auch mithilfe von vergangenheitsbezogenen Informationen Rechnung getragen werden.
4. Daneben muss das Bilanzrecht auf die Zahlungsinteressen der Unternehmensakteure reagieren. Die gegen das Unternehmen bestehenden Zahlungsansprüche der

1464 Die Ansprüche beschränken sich etwa auf die, vom bilanziellen Ergebnis unabhängige Tilgung des Darlehens und die Befriedigung eines festen Zinsanspruchs.

1465 *Neus*, Betriebswirtschaftslehre aus institutionenökonomischer Sicht, S. 431.

1466 Vgl. *Schneider*, Betriebswirtschaftslehre Bd. 2, S. 110 f.; *Siebler*, Internationalisierung der Rechnungslegung, S. 160; *Lange*, Bilanzrecht und Ökonomische Theorie, S. 29.

Unternehmensgläubiger sind zumeist vertraglich festgelegt, weshalb sich ihr Interesse darauf richtet, dass diese Ansprüche vollständig (und fristgerecht) befriedigt werden. Bei den Anteilseignern dominieren hingegen aufgrund der Verknüpfung zwischen Rechnungslegung und Gesellschaftsrecht erfolgsabhängige Zahlungsansprüche (Dividendenansprüche). Hier besteht ein ergänzendes Interesse daran, die Bemessungsgrundlage dieser Ansprüche zuverlässig ermitteln zu können.

5. Sämtliche Unternehmensakteure sind schließlich am Erhalt des Unternehmens interessiert. Damit korrespondiert jeweils ein individuelles Interesse daran, dass den Unternehmenserhalt gefährdende Zahlungen an andere Unternehmensakteure möglichst unterbleiben.

II. Eng gefasster Ansatz: Modellierung einer hypothetischen Vertragslösung

Auf dieser gedanklichen Grundlage ist es möglich, das Bilanzrecht ökonomisch zu analysieren. Dabei wird hier zunächst ein eng gefasster Analyseansatz verfolgt, bei dem eine am hypothetischen Konsens der Regelungsadressaten orientierte Theorie der Legitimation rechtlicher Regelung auf das Bilanzrecht angewandt wird. Dieser Legitimationstheorie zufolge sind gesetzliche Regelungen so zu modellieren und zu bewerten, dass einem hypothetischen vertraglichen Konsens der Regelungsadressaten Rechnung getragen wird. Werden die §§ 238 ff. HGB aus diesem Blickwinkel betrachtet, kommt man nach hier vertretener Auffassung zu dem Ergebnis, dass sich die Unternehmensakteure (hypothetisch) nicht auf eine „vorsichtsgeprägte“ Abwägung der Bilanzierungsprinzipien über die Ertragsrealisation verständigen würden. Bei einer Gesamtbetrachtung vermag damit die Untersuchung des Bilanzrechts im Lichte der konsensbasierten Legitimationstheorie das Plädoyer für die vorsichtsgeprägte Auslegung nicht zu stützen. 54

Der hier verfolgte gedankliche Ansatz wird nachfolgend zunächst näher erläutert 55

(1.). Es erweist sich, dass jeder hypothetische Konsens, der sich zwischen zwei Akteursgruppen des Unternehmens modellieren lässt, unvereinbar ist mit einer hypothetischen Verhandlungslösung, zu der man mit Blick auf ein anderes Unternehmensvertragsverhältnis kommt. Man kann sich mit anderen Worten keinen hypothetischen Konsens denken, der von allen Unternehmensakteuren gleichermaßen getragen würde (2.). Sofern er es sich tatsächlich zum Ziel setzte, die Präferenzen aller Regelungsadressaten gleichermaßen zu berücksichtigen, fände sich der Bilanzrechtsgesetzgeber demnach in einer Dilemmasituation wieder. Diese Dilemmasituation lässt sich überwinden, indem man die normative Analyse auf den Bereich der Finanzierungsbeziehungen des Unternehmens beschränkt. Die legitimationsorientierte Bewertung des Bilanzrechts wird in der Arbeit deshalb bewusst durch ein solches Werturteil eingegrenzt. In der Folge werden allein die Rechtsbeziehungen des Unternehmens und seiner Organe zu den Eigen- und Fremdkapitalgebern sowie

die Beziehungen der Kapitalgeber untereinander in den Blick genommen (3.) und auf der Grundlage des am hypothetischen Konsens orientierten Ansatzes analysiert (4.).

1. Gedanklicher Ansatz

- 56 Die Institutionenökonomie stützt sich auf mehrere, untereinander eng verbundene Theorienmodelle, um die Wahl oder Gestaltung von Institutionen anhand eines über die individuellen Nutzenkalküle der betroffenen Akteure hinausreichenden Effizienzmaßstabs bewerten zu können (normative Analyse). Bei der ökonomischen Analyse von Unternehmensrecht wird (unter anderem) davon ausgegangen, dass den Unternehmensakteuren per Gesetz Standardklauseln¹⁴⁶⁷ (als öffentliches Gut) zur Verfügung gestellt werden sollten, die denjenigen entsprechen, welche die Akteure unter Zugrundelegung eigennutzorientierten, eingeschränkt-rationalen Verhaltens selbst – sofern sie dazu in Abwesenheit von Transaktionskosten in der Lage wären – ex ante aushandeln würden, um ihre (ökonomischen) Verträge ex post zu stützen („a standard form contract“).¹⁴⁶⁸ Es soll danach ein Gedankenexperiment, bei dem man in die Rolle der privaten Unternehmensakteure schlüpft und ihre (hypothetische) freie Entscheidung zu ermitteln sucht, durchgeführt werden. Anhand dieses Experiments soll beurteilt werden, ob eine gesetzliche Regelung konsensfähig ist, was wiederum dazu legitimieren soll, sie als Unternehmensrecht in Kraft zu setzen und zu belassen.¹⁴⁶⁹
- 57 Bei diesem methodischen Ansatz stehen damit, anders als bei der auf das Pareto- bzw. das Kaldor/Hicks-Kriterium zur Bestimmung einer gesamtwirtschaftlichen (Allokations-)Effizienz zurückgreifenden Methoden der Fall ist, nicht wohlfahrtsökonomische (utilitaristische), sondern vielmehr legitimationstheoretische Erwägungen im Mittelpunkt. Der Vorteil daran ist, dass Rechtsänderungen so losgelöst vom ökonomischen, rechtssystematischen und rechtskulturellen Umfeld des zu regelnden Rechtsbereichs angeleitet werden können.¹⁴⁷⁰ Bei der Simulation einer hypotheti-

1467 Dabei spielt es keine Rolle, ob die Rechtsunterworfenen schlussendlich tatsächlich wählen können, ob sie das staatliche Recht gelten lassen, so wie es bei dispositivem Recht der Fall ist. Auch wenn staatliches Recht (wie das Bilanzrecht) zwingend ausgestaltet werden soll, weil es allein bei einer uniformen Anwendung seinen Zweck erfüllt, ist es sinnvoll, den hypothetischen Willen der Rechtsunterworfenen zu erforschen.

1468 Vgl. grundlegend zu Institutionen zur Stützung des Vertrages ex post bezogen auf die Aufgaben des Unternehmensrechts *Bainbridge*, *The New Corporate Governance*, S. 31 Fn. 19; *Armour/Hansmann/Kraakman/Pargendler*, in: *Anatomy of Corporate Law*, S. 17 f.; *Kirchner*, in: FS Beisse, 1997, S. 267 (273); vgl. auch *Siebler*, *Internationalisierung der Rechnungslegung*, S. 99, die treffend von einem einzelvertragssubstituierenden Ansatz spricht.

1469 Vgl. *Kirchner*, in: FS Beisse, 1997, S. 267 (273 f.); s. auch *Siebler*, *Internationalisierung der Rechnungslegung*, S. 99.

1470 Vgl. *Binder*, *Regulierungsinstrumente und Regulierungsstrategien*, S. 21; ähnlich *Kirchner*, in: FS Beisse, 1997, S. 267 (275).

schen Verhandlungslösung ist eine ex ante-Perspektive einzunehmen, auszugehen ist also von abstrakten Problemen bzw. künftig auftretenden Konfliktsituationen. Demgegenüber sind bereits eingetretene Interessendivergenzen auszublenden, wenn sie zur Folge haben, dass keiner der Akteure hinsichtlich einer schon konkret „störenden“ Komponente einen seine eigene Position schwächenden Kompromiss eingehen würde.

2. Die Dilemmasituation

Sofern in Umsetzung dieses methodischen Ansatzes versucht wird, die Vorzugswürdigkeit einer bestimmten Auslegung der Bilanzierungsprinzipien im Vergleich zu einer anderen mit einer hypothetischen Verhandlungslösung zu begründen, ergibt sich das Problem, dass keine Gesetzesform ersichtlich ist, auf die sich alle maßgeblichen Akteursgruppen im Unternehmen einigen könnten. Dieses Ergebnis ist nicht ungewöhnlich, wird es doch bereits durch das von *Kenneth Arrow* für die Schwierigkeiten der Sozialwahl formulierte Theorem (Arrow-Theorem) nahegelegt.¹⁴⁷¹

Im Hinblick auf das Bilanzrecht erscheint jedes innerhalb eines der (ökonomischen) Vertragsverhältnisse im Unternehmen denkbare Verhandlungsergebnis aus mehreren Gründen unvereinbar mit anderen Ausgestaltungen, auf die sich die anderen Akteursgruppen einigen würden. Denn sofern man die einzelnen Unternehmensakteure dazu befragte, welche Ausgestaltung des Bilanzrechts sie vorziehen und versuchte, das Ergebnis dieser Befragung Gesetz werden zu lassen, wäre die Folge jeweils ein negativer Effekt für die anderen, nicht befragten (externen) Akteure. Es lässt sich zwar jeweils in Bezug auf die einzelnen Akteursgruppen eine hypothetische homogene Präferenzordnung formulieren, auf deren Grundlage sich die Institution Bilanzrecht modellieren lässt, untereinander sind diese Ordnungen aber unvereinbar.¹⁴⁷² Der Gesetzgeber steckt damit in einer „Dilemmasituation“ (*Kirchner*).¹⁴⁷³

1471 *Arrow* hat untersucht, inwiefern es in einer Gesellschaft möglich ist, Ordnungsentscheidungen durch den Verweis, dass in sie Individualpräferenzen eingeflossen sind, zu rechtfertigen. Er ist dabei zu dem Ergebnis gekommen, dass eine Entscheidung zwar (unter anderem) nur dann akzeptabel sei, sofern sie die Individualkriterien, welche in sie einfließen, zumindest graduell auch widerspiegelt, es gebe aber keinen Weg, um dies auch tatsächlich zu gewährleisten. Es lasse sich keine vollständige, transitive gesellschaftliche Rangordnung aufstellen, die sich aus beliebigen (transitiven) Individualrangordnungen zusammensetzt. Vgl. zum Ganzen *Arrow*, *Journal of Political Economy* 58 (1950), 328 (330); s. etwa auch *Durlauf/Blume*, *The New Palgrave Dictionary of Economics*, 2. Aufl. 2008, „Arrow's Theorem“.

1472 Vgl. etwa *Ballwieser*, in: *Leuz/Pfaff/Hopwood*, *The Economics and Politics of Accounting*, S. 58 (60 und 72): „The individual decision-model is excellent for explaining the concept of decision usefulness, but it cannot advise a financial reporting standard-setter“. „[The decision-usefulness concept] can be explained within a formal decision-model for a single decision-maker, but this model does not help those who are setting standards for financial reporting.“

1473 *Kirchner*, in: *FS Beisse*, 1997, S. 267 (281). Eigentlich legt das ökonomische Analysemodell einer hypothetischen Vertragslösung dem Gesetzgeber deshalb nahe, einen Systemwechsel zu vollziehen und mehrere unterschiedliche, sich jeweils an einzelne Unternehmensakteursgruppen richtende Rechnungslegungsinstrumente vorzusehen (vgl. dazu bereits C. III.).

3. Überwindung der Dilemmasituation

- 60 Damit das ökonomischen Analysemodell einer hypothetischen Vertragslösung im Lichte der aufgezeigten Dilemmasituation dennoch die Auslegung der §§ 238 ff. HGB anleiten kann, muss es mittels einer echten Wertentscheidung modifiziert werden. Dabei kommen unterschiedliche Wertentscheidungen in Betracht. Insbesondere könnten die Unternehmensvertragsverhältnisse hierarchisch geordnet werden, wobei der Shareholder-Value-Doktrin folgend dabei davon auszugehen wäre, dass das Unternehmensrecht primär auf den Anteilseignerschutz ausgerichtet sein muss (a.). Hier wird aber stattdessen eine Wertentscheidung bevorzugt, die darin besteht, allein die Funktion der Rechnungslegung für die Finanzierungsbeziehungen des Unternehmens zu untersuchen. Die Analyse beschränkt sich dieser Entscheidung folgend auf denjenigen Ausschnitt aus dem gesamten Vertragsnexus Unternehmen, der die Rechtsbeziehungen des Unternehmens und seiner Organe zu (potenziellen) Eigen- und Fremdkapitalgebern sowie die Beziehungen der Kapitalgeber untereinander umfasst (b.).

a. Hierarchische Ordnung der Unternehmensvertragsverhältnisse

- 61 Eine die Analyse ermöglichende Wertentscheidung könnte insbesondere darin bestehen, die Vertragsverhältnisse im Unternehmen einer hierarchischen Ordnung zu unterziehen. Dabei läge es nahe, daran anzuknüpfen, dass die ökonomische Agency-Theorie das Schutzbedürfnis der Eigenkapitalgeber vor einem opportunistischen Verhalten der Unternehmensleitung (Agenten) traditionell als ungleich höher einstuft als dasjenige der Fremdkapitalgeber und sonstigen Stakeholder. Dementsprechend steht die Erörterung des Problems der „Trennung von Eigentum und Kontrolle“¹⁴⁷⁴ im Mittelpunkt von Überlegungen zum Unternehmensrecht.
- 62 Für eine Zentralstellung der Anteilseignerinteressen und eine Ausrichtung des Unternehmensrechts auf die (vollumfängliche) Unternehmenskontrolle durch die gegenwärtigen Eigenkapitalgeber spricht, dass die Eigentümer aufgrund der spezifischen Forms ihrer Investition in das Unternehmen tendenziell schutzbedürftiger sind als die sonstigen Akteursgruppen. Die besondere Schutzbedürftigkeit der Eigenkapitalgeber im Vergleich zu den Fremdkapitalgebern wird bekanntlich daraus abgeleitet, dass sie eine zeitlich grundsätzlich unbegrenzte Vertragsbeziehung zum

1474 Berle/Means, The Modern Corporation and Private Property, *passim*; Jensen/Meckling, Journal of Financial Economics 3 (1976), 305 (327).

Unternehmen eingehen¹⁴⁷⁵ und in dieser Vertragsbeziehung „eingesperrt“ sind¹⁴⁷⁶. Aufgrund der Kombination der beiden Aspekte soll die Unternehmensleitung grundsätzlich die vertragliche¹⁴⁷⁷ Pflicht haben, die Interessen der Anteilseigner zu priorisieren. Dementsprechend wird teilweise davon ausgegangen, dass ein Corporate Governance-System exklusiv darauf ausgerichtet sein muss, die Interessen der „eingesperrten“ Anteilseigner zu schützen und ihnen eine (vollumfängliche) Kontrolle des Unternehmens zu ermöglichen. Das Rechnungslegungsrecht wäre daran anknüpfend zentral am Schutz der Anteilseigner vor einem opportunistischen Verhalten der Unternehmensleitung zu orientieren. Es sollte also primär den „klassischen“ Prinzipal-Agenten-Konflikt berücksichtigen.¹⁴⁷⁸ Der Fremdkapitalgeberschutz müsste dahinter zurückstehen. Eng verbunden damit ist die Annahme, dass in Abwesenheit von Prinzipal-Agenten-Problemen die Maximierung des „Shareholder-Value“, gleichbedeutend mit ökonomischer Effizienz sei.¹⁴⁷⁹ Eine auf

1475 Unbegrenzt ist die Vertragsbeziehung zwischen Eigenkapitalgebern und Unternehmen deshalb, da ersteren die ultimative Chance auf einen Gewinn des Unternehmens zufällt. Sie sind – in ökonomischen Begrifflichkeiten – anteilige Inhaber der (Residual-) Forderung auf die Vermögenswerte und den Ertrag des Unternehmens, nachdem alle anderen Forderungen befriedigt wurden. Zugleich unterliegen sie dadurch einem vollständigen Verlustrisiko im Falle eines Scheiterns der Unternehmung. Den Eigenkapitalgebern verbleibt dann allein der Anspruch auf den anteiligen Liquidationserlös, vgl. grundlegend *Jensen/Meckling*, *Journal of Financial Economics* 3 (1976), 305 (314); *Fama/Jensen* *Journal of Law and Economics* 26 (1983), 301 ff.; *Williamson* *Journal of Finance* 43 (1988), 567 ff.; *Becht/Bolton/Röell*, in: *Handbook of the Economics of Finance*, S.1 (14); *Bainbridge*, *The New Corporate Governance*, S. 32; zusammenfassend in der deutschsprachigen Literatur etwa *Binder*, *Regulierungsinstrumente und Regulierungsstrategien*, S. 7.

1476 Das Eingesperrtsein in das Unternehmensvertragsverhältnis (Lock-In-Effekt) soll sich daraus ergeben, dass sich die Anteilseigner aufgrund ihrer vertragsspezifischen Investition in Form von Einlagen nicht ohne weiteres aus dem Vertragsverhältnis lösen können, weil sie diese Investition dadurch entwerten würden. *Williamson* hat den Vorgang so umschrieben, dass aus der ursprünglichen Konkurrenz von Anbietern und Nachfragern am Markt durch die transaktionspezifische Investition in ein relationales Vertragsverhältnis ein (bedingt) bilaterales Monopol werde. Er spricht insofern von der „fundamentalen Transformation“, vgl. zum Lock-In-Effekt etwa *Richter/Furubotn*, *Neue Institutionenökonomie*, S. 195, 202; *Schmolke*, in: *Towfigh/Petersen*, *Ökonomische Methoden*, § 5 Rn. 314; *Schäfer/Ott*, *Ökonomische Analyse*, S. 769; v. *Werder*, in: *Hommelhoff/Hopt/v. Werder*, *Handbuch Corporate Governance*, S. 3 (7); *Merk* *ZfB-Special* 2012, 5 (7).

1477 Die rechtsökonomische Theorie erkennt dabei zwar an, dass diese Pflicht grundsätzlich gesetzlich festgelegt sein wird, geht aber, wie aufgezeigt, davon aus, dass in den entsprechenden gesellschaftsrechtlichen Regelungen die hypothetische Verhandlungslösung zum Ausdruck kommt, vgl. insofern nur *Bainbridge*, *The New Corporate Governance*, S. 73.

1478 Als Ansatz zur Vermeidung der Dilemmasituation scheint *Kirchner* diese von ihm als „gesellschaftsvertraglich“ eingeordnete Lösung zumindest in den Raum zu stellen, vgl. *Kirchner*, in: *FS Beisse*, 1997, S. 267 (282).

1479 *Jensen/Meckling*, *Journal of Financial Economics* 3 (1976), 305 ff., die diese These jedoch selbst widerlegen; vgl. dazu auch *Becht/Bolton/Röell*, in: *Handbook of the Economics of Finance*, S. 1 (14). Ausfluss dieser Annahme ist die „Shareholder Value“ Management-Doktrin, als deren Wegbereiter landläufig *Milton Friedman* mit seinem Plädoyer für die ausschließliche Gewinnorientierung von Unternehmen angesehen wird. Die einzige Verantwortung der Unternehmensleitung besteht danach darin, den Wünschen der Anteilseigner zu entsprechen und die Unternehmensgewinne zu steigern – freilich nur im Rahmen der Gesetze und der ethischen Grundregeln der Gesellschaft. *Milton Friedman*, *The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits*, *The New York Times Magazine* v. 13.9.1970, S. 17 schreibt: „In a free-enterprise, private-property system, a corporate executive is an employee of the owners of the business. He has direct responsibility to his employers. That responsibility is to conduct

die Maximierung des Shareholder Value ausgerichtete Unternehmenszielsetzung soll also dem ökonomischen Effizienzkriterium entsprechen, wobei mit dem Shareholder-Value grundsätzlich der Börsenwert des Unternehmens und nicht etwa eine möglichst hohe Residualforderung gemeint ist.¹⁴⁸⁰

- 63 Dies lässt sich vor allem damit begründen, dass die Kosten der unternehmerischen Entscheidungsfindung sinken, sofern (gesetzlich) die Förderung des „Shareholder Value“ als (einziges) Unternehmensziel ausgegeben wird. Darüber hinaus wird der Ermessensspielraum der Unternehmensleitung – und damit ihr Raum für opportunistisches Handeln – größer, sofern man sie darauf verpflichtet, alle Stakeholder-Belange – gleichwertig – nebeneinander zu berücksichtigen.¹⁴⁸¹ Große Teile der rechtsökonomischen Literatur (vor allem aber der Management-Theorie) haben sich mittlerweile nichtsdestotrotz von der strengen Shareholder-Value-Doktrin abgewandt. Beim in Reaktion auf die Shareholder-Value-Doktrin formulierten Enlightened Shareholder- bzw. beim Stakeholder-Ansatz¹⁴⁸² wird davon ausgegangen, dass ein Unternehmen dann als effizient zu bewerten sei, sofern eine produktive Wertschöpfung und Wertverteilung unter allen (direkt) am Vertragsnexus Unternehmen beteiligten Akteuren gewährleistet ist. Das Unternehmensrecht soll dementsprechend dem Wohlfahrtsgedanken am besten Rechnung tragen, sofern es dazu beiträgt, die Transaktionskosten aller Unternehmensakteure zu senken.¹⁴⁸³ Nur im Hinblick auf

the business in accordance with their desires, which generally will be to make as much money as possible while conforming to the basic rules of the society, both those embodied in law and those embodied in ethical custom“; dazu *Cheffins*, Washington Law Review 98 (2021), 1607 (1612 ff.); *Mitchell*, Virginia Law & Business Review 13 (2019), 155 (157).

1480 Vgl. *Becht/Bolton/Röell*, in: Handbook of the Economics of Finance, S.1 (14); zu einem abweichenden Verständnis etwa v. *Werder*, in: Hommelhoff/Hopt/v. Werder, Handbuch Corporate Governance, S.3 (7).

1481 Grundlegend *Hansmann*, The Ownership of Enterprise, *passim*, der jedoch zugleich die Möglichkeit anerkennt, dass bestimmte Unternehmensformen durch andere Akteure effizienter geführt werden könnten und die Frage nach der Unternehmensausrichtung schlussendlich am Maßstab der geringsten Entscheidungskosten bzw. des erforderlichen Schutzes zu entscheiden sei; s. auch *Bebchuk/Tallarita*, Cornell Law Review 106 (2020), 91 (164 ff.); *Rock*, The Business Lawyer 76 (2020), 363 (368).

1482 Bei einer strategischen Unternehmensführung im Sinne der Stakeholder-Governance steht das Management von Stakeholder-Belangen im Mittelpunkt. Dieses Konzept ist heute in einer instrumentellen Version als Enlightened Shareholder Value und in einer pluralistischen Variante, die das Wohl der Stakeholder als oberstes Ziel ansieht, anzutreffen, vgl. dazu *Bebchuk/Tallarita*, Cornell Law Review 106 (2020), 91 (108 ff.). Als Management-Philosophie verbreitet sich daneben das Corporate Purpose-Konzept, wonach Unternehmen ihr Handeln danach ausrichten sollten, wirtschaftlichen Erfolg mit Aktivitäten, welche der Gesellschaft dienen, zu erzielen, vgl. grundlegend *Mayer*, Prosperity; *Edmans*, Grow the Pie; dazu aus deutscher Sicht: *Fleischer* ZIP 2021, 5.

1483 Vgl. v. *Werder*, in: Hommelhoff/Hopt/v. Werder, Handbuch Corporate Governance, S.3 (8, 14): Das Unternehmen soll auf eine „produktive Wertschöpfung und faire Wertverteilung“ unter allen beteiligten Akteuren hin auszurichten sein. Der ökonomische Unternehmenswert sei „nach dem Ausmaß der Fähigkeit des Unternehmens, die Ansprüche seiner Bezugsgruppen (bei gegebenen Beiträgen) nachhaltig zu erfüllen“, zu bemessen; *Wymeersch*, in: Hommelhoff/Hopt/v. Werder, Handbuch Corporate Governance, S.137 (142): Ziel der Corporate Governance soll es sein, „eine ausgeglichene Entscheidungsfindung innerhalb der Gesellschaft zu gewährleisten“; *Becht/Bolton/Röell*, in: Handbook of the Economics of Finance, S.1 (14): „a corporate charter is ex-ante efficient if it generates the highest

sog. Externalitäten, also negative Auswirkungen des unternehmerischen Handelns für Nicht-Vertragspartner, wird weiter verbreitet davon ausgegangen, dass sie besser durch andere Rechtsbereiche reguliert werden sollten.¹⁴⁸⁴

Ein weiterhin an den Shareholder-Value-Gedanken anknüpfendes Werturteil wäre daher durchgreifenden Einwänden ausgesetzt. Darüber hinaus bilden die Anteilseigner, jedenfalls wenn es um ihre durch das Bilanzrecht zu schützenden Belange geht, anders als es die Shareholder-Value-Doktrin suggerieren würde, schon keine in sich homogene Gruppe. Auch die der Shareholder-Value-Doktrin zugrundeliegende Gleichsetzung von maximalem Börsenwert und Effizienz würde die hiesige Analyse grob verkürzen. 64

b. Begrenzung des Referenzrahmens

aa. Rechtfertigung der Begrenzung auf die Finanzierungsbeziehungen

Angesichts dieses Zwischenbegriffs versucht die Arbeit dem „Dilemma problem“ (2.) stattdessen dadurch zu begegnen, dass der Bezugsrahmen der Analyse auf die „Finanzierungsbeziehungen“ des Unternehmens verengt wird. Unter den Finanzierungsbeziehungen des Unternehmens wird dabei derjenige Ausschnitt aus dem gesamten Vertragsnexus verstanden, welcher die Rechtsbeziehungen des Unternehmens und seiner Organe zu den Eigen- und Fremdkapitalgebern sowie die Beziehungen der Kapitalgeber untereinander umfasst. Die Konzentration auf die Finanzierungsbeziehungen trägt den Einwänden gegenüber einer Priorisierung der Anteilseignerinteressen Rechnung (a.), da sie der erweiterten Stakeholder-Perspektive auf die Unternehmung entspricht. Auch bei einer lebensnahen Betrachtung liegt es fern, dass ein hypothetischer Konsens der Anteilseigner über die Ausgestaltung des Rechnungslegungsrechts nur die Innenbeziehungen zwischen Anteilseignern und Unternehmensleitung berücksichtigen und die Finanzierungsbedingungen des Unternehmens ausblenden würde. Denn der Zugang zu Fremdkapital bzw. zu den Kapitalmärkten sichert die Lebensgrundlage des Unternehmens. 65

Weiterhin lässt sich die Einschränkung des Bezugsrahmens auf die Finanzierungsbeziehungen damit rechtfertigen, dass nur so der für den dogmatischen Umgang mit dem Bilanzrecht zentrale Konflikt zwischen den Rechnungslegungszwecken in seinen Nuancen ausgeleuchtet werden kann, da Eigenkapital- und Fremdkapitalfinanzierung vom Bilanzrecht im Grundsatz vergleichbare Kontrollstrukturen fordern (vgl. I.). 66

possible joint payoff for all the parties involved, shareholders, creditors, employees, clients, tax authorities, and other third parties that may be affected by the corporation's actions"; s. auch *Armour/Hansmann/Kraakman/Pargendler*, in: *Anatomy of Corporate Law*, S. 23; *Binder*, *Regulierungsinstrumente und Regulierungsstrategien*, S. 7; *Merkt ZfB-Special* 2012, 5 (7).

1484 Vgl. *Armour/Hansmann/Kraakman/Pargendler*, in: *Anatomy of Corporate Law*, S. 23.

bb. Rechtfertigung der Vernachlässigung anderer Akteursgruppen

- 67 Bei der hier vorgenommenen Weichenstellung wird nicht ausgeblendet, dass es auf gesetzliche Rechnungslegungsvorgaben noch in weiteren vertragsökonomischen Unternehmensverbindungen ankommt. Mit der nachfolgenden Außerachtlassung dieser Verbindungen wird auch nichts über ihren Stellenwert im Rahmen des geltenden Rechts bzw. der rechtspolitischen Diskussion ausgesagt. Es wird vielmehr hingenommen, dass durch die Begrenzung des Referenzrahmens der Stellenwert der Untersuchung graduell geschmälert wird. Zu berücksichtigen ist dabei zunächst, dass die Referenzgebietswahl „Finanzierungsbeziehungen“ es gestattet, weitere maßgebliche Bilanzrechtsfunktionen zumindest partiell mitzuberücksichtigen. Hinzu kommt, dass die gesetzlich definierte Rechnungslegung für die nicht vom Referenzgebiet erfassten Akteure teilweise von untergeordneter Bedeutung ist. Dies gilt etwa für die sonstigen (Vertrags-)Gläubiger des Unternehmens. So ist die Unternehmensleitung des Unternehmens ihrer Interessenlage nach den Anteilseignern jedenfalls dann gleichzustellen, wenn die Gesellschafter zugleich als Geschäftsführer fungieren (Selbstorganschaft).¹⁴⁸⁵
- 68 Abgesehen davon, kommt der externen Rechnungslegung aus Geschäftsleitersicht bloß eine unterstützende Rolle zu. Grundsätzlich trägt sie dazu bei, die Unternehmensleitung über die Lage des Unternehmens zu informieren und unterstützt damit sowohl die Kontrolle vergangener Dispositionsentscheidungen als auch zukunftsgerichtete Führungsentscheidungen.¹⁴⁸⁶ Ihrem Bedeutungsgehalt nach steht sie insofern jedoch gegenüber dem, wenn es um die Belange der Unternehmensführung geht, aussagekräftigeren internen (betrieblichen) Rechnungswesen zurück.¹⁴⁸⁷ Weiterhin vermag die Unternehmensleitung ohnehin sämtliche Unternehmensinterna einzusehen.¹⁴⁸⁸ Ungleich relevanter ist es für sie, dass Dritte (insbesondere die Anteilseigner) den Jahresabschluss dazu nutzen, um ihr unternehmerisches Geschick in der abgelaufenen Rechnungslegungsperiode zu beurteilen. Darüber hinaus stellt die Rechnungslegung für die Unternehmensleitung ein Instrument dar, um Zahlungen des Unternehmens zu steuern. Dabei will die Unternehmensleitung Zahlungen an die Anteilseigner regelmäßig vermeiden, hat also ein negatives Zahlungsinteresse, da dies ihre finanzielle Handlungsfreiheit vergrößert.¹⁴⁸⁹ Hieraus resultiert ein Konflikt mit den Anteilseignern. Das Interesse der Unternehmensleitung widerspricht damit auch demjenigen der Arbeitnehmer und anderer Stakeholder, die an möglichst

¹⁴⁸⁵ Siebler, Internationalisierung der Rechnungslegung, S. 163.

¹⁴⁸⁶ Leffson, Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung, S. 63; Siebler, Internationalisierung der Rechnungslegung, S. 163.

¹⁴⁸⁷ Siebler, Internationalisierung der Rechnungslegung, S. 163.

¹⁴⁸⁸ Vgl. Siebler, Internationalisierung der Rechnungslegung, S. 164.

¹⁴⁸⁹ Schildbach, Jahresabschluß und Markt, S. 75 ff.; Siebler, Internationalisierung der Rechnungslegung, S. 164.

hohen Auszahlungen interessiert sind. Mit Blick auf ihre Vergütung hat die Unternehmensleitung daneben ein (positives) Zahlungsinteresse, welches mit demjenigen der Fremdkapitalgeber vergleichbar ist.¹⁴⁹⁰ Sie ist insofern speziell dann auf die Rechnungslegung angewiesen, wenn die Vergütung erfolgsabhängig ausgestaltet ist.

Die Arbeitnehmer sind als Akteursgruppe zwar ebenfalls nicht direkt vom hier gewählten Referenzgebiet erfasst, lassen sich aber den sonstigen Unternehmensgläubigern zuordnen, da sie dem Unternehmen ihre Arbeitskraft regelmäßig gegen ein festes Entgelt zur Verfügung stellen. Ihr Interesse ist deshalb neben den Einzelheiten des Arbeitsinhalts und der Arbeitsbedingungen, primär auf die Frage gerichtet, ob das Unternehmen erhalten bleibt.¹⁴⁹¹ Vor diesem Hintergrund dient die Rechnungslegung den Arbeitnehmern primär dazu, sich über die Zahlungsfähigkeit und Erfolgskraft des Unternehmens zu informieren. Denn hieraus lassen sich wiederum (begrenzte) Rückschlüsse im Hinblick auf die Arbeitsplatzsicherheit ziehen. Die Informationsinteressen der Arbeitnehmer stimmen auch insofern mit denjenigen der übrigen Unternehmensgläubiger überein¹⁴⁹² und müssen hier bereits deshalb nicht gesondert analysiert werden, als sie überprüfen wollen, ob den Bestand des Unternehmens gefährdende Zahlungen an andere Unternehmensakteure erfolgen.¹⁴⁹³ Darüber hinausgehend haben die Arbeitnehmer grundsätzlich sogar ein Interesse daran, ein unrentables Unternehmen als Arbeitgeberin zu erhalten, wohingegen eine Reallokation unrentabel eingesetzten Kapitals aus ökonomischer Sicht mittel- bis langfristig vorteilhafter ist als der (kurzfristige) Unternehmensfortbestand, da in der Folge (unter anderem) neue Arbeitsplätze an anderer Stelle entstehen können.¹⁴⁹⁴ Bereits aus diesem Grund wird der (denkbare) Einsatz der Rechnungslegung zum institutionellen Schutz von Arbeitnehmerinteressen teilweise als vernachlässigbar angesehen.¹⁴⁹⁵ Jedenfalls erscheint es angesichts dessen aber gerechtfertigt, die Bedeutung des Rechnungslegungsrechts in der Beziehung zwischen dem Unternehmen und seinen Arbeitnehmern hier außen vor zu lassen.¹⁴⁹⁶

Für unbeachtlich erklärt werden durch die Wahl des Referenzrahmens darüber hinaus die (positiven) Effekte des Rechnungslegungsrechts auf die Gesellschaft, in welcher das Unternehmen operiert, speziell den Arbeitnehmer- und Umweltschutz.

1490 Siebler, Internationalisierung der Rechnungslegung, S. 164.

1491 Benston/Bromwich/Litan/Wagenhofer, in: dies., Worldwide Financial Reporting, S. 17 (19); vgl. auch Siebler, Internationalisierung der Rechnungslegung, S. 158, 160.

1492 Vgl. auch Siebler, Internationalisierung der Rechnungslegung, S. 158.

1493 Vgl. zum Sonderfall der erfolgsabhängigen Vergütung: Benston/Bromwich/Litan/Wagenhofer, in: dies., Worldwide Financial Reporting, S. 17 (19); s. allgemein Siebler, Internationalisierung der Rechnungslegung, S. 160.

1494 Kahle, Internationale Rechnungslegung, S. 135 f.; Siebler, Internationalisierung der Rechnungslegung, S. 348.

1495 Vgl. etwa Siebler, Internationalisierung der Rechnungslegung, S. 348.

1496 Darüber hinaus ist allgemein fraglich, inwiefern das Principal-Agent-Modell Arbeitsverhältnisse zu erfassen geeignet ist, vgl. demgegenüber kritisch: Wiedemann ZGR 2006, 240 (245).

Diesem Aspekt widmet sich die Forschung zur – derzeit vor allem mit Blick auf die ESG-Berichterstattung diskutierten – Gemeinwohlbindung von Unternehmen. Ausgeblendet werden hier schließlich die – positiven und negativen – Auswirkungen der Rechnungslegung auf die Lage des Unternehmens, also etwa seine Wettbewerbssituation oder die Unternehmenskosten. Auch insofern kommt dem Jahresabschluss gegenüber anderen Informationsinstrumenten ohnehin nur eine nachgeordnete Bedeutung zu.

cc. Vernachlässigung der steuerrechtlichen Dimension

- 71 Die hier vorgenommene Einschränkung des Bezugsrahmens beruht zuletzt auf der Überlegung, dass es von vornherein aussichtslos erscheint, die Unternehmensbesteuerung in eine rechtsökonomisch fundierte Auslegung bilanzrechtlicher Regelungen einbeziehen zu wollen. Grundsätzlich gilt, dass sich die bilanzrechtlichen Regelungen auch auf ihre Legitimation aus der „Perspektive eines Konsenses zwischen den steuerzahlenden und öffentliche Güter beziehenden Bürgern auf der einen Seite und den Akteuren, die ihre Ressourcen in der Unternehmung gepoolt haben, auf der anderen Seite“ prüfen lassen.¹⁴⁹⁷ Der Steuerstaat wird dabei mittelbar den dem Gläubigerschutz verpflichteten Gesellschaftern gleichgestellt. Er soll als eine Art „stiller“ Teilhaber am Gewinn des Unternehmens zu partizipieren, erhält aber keinen besseren Zugriff auf den Unternehmensgewinn.¹⁴⁹⁸ Demgemäß ließe sich untersuchen, inwiefern das Rechnungslegungsrecht das Verhältnis des Unternehmens zum Staat bestimmt. Zunächst würden die dabei zu erlangenden Ergebnisse allerdings voraussichtlich sehr weitgehend denjenigen entsprechen, die sich bei Untersuchung des (Steuer-)Bilanzrechts unter verfassungsrechtlichen Vorzeichen ergeben, da insofern ebenfalls primär die Balance zwischen dem Wunsch nach Verteilungsgerechtigkeit auf der einen Seite und der Sorge vor einer Übermaßbesteuerung auf der anderen Seite im Mittelpunkt stehen müssen. Da die Legitimationsmaßstäbe der Besteuerung jedoch, wie an anderer Stelle herausgearbeitet wurde, eigenständig und unverbunden neben denjenigen des (Handels-)Bilanzrechts stehen, wäre es aber von vornherein nicht zielführend, die Perspektive des Steuerstaats in eine hypothetische Verhandlungslösung zu integrieren.¹⁴⁹⁹
- 72 Hinzu kommt, dass die Einbeziehung des Steuerstaats als Unternehmensakteur zu einer zusätzlichen, dann die Analyse prägenden Spaltung der Interessenlagen der

1497 *Kirchner*, in: FS Beisse, 1997, S. 267 (280).

1498 Vgl. zu dieser Sichtweise grundlegend *Döllerer* BB 1971, 1333 (1334); vgl. auch *Hennrichs*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, § 9 Rn. 78; *Crezelius* DB 1994, 689 f.; *Schön* ZHR 161 (1997), 133 (142).

1499 Vgl. *Kirchner*, in: FS Beisse, 1997, S. 267 (283): Es sei „schwer vorstellbar, daß bilanzrechtliche Regelungen, die aus der Sicht der Anteilseigner und Gläubiger zustimmungsfähig sind, zugleich auch im Verhältnis Unternehmung/Staat zustimmungsfähig sein können.“

übrigen Akteure führen würde. Die Verbindung mit dem Steuerrecht würde mit anderen Worten selbst dann dazu führen, dass jede denkbare Verhandlungslösung innerhalb der Finanzierungsbeziehungen verzerrt wäre, wenn die Eigeninteressen des Steuerstaats, also der außerhalb des Unternehmens stehenden steuerzahlenden Bürger und Entitäten außen vor gelassen würden.¹⁵⁰⁰ Plakativ hervor tritt diese zusätzliche Spaltung insbesondere bei den Anteilseignern. Grundsätzlich präferieren die Eigner in aller Regel maximale Gewinnausschüttungen. Die Bewertung fällt aber ganz anders aus, sofern ihre Interessenlage unter Einbeziehung der Besteuerung untersucht wird. Fokussiert man die Betrachtung allein auf ihre „steuerliche Interessenlage“, so müsste den Anteilseignern sogar unterstellt werden, an einem Verlustausweis interessiert zu sein. Ihre Interessen stimmen dann auf einmal mit denjenigen der Gläubiger überein. Zu einer vergleichbaren Interessenverschiebung kommt es bei der Unternehmensleitung, da die Herstellung eines gesetzessystematisch bedingten Zusammenhangs zwischen der Handels- und der Steuerbilanzierung einen ständigen Anreiz für die Unternehmensleitung darstellt, das Vorsichtsprinzip so weitgehend wie möglich anzuwenden, um so auf Unternehmens- und Anteilseignerseite Einkommen- und Körperschaftsteuern zu vermeiden.¹⁵⁰¹

c. Zusammenfassung

1. Die ökonomische Analyse beruht hier auf der Modellierung einer hypothetischen Vertragslösung. Dabei wird ermittelt, welche Bilanzrechtsauslegung die an den Finanzierungsbeziehungen des Unternehmens beteiligten Akteure potenziell präferieren würden.
2. Da ein Konsens aller Unternehmensakteure über die Ausgestaltung des Bilanzrechts nicht denkbar ist (Dilemmathese), wird das ökonomische Gedankenmodell mittels einer echten Wertentscheidung modifiziert.
3. Insofern kommen theoretisch unterschiedliche Wertentscheidungen in Betracht. Unter diesen wird hier eine hierarchische Ordnung der Unternehmensvertragsverhältnisse ausgerichtet an der Shareholder-Value-Doktrin abgelehnt. Stattdessen wird allein die Funktion der Rechnungslegung für die Finanzierungsbeziehungen des Unternehmens untersucht. Es geht also nur um denjenigen Ausschnitt aus dem gesamten Vertragsnexus Unternehmen, der die Rechtsbeziehungen des Un-

1500 In der Konsequenz stützt somit auch eine rechtsökonomische Betrachtung die hier bereits verschiedentlich angeklungene rechtspolitische Forderung nach einer Aufgabe der Koppelung von Handels- und Steuerbilanz und einer konsequenten Eigenständigkeit der beiden Rechenwerke. *Kirchner*, in: FS Beisse, 1997, S. 267 (283) kommt zu einem vergleichbaren Ergebnis: Es stelle sich, so schreibt er, die Frage, ob es nicht vorzugswürdig wäre, die reziproke Koppelung von Handels- und Steuerbilanz aufzugeben und zwei Rechenwerke nebeneinanderzustellen, die jeweils nach unterschiedlichen Konsensbedingungen zu regeln wären.“

1501 Vgl. *Schmidt*, in: Hopt/Kanda/Roe/Wymeersch/Prigge, *Comparative Corporate Governance*, 1998, S. 743 (746).

ternehmens und seiner Organe zu (potenziellen) Eigen- und Fremdkapitalgebern sowie die Beziehungen der Kapitalgeber untereinander umfasst.

4. Anwendung des konsensorientierten Ansatzes

a. Perspektive der Anteilseigner

- 73 Sofern man zunächst nur die Informationsinteressen der Anteilseigner berücksichtigt, besteht aus ihrer Sicht – jedenfalls tendenziell – kein Bedarf dafür, in Grenzfällen dem Vorsichtsprinzip unter den Gewinnermittlungsprinzipien eine Vorrangstellung einzuräumen (aa.). Allerdings erscheinen auch aus Anteilseignersicht Bilanzierungsvorgaben, welche die Unternehmensleistung zu einer restriktiven Gewinnermittlung unter (einseitiger) Wahrung der Gläubigerinteressen verpflichten und dadurch zur Bildung stiller Rücklagen beitragen, unterstützenswert, wenn sie dazu beitragen, den Preis der Fremdkapitalaufnahme zu senken (bb.). Die ursprüngliche Tendenzbewertung wird aber weiter dadurch gestützt, dass Anteilseigner auf eine vorsichtsgeprägte Rechtsauslegung heute nicht mehr zwingend angewiesen sind, um einer Ausbeutung durch die Unternehmensleitung zu entgehen, da ihnen hinreichende Anreizmechanismen zur Verfügung stehen, um die Unternehmensleitung auf ihre Ziele festzulegen (cc.). Der Spielraum der Unternehmensleitung für opportunistisches Handeln wird sogar wieder erweitert, sofern man dem Vorsichtsprinzip im Rahmen der Bilanzrechtsauslegung eine überragende Stellung zuspricht (dd.).

aa. Informationsinteressen

- 74 Den Anteilseignern ist daran gelegen, zukunftsbezogene (Finanz-)Informationen zu erhalten. Diese sollen dazu dienen, die (künftigen) Dividendenzahlungen des Unternehmens abzuschätzen und eine Grundlage für etwaige (Des-)Investitionsentscheidungen bilden (§ 24 D. I. 1. a. dd. und ee.). Insofern sie zur Folge hat, dass der Unternehmensgewinn tendenziell weniger periodengerecht realisiert wird, schränkt eine gläubigerschutzorientierte Auslegung der Gewinnermittlungsprinzipien die – ohnehin begrenzte – Zukunftsbezogenheit des Jahresabschlusses weiter ein. Denn die Realisation wird bei ihr eher über den Zeitpunkt, zu dem die wirtschaftliche Lage des Unternehmens sich tatsächlich ändert, hinausgezögert. Aus diesem Grund ist eine solche Auslegung aus Anteilseignersicht jedenfalls unter informatorischen Gesichtspunkten nicht zweckmäßig.
- 75 Weiterhin soll das Bilanzrecht aus Anteilseignersicht gewährleisten, dass die auf seiner Grundlage erstellte Rechnungslegung herangezogen werden kann, um die vom Unternehmen auszuschüttenden Zahlungen zu bemessen (Zahlungsbemessungsfunktion). Sofern sie wählen dürften, würden sich die Anteilseigner dabei dagegen

aussprechen, dass Teile des Unternehmenserfolgs (vorläufig) ihrer Verfügungsmacht entzogen werden. Anders wäre es nur dann, wenn bereits ex ante absehbar ist, dass die einstweilige Hinauszögerung von Ausschüttungen bewirkt, dass es zukünftig zu höheren Auszahlungen kommt. Grundsätzlich ist aber anzunehmen, dass die Anteilseigner Rechnungslegungsvorgaben, welche indirekte Ausschüttungssperren aufstellen bzw. ausschüttungsbegrenzende Tendenzen stützen, nicht billigen. Denn jedenfalls wird ihnen hierdurch die entsprechende Entscheidungsbefugnis genommen. Ein dahingehendes Auslegungsergebnis ist deshalb jedenfalls nicht mit einem streng an der Shareholder Value-Maximierung ausgerichteten Unternehmensrechtsverständnis vereinbar.

bb. Kontrolle des Fremdkapitalpreises

Im Rahmen einer Verhandlung über den Inhalt des Bilanzrechts könnten die Anteilseigner allerdings dazu bereit sein, eine Einschränkung ihrer Handlungsspielräume in Ausschüttungsfragen zu akzeptieren, insofern ein Entgegenkommen sich anderweitig positiv auf ihre eigene Position auswirken würde. Dazu müsste die Einschränkung divergierenden Stakeholderinteressen Rechnung tragen. Zudem müsste davon auszugehen sein, dass die Stakeholder das Entgegenkommen der Anteilseigner auch implizit honorieren. Insbesondere würden die Anteilseigner ihre eigenen Primärinteressen deshalb wohl partiell zurückstellen, wenn sich die Fremdkapitalgeberseite andernfalls benachteiligt sehen würde. Das wäre insbesondere dann der Fall, wenn einem am Anteilseignerinteresse ausgerichteten Rechnungslegungsrecht ein zu großes Missbrauchspotenzial innewohnen würde. Denn die Anteilseigner müssten dann annehmen, dass die Fremdkapitalgeberseite dieses Missbrauchspotenzial erkennt und „einpreist“. Die Anteilseigner wären mit andere Worten nicht an einer weniger vorsichtsgeprägten Rechnungslegung interessiert, sofern sich in der Folge die Kosten der Fremdkapitalbeschaffung für das Unternehmen erhöhen, da dies ihnen im Ergebnis schadet.¹⁵⁰² 76

Demnach wird eine Rechnungslegungskonzeption, welche verhindern soll, dass die Anteilseigner aus Sicht der Fremdkapitalgeber die ihnen offenstehenden Spielräume zur Ausbeutung der Unternehmensressourcen offenkundig übermäßig ausnutzen können, auch bei der erstgenannten Gruppe auf Zustimmung stoßen, obschon sie zunächst zu ihren Lasten wirkt. Auslegungsergebnisse, die ausschließen, dass dem Unternehmen über Gebühr Vermögen entzogen werden kann, trotzdem der entsprechende zukünftige Unternehmenserfolg noch unsicher ist, könnten also mit allseitiger Akzeptanz rechnen. 77

¹⁵⁰² Vgl. Armour/Hansmann/Kraakman, in: *Anatomy of Corporate Law*, S. 31.

cc. Bekämpfung von short termism

- 78 Ein dritter Aspekt muss an die etwa von *Whittington* 2008 vertretene These anknüpfen, dass die Anteilseigner ein „Maß an Vorsicht“ im Rahmen der Rechnungslegung begrüßen würden, weil dadurch die Unternehmensleitung ausgebremst werde.¹⁵⁰³ Im Lichte dessen lässt sich vertreten, dass eine stark vorsichtsgeprägte Rechnungslegung auch wegen des Anteilseigner-Manager-Konflikts im Interesse der Unternehmenseigentümer sei. Es ist aber zumindest aus heutiger Sicht fraglich, ob diese Annahme zutrifft. Denn sie beruht primär auf der Erkenntnis, dass die Unternehmensleitung ihr Handeln oftmals kurzfristig ausrichtet (short termism¹⁵⁰⁴). Für Anteilsinhaber, die vor allem an einer langfristigen Solvenz und Stabilität des Unternehmens interessiert sind, also etwa die Eigner von mittelständischen Unternehmen mit voll eingezahlten Kapitaleinlagen,¹⁵⁰⁵ ist dieses Verhaltensmuster problematisch, da ein kurzfristig ausgerichteter Unternehmensleitungshorizont sich zum Beispiel in (zu) geringen Ausgaben für Forschung und Entwicklung niederschlagen kann. Sofern man davon ausgeht, dass es vor allem die Art ihrer Vergütung ist, welche die Unternehmensleitung zu kurzfristigem Verhalten bewegt, kann man auf die Idee kommen, dass sich short termism mit Bilanzrecht bekämpfen lässt. Wenn sich die Vergütung der Unternehmensleitung direkt am Gewinnausweis orientiert bzw. für sie der Börsenpreis des Unternehmens maßgeblich ist¹⁵⁰⁶ und man annimmt, dass dieser von positiven Jahresabschlussergebnissen beeinflusst ist, kann man zugleich die Auffassung vertreten, dass die Unternehmensleitung Anreizen unterliegt, möglichst kurzfristig Gewinne auszuweisen. Vorsichtsgeprägte Bilanzierungsvorgaben könnten insofern, wenn sie aus einer kurzfristigen Leitungsperspektive resultierende bilanzpolitische Maßnahmen verhindern, gegebenenfalls bremsend wirken.¹⁵⁰⁷
- 79 Unabhängig davon, dass die dargestellte Überlegung auf einer ganzen Reihe von Annahmen beruht, ist jedenfalls die ihr zugrundeliegende Prämisse, dass die Unternehmensleitung ihr Handeln gegen die Anteilseigner richtet, heute überholt. Vielmehr ist davon auszugehen, dass moderne Unternehmensleitungen weitgehend im Anteilseignerinteresse agieren. Damit wird nicht behauptet, dass das Phänomen einer kurzfristigen Ausrichtung der Unternehmenszielsetzung nicht mehr existieren würde.¹⁵⁰⁸ Es muss aber angenommen werden, dass eine kurzfristig ausgerichtete Unternehmensleitung heute tendenziell das mutmaßliche Anteilseignerinteresse widerspiegelt. Denn der klassische Prinzipal-Agenten-Konflikt zwischen Anteilseignern und Ge-

1503 *Whittington*, ABACUS 44 (2008), 139 (149).

1504 Vgl. zum Begriff nur *Perry/Nölke*, Rev. Int. Pol. Econ. 13 (2006), 559 (570).

1505 Vgl. *Perry/Nölke*, Rev. Int. Pol. Econ. 13 (2006), 559 (569).

1506 Vgl. *Spamann*, Journal of Legal Analysis 8 (2016), 337 (338).

1507 *Whittington*, ABACUS 44 (2008), 139 (149).

1508 Es gibt das Phänomen weiterhin und auch der Drang zu bilanzpolitischem Earnings Management ist ungebrochen, vgl. *Roe*, ECGI 426/2018 (71 ff.); *Coffee/Palia*, J. Corp. L. 41 (2016), 545 (550).

schaftsführung wurde, indem man die Anreizstruktur der Unternehmensleitung den Eigentümerinteressen angeglichen hat, inzwischen weitgehend aufgelöst.¹⁵⁰⁹ Insbesondere besteht die moderne Geschäftsführervergütung zumeist aus einem Mix aus einer Grundvergütung und Optionsrechten mit mittel- bis langfristiger Laufzeit. Bei kapitalmarktorientierten Unternehmen haben zudem die Fähigkeiten und Ressourcen „aktivistischer“ Anteilseigner, insbesondere von Hedge Funds, drastisch zugenommen.¹⁵¹⁰ Angesichts der aufgezeigten Entwicklungen ist es mittlerweile als Regelfall anzusehen, dass die Anteilseignerseite einen starken Einfluss auf die Unternehmensleitung hat. Infolgedessen müssen die bilanzrechtspolitischen Interessen der Anteilseigner neu bewertet werden. Wenn das Management sein Handeln auf ihre Interessen ausrichtet, dann haben moderne Anteilseigner ein weitaus geringeres Interesse daran, ihm zusätzliche institutionelle Ketten anzulegen. Mithin ist ihnen auch weniger daran gelegen, den Gewinnausweis im Wege einer betont vorsichtsprägen Bilanzrechtsauslegung künstlich zu verzögern.

dd. Verhinderung opportunistischen Verhaltens

Als vierter Aspekt kommt hinzu, dass die Anteilseigner – wie aufgezeigt – vor allem 80 darauf bedacht sein müssen, dass im Unternehmen keine „freien“ Mittel verbleiben. Denn sie haben davon auszugehen, dass die Unternehmensleitung der Versuchung erliegt, solche freien Mittel Zwecken zuzuführen, die nicht in ihrem Interesse liegen. Sie müssen dann mit anderen Worten mit opportunistischem Handeln rechnen. Insofern gilt, dass bei einer hinausgezögerten Gewinnrealisation die Gefahr vorübergehend freier Mittel tendenziell größer ist. Insbesondere werden für eine „vorzeitig“ eingegangene Gegenleistung oftmals nicht im notwendigen Umfang Rückstellungen gebildet (vgl. Teil 4). Aus Anteilseignersicht erscheint es daher auch deshalb vorzugswürdig, wenn das Unternehmen Gewinne möglichst periodengerecht ausweist. Nur dann können die Gewinne schnellstmöglich zu den Anteilseignern gelangen, die dadurch wiederum in die Lage versetzt werden, sie effizient zu reinvestieren. Ebenso zu berücksichtigen ist das Interesse der Unternehmensleitung daran, befähigt zu sein, die Ergebnisse des Unternehmens in schlechten (wie in guten) Geschäftsjahren „glätten“ zu können, weil dies ihr ein Mittel gibt, um Konflikte mit Anteilseignern und Stakeholdern (insbesondere Arbeitnehmern) zu vermeiden. Ein dominantes Vorsichtsprinzip verschafft der Unternehmensleitung auch insofern größere Spielräume. Denn die Berufung auf das Vorsichtsprinzip ist ein starkes bilanzielles Argument, dem angesichts des prinzipienbasierten Aufbaus des HGB-Bilanzrechts kaum

1509 Vgl. im Einzelnen *Coffee/Palia*, J. Corp. L. 41 (2016), 545 (550); *Rock*, U. Penn. L. Review 161 (2013), 1907 (1917).

1510 Hedge Funds verbünden sich heute etwa zu so genannten „Wolf Packs“ oder koordinieren ihr Handeln mit den einflussreichen Proxy Advisors Firms, vgl. *Coffee/Palia*, J. Corp. L. 41 (2016), 545 (550); *Rock*, U. Penn. L. Review 161 (2013), 1907 (1922).

beizukommen ist, sofern das Hierarchieverhältnis von Realisation und Vorsicht nicht eindeutig geklärt ist. Den Anteilseignern muss daran gelegen sein, dies zu verhindern, da es ihre Fähigkeiten zur Überwachung der Leitung einschränkt.

- 81 Die aufgezeigte Problematik behält ihre Relevanz, sofern man heute von einem tendenziellen Interessengleichlauf von Unternehmensleitung und Anteilseignern bzw. einer Auflösung des entsprechenden Agency-Konflikts ausgeht (cc.). Denn unter diesen Vorzeichen rücken „Insider“, also insbesondere Mehrheitsanteilseigner (Blockholder), als diejenigen in den Fokus, die von den Möglichkeiten einer Gewinnglättung profitieren. Möglichkeiten zur Gewinnglättung erlauben es Insidern, wie *Leuz*, *Nanda* und *Wysocki* ausführen, ihre Kontrollvorteile, also diejenigen Vorzüge, welche sie aus ihrer Kontrollstellung ziehen, zu verschleiern und so die Gefahr einer Intervention der „Outsider“ zu verringern.¹⁵¹¹

ee. Zwischenergebnis

- 82 Alles in allem ist eine vorsichtsgeprägte Abwägung der Bilanzierungsprinzipien über die Ertragsrealisation aus Anteilseignersicht mithin allenfalls dann akzeptabel, sofern die Fremdkapitalgeber dadurch signifikant zusätzlich geschützt werden und diesen Extraschutz auch honorieren, indem sie für die Bereitstellung von Kapital niedrigere Preise fordern.

b. Perspektive der Fremdkapitalgeber

- 83 In der Literatur wird eine klare Meinung dazu vertreten, wie das Rechnungslegungsrecht aus Fremdkapitalgebersicht (hypothetisch) ausgestaltet sein sollte. Die Interessen der Fremdkapitalgeber und sonstigen Vertragsgläubiger des Unternehmens werden regelmäßig als auf eine eher „vorsichtsgeprägte“, restriktive Gewinnermittlung ausgerichtet charakterisiert (dazu sogleich). Die Erkenntnisse der ökonomischen Theorie legen jedoch nahe, dass, sofern Unternehmen und Fremdkapitalgeber tatsächlich über die Bilanzierungsregeln verhandelten, die Fremdkapitalgeber Gewinnermittlungsrestriktionen eine untergeordnete Bedeutung zumäßen.
- 84 Dies lässt sich sowohl mittels einer Betrachtung der Informationsinteressen der Gläubiger (aa.) als auch anhand eines genaueren Blicks auf den institutionalisierten Gläubigerschutz begründen (bb., cc., dd. und ee.). Keines der nachfolgend angeführten Argumente ist dabei darauf gerichtet, das geltende gesetzliche Kapitalschutzmodell grundsätzlich infrage zu stellen. Insbesondere wird nicht allgemein für einen Übergang zu einem nur am ex-post-Schutz orientierten Gläubigerschutzmo-

1511 Vgl. zum Ganzen *Leuz/Nanda/Wysocki*, JFE 69 (2003), 505 (506, 510).

dell plädiert.¹⁵¹² Es geht allein darum, die Notwendigkeit für ein übermäßig mit der Gläubigerschutzfunktion aufgeladenes Bilanzrecht infrage zu stellen.

aa. Informationsbedürfnisse der Fremdkapitalgeber

Die Fremdkapitalgeber bedürfen – wie aufgezeigt – vor allem deshalb zukunftsge- 85
richteter Informationen, um sich gegenüber einem risikoorientierten Geschäftsgeba-
ren der Unternehmensleitung abzusichern. Eine „vorsichtsgeprägte“ Auslegung der
Bilanzierungsprinzipien über die Ertragsrealisation läuft diesem Bedürfnis zuwider.
Daneben interessieren sich die Fremdkapitalgeber auch für Auskünfte darüber, ob
das bilanzielle Eigenkapital kleiner ist als das (vorsichtig geschätzte) Unternehmens-
vermögen, weil das Vermögen andernfalls noch ausreicht, um alle von ihnen zu be-
friedigen (I. 1. b.). Insofern kann nicht angenommen werden, dass der skizzierte In-
formationsbedarf der Fremdkapitalgeber auch bei einer vorsichtsgeprägten Ertrags-
realisation *noch* „im Wesentlichen gedeckt“ ist.¹⁵¹³ Denn den Fremdkapitalgebern
ist daran gelegen, Verschlechterungen der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des
Unternehmens möglichst frühzeitig aufzudecken, da sie nur so ermessen können, ob
das Unternehmen ihre Vertragsforderungen erfüllen wird.¹⁵¹⁴

Eine Lageverschlechterung – und damit eine Gefährdung ihrer Ansprüche gegen 86
das Unternehmen – kann sich aus Sicht der Fremdkapitalgeber vor allem aus
einer Veränderung der unternehmensinternen Risikoverteilung zwischen Eigen- und
Fremdkapital ergeben. Brisant ist es insbesondere, wenn sich das Unternehmen
risikoreicher verhält als sich die Fremdkapitalgeber dies wünschen. Da die Anteils-
eigner einseitig von einem risikoorientierten Geschäftsgefahren profitieren, haben
sie einen erheblichen Anreiz dazu, bei der Unternehmensleitung auf eine Missach-
tung der gegenläufigen Risikopräferenzen der Fremdkapitalgeber hinzuwirken (vgl.
I. 1. b.). Der Fokus der Fremdkapitalgeber muss also darauf liegen, zu erkennen, ob
die Unternehmensleitung ihre Forderungen gegen das Unternehmen im Interesse
der Anteilseigner aktiv gefährdet, um sich so vor einer Übervorteilung schützen zu
können. Tendenziell muss das aufgezeigte Schutzbedürfnis im Rahmen der Analyse
angesichts der modernen, gesellschafterorientierten Ausrichtung des Governance-
Systems stärker berücksichtigt werden als das parallellaufende Interesse der Fremd-

1512 Vgl. zur insbesondere Anfang des Jahrtausends intensiv geführten gesellschaftsrechtlichen Diskussion
nur Thole, Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht, S. 47; Blaurock, in: FS T. Raiser, 2005, S. 3 (15 ff.);
Eidenmüller, in: FS Heldrich, 2005, S. 582; Eidenmüller/Engert GmbH 2005, 433 und noch b. ff.

1513 So aber wohl Neus, Betriebswirtschaftslehre aus institutionenökonomischer Sicht, S. 431.

1514 Vgl. Benston/Bromwich/Litan/Wagenhofer, in: dies., Worldwide Financial Reporting, S. 17 (18); Kübler,
in: FS Budde, 1995, S. 361 (365): Die Gläubiger seien zu rationaler Entscheidung befähigte Akteure,
die nicht so sehr an den verborgenen Finanzpolstern abgelagerter Erträge, sondern wie die Eigenkapi-
talgeber primär an möglichst präziser Information über den finanziellen Zustand des Unternehmens
interessiert seien; Coenenberg/Haller/Schultze, Jahresabschluss und Jahresabschlussanalyse, S. 44.

kapitalgeber daran, das (gesetzlich ohnehin geschützte) Eigenkapital zu erhalten. Denn nur solange der Prinzipal-Agenten-Konflikt zwischen Unternehmensleitung und Anteilseignern noch vollständig bestand, konnten sich die Fremdkapitalgeber in relativer Sicherheit wiegen, da die Unternehmensleitung selbst Gläubigerin des Unternehmens ist und sich deshalb rational wie eine solche verhält, also tendenziell risikoavers. Als es ihr freigestellt war, wollte die Unternehmensleitung mit anderen Worten freie Mittel lieber im Unternehmen ansammeln, als sie in neue, risikoreiche Projekte investieren und damit ihren Verlust riskieren.¹⁵¹⁵

87 Wie aufgezeigt, werden Unternehmen heute aber nur noch selten durch eine „freie“ Unternehmensleitung dominiert. Vielmehr haben im modernen Unternehmen die Anteilseigner die Kontrolle übernommen, wodurch sich der ursprüngliche Prinzipal-Agenten-Konflikt abgeschwächt hat. Insbesondere wurden die Interessen von Unternehmensleitung und Anteilseignern weitgehend angeglichen, indem die Vergütungssysteme anreizorientiert ausgestaltet wurden. Infolgedessen kann heute nicht mehr davon ausgegangen werden, dass sich die Interessen von Unternehmensleitung und Fremdkapitalgebern entsprechen. Mit der sinkenden Bedeutung des Agency-Konflikts zwischen Unternehmensleitung und Anteilseignern hat also zugleich der Agency-Konflikt zwischen Anteilseignern und Fremdkapitalgebern proportional an Relevanz gewonnen.¹⁵¹⁶ Als Schlussfolgerung daraus, müssen den Vertragsgläubigern geeignete Mittel zur Verfügung stehen, um die Risikoallokation des Unternehmens im Auge zu behalten. Dabei gilt, dass der Agency-Konflikt zwischen Unternehmen und Fremdkapitalgebern bei (der in Deutschland traditionell üblichen) Existenz eines Kontrollinhabers (Blockholders) und fehlendem Streubesitz noch erheblich größer ist. Denn dann ist es noch wahrscheinlicher, dass die Unternehmensleitung verstärkt das Wohlergehen der Anteilseigner in den Mittelpunkt stellt, wodurch die Gläubigerrisiken proportional weiter ansteigen.¹⁵¹⁷

88 Zu berücksichtigen ist bei alldem allerdings, dass die Bilanz im Ausgangspunkt immer nur eine Momentaufnahme zu liefern vermag und auch der Aussagegehalt eines Vergleichs mehrerer Jahresabschlüsse begrenzt ist. Die Rechnungslegung könne deshalb, so *Neus*, eine aktive Gläubigerschädigung nur dann ersichtlich machen, sofern sie infolge einer Aufdeckung stiller Reserven insbesondere durch Realisation des Veräußerungsgewinns im Hinblick auf einen unterbewerteten Vermögensgegenstand erfolgt.¹⁵¹⁸ Dies bedeutet aber nicht, dass die Fremdkapitalgeber, von der Warte ihres Informationsbedarfs aus gesehen, eine konservative Rechnungslegung bevor-

1515 *Rock*, U. Penn. L. Review 161 (2013), 1907 (1927).

1516 *Rock*, U. Penn. L. Review 161 (2013), 1907 (1938).

1517 Vgl. *Rock*, U. Penn. L. Review 161 (2013), 1907 (1928 f.): „Shareholder control (as proxied by the presence of greater-than-five-percent blockholders) can substantially increase bondholder risk (reflected in bond yields and credit ratings)“.

1518 Vgl. *Neus*, Betriebswirtschaftslehre aus institutionenökonomischer Sicht, S. 431.

zugen, bei welcher der Gewinnausweis möglichst hinausgezögert wird. Zwar wird im Unternehmen hierdurch (ggfs. in ihrem Interesse) ein Kapitalpolster gebildet, die (begrenzten) Informationsmöglichkeiten der Fremdkapitalgeber werden durch die begleitenden Einblicksverzerrungen aber weiter erschwert.

bb. Einbeziehung des institutionalisierten Gläubigerschutzes

Die vorsichtsgeprägte Auslegung kann aus Fremdkapitalgebersicht demnach allenfalls unter dem Gesichtspunkt des institutionalisierten Gläubigerschutzes gerechtfertigt sein. Im Rahmen der Analyse müsste der durch eine vorsichtsgeprägte Rechnungslegung geförderte institutionalisierte Schutz dafür den damit einhergehenden Verlust an entscheidungsnützlichen Informationen (über-)kompensieren.¹⁵¹⁹ Institutionalisiert ist der durch das Bilanzrecht vermittelte Gläubigerschutz insofern, als die Rechnungslegung nicht ihrem eigentlichen Zweck dient, Informationen zu vermitteln, sondern auf die Ausschüttung zurückwirkt. Zu dieser Rückwirkung kommt es, wenn durch Rechnungslegungsvorgaben opportunistische, nachvertragliche Vermögens- und Risikoverlagerungen zulasten der Fremdkapitalgeber verhindert werden. Es lassen sich zwei verschiedene Gesichtspunkte dafür anführen, weshalb eine vorsichtsgeprägte Auslegung der Gewinnermittlungsregeln für einen institutionalisierten Fremdkapitalgeberschutz sorgt. Zunächst trägt eine solche Auslegung „durch die Hintertür“ dazu bei, dass Unternehmen über den gesellschaftsrechtlichen Grundsatz der Kapitalerhaltung hinausgehend angemessen kapitalisiert sind. Denn die Fremdkapitalgeber können darauf hoffen, dass eine vorsichtsgeprägte Auslegung als Vorwand genutzt wird, um Gewinne im Wege bilanzpolitischer Maßnahmen (§ 1 A. III. 2. b.) vorläufig bilanziell zu verstecken.¹⁵²⁰ Dadurch entsteht dann eine Art „Kissen“ in Form von stillen (bzw. präziser: versteckten¹⁵²¹) Reserven oder Rücklagen, für den Fall, dass die Gesellschaft Verluste macht.¹⁵²² Eine solche Kissenbildung kommt vor allem langfristigen Gläubigern, also etwa den Hausbanken, zugute. Da es ihr vordringliches Anliegen ist, die Sicherheit ihrer langfristigen Kredite zu ge-

1519 Vgl. die entsprechenden Ausführungen von Böcking/Gros, in FS Hopt, 2010, S. 413 (416 f.) dazu, warum „ein insider-System nicht zwingend nach einem vorrangig auf die Vermittlung entscheidungsnützlicher Informationen ausgerichteten Rechnungslegungssystem“ verlangt.

1520 Coenenberg/Haller/Schultze, Jahresabschluss und Jahresabschlussanalyse, S. 44, 381 f.

1521 In der amerikanischen Accounting Theory ist dementsprechend der präzisere Begriff „hidden reserves“ verbreitet, vgl. den Hinweis darauf bei Kübler, in: FS Budde, 1995, S. 361 (364).

1522 Begriff übernommen von Kübler, in: FS Budde, 1995, S. 361 (363), der sich wiederum auf US-amerikanische Literatur beruft; vgl. auch Benston/Bromwich/Litan/Wagenhofer, in: dies., Worldwide Financial Reporting, S. 17 (18): „Because [the enterprise's] ability [to repay its debts or honor its obligations] is affected primarily by the enterprise's present and possible future losses rather than by increases in economic value, creditors and suppliers generally favor conservative accounting rules, or those where all expected losses are recorded and gains are delayed until they are almost certain.“; vgl. insofern auch die Argumentation von Perry/Nölke Rev. Int. Pol. Econ. 13 (2006), 559 (569) sowie Neus, Betriebswirtschaftslehre aus institutionenökonomischer Sicht, S. 433.

währleisten, ziehen sie (über-)vorsichtiges Handeln risikoreicherem, aber potenziell renditeträchtigerem Agieren vor.¹⁵²³

- 90 Davon abgesehen können die Fremdkapitalgeber erwarten, dass eine vorsichtsgeprägte Auslegung das Schuldendeckungspotenzial von Unternehmen mit beschränkter Gesellschafterhaftung absichert, indem Gewinnausschüttungen an die Anteilseigner gebremst werden.¹⁵²⁴ In diesem Licht betrachtet, wirkt das Bilanzrecht aktiv daran mit, die Haftungssubstanz der Gesellschaft zu erhalten, also dabei, dass der den Gläubigern als Zugriffsmasse exklusiv zur Verfügung stehende Haftungsfonds nicht durch Ausschüttungen an die Gesellschafter gefährdet wird.¹⁵²⁵

cc. Unbeachtlichkeit des Interesses an Finanzpolstern

- 91 Das aufgezeigte (berechtigte) Interesse der Fremdkapitalgeber daran, im Unternehmen durch eine vorsichtsgeprägte Bilanzierung möglichst große Finanzpolster entstehen zu lassen, muss sich nicht zwingend auf der Ebene eines hypothetischen Konsenses zwischen den Unternehmensakteuren durchschlagen. Dagegen, es durchschlagen zu lassen, spricht eine Betrachtung dieses Interesses im Lichte des Gesamtsystems der Unternehmensfinanzierung und der zum Schutz seiner Akteure gedachten Institutionen. Insbesondere wird den Gläubigern gesellschaftsrechtlich ein gesetzlicher Schutz vor einer materiellen¹⁵²⁶ Unterkapitalisierung weitgehend versagt. Die im Angesicht ihrer Finanzierung „angemessene“ Kapitalausstattung von Unternehmen wird mit anderen Worten nicht als Zielsetzung des Unternehmensrechts anerkannt. Zum Ausdruck kommt dies bekanntlich, wenn Unternehmen keine ausreichende Kapitalausstattung zur Verfügung gestellt wurde und dies zur Insolvenz geführt hat.
- 92 So erkennt die Rechtsprechung zurecht keinen auf den Umstand der Unterkapitalisierung gestützten Haftungsdurchgriff auf die dafür verantwortlichen Gesellschafter an. Seit der II. Senat des BGH in der „Trihotel“-Entscheidung die sog. Existenzvernichtungshaftung als missbräuchliche Schädigung des im Gläubigerinteresse zweckgebundenen Gesellschaftsvermögens und als besondere Fallgruppe der vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung in § 826 BGB eingeordnet hat, wird

1523 Perry/Nölke Rev. Int. Pol. Econ. 13 (2006), 559 (569).

1524 Vgl. Hennrichs StW 2005, 256 (257): Um den Kapitalschutz zu gewährleisten, müsse die Gesellschaftsrechtsordnung, so heißt es etwa bei Hennrichs, auf Ebene des Bilanzrechts nicht nur Gewinnermittlungsregeln bereitstellen, sondern diese auch so ausgestalten, dass der Kapitalerhaltungsgrundsatz nicht im Gewande „freigiebiger“ Bilanzvorschriften unterlaufen werden könne.

1525 Vgl. zu beiden Zwecksetzungen Hennrichs, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, § 9 Rn. 78 sowie ders. StW 2005, 256 (257).

1526 Demgegenüber werden Fälle, in denen es um die Umqualifizierung eigenkapitalersetzender Gesellschafterleistungen (v.a. Darlehen) geht, als nominelle Unterkapitalisierung bezeichnet, vgl. Heider, in: MüKo-AktG, § 1 Rn. 76.

insofern allenfalls noch eine schadensersatzrechtliche Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft diskutiert.¹⁵²⁷ Im Hinblick auf Fälle materieller Unterkapitalisierung handhabt der II. Senat selbst diese aber mit äußerster Zurückhaltung. Denn die Existenzvernichtungshaftung habe allein den Zweck, eine im Hinblick auf den engen Anwendungsbereich der Kapitalerhaltungsvorschriften (§§ 30, 31 GmbHG für die GmbH) entstehende „Schutzlücke für das Gesellschaftsvermögen auch jenseits der Stammkapitalziffer, soweit es zur Gläubigerbefriedigung benötigt wird“, systemkonform zu schließen.¹⁵²⁸

Die Existenzvernichtungshaftung solle also (nur!) wie eine das gesetzliche Kapitalerhaltungssystem ergänzende, aber deutlich darüber hinausgehende Entnahmesperre wirken, indem sie die sittenwidrige, weil insolvenzverursachende oder vertiefende „Selbstbedienung“ des Gesellschafters vor den Gläubigern der Gesellschaft durch die repressive Anordnung der Schadensersatzpflicht in Bezug auf das beeinträchtigte Gesellschaftsvermögen ausgleicht.¹⁵²⁹ Das Vertrauen der Gesellschaftsgläubiger wird damit allein insoweit als schützenswert anerkannt, als es um die Aufbringung und möglichst ungeschmälerte Erhaltung des Mindesthaftkapitals, also des im Handelsregister ausgewiesenen Nominalkapitals geht. Demgegenüber steht die genaue Festlegung der Höhe des Mindesthaftkapitals grundsätzlich im unternehmerischen Ermessen der Gründer der Kapitalgesellschaft. Die Art und Weise der Unternehmensfinanzierung sei, so der BGH weiter, eine unternehmerische Entscheidung und deshalb rechtlicher Kontrolle lediglich jenseits des weiten unternehmerischen Ermessensspielraums zugänglich.¹⁵³⁰

Obschon die Auslegung des Rechnungslegungsrechts in keinem direkten Zusammenhang zur Ausgestaltung des gesellschaftsrechtlichen Haftungsregimes steht, erscheinen die vom II. Senat vorgebrachten Bedenken gegenüber Versuchen, eine „angemessene“ Kapitalausstattung von Unternehmen gewährleisten zu wollen, auf die hiesige Fragestellung übertragbar. Darüber hinaus erscheint es aber auch deshalb fernliegend, das auf die Entstehung von Kapitalpolstern gerichtete Fremdkapitalgeberinteresse berücksichtigten zu wollen, da die Frage, wann die Gesellschaft mit „angemessenem“ Kapital ausgestattet ist, sich kaum einmal beantworten lässt.¹⁵³¹

1527 Vgl. grundlegend BGH Urt. v. 16.7.2007 – II ZR 3/04 („TRIHOTEL“) = BGHZ 173, 246 = NJW 2007, 2689 Rn. 15 ff.; im Anschluss daran BGH Urt. v. 28.4.2008 – II ZR 264/06 („GAMMA“) = BGHZ 176, 204 = NJW 2008, 2437 Rn. 10.

1528 BGH Urt. v. 28.4.2008 – II ZR 264/06 („GAMMA“) = BGHZ 176, 204 = NJW 2008, 2437 Rn. 13.

1529 BGH Urt. v. 28.4.2008 – II ZR 264/06 („GAMMA“) = BGHZ 176, 204 = NJW 2008, 2437 Rn. 13.

1530 Das unternehmerische Ermessen soll nur dann überschritten bzw. fehlgebraucht sein, wenn die Gesellschaft mit einem Eigenkapital ausgestattet wurde, welches in keinem Verhältnis zu dem wirtschaftlichen Risiko steht, das erkennbar mit dem Gegenstand des Unternehmens verbunden ist. Die Krise der Gesellschaft muss also förmlich vorprogrammiert sein. Vgl. zum Ganzen etwa Heider, in: MüKo-AktG, § 1 Rn. 77.

1531 Vgl. Bainbridge/Henderson, Limited Liability, S. 291: „If [a] statute specifies a minimum amount of capital [...], for example that amount will either be too large or too small. One size does not fit all.

dd. Anteilseignerbelastende Breitenwirkung der Vorsichtsprägung

- 95 Als mögliche Zielsetzung einer vorsichtsgeprägten Auslegung verbleibt damit das Anliegen, das Schuldendeckungspotenzial des Unternehmens angesichts der Gefahr einer nicht durch schlechtes Wirtschaften, sondern durch eine aktive Anteilseignerbevorzugung ausgelösten Insolvenz sicherzustellen. Im Lichte dessen betrachtet stellt sich ein durch vorsichtsgeprägte Bilanzrechtsauslegung aufgebautes Haftungspolster als eigenständiges, weiteres Teilelement des Fremdkapitalgeberschutzes dar. Es ergibt sich in Deutschland dann das Bild eines Dreifachschutzes für Vertragsgläubiger des Unternehmens: Der Rechnungslegungsschutz tritt als dritte Säule neben den institutionalisierten Gläubigerschutz durch Haftung und das ebenfalls durch das Bilanzrecht gewährleistete kapitalgesellschaftsrechtliche System aus nomineller Kapitalerhaltung und Pflichtrücklagen (Kapitalschutz durch Bilanzrecht), also diejenigen Regelungen, welche vorschreiben, dass das geldziffernmäßig bestimmte, ursprüngliche Eigenkapital erhalten bleibt. Dieser Übermaßschutz lässt sich aber nicht rechtfertigen.
- 96 Vielmehr geht es bei der vorsichtsgeprägten Auslegung im Lichte dessen schlussendlich um eine übermäßige Gläubigerabsicherung. Bei einer Ausrichtung von Rechnungslegungsvorgaben auf den Gläubigerschutz wird ein institutionalisierter Abschreckungsmechanismus gegenüber potenziell gläubigerschädigendem Verhalten etabliert, dabei jedoch im Interesse der Fremdkapitalgeber in Kauf genommen, dass die Interessen der Anteilseigner zugleich pauschal zurückgestellt werden. Der vorsichtsgeprägten Auslegung des Rechnungslegungsrechts kommt mit anderen Worten eine die Anteilseigner belastende Breitenwirkung zu, es wird mit den sprichwörtlichen Kanonen auf Spatzen geschossen. Diese Breitenwirkung wäre nur dann gerechtfertigt, sofern das Gesellschaftsrecht nicht Mechanismen aufweist, die spezifische gläubigerschädigende Transaktionen zugunsten der Anteilseigner oder der Unternehmensleitung verhindern und diese in ihrer Gesamtheit ein bereits hinreichend gläubigerabsicherndes System bilden. Ein Rechnungslegungssystem sollte mithin nur so lange auf den Schutz der Fremdkapitalgeber (bzw. anderer „Outsider“) ausgerichtet sein, wie keine anderweitigen hinreichenden Schutzinstrumente greifen, die bereits effektiv einer Ausbeutung des Unternehmens durch die Anteilseigner (insbesondere solche, die der Gruppe der Insider angehören) zulasten anderer Unternehmensakteure entgegenwirken.¹⁵³² Im Hinblick auf Deutschland scheint es – wie unter ff. und gg. ausschnittsweise aufgezeigt wird – ausgeschlossen, davon auszugehen, dass das Gesellschaftsrecht diese Hürde nicht längst überwunden hat.

“„Only with hindsight can one determine accurately how much capital or insurance will be necessary for any given corporation“; s. auch etwa Heider, in: MüKo-AktG, § 1 Rn. 77.

1532 Vgl. allgemein zu den Wechselwirkungen zwischen Outsider-Schutzinstrumenten und bilanzpolitischem Insider-Handeln: Leuz/Nanda/Wysocki, JFE 69 (2003), 505 (507).

ee. Herabgesetzte Schutzbedürftigkeit der Fremdkapitalgeber

Bevor der Stellenwert des gläubigerschützenden Gesellschaftsrechts näher diskutiert wird, ist darauf hinzuweisen, dass gegen die Strukturvorgabe eines gläubigerschützenden Bilanzrechts natürlich auch das bekannte ökonomische Argument der allgemein herabgesetzten Schutzbedürftigkeit der Fremdkapitalgeber spricht. Es geht dahin, dass Fremdkapitalgeber generell in der Lage sind, sich selbst gegenüber einem opportunistischen Verhalten anderer Unternehmensakteure abzusichern (dazu (1) und (2)).

(1) Herkömmliche Begründung der herabgesetzten Schutzbedürftigkeit

Auch bei der Modellierung einer hypothetischen Vertragslösung der Unternehmensakteure muss zunächst eine Rolle spielen, dass sich die Fremdkapitalgeber der ökonomischen Theorie zufolge – mit einer Reihe von Einschränkungen – selbst vertraglich absichern können. Es ist anzunehmen, dass Fremdkapitalgeber ein im Vergleich zu den Anteilseignern geringeres Bedürfnis für gesetzliche Rechnungslegungsvorgaben haben, da sie über weitaus bessere Möglichkeiten verfügen, um ihre Investitionen in das Unternehmen ex ante (vertraglich) zu schützen.¹⁵³³ Zu berücksichtigen ist zudem, dass die Fremdkapitalgeber einem geringeren Risiko unterliegen, ihr in das Unternehmen eingebrachtes Kapital vollständig zu verlieren, da sie sich – zu vergleichsweise geringen Kosten – aus dem Vertragsverhältnis mit dem Unternehmen lösen und anschließend ihre Ressourcen anderweitig einsetzen können.¹⁵³⁴ So steht es Kreditgebern grundsätzlich frei, dem Unternehmen darlehensvertraglich Vorgaben zur Kapitalaufbringung, -erhaltung und Gewinnausschüttung zu machen. Insbesondere können sie sich auch individuell passgenaue Informationsrechte bzw. Partizipationsmöglichkeiten einräumen lassen.¹⁵³⁵

Eine Gefährdung ihrer Ansprüche können die Fremdkapitalgeber zudem – zumindest theoretisch – weitgehend dadurch vermeiden, dass sie auf eine Anpassung der Anreizstruktur der Unternehmensleitung an die Verteilung von Eigen- und Fremd-

1533 Vgl. für die Vertragsgläubiger einer Kapitalgesellschaft etwa *Bainbridge/Henderson, Limited Liability*, S. 283: „Where a contract creditor fails to bargain around the limited liability default rule, there is no justification for giving it a second bite at the apple“. In seiner *Centros*-Entscheidung hat der EuGH im Angesicht einer Gesellschaft englischen Rechts jedenfalls die Notwendigkeit eines gesetzlichen Mindestkapitals und des Kapitalschutzes vor dem Hintergrund der europarechtlich gewährleisteten Informationsmöglichkeiten der Gläubiger in Frage gestellt, vgl. EuGH Urt. v. 9.3.1999 – C-212/97 („Centros“) = ECLI:EU:C:1999:126 Rn. 36.

1534 Vgl. zum Argument der herabgesetzten Schutzbedürftigkeit von Stakeholdern (speziell Arbeitnehmern) grundlegend: *Williamson* *Yale Law Journal* 93 (1984), 1197 ff.; *ders.* *Journal of Finance* 43 (1988), 567 (579 ff.). Die Belange der Inhaber von hybriden, zwischen Eigen- und Fremdkapital anzusiedelnden Finanzierungstitel müssen bei der Argumentation ausgeblendet bleiben.

1535 Vgl. zu den Möglichkeiten im Einzelnen *Kirchner*, in: FS Beisse, 1997, S. 267 (279, 282); *Rock* *U. Penn. L. Review* 161 (2013), 1907 (1930); s. auch *Siebler*, *Internationalisierung der Rechnungslegung*, S. 183.

kapital im Unternehmen hinwirken, indem das Fremdkapital in die Vergütungsparameter einbezogen wird.¹⁵³⁶ Selbst nach Vertragsschluss (ex post) können sich die Fremdkapitalgeber – anders als die Anteilseigner – noch vor einem Totalverlust schützen, indem sie zusätzliche Sicherheiten verlangen oder die Fälligkeit der ihnen gegen das Unternehmen zustehenden (Rückzahlungs-)Ansprüche nachträglich verkürzen. Zudem werden die Fremdkapitalgeber im Insolvenzfall – also bei einem finanziellen Scheitern des Unternehmens – gegenüber den Anteilseignern bevorzugt befriedigt. In die Analyse ist schließlich einzubeziehen, dass Fremdkapitalgeber die Gefahr einer Übervorteilung durch die Anteilseigner bereits berücksichtigen, wenn sie den Preis bestimmen, zu dem sie bereit sind, neues Fremdkapital zum Unternehmen beizusteuern.¹⁵³⁷ Die Preisgestaltungsmacht führt dazu, dass kreditsuchende Unternehmen ein erhebliches Eigeninteresse daran haben, potenzielle Fremdkapitalgeber freiwillig über ihre wirtschaftliche Lage zu informieren, sodass es weniger auf das staatliche Bilanzrecht ankommt. Andernfalls müssen die Unternehmen damit rechnen, dass am Fremdkapitalmarkt Misstrauen gegenüber ihrer Kreditwürdigkeit aufkommt und sie durch den Markt sanktioniert zu werden, indem ihnen eine (finanzierbare) Kapitalaufnahme verschlossen bleibt.¹⁵³⁸

- 100 Um ihre Kreditwürdigkeit zu erhalten, werden Unternehmen an einer Selbstbindung zur Informationsübermittlung auch während einer laufenden Kreditbeziehung interessiert sein. Bei näherer Betrachtung lassen sich im Wesentlichen nur zwei Situationen anführen, in denen der Vertragsschutz zu versagen droht: „first, where the creditor was misled by the shareholder and, as a result of that misrepresentation, forfeited the protections of a personal guarantee; and second, where the shareholder has siphoned funds out of the firm, so that it is ex post undercapitalized.“¹⁵³⁹

(2) Bekannte Gegenargumente

- 101 All dies bedeutet selbstverständlich nicht, dass die Eigentümerinteressen einseitig zu priorisieren wären. Dagegen spricht schon, dass der Gedanke eines herabgesetzten Schutzbedürfnisses der Gläubiger nur im Hinblick auf Fremdkapitalgeber voll überzeugt, da nur sie tatsächlich über hinreichende vertragliche Schutzmöglichkeiten verfügen. Auch wenn man im Sinne der hier vorgenommenen Wertentscheidung (3.) die gesetzlichen Unternehmensgläubiger außen vor lässt,¹⁵⁴⁰ lassen sich eine

1536 Vgl. näher *Rock U. Penn. L. Review* 161 (2013), 1907 (1935, 1937).

1537 *Rock U. Penn. L. Review* 161 (2013), 1907 (1930).

1538 Vgl. *Rock U. Penn. L. Review* 161 (2013), 1907 (1930); vgl. auch *Lange*, Bilanzrecht und Ökonomische Theorie, S. 29.

1539 *Bainbridge/Henderson*, Limited Liability, S. 283 f.

1540 Personen, die aufgrund eines gesetzlichen Schuldverhältnisses einen Anspruch gegen das Unternehmen erlangt haben (gesetzliche Gläubiger, insbesondere Deliktsgläubiger), gar nicht dazu in der Lage sind, den Funktionsgehalt der bilanziellen Ausschüttungsrestriktionen im Wege einer vertraglichen

Reihe von (Vertrags-)Gläubigergruppen ausmachen, die grundsätzlich staatliche Rechnungslegungsvorgaben benötigen, da sie nicht dazu in der Lage wären, den Funktionsgehalt der bilanziellen Ausschüttungsrestriktionen durch eine vertragliche Vereinbarung zu substituieren. Das Gesetz ist also zumindest immer dann relevant, wenn ein Marktversagen in Rede steht. Auch abseits davon können Gläubigergruppen aber von einer „Zwangsinformation“¹⁵⁴¹ in Form gesetzlich vorgeschriebener Rechnungslegung samt korrespondierender Rechnungslegungspublizität profitieren, wenn ihnen also schon von Gesetzes wegen ein Instrument zur Seite gestellt wird, welches ihnen dabei hilft, ihre Beziehung zum Unternehmen zu gestalten.

(i) Berücksichtigung der Transaktionskostensenkung

Einer gesetzessubstituierenden Vertragsschutzlösung für die Unternehmensgläubiger können zunächst die damit verbundenen Transaktionskosten (Such-, Verhandlungs-, Überwachungs- und Anpassungskosten) entgegenstehen. Ein hoheitlich gewährleisteter Gläubigerschutz wirkt jedenfalls insofern transaktionskostensenkend als er dasjenige abbildet, was die Parteien (in Abwesenheit damit verbundener Kosten) ohnehin vereinbart hätten, und die Parteien deshalb dazu befähigt, auf eigene Vereinbarungen zu verzichten.¹⁵⁴² Dabei ist allerdings zu beachten, dass die Kosten, zu denen sich Fremdkapitalgeber vertraglich schützen können, regelmäßig relativ gering sind: Da ein Darlehensverhältnis zumeist nur zwei (Darlehensgeber und -nehmer) oder jedenfalls wenige Parteien umfasst, kann hier mit geringem Aufwand verhandelt (und ex post nachverhandelt) werden.¹⁵⁴³ Damit erweist sich das Bilanzrecht vordergründig als ein Instrument zum Schutz von (Klein-)Gläubigern, die sich aufgrund der im Raum stehenden Transaktionskosten überhaupt nicht um

Vereinbarung zu substituieren. Bevor ihre Beziehung zum Unternehmen begründet wird, haben diese Personen zudem per se keine Möglichkeit, sich Informationen über die Solvenz des Unternehmens auszubedingen oder ihren Anspruch vertraglich abzusichern. Die gesetzlichen Abschlüsse können sie hingegen noch konsultieren, nachdem ihr Anspruch gegen das Unternehmen begründet wurde. Selbst wenn der institutionelle Gläubigerschutz insgesamt zweifelhaft erscheint, ist er also jedenfalls aus Sicht der Nicht-Vertragsgläubiger gerechtfertigt, vgl. allgemein *Watrin*, Internationale Rechnungslegung und Regulierungstheorie, S. 97 ff., 209 ff.; *Kirchner*, in: FS Beisse, 1997, S. 267 (279); in Deutschland wurde dieser Aspekt vor allem als Argument gegen Bestrebungen, die danach trachteten, den gesellschaftsrechtlichen Kapitalschutz etwa durch einen „Solvency-Test“ zu ersetzen, vorgebracht, vgl. *Schön* ZGR 2000, 706 (726 ff.); *Hüttemann* BB 2004, 203 (206); *Merk* ZGR 2004, 305 (313 f.); *Henrichs* StW 2005, 256 (260); dazu auch *Siebler*, Internationalisierung der Rechnungslegung, S. 347.

1541 *Kirchner*, in: FS Beisse, 1997, S. 267 (278).

1542 Vgl. *Kirchner*, in: FS Beisse, 1997, S. 267 (279, 282): Es komme auf die Lückenschließungsfunktion des Bilanzrechts an, sofern es bei einer Kosten-Nutzenabwägung sinnvoller sei, potenzielle vertragliche Vereinbarungen durch für alle geltende Regelungen zu ersetzen; s. auch *Kahle*, Internationale Rechnungslegung, S. 135 f.; *Siebler*, Internationalisierung der Rechnungslegung, S. 347.

1543 *Leuz/Wüstemann*, in: *Krahen/Schmidt*, The German Financial System, S. 450 (452); *Rock*, U. Penn. L. Review 161 (2013), 1907 (1931).

eine Vertragslösung bemüht hätten.¹⁵⁴⁴ Denn insofern substituierende vertragliche Vereinbarungen abschreckend hohe Transaktionskosten verursachen würden, also Kosten, die sie davon abhalten würden, sich selbst zu schützen, sind die Vertragsgläubiger des Unternehmens trotz der grundsätzlich existierenden vertraglichen Schutzmöglichkeiten auf einen gesetzlichen Kapitalschutz sowie gesetzlich gewährleistete Informationen angewiesen.

- 103 Empirische Untersuchungen haben indes nahegelegt, dass gesetzliche Rechnungslegungsregeln, welche einen institutionalisierten gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutz abstützen, auch allgemein dazu führen, dass Unternehmensgläubiger sich weniger vertragliche Schutzmechanismen ausbedingen.¹⁵⁴⁵ Sofern der gesetzliche Jahresabschluss die Fremdkapitalgeber vor Vertragsschluss und während der laufenden Kreditbeziehung über das Unternehmen informiert, ersparen sie sich zudem die Kosten einer eigenen Informationssuche und die Aushandlung entsprechender Informationsrechte. Während der laufenden Kreditbeziehung lassen sich Kontrollkosten, die anfallen würden, um die Konditionen vertraglich eingeräumter Sicherheiten oder Mitspracherechte aufrecht zu erhalten, sowie die Kosten einer etwaigen Vertragsanpassung einsparen. Dies kommt nicht zuletzt auch dem Unternehmen als Ganzem zugute.¹⁵⁴⁶

(ii) Berücksichtigung von Gerechtigkeitserwägungen

- 104 Dass ein institutioneller Gläubigerschutz aus Gläubigersicht generell notwendig sei, wird in der einschlägigen Literatur landläufig weiter damit begründet, dass, selbst wenn man die (niedrigen) Transaktionskosten vertraglicher Regeln außenvorlasse, nicht jeder Gläubiger gleichermaßen dazu in der Lage sei, sich mittels vertraglicher Vereinbarungen effektiv zu schützen.¹⁵⁴⁷ Denn manche Gläubigergruppen hätte schlichtweg eine zu schwache Verhandlungsposition, um sich einzelvertragliche (Informations- oder Ausschüttungs-)Rechte auszubedingen.¹⁵⁴⁸ Weiterhin trete das

1544 *Watrin* DB 2001, 933 (936); *Hennrichs* StW 2005, 256 (260); vgl. auch *Siebler*, Internationalisierung der Rechnungslegung, S. 347.

1545 So sollen nach *Leuz/Wüstemann*, in: *Krahen/Schmidt*, The German Financial System, S. 450 (452) deutsche Kreditverträge weniger umfangreiche vertragliche Schutzmechanismen enthalten als US-amerikanische Kreditverträge, da bereits die hiesige Rechnungslegung Ausschüttungen an die Anteilseigner beschränke. Demgegenüber umfassten US-Verträge umfangreiche Debt-Covenants, da die US-GAAP gerade nicht an den Fremdkapitalgeberinteressen ausgerichtet seien.

1546 Vgl. *Lange*, Bilanzrecht und Ökonomische Theorie, S. 28 f.; *Siebler*, Internationalisierung der Rechnungslegung, S. 184.

1547 *Pellens/Strzyz*, in: *Hommelhoff/Hopt/v. Werder*, Handbuch Corporate Governance, S. 533 (537); *Rock* U. Penn. L. Review 161 (2013), 1907 (1934 f.); *Hennrichs* StW 2005, 256 (260); *Arbeitskreis Bilanzrecht* BB 2002, 2372 (2375 f.); *Schön* ZGR 2000, 706 (726 f.); *ders.* ZHR 166 (2002), 1 (4 f.); *Hommelhoff*, in: *Kleindiek/Oehler*, Die Zukunft des deutschen Bilanzrechts, S. 141 (150 f.); *Watrin* DB 2001, 933 (936); vgl. auch *Siebler*, Internationalisierung der Rechnungslegung, S. 347.

1548 Vgl. in der Debatte um eine „Aufgabe“ des herkömmlichen Kapitalschutzsystems zugunsten von „Solvency-Tests“: *Schön* ZHR 166 (2002), 1 (4); *Hüttemann* BB 2004, 203 (206); *Merk* ZGR 2004, 305

staatliche Recht an die Stelle defizitärer Einzelvertragsregelungen, welche es dem Unternehmen erlaubt hätten, im Rahmen der Informationsübermittlung negative Gesichtspunkte zu unterdrücken und positive überzubetonen bzw. das Zahlenwerk auf andere Art zu manipulieren.¹⁵⁴⁹ Zwar schützten verhandlungsstarke Fremdkapitalgeber, sofern sie sich Bilanzierungs- und Ausschüttungsvorgaben vorbehalten, mittelbar Gläubiger, denen eine Verhandlungslösung nicht offensteht, in gewisser Weise mit, die hoheitliche Gewährleistung gehe jedoch über diesen bloßen „Reflexschutz“ hinaus.¹⁵⁵⁰ Vertragslösungen bevorzugten zudem zwangsläufig „starke“ Gläubigergruppen, da diese in der Lage seien, sich vertraglich höhere Sicherheiten einräumen zu lassen als andere Gläubiger. Starke Gläubiger seien demgemäß im Lichte des für Schuldverhältnisse geltenden Relativitätsgrundsatzes dazu in der Lage, ein Verhältnis der exklusiven Sicherung zu schaffen.¹⁵⁵¹

ff. Besondere Schutzbedürftigkeit allein in der Unternehmenskrise

Das Argument der herabgesetzten Schutzbedürftigkeit von Fremdkapitalgebern bleibt damit lückenhaft. Die These eines Übermaßschutzes wird aber weiter dadurch gestützt, dass Fremdkapitalgeber grundsätzlich erst in einer Unternehmenskrise des gesetzlichen Schutzes bedürfen, wohingegen die Strukturvorgabe eines gläubigerschützenden Bilanzrechts bereits dann greift, wenn eine Krise noch gar nicht absehbar ist. Für „Debt governance“ bedarf es aus ökonomischer Sicht mit anderen Worten eines spezifischen Auslösers,¹⁵⁵² der landläufig in dem Umstand gesehen wird, dass das Unternehmen in eine finanzielle Notlage geraten ist. Denn (nur) dann sollen die Fremdkapitalgeber zu derjenigen Akteursgruppe im Unternehmen werden, welche aus Sicht des Rechts besonders schutzwürdig ist, also in die Position hineinwachsen, welche grundsätzlich die Anteilseigner einnehmen.¹⁵⁵³ Im Hintergrund steht, dass die Fremdkapitalgeber vor allem dann, wenn sich das Unternehmen in einer finanziellen Notlage befindet, dem Risiko eines opportunistischen Verhaltens ausgesetzt sind, da mit dem Eintritt der Krise eine flächendeckende Risikoverschiebung zu ihren Lasten stattfindet. Während des regulären Geschäftsverlaufs ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die Anteilseigner effiziente Ent-

(313 f.); *Hennrichs* StW 2005, 256 (260): Die modellhafte Vorstellung, sämtliche Gläubiger seien gleich verhandlungsstarke Partner, die in einem friktionsfreien Diskurs für einen effizienten Schutz selbst sorgen können, entspreche nicht der Lebenswirklichkeit; allgemein auch *Watrin*, Internationale Rechnungslegung und Regulierungstheorie, S. 97 ff., 209 ff.; *Siebler*, Internationalisierung der Rechnungslegung, S. 347.

1549 *Lange*, Bilanzrecht und Ökonomische Theorie, S. 29; *Siebler*, Internationalisierung der Rechnungslegung, S. 184.

1550 *Hennrichs* StW 2005, 256 (260).

1551 Vgl. *Hennrichs* StW 2005, 256 (260): Spezifische Sicherheiten zugunsten großer Gläubiger seien kein öffentliches Gut für alle Gläubiger, sondern privatautonom reserviert.

1552 Vgl. *Rock* U. Penn. L. Review 161 (2013), 1907 (1938).

1553 Vgl. *Gerner-Beuerle/Schuster*, EBOR 15 (2014), 191 (223).

scheidungen im Hinblick auf das Unternehmen treffen werden, da sie über das Eigenkapital angemessen am Risiko eines Misslingens beteiligt sind. In dem Maße, wie das Eigenkapital des Unternehmens in einer Krise aufgezehrt wird, wird das Handeln der Anteilseigner aber nicht mehr von dem Gedanken daran, dass sie ihr eingebrachtes Kapital verlieren könnten, bestimmt.¹⁵⁵⁴ In einer Krise verändert sich mit anderen Worten die Anreizstruktur der Anteilseigner hinsichtlich der durch sie weiterhin (mittelbar) kontrollierten, verbleibenden Unternehmensmittel. Da ihr Residualanspruch nunmehr ohnehin abgesunken ist, drängen die Anteilseigner im Krisenfall tendenziell darauf, überproportional große Risiken einzugehen. Denn wenn ein risikoreiches Geschäft jetzt erfolglos bleibt, werden die daraus entstehenden Kosten externalisiert, wohingegen alle Gewinne den Anteilseignern zugeschlagen werden¹⁵⁵⁵ und sie das Unternehmen aus der drohenden Insolvenz hinausmanövrieren, falls es gelingt.¹⁵⁵⁶ Im Krisenfall wird die Asymmetrie in den Risikoprofilen von Anteilseignern und Fremdkapitalgebern also besonders groß, da aufgrund der dünnen Eigenkapitaldecke dann jedes neue Geschäft die Ansprüche der Fremdkapitalgeber bedroht.

- 106 Ins Gewicht fällt daneben, dass sich auch die Anreizstruktur der Unternehmensleitung bei Kriseneintritt ändert. Im modernen Governance-System wird die Unternehmensleitung ohnehin im Zweifel im (modifizierten) Anteilseignerinteresse handeln. Da eine Insolvenz dazu führen würde, dass sie einen erheblichen Reputationsverlust erleidet, wird sie in einer Krise aber auch aus sich heraus zu risikoorientiertem Handeln bewegt.¹⁵⁵⁷ Den dargestellten Überlegungen trägt das Recht dadurch Rechnung, dass für den Krisenfall minimalinvasive und präzise Eingriffsmöglichkeiten in Unternehmen zur Verfügung gestellt werden. Das gilt zunächst für die insolvenzrechtlichen Schutzmechanismen. Das Insolvenzrecht gewährleistet in Form der Insolvenzantragsgründe und der korrespondierenden, haftungsrechtlich abgesicherten Pflichten zur Antragstellung einen präventiven Gläubigerschutz (§§ 15a, 15b InsO). Dieser wird durch einen repressiven Gläubigerschutz über das Anfechtungsrecht ergänzt.¹⁵⁵⁸ Im Hinblick auf das Anfechtungsrecht ist zu beachten, dass es eine genaue Feststellung des den Gläubigern bzw. der ihnen zur Verfügung stehenden Haftungsmasse entstandenen Schadens voraussetzt. Es handelt sich mithin um eines der unter dd. angesprochenen Instrumente, welches einen überschießenden, zulasten der übrigen Unternehmensakteure wirkenden Gläubigerschutz überflüssig erscheinen lässt. Das System des Fremdkapitalgeberschutzes in der Krise

1554 Gerner-Beuerle/Schuster, EBOR 15 (2014), 191 (223).

1555 Gerner-Beuerle/Schuster, EBOR 15 (2014), 191 (223).

1556 Gerner-Beuerle/Schuster, EBOR 15 (2014), 191 (224).

1557 Gerner-Beuerle/Schuster, EBOR 15 (2014), 191 (224).

1558 Vgl. dazu ausführlich Thole, Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht, S. 279 ff., speziell zur Stellung im System gesellschaftsrechtlicher Ausschüttungssperren: ders., a.a.O., S. 548 ff.; s. etwa auch Gerner-Beuerle/Schuster EBOR 15 (2014), 191 (224).

wird durch Rechtsinstitute komplementiert, welche an die persönliche Verantwortlichkeit einzelner Anteilseigner für den Krisenfall anknüpfen. Als Haftungsinstitute sind insofern insbesondere die (als Innenhaftung ausgestaltete) Haftung für existenzvernichtende Eingriffe sowie eine mögliche Außenhaftung aufgrund persönlichen Handelns (§ 311 Abs. 3 BGB) zu nennen. Schließlich sieht das Gesellschaftsrecht eine Reihe allgemeiner, haftungsrechtlich abgesicherter Geschäftsleiterpflichten vor, an welche die gesellschaftsrechtliche Organhaftung (z.B. aus § 93 AktG, § 43 GmbHG, § 34 GenG) anknüpft. Gerade auf die Regulierung der „Insider“-Problematik haben der europäische und deutsche Gesetzgeber, wie die Regeln zu Related-Party-Transactions zeigen, zuletzt viel Mühe verwendet.

gg. Schutzbedürftigkeit in der personalistisch organisierten Kapitalgesellschaft

Darüber hinaus muss in die Betrachtung einbezogen werden, dass sich eine am Gläubigerschutz orientierte Auslegungsvorgabe im Bilanzrecht auf alle Unternehmensformen gleichermaßen auswirkt, obschon die Fremdkapitalgeber allein in der personalistisch organisierten Kapitalgesellschaft wirklich schutzbedürftig sind. Dies liegt zunächst an der hier beschränkten persönlichen Gesellschafterhaftung. Zudem wird es in der Praxis zumeist um Fälle eines insolvenz begründenden Fehlverhaltens des aktiv an der Unternehmensführung beteiligten Mehrheitsgesellschafters gehen, wohingegen die Anteilseigner von Publikumsgesellschaften, da es sich bei ihnen in der Regel um passive Investoren handelt, selten auf eine aktive Gläubigerschädigung hinwirken werden.¹⁵⁵⁹ Die aufgezeigten, auf einen Schutz im konkreten Einzelfall ausgerichteten Rechtsinstitute tragen diesem Gedanken Rechnung. Schutz wird hier mit anderen Worten (nur) dort gewährleistet, wo er am vordringlichsten gebraucht wird.

hh. Vorsichtsorientierung kein Zusatzpreis der Haftungsbeschränkung

Eine am Gläubigerschutz orientierte, vorsichtsorientierte Auslegung der Gewinnermittlungsprinzipien lässt sich schließlich auch nicht als ein von Anteilseignerseite zu entrichtender „Zusatzpreis“ für die Haftungsprivilegierung ansehen. Zunächst werden die Bilanzierungsprinzipien – wie aufgezeigt – rechtsformneutral ausgelegt. Es wird also im Rahmen der Auslegung nicht danach unterschieden, ob eine Gesellschaft mit beschränkter Gesellschafterhaftung Rechnung legt. Abgesehen davon, wäre es aber ohnehin abwegig, den skizzierten kapitalgesellschaftsrechtlich-bilanzrechtlichen Dreifachschutz von Vertragsgläubigern mit der Haftungsprivilegierung von Kapitalgesellschaftern zu begründen. Die Gesellschafter einer Kapitalgesell-

¹⁵⁵⁹ Vgl. zur mangelnden Bedeutung persönlicher Haftungsregeln in Kapitalgesellschaften mit einem weiten Anteilseignerkreis *Bainbridge/Henderson, Limited Liability*, S. 283.

schaft verpflichten sich in der Regel nur dazu, die Gesellschaft mit dem vereinbarten Grund- bzw. Stammkapital auszustatten. Vor einer weitergehenden persönlichen Haftung für während der Unternehmenstätigkeit entstehende Gesellschaftsverbindlichkeiten sind sie hingegen bekanntlich geschützt (vgl. § 1 Abs. 1 Satz 2 AktG, § 13 Abs. 2 GmbHG). Insbesondere müssen sie, wenn die Gesellschaft Verluste erleidet, dem Gesetz nach weder Nachschüsse leisten noch in den Vorjahren regulär (insbesondere in gutem Glauben) erhaltene Dividenden zurückzahlen (vgl. §§ 54 Abs. 1, 62 Abs. 1 Satz 2 AktG, §§ 26 ff., 32, 53 Abs. 3 GmbHG).

- 109 Zwar bildet die persönliche Haftung im Personengesellschaftsrecht weiterhin den Regelfall (§§ 126 ff. HGB bzw. §§ 721 ff. BGB), der für eine Haftungsbeschränkung zu zahlende „Preis“ ist, nicht zuletzt als Auswirkung des andauernden Wettbewerbs der Gesellschaftsrechtsordnungen, über die Jahre jedoch stark gesunken. Ein etabliertes Beispiel dafür ist die Unternehmergeellschaft, deren Haftungsfondsansatz sich auf eine Pflicht zur Rücklagenbildung, bis ein Eigenkapitalbetrag von 25.000 EUR erreicht ist, beschränkt. Rechtspolitisch wurde daher schon vor dem MoMiG, durch welches die Unternehmergeellschaft geschaffen wurde, die vollständige Abschaffung des gesetzlichen Mindestkapitalerfordernisses gefordert.¹⁵⁶⁰ Auch wenn es dazu, jedenfalls bislang, noch nicht gekommen ist, zeigen doch die Unternehmergeellschaft und Hybridgesellschaftsformen wie die Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung (vgl. zum dort an die Stelle der persönlichen Gesellschafterhaftung tretenden Mindestversicherungsschutz: § 8 Abs. 4 PartGG) jedenfalls auf, dass es neben einem schlagkräftigen Insolvenzrecht, welches die Kapitalaufbringung und -erhaltung absichert (ff.), heute vor allem der Reputationsmarkt für Gesellschaftsformen ist, der gläubigerschützend wirkt. Daher würde es jedenfalls nicht mehr überzeugen, die Haftungsbeschränkung auch noch als Rechtfertigung für weitergehende Beschränkungen der Anteilseignerinteressen, etwa auf Ebene des Bilanzrechts, anzuführen. Denn die Haftungsbeschränkung ist so weitgehend zum gesellschaftsrechtlichen Standard geworden, dass sie kaum noch als ein echtes Privileg gelten kann, für das ein bilanzrechtlicher Preis gezahlt werden müsste.

c. Zwischenergebnis

1. Wenn die §§ 238 ff. HGB aus dem Blickwinkel einer konsensorientierten Legitimationstheorie betrachtet werden, wäre es demnach abwegig, davon auszugehen, dass sich die Unternehmensakteure (hypothetisch) auf eine „vorsichtsgeprägte“ Abwägung der Bilanzierungsprinzipien über die Ertragsrealisation verständigt hätten. Bei einer Gesamtbetrachtung vermag die Untersuchung des Bilanzrechts

¹⁵⁶⁰ S. etwa *Blaurock*, in: FS T. Raiser, 2005, S. 3 (15 ff.); *Bachmann* ZGR 2001, 351 (365 ff.); *Grune-wald/Noack* GmbH 2005, 189; vorsichtiger: *Eidenmüller/Engert* GmbH 2005, 433; vgl. aus englischer Sicht auch *Armour*, MLR 63 (2000), 355 (371 f.).

im Lichte der konsensbasierten Legitimationstheorie das Plädoyer für die vorsichtsgeprägte Auslegung also nicht zu stützen. Diesem Ergebnis liegen im Einzelnen folgende Erwägungen zugrunde:

2. Aus Anteilseignersicht wäre die vorsichtsgeprägte Auslegung allenfalls dann ein akzeptables Verhandlungsergebnis, sofern sie durch die Fremdkapitalgeber honoriert würde, was der Fall wäre, wenn sie dazu beitrüge, den Preis, welches das Unternehmen für Fremdkapital zahlen muss, zu senken. Auch die Informationsbedürfnisse der Fremdkapitalgeber legen eindeutig ein gegenteiliges Auslegungsergebnis nahe.
3. Es überzeugt weiterhin nicht, die Auslegung dem Ziel unterzuordnen, eine „angemessene“ Kapitalausstattung des Unternehmens im Interesse der Vertragsgläubiger zu gewährleisten. Eine derartige Zwecksetzung widerspricht eklatant dem Stellenwert, der Vertragsgläubigern im Unternehmensrecht allgemein eingeräumt wird. Vor allem wird den Gläubigern auf diese Weise im Ergebnis ein übermäßiger (Dreifach-)Schutz gewährt, der zugleich die Position der übrigen Unternehmensakteure übermäßig schwächt.
4. Insofern ein gläubigerschützendes Auslegungsergebnis befürwortet wird, um so das Schuldendeckungspotenzial des Unternehmens abzusichern, vermag dieser Ansatz ebenfalls nicht zu überzeugen. Denn dem Bilanzrecht käme dabei die Aufgabe zu, die Gefahr von Unternehmenstransaktionen, welche die Anteilseigner zulasten der anderen Unternehmensakteure bevorteilen, zu senken. Es ginge im Bilanzrecht dann also darum, aktiv gläubigerschädigendes Verhalten einzudämmen. Hierfür stellt die Rechtsordnung aber viel passgenauere Schutzinstrumente zur Verfügung, als sie eine bilanzielle Restriktion des Gewinnausweises zu gewährleisten vermag.

III. Weiter gefasster Ansatz: Einbeziehung institutioneller Komplementarität

Im Folgeabschnitt wird in die Analyse einbezogen, dass das Gesamtsystem der Corporate Governance eines Staates und sein Rechnungslegungssystem idealiter in einem Verhältnis der Kooperation bzw. Wechselbezüglichkeit stehen. Im gedanklichen Ausgangspunkt dieses erweiterten Analyseansatzes steht also, dass das Rechnungslegungsrecht Teil einer größeren, auf die Finanzierungsbeziehungen ausgerichteten institutionellen Infrastruktur ist. Auch wenn man dies miteinbezieht, wird die These, dass im Rahmen einer hypothetischen Vertragslösung von einer klaren Anlegerpräferenz gegen eine Ausrichtung der Auslegung von Gewinnermittlungsprinzipien am Gedanken der „Vorsicht“ bzw. des „Gläubigerschutzes“ auszugehen ist, aber nicht erschüttert. 110

1. Gedanklicher Ansatz

- 111 Im Einzelnen bezieht Abschnitt III. eine unternehmensrechtliche Ausprägung der „Legal Origins“-Theorie in die Analyse ein. Dabei geht es zunächst um Beobachtungen der zwischen einem Gesellschaftssystem und seinem Unternehmensrecht bestehenden Wechselbeziehlichkeiten (a.). Die erlangten Ergebnisse können aber auch dazu genutzt werden, um ein Bilanzrechtssystem normativ zu bewerten. Beurteilt wird dann die Ausgestaltung des Bilanzrechts im Lichte des Gesamtsystems der Corporate Governance eines Staates (b.).

a. Auswirkungen von „Legal Origins“ auf das Unternehmensrecht

- 112 Die im Rahmen des erweiterten Ansatzes in die Untersuchung einbezogene These lautet, dass die landestypische Grundausrichtung eines Rechts- bzw. Wirtschaftssystems einen großen und nachhaltigen Einfluss auf sein Unternehmensrecht und seine Corporate Governance-Institutionen hat. Dahinter steht die Annahme, dass sich die Einzelelemente einer funktionierenden Wirtschaftsordnung so entwickeln würden, dass sie zueinander passen und sich gegenseitig unterstützen.¹⁵⁶¹ Die einschlägige Forschung untersucht zunächst, inwiefern rein tatsächliche Faktoren, wie die in einem Land dominierenden Industriebranchen, die Situation seiner Arbeitnehmer und die Eigentümerstruktur der inländischen Unternehmen, sich auf sein Recht auswirken. In diesem Zusammenhang werden einzelne Staaten zum Beispiel danach kategorisiert, ob ihre Unternehmen vorwiegend eine konzentrierte Anteilseignerstruktur mit Blockholdern aufweisen oder im Streubesitz stehen. Ein Merkmal, dem eine vergleichbare Bedeutung zugesprochen wird, ist die für ein Land typische Form der Unternehmensfinanzierung. Im Fokus steht aber auch etwa die besondere Form der Unternehmensmitbestimmung in Deutschland.
- 113 Sofern man diesem Gedankengang folgt, muss man zu dem Schluss kommen, dass man auch über den Wesensgehalt konkreter Rechnungslegungsvorschriften nur im jeweiligen institutionellen Kontext sinnvoll urteilen kann.¹⁵⁶² Das in einer Jurisdiktion vorherrschende Bilanzierungskonzept muss aus diesem Blickwinkel in seiner Eigenschaft als Subsystem des auf nationaler Ebene vorherrschenden Systems der

1561 Leuz/Wüstemann, in: Krahen/Schmidt, *The German Financial System*, S. 450 (452); Armour/Hansmann/Kraakman/Pargendler, in: *Anatomy of Corporate Law*, S. 24 unterscheiden insofern „politische“ Einflüsse auf das Unternehmensrecht von Unternehmensrechtsänderungen, welche allein das Ziel verfolgen, die gesamtgesellschaftliche Wohlfahrt zu maximieren.

1562 Neus, *Betriebswirtschaftslehre aus institutionenökonomischer Sicht*, S. 434; vgl. auch Leuz/Wüstemann, in: Krahen/Schmidt, *The German Financial System*, S. 450: „[...] it is important to understand the role of financial accounting in a country's institutional infrastructure and, in particular, its role in corporate governance and capital markets“; ähnlich: Böcking/Gros, in: FS Hopt, 2010, S. 413 (414); *Markt ZfB-Special* 2012, 5 (16).

Unternehmensfinanzierung bzw. der es begleitenden Corporate Governance-Infrastruktur analysiert werden.¹⁵⁶³ Dabei sei, so *Leuz* und *Wüstemann*, davon auszugehen, dass dieses Subsystem so ausgerichtet ist, dass es den in der jeweiligen Jurisdiktion dominierenden Unternehmensvertragsparteien bestmöglich dient.¹⁵⁶⁴ In dieser Ausrichtung auf das Gesamtsystem sehen sie sogar einen Hauptgrund dafür, dass sich die Rechnungslegungssysteme weltweit unterscheiden.¹⁵⁶⁵ Das in einem Land vorherrschende Corporate Governance-Modell soll demnach auch mit darüber bestimmen, was der für die Rechnungslegungskonzeption des Landes maßgebliche Rechnungslegungszweck ist.¹⁵⁶⁶

Die eigentliche Leistungsfähigkeit der Bilanzrechtsordnung lässt sich aus diesem Blickwinkel nur bewerten, wenn das Zusammenspiel verschiedener gesetzgeberischer Maßnahmen mitbedacht wird. Es muss also berücksichtigt werden, inwiefern Rechnungslegungspflichten mit (gesellschafts- und kapitalmarktrechtlichen) Veröffentlichungspflichten und einer haftungsrechtlichen Absicherung der Pflichtenerfüllung verknüpft sind. 114

b. Passgenauigkeit der Rechnungslegung für das Gesamtsystem

In einem weiteren Schritt wird das aus den tatsächlichen und rechtlichen Faktoren ermittelte Gesamtbild in der einschlägigen Literatur dazu genutzt, um einzelne gesetzgeberische Maßnahmen aus politisch-ökonomischer Sicht (normativ) zu bewerten. Im Ausgangspunkt steht dabei der Gedanke, dass Neuregelungen und Gesetzesänderungen komplementär zum vorherrschenden Gesamtsystem der Corporate Governance wirken sollten, um zu gewährleisten, dass das Gesamtsystem die ihm zugedachten Funktionen erfüllt. Gegenstand solcher Analysen ist auch die Ausgestaltung des Rechnungslegungsrechts. Normativ betrachtet sollte ein Rechnungslegungssystem danach gesetzlich so ausgerichtet werden, dass es dem Finanzsystem eines Landes in wirtschaftlicher und rechtlicher Hinsicht Rechnung trägt.¹⁵⁶⁷ 115

1563 *Leuz/Wüstemann*, in: *Krahn/Schmidt*, *The German Financial System*, S. 450 (452): „A country's accounting and disclosure system is part of its financial system and more generally its institutional infrastructure“ bzw. „[...] the accounting system is a subsystem of the financial system interacting with the other subsystems (e.g. equity and credit markets, corporate governance).“

1564 *Leuz/Wüstemann*, in: *Krahn/Schmidt*, *The German Financial System*, S. 450: „the accounting system is likely to be geared towards the informational and contracting needs of the key parties in the economy.“

1565 *Leuz/Wüstemann*, in: *Krahn/Schmidt*, *The German Financial System*, S. 450 (452): „This fit between the accounting system and a country's institutional infrastructure is likely to result in different accounting systems and informational regimes across countries.“

1566 *Leuz/Wüstemann*, in: *Krahn/Schmidt*, *The German Financial System*, S. 450; vgl. zu diesem methodischen Ansatz auch *Neus*, *Betriebswirtschaftslehre aus institutionenökonomischer Sicht*, S. 433; *Böcking/Gros*, in: *FS Hopt*, 2010, S. 413 (414); *Merkt ZfB-Special* 2012, 5 (16).

1567 Vgl. *Neus*, *Betriebswirtschaftslehre aus institutionenökonomischer Sicht*, S. 433: Ein Finanzsystem funktioniere, sofern seine Elemente zueinander passen, sie also komplementär zueinander sind; *Leuz/Wüstemann*, in: *Krahn/Schmidt*, *The German Financial System*, S. 450 (450 und 452) fordern, dass

Die Rechnungslegung wird dabei zunächst als ein Lückenschließungsinstrument verstanden, das sich in der Konsequenz an die geltenden Bedingungen im übergreifenden Finanzierungssystem anzupassen hat. Genauso soll im Gegenzug nach *Leuz* und *Wüstemann* aber gelten, dass das Bilanzrecht seinerseits das auf einer höheren Ebene angesiedelte Corporate Governance-System prägt.¹⁵⁶⁸

c. Systemische Zweiteilung der Corporate Governance

- 116 Um beim ersten der vorgestellten Schritte die maßgeblichen Eigenschaften eines Finanzierungssystems beschreiben zu können, müssen die in einem Land herrschenden Verhältnisse zwangsläufig vereinfacht werden, also stilisiert und theoretisiert. Die in der Praxis anzutreffenden Mechanismen der Corporate Governance werden dabei zwei unterschiedlichen Systemen, dem „Insider“ und dem „Outsider“-System, zugeordnet.¹⁵⁶⁹ Die beiden Systeme unterscheiden sich maßgeblich danach, welche Anteilseignerstruktur (Streubesitz oder „Blockholding“) typischerweise bei Unternehmen zu beobachten ist.¹⁵⁷⁰ Daran anschließend, werden Unterschiede in der Art und Weise, wie Kapital zu Investitionsmöglichkeiten geleitet, eine Rendite für Investoren sichergestellt und, für unsere Zwecke am wichtigsten, wie Informationsasymmetrien zwischen Vertrags- und Finanzierungsparteien reduziert werden, als

das Rechnungslegungssystem idealerweise den anderen Elementen des institutionellen Rahmenwerks angepasst sein müsse. Weiter heißt es: „[...] a key question in evaluating an accounting system is whether it satisfies the needs of the economy's main contracting parties and, in the context of financial systems, whether the relevant financing parties are well informed.“

1568 *Leuz/Wüstemann*, in: *Krahen/Schmidt*, *The German Financial System*, S. 450 (452): „[...] the properties of an existing accounting system can also shape financial contracting.“

1569 Vgl. zu diesem Ansatz etwa *Franks/Mayer*, *Review of Financial Studies* 14 (2001), 943 ff.; *Schmidt/Tyrell*, *European Financial Management* 3 (1997), 333 ff.; *Rajan/Zingales*, *American Economic Review* 88 (1998), 559 ff.; sowie im Überblick *Leuz/Wüstemann*, in: *Krahen/Schmidt*, *The German Financial System*, S. 450 (453). Eine in wesentlichen Punkten übereinstimmende Schematisierung wird bei der „Varieties of Capitalism“-Debatte zugrunde gelegt (vgl. zum Ganzen etwa *Perry/Nölke*, *Rev. Int. Pol. Econ.* 13 (2006), 559 (568 f.)). Als Idealtypen werden dabei einander dabei koordinierte und liberale Marktwirtschaften gegenübergestellt. Für das koordinierte bzw. „rheinische“ Kapitalismusmodell sollen eine (größtenteils) einvernehmliche Beziehung zwischen Anteilseignern und Arbeitnehmern, eine unterstützende Rolle des Staates und von Hausbanken bereitgestelltes bzw. selbst erwirtschaftetes „geduldiges“ Kapital charakteristisch sein. All dies soll zu stabilen Eigentums- und Kontrollstrukturen sowie (damit zusammenhängend) perspektivisch langfristig ausgerichteter unternehmerischer Tätigkeit beitragen, wobei die Inhaberstrukturen zugleich ausschließen sollen, dass es zu vielen feindlichen Unternehmensübernahmen kommt. Demgegenüber soll die Beziehung zwischen Unternehmenseignern und Arbeitnehmern im „liberalen“ Gegenmodell konfliktträchtiger sein, was sich in häufigen Arbeitgeberwechseln ausdrücken soll. Vor allem soll das „liberale“ Modell der Unternehmensfinanzierung aber – genau wie das „Outsider“-Modell – maßgeblich auf den Kapitalmarkt angewiesen sein. Auch im Hinblick auf das „liberale“ System wird dementsprechend angenommen, dass für die in ihm agierenden Unternehmen ein aktiver Markt für Unternehmenskontrolle und eine funktionierende Preisbildung am Kapitalmarkt eine hohe Bedeutung hätten.

1570 Vgl. *Armour/Hansmann/Kraakman/Pargendler*, in: *Anatomy of Corporate Law*, S. 26 und 27: „[T]he structure of corporate law in any given country is a consequence of that country's pattern of corporate ownership.“ „[O]wnership structure affects the functionality of different legal strategies, and also the interest group dynamics that govern changes in corporate law.“

Kriterien herangezogen.¹⁵⁷¹ Auf dieser – schematischen – Zweiteilung aufbauend, wird dann versucht, einzelne Staaten jeweils einem der Systeme zuzuordnen.

aa. Insider- und Outsider-Systeme

„Outsider“-Systeme der Corporate Governance werden dabei als „marktbasiert“ 117 qualifiziert. Sie sollen typischerweise „einen hohen Grad an Eigenkapitalfinanzierung in Verbindung mit einer hohen Streubesitzquote und einem liquiden Kapitalmarkt“ aufweisen.¹⁵⁷² Die Anteilseignerstruktur von Unternehmen soll hier also grundsätzlich dem *Bearle-Means*-Modell, bei dem die Anteilseigner mangels „Insider“-Stellung keinen privilegierten Zugang zu Informationen haben, entsprechen.¹⁵⁷³ Die Fremdkapitalfinanzierung der Unternehmung vollzieht sich in diesem System vor allem, indem Anleihen am Kapitalmarkt platziert werden, wohingegen Bankkredite keine wesentliche Rolle für die Unternehmensfinanzierung spielen.¹⁵⁷⁴ „Insider“-Systeme¹⁵⁷⁵ werden demgegenüber als „netzwerkorientiert“¹⁵⁷⁶ oder beziehungsorientiert¹⁵⁷⁷ charakterisiert. Sie sollen sich durch „umfangreiche Beteiligungsverhältnisse zwischen Industrieunternehmen und Kreditinstituten sowie Überkreuzbeteiligungen und Personalverflechtungen“ auszeichnen.¹⁵⁷⁸ Daneben soll es bei „Insider“-Systemen nur eine geringe Streubesitzquote und dementsprechend weniger *Bearle-Means*-Unternehmen geben. Stattdessen sollen, auch bei Unternehmen, deren Anteile am Kapitalmarkt gehandelt werden, Mehrheits- bzw. Dauerbeteiligungen durch Individuen, Familien oder den Staat (Blockholder) dominieren.¹⁵⁷⁹

Für die Unternehmen sollen in einem „Insider“-System aber vor allem die interne 118 Investitionsfinanzierung und die Fremdkapitalfinanzierung durch Kreditinstitute eine tragende Rolle spielen.¹⁵⁸⁰ Dabei erwerben Kreditinstitute in einem solchen System, etwa um die Risiken einer Darlehensvergabe zu vermeiden, auch signifikante Anteilspakete.¹⁵⁸¹ Aus den beschriebenen Umständen wird auf die das jeweilige System der Unternehmensfinanzierung stützenden Institutionen und ihre Verfassung zurückgeschlossen. So wird davon ausgegangen, dass in einem „Outsid-

1571 Vgl. zusammenfassend Leuz, ECGI Working Paper 156/2010, S. 21.

1572 Merkt ZfB-Special 2012, 5 (16); vgl. auch Böcking/Gros, in: FS Hopt, 2010, S. 413 (414 f.); Leuz, ECGI Working Paper 156/2010, S. 21; Cheffins, 30 J. Legal Stud. (2001), 459 (461).

1573 Vgl. Leuz, ECGI Working Paper 156/2010, S. 21.

1574 Böcking/Gros, in: FS Hopt, 2010, S. 413 (415); Cheffins, 30 J. Legal Stud. (2001), 459 (461).

1575 Sie werden auch als „corporatist corporate governance regime[s]“ bezeichnet, vgl. Baum, in: Hopt/Wymeersch/Kanda/Baum, Corporate Governance in Context, 2005, S. 3 (17).

1576 Baum, in: Hopt/Wymeersch/Kanda/Baum, Corporate Governance in Context, 2005, S. 3 (17).

1577 Leuz, ECGI Working Paper 156/2010, S. 21.

1578 Böcking/Gros, in: FS Hopt, 2010, S. 413 (416); Merkt ZfB-Special 2012, 5 (16).

1579 Armour/Hansmann/Kraakman/Pargendler, in: Anatomy of Corporate Law, S. 26 f.; Ringe, 63 Am. J. Comp. L. (2015), 493 (496); Böcking/Gros, in: FS Hopt, 2010, S. 413 (416).

1580 Böcking/Gros, in: FS Hopt, 2010, S. 413 (416); Leuz, ECGI Working Paper 156/2010, S. 22.

1581 Böcking/Gros, in: FS Hopt, 2010, S. 413 (416).

er“-System der Agency-Konflikt zwischen den Anteilseignern (als Gruppe) und der Unternehmensleitung bei der (positiven und normativen) ökonomischen Analyse im Mittelpunkt stehen muss. Denn hier komme es maßgeblich darauf an, ein Überwachungs- und Durchsetzungssystem einzurichten, welches die Unfähigkeit von Streubesitz-Anteilseignern zu kollektivem Handeln kompensiert.¹⁵⁸² Mithin bildet normativ-ökonomisch betrachtet der „liquide Kapitalmarkt“ das Zentrum des Unternehmensfinanzierungssystems, da ein liquider Markt sicherstellt, dass der market for corporate control funktioniert. Demgegenüber soll der Agency-Konflikt zwischen Anteilseignern und Unternehmensleitung in „Insider“-Systemen eine geringere Rolle spielen. Denn es wird davon ausgegangen, dass sich die hier dominanten Unternehmens-„Insider“ (oder Blockholder) vor einem opportunistischen Geschäftsleiterverhalten schützen können.¹⁵⁸³ Hier muss es deshalb vor allem darum gehen, den Einfluss dieser „Insider“ auf die Unternehmen zu beschränken, also Minderheitsgesellschafter und Fremdkapitalgeber zu schützen.¹⁵⁸⁴

bb. Konsequenzen für das Bilanzrecht

- 119 „Outsider“-Systeme seien, wie *Leuz* ausführt,¹⁵⁸⁵ darauf angewiesen, dass die Rechnungslegung dazu beiträgt, Informationsasymmetrien zwischen dem Unternehmen und seinen Investoren aufzulösen, da die Investoren hier oftmals Außenstehende sind. Die Bilanzierungsregeln müssten in diesem System tendenziell Transparenz begünstigen, da die Rechnungslegung die Investoren dazu ermächtigen müsse, ihre finanziellen Ansprüche zu überwachen und die ihnen zustehenden Rechte auszuüben. Andernfalls seien außenstehende Investoren nicht bereit, sich an den für die Unternehmensfinanzierung im System überlebenswichtigen öffentlichen Eigen- und Fremdkapitalmärkten zu beteiligen.
- 120 Demgegenüber verlangt ein „Insider“-System „nicht zwingend nach einem auf die Vermittlung von entscheidungserheblichen Informationen ausgerichteten Rechnungslegungssystem“.¹⁵⁸⁶ Dahinter steht, dass die maßgeblichen Unternehmensfinanzierer hier in der Regel einen privilegierten Zugriff auf Unternehmensinformationen haben, weshalb Informationsasymmetrien nicht zwingend durch die Rechnungslegung aufgelöst werden müssen. So kann bei den in diesem Modell dominierenden Blockholdern etwa unterstellt werden, dass sie bereits relativ umfassend

1582 *Ringe*, 63 Am. J. Comp. L. (2015), 493 (496); vgl. auch *Cheffins*, 30 J. Legal Stud. (2001), 459 (461).

1583 *Ringe*, 63 Am. J. Comp. L. (2015), 493 (496); *Böcking/Gros*, in: FS Hopt, 2010, S. 413 (415); *Cheffins*, 30 J. Legal Stud. (2001), 459 (461); *Leuz*, ECGI Working Paper 156/2010, S. 22.

1584 *Ringe*, 63 Am. J. Comp. L. (2015), 493 (496); vgl. auch *Leuz/Nanda/Wysocki*, JFE 69 (2003), 505 (506): „[T]he pervasiveness of earnings management is increasing in private control benefits and decreasing in outside investor protection.“

1585 *Leuz*, ECGI Working Paper 156/2010, S. 21.

1586 *Markt ZfB-Special* 2012, 5 (16); vgl. auch *Kübler* ZHR 159 (1995), 550 (558, Fn. 39).

informiert sind.¹⁵⁸⁷ Dasselbe gilt angesichts der regelmäßig langfristig angelegten Geschäftsbeziehungen für die kreditvergebenden Hausbanken. Es sei deshalb, so *Neus*,¹⁵⁸⁸ „nur natürlich“, wenn in einem Finanzsystem, in dem sich Unternehmen in erheblichem Maße über Bankkredite finanzieren, auch die Rechnungslegungsvorschriften stärker darauf zugeschnitten seien, den Zugriff der Anteilseigner auf das Unternehmensvermögen im Interesse der Kreditgeber zu beschränken, wohingegen die Informationsbedürfnisse der Aktionäre zurückstehen. Der damit einhergehende Mangel an Transparenz sei, in Teilen sogar beabsichtigt, wie *Leuz* meint,¹⁵⁸⁹ da er die bestehenden langfristigen Finanzierungsbeziehungen vor externem Wettbewerb schütze.

2. Darauf aufbauendes Plädoyer für eine vorsichtsgeprägte Rechnungslegung

Folgt man einer in der rechtsökonomischen Literatur jedenfalls noch bis in die 121 2010er-Jahre stark vertretenen Auffassung, so ist auf der Grundlage des skizzierten Ansatzes für eine vorsichtsorientierte Auslegung der Gewinnermittlungsprinzipien zu plädieren. Zentral begründet wurde dies damit, dass die Beziehung zwischen Unternehmen und Kapitalmarkt im Rahmen des deutschen Systems der Corporate Governance eine untergeordnete Rolle spiele, da die hiesigen Unternehmen nur in geringem Umfang kapitalmarktorientiert seien, das System der Corporate Governance in Deutschland also als „Insider“-System zu qualifizieren sei. Auf dieser Grundlage wurde sodann davon ausgegangen, dass zum in Deutschland vorherrschenden Unternehmensfinanzierungssystem eine gläubigerschutzorientierte, also vorsichtsgeprägte Rechnungslegung passe.

a. Das deutsche System als „Insider“-System

Neben dem japanischen und dem französischen, wurde das deutsche System der 122 Corporate Governance sogar als eine Art prototypisches „internes“ System qualifiziert. So schreibt *Spindler* 1998,¹⁵⁹⁰ dass es eine Binsenweisheit sei, dass der deutsche Kapitalmarkt wesentlich enger und schon allein aufgrund der geringen Zahl der börsennotierten Gesellschaften nicht mit dem US-amerikanischen Markt vergleichbar sei. Die jahrzehntelange Konzentration auf die Fremdfinanzierung, sei es aus

1587 *Leuz*, ECGI Working Paper 156/2010, S. 22.

1588 *Neus*, Betriebswirtschaftslehre aus institutionenökonomischer Sicht, S. 434.

1589 *Leuz*, ECGI Working Paper 156/2010, S. 22.

1590 *Spindler* AG 1998, 53 (68 f.); vgl. auch *Böcking/Gros*, in: FS Hopt, 2010, S. 413 (416); *Ringe* 63 Am. J. Comp. L. (2015), 493 (496); *Leuz/Nanda/Wysocki* JFE 69 (2003), 505 (507); *Cheffins* 30 J. Legal Stud. (2001), 459 (461). Im Rahmen des „Varieties of Capitalism“-Denkmodells stellt Deutschland sogar das Grundbeispiel für ein „koordiniertes“ marktwirtschaftliches Modell dar. Dies kommt bereits in der Alternativbezeichnung „rheinisches“ Modell zum Ausdruck, welches dem „angelsächsischen“ gegenübersteht, vgl. *Perry/Nölke* Rev. Int. Pol. Econ. 13 (2006), 559 (568 f.).

steuerlichen oder historischen Gründen, habe im Verbund mit der starken Stellung des deutschen Bankensystems dazu geführt, dass die deutschen (Eigen-)Kapitalmärkte nie eine den US-amerikanischen Verhältnissen vergleichbare Rolle gespielt hätten. Demgegenüber wurden (und werden) insbesondere die USA und das Vereinigte Königreich als „klassische“ „Outsider“-Systeme mit einer verstreuten Anteilseignerstruktur eingeordnet.¹⁵⁹¹

- 123 Als Indizien für die Qualifikation Deutschlands als „Insider“-System wurden etwa die Vielzahl von Anteilsinhabern bei großen Unternehmen, die langfristig große Anteilsblöcke halten,¹⁵⁹² und das im Volksmund „Deutschland-AG“ genannte System der gegenseitigen Anteilsbeteiligung unter Großunternehmen angeführt.¹⁵⁹³ Vergleichende empirische Untersuchungen haben in der Vergangenheit zudem eine eher untergeordnete Rolle der Kapitalmärkte im Hinblick auf die Unternehmensfinanzierung in Deutschland, insbesondere von familiengeführten und mittelständischen Unternehmen, nahe gelegt.¹⁵⁹⁴ Selbst bei den grundsätzlich kapitalmarktorientierten Aktiengesellschaften gaben Blockholder (insbesondere Familien, Banken, Versicherungsgesellschaften oder der Staat) den Ton an und es dominierte eine Fremdkapitalfinanzierung im Wege der Aufnahme langfristiger Darlehen (Bankkredite).¹⁵⁹⁵ Abgesichert wurde die Fremdkapitalfinanzierung durch eine eigene Gesellschafterbeteiligung der Hausbanken, die zwar bei den einzelnen Unternehmen jeweils klein war, jedoch durch Informations- und Kontrollrechte sowie die Tatsache, dass die Banken an nahezu allen wichtigen Unternehmen beteiligt waren, faktisch ein großes Gewicht hatte.¹⁵⁹⁶ Sofern die Hausbanken nicht selbst Anteilseigner waren, verwalteten sie jedenfalls die Gesellschaftsbeteiligungen ihrer Kunden und übten (zumindest faktisch) deren Gesellschafterrechte im Wege eines Proxy-Voting aus.¹⁵⁹⁷ Als weiterer relevanter Faktor wurde etwa auf das deutsche Recht der Unternehmensmitbestim-

1591 Vgl. *Armour/Hansmann/Kraakman/Pargendler*, in: *Anatomy of Corporate Law*, S. 26; *Böcking/Gros*, in: *FS Hopt*, 2010, S. 413 (415); *Cheffins* 30 J. Legal Stud. (2001), 459 (461).

1592 Vgl. *Baum*, in: *Hopt/Wymeersch/Kanda/Baum*, *Corporate Governance in Context*, 2005, S. 3 (16 f.); *Ringe* 63 Am. J. Comp. L. (2015), 493 (495).

1593 Vgl. *Baum*, in: *Hopt/Wymeersch/Kanda/Baum*, *Corporate Governance in Context*, 2005, S. 3 (17); *Ringe* 63 Am. J. Comp. L. (2015), 493 (495, 501 f.).

1594 Vgl. *Ringe* 63 Am. J. Comp. L. (2015), 493 (498); *Benston/Bromwich/Litan/Wagenhofer*, in: dies., *Worldwide Financial Reporting*, S. 106 (110). *Kübler* ZHR 159 (1995), 550 (558, Fn. 39) kommt sogar zu dem Fazit, der deutsche Kapitalmarkt habe vom Beginn des ersten Weltkriegs bis in die fünfziger Jahre hinein (also mehr als vier Jahrzehnte lang), „nahezu keinen Beitrag zur Unternehmensfinanzierung geleistet“.

1595 Vgl. *Ringe* 63 Am. J. Comp. L. (2015), 493 (498).

1596 Vgl. *Armour/Hansmann/Kraakman/Pargendler*, in: *Anatomy of Corporate Law*, S. 26 f.; *Baum*, in: *Hopt/Wymeersch/Kanda/Baum*, *Corporate Governance in Context*, 2005, S. 3 (16); *Leuz/Wüstemann*, in: *Krahn/Schmidt*, *The German Financial System*, S. 450; *Ringe* 63 Am. J. Comp. L. (2015), 493 (495, 501 f.); *Gerum/Mölls/Shen* Zfbf 63 (2011), 534 (540); *Kübler* ZHR 159 (1995), 550 (558, Fn. 39); vgl. auch *Neus*, *Betriebswirtschaftslehre aus institutionenökonomischer Sicht*, S. 433.

1597 Vgl. *Armour/Hansmann/Kraakman/Pargendler*, in: *Anatomy of Corporate Law*, S. 26 f.

mung verwiesen.¹⁵⁹⁸ Darüber hinaus wurde vorgebracht, dass es in Deutschland nur wenige feindliche Unternehmensübernahmen gäbe.¹⁵⁹⁹ Mit alldem sei schließlich eine langfristige Unternehmensausrichtung (Qualitäts- statt Preiswettbewerb) einhergegangen.¹⁶⁰⁰

b. Konsequenzen für das Bilanzrecht und seine Auslegung

Von der skizzierten Qualifikation des in Deutschland etablierten Systems der Unternehmensfinanzierung als „Insider“-System, wurde wiederum, wie angesprochen, auf die auf nationaler Ebene zum Schutz dieses Systems berufenen ökonomischen Institutionen und die Ausgestaltung des Rechnungslegungsrechts zurückgeschlossen.¹⁶⁰¹ Auf den hier im Mittelpunkt stehenden Konflikt zwischen Vorsichtsprinzip und Realisation bzw. Periodengerechtigkeit ist man in der Literatur dabei – soweit ersichtlich – nicht explizit eingegangen. Die vorgebrachten Argumente lassen sich aber ohne weiteres übertragen. Den Ausführungen von Ringe¹⁶⁰² zufolge sei das deutsche Gesellschaftsrecht etwa im Allgemeinen darauf angelegt, die Agency-Kosten im Konfliktverhältnis zwischen Mehrheits- und Minderheitsgesellschaftern abzusenken, wohingegen die Prinzipal-Agenten-Beziehung zwischen Anteilseignern und Unternehmensleitung eine untergeordnete Rolle spiele.

Insbesondere komme im deutschen System aber einer Versorgung des Kapitalmarkts mit entscheidungsnützlichen Informationen nur eine untergeordnete Bedeutung zu.¹⁶⁰³ Diese Annahmen sind grundsätzlich auch dazu geeignet, zur Rechtfertigung einer tendenziös am Minderheiten- bzw. Gläubigerschutz (oder, allgemeiner, Stakeholder-Interessen) orientierte bzw. vorsichtsgeprägte Ausrichtung des Rechnungslegungsrechts herangezogen zu werden.¹⁶⁰⁴

1598 Vgl. Baum, in: Hopt/Wymeersch/Kanda/Baum, *Corporate Governance in Context*, 2005, S. 3 (16).

1599 Vgl. Baum, in: Hopt/Wymeersch/Kanda/Baum, *Corporate Governance in Context*, 2005, S. 3 (17).

1600 Armour/Hansmann/Kraakman/Pargendler, in: *Anatomy of Corporate Law*, S. 27: „[A] controlling shareholder may, under certain circumstances, be better placed to make credible long-term commitments to employees, which in turn may facilitate labor relations – and hence productivity – where the goal is to motivate workers to use existing technology, rather than to develop new technologies.“; vgl. dazu auch Baum, in: Hopt/Wymeersch/Kanda/Baum, *Corporate Governance in Context*, 2005, S. 3 (16); Leuz/Wüstemann, in: Krahen/Schmidt, *The German Financial System*, S. 450; Ringe 63 Am. J. Comp. L. (2015), 493 (501 f.); Gerum/Möller/Shen Zfbf 63 (2011), 534 (540); Kübler ZHR 159 (1995), 550 (558, Fn. 39); s. auch Neus, *Betriebswirtschaftslehre aus institutionenökonomischer Sicht*, S. 433.

1601 Vgl. Perry/Nölke Rev. Int. Pol. Econ. 13 (2006), 559 (571): „Changes in accounting practices [...] have the very real potential to threaten the basis of the Rhenish capitalist model since its elements are highly interdependent and not easily transferred or exchanged.“

1602 Ringe 63 Am. J. Comp. L. (2015), 493 (502).

1603 Benston/Bromwich/Litan/Wagenhofer, in: dies., *Worldwide Financial Reporting*, S. 106 (110).

1604 Vgl. Benston/Bromwich/Litan/Wagenhofer, in: dies., *Worldwide Financial Reporting*, S. 106 (110, 129 f.): „German accounting and financial disclosure is geared to the insider financial system“. Ansätze hierzu finden sich etwa bei Leuz/Wüstemann, in: Krahen/Schmidt, *The German Financial System*, S. 450; Böcking/Gros, in: FS Hopt, 2010, S. 413 (414); Merkt ZfB-Special 2012, 5 (16); Kübler ZHR 159 (1995), 550 (558, Fn. 39); s. auch Neus, *Betriebswirtschaftslehre aus institutionenökonomischer Sicht*, S. 434.

3. Gegenposition

- 126 Die Auffassung, dass es in Deutschland einer gläubigerschutzorientierten Rechnungslegung bedürfe, da das System der Corporate Governance in Deutschland als ein Insider-System zu qualifizieren sei, vermag unter mehreren Gesichtspunkten nicht zu überzeugen. Der auf der Hand liegende methodische Einwand,¹⁶⁰⁵ dass die der skizzierten Argumentationslinie zugrunde liegende systemische Zweiteilung stilisiert sei und die die Realität in einem Land nicht detailgetreu abbilden könne bzw. solle, bleibt dabei außen vor.
- 127 Vielmehr erweisen sich die inhaltlichen Prämissen der skizzierten Position als jedenfalls nicht mehr vollumfänglich zutreffend. Denn die empirischen Befunde, auf die man sie stützen konnte, sind mittlerweile überholt. Deutschland ist heute zumindest kein Insider-System im engeren Sinne mehr, sondern verfügt über eine hybrid ausgestaltete Corporate Governance. Weiterhin müssen im Rahmen der rechtsökonomischen Diskussion um die Auslegung des Bilanzrechts die andauernden legislativen Bemühungen, aktiv einen Systemwandel herbeizuführen, berücksichtigt werden (a.). Es spielt dabei keine Rolle, ob die neue Hybrid- oder sogar Outsider-Perspektive allein für eine bestimmte, verhältnismäßig kleine Gruppe von Unternehmen zutrifft, da das materielle Bilanzrecht eine entsprechende Differenzierung nicht kennt, sondern vielmehr integrativ angelegt ist (b.). Schließlich müssen sich die auf dem Markt für Unternehmensfinanzierungen abspielenden Veränderungen, jedenfalls sofern davon auszugehen ist, dass die einzelnen Unternehmensrechtsordnungen insofern in einer „Regulatory Competition“ stehen, auch in der Ausrichtung des Bilanzrechts niederschlagen. Denn andernfalls könnten deutschen Unternehmen Nachteile entstehen oder sie sogar abwandern (c.).

a. Aufweichung der strengen Systemgrenzen

- 128 Rechtsökonomische Untersuchungen neueren Datums legen nahe, dass in Deutschland die gesamtwirtschaftliche Bedeutung der Aktienmärkte zuletzt so stark zugenommen hat, dass sich das Bild eines von Blockholdern und anderen Insidern dominierten Systems nicht mehr zeichnen lässt. Erste Anzeichen für die Ablösung vom Insider-System gab es schon früh: Genannt werden in der Literatur die Privatisierung der Deutschen Telekom und der Versuch, mit dem sog. „Neuen Markt“ ein weiteres Börsensegment zu etablieren.¹⁶⁰⁶ Weiterhin wird auf das Ende der „Deutschland AG“ durch die (Teil-)Entflechtung von kapitalmarktorientierten Unternehmen und Kreditinstituten einerseits und kapitalmarktorientierten Unterneh-

¹⁶⁰⁵ Vgl. *Leuz* ECGI Working Paper 156/2010, S. 22.

¹⁶⁰⁶ Vgl. dazu *Baum*, in: *Hopt/Wymeersch/Kanda/Baum*, *Corporate Governance in Context*, 2005, S. 3 (18); *Böcking/Gros*, in: *FS Hopt*, 2010, S. 413 (419).

men andererseits verwiesen.¹⁶⁰⁷ Dementsprechend soll bei deutschen Unternehmen die Relevanz von Hausbankbeziehungen und der Einfluss von Anteilseignern mit Anteilsmehrheit oder Sperrminorität zurückgehen. Im Gegenzug steigt die Bedeutung der Eigen- und Fremdfinanzierung über den Kapitalmarkt.¹⁶⁰⁸ In der Folge soll sogar der Streubesitz zugenommen haben.¹⁶⁰⁹ Zudem sollen ausländische Investoren heute ungleich stärker an inländischen Unternehmen beteiligt sein¹⁶¹⁰ und auch die Fremdkapitalfinanzierung soll verstärkt durch internationale Banken übernommen werden¹⁶¹¹. Aufgrund ihrer Sozialisation im anglo-amerikanischen Corporate Governance-System ist dabei anzunehmen, dass die neuen Unternehmensfinanziers andere Prioritäten haben als die inländischen Finanziers früherer Tage und dass sich diese gewandelten Prioritäten auch auf den Aussagegehalt der HGB-Rechnungslegung erstrecken. Dies gilt vor allem für die den modernen Kapitalmarkt dominierenden institutionellen Investoren: Vermögensverwalter wie Black Rock, Hedge-Funds,¹⁶¹² Private-Equity-Gesellschaften und Staatsfonds – mithin der neue Finanzsektor – sind auf eine andere Corporate Governance angewiesen¹⁶¹³ als die Hausbanken zu Zeiten der „Deutschland AG“. Dementsprechend werden sie ihren Bedürfnissen entsprechend ausgerichtete Rechnungslegungsregeln präferieren.¹⁶¹⁴

Vorstehend ging es um empirisch feststellbare, „marktbasierte“ Veränderungen des deutschen Insider-Systems. Die Systemveränderung geht jedoch auch auf durch den europäischen und deutschen Gesetzgeber bewusst getroffene Entscheidungen zurück. Denn die Gesetzgeber versuchen Bestrebungen zur Entwicklung eines Outsider-Systems in Deutschland (und Europa) durch flankierende Regulierungsmaßnahmen zu stützen und streben diese Entwicklung aktiv an.¹⁶¹⁵ So wurden in den vergangenen Jahrzehnten im Unternehmensteuerrecht Anreize für die Entstehung von Anteilsstreubesitz geschaffen wurden.¹⁶¹⁶ Darüber hinaus wurde, ausgehend

1607 Vgl. dazu Baum, in: Hopt/Wymeersch/Kanda/Baum, *Corporate Governance in Context*, 2005, S. 3 (18); Böcking/Gros, in: FS Hopt, 2010, S. 413 (419); Ringe, 63 Am. J. Comp. L. (2015), 493 (494).

1608 Böcking/Gros, in: FS Hopt, 2010, S. 413 (419).

1609 Vgl. Ringe, 63 Am. J. Comp. L. (2015), 493 (496, 508 ff., 516): „[S]ome of the underlying assumptions informing the structure of German corporate governance regulation are outdated, as ownership patterns are currently changing. This is true in particular for a beginning dispersion of share ownership, and for an increasing internationalization of ownership. Whereas the slow changes in corporate Germany are documented by some, many legal scholars and regulators do not seem to be aware of them.“ „The most salient development of recent years is that corporate ownership is becoming more dispersed; the old idea of a blockholder-dominated country may no longer hold true, at least not in the extreme form that has been suggested in the past.“

1610 Vgl. Armour/Hansmann/Kraakman/Pargendler, in: *Anatomy of Corporate Law*, S. 26 f.

1611 Ringe, 63 Am. J. Comp. L. (2015), 493 (494).

1612 Vgl. zu Hedge-Fund-Activism im Einzelnen: Coffee/Palia, J. Corp. L. 41 (2016), 545 (550).

1613 Vgl. zum Vorgehen dieser Investorenklassen etwa Armour/Hansmann/Kraakman/Pargendler, in: *Anatomy of Corporate Law*, S. 26 f.

1614 Vgl. allgemeiner zum Wirken des Finanzsektors auf dem Gebiet des Rechnungslegungsrechts: Perry/Nölke, Rev. Int. Pol. Econ. 13 (2006), 559 (561).

1615 Vgl. grundlegend Ringe, 63 Am. J. Comp. L. (2015), 493.

1616 Vgl. zu den entsprechenden Änderungen Ringe, 63 Am. J. Comp. L. (2015), 493.

von der Neufassung des Wertpapierhandelsgesetzes (WpHG), welches im Jahr 1994 neben das zuvor existierende Bank- und Wechselrecht getreten ist,¹⁶¹⁷ ein weitreichendes Netz an eigenständiger Finanzmarktregulierung geschaffen. Seither wurde das WpHG – auch infolge einer beständigen europäischen Rechtsentwicklung – in kurzen Abständen novelliert und damit jeweils der Versuch unternommen, den Finanzmarkt zu stärken.¹⁶¹⁸ Daneben kann auf die Einführung der BaFin durch das Gesetz über die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht¹⁶¹⁹ abgestellt werden. Noch exponentiell zunehmen würde die Bedeutung des Kapitalmarkts für die Unternehmensfinanzierung, wenn die gesetzliche Rentenversicherung, um das Rentensystem zu stärken, in Zukunft tatsächlich teilweise kapitalgedeckt wird (Modell „Generationenkapital“ bzw. (gesetzliche) „Aktienrente“) so wie es 2021 SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP in ihrem gemeinsamen Koalitionsvertrag anvisiert hatten.¹⁶²⁰ Schließlich werden Anzeichen dafür ausgemacht, dass in Deutschland ein funktionsfähiger Markt für Unternehmenskontrolle (market for corporate control) entsteht bzw. schon entstanden ist.¹⁶²¹

- 130 Als Beispiel für feindliche Unternehmensübernahmen, wie sie für Outsider-Systeme charakteristisch sind, nennt *Baum* die Übernahme der Mannesmann AG durch die Vodafone AirTouch plc in den Jahren 1999/2000, die viel Aufmerksamkeit erlangte und zur damaligen Zeit die größte ihrer Art in ganz Europa war.¹⁶²² Die Entwicklung des market for corporate control wurde wiederum durch eine Reihe gesetzgeberischer Maßnahmen flankiert und aktiv gestützt.¹⁶²³ Insbesondere das Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz (WpÜG), welches am 1.1.2002 in Kraft trat,¹⁶²⁴ hatte (zumindest auch) das Ziel, Unternehmensübernahmen über den Kapitalmarkt zu erleichtern.¹⁶²⁵ *Baum* hat die beschriebene und bis heute andauernde Entwicklung wie folgt zusammengefasst: „legislative reforms are clearly improving corporate

1617 Im Hintergrund stand das Gesetz über den Wertpapierhandel und zur Änderung börsenrechtlicher und wertpapierrechtlicher Vorschriften (Zweites Finanzmarktförderungsgesetz, BGBl. I 1994, S. 1749).

1618 Als wesentliche bisherige Reformprojekte seien das Transparenzrichtlinie-Umsetzungsgesetz v. 5.1.2007 (BGBl. I, S. 10), das Finanzmarktrichtlinie-Umsetzungsgesetz v. 16.7.2007 (BGBl. I, S. 1330), das 1. und das 2. Finanzmarktnovellierungsgesetz v. 30.6.2017 (BGBl. I, S. 1514) und 23.7.2017 (BGBl. I, S. 1693) und aktuell das Finanzmarktintegritätsstärkungsgesetz v. 3.6.2021 (BGBl. I, S. 1534) genannt.

1619 Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz – FinDAG vom 22.4.2002, BGBl. I S. 1310.

1620 Vgl. „Mehr Fortschritt wagen – Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit“, Berlin 2021, S. 57.

1621 Dazu im Einzelnen *Baum*, in: Hopt/Wymeersch/Kanda/Baum, Corporate Governance in Context, 2005, S. 3 (17 ff.); *Böcking/Gros*, in: FS Hopt, 2010, 413 (419).

1622 Vgl. dazu *Baum*, in: Hopt/Wymeersch/Kanda/Baum, Corporate Governance in Context, 2005, S. 3 (17).

1623 *Böcking* ZfB-Special 2012, 31 (36) schreibt hingegen im Angesicht des Grünbuchs „Corporate Governance in Finanzinstituten und Vergütungspolitik“ noch, dass die EU-Kommission ein Misstrauen gegenüber dem Markt für Unternehmenskontrolle und mithin den Mechanismen, der ökonomisch-interaktiven Interpretation des Corporate-Governance-Begriffs zeige.

1624 Im Hintergrund stand das Gesetz zur Regelung von öffentlichen Angeboten zum Erwerb von Wertpapieren und von Unternehmensübernahmen v. 20.12.2001, BGBl. I, S. 3822.

1625 Vgl. zu letzterem *Baum*, in: Hopt/Wymeersch/Kanda/Baum, Corporate Governance in Context, 2005, S. 3 (25 f.).

governance through strengthening the impact of market forces and are obviously inspired by a regulatory approach typical for an outsider- and market-oriented governance model.“¹⁶²⁶ 2010 haben auch Böcking und Gros Anzeichen für eine Annäherung Deutschlands an ein Outsider-System der Corporate Governance ausgemacht, erachteten es aber noch für „voreilig“ daraus auf einen grundlegenden Wandel des deutschen Corporate-Governance-Systems zu schließen.¹⁶²⁷ Gerum, Mölls und Shen haben das deutsche System der Corporate Governance hingegen 2011 schon als „Mischsystem“ beschrieben.¹⁶²⁸

Die – jedenfalls teilweise – gewandelte Tatsachengrundlage lässt es ausgeschlossen 131 erscheinen, weiterhin aufgrund der systemischen Besonderheiten der deutschen Corporate Governance am „gläubigerschutzorientierten“ Auslegungsmodell festzuhalten.¹⁶²⁹

b. Wider das Argument einer reinen Partialbedeutung

Der vorstehenden Schlussfolgerung lässt sich entgegenhalten, dass die beschriebene 132 Systemänderung auf einen Teilbereich der Unternehmenslandschaft beschränkt ist. Denn die sozi-ökonomischen Faktoren der Unternehmensführung ändern sich vor allem für die kapitalmarktorientierten Unternehmen. Böcking hat angesichts dieses Befunds infrage gestellt, ob eine ökonomisch-interaktive Interpretation für alle Unternehmen einheitlich angewendet werden könne. Es müsse hinterfragt werden, ob auch bei nicht kapitalmarktorientierten Unternehmen, die sich regelmäßig durch eine größere Nähe von Eigentum und Kontrolle auszeichnen, Agency-Probleme in dem Maße auftreten, dass es einer ökonomisch interaktiven Interpretation der Corporate Governance bedürfe.¹⁶³⁰ Der Einwand lässt sich dahingehend umformulieren, dass sich die Anforderungen nicht kapitalmarktorientierter Unternehmen laut empirischen Befunden nun einmal maßgeblich von denjenigen kapitalmarktorientierter Unternehmen unterscheiden. Anders ausgedrückt muss berücksichtigt werden, dass selbst wenn die Bedeutung der Information potenzieller Investoren im Rechnungsle-

1626 Baum, in: Hopt/Wymeersch/Kanda/Baum, Corporate Governance in Context, 2005, S. 3 (23).

1627 Böcking/Gros, in: FS Hopt, 2010, 413 (419).

1628 Gerum/Mölls/Shen Zfbf 63 (2011), 534 (548).

1629 Vgl. in Ansätzen Böcking/Gros, in: FS Hopt, 2010, S. 413 (419), denen zufolge die Veränderung des deutschen Corporate Governance-Systems zumindest dazu führe, dass die Rechnungslegungskonzeption für kapitalmarktorientierte Unternehmen überprüft werden müsse. Denn im Rahmen der Unternehmensberichterstattung kapitalmarktorientierter Unternehmen sowie im Wettbewerb um die Unternehmensfinanzierung nehme der Bedarf an entscheidungsnützlichen Rechnungslegungsinformationen und einer bestmöglichen Darstellung der wirtschaftlichen Verhältnisse, um eine Unternehmenskontrolle durch Marktmechanismen zu gewährleisten, zu; s. auch Berndt/Hommel, BFuP 57 (2005), 407 (419 f.).

1630 Böcking ZfB-Special 2012, 31 (34). Auch in den USA werde der Corporate Governance-Begriff für nicht-kapitalmarktorientierte Unternehmen nicht ökonomisch-interaktiv interpretiert, weshalb für diese Unternehmensgruppe auch „keine umfassenden Rechnungslegungs- und insbesondere keine Publizitätspflichten“ bestünden.

gungskontext steige, dieser Aspekt für nicht kapitalmarktorientierte Unternehmen weiterhin „keine bedeutende Rolle“ spielt.¹⁶³¹

- 133 Schlussendlich gibt dieser Einwand jedoch keinen Anlass dazu, sich in der hier geführten Auslegungsdiskussion anders zu positionieren. Denn im für den Einzelabschluss maßgeblichen materiellen Bilanzrecht spielt die Kapitalmarktorientierung einer (Kapital-)Gesellschaft keine Rolle. Die Rechnungslegung kapitalmarktorientierter Unternehmen zeichnet sich primär durch einen besonderen Umfang aus, die materiellen Rechnungslegungsregeln und -prinzipien gelten aber grundsätzlich für alle Unternehmensträger gleichermaßen. Insbesondere findet die konzernbilanzrechtliche, sich aus der IAS-Verordnung bzw. § 315e Abs. 1 HGB für kapitalmarktorientierte Mutterunternehmen ergebende Pflicht, die strikt am Informationsinteresse der Kapitalmarktanleger ausgerichteten IFRS anzuwenden, im Einzelabschlussrecht keine Entsprechung.
- 134 In rechtspolitischer Hinsicht erscheint die Frage, ob Bedarf für eine „verstärkte Differenzierung der Rechnungslegung nach dem Kriterium der Rechnungslegung“ besteht, ohne weiteres berechtigt. Sie könnte etwa dahingehend beantwortet werden, dass kapitalmarktorientierten Unternehmen auch im Einzelabschluss eine vollumfängliche Anwendung der IFRS ermöglicht wird.¹⁶³² Angesichts der fehlenden Differenzierung im geltenden Recht stellt sich die Frage nach dem Für und Wider einer systemischen Trennung der Corporate Governance anhand des Kriteriums der Kapitalmarktorientierung hier aber nicht. Vielmehr muss eine rechtsökonomische Auslegung der Bilanzierungsprinzipien – unabhängig davon, ob man dies rechtspolitisch gutheißt – de lege lata einen gemeinsamen Nenner definieren. Deshalb ist im Rahmen der Auslegungsdiskussion sogar der Gegenschluss zu ziehen: Eine streng gläubigerschutzorientierte Auslegung der Bilanzierungsprinzipien vermag nicht zu überzeugen, da es zumindest *auch* ein Bedürfnis für eine ökonomisch-interaktive Interpretation der Corporate Governance gibt und dieses nicht ignoriert werden darf.

c. Rückgriff auf die Regulatory Competition-Theorie

- 135 Der Rückschluss vom deutschen Insider-System auf die Auslegung der Gewinnermittlungsprinzipien wird schließlich auch bei Zugrundelegung einer regulatory competition-Theorie des Unternehmensrechts infrage gestellt. Diese Theorie legt nahe, dass sich das Unternehmensrecht vor allem marktbasiert weiterentwickelt. Denn es herrscht danach ein Wettbewerb zwischen den verschiedenen Unternehmensrechtsordnungen. Unternehmen, die einer ineffizienten Rechtsordnung unter-

1631 Böcking/Gros, in: FS Hopt, 2010, S. 413 (425).

1632 Böcking/Gros, in: FS Hopt, 2010, S. 413 (425).

worfen sind, sollen auf die damit einhergehende Benachteiligung auf den Produkt- und Kapitalmärkten äußerstenfalls reagieren, indem sie abwandern. Die einzelnen Unternehmensrechtsgesetzgeber sollen demnach andauernd dazu gezwungen sein, ihre Heimatrechtsordnung effizienter auszugestalten (vgl. auch § 29 F. II. 4.).

Auf der Grundlage dieser Theorie sind Einzelmaßnahmen dann positiv zu bewerten, sofern sie einen auf dem Markt ohnehin stattfindenden Wandel unterstützen.¹⁶³³ Eine Auslegung der Bilanzierungsprinzipien überzeugt demnach, wenn sie Deutschlands Position im Wettbewerb der Kapitalmarktrechtsordnungen stärkt. Eine stärker informationsorientierte Auslegung des Bilanzrechts ist mit anderen Worten zu begrüßen, sofern sie die andauernde Veränderung des deutschen Corporate Governance-Systems hin zu einem kapitalmarktorientierten System der Unternehmensfinanzierung vorantreibt, insbesondere also die Kapitalmarktfinanzierung deutscher Unternehmen angesichts von veränderten Anteilseignerstrukturen und Marktmechanismen erleichtert. Dafür spricht, dass eine stärker an den Bedürfnissen des Kapitalmarkts orientierte HGB-Auslegung die Vergleichbarkeit der auf dem HGB beruhenden Bilanzierung im internationalen Vergleich steigert und so die Entscheidungsfindung internationaler Kapitalmarktinvestoren erleichtert. Es ist davon auszugehen, dass dies die Attraktivität des inländischen Kapitalmarkts für ausländisches Kapital erhöhen würde. Zugleich ist die heute dominierende Unternehmensfinanzierung weniger stark darauf angewiesen, dass die wirtschaftliche Realität im Rahmen der Rechnungslegung einen Vorsichts-Filter durchläuft. Stattdessen sind internationale, institutionelle Eigen- und Fremdkapitalgeber über Analysen dazu in der Lage, einen unvorsichtigen Gewinnausweis zu erkennen und einzupreisen. Diese Aufgabe wird insbesondere von Short Sellern wahrgenommen. Die Marktteilnehmer können sich also selbst besser schützen, als dies eine pauschale Auslegungsvorgabe könnte.

Zum gleichen Ergebnis kommt man, wenn man die Unternehmensrechtsentwicklung gerade nicht als vom Markt beeinflusst ansieht, sondern – im Gegenteil – davon ausgeht, dass wirtschaftlicher Erfolg entscheidend auf eine proaktive (Gesetzes-)Änderung zurückzuführen ist.¹⁶³⁴ Der deutsche Gesetzgeber hat – wie aufgezeigt – in den zurückliegenden Dekaden bereits Anstrengungen unternommen, um in Deutschland einen funktionierenden market for corporate control zu etablieren (a.). Er bemüht sich also aktiv darum, die deutsche Unternehmensfinanzierung stärker auf den Kapitalmarkt auszurichten. Diese ohnehin stattfindende Entwicklung kann durch eine Anpassung der Bilanzrechtsauslegung gestützt werden.

1633 Vgl. nur Ringe, 63 Am. J. Comp. L. (2015), 493 (530).

1634 Vgl. Ringe, 63 Am. J. Comp. L. (2015), 493 (528), der auf „Law and Finance“-Theorien eingeht, wonach Investitionen durch durchdachte rechtliche Institutionen stimuliert werden.

- 138 Als möglicher Nachteil einer Änderung der Auslegungspraxis ist allerdings zu berücksichtigen, dass sie einen Bedarf für umfangreichere Kreditvereinbarungen entstehen lassen könnte. Entsprechend der Situation auf dem US-amerikanischen Markt für Unternehmenskredite könnte auf Fremdkapitalgeberseite das Bedürfnis für eine vertragliche Absicherung von Kreditrisiken steigen.¹⁶³⁵ Allerdings ist zu beachten, dass auch die gegenwärtig präferierte Auslegungsvariante aus Vertragsgläubigersicht nicht kostenneutral ist: Manche von ihnen werden Überinvestitionen tätigen, weil sie sich nicht genug auf den Schutz durch Rechnungslegung verlassen, andere werden unterinvestieren, weil sie angesichts einer am Gläubigerschutz orientierten Auslegung übermäßig auf die Existenz stiller Reserven im Unternehmensvermögen vertrauen.

E. Zusammenfassung

1. Im Rahmen einer hypothetischen Verhandlungslösung würden sich die in die Finanzierungsbeziehungen des Unternehmens einbezogenen Akteure aller Wahrscheinlichkeit nach nicht auf primär am Gläubigerschutz ausgerichtete Bilanzierungsprinzipien einigen.
2. Begründen lässt sich das damit, dass eine vorsichtspräferierende Auslegung zum Schutz der Fremdkapitalgeber von Unternehmen nur wenig beizutragen vermag. Vielmehr legen die Informationsbedürfnisse der Fremdkapitalgeber das gegenteilige Analyseergebnis nahe. Es muss gefragt werden, inwiefern gesetzliche Rechnungslegungsregeln, sofern sie den Fremdkapitalgeberinteressen überhaupt Rechnung tragen sollten, primär den so genannten institutionellen Gläubigerschutz gewährleisten oder – ggfs. sogar an erster Stelle – auf die Vermittlung entscheidungsnützlicher Informationen abzielen sollten.
3. Darüber hinaus vermag es nicht zu überzeugen, die Auslegung dem Ziel unterzuordnen, im Interesse der Vertragsgläubiger eine „angemessene“ Kapitalausstattung des Unternehmens zu gewährleisten. Das Unternehmensrecht hält aus ökonomischer Sicht weitaus präzisere Mechanismen bereit, um die Gläubiger zu schützen, die sich bei einem erkennbaren Mehrbedarf weiter ausbauen ließen, wohingegen

1635 Vgl. *Leuz/Wüstemann*, in: *Krahn/Schmidt*, *The German Financial System*, S. 450 (452): „German accounting has traditionally been governed by ‚prudence‘ and ‚creditor protection‘; that is, measurement rules that are favourable to creditors and limit payouts to shareholders. As a result, German debt contracts generally do not have extensive debt covenants restricting dividends to shareholders; they simply rely on the legal restrictions imposed by the accounting rules. In contrast, US-GAAP is not geared towards debt contracting. Not surprisingly, US debt contracts generally include extensive debt covenants, such as accounting-bases payout restrictions, and in some cases even specify modifications of US-GAAP to take into account the needs of debt contracting.“

sich die tendenziöse Bilanzrechtsauslegung als eine Art „Shotgun-Ansatz“¹⁶³⁶ der Gläubigerschutzgewährleistung erweist.

4. Dagegen, den Gläubigerschutz über das Bilanzrecht zu stärken, spricht im Rahmen einer Gesamtbetrachtung weiterhin, dass im Rahmen eines auf den Gläubigerschutz ausgerichteten Auslegungskonzepts die Anteilseignerinteressen zu einem unverhältnismäßigen Grad missachtet werden. Vorgaben im Zusammenhang mit der Aufstellung des Jahresabschlusses, welche die Unternehmensleistung zu einer restriktiven Gewinnermittlung unter (einseitiger) Wahrung der Gläubigerinteressen verpflichten sollen, und dadurch zur Bildung stiller Rücklagen beitragen, sind aus Anteilseignersicht in aus mehreren Gründen nicht unterstützenswert: Sie sind sowohl geeignet, den eigenen gegenwärtigen Handlungsspielraum zu beschränken als auch zugleich denjenigen der Unternehmensleitung für opportunistisches Handeln zu erweitern.
5. Zu diesem Schluss kommt man, wenn man berücksichtigt, dass die Anteilseigner zunächst daran interessiert sind, anhand der Bilanz die ihnen zustehenden Zahlungen des Unternehmens bemessen zu können (Zahlungsbemessungsinteresse). Weitergehend haben sie – jedenfalls zum Teil – auch ein konkretes Ausschüttungsinteresse. Letzteres wird gesellschaftsrechtlich nicht zuletzt durch ökonomisch gerechtfertigte Mindestausschüttungen abgesichert. Zudem bedürfen die Anteilseigner Informationen, einerseits, um unternehmensintern an der Überwachung und Kontrolle der Unternehmensleitung mitzuwirken und andererseits, um über die Verwendung ihres eingebrachten Kapitals zu disponieren. Das Bilanzrecht muss damit gewährleisten, dass die auf ihm fußende Rechnungslegung zugleich eine Informations- und eine Ausschüttungsbemessungsfunktion erfüllt. Die Informationsfunktion kann ein Jahresabschluss allerdings konzeptionsbedingt nur unzureichend erfüllen. Speziell weist er Defizite auf, wenn es um das Anteilseignerinteresse geht, den künftigen Zahlungsstrom aus dem Unternehmen abzuschätzen bzw. – daran anknüpfend – den Wert der eigenen Kapitalbeteiligung zu bestimmen.
6. Werden die Erkenntnisse zur Lückenschließungsfunktion gesetzlicher Rechnungslegungsvorgaben für das vertragsökonomische Verhältnis zwischen dem Unternehmen und Fremdkapitalgebern rekapituliert, ist ergänzend zu berücksichtigen, dass unklar bleibt, inwiefern Fremdkapitalgeber überhaupt durch ein staatliches Bilanzrecht geschützt werden müssen. Die ökonomische Theorie geht allgemein davon aus, dass das Schutzbedürfnis der Fremdkapitalgeber herabgesetzt ist und begründet dies überzeugend damit, dass sie als Vertragsgläubiger des Unternehmens grundsätzlich in der Lage seien, sich (individual-)vertraglich mittels passgenauer Mechanismen gegenüber einem opportunistischen Verhalten anderer Unternehmensakteure abzusichern. Darüber hinaus spielt eine Rolle, dass

1636 Begriff übernommen von Bainbridge/Henderson, Limited Liability, S. 290.

die Fremdkapitalgeber, im Gegensatz zu den Anteilseignern, in aller Regel nicht in ein ökonomisches Vertragsverhältnis zum Unternehmen „eingesperrt“ sind. Daraus ist zu schließen, dass Vertragsgläubiger jedenfalls relational, insbesondere im Vergleich zu der Gruppe der Anteilseigner, nur eingeschränkt schutzbedürftig sind.

7. Schließlich ist der Ansatz, den Interessen der Kapitalmarktanleger handelsbilanzrechtlich eine untergeordnete Bedeutung zuzumessen, angesichts der Veränderungen, welche das deutsche System der Unternehmensfinanzierung in jüngerer Zeit durchlaufen hat, nicht mehr zeitgemäß.
8. Das bei Zugrundelegung eines eng gefassten Ansatzes erzielte Analyseergebnis wird gestützt, sofern ergänzend berücksichtigt wird, dass das Gesamtsystem der Corporate Governance eines Staates und sein Rechnungslegungssystem idealiter in einem kooperativen Verhältnis stehen. Dabei wird davon ausgegangen, dass das Rechnungslegungsrecht Teil einer größeren, auf die Finanzierungsbeziehungen ausgerichteten institutionellen Infrastruktur ist und zu dieser in einem Verhältnis der Wechselbezüglichkeit steht.
9. Insbesondere können die Interessen von Kapitalmarktanlegern insofern nicht mehr unter Verweis auf ein in Deutschland nur vermeintlich noch fortexistierendes System der Unternehmensfinanzierung ausgeblendet werden.

§ 25 Fazit

1. Gedanklicher Ansatz von Teil 6

Die Rechtstheorie legt nahe, dass Gerichten und Rechtsanwendern, wenn sie aufgrund einer „wirtschaftlichen“ Betrachtungsweise vom Grundsatz der zivilrechts- 1
akzessorischen Bilanzierung abweichen wollen, kein freies Ermessen eröffnet ist. Vielmehr muss die Abweichung mit den Bilanzierungsprinzipien zu rechtfertigen sein. Sofern dies unter Rückgriff auf den limitierten überlieferten Aussagegehalt der Bilanzierungsprinzipien zunächst nicht eindeutig möglich ist, müssen die Prinzipien gegeneinander abgewogen werden, da so weiterhin eine im Kern rechtlich begründete, nicht willkürliche Entscheidung möglich ist.

Im Ausgangspunkt droht diesem methodischen Lösungsweg aber die fehlende normative Geschlossenheit des Bilanzrechts entgegenzustehen. Denn der Inhalt der Bilanzierungsprinzipien ist mangels detaillierter gesetzlicher Regeln, eines ausgereiften gesetzlichen Regelungsplans und einer darauf aufbauenden Rechtsdogmatik aus sich heraus nicht hinreichend klar genug bestimmbar, als dass eindeutige Abwägungsergebnisse möglich wären. In der Arbeit wird daher vertreten, dass etwa, wenn es um die Ertragsrealisation bei Mehrkomponentengeschäften geht, die dominierende Jahresabschlussfunktion in Form einer „Rechtsidee“ des Bilanzrechts als letztentscheidendes, über den Einzelprinzipien stehendes Element bei der Abwägung von Vorsichts- und Realisationsprinzip herangezogen werden muss, um die Abwägungsmethode so praktisch handhabbar zu machen. 2

2. Historische und richtlinienkonforme Auslegung

Versucht man, die Rechtsidee des Bilanzrechts im Wege einer historischen Auslegung zu ermitteln, kommt man zu dem Schluss, dass eine am Primat des „Gläubigerschutzes“ orientiertes Verständnis von den Bilanzierungsprinzipien einer rechtlichen Grundlage im deutschen Recht entbehrt. Der Vorrang des Gläubigerschutzes erweist sich als eine unter Missachtung des Gesetzesvorbehalts an das Bilanzrecht herangetragene externe Funktionszuweisung. Erst recht findet er im europäisch geprägten Bilanzrecht seit dem BilRiLiG keine Stütze mehr. Weder die Abkoppelungsthese noch die These vom gespaltenen Bilanzrecht haben sich als tragfähig erwiesen. Der Gesetzgeber des BilMoG hat dies auch klar anerkannt. 3

Bei richtlinienkonformer Auslegung des deutschen Rechts kommt der (Handels-)Bilanz vielmehr primär eine Informationsfunktion zu. Wenn zur Beantwortung einer 4

Bilanzierungsfrage mehrere Bilanzierungsprinzipien gegeneinander abgewogen werden, ist es demnach zulässig, auf den Jahresabschlusszweck der „Information“ als fundamentale Rechtsidee zu verweisen und die Lösung eines Hard Case hierauf zu stützen.

- 5 Die vorstehende These lässt sich allerdings nicht vollumfänglich argumentativ absichern, da der europäische Gesetzgeber und der EuGH es bislang versäumt haben, die vom europäischen auf das nationale Bilanzrecht ausgehenden Lenkungskräfte konsequent herauszustellen. Jede Argumentation, die auf die Implikationen der Bilanzrichtlinie für die HGB-Auslegung abstellt, sieht sich daher andauernd dem Einwand ausgesetzt, dass das europäische Recht zu uneindeutig verfasst sei, um ihm einen derart weitreichenden Aussagegehalt zu entnehmen.
- 6 Angesichts dessen, dass die richtlinienkonforme Auslegung der §§ 238 ff. HGB keine für das hiesige Vorhaben vollumfänglich überzeugenden Ergebnisse hervorbringt, bestand der notwendige Raum dafür, um in § 24 einen Vorschlag zur Auslegung der über den Gewinnausweis bestimmenden Bilanzierungsprinzipien durch Heranziehung eines ökonomischen Theorienfundaments zu legitimieren.

3. Ergebnis der ökonomischen Analyse

- 7 Mit dem Ziel einer Zuspitzung der Abwägungsmethode wurde in § 24 sodann das Verhältnis von Vorsichtsprinzip und Realisationsprinzip rechtsökonomisch neu bestimmt. Dabei ließ sich aufzeigen, dass die ökonomische Auslegung des Bilanzrechts einer Ausrichtung der Realisation am Gedanken des Gläubigerschutzes, sofern in der Folge Ertrag und Aufwand nicht periodengerecht ausgewiesen werden, widerspricht. Der Zusammenhang zwischen dem gesellschaftsrechtlichen Anliegen des Gläubigerschutzes und einer vorsichtsgeprägten Bilanzierung ist also auch bei seiner rechtsökonomischen Betrachtung nicht in das Gesetz hineinzulesen.

§ 26 Implikationen für die hinausgezögerte Ertragsrealisation

1. Wenn in der Praxis entschieden werden muss, ob die Ertragsrealisation bei einem Mehrkomponentengeschäft unter Berufung auf das Vorsichtsprinzip hinausgezögert werden sollte bis alle Leistungskomponenten erbracht wurden (Konzept der hinausgezögerten Gewinnrealisation) oder, unter Berufung auf das Prinzip der periodengerechten Realisierung, dem eigentlichen wirtschaftlichen Gehalt des Geschäfts entsprechend erfolgen sollte (Konzepte der Kostenabgrenzung oder Umsatzaufgliederung), sprechen die in Teil 6 dargestellten Untersuchungsergebnisse für die letztgenannte Möglichkeit. Denn sie legen nahe, dass sich weder bei einer richtlinienkonformen Auslegung noch bei einer rechtsökonomischen Analyse überzeugende Argumente dafür vorbringen lassen, dass der Schutz der Unternehmensgläubiger eine Hinauszögerung fordert.
2. Im Rahmen des hier aufgebauten dogmatischen Modells bedeutet dies, dass Verbrauchermehrkomponentengeschäfte bilanziell den sonstigen Mehrkomponentengeschäften gleichzustellen sind. In Teil 5 wurde herausgearbeitet, dass die zivilrechtsakzessorische Bilanzierungsmethode grundsätzlich keine hinausgezögerte Gewinnrealisation bei Mehrkomponentengeschäften fordert. Bei Verbrauchermehrkomponentengeschäften kam Teil 5 aufgrund des den Verbraucherkunden hier einzuräumenden Rechts zur Totalabwicklung bei Leistungsstörungen allerdings zu teilweise abweichenden Ergebnissen. Im Lichte von Teil 6 wird nun deutlich, dass und weshalb diese Ergebnisse keinen Bestand haben können. Denn richtlinienkonforme Auslegung der §§ 238 ff. HGB und rechtsökonomische Analyse legen im Hinblick auf diese speziellen Mehrkomponentengeschäfte ebenfalls eine an der „wirtschaftlichen“ Betrachtungsweise orientierte Gewinnrealisation nahe.

Teil 7 – Komplementärfunktion der privatordnungsorientierten Ertragsrealisation

Der nun folgende, abschließende Untersuchungsteil geht von der Beobachtung aus, 1
dass die Regeln der Rechnungslegung weltweit bis heute vor allem durch private
Akteure erarbeitet werden (vgl. bereits § 5 B. II. 2.). Bilanzrechtsgesetzgeber – wie
der Gesetzgeber des HGB – müssen sich zwangsläufig zu dieser privaten Regelset-
zung positionieren. Dasselbe gilt für die Bilanzrechtsdogmatik. Diese Positionierung
geschieht herkömmlich dadurch, dass unterschieden wird, ob eine staatliche Stelle
einem privaten Akteur explizit ein Mandat zur Interpretation bzw. Fortbildung der
Rechnungslegungsregeln erteilt hat, oder nicht. Fehlt es an einem solchen Mandat,
so sollen die privaten Regeln als bloße Rechtserkenntnisquelle einzustufen sein. Die
Arbeit plädiert demgegenüber dafür, privaten Bilanzierungsregeln eine nuanciertere
Rolle zuzuweisen. In Teil 7 der Arbeit wird die These vertreten, dass es der Praxis
möglich sein sollte, auch abseits expliziter staatlicher Verweise rechtssicher nach
den Regeln eines privaten Rechnungslegungsstandards zu bilanzieren, sofern dieser
Standard eine Reihe von Funktionsbedingungen erfüllt. Bilanzierende, denen sich
eine neue, im HGB nicht unmittelbar beantwortete Bilanzierungsfrage stellt, können
bei Erfüllung dieser Bedingungen, so die vertretene These, uneingeschränkt auf
die in einem privaten Rechnungslegungsstandard entwickelte Abbildungsantwort
zurückgreifen, weil dann zu vermuten ist, dass der private Lösungsweg rechtmäßig
ist.

Im Einzelnen geht es hier um eine Neudefinition der Rolle des vom IASB der 2
IFRS Foundation im Mai 2014 im Anschluss an eine langjährige Diskussionsphase
veröffentlichten IFRS 15 („Revenue from Contracts with Customers“) im Rahmen
der Abbildung von Mehrkomponentengeschäften im Einzelabschluss. Im Hinter-
grund steht, dass IFRS 15 Kriterien für eine Wesentlichkeitsbetrachtung bei der
Mehrkomponentenertragsrealisation enthält. Der Standard ist deshalb – zumindest
der Theorie nach – dazu geeignet, eine Komplementärfunktion im Hinblick auf das
in den Teilen 5 und 6 erarbeitete Ertragsrealisationskonzept für Mehrkomponenten-
geschäfte wahrzunehmen. Teil 7 zeigt, dass die IAS/IFRS die für einen Statuswechsel
von IFRS 15 erforderlichen Funktionsbedingungen erfüllen. Auch kommt eine qua-
litative Cost-Benefit-Analysis zu dem Ergebnis, dass es vorzugswürdig ist, hier auf
IFRS 15 abzustellen, anstatt neue Gesetzesregeln zu schaffen.

§ 27 Einleitung

A. Private Rechnungslegungsregelsetzung

I. Definition

- 1 In Teil 7 geht es um durch private Akteure entworfene, fortgebildete und ausgelegte Rechnungslegungsregeln. Es geht in der Arbeit dabei um privat gesetzte Normen sowohl genereller als auch (potenziell) heteronomer Art.¹⁶³⁷ Der offene Begriff der Regelsetzung wird hier dabei dem der (privaten) Rechtsetzung vorgezogen. Denn jedenfalls nach der durch *Ferdinand Kirchhof* vertretenen Definition des Begriffs der „Rechtsnorm“,¹⁶³⁸ fällt selbst gesetztes Recht der Wirtschaft (mangels Heteronomität) nicht darunter.¹⁶³⁹ Auch mit anderen, für eine Regelung von nicht-staatlicher Seite verwendeten Alternativbegriffen (z.B. „privat erzeugtes Recht“¹⁶⁴⁰, „private Selbstregulierung“¹⁶⁴¹ oder „private Ordnung“¹⁶⁴²) würden zumeist bereits rechtstheoretische Weichen im Hinblick auf die Rechtsqualität der adressierten Regeln gestellt. Schlussendlich ist dies wohl selbst bei dem hier gewählten Begriff der „Regelsetzung“ unvermeidbar. Da eine solche Wertung hier bewusst nicht angestrebt wird, wird aber versucht, auf zumindest ansatzweise „neutrale“ Begriffe zurückzugreifen.

II. Stellenwert im Bilanzrecht

- 2 Aus historischer Perspektive sind Rechnungslegungsregeln entstanden, indem private Akteure der Bilanzierungspraxis eigene Lösungen für neuartige Rechnungslegungsprobleme angeboten haben. Sofern von den Regeln ehrbarer Kaufleute die Rede ist, welche die Praxis in der Vergangenheit rezipieren sollte, verbrämt dies diesen Vorgang sprachlich nur. Auf globaler Ebene wird die Rechnungslegung sogar bis heute vor allem durch eine private Regelsetzung in verschiedenen Schattierungen geprägt. In Deutschland (und Kontinentaleuropa) ist das anders (vgl. zum Ganzen § 5 B.). Hier gilt im Grundsatz, dass staatliches Recht (im engeren Sinne) die Bilanzierungsregeln setzen soll. Aber auch in Deutschland entwerfen Private breitflächig Rechnungslegungsregeln

1637 In Bezug genommen werden also sowohl private Normen, die sich an einen offenen Adressatenkreis richten, als auch solche, die in ihrer Verbindlichkeit vom Einverständnis der Adressaten unabhängig sein sollen, aber nicht zwingend sind.

1638 *Kirchhof*, Private Rechtsetzung, S. 21, 26, 57 ff.; dazu *Reuter AcP* 188 (1988), 649.

1639 Vgl. *Kirchhof*, Private Rechtsetzung, S. 98 ff. (zum Begriff des privat gesetzten Rechts), 331 (zu den Allgemeinen Versicherungsbedingungen); kritisch demgegenüber *Reuter AcP* 188 (1988), 649.

1640 *Köndgen AcP* 206 (2006), 477 (479).

1641 *Merkt*, in: *Hommelhoff/Hopt/v. Werder*, Handbuch Corporate Governance, S. 683 (684).

1642 *Bachmann*, Private Ordnung, S. 1, 41 ff. und *passim*.

und unterbreiten sie der Praxis. Es existieren sogar gleich mehrere, wohletablierte Wege, auf denen dies geschieht.¹⁶⁴³ Von der Warte des deutschen bzw. kontinentaleuropäischen „Sonderwegs“ einer staatlichen Bilanzrechtsgesetzgebung aus betrachtet, füllen die privaten Akteure dabei ein durch das staatliche Recht belassenes Vakuum bzw. die Lücken, welche das staatliche Recht lässt. Die Privaten drängen dabei aber nicht etwa unerwünscht in das Rechnungslegungssystem ein. Vielmehr findet auf deutscher wie auf europäischer Ebene eine bewusste Teil-Aufgabenverlagerung statt. Zu nennen ist in diesem Zusammenhang zunächst das Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V. (IdW). Von ihrer Anlage her, zielen die unterschiedlichen Publikationen des IdW allein auf eine vereinsinterne Selbstregulierung ab. Es geht darum, die Berufsausübung der Vereinsmitglieder anzuleiten.¹⁶⁴⁴ Damit lassen sich die IdW-Publikationen grundsätzlich als Literaturbeiträgen vergleichbare Versuche der Auslegung und Fortbildung des staatlichen Rechts einordnen. Faktisch ist ihr Einfluss auf die deutsche Rechnungslegung aber weitaus größer, da Wirtschaftsprüfer und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften durch die EU-Verordnung Nr. 537/2014 und das HGB (§§ 316 ff. HGB) bekanntlich (u.a.) mit der Durchführung der Abschlussprüfung des Jahresabschlusses von Kapitalgesellschaften betraut sind. Weil (nach eigener Aussage) zudem circa 80 % aller zugelassenen Wirtschaftsprüfer in Deutschland IdW-Vereinsmitglieder sind, kommt den IdW-Publikationen angesichts dessen mittelbar eine weitreichende Bedeutung für die Praxis der Abschlussprüfung und damit das Bilanzrecht insgesamt zu.¹⁶⁴⁵

Noch stärker institutionalisiert ist die staatliche Teil-Aufgabenverlagerung auf das Deutsche Rechnungslegungs Standards Committee (DRSC).¹⁶⁴⁶ Das Gesetz knüpft an die Befolgung der durch das DRSC erarbeiteten Deutschen Rechnungslegungs Standards (DRS) eine (Rechtmäßigkeits-)Vermutungswirkung (§ 342q Abs. 2 HGB). Es wird vermutet, dass die Konzernrechnungslegung mit den „Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung“ konform geht, sofern dabei die durch das BMJ bekanntgemachten DRS beachtet wurden. Es wird also davon ausgegangen, dass die DRS das

1643 In den Blick genommen wird damit hier insbesondere nicht die Rolle der „Literatur“, also die Rolle – zumeist als privat einzustufende – Akteure, welche durch Kommentare, Fachbuch- und Zeitschriftenbeiträge zur Bilanzrechtsdogmatik beitragen. Denn ob sie einen prägenden Einfluss auf die Rechnungslegungspraxis haben, hängt allein von der Kraft ihrer Argumente ab, sofern man die möglichen Auswirkungen, welche ein bedeutender Name oder beruflicher Hintergrund haben kann, einmal ausblendet. Vielmehr geht es um private Stellen, welche das Bilanzrecht aufgrund eines (begrenzten) hoheitlichen Mandats fortbilden.

1644 Vgl. *Buck-Heeb/Dieckmann*, Selbstregulierung im Privatrecht, S. 124.

1645 *Johannes Köndgen* hat das IdW deshalb zurecht als einen „Standardsetter“ qualifiziert, auf den de facto die materielle Interpretationshoheit über die Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung mehr und mehr übergegangen sei, vgl. *Köndgen AcP* 206 (2006), 477 (488); ausführlich zur rechtlichen Relevanz der IdW-Standards *Schülke*, IdW-Standards und Unternehmensrecht, S. 49 ff. und *passim*.

1646 Auch dabei handelt es sich um einen eingetragenen Verein mit Sitz in Berlin, vgl. *Deutsches Rechnungslegungs Standards Committee e.V.*, Profil, <https://www.drsc.de/profil/>, letzter Abruf: 13.1.2025.

Konzernbilanzrecht grundsätzlich zutreffend auslegen und konkretisieren.¹⁶⁴⁷ Von praktischer Relevanz ist aber vor allem die Frage nach dem Stellenwert der durch die IFRS Foundation erarbeiteten privaten Rechnungslegungsstandards IAS/IFRS für die Rechnungslegung in Deutschland (dazu III.).

III. Speziell: Stellenwert der IAS/IFRS für die deutsche Rechnungslegung

- 4 Vom deutschen Verständnis einer Bilanzordnung aus gesehen handelt es sich bei den IAS/IFRS zunächst um eine Parallelebene zum hoheitlich geschaffenen Recht. Bei näherem Hinsehen ist die IFRS-Foundation aber Nutznießerin der wohl weitestgehenden staatlichen Teil-Aufgabenverlagerung auf dem Gebiet der Rechnungslegung geworden (§ 5 B. II. 2. c.) und deshalb, genau wie IdW und DRSC, als nur „mehr oder weniger“ privat einzustufen.¹⁶⁴⁸ Eine Teil-Aufgabenverlagerung vom Staat auf die IFRS findet zunächst so statt, dass nach der durch § 315a Abs. 1 HGB konkretisierten Verordnung (EG) 1606/2002 (IAS-Verordnung) die IFRS verpflichtend auf die Konzernabschlüsse kapitalmarktorientierter Gesellschaften anzuwenden sind (Art. 4 IAS-Verordnung). Andere Konzernmuttergesellschaften können gemäß § 315a Abs. 3 HGB wählen, ob sie anstatt eines HGB-Konzernabschlusses einen IAS/IFRS-Abschluss aufstellen. Das staatliche Recht verweist dabei nicht dynamisch auf Standardentwicklung und -reform durch den IASB. Vielmehr entscheidet gemäß Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 6 IAS-Verordnung die Europäische Kommission über die Anwendbarkeit jedes einzelnen Standards. Dazu wurde ein besonderes politisches Verfahren, das Komitologieverfahren, etabliert. Es dient dazu, die IAS-Verordnung als Basisrechtsakt zu konkretisieren und zu aktualisieren.¹⁶⁴⁹ Um diesen Anerkennungsmechanismus abzustützen, wurde ein Regelungsausschuss für Rechnungslegung (Accounting Regulatory Committee, ARC) eingesetzt, der sich – unter Vorsitz der Kommission – aus Vertretern der Mitgliedstaaten zusammensetzt. Das ARC entscheidet auf der Grundlage von Kommissionsvorschlägen über die Anerkennung einzelner IFRS (so genannter Regulierungsprozess). Daneben wurde eine Europäische Beratergruppe für Rechnungslegung (European Financial Reporting Advisory Group, EFRAG) gebildet.¹⁶⁵⁰
- 5 Bei der EFRAG handelt es sich um ein privates Gremium,¹⁶⁵¹ da die Mitglieder – Rechnungslegungssachverständige aus mehreren Mitgliedstaaten – aus der Privatwirtschaft stammen (dazu zählen Arbeitgeber, Banken, Abschlussprüfer, Versicherer,

1647 Hellermann NZG 2000, 1097 (1099); ähnlich Köndgen AcP 206 (2006), 477 (489); a.A. Paal, in: MüKo-HGB, § 342q Rn. 25 f., der von einer zweistufigen Rechtsvermutung ausgeht, da (auch) die Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung als unbestimmter Rechtsbegriff konkretisiert würden, was aber nicht mit dem hier zugrunde gelegten Begriffsverständnis vereinbar ist.

1648 So die Formulierung bei Buck-Heeb/Dieckmann, Selbstregulierung im Privatrecht, S. 123.

1649 Zur Regelungshistorie: van Hulle, in: Leuz/Pfaff/Hopwood, The Economics and Politics of Accounting, S. 349 (367).

1650 Näher: van Hulle, in: Leuz/Pfaff/Hopwood, The Economics and Politics of Accounting, S. 349 (367).

1651 Perry/Nölke, Rev. Int. Pol. Econ. 13 (2006), 559 (576).

Börsen und Finanzanalysten). Die EFRAG soll die Kommission bei der Bewertung der IFRS unterstützen (sog. technischer Prozess). Die endgültige Übernahme eines IFRS in das Gemeinschaftsrecht ist nach der IAS-Verordnung von drei Aspekten abhängig:¹⁶⁵² Sie setzt voraus, dass bei Anwendung des neuen Standards „ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage eines Unternehmens vermittelt“ wird (1.), der Standard dem europäischen öffentlichen Interesse entspricht (2.) und die auf der Grundlage des Standards erstellten Abschlüsse für die Adressaten von Nutzen sind, also eine gewisse Informationsqualität haben (3.).¹⁶⁵³ Dementsprechend ist es theoretisch möglich, dass „full-IFRS“ und „EU-IFRS“ auseinanderdriften, sofern ein einzelner Standard entweder losgelöst vom Gesamtgefüge in das europäische Recht übernommen oder im Komitologieverfahren inhaltlich verändert wird. Zumindest dazu, dass ein Standard auf europäischer Ebene *inhaltlich* nachverhandelt wird, wird es aber wohl nicht kommen, da man sich dazu bekannt hat, sich immer zwischen „Full Endorsement“ und „No Endorsement“ zu entscheiden.¹⁶⁵⁴

Über die IAS-Verordnung hinaus können große Kapitalgesellschaften i.S.v. § 267 Abs. 3 HGB dafür optieren, zu Informationszwecken einen IAS/IFRS-Einzelabschluss zu erstellen. Die gesellschaftsrechtliche Kapitalerhaltung und Ausschüttungsbemessung, die Besteuerung und die staatliche Rechnungslegungsaufsicht (speziell in der Kredit- und Versicherungsbranche) richten sich aber auch dann weiterhin nach dem HGB-Jahresabschluss. Dieser ist es auch, der gemäß §§ 316 ff. HGB geprüft werden muss. Eine freiwillige IAS/IFRS-Einzelabschlusserstellung setzt damit eine aufwendige Doppelbilanzierung voraus. Sie kann aber sinnvoll sein, um bei Kapitalmarktorientierung ausländischen Anlegern und Kreditinstitutionen einen international gebräuchlichen Abschluss präsentieren zu können. Zu diesem Zweck kann der Zweitabschluss gemäß § 325 Abs. 2a HGB offengelegt werden.

B. Zum Umgang mit privater Rechnungslegungsregelsetzung

Wie vorstehend skizziert wurde, erkennen also sowohl der europäische als auch der nationale Gesetzgeber auf unterschiedliche Weisen an, dass das staatliche Bilanzrecht auf private Lückenschließungen angewiesen ist. In der Folge wird unterschiedlichen privaten Akteuren – teilweise explizit und teilweise implizit – die Kompetenz zugewiesen, dass (abstrakte) staatliche Recht zu interpretieren. Indem sie der IFRS Foundation den gesamten Prozess von Regellentwurf bis -interpretation überantwortet, geht die

1652 Zu Einzelheiten: Schwab, in: Staub, HGB, § 342 Rn. 9; Hohl, Private Standardsetzung im Gesellschafts- und Bilanzrecht, S. 140 ff.; Buck-Heeb/Dieckmann, Selbstregulierung im Privatrecht, S. 141; Möllers/Fekonja ZGR 2012, 777 (781).

1653 Vgl. Erwägungsgrund 9 der IAS-Verordnung.

1654 Vgl. van Hulle, in: Leuz/Pfaff/Hopwood, The Economics and Politics of Accounting, S. 349 (366, 370); zu einer abweichenden Einschätzung: Buck-Heeb/Dieckmann, Selbstregulierung im Privatrecht, S. 141.

IAS-Verordnung sogar noch einen entscheidenden Schritt weiter, da staatliche Stellen insofern nur über eine Reihe verbleibender Kontrollmechanismen verfügen.

- 8 Der Rechtsquellenstatus dieser privaten Rechnungslegungsregeln lässt sich klar bestimmen, sofern sie einen Prozess der staatlichen „Anerkennung“ durchlaufen. Diese Anerkennung kann auf unterschiedliche Arten geschehen. Ein Beispiel ist die durch § 342q Abs. 2 HGB gewährleistete Vermutungswirkung der DRS für die Konzernbilanzierung. Abgesehen von einer solchen Anerkennung handelt es sich bei privaten Bilanzierungsregeln, jedenfalls nach rechtspositivistischem Rechtsverständnis, nicht um Recht. Auf Ebene der Bilanzrechtsdogmatik wird privaten Regeln im Anschluss an diese Einstufung als „Nicht-Recht“ herkömmlich der prekäre Status einer Rechtserkenntnisquelle zugewiesen. Dieser Begriff erfasst den eigentlichen Bedeutungsgehalt privater Regeln auf dem Gebiet der Rechnungslegung aber nur unzureichend. Vor allem sind die Implikationen, welche mit dieser Statuszuweisung einhergehen aus bilanzrechtspolitischer und -dogmatischer Sicht unbefriedigend. Denn der rechtspolitische und -dogmatische Diskurs wird so zwangsläufig auf eine verfassungsrechtliche Perspektive reduziert. Im Lichte dessen vertritt die Arbeit die These, dass sich Umstände formulieren lassen, bei deren Vorliegen davon ausgegangen werden kann, dass der Staat im Hinblick auf private Regeln die Position eines Regelnehmers einnehmen kann. Bei diesen Umständen geht es um die dogmatische Bedingungen privater Ordnung. Konkret wird in Teil 7 ein zweistufiges Modell vorgeschlagen, anhand dessen sich bestimmen lässt, ob private Bilanzierungsregeln im Rahmen der Auslegung des staatlichen Rechts „mehr“ sein können als bloße Rechtserkenntnisquellen. Ausdruck einer solchen veränderten Rollenzuschreibung ist, dass an private Regeln im Zuge der Auslegung des staatlichen Bilanzrechts eine Vermutungswirkung geknüpft wird. Sofern die beiden Voraussetzungen des Modells erfüllt sind, ist danach zu vermuten, dass ein privater Lösungsvorschlag für einen Hard Case der Bilanzierung rechtmäßig ist.
- 9 Beim hier vorgeschlagenen Modell muss eine private Ordnung, damit sie diesen Rollenwechsel vollziehen kann, auf der ersten Stufe zunächst eine Reihe von institutionellen Voraussetzungen erfüllen. Auf der ersten Stufe geht es darum, abzusichern, dass die private Ordnung nur dann einen erhöhten Status erlangen kann, wenn sie innerlich politisiert ist und zugleich die Interessen Dritter geschützt sind. Auf der zweiten Stufe wird anhand einer qualitativen Cost-Benefit-Analyse ermittelt, ob es aus staatlicher Sicht tatsächlich vorzugswürdig ist, auf eine gesetzliche Detailregelung zu verzichten. Es wird also die Möglichkeit, die institutionellen Voraussetzungen einer privaten Ordnung zu überprüfen und zu stützen, abgewogen gegen die Möglichkeit, stattdessen auf herkömmlichem Wege neues staatliches Recht zu schaffen. Das auf beiden Stufen erzielte Ergebnis bestimmt dann über den Stellenwert privater Regeln im Rahmen der Auslegung.

Ziel von Teil 7 ist es, durch eine Präzisierung der Rollenzuschreibung privater Regeln für mehr Rechtssicherheit aufseiten der Praxis zu sorgen, für die sich die Frage stellt, inwiefern sie die Rechnungslegung nach solchen privaten Regeln ausrichten darf. Zugleich soll aufgezeigt werden, wie die Bilanzrechtsdogmatik angesichts zweier Phänomene sprachfähig bleiben kann: der Dominanz privater Bilanzierungsregeln und der Unfähigkeit des staatlichen Rechts, eine Antwort auf komplexe Bilanzierungsfragen (Hard Cases) in der aus Rechtsanwendersicht notwendigen Geschwindigkeit zu formulieren. Konkret demonstriert die Untersuchung, dass die privaten IFRS 15, wenn es um die Komplementierung des in Teil 5 erarbeiteten Konzepts zur Abbildung von Mehrkomponentengeschäften geht, einen Rollenwechsel anhand des vorgeschlagenen Modells durchlaufen können. Im Ergebnis ist im HGB-Einzelabschluss, wenn es um eine Wesentlichkeitsbetrachtung bei der Mehrkomponentenertragsrealisation geht, unmittelbar auf IFRS 15 zurückgegriffen werden. Denn es ist danach zu vermuten, dass die in IFRS 15 formulierten Kriterien mit dem HGB vereinbar sind. 10

C. Aufbau von Teil 7

In Teil 7 wird zunächst demonstriert, dass eine Heranziehung der in IFRS 15 enthaltenen Kriterien für eine Wesentlichkeitsbetrachtung von Leistungskomponenten die Mehrkomponentengeschäftsbilanzierung tatsächlich verbessern kann, sofern eine diese Kriterien berücksichtigende Bilanzierung im Einzelabschluss als rechtmäßig eingestuft wird (§ 28). Anschließend wird aufgezeigt, dass auf der Grundlage eines rechtspositivistischen Rechtsverständnisses private Bilanzierungsregeln grundsätzlich nur in „Recht“ und bloße Quellen der Rechtserkenntnis unterteilt werden können (§ 29 A.). Der nachfolgende Abschnitt legt dar, inwiefern diese Unterteilung der Wirklichkeit privater Regelsetzung nicht gerecht wird (§ 29 B.). Aus dieser Beobachtung müssen, so die weiterhin vertretene Ansicht, Konsequenzen gezogen werden, da die bilanzrechtspolitische und -dogmatische Diskussion ansonsten zu erlahmen drohen (§ 29 C.). Dies wird in § 29 D. zum Anlass genommen, zwei abweichende rechtstheoretische Sichtweisen auf das Verhältnis von staatlichem „Recht“ und privater Ordnung in die Untersuchung einzubeziehen. Von ihnen ausgehend, wird in § 29 E. ein zweistufiges Modell entworfen, anhand dessen bestimmt werden kann, ob private Rechnungslegungsregeln – unabhängig davon, ob sie als „Recht“ zu qualifizieren sind – einen Rollenwechsel durchlaufen können. § 29 F. zeigt schließlich, wie anhand dieses Modells für mehr Rechtssicherheit im Hinblick auf die Umsatzaufgliederung bei Mehrkomponentengeschäften gesorgt werden kann, indem im Hinblick auf eine IFRS 15-konforme Bilanzierung davon ausgegangen wird, dass sie rechtmäßig ist. 11

§ 28 Wesentlichkeitsbetrachtungen bei Mehrkomponentengeschäften

A. Rekapitulation bisheriger Erkenntnisse

- 1 Bei IFRS 15 („Revenue from Contracts with Customers“) handelt sich um den zentralen IASB-Standard zur Bilanzierung von Umsatzerlösen aus Geschäften von Unternehmen mit ihren Kunden über die Lieferung von Gütern oder die Erbringung von Dienstleistungen. IFRS 15 ist bei allen Geschäften anwendbar, die nicht einem spezielleren IFRS unterfallen, was beispielsweise bei Leasingverträgen der Fall ist (vgl. insofern IFRS 16). Kunden werden in IFRS 15 definiert als Parteien, die mit einem Unternehmen vertraglich vereinbart haben, Güter oder Dienstleistungen gegen eine Gegenleistung zu erhalten, sofern dieser Vorgang zur gewöhnlichen Geschäftstätigkeit des Unternehmens gehört (Rn.6). Kunden im Sinne des Rechnungslegungsstandards können also nicht unmittelbar mit Verbrauchern im Sinne des § 13 BGB gleichgesetzt werden. Vielmehr geht es IFRS 15 an dieser Stelle vor allem darum, Kundenbeziehungen zu Kooperationsvereinbarungen, bei denen die Beteiligten die Risiken und den Nutzen aus einem Vorhaben teilen, abzugrenzen. Verbraucherbeziehungen sind aber jedenfalls auch erfasst. Der Stellenwert von IFRS 15 für die Lösung der bei der Bilanzierung von Mehrkomponentengeschäften auftretenden dogmatischen Probleme wird deutlich, wenn man die bisherigen Erkenntnisse der Arbeit knapp rekapituliert. Aus bilanztheoretischer Sicht konkurrieren, wenn es um die Bilanzierung von Mehrkomponentengeschäften geht, drei grundverschiedene Abbildungskonzeptionen miteinander (§ 9 B.). Die Auswahl unter ihnen muss sich primär danach richten, unter welchen Umständen gemäß der §§ 238 ff. HGB eine Teilgewinnrealisation stattfinden, der Ertrag im Hinblick auf die einzelnen Leistungskomponenten eines Mehrkomponentengeschäfts also separat realisiert werden darf. Da das HGB keinen eigenen Detailmaßstab zur separaten Realisierbarkeit enthält, wurde in der Arbeit ein dogmatisches Konzept der zivilrechtsakzessorischen Mehrkomponentenertragsrealisation entworfen (Teil 5, §§ 12 ff.).
- 2 Zentrale Voraussetzung der praktischen Handhabbarkeit dieses Konzepts (und seiner Stichhaltigkeit aus privatrechtlicher Sicht) ist die nähere Konturierung des Rechtsinstituts der wirtschaftlichen Leistungs- bzw. Vertragsverknüpfung. Unter § 15 D. wurde dargestellt, wie IFRS 15 dazu bei Befolgung einer Methode des kreisförmigen Erkenntnisgewinns einen Beitrag leisten kann. Das Konzept der zivilrechtsakzessorischen Bilanzierung hat es aber nicht vermocht, eine Legitimation der seitens der bilanzrechtlichen Literatur befürworteten Wesentlichkeitsbetrachtung im Rahmen der Ertragsrealisation (Kostenabgrenzung) zu gewährleisten (§ 18 B.). Das dogmatische Komplementärmodell einer IFRS 15 folgenden Ertragsrealisation im Einzelabschluss, um das es in Teil 7 geht, vermag insofern Abhilfe zu leisten.

B. Übereinstimmung der Realisationstheorie von HGB und IFRS 15

IFRS 15 steht – wie aufgezeigt (§ 27 A. III.) – grundsätzlich unverbunden neben dem Ertragsrealisationskonzept des HGB. Das vom IASB entwickelte Konzept der Ertragsrealisation ist aber grundsätzlich mit demjenigen, welches auf der Grundlage des HGB-Realisationsprinzips entwickelt wurde, identisch. So steht hinter IFRS 15 eine mit dem nationalen Handelsbilanzrecht vergleichbare¹⁶⁵⁵ Definition von Vermögenswerten und Schulden.¹⁶⁵⁶ Weiterhin liegt auch dem IASB-Konzept der Gedanke zugrunde, dass die Grundlagen der Bilanzierung aus ihm resultierenden Vermögenswerte und Schulden bereits mit dem Abschluss eines Vertrags gelegt werden,¹⁶⁵⁷ sich die Rechte und Pflichten eines schwebenden Vertrags aber in der Regel ausgeglichen gegenüberstehen. Die Ausgeglichenheitsvermutung und das daraus resultierende Konzept der Nichtbilanzierung schwebender Geschäfte (§ 10 B.) finden auf Ebene der IFRS also eine Entsprechung.¹⁶⁵⁸ Gleichmaßen erfolgt auch die IFRS-Periodenabgrenzung nicht unter Zugrundelegung von Ein- und Auszahlungen, sondern im Hinblick auf die Darstellung der Erträge und Aufwendungen einer Rechnungslegungsperiode, was zur Arbeit mit Rechnungsabgrenzungsposten verpflichtet.¹⁶⁵⁹ Folgerichtig soll ein Unternehmen seine Umsatzerlöse nach IFRS 15 in der Regel dann erfassen, wenn es seinen vertraglichen Pflichten nachgekommen ist, also eine Leistungsverpflichtung im Hinblick auf die Lieferung von Gütern oder die Erbringung von Dienstleistungen erfüllt hat.¹⁶⁶⁰ Wie im Rahmen der HGB-Bilanzierung wird insofern zwischen einer zeitraumbezogenen (pro rata temporis) und einer zeitpunktbezogenen Leistungserbringung unterschieden.¹⁶⁶¹ Dabei soll nach IFRS 15 jeder unbedingte Anspruch auf den Erhalt einer Gegenleistung von Unternehmen gesondert als Forderung auszuweisen sein, wobei sich die Einzelheiten der Forderungsbewertung aus IFRS 9 ergeben.¹⁶⁶² Andernfalls soll der Vertrag

1655 Vgl. Hommel, in: FS Ballwieser, S. 347 (353).

1656 Vermögenswerte will das IASB als „in der Verfügungsmacht des Unternehmens stehende Ressource, die ein Ergebnis von Ereignissen der Vergangenheit darstellt und von der erwartet wird, dass dem Unternehmen aus ihr künftiger wirtschaftlicher Nutzen zufließt“ und Schulden als gegenwärtige Verpflichtungen des Unternehmens, die aus Ereignissen der Vergangenheit entstehen und deren Erfüllung für das Unternehmen erwartungsgemäß mit dem Abfluss von Ressourcen mit wirtschaftlichem Nutzen verbunden ist, verstanden wissen, vgl. IFRS-Contractual Framework 4.3 und 4.26 bzw. 4.4a und b; s. dazu auch Buchholz, Grundzüge des Jahresabschlusses, S. 249.

1657 Hommel, in: FS Ballwieser, S. 347 (354).

1658 Hommel, in: FS Ballwieser, S. 347 (354).

1659 Vgl. Buchholz, Grundzüge des Jahresabschlusses, S. 237.

1660 IFRS 15 Rn. 31: Maßgeblich soll der Zeitpunkt sein, zu dem der Kunde die Kontrolle über den Leistungsgegenstand („control“) erlangt; vgl. auch Buchholz, Grundzüge des Jahresabschlusses, S. 247.

1661 Vgl. IFRS 15 Rn. 32, 35 ff.

1662 IFRS 15 Rn. 105, 108: „Eine Forderung ist der unbedingte Anspruch eines Unternehmens auf Gegenleistung. Ein unbedingter Anspruch auf Gegenleistung liegt vor, wenn die Fälligkeit automatisch durch Zeitablauf eintritt. So würde ein Unternehmen beispielsweise selbst dann eine Forderung ansetzen, wenn es aktuell einen Anspruch auf Bezahlung hat, der Betrag zu einem künftigen Zeitpunkt aber rückerstattet werden muss.“

nach Leistungserbringung durch das Unternehmen als sog. Vertragsvermögenswert anzusetzen sein, wobei darunter der vom Unternehmen infolge der Übertragung von Gütern oder Dienstleistungen auf den Kunden erworbene Anspruch auf die Gegenleistung verstanden wird.¹⁶⁶³

- 4 Forderungen und Vertragsvermögenswerte unterscheiden sich demnach danach, ob der Anspruch auf den Erhalt der Gegenleistung (Zahlungsanspruch) bereits unbedingt ist oder ob er noch einer Bedingung unterliegt, etwa weil das Unternehmen zuerst noch eine weitere vertragliche Leistungspflicht erfüllen muss. Der Forderungsausweis erfolgt dementsprechend im Interesse der Abschlussadressaten getrennt von den übrigen Vertragsvermögenswerten. Demgegenüber soll eine Vertragsverbindlichkeit auszuweisen sein, sofern der Kunde vorgeleistet hat, also die Gegenleistung in Form einer Zahlung bereits erbracht hat, bzw. vorleistungspflichtig ist, das Unternehmen also bereits vor Übertragung eines Guts oder einer Dienstleistung auf den Kunden einen unbedingten Anspruch auf eine bestimmte Gegenleistung (d.h. eine Forderung) erworben hat.¹⁶⁶⁴
- 5 Schließlich liegt dem Standard ein zweistufiges Vertragsverständnis zugrunde: Ausgegangen wird von der Identifikation einzelner Kundenverträge (IFRS 15 Rn. 9 ff.), wobei das allgemeine Vertragsverständnis des IFRS der privatrechtlichen Vertragsdefinition an den entscheidenden Stellen entspricht.¹⁶⁶⁵ Daneben werden Vertragsverbindungen adressiert (IFRS 15 Rn. 17), wobei die IFRS-Definition wiederum weitgehend derjenigen entspricht, die sich in Teil 5 für das Privatrecht entwickeln ließ (vgl. § 15 D.).

1663 IFRS 15 Rn. 107: auch insofern kann eine gemäß der Vorgaben in IFRS 9 zu erfassende Wertminderung erforderlich sein.

1664 IFRS 15 Rn. 106: „Eine Vertragsverbindlichkeit ist die Verpflichtung eines Unternehmens, Güter oder Dienstleistungen auf einen Kunden zu übertragen, für die es von diesem eine Gegenleistung erhalten (bzw. noch zu erhalten) hat.“

1665 Die Parteien müssen einem Vertrag zugestimmt haben und es müssen sich in ihm (durchsetzbare) Leistungs- und Gegenleistungspflichten identifizieren lassen (IFRS 15 Rn. 9 (a) – (c), 10). Vom Privatrecht abweichend wird darüber hinaus noch gefordert, dass ein Vertrag eine gewisse wirtschaftliche Bedeutung für den Sachleistungsschuldner besitzen muss (IFRS 15 Rn. 9 (d)). Zudem muss es wahrscheinlich sein, dass die Gegenleistungsforderung tatsächlich erfüllt wird („collectability“, IFRS 15 Rn. 9 (e)). Gleichfalls weicht es von der zivilrechtsakzessorischen Betrachtung ab, dass ein (rechtlich bereits geschlossener) Vertrag nach IFRS 15 bilanziell so lange noch nicht existieren soll, wie beide Parteien ihn vor Erbringung von Leistung und Gegenleistung einseitig auflösen können, also insbesondere grundlos zurückzutreten vermögen (IFRS 15 Rn. 12). Das HGB-Bilanzrecht würde insofern unter Zugrundelegung der Figur des beidseitig „schwebenden“ Vertrags aber zu einem vergleichbaren bilanziellen Ergebnis kommen.

C. Unterschiede zwischen IFRS und zivilrechtsakzessorischer Ertragsrealisation

Der wesentliche Unterschied zwischen dem in Teil 5 erarbeiteten Modell einer 6 zivilrechtsakzessorischen Gewinnrealisation bei Mehrkomponentengeschäften und IFRS 15 besteht darin, dass beim IFRS die Verbindung zwischen Leistungskomponenten und nicht – wie beim am BGB geschulten Denken – diejenige zwischen (nach am privatrechtlichem Begriffsverständnis separaten) Verträgen im Mittelpunkt steht (vgl. zur zivilrechtsakzessorischen Lösung § 15 C. I.). Im Hinblick auf die Umsatzaufgliederung bei Mehrkomponentengeschäften sieht IFRS 15 ein Verfahren vor, nach dem zunächst einzelne Bilanzierungseinheiten zu identifizieren sind. Anschließend ist der Transaktionspreis zu erfassen, auf die Einheiten zu verteilen und schließlich als Umsatz zu erfassen, sobald die der Einheit entsprechenden Leistungspflichten erfüllt wurden,¹⁶⁶⁶ wobei auf die IFRS-Vorgaben zur Bestimmung des Transaktionspreises und die Modalitäten seiner proportionalen Aufteilung auf die einzelnen Bilanzierungseinheiten hier nicht näher einzugehen ist. Auf eine Anleitung der Praxis ausgerichtete Beschreibungen des fünfschrittigen IFRS-Ertragsrealisationsmodells stellen darauf ab, dass bei Anwendung des Modells zunächst identifiziert werden muss, welche Verträge dem abzubildenden Geschäft zugrunde liegen. Aus rechtswissenschaftlicher Sicht spielt die Frage, inwiefern Leistungskomponenten einander auf Vertragsebene zugeordnet sind, im Rahmen von IFRS 15 aber nur eine sekundäre Rolle. Primär setzt eine Umsatzaufgliederung nach dem IFRS-Modell nämlich voraus, dass eine Leistungskomponente für sich genommen als solche gelten kann. Insofern kommt es auf ihre eigenständige Nutzbarkeit an (IFRS 15 Rn. 27 (a)). Erst danach spielt es eine Rolle, ob sie auch in ihrem vertraglichen Umfeld als eigenständig anzusehen ist (IFRS 15 Rn. 27 (b)).

D. Wesentlichkeitsbetrachtungen nach IFRS 15

Entscheidend über die in Teil 5 erarbeitete Mehrkomponentendogmatik hinaus, 7 weist IFRS 15 insofern der Standard konkrete Kriterien dafür enthält, unter welchen Umständen eine Leistungskomponente ausnahmsweise einmal nicht als eigenständige Bilanzierungseinheit einzuordnen ist. Aus bilanztheoretischer Sicht ermöglicht IFRS 15 damit – anders als das zivilrechtsakzessorische Konzept – nicht nur eine duale Abgrenzung der theoretischen Konzeptionen „Umsatzaufgliederung“ und „Hinauszögerung der Gewinnrealisation“. Vielmehr liefert der Standard ein Werkzeug, um alle drei der in § 9 B. skizzierten bilanztheoretisch in Betracht kommenden

¹⁶⁶⁶ Vgl. IFRS 15 Rn. 46; s. beispielhaft zur Abbildung eines Mehrkomponentengeschäfts, welches sich aus der (verbilligten) Veräußerung eines Mobiltelefons und Mobilfunkdienstleistungen zusammensetzt: Oser/Bellert/König IRZ 2017, 49 (50).

Abbildungen von Mehrkomponentengeschäften voneinander abzugrenzen, indem er auch noch Kriterien für die Konzeption der „Kostenabgrenzung“ liefert. Dies geschieht, indem der Standard das Vorliegen einer separaten Bilanzierungseinheit davon abhängig macht, ob eine Leistungspflicht eigenständig abgrenzbar ist. Fehlt es an diesem Merkmal, so muss die unselbständige Leistungspflicht so lange mit anderen Leistungspflichten kombiniert werden, bis die Abgrenzbarkeit gewährleistet ist. Dies kann dazu führen, dass alle Leistungen, zu denen sich das Unternehmen gegenüber einem Kunden verpflichtet hat, für die Zwecke der Ertragsrealisation als Einheit anzusehen sind (IFRS 15 Rn. 30). In diesem Fall wird also derselbe Effekt erzeugt, auf den die Befürworter einer Wesentlichkeitsbetrachtung im nationalen Recht abzielen.

- 8 Dass eine einzelne Leistungspflicht nicht eigenständig abgrenzbar ist, ihr also die „Stand-Alone“-Fähigkeit fehlt, kann sich nach IFRS 15 sowohl aus der Leistungspflicht selbst ergeben als auch aus ihrem „vertraglichen“ Kontext (IFRS 15 Rn. 27 (a) und (b)). Der erste Fall soll eintreten, wenn der Kunde den Leistungsgegenstand für sich genommen weder nutzen, konsumieren, über seinem Schrottwert veräußern oder auf eine andere Weise gewinnbringend verwenden kann. Dabei soll die Eigenständigkeit aber schon dann wieder zu bejahen sein, wenn der Kunde die Nutzbarkeit unter Rückgriff auf andere, ihm leicht verfügbare Ressourcen herstellen könnte. Bei diesen anderen Ressourcen kann es sich sowohl um solche handeln, die der Kunde separat erworben hat, als auch um solche, die das Unternehmen bereits geliefert hat (vgl. näher IFRS 15 Rn. 28). Vom zweiten Fall (IFRS 15 Rn. 27 (b)) ist auszugehen, sofern der vertragliche Kontext einer Leistungspflicht nahelegt, dass sie nicht eigenständig ist. Der danach maßgebliche Vertragskontext umfasst neben dem Vertrag im privatrechtlichen Sinne auch andere Verträge, mit denen er wirtschaftlich verknüpft ist (vgl. C.).
- 9 Dies ermöglicht es, auch bei allen Mehrkomponentengeschäften eine Wesentlichkeitsbetrachtung durchzuführen. Vom Standpunkt der Arbeit aus gesehen sind es also Rn. 27 (b) und die sie näher konkretisierende Rn. 29, welche den innovativen Charakter von IFRS 15 konkret begründen. Ob eine Leistungskomponente nicht von anderen Leistungszusagen im Rahmen desselben „Vertrags“ trennbar ist und folglich nur von einer einzigen Bilanzierungseinheit ausgegangen werden muss, soll sich insbesondere danach richten, ob sich das Unternehmen zu einer „signifikanten Integrationsleistung“ verpflichtet hat, um mehrere Leistungskomponenten zu einem vom Kunden gewünschten Endprodukt zu kombinieren. Denn dann soll die Integrationsleistung aus Kundensicht einen maßgeblichen Teil des (Gesamt-)Leistungsprogramms bilden. Das Leistungsprogramm besteht hier mit anderen Worten aus mehr als der Summe der einzelnen Leistungskomponenten. Ähnlichen Überlegungen folgt es, wenn nach dem Standard darauf abzustellen ist, ob eine Leistungskomponente durch eine andere signifikant geändert bzw. angepasst wird oder ob die

Leistungskomponenten „in hohem Maße voneinander abhängig oder miteinander verbunden“ sind, also der Gesamtnutzen bei Zusammenfassung der Komponenten die jeweiligen Einzelnutzen wesentlich übersteigt (vgl. zum Ganzen IFRS 15 Rn. 29).

Die in IFRS 15 aufgestellten Kriterien erscheinen insofern vorzugswürdig gegenüber 10
der seitens der Literatur zum HGB entwickelten Wesentlichkeitsbetrachtung, da sie eindeutig eine objektivierte Kundenperspektive für maßgeblich erklären. Hierdurch wird zunächst ausgeschlossen, dass allein die unternehmensinterne Qualifikation bestimmter Leistungskomponenten als unwesentlich oder untergeordnet über die bilanzielle Abbildung bestimmt, insbesondere, weil das Unternehmen ihre Zusage gegenüber den Kunden „nur“ als Marketinganreiz einordnet. Es wird mit anderen Worten also sichergestellt, dass auch „unentgeltliche“ Mobiltelefone, Wartungsarbeiten oder Treuepunkte als separate Bilanzierungseinheiten zu qualifizieren sein können, sofern sie für den Kunden einen eigenständigen Nutzen haben. Weiterhin wird klargestellt, dass die Ertragsrealisation auf Unternehmensseite kein antizipatives Element enthalten muss, weil die individuellen Nutzungsabsichten der Kunden für die Ertragsrealisation nicht von Belang sind.

§ 29 Dogmatischer Statuswechsel privater Bilanzierungsregeln

A. Rechtspositivistische Sicht auf private Gesetzgebung

- 1 IFRS 15 lässt sich auf der Grundlage eines rechtspositivistischen Rechtsverständnisses (dazu knapp I.) entweder als (legitimes) „Recht“ oder als „Nicht-Recht“ einordnen. Eine dritte Möglichkeit gibt es nicht. Insbesondere kann eine private Ordnung danach, unabhängig davon, wie politisch oder pluralistisch ihr Regelungsprozess ausgestaltet ist, für sich genommen keine Rechtsquelle¹⁶⁶⁷ sein. Diese klare Unterteilung ermöglicht es, den Rechtsquellenstatus staatlicherseits direkt oder indirekt „anerkannter“ privater Rechnungslegungsregeln sicher zu bestimmen. Abseits einer solchen Anerkennung sind private Bilanzierungsregeln wie IFRS 15 jedenfalls nach rechtspositivistischem Rechtsverständnis kein Recht (dazu II. und III.). Auf Ebene der Bilanzrechtsdogmatik bedeutet dies, dass sie allenfalls als sog. Rechtserkenntnisquellen behandelt werden können, deren dogmatischer Status unsicher ist (dazu IV.).

I. Überblick: Die positivistische Rechtsdefinition

- 2 Die Arbeit nimmt zur positivistischen Rechtsdefinition nicht direkt Stellung, weshalb ihre Eckpfeiler hier nur ganz verknüpft und notwendigerweise unvollständig wiedergegeben werden. *Kelsen* schreibt dazu, dass eine Norm nur deshalb als Rechtsnorm gelte, „weil sie auf eine ganz bestimmte Weise zustande gekommen, nach einer ganz bestimmten Regel erzeugt, nach einer spezifischen Methode gesetzt wurde.“ Das Recht gelte nur als positives Recht, also als gesetztes Recht.¹⁶⁶⁸ Recht soll nur dasjenige sein, was von Menschen als Recht gesetzt wurde und behandelt wird, als ob es gelte.¹⁶⁶⁹ *Luhmann* drückt es so aus, dass die Leitdifferenz des Rechtssystems „Sein und Geltung“ laute und für die Ermittlung des Geltenden nicht mehr inhaltliche, sondern nur noch prozedurale Vorgaben akzeptiert werden.¹⁶⁷⁰ *Menke* sieht die (reine) rechtliche Setzung als zentrales Normativitätsmerkmal des modernen Rechts und bezeichnet sie als „Legalität“.¹⁶⁷¹ Demgegenüber bleibe der Grund

1667 Bereits der Begriff der Rechtsquelle wird unterschiedlich gehandhabt, vgl. zum Ganzen etwa *Kirchhof*, Private Rechtsetzung, S. 84 ff. (zum Merkmal der Heteronomität); *Bachmann*, Private Ordnung, S. 20 f., 95 f., 112; *Meder*, *Ius non scriptum*, S. 98 ff.; *Hohl*, Private Standardsetzung im Gesellschafts- und Bilanzrecht, S. 241 ff.; *Möllers*, in: ders., *Geltung und Faktizität von Standards*, 2009, S. 143 (146); *Engert* RW 2014, 301 (303, 308).

1668 *Kelsen*, *Reine Rechtslehre* (Studienausgabe), S. 75.

1669 *Forgó/Somek*, in: *Neue Theorien des Rechts*, S. 123 (125).

1670 *Luhmann* *Recht der Gesellschaft*, S. 22.

1671 *Menke*, *Kritik der Rechte*, S. 103.

für die Geltung des Rechts offen.¹⁶⁷² Vielmehr berechtigten oder ermöglichten Rechte die Verwirklichung (jeglicher) vorhergehender natürlicher Strebungen.¹⁶⁷³

Das wesentliche Merkmal dieser und anderer Versuche der Identifikation von Recht ist bekanntlich, dass sie unabhängig von einer Übereinstimmung von Normen mit moralischen Werten oder Idealen agieren wollen.¹⁶⁷⁴ Das gilt auch für die Frage, ob (privat geschaffene) Normen rechtlich verbindlich sind.¹⁶⁷⁵ Dadurch grenzt sich das positivistische Normativitätsverständnis von „Naturrecht“, „Vernunftrecht“ und anderen Rechtskonzeptionen ab, die darauf abstellen, dass die Geltung von Recht (auch) davon abhängt, ob es (sittlich-politisch oder naturrechtlich) „gerecht“ ist.¹⁶⁷⁶ Hier kommt es aber vor allem darauf an, dass der Rechtspositivismus für eine relative begriffliche Klarheit sorgt. Die Vernachlässigung oder Verkennung der Unterscheidung zwischen dem „Recht, wie es ist, und dem Recht, wie es sein sollte“,¹⁶⁷⁷ wird vermieden.

An die Stelle der von ihm zurückgewiesenen anderen Geltungsvorstellungen tritt bei *Kelsen* die prozedurale Vorgabe (*Luhmann*¹⁶⁷⁸), dass die Geltung des Rechts auf einem Ableitungsvorgang beruht.¹⁶⁷⁹ Schlussendlich braucht es, so *Kelsen* weiter, dann, damit eine Vielheit von Normen eine Einheit, ein System, eine Ordnung bildet, „eine einzige Norm“ als Grund der Geltung, auf den die Geltung der Vielheit von Normen zurückgeführt werden kann.¹⁶⁸⁰ Diese „Grundnorm“ fungiert als reines

1672 *Forgó/Somek*, in: Neue Theorien des Rechts, S. 123 (125).

1673 Menke, Kritik der Rechte, S. 104.

1674 Raz, Authority of Law, S. 38.

1675 Raz, Authority of Law, S. 38.

1676 Das positive Recht sei, so *Menke*, von ihm fremden Geltungsvorstellungen völlig losgelöst, seine Setzung „autonom“, vgl. *Menke*, Kritik der Rechte, S. 103. S. auch Raz, Authority of Law, S. 38: „the identification of law involves no moral argument, it follows that conformity to moral values or ideals is in no way a condition for anything being a law or legally binding“ sowie *Dreier* NJW 1986, 890: Zwischen positivem Recht und „Moral“ bestehe kein notwendiger Zusammenhang. Die materiale Richtigkeit einer Norm oder einer Normenordnung werde ausgeklammert. Der Rechtspositivismus hat demnach zunächst eine emanzipatorische Stoßrichtung. Es geht darum, die Rechtswissenschaft von den „Interventionen durch Theologie und Moralphilosophie“ zu befreien (vgl. *Forgó/Somek*, in: Neue Theorien des Rechts, S. 123 (125)). In Ergänzung dazu war es, wie *Luhmann* schreibt, auch so, dass die (alten) Theorien des positiven Rechts auf Legitimationsprobleme gestoßen waren, da es schlussendlich keine Idee des Rechts oberhalb des Rechts gibt (*Luhmann* Recht der Gesellschaft, S. 22, 31).

1677 *Dreier* NJW 1986, 890: Nach positivistischer Auffassung bilde dies die Hauptquelle begrifflicher Unklarheiten in der Rechtswissenschaft.

1678 *Luhmann* Recht der Gesellschaft, S. 22.

1679 *Kelsen*, Reine Rechtslehre (Studienausgabe), S. 84: „Das Recht regelt seine eigene Erzeugung; und zwar in der Weise, daß die eine Rechtsnorm das Verfahren, in dem eine andere Rechtsnorm erzeugt wird, und – in verschiedenem Grade – auch den Inhalt der zu erzeugenden Norm regelt. Da bei dem dynamischen Charakter des Rechts eine Norm darum gilt, weil und sofern sie auf eine bestimmte, das heißt durch eine andere Norm bestimmte Weise erzeugt wurde, stellt diese den Geltungsgrund für jene dar.“

1680 *Kelsen* geht insofern davon aus, dass die Normativität des Rechts auf einer vorausgesetzten Grundnorm beruht, der zufolge man sich so verhalten soll, wie es einer tatsächlich gesetzten, im Großen und Ganzen wirksamen Verfassung und daher den gemäß dieser Verfassung tatsächlich gesetzten, im Großen

Denkvehikel. Sie bildet nur die notwendige Bedingung dafür, eine Rechtsordnung beschreiben zu können. Es handelt sich also um eine rein hypothetische Grundlage der Rechtsordnung bzw. ihr (gedachtes) oberstes Geltungsprinzip, um dem Akt des ersten Gesetzgebers den Sinn des Sollens verleihen.¹⁶⁸¹ In praxi (aus der Innen- oder „Richterperspektive“¹⁶⁸²) impliziert *Kelsens* Vorstellung einen „verfassungsrechtlich verankerte[n] numerus clausus der Rechtsnormen“ mit verschiedenen Ebenen und dem Grundgesetz an der Spitze.¹⁶⁸³ Recht muss sich im Verfassungsstaat auf eine im demokratischen Prozess getroffene Mehrheitsentscheidung, also die Mehrheits-herrschaft, zurückführen lassen.¹⁶⁸⁴ *Kelsens* positivistisches Verständnis von der Normativität des Rechts wird oft umformuliert und ergänzt. Der Kerngehalt seiner Aussagen bleibt dabei jedoch erhalten.¹⁶⁸⁵

II. Rechtsqualität privat erzeugter Regeln

- 5 Dass eine privat erzeugte Regel auf eine Person ohne deren explizite oder implizite Zustimmung anwendbar ist, ist auf der Grundlage dieses rechtstheoretischen Verständnisses die Ausnahme. Denn es bleibt dem Staat vorbehalten, privaten Normen eine solche Wirkung zu verleihen, indem er bestimmt, dass eine Regelung als Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes anzuwenden ist.¹⁶⁸⁶ Privat erzeugte Regeln sind für die Rechtsordnung, wenn man den Ausführungen *Kelsens* folgt, nur von Relevanz, wenn sie sich in den von ihm beschriebenen Ableitungsvorgang einordnen lassen. Gesetze werden dabei (nur) als diejenigen nachgeordneten Normen verstanden, welche die rechtsprechenden Institutionen adressieren.¹⁶⁸⁷ Dies bestimmt dann wiederum über den nachfolgenden Rechtserzeugungsprozess Privater in Form von Rechtsgeschäften: Die Parteien setzten für ihr gegenseitiges Verhalten konkrete

und Ganzen wirksamen Normen entspricht“, vgl. Kelsen, *Reine Rechtslehre* (Studienausgabe), S. 73, 75 ff.

1681 Kelsen, *Reine Rechtslehre* (Studienausgabe), S. 77. *Luhmann* umschreibt dies so, dass *Kelsen* sich mit seiner Grundnorm einer Metaebene, auf der Regeln die Geltung von Regeln regulieren, bediene, vgl. *Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft*, S. 102. S. auch *Raz*, *Authority of Law*, S. 44: „Legal systems contain only those standards which are connected in certain ways with the operation of the relevant adjudicative institutions.“

1682 *Dreier* NJW 1986, 890 (891).

1683 Vgl. *Köndgen* AcP 206 (2006), 477 (517).

1684 *Köndgen* AcP 206 (2006), 477 (522 f.).

1685 So vertritt etwa *Hart*, *Concept of Law*, S. 94, 97, dass ein Rechtssystem zunächst Primärregeln, also Standards, welche Gerichten bei ihren Entscheidungen zwingend anwenden und benutzen müssen, voraussetzt. Daneben soll es aber auch eine Rule of Recognition (Regel des Wiedererkennens) benötigen, die darüber bestimmt, wann überhaupt eine bindende Primärregel vorliegt.

1686 Zum Ganzen *Engert* RW 2014, 301 (303, 309); s. auch *Bachmann*, *Private Ordnung*, S. 172 ff.; *Buck-Heeb/Dieckmann*, *Selbstregulierung im Privatrecht*, S. 214, 216, 275.

1687 *Kelsen*, *Reine Rechtslehre* (Studienausgabe), S. 86: „Die der Verfassung nächste Stufe sind die im Gesetzgebungsverfahren erzeugten generellen Normen, deren Funktion darin besteht, nicht nur die Organe und das Verfahren, sondern vor allem auch den Inhalt der individuellen Normen zu bestimmen, die üblicherweise durch Gerichte und Verwaltungsbehörden zu setzen sind.“

Normen, Normen die ein gegenseitiges Verhalten statuieren und deren Verletzung erst den von dem richterlichen Urteil festzustellenden Tatbestand bildet, an den in diesem Urteil die Unrechtsfolge der Exekution geknüpft wird, „[d]urch das Gesetz delegiert“.¹⁶⁸⁸ Mit den Worten *Dan Wielsch*: State-centred positivism channels all legal validity through the monopoly of state power and regards private normative orders either as non-legal or as being subordinated into state law, i.e. „re-stated“.¹⁶⁸⁹

III. Konsequenzen für den Status privater Bilanzierungsregeln

Anhand der dargestellten Positionen ist der Status privat geschaffener Bilanzierungsregeln als „Recht“ anhand ihres Verhältnisses zum staatlichen Recht zu bestimmen. Dabei ist streng darauf abzustellen, inwiefern eine private Regelung mit dem staatlichen Recht verbunden ist. Bei den IAS/IFRS fällt dies zunächst noch leicht. Denn im Ausgangspunkt werden die IAS/IFRS auf private Eigeninitiative hin und außerhalb des europäischen oder nationalen Rechts oder staatlicher Eingriffsmöglichkeiten entwickelt,¹⁶⁹⁰ weshalb es sich bei ihnen klar nicht um „Recht“ im rechtspositivistischen Sinne handelt. Insofern ein privater Standard das in der IAS-Verordnung vorgesehene Komitologieverfahren durchlaufen hat, ist dies anders. Er wird dann, so die wohl allgemein geteilte Auffassung, zu staatlichem (europäischem) Recht.¹⁶⁹¹ Im Wirkungsbereich des Komitologieverfahrens werden die IAS/IFRS mit anderen Worten eindeutig zu einer Rechtsquelle im rechtspositivistischen Sinne.¹⁶⁹² Das Komitologieverfahren ist also nicht nur ein Rezeptionsakt, bei dem sich der Gemeinschaftsgesetzgeber die IAS/IFRS zu eigen macht. Das Verfahren setzt darüber hinaus auch einen Transformationsprozess in Gang. Als europäisches Recht sind die IAS/IFRS dann wiederum für die Unternehmen rechtlich verbindlich und entfalten eine genuin hoheitliche Zwangswirkung.¹⁶⁹³ Die Einhaltung der in das europäische Recht übernommenen IAS/IFRS kann vor den staatlichen Gerichten überprüft und die Nichteinhaltung gerichtlich sanktioniert werden. Letztinstanzlich zuständig ist insofern der EuGH.

Der Rechtsquellenstatus der IAS/IFRS ist aber nur so weit, wie die Transformation in staatliches Recht nach der IAS-Verordnung reicht, eindeutig. Demzufolge

1688 *Kelsen*, Reine Rechtslehre (Studienausgabe), S. 92. Vergleichbar definiert *Hart*, Concept of Law, S. 96 private Rechtsetzung als „exercise of limited legislative powers by individuals“. Die Privaten müssten dabei in Ausübung von „power-conferring rules“ handeln.

1689 *Wielsch*, in: Eidenmüller, Regulatory Competition, S. 71 (98).

1690 Vgl. *Buck-Heeb/Dieckmann*, Selbstregulierung im Privatrecht, S. 135.

1691 *Schwab*, in: Staub, HGB, § 342 Rn. 9 f.; *Buck-Heeb/Dieckmann*, Selbstregulierung im Privatrecht, S. 141; *Engert* RW 2014, 301 (307); *Möllers/Fekonja* ZGR 2012, 777 (781); *Köndgen* AcP 206 (2006), 477 (493); *Hennrichs* StW 2005, 256 (262).

1692 *Köndgen* AcP 206 (2006), 477 (493).

1693 *Windbichler*, in: Möllers, Geltung und Faktizität von Standards, 2009, S. 19 (25); *Möllers/Fekonja* ZGR 2012, 777 (781); *Köndgen* AcP 206 (2006), 477 (493).

sind die IAS/IFRS nur im Rahmen der Rechnungslegung kapitalmarktorientierter Konzernmutterunternehmen gemäß § 315e HGB als „Recht“ im engen, rechtspositivistischen Sinne anzuerkennen. Außerhalb davon (extra legem¹⁶⁹⁴), handelt es sich bei ihnen weiterhin um privates „Nicht-Recht“. Durch das Komitologieverfahren werden die IAS/IFRS also zwar zu europäischem Recht, dieser Statuswechsel erfolgt aber nur partiell. Dies gilt auch für IFRS 15. Der Standard wurde zwar im Wege der Verordnung 2016/1905/EU der Europäischen Kommission vom 22.9.2016¹⁶⁹⁵ in europäisches Recht übernommen, sein Rechtsquellenstatus ist aber, wenn es um die Einzelabschlussrechnungslegung geht, grundsätzlich ebenfalls erst einmal derjenige von „Nicht-Recht“.

- 8 Anhand der DRS (§ 27 A. II.) lässt sich bereits knapp aufzeigen, weshalb die Arbeit an dieser Stelle nicht stehen bleiben kann. So muss es sich bei den DRS bei einer Zweiteilung von Normen in „Recht“ und „Nicht-Recht“ eigentlich insgesamt um „Nicht-Recht“ handeln. Jedenfalls muss den DRS aber außerhalb des HGB-Konzernbilanzrechts (also des Anwendungsbereichs des § 342q Abs. 2 HGB) der Status von „Nicht-Recht“ zugewiesen werden. Dafür, dass dies ihrer durch § 342q Abs. 2 HGB herbeigeführten Wirkung nicht gerecht wird, sprechen indiziell die sich in der Literatur zahlreich anzutreffenden, weitaus weniger eindeutigen Umschreibungen für die DRS. So sprechen Möllers und Fekonja von einer subsidiären rechtlichen Verbindlichkeit. Sie verstehen die DRS als eine „sekundäre Rechtsquelle“. ¹⁶⁹⁶ Schwab bringt vor, dass der Gesetzgeber hier die Voraussetzungen für eine faktische Durchsetzung der Standards geschaffen, also eine Art Herdensyndrom angestoßen, habe. ¹⁶⁹⁷ Kalss schreibt, dass die private Regelung „einen hoheitlichen oder jedenfalls obrigkeitlichen Anstoß“ erfahre. Der Staat spreche in solchen Fällen „Empfehlungen“ aus oder setze „Anreizmechanismen“. ¹⁶⁹⁸ Johannes Köndgen wählt demgegenüber das Bild eines „joint venture von Staat und Privaten“. ¹⁶⁹⁹ An anderer Stelle spricht er von einer staatlich-privaten „Koregulierung“. ¹⁷⁰⁰

1694 Möllers/Fekonja ZGR 2012, 777 (795).

1695 Verordnung (EU) 2016/1905 der Kommission v. 22.9.2016 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1126/2008 zur Übernahme bestimmter internationaler Rechnungslegungsstandards gemäß der Verordnung (EG) Nr. 1606/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die International Financial Reporting Standard 15, ABl. L 295/19.

1696 Möllers/Fekonja ZGR 2012, 777 (793); zu sekundären Rechtsquellen auch Spindler/Hupka, in: Möllers, Geltung und Faktizität von Standards, 2009, S. 117 (118, 141).

1697 Vgl. Schwab, in: Staub, HGB, § 342 Rn. 38.

1698 So aber Kalss ZGR 2007, 520 (526).

1699 Köndgen AcP 206 (2006), 477 (515).

1700 Köndgen AcP 206 (2006), 477 (491).

IV. Konsequenzen für die Bilanzrechtsdogmatik?

1. Problemaufriss

Die am Ende von III. wiedergegebenen Charakterumschreibungen der DRS zeigen, dass es auf der Grundlage einer streng rechtspositivistischen Weltsicht und einer an sie anknüpfenden Rechtsquellenlehre für die fluide Beziehung privater Bilanzierungsregeln wie der DRS und der IAS/IFRS (außerhalb des Komitologieprozesses) zum geltenden Recht keinen Begriff gibt, der allgemeine Anerkennung finden könnte. Sofern man unter Rechtsdogmatik, wie es landläufig geschieht, die Beschäftigung mit dem geltenden Recht versteht, macht sich diese Unsicherheit auch auf dogmatischer Ebene unmittelbar bemerkbar. Auf der Grundlage eines streng rechtspositivistischen Rechtsverständnisses scheint es keinen Bedarf dafür zu geben, sich rechtsdogmatisch mit privatem „Nicht-Recht“ zu befassen. Denn die Gerichte und die Bilanzierungspraxis sind nur an das Recht gebunden. Daraus lässt sich der Schluss ziehen, dass die IAS/IFRS – wie die DRS – außerhalb der Konzernrechnungslegung für die HGB-Bilanzierung keine Rolle spielen sollten. Insofern kann das von *Forgó* und *Somek* verwendete Bild¹⁷⁰¹ von intellektuellen Patrouillen aufgegriffen werden, die eigentlich an den Grenzen des (Bilanz-)Rechts stattfinden müssten. Es gibt aber keinen Grund dafür, anzunehmen, dass der Bilanzierungspraxis die Notwendigkeit für derartige „Patrouillen“, wenn es um die Abbildung von Mehrkomponentengeschäften geht, einleuchten wird, sofern sie tagtäglich mit dem detaillierten Abbildungskonzept in IFRS 15 konfrontiert wird. Vielmehr ist davon auszugehen, dass IFRS 15 die Praxis der Ertragsrealisation im Einzelabschluss längst nachhaltig beeinflusst hat und dieser Beeinflussungseffekt beginnt, auf die Alltagsdogmatik der Ertragsrealisation zurückzuwirken.

Als Indiz dafür, dass dieser Rückwirkungseffekt tatsächlich stattfindet, lässt sich eine in der älteren Literatur vertretene Auffassung anführen zum vom DRSC 2002 veröffentlichten Entwurf 17 eines Deutschen Rechnungslegungsstandards zu Erlösen (E-DRS 17) anführen, der sich u.a. detailliert zur Ertragsrealisation bei Mehrkomponentengeschäften äußerte. E-DRS 17 sollte danach einschränkungslos heranzuziehen sein, um den Gewinnrealisationszeitpunkt und die Gewinnhöhe bei Mehrkomponentengeschäften zu bestimmen,¹⁷⁰² obschon das DRSC, indem es einen Standard für die Einzelabschlussrechnungslegung entworfen hatte, klar außerhalb des ihm kraft Gesetzes eröffneten Aktionsbereichs tätig geworden war¹⁷⁰³ und es sich

1701 Vgl. *Forgó/Somek*, in: *Neue Theorien des Rechts*, S. 123 (125).

1702 *Kliem/Büssow*, in: *BeckBilKomm*, § 252 HGB Rn. 59a; *Mujkanovic* *StuB* 2007, 845 (849 f.).

1703 Vgl. *Merkt*, in: *Hopt, HGB*, § 342q Rn. 2; *Siegler DB* 2002, 1513 f.

damit bei E-DRS 17 eindeutig um „Nicht-Recht“ handelte.¹⁷⁰⁴ IFRS 15 ist nunmehr noch erheblich mehr dazu geeignet, die Dogmatik des HGB-Jahresabschlusses zu prägen als E-DRS 17, da der Standard zeitgemäßer und wesentlich detaillierter ist. Ebenso für einen Rückwirkungseffekt spricht, dass *Jochen Pilhofer* bereits Anfang der 2000er-Jahre in seiner grundlegenden Untersuchung zu „Umsatz- und Gewinnrealisierung im internationalen Vergleich“ vorgeschlagen hat, bei der Abbildung von Mehrkomponentengeschäften im handelsrechtlichen Jahresabschluss und sogar in der Steuerbilanz auf die Teilgewinnrealisationskriterien in der Verlautbarung „Accounting for Revenue Arrangements with Multiple Deliverables“ zurückzugreifen.¹⁷⁰⁵ Die Verlautbarung wurde von der Emerging Issues Task Force (EITF) des US-amerikanischen Financial Accounting Standards Board (FASB), welches die United States Generally Accepted Accounting Principles (US-GAAP) bestimmt, herausgegeben (EITF 00–21), wodurch es sich um einen (wenngleich organisatorisch anders verorteten) Vorläufer von IFRS 15 handelte. Zur Begründung seiner Auffassung führte *Pilhofer* an, dass die Kriterien der Verlautbarung qualitativ weitgehend ausgereift seien¹⁷⁰⁶ und nicht gegen bestehende Rechnungslegungsnormen im deutschen Bilanzrecht verstoßen würden.¹⁷⁰⁷

- 11 In der Folgezeit wurde das Ansinnen *Pilhofers* zwar etwa von *Wüstemann* und *Kierzek* mit dem Argument, dass die unterschiedlichen Rechnungslegungszwecke von HGB-Bilanz und US-GAAP eine direkte Adaption der Verlautbarung ausschließen, zurückgewiesen. Dabei erkannten aber auch sie an, dass der Ansatz *Pilhofers* sehr pragmatisch sei.¹⁷⁰⁸ Schließlich lässt sich der Rückwirkungseffekt anhand der im Umfeld des BilMoG in der Literatur vertretenen Meinungen zum Umgang mit den IAS/IFRS belegen, wonach die IAS/IFRS stärker oder sogar vorrangig zur Auslegung des reformierten HGB-Einzelabschlussrechts heranzuziehen seien.¹⁷⁰⁹ Begründet wurde dies zunächst damit, dass sich der BilMoG-Gesetzgeber zum Teil stark an den IFRS orientiere. Zudem werde man so der in § 264 Abs. 2 Satz 2 HGB zum Ausdruck kommenden Informationsorientierung des HGB-Rechnungsabschlusses gerecht und es liege allgemein im Interesse der Bilanzierungspraxis, dass die handelsrechtliche Rechnungslegung und die IFRS-(Konzern-)Rechnungslegung möglichst wenig voneinander abweichen.

1704 Selbstverständlich ließ sich im Lichte dessen auch die genau gegenteilige (richtige) Meinung antreffen. Diese Gegenauffassung berief sich explizit darauf, dass der Standard unfertig sei und der Aufgabenbereich des DRS sich auf die Interpretation des Konzernrechnungslegungsrechts beschränke, vgl. *Wüstemann/Kierzek Zfbf* 2007, 882 (887); *Schmidbauer DStR* 2002, 2051; *Siegler DB* 2002, 1513 f.

1705 *Pilhofer*, Umsatz- und Gewinnrealisierung, S. 420 ff.

1706 *Pilhofer*, Umsatz- und Gewinnrealisierung, S. 421.

1707 *Pilhofer*, Umsatz- und Gewinnrealisierung, S. 423.

1708 *Wüstemann/Kierzek Zfbf* 2007, 882 (887).

1709 Vgl. etwa *Mujanovic/Raatz KoR* 2008, 245; *Köster BB* 2007, 2791 (2791 f.); a.A. *Füllbier/Gassen DB* 2007, 2605 (2612).

2. Private Regelungen als „Rechtserkenntnisquellen“

Ein Ansatz, um das aufgezeigte Einsickern privater Bilanzierungsregeln in Rechtsanwendung und -dogmatik in festere dogmatische Bahnen zu lenken, besteht darin, dem privaten „Nicht-Recht“ den Status einer Rechtserkenntnisquelle im Rahmen der Rechtsauslegung zuzuweisen.¹⁷¹⁰ Dieser Ansatz führt aber schon deshalb kaum weiter, da der Bedeutungsgehalt des damit eingeführten Begriffs nebulös bleibt.¹⁷¹¹ Im Ausgangspunkt erkennt die Rechtstheorie nur primäre und sekundäre Rechtsquellen an.¹⁷¹² Als Rechtserkenntnisquellen werden demgegenüber teilweise die Verwaltungs- und Gerichtspraxis sowie die Literatur eingeordnet. Bereits insofern gibt es im Einzelnen aber Meinungsverschiedenheiten.¹⁷¹³ Dies gilt erst recht, wenn es darum geht, ob auch private Regeln den Rechtserkenntnisquellen zuzuordnen sind.¹⁷¹⁴

Unklar sind aber vor allem die dogmatischen Folgen, die es hat, wenn private Regeln als Rechtserkenntnisquelle eingestuft werden. Die einschlägigen Stellungnahmen in der Literatur müssen insofern zwangsläufig vage bleiben.¹⁷¹⁵ Denn einerseits sollen Rechtserkenntnisquellen Gerichte und Rechtsanwender keinesfalls binden, andererseits sollen sie von ihnen aber dennoch herangezogen werden dürfen. *Lieth* spricht etwa davon, dass Rechtserkenntnisquellen mögliche inhaltliche Aspekte einer durch den Rechtsanwender auszufüllenden Norm lieferten, aber gerade nicht zur Rechtskenntnis geeignet seien. Durch die Heranziehung einer Rechtserkenntnisquelle könnte der Inhalt einer Norm nicht im engeren, kognitiven Sinne erkannt werden.¹⁷¹⁶ *Möllers* und *Fekonja* bringen vor, dass sich die Gerichte mit sekundären Rechtsquellen zwingend befassen und sie (subsidiär) befolgen müssten. Sollte der Adressat einer sekundären Rechtsquelle ihr nicht folgen wollen, so müsse er dies begründen. Für Rechtserkenntnisquellen gelte hingegen, dass sich der Rechtsanwender mit ihnen argumentativ auseinandersetzen könne, dies aber nicht zwingend tun müsse. Jedenfalls sei eine Rechtserkenntnisquelle nicht dazu geeignet, die Behauptung

1710 Vgl. allgemein *Buck-Heeb/Dieckmann*, Selbstregulierung im Privatrecht, S. 131; *Möllers/Fekonja* ZGR 2012, 777 (816); *Köndgen* AcP 206 (2006), 477 (490).

1711 Treffend *Lieth*, Die ökonomische Analyse, S. 140: Der Begriff habe ein diffuses Erscheinungsbild, da sich dahinter ein „Sammelbecken von juristischen Argumenten“ verberge, die nach Belieben herangezogen werden könnten.

1712 Insofern ist auch vom „hard law“ die Rede, da die maßgebliche Eigenschaft der Rechtsquellen ihre (eingeschränkte) Verbindlichkeit ist.

1713 *Möllers* und *Fekonja* ordnen etwa die Rechtsliteratur und ausländische Urteile als Rechtserkenntnisquellen ein. Inländisches Richterrecht wollen sie aber schon den sekundären Rechtsquellen gleichstellen, vgl. *Möllers/Fekonja* ZGR 2012, 777 (797, 815).

1714 Vgl. dazu *Möllers*, in: ders., Geltung und Faktizität von Standards, 2009, S. 143 (146); *Spindler/Hupka*, in: *Möllers*, Geltung und Faktizität von Standards, 2009, S. 117 (118); speziell zur Bindungswirkung von Richterrecht *Sagan*, Rückwirkende Rechtsprechungsänderung, 2022, *passim*; *Ohly* AcP 201 (2001), 1 (19 ff.).

1715 Vgl. auch *Möllers*, in: ders., Geltung und Faktizität von Standards, 2009, S. 143 (147).

1716 *Lieth*, Die ökonomische Analyse, S. 140.

tungslast der Parteien vor Gericht aufzuheben. Der Grundsatz „iura novit curia“ sei insofern – wie bei bloßen Tatsachen – nicht anwendbar.¹⁷¹⁷ Bei *Köndgen* ist davon die Rede, dass Rechtserkenntnisquellen für den Rechtsanwender (nur) einen „Empfehlungscharakter“ hätten.¹⁷¹⁸

- 14 Wirklich weiterführend erscheinen im hiesigen Zusammenhang vor allem die Ausführungen von *Hennrichs* und *Pöschke*.¹⁷¹⁹ Sie bezeichnen Rechtserkenntnisquellen als „Auslegungsvorschläge“. Beim Umgang mit ihnen sei methodisch wie bei einem Rechtsvergleich zu verfahren. Dementsprechend könne das HGB-Bilanzrecht „kraft der Argumente“ IFRS-konform ausgelegt werden, wobei zuvor jeweils im Einzelfall im Wege der systematischen und teleologischen Auslegung überprüft werden müssen, inwiefern die privat gesetzte Norm gegen staatliche Gesetzesregeln verstoße, sie also rechtswidrig sei.¹⁷²⁰ Im Hinblick auf die IAS/IFRS müsse danach unterschieden werden, ob das HGB-Bilanzrecht ausdrücklich auf Begrifflichkeiten der IAS/IFRS Bezug nehme bzw. sich den IAS/IFRS gestalterisch annähere oder im Gegenteil gerade bewusst versuche, sich von den privaten Regeln abzugrenzen. Eine vierte Gruppe sollen Fälle bilden, in denen sich das Gesetzesrecht indifferent gegenüber den privaten Regeln verhält.¹⁷²¹ Insofern sich der BilMoG-Gesetzgeber bewusst gegen eine Anwendung der IAS/IFRS über die Konzernrechnungslegung kapitalmarktorientierter Gesellschaften hinaus entschieden habe, dürfe diese Grundentscheidung nicht durch eine breite Heranziehung der internationalen Rechnungslegungsstandards umgangen werden, um offene allgemeine Bilanzierungsfragen zu beantworten.¹⁷²²
- 15 Für die zuletzt skizzierte Auffassung spricht, dass die Auslegung der handelsrechtlichen Wertungen nach dem Willen des BilMoG-Gesetzgebers weiterhin „aus den eigenen handelsrechtlichen Wertungen heraus“ erfolgen soll.¹⁷²³ Zudem hat sich auch der EuGH in seiner Entscheidung der Rechtssache *BIAO* tendenziell gegen eine Auslegung des EU-Bilanzrechts unter Heranziehung der IFRS ausgesprochen.¹⁷²⁴ Da Aussagen über ihre Wirkungskraft beständig zwischen den beiden diametral

1717 Möllers/*Fekonja* ZGR 2012, 777 (797, 815).

1718 *Köndgen* AcP 206 (2006), 477 (490).

1719 *Hennrichs/Pöschke* Der Konzern 2009, 532 (534, 539); s. auch *Hennrichs* StW 2005, 256 (264).

1720 Ähnlich (wenngleich unter Zugrundelegung eines anderen Begriffsverständnisses) Möllers/*Fekonja* ZGR 2012, 777 (816).

1721 *Hennrichs*, in: FS K. Schmidt, 2009, S. 581 (597); *ders.* NZG 2005, 783 (786 f.); *ders./Pöschke* Der Konzern 2009, 532 (534, 539).

1722 *Hennrichs* StW 2005, 256 (264); *ders./Pöschke* Der Konzern 2009, 532 (536, 539).

1723 Vgl. Begr. RegE BilMoG, BT-Drucks. 16/10067, S. 35.

1724 Die Frage, ob eine Garantieverpflichtung auf der Passivseite der Bilanz auszuweisen ist, und nicht unter der Bilanz oder im Anhang, müsse nach Auffassung des EuGH etwa unter Heranziehung des nationalen Rechts beantwortet werden. Die internationalen Rechnungslegungsstandards seien dazu (nur) „gegebenenfalls“ heranzuziehen, vgl. EuGH Urt. v. 7.1.2003 – C-306/99 („*BIAO*“) = ECLI:EU:C:2003:3 Rn. 103.

entgegengesetzten¹⁷²⁵ Polen „Unverbindlichkeit“ und „Rezeptionspflicht“ changieren, bleibt die Kategorie der Rechtserkenntnisquelle schlussendlich aber weiterhin kaum greifbar. Es muss bei dem Verdikt bleiben, dass sie methodisch völlig ungeeignet und nicht weiterzuführen ist.¹⁷²⁶

V. Zwischenergebnis

Private Regeln sind aus rechtspositivistischer Sicht demnach allenfalls dann als 16
Recht zu qualifizieren, wenn sie auf eine hierarchische Legitimationskette verweisen können. Die Herkunft einer Regel soll also darüber bestimmen, ob sie legitim ist und (heteronom) Geltung beanspruchen kann. Da der Rechtsbegriff zugleich die Weichen dafür stellt, woran sich die Praxis halten muss, beschäftigt sich die Bilanzrechtsdogmatik im Ausgangspunkt nur mit dem (geltenden) Recht. „Nicht-rechtliche“ private Bilanzierungsregeln spielen für sie bei dem Versuch, die für die Praxis geltenden Rechnungslegungsregeln zu definieren, erst einmal keine Rolle. Allein möglich erscheint es, privaten Rechnungslegungsregeln den unklaren Status einer Rechtserkenntnisquelle im Rahmen der Auslegung des Rechts zuzuweisen. Wie methodisch mit solchen Rechtserkenntnisquellen umzugehen ist, bleibt jedoch schlussendlich unklar. Einerseits können sie nicht als (teil-)legitimiert angesehen werden. Andererseits lässt sich ihr praktischer Bedeutungsgehalt als Tatsache aber auch nicht einfach ignorieren. Besonders fatal ist dies, da das in den Bilanzrichtlinien und §§ 238 ff. HGB gewählte Regulierungsmodell gerade darauf angelegt ist, dass immer neue dieser Rechtserkenntnisquellen geschaffen werden.

B. Analytisch begründete Kritik

Problematisch an der vorgestellten staatszentrierten Rechtsnormdefinition und einer 17
entsprechenden starren Abgrenzung von Recht und Nicht-Recht ist damit, dass sie es nur unzureichend ermöglichen, die Bilanzordnung als Ganzes zu erfassen. Der maßgebliche Grund dafür, dass bei der Konzentration auf den rechtspositivistischen Rechtsbegriff eine analytische Leerstelle verbleibt, wurde im Rahmen der eingangs dieser Arbeit formulierten Kritik des staatlichen Bilanzrechts herausgearbeitet: Das Bilanzrecht ist in seiner Ausdifferenzierung gehemmt und hat deshalb keinen Zustand normativer Geschlossenheit erreicht (§ 5). Es ist deshalb weder darauf angelegt noch dazu in der Lage, neue Bilanzierungsfragen ohne weiteres allein aus sich heraus zu beantworten. Im Lichte dessen müssen auch Ausführungen zur Bilanzrechtsmethode, die sich allein auf den Umgang mit dem staatlichen „Recht“

1725 Vgl. zu dieser Wertung Möllers, in: *ders.*, Geltung und Faktizität von Standards, 2009, S. 143 (147).

1726 So im Ergebnis auch Lieth, Die ökonomische Analyse, S. 140.

beschränken, unzureichend erscheinen, da sie es nur teilweise vermögen, den Prozess der Rechnungslegungsregelfindung nachzuvollziehen. Insbesondere kann eine streng aus einer rechtspositivistischen Position abgeleitete Dogmatikdarstellung den Umgang mit privaten Bilanzierungsregeln im Rechnungslegungsprozess nicht befriedigend vermitteln. Es liegt auf der Hand, dass sich diese Kritik keineswegs gegen den rechtspositivistischen Rechtsbegriff selbst richtet. Es wird vielmehr (nur) auf der Grundlage von Realweltbeobachtungen angezweifelt, dass eine daran anknüpfende monistische Abgrenzung von Recht und Nicht-Recht für den hier angegangenen Dogmatisierungsprozess hilfreich ist. Auf dieser Grundlage wird die Auffassung vertreten, dass sich aus der unter A. dargestellten Position für das hier verfolgte Forschungsvorhaben, den Umgang mit privaten Rechnungslegungsregeln neu zu fassen, keine überzeugenden Schlüsse ableiten lassen. Denn sofern die skizzierte Sichtweise zugrunde gelegt wird, gibt es nur Recht und Nicht-Recht bzw. Rechterkenntnisquellen.

- 18 Um die hier vertretene Position zu vertiefen, wird nachfolgend auf drei Hauptströmungen der kontemporären rechtssoziologischen Analyse privater Regelsetzung Bezug genommen. Diese werden nachfolgend nur skizzenhaft und wiederum notwendigerweise unvollständig rekapituliert, da sie der Arbeit allein als analytische Sehhilfen zu dienen bestimmt sind: Aufgegriffen wird zunächst Forschung zu einem teilweise als (hybride) Governance bezeichneten Phänomen. Dabei werden Schlussfolgerungen aus dem Umstand gezogen, dass Staaten Aufgaben auf Private übertragen, ohne dafür den Weg einer formellen Aufgabendelegation zu wählen (I.). Weiterhin wird auf Literatur abgestellt, die analysiert, dass private Ordnung nie völlig frei vom Staat stattfindet, da hieran kaum ein privater Akteur ein Interesse hätte. Diese Beobachtung wurde zuletzt in *Katharina Pistors* Buch „The Code of Capital“ im Detail erneut beschrieben (II.). Anschließend wird herausgearbeitet, inwiefern die beiden Analyseströmungen bei einem Blick auf das Rechnungslegungssystem bestätigt werden und welche Konsequenzen daraus zu ziehen sind (III.).

I. Hybride Governance

- 19 Der Befund einer bislang mangelhaften Wirklichkeitsbeschreibung stützt sich zunächst darauf, dass eine private Regelsetzung, die nach der unter A. dargestellten Sichtweise „Nicht-Recht“ ist, oftmals auf eine staatliche Initiative zurückgeht. Der Staat ist also bewusst handelnder Akteur, welcher der privaten Selbstordnung nicht lediglich das Feld überlässt.¹⁷²⁷ Zugleich vollzieht sich staatliches Handeln hier aber auch nicht eindimensional als interventionistische Gesetzgebung. Vielmehr ist es,

¹⁷²⁷ *Michaels*, Utah Law Review, 1/2010, 31 (37) spricht treffend von einer Privatisierung des Staates durch den Staat.

wie *Wielsch* es ausdrückt, so, dass das staatliche Recht mit einer privaten Ordnung dialektisch interagiert.¹⁷²⁸ Praktisch kann sich das skizzierte Phänomen auf vielerlei Weisen ausdrücken. So werden etwa staatlich definierte Regelungsinhalte mit privaten Durchsetzungsmechanismen, oder umgekehrt privat definierte Regelungsinhalte mit staatlichen Durchsetzungsmechanismen kombiniert.¹⁷²⁹ Angesichts der aktiven Rolle, welche der Staat vor und nach der Interaktion mit den Privaten wahrnimmt, wäre es falsch zu denken, dass es hier immer nur um eine (verdeckte) Deregulierung geht. *Larner* und *Le Heron* stellen zudem heraus, dass es um ein von politischen Präferenzen unabhängiges Phänomen geht. Die hier im Mittelpunkt stehende Form staatlicher Aufgabenwahrnehmung wird sowohl für Projekte eingesetzt, die politisch traditionell als „links“ wahrgenommen werden, als auch für solche, die herkömmlich dem „rechten“ politischen Spektrum zugeordnet werden.¹⁷³⁰ Der Beweggrund für die neue Form der Aufgabenwahrnehmung war und ist vielmehr – wie für den Bereich des Bilanzrechts bereits herausgestellt wurde – oftmals der Eindruck, dass das staatlich gelenkte Wirtschaftssystem und letztlich auch der Staat selbst nur so in einer globalisierten Welt nachhaltig überlebensfähig sind (vgl. bereits § 5 B. II. 2. c.).

Es existieren damit neben solchen, die sich in das rechtspositivistische Legitima- 20
tionsmodell einordnen lassen, heute noch weitere Legitimationslinien zwischen privater Ordnung und staatlichem Recht. Unter A. wurde auch schon angedeutet, dass sich der besondere Status dieses Typs privater Ordnungen auf der Grundlage einer rechtspositivistischen Weltsicht zwar herausstellen, aber nicht klar definieren lässt. Dies bestätigt sich bei einem Blick auf die analytische Literatur, die so disparate Begriffe wie hybride Governance,¹⁷³¹ „cooperative governance“,¹⁷³² „global governance“¹⁷³³ und „advanced liberalism“¹⁷³⁴ verwendet.

II. Pistors „The Code of Capital“

Die hergebrachte Gegenüberstellung von Recht und Nicht-Recht verkürzt die tat- 21
sächlichen Verhältnisse zudem insofern, als sie den Umstand ausblendet, dass

1728 *Wielsch*, in: Eidenmüller, *Regulatory Competition*, S. 71 (98); s. dazu auch *Fleischer*, in: FS v. Rosen, 2008, S. 595; *Callies*, in: FS Teubner, 2009, S. 465 (477). Noch weiter geht *Möslein*, *Dispositives Recht*, S. 135 ff., insbesondere 136 f., der davon spricht, dass der Staat hier die „Relevanz gesellschaftlicher Selbstregulierung“ berücksichtige. Vgl. auch *Köndgen AcP* 206 (2006), 477 (514).

1729 *Möslein*, *Dispositives Recht*, S. 146; vgl. allgemein zu dieser Beobachtung auch *Kalss ZGR* 2007, 520 (526): Selbstregulierung oder sonstige freiwillige Regelgebung erfahre „vielfach [...] einen hoheitlichen oder jedenfalls obrigkeitrechtlichen Anstoß [...], sei es in Form von Empfehlungen, sei es in Form sonstiger Anreizmechanismen.“

1730 *Larner/Le Heron*, in: *Larner/Walters*, *Global Governmentality*, S. 212 (213).

1731 *Möslein*, *Dispositives Recht*, S. 146.

1732 *Köndgen AcP* 206 (2006), 477 (415), definiert als Modus, bei „dem die Verhaltenssteuerung sozusagen ein joint venture von Staat und Privaten ist.“

1733 *Loft/Humphrey/Turley AAAJ* 19 (2006), 428 (433).

1734 *Larner/Le Heron*, in: *Larner/Walters*, *Global Governmentality*, S. 212 (213).

private Regelungen selten ohne den Staat existieren. Der Staat spielt, wie *Pistor* am Beispiel „unregulierter“ Kapitalmärkte gezeigt hat, bei privater Ordnung mit anderen Worten eine Rolle, die sich nicht hinwegdenken lässt. Es sei deshalb unzutreffend, von kapitalmarktrechtlicher Deregulierung zu sprechen. Denn tatsächlich werde in den entsprechenden Fällen nicht etwa ein Zustand angestrebt, in dem es keine Regulierung mehr gibt.¹⁷³⁵ Kapitalmärkte brächten sich, so *Pistors* Folgerung, generell nicht selbst hervor, sondern seien (nur) das Produkt ihrer spezifischen Infrastruktur.¹⁷³⁶

- 22 Im Einzelnen können Staaten viele Gründe dafür haben, private Ordnungen auf die skizzierte Art anzuerkennen und durchzusetzen bzw. sie sogar aktiv zu fördern.¹⁷³⁷ *Pistor* sieht vor allem die Hoffnung auf wirtschaftliches Wachstum und – verbunden damit – höhere Steuereinnahmen als Motiv.¹⁷³⁸ *Pistor*, *Michaels* und andere vermögen es darüber hinaus, die Gegenperspektive zu verdeutlichen. Sie zeigen auf, dass es weniger der Staat ist, welcher der Privaten bedarf, sondern es vielmehr die privaten Ordnungsgeber sind, welche auf ihr staatliches Gegenüber angewiesen sind. Zurückführen tun sie dies darauf, dass vollautonome private Sphären, in denen der Staat sich darauf beschränkt, eine private Governance zu tolerieren, für sich genommen unattraktiv und unerwünscht seien. Selbst wenn der Staat Privaten insofern entgegenkomme, dass er die Spielräume für private Regeln ausweitet, habe dies für sich genommen nur eine geringe Bedeutung. Für die beteiligten Privaten sei die Möglichkeit von Selbstregulierung vielmehr nur dann und insofern von Interesse, als der Staat unter Rückgriff auf sein Gewaltmonopol die private Regelsetzung absichert, d.h. ihre Befolgung absichert, oder sie sogar inkorporiert.¹⁷³⁹ Eine offen-

1735 *Pistor*, Journal of Comparative Economics, 41 (2013), 315 (321).

1736 *Pistor*, Journal of Comparative Economics, 41 (2013), 315 (321): „Financial markets do not exist outside rules but are constituted by them.“ Vgl. auch *Michaels*, Utah Law Review, 1/2010, 31 (37): Bereiche, die auf den ersten Blick „unreguliert“ erscheinen, seien bei näherem Hinsehen oftmals nur solche, in denen der Staat die Regelsetzung ganz bewusst Privaten überlassen hat. „Echte“ nicht-staatliche Ordnung lasse sich nur in Gebieten antreffen, in denen kein funktionierender Staat existiert und von diesen gebe es in einer Welt der Staaten nur wenige.

1737 *Pistor*, Code of Capital, S. 20.

1738 *Pistor*, Code of Capital, S. 20.

1739 *Michaels*, Utah Law Review, 1/2010, 31 (39, 41): „Private actors find it attractive to invoke the state for enforcement because of its monopoly of power. [...] The fact that private groups rely on the state for the enforcement of private rights is a well-known argument against the idea of an autonomous private sphere“; vgl. auch *Köndgen* AcP 206 (2006), 477 (492). Grundlegend *Teubner*, Verfassungsfragmente, S. 181: Die Durchsetzung einer autonomen Eigenverfassung sei notwendig auf das Recht angewiesen, das Recht wiederum notwendig auf das physische Gewaltmonopol der Politik. Mit anderen Worten brauche eine Wirtschaftsverfassung also Unterstützungsleistungen des staatlichen Rechts. Dazu auch *Horst*, Transnationale Rechtserzeugung, S. 225 am Beispiel von Over-the-Counter (OTC)-Derivatemärkten. Diese seien erst durch Insolvenzausnahmen und zahlreiche weitere rechtliche Reformen sowie transnationale Normbildungen regulatorisch hervorgebracht worden. S. weiterhin *Wielsch*, in: Eidenmüller, Regulatory Competition, S. 71 (76): „[Private Parties] are not interested in a certain national legal order as such but in a legal regime that (a) is able to reflect their specific rationality of transaction or cooperation and (b) is immune to charges of lawlessness, i. e. that is legally valid. [...] In other words, drafting occurs against a background of living law.“ Prominent ausformuliert wurde all dies zuletzt in

sichtliche Schwachstelle der Privaten ist insofern etwa, dass sie bei Verletzungen der von ihnen gesetzten Regeln für sich genommen nicht auf den strafrechtlichen Sanktionenapparat zurückgreifen können.¹⁷⁴⁰ Die eigenen Durchsetzungsmechanismen privatisierten Rechts – etwa die Angst vor einem Reputationsverlust bei Nichthonorierung einer privat gesetzten Norm – wirken zwar, werden in der Regel aber nicht die für eine wirklich flächendeckende Rezeption erforderlichen Anreize setzen.¹⁷⁴¹

III. Betrachtung des Rechnungslegungsrechts

1. Hybride Governance und Rechnungslegungsordnung

Die unter I. und II. skizzierten Wirklichkeitsbeschreibungen lassen sich mit Blick 23 auf die Rechnungslegungsordnung beide unmittelbar nachvollziehen. Bei der Rechnungslegung handelt es sich um einen Lebensbereich, in Bezug auf den der Staat seine Aufgaben regelmäßig in Formen wahrnimmt, die nicht eindeutig in die starre Abgrenzung von Recht und Nicht-Recht passen. So hat bereits beim BilRiLiG eine Art umgekehrter Rechtsetzungsdelegation stattgefunden, insofern es – wie aufgezeigt – Bilanzierungsprinzipien kodifiziert hat, die ursprünglich „privat“ erarbeitet wurden. Auch die weitere „Privatisierung“ der Rechnungslegung wurde staatlicherseits begrüßt, überhaupt erst angestoßen und jedenfalls vorangetrieben. Dies wurde im zweiten Untersuchungsteil anhand der Motive, welche Deutschland und die EU dazu bewegt haben, private Rechnungslegungsordnungen anzuerkennen, gezeigt. Es war hier kein außerstaatlicher, rein durch das Streben nach individueller Nutzenmaximierung befeuerter Marktmechanismus am Werk, durch welchen die zu beobachtende Ordnung „spontan“ entstanden ist. Sie wurde vielmehr bewusst entworfen.¹⁷⁴²

Ausdruck einer hybriden Governance ist es, dass staatliche Stellen im Enforcement- 24 Verfahren und in anschließenden gerichtlichen Auseinandersetzungen weitreichende Einflussmöglichkeiten auf die ursprünglich durch ein privates Gremium gesetzten Standards IAS/IFRS haben. Vergleichbare Beobachtungen lassen sich zu Normbereichen tätigen, die komplementär zum materiellen Bilanzrecht wirken. So würde

Pistor, Code of Capital, S. 19 und passim: Staaten und staatliches Recht seien zentral für die Schaffung von Reichtum und dessen Verteilung. Staaten schrieben zwar oftmals den rechtlichen „Code“, welcher garantiere, dass ein Vermögensgegenstand einen Wert erhalte und wertbeständig bleibe, nicht selbst. Das müssten sie aber auch nicht. Es sei ausreichend, dass sie Private mit den rechtlichen Werkzeugen zur Kodierung versorgten. Ebenso wichtig sei es, dass Staaten anschließend die Rechtsdurchsetzung garantierten. So stellten sie sicher, dass neu geschaffene Vermögensgegenstände gegen Angriffe Dritter verteidigt werden könnten. Dabei spiele es dann keine Rolle mehr, ob diese Dritten andere Private seien oder der Staat selbst.

1740 *Leuz*, ECGI Working Paper 156/2010, S. 12.

1741 Vgl. *Köndgen* AcP 206 (2006), 477 (504), der nur betont, dass privatisiertes Recht, „nicht ausnahmslos auf das staatliche Zwangspotential zurückgreifen“ müsse.

1742 Vgl. zur Voraussetzung einer Intentionalität, um überhaupt von Governance sprechen zu können: *Möslein*, Dispositives Recht, S. 145.

man die Abschlussprüfung wohl landläufig als genuin staatliche Aufgabe qualifizieren, da es dabei darum geht, die Einhaltung von (Bilanz-)Recht zu kontrollieren. Dennoch wurde die Prüfung vollständig auf Private übertragen. Die korrekte Aufgabenerfüllung wird aber wiederum durch eine berufsstandsunabhängige, beim Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle angesiedelte Behörde kontrolliert (die Abschlussprüferaufsichtsstelle (APAS), vgl. § 66a WPO), die mit der Wirtschaftsprüferkammer zusammenarbeitet (§ 57 Abs. 2 Nr. 4 WPO).¹⁷⁴³ Noch enger verzahnt war das Verhältnis „privater“ und „staatlicher“ Stellen bis zum FISG auf dem Gebiet des Rechnungslegungs-enforcement, wo sich die Zuständigkeiten von nicht-staatlicher, bloß vertraglich akkreditierter (§ 342b Abs.1 Satz 1 HGB) Prüfstelle (DPR) und Bafin überschneiden, was die beiden Stellen zu einem engen institutionellen Dialog zwingen sollte.

2. Unattraktivität rein privater Rechnungslegungsordnung

- 25 Auf dem Gebiet der Rechnungslegungsordnung lässt sich auch die These von der Unattraktivität rein privater Ordnung (II.) nachvollziehen. Aus Sicht der Rechnungslegungspraxis beziehen die in Deutschland geltenden IAS/IFRS ihre Existenzberechtigung zwar auch aus den (Informations-)Bedürfnissen der Jahresabschlussadressaten. Ihr praktischer Bedeutungsgehalt wäre aber erheblich kleiner, wenn der Gesetzgeber die Rechnungslegung auf Ebene der Einzelgesellschaften nicht mit der gesellschaftsrechtlichen Ausschüttungsbemessung verknüpft hätte und Kapitalgesellschaften nicht zur Offenlegung von Rechnungslegungsinformationen zwingen würde. Die IAS/IFRS lassen sich als Rechnungslegungsordnung mit anderen Worten nicht losgelöst von der sie umgebenden rechtlichen Infrastruktur denken. Vor allem hätten sie aber wohl kaum die Chance auf eine flächendeckende Verbreitung in der EU gehabt, sofern der Gesetzgeber ihre Anwendung bei der Konzernrechnungslegung nicht verbindlich vorgegeben hätte.¹⁷⁴⁴
- 26 Genauso unpopulär wären sie wohl geblieben, wenn die EU selbst harmonisierte Konzernrechnungsregeln entwickelt hätte. Denn dann hätten die rechnungslegenden Unternehmen parallel weiterhin die europäischen oder nationale Regeln anwenden müssen. Die damit einhergehenden „doppelten Befolgungskosten“ hätten sie wahrscheinlich davor zurückschrecken lassen, nach IAS/IFRS zu bilanzieren.¹⁷⁴⁵

1743 Die APAS geht zurück auf das Gesetz zur Umsetzung der aufsichts- und berufsrechtlichen Regelungen der Richtlinie 2014/56/EU sowie zur Ausführung der entsprechenden Vorgaben der Verordnung (EU) Nr. 537/2014 im Hinblick auf die Abschlussprüfung bei Unternehmen von öffentlichem Interesse (Abschlussprüferaufsichtsreformgesetz – APAREG) vom 31.3.2016 (BGBl. I S. 518).

1744 Engert RW 4 (2014), 301 (337).

1745 Engert RW 4 (2014), 301 (338) unter Verweis empirische Befunde zur widerwilligen Adaption der internationalen Rechnungslegungsstandards durch börsennotierte deutsche Konzerne unter Geltung der Wahlrechtsregelung in § 292a HGB. Jedenfalls anekdotisch unterfüttern lässt sich dies mit den

Die Kostenabwägung zwischen einem staatlichen und einem privaten Rechnungslegungsstandard wäre insofern auch aufgrund der bei einem Wechsel anfallenden Einmal- und Anlaufkosten gegen eine Parallelrechnungslegung nach den privaten Normen ausgefallen. Dementsprechend hätten etwa, sofern es den kapitalmarktorientierten Konzernmutterunternehmen freigestellt gewesen wäre, die Synergieeffekte mit der Einzelabschlusserstellung für eine fortlaufende Konzernrechnungslegung allein nach dem HGB gesprochen.¹⁷⁴⁶ Selbst nachdem sie sich in der Praxis etabliert haben, sind die IAS/IFRS, wie unter II. aufgezeigt wurde, zwingend auf eine fortlaufende Kooperation mit dem Staat angewiesen. Denn ein privater Standardsetter wie die IFRS Foundation verfügt nicht über die Mittel, um Rechnungslegungsverstöße so effektiv aufzudecken und zu ahnden, wie es staatliche Stellen können.¹⁷⁴⁷

IV. Zusammenfassung

Der rechtssoziologischen Literatur lassen sich zwei Gründe dafür entnehmen, weshalb die streng rechtspositivistische Position auch abseits der bereits zuvor aufgezeigten Gesichtspunkte nicht die Grundlage für eine Auseinandersetzung mit privater Rechnungslegungsregelsetzung bilden kann: Zunächst wird beobachtet, dass Staaten ihre Aufgaben bereits seit geraumer Zeit bewusst im Wege einer hybriden Governance wahrnehmen. Dabei werden zwar auch Legitimationslinien zwischen privater und staatlicher Ordnung begründet, diese lassen sich aber nicht mit einem rechtspositivistisch fundierten Bild vom Recht erfassen. Schließlich vermitteln *Pistor* und andere, dass es private Regelsetzung nie in Reinform gibt. Die hier adaptierten Positionen stellen dabei die rechtstheoretischen Antworten auf die Frage, was (legitimes) Recht ist, nicht infrage. Sie vermitteln aber, dass bei einer reinen Negativabgrenzung privater Regelsetzung als „Nicht-Recht“ die Rechtswirklichkeit verkürzt wiedergegeben wird.¹⁷⁴⁸

Begründungen, die deutsche Unternehmen Ende der 2000er-Jahre für ihren Rückzug von der New Yorker Börse vorgebracht haben. Danach spielte (unter anderem) das Bestreben eine tragende Rolle, die durch die amerikanische Börsennotierung zuvor freiwillig erweiterte Finanzberichterstattung wieder zu vereinfachen, vgl. etwa „Daimler verabschiedet sich von New Yorker Börse“, *Der Spiegel*, 14.5.2010, abrufbar unter: <https://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/wall-street-daimler-verabschiedet-sich-von-new-yorker-boerse-a-694834.html>, letzter Abruf: 13.1.2025.

1746 *Engert* RW 4 (2014), 301 (338).

1747 *Leuz*, ECGI Working Paper 156/2010, S. 11.

1748 *Michaels* spricht insofern treffend von einem empirischen Argument gegen ein Konzept, welches auf einer reinen Negativabgrenzung der Nichtstaatlichkeit beruht, vgl. *Michaels*, *Utah Law Review*, 1/2010, 31 (37, 39).

C. Fehlendes konstruktives Potenzial der bisherigen Position

- 28 Aus dem Befund, dass die durch die streng gesetzessystematische Sicht nahegelegte Weltsicht die Wirklichkeit der Rechnungslegungsordnung nicht vollumfänglich zu erfassen vermag (vgl. B. III.), sie also verkürzt ist, muss die Arbeit Konsequenzen ziehen. Denn auf der Grundlage der verkürzten Sichtweise ist keine konstruktive Auseinandersetzung mit privater Rechnungslegungsregelsetzung möglich. Dies gilt zunächst für die bilanzrechtspolitische Ebene. Denn auf der Grundlage dieser Wirklichkeitsbeschreibung kann es nicht gelingen, einen überzeugenden Steuerungsanspruch des modernen Staates im Hinblick auf die Rechnungslegung zu formulieren.¹⁷⁴⁹ Es erscheinen dann überhaupt nur zwei Sichtweisen auf private Regelsetzung möglich: Der erste denkbare Blickwinkel, aus dem auf private Regelsetzung geblickt werden kann, besteht auf dieser Grundlage darin, sich auf die Fähigkeit einer privaten Regelung zur Mimikry des staatlichen Rechts zu konzentrieren. Dabei geht es darum, zu prüfen, inwiefern eine private Ordnung möglichst weitgehend die (verfassungsrechtlichen) Beschränkungen des staatlichen Rechts reproduziert. Die zweite danach möglich erscheinende Sichtweise auf private Regelsetzung besteht darin, in ihr ein Kontrastbild zum staatlichen Recht in positiver wie negativer Hinsicht zu sehen. Die positiven Eigenschaften einer privaten Ordnung können etwa in ihrer gegenüber dem staatlichen Recht höheren Anpassungsfähigkeit und Umweltsensitivität gesehen werden, ihre negativen Eigenschaften etwa in einem ihr innewohnenden Demokratiedefizit. So oder so wird die politische Diskussion über Rechnungslegungsfragen künstlich beschränkt. Eine drängende bilanzrechtspolitische Frage ist etwa, wie unternehmerischer Gewinn in gesellschaftsinterner und steuerlicher Hinsicht gerecht verteilt wird. Wenn man allein die vorstehend dargestellte Position in Betracht zöge, erschiene es zwingend, diese Frage mit Blick auf das staatliche Recht zu beantworten. Demgegenüber erschiene eine breite politische Diskussion über die Sinnhaftigkeit und Angemessenheit einzelner IAS/IFRS-Rechnungslegungsvorgaben kaum lohnend. Denn wenn man sie nur in ihrer Eigenschaft als „Nicht-Recht“ betrachtet, weist man den IAS/IFRS implizit allein die Funktion zu, privatautonome wirtschaftliche Austauschbeziehungen an den Kapitalmärkten zu ermöglichen. Sie werden also als neutrale und technische Regeln ohne politischen Bedeutungsgehalt angesehen.
- 29 Dementsprechend limitiert sind die auf der Grundlage einer verkürzten Wirklichkeitsbeschreibung bestehenden bilanzrechtsdogmatischen Diskursoptionen: Die private Rechnungslegungsordnung scheint dann vor allem ein Gegenstand verfassungsrechtsdogmatischer Auseinandersetzungen zu sein. Zusammenfassend wird

1749 Vgl. zu ähnlichen Befunden *Wielsch*, in: Eidenmüller, *Regulatory Competition*, S. 71 (98); *Möllers*, in: ders., *Geltung und Faktizität von Standards*, 2009, S. 143 (147); *Michaels* *Utah Law Review* 2010, 31 (45); ders. *The Wayne Law Review* 51 (2005), 1209 (1228 ff.).

hier einer rechtspositivistisch angeleiteten Beschreibung der Wirklichkeit privater Regelsetzung auf dem Gebiet der Rechnungslegung also vorgeworfen, zugleich den bilanzrechtspolitischen und -dogmatischen Diskurs beschränkt. Nachfolgend wird diese These weiter untermauert.

I. Künstliche Debattenbeschränkung

1. Ausgangspunkt

Zunächst ist es so, dass infolge einer (Allein-)Adaption der durch die herkömmliche 30 Rechtsquellenlehre geprägten Sichtweise die Frage, ob der in § 29 A. skizzierte Rechtszustand des Bilanzrechts verfassungskonform ist, zwangsläufig als zentral erscheint. Zugleich lässt sich diese Frage aber kaum bejahend beantworten. Die verfassungsrechtliche Auseinandersetzung drängt sich also auf, sie lässt sich aber nicht zu einem befriedigenden Ergebnis führen, weil sich die Zweifel an der Verfassungskonformität des derzeitigen Rechtszustands im Hinblick auf DRS, IAS/IFRS und andere Formen privater Rechnungslegungssetzung nie ganz ausräumen lassen werden. Da bekanntlich gemäß Art. 1 Abs. 3 GG allein die Staatsgewalten („Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung“) der Grundrechtsbindung unterliegen, wohingegen die Akteure des Privatrechts weder unmittelbar noch mittelbar an Grundrechte gebunden sind, muss die Verfassungsmäßigkeit der Rechnungslegungsordnung im Ausgangspunkt „staatsfixiert“ diskutiert werden.¹⁷⁵⁰ Dieser Sichtweise folgend ist es im Ausgangspunkt irrelevant, ob eine private Ordnung selbst demokratisch legitimiert ist. Das Grundgesetz nimmt hierzu nicht Stellung. Vielmehr ist es der rechtliche Eröffnungs- und Verweismechanismus, auf den sich die private Ordnung stützt, welcher legitimationsbedürftig ist.¹⁷⁵¹ Es muss mit anderen Worten erst einmal die Aufgabenwahrnehmung des Staates überprüft werden.¹⁷⁵²

Im Mittelpunkt der verfassungsrechtlichen Debatte steht insofern die Frage, inwiefern 31 Staatsaufgaben auch tatsächlich vom Staat in Form des Erlasses formeller Gesetze wahrgenommen werden müssen. Als Maßstab ist hierzu bekanntlich neben dem Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 2 GG) auch der aus dem Rechtsstaatsprinzip

1750 Auch wenn ein überstaatlicher privater Akteur etwa die Bürger bedrohte, stellte sich verfassungsrechtlich nicht die Frage, welche Unterlassungspflichten dieser Akteur möglicherweise hat. Gefragt werden müsste vielmehr, ob die Staatsgewalt die Bürger vor den Handlungen dieses Akteurs schützen muss, vgl. *Teubner*, Verfassungsfragmente, S. 28.

1751 Die private Rechtsetzung selbst muss im Grundsatz nicht demokratisch legitimiert sein, vgl. dazu nur *Kirchhof*, Private Rechtsetzung, S. 124 ff., 138 ff., 158 ff., 506 f.; *Röthel* JZ 2007, 755 (762); *Möllers/Fekonja* ZGR 2012, 777 (793).

1752 *Möllers/Fekonja* ZGR 2012, 777 (793) sprechen insofern von der „Steuerungsverantwortung“ des Gesetzgebers; vgl. ähnlich zum Verhältnis von privater Regelsetzung und Art. 34 AEUV auf europäischer Ebene EuGH Urt. v. 12.7.2023 – C-171/11 („Fra.bo Spa“) = ECLI:EU:C:2012:453; *Schweitzer* EuZW 2012, 765.

(Art. 20 Abs. 3 GG) abgeleitete Grundsatz vom Gesetzesvorbehalt heranzuziehen. Die zentralen Stichworte sind insofern die „Wesentlichkeitstheorie“ bzw. die „demokratische Steuerungsverantwortung“ des Staats.¹⁷⁵³ Gesetzliche Verweise auf private Rechnungslegungsordnungen bleiben von dieser Warte aus gesehen beinahe zwangsläufig andauernd in zweifacher Hinsicht angreifbar. Zunächst lässt sich die Entscheidung des Staates, die Rechnungslegungsordnung überhaupt einer privaten Stelle zu übertragen, anzweifeln, da im Raum steht, dass er stattdessen selbst, durch Gesetz, hätte handeln müssen. Durch die verfassungsrechtliche „Brille“ gesehen, sind internationale private Regelungsinstitutionen mithin dem Dauervorwurf ausgesetzt, ihre Macht außerhalb der Reichweite des demokratischen Systems auszuüben, da Demokratie entsprechend unserer an der verfassungsrechtlichen Ordnung geschulten Denkmuster traditionell mit den nationalen parlamentarischen Systemen verknüpft.¹⁷⁵⁴

- 32 Im Angesicht dieser gedanklichen Verknüpfung erscheint es quasi-automatisch so, als ob eine internationale private Regelsetzung die Macht der Nationalstaaten, über ihr eigenes Schicksal zu bestimmen, aushöhlt.¹⁷⁵⁵ Sofern sich der Staat die präventive Rechtmäßigkeitskontrolle privater Rechnungslegungsstandards vorbehält, bleibt auf einer zweiten Stufe andauernd problematisch, wie extensiv dieser Kontrollvorbehalt ausgestaltet ist.¹⁷⁵⁶ Beide Bedenken lassen sich auch gegenüber dem Prozess der Entstehung europäischen Rechts aus IAS/IFRS formulieren. Da konzernrechnungslegungspflichtige kapitalmarktorientierte Unternehmen nicht nur faktisch, sondern rechtlich dazu verpflichtet sind, die in europäisches Recht übertragenen IAS/IFRS einzuhalten, ist die hinreichende Rückbindung an den Willen des (Gemeinschafts-) Gesetzgebers hier sogar noch brisanter.¹⁷⁵⁷ Das Komitologieverfahren könnte diese Legitimation nur dann verbürgen, wenn zwei Voraussetzungen sicher erfüllt sind: Zum einen müsste der Komitologieprozess mit den üblichen Verfahrensweisen europäischer Rechtsetzung übereinstimmen. Zum anderen müsste innerhalb des Komitologieprozesses die „Gemeinwohlrichtigkeit“ jedes in Bezug genommenen Standards auch wirklich konkret geprüft werden.

1753 Möllers, in: ders., Geltung und Faktizität von Standards, 2009, (148); ders./Fekonja ZGR 2012, 777 (793, 795); s. auch Köndgen AcP 206 (2006), 477 (522), der von der Frage nach dem verfassungsrechtlichen Minimum der „staatliche[n] Entscheidungsprärogative in wesentlichen Fragen des gesellschaftlichen Zusammenlebens“ spricht.

1754 Vgl. Loft/Humphrey/Turley AAAJ 19 (2006), 428 (433).

1755 Vgl. Loft/Humphrey/Turley AAAJ 19 (2006), 428 (433).

1756 Vgl. als Muster nur die verfassungsrechtliche Auseinandersetzung mit § 342 Abs. 2 HGB bei Schwab, in: Staub, HGB, § 342 Rn. 88 ff., 94 ff. bzw. Köndgen AcP 206 (2006), 477 (491).

1757 Vgl. Röthel JZ 2007, 755 (759).

2. Horizontale Drittwirkung von Grundrechten

Der Befund, dass die verfassungsrechtliche Diskussion in einem schlussendlich unlösbar erscheinenden Dauerkonflikt münden muss, kann auch dann aufrechterhalten werden, wenn berücksichtigt wird, dass sich die verfassungsrechtliche Auseinandersetzung mit privater Regelsetzung zu der Frage hin verlagert hat, inwiefern sich Grundrechte bzw. europäische Grundfreiheiten auf private Normen erstrecken können (sog. horizontale Drittwirkung). Für die IAS/IFRS stellt sich diese Frage ohnehin nicht unmittelbar. Denn infolge des Komitologieverfahrens werden sie zu staatlichem Recht und müssen sich deshalb unmittelbar am übergeordneten europäischen Recht messen lassen. Demgegenüber wurde auf Normen, die, wie die DRS, von Unternehmen bzw. Unternehmensvereinigungen festgesetzt werden, bekanntlich ursprünglich allein das Wettbewerbsrecht für anwendbar gehalten.

In der Fra.Bo-Entscheidung hat der EuGH aber erstmalig ausgeführt, dass auch private Organisationen an die Grundfreiheiten gebunden sein können, sofern die von ihnen entworfenen Regeln von einem Gesetz in Bezug genommen werden und dieses Gesetz die Vermutung aufstellt, dass bei Einhaltung der Normen alle gesetzlichen Anforderungen erfüllt sind. Denn wenn die Rechtsetzungsbefugnisse delegiert werden, hätten die privaten Normen de facto den Charakter von Marktzugangsregeln.¹⁷⁵⁸ Danach kommt eine staatenähnliche Behandlung privater Regelsetzer in Betracht, sofern ein Regelbereich seine Legitimation explizit vom staatlichen Recht ableitet, also im staatlichen Recht eine Rechtsetzungsdelegation stattgefunden hat. Auch dann wird die horizontale Drittwirkung allerdings bislang auf spezifische Fallgruppen begrenzt, wohingegen private Regeln ansonsten ein verfassungsrechtliches Nullum bleiben. Dies gilt selbst dann, wenn sie bei einer rein wirkungsbezogenen Betrachtung eindeutig eine marktzugangsbeschränkende Wirkung entfalten. Auf verfassungsrechtlicher Ebene geht es dann auch insofern allein um den unter I. angerissenen, an die Wesentlichkeitstheorie anknüpfenden Legitimationsdauerkonflikt.¹⁷⁵⁹

1758 EuGH Urt. v. 12.7.2023 – C-171/11 („Fra.bo Spa“) = ECLI:EU:C:2012:453; vgl. dazu Schweitzer EuZW 2012, 765. Desgleichen hat sich das BVerfG in jüngeren Entscheidungen, insbesondere der Stadionverbots-Entscheidung (BVerfG Beschl. v. 11.4.2018 – 1 BvR 3080/09 = BVerfGE 148, 267 = NJW 2018, 1667) und dem Facebook-Beschluss (BVerfG Beschl. v. 22.5.2019 – 1 BvQ 42/19 = NJW 2019, 1935), nicht mehr nur mit aus den Grundrechten abzuleitenden Schutzgeboten, sondern einer „mittelbaren“, staatenähnlichen Drittwirkung von Grundrechten (Art. 3 Abs. 1 GG) für Private befasst. Vgl. zur Kritik daran nur Neuner NJW 2020, 1851.

1759 Die Vermutungsregelung in § 342q Abs. 2 HGB kann aber etwa auch bei Anerkennung einer horizontalen Drittwirkung im Lichte des Demokratieprinzips (Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG) suspekt erscheinen, insofern die durch sie in Bezug genommenen Standards ein Demokratiedefizit aufwiesen, weil diese Standards ihre Legitimation danach aus dem staatlichen Recht beziehen, für Dritte (faktisch) zwingend wirken und deshalb selbst so hinreichend an das Volk als „Legitimationssubjekt“ rückgebunden sein müssen, dass ein hinreichendes Legitimationsniveau erreicht ist. Denn aus der Rechtsprechung von EuGH und BVerfG kann der Schluss gezogen werden, dass insofern sich das Gesetz hier die Verlautbarungen eines privaten, mit „Rechnungslegern“ besetzten (§ 342q Abs. 1 Satz 2 HGB) Gremiums aufnimmt und sich zu eigen macht, auch die Besetzung dieses Gremiums in einem öffentlichen und

3. Folgenlosigkeit des verfassungsrechtlichen „Bannstrahls“

- 35 Schlussendlich mündet der durch die herkömmliche Sichtweise nahegelegte verfassungsrechtliche Diskurs mithin in einem Dauerkonflikt um mögliche Verfassungsverstöße im Zusammenhang mit privaten Rechnungslegungsregeln. Außer Zweifel steht, dass er dennoch weitergeführt werden muss.¹⁷⁶⁰ Das Nachdenken über private Rechnungslegungsregeln allein aus einem verfassungsrechtlichen Blickwinkel heraus ist aber jedenfalls kurzschlüssig.¹⁷⁶¹ Dieses Problem ließe sich auflösen, indem man sich auf den Befund einer Verfassungswidrigkeit einigte. Dieser Befund wirkte dann aber (nur) als „Bannstrahl“.¹⁷⁶² Es bliebe weiterhin offen, wie konstruktiv mit privater Rechnungslegungsregelsetzung, die es ja gibt und weiterhin geben wird, umgegangen werden kann. Der einzige Ausweg in Fällen, in denen private Rechnungslegungsregeln verfassungsrechtliche Bedenken auslösen, scheint auf der Grundlage der unter A. dargestellten Position daher zu sein, die Rechnungslegung weiter zu verrechtlichen. Eine stärkere Regulierung (etwa durch gesetzliche „Voll“-Ausformulierung und anschließende staatliche Kontrolle der Regeln für die Bilanzierung von Mehrkomponentengeschäften) ist mit anderen Worten dann die einzige Reaktion, die im Angesicht durchschlagender verfassungsrechtlicher Zweifel möglich ist. Diese Sichtweise verträgt sich jedoch schon nicht mit dem Befund, dass der Gesetzgeber zumindest implizit anerkannt hat, gar nicht dazu in der Lage zu sein, allein kraft gesetzlicher Regelung den Bedürfnissen der Rechnungslegungspraxis schnell und umfassend Rechnung tragen zu können. Zudem kommt dem staatlichen Bilanzrecht aus diesem Blickwinkel primär die Aufgabe zu, die Vielfalt der Rechnungslegungsoptionen einzuhegen. Damit wird das staatliche Bilanzrecht auf seinen öffentlich-rechtlichen, interventionistischen Gehalt reduziert, obschon diese Reduktion mit seiner historischen Anlage nicht vereinbar ist und völlig atypisch wäre. Denn traditionell war das Bilanzrecht in Deutschland – wie aufgezeigt – durchgängig darauf angelegt, offen gegenüber durch die Praxis erarbeiteten Abbildungsprozessen, also Innovatio-

transparenten Verfahren durch Gesetz geregelt werden muss. Ein Handeln des Staates bedarf danach auch dann der demokratischen Legitimation, wenn es sich nicht in einem Gesetzesbefehl ausdrückt, vgl. allgemein dazu BVerfG Urt. v. 31.10.1990 – 2 BvF 3/89 = BVerfGE 83, 60 (72) = NJW 1991, 159; BVerfG Beschl. v. 24.5.1995 – 2 BvF 1/92 = BVerfGE 93, 37 (66 f.) = NVwZ 1996, 574 (575); BVerfG Beschl. v. 5.12.2002 – 2 BvL 5/98 = BVerfGE 107, 59 (87 f.) = NVwZ 2003, 974 (975 f.); *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, S. 225 ff., 265 ff.; *Schmidt-Aßmann* AöR 116 (1991), 329 (337 ff.) und spezifischer *Schuppert/Bumke*, in: Kleindiek/Oehler, Die Zukunft des deutschen Bilanzrechts, S. 71 (124); s. auch *Schwab*, in: Staub, HGB, § 342 Rn. 15; *Hommelhoff/Schwab*, in: Hommelhoff/Hopt/v. Werder, Handbuch Corporate Governance, S. 71 (85) in Bezug auf § 161 AktG.

1760 Vgl. zu den IAS/IFRS insbesondere *Hohl*, Private Standardsetzung im Gesellschafts- und Bilanzrecht, S. 151 ff., 318 ff.

1761 Zu einer vergleichbaren Schlussfolgerung kommen *Schuppert/Bumke*, in: Kleindiek/Oehler, Die Zukunft des deutschen Bilanzrechts, S. 71 (76).

1762 Formulierung übernommen von *Schuppert/Bumke*, in: Kleindiek/Oehler, Die Zukunft des deutschen Bilanzrechts, S. 71 (94).

nen, zu sein. Das Potenzial der gesetzlichen Regelung wird bei dieser Sichtweise also unnatürlich eingeschränkt.

II. Bedingungen für einen staatlichen Rollenwechsel

Angesichts ihres fehlenden konstruktiven Potenzials muss die Arbeit über die unter A. skizzierte, verkürzte Wirklichkeitsbeschreibung hinausgehen. Ein in der Literatur – wie angesprochen – bereits vereinzelt diskutierter alternativer Weg, um private Regelsetzung zu erfassen, besteht darin, eine Art Rechtsvergleich anzustellen. Bei Beschreiten dieses Weges müsste es darum gehen, die tatsächlich anzutreffenden staatlichen und privaten Institutionen, Modalitäten und Strukturen privater Regelsetzung zu analysieren. Die zentralen Forschungsfragen bei diesem Ansatz könnten etwa lauten: Wie sind die Hierarchien zwischen staatlichen und privaten Institutionen ausgestaltet? Ist ihr Verhältnis eher auf Konflikt oder auf Zusammenarbeit angelegt? Auch dieser Beobachtungsansatz wird hier aber nicht weiterverfolgt. Denn erst wenn klar ist, welchen Mitspracheanspruch EU und Nationalstaat heute im Hinblick auf die Rechnungslegung stellen sollten, wird es möglich, das Verhältnis zwischen staatlicher und privater Ordnung wirklich neu zu bestimmen. Ein alternatives Analysemodell muss deshalb die Frage in den Mittelpunkt stellen, unter welchen Bedingungen eine private Rechnungslegungsregelsetzung ihr (unumstritten existierendes) Potenzial entfalten kann und zugleich die von ihr ausgehenden (destruktiven) Effekte legitimiert erscheinen. Die Frage nach der Legitimation einer privaten Ordnung muss also losgelöst von der Regelherkunft (staatlich oder privat) beantwortet werden.¹⁷⁶³ Konkret muss es vielmehr darum gehen, den Punkt zu finden und zu umschreiben, an dem eine vollständige Inhaltskontrolle privater Regelungen entbehrlich erscheint. Dafür muss wiederum aufgezeigt werden, unter welchen Bedingungen sich der Staat legitimerweise (graduell) auf die Position eines „Regelnehmers“¹⁷⁶⁴ zurückziehen bzw. wie ein strukturierter Öffnungsprozess für private Regelungen ablaufen kann.

Hierfür gilt es in Anknüpfung an allgemeine Rechtsgrundsätze bzw. dogmatische Figuren im Recht prozedurale Anforderungen bzw. Methodenpostulate zu formulieren. In der Literatur wurde auch dieser Arbeitsschritt bereits verschiedentlich – wenngleich abstrakt – umschrieben.¹⁷⁶⁵ Der Inhalt der dafür gefundenen Begrifflichkeiten ähnelt sich dabei: *Schuppert* und *Bumke* sprechen von der Erarbeitung der „Strukturierungsfunktion [des Rechts]“ bzw. seiner „Bereitstellungsfunktion“,¹⁷⁶⁶ *Ralf*

1763 Vgl. zu diesem Ansatz auch *Bachmann*, Private Ordnung, S. 413.

1764 Begriff übernommen von *Wielsch*, in: Eidenmüller, Regulatory Competition, S. 71 (72).

1765 Vgl. daneben etwa *Teubner*, Verfassungsfragmente, S. 1; *Bachmann*, Private Ordnung, S. 413.

1766 *Schuppert/Bumke*, in: Kleindiek/Oehler, Die Zukunft des deutschen Bilanzrechts, S. 71 (73).

Michaels von einer „Governance-Theorie jenseits des Staates“¹⁷⁶⁷, *Johannes Köndgen* von einer „Meta-Ordnung, welche die neue Diversität zusammenhält“ bzw. einer Theorie des privatisierten Rechts¹⁷⁶⁸ und bei *Dan Wielsch* heißt es: „Irrespective of the forum of recognition, private regimes need to comply with some generic criteria in order to make their pervasive effects appear legitimate.“¹⁷⁶⁹

D. Adaption normativer Fremdpositionen zum Stellenwert privater Regelsetzung

- 38 Um die Bedingungen für einen staatlichen Rollenwechsel formulieren zu können, muss man sich dem Verhältnis von staatlichem „Recht“ und privater Ordnung anders nähern als durch die Brille eines formalen Rechtsbegriffes. Für diese Annäherung wird hier auf zwei normative Positionen zum Stellenwert privater Ordnung zurückgegriffen. Die erste dieser Position wird aus der Rechtsökonomie entwickelt (I.), die zweite anhand der reflexiven Ausprägung der Systemtheorie des Rechts (II.). Weder das eine noch das andere Theorienmodell zielt (unmittelbar) darauf ab, Stellung zur rechtstheoretischen Auseinandersetzung um die Frage, was Recht ist, zu nehmen. Dementsprechend ist es auch nachfolgend nicht etwa das Ziel, insofern ein Gegenmodell zu entwerfen. Vielmehr geht es darum, dass die beiden Modelle vorführen, wie eine funktionsbezogene Auseinandersetzung mit privater Rechnungslegungsregelsetzung in einer Weise möglich ist, die im Ergebnis ein Urteil darüber erlaubt, ob mehr staatliches Recht oder ein größerer Freiraum für die private Ordnung vorzugswürdig erscheinen (III.). Auf dieser Basis ist es dann möglich, ein eigenes Konzept zum Umgang mit privaten Bilanzierungsregeln im Rahmen der Auslegung des staatlichen Rechts zu entwickeln.

I. Rechtsökonomische Verhältnisbestimmung

- 39 Die rechtsökonomische Theorie privatisierten Rechts kann insofern zu einer normativen Positionierung hinsichtlich des Verhältnisses private Ordnung – staatliche Regulierung genutzt werden als sie Argumente dafür liefert, weshalb gesetzliche Eingriffe in Unternehmen grundsätzlich nur subsidiär erfolgen sollten bzw. – insbesondere mit der ansonsten drohenden Gefahr eines Marktversagens – besonders rechtfertigungsbedürftig sind.¹⁷⁷⁰ Mit im Einzelnen unterschiedlichen Begründungen wird vertreten, dass die Entstehung, der Bestand und die Abwicklung von Unternehmen nur insofern staatlich reguliert werden sollten, wie dadurch Ergebnisse

1767 *Michaels*, Utah Law Review, 1/2010, 31 (41).

1768 *Köndgen* AcP 206 (2006), 477 (479).

1769 *Wielsch*, in: Eidenmüller, Regulatory Competition, S. 71 (99).

1770 Vgl. nur *Bushman/Landsman*, ABR 40 (2010), 259 (261).

erzielt werden, die nachweislich besser sind als der (unregulierte) Status quo oder marktbasierter bzw. privatrechtliche Lösungen.¹⁷⁷¹

1. Theoretische Grundlagen

Anders als die Rechtswissenschaft läuft die ökonomische Unternehmensrechtsforschung schon aufgrund ihres abweichenden methodischen Ansatzes nicht Gefahr, ihren Blick quasi-automatisch auf staatliches Recht zu fokussieren und private Ordnung davon negativ (etwa als „Nicht-Recht“) abzugrenzen. Denn der ökonomische Institutionenbegriff erfasst nicht nur Systeme staatlichen Rechts bzw. abstrakte Verhaltensregeln, sondern auch Organisationen, wie Unternehmungen, bzw. Entscheidungssysteme, wie etwa Märkte. Davon ausgehend ist vor allem maßgeblich, inwiefern mit einem Normensystem im weiteren Sinne der Zweck verfolgt wird, das Individualverhalten zu koordinieren. Es geht also darum, ob Anreize für ein bestimmtes Verhalten gesetzt und abweichendes Verhalten sanktioniert wird.¹⁷⁷² Hinzu kommt, dass allein die Handlungen individueller Akteure wissenschaftlich analysiert werden (methodologischer Individualismus).¹⁷⁷³ Demzufolge entstehen und verändern sich Institutionen aufgrund individueller Entscheidungen der handelnden Akteure,¹⁷⁷⁴ weshalb es für die Analyse grundsätzlich keine Rolle spielt, ob sich ein Normensystem aus Individualvereinbarungen oder aus kodifizierten Rechtsnormen zusammensetzt. Ebenso wenig kommt es darauf an, ob ein Normensystem marktmäßig bzw. rein-faktisch entstanden ist, oder durch eine (institutionalisierte) Kollektiventscheidung geschaffen wurde.¹⁷⁷⁵

1771 Vgl. dazu *Becht/Bolton/Röell*, in: *Handbook of the Economics of Finance*, S.1 (16); *Armour/Hansmann/Kraakman/Pargendler*, in: *Anatomy of Corporate Law*, S.19, 31; s. auch *Schmolke*, in: *Towfigh/Petersen, Ökonomische Methoden*, § 5 Rn. 270: Mithilfe staatlichen Rechts lasse sich nur dann ein Wohlfahrtsgewinn erzielen, wenn diese Intervention in das freie Spiel des Marktes nicht ihrerseits Kosten verursacht, die den angestrebten Wohlfahrtsgewinn gänzlich aufzehren oder sogar übersteigen. Andernfalls werde das Recht unter dem Gesichtspunkt der Effizienz bzw. Wohlfahrtsmaximierung selbst zu einem Störfaktor. Es könne sich also durchaus als die bestmögliche ökonomische Lösung erweisen, schlicht nichts zu tun; vgl. zum Privatrecht auch *ders.*, a.a.O., § 5 Rn. 324: „[D]ie Rechtsökonom [sind sich] untereinander mehrheitlich einig, dass das Privatrecht im Allgemeinen ein vergleichsweise schwerfälliges, unzuverlässiges und ineffizientes Instrument zur Umverteilung von Ressourcen ist.“ So ist etwa das aktienrechtliche Gebot der Satzungsstrenge (§ 23 Abs. 5 Satz 1 AktG) danach eindeutig als „gesetzgeberischer Unfall“ zu betrachten, vgl. *Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse*, S. 788.

1772 *Richter/Furubotn*, *Neue Institutionenökonomie*, S. 50: Eine Institution ist ein „auf ein bestimmtes Zielbündel abgestelltes System von Normen einschließlich deren Garantieinstrumente, mit dem Zweck, das individuelle Verhalten in eine bestimmte Richtung zu streuen“; vgl. auch *Siebler*, *Internationalisierung der Rechnungslegung*, S. 83; *Lange*, *Bilanzrecht und Ökonomische Theorie*, S. 18; *Kirchner*, in: *FS Beisse*, 1997, S. 267 (274).

1773 *Towfigh*, in: *Towfigh/Petersen, Ökonomische Methoden*, § 2 Rn. 63.

1774 *Towfigh*, in: *Towfigh/Petersen, Ökonomische Methoden*, § 2 Rn. 63: „Kollektiventscheidungen [...] folgen [...] nicht der Eigenlogik eines „Kollektivwillens“, sondern können auf das Zusammenwirken individueller Entscheidungsträger zurückgeführt und durch dieses erklärt werden.“

1775 Vgl. *Siebler*, *Internationalisierung der Rechnungslegung*, S. 83; *Lange*, *Bilanzrecht und Ökonomische Theorie*, S. 18. Institutionen können sowohl formal als auch informell sein, vgl. *Richter/Furubotn*, *Neue Institutionenökonomie*, S. 50.

- 41 Die Entstehung und Veränderung von Institutionen wird dabei maßgeblich dadurch beeinflusst, dass entsprechend der durch *Ronald H. Coase* 1937 begründeten Theorie der Verfügungsrechte (theory of property rights) jede wirtschaftliche Transaktion zwangsläufig (ex ante und ex post) Transaktionskosten verursacht.¹⁷⁷⁶ Anders als bei einer herkömmlichen rechtswissenschaftlichen Betrachtung werden Unternehmen deshalb nicht als (Rechts-)Personen verstanden.¹⁷⁷⁷ Vielmehr beruht auch das institutionenökonomische Unternehmensverständnis auf dem Transaktionskostendenken.¹⁷⁷⁸ Auf dieser gedanklichen Grundlage erweisen sich Unternehmen als Instrumente zur Transaktionskostensparnis. Sie entstehen, weil in Austauschbeziehungen stehende Individuen ihre Transaktionen internalisieren wollen, um so Kosten zu vermeiden.¹⁷⁷⁹ Entwickelt wurde die vorstehend skizzierte Theorie primär auf der Grundlage des US-amerikanischen (Kapitalgesellschafts-)Rechts und seiner rechtskulturellen und rechtspolitischen Besonderheiten,¹⁷⁸⁰ sie trifft aber universelle Aussagen. Zudem sind die Unterschiede zwischen US-amerikanischem und kontinentaleuropäischem/deutschen System, wenn es um die hier im Mittelpunkt stehenden Fragen geht, weniger groß, als es zunächst scheint.¹⁷⁸¹

1776 Vgl. *Coase*, *The Firm, the Market and the Law*, S. 33 ff. (Reprint von „The Nature of the Firm“ von 1937); zusammenfassend *Richter/Furubotn*, *Neue Institutionenökonomie*, S. 41.

1777 Vgl. zur herkömmlichen juristischen Sichtweise nur *Flume*, in: FS Beitzke, 1979, S. 43 ff.

1778 Sofern man ein eigennutzorientiertes, eingeschränkt-rationales Verhalten unterstellt, wären Individuen in Abwesenheit von Transaktionskosten grundsätzlich dazu in der Lage, mittels vertraglicher Vereinbarungen zu gewährleisten, dass ökonomische Ressourcen effizient genutzt werden. *Calabresi* *Journal of Law and Economics* II (1968), 67 (68) fasst dies wie folgt zusammen: „If people are rational, bargains are costless, and there are no legal impediments to bargains, transactions will [...] occur to the point where bargains can no longer improve the situation; to the point, in short, of optimal resource allocation.“ Vgl. dazu etwa auch *Schmolke*, in: *Towfigh/Petersen*, *Ökonomische Methoden*, § 5 Rn. 262; *Schäfer/Ott*, *Ökonomische Analyse*, S. 788. Ohne Transaktionskosten wären die Parteien einer Vertragsbeziehung auch dazu befähigt, ihre jeweiligen vertraglichen Interessen zu schützen, indem sie sich ex ante auf ein effizientes System zur Interessenüberwachung- und -durchsetzung einigen. Dieser Gedanke geht zurück auf die Transaktionskostenökonomie Oliver Williamsons (s. nur *Williamson* *Yale Law Journal* 93 (1984), 1197 (1202 ff.); vgl. auch *Richter/Furubotn*, *Neue Institutionenökonomie*, S. 194; *Klormann*, *Externe Corporate Governance*, S. 65; grundlegend *Alchian/Demsetz*, *Am. Econ. Rev.* 62 (1972), 777 (794 und *passim*); *Fama/Jensen* *Journal of Law and Economics* 26 (1983), 301 (302); *Jensen/Meckling*, *Journal of Financial Economics* 3 (1976), 305 (310 f.); vgl. zusammenfassend *Schäfer/Ott*, *Ökonomische Analyse*, S. 788). Sie könnten sich mit anderen Worten eine Art Verfassung schaffen, welche die Kosten, die entstehen, um den Vertrag an die fortgesetzte Veränderung seiner wirtschaftlichen Umwelt anzupassen, minimiert (*Richter/Furubotn*, *Neue Institutionenökonomie*, S. 196).

1779 Vgl. *Coase*, *The Firm, the Market and the Law*, S. 33 ff.; vgl. insbesondere auch *Easterbrook/Fischel* *Columbia Law Review* 89 (1989), 1416 ff.; im Anschluß daran etwa *Bainbridge*, *The New Corporate Governance*, S. 31; *Bebchuk* *Columbia Law Review* 89 (1989), 1395 ff.; *Eisenberg* *Columbia Law Review* 89 (1989), 1461 ff.; *Gordon* *Columbia Law Review* 89 (1989), S. 1549 ff.

1780 *Binder*, *Regulierungsinstrumente und Regulierungsstrategien*, S. 73, vgl. auch ders., a.a.O., S. 72; *Spindler* AG 1998, 53 (57 f.).

1781 Vgl. dazu nur *Schäfer/Ott*, *Ökonomische Analyse*, S. 789; ähnlich *Binder*, *Regulierungsinstrumente und Regulierungsstrategien*, S. 73; a.A. etwa noch bei *Spindler* AG 1998, 53 (55 ff.): Gegenüberstellung von reguliertem deutschen Aktienrecht und flexiblem amerikanischen Modell mit Regulierung der Börsenzulassung. Insbesondere ist das heute dominierende US-Unternehmensrechtsmodell aber nicht unbedingt wirtschaftsliberaler und flexibler als das deutsche bzw. europäische, da auch das US-Kapitalgesellschaftsrecht heute von zwingenden Regeln dominiert wird. Die Gesellschaftsrechtsordnung setzt

2. Vorzüge privater Normsetzung

Auf der Grundlage der vorstehend knapp dargelegten gedanklichen Annahmen 42 kommt die rechtsökonomische Literatur zu dem Schluss, dass der Staat vor allem dann regulierend eingreifen sollte, wenn ein Marktversagen droht. Dies soll der Fall sein, wenn (effizienzsteigernde) Vertragsschlüsse aufgrund zu hoher Transaktionskosten gänzlich ausbleiben könnten, Informationsasymmetrien einzelne Akteure übervorteilen oder eine heterogene Akteursstruktur ein privatrechtlich-kollektives Handeln übermäßig erschwert.¹⁷⁸² Wenn kein Marktversagen im Raum steht, soll der Staat primär gewährleisten, dass sich vertragliche Erfüllungspflichten gerichtlich durchsetzen lassen. Weiterhin soll er modifizierbare Mustervertragsbedingungen („a standard form contract“¹⁷⁸³) bereitstellen, um die Transaktionskosten der Unternehmensakteure zu senken, jedenfalls aber kein zwingendes Recht erlassen.¹⁷⁸⁴ Staatliche Eingriffe unterliegen also einem besonderen Begründungszwang. Rechtskulturell betrachtet, erzieht die ökonomische Theorie so zu einer Grundskepsis gegenüber den Fähigkeiten staatlicher Regelsetzer. Weiter unterfüttert wird diese Skepsis dadurch, dass die Literatur vor Augen führt, inwiefern Gesetzgeber anfällig dafür sind, den Interessen derjenigen nachzugeben, die sie eigentlich regulieren sollen (Regulatory Capture-Theorie).¹⁷⁸⁵ Zudem soll der Gesetzgeber, auch wenn er tatsächlich das öffentliche Interesse im Blick hat, da er nicht über die für eine effiziente Regulierung erforderlichen Informationen verfügt, oftmals inkompetent und fehleranfällig agieren.¹⁷⁸⁶

sich dabei aus Richterrecht, entwickelt vor allem durch die Gerichte des Staates Delaware, bundesstaatlichen Coporation Laws und der strikten Kapitalmarktregulierung durch die Securities and Exchange Commission (SEC), welche vielfach auf das Kapitalgesellschaftsrecht zurückwirkt, zusammen. Vgl. zu diesem Befund etwa *Eisenberg* Columbia Law Review 89 (1989), 1461 ff.

1782 Grundlegend *Easterbrook/Fischel* Columbia Law Review 89 (1989), 1416; s. darüber hinaus nur *Schmolke*, in: Towfigh/Petersen, Ökonomische Methoden, § 5 Rn. 259, 269, 272; *Bainbridge*, The New Corporate Governance, S. 31; *Bushman/Landsman* ABR 40 (2010), 259 (261).

1783 *Bainbridge*, The New Corporate Governance, S. 30.

1784 Vgl. *Winter*, J. Legal Stud. 6 (1977), 251 (253): „Where a private transaction imposes no substantial cost on society or third parties, the parties to it should be allowed to arrange their affairs in a way that satisfies them rather than some distant official; they should, in short, be given freedom to ‚make their own deal.‘“ S. zum Ganzen auch *Schmolke*, in: Towfigh/Petersen, Ökonomische Methoden, § 5 Rn. 269, 319 f.; aus deutscher Sicht: *Spindler* AG 1998, 53 (59 f.).

1785 Vgl. dazu nur etwa *Becht/Bolton/Röell*, in: Handbook of the Economics of Finance, S.1 (16) sowie *Bushman/Landsman* ABR 40 (2010), 259 (261).

1786 Vgl. auch insofern nur *Becht/Bolton/Röell*, in: Handbook of the Economics of Finance, S.1 (16); *Bushman/Landsman*, ABR 40 (2010), 259 (261).

II. Die „reflexive“ Systemtheorie des Rechts

1. Autonome Mechanismen der Konfliktauflösung

- 43 Das zweite, hier in Bezug genommene Theorienmodell ist die sog. „reflexive“ Ausformung der Systemtheorie des Rechts. Sie kommt zu der normativen Position, dass jegliche Versuche, das Primat der Politik über die durch den Rechtspluralismus ausgemachten transnationalen (privaten) Regelordnungen (dazu § 5 B. II. 2. c. aa.) zu re-etablieren, abzulehnen seien.¹⁷⁸⁷ Zwar wäre es, wie *Günther* ausführt,¹⁷⁸⁸ zumindest theoretisch möglich, den hybriden Rechts-Raum wieder „in die Richtung eines universalistischen, einheitlichen Rechts“ zu verlassen, dies sei aber nicht wünschenswert. Zunächst, aufgrund der vielfältigen Unterschiede zwischen Regionen, Nationen, Kulturen, Mentalitäten sowie sozio-ökonomischen Organisationsformen. Darüber hinaus erscheine das alte Legitimationsmodell aber auch nicht mehr als eine attraktive Option. Denn darauf aufbauend müsste, wie es *Günther* ausdrückt, weiterhin eine vereinheitlichende Rechtssetzung im Wege der Anerkennung nicht-staatlicher normativer Ordnung durch eine souveräne Autorität versucht werden. Dies würde aber zu viel Zeit und Kosten beanspruchen oder wäre angesichts der zu beteiligenden Institutionen und Akteure sowie unterschiedlicher rechtlicher Voraussetzungen zu komplex.¹⁷⁸⁹ Sowohl wegen mangelnder Sachnähe als auch wegen globaler Normsetzungskompetenz sei es sogar aussichtslos, dass das politische System die jeweils eigenrationalen, transnationalen Funktionssysteme der Weltgesellschaft durch seine Gesetzgebung steuern könne.¹⁷⁹⁰ Erst recht vermöge staatliches Recht die Gesellschaft nicht gerechter zu machen. Gerechtigkeit sei vielmehr als ein Zustand anzusehen, der allein rechtsimmanent erreichbar ist.¹⁷⁹¹
- 44 *Fischer-Lescano* und *Teubner* argumentieren ähnlich.¹⁷⁹² Sie lehnen den Versuch, Kollisionen zwischen den einzelnen Teilsystemen der differenzierten Weltgesellschaft, durch Recht aufzulösen ab, da das Recht „nur ein Kollisionsmanagementinstrument unter vielen“ sei. Im Vergleich spiele Recht bei Regime-Kollisionen sogar nur eine marginale Rolle,¹⁷⁹³ die allenfalls darin bestehe, Schadensbegrenzung zu

1787 Vgl. *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen, S. 33; *Wielsch*, in: Eidenmüller, Regulatory Competition, S. 71 (98) fasst diese Position treffend wie folgt zusammen: „legal pluralism insists on the autonomy of non-state legal orders and, in consequence, resists transforming them into state law“.

1788 *Günther*, Normative Orders Working Paper 03/2014, S. 6.

1789 *Günther*, Normative Orders Working Paper 03/2014, S. 7; vgl. dazu auch *Horst*, Transnationale Rechtserzeugung, S. 165.

1790 *Günther*, Normative Orders Working Paper 03/2014, S. 7.

1791 Hierzu *Horst*, Transnationale Rechtserzeugung, S. 167, 169.

1792 *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen, S. 170.

1793 *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen, S. 127.

leisten.¹⁷⁹⁴ Es sei daher illusorisch, an eine Integration der differenzierten Weltgesellschaft durch Recht zu glauben.¹⁷⁹⁵

An die Stelle eines homogenen globalen Rechts, welches, selbst wenn es denn existieren würde, die Funktionssysteme der Weltgesellschaft nicht zentral steuern könnte, sollen nach der skizzierten Theorie autonome Mechanismen der Kollisionsauflösung innerhalb der einzelnen gesellschaftlichen Teilsysteme treten,¹⁷⁹⁶ die sodann oftmals eine nicht-rechtliche bzw. nicht normative Gestalt hätten.¹⁷⁹⁷ 45

2. Die Aufgabe (staatlichen) Rechts und der diesbezüglichen Wissenschaft

Das (staatliche, globale) Recht müsse sich im Angesicht seiner Überforderung „selbstlimitieren“¹⁷⁹⁸, indem es Entscheidungen an andere gesellschaftliche Teilsysteme zurückgibt.¹⁷⁹⁹ Fischer-Lescano und Teubner beschreiben dies als „juridische Dejuridifizierung“ bzw. als „Technik der Gesellschaftsverweisung“.¹⁸⁰⁰ Die verbleibende Aufgabe des (staatlichen, globalen) Rechts sei darin zu sehen, die Bedingungen der lernenden Anpassung in den einzelnen gesellschaftlichen Teilsystemen abzustützen. Das Recht müsse das Potenzial autonomer gesellschaftlicher Steuerung nutzen und einfangen.¹⁸⁰¹ Dazu muss der hybride Rechtsraum auf koordinierende Impulse und Mechanismen hin untersucht werden, die, wie Günther schreibt,¹⁸⁰² robust genug sind, um eine Refeudalisierung zu verhindern. Es gehe um Vernetzung und Koordination um die Gefahren eines unkoordinierten Wettbewerbs zwischen den Teilsystemen zulasten der Schwächeren zu vermeiden. Jedes einzelne gesellschaftliche Teilsystem müsse einen eigenen *ordre public* transnational aus seiner eigenen Binnenperspektive heraus erarbeiten, indem es einen generalisierenden Standpunkt einnimmt bzw. die jeweilige Eigenrationalität transzendiert.¹⁸⁰³ Teubner bezeichnet 46

1794 Fischer-Lescano/Teubner, Regime-Kollisionen, S. 170.

1795 Fischer-Lescano/Teubner, Regime-Kollisionen, S. 170; vgl. dazu auch Teubner, Verfassungsfragmente, S. 12 f.

1796 Jedes gesellschaftliche Teilsystem entwickle, so Fischer-Lescano und Teubner, dezentrale eigene Mechanismen, mit denen es intern Kollisionen mit fremden Rationalitäten auflöse, vgl. Fischer-Lescano/Teubner, Regime-Kollisionen, S. 127.

1797 So löse etwa das Wirtschaftssystem gesellschaftliche Kollisionen nicht mit Normen, sondern mit „Kosten/Nutzen-Kalkülen“ auf, vgl. Fischer-Lescano/Teubner, Regime-Kollisionen, S. 127.

1798 Möller, in: Neue Theorien des Rechts, S. 47 (58).

1799 Fischer-Lescano/Teubner, Regime-Kollisionen, S. 130.

1800 Fischer-Lescano/Teubner, Regime-Kollisionen, S. 132.

1801 Es wäre, so Fischer-Lescano und Teubner, schon viel, wenn das staatliche Recht dazu in der Lage wäre, die Autonomie der einzelnen Gesellschaftsfragmente im Angesicht totalisierender Tendenzen und einseitiger Überwältigungen zu garantieren, vgl. Fischer-Lescano/Teubner, Regime-Kollisionen, S. 132, 171. Teubner umschreibt die Aufgabe andernorts auch als „Neue Verfassungsfrage“, vgl. Teubner, Verfassungsfragmente, S. 1, 14.

1802 Günther, Normative Orders Working Paper 03/2014, S. 9.

1803 Günther, Normative Orders Working Paper 03/2014, S. 15.

dies als Vorgang der inneren Konstitutionalisierung,¹⁸⁰⁴ *Wielsch* gibt als Ziel eine dialektische Interaktion aus.¹⁸⁰⁵ Die autonomen privaten Ordnungen sollten dem staatlichen Recht nicht untergeordnet werden. Vielmehr solle das staatliche Recht in ihnen nachgebildet werden und sie wiederum im staatlichen Recht. Konkret solle dies durch den Entwurf eines transnationalisierten Kollisionsrechts, welches sich am internationalen Privatrecht orientiert, bewerkstelligt werden.¹⁸⁰⁶ Dieses Kollisionsrecht müsse dabei, der Innenlogik dieser Position folgend, dezentral entworfen werden.

- 47 All dies soll es aber nicht gänzlich ausschließen, allgemeine, für alle privaten Ordnungen geltende Kollisionsprinzipien zu entwerfen.¹⁸⁰⁷ *Teubner* und *Fischer-Lescano* bezeichnen die Kollisionsprinzipien als „Verfassungsvorgaben für gesellschaftliche Teilbereiche“¹⁸⁰⁸ bzw. rechtliche Auflagen.¹⁸⁰⁹ Es gehe um prozedurale Normierungen, die von kognitiven Lösungsverfahren aus zu entwickeln seien und darauf abzielen, bei den einzelnen gesellschaftlichen Kollisionsauflösung eine Anhörung anderer Interessen, Machtneutralisierung, fairen Interessenausgleich und Gemeinwohlorientierung zu gewährleisten.¹⁸¹⁰ Nach *Möller* solle das allgemeine Kollisionsrecht aus verrechtlichen Gegenmacht- und Kontrollmechanismen sowie Berücksichtigungspflichten, die die Responsivität der Regime sicherstellten, bestehen.¹⁸¹¹ *Günther* verlangt ein Minimum von gemeinsam geteilten Prinzipien, ohne die der Antagonismus pluraler normativer Ordnungen nicht kompatibelisiert werden könne.¹⁸¹² *Wielsch* gibt als Ziel aus, im Wege ihrer Konstitutionalisierung eine erweiterte Kontrolle privater Regelsetzung bzw. eine Beeinflussung der Entwicklung privater Regelregimes zu gewährleisten.¹⁸¹³

III. Wert der beiden normativen Positionen für die hiesige Untersuchung

- 48 Die beiden dargestellten normativen Positionen basieren auf zwei unterschiedlichen Weltansichten, einer „ökonomischen“ und einer „soziologischen“. So wie die zugrundeliegenden Weltansichten sind auch die referierten Positionen miteinander unvereinbar. Sie haben aber eine gemeinsame Wurzel in der Beobachtung und deskriptiven

1804 *Teubner*, Verfassungsfragmente, S. 1, 14.

1805 *Wielsch*, in: Eidenmüller, Regulatory Competition, S. 71 (98).

1806 *Wielsch*, in: Eidenmüller, Regulatory Competition, S. 71 (98); vgl. auch *Möller*, in: Neue Theorien des Rechts, S. 47 (60).

1807 *Wielsch*, in: Eidenmüller, Regulatory Competition, S. 71 (76) schreibt: „Ultimately, a comparative law of the public rules of recognition for private regimes should be envisioned that is specifically interested in the linking performance of different jurisdictions.“

1808 *Teubner*, Verfassungsfragmente, S. 1, 14.

1809 *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen, S. 132.

1810 *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen, S. 132.

1811 *Möller*, in: Neue Theorien des Rechts, S. 47 (60).

1812 Vgl. *Günther*, Normative Orders Working Paper 03/2014, S. 11.

1813 *Wielsch*, in: Eidenmüller, Regulatory Competition, S. 71 (98).

Beschreibung unterschiedlicher (staatlicher und privater) Normensysteme. Für die Arbeit haben sie darüber hinaus einen gemeinsamen Wert. Dieser besteht und erschöpft sich darin, dass sie es vermögen, eine funktionell orientierte Gesetzgebung nahezulegen und anzuleiten. Die Untersuchung leitet aus den beiden normativen Positionen (nur) die Erkenntnis ab, dass die zentrale Frage bei der Auseinandersetzung mit privater Gesetzgebung sein muss, ob bei einer funktionellen Betrachtung entweder mehr staatliches Recht oder aber mehr Freiraum für die private Ordnung vorzugswürdig erscheint. Die beiden Positionen eignen sich insofern zunächst als rechtspolitische Leitsterne (1.). In einem zweiten Schritt erscheint es aber auch möglich, auf Basis der Positionen ein Konzept zum Umgang mit privaten Bilanzierungsregeln im Rahmen der Auslegung des staatlichen Rechts zu entwickeln. Es lässt sich, mit anderen Worten, ein Öffnungsprozess der Auslegung für private Regelungen definieren (2.).

1. Ausgangspunkt: Rechtspolitische Leitsternfunktion

Als rechtspolitischer Leitstern dienen die beiden dargestellten Positionen insofern, 49 als danach außer-staatliche Alternativregelschreiber nicht einfach ignoriert werden dürfen, wenn es darum geht, eine Regelsetzungskompetenz zu vergeben. Vielmehr sollte die Regelsetzung generell derjenigen (staatlichen oder nicht-staatlichen) Entität überlassen werden, die hierzu funktionell „am besten“ in der Lage ist. Hierdurch erhält die Legitimation einer Regelordnung einen kompetitiven Gehalt.¹⁸¹⁴ Eine Regelordnung ist danach legitim, sofern sie sich gegenüber alternativen Ordnungsvorschlägen durchzusetzen vermag, wohingegen es nur noch eine untergeordnete Rolle spielt, ob sie als staatlich oder privat einzuordnen ist.¹⁸¹⁵ Die Nationalstaaten verlieren dadurch nicht zwangsläufig ihre angestammte Position als Regelschreiber, müssen diese aber gegenüber den Regelungsansprüchen privater Dritter unter Berufung auf funktionelle Gründe behaupten.¹⁸¹⁶ Zugleich leiten die skizzierten Posi-

1814 Die systemtheoretische Literatur stellt teilweise explizit darauf ab, dass Regelungsregimes in der transnationalen Sphäre konkurrierten, vgl. *Wielsch*, in: Eidenmüller, *Regulatory Competition*, S. 71 (72); *Günther*, *Normative Orders Working Paper 03/2014*, S. 7.

1815 Vgl. explizit *Michaels*, *Utah Law Review*, 1/2010, 31 (42). Er schreibt weiter: „[...] [the] legal standards of legitimacy are extremely contingent. They were created at a particular point in time for a particular constellation of state and society, and as this constellation changes, such legitimacy standards may change as well. [...] The less able the state becomes to provide proper frameworks for corporate governance, the more legitimate private concepts become.“

1816 Vgl. insofern *Michaels*, *Utah Law Review*, 1/2010, 31 (44); *Wielsch*, in: Eidenmüller, *Regulatory Competition*, S. 71 (72, 75). *Günther*, *Normative Orders Working Paper 03/2014*, S. 7 schreibt: Normative Ordnungen könnten kritisiert und ihre nicht oder nur schlecht einlösbaren Legitimationsansprüche mit Verweis auf bessere Alternativen bestritten werden. Dadurch würden normative Lernprozesse ebenso wie Innovationen in Gang gesetzt. Pluralismus sei insofern „jurisgenerativ“. Er erhöhe die Chancen für kreative Suchprozesse, fruchtbare Konflikte und Dispute. Schließlich solle ein Pluralismus auch Machtasymmetrien zwischen den Akteuren begrenzen oder gar neutralisieren, sowie für wechselseitige Kontrolle sorgen. Vergleichbar dazu heißt es bei *Möslein*, in: Eidenmüller, *Regulatory Competition*,

tionen dazu an, einen einmal historisch etablierten Vorrang einer staatlichen vor einer nicht-staatlichen Ordnung aufzulösen, wenn er sich als dysfunktional erweist. Als Beurteilungsmaßstab werden insofern jeweils einerseits der Effizienzmaßstab, demzufolge der Staat vor allem dann eingreifen muss, wenn andernfalls ein Marktversagen droht, und andererseits ein reflexiver Maßstab, demzufolge die Aufgabe von staatlichem Recht primär darin besteht, Kollisionen zwischen transnationalen Regelungsregimes zu moderieren, zur Verfügung gestellt.

2. Ingebrauchnahme der Positionen

- 50 Die Arbeit geht davon aus, dass sich die dargestellten normativen Positionen über ihren rechtspolitischen Gehalt hinaus auch als Basis für ein Konzept zum Umgang mit privaten Bilanzierungsregeln im Rahmen der Auslegung des staatlichen Rechts eignen. Insofern geht es darum, im Lichte der beiden Positionen einen Öffnungsprozess der Auslegung für private Regelungen zu definieren. Hierfür ist es unerheblich, inwiefern private Standardsetzer wie die IFRS Foundation tatsächlich den Anspruch stellen, dass die von ihnen geschaffene Ordnung als Recht anerkannt wird. Denn ohnehin ließen sich aus einer solchen Selbstdefinition keine Forderungen an den Staat ableiten, da das staatliche Recht frei darin bleibt, zu bestimmen, inwiefern es private Regelungen anerkennt. Die Untersuchung leitet aus den beiden Fremdpositionen vielmehr nur eine einzige eigene normative Position ab:¹⁸¹⁷ Es wird vorgebracht, dass der staatliche Bilanzrechtsgesetzgeber einem impliziten Zwang unterliegt, zu bestimmen, wo die Grenzen der staatlichen Normsetzung liegen sollen und in welchem Umfang das staatliche Recht die private Ordnung anerkennt. Insofern im Folgenden herausarbeitet wird, dass eine Mehrkomponentenbilanzierung entsprechend des (privaten) IFRS 15 anzuerkennen ist, geschieht dies im Lichte dieser Voreinstellung zu den Grenzen staatlichen Bilanzrechts, wobei die Arbeit weder in Anspruch nehmen kann noch will, dass sie universell geteilt wird.

E. Modell für einen Statuswechsel privater Regeln

- 51 Die vorstehend vertretene These lautet mithin, dass der Staat eine klare Position zur privaten Bilanzordnung einnehmen muss. Da es bei Rechtsdogmatik um die Beschäftigung mit dem geltenden (staatlichen) Recht geht, hat diese These auch Implikationen auf rechtsdogmatischer Ebene. Nunmehr wird ein Modell erarbeitet,

S. 147 f. heißt es vergleichbar: „[C]ompetition (but also cooperation) between public and private rule-makers serves an important end: It allows for a discovery procedure [...] and it thereby helps to remedy important shortcomings of public and private rule-making alike“.

1817 Dieses Argument lehnt sich lose an ein Element des vom internationalen Privatrecht inspirierten Rechtsbegriffs *Michaels* (vgl. dazu *ders.*, in: Helfand, *Negotiating State and Non-State Law*, S. 41 (57) an.

um diesen Implikationen Rechnung zu tragen. Das nachfolgende Modell dient also dazu, bestimmen zu können, welcher Status privaten Regelungen im Rahmen der Auslegung der §§ 238 ff. HGB zukommen sollte. Konkret soll anhand des Modells entscheidbar sein, ob einer privaten Rechnungslegungsregel ein höherer dogmatischer Stellenwert zukommt als der einer bloßen Rechtserkenntnisquelle (dazu A. IV. 2.). Dieser erhöhte Stellenwert drückt sich sodann in einer Vermutungswirkung, welche an die Befolgung der privaten Regelung anknüpft, aus: Sofern die beiden Voraussetzungen des Modells erfüllt sind, darf vermutet werden, dass bei Befolgung eines privaten Lösungsvorschlags für einen bilanziellen „Hard Case“ die Bilanzierung rechtmäßig ist. Im Gegenzug bedeutet dies, dass der Staat im Hinblick auf die spezifische, die Modellvoraussetzungen erfüllende private Regelung in der Position des „Regelnehmers“ verbleiben kann. Der Staat muss dann also im Hinblick auf das neuartige Bilanzierungsproblem, welches privat adressiert wird, keine eigenen Detailregelungen mehr entwerfen.

Übergreifendes Ziel ist es, so die Rechtssicherheit für Personen, welche HGB-Einzeljahresabschlüsse erstellen, zu verbessern. Weiterhin soll das vorgeschlagene Modell gewährleisten, dass die Bilanzrechtsdogmatik auch im Angesicht zweier, die moderne Bilanzordnung prägender Beobachtungen sprachfähig bleibt, die in der Arbeit bereits referiert wurden: der weiter wachsende Bedeutung der privaten Rechnungslegungsordnung und dem offenkundigen Unwillen bzw. sogar der Unfähigkeit des europäischen und nationalen Gesetzgebers, das staatliche Bilanzrecht so auszudifferenzieren, dass es dazu geeignet ist, eine Antwort auf komplexe Bilanzierungsfragen (Hard Cases) in der aus Sicht der Rechtsanwendersicht notwendigen Geschwindigkeit zu formulieren. Denn sofern eine auf der Grundlage des vorgeschlagenen Modells anzustellende Analyse zugunsten einer Forderung nach mehr staatlicher Bilanzregelungen ausfällt, muss der Status quo erhalten bleiben und der Anwendungsbereich der IAS/IFRS auf die Konzernrechnungslegung beschränkt werden. Zugleich ist eine noch striktere Grenzziehung auf der Ebene des dogmatischen Rechtsdiskurses erforderlich. Die Rolle der IAS/IFRS muss dann im dogmatischen Diskurs klarer auf diejenige einer bloßen Rechtserkenntnisquelle für den Einzelabschluss reduziert werden. Der Tendenz, dass IFRS-Lösungen in die auf das staatliche Recht bezogene Bilanzrechtsdogmatik einsickern (vgl. A. IV. 1.), muss entgegengetreten werden. Beim gegenteiligen Analyseergebnis sollte die dogmatische Auseinandersetzung hingegen neue Wege beschreiten.

Das Abwägungsmodell, welches die Arbeit vorschlägt, hat zwei Elemente. Das erste Element besteht in vier institutionellen Voraussetzungen, die eine private Ordnung erfüllen muss. Damit reagiert das Modell unmittelbar auf die unter D. dargestellten Forderungen nach einer funktionellen Sicht auf private Regelungen. Zugleich wird berücksichtigt, dass private Regelungen nur unter gewissen Umständen gegenüber einer staatlichen Regelung vorzugswürdig sind. Das zweite Modellelement besteht in

einer qualitativen Cost-Benefit-Analyse. Auf dieser zweiten Stufe muss ein hypothetischer Vergleich zwischen einer Welt, in der sich der Staat darauf beschränkt, die institutionellen Voraussetzungen einer privaten Ordnung zu überprüfen und zu stützen, und einer Welt, in der stattdessen neue gesetzliche Detailregelungen geschaffen werden, erfolgen. Es geht auf der zweiten Stufe mit anderen Worten um einen Perspektivwechsel, bei dem die Sichtweise des Staates eingenommen wird. Dem liegt die Überlegung zugrunde, dass es Fälle gibt, in denen eine private Ordnung zwar aus Sicht des Rechnungslegungssystems vorteilhaft erscheint, aber nicht aus der Sicht des Staates. Denn hier wird angenommen, dass der Staat, wenn er sich im Angesicht einer privaten Ordnung auf die Position des Regelnehmers zurückziehen will, es im Gegenzug übernehmen muss, die institutionellen Voraussetzungen dieses Rückzugs zu gewährleisten und abzusichern. Im Rahmen der Anwendung lassen sich die beiden Modellelemente dabei nicht klar voneinander trennen. Denn wenn eine private Ordnung nicht die auf der ersten Modellstufe geforderten institutionellen Voraussetzungen erfüllt, muss auch auf der zweiten Ebene der Cost-Benefit-Analyse für einen Ausbau des staatlichen Rechts plädiert werden.

I. Vier institutionelle Voraussetzungen privater Ordnung

1. Innere Politisierung einer privaten Ordnung

- 54 Im Ausgangspunkt steht die Erkenntnis, dass ein Prozess der privaten Regelsetzung aus sich heraus nicht zwangsläufig darauf angelegt ist, eine ausgewogene Berücksichtigung aller von ihr möglicherweise betroffenen Interessen zu gewährleisten.¹⁸¹⁸ In der Literatur ist daher weithin anerkannt, dass eine private Ordnung nur dann legitim ist, sofern sie diese Interessenberücksichtigung gewährleistet. *Teubner* drückt dies so aus, dass die „privaten“ Präferenzen Einzelner in Funktionssystemen nicht einfach als gegeben unterstellt werden dürfen. Ein Funktionssystem werde vielmehr innerlich erst dadurch konstitutionalisiert, dass diese Präferenzen politisiert werden.¹⁸¹⁹ Für die danach erforderlich innere Politisierung eines gesellschaftlichen Teilsystems müssten feste Orte politischer Reflexion etabliert werden.¹⁸²⁰ Vorauszusetzen ist insofern anerkanntermaßen jedenfalls, dass die Regelfindung und -fortbildung der privaten Ordnung nicht durch Partikularinteressen dominiert wird.

1818 *Schuppert/Bumke*, in: Kleindiek/Oehler, Die Zukunft des deutschen Bilanzrechts, S. 71 (94).

1819 *Teubner*, Verfassungsfragmente, S. 143; s. dazu auch *Wielsch*, in: Eidenmüller, Regulatory Competition, S. 71 (99): Die Anerkennung einer privaten Regelordnung setze voraus, dass die Interessen der Angehörigen des von der Ordnung in den Blick genommenen gesellschaftlichen Teilsystems in irgendeiner Form repräsentiert werden. Soweit eine private Regelung in anerkannte Rechte eingreife, erscheine die Vertretung der Rechteinhaber unverzichtbar. Vgl. auch *König* AcP 206 (2006), 477 (523); vgl. näher zu (politikwissenschaftlicher) Partizipation und Teilhabe im rechtswissenschaftlichen Kontext: *Bachmann*, Private Ordnung, S. 192 f.

1820 *Teubner*, Verfassungsfragmente, S. 182 f.

Private Rechnungslegungsstandardsetter müssen dafür so ausgestaltet sein, dass sie möglichst wenig durch idiosynkratische Ideologien und Lobbyismus für Spezialinteressen beeinflusst werden.¹⁸²¹

55
Sofern man diese Voraussetzung stattdessen in rechtsökonomische Begriffe kleidet, geht es darum, die Gefahr von „Regulatory Capture“ zurückzudrängen. Die ökonomische Literatur beschäftigt sich mit dem Phänomen, dass „Insider“ einen Regelbildungsprozess an sich reißen, zwar vorwiegend im Kontext staatlicher Regelsetzungsprozesse (vgl. D. I. 2.), Regulatory Capture ist aber selbstverständlich auch im Rahmen einer privaten Normbildung möglich.¹⁸²² Auf den Ebenen unterhalb einer (gesamt-)staatlichen Gesetzgebung ist das insofern bestehende Potenzial sogar noch weitaus größer. Denn es liegt nahe, dass sich Partikularinteressen umso leichter durchsetzen können, je weitgehender ein Regelsetzungsprozess einer anderen (nicht-staatlichen) Entität unterhalb des Nationalstaats übertragen wird.¹⁸²³ Sofern der Blick dem Rechnungslegungsstandardsetzungsprozess zugewendet wird, tritt als weiteres, die Gefahr einer Beeinflussung durch Partikularinteressen erhöhendes Element der Umstand hinzu, dass Rechnungslegungsvorgaben im allgemeinen politischen Prozess kaum einmal in den Blick genommen werden, da die Wähler ihnen eine geringe Relevanz zusprechen (§ 5 B. II. 2. a.).¹⁸²⁴ Denn, indem man die Standardsetzung der öffentlichen Beratung in Parlamenten entzieht, und sie in die Hände transnationaler privater „Experten“-Gremien legt, entfernt sich der Diskurs über Rechnungslegungsregeln zwangsläufig noch weiter vom tagespolitischen Geschehen.¹⁸²⁵

2. Externalitätenkontrolle

56
Zu fordern ist als Nächstes eine Kontrolle der von der privaten Ordnung ausgehenden Externalitäten. Diese zweite Voraussetzung folgt unmittelbar aus 1. Denn wenn Partizipation ein notwendiges Strukturelement legitimer privater Ordnung ist, bedeutet dies zugleich, dass nicht einbezogene und damit außenstehende Dritte

1821 Vgl. *Bushman/Landsman*, ABR 40 (2010), 259 (263).

1822 Vgl. allgemein *Bushman/Landsman*, ABR 40 (2010), 259 (263).

1823 Diese Vermutung wird gestützt, sofern man den im US-amerikanischen Recht zu beobachtenden Prozess der Überformung einzelstaatlicher Unternehmensrechte mit bundesstaatlichem Einheitsrecht in den Blick nimmt. Die neu erlassenen bundeseinheitlichen Regeln zielten insofern regelmäßig darauf ab, den vorher geltenden (durch das einzelstaatliche Recht geprägten) Rechtszustand zu verschärfen. Sie waren also interventionistisch angelegt. Dies kann als ein Indiz dafür gewertet werden, dass das (höherrangige) Bundesrecht hier dazu eingesetzt werden musste, um Blockadepositionen politisch einflussreicher „Insider“ auf Ebene der Einzelstaaten zu durchbrechen. Vgl. zum Ganzen *Bebchuk/Hamdani*, Colum. L. Rev. 106 (2006), 1793 (1797).

1824 Es sprechen somit gute Gründe dafür, anzunehmen, dass eine private Rechnungslegungsstandardsetzung besonders anfällig dafür ist, durch Partikularinteressen dominiert zu werden, so *Bushman/Landsman*, ABR 40 (2010), 259 (263).

1825 *Perry/Nölke*, Rev. Int. Pol. Econ. 13 (2006), 559 (580).

vor etwaigen negativen Auswirkungen dieser Ordnung geschützt werden müssen. Im Hinblick auf eine private Rechnungslegungsstandardsetzung ist hier problematisch, dass sie notwendigerweise Externalitäten entfaltet. Denn es ist gerade das Ziel eines Rechnungslegungsstandards, (auch) für und gegen Akteure Wirkung zu entfalten, die nicht unmittelbar an seiner Erarbeitung beteiligt waren und sich auch ansonsten nicht explizit mit seinem Inhalt einverstanden erklärt haben. Selbst wenn sich der Adressatenkreis eines Standards zunächst weitgehend auf den Kreis der daran Partizipierenden beschränkt haben sollte, wohnt ihm anlagegemäß ein Standardisierungseffekt inne, der bewirkt (und bewirken soll), dass er zumindest mittelfristig eine signifikante Außenwirkung entfaltet.¹⁸²⁶ Gerade auf dem Gebiet privater Rechnungslegungsstandardsetzung wird es also in vielen oder sogar allen Fällen bereits aus rein tatsächlichen Gründen nicht möglich sein, alle ex post (potenziell) davon erfassten Akteure in den Normbildungsprozess einzubeziehen. Die sich daran anschließende Gefahr, dass zumindest einige Akteure im Regelbildungsprozess übervorteilt werden, lässt sich also nicht immer vollends bannen.¹⁸²⁷ Auf den ersten Blick erscheint die zweite institutionelle Grundvoraussetzung einer legitimen privaten Ordnung hier also nicht umsetzbar. Damit würde dann automatisch auch die erstgenannte Voraussetzung verletzt. Hierauf wird im Anwendungsteil des Modells (F.) zurückzukommen sein.

3. Fortlaufende Überprüfungsvorbehalte

- 57 Die dritte Säule einer legitimen privaten Ordnung erkennt die einschlägige Literatur darin, dass eine ständige Überprüfung der Einhaltung der beiden erstgenannten Voraussetzungen gewährleistet werden kann. Denn nur so soll das staatliche „Regelanerkennungsmonopol“ bewahrt werden.¹⁸²⁸ In der dritten Säule spiegelt sich mithin der bereits angerissene verfassungsrechtliche Vorbehalt des Demokratieprinzips wider. Ein besonderer Fokus muss dabei auf den Einwirkungsmöglichkeiten liegen, welche die staatlichen Gerichte auf eine private Ordnung haben, da der Staat sein Regelanerkennungsmonopol regelmäßig vermittelt durch sie ausübt.¹⁸²⁹ Das Verhältnis von staatlicher Überprüfung und privater Ordnung ist bei alledem umgekehrt reziprok ausgestaltet:¹⁸³⁰ Der Staat kann seine Kontrolle (durch die Gerichte) umso sparsamer ausüben, je solider die (übrige) Legitimationsbasis der privaten Ordnung

1826 *Bushman und Landsman* fassen diese Eigenschaften von Rechnungslegungsstandards dahingehend zusammen, dass sie „non-excludable“ seien, vgl. *Bushman/Landsman*, ABR 40 (2010), 259 (263).

1827 Vgl. hierzu allgemein *Becht/Bolton/Röell*, in: *Handbook of the Economics of Finance*, S. 1 (16).

1828 Vgl. *Buck-Heeb/Dieckmann*, *Selbstregulierung im Privatrecht*, S. 214.

1829 *Buck-Heeb/Dieckmann*, *Selbstregulierung im Privatrecht*, S. 214.

1830 *Köndgen AcP* 206 (2006), 477 (523); ähnlich *Buck-Heeb/Dieckmann*, *Selbstregulierung im Privatrecht*, S. 114 sowie S. 275: Solange sich die Adressaten oder außenstehende Dritte durch eine private Regelordnung nicht beeinträchtigt sähen und keinen Rechtsschutz vor staatlichen Gerichten suchten, habe der Staat im Allgemeinen kein berechtigtes Interesse daran, in eine Selbstregulierung einzugreifen. Das „Regelanerkennungsmonopol“ des Staates finde seine Grenze dort, wo der grundrechtlich geschützte

ist. So wie die staatlichen Gerichte im Angesicht des Grundsatzes der Privatautonomie den „Vertragskompromiss“ grundsätzlich „als sachgerechten Interessenausgleich zwischen den Parteien“ anerkennen müssen, weshalb in der Regel Verträge vor Gericht nicht inhaltlich kontrolliert werden, sollte der Staat so lange nicht in eine private Ordnung eingreifen, wie sichergestellt ist, dass die Belange der beteiligten Regeldressaten dabei hinreichend Berücksichtigung gefunden haben.

4. Gewährleistung des shadow of the law

Als vierte Säule einer legitimen privaten Ordnung lässt sich das Gebot identifizieren, 58 dass privaten Regelsetzern stets die Möglichkeit einer staatlichen Regulierung gegenwärtig sein muss. Über einer privaten Ordnung soll mit anderen Worten beständig ein „shadow of the law“ schweben. Abgezielt wird dabei auf eine disziplinierende Wirkung:¹⁸³¹ Der privaten Regelsetzung soll aufgrund der im Raum stehenden Möglichkeit staatlichen Handelns ein antizipatives Moment innewohnen. Denn es soll davon auszugehen sein, dass die privaten Regelsetzer, sofern ihnen die dem Staat verbleibenden Handlungsoptionen gegenwärtig sind, Vorkehrungen dagegen treffen werden, dass der Staat tatsächlich selbst regulierend tätig wird, da sie annehmen müssen, dass dies negative Konsequenzen für sie hätte.¹⁸³²

Im Idealfall soll diese Schattenwirkung im Ergebnis dazu führen, dass bei einer 59 privaten Regelsetzung darauf geachtet wird, die grundlegenden inländischen Wertvorstellungen, sprich: den *Ordre Public*,¹⁸³³ zu wahren. Jedenfalls soll sie zur Folge haben, dass sich ein privater Regelsetzer daran ausrichtet, was er als gegenwärtige politische Zielvorstellung ausmacht. Zu einem gewissen Grad werden beide Zielsetzungen bereits durch die unter 3. angesprochenen Überprüfungsvorbehalte gewährleistet. Ob dem shadow of the law tatsächlich ein noch darüber hinausgehender Effekt zukommt, erscheint zweifelhaft. Dagegen spricht bereits, dass einem privaten Regelsetzer zahlreiche Verschleierungstaktiken verbleiben, um zu verhindern, dass der eingriffsbereite Staat dies auch tatsächlich tut. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf Regelungsmaterien die, wie die Bilanzierung, für Außenstehende kaum durchschaubar sind und bezüglich derer der Staat erfahrungsgemäß besonders

Kompetenzbereich der Privaten, als Einzelne oder als Gemeinschaften ihre eigenen Angelegenheiten selbstbestimmt unabhängig vom Staat zu regeln, verletzt werde.

1831 Köndgen AcP 206 (2006), 477 (523).

1832 So würden private Regelsetzer etwa, wie *Buck-Heeb/Dieckmann* schreiben, die hypothetischen Vorgaben staatlicher Gerichte schon auf der Stufe der Regelsetzung zu berücksichtigen versuchen, wenn sie befürchten müssten, dass Angehörige ihrer Regelgemeinschaft oder außenstehende Dritte im Fall der Regelanwendung diese Gerichte anrufen werden, vgl. *Buck-Heeb/Dieckmann*, Selbstregulierung im Privatrecht, S. 214.

1833 *Wielsch*, in: Eidenmüller, *Regulatory Competition*, S. 71 (102).

schwerfällig reagiert.¹⁸³⁴ Stattdessen muss der Staat wohl aktiv signalisieren, dass er eine seinen Vorstellungen gegenläufige private Regelbildung nicht akzeptieren wird, um wirklich ein antizipatives Moment im Sinne eines shadow of the law zu gewährleisten.

II. Entwicklung eines Anwendungsmaßstabs

- 60 Auf der zweiten Modellebene des Modells ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass der hier anvisierte Rollenwechsel immer nur eine von mehreren Handlungsperspektiven des Staates auf dem Gebiet der Rechnungslegung ist. Ansonsten droht die Gefahr, dass allein eine quasi-intuitiv ausbalancierte Melange von Aspekten den Ausschlag dafür gibt, ob der Rollenwechsel vollzogen wird, oder nicht.¹⁸³⁵ Insbesondere muss verhindert werden, dass ein rein ideologischer Standpunkt zu der Frage, ob der Rechnungslegungsprozess dereguliert werden sollte, entscheidungsleitend wird. Zwar weist das hier propagierte Modell dem Staat bei näherer Betrachtung eine deutlich anspruchsvollere Stellung im Hinblick auf das Rechnungslegungssystem zu, als er sie bislang einnimmt, bei oberflächlicher Betrachtung könnte das Modell aber fälschlich als ein Weg verstanden werden, um den Rechnungslegungsprozess verdeckt zu deregulieren. Deshalb müssen Kriterien aufgezeigt werden, anhand derer sich auf der zweiten Modellebene beurteilen lässt, ob nicht anstatt eines Rollenwechsels sogar eine weitergehend unmittelbar gesetzliche Rechnungslegungsregelsetzung vorzugswürdig ist. Die Herausforderung besteht im Hinblick auf die zweite Stufe mithin darin, wie ermittelt werden kann, ob nicht doch der Gesetzgeber das Bilanzrecht unmittelbar fortentwickeln sollte.
- 61 Es liegt nahe, zur Beantwortung dieser Frage auf hypothetische Effizienzsteigerungen zu verweisen. Demnach sollte es zu einem Rollenwechsel kommen, sofern im Ergebnis ein aus Anwendersicht besseres Rechnungslegungssystem steht und die mit dem Wechsel verbundenen Kosten für den Staat nicht proportional höher sind

1834 Auch die Erfahrungen, welche im US-Unternehmensrecht gemacht wurden, legen nahe, dass die bloße Drohung mit einem Eingriff (des nationalen Gesetzgebers) noch nicht ausreicht, um eine unter-staatliche (bzw. private) Regelsetzung in eine gewünschte Richtung zu lenken. So war im US-Recht gewährleistet, dass die einzelnen Bundesstaaten immer damit rechnen mussten, dass der nationale Gesetzgeber das Unternehmensrecht (weiter) vereinheitlicht, sofern die Rechtsentwicklung auf den unteren Ebenen mangelhaft blieb. *Bebchuk/Hamdani*, Colum. L. Rev. 106 (2006), 1793 (1798, 1838) kommen aber zu dem Schluss, dass diese Möglichkeit die Gesetzgebung in den Einzelstaaten kaum beeinflusst habe. Insbesondere hätten die Einzelstaaten nicht den Versuch unternommen, den hypothetischen Willen des nationalen Gesetzgebers zu imitieren oder zu antizipieren. Der nationale Gesetzgeber sei vielmehr gezwungen gewesen, das Unternehmensrecht in einem vielschrittigen Prozess zu föderalisieren, um die erwünschte Rechtsentwicklung herbeizuführen. Die bloße Drohung mit einem staatlichen Eingreifen reiche also jedenfalls nicht aus, um unterstaatliche Regelsetzer zur Gewährleistung eines adäquaten Anlegerschutzes zu bewegen.

1835 Dies wurde als Beschreibung zum (abgelehnten) standardmäßigen Vorgehen bei entsprechenden Fragestellungen übernommen von *Posner/Weyl*, Regulation 2013, 30 (34).

als bei einer eigenen Regelsetzung. Ersteres ist der Fall, sofern eine privat erdachte Regelung dazu beiträgt, dass sich ein wirtschaftlicher Sachverhalt unter Berücksichtigung der Bilanzierungsprinzipien und der zugrundeliegenden Privatrechtslage zu treffender bilanziell abbilden lässt. Demgegenüber ist für den Rollenwechsel von vornherein kein Raum, wenn sich bereits keine Indizien dafür anführen lassen, dass private Regeln ein bilanzrechtsdogmatisch nicht zufriedenstellend zu bewältigendes Problem adressieren. Das Gleiche gilt, wenn es sicher vorzugswürdig wäre, das staatliche Recht unmittelbar fortzubilden.

1. Grenzen einer Cost-Benefit-Analysis

Der auf der zweiten Modellstufe erforderliche Evaluationsprozess könnte rational und transparent ausgestaltet werden, sofern sich eine Kosten-Nutzen-Analyse (cost-benefit-analysis bzw. CBA) darüber anstellen ließe, ob der Nutzen eines Rückgriffs auf private Regelungen über die damit verbundenen Kosten hinausgeht. Eine CBA würde es der Theorie nach ermöglichen, die Kosten einer bilanzrechtlichen Prinzipienregelung samt privater Präzisierung mit den Kosten einer staatlichen Detailregelung zu vergleichen. Gerade im Hinblick auf die Rechnungslegung erscheine dieses Vorgehen besonders sinnvoll, weil es hier oftmals vor allem um Geld (und Kostenersparungen) geht, also keine komplexen Güterabwägungen in Rede stehen.¹⁸³⁶ Die Cost-Benefit-Analysis ist als Instrument, um zu bestimmen, ob ein Lebenssachverhalt stärker staatlich reguliert werden sollte,¹⁸³⁷ auch allgemein mittlerweile weithin anerkannt¹⁸³⁸. Am verbreitetsten ist die Nutzung der CBA wohl weiterhin in den USA.¹⁸³⁹ In Großbritannien ist die CBA insbesondere im Rahmen der Finanzmarktregulierung durch die Financial Conduct Authority (FCA) vorgeschrieben.¹⁸⁴⁰ In Deutschland gilt sie jedenfalls als zulässige Form der von öffentlichen Körperschaften vor einer Ausgabe gemäß § 7 Abs. 2 der Bundeshaushaltsordnung (BHO) durchzuführenden Wirtschaftlichkeitsuntersuchung.¹⁸⁴¹

Gegen die Nutzung einer CBA im vorliegenden Zusammenhang spricht allerdings schon, dass sich bislang nicht sicher feststellen ließ, ob staatliche Eingriffe tatsäch-

1836 Posner/Weyl, Regulation 2013, 30 (32).

1837 Ob CBA eine Analysemethode bezeichnet oder eine Reihe von Regelungen, welche im Rahmen von Regulierung zu beachten sind, ist umstritten, vgl. näher Coates, Law and Contemporary Problems 78 (2015), 1 (2).

1838 Vgl. zu einem frühen Befund Fleischer, in: FS v. Rosen, 2008, S. 595 (596 ff.).

1839 Ronald Reagan hat bereits 1981 als US-Präsident kraft Executive Order eine CBA für „wichtige“ Verordnungen mit großer wirtschaftlicher Tragweite angeordnet. Seither dient die CBA in den USA vor allem dazu, um die Regelgebung staatlicher Umweltschutzbehörden zu evaluieren. Vgl. zum Ganzen etwa Posner/Weyl, Regulation 2013, 30 (31).

1840 Vgl. Sec. 138I (2) (a) Financial Services and Markets Act 2000.

1841 Vgl. die Allgemeinen Verwaltungsvorschriften zur Bundeshaushaltsordnung (VV-BHO).

lich anhand einer Kosten-Nutzen-Analyse bewertbar sind.¹⁸⁴² Unklarheiten bestehen insbesondere im Hinblick auf den anzulegenden Vergleichsmaßstab: Ist im Rahmen der Analyse etwa davon auszugehen, dass die staatliche Regelsetzung „perfekt“ ist oder kann auch der – staatlichen Eingriffen regelmäßig anhaftende – Kompromisscharakter berücksichtigt werden? Unklar ist auch, wie mögliche Verzögerungen bei der Gesetzgebung und daraus resultierenden Extrakosten und ähnliche Abweichungen vom Idealbild zu bewerten sind. Bereits die skizzierten Unsicherheiten legen auch nahe, dass es wohl nicht (näherungsweise) möglich wäre, die Kosten des hier vorgeschlagenen Modells im Rahmen einer CBA präzise zu kalkulieren.

2. Qualitative Analyse der Abbildung von Mehrkomponentengeschäften

- 64 Damit verbleibt nur die Durchführung einer qualitativen Analyse, bei welcher der bestehende Status quo mit einer Welt verglichen wird, in welcher es zu einem Rollenwechsel der privaten Regel (und zugleich des Staates) kommt. Auch dabei sind alle Voraussetzungen dafür, dass das aufgezeigte Modell wirkt und die mit ihm angestrebten Ziele erreicht werden, einzubeziehen. Dies gilt insbesondere für die institutionellen Absicherungsmechanismen, mittels derer eine private Ordnung den Status der Legitimation erreichen können soll. Zu berücksichtigen sind weiterhin die mit der Anwendung des Modells verbundenen, vorhersehbaren Konsequenzen und Risiken. Zugleich muss aber beachtet werden, dass auch der Ist-Zustand vielfältige Kompromissbildungen ausdrückt.
- 65 Wie eine solche qualitative Analyse auf dem Gebiet der Rechnungslegung konkret aussehen kann, wird für die hiesige Untersuchung am Beispiel der Frage, welche Rolle IFRS 15 bei der Entwicklung eines Konzepts zur Abbildung von Mehrkomponentengeschäften im HGB-Einzelabschluss spielen muss, aufgezeigt. Denn mit IFRS 15 existiert – wie bereits in § 2 aufgezeigt wurde – ein privates Regelungskonvolut, welches sich im Rahmen der Mehrkomponentendogmatik unmittelbar fruchtbar machen lässt. Der Hard Case „Mehrkomponentengeschäfte“ fungiert hier also als Fallstudie. Dafür, auf das Verhältnis von „staatlichem“ HGB-Bilanzrecht und „privaten“ IFRS-Standards abzustellen, sprechen aber auch allgemein mehrere gute Gründe. Zunächst hat es die IFRS-Foundation über die Jahre vermocht, die Bestrebungen um eine private Regelsetzung und -fortbildung in Bezug auf den hier interessierenden Lebensbereich weitgehend zu monopolisieren. Die IFRS sind heute neben den US-GAAP das Rechnungslegungsbereichsrecht mit dem weitesten Wirkungsbereich. Weiterhin ist die IFRS-Foundation – sofern Literatur und Abschlussprüfer(-organi-

1842 Vgl. zu einer positiven Bewertung *Posner/Weyl*, Regulation 2013, 30 (32 ff.); dagegen etwa: *Coates*, Law and Contemporary Problems 78 (2015), 1 (2 ff.); *Fleischer*, in: FS v. Rosen, 2008, S. 595 (596 ff.); *Calliess*, in: FS Teubner, 2009, S. 465 (474 f.); vgl. zu einer eingehenderen Analyse: *Sen*, Journal of Legal Studies 29 (2000), 931 ff.

sationen) aufgrund der in Bezug auf sie geltenden Besonderheiten einmal außen vor gelassen werden – auch die wohl produktivste private Innovationskraft der Rechnungslegung.

F. Anwendung des entwickelten Modells für Mehrkomponentengeschäfte

Unter Anwendung des unter E. vorgestellten Modells kommt die Untersuchung 66 zu dem Ergebnis, dass IFRS 15, wenn es um die Abbildung von Mehrkomponentengeschäften geht, einen Rollenwechsel durchlaufen muss. Auf der Grundlage des Modells ist insbesondere dafür zu plädieren, obschon IFRS 15 grundsätzlich eine für den Einzeljahresabschluss irrelevante private Mehrkomponentenordnung darstellt, auf den Standard zurückzugreifen, wenn es um eine Wesentlichkeitsbetrachtung bei der Mehrkomponentenertragsrealisation im HGB-Einzelabschluss geht. Konkret ist danach zu vermuten, dass die IFRS 15 zu entnehmenden Wesentlichkeitskriterien (vgl. im Einzelnen § 28) mit dem HGB vereinbar sind. Es ist davon auszugehen, dass der Abbildungsprozess für nach dem Handelsbilanzrecht rechnungslegende Unternehmen hierdurch effizienter gestaltet würde, was zugleich die Wettbewerbsfähigkeit dieser Unternehmen stärken würde.

Tendenziell für einen Rollenwechsel bzw. einen Teilrückzug des Staates auf die 67 Position eines Regelnehmers spricht dabei bereits, dass die Steuerungskraft des Staates angesichts der Komplexitäten des Rechnungslegungssystems teilweise versagt. Dieser Umstand wurde in Teil 2 unter dem Befundbegriff der fehlenden normativen Geschlossenheit der staatlichen Bilanzordnung erläutert. Auf dieser Grundlage wird nachfolgend aufgezeigt, weshalb beide Elemente des unter E. skizzierten Modells im Hinblick auf die privaten Rechnungslegungsstandards IAS/IFRS erfüllt sind. Die IAS/IFRS sollen also die unter E. I. definierten vier Voraussetzungen privater Ordnung sehr weitgehend erfüllen. Es erschiene insofern zirkelschlüssig, den Rückzug auf die Position des Regelnehmers im Angesicht der IAS/IFRS gerade damit begründen zu wollen, dass sich der Staat die Überprüfung jeder privaten Rechnungslegungsstandardsetzung dadurch implizit vorbehält, dass es ihm jederzeit freisteht, den privaten Regelungsbereich (wieder) durch Gesetze zu überformen. Vielmehr muss, wie nachfolgend konkretisiert wird, darauf abgestellt werden, dass mit den Bilanzierungsprinzipien und einer (neu auszurichtenden) Bilanzrechtsdogmatik zwei rechnungslegungsspezifische Mechanismen zur ständigen Überprüfbarkeit der IAS/IFRS als privater Ordnung existieren. Der Schwerpunkt der folgenden Prüfung liegt anschließend auf der Frage, ob die IAS/IFRS-Rechnungslegungsordnung aus der Sicht des hier vorgeschlagenen Modells hinreichend politisiert ist. Insofern gilt, dass die politische Dimension der Rechnungslegung in den Anfangsjahren der transnationalen privaten Rechnungslegungsordnung nur unzureichend berücksich-

tigt wurde, was gerade deshalb problematisch ist, da der Ordnungsprozess hier einen starken Drang zur Monopolisierung aufweist.

- 68 Zu berücksichtigen ist aber, dass der politische Einfluss auf Entwicklung und Fortbildung der IFRS zuletzt deutlich verstärkt wurde. Schließlich ist – unabhängig von den gegen den Gedanken allgemein sprechenden Erwägungen (vgl. E. I. 4.) – auch gewährleistet, dass die IAS/IFRS-Standardsetzung einer Schattenwirkung des staatlichen Rechts ausgesetzt sind. In der Gesamtschau spricht all dies dafür, die Voraussetzungen des hier vorgeschlagenen Modells im Hinblick auf die IAS/IFRS als grundsätzlich erfüllt anzusehen. Dieses Zwischenergebnis ermöglicht es, im Hinblick auf eine HGB-Einzelabschlussbilanzierung, welche auf die in § 28 dargestellten IFRS 15-Kriterien zurückgreift, zu vermuten, dass sie rechtmäßig ist.

I. Bestehende Überprüfungsvorbehalte

1. Rechnungslegungsprinzipien als rückbindende dogmatische Elemente

- 69 In Form der Bilanzierungsprinzipien und der (zu diesem Zweck neu auszurichtenden) Bilanzrechtsdogmatik existieren zwei rechnungslegungsspezifische Bewandnisse, die sich als Mechanismen zur ständigen Überprüfung der IAS/IFRS als privater Ordnung identifizieren lassen. Teilbereichsspezifisch-ordnend wirken können zunächst, sofern man sie als dogmatische Elemente reformuliert, welche darauf angelegt sind, private Rechnungslegungsregeln normativ rückzubinden, die in den §§ 238 ff. HGB kodifizierten Bilanzierungsprinzipien. Bei diesem veränderten Blick auf sie, erfüllen die Bilanzierungsprinzipien im Hinblick auf eine private Detailregelung in IAS/IFRS zwei Hauptfunktionen: Einerseits zeigen sie der privaten Ordnung die ihr zugedachten Entfaltungsräume auf. Andererseits hegen sie die in Teil 2 bereits breit diskutierten¹⁸⁴³ natürlichen Expansionstendenzen der privaten Ordnung ein und leisten so einen Beitrag dazu dass die Autonomie des Bilanzrechts erhalten bleibt. Den Bilanzierungsprinzipien kommt sodann die Rolle zu, die in das staatliche Recht eingeflossenen historisch erarbeiteten Erkenntnisse zum Rechnungslegungsprozess vor einer Überwältigung durch die sich entwickelnde Vielzahl detaillierter und miteinander verknüpfter privater Rechnungslegungsstandards zu bewahren.
- 70 Die letztgenannte Funktion nehmen die Bilanzierungsprinzipien dann wahr, wenn man sie als vorformulierte, durch private Regelung unverrückbare Grundsätze versteht. Bei dieser Betrachtungsweise dienen sie dazu, der privaten Detailordnung Leitplanken, an denen sie sich orientieren muss, aufzuzeigen. Selbstverständlich hat der historische Gesetzgeber den Bilanzierungsprinzipien die ihnen hier zugedachte

1843 Vgl. Teil 2 § 3 B. II. 2. c. aa.

Aufgabe, eine private Rechnungslegungsordnung vorzudefinieren, nicht explizit ausgesprochen.¹⁸⁴⁴ Es ist aber auch nicht ersichtlich, inwiefern der gesetzgeberische Wille dieser Neuinterpretation der Prinzipien entgegenstehen würde. Vielmehr ist der in den §§ 238 ff. HGB gewählte prinzipienbasierte Regulierungsansatz gerade darauf angelegt, dem staatlichen Recht eine Leitplankenfunktion zuzusprechen. Auch bei einer funktionalen Betrachtung sind die Bilanzierungsprinzipien als Leitplanken der privaten Ordnung geeignet. Denn dadurch macht man sich ihre offene Formulierung zunutze und rückt zugleich ihre in der Untersuchung offengelegte Schwäche, wenn es um die Lösung neuer bilanzieller Hard Cases geht, in den Hintergrund. Schwächen zeigen die Bilanzierungsprinzipien, wenn sie herangezogen werden, um konkrete Bilanzierungsfragen zu beantworten. Denn dann verbleiben aufgrund ihrer offenen Formulierung Rechtsunsicherheiten. Wenn die Prinzipien hingegen dazu genutzt werden, um detailliertere privat erdachte Regelungen rückzubinden, verwandelt sich ihre offene Formulierung in eine Stärke. Denn mit der Offenheit geht ein im Rahmen der neuen Funktion zwingend erforderlicher Grad an Flexibilität einher. Schließlich fällt ins Gewicht, dass viele der Bilanzierungsprinzipien – wie aufgezeigt – in der täglichen Anwendung immer wieder neu bestätigte, allgemein geteilte Überzeugungen darüber ausdrücken, wie Bilanzierung nach allgemein geteilter Auffassung der Praxis vonstatten gehen sollte. Damit ist gewährleistet, dass die Prinzipien, obschon sie im nationalen Recht kodifiziert sind, auch im Hinblick auf eine transnationale private Ordnung Wirkung entfalten können. Das trifft nicht auf alle Bilanzierungsprinzipien zu, gewährleistet aber zumindest im Ausgangspunkt eine Auseinandersetzung auf Augenhöhe und auf der Grundlage gemeinsamer Überzeugungen.

2. Neujustierung der Rechnungslegungsdogmatik

Der Bilanzrechtsdogmatik kommt im hiesigen Gedankenmodell die Aufgabe zu, zu gewährleisten, dass die Bilanzierungsprinzipien die ihnen neu zugedachte Funktion auch tatsächlich wahrnehmen können. Vorstehend wurde dargelegt, dass die Bilanzierungsprinzipien die private Ordnung graduell „vordefinieren“. Dafür müssen sie dogmatisch zu expliziten Wegweisern verdichtet sein. Dies ist – wie aufgezeigt – in der Vergangenheit bereits sehr weitgehend geschehen. Überwunden werden muss zukünftig allein noch die beobachtete Praktik des ad hominem und ad personam Verweises auf den „wirtschaftlichen Gehalt“ eines abzubildenden Geschäfts. Weitere Voraussetzung ist, dass die Dogmatik ihre Aufgabe nicht nur darin sieht, zu prüfen, ob einzelne IFRS-Standards mit dem HGB vereinbar sind oder sich im Hinblick auf die IAS/IFRS sogar pauschal auf den Standpunkt zurückzieht, dass sie eine nicht mit

1844 Vgl. zum Bedeutungsgehalt der Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung: Teil 2 § 3 B. II. 1. c.

dem HGB übereinstimmende Grundausrichtung aufweisen. Denn dies beinhaltet allein den Blick aus der eigenen Gemeinschaft auf die fremde, private Ordnung.

- 72 Wie ein veränderter Umgang mit privater Ordnung aussehen könnte, lässt sich bei *Günther* erfassen. Er führt aus, dass „Manager des hybriden Rechtsraumes“¹⁸⁴⁵ in der Lage sein müssten, sich zwischen verschiedenen Regelordnungen zu bewegen und zu vermitteln.¹⁸⁴⁶ Sie müssten deshalb mindestens zwei normativen Ordnungen zugleich angehören. Ihrer jeweiligen Gemeinschaft sowie dem gemeinsamen (symbolischen) Raum der Verständigung zwischen den pluralen normativen Ordnungen.¹⁸⁴⁷ Sofern man versucht, diese Vorgabe auf die Bilanzrechtsdogmatik zu übertragen, muss sie sich zukünftig nicht nur mit dem geltenden (HGB-)Bilanzrecht, sondern zugleich auch mit der Vermittlung zwischen nationalem Recht und transnationaler privater Rechnungslegungsstandardsetzung befassen. Letzteres umfasst eine kritische Auseinandersetzung mit privaten Einzelstandards wie IFRS 15 im Lichte der Bedürfnisse des nationalen Rechnungslegungssystems.¹⁸⁴⁸

II. Innere Politisierung der IAS/IFRS

1. Überblick

- 73 Zentrale institutionelle Voraussetzung für einen Statuswechsel der IAS/IFRS ist sodann die innere Politisierung der privaten Rechnungslegungsstandardsetzung und -interpretation (E. I. 1.). Konkret muss der Blick insofern zunächst auf die interne Struktur der IFRS Foundation gerichtet werden. Daneben muss, da eine private Ordnung auch darauf angelegt zu sein hat, negative Drittwirkungen zu vermeiden (dazu noch näher 3.), die Beziehung der IAS/IFRS zu anderen Normordnungen betrachtet werden. Dabei ist als Prämisse zu berücksichtigen, dass die Rechnungslegungsordnung einen politischen Gehalt hat (2.). Es bleibt aber unklar, inwiefern der internationale Standardsetzungsprozess der IFRS Foundation tatsächlich relevante Mängel aufweist, wenn es um die Berücksichtigung dieser politischen Dimension geht (3.).

1845 *Günther* Normative Orders Working Paper 03/2014, S. 14.

1846 *Günther* Normative Orders Working Paper 03/2014, S. 14.

1847 *Günther* Normative Orders Working Paper 03/2014, S. 14.

1848 Zu berücksichtigen ist insofern, dass die Untersuchung nicht endgültig dazu Stellung nehmen kann, inwiefern die transdisziplinäre Bilanzrechtsdogmatik derzeit schon dazu in der Lage ist, ihre neu justierte Aufgabe auch tatsächlich wahrzunehmen. In die Bewertung ist einzubeziehen, dass jedenfalls einige Literaturstimmen insofern Anlass zu Skepsis geben. So wollen *Wüstemann* und *Wüstemann* beobachten haben, dass die normative Bilanzforschung im Zuge der Privatisierung des Standardsetzungsprozesses eher verdrängt werde. An die Stelle der wissenschaftlichen Auseinandersetzung träten nur noch die „Arbeitspapiere des staff privater Rechnungslegungsgremien“, vgl. *Wüstemann/Kierzek* Zfbf 77 (2007), 882 (883 f.); s. auch *Wüstemann/Wüstemann* Zfbf 79 (2009), 31 (32).

Jedenfalls spricht aber zunächst gegen die Idee einer weitergehenden Anerkennung privater Rechnungslegungsregeln im Rahmen der HGB-Bilanzierung, dass die IAS/IFRS aufgrund eines Standardisierungseffekts einige der zentralen Gesichtspunkte, welche sie zu einer legitimen privaten Ordnung machen, im Zeitverlauf verlieren könnten. Nach der ökonomischen Theorie der Netzeffekte ist davon auszugehen, dass sich, sofern dies nicht ohnehin bereits geschehen ist, jedenfalls in Zukunft der Markt für private Rechnungslegungsstandards schnell auf einen einzigen Standard verengt. Sofern verschiedene Entwürfe für private Rechnungslegungsstandards auf einem Markt der Regelungsideen untereinander konkurrieren müssten (Regulatory Competition), könnte es zwar stattdessen zu einem „race to the top“ kommen, es ist aber aus verschiedenen Gründen unwahrscheinlich, dass, wenn es um den Entwurf internationaler Rechnungslegungsstandards geht, ein bedeutsamer Regelungsmarkt existiert bzw. zukünftig entstehen wird. Dies schließt es aber nicht völlig aus, dass einer privaten transnationalen Rechnungslegungsordnung, die als Standard akzeptiert wird, eine gewisse Richtigkeitsgewähr zukommt (4.). Die dennoch fortbestehenden Bedenken werden dadurch abgemildert, dass es staatlichen Stellen zuletzt gelungen ist, einen größeren Einfluss auf die Entwicklung und Fortbildung der IFRS auszuüben bzw. ihren bereits bestehenden Einfluss im Standardsetzungsprozess zu erhöhen (5.). Bei einer Gesamtbetrachtung ist deshalb von einer für das hier vorgeschlagene Modell hinreichenden inneren Politisierung der IAS/IFRS-Rechnungslegungsordnung auszugehen.

2. Der politische Gehalt von Rechnungslegungsregeln

Die Entscheidung, ob es einer privaten Entität überlassen wird, Rechnungslegungsvorgaben zu gestalten, bestimmt unmittelbar darüber, welche Personen oder Personengruppen, zu welchem Grad zum Prozess der Rechnungslegungsordnung beizutragen vermögen. Aus politisch-ökonomischer Sicht hat diese Bestimmung keinen neutralen Charakter.¹⁸⁴⁹ Die sich auf sie beziehende Entscheidung kann deshalb nicht allein davon abhängig gemacht werden, wie gut der Staat bislang selbst dazu in der Lage war, diese Vorgaben auszugestalten. Ebenso wenig kann sie unter rein wirtschaftlichen Gesichtspunkten gefällt werden. Zwar könnte der Rechnungslegungsordnungsprozess als unpolitisch bezeichnet werden, wenn es bei der Rechnungslegung allein darum ginge, Lösungen sozialer Konflikte im Nachhinein – also nachdem eine Lösung gefunden wurde – abzubilden, diese Sichtweise würde dem Ganzen aber nicht gerecht. Vielmehr ist es gerade so, dass im Rahmen der Rechnungslegung die Grundlagen für die Lösungen sozialer Konflikte erstellt werden. Dementsprechend wirkt sich eine Rechnungslegungsordnung unmittelbar auf die

1849 *Ordelheide*, in: Leuz/Pfaff/Hopwood, *The Economics and Politics of Accounting*, S. 269 (272); *Perry/Nölke*, *Rev. Int. Pol. Econ.* 13 (2006), 559 (576).

wirtschaftliche Situation gesellschaftlicher Gruppen aus und hat das Potenzial, diese zu verändern, also zu verbessern oder zu verschlechtern. Aufgrund dessen unterliegen verschiedene Parteien mit jeweils unterschiedlichen wirtschaftlichen und sonstigen Interessen andauernd der Versuchung, die Regeln der Rechnungslegung zu prägen und in ihrem Sinne zu beeinflussen. Zwar liegt er bei der Nachhaltigkeitsberichterstattung offener zutage (vgl. ansatzweise § 4 C. II.), auch der politische Gehalt der finanziellen Rechnungslegung lässt sich aber sehr konkret fassen.¹⁸⁵⁰ So gibt der Jahresabschluss, wenn man auf seine gesellschaftsrechtliche Komponente blickt, den Ressourcenverteilungskonflikt zwischen den Unternehmensakteuren nicht nur wieder, sondern bestimmt auch darüber, was überhaupt zum Inhalt dieses Konflikts werden kann. Nur *colorandi causa* sei schließlich erneut auf das in § 4 angeführte Beispiel der Finanzkrise von 2007/2008 verwiesen, in der das materielle Bilanzrecht, obschon auf den ersten Blick Probleme der Bankenregulierung zu lösen waren, in die komplexen politischen Diskussionen um die Neuordnung der weltweiten Finanzmärkte einbezogen wurde.¹⁸⁵¹ Angesichts der damals bereits einmal gewählten Form der Krisenbewältigung ist es ohne weiteres denkbar, dass Rechnungslegungsvorgaben zukünftig erneut in das die gesamte Finanzmarktordnung umfassende regulatorischen Puzzles einbezogen und dem Diktat der Finanzmarktregulierung unterworfen werden,¹⁸⁵² auch wenn sie, wie die IAS/IFRS keinen unmittelbaren regulatorischen Anspruch erheben.

3. Berücksichtigung der politischen Dimension

- 76 Die unter a. wiedergegebene Auffassung wird – soweit ersichtlich – weithin geteilt. Weitaus schwieriger ist es, tatsächlich zu ermitteln, ob der IAS/IFRS-Standardsetzungsprozess, wenn es um die politische Dimension der (finanziellen) Rechnungslegung geht, Defizite aufweist. Es geht an dieser Stelle noch nicht um mangelnde Einflussmöglichkeiten der EU, Deutschlands oder anderer staatlicher Stellen auf den Standardsetzungsprozess (dazu 5.), sondern allein um die Frage der hinreichenden *inneren* Politisierung des Prozesses selbst. Weiterhin kommt es allein mittelbar darauf an, dass die IAS/IFRS von einer Welt ausgehen, in der sich die Unternehmensfinanzierung (auch bzw. vor allem) über den Kapitalmarkt vollzieht.¹⁸⁵³ Dies legt zwar

1850 Vgl. dazu *Power*, in: Leuz/Pfaff/Hopwood, *The Economics and Politics of Accounting*, S. 376 (376); s. auch *Perry/Nölke*, *Rev. Int. Pol. Econ.* 13 (2006), 559 (560); *Ordelleide*, in: Leuz/Pfaff/Hopwood, *The Economics and Politics of Accounting*, S. 269 (271, 278 f.) schreibt, dass sofern man die Rechnungslegungsvorgaben verändern wolle, sich zwangsläufig im Beziehungsnetz der Bilanzierung und der sie unterstützenden Institutionen verstricken müsse.

1851 Vgl. *Bushman/Landsman*, *ABR* 40 (2010), 259.

1852 *Bushman/Landsman*, *ABR* 40 (2010), 259 (260).

1853 Dass dem so ist, ergibt sich eindeutig aus Art. 2 der Constitution der IFRS Foundation. Dort heißt es zunächst, dass die Foundation auf Standards abziele, die „globally accepted“ seien und sich für das „general purpose financial accounting“ eigneten. Darüber hinaus wird es aber als Ziel ausgegeben,

nahe, dass im Rahmen des Prozesses tendenziell nur Sichtweisen berücksichtigen werden, denen ein ebensolches Weltbild zugrunde liegt,¹⁸⁵⁴ der Standardsetzungsprozess ist deshalb aber nicht unbedingt politisch-ökonomisch defizitär.

Denn zumindest im Hinblick auf das deutsche System der Unternehmensfinanzierung ist davon auszugehen, dass es mit der „Weltsicht“ der IFRS Foundation zu konvergieren beginnt bzw. nach dem Willen des europäischen und deutschen Gesetzgebers mit ihr künftig konvergieren soll.¹⁸⁵⁵ Darüber hinaus lässt sich dieses spezifische Defizit im Rahmen des hier vorgeschlagenen Modells ohne weiteres dadurch kompensieren, dass die Rechnungslegungsprinzipien als rückbindende dogmatische Elemente herangezogen werden (F. II. 1.). Denn dadurch ist es möglich, einer hypothetisch von der IFRS Foundation abweichenden „Weltsicht“ der HGB-Bilanzordnung Rechnung zu tragen. Derselbe Effekt wird aber erzielt, indem Deutschland als Nationalstaat Einfluss auf die IAS/IFRS-Standardsetzung nimmt (dazu 5.).

Der Nachweis darüber hinausgehender Politisierungsdefizite des IFRS/IAS-Standardsetzungsprozesses wird in der Literatur – soweit ersichtlich – nur ansatzweise geführt. Zum Teil sieht die Literatur ein Defizit darin, dass politische Auseinandersetzungen bei der Standardsetzung einen geringeren Stellenwert einnehmen würden als Effizienz- und Rationalitätserwägungen. So schreiben *Loft, Humphrey* und *Turley*, dass (private) Standardsetter im Zweifel mehr darauf achten würden, neue Rechnungslegungsregeln auf einem effizienten und rationalen Weg zu entwerfen, anstatt sich auf komplexe Debatten mit unterschiedlichen Interessengruppen darüber, wie Rechnungslegungsstandards aussehen sollten, einzulassen.¹⁸⁵⁶ Insofern bleibt aber schon offen, welche Aspekte die angeführten Interessengruppen tatsächlich als missachtet ansehen. *Perry* und *Nölke* bringen vor, dass wenn man die Autorität des IASB akzeptiere, man zugleich ihre Wertung akzeptieren müsse, was die effizienteste Rechnungslegungsordnung sei. Diese Wertung werde durch Experten, welche die gegenwärtigen Hauptströmungen im Bereich Economics und Accounting repräsentieren, vorgegeben. Aus dieser Effizienz-Perspektive könne jeder Versuch, von den gegenwärtigen Überzeugungen der Mehrheit abzuweichen, als „politisch“

dass die bei der Anwendung der Standards vermittelten Informationen „useful to investors and other participants in the world’s capital markets in making economic decisions“ sein sollen.

1854 Vgl. zur entsprechenden Auseinandersetzung mit Art. 2 *Pilhofer*, Umsatz- und Gewinnrealisierung, S. 22; *Hennrichs*, in: *Hennrichs/Schruff*, Stand und Perspektiven des europäischen Bilanzrechts, S. 2.

1855 Zudem bestimmt Art. 2 der Constitution der IFRS Foundation, dass die Standardsetzung zwingend unter Berücksichtigung einer „range of sizes and types of entities in diverse economic settings“ erfolgen müsse (lit. c).

1856 Die privaten Standardsetter seien der Auffassung, dass die Frage, ob der Standardsetzungsprozess hinreichend legitimiert und demokratisch abgesichert sei, eher durch die „Public Relations“-Abteilung zu beantworten sei, als dass sie ein im Standardsetzungsprozess zu diskutierendes Problem darstelle, vgl. *Loft/Humphrey/Turley* AAAJ 19 (2006), 428 (433); s. auch *Bushman/Landsman*, ABR 40 (2010), 259 (263).

gebrandmarkt werden.¹⁸⁵⁷ In den Standards könne sich deshalb allein der gegenwärtige ökonomische Mainstream niederschlagen.¹⁸⁵⁸ Der dem Standardsetzungsprozess insofern gemachte Vorwurf geht mithin dahin, dass die aktuelle „technische“ Bilanzforschung im Standardsetzungsprozess nicht umfassend rekapituliert werde. Man kann auch dieses Versäumnis zwar als Politisierungsdefizit ansehen, es geht hier aber „nur“ um eine fehlende wissenschaftliche Pluralität und nicht um eine fehlende Repräsentanz unterschiedlicher Interessengruppen im engeren Sinne.

- 79 Abgesehen davon, hat sich die Literatur bislang vor allem damit auseinandergesetzt, ob der (zu) hohe Stellenwert der Fair-Value-Bilanzierung im Rahmen der IAS/IFRS nahelege, dass der Standardsetzungsprozess politisch-ökonomisch defizitär sei. *Perry* und *Nölke* wollen etwa im Zuge einer Analyse der IASB- und EFRAG-Ausschussmitgliedschaften und der zu IFRS-Entwürfen abgegebenen Stellungnahmen Anzeichen dafür ausgemacht haben, dass die Prozesse des IASB übermäßig durch den (organisierten) Finanzsektor dominiert worden seien, wohingegen der „produzierende“ Sektor, Gewerkschaften und Arbeitnehmerorganisationen in diesen Prozessen unterrepräsentiert geblieben sei.¹⁸⁵⁹ Dementsprechend haben *Bushman/Landsman*, *Ordeltje* und *Ramanna* in der übermäßigen Betonung der Fair-Value-Rechnungslegung in den IFRS-Standards ein Indiz für eine Lobbyarbeit des wirtschaftlich starken Finanzsektors gesehen.¹⁸⁶⁰ Zu berücksichtigen ist im Hinblick auf diese (und vergleichbare) Untersuchungen allerdings, dass sie sich auf einen Zeitraum beziehen, in welchem die Rechnungslegung von Finanzdienstleistern noch kaum einen eigenständigen Gegenstand der Banken-/Finanzdienstleisterregulierung bildete. Es ist zu vermuten, dass Finanzdienstleistungsunternehmen infolge der seitherigen Spezialregulierung ihres Sektors zumindest in Europa ihr Interesse am allgemeinen IAS/IFRS-Standardsetzungsprozess teilweise verloren haben und es deshalb heute mehr Raum für andere Interessengruppen (und damit mehr Interessenpluralität) gibt.
- 80 Eine vollumfänglich befriedigende Antwort auf die Frage, ob der IAS/IFRS-Standardsetzungsprozess hinreichend politisiert ist, steht nach alledem noch aus. Jedenfalls scheint er aber alle unmittelbar an den Finanzierungsbeziehungen von Unternehmen – und damit der Rechnungslegung – beteiligten Akteursgruppen (vgl. zu ihnen bereits Teil 6) einzubeziehen. Wer die Eigenpolitisierung im Lichte dessen

1857 *Perry/Nölke* Rev. Int. Pol. Econ. 13 (2006), 559 (577).

1858 Vgl. dazu *Perry/Nölke* Rev. Int. Pol. Econ. 13 (2006), 559 (578); vgl. auch *Bushman/Landsman* ABR 40 (2010), 259 (263) zur „ideology theory of regulation“; *Ordeltje*, in: *Leuz/Pfaff/Hopwood*, The Economics and Politics of Accounting, S. 269 (280).

1859 *Perry/Nölke* Rev. Int. Pol. Econ. 13 (2006), 559 (578, 580).

1860 Vgl. *Bushman/Landsman*, ABR 40 (2010), 259 (263); vgl. dazu aus deutscher Perspektive auch *Ordeltje*, in: *Leuz/Pfaff/Hopwood*, The Economics and Politics of Accounting, S. 269 (278 f.); vgl. zum Lobbyeinfluss auf die Entstehung des Fair Value-Statement of Accounting Standard (SFAS) Nr. 142 („Accounting for acquired goodwill“): *Ramanna* Journal of Accounting and Economics 45 (2008), 253.

infrage stellt, den trifft die Argumentationslast: Er muss darlegen, welche Interessengruppe im Rahmen des Standardsetzungsprozesses nicht hinreichend berücksichtigt wird und welches Potenzial ihrer Einbeziehung innewohnt.

4. Erwartung eines Monopolisierungseffekts

Näher zu untersuchen ist weiterhin der gegen die Idee einer weitergehenden Anerkennung privater Rechnungslegungsregeln im Rahmen der HGB-Bilanzierung sprechende Umstand, dass die IFRS aufgrund eines Standardisierungseffekts einige ihrer zentralen Vorteile im Zeitverlauf verlieren könnten. Damit ist gemeint, dass nach der ökonomischen Theorie der Netzeffekte¹⁸⁶¹ von einer zukünftigen Verengung des Markts für private Rechnungslegungsstandards auf einen einzigen Standard auszugehen ist.¹⁸⁶² Im Hinblick auf diesen Standard muss sodann unklar bleiben, ob er eine effiziente Regelung darstellt, die auch im Rahmen der Einzelabschlussstellung Berücksichtigung finden sollte. Zumindest theoretisch könnte es auch so sein, dass sich ein privater Rechnungslegungsstandard in einem evolutionären Prozess weltweit durchsetzt. Diese Alternativvermutung beruht auf einem Szenario, bei dem verschiedene Einzelentwürfe für private Rechnungslegungsstandards oder jedenfalls unterschiedliche Auslegungen eines Einheitsstandards auf einem Markt der Regelungsideen untereinander konkurrieren. Infolge dieses Konkurrierens könnte es zu einem „race to the top“ kommen, also dazu, dass der privaten Regelung, die sich schließlich als Standard durchsetzt, eine Richtigkeitsgewähr zukommt.¹⁸⁶³ Es ist aber aus verschiedenen Gründen unwahrscheinlich, dass, wenn es um den Entwurf internationaler Rechnungslegungsstandards geht, ein bedeutsamer Regelungsmarkt existiert bzw. noch zukünftig entstehen wird. Dementsprechend kann es zumindest ebenso gut zu der eingangs skizzierten, nicht zwingend in effizienten Regelungen mündenden Monopolbildung kommen. Diese wird bislang aber durch die dem Standardsetzungsprozess innewohnende Binnendiversifikation aufgehalten.

a. Theorie der Netzeffekte

Die Netzwerktheorie legt nahe, dass sich im Hinblick auf private transnationale Rechnungslegungsstandards ein natürliches Regelmonopol bildet,¹⁸⁶⁴ weil Dritte, wenn für einen Wirtschaftssektor einmal private Regeln entworfen wurden, geneigt sein werden, sofern sie eine sektorspezifische Transaktion planen, ebenfalls auf diese

1861 Vgl. allgemein zu ihrer Anwendung im rechtswissenschaftlichen Kontext: Engert RW 2014, 301.

1862 S. zu diesem Ergebnis auch Benston/Bromwich/Litan/Wagenhofer, in: dies., *Worldwide Financial Reporting*, S. 225 (238 f.).

1863 Vgl. Wielsch, in: Eidenmüller, *Regulatory Competition*, S. 71 (103); Ringe 63 Am. J. Comp. L. (2015), 493 (494).

1864 Benston/Bromwich/Litan/Wagenhofer, in: dies., *Worldwide Financial Reporting*, S. 225 (238 f.).

Regeln zurückzugreifen. Denn durch den Rückgriff auf ein Regelungsvorbild lassen sich – jedenfalls graduell – Kosten sparen. Eingespart werden insbesondere die für den Entwurf eigener Regeln aufzuwendenden Kosten. Daneben spart man Informationskosten, da man die für den Regelentwurf erforderlichen Informationen nicht einholen muss, sowie die Kosten, die bei einer eigenen Regelung zur Bewältigung verbleibender Unsicherheiten aufgewendet werden müssten. Dabei sind die durch die Übernahme bestehender Regeln eintretenden Kostenersparnisse besonders groß, sofern es – wie es bei Rechnungslegungsstandards regelmäßig der Fall ist – um einen umfangreichen und komplexen Lebenssachverhalt geht und es deshalb erheblicher Expertise bedürfte, um sich in seine Einzelheiten einzuarbeiten. Die Attraktivität einer Regelungsschablone steigt dabei weiter, wenn sie in der Vergangenheit bereits häufig verwendet wurde. Denn dann liegt nahe, dass sie so „funktioniert“, wie es sich die Parteien vorstellen. Sie hat sich also bereits als tragfähig erwiesen. Im Lichte der angeführten Umstände muss man zu dem Schluss kommen, dass bereits die Verbreitung einer Regelung allein einen Zwang auslöst, sie in Transaktionen zu verwenden, obschon den Parteien eigentlich eine freie privatautonome Gestaltung freistünde.¹⁸⁶⁵ Von einer Marktpraxis gehe also, so *Engert*, obschon sie eigentlich etwas Überindividuelles sei, eine Fremdbestimmung aus.¹⁸⁶⁶ In der Folge komme es zu einem Marktversagen: Anstatt, dass – wie man annehmen könnte – der Markt steuere, welche private Ordnung zum Standard wird, beginne eine private Ordnung selbst den Markt zu regulieren.¹⁸⁶⁷ Schlussendlich könne deshalb privaten Regeln, ohne dass sie im engeren Sinne bindend wären, trotzdem ein normähnlicher Charakter kommen. Es bedürfe dazu nicht zwingend einer gesetzlichen Anordnung bzw. einer Anerkennung der privaten Ordnung durch den Staat.¹⁸⁶⁸

- 83 Im Lichte der skizzierten Überlegungen ist davon auszugehen, dass sich die auf dem Gebiet der privaten Rechnungslegungsstandardsetzung noch vorhandenen Gesprächskanäle im Hinblick auf Regelsetzung, -interpretation und -überarbeitung zunehmend verengen werden: Bei neu aufkommenden Rechnungslegungsfragen werden irgendwann, so ist zu vermuten, zunächst primär und später ausschließlich die IFRS Foundation und ihre Untergremien konsultiert. Es werden sodann auch ihre Stimmen sein, die (allein) darauf hoffen können, im öffentlichen Diskurs gehört zu werden. „Unabhängige“ Stimmen, also Meinungsäußerungen anderer Rechnungslegungsinteressierter, welche sich außerhalb des Kosmos der Foundation bewegen, werden demgegenüber graduell an Gewicht verlieren. Dies gilt insbesondere für die bislang als einflussreiche „private“ Gegengewichte fungierenden Abschlussprüfer

1865 *Engert* RW 2014, 301 (303).

1866 *Engert* RW 2014, 301 (303).

1867 *Engert* RW 2014, 301 (303, 321, 340); vgl. allgemein dazu auch *Wielsch*, in: Eidenmüller, Regulatory Competition, S. 71 (74).

1868 *Engert* RW 2014, 301 (303).

und ihre Berufsorganisationen.¹⁸⁶⁹ Der Einfluss dieser Einzelfractionen auf den Standardsetzungsprozess wird in Zukunft vielmehr verstärkt davon abhängen, wie gut sie ihre Interessen innerhalb des IASB durchsetzen können.¹⁸⁷⁰

b. Marktbasierte Herausbildung effizienter Rechnungslegungsstandards

aa. Märkte für Regelungsideen?

Das die Grundlage des skizzierten Alternativszenarios bildende Gedankenkonzept eines Markts für Regelungsideen wurde für die ökonomische Unternehmensrechtswissenschaft insbesondere durch *Henry Hansmann* und *Reinier Kraakman* ausgearbeitet.¹⁸⁷¹ Ihm wird aber auch teilweise, wenn es um die private Herausbildung von Bilanzierungsvorgaben geht, das Wort geredet.¹⁸⁷² Dem Konzept liegt die Überzeugung zugrunde, dass Regelungsentwürfe, sofern es nicht unmittelbar darum geht, neues nationales oder internationales Gesetzesrecht zu entwerfen, in einem ständigen Wettbewerb um Anerkennung stehen. Wenn sich in verschiedenen Kontexten ein gleichartiges unternehmensrechtliches Regelungsproblem stellt, soll sich ein Markt bilden, auf dem die vielstimmigen Vorschläge zur Lösung dieses Problems untereinander konkurrieren müssen. Dieser Markt der Regelungsideen soll entstehen, da und sofern Unternehmen dazu in der Lage sind, unter verschiedenen, untereinander konkurrierenden Unternehmensrechtsregimes im Wege der Sitzverlegung dasjenige auszuwählen, das ihren Bedürfnissen am besten gerecht wird.¹⁸⁷³ Ursprünglich wurde davon ausgegangen, dass diese Voraussetzung insbesondere in den USA erfüllt sei, da dort die Unternehmensgesetzgebung bekanntlich zunächst den einzelnen Mitgliedstaaten überlassen ist. Deshalb wurde vermutet, dass die Unternehmensrechte der US-Einzelstaaten in einen Wettbewerb zueinander treten würden (sog. Regulatory Competition). Jeder Staat würde sein Unternehmensrecht darauf ausrichten wollen, möglichst attraktiv auf Unternehmen zu wirken, um sich

1869 Vgl. zu entsprechenden Befürchtungen bereits *Pellens/Bonse/Gassen* DB 1998, 785 (792).

1870 Vgl. *Perry/Nölke* Rev. Int. Pol. Econ. 13 (2006), 559 (579), die hier den „Rheinischen Kapitalismus“ als unterlegen ansehen: „Although not straightforwardly macro-corporatist, business actors in the Rhenish model, are traditionally accustomed to articulating and negotiating their interests on a national level with their national government and other interest groups. In the context of transnational private regulation this can be a severe disadvantage compared to financial actors and coordination service firms [...] from the Anglo-Saxon mould, which are well-adapted to interest intermediation in the transnational sphere.“ Bei alldem ist allerdings zu beachten, dass die fortschreitende Konzentration des Regelentwurfs – jedenfalls auf absehbare Zeit – aller Voraussicht nach nur bei einer holzschnittartigen Betrachtung überhaupt nachweisbar sein wird. Dies liegt vor allem daran, dass es in Form des länderspezifischen „Ausfransens“ der IAS/IFRS (dazu noch sogleich) zu einer Gegenbewegung kommt, vgl. *Benston/Bromwich/Litan/Wagenhofer*, in: dies., *Worldwide Financial Reporting*, S. 225 (231 ff., 238 f.); *Bushman/Landsman* ABR 40 (2010), 259 (263).

1871 *Hansmann/Kraakman* 89 Geo. L. J. (2001), 439; vgl. dazu *Ringe* 63 Am. J. Comp. L. (2015), 493 (527).

1872 Vgl. etwa *Benston/Bromwich/Litan/Wagenhofer*, in: dies., *Worldwide Financial Reporting*, S. 225 (237).

1873 Vgl. nur *Leuz* ECGI Working Paper 156/2010, S. 12.

die mit der Verlegung von Unternehmenssitz in die eigene Jurisdiktion verbundenen Steuereinnahmen zu sichern.¹⁸⁷⁴

- 85 Weiterhin nahm man an, dass diese „operation of competitive legal systems“ dazu führen werde, dass sich mit der Zeit eine effiziente Lösung herausbilde, was die Ausgestaltung des Unternehmensrechts angehe.¹⁸⁷⁵ Sofern man dieses Gedankenmodells auf die Rechnungslegungsordnung überträgt, müsste man annehmen, dass sich schlussendlich eine ökonomisch effiziente private Ordnung als Weltstandard durchsetzt, wohingegen es unausgereifte Rechnungslegungsideologien, unabhängig von ihrer anfänglichen Verbreitung, nicht schaffen werden, eine dominante Stellung zu erlangen.¹⁸⁷⁶ Der Wettbewerb unter den verschiedenen Standardsetzern würde verhindern, dass sich Partikularinteressen (politischer oder wirtschaftlicher Art) durchsetzen können.¹⁸⁷⁷ Es wäre zwar auch dann durchaus denkbar, dass sich zunächst eine private Ordnung durchsetzt, welche die Mehrheit der Marktakteure fälschlich für angemessen bzw. allgemein vorteilhaft hält, diese Ordnung würde ihren Status aber schnell verlieren. Denn weil der Markt nach diesem Gedankenmodell laufend neue Erkenntnisse internalisiert, werden Handlungsanweisungen, selbst wenn sie als Standard anerkannt sind, beständig einem neuerlichen Rechtfertigungsdruck ausgesetzt und in der Folge verworfen oder modifiziert bis schließlich ein effizienter (End-)Zustand erreicht ist.

bb. Skeptisch stimmende Befunde

- 86 Bereits die Erfahrungen mit dem wohl bekanntesten (vermeintlichen) Markt für Regelungsideen, dem Markts für (staatliches) Unternehmensrecht in den USA, lassen daran zweifeln, dass Regulatory Competition tatsächlich in nennenswertem Ausmaß vorkommt. Vielmehr legen diese Erfahrungen nahe, dass ein Markt für Regelungsideen oftmals bereits deshalb nicht zustande kommt, weil es an einem zweiten Akteur fehlt, der konkurrierende Regelvorschläge entwirft.¹⁸⁷⁸

1874 Winter J. Legal Stud. 6 (1977), 251 (253): „Because corporate chartering can generate substantial revenue for state treasuries, states compete for charters.“; vgl. auch Ringe 63 Am. J. Comp. L. (2015), 493 (528).

1875 S. nur Winter J. Legal Stud. 6 (1977), 251 (290); vgl. dazu auch Ringe 63 Am. J. Comp. L. (2015), 493 (527 f.).

1876 Bushman/Landsman ABR 40 (2010), 259 (263).

1877 Vgl. Benston/Bromwich/Litan/Wagenhofer, in: dies., Worldwide Financial Reporting, S. 225 (237): „Competition is the only system capable of offsetting political and commercial influences on standard setting. Under competition, standard setters would have to satisfy their clients (investors and reporting firms and their auditors) in order for their standards to have relevance in the marketplace.“

1878 So hat sich in Studien gezeigt, dass der Staat Delaware, wenn es um die Wahl des Unternehmenssitzes geht, in der Lage war, in den USA ein Quasi-Monopol zu erlangen. Andere Staaten haben sich – anders als man hätte denken können – keine erkennbare Mühe gegeben, die marktbeherrschende Stellung Delawares durch eine effizientere Ausgestaltung der eigenen Unternehmensgesetze anzugreifen, vgl. zum Ganzen Bebchuk/Hamdan, Colum. L. Rev. 106 (2006), 1793 (1795).

Allerdings ist es nur die Idealvoraussetzung eines „marktbasierten“ Wettbewerbssystems, dass es zumindest anfänglich zwei oder mehr Akteure gibt, welche dem Markt Regelungsvorschläge unterbreiten, da ein singulärer Akteur, auch wenn er mehrere Alternativregelungsvorschläge entwirft, besser dazu in der Lage ist, einzelnen dieser Vorschläge selbst den Status eines (temporären) Standards zu verleihen.¹⁸⁷⁹ Selbst in einem wettbewerblichen Umfeld mit zwei oder mehr konkurrierenden Akteuren kann ein Standardkonzept aber, obschon es keine ökonomisch effizienten Ergebnisse produziert, schlussendlich allgemein akzeptiert werden, etwa weil alle Akteure dieselbe Ideologie oder politische Zielsetzung verfolgen.¹⁸⁸⁰ Im Gegenzug ist es auch bei einem Mangel an „echter“ Konkurrenz zwischen Marktteilnehmern nicht völlig ausgeschlossen, dass sich effiziente Ergebnisse durchsetzen.¹⁸⁸¹

Auch im Lichte dieser Überlegungen erscheint es unwahrscheinlich, dass die transnationale Rechnungslegungsstandardsetzung marktbasiert in einer effizienten Ordnung mündet. Jedenfalls existiert hier nicht der für Regulatory Competition ideale Ausgangszustand. Wenn es um Rechnungslegungsstandards mit internationalem Potenzial geht, gibt es neben dem amerikanischen FASB vielmehr mit der IFRS Foundation schon heute nur noch einen einzigen weiteren Akteur, welcher, wenngleich verteilt auf mehrere Untergremien, Regelsetzung, -fortbildung und sogar -interpretation auf sich vereint. Daneben kommen theoretisch auch der Gesetzgeber des HGB und andere staatliche Rechnungslegungsregulierer als Regulatory Competition der IFRS Foundation in Betracht. Dass der HGB-Gesetzgeber zumindest in der Vergangenheit sogar eine im Grundsatz vom Ansatz der IFRS Foundation abweichende Bilanzierungsideologie verfolgt hat, wäre bei dieser Betrachtungsweise besonders begrüßenswert, da es sich zusätzlich wettbewerbsfördernd auswirkte. Angesichts dessen, dass der europäische und der nationale Gesetzgeber es schon gar nicht mehr darauf anlegen, (weiterhin) umfassende Alternativkonzernrechnungslegungsstandards zu den IAS/IFRS zu entwerfen (vgl. § 5 B. II. 2. c. cc.), ist dieser Gedanke aber schnell zu verwerfen. Dies gilt ganz extrem für das Gebiet der Konzernrechnungslegung. Auch im Hinblick auf den Einzelabschluss hat der HGB-Gesetzgeber mit dem BilMoG jedoch zumindest bereits den Weg der Annäherung beschritten. Hier wurde und wird also, genau wie im US-amerikanischen Unternehmensrecht,

1879 Engert RW 2014, 301 (331) spricht insofern von „privaten Normsetzern“.

1880 Bushman/Landsman, ABR 40 (2010), 259 (263) verweisen insofern beispielhaft auf FASB und IASB, die den Gedanken der Fair-Value-Rechnungslegung beide mit ähnlichem Enthusiasmus übernommen hätten.

1881 Zum einen kann es bei eine gemeinsame Grundideologie teilenden Marktakteuren zu Kooperationen kommen, die darauf abzielen, einen breiten Konsens herzustellen. Zum anderen können effiziente Regelungen auch dadurch entstehen, dass – inhaltlich ähnliche – Standards zeitgleich unter unterschiedlichen Bedingungen (Budgets, politischen und rechtlichen Hintergründen und Kulturen) auf ihre Tauglichkeit getestet werden (sog. mehrpoliges Experiment), vgl. hierzu Bushman/Landsman, ABR 40 (2010), 259 (263).

einem Akteur (der IFRS Foundation) aus vielen (guten) Gründen „kampfflos“ das Feld überlassen, bevor überhaupt ein richtiger Wettbewerb entstehen konnte.¹⁸⁸²

cc. Einfluss der Binnendiversifikation

- 89 Zu berücksichtigen ist aber, dass es innerhalb des IFRS-Systems in Form des vielfach beobachteten „Ausfransens“ der Standards in „länderspezifische“ IFRS¹⁸⁸³ durchaus zu einer (unbeabsichtigten) Binnendiversifikation kommt. Im Hintergrund steht insbesondere, dass die IAS/IFRS auf nationaler Ebene jeweils durch unterschiedliche Institutionen durchgesetzt werden. Dabei gilt, dass eine weltweit einheitliche Rechnungslegungsordnung weniger wahrscheinlich wird, je effektiver die Bilanzkontrolle auf nationaler Ebene ausgestaltet wird. Denn es ist sehr unwahrscheinlich, dass die einzelnen zur Kontrolle berufenen Institutionen in der Lage sind, untereinander ihr Handeln so weitgehend zu koordinieren, dass eine unterschiedliche Standardanwendung und -interpretation ausgeschlossen ist.¹⁸⁸⁴ Eine solche Binnendiversifikation ist bei Rechnungslegungsstandards grundsätzlich gerade nicht angestrebt und auch die IFRS Foundation bekämpft sie.¹⁸⁸⁵ Wie oben ausgeführt, wäre sie aber dennoch begrüßenswert, sofern sie zu einer mehrpoligen experimentellen Anordnung führt. Dafür müsste gewährleistet sein, dass die IFRS Foundation als zentrale Stelle die nationalen Tauglichkeitstests auch tatsächlich auswertet und aus ihnen Konsequenzen zieht. Jedenfalls im Grundsatz ist die Binnendiversifikation aber dazu in der Lage, dem Monopolisierungseffekt entgegenzuwirken.

5. Verstärkter staatlicher Einfluss auf Entwicklung und Fortbildung der IFRS

- 90 Gerade in den Jahren nach Erlass der IAS-Verordnung wurde beklagt, dass der von Seiten der Europäischen Kommission auf die Entwicklung der IFRS genommene Einfluss, der allgemeingesellschaftlichen Bedeutung der Rechnungslegungsordnung nicht hinreichend Rechnung trage.¹⁸⁸⁶ Zuletzt ist allerdings eine gegenläufige Bewegung zu beobachten. Diese ist zugleich dazu geeignet, die unter b. und c. aufgezeigten Effekte abzumildern. So ist es staatlichen Stellen etwa seit der Finanzkrise 2007/2008 gelungen, größeren politischen Einflusses im Rahmen der Entwicklung

1882 Anders ist dies insbesondere auf dem Feld der Nachhaltigkeitsberichterstattung.

1883 *Hennrichs*, in: *Hennrichs/Schruff*, Stand und Perspektiven des europäischen Bilanzrechts, S. 9; auch *ders.* ZHR 170 (2006), 498 (501 f.).

1884 *Benston/Bromwich/Litan/Wagenhofer*, in: *dies.*, *Worldwide Financial Reporting*, S. 225 (255).

1885 Vgl. dazu etwa *Ballwieser*, IFRS-Rechnungslegung, S. 8 f.

1886 Vgl. zu diesem Kritikpunkt *van Hulle*, in: *Leuz/Pfaff/Hopwood*, *The Economics and Politics of Accounting*, S. 349 (359); *Hennrichs* ZHR 170 (2006), 498 (511 ff.); *Kleindiek GmbH* 2010, 1332 (1335). *Schön* schreibt noch im Jahr 2000, dass es der Kommission entgegen mehrjähriger Bestrebungen nicht gelungen sei, maßgeblichen Einfluss oder auch nur eine Veto-Position im Hinblick auf die Entscheidungen des IASC zu gewinnen, vgl. *Schön* ZGR 2000, 706 (736).

und Fortbildung der IFRS auf Ebene des IASB auszuüben bzw. den bereits gewonnenen Einfluss im Standardsetzungsprozess zu erhöhen. Angesichts dessen, dass eine private Bilanzierungsordnung ohne den Staat unattraktiv ist (B. II.), ist der IFRS Foundation auch ein Eigeninteresse daran zu unterstellen, der EU bzw. einzelnen europäischen Nationalstaaten innerhalb ihrer Strukturen mehr politisches Gewicht zu verleihen. Zunächst steigert dies die allseitige Akzeptanz der Standards. Zudem wird dadurch verhindert, dass die EU im sich an die Standardentwicklung anschließenden Komitologieverfahren die IFRS noch modifiziert bzw. sie nur teilweise in staatliches Recht überführt. Dementsprechend ist die IFRS Foundation zumindest ihren Statuten nach erkennbar darum bemüht, pluralistische Meinungsbildungsprozesse zu replizieren, den Prozess der Erarbeitung und Interpretation ihrer Rechnungslegungsstandards also dem Entstehungsprozess formaler Gesetze in demokratisch verfassten Staaten bzw. Staatenbünden oder -verbünden anzunähern.¹⁸⁸⁷

Parallel dazu, werden aufseiten der EU eine ganze Reihe von Wegen beschritten, 91 um politischen Einfluss auf den Standardsetzungsprozess zu nehmen. Gemäß Erwägungsgrund 14 der Verordnung Nr. 1606/2002/EG (IAS-Verordnung) soll die EU-Kommission zur Erleichterung des „Gedankenaustausch[s]“ den Regelungsausschuss für Rechnungslegung „regelmäßig über laufende Vorhaben, Thesenpapiere, spezielle Recherchen und Exposure Drafts, die vom IASB veröffentlicht werden, sowie über die anschließenden fachlichen Arbeiten des Technischen Ausschusses unterrichten“. Darüber hinaus ist die EU-Kommission „in den Organen des IASB vertreten“ (Erwägungsgrund 15). Auf Ebene des nationalen Rechts hat der Gesetzgeber im Zuge des BilMoG mit § 342q Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 HGB eine Aufgabenerweiterung des DRSC vorgenommen, die sich ebenfalls im Lichte des skizzierten Handlungsweges deuten lässt. Danach wurde dem DRSC zusätzlich die Aufgabe zugewiesen, Interpretationen von internationalen Rechnungslegungsstandards i.S.v. § 315a Abs. 1 HGB zu erarbeiten. Es soll dabei um Fragestellungen gehen, „die das IFRIC nicht interpretieren kann oder will“, weil es um Themenkomplexe geht, die „letztlich nur nationale Bedeutung“ haben.¹⁸⁸⁸ Dabei soll es zu einer engen Zusammenarbeit mit

1887 So betonen etwa Art. 6 der Constitution der IFRS Foundation, dass auf Ebene der Stiftungstreuhänder (Trustees) großer Wert auf Diversität gelegt werde. Es würden Personen mit internationaler Erfahrung gesucht, die in leitender Position bei Wertpapiermarktaufsichtsbehörden, Kapitalmarktinvestoren, internationalen Abschlussprüfern aber auch Regulierungsbehörden und akademischen Institutionen tätig sind. Noch deutlicher tritt das Bestreben der Foundation hervor, sofern ein Blick auf die Zusammensetzung und die Aufgaben ihres Überwachungsgremiums (des so genannten Monitoring Board) geworfen wird. Dieses Überwachungsgremium wirkt insbesondere am Nominierungsprozess für die Trustees mit und überwacht diese. Erklärter Hauptzweck des Überwachungsgremiums ist es aber, einen Mechanismus für eine formelle Zusammenarbeit zwischen staatlichen Kapitalmarkt(aufsichts-)behörden und der Stiftung zu bilden, ohne zugleich die Unabhängigkeit des Standardsetzungsprozesses zu gefährden. Dadurch sollen – auf einem internationalen Level – die traditionell auf nationaler Ebene bestehenden Verbindungen zwischen der Rechnungslegung und dem Staat bzw. seinen (Aufsichts-)Behörden nachgebildet werden, vgl. zum Ganzen Art. 18 der Constitution der IFRS-Foundation.

1888 Begr. RegE BilMoG, BT-Drucks. 16/10067, S. 97.

dem IFRIC kommen.¹⁸⁸⁹ Daneben ist das DRSC unmittelbar in den Standardssetzungsprozess eingebunden. Nicht nur ist es an den Gremien der EFRAG beteiligt, sondern hat auch einen Sitz im IFRS Advisory Council, den es „stellvertretend für die vier Standardsetzer aus Deutschland, Frankreich, Großbritannien und Italien“ wahrnimmt.¹⁸⁹⁰

- 92 Schließlich kann als konkretes Beispiel für jüngste Veränderungen im Standardsetzungsprozess auf den Entwicklungsprozess von IFRS 15 verwiesen werden. Das US Financial Accounting Standards Board (FASB) hat parallel zu IFRS 15 im Mai 2014 die Accounting Standards Codification (ASC) 606 – Revenue from Contracts with Customers veröffentlicht. Dabei wurden die beiden Standards zuvor weitgehend vereinheitlicht. Darüber hinaus haben IASB und FASB eine Joint Transition Resource Group for Revenue Recognition (TRG) gebildet, welche dabei helfen soll, im Rahmen der Umsetzung der Standards auftretende Auslegungsfragen möglichst einheitlichen Lösungen zuzuführen. Zugegebenermaßen gewährleistet keine der genannten Maßnahmen eine „echte“ Eigenpolitisierung der privaten Bilanzierungsordnung. So ist nicht gesagt, dass die staatlichen Stellen ihren verstärkten Einfluss auf die IFRS auch wirklich dafür nutzen, sich für Interessenpluralität einzusetzen. Insbesondere wäre dies dann nicht der Fall, wenn die beteiligten staatlichen Stellen selbst von Regulatory Capture betroffen sind. Doch insofern handelt es sich um ein allgemeines Problem der Bilanzierungsordnung, unabhängig davon, ob sie durch eine staatliche oder private Stelle erfolgt.

III. Einschränkung von Drittwirkungen

- 93 In einem weiteren Schritt ist in die Abwägung einzubeziehen, dass die IAS/IFRS bei Anwendung des hier vorgeschlagenen Modells (mittelbar) echte Drittwirkungen entfalten. Denn es ist gerade eines der beiden möglichen Anwendungsergebnisse des Modells, dass Bilanzierende, sofern sich ihnen eine neue, im HGB nicht unmittelbar beantwortete Bilanzierungsfrage stellt, auf den in einem privaten Rechnungslegungsstandard entwickelten Lösungsweg zurückgreifen können sollen (vgl. E.). Damit werden die Abschlussadressaten (insbesondere die Unternehmensgläubiger) den Standardinhalts ausgesetzt, obwohl sie nicht an der Entwicklung dieses Standards mitgewirkt haben und sich den IAS/IFRS auch nicht freiwillig unterworfen haben. Es lassen sich aber eine Reihe von rechnungslegungsspezifischen Gesichtspunkten anführen, welche diese mittelbaren Externalitäten abmildern und einhegen.

1889 Begr. RegE BilMoG, BT-Drucks. 16/10067, S. 97.

1890 Vgl. *Deutsches Rechnungslegungs Standards Committee e.V.*, Profil, abrufbar unter: <https://www.drsc.de/profil/>, letzter Abruf: 13.1.2025.

1. Aufsicht über den Rechnungslegungsprozess

Von den IAS/IFRS ausgehende negative Externalitäten werden zunächst dadurch 94 verhindert, dass auch eine stärker privat angeleitete HGB-Rechnungslegung unverändert von der staatlichen Rechnungslegungsaufsicht¹⁸⁹¹ erfasst wird. Zwar behält sich der Staat im Angesicht jeder privaten Ordnung stillschweigend vor, die Handlungsmöglichkeiten ihrer Anwender ex ante festzulegen bzw. nachträglich einzuschränken, Aufsichtsinstitutionen können aber zielgerichteter auf Defizite privater Ordnung reagieren.¹⁸⁹² Ins Gewicht fällt dabei, dass die Rechnungslegungsaufsicht in Deutschland zuletzt insbesondere infolge des „Wirecard“-Skandals erheblich gestärkt wurde. Als echter Drittschutz ist eine Aufsicht aber nur dann zu qualifizieren, sofern sie einen engen Zugriff auf die Anwender einer privaten Ordnung hat, ohne zugleich der Gefahr zu erliegen, von ihnen vereinnahmt zu werden, also ihre Unabhängigkeit zu verlieren.¹⁸⁹³ Zudem kann Aufsicht in Form eines Enforcements ex post ihre Zwecke nur dann erreichen, sofern die dabei zur Anwendung kommenden Enforcement-Tatbestände zunächst materiell-rechtlich mit Leben gefüllt wurden. Im Hinblick auf den erstgenannten Aspekt wurde in Deutschland in Form der vollständigen Verlagerung des Rechnungslegungs-enforcements auf die BaFin zuletzt eine einschneidende Maßnahme vorgenommen, wenngleich ihre Auswirkungen noch nicht vollends absehbar sind. Etwas problematisch bleibt, wie sich auf dem Gebiet des Kapitalmarktrechts beobachten lässt, allein der zweitgenannte Aspekt. Kapitalmarktrechtlich wurden mit den §§ 97, 98 WpHG für sich genommen schlagkräftige privatrechtliche Haftungstatbestände für Fälle fehlerhafter Ad-hoc-Publizität geschaffen. Ihre Durchsetzung wird jedoch dadurch erschwert, dass das materielle Recht, an dessen Verletzung sie anknüpfen, noch nicht im Detail bestimmt werden konnte.

1891 Mit dem Begriff der Aufsicht sind hier dabei alle Mechanismen angesprochen, welche dazu dienen, das Verhalten der Regelanwender zu überwachen und ihr Verhalten entsprechend anzuleiten. Vgl. allgemein zur Notwendigkeit von Enforcement im Hinblick auf die Europäischen Kapitalmärkte: Final Report of The Committee of Wise Men on the Regulation of European Securities Markets („Lamfalussy-Report“), 2001, S. 40 sowie im Zusammenhang mit den IFRS: Brown/Tarca, *European Accounting Review* 14 (2005), 181 ff.

1892 So kann die Rechnungslegungsaufsicht laufend den sich verändernden Marktverhältnissen und -informationen angepasst werden. Zudem vermag sie es, neue Vorgaben schneller, öfter und zu geringeren Kosten zu vermitteln, als dies mittels einer gesetzlichen Regelung möglich wäre. Außerdem kann sich eine Aufsicht innovativerer bzw. experimentellerer Vorgehensweisen bedienen, vgl. allgemein Coates, *Law and Contemporary Problems* 78 (2015), 1 (22).

1893 Vgl. zu entsprechenden Maßnahmen: Coates, *Law and Contemporary Problems* 78 (2015), 1 (22).

2. Berücksichtigung öffentlicher Funktionen

a. Relativierung des Drittwirkungsverbots

- 95 Darüber hinaus sprechen gute Gründe dafür, die von einer verstärkten Berücksichtigung der IAS/IFRS ausgehenden Externalitäten weniger kritisch zu sehen. Zunächst kann davon ausgegangen werden, dass Dritte die Wirkungen einer privaten Ordnung, selbst wenn sie ihnen unerwünscht sind, teilweise akzeptieren müssen, wenn dadurch zugleich das Wohl aller gefördert wird.¹⁸⁹⁴ Eine öffentliche Funktion wird den IAS/IFRS zumindest im Hinblick auf ihren unmittelbaren, gesetzlich definierten Anwendungsbereich – die Konzernrechnungslegung – verbreitet zugesprochen, da sie ein Bestandteil der unabdingbaren rechtlichen Infrastruktur weltweit vernetzter Kapitalmärkte sein sollen. Weil es sich insofern um einen Umstand handelt, der über die einzelnen bilateralen Beziehungen zwischen Rechnungslegenden und Abschlussadressaten hinausreicht, hat er jedenfalls eine teil-öffentliche Bewandnis. Diese teil-öffentliche Funktion der IAS/IFRS hat der europäische Gesetzgeber ausdrücklich anerkannt bzw. den IAS/IFRS sogar erst (mit-)verliehen, indem er sich auch deshalb dagegen entschieden hat, selbst europäische Konzernrechnungslegungsregeln auszuarbeiten, weil er auf die Wirkungsmacht der privaten Standards gesetzt hat (vgl. § 5 B. II. 2. c. cc.).
- 96 Bei dem hier vorgeschlagenen Rollenwechsel kommt den IAS/IFRS eine weitere, wenngleich andersartige öffentliche Funktion zu. Diese besteht darin, dass wenn zur Beantwortung einer neuartigen Bilanzierungsfrage im Einzelabschluss auf einen IFRS zurückgegriffen werden kann, die Rechtsunsicherheit aufseiten der Rechnungslegungspraxis sinkt. Zudem tragen sie so auch allgemein zur normativen Schließung des Handelsbilanzrechts bei. Denn die Auslegung von Bilanzrechtsnormen muss sich dann nicht mehr auf den Verweis auf einen ständigen Gerichtsgebrauch des BFH beschränken. Zum einen dauert es unter Umständen lange, bis sich ein solcher Gerichtsgebrauch etabliert hat. Zum anderen entscheidet der BFH nur über konkrete Sachverhalte. Der Rückgriff auf einen IFRS ist im Zweifel früher möglich und die Rechtsanwender können sich mit einem umfassenden Abbildungskonzept auseinandersetzen.

1894 Vgl. *Wielsch*, in: Eidenmüller, *Regulatory Competition*, S. 71 (99 f.): Die aner kennenswerte öffentliche Funktion einiger privater Ordnungen rechtfertigt es, sie gegenüber der übrigen privaten Regelsetzung teilweise zu privilegieren. Sofern eine private Ordnung ihre öffentliche Funktion nur entfalten könne, wenn sie auf eine maximal große Personenanzahl erstreckt werde, könne das generelle Erfordernis, dass die Adressaten einer privaten Regelung zustimmen müssen, durch ein Widerspruchsrecht („right to opt out of the private order“) ersetzt werden. S. auch *Bachmann*, *Private Ordnung*, S. 178, 190, 206 ff.: Das „Gruppenwohl“ sei ein mögliches ergänzendes Legitimationselement privater Ordnung. Im Lichte eines solchen Gruppenwohls könne die für private Ordnung notwendige Partizipation anders verstanden werden. Man könne sich insofern insbesondere mit weniger Beteiligung zufriedengeben.

b. Konkretisierung des Drittschutzes

Im Lichte dessen kann der Drittschutz, der beim hier vorgeschlagenen Vorgehen 97 gewährleistet sein muss, konkretisiert werden. Es muss nicht um den Schutz bestimmter Personen bzw. Personengruppen gehen, sondern um den Schutz einzelner Regelungsbereiche und der ihnen zugrundeliegenden politischen Wertungen vor den Expansionstendenzen der privaten Ordnung. Der Blick richtet sich insofern auf das Steuer- und das Gesellschaftsrecht als jeweils in sich geschlossene Regelungsbereiche. Da es das Exklusivrecht des Staates ist, Steuern zu erheben, ist auf dem Gebiet des Steuerrechts von einem Rechtsetzungsmonopol des Staates auszugehen. Privaten Dritten kann insofern bereits keine echte Wettbewerberstellung zukommen. Ebenso wenig erscheint es denkbar, Privaten hier unter Zugrundelegung des vorgestellten Modells eine andere Rolle zusprechen zu wollen, als dass sie bloßes Anschauungsmaterial für eine staatliche Regulierung liefern.¹⁸⁹⁵ Es muss mit anderen Worten gewährleistet werden, dass die internationalen Rechnungslegungsstandards insofern ihren Status als bloße Rechtserkenntnisquelle behalten.

Das ihm auf dem Gebiet des Steuer(bilanz-)rechts zukommende Rechtsetzungsmonopol 98 nimmt der Staat, wie aufgezeigt, auch immer stärker wahr. Der Maßgeblichkeitsgrundsatz verliert dadurch an Bedeutung. Hier ist diese Entwicklung als eine mittelbare Durchsetzung des Drittwirkungsverbots privater Ordnungen zu bewerten. In Bezug auf möglicherweise unerlaubte Drittwirkungen einer teilprivatisierten Rechnungslegung auf das Gesellschaftsrecht muss hingegen zunächst einmal definiert werden, um welche externen Effekte es geht. Im Kern kann es allein darum gehen, diejenigen Mechanismen des Gesellschaftsrechts, welche verhindern sollen, dass es zu einer bilanziellen Überschuldung von Gesellschaften kommt bzw. eine solche, bereits eingetretene Überschuldung noch vertieft wird, vor dem Einfluss privater Ordnung zu schützen. Dies bedeutet aber nicht zugleich, dass sämtliche Wirkungen einer tendenziell stärker an der Informationsfunktion der Rechnungslegung orientierten privaten Standardsetzung ausgeschlossen sein müssen. Dies würde schon dem differenzierten Charakter der IFRS nicht gerecht.

IV. Rechnungslegungsregeln in the shadow of the law

Es spricht gegen einen Rollenwechsel des Bilanzrechtsgesetzgebers im Lichte priva- 99 ter Ordnung, dass die Rechnungslegung bislang vor allem unmittelbar im Anschluss an (vermeintliche) Krisen politische Aufmerksamkeit erfährt (dazu § 5 B. II. 2. b.). Denn angesichts dessen kann sich ein privater Rechnungslegungsstandardsetzer

¹⁸⁹⁵ Vgl. allgemein zur Sonderstellung insbesondere des Steuerrechts im Rahmen der hiesigen Diskussion: Möslin, in: Eidenmüller, Regulatory Competition, S. 147 (148).

relativ sicher sein, dass nur dann von staatlicher Seite in die private Ordnung eingegriffen wird, wenn sich ein gravierender Missstand offenbart. Unter diesen Umständen erscheint es fernliegend, dass dieser Standardsetzer, so wie es oben als Ziel ausgegeben wurde (E. I. 4.), in the shadow of the law agiert. Denn es mangelt hier bereits an Indizien, anhand derer der Standardsetzer den politischen Willen – sofern er sich dazu veranlasst sähe – antizipieren könnte. Da das Rechnungslegungssystem aus sich selbst heraus nicht dauerhaft politische Aufmerksamkeit generieren kann, muss es das Ziel sein, diese Aufmerksamkeit zu simulieren. Dies geschieht dadurch, dass das private Recht fortlaufend systematisch und umfassend evaluiert und aufbereitet wird. Zudem muss einem privaten Rechnungslegungsstandardsetzer von staatlicher Seite signalisiert werden, dass der Staat andauernd die für einen potenziellen Eingriff in den privaten Ordnungsprozess notwendige Expertise vorhält. Denn andernfalls wird der private Regelsetzer sein Verhalten nach dem Wissen ausrichten, dass der Staat das für einen Eingriff notwendige Wissen erst mühevoll und unter Einsatz hoher Kosten zurückerlangen müsste, was im Zweifel nicht passieren wird.¹⁸⁹⁶ Auch dann wird man aber zu dem Schluss kommen müssen, dass der Staat selbst nicht in der Lage ist, einen sehr breiten Schatten auf eine private Rechnungslegungsordnung zu werfen. Ein Ausweg hieraus bietet aber die Politisierung der privaten Rechnungslegungsordnung selbst (dazu II.). Darüber hinaus muss ein privater Standardsetzer davon ausgehen, dass Seismografen in Gestalt von Unternehmensakteuren, Wirtschaftsprüfern und Wissenschaft existieren, welche über die notwendigen Mittel verfügen, um den Staat bei Missständen zum Eingreifen zu bewegen.

1896 Köndgen AcP 206 (2006), 477 (523).

§ 30 Fazit

1. Damit zeigt sich, dass im Hinblick auf die IAS/IFRS als private Ordnung starke, im Rahmen des hier vorgeschlagenen Modells zu berücksichtigende Absicherungsmechanismen existieren. All dies spricht dafür, die Voraussetzungen des hier vorgeschlagenen Modells im Hinblick auf die IAS/IFRS und speziell im Hinblick auf IFRS 15 als grundsätzlich erfüllt anzusehen. Da die Rechtssicherheit im Hinblick auf die IFRS 15-Kriterien zur Wesentlichkeitsbetrachtung bei Mehrkomponentengeschäften auch konkret verbessert wird, sofern im Hinblick auf eine IFRS 15-konforme Bilanzierung davon ausgegangen wird, dass sie rechtmäßig ist, ist für eine Vermutungswirkung zu plädieren.
2. Mit IFRS 15 gibt es einen privaten Rechnungslegungsstandard, der konkrete Kriterien für eine bilanzielle Wesentlichkeitsbetrachtung bei der Mehrkomponentenertragsrealisation enthält. IFRS 15 eignet sich insofern dazu, dass in den Teilen 5 und 6 erarbeitete Abbildungskonzept zu komplettieren (§ 28). Im Ausgangspunkt ist IFRS 15 aber nur für von den durch die IAS-Verordnung erfassten Konzernmutterunternehmen im Rahmen der Erstellung ihres Konzernabschlusses verpflichtend zu befolgen.
3. Wenn es um die Erstellung der steuerrechtlichen und handelsrechtlichen (Einzel-)Jahresabschluss geht, kann IFRS 15 hingegen nach herkömmlicher, am rechtspositivistischen Denken geschulter Auffassung allein als Rechtserkenntnisquelle dienen. Dabei bleibt offen, welchen Status solche Rechtserkenntnisquellen methodisch haben (§ 29 A.). Dieses Ergebnis ist aus bilanzrechtspolitischer und -dogmatischer Sicht unbefriedigend (§ 29 B. und C.).
4. Die Untersuchung plädiert stattdessen für eine bedingte Auslegung der (staatlichen) Gewinnermittlungsregeln. Im Hinblick auf eine Mehrkomponentenbilanzierung im Jahresabschluss, die IFRS 15 folgt, soll zu vermuten sein, dass sie rechtmäßig ist.
5. Um die Bedingungen dafür zu formulieren, muss man sich dem Verhältnis von staatlichem „Recht“ und privater Ordnung anders nähern als durch die Brille eines formalen Rechtsbegriffes. Hierfür existieren mit Rechtsökonomie und „reflexiver“ Systemtheorie des Rechts zwei Theorienmodelle, welche normative Forderungen nach einem funktionsorientierten Umgang mit privater Ordnung stützen (§ 29 D.). Die Untersuchung leitet aus den beiden Theorienmodellen ab, dass die zentrale Frage bei der Auseinandersetzung mit privater Regelsetzung sein muss, ob bei einer funktionellen Betrachtung entweder mehr staatliches Recht oder aber mehr Freiraum für die private Ordnung vorzugswürdig erscheint.
6. Auf dieser Basis wird ein Modell vorgeschlagen, um zu bestimmen, welcher Status privaten Regelungen im Rahmen der Auslegung zukommen muss (§ 29

E.). Konkret dient das Modell der Entscheidung darüber, ob sie mehr sind als eine bloße Rechtserkenntnisquelle. Es wird vorgeschlagen, dieses Modell zu verwenden, um zu entscheiden, ob privaten Bilanzierungsregeln eine Vermutungswirkung im Rahmen der Auslegung des staatlichen Bilanzrechts zukommt. Sofern die beiden Voraussetzungen des Modells erfüllt sind, ist zu vermuten, dass ein privater Lösungsvorschlag für einen „Hard Case“ der Bilanzierung rechtmäßig ist. Der Staat kann sich sodann auf die Position des „Regelnehmers“ zurückziehen und muss im Hinblick auf das Bilanzierungsproblem keine eigenen Detailregelungen entwerfen.

7. Das Abwägungsmodell, das die Untersuchung vorschlägt, hat zwei Stufen. Die erste Stufe des Modells besteht aus vier institutionellen Voraussetzungen, die eine private Ordnung erfüllen muss. Damit reagiert das Modell auf die unter § 29 D. einbezogenen funktionellen Sichtweisen auf private Regelungen. Es wird berücksichtigt, dass private Regelungen danach nur unter gewissen Umständen gegenüber staatlicher Regelung vorteilhaft sind.
8. Die zweite Modellstufe macht eine qualitative Cost-Benefit-Analyse aus. Auf dieser zweiten Stufe erfolgt ein hypothetischer Vergleich, zwischen einer Welt, in welcher der Staat sich darauf beschränkt, die institutionellen Voraussetzungen einer privaten Ordnung zu überprüfen und zu stützen, und einer Welt, in der stattdessen neue gesetzliche Detailregelungen geschaffen werden. Es geht hier also darum, die Position des Staates einzunehmen. Dem liegt die Überlegung zugrunde, dass es Fälle gibt, in denen eine private Ordnung zwar für die Rechnungslegungen vorteilhaft wäre, aber nicht für den Staat, der es übernommen hat, die auf der ersten Modellstufe herausgestellten institutionellen Voraussetzungen zu gewährleisten und abzusichern.
9. Dabei wird die Heranziehung von IFRS 15 zur Lösung des Hard Case „Mehrkomponentengeschäfte“ in zwei Schritten analysiert (§ 29 F.). Dafür werden die Gründe rekapituliert, weshalb das staatliche Bilanzrecht allein nicht ausreicht, um schwierige Bilanzierungsfragen zu beantworten (§ 29 F. I.). Auf dieser Grundlage wird aufgezeigt, weshalb beide Elemente des unter § 29 E. skizzierten Modells im Hinblick auf die privaten Rechnungslegungsstandards IAS/IFRS erfüllt sind (§ 29 F. II.). Es wird also herausgestellt, dass die IAS/IFRS die unter E. I. definierten vier Voraussetzungen privater Ordnung sehr weitgehend erfüllen. Allgemein behält sich der Staat die Überprüfung jeder privaten Rechnungslegungsstandardsetzung dadurch implizit vor, dass es ihm jederzeit freisteht, den privaten Regelungsbereich (wieder) durch Gesetze zu überformen. So könnte der Gesetzgeber für Mehrkomponentengeschäfte selbstverständlich ein eigenes umfassendes Abbildungskonzept entwerfen. Es erschien jedoch ganz zirkelschlüssig, den Rückzug auf die Position des Regelnehmers im Angesicht der IAS/IFRS gerade hiermit begründen zu wollen. Zur Begründung ist viel-

mehr darauf abzustellen, dass mit den Bilanzierungsprinzipien und der Bilanzrechtsdogmatik zwei rechnungslegungsspezifische Mechanismen zur ständigen Überprüfbarkeit der IAS/IFRS als privater Ordnung existieren. Der Schwerpunkt der Prüfung liegt sodann auf der Frage, ob die IAS/IFRS-Rechnungslegungsordnung aus der Sicht des hier vorgeschlagenen Modells hinreichend politisiert ist. Insofern gilt, dass die politische Dimension der Rechnungslegung in den Anfangsjahren der transnationalen privaten Rechnungslegungsordnung nur unzureichend berücksichtigt wurde, was gerade deshalb problematisch war, da der Ordnungsprozess einen starken Drang zur Monopolisierung aufweist. Zu berücksichtigen ist aber, dass der politische Einfluss auf Entwicklung und Fortbildung der IFRS zuletzt deutlich verstärkt wurde. Schließlich ist auch gewährleistet, dass die IAS/IFRS im „shadow of the law“ (vgl. E. I. 4.) erarbeitet werden. In der Gesamtschau spricht all dies dafür, die Voraussetzungen des hier vorgeschlagenen Modells im Hinblick auf die IAS/IFRS als grundsätzlich erfüllt anzusehen.

10. Dieses Ergebnis ermöglicht es, im Hinblick auf eine HGB-Einzelabschlussbilanzierung, welche auf die in § 28 dargestellten IFRS 15-Kriterien zurückgreift, zu vermuten, dass sie rechtmäßig ist.

Teil 8 – Ergebnisse

1 Die Ergebnisse der Arbeit lassen sich in 22 Thesen zusammenfassen:

I. Zur herkömmlichen Bilanzrechtsdogmatik

1. Der Sinngehalt der in den §§ 238 ff. HGB kodifizierten Bilanzierungsprinzipien wird herkömmlich in einem praktischen Diskurs rekonstruiert. Schlussendlich wird im Rahmen der Bilanzrechtsdogmatik ein Konsens der Bilanzrechtsgemeinschaft gefunden und bestätigt. Eine bestimmte Norminterpretation wird dabei durch den impliziten, vergangenheitsbezogenen Verweis auf ein bestehendes Bündel an geteilten Überzeugungen, dessen Gewichtung nur jeweils angepasst werden muss, plausibel und stabil.
2. Insofern es um neue Geschäftsvorfälle geht, deren Abbildung das Gesetz nicht ausdrücklich adressiert, fokussiert sich die Bilanzrechtsdogmatik auf die Rezeption der BFH-Rechtsprechung, also ständiger Gerichtsgebräuche. Da sich die finanzgerichtliche Rechtsprechung (selbstverständlich) immer nur zu dem aus ihrer Sicht entscheidungsrelevanten Sachverhalt äußert, führt dies zu einer teillösungsfixierten und damit limitierten Dogmatik.
3. Abzulehnen ist die vom BFH und Teilen der bilanzrechtsdogmatischen Literatur befürwortete wirtschaftliche (Kontroll-)Betrachtung zivilrechtsakzessorischer Bilanzierungshypothesen ohne jeglichen Gesetzesbezug. Denn die Existenz und Anerkennung dieser Betrachtungsmöglichkeit macht ein normatives Erwarten der Rechtsadressaten unmöglich. Solange sie den Gerichten als Alternativoption zur Entscheidungsbegründung zur Verfügung steht, können die Rechtsanwender erst dann auf die Rechtmäßigkeit des eigenen Handelns vertrauen, wenn der BFH konkret über dieses Handeln entschieden hat. Denn die Argumentation mit der wirtschaftlichen Betrachtungsweise ist immer eine Argumentation ad hoc und ad hominem. Sie stützt sich allein darauf, welche Sachverhaltsbetrachtung das Gericht konkret für „realistisch“ erachtet. Aus ihr lassen sich aber keinerlei Folgerungen für angrenzende Fragestellungen ableiten, selbst wenn diese Fragestellungen einen sehr vergleichbaren Gehalt aufzuweisen scheinen. Im freien argumentativen Raum auf wirtschaftliche Erwägungen abstellenden Gerichtsentscheidungen fehlt es mit anderen Worten an Anhaltspunkten für Typisierungsprozesse. An die Stelle von Dogmatik tritt eine Einzelfallbetrachtung.
4. Die Arbeit zeigt drei Methodenperspektiven der Bilanzrechtsdogmatik auf: die zivilrechtsakzessorische Methode (§ 3), die Argumentation mit einer durch den Verweis auf die Rechtsidee des Bilanzrechts abgesicherten „wirt-

schaftlichen“ Betrachtungsweise (§ 4) und die privatordnungsorientierte Methode (§ 5).

II. Grundlagen einer privatrechtlichen Mehrkomponentendogmatik

5. Unter Mehrkomponentengeschäften versteht die Bilanzierungspraxis Geschäfte, bei denen mehrere (gleich- oder ungleichartige) Leistungskomponenten wirtschaftlich miteinander verknüpft werden. Solche Mehrkomponentengeschäfte sind Alltagsphänomene des modernen Wirtschaftslebens. Dahinter stehen vor allem marketingstrategische Überlegungen ihrer Anbieter.
6. Dem BGB sind nur wenige unmittelbare Anhaltspunkte für eine Mehrkomponentendogmatik zu entnehmen. Vielmehr legt der Regelungsansatz des BGB eine separate Einzelbetrachtung von Leistungskomponenten nahe. Zudem gibt es keine Regeln, die den Parteien eines Mehrkomponentengeschäfts Vorgaben dazu machen würden, wo sie die Vertragsgrenzen zu ziehen haben.
7. Die Rechtsfigur der verbundenen und zusammenhängenden Verträge, welche den §§ 358 ff. BGB zugrunde liegt, lässt sich als Reaktion auf das ursprüngliche Schweigen des BGB zu Mehrkomponentengeschäften deuten. Mehrkomponentengeschäfte traten danach erstmalig in Gestalt des finanzierten Abzahlungsgeschäfts in das Bewusstsein der Rechtswissenschaft. Die angesprochenen gesetzlichen Regelungen lassen sich allerdings nicht im Wege der Analogie auf alle Mehrkomponentengeschäfte anwenden, weshalb sich eine übergreifende Lösung für die Mehrkomponentenproblematik auf allgemeine privatrechtsdogmatische Erwägungen stützen muss.
8. Bei Mehrkomponentengeschäften lassen sich drei Willenselemente der Parteien unterscheiden: (1) der Wille zur Begründung von Leistungspflichten, (2) der Wille zur Zusammenfassung dieser Leistungspflichten in einem Vertrag bzw. der – dem entgegengesetzte – Wille zur Vertragstrennung und (3) der Willen zur wirtschaftlichen Verknüpfung mehrerer, zunächst separater Verträge. Die Arbeit plädiert dafür, das dritte Element unter Rückgriff auf *Gernhuber* als Finalnexus zu bezeichnen.
9. Es lassen sich Kriterien aufstellen, anhand derer entschieden werden kann, unter welchen Voraussetzungen an den für Mehrkomponentengeschäfte damit aus rechtlicher Sicht typischen Finalnexus privatautonomienegierende Rechtswirkungen geknüpft werden dürfen. Mittels dieser Kriterienbildung ist zu ermitteln, wann Gerichte ein dem Abnehmer zustehendes Recht zur Lösung vom Vertrag im Hinblick auf eine Leistungskomponente so erweitern dürfen, dass es auch die anderen (nicht

- gestörten) Leistungskomponenten erfasst, obwohl die Parteien die Vertragsvereinbarungen eigentlich getrennt haben. Schlussendlich ist dafür zu plädieren, diesen Abnehmerschutz zur Gewährleistung von Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit gerichtlichen Handelns im Wege einer Typisierung auf Verbrauchermehrkomponentengeschäfte zu beschränken.
10. Der Verbraucherschutz im Wege der Gewährleistung einer gerichtlichen Eingriffsmöglichkeit in alle dem Mehrkomponentengeschäft zugrundeliegenden vertraglichen Vereinbarungen bei einem auf eine Einzelkomponente beschränkten Recht zur Lösung vom Vertrag ließe sich grundsätzlich sowohl im Wege eines „Informationsmodells“ als auch eines „Eingriffsmodells“ umsetzen. Bei einer vergleichenden Gegenüberstellung der beiden Modelle überwiegen die Vorbehalte gegenüber dem erstgenannten.
- III. Die zivilrechtsakzessorische Ertragsrealisation bei Mehrkomponentengeschäften
11. Im Ausgangspunkt des auf II. aufbauenden Modells einer zivilrechtsakzessorischen Ertragsrealisation bei Mehrkomponentengeschäften steht die allgemein anerkannte Überzeugung, dass ein Teilerlös aus einem Mehrkomponentengeschäft gemäß § 252 Abs.1 Nr. 4 HGB realisiert werden darf, sobald dem Anbieter der entsprechende Teil der vom Kunden zu entrichtenden Gegenleistung „quasisicher“ ist. Dabei ist davon auszugehen, dass die Einzelkomponenten aus privatrechtlicher Sicht grundsätzlich unverknüpft sind, solange die Parteien nicht – explizit oder konkludent – eine Verknüpfung hergestellt haben. Daraus folgt, dass dem Anbieter bei Erbringung der Einzelkomponente regelmäßig bereits der ihr entsprechende Teil der Gegenleistung zusteht. Es kommt insofern allein auf die privatrechtlichen Preisgefahrregelungen im Hinblick auf die Einzelkomponente an. Demgemäß gilt, dass die sog. Konzeption der Umsatzaufgliederung bei einer zivilrechtsakzessorischen Bilanzierung den Regelfall bildet.
 12. Anders ist dies nach dem zivilrechtsakzessorischen Ertragsrealisationsmodell nur unter zwei Voraussetzungen. Zum einen müssen die dem Mehrkomponentengeschäft zugrundeliegenden Verträge im Sinne eines Finalnexus miteinander verknüpft sein. Zum anderen muss es sich beim Kunden des Mehrkomponentengeschäfts um einen Verbraucher handeln. Wenn diese zwei Voraussetzungen erfüllt sind, vermag sich der Kunde, trotzdem die Gegenleistungsgefahr im Hinblick auf die Erstkomponente bereits übergegangen ist, bei einem Vertragslösungsrecht im Hinblick auf die Zweitkomponente unter Berufung auf den Finalnexus auch vom Gesamtgeschäft lösen. Dies gilt selbst bei einem zufälligen Untergang der

Zweitkomponente, solange nicht auch insofern die Gegenleistungsgefahr übergegangen ist. In den umrissenen Fällen muss mithin bei einer zivilrechtsakzessorischen Rechnungslegung die Erlösrealisierung hinausgezögert werden.

13. Aus Sicht der Rechnungslegungspraxis würde eine strenge Befolgung der zivilrechtsakzessorischen Methode zu einer Verzerrung des Einblicks in die Unternehmenslage führen. Dem ist auf einer ersten Stufe entgegenzuhalten, dass die deutsche Bilanzrechtsordnung diese Verzerrung aushalten und die zivilrechtsakzessorische Methode gegen den Vorwurf der Realitätsferne verteidigen muss, da die vorgeschlagene Alternativlösung aus Sicht des Rechts schlichtweg unakzeptabel ist. Die Rechnungslegung muss jedenfalls so weit wie möglich in das Privatrechtssystem integriert werden, indem neu abzubildende schwierige Fälle in juristische Begriffe überführt werden, selbst wenn dies bedeutet, dass die sich daran anschließende Bilanzierung im Ergebnis im Einzelfall „unrealistischer“ erscheint als eine auf wirtschaftliche Erwägungen abstellende Rechnungslegung. Es ist dafür zu plädieren, dass eine wirtschaftliche Betrachtungsweise eine präzisierte rechtsformalistische Sicht nur dann verdrängen darf, wenn sie sich auf ein bilanzrechtsdogmatisches Begründungsfundament stützen kann.
14. Die rein zivilrechtsakzessorisch argumentierende Bilanzrechtsdogmatik der Gewinnrealisation weist zudem eine Lücke auf, wenn es darum geht, eine rechtlich tragfähige Theorie für das Konzept der Kostenabgrenzung zu entwerfen. Sie vermag es aus sich heraus nicht, die bei der Gewinnrealisation einer Reihe von Mehrkomponentengeschäften befürwortete Wesentlichkeitsbetrachtung mit im Recht tragfähigen Argumenten zu begründen.

IV. Rechtfertigung „wirtschaftlich“ motivierter Akzessorietätsdurchbrechungen

15. Das Plädoyer für den Rückgriff auf eine dominierende Jahresabschlussfunktion (die „Rechtsidee“ des Bilanzrechts), wenn es darum geht, Vorichts- und Realisationsprinzip gegeneinander abzuwägen, beruht auf zwei Erkenntnissen der Untersuchung: Einerseits ist eine Ertragsrealisation, die sich pauschal auf eine wirtschaftliche Betrachtungsweise stützt, mit einer Qualifikation von Rechnungslegung als Rechtsanwendung, wie sie die §§ 238 ff. HGB implizieren, unvereinbar (3.). Andererseits wäre eine streng zivilrechtsakzessorische Ertragsrealisation bei Verbrauchermehrkomponentengeschäften realitätsfremd und damit aus bilanzpraktischer Sicht ein untragbares Arbeitsergebnis (13.). Es gilt deshalb zweierlei: Es liegt nahe, die Zivilrechtsakzessorietät bei der Ertragsrealisation von

Mehrkomponentengeschäften zu durchbrechen und den Ertrag aus einem Verbrauchermehrkomponentengeschäft (vorgezogen) zu realisieren, obwohl ein zivilrechtliches Verbraucherrecht zur Gesamtrückabwicklung des Geschäfts existiert (9. und 10.). Zugleich fehlt aber zunächst ein tragfähiges dogmatisches Fundament für dieses Ergebnis.

16. Die Arbeit zieht aus den beiden unter 15. skizzierten Erkenntnissen den Schluss, dass Gerichte und Rechtsanwender bei „schwierigen“ Fällen der Ertragsrealisation – also insbesondere bei Mehrkomponentengeschäften –, sofern die „wirtschaftliche“ Betrachtung eine Durchbrechung der Zivilrechtsakzessorietät nahelegt, methodisch Vorsichts- und Realisationsprinzip gegeneinander abwägen müssen. Denn nur so wird die Entscheidung über die Durchbrechung – soweit dies die gegenwärtige Verfasstheit der §§ 238 ff. HGB zulässt – rechtlich begründet und findet nicht rein willkürlich statt. Auf diesem Weg können mit anderen Worten „wirtschaftlich“ motivierte Durchbrechungen der Zivilrechtsakzessorietät bilanzrechtsmethodisch fundiert werden.
17. Als Problem erweist es sich, dass eine Abwägung von Vorsichts- und Realisationsprinzip zwar grundsätzlich möglich ist, diese Abwägungsmethode jedoch an der fehlenden normativen Geschlossenheit des Bilanzrechts zu scheitern droht. Als Lösung für dieses Problem schlägt die Arbeit vor, die Durchbrechung der Zivilrechtsakzessorietät bei der Ertragsrealisation von Mehrkomponentengeschäften, durch einen Verweis auf den Jahresabschlusszweck der „Information“ als fundamentaler „Rechtsidee“ der §§ 238 ff. HGB rechtfertigen. Denn eine am Primat des „Gläubigerschutzes“ orientierte Auslegung der Bilanzierungsprinzipien entbehrt einer rechtlichen Grundlage im durch die Bilanzrichtlinie geprägten deutschen Recht.
18. Dieses Ergebnis lässt sich nicht mit letzter Gewissheit auf eine richtlinienkonforme Auslegung der §§ 238 ff. HGB stützen. Aus diesem Grund wird berücksichtigt, dass auch eine ökonomische Auslegung des Bilanzrechts einer Ausrichtung der Realisation am Gedanken des Gläubigerschutzes, sofern in der Folge Ertrag und Aufwand nicht periodengerecht ausgewiesen werden, widerspricht. Der Zusammenhang zwischen dem gesellschaftsrechtlichen Anliegen des Gläubigerschutzes und einer vorsichtsprägen Bilanzierung ist also bei einer rechtsökonomischen Betrachtung nicht in das Gesetz hineinzulesen.

V. Ergänzungsfunktion einer privatordnungsorientierten Ertragsrealisation

19. Mit IFRS 15 gibt es einen privaten Rechnungslegungsstandard, der konkrete Kriterien für eine bilanzielle Wesentlichkeitsbetrachtung bei der

-
- Mehrkomponentenertragsrealisation enthält. IFRS 15 eignet sich deshalb dazu, das unter III. und IV. skizzierte Ertragsrealisationskonzept um eine Wesentlichkeitsbetrachtung zu ergänzen und so zu vervollständigen.
20. Dies geschieht, indem die (staatlichen) Gewinnermittlungsregeln bedingt ausgelegt werden. Im Hinblick auf eine Mehrkomponentenbilanzierung im HGB-Einzelfjahresabschluss, die IFRS 15 folgt, wird vermutet, dass sie rechtmäßig ist. Es handelt sich bei IFRS 15 dementsprechend nicht nur um eine Rechtserkenntnisquelle.
 21. Voraussetzung für diesen Statuswechsel von IFRS 15 ist, dass die dafür im Rahmen der Auslegung erforderlichen Bedingungen im Hinblick auf die IAS/IFRS erfüllt sind. Diese Bedingungen lassen sich in die Form eines zweistufigen Abwägungsmodells bringen. Die erste Stufe des Modells besteht aus vier institutionellen Voraussetzungen, die eine private Ordnung erfüllen muss. Die zweite Modellstufe macht eine qualitative Cost-Benefit-Analyse aus. Auf dieser zweiten Stufe erfolgt ein hypothetischer Vergleich, zwischen einer Welt, in welcher der Staat sich darauf beschränkt, die institutionellen Voraussetzungen einer privaten Ordnung zu überprüfen und zu stützen, und einer Welt, in der stattdessen neue gesetzliche Detailregelungen geschaffen werden.
 22. Der Statuswechsel von IFRS 15 lässt sich damit rechtfertigen, dass mit den Bilanzierungsprinzipien und einer (neu auszurichtenden) Bilanzrechtsdogmatik zwei rechnungslegungsspezifische Mechanismen zur ständigen Überprüfbarkeit der IAS/IFRS als privater Ordnung existieren. Die politische Dimension der Rechnungslegung wurde zwar in den Anfangsjahren der transnationalen privaten Rechnungslegungsordnung nur unzureichend berücksichtigt, was gerade deshalb problematisch war, da der Ordnungsprozess einen starken Drang zur Monopolisierung aufweist. Zu berücksichtigen ist aber, dass der politische Einfluss auf Entwicklung und Fortbildung der IFRS zuletzt deutlich verstärkt wurde. Schließlich ist auch gewährleistet, dass die IAS/IFRS im „shadow of the law“ erarbeitet werden. In der Gesamtschau spricht all dies dafür, die Voraussetzungen des hier vorgeschlagenen Modells im Hinblick auf die IAS/IFRS als grundsätzlich erfüllt anzusehen.

Annex: Literaturverzeichnis

- Adler, Hans (Begr.)/Düring, Walther/Schmaltz, Kurt, Rechnungslegung und Prüfung der Unternehmen, 6. Aufl., Stuttgart 2000 (Loseblatt) (zitiert: Adler/Düring/Schmaltz).
- Alchian, Armen A./Demsetz, Harold, Production, Information Costs, and Economic Organization, *The American Economic Review* 62 (1972), S. 777 – 795 (zitiert: Alchian/Demsetz *Am. Econ. Rev.* 62 (1972), 777).
- Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden 1985 (9. Aufl. Frankfurt a.M. 2019) (zitiert: Alexy, *Theorie der Grundrechte*).
- Anschütz, August/Völdernsdorff und Waradein, Otto Freiherr v., Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuche mit Ausschluß des Seerechts, Bd. I, Erlangen 1868 (zitiert: Anschütz/v. Völdernsdorff, Kommentar zum ADHGB).
- Arbeitskreis Bilanzrecht Hochschullehrer Rechtswissenschaft, Zur Fortentwicklung des deutschen Bilanzrechts, *BB* 2002, S. 2372 – 2381 (zitiert: Arbeitskreis Bilanzrecht *BB* 2002, 2372).
- Arbeitskreis Bilanzrecht Hochschullehrer Rechtswissenschaft, Überlegungen zur Umsetzung der EU-Bilanzrichtlinie RL 2013/34/EU vom 26.6.2013 in deutsches Recht, *NZG* 2014, S. 892 – 896 (zitiert: Arbeitskreis Bilanzrecht *NZG* 2014, 892).
- Arbeitskreis Internes Rechnungswesen der Schmalenbach-Gesellschaft für Betriebswirtschaft e.V., *Verbundprodukte – Wie Kundenorientierung, Digitalisierung und Verkaufsgeschick das Rechnungswesen provozieren*, München 2022 (zitiert: Arbeitskreis Internes Rechnungswesen, *Verbundprodukte*).
- Armour, John, Share Capital and Creditor Protection: Efficient Rules for a Modern Company Law, *The Modern Law Review* 63 (2000), S. 355 – 378 (zitiert: Armour *MLR* 63 (2000), 355).
- Armour, John/Awrey, Dan/Davies, Paul/Enriques, Luca/Gordon, Jeffrey N./Mayer, Colin/Payne, Jennifer, *Principles of Financial Regulation*, Oxford 2016 (zitiert: Bearbeiter, in: *PFR*).
- Arrow, Kenneth J., A Difficulty in the Concept of Social Welfare, *Journal of Political Economy* 58 (1950), S. 328 – 346 (zitiert: Arrow *Journal of Political Economy* 58 (1950), 328).
- Arrow, Kenneth J., The Economics of Agency, in: Pratt, John W./Zeckhauser, Richard J. (Hrsg.), *Principals and Agents: The Structure of Business*, Boston 1985, S. 37 – 51 (zitiert: Arrow, in: Pratt/Zeckhauser, *Principals and Agents*, S. 37).
- Arrow, Kenneth J., The Theory of Risk-Bearing: Small and Great Risks, *Journal of Risk and Uncertainty* 12 (1996), S. 103 – 111 (zitiert: Arrow *Journal of Risk and Uncertainty* 12 (1996), 103).
- Auer, Marietta, *Der privatrechtliche Diskurs der Moderne*, Tübingen 2014, zugl. Habil. München 2012 (zitiert: Auer, *Privatrechtlicher Diskurs der Moderne*).
- Auer, Marietta, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne revisited, *KJ* 53 (2020), S. 45 – 55 (zitiert: Auer *KJ* 53 (2020), 45).
- Awrey, Dan, Split Derivatives: Inside the World's Most Misunderstood Contract, *Yale Journal on Regulation* 36 (2019), S. 495 – 574 (zitiert: Awrey *Yale J on Reg* 36 (2019), 495).
- Bach, Ivo, *Leistungshindernisse*, Tübingen 2017, zugl. Habil. Mainz 2015 (zitiert: Bach, *Leistungshindernisse*).
- Bach, Ivo, Neue Richtlinien zum Verbrauchsgüterkauf und zu Verbraucherverträgen über digitale Inhalte, *NJW* 2019, S. 1705 – 1711 (zitiert: Bach *NJW* 2019, 1705).

- Bachmann*, Gregor, ECLR – Grundtendenzen der Reform geschlossener Gesellschaften in Europa, ZGR 2001, S. 351 – 384 (zitiert: *Bachmann* ZGR 2001, 351).
- Bachmann*, Gregor, Private Ordnung, Tübingen 2006, zugl. Habil. Berlin 2004 (zitiert: *Bachmann*, Private Ordnung).
- Backhaus*, Klaus, Gewinnrealisierung im Anlagegeschäft vor dem Hintergrund nationaler und internationaler Rechnungslegungsvorschriften, in: Baetge, Jörg/Börner, Dietrich/Forster, Karl-Heinz/Schruff, Lothar, Rechnungslegung, Prüfung und Beratung, Festschrift zum 70. Geburtstag von Professor Dr. Rainer Ludewig, Düsseldorf 1996, S. 21 – 51 (zitiert: *Backhaus*, in: FS Ludewig, 1996, S. 21).
- Baetge*, Jörg/Kirsch, Hans-Jürgen/Thiele, Stefan, Kommentar zum Bilanzrecht, Loseblatt, 120. Aktualisierung, Bonn 2024 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Baetge/Kirsch/Thiele, BilKomm).
- Baetge*, Jörg/Kirsch, Hans-Jürgen/Thiele, Stefan, Bilanzen, 17. Aufl., Düsseldorf 2024 (zitiert: *Baetge/Kirsch/Thiele*, Bilanzen).
- Baetge*, Jörg/Thiele, Stefan, Disclosure and Auditing as Affecting Corporate Governance, in: Hopt, Klaus J./Kanda, Hideki/Roe, Mark J./Wymeersch, Eddy/Prigge, Stefan (Hrsg.), Comparative Corporate Governance, Oxford 1998, S. 719 – 741 (zitiert: *Baetge/Thiele*, in: Hopt/Kanda/Roe/Wymeersch/Prigge, Comparative Corporate Governance, 1998).
- Fox*, Merritt B., Required Disclosure and Corporate Governance, in: Hopt, Klaus J./Kanda, Hideki/Roe, Mark J./Wymeersch, Eddy/Prigge, Stefan (Hrsg.), Comparative Corporate Governance, Oxford/UK 1998, S. 701 – 718 (zitiert: *Fox*, in: Hopt/Kanda/Roe/Wymeersch/Prigge, Comparative Corporate Governance, 1998).
- Bainbridge*, Stephen M., The New Corporate Governance in Theory and Practice, Oxford/UK u.a. 2008 (zitiert: *Bainbridge*, The New Corporate Governance).
- Bainbridge*, Stephen M./Henderson, Todd M., Limited Liability – A Legal and Economic Analysis, Cheltenham/UK, Northampton/USA 2018 (zitiert: *Bainbridge/Henderson*, Limited Liability).
- Ballwieser*, Wolfgang, The Limitations of Financial Reporting, in: Leuz, Christian/Pfaff, Dieter/Hopwood, Anthony, The Economics and Politics of Accounting: International Perspectives on Trends, Policy and Practice, Oxford/UK 2005, S. 58 – 78 (zitiert: *Ballwieser*, in: Leuz/Pfaff/Hopwood, The Economics and Politics of Accounting, S. 58).
- Ballwieser*, Wolfgang, Die Entwicklung der Theorie der Rechnungslegung in den USA, Zfbf-Sonderheft 32/1993, S. 107 – 138 (zitiert: *Ballwieser* Zfbf-Sonderheft 32/1993, 107).
- Ballwieser*, Wolfgang, Zum Nutzen handelsrechtlicher Rechnungslegung, in: Ballwieser, Wolfgang/Moxter, Adolf/Nonnenmacher, Rolf (Hrsg.), Rechnungslegung – warum und wie?, Festschrift für Hermann Clemm zum 70. Geburtstag, München 1996, S. 1 – 25 (zitiert: *Ballwieser*, in: FS Clemm, 1996, S. 1).
- Ballwieser*, Wolfgang, IFRS-Rechnungslegung, 3. Aufl., München 2013 (zitiert: *Ballwieser*, IFRS-Rechnungslegung).
- Barth*, Kuno, Die Entwicklung des deutschen Bilanzrechts und der auf ihm beruhenden Bilanzauffassungen, handelsrechtlich und steuerrechtlich, Bd. I, Handelsrechtlich, Stuttgart 1953 (zitiert: *Barth*, Die Entwicklung des deutschen Bilanzrechts).
- Baschus*, Ann Kathrin, Mehrkomponentengeschäfte im IFRS-Konzernabschluss, Hamburg 2016, zugl. Diss. Halle-Wittenberg 2016 (zitiert: *Baschus*, Mehrkomponentengeschäfte im IFRS-Konzernabschluss).
- Baum*, Harald, Change of Governance in Historic Perspective: The German Experience, in: Hopt, Klaus/Wymeersch, Eddy/Kanda, Hideki/Baum, Harald, Corporate Governance in Context – Corporations, States and Markets in Europe, Japan and the US, Oxford/UK 2005, S. 3 – 29 (zitiert: *Baum*, in: Hopt/Wymeersch/Kanda/Baum, Corporate Governance in Context, 2005, S. 3).

- Baumbach*, Adolf (Begr.)/*Hueck*, Alfred (Begr.)/*Fastrich*, Lorenz (Bearb.)/*Hueck*, Götze (Bearb.)/*Noack*, Ulrich (Bearb.)/*Servatius*, Wolfgang (Bearb.)/*Schulze-Osterloh*, Joachim (Bearb.)/*Zöllner*, Wolfgang (Bearb.), Kommentar zum GmbH-Gesetz, 18. Aufl., München 2006 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Baumbach/Hueck, GmbHG*, 18. Aufl. 2006).
- Baumeister*, Alexander/*Knobloch*, Paul Alois, Zugangsbewertung von Warenkäufen bei Skontogewähr: Beitrag der Mehrkomponentengeschäftssicht auf die Kreditierungsdebatte, *DB* 2016, S. 186 – 190 (zitiert: *Baumeister/Knobloch DB* 2016, 186).
- Bebchuk*, Lucian A., The Debate on Contractual Freedom in Corporate Law, *Columbia Law Review* 89 (1989), S. 1395 – 1415 (zitiert: *Bebchuk Columbia Law Review* 89 (1989), 1395).
- Bebchuk*, Lucian A./*Hamdani*, Assaf, Federal Corporate Law: Lessons from History, *Columbia Law Review* 106 (2006), S. 1793 – 1838 (zitiert: *Bebchuk/Hamdani Colum. L. Rev.* 106 (2006), 1793).
- Bebchuk*, Lucian A./*Tallarita*, Roberto, The Illusory Promise of Stakeholder Governance, *Cornell Law Review* 106 (2020), S. 91 – 178 (zitiert: *Bebchuk/Tallarita Cornell Law Review* 106 (2020), 91).
- Becht*, Marco/*Bolton*, Patrick/*Röell*, Ailsa, Corporate Governance and Control, in: Constantinides, George M./Harris, Milton/Stulz, Rene M., *Handbook of the Economics of Finance*, Bd. 1A, Amsterdam 2003, S. 1 – 109 (zitiert: *Becht/Bolton/Röell*, in: *Handbook of the Economics of Finance*, S. 1).
- Beisse*, Heinrich, Handelsbilanzrecht in der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs, *BB* 1980, S. 637 – 646 (zitiert: *Beisse BB* 1980, 637).
- Beisse*, Heinrich, Zum Verhältnis von Bilanzrecht und Betriebswirtschaftslehre, *StuW* 1984, S. 1 – 14 (zitiert: *Beisse StuW* 1984, 1).
- Beisse*, Heinrich, Die wirtschaftliche Betrachtungsweise bei der Auslegung der Steuergesetze in der neueren deutschen Rechtsprechung, *StuW* 1981, S. 1 – 14 (zitiert: *Beisse StuW* 1981, 1).
- Beisse*, Heinrich, Rechtsfragen der Gewinnung von GoB, *BFuP* 1990, S. 499 – 514 (zitiert: *Beisse BFuP* 1990, 499).
- Beisse*, Heinrich, Grundsatzfragen der Auslegung des neuen Bilanzrechts, *BB* 1990, S. 2007 – 2012 (zitiert: *Beisse BB* 1990, 2007).
- Beisse*, Heinrich, Gläubigerschutz – Grundprinzip des deutschen Bilanzrechts, in: *Beisse, Heinrich/Lutter, Marcus/Närger, Heribald* (Hrsg.), *Festschrift für Karl Beusch zum 68. Geburtstag am 31. Oktober 1993*, Berlin, New York 1993, S. 77 – 97 (zitiert: *Beisse*, in: *FS Beusch*, 1993, S. 77).
- Beisse*, Heinrich, Zum neuen Bild des Bilanzrechtssystems, in: *Ballwieser, Wolfgang/Böcking, Hans-Joachim/Drukarczyk, Jochen/Schmidt, Reinhard H.* (Hrsg.), *Bilanzrecht und Kapitalmarkt*, *Festschrift zum 65. Geburtstag von Dr. Dr. h.c. Dr. h.c. Adolf Moxter*, Düsseldorf 1994, S. 3 – 31 (zitiert: *Beisse*, in: *FS Moxter*, 1994, S. 3).
- Beisse*, Heinrich, Zehn Jahre „True and fair view“, in: *Ballwieser, Wolfgang/Moxter, Adolf/Nonnenmacher, Rolf* (Hrsg.), *Rechnungslegung – warum und wie?*, *Festschrift für Hermann Clemm zum 70. Geburtstag*, München 1996, S. 27 – 58 (zitiert: *Beisse*, in: *FS Clemm*, 1996, S. 27).
- Beisse*, Heinrich, Die paradigmatischen GoB, in: *Hommelhoff, Peter/Zätzsch, Roger/Erle, Bernd* (Hrsg.), *Gesellschaftsrecht, Rechnungslegung, Steuerrecht*, *Festschrift für Welf Müller zum 65. Geburtstag*, München 2001, S. 731 – 753 (zitiert: *Beisse*, in: *FS Müller*, 2001, S. 731).
- Ben-Shahar*, Omri/*Schneider*, Carl E., *More Than You Wanted To Know*, Princeton/USA, Oxford/UK 2014 (zitiert: *Ben-Shahar/Schneider, More Than You Wanted To Know*).

- Ben-Shahar, Omri/Schneider, Carl E.*, The Failure of Mandated Disclosure, University of Pennsylvania Law Review 159 (2011), S. 647 – 749 (zitiert: *Ben-Shahar/Schneider* UPenn Law Review 159 (2011), 647).
- Benston, George J./Bromwich, Michael/Litan, Robert E./Wagenhofer, Alfred*, Why and How Audited Financial Accounting Statements Are Useful, in: Benston, George J./Bromwich, Michael/Litan, Robert E./Wagenhofer, Alfred, Worldwide Financial Reporting: The Development and Future of Accounting Standards, Oxford/UK 2006, S. 17 – 38 (zitiert: *Benston/Bromwich/Litan/Wagenhofer*, in: dies., Worldwide Financial Reporting, S. 17).
- Benston, George J./Bromwich, Michael/Litan, Robert E./Wagenhofer, Alfred*, Corporate Financial Reporting in Germany, in: Benston, George J./Bromwich, Michael/Litan, Robert E./Wagenhofer, Alfred, Worldwide Financial Reporting: The Development and Future of Accounting Standards, Oxford/UK 2006, S. 106 – 133 (zitiert: *Benston/Bromwich/Litan/Wagenhofer*, in: dies., Worldwide Financial Reporting, S. 106).
- Benston, George J./Bromwich, Michael/Litan, Robert E./Wagenhofer, Alfred*, Global Financial Reporting Standards: Their Establishment and Enforcement, in: Benston, George J./Bromwich, Michael/Litan, Robert E./Wagenhofer, Alfred, Worldwide Financial Reporting: The Development and Future of Accounting Standards, Oxford/UK 2006, S. 225 – 256 (zitiert: *Benston/Bromwich/Litan/Wagenhofer*, in: dies., Worldwide Financial Reporting, S. 225).
- Berger, Klaus Peter*, Formalisierte oder „schleichende“ Kodifizierung des transnationalen Wirtschaftsrechts, Berlin, New York 1996 (zitiert: *Berger*, Formalisierte oder „schleichende“ Kodifizierung des transnationalen Wirtschaftsrechts).
- Berle, Adolf/Means, Gardiner*, The Modern Corporation and Private Property, New York 1932 (zitiert: *Berle/Means*, The Modern Corporation and Private Property).
- Berndt, Thomas/Hommel, Michael*, Konzernrechnungslegung zwischen Konvergenz und Wettbewerb – US-GAAP, IFRS oder Euro-IFRS?, BfUP 57 (2005), S. 409 – 423 (zitiert: *Berndt/Hommel* BfUP 57 (2005), 409).
- Beuthien, Volker*, Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis, Tübingen 1969, zugl. Habil. Tübingen 1969 (zitiert: *Beuthien*, Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis).
- Biener, Herbert*, Können die IAS als GoB in das deutsche Recht eingeführt werden?, in: Baetge, Jörg/Börner, Dietrich/Forster, Karl-Heinz/Schruff, Lothar (Hrsg.), Rechnungslegung, Prüfung und Beratung, Festschrift zum 70. Geburtstag von Professor Dr. Rainer Ludewig, Düsseldorf 1996, S. 85 – 121 (zitiert: *Biener*, in: FS Ludewig, 1996, S. 85).
- Binder, Jens-Hinrich*, Regulierungsinstrumente und Regulierungsstrategien im Kapitalgesellschaftsrecht, Tübingen 2012, zugl. Habil. Freiburg 2010 (zitiert: *Binder*, Regulierungsinstrumente und Regulierungsstrategien).
- Bischof, Jannis/Laux, Christian/Leuz, Christian*, Accounting for financial stability: Bank disclosure and loss recognition in the financial crisis, Journal of Financial Economics 141 (2021), S. 1188 – 1217 (zitiert: *Bischof/Laux/Leuz* Journal of Financial Economics 141 (2021), 1188).
- Blaurock, Uwe*, Mindestkapital und Haftung bei der GmbH, in: Damm, Reinhard/Heermann, Peter W./Veil, Rüdiger (Hrsg.), Festschrift für Thomas Raiser zum 70. Geburtstag am 20. Februar 2005, Berlin 2005, S. 3 – 22 (zitiert: *Blaurock*, in: FS T. Raiser, 2005, S. 3).
- Böcking, Hans/Gros, Marius*, Internationalisierung der Rechnungslegung und Corporate Governance, in: Grundmann, Stefan/Haar, Brigitte/Merkt, Hanno/Mülbert, Peter O./Wellenhofer, Marina u.a. (Hrsg.), Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag am 24. August 2010, Berlin/New York 2010, S. 413 – 430 (zitiert: *Böcking/Gros*, in: FS Hopt, 2010, S. 413).

- Böcking, Hans-Joachim, Korreferat zum Beitrag: Hanno Merkt, Die Rolle des Bilanzrechts in der aktuellen Corporate Governance-Diskussion, ZfB-Special 2012, S. 31 – 39 (zitiert: Böcking ZfB-Special 2012, 31).
- Bolton, Patrick/*Faure-Grimaud*, Antoine, Satisficing Contracts, Review of Economic Studies 77 (2010), S. 937 – 971 (zitiert: Bolton/*Faure-Grimaud* Review of Economic Studies 77 (2010), 937).
- Bork, Reinhard, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. Tübingen 2016 (zitiert: Bork, BGB-AT).
- Brooks, Richard, Bean Counters, The Triumph of Accountants and How They Broke Capitalism, London/UK 2019 (zitiert: Brooks, Bean Counters).
- Brown, Philip/*Tarca*, Ann, A commentary on issues relating to the enforcement of International Financial Reporting Standards in the EU, European Accounting Review 14 (2005), S. 181 – 212 (zitiert: Brown/*Tarca* European Accounting Review 14 (2005), 181).
- Brox, Hans, Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung, Karlsruhe 1960, zugl. Habil. Münster 1959 (zitiert: Brox, Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung).
- Brox, Hans, Fragen der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie, JZ 1966, S. 761 – 767 (zitiert: Brox JZ 1966, 761).
- Bruchner, Helmut/*Ott*, Claus/*Wagner-Wieduwilt*, Klaus, Kommentar zum Verbraucher kreditgesetz, Heidelberg 1994 (zitiert: Bearbeiter, in: Bruchner/*Ott*/*Wagner-Wieduwilt*, VerbrKrG).
- Buchholz, Rainer, Grundzüge des Jahresabschlusses nach HGB und IFRS, 11. Aufl., München 2024 (zitiert: Buchholz, Grundzüge des Jahresabschlusses).
- Buck-Heeb, Petra/*Dieckmann*, Andreas, Selbstregulierung im Privatrecht, Tübingen 2010 (zitiert: Buck-Heeb/*Dieckmann*, Selbstregulierung im Privatrecht).
- Budde, Wolfgang Dieter, Konzernrechnungslegung nach IAS und US-GAAP und ihre Rückwirkungen auf den handelsrechtlichen Einzelabschluß, in: Budde, Wolfgang Dieter/*Moxter*, Adolf/*Offerhaus*, Klaus (Hrsg.), Handelsbilanzen und Steuerbilanzen, Festschrift zum 70. Geburtstag von Prod. Dr. h. c. Heinrich Beisse, Düsseldorf 1997, S. 105 – 121 (zitiert: Budde, in: FS Beisse, 1997, S. 105).
- Busche, Jan, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, Tübingen 1999, zugl. Habil. Berlin 1998 (zitiert: Busche, Privatautonomie und Kontrahierungszwang).
- Bushman, Robert/*Landsman*, Wayne R., The pros and cons of regulating corporate reporting: a critical review of the arguments, Accounting and Business Research 40 (2010), S. 259 – 273 (zitiert: Bushman/*Landsman* ABR 40 (2010), 259).
- Busse von Colbe, Walther, Die Entwicklung des Jahresabschlusses als Informationsinstrument, Zfbf-Sonderheft 32/1993, S. 11 – 29 (zitiert: Busse von Colbe Zfbf-Sonderheft 32/1993, 11).
- Bydlinski, Franz, System und Prinzipien des Privatrechts, Wien 1996 (zitiert: Bydlinski, System und Prinzipien des Privatrechts).
- Bydlinski, Franz (Begr.)/Bydlinski, Peter (Hrsg.), Grundzüge der juristischen Methodenlehre, 3. Aufl., Wien 2018 (zitiert: Bydlinski/*Bydlinski*, Methodenlehre).
- Calabresi, Guido, Transaction Costs, Resource Allocation and Liability Rules – A Comment, The Journal of Law and Economics 11 (1968), S. 67 – 73 (zitiert: Calabresi Journal of Law and Economics 11 (1968), 67).
- Calliess, Christian/*Ruffert*, Matthias (Hrsg.), Kommentar zum EUV/AEUV, 6. Aufl., München 2022 (zitiert: Bearbeiter, in: Calliess/*Ruffert*, EUV/AEUV).

- Calliess*, Graf-Peter, Die Steuerungskrise – jetzt auch im Privatrecht?, in: *Calliess, Graf-Peter/Fischer-Lescano, Andreas/Wielsch, Dan/Zumbansen, Peer* (Hrsg.), *Soziologische Jurisprudenz, Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag*, Berlin 2009, S. 465 – 479 (zitiert: *Calliess*, in: FS Teubner, 2009, S. 465).
- Canaris*, Claus-Wilhelm, *Bankvertragsrecht*, 2. Aufl., Berlin, New York 1981 (zitiert: *Canaris*, *Bankvertragsrecht*).
- Canaris*, Claus-Wilhelm, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl., Berlin 1983 (zitiert: *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz).
- Canaris*, Claus-Wilhelm, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 2. Aufl., Berlin 1983 (zitiert: *Canaris*, *Systemdenken und Systembegriff*).
- Canaris*, Claus-Wilhelm, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, München 1997, zitiert nach Grigoleit, Hans Christoph/Neuner, Jörg (Hrsg.), *Claus-Wilhelm Canaris, Gesammelte Schriften, Bd. III*, Berlin, Boston, 2012, S. 35 – 238 (zitiert: *Canaris*, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht).
- Canaris*, Claus-Wilhelm, *Handelsrecht*, 23. Aufl., München 2000 (zitiert: *Canaris*, *HandelsR*, 23. Aufl.).
- Canaris*, Claus-Wilhelm, *Handelsrecht*, 24. Aufl., München 2006 (zitiert: *Canaris*, *HandelsR*, 24. Aufl.).
- Canaris*, Claus-Wilhelm, Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung“, *AcP* 200 (2000), S. 273 – 364 (zitiert: *Canaris AcP* 200 (2000), 273).
- Canaris*, Claus-Wilhelm (Hrsg.), *Schuldrechtsmodernisierung*, München 2002 (zitiert: *Canaris*, *Schuldrechtsmodernisierung*, 2002, S. 743).
- Célérier, Claire/Vallée, Boris*, Catering to Investors through Security Design: Headline Rate and Complexity, *The Quarterly Journal of Economics* 132 (2017), S. 1469 – 1508 (zitiert: *Célérier/Vallée Quarterly Journal of Economics* 132 (2017), 1469).
- Cheffins*, Brian R., Stop Blaming Milton Friedman!, *Washington Law Review* 98 (2021), S. 1607 – 1644 (zitiert: *Cheffins Washington Law Review* 98 (2021), 1607).
- Cheffins*, Brian R., Does Law Matter – The Separation of Ownership and Control in the United Kingdom, *Journal of Legal Studies* 30 (2001), S. 459 – 484 (zitiert: *Cheffins* 30 J. Legal Stud. (2001), 459).
- Christiansen*, Alfred, Rückstellungen für drohende Verluste aus schwebenden Geschäften und Erfüllungsrückstände, *StbJb* 1989/90, S. 129 – 153 (zitiert: *Christiansen StbJb* 1989/90, 129).
- Christiansen*, Alfred, Zur Passivierung von Verbindlichkeiten: (Nicht-) Passivierung im Rahmen schwebender Geschäfte, *DStR* 2007, S. 869 – 874 (zitiert: *Christiansen DStR* 2007, 869).
- Claussen*, Carsten P., Sind die Rechnungslegungsvorschriften des AktG 1965 gelungen – oder brauchen wir ein staatliches Aktienamt?, *AG* 1979, S. 169 – 189 (zitiert: *Claussen AG* 1979, 169).
- Claussen*, Carsten P., Zum Stellenwert des § 264 Abs. 2 HGB, in: *Havermann, Hans* (Hrsg.), *Bilanz- und Konzernrecht, Festschrift zum 65. Geburtstag von Dr. Dr. h.c. Reinhard Goerdeler*, Düsseldorf 1987, S. 79 – 92 (zitiert: *Claussen*, in: FS Goerdeler, 1987, S. 79).
- Clemm*, Hermann, Grundprobleme der Gewinn- und Verlustrealisation bei langfristiger Auftragsfertigung und langfristiger Vermietung, in: *Ruppe, Hans Georg* (Hrsg.), *Gewinnrealisierung im Steuerrecht, Vorträge und Diskussionsbeiträge der Jahrestagung der Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft* 1980, Köln 1981, S. 117 – 135 (zitiert: *Clemm*, *DStJG* 1980, S. 117).

- Clemm*, Hermann, Zur Nichtpassivierung entstandener Verbindlichkeiten wegen nachträglicher wirtschaftlicher Verursachung (Realisation) oder: Wie dynamisch ist die Bilanz im Rechtssinne?, in: Ballwieser, Wolfgang/Böcking, Hans-Joachim/Drukarczyk, Jochen/Schmidt, Reinhard H. (Hrsg.), Bilanzrecht und Kapitalmarkt, Festschrift zum 65. Geburtstag von Dr. Dr. h.c. Dr. h.c. Adolf Moxter, Düsseldorf 1994, S. 167 – 193 (zitiert: *Clemm*, in: FS Moxter, 1994, S. 167).
- Coates*, John C., Allocating Risk Through Contract: Evidence from M & A and Policy Implications, Harvard John M. Olin Discussion Paper No. 729, 09/2012 (zitiert: *Coates* Harvard Discussion Paper 729).
- Coase*, Ronald H., The Firm, the Market and the Law, Chicago, London 1988 (zitiert: *Coase*, The Firm, the Market and the Law).
- Coates*, John C., Towards Better Cost-Benefit Analysis: An Essay on Regulatory Management, Law and Contemporary Problems 78 (2015) S.1 – 24 (zitiert: *Coates* Law and Contemporary Problems 78 (2015), 1).
- Coenenberg*, Adolf G./Haller, Axel/Schultze, Wolfgang, Jahresabschluss und Jahresabschlussanalyse, 26. Aufl., Stuttgart 2021 (zitiert: *Coenenberg/Haller/Schultze*, Jahresabschluss und Jahresabschlussanalyse).
- Coffee*, John C. Jr./Palia, Darius, The Wolf at the Door: The Impact of Hedge Fund Activism on Corporate Governance, Journal of Corporation Law 41 (2016), S. 545 – 608 (zitiert: *Coffee/Palia* J. Corp. L. 41 (2016), 545).
- Creifels*, Carl (Begr.)/Weber, Klaus (Hrsg.), Rechtswörterbuch, 23. Aufl., München 2019 (zitiert: *Creifels*, Rechtswörterbuch, 23. Ed. 2019 (Bearbeiter: *Fuchs*)).
- Crezelius*, Georg, Das Handelsbilanzrecht in der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs, ZGR 1987, S. 1 – 45 (zitiert: *Crezelius* ZGR 1987, 1).
- Crezelius*, Georg, Das sogenannte schwebende Geschäft in Handels-, Gesellschafts- und Steuerrecht, in: Knobbe-Keuk, Brigitte/Klein, Franz/Moxter, Adolf (Hrsg.), Handelsrecht und Steuerrecht, Festschrift für Dr. Dr. h.c. Georg Döllerer, Düsseldorf 1988, S. 81 – 95 (zitiert: *Crezelius*, in: FS Döllerer, 1988, S. 81).
- Crezelius*, Georg, Maßgeblichkeitsgrundsatz in Liquidation?, DB 1994, S. 689 – 691 (zitiert: *Crezelius* DB 1994, 689).
- Culpepper*, Pepper D., Quiet Politics and Business Power, Cambridge u.a. 2011 (zitiert: *Culpepper*, Quiet Politics and Business Power).
- Dauner-Lieb*, Barbara, Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher, Berlin 1983, zugl. Diss. Tübingen 1982/83 (zitiert: *Dauner-Lieb*, Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher).
- Dauner-Lieb*, Barbara, Kodifikation von Richterrecht, in: Zimmermann, Reinhard/Ernst, Wolfgang (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, Tübingen 2001, S. 305 – 328 (zitiert: *Dauner-Lieb*, in: Zimmermann/Ernst, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 305).
- Dauner-Lieb*, Barbara/Heidel, Thomas/Lepa, Manfred/Ring, Gerhard, Das neue Schuldrecht in der anwaltlichen Praxis, Bonn 2002 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring, Das neue Schuldrecht in der anwaltlichen Praxis).
- Detterbeck*, Steffen, Streitgegenstand, Justizgewähranspruch und Rechtsschutzanspruch, AcP 192 (1992), S. 325 – 340 (zitiert: *Detterbeck* AcP 192 (1992), 325).
- Dhami*, Sanjit/Sunstein, Cass R., Bounded Rationality, Cambridge, Massachusetts 2022 (zitiert: *Dhami/Sunstein*, Bounded Rationality).

- Diercks-Harms*, Kerstin, Widerrufsrecht bei Mobilfunkverträgen mit gekoppelten Kaufverträgen über hochwertige Handys, MDR 2011, S. 827 – 829 (zitiert: *Diercks-Harms* MDR 2011, 827).
- Döllerer*, Georg, Zweck der aktienrechtlichen Publizität, BB 1958, S. 1281 – 1284 (zitiert: *Döllerer* BB 1958, 1281).
- Döllerer*, Georg, Grundsätze ordnungsmäßiger Bilanzierung, deren Entstehung und Ermittlung, BB 1959, S. 1217 – 1221 (zitiert: *Döllerer* BB 1959, 1217).
- Döllerer*, Georg, Maßgeblichkeit der Handelsbilanz in Gefahr, BB 1971, S. 1333 – 1335 (zitiert: *Döllerer* BB 1971, 1333).
- Döllerer*, Georg, Zur Bilanzierung des schwebenden Vertrags, BB 1974, S. 1541 – 1548 (zitiert: *Döllerer* BB 1974, 1541).
- Döllerer*, Georg, Droht eine neue Aktivierungswelle?, BB 1980, S. 1333 – 1337 (zitiert: *Döllerer* BB 1980, 1333).
- Döllerer*, Georg, Grundsätze ordnungswidriger Bilanzierung, BB 1982, S. 777 – 781 (zitiert: *Döllerer* BB 1982, 777).
- Donau*, Helmut, Nochmals: Probleme zum Kundenfinanzierungsvertrag, NJW 1955, S. 1666 – 1667 (zitiert: *Donau* NJW 1955, 1666).
- Dreier*, Horst (Hrsg.), Rechtswissenschaft als Beruf, Tübingen 2018 (zitiert: *Dreier*, Rechtswissenschaft als Beruf).
- Dreier*, Ralf, Der Begriff des Rechts, NJW 1986, S. 890 – 896 (zitiert: *Dreier* NJW 1986, 890).
- Drescher*, Ingo/*Fleischer*, Holger/*Schmidt*, Karsten (Hrsg.), Münchner Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 4, §§ 238–342r, 5. Aufl., München 2024 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *MüKo-HGB*).
- Druey*, Jean Nicolas, Organisationsnetzwerke: Die „schwebende“ Rechtsform, in: Amstutz, Marc (Hrsg.), Die vernetzte Wirtschaft, Zürich 2004, S. 123 – 149 (zitiert: *Druey*, in: Amstutz, Die vernetzte Wirtschaft, S. 123).
- Durlauf*, Steven N./*Blume*, Lawrence, The New Palgrave Dictionary of Economics, 2. Aufl., London 2008 (zitiert: *Durlauf/Blume*, The New Palgrave Dictionary of Economics, 2. Aufl. 2008).
- Dworkin*, Ronald, Taking Rights Seriously, London, New York u.a. 2022 (Reprint) (zitiert: *Dworkin*, Taking Rights Seriously).
- Dziadkowski*, Dieter, Bilanzwahrheit aus europäischer Sicht – zugleich Anmerkungen zum Urteil Gimle SA, IStR 2014, S. 461 – 466 (zitiert: *Dziadkowski* IStR 2014, 461).
- Easterbrook*, Frank H./*Fischel*, Daniel R., The Corporate Contract, Columbia Law Review 89 (1989), S. 1416 – 1448 (zitiert: *Easterbrook/Fischel* Columbia Law Review 89 (1989), 1416).
- Ebenroth*, Carsten Thomas/*Boujong*, Karlheinz (Begr.)/*Joost*, Detlev/*Strohn*, Lutz/*Poelzig*, Dörte/*Sander*, Volker (Hrsg.), Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 1, §§ 1 – 342r, 5. Aufl., München 2024 (zitiert: *Bearbeiter*, in: E/B/J/S).
- Eberl-Borges*, Christina, Die Leistungsverzögerung bei mehrseitigen Vertragsverhältnissen, AcP 203 (2003), S. 633 – 663 (zitiert: *Eberl-Borges* AcP 203 (2003), 633).
- Edmans*, Alex, Grow the Pie – How Great Companies Deliver Both Purpose and Profit, Cambridge 2020 (zitiert: *Edmans*, Grow the Pie).
- Eggert*, Andreas, Auswirkung des Prinzips „true and fair view“ in den Bilanzrichtlinien der EU auf das Recht der Mitgliedstaaten, Anm. zu EuGH Urt. v. 3.10.2013 – C-322/12, GIMLE, IWB 2013, S. 112 – 116 (zitiert: *Eggert* IWB 2013, 112).
- Ehmann*, Horst/*Sutschet*, Holger/*Finkenauer*, Thomas/*Hau*, Wolfgang, Modernisiertes Schuldrecht, München 2002 (zitiert: *Ehmann/Sutschet*, Modernisiertes Schuldrecht).

- Eidenmüller*, Horst, Europäisches und deutsches Gesellschaftsrecht im europäischen Wettbewerb der Gesellschaftsrechte, in: Lorenz, Stephan/Trunk, Alexander/Eidenmüller, Horst/Wendehorst, Christiane/Adolff, Johannes (Hrsg.), Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag, München 2005, S. 581 – 595 (zitiert: *Eidenmüller*, in: FS Heldrich, 2005, S. 581).
- Eidenmüller*, Horst, Neuverhandlungspflichten bei Wegfall der Geschäftsgrundlage, ZIP 1995, S. 1063 – 1071 (zitiert: *Eidenmüller* ZIP 1995, 1063).
- Eidenmüller*, Horst/Engert, Andreas, Rechtsökonomik des Mindestkapitals im GmbH-Recht, GmbHR 2005, S. 433 – 438 (zitiert: *Eidenmüller/Engert* GmbHR 2005, 433).
- Eidenmüller*, Horst, Forschungsperspektiven im Unternehmensrecht, ZGR 2007, S. 484 – 499 (zitiert: *Eidenmüller* ZGR 2007, 484).
- Eisenberg*, Melvin Aron, The Structure of Corporation Law, Columbia Law Review 89 (1989), S. 1461 – 1525 (zitiert: *Eisenberg* Columbia Law Review 89 (1989), 1461).
- Ekkenga*, Jens, Gibt es „wirtschaftliches Eigentum“ im Handelsbilanzrecht?, ZGR 1997, S. 262 – 270 (zitiert: *Ekkenga* ZGR 1997, 262).
- Ekkenga*, Jens, Einzelabschlüsse nach IFRS – Ende der aktien- und GmbH-rechtlichen Kapitalerhaltung?, AG 2006, S. 389 – 397 (zitiert: *Ekkenga* AG 2006, 389).
- Emmerich*, Volker, Das Recht der Leistungsstörungen, 6. Aufl., München 2005 (zitiert: *Emmerich*, Das Recht der Leistungsstörungen).
- Emmerich*, Volker, Der finanzierte Abzahlungskauf, JuS 1971, S. 273 – 281 (zitiert: *Emmerich* JuS 1971, 273).
- Endemann*, Wilhelm, Die Beweiskraft des Handelsbuchs noch einmal, ZHR 2 (1859), S. 329 – 375 (zitiert: *Endemann* ZHR 2 (1859), 329).
- Endert*, Volker, Branchenspezifische Rückstellungen von Anlageberatern und Versicherungsmaklern, DB 2011, S. 2164 – 2169 (zitiert: *Endert* DB 2011, 2164).
- Engel*, Christoph, Zivilrecht als Fortsetzung des Wirtschaftsrechts mit anderen Mitteln: Rechtspolitische und verfassungsrechtliche Überlegungen am Beispiel des Haftungsrechts, JZ 1995, S. 213 – 218 (zitiert: *Engel* JZ 1995, 213).
- Engel*, Christoph/Schön, Wolfgang (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, Tübingen 2007 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Engel/Schön, Das Proprium der Rechtswissenschaft).
- Engert*, Andreas, Private Normsetzungsmacht: Die Standardisierung von Regelungen im Markt als Form der Fremdbestimmung, RW 2014, S. 301 – 340 (zitiert: *Engert* RW 2014, 301).
- Esser*, Josef, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen 1956 (4. unver. Aufl., Tübingen 1990) (zitiert: *Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts).
- Esser*, Josef, Das Verhältnis von Kaufvertrag und Darlehensvertrag beim B-Geschäft des finanzierten Teilzahlungsgeschäfts, in: Rechtswissenschaftliche Abteilung der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Tübingen, Tübinger Festschrift für Eduard Kern, Tübingen 1986, S. 87 – 126 (zitiert: *Esser*, in: FS Kern, 1986, S. 87).
- Esser*, Josef/Schmidt, Eike, Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Heidelberg 1992 (zitiert: *Esser/Schmidt*, SchuldR AT).
- Eucken*, Walter, Die Grundlagen der Nationalökonomie, 6. Aufl., Berlin, Göttingen u.a. 1950 (zitiert: *Eucken*, Die Grundlagen der Nationalökonomie).
- Euler*, Roland, Grundsätze ordnungsmäßiger Gewinnrealisierung, Düsseldorf 1989, zugl. Diss. Frankfurt a.M. 1988 (zitiert: *Euler*, Grundsätze ordnungsmäßiger Gewinnrealisierung).

- Euler, Roland/Binger, Marc*, Rückstellungen für Altersteilzeit – Erfüllungsrückstand versus Verpflichtungsüberhang? – Zu einem BFH-Urteil vom 30.11.2005, DStR 2007, S. 177 – 183 (zitiert: *Euler/Binger DStR 2007, 177*).
- Fama, Eugene F./Jensen, Michael C.*, Separation of Ownership and Control, *Journal of Law and Economics* 26 (1983), S. 301 – 325 (zitiert: *Fama/Jensen Journal of Law and Economics* 26 (1983), 301).
- Faust, Florian*, Digitale Wirtschaft – Analoges Recht: Braucht das BGB ein Update?, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages, Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages, Essen 2016, Band I, Gutachten, München 2016, S. A 1 – A 92 (zitiert: *Faust, Gutachten 71. DJT 2016*).
- Fikentscher, Wolfgang*, Die Geschäftsgrundlage als Frage des Vertragsrisikos dargestellt unter besonderer Berücksichtigung des Bauvertrages, München 1971 (zitiert: *Fikentscher, Die Geschäftsgrundlage*).
- Financial Stability Forum*, Report of the Financial Stability Forum on Addressing Procyclicality in the Financial System, 2009, (zitiert: *Financial Stability Forum, Report of the Financial Stability Forum on Addressing Procyclicality in the Financial System*).
- Finkenauer, Thomas*, Ergänzende Auslegung bei Individualabreden, AcP 213 (2013), S. 619 – 651 (zitiert: *Finkenauer AcP 213 (2013), 619*).
- Finkenauer, Thomas/Brand, Marco*, Einwendungs- und Rückforderungsdurchgriff beim Finanzierungsleasing, JZ 2013, S. 273 – 280 (zitiert: *Finkenauer/Brand JZ 2013, 273*).
- Fischer, Michael J., Luca Pacioli* on Business Profits, *Journal of Business Ethics* 25 (2000), S. 299 – 312 (zitiert: *Fischer Journal of Business Ethics* 25 (2000), 299).
- Fischer-Lescano, Andreas*, Rechtskraft, Berlin 2013 (zitiert: *Fischer-Lescano, Rechtskraft*).
- Fischer-Lescano, Andreas/Teubner, Gunther*, Regime-Kollisionen, Frankfurt a.M. 2006 (zitiert: *Fischer-Lescano/Teubner, Regime-Kollisionen*).
- Fleischer, Holger*, Grundfragen der ökonomischen Theorie im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, ZGR 2001, S. 1 – 32 (zitiert: *Fleischer ZGR 2001, 1*).
- Fleischer, Holger*, Gesetzesfolgenabschätzung im Aktien- und Kapitalmarktrecht, in: Kley, Max Dietrich/Leven, Franz-Josef/Rudolph, Bernd/Schneider, Uwe H. (Hrsg.), Aktie und Kapitalmarkt, Festschrift für Professor Dr. Rüdiger von Rosen zum 65. Geburtstag, Stuttgart 2008, S. 595 – 614 (zitiert: *Fleischer, in: FS v. Rosen, 2008, S. 595*).
- Fleischer, Holger*, Corporate Purpose: Ein Management-Konzept und seine gesellschaftsrechtlichen Implikationen, ZIP 2021, S. 5 – 15 (zitiert: *Fleischer ZIP 2021, 5*).
- Flume, Werner*, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Caemmerer, Ernst v./Friesenhahn, Ernst/Lange, Richard (Hrsg.), Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum Hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860–1960, Bd. I, Karlsruhe 1960, S. 135 – 238 (zitiert: *Flume, in: FS 100 Jahre DJT, Bd. I, S. 135*).
- Flume, Werner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 1975 (zit.: *Flume, BGB AT, Bd. 2, Das Rechtsgeschäft*).
- Flume, Werner*, Unternehmen und juristische Person, in: Sandrock, Otto (Hrsg.), Festschrift für Günther Beitzke zum 70. Geburtstag am 26. April 1979, Berlin, New York 1979, S. 43 – 66 (zitiert: *Flume, in: FS Beitzke, 1979, S. 43*).
- Forgó, Nikolaus/Somek, Alexander*, Nachpositivistisches Rechtsdenken, in: Buckel, Sonja; Christensen, Ralph; Fischer-Lescano, Andreas (Hrsg.): Neue Theorien des Rechts, 3. Aufl., Tübingen 2020, S. 123 – 137 (zitiert: *Forgó/Somek, in: Neue Theorien des Rechts, S. 123*).

- Forsthoff*, Ernst, Zur Rechtsfindungslehre im 19. Jahrhundert, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 96 (1936), S. 49 – 70 (zitiert: *Forsthoff* ZgesStaatsw 96 (1936), 49).
- Franck*, Jens-Uwe, Marktordnung durch Haftung, Tübingen 2016, zugl. Habil. München 2013/14 (zitiert: *Franck*, Marktordnung durch Haftung).
- Franks*, Julian/*Mayer*, Colin, Ownership and Control of German Corporations, The Review of Financial Studies 14 (2001), S. 943 – 977 (zitiert: *Franks/Mayer* Review of Financial Studies 14 (2001), 943).
- Freudenmacher*, Corinna, Zusammenhängende Verträge i.S.v. § 360 BGB – Konkretisierung des Anwendungsbereichs unter Bildung eines Abgrenzungskriteriums zum Recht der verbundenen Verträge, Berlin 2020, zugl. Diss. Regensburg 2019 (zitiert: *Freudenmacher*, Zusammenhängende Verträge).
- Friedman*, Milton, The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits, The New York Times Magazine v. 13.9.1970, S. 17 (zitiert: *Milton Friedman*, The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits, The New York Times Magazine v. 13.9.1970).
- Fuchs*, Angelika, Zum Einwendungs- und Rückforderungsdurchgriff bei verbundenen Geschäften, AcP 199 (1999), S. 305 – 336 (zitiert: *Fuchs* AcP 199 (1999), 305).
- Füllbier*, Rolf Uwe/*Gassen*, Joachim, Das Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz (BilMoG): Handelsrechtliche GoB vor der Neuinterpretation, DB 2007, S. 2605 – 2612 (zitiert: *Füllbier/Gassen* DB 2007, 2605).
- Gabaix*, Xavier/*Laibson*, David, Shrouded Attributes, Consumer Myopia, and Information Suppression on Competitive Markets, The Quarterly Journal of Economics 121 (2006) S. 505 – 540 (zitiert: *Gabaix/Laibson*, Quarterly Journal of Economics 121 (2006), 505).
- Gelhausen*, Hans Friedrich, Das Realisationsprinzip im Handels- und Steuerbilanzrecht, Frankfurt a.M. u.a. 1985, zugl. Diss. Bielefeld 1983/1984 (zitiert: *Gelhausen*, Das Realisationsprinzip).
- Gerner-Beuerle*, Carsten/*Schuster*, Edmund-Philipp, The Evolving Structure of Directors' Suppression in Europe, European Business Organization Law Review 15 (2014), S. 191 – 233 (zitiert: *Gerner-Beuerle/Schuster* EBOR 15 (2014), 191).
- Gernhuber*, Joachim, Austausch und Kredit im rechtsgeschäftlichen Verbund, in: Paulus, Gotthard/Diederichsen, Uwe/Canaris, Claus-Wilhelm (Hrsg.), Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, München 1973, S. 455 – 494 (zitiert: *Gernhuber*, in: FS Larenz, 1973, S. 455).
- Gernhuber*, Joachim, Das Schuldverhältnis, Handbuch des Schuldrechts in Einzeldarstellungen Band 8, Tübingen 1989 (zitiert: *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis).
- Gerum*, Elmar/*Möller*, Sascha/*Shen*, Chunqian, Kapitalmarktorientierte Rechnungslegung in Deutschland zwischen Anspruch und Realität – Theorie und Empirie, Zfbf 63 (2011), S. 534 – 577 (zitiert: *Gerum/Möller/Shen* Zfbf 63 (2011), 534).
- Gefßler*, Ernst, Der Bedeutungswandel der Rechnungslegung im Aktienrecht, in: Muthesius, Volkmar (Hrsg.), 75 Jahre Deutsche Treuhand-Gesellschaft 1890–1965, Frankfurt a. M. 1965, S. 133 (zitiert: *Gefßler*, in: Muthesius, 75 Jahre Deutsche Treuhand-Gesellschaft 1890–1965, S. 133).
- Gierke*, Otto, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, Vortrag gehalten am 5. April 1889 in der juristischen Gesellschaft zu Wien, Berlin, Heidelberg 1889 (zitiert: *Gierke*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts).
- Gleeson-White*, Jane, Double Entry, New York 2011 (zitiert: *Gleeson-White*, Double Entry).
- Goette*, Wulf, Krisenvermeidung und Krisenbewältigung in der GmbH – Überblick, ZGR 2006, S. 261 – 280 (zitiert: *Goette* ZGR 2006, 261).

- Goette, Wulf/*Habersack*, Mathias (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1: §§ 1–75, 6. Aufl., München 2024, (zitiert: *Bearbeiter*, in: MüKo-AktG).
- Goldschmidt, Levin, System des Handelsrechts, 4. Aufl., Stuttgart 1892 (zitiert: *Goldschmidt*, System des Handelsrechts).
- Gordon, Jeffrey N., The Mandatory Structure of Corporate Law, *Columbia Law Review* 89 (1989), S. 1549 – 1598 (zitiert: *Gordon Columbia Law Review* 89 (1989), 1549).
- Götting, Horst-Peter/*Nordemann*, Axel (Hrsg.), Handkommentar UWG, 3. Aufl., München 2016 (zitiert: *Götting/Nordemann*, UWG).
- Groh, Manfred, Vor der dynamischen Wende im Bilanzsteuerrecht?, *BB* 1989, S. 1586 – 1588 (zitiert: *Groh BB* 1989, 1586).
- Groh, Manfred, Die wirtschaftliche Betätigung im rechtlichen Sinne, *StuW* 1989, S. 227 – 231 (zitiert: *Groh StuW* 1989, 227).
- Groh, Manfred, Drohverlustrückstellungen nach HGB und IAS, in: Budde, Wolfgang Dieter/Moxter, Adolf/Offerhaus, Klaus (Hrsg.), Handelsbilanzen und Steuerbilanzen, Festschrift zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. h. c. Heinrich Beisse, Düsseldorf 1997, S. 207 – 214 (zitiert: *Groh*, in: FS Beisse, 1997, S. 207).
- Großfeld, Bernhard, Zivilrecht als Gestaltungsaufgabe, Heidelberg 1977 (zitiert: *Großfeld*, Zivilrecht als Gestaltungsaufgabe).
- Großfeld, Bernhard, Bilanzrecht für Juristen – Das Bilanzrichtlinien-Gesetz vom 19. 12. 1985, *NJW* 1986, S. 955 – 962 (zitiert: *Großfeld NJW* 1986, 955).
- Grottel, Bernd/*Justenhoven*, Petra/Kliem, Bernd/*Schubert*, Wolfgang J. (Hrsg.), Beck'scher Bilanz-Kommentar, 14. Aufl., München 2024 (zitiert: *Bearbeiter*, in: BeckBilKomm).
- Grünberger, Michael, Verträge über digitale Güter, *AcP* 218 (2018), S. 213 – 296 (zitiert: *Grünberger AcP* 218 (2018), 213).
- Grünberger, Michael, Responsive Rechtsdogmatik – Eine Skizze, *AcP* 219 (2019), S. 892 – 942 (zitiert: *Grünberger AcP* 219 (2019), 892).
- Grundmann, Stefan, Privatautonomie im Binnenmarkt, *JZ* 2000, S. 1133 – 1143 (zitiert: *Grundmann JZ* 2000, 1133).
- Grundmann, Stefan, Die Dogmatik der Vertragsnetze, *AcP* 207 (2007), S. 718 – 767 (zitiert: *Grundmann AcP* 207 (2007), 718).
- Grundmann, Stefan, Vertragsnetz und Wegfall der Geschäftsgrundlage, in: Aderhold, Lutz/Grunewald, Barbara/Klingberg, Dietgard/Paefgen, Walter G. (Hrsg.), Festschrift für Harm Peter Westermann zum 70. Geburtstag, Köln 2008, S. 227 – 244 (zitiert: *Grundmann*, in: FS Westermann, 2008, S. 227).
- Grundmann, Stefan, Welche Einheit des Privatrechts?, in: Grundmann, Stefan/Haar, Brigitte/Merkel, Hanno/Mülbert, Peter O./Wellenhofer, Marina u.a. (Hrsg.), Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag am 24. August 2010, Berlin/New York 2010, S. 61 – 91 (zitiert: *Grundmann*, in: FS Hopt, 2010, S. 61).
- Grundmann, Stefan/Mülbert, Peter O., Corporate Governance – Europäische Perspektiven, *ZGR* 2001, S. 215 – 223 (zitiert: *Grundmann/Mülbert ZGR* 2001, 215).
- Grundmann, Stefan /*Habersack*, Mathias/*Schäfer*, Carsten (Hrsg.), Staub, Großkommentar zum Handelsgesetzbuch (zitiert: *Bearbeiter*, in: Staub, HGB).
- Fünfter Band, §§ 238 – 289a, 6. Aufl., Berlin, Boston 2021.
- Achter Band, §§ 325 – 342a, 6. Aufl., Berlin, Boston 2023.
- Grunewald, Barbara/*Noack*, Ulrich, Zur Zukunft des Kapitalsystems der GmbH – Die Ein-Euro-GmbH in Deutschland, *GmbHR* 2005, S. 189 – 195 (zitiert: *Grunewald/Noack GmbHR* 2005, 189).

- Gsell, Beate/Krüger, Wolfgang/Lorenz, Stefan/Reymann, Christoph (Hrsg.), beck-online.GROSSKOMMENTAR BGB, München 2024 (zitiert: *Bearbeiter*, in: BeckOGK BGB)
- Günther, Klaus, Normativer Rechtspluralismus – Eine Kritik, Normative Orders Working Paper 03/2014, S. 1 – 21 (zitiert: *Günther Normative Orders Working Paper 03/2014*).
- Habersack, Mathias, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, Berlin 1992, zugl. Diss. Heidelberg 1991 (zitiert: *Habersack, Vertragsfreiheit und Drittinteressen*).
- Habersack, Mathias, Das neue Recht der verbundenen Verträge, in: Lobinger, Thomas (Hrsg.), Festschrift für Eduard Picker zum 70. Geburtstag am 3.11.2010, Tübingen 2010, S. 327 – 340 (zitiert: *Habersack*, in: FS Picker, 2010, S. 327).
- Hacker, Philipp, Verhaltensökonomik und Normativität, Tübingen 2017 (zitiert: *Hacker, Verhaltensökonomik und Normativität*).
- Hachenburg, Max, Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 (unter Ausschluß des Seerechts) auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs, I. Band, Allgemeine Einleitung und §§ 1 – 104, 3. Aufl., Mannheim, Berlin, Leipzig 1930 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Düringer-Hachenburg, HGB, 3. Aufl. 1930).
- Haferkamp, Hans-Peter, Privatrechtshistorisches zu Marietta Auer, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, in: Grünberger, Michael/Jansen, Nils (Hrsg.), Privatrechtstheorie heute, Tübingen 2017, S. 45 – 54 (zitiert: *Haferkamp*, in: Grünberger/Jansen, Privatrechtstheorie heute, S. 45).
- Haferkamp, Hans-Peter, Wege zur Rechtsgeschichte: Das BGB, Köln 2022 (zitiert: *Haferkamp, Das BGB*).
- Hansmann, Henry, The Ownership of Enterprise, Cambridge/USA 1996 (zitiert: *Hansmann, The Ownership of Enterprise*).
- Hansmann, Henry/Kraakman, Reinier, The End of History of Corporate Law, The Georgetown Law Journal 89 (2001), S. 439 – 468 (zitiert: *Hansmann/Kraakman 89 Geo. L. J. (2001), 439*).
- Hart, Dieter, Zur Instrumentierung des Wirtschaftsrechts am Beispiel Wirtschaftsverfassung, ZHR 140 (1976), S. 31 -45 (zitiert: *Hart ZHR 140 (1976), 31*).
- Hart, Herbert L. A., The Concept of Law, 2. Aufl., Oxford, New York 1994 (zitiert: *Hart, Concept of Law*).
- Hart, Oliver/Moore, John, Incomplete Contracts and Renegotiation, Econometrica 56 (1988), S. 755 – 785 (zitiert: *Hart/Moore Econometrica 56 (1988), 755*).
- Hau, Wolfgang /Poseck, Roman (Hrsg.), BeckOK BGB, 72. Aufl., München 2024 (zitiert: *Bearbeiter*, in BeckOK-BGB).
- Havermann, Hans, Private Regelsetzung aus der Sicht des Handelsbilanzrechts, ZGR 2000, S. 693 – 701 (zitiert: *Havermann ZGR 2000, 693*).
- Heck, Philipp, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, AcP 112 (1914), S. 1 – 318 (zitiert: *Heck AcP 112 (1914), 1*).
- Heermann, Peter W., Drittfinanzierte Erwerbsgeschäfte, Tübingen 1998, zugl. Habil. Berlin 1997 (zitiert: *Heermann, Drittfinanzierte Erwerbsgeschäfte*).
- Heiderhoff, Bettina/Skamel, Frank, Teilleistung im Kaufrecht, JZ 2006, S. 383 – 392 (zitiert: *Heiderhoff/Skamel JZ 2006, 383*).
- Heinhold, Michael/Coenenberg, Alexandra, Aktivierung von Werbeaufwand?, DB 2005, S. 2033 – 2039 (zitiert: *Heinhold/Coenenberg DB 2005, 2033*).
- Heinrich, Christian, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, Tübingen 2000, zugl. Habil. Passau 1999 (zitiert: *Heinrich, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit*).

- Heiss, Helmut, Formmängel und ihre Sanktionen, Tübingen 1999, zugl. Habil. Innsbruck 1998 (zitiert: *Heiss*, Formmängel und ihre Sanktionen).
- Hellermann, Johannes, Private Standardsetzung im Bilanzrecht – öffentlich-rechtlich gesehen, NZG 2000, S. 1097 – 1103 (zitiert: *Hellermann* NZG 2000, 1097).
- Hellgardt, Alexander, Regulierung und Privatrecht, Tübingen 2016, zugl. Habil. München 2015 (zitiert: *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht).
- Henckel, Wolfram, Die ergänzende Vertragsauslegung, AcP 159 (1960), S. 106 – 125 (zitiert: *Henckel* AcP 159 (1960), 106).
- Henke, Wilhelm, Die Sozialisierung des Rechts – Ein Beitrag zur Rechtspolitik, JZ 1980, S. 369 – 378 (zitiert: *W. Henke* JZ 1980, 369).
- Henke, Horst-Eberhard, Die sog. Relativität des Schuldverhältnisses, Berlin 1989 (zitiert: *Henke*, Die sog. Relativität des Schuldverhältnisses).
- Hennrichs, Joachim, Wahlrechte im Bilanzrecht der Kapitalgesellschaften, 1999, zugl. Habil. Mainz 1998 (zitiert: *Hennrichs*, Wahlrechte im Bilanzrecht).
- Hennrichs, Joachim, Maßgeblichkeitsgrundsatz oder eigenständige Prinzipien für die Steuerbilanz?, in: Ebeling, Iris (Hrsg.), Besteuerung von Einkommen, Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft, Bd. 24 (2001), Köln 2001, S. 301 – 328 (zitiert: *Hennrichs* DStJG 24 (2001), 301).
- Hennrichs, Joachim, Zur normativen Reichweite der IFRS – Zugleich Anmerkungen zu den Urteilen des EuGH und des FG Hamburg in der Rechtssache „BIAO“, NZG 2005, S. 783 – 787 (zitiert: *Hennrichs* NZG 2005, 783).
- Hennrichs, Joachim, Bilanzgestützte Kapitalerhaltung, HGB-Jahresabschluß und Maßgeblichkeitsprinzip – Dinosaurier der Rechtsgeschichte?, StuW 2005, S. 256 – 264 (zitiert: *Hennrichs* StuW 2005, 256).
- Hennrichs, Joachim, Unternehmensfinanzierung und IFRS im deutschen Mittelstand, ZHR 170 (2006), S. 498 – 521 (zitiert: *Hennrichs* ZHR 170 (2006), 498).
- Hennrichs, Joachim, Bilanzrechtsmodernisierung – erste Grundsatzfragen aus handels- und gesellschaftsrechtlicher Sicht, in: Bitter, Georg/Lutter, Marcus/Priester, Hans-Joachim/Schön, Wolfgang/Ulmer, Peter (Hrsg.), Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag, Köln 2009, S. 581 – 600 (zitiert: *Hennrichs*, in: FS K. Schmidt, 2009, S. 581).
- Hennrichs, Joachim/Pöschke, Moritz, Die Bedeutung der IFRS für die Auslegung und Anwendung des (Konzern-)Bilanzrechts nach dem BilMoG, Der Konzern 2009, S. 532 – 540 (zitiert: *Hennrichs/Pöschke* Der Konzern 2009, 532).
- Hennrichs, Joachim/Pöschke, Moritz, Fortentwicklung der GoB vor dem Hintergrund von BilMoG und IFRS, in: Fink, Christian/Schultze, Wolfgang/Winkeljohann, Norbert (Hrsg.), Bilanzpolitik und Bilanzanalyse nach neuem Handelsrecht, Stuttgart 2010, S. 47 – 64 (zitiert: *Hennrichs/Pöschke*, in: Fink/Schultze/Winkeljohann, Bilanzpolitik und Bilanzanalyse nach neuem Handelsrecht, 2010, S. 47).
- Hennrichs/Pöschke, Grundsätze der Bilanzwahrheit und der Vorsicht im Jahresabschluss von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen, NZG 2017, S. 915 – 918 (zitiert: *Hennrichs/Pöschke* NZG 2017, 915).
- Hennrichs, Joachim/Schruff, Wienand, Stand und Perspektiven des europäischen Bilanzrechts, in: Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht (Hrsg.), Vorträge und Berichte Nr. 184, Bonn 2011 (zitiert: *Hennrichs/Schruff*, Stand und Perspektiven des europäischen Bilanzrechts).
- Henßler, Martin, Risiko als Vertragsgegenstand, Tübingen 1994, zugl. Habil. Konstanz 1989/90 (zitiert: *Henßler*, Risiko als Vertragsgegenstand).

- Henssler*, Martin, Material Adverse Change-Klauseln in deutschen Unternehmenskaufverträgen – (r)eine Modeerscheinung?, in: Baums, Theodor/Wertenbruch, Johannes/Lutter, Markus/Schmidt, Karsten (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Huber zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 2006, S. 739 – 756 (zitiert: *Henssler*, in: FS Huber, 2006, S. 739).
- Henssler*, Martin (Hrsg.), beck-online.GROSSKOMMENTAR HGB, München 2024 (zitiert: *Bearbeiter*, in: BeckOGK HGB).
- Henssler*, Martin/*Dicken*, André Jacques, Bilanzrecht, 2. Aufl., München 2021 (zitiert: *Henssler/Dicken*, Bilanzrecht).
- Hermann*, Uwe S./*Potthast*, Cornel, Bilanzielle Abbildung von „Handysubventionen“, CR 2012, S. 10 – 15 (zitiert: *Hermann/Potthast* CR 2012, 10).
- Herzig*, Norbert/*Joisten*, Christian, Steuerliche Gewinnrealisierung bei Mehrkomponentengeschäften, in: Baumhoff, Hubertus/Dücker, Reinhard/Köhler, Stefan (Hrsg.), Besteuerung, Rechnungslegung und Prüfung der Unternehmen, Festschrift für Professor Dr. Norbert Krawitz, Wiesbaden 2010, S. 83 – 102 (zitiert: *Herzig/Joisten*, in: FS Krawitz, 2010, S. 83).
- Herzig*, Norbert/*Joisten*, Christian, Verkauf mit Rückverkaufsoption als Mehrkomponentengeschäft, Ubg 2010, S. 472 – 482 (zitiert: *Herzig/Joisten* Ubg 2010, 472).
- Herzig*, Norbert/*Joisten*, Christian, Bilanzierung von Abschlussgebühren für Darlehensverträge als Rechnungsabgrenzungsposten, DB 2011, S. 1014 – 1019 (zitiert: *Herzig/Joisten* DB 2011, 1014).
- Heuermann*, Bernd/*Brandis*, Peter (Hrsg.), Kommentar zum Ertragssteuerrecht, Stand: Juli 2024 (173. EL) (zitiert: *Bearbeiter*, in: Heuermann/Brandis, EStG).
- Hofer*, Sibylle, Freiheit ohne Grenzen?, Tübingen 2001, zugl. Habil. Frankfurt 2000 (zitiert: *Hofer*, Freiheit ohne Grenzen?).
- Hoffmann*, Wolf-Dieter, Anm. zu BFH Urt. v. 11.10.2007 – IV R 52/04, DStR 2008, S. 240 – 241 (zitiert: *Hoffmann* DStR 2008, 240).
- Hoffmann*, Wolf-Dieter, Vom Erfüllungsrückstand zur Aufwandsrückstellung, StuB 2011, S. 361 – 362 (zitiert: *Hoffmann* StuB 2011, 361).
- Hoffmann*, Wolf-Dieter, Rechnungsabgrenzung bei verbilligter Abgabe von Mobiltelefonen, Anm. zu BFH Urt. v. 15.5.2013 – I R 77/08, DStR 2013, S. 1777 – 1778 (zitiert: *Hoffmann* DStR 2013, 1777).
- Hoffmann*, Wolf-Dieter, Gewinnrealisation beim Gerüstbau, StuB 2016, S. 717 – 718 (zitiert: *Hoffmann* StuB 2016, 717).
- Hoffmann*, Wolf-Dieter/*Lüdenbach*, Norbert, Umsatzrealisierung bei strukturierten Geschäftsmodellen, DStR 2005, S. 1331 – 1336 (zitiert: *Hoffmann/Lüdenbach* DStR 2005, 1331).
- Hoffmann-Riem*, Wolfgang, Innovation und Recht – Recht und Innovation, Tübingen 2016 (zitiert: *Hoffmann-Riem*, Innovation und Recht).
- Hofmann*, Christiane/*Lorson*, Peter/*Melcher*, Winfried, Wesentliche Auswirkungen der Wirtschaftskrise auf den Lagebericht, DB 2010, S. 233 – 238 (zitiert: *Hofmann/Lorson/Melcher* DB 2010, 233).
- Hohl*, Patrick, Private Standardsetzung im Gesellschafts- und Bilanzrecht, Berlin 2007, zugl. Diss. Berlin 2007 (zitiert: *Hohl*, Private Standardsetzung im Gesellschafts- und Bilanzrecht).
- Hommel*, Michael, Grundsätze ordnungsgemäßer Bilanzierung für Dauerschuldverhältnisse, Wiesbaden 1992, zugl. Diss. Frankfurt a. M. 1991 (zitiert: *Hommel*, Bilanzierung für Dauerschuldverhältnisse).

- Hommel, Michael*, Vermögenszurechnung und Ertragsrealisation nach HGB und IFRS, in: Dobler, Michael/Hachmeister, Dirk/Rammert, Stefan/Kuhner, Christoph (Hrsg.), Rechnungslegung, Prüfung und Unternehmensbewertung, Festschrift zum 65. Geburtstag von Professor Dr. Dr. h.c. Wolfgang Ballwieser, Stuttgart 2014, S. 347 – 364 (zitiert: *Hommel*, in: FS Ballwieser, 2014, S. 347).
- Hommel, Michael/Berndt, Thomas*, Das Realisationsprinzip – 1884 und heute, BB 2009, S. 2190 – 2194 (zitiert: *Hommel/Berndt* BB 2009, 2190).
- Hommel, Michael/Laas, Stefan*, Währungsumrechnung im Einzelabschluss – die Vorschläge des BilMoG-RegE, BB 2008, S. 1666 – 1670 (zitiert: *Hommel/Laas* BB 2008, 1666).
- Hommelhoff, Peter*, Konzeptionelle Grundfragen der Bilanzrechtsreform, in: Kleindiek, Detlef/Oehler, Wolfgang (Hrsg.), Die Zukunft des deutschen Bilanzrechts, Köln 2000, S. 141 – 159 (zitiert: *Hommelhoff*, in: Kleindiek/Oehler, Die Zukunft des deutschen Bilanzrechts, S. 141).
- Hommelhoff, Peter/Schwab, Martin*, Regelungsquellen und Regelungsebenen der Corporate Governance: Gesetz, Satzung, Codices, unternehmensinterne Grundsätze, in: Hommelhoff, Peter/Hopt, Klaus J./Werder, Axel v. (Hrsg.), Handbuch Corporate Governance, 2. Aufl. Stuttgart 2009, S. 71 – 122 (zitiert: *Hommelhoff/Schwab*, in: Hommelhoff/Hopt/v. Werder, Handbuch Corporate Governance, S. 71).
- Hönn, Günther*, Privatautonomie von innen und außen – Zur Materialisierungsdebatte im Vertragsrecht, JZ 2021, S. 693 – 701 (zitiert: *Hönn* JZ 2021, 693).
- Honsell, Heinrich*, Privatautonomie und Wohnungsmiete, AcP 186 (1986), S. 115 – 186 (zitiert: *Honsell* AcP 186 (1986), 115).
- Hopt, Klaus*, Rechtssoziologische und rechtsinformatische Aspekte im Wirtschaftsrecht, BB 1972, S. 1017 – 1024 (zitiert: *Hopt* BB 1972, 1017).
- Hopt, Klaus/Kumpan, Christoph/Leyens, Patrick C./Merkt, Hanno/Roth, Markus* (Hrsg.), Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 42. Aufl., München 2023 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Hopt, HGB, 42. Aufl. 2023).
- Hopt, Klaus/Kumpan, Christoph/Leyens, Patrick C./Merkt, Hanno/Roth, Markus* (Hrsg.), Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 43. Aufl., München 2024 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Hopt, HGB).
- Horst, Johan*, Transnationale Rechtserzeugung, Tübingen 2019, zugl. Diss. Bremen 2016 (zitiert: *Horst*, Transnationale Rechtserzeugung).
- Hörter, Klaus*, Der finanzierte Abzahlungskauf, Frankfurt a.M. 1969 (zitiert: *Hörter*, Der finanzierte Abzahlungskauf).
- Huber, Ulrich*, Leistungsstörungen: Empfiehlt sich die Einführung eines Leistungsstörungsrechts nach dem Vorbild des Einheitlichen Kaufgesetzes? Welche Änderungen im Gesetzestext und welche praktischen Auswirkungen würden sich dabei ergeben?, in: Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. 1, Köln 1981, S. 647 – 910 (zitiert: *Huber*, in: Gutachten zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. 2, 1981, 647).
- Huber, Ulrich*, Leistungsstörungen, Bd. I: Die allgemeinen Grundlagen; Der Tatbestand des Schuldnerverzugs; Die vom Schuldner zu vertretenden Umstände, Tübingen 1999 (zitiert: *Huber*, Leistungsstörungen, Bd. I).
- Huber, Ulrich*, Leistungsstörungen, Bd. II: Die Folgen des Schuldnerverzugs; Die Erfüllungsverweigerung und die vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit, Tübingen 1999 (zitiert: *Huber*, Leistungsstörungen, Bd. II).
- Huber, Ulrich*, Die Praxis des Unternehmenskaufs im System des Kaufrechts, AcP 202 (2002), S. 179 – 242 (zitiert: *Huber* AcP 202 (2002), 179).

- Hulle, Karel van, „True and Fair View“, im Sinne der 4. Richtlinie, in: Förschle, Gerhart/Kaiser, Klaus/Moxter, Adolf (Hrsg.), *Rechenschaftslegung im Wandel*, Festschrift für Wolfgang Dieter Budde, München 1995, S. 313 – 326 (zitiert: v. Hulle, in: FS Budde, 1995, S. 313).
- Hulle, Karel van, *Die Reform des europäischen Bilanzrechts: Stand, Ziele und Perspektiven*, ZGR 2000, S. 537 – 549 (zitiert: *van Hulle* ZGR 2000, 537).
- Hulle, Karel van, *From Accounting Directives to International Accounting Standards*, in: Leuz, Christian/Pfaff, Dieter/Hopwood, Anthony (Hrsg.), *The Economics and Politics of Accounting: International Perspectives on Trends, Policy and Practice*, Oxford/UK 2005, S. 349 – 373 (zitiert: *van Hulle*, in: Leuz/Pfaff/Hopwood, *The Economics and Politics of Accounting*, S. 349).
- Hüttemann, Rainer, *BB-Gesetzgebungsreport: Internationalisierung des deutschen Handelsbilanzrechts im Entwurf des Bilanzrechtsreformgesetzes*, BB 2004, S. 203 – 209 (zitiert: *Hüttemann* BB 2004, 203).
- Jensen, Michael C./Meckling, William H., *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, *Journal of Financial Economics* 3 (1976), S. 305 – 360 (zitiert: *Jensen/Meckling* *Journal of Financial Economics* 3 (1976), 305).
- Jesgarzewski, Tim/Buntrock, Stephan, *Bierlieferungsverträge als Finanzierungsinstrument*, DStR 2012, S. 145 – 149 (zitiert: *Jesgarzewski/Buntrock* DStR 2012, 145).
- Jestaedt, Matthias, *Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung*, Berlin 1993, zugl. Diss. Bonn 1992 (zitiert: *Jestaedt*, *Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung*).
- Jestaedt, Matthias, *Wissenschaft im Recht*, JZ 2014, S. 1 – 12 (zitiert: *Jestaedt* JZ 2014, 1).
- Joisten, Christian, *Mehrkomponentengeschäfte im Handels- und Steuerbilanzrecht*, Köln 2012, zugl. Diss. Köln 2012 (zitiert: *Joisten*, *Mehrkomponentengeschäfte*).
- Jung, Stefanie/Krebs, Peter/Stiegler, Sascha (Hrsg.), *Gesellschaftsrecht in Europa*, München 2019 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Jung/Krebs/Stiegler*, *Gesellschaftsrecht in Europa*).
- Kahle, Holger, *Internationale Rechnungslegung und ihre Auswirkungen auf Handels- und Steuerbilanz*, Wiesbaden 2002, zugl. Habil. Mannheim 2002 (zitiert: *Kahle*, *Internationale Rechnungslegung*).
- Kahle, Holger/Kopp, Nicolas, *Der Wesentlichkeitsgrundsatz in der Handels- und Steuerbilanz*, DStR 2022, S. 2627 – 2637 (zitiert: *Kahle/Kopp* DStR 2022, 2627).
- Kahneman, Daniel, *Thinking, Fast and Slow*, UK 2012 (Taschenbuchausgabe) (zitiert: *Kahneman*, *Thinking, Fast and Slow*).
- Kahneman, Daniel/Tversky, Amos, *Choices, Values, and Frames*, *American Psychologist* 39 (1984), S. 341 – 350 (zitiert: *Kahneman/Tversky* *American Psychologist* 39 (1984), 341).
- Kalss, Susanne, *Maßgebliche Forschungsfelder in der nächsten Dekade im Bereich des Gesellschafts- und Kapitalmarktrechts*, ZGR 2007, S. 520 – 531 (zitiert: *Kalss* ZGR 2007, 520).
- Kegel, Gerhard, *Empfiehl es sich, den Einfluß grundlegender Veränderungen des Wirtschaftslebens auf Verträge gesetzlich zu regeln und in welchem Sinn?* (Geschäftsgrundlage, Vertragshilfe, Leistungsverweigerungsrecht), in: *Ständige Deputation des Deutschen Juristentages* (Hrsg.), *Verhandlungen des vierzigsten Deutschen Juristentages*, Hamburg 1953, Band I, Gutachten, Tübingen 1953, S. 135 – 236 (zitiert: *Kegel*, *Gutachten* 40. DJT, S. 135).
- Keim, Christopher, *Zur Formbedürftigkeit bei einer Verbindung von einem Bauvertrag mit einem Grundstückskaufvertrag*, RNotZ 2003, S. 44 – 46 (zitiert: *Keim* RNotZ 2003, 44).
- Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, Studienausgabe der 1. Aufl. 1934, Tübingen 2008 (zitiert: *Kelsen*, *Reine Rechtslehre* (Studienausgabe)).

- Kirchheimer*, Otto, Von der Weimarer Republik zum Faschismus: Die Auflösung der demokratischen Rechtsordnung, Frankfurt a.M. 1976 (zitiert: *Kirchheimer*, Von der Weimarer Republik zum Faschismus).
- Kirchhof*, Ferdinand, Private Rechtsetzung, Berlin 1987, zugl. Habil. Speyer 1985 (zitiert: *Kirchhof*, Private Rechtsetzung).
- Kirchhof*, Paul/*Söhn*, Hartmut/*Mellinghoff*, Rudolf (Hrsg.), Einkommensteuergesetz, 347. Lieferung, Heidelberg 2024 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Kirchhof/Söhn/Mellinghoff*, EStG).
- Kirchmann*, Julius v., Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft – ein Vortrag gehalten in der juristischen Gesellschaft zu Berlin, Berlin 1848 (zitiert: v. *Kirchmann*, Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz).
- Kirchner*, Christian, Bilanzrecht und neue Institutionenökonomik: Interdisziplinäre Überlegungen, in: Budde, Wolfgang Dieter/Moxter, Adolf/Offerhaus, Klaus, Handelsbilanzen und Steuerbilanzen, Festschrift zum 70. Geburtstag von Prod. Dr. h. c. Heinrich Beisse, Düsseldorf 1997, S. 267 – 283 (zitiert: *Kirchner*, in: FS Beisse, 1997, S. 267).
- Kleindiek*, Detlef, Geschäftsleitertätigkeit und Geschäftsleitungskontrolle – Treuhänderische Vermögensverwaltung und Rechnungslegung, ZGR 1998, S. 466 – 489 (zitiert: *Kleindiek* ZGR 1998, 466).
- Kleindiek*, Detlef, Krisenvermeidung in der GmbH: Gesetzliches Mindestkapital, Kapitalschutz und Eigenkapitalschutz, ZGR 2006, S. 335 – 365 (zitiert: *Kleindiek* ZGR 2006, 335).
- Kleindiek*, Detlef, IFRS für KMU und die Gestaltungsaufgaben im europäischen Bilanzrecht, GmbHR 2010, S. 1333 – 1340 (zitiert: *Kleindiek* GmbHR 2010, 1333).
- Kleindiek*, Detlef, Gestaltungsaufgaben der Bilanzrechtsreform, in: *Kleindiek*, Detlef/Oehler, Wolfgang (Hrsg.), Die Zukunft des deutschen Bilanzrechts, Köln 2000, S. 1 – 12 (zitiert: *Kleindiek*, in: *Kleindiek/Oehler*, Die Zukunft des deutschen Bilanzrechts, S. 1).
- Kletečka*, Andreas, Mietrecht zwischen Sozialschutz und Marktregulierung, AcP 220 (2020), S. 674 – 692 (zitiert: *Kletečka* AcP 220 (2020), 674).
- Klormann*, Peter Sebastian, Externe Corporate Governance und ineffiziente Kapitalmärkte, Baden-Baden 2015, zugl. Diss. Heidelberg 2015 (zitiert: *Klormann*, Externe Corporate Governance).
- Knieper*, Rolf, Das Schuldverhältnis: Geld gegen Ware in der Zeit, KJ 1992, S. 1 – 18 (zitiert: *Knieper* KJ 1992, 1).
- Knobbe-Keuk*, Brigitte, Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht, 9. Aufl., Köln 1993 (zitiert: *Knobbe-Keuk*, Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht).
- Köhler*, Helmut, Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis, München 1971, zugl. Diss. München 1970/71 (zitiert: *Köhler*, Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage).
- Köhler*, Helmut, Die Lehre von der Geschäftsgrundlage als Lehre von der Risikobefreiung, in: Canaris, Claus-Wilhelm/Heldrich, Andreas (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Band I. Bürgerliches Recht, München 2000, S. 295 – 328 (zitiert: *Köhler*, in: FG 50 Jahre BGH, Bd. I, 295).
- Köhler*, Helmut, Zum Anwendungsbereich der §§ 1 und 3 UWG nach Aufhebung von RabattG und ZugabeVO, GRUR 2001, S. 1067 – 1079 (zitiert: *Köhler* GRUR 2001, 1067).
- Köhler*, Helmut, Koppelungsangebote (einschließlich Zugaben) im geltenden und künftigen Wettbewerbsrecht, GRUR 2003, S. 729 – 739 (zitiert: *Köhler* GRUR 2003, 729).
- Köndgen*, Johannes, Privatisierung des Rechts. Private Governance zwischen Deregulierung und Rekonstitutionalisierung, AcP 206 (2006), S. 477 – 525 (zitiert: *Köndgen* AcP 206 (2006), 477).

- Korth, H.-Michael, Zur Aufwands- und Ertragskompensation bei Rückstellungen, in: Martens, Klaus-Peter/Westermann, Harm Peter/Zöllner, Wolfgang (Hrsg.), Festschrift für Carsten Peter Claussen zum 70. Geburtstag, Köln, Berlin u.a. 1997, S. 639 – 658 (zitiert: Korth, in: FS Claussen, 1997, S. 639).
- Köster, Oliver, Niederstwerttest und Bewertungseinheiten beim Anlagevermögen im Entwurf des BilMoG, BB 2007, S. 2791 – 2795 (zitiert: Köster BB 2007, 2791).
- Kozioł, Helmut, Glanz und Elend der deutschen Zivilrechtsdogmatik: Das deutsche Zivilrecht als Vorbild für Europa?, AcP 212 (2012), S. 1 – 62 (zitiert: Kozioł AcP 212 (2012), 1).
- Krawitz, Norbert, Die bilanzielle Behandlung der langfristigen Auftragsfertigung und Reformüberlegungen unter Berücksichtigung internationaler Entwicklungen, DStR 1997, S. 886 – 894 (zitiert: Krawitz DStR 1997, 886).
- Kronstein, Heinrich/Claussen, Carsten Peter, Publizität und Gewinnverteilung im neuen Aktienrecht, Frankfurt a.M. 1960 (zitiert: Kronstein/Claussen, Publizität und Gewinnverteilung im neuen Aktienrecht).
- Kropff, Bruno, Zur Wirksamkeit bilanzpolitisch motivierter Rechtsgeschäfte, ZGR 1993, S. 41 – 62 (zitiert: Kropff ZGR 1993, 41).
- Krumnow, Jürgen, Die deutsche Rechnungslegung auf dem Weg ins Abseits? Ein Ausblick nach der vorläufig abgeschlossenen EG-Harmonisierung, in: Ballwieser, Wolfgang/Böcking, Hans-Joachim/Drukarczyk, Jochen/Schmidt, Reinhard H. (Hrsg.), Bilanzrecht und Kapitalmarkt, Festschrift zum 65. Geburtstag von Dr. Dr. h.c. Dr. h.c. Adolf Moxter, Düsseldorf 1994, S. 679 – 193 (zitiert: Krumnow, in: FS Moxter, 1994, S. 679).
- Kübler, Friedrich, Vorsichtsprinzip vs. Kapitalmarktinformation, in: Förchle, Gerhart/Kaiser, Klaus/Moxter, Adolf (Hrsg.), Rechenschaftslegung im Wandel, Festschrift für Wolfgang Dieter Budde, München 1995, S. 361 – 375 (zitiert: Kübler, in: FS Budde, 1995, S. 361).
- Kübler, Friedrich, Institutioneller Gläubigerschutz oder Kapitalmarkttransparenz? Rechtsvergleichende Überlegungen zu den "stillen Reserven", ZHR 159 (1995), S. 550 – 566 (zitiert: Kübler ZHR 159 (1995), 550).
- Kügele, Stephan, Wettbewerbsrechtliche Beurteilung von Koppelungsangeboten, GRUR 2006, S. 105 – 110 (zitiert: Kügele GRUR 2006, 105).
- Kuntz, Thilo, Auf der Suche nach einem Proprium der Rechtswissenschaft, AcP 219 (2019), 254, S. 254 – 299 (zitiert: Kuntz AcP 219 (2019), 254).
- Küting, Karlheinz/Hayn, Sven, Der internationale Konzernabschluß als Eintrittskarte zum weltweiten Kapitalmarkt, BB 1995, S. 662 – 672 (zitiert: Küting/Hayn BB 1995, 662).
- Küting, Karlheinz/Kessler, Harald, Der Streit um den Apotheker-Fall: Meinungssache oder Stimmungsmache?, DB 1997, S. 2441 – 2446 (zitiert: Küting/Kessler DB 1997, 2441).
- Küting, Karlheinz/Weber, Claus-Peter (Hrsg.), Handbuch der Rechnungslegung, Einzelabschluss, Band 1, Loseblatt, 27. EL, Stuttgart 2018 (zitiert: Bearbeiter, in: Küting/Weber).
- Küting, Karlheinz/Weber, Claus-Peter (Hrsg.), Handbuch der Rechnungslegung, Einzelabschluss, Band 1, Loseblatt, 13. EL, Stuttgart 2011 (zitiert: Bearbeiter, in: Küting/Weber, 13. EL 2011).
- Kraakman, Reinier/Armour, John/Davies, Paul/Enriques, Luca/Hansmann, Henry/Hertig, Gerard/Hopt, Klaus/Kanda, Hideki/Pargendler, Mariana/Ringe, Wolf-Georg/Rock, Edward, The Anatomy of Corporate Law, 3. Aufl., Oxford 2017 (zitiert: Bearbeiter, in: Anatomy of Corporate Law).
- Krönke, Christoph, Die Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, 1. Aufl., Tübingen 2013 (zitiert: Krönke, Die Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten der Europäischen Union).

- Lange*, Gloria, Bilanzrecht und Ökonomische Theorie des Rechts, Diss. Berlin 1999 (zitiert: *Lange*, Bilanzrecht und Ökonomische Theorie).
- Lange*, Heinrich, Liberalismus, Nationalsozialismus und Bürgerliches Recht, Tübingen 1933 (zitiert: *Lange*, Liberalismus, Nationalsozialismus und Bürgerliches Recht).
- Langenbucher*, Katja, Dogmatik, Falsifikation und zwei Perspektiven auf die Rechtswissenschaft, in: Auer, Marietta/Grigoleit, Hans Christoph/Hager, Johannes u.a. (Hrsg.), Privatrechtsdogmatik im 21. Jahrhundert, Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag, Berlin/Boston 2017, S. 219 – 240 (zitiert: *Langenbucher*, in: FS Canaris, 2017, S. 219).
- Larenz*, Karl, Das Zurückbehaltungsrecht im dreiseitigen Rechtsverhältnis, in: Pawlowski, Hans-Martin/Wieacker, Franz, Festschrift für Karl Michaelis zum 70. Geburtstag am 21. Dezember 1970, Göttingen 1972, S. 193 – 214 (zitiert: *Larenz*, in: FS Michaelis, 1972, S. 193).
- Larenz*, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 1987 (zitiert: *Larenz*, SchuldR, Bd. 1).
- Larenz*, Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., München 1991 (zitiert: *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft).
- Larenz*, Karl/*Canaris*, Claus-Wilhelm, Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band, Besonderer Teil, 2. Halbband, 13. Aufl., München 1994 (zitiert: *Larenz/Canaris*, SchuldR, Bd. II/2).
- Larner*, Wendy/*Le Heron*, Richard, Global benchmarking – Participating ‚at a distance‘ in the globalizing economy, in: Larner, Wendy/Walters, William (Hrsg.), Global Governmentality: Governing International Spaces, Abingdon 2004, S. 212 – 232 (zitiert: *Larner/Le Heron*, in: Larner/Walters, Global Governmentality, S. 212).
- Laux*, Christian/*Leuz*, Christian, The crisis of fair-value accounting: Making sense of the recent debate, Accounting, Organizations and Society 34 (2009), S. 826 – 834 (zitiert: *Laux/Leuz* AOS 34 (2009), 826).
- Laux*, Christian/*Leuz*, Christian, Did Fair-Value Accounting Contribute to the Financial Crisis?, Journal of Economic Perspectives 24 (2010), S. 93 – 118 (zitiert: *Laux/Leuz* Journal of Economic Perspectives 24 (2010), 93).
- Leffson*, Ulrich, Bilanzanalyse, 3. Aufl., Stuttgart 1984 (zitiert: *Leffson*, Bilanzanalyse).
- Leffson*, Ulrich, Die Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung, 7. Aufl., Düsseldorf 1987 (zitiert: *Leffson*, Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung).
- Lehman*, Erik E., Bindungswirkung von Standards im Bereich Corporate Governance Anmerkungen zum Beitrag von Christine Windbichler aus einer wirtschaftswissenschaftlichen Perspektive, in: Möllers, Thomas M.J., Geltung und Faktizität von Standards, 1. Aufl., Baden-Baden 2009 (zitiert: *Lehman*, in: Möllers, Geltung und Faktizität von Standards, 2009, S. 37).
- Leuschner*, Carl-Friedrich, Gewinnrealisierung bei langfristiger Auftragsfertigung, in: Förschle, Gerhart/Kaiser, Klaus/Moxter, Adolf (Hrsg.), Rechenschaftslegung im Wandel, Festschrift für Wolfgang Dieter Budde, München 1995, S. 377 – 396 (zitiert: *Leuschner*, in: FS Budde, 1995, S. 377).
- Leuz*, Christian, Different Approaches to Corporate Reporting Regulation: How Jurisdictions Differ and Why, European Corporate Governance Institute Law Working Paper No. 156/2010 (zitiert: *Leuz* ECGI Working Paper 156/2010).
- Leuz*, Christian/*Nanda*, Dhananjay/*Wysocki*, Peter D., Earnings management and investor protection: an international comparison, Journal of Financial Economics 69 (2003), S. 505 – 527 (zitiert: *Leuz/Nanda/Wysocki* JFE 69 (2003), 505).

- Leuz, Christian/Wüstemann, Jens, The Role of Accounting in the German Financial System, in: Krahn, Jan P./Schmidt, Reinhard H. (Hrsg.), The German Financial System, Oxford/UK 2004, S. 450 – 481 (zitiert: *Leuz/Wüstemann*, in: Krahn/Schmidt, The German Financial System, S. 450).
- Lieth, Oliver, Die ökonomische Analyse des Rechts im Spiegelbild klassischer Argumentationsrestriktionen des Rechts und seiner Methodenlehre, Baden-Baden 2007, zugl. Diss. Bonn 2006 (zitiert: *Lieth*, Die ökonomische Analyse).
- Limbach, Francis, Die Subventionierung von Mobiltelefonen als sonstige entgeltliche Finanzierungshilfe gem. § 499 Abs.1 BGB?, ZGS 2006, S. 332 – 338 (zitiert: *Limbach* ZGS 2006, 332).
- Limbach, Francis, Subventionierte Mobiltelefone: Ungeklärte Fragen des Widerrufs von Kauf- und Mobilfunkvertrag, ZGS 2009, S. 206 – 211 (zitiert: *Limbach* ZGS 2009, 206).
- Limbach, Francis, Der Widerruf subventionierter Mobilfunkverträge, NJW 2011, S. 3770 – 3772 (zitiert: *Limbach* NJW 2011, 3770).
- Linnenluecke, Martina/Birt, Jaqueline/Griffiths, Andrew, The role of accounting in supporting adaption to climate change, Accounting & Finance 55 (2015), S. 607 – 625 (zitiert: *Linnenluecke/Birt/Griffiths*, Accounting & Finance 55 (2015), 607).
- Littbarski, Sigurd, Neuere Tendenzen zum Anwendungsbereich der Lehre von der Geschäftsgrundlage, JZ 1981, S. 8 – 14 (zitiert: *Littbarski* JZ 1981, 8).
- Lobinger, Thomas, Perspektiven der Privatrechtsdogmatik am Beispiel des allgemeinen Gleichbehandlungsrechts, AcP 216 (2016), S. 28 – 106 (zitiert: *Lobinger* AcP 216 (2016), 28).
- Loft, Anne/Humphrey, Christopher/Turley, Stuart, In pursuit of global regulation – Changing governance and accountability structures at the International Federation of Accountants (IFAC), Accounting, Auditing and Accountability Journal 19 (2006), S. 428 – 451 (zitiert: *Loft/Humphrey/Turley* AAAJ 19 (2006), 428).
- Lomfeld, Betram, Die Gründe des Vertrags, Tübingen 2015 (zitiert: *Lomfeld*, Die Gründe des Vertrages).
- Lomfeld, Betram, Der Mythos vom unpolitischen Privatrecht, in: Grünberger, Michael/Jansen, Nils (Hrsg.), Privatrechtstheorie heute, Tübingen 2017, S. 151 – 169 (zitiert: *Lomfeld*, in: Grünberger/Jansen, Privatrechtstheorie heute, S. 151).
- Lorenz, Dieter, Der grundrechtliche Anspruch auf effektiven Rechtsschutz, AöR 105 (1980), S. 623 – 649 (zitiert: *D. Lorenz* AöR 105 (1980), 623).
- Lüdenbach, Norbert/Hoffmann, Wolf-Dieter, Erlösrealisierung bei Mehrkomponentengeschäften nach IFRS und HGB/EStG, DStR 2006, S. 153 – 158 (zitiert: *Lüdenbach/Hoffmann* DStR 2006, 153).
- Lüders, Jürgen, Realisationszeitpunkt und wirtschaftliche Betrachtungsweise, DB 1986, S. 1944 – 1946 (zitiert: *Lüders* DB 1986, 1944).
- Lüders, Jürgen, Der Zeitpunkt der Gewinnrealisierung im Handels- und Steuerbilanzrecht, Köln 1987, zugl. Diss. Bonn 1986 (zitiert: *Lüders*, Zeitpunkt der Gewinnrealisierung).
- Lüdicke, Jochen, Bilanzielle Behandlung eines Vermarktungskostenzuschusses bei Medienfonds, DB 2015, S. 1070 – 1072 (zitiert: *Lüdicke* DB 2015, 1070).
- Luhmann, Niklas, Soziale Systeme – Grundriß einer allgemeinen Theorie, Frankfurt a. M. 1984 (2. Aufl. 1985) (zitiert: *Luhmann*, Soziale Systeme).
- Luhmann, Niklas, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 1993 (zitiert: *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft).
- Lwowski, Hans-Jürgen/Peters, Bernd/Gößmann, Wolfgang, Verbraucher kreditgesetz, 2. Aufl., Berlin 1994 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Lwowski/Peters/Gößmann, VerbrKrG).

- Madrick*, Jeff, Reviewed Work: Report of Investigation by the Special Investigative Committee of the Board of Directors of Enron Corp by William C. Powers Jr., Raymond S. Toubh, Herbert S. Winokur Jr., Challenge 45 (2002), S. 117 – 127 (zitiert: *Madrick Challenge 45* (2002), 117).
- Maier-Reimer*, Georg, Vorwirkung von Formvorschriften – Formzwang aus nicht abgeschlossenen Verträgen?, NJW 2015, S. 273 – 279 (zitiert: *Maier-Reimer NJW* 2015, 273).
- Makowsky*, Mark, Einwendungen aus fremdem Schuldverhältnis, Tübingen 2019, zugl. Habil. Düsseldorf 2018 (zitiert: *Makowsky*, Einwendungen aus fremdem Schuldverhältnis).
- Manne*, Henry G., Mergers and the Market for Corporate Control, Journal of Political Economy 73 (1965), S. 110 – 120 (zitiert: *Manne Journal of Political Economy* 73 (1965), 110).
- Markworth*, David, Kapitalmarktinformationshaftung wegen Bilanzmanipulationen, BKR 2020, S. 438 – 447 (zitiert: *Markworth BKR* 2020, 438).
- Marten*, Kai-Uwe/*Köhler*, Annette G./*Schlereth*, Dieter, Bilanzielle Auswirkungen von Preissstrategien am Beispiel von Handy-Subventionen, DB 2003, S. 2713 – 2718 (zitiert: *Marten/Köhler/Schlereth DB* 2003, 2713).
- Martens*, Klaus Peter, Rechtsgeschäft und Drittinteressen, AcP 177 (1977), S. 113 – 188 (zitiert: *Martens AcP* 177 (1977), 113).
- Martens*, Sebastian A., Der Mietzins bei Gewerbemieten während der Pandemie: Eine Frage der Zumutbarkeit?, ZIP 2021, S. 1521 – 1526 (zitiert: *S. Martens ZIP* 2021, 1521).
- Martin*, Guido/*Renk*, Heidemarie/*Sudhof*, Margaretha, Maßstäbe, Foren, Verfahren: Das Prozeduralisierungskonzept Rudolf Wiethölters, Kritische Justiz 22, Nr. 2 (1989), S. 244 – 257 (zitiert: *Martin/Renk/Sudhof KJ* 22 (1989), 244).
- Mattessich*, Richard, The Beginnings of Accounting and Accounting Thought, New York, Abingdon 2000 (zitiert: *Mattessich*, Beginnings of Accounting).
- Maultzsch*, Felix/*Czarnecki*, Mark Andre, Bausteinverträge in der Dogmatik der Schuldverhältnisse, ZEuP 2016, S. 832 – 858 (zitiert: *Maultzsch/Czarnecki ZEuP* 2016, 832).
- Mayer*, Colin, Prosperity – Better Business Makes the Greater Good, Oxford/UK 2018 (zitiert: *Mayer, Prosperity*).
- McLeay*, Stuart/*Ordelheide*, Dieter/*Young*, Steven, Constituent Lobbying and Its Impact on the Development of Financial Reporting Regulations: Evidence from Germany, in: Leuz, Christian/Pfaff, Dieter/Hopwood, Anthony (Hrsg.), The Economics and Politics of Accounting: International Perspectives on Trends, Policy and Practice, Oxford 2005, S. 285 – 316 (zitiert: *McLeay/Ordelheide/Young*, in: Leuz/Pfaff/Hopwood, The Economics and Politics of Accounting, S. 285).
- Meder*, Stephan, Ius non scriptum – Traditionen privater Rechtsetzung, Tübingen 2008 (2. Aufl., Tübingen 2009) (zitiert: *Meder, Ius non scriptum*).
- Medicus*, Dieter, Drittbeziehungen im Schuldverhältnis, JuS 1974, S. 613 – 622 (zitiert: *Medicus JuS* 1974, 613).
- Medicus*, Dieter, Die Leistungsstörungen im neuen Schuldrecht, JuS 2003, S. 521 – 529 (zitiert: *Medicus JuS* 2003, 521).
- Medicus*, Dieter, Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlage, in: Jakobs, Horst Heinrich/Knobbe-Keuk, Brigitte/Picker, Eduard/Wilhelm, Jan (Hrsg.) Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag am 12. September 1978, Band 1, Köln 1978, S. 629 – 647 (zitiert: *Medicus*, in: FS Flume, 1978, S. 629).
- Meffert*, Heribert/*Burmann*, Christoph/*Kirchgeorg*, Manfred/*Eisenbeiß*, Maik, Marketing, 13. Aufl., Wiesbaden 2019 (zitiert: *Meffert/Burmann/Kirchgeorg/Eisenbeiß*, Marketing).

- Melis*, Andrea, Critical Issues on the Enforcement of the „True and Fair View“ Accounting Principle – Learning from Parmalat, *Corporate Ownership and Control* 2 (2005), S. 108 – 119 (zitiert: *Melis Corporate Ownership and Control* 2 (2005), 108).
- Meller-Hannich*, Caroline, Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht, Tübingen 2005, zugl. Habil. Bonn 2005 (zitiert: *Meller-Hannich*, Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht).
- Menke*, Christoph, Kritik der Rechte, Berlin 2015 (zitiert: *Menke*, Kritik der Rechte).
- Merkt*, Hanno, Unternehmenspublizität, Tübingen 2001, zugl. Habil. Hamburg 2000 (zitiert: *Merkt*, Unternehmenspublizität).
- Merkt*, Hanno, Der Kapitalschutz in Europa – ein rocher de bronze?, *ZGR* 2004, S. 305 – 313 (zitiert: *Merkt ZGR* 2004, 305).
- Merkt*, Hanno, Die Zukunft der privatrechtlichen Forschung im Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, *ZGR* 2007, S. 532 – 541 (zitiert: *Merkt ZGR* 2007, 532).
- Merkt*, Hanno, Die Rolle des Bilanzrechts in der aktuellen Corporate Governance-Diskussion, *ZfB-Special* 2012, S. 5 – 30 (zitiert: *Merkt ZfB-Special* 2012, 5).
- Metzger*, Axel, Extra legem, intra ius: Allgemeine Rechtsgrundsätze im Europäischen Privatrecht, Tübingen 2009, zugl. Habil. Hamburg 2008 (zitiert: *Metzger*, Extra legem, intra ius).
- Meyer*, André, Das wirtschaftliche „Ist“. Eine vergleichende Untersuchung des Stellenwerts der wirtschaftlichen Betrachtungsweise im Zivil- und Steuerrecht, in: Kreutz, Peter u.a. (Hrsg.), Realitäten des Zivilrechts. Grenzen des Zivilrechts, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2011, S. 69 – 96, Stuttgart 2012 (zitiert: *Meyer JbJZ* 2011, 69).
- Meyer*, Jacob, Abzahlungsgeschäft und Finanzierungsinstitute, *MDR* 1958, S. 79 (zitiert: *Meyer MDR* 1958, 79).
- Michaels*, Ralf, The Re-State-Ment of Non-State Law: The State, Choice of Law, and the Challenges from Global Legal Pluralism, *The Wayne Law Review* 51 (2005), S. 1209 – 1259 (zitiert: *Michaels The Wayne Law Review* 51 (2005), 1209).
- Michaels*, Ralf, The Mirage of Non-state Governance, *Utah Law Review* 2010, S. 31 – 45 (zitiert: *Michaels Utah Law Review*, 2010, 31).
- Michaels*, Ralf, What is Non-State Law? – A Primer, in: Helfand, Michael (Hrsg.), Negotiating State and Non-State Law, Cambridge 2015, S. 41 – 58 (zitiert: *Michaels*, in: Helfand, Negotiating State and Non-State Law, S. 41).
- Milgrom*, Paul/*Roberts*, John, Economics, Organizations and Management, Englewood Cliffs/New Jersey 1992 (zitiert: *Milgrom/Roberts*, Economics, Organizations and Management).
- Mitchell*, Dalia Tsuk, From Dodge to eBay: The Elusive Corporate Purpose, *Virginia Law & Business Review* 13 (2019), S. 155 – 211 (zitiert: *Mitchell Virginia Law & Business Review* 13 (2019), 155).
- Möller*, Kolja, Strukturelle Gewalt und funktionale Differenzierung, *Soziale Systeme – Zeitschrift für soziologische Theorie* 20 (2015), S. 257 – 279 (zitiert: *Möller Soziale Systeme* 20 (2015), 257).
- Möller*, Kolja, Systemtheorie des Rechts: Teubner und Luhmann, in: Buckel, Sonja/Christensen, Ralph/Fischer-Lescano, Andreas (Hrsg.), Neue Theorien des Rechts, 3. Aufl., Tübingen 2020, S. 47 – 65 (zitiert: *Möller*, in: Neue Theorien des Rechts, S. 47).
- Möllers*, Elmar, Probleme zum Kundenfinanzierungsvertrag (3. Folge: Die Einwendungen des Käufers), *NJW* 1955, S. 1421 – 1424 (zitiert: *Möllers NJW* 1955, 1421).

- Möllers, Thomas M.J., Standards als sekundäre Rechtsquellen Ein Beitrag zur Bindungswirkung von Standards, in: Möllers, Thomas M.J., Geltung und Faktizität von Standards, 1. Aufl., Baden-Baden 2009 (zitiert: *Möllers*, in: ders., Geltung und Faktizität von Standards, 2009, S. 143).
- Möllers, Thomas M.J., Working with Legal Principles – demonstrated using Private Autonomy and Freedom of Contracts as Examples, ERCL 14 (2018), S. 101 – 137 (zitiert: *Möllers* ERCL 14 (2018), 101).
- Möllers, Thomas M. J./Fekonja, Benjamin, Private Rechtsetzung im Schatten des Gesetzes, ZGR 2012, S. 777 – 816 (zitiert: *Möllers/Fekonja* ZGR 2012, 777).
- Möslein, Florian, Dispositives Recht, Tübingen 2011, zugl. Habil. Berlin 2011 (zitiert: *Möslein*, Dispositives Recht).
- Möslein, Florian, Regulatory Competition between Public and Private Rules, in: Eidenmüller, Horst (Hrsg.), Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution, Oxford/UK, Baden-Baden 2013, S. 147 – 154 (zitiert: *Möslein*, in: Eidenmüller, Regulatory Competition, S. 147).
- Moxter, Adolf, Der Einfluß der EG-Bilanzrichtlinie auf das Bilanzsteuerrecht, BB 1978, S. 1629 – 1632 (zitiert: *Moxter* BB 1978, 1629).
- Moxter, Adolf, Die handelsrechtlichen Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung und das neue Bilanzrecht, ZGR 1980, S. 254 – 276 (zitiert: *Moxter* ZGR 1980, 254).
- Moxter, Adolf, Zum Sinn und Zweck des handelsrechtlichen Jahresabschlusses nach neuem Recht, in: Havermann, Hans (Hrsg.), Bilanz- und Konzernrecht, Festschrift zum 65. Geburtstag von Dr. Dr. h.c. Reinhard Goerdeler, Düsseldorf 1987, S. 361 – 374 (zitiert: *Moxter*, in: FS Goerdeler, 1987, S. 361).
- Moxter, Adolf, Periodengerechte Gewinnermittlung und Bilanz im Rechtssinne, in: Knobe-Keuk, Brigitte/Klein, Franz/Moxter, Adolf (Hrsg.), Handelsrecht und Steuerrecht, Festschrift für Dr. Dr. h.c. Georg Döllerer, Düsseldorf 1988, S. 447 – 458 (zitiert: *Moxter*, in: FS Döllerer, 1988, S. 447).
- Moxter, Adolf, Zur wirtschaftlichen Betrachtungsweise im Bilanzrecht, StuW 1989, S. 232 – 241 (zitiert: *Moxter* StuW 1989, 232).
- Moxter, Adolf, Entwicklung der Theorie der handels- und steuerrechtlichen Gewinnermittlung, Zfbf-Sonderheft 32/1993, S. 61 – 84 (zitiert: *Moxter* Zfbf-Sonderheft 32/1993, 61).
- Moxter, Adolf, Zum Verhältnis von handelsrechtlichen Grundsätzen ordnungsmäßiger Bilanzierung und True-and-fair-view-Gebot bei Kapitalgesellschaften, in: Förtschle, Gerhart/Kaiser, Klaus/Moxter, Adolf (Hrsg.), Rechenschaftslegung im Wandel, Festschrift für Wolfgang Dieter Budde, München 1995, S. 419 – 429 (zitiert: *Moxter*, in: FS Budde, 1995, S. 419).
- Moxter, Adolf, Rechnungslegungsmythen, BB 2000, S. 2143 – 2149 (zitiert: *Moxter* BB 2000, 2143).
- Moxter, Adolf, Grundsätze ordnungsgemäßer Rechnungslegung, Düsseldorf 2003 (zitiert: *Moxter*, Grundsätze ordnungsgemäßer Rechnungslegung).
- Moxter, Adolf, Gewinnrealisierung nach den IAS/IFRS: Erosion des HGB-Realisationsprinzips, ZVglRWiss 103 (2004), S. 268 – 280 (zitiert: *Moxter* ZVglRWiss 103 (2004), 268).
- Moxter, Adolf, Bilanzrechtsprechung, 6. Aufl., Tübingen 2007 (zitiert: *Moxter*, Bilanzrechtsprechung).
- Mugdan, Benno, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 1: Einführungsgesetz und Allgemeiner Theil, Berlin 1899 (zitiert: *Mugdan*, Bd. 1).

- Mugdan*, Benno, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 2: Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899 (zitiert: *Mugdan*, Bd. 2).
- Mujkanovic*, Robin, Kundenbindungsprogramme im Abschluss nach HGB und IFRS, *StuB* 2007, S. 845 – 850 (zitiert: *Mujkanovic* *StuB* 2007, 845).
- Mujkanovic*, Robin/*Raatz*, Pascal, Der Component Approach nach IAS 16 im HGB-Abschluss, *KoR* 2008, S. 245 – 250 (zitiert: *Mujkanovic/Raatz* *KoR* 2008, 245).
- Müller*, Markus/*Matthes*, Dirk, Notwendigkeit einer richtlinienkonformen Bestimmung der Leistung in § 323 V BGB bei Teilschlechtleistung und Teilleistung, *AcP* 204 (2004), S. 732 – 756 (zitiert: *Müller/Matthes* *AcP* 204 (2004), 732).
- Nebe*, Andreas/*Elprana*, Kai, Bilanzierung von Subscriber Acquisition Costs im IFRS-Abschluss von Internetunternehmen, *KoR* 2006, S. 477 – 487 (zitiert: *Nebe/Elprana* *KoR* 2006, 477).
- Neuner*, Jörg, Der Schutz und die Haftung Dritter nach vertraglichen Grundsätzen, *JZ* 1999, S. 126 – 136 (zitiert: *Neuner* *JZ* 1999, 126).
- Neuner*, Jörg, Vertragsauslegung – Vertragsergänzung – Vertragskorrektur, in: Heldrich, Andreas/Koller, Ingo/Prölss, Jürgen/Langenbacher, Katja u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, München 2007, Bd. 1, S. 901 – 924 (zitiert: *Neuner*, in: FS Canaris, 2007, Bd. 1, S. 901).
- Neuner*, Jörg, Das BVerfG im Labyrinth der Drittwirkung, *NJW* 2020, S. 1851 – 1855 (zitiert: *Neuner* *NJW* 2020, 1851).
- Neuner*, Jörg, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl., München 2020 (zitiert: *Neuner*, BGB AT).
- Neus*, Werner, Einführung in die Betriebswirtschaftslehre aus institutionenökonomischer Sicht, 10. Aufl., Tübingen 2018 (zitiert: *Neus*, Betriebswirtschaftslehre aus institutionenökonomischer Sicht).
- Nicklisch*, Fritz, Ergänzende Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlagenlehre – ein einheitliches Rechtsinstitut zur Lückenausfüllung?, *BB* 1980, S. 949 – 953 (zitiert: *Nicklisch* *BB* 1980, 949).
- Oechsler*, Jürgen, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, Tübingen 1997, zugl. Habil. Saarbrücken 1995/96 (zitiert: *Oechsler*, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag).
- Oertmann*, Paul, Die Geschäftsgrundlage – Ein neuer Rechtsbegriff, Leipzig 1921 (zitiert: *Oertmann*, Die Geschäftsgrundlage).
- Oetker*, Hartmut, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, Tübingen 1994, zugl. Habil. Kiel 1993/94 (zitiert: *Oetker*, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung).
- Ohly*, Ansgar, Generalklausel und Richterrecht, *AcP* 201 (2001), S. 1 – 47 (zitiert: *Ohly* *AcP* 201 (2001), 1).
- Ohly*, Ansgar, Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung von Gesamtpreisangeboten, *NJW* 2003, S. 2135 – 2137 (zitiert: *Ohly* *NJW* 2003, 2135).
- Ohly*, Ansgar/*Sosnitza*, Olaf (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 8. Aufl., München 2023 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Ohly/Sosnitza*, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb).
- Ordelheide*, Dieter, The Politics of Accounting: A Framework, in: Leuz, Christian/Pfaff, Dieter/Hopwood, Anthony (Hrsg.), The Economics and Politics of Accounting: International Perspectives on Trends, Policy and Practice, Oxford 2005, S. 376 – 392 (zitiert: *Ordelheide*, in: Leuz/Pfaff/Hopwood, The Economics and Politics of Accounting, S. 269).
- Oser*, Peter/*Bellert*, Sybille/*König* Christoph, Bilanzielle Behandlung von Mehrkomponentengeschäften am Beispiel der verbilligten Abgabe von Mobilfunktelefonen, *IRZ* 2017, S. 49 – 51 (zitiert: *Oser/Bellert/König* *IRZ* 2017, 49).

- Pacioli*, Luca, *Particularis de Computis et Scripturis*, erstmalig publiziert: Venedig 1494, hier genutzt: Abdruck in *Ernst Ludwig Jäger*, *Lucas Paccioli und Simon Stevin*, nebst einigen jüngeren Schriftstellern über Buchhaltung., Stuttgart 1876 (zitiert: *Pacioli*, *Particularis de Computis et Scripturis*, erstmalig publiziert 1494).
- Pareto*, Vilfredo, *Manuel d'Économie Politique*, Paris 1909 (zitiert: *Vilfredo Pareto*, *Manuel d'Économie Politique*, 1909).
- Peemüller*, Volker/*Krehl*, Harald/*Hofmann*, Stefan/*Lack*, Jana, *Bilanzskandale – Delikte und Gegenmaßnahmen*, 3. Aufl., Berlin 2020 (zitiert: *Peemüller/Krehl/Hofmann/Lack*, *Bilanzskandale*).
- Pellens*, Bernhard/*Bonse*, Andreas/*Gassen*, Joachim, *Perspektiven der deutschen Konzernrechnungslegung*, DB 1998, S. 785 – 792 (zitiert: *Pellens/Bonse/Gassen* DB 1998, 785).
- Pellens*, Bernhard/*Fülbier*, Rolf Uwe, *Differenzierung der Rechnungslegungsregulierung nach Börsenzulassung*, ZGR 2000, S. 572 – 593 (zitiert: *Pellens/Fülbier* ZGR 2000, 572).
- Pellens*, Bernhard/*Fülbier*, Rolf Uwe/*Gassen*, Joachim/*Sellhorn*, Thorsten, *Internationale Rechnungslegung*, 10. Aufl., Stuttgart 2017 (zitiert: *Pellens/Fülbier/Gassen/Sellhorn*, *Internationale Rechnungslegung*).
- Pellens*, Bernhard/*Strzyz*, Adam, *Rechnungslegung von Unternehmen und Konzernen*, in: *Hommelhoff*, Peter/*Hopt*, Klaus J./*Werder*, Axel v. (Hrsg.), *Handbuch Corporate Governance*, 2. Aufl. Stuttgart 2009, S. 533 – 561 (zitiert: *Pellens/Strzyz*, in: *Hommelhoff/Hopt/v. Werder*, *Handbuch Corporate Governance*, S. 533).
- Pennndorf*, Balduin, *Geschichte der Buchhaltung in Deutschland*, Leipzig 1913 (zitiert: *Pennndorf*, *Geschichte der Buchhaltung in Deutschland*).
- Perry*, James/*Nölke*, Andreas, *The political economy of International Accounting Standards*, *Review of International Political Economy* 13 (2006), S. 559 – 586 (zitiert: *Perry/Nölke* *Rev. Int. Pol. Econ.* 13 (2006), 559).
- Pfeiffer*, Thomas, *Anmerkung zu einer Entscheidung des BGH Urt. v. 29.10.1956 (II ZR 79/55) – Zur Nichtigkeit von Einzelbestimmungen und dem Ausschluss von Sachmängeleinwendungen durch Allgemeine Geschäftsbedingungen*, NJW 2017, S. 3076 (zitiert: *Pfeiffer* NJW 2017, 3076).
- Pfister*, Bernhard, *Der mehrseitige Austauschvertrag*, JZ 1971, S. 284 – 286 (zitiert: *Pfister* JZ 1971, 284).
- Pilhofer*, Jochen, *Umsatz- und Gewinnrealisierung im internationalen Vergleich*, Herne/Berlin 2002, zugl. Diss. Saarbrücken 2002 (zitiert: *Pilhofer*, *Umsatz- und Gewinnrealisierung*).
- Pirie*, Fernanda, *Beyond pluralism: a descriptive approach to non-state law*, *Jurisprudence* 14 (2023), S. 1 – 21 (zitiert: *Pirie* *Jurisprudence* 14 (2023), 1).
- Pistor*, Katharina, *A legal theory of finance*, *Journal of Comparative Economics* 41 (2013), S. 315 – 330 (zitiert: *Pistor* *Journal of Comparative Economics* 41 (2013), 315).
- Pistor*, Katharina, *The Code of Capital*, Princeton, Woodstock 2019 (zitiert: *Pistor*, *Code of Capital*).
- Planck*, Gottlieb, *Zur Kritik des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich*, AcP 75 (1889), S. 327 – 429 (zitiert: *Planck* AcP 75 (1889), 327).
- Plantin*, Guillaume/*Sapra*, Hareshi/*Shin*, Hyun Song, *Fair value accounting and financial stability*, *Banque de France Financial Stability Review* 12 (2008), S. 85 – 94 (zitiert: *Plantin/Sapra/Shin* *Financial Stability Review* 12 (2008), 85).
- Poelzig*, Dörte, *Normdurchsetzung durch Privatrecht*, 2012, zugl. Habil. Heidelberg 2010 (zitiert: *Poelzig*, *Normdurchsetzung durch Privatrecht*).

- Posner, Richard A./Rosenfield, Andrew M., Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis, *The Journal of Legal Studies* 6 (1977), S. 83 – 118 (zitiert: Posner/Rosenfield *Journal of Legal Studies* 6 (1977), 83).
- Posner, Eric A./Weyl, E. Glen, The Case for Cost-Benefit Analysis of Financial Regulations, *Regulation* 2013, S. 30 – 34 (zitiert: Posner/Weyl *Regulation* 2013, 30).
- Power, Michael, Academics in the Accounting Policy Process: England and Germany Compared, in: Leuz, Christian/Pfaff, Dieter/Hopwood, Anthony, *The Economics and Politics of Accounting: International Perspectives on Trends, Policy and Practice*, Oxford/UK 2005, S. 376 – 392 (zitiert: Power, in: Leuz/Pfaff/Hopwood, *The Economics and Politics of Accounting*, S. 376).
- Prinz, Ulrich, Realisationsprinzip bei Abschlagszahlungen – Neues „Dauerstreitfeld“ mit der Finanzverwaltung?, *DB* 2016, S. 371 – 375 (zitiert: Prinz *DB* 2016, 371).
- Prütting, Hanns/Wegen, Gerhard/Weinreich, Gerd (Hrsg.), *BGB – Kommentar*, 19. Aufl., Hürth 2024 (zitiert: Bearbeiter, in: *PWW*).
- Radbruch, Gustav, *Rechtsphilosophie* (1932), Studienausgabe, hrsg. von Ralf Dreier und Stanley L. Paulson, Heidelberg 1999 (zitiert: Radbruch, *Rechtsphilosophie*).
- Raiser, Ludwig, Vertragsfreiheit heute, *JZ* 1958, S. 1 – 8 (zitiert: Raiser *JZ* 1958, 1).
- Raiser, Ludwig, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, in: Caemmerer, Ernst v./Friesenhahn, Ernst/Lange, Richard (Hrsg.), *Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum Hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860–1960*, Bd. I, Karlsruhe 1960, S. 101 – 134 (zitiert: Raiser, in: *FS 100 Jahre DJT*, Bd. I, 1960, S. 101).
- Raiser, Ludwig, *Die Zukunft des Privatrechts*, Berlin, New York 1971 (zitiert: Raiser, *Die Zukunft des Privatrechts*).
- Rajan, Raghuram G./Zingales, Luigi, Financial Dependence and Growth, *The American Economic Review* 88 (1998), S. 559 – 586 (zitiert: Rajan/Zingales *American Economic Review* 88 (1998), 559).
- Ramanna, Karthik, The implications of unverifiable fair-value accounting: Evidence from the political economy of goodwill accounting, *Journal of Accounting & Economics* 45 (2008), S. 253 – 281 (zitiert: Ramanna *Journal of Accounting and Economics* 45 (2008), 253).
- Raz, Joseph, *The Authority of Law*, 2. Aufl., Oxford, New York 2009 (Nachdruck 2011) (zitiert: Raz, *Authority of Law*).
- Rebmann, Kurt/Säcker, Franz-Jürgen (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* In sieben Bänden, Band 3: Schuldrecht, Besonderer Teil I. Halbband, 1. Aufl. München 1980 (zitiert: Bearbeiter, in: *MüKo-BGB*, Bd. 3, Halbband I, 1980).
- Rehm, Hermann, *Die Bilanzen der Aktiengesellschaften und Gesellschaften m.b.H., Kommanditgesellschaften auf Aktien, eingetragenen Genossenschaften, Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit, Hypotheken- und Notenbanken und Handelsgesellschaften überhaupt nach deutschem und österreichischem Handels-, Steuer-, Verwaltungs- und Strafrecht*, 1. Aufl., München 1903. (zitiert: Rehm, *Die Bilanzen der Aktiengesellschaften*, 1. Aufl. 1903), 2. Aufl., München, Berlin, Leipzig 1914, (zitiert: Rehm, *Die Bilanzen der Aktiengesellschaften*, 2. Aufl. 1914).
- Reiter, Christian, *Vertrag und Geschäftsgrundlage im deutschen und italienischen Recht*, Tübingen 2002, zugl. Diss. Passau 2001, (zitiert: Reiter, *Vertrag und Geschäftsgrundlage*).
- Renner, Moritz, *Zwingendes transnationales Recht*, Baden-Baden 2011, zugl. Diss. Bremen 2011 (zitiert: Renner, *Zwingendes transnationales Recht*).
- Reuter, Dieter, Besprechung von Ferdinand Kirchhof: *Private Rechtsetzung*, *AcP* 188 (1988), S. 649 – 653 (zitiert: Reuter *AcP* 188 (1988), 649).

- Richter, Rudolf/Furubotn, Eirik*, Neue Institutionenökonomie, 4. Aufl., Tübingen 2010 (zitiert: *Richter/Furubotn*, Neue Institutionenökonomie).
- Riesenhuber, Karl* (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 3. Aufl., Berlin u.a. 2015 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre).
- Riesenhuber, Karl*, Normative Dogmatik des Europäischen Privatrechts, in: Auer, Marietta/Grigoleit, Hans Christoph/Hager, Johannes/u.a. (Hrsg.), Privatrechtsdogmatik im 21. Jahrhundert, Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag, Berlin/Boston 2017, S. 181 – 203 (zitiert: *Riesenhuber*, in: FS Canaris, 2017, S. 181).
- Riesenhuber, Karl*, Privatautonomie – Rechtsprinzip oder „mystifizierendes Leuchtfeuer“, *ZfPW* 2018, S. 352 – 368 (zitiert: *Riesenhuber ZfPW* 2018, 352).
- Ringe, Wolf-Georg*, Changing Law and Ownership Patterns in Germany: Corporate Governance and the Erosion of Deutschland AG, 63 *American Journal of Comparative Law* (2015), S. 493 – 538 (zitiert: *Ringe* 63 *Am. J. Comp. L.* 63 (2015), 493).
- Roberts, Simon*, After Government? On Representing Law Without The State, *The Modern Law Review* 68 (2005), S. 1 – 24 (zitiert: *Roberts Mod. L. Rev.* 68 (2005), 1).
- Rock, Edward B.*, For Whom Is the Corporation Managed in 2020? The Debate over Corporate Purpose, *The Business Lawyer* 76 (2021), S. 363 – 395 (zitiert: *Rock The Business Lawyer* 76 (2020), 363).
- Rock, Edward B.*, Adapting to the New Shareholder-Centric Reality, *University of Pennsylvania Law Review* 161 (2013), S. 1907 – 1988 (zitiert: *Rock U. Penn. L. Review* 161 (2013), 1907).
- Roe, Mark J.*, Stock Market Short-Termism's Impact, *University of Pennsylvania Law Review* 167 (2018), S. 71 – 121, ECGI Working Paper No. 426/2018 (zitiert: *Roe ECGI Working Paper* 426/2018).
- Rohe, Mathias*, Netzverträge, Tübingen 1998, zugl. Habil. Tübingen 1996/1997 (zitiert: *Rohe*, Netzverträge).
- Röhl, Klaus Friedrich/Röhl, Hans Christian*, Allgemeine Rechtslehre, 4. Aufl., München 2021 (zitiert: *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre).
- Rohling, Hermann*, Umsatzbesteuerung der Teilzahlungsgeschäfte, *DB* 1978, S. 1903 – 1908 (zitiert: *Rohling DB* 1978, 1903).
- Romano, Roberta*, The State Competition Debate in Corporate Law, *Cardozo Law Review* 8 (1987), S. 709 – 757 (zitiert: *Romano Cardozo Law Review* 8 (1987), 709).
- Röthel, Anne*, Lex mercatoria, lex sportiva, lex technica – Private Rechtsetzung jenseits des Nationalstaates?, *JZ* 2007, S. 755 – 763 (zitiert: *Röthel JZ* 2007, 755).
- Rott, Peter*, Bündelverträge aus verbraucherrechtlicher Perspektive, *GRUR Int.* 2018, S. 1010 – 1020 (zitiert: *Rott GRUR Int.* 2018, 1010).
- Ruffert, Matthias*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, Tübingen 2001, zugl. Habil. Trier 2000 (zitiert: *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts).
- Ruter, Rudolf X./Mokler, Michael/Serf, Christoph*, Rückstellung für drohende Verluste aus Mietverhältnissen im sozialen Wohnungsbau, *DB* 2001, S. 209 – 214 (zitiert: *Ruter/Mokler/Serf DB* 2001, 209).
- Rüthers, Bernd/Fischer, Christian/Birk, Axel*, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 10. Aufl., München 2018 (zitiert: *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie).
- Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg, Bettina*, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
Band 3: Schuldrecht – Allgemeiner Teil II, 9. Aufl., München 2022.

- Band 6: Schuldrecht – Besonderer Teil III, 9. Aufl., München 2023 (zitiert: *Bearbeiter*, in: MüKo-BGB).
- Sagan*, Adam, Rückwirkende Rechtsprechung, Baden-Baden 2022 (zitiert: *Sagan*, Rückwirkende Rechtsprechungsänderung, 2022).
- Savigny*, Friedrich Carl v., Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts, Erster Band, Berlin 1851 (zitiert: *Savigny*, Das Obligationenrecht, Bd. I).
- Schäfer*, Hans-Bernd/*Ott*, Claus, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 6. Aufl., Wiesbaden 2020 (zitiert: *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse).
- Schildbach*, Thomas, Jahresabschluß und Markt, Heidelberg 1986 (zitiert: *Schildbach*, Jahresabschluß und Markt).
- Schildbach*, Thomas, Internationale Rechnungslegungsstandards auch für deutsche Einzelabschlüsse?, in: Ballwieser, Wolfgang/Böcking, Hans-Joachim/Drukarczyk, Jochen/Schmidt, Reinhard H. (Hrsg.), Bilanzrecht und Kapitalmarkt, Festschrift zum 65. Geburtstag von Dr. Dr. h.c. Dr. h.c. Adolf Moxter, Düsseldorf 1994, S. 699 – 721 (zitiert: *Schildbach*, in: FS Moxter, 1994, S. 699).
- Schildbach*, Thomas, Rechnungslegungsideale, Bilanzkulturen, Harmonisierung und internationaler Wettbewerb, BB 1995, S. 2635 – 2644 (zitiert: *Schildbach* BB 1995, 2635).
- Schimansky*, Herbert/*Bunte*, Hermann-Josef/*Lwowski*, Hans-Jürgen, Bankrechts-Handbuch, 3. Aufl., München 2007 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 3. Aufl. 2007).
- Schmalenbach*, Eugen, Grundsätze ordnungsmäßiger Bilanzierung, ZfH 27 (1933), S. 225 – 233 (zitiert: *Schmalenbach* ZfH 27 (1933), 225).
- Schmalenbach*, Eugen, Dynamische Bilanz, 13. Aufl. (bearb. durch Bauer), Köln, Opladen 1962 (zitiert: *Schmalenbach*, Dynamische Bilanz).
- Schmid*, Peter/*Walter*, Wolfgang, Teilgewinnrealisierung bei langfristiger Fertigung in Handels- und Steuerbilanz, DB 1994, S. 2353 – 2359 (zitiert: *Schmid/Walter* DB 1994, 2353).
- Schmidt*, Reinhard H./*Weiß*, Marco, Shareholder vs. Stakeholder: Ökonomische Fragen, in: Hommelhoff, Peter/Hopt, Klaus/Werder, Axel v. (Hrsg.), Handbuch Corporate Governance, 2. Aufl., Stuttgart 2009, S. 161 – 184 (zitiert: *Schmidt/Weiß*, in: Hommelhoff/Hopt/v. Werder, Handbuch Corporate Governance, S.161).
- Schmidt*, Peter.-J., Disclosure and Auditing: A German Auditor's Perspective, in: *Hopt*, Klaus J./*Kanda*, Hideki/*Roe*, Mark J./*Wymeersch*, Eddy/*Prigge*, Stefan (Hrsg.), Comparative Corporate Governance, Oxford/UK 1998, S. 743 – 752 (zitiert: *Schmidt*, in: Hopt/Kanda/Roe/Wymeersch/Prigge, Comparative Corporate Governance, 1998, S. 743).
- Schmidt*, Eike, Von der Privat- zur Sozialautonomie, JZ 1980, S. 153 – 161 (zitiert: *E. Schmidt* JZ 1980, 153).
- Schmidt*, Jürgen, Besprechung von Horst Eberhard Henke: Die sog. Relativität des Schuldverhältnisses. Wie relativ ist eigentlich das Band zwischen Gläubiger und Schuldner?, AcP 190 (1990), S. 650 – 654 (zitiert: *J. Schmidt* AcP 190 (1990), 650).
- Schmidt*, Karsten, Wirtschaftsrecht: Nagelprobe des Zivilrechts – Das Kartellrecht als Beispiel, AcP 206 (2006), S. 169 – 204 (zitiert: *K. Schmidt* AcP 206 (2006), 169).
- Schmidt*, Reinhard H./*Tyrell*, Marcel, Financial system, corporate finance and corporate governance, European Financial Management 3 (1997), S. 333 – 361 (zitiert: *Schmidt/Tyrell* European Financial Management 3 (1997), 333).
- Schmidt-Rimpler*, Walter, Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147 (1941), S. 130 – 197 (zitiert: *Schmidt-Rimpler* AcP 147 (1941), 130).

- Schmidt-Rimpler*, Walter, Zum Problem der Geschäftsgrundlage, in: Dietz, Rolf/Hueck, Alfred/Reinhardt, Rudolf (Hrsg.), Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 60. Geburtstag, München, Berlin 1955, S. 1 – 30 (zitiert: *Schmidt-Rimpler*, in: FS Nipperdey, 1955, S. 1).
- Schmidt-Rimpler*, Walter, Zum Vertragsproblem, in: Baur, Fritz/Esser, Josef/Kübler, Friedrich/Steindorff, Ernst (Hrsg.), Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen, Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag, Tübingen 1974, S. 1 – 26 (zitiert: *Schmidt-Rimpler*, in: FS Raiser, 1974, S. 1).
- Schmidbauer*, Rainer, Die Erfassung von Erlösen nach E-DRS 17 – ein Fortschritt für die deutsche Rechnungslegung?, DStR 2002, S. 2051 – 2056 (zitiert: *Schmidbauer* DStR 2002, 2051).
- Schmidt-Aßmann*, Eberhard, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR 116 (1991), S. 329 – 390 (zitiert: *Schmidt-Aßmann* AöR 116 (1991), 329).
- Schmitz*, Sascha, Wirtschaftskrisen und Rechnungslegung – Stabilitätsorientierung des Jahresabschlusses, Wiesbaden 2016, zugl. Diss. Hagen 2015 (zitiert: *Schmitz*, Wirtschaftskrisen und Rechnungslegung).
- Schmoeckel*, Mathias/Rückert, Joachim/Zimmermann, Reinhard, Historisch-kritischer Kommentar zum BGB.
- Band I: Allgemeiner Teil §§ 1 – 240, Tübingen 2003.
- Band II: Schuldrecht. Allgemeiner Teil. 2. Teilband: §§ 305 – 432, Tübingen 2007 (zitiert: *Bearbeiter*, in: HKK-BGB).
- Schneider*, Dieter, Realisationsprinzip und Einkommensbegriff, in: Baetge, Jörg/Moxter, Adolf/Schneider, Dieter (Hrsg.), Bilanzfragen, Festschrift zum 65. Geburtstag von Prof. Dr. Ulrich Leffson, Düsseldorf 1976, S. 101 – 117 (zitiert: *Schneider*, in: FS Leffson, 1976, S. 101).
- Schneider*, Dieter, Geschichte der Buchhaltung und Bilanzierung, in: Chmielewicz, Klaus/Schweitzer, Marcell, Handwörterbuch des Rechnungswesens, 3. Aufl., Stuttgart 1993, Sp. 712 – 721 (zitiert: *Schneider*, in: Chmielewicz/Schweitzer, Handwörterbuch des Rechnungswesens, Sp. 712).
- Schneider*, Dieter, Betriebswirtschaftslehre, Band 2: Rechnungswesen, 2. Aufl., München, Wien 1997 (zitiert: *Schneider*, Betriebswirtschaftslehre, Bd. 2).
- Schülke*, Thilo, IDW-Standards und Unternehmensrecht, Berlin 2014, zugl. Diss. Freiburg 2013 (zitiert: *Schülke*, IDW-Standards und Unternehmensrecht).
- Schulze-Osterloh*, Joachim, Handels- und Steuerbilanz, ZGR 2000, S. 594 – 603 (zitiert: *Schulze-Osterloh* ZGR 2000, 594).
- Schulze-Osterloh*, Joachim, HGB-Reform: Der Einzelabschluß nicht kapitalmarktorientierter Unternehmen unter dem Einfluß von IAS/IFRS, BB 2004, S. 2567 -2570 (zitiert: *Schulze-Osterloh* BB 2004, 2567).
- Schulze-Osterloh*, Joachim, Die Unentziehbarkeit als Voraussetzung einer Verbindlichkeitsrückstellung, in: Schneider, Dieter/Rückle, Dieter/Küpper, Hans-Ulrich/Wagner, Franz W. (Hrsg.), Kritisches zu Rechnungslegung und Unternehmensbesteuerung, Festschrift zur Vollendung des 65. Lebensjahres von Theodor Siegel, Berlin 2005, S. 185 – 200 (zitiert: *Schulze-Osterloh*, in: FS Siegel, 2005, S. 185).
- Schulze-Osterloh*, Joachim, Anmerkung zu BFH Urt. v. 15.5.2013 – I R 77/08, BB 2013, S. 2099 (zitiert: *Schulze-Osterloh* BB 2013, 2097).
- Schön*, Wolfgang, Der Bundesfinanzhof und die Rückstellungen, BB-Beilage 9/1994, S. 1 – 16 (zitiert: *Schön* BB-Beil. 9/1994).
- Schön*, Wolfgang, Entwicklung und Perspektiven des Handelsbilanzrechts: vom ADHGB zum IASC, ZHR 161 (1997), S. 133 – 159 (zitiert: *Schön* ZHR 161 (1997), 133).

- Schön*, Wolfgang, Gesellschafter-, Gläubiger- und Anlegerschutz im Europäischen Bilanzrecht, ZGR 2000, S. 706 – 742 (zitiert: *Schön* ZGR 2000, 706).
- Schön*, Wolfgang, Editorial: Wer schützt den Kapitalschutz?, ZHR 166 (2002), S. 1 – 5 (zitiert: *Schön* ZHR 166 (2002), 1).
- Schön*, Wolfgang, Informationspflichten der Unternehmensleitung zwischen Aktionärsinteresse, Kapitalmarktinformation und sozialer Verantwortung, in: Boele-Woelki, Katharina/Faust, Florian/Jacobs, Matthias/Kuntz, Thilo/Röthel, Anne/Thorn, Karsten/Weitemeyer, Birgit (Hrsg.), Festschrift für Karsten Schmidt zum 80. Geburtstag, Band 2, München 2019, S. 391 – 409 (zitiert: *Schön*, in: FS K. Schmidt, 2019, S. 391).
- Schumpeter*, Joseph, Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie, 10. Aufl., Tübingen 2020 (zitiert: *Schumpeter*, Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie).
- Schuppert*, Gunnar Folke/*Bumke*, Christian, Verfassungsrechtliche Grenzen privater Standardsetzung, in: Kleindiek, Detlef/Oehler, Wolfgang (Hrsg.), Die Zukunft des deutschen Bilanzrechts, Köln 2000, S. 71 – 126 (zitiert: *Schuppert/Bumke*, in: Kleindiek/Oehler, Die Zukunft des deutschen Bilanzrechts, S. 71).
- Schuster*, Benedikt, Bilanzierungsfragen bei Mehrkomponentengeschäften, Ubg 2013, S. 312 – 322 (zitiert: *Schuster* Ubg 2013, 312).
- Schweitzer*, Heike, Standardisierung als Mittel zur Förderung und Beschränkung des Handels und des Wettbewerbs, EuZW 2012, S. 765 – 770 (zitiert: *Schweitzer* EuZW 2012, 765).
- Schweitzer*, Heike, Vertragsfreiheit, Marktregulierung, Marktverfassung: Privatrecht als dezentrale Koordinationsordnung, AcP 220 (2020), S. 544 – 586 (zitiert: *Schweitzer* AcP 220 (2020), 544).
- Seer*, Roman/*Hey*, Johanna/*Englisch*, Joachim/*Hennrichs*, Joachim, Tipke/Lang (Hrsg.), Steuerrecht, 24. Aufl., Köln 2021 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht).
- Selchert*, Friedrich W., Das Realisationsprinzip – Teilgewinnrealisierung bei langfristiger Auftragsfertigung, DB 1990, S. 797 – 805 (zitiert: *Selchert* DB 1990, 797).
- Sen*, Amartya, The Discipline of Cost-Benefit Analysis, The Journal of Legal Studies 29 (2000), S. 931 – 952 (zitiert: *Sen* Journal of Legal Studies 29 (2000), 931).
- Shapiro*, Scott J., Legality, Cambridge, Mass. (USA), London 2013 (zitiert: *Shapiro*, Legality).
- Shleifer*, Andrei/*Vishny*, Robert W., A Survey of Corporate Governance, The Journal of Finance 52 (1997), S. 737 – 783 (zitiert: *Shleifer/Vishny* Journal of Finance 52 (1997), 737).
- Siebler*, Ute, Internationalisierung der Rechnungslegung und deren Auswirkungen auf die Handels- und Steuerbilanz nicht auf den geregelten Kapitalmarkt ausgerichteter Unternehmen, Berlin 2008, zugl. Diss. Trier 2006 (zitiert: *Siebler*, Internationalisierung der Rechnungslegung).
- Siegler*, Jan, Erfassung von Erlösen (E-DRS 17), DB 2002, S. 1513 – 1517 (zitiert: *Siegler* DB 2002, 1513).
- Simon*, Hermann Veit, Die Bilanzen der Aktiengesellschaften und der Kommanditgesellschaften auf Aktien, Berlin, Leipzig 1886 (zitiert: *Simon*, Die Bilanzen der Aktiengesellschaften und der Kommanditgesellschaften auf Aktien).
- Sinn*, Hans-Werner, The selection principle and market failure in systems competition, Journal of Public Economics 66 (1997), S. 247 – 274 (zitiert: *Sinn* Journal of Public Economics 66 (1997), 247).
- Soergel*, Hans-Theodor (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen.
- Band 5/1a Schuldrecht §§ 311, 311a – c, 313, 314, 13. Aufl., Stuttgart 2014 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Soergel, BGB)

- Band 5/3 Schuldrecht 3/3 §§328 – 432, 13. Aufl., Stuttgart 2010 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Soergel, BGB).
- Sombart, Werner, Der moderne Kapitalismus, Bd. II, 1. Halbband, 3. Aufl., München, Leipzig 1919 (zitiert: *Sombart*, Der moderne Kapitalismus, Bd. II, 1. Halbband).
- Spamann, Holger, Monetary Liability for Breach of the Duty of Care?, *Journal of Legal Analysis* 8 (2016), S. 337 – 373 (zitiert: *Spamann Journal of Legal Analysis* 8 (2016), 337).
- Spindler, Gerald, Deregulierung des Aktienrechts?, *AG* 1998, S. 53 – 74 (zitiert: *Spindler AG* 1998, 53).
- Spindler, Gerald/Hupka, Jan, Bindungswirkung von Standards im Kapitalmarktrecht, in: Möllers, Thomas M.J. (Hrsg.), Geltung und Faktizität von Standards, 1. Aufl., Baden-Baden 2009, S. 117 – 141 (zitiert: *Spindler/Hupka*, in: Möllers, Geltung und Faktizität von Standards, 2009, S. 117).
- Staudenmeyer, Dirk, Auf dem Weg zum digitalen Privatrecht – Verträge über digitale Inhalte, *NJW* 2019, S. 2497–2501 (zitiert: *Staudenmeyer NJW* 2019, 2497).
- Staudenmeyer, Dirk, Kauf von Waren mit digitalen Elementen – Die Richtlinie zum Warenkauf, *NJW* 2019, S. 2889–2893 (zitiert: *Staudenmeyer NJW* 2019, 2889).
- Staudinger, J. von, Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen.
- Buch 1. Allgemeiner Teil, §§ 139–163 (Teilnichtigkeit, Anfechtung, Vertrag, Bedingung und Zeitbestimmung, Neubearbeitung 2020, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Staudinger, BGB).
- Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse, Einleitung zum Schuldrecht; §§ 241 – 243 (Treu und Glauben), Neubearbeitung 2024, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Staudinger, BGB).
- Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse, §§ 315 – 326 (Leistungsstörungenrecht 2), Neubearbeitung 2020 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Staudinger, BGB).
- Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse, §§ 358 – 360 (Verbundene und zusammenhängende Verträge), Neubearbeitung 2021 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Staudinger, BGB).
- Buch 2. §§ 491–512 (Verbraucherdarlehen), Neubearbeitung 2012 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Staudinger, BGB).
- Steindorff, Ernst, Politik des Gesetzes als Auslegungsmaßstab im Wirtschaftsrecht, in: Paulus, Gotthard/Diederichsen, Uwe/Canaris, Claus-Wilhelm (Hrsg.), Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, München 1973, S. 217 – 244 (zitiert: *Steindorff*, in: FS Larenz, 1973, S. 217).
- Steindorff, Ernst, Wirtschaftsordnung und -steuerung durch Privatrecht, in: Baur, Fritz/Es-ser, Josef/Kübler, Friedrich/Steindorff, Ernst (Hrsg.), Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen, Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag, Tübingen 1974, S. 621 – 643 (zitiert: *Steindorff*, in: FS Raiser, 1974, S. 621).
- Steinhöfel, Joachim Nikolaus, Das Mobiltelefon zum Nulltarif – Zur Abgabe von Mobiltelefonen zu subventionierten Preisen –, *GRUR* 1998, S. 27 – 31 (zitiert: *Steinhöfel GRUR* 1998, 27).
- Stewing, Clemens, Bilanzierung bei langfristiger Auftragsfertigung, *BB* 1990, S. 100 – 106 (zitiert: *Stewing BB* 1990, 100).
- Streinz, Rudolf (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 3. Aufl., München 2018 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Streinz, *EUV/AEUV*).
- Strobl, Elisabeth, IASC-Rechnungslegung und Gläubigerschutzbestimmungen nach deutschem Recht, in: Ballwieser, Wolfgang/Moxter, Adolf/Nonnenmacher, Rolf (Hrsg.), Rechnungslegung – warum und wie?, Festschrift für Hermann Clemm zum 70. Geburtstag, München 1996, S. 389 – 412 (zitiert: *Strobl*, in: FS Clemm, 1996, S. 389).

- Stürner, Rolf, Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch, 19. Aufl., München 2023 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Jauernig, BGB).
- Tamanaha, Brian, Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global, Sydney Law Review 30 (2008), S. 375 – 408 (zitiert: *Tamanaha* Sydney Law Review 30 (2008), 375).
- Teubner, Gunther, Reflexives Recht: Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 68 (1982), S. 13 – 59 (zitiert: *Teubner* ARSP 68 (1982), 13).
- Teubner, Gunther, Den Schleier des Vertrags zerreißen? Zur rechtlichen Verantwortung ökonomisch „effizienter“ Vertragsnetzwerke, KritV 76 (1993), S. 367 – 393 (zitiert: *Teubner* KritV 76 (1993), 367).
- Teubner, Gunther, Die zwei Gesichter des Janus: Rechtspluralismus in der Spätmoderne, in Schmidt, Eike/Weyers, Hans-Leo (Hrsg.), Liber Americum Josef Esser zum 85. Geburtstag am 12. März 1995, Heidelberg 1995, S. 191 – 214 (zitiert: *Teubner*, in: Liber Americum Esser, 1995, S. 191).
- Teubner, Gunther, Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie, ZaöRV 63 (2003), S. 1 – 28 (zitiert: *Teubner* ZaöRV 63 (2003), 1).
- Teubner, Gunther, Verfassungsfragmente, Berlin 2012 (zitiert: *Teubner*, Verfassungsfragmente).
- Teubner, Gunther, Die Geschäftsgrundlage als Konflikt zwischen Vertrag und gesellschaftlichen Teilsystemen, ZHR 146 (1982), S. 625 – 642 (zitiert: *Teubner* ZHR 146 (1982), 625).
- Teubner, Gunther, „Verbund“, „Verband“ oder „Verkehr“?, ZHR 154 (1990), S. 295 – 324 (zitiert: *Teubner* ZHR 154 (1990), 295).
- Teubner, Gunther, Coincidentia oppositorum: Das Recht der Netzwerke jenseits von Vertrag und Organisation, in: Amstutz, Marc (Hrsg.), Die vernetzte Wirtschaft, Zürich 2004, S. 11 – 42 (zitiert: *Teubner*, in: Amstutz, Die vernetzte Wirtschaft, S. 11).
- Teubner, Gunther, Selbst-Konstitutionalisierung transnationaler Unternehmen? – Zur Verknüpfung „privater“ und „staatlicher“ Corporate Codes of Conduct, in: Grundmann, Stefan/Haar, Brigitte/Merkt, Hanno/Wellenhofer, Marina u.a. (Hrsg.), Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag am 24. August 2010, Berlin/New York 2010, S. 1449 – 1470 (zitiert: *Teubner*, in: FS Hopt, 2010, S. 1449).
- Teubner, Gunther, Rechtswissenschaft und -praxis im Kontext der Sozialtheorie, in: Grundmann, Stefan/Thiessen, Jan (Hrsg.), Recht und Sozialtheorie im Rechtsvergleich/Law in the Context of Disciplines, Tübingen 2015, S. 145 – 168 (zitiert: *Teubner*, in: Grundmann/Thiessen, Recht und Sozialtheorie im Rechtsvergleich, S. 145).
- Thaler, Richard, Toward a Positive Theory of Consumer Choice, Journal of Economic Behavior and Organization 1 (1980), S. 39 – 60 (zitiert: *Thaler* Journal of Economic Behavior and Organization 1 (1980), 39).
- Thaler, Richard/Sunstein, Cass, Nudge, Yale 2021 (1. Aufl. 2008) (zitiert: *Thaler/Sunstein*, Nudge).
- Thüsing, Gregor, Gedanken zur Vertragsautonomie im Arbeitsrecht, in: Wank, Rolf/Hirte, Heribert/Frey, Kaspar/Fleischer, Holger/Thüsing, Gregor (Hrsg.), Festschrift für Herbert Wiedemann zum 70. Geburtstag, München 2002, S. 559 – 585 (zitiert: *Thüsing*, in: FS Wiedemann, 2002, S. 559).
- Thole, Christoph, Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht, Tübingen 2010, zugl. Habil. Bonn 2009 (zitiert: *Thole*, Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht).
- Tiedchen, Susanne, Nachbetreuungspflichten von Versicherungsvertretern, Optikern und Hörgeräteakustikern, FR 2012, S. 22 – 25 (zitiert: *Tiedchen* FR 2012, 22).

- Tiedchen*, Susanne, Was ist und zu welchem Zweck bilanziert man einen Erfüllungsrückstand?, NZG 2017, S. 1007 – 1013 (zitiert: *Tiedchen* NZG 2017, 1007).
- Towfigh*, Emanuel V./*Petersen*, Niels, Ökonomische Methoden im Recht, 2. Aufl., Tübingen 2017 (zitiert: *Autor*, in: *Towfigh/Petersen*, Ökonomische Methoden).
- Ulmer*, Peter, Wirtschaftslenkung und Vertragserfüllung, AcP 174 (1974), S. 167 – 201 (zitiert: *Ulmer* AcP 174 (1974), 167).
- Velte*, Patrick/*Haaker*, Andreas, Entwicklung der Zeitwertbilanzierung im Handels- und Steuerrecht, StuW 2012, S. 56 – 70 (zitiert: *Velte/Haaker* StuW 2012, 56).
- Vollkommer*, Max, Der Schutz des Käufers beim B-Geschäft des „finanzierten Abzahlungskaufs“, in: Paulus, Gotthard/Diederichsen, Uwe/Canaris, Claus-Wilhelm (Hrsg.), Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, München 1973, S. 703 – 716 (zitiert: *Vollkommer*, in: FS Larenz, 1973, S. 703).
- Vollkommer*, Max, Zum Rückforderungsdurchgriff bei „verbundenen“ Geschäften, in: Gerhard, Walter/Henckel, Wolfram/Kilger, Joachim/Kreft, Gerhart (Hrsg.), Festschrift für Franz Merz zum 65. Geburtstag am 3. Februar 1992, Köln 1992, S. 595 – 610 (zitiert: *Vollkommer*, in: FS Merz, 1992, S. 595).
- Vofßkuhle*, Andreas/*Sydow*, Gernot, Die demokratische Legitimation des Richters JZ 2002, S. 673 – 682 (zitiert: *Vofßkuhle/Sydow* JZ 2002, 673).
- Wagenhofer*, Alfred, Accounting and Economics: What we learn from Analytical Models in Financial Accounting and Reporting, in: Leuz, Christian/Pfaff, Dieter/Hopwood, Anthony (Hrsg.), The Economics and Politics of Accounting: International Perspectives on Trends, Policy and Practice, Oxford/UK 2005, S. 5 – 31 (zitiert: *Wagenhofer*, in: Leuz/Pfaff/Hopwood, The Economics and Politics of Accounting, S. 5).
- Wagner*, Franz, Theorie und Praxis der Rechnungslegung: Lehren aus drei Jahrzehnten, Zfbf-Sonderheft 32/1993, S. 1 – 10 (zitiert: *Wagner* Zfbf-Sonderheft 32/1993, 1).
- Wagner*, Gerhard, Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe?, AcP 206 (2006), S. 352 – 476 (zitiert: *Wagner* AcP 206 (2006), 352).
- Wagner*, Gerhard, Besprechung von Dörte Poelzig: Normdurchsetzung durch Privatrecht, AcP 214 (2014), S. 602 – 607 (zitiert: *Wagner* AcP 214 (2014), 602).
- Wagner*, Gerhard, Privatrechtsdogmatik und ökonomische Analyse, in: Auer, Marietta/Griegoleit, Hans Christoph u.a. (Hrsg.), Privatrechtsdogmatik im 21. Jahrhundert, Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag, Berlin/Boston 2017, S. 281 – 318 (zitiert: *Wagner*, in: FS Canaris, 2017, S. 281).
- Walter*, Carsten, Publizität der Rechnungslegung im internationalen Vergleich, Baden-Baden 2012, zugl. Diss. Heidelberg 2011 (zitiert: *Walter*, Publizität der Rechnungslegung).
- Wank*, Rolf/*Maties*, Martin, Die Auslegung von Gesetzen, 7. Aufl., München 2023 (zitiert: *Wank/Maties*, Die Auslegung von Gesetzen).
- Watrin*, Christoph, Internationale Rechnungslegung und Regulierungstheorie, Wiesbaden 2001, zugl. Habil. Köln 2001 (zitiert: *Watrin*, Internationale Rechnungslegung und Regulierungstheorie).
- Watrin*, Christoph, Sieben Thesen zur künftigen Regulierung der Rechnungslegung, DB 2001, S. 933 – 938 (zitiert: *Watrin* DB 2001, 933).
- Weber*, Max, Gesammelte Aufsätze zur Rechtssoziologie I, Tübingen 1920, zitiert nach: Andrea Maurer (Hrsg.): Max Weber, Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus, Ditzingen 2017 (zitiert: *Weber*, Gesammelte Aufsätze zur Rechtssoziologie I, Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus, Vorbemerkung).

- Weber, Max, Wirtschaftsgeschichte – Abriß der universalen Sozial- und Wirtschafts-Geschichte, aus den nachgelassenen Vorlesungen herausgegeben von Siegmund Hellmann und Melchior Palyi, München, Leipzig 1923, zitiert nach: Horst Baier/Gangolf Hübinger/M. Rainer Lepsius/Wolfgang J. Mommsen/Wolfgang Schluchter/Johannes Winckelmann (Hrsg.), Max Weber Gesamtausgabe, Abteilung III: Vorlesungen und Vorlesungsnachschriften, Bd. 6, Tübingen 2011 (zitiert: *Weber, Wirtschaftsgeschichte*).
- Weber, Klaus (Hrsg.), Rechtswörterbuch, 29. Edition, München 2022 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Weber, Rechtswörterbuch, 29. Ed. 2022).
- Weber-Grellet, Heinrich, Handelsrechtliche Bewertungswahlrechte in der Steuerbilanz, DB 1994, S. 2405 – 2409 (zitiert: *Weber-Grellet DB 1994, 2405*).
- Weber-Grellet, Heinrich, Steuerbilanzrecht, München 1996 (zitiert: *Weber-Grellet, Steuerbilanzrecht*).
- Weber-Grellet, Heinrich, Maßgeblichkeitsgrundsatz in Gefahr?, DB 1997, S. 385 – 391 (zitiert: *Weber-Grellet DB 1997, 385*).
- Weber-Grellet, Heinrich, Der Apotheker-Fall – Anmerkungen und Konsequenzen zum Beschluß des Großen Senats vom 23.6.1997 GrS 2/93, DB 1997, S. 2233 – 2238 (zitiert: *Weber-Grellet DB 1997, 2233*).
- Weber-Grellet, Heinrich, Saldierungspflicht bei Rückstellungen wegen drohender Verluste aus Dauerschuldverhältnissen, DStR 1997, S. 1445 – 1446 (zitiert: *Weber-Grellet DStR 1997, 1445*).
- Weber-Rey, Daniela, Ausstrahlungen des Aufsichtsrechts (insbesondere für Banken und Versicherungen) auf das Aktienrecht – oder die Infiltration von Regelungssätzen?, ZGR 2010, S. 543 – 590 (zitiert: *Weber-Rey ZGR 2010, 543*).
- Weisser, Benedikt, Mehrkomponentenverträge: Bilanzierung nach UGB/IAS/US-GAAP, 2010 (zitiert: *Weisser, Mehrkomponentenverträge*).
- Weller, Marc-Philippe, Die Vertragstreue, Tübingen 2009, zugl. Habil. Köln 2008 (zitiert: *Weller, Die Vertragstreue*).
- Wendehorst, Christiane, Hybride Produkte und hybrider Vertrieb – Sind die Richtlinienentwürfe vom 9. Dezember 2015 fit für den digitalen Binnenmarkt, in: Wendehorst, Christiane/Zöchling-Jud, Brigitta (Hrsg.), Ein neues Vertragsrecht für den digitalen Binnenmarkt?, Wien 2016, S. 45 – 87 (zitiert: *Wendehorst*, in: Wendehorst/Zöchling-Jud, Ein neues Vertragsrecht für den digitalen Binnenmarkt?, Wien 2016, S. 45).
- Werder, Axel v., Ökonomische Grundfragen der Corporate Governance, in: Hommelhoff, Peter/Hopt, Klaus J./Werder, Axel v. (Hrsg.), Handbuch Corporate Governance, 2. Aufl., Stuttgart 2009, S. 3 – 37 (zitiert: *v. Werder*, in: Hommelhoff/Hopt/v. Werder, Handbuch Corporate Governance, S. 3).
- Westermann, Harm Peter /Grunewald, Barbara /Maier-Reimer, Georg (Hrsg.), Erman Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar mit Nebengesetzen (AGG, BVerfTG, EGBGB, ErbbauRG, ProdhaftG, VBG, VersAusglG, WEG – teils in Auszügen) und Internationalem Privatrecht, 17. Aufl., Köln 2023, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Erman, BGB)
- Westermann, Harm-Peter /Grundewald, Barbara /Maier-Reimer, Georg (Hrsg.), Erman Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar mit Nebengesetzen, Teil 1: §§ 1 – 758, AGG, 14. Aufl., Köln 2014 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Erman, BGB, 14. Aufl. 2014).
- Whittington, Geoffrey, Fair Value and the IASB/FASB Conceptual Framework Project: An Alternative View, ABACUS 44 (2008), S. 139 – 168 (zitiert: *Whittington ABACUS 44 (2008), 139*).
- Wieacker, Franz, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, Tübingen 1956 (zitiert: *Wieacker, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB*).

- Wieacker, Franz, Das Bürgerliche Recht im Wandel der Gesellschaftsordnungen, in: Caemmerer, Ernst v./Friesenhahn, Ernst/Lange, Richard (Hrsg.), Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum Hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860–1960, Bd. II, Karlsruhe 1960, S. 1 – 18 (zitiert: *Wieacker*, in: FS 100 Jahre DJT, Bd. II, 1960, S. 8).
- Wieacker, Franz, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 3. Aufl. 2016 (zitiert: *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit).
- Wiedemann, Herbert, Auf der Suche nach den Strukturen der Aktiengesellschaft: The Anatomy of Corporate Law (Besprechung), ZGR 2006, S. 240 – 258 (zitiert: *Wiedemann* ZGR 2006, 240).
- Wiedmann, Harald (Begr.)/Böcking, Hans-Joachim/Gros, Marius (Bearb.), Bilanzrecht Kommentar, 4. Aufl., München 2019 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Wiedmann, Bilanzrecht).
- Wielsch, Dan, Global Law's Toolbox: How Standards Form Contracts, in: Eidenmüller, Horst, Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution, Oxford/UK, Baden-Baden 2013, S. 71 – 111 (zitiert: *Wielsch*, in: Eidenmüller, Regulatory Competition, S. 71).
- Wiethölter, Rudolf, Privatrecht als Gesellschaftstheorie?, in: Baur, Fritz/Esser, Josef/Kübler, Friedrich/Steindorff, Ernst (Hrsg.), Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen, Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag, Tübingen 1974, S. 645 – 696 (zitiert: *Wiethölter*, in: FS Raiser, 1974, S. 645).
- Williamson, Oliver, Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations, Journal of Law & Economics 22 (1979), S. 233 – 261 (zitiert: *Williamson* Journal of Law & Economics 22 (1979), 233).
- Williamson, Oliver, Corporate Governance, The Yale Law Journal 93 (1984), S. 1197 – 1230 (zitiert: *Williamson* Yale Law Journal 93 (1984), 1197).
- Williamson, Oliver, Corporate Finance and Corporate Governance, The Journal of Finance 43 (1988), S. 567 – 591 (zitiert: *Williamson* Journal of Finance 43 (1988), 567).
- Windbichler, Christine, Bindungswirkung von Standards im Bereich Corporate Governance, in: Möllers, Thomas M.J. (Hrsg.), Geltung und Faktizität von Standards, 1. Aufl., Baden-Baden 2009, S. 19 – 36 (zitiert: *Windbichler*, in: Möllers, Geltung und Faktizität von Standards, 2009, S. 19).
- Windscheid, Bernhard, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. I, 6. Aufl., Frankfurt a.M. 1887 (zitiert: *Windscheid*, Pandektenrecht, Bd. I).
- Winter, Ralph K. Jr., State Law, Shareholder Protection and the Theory of the Corporation, Journal of Legal Studies 6 (1977), S. 251 – 292 (zitiert: *Winter* J. Legal Stud. 6 (1977), 251).
- Wirth, Oliver, Die Bilanzierung von Mehrkomponentengeschäften nach HGB, IFRS und US-GAAP, 2009, zugl. Diss. Mainz 2009 (zitiert: *Wirth*, Die Bilanzierung von Mehrkomponentengeschäften).
- Wüstemann, Jens/Bischof, Jannis/Kierzek, Sonja, Internationale Gläubigerschutzkonzeptionen, BB-Special 5/2007, S. 13 – 18 (zitiert: *Wüstemann/Bischof/Kierzek* BB-Special 5/2007, 13).
- Wüstemann, Jens/Kierzek, Sonja, Normative Bilanztheorie und Grundsätze ordnungsgemäßer Gewinnrealisierung für Mehrkomponentenverträge, Zfbf 2007, S. 882 – 913 (zitiert: *Wüstemann/Kierzek* Zfbf 2007, 882).
- Wüstemann, Jens/Wüstemann, Sonja, Betriebswirtschaftliche Bilanzforschung und Grundsätze ordnungsmäßiger Gewinnrealisierung für Werkverträge, Zfbf 79 (2009), S. 31 – 58 (zitiert: *Wüstemann/Wüstemann* Zfbf 79 (2009), 31).

- Wüstemann, Jens/Wüstemann, Sonja, Das System der Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung nach dem Bilanzmodernisierungsgesetz, in: Baumhoff, Hubertus/Dücker, Reinhard/Köhler, Stefan (Hrsg.), Besteuerung, Rechnungslegung und Prüfung der Unternehmen, Festschrift für Professor Dr. Norbert Krawitz, Wiesbaden 2010, S. 751 – 780 (zitiert: Wüstemann/Wüstemann, in: FS Krawitz, 2010, S. 751).
- Wymeersch, Eddy, Corporate Governance Regeln in ausgewählten Rechtssystemen, in: Hommelhoff, Peter/Hopt, Klaus J./Werder, Axel v. (Hrsg.), Handbuch Corporate Governance, 2. Aufl. Stuttgart 2009, S. 137 – 158 (zitiert: Wymeersch, in: Hommelhoff/Hopt/v. Werder, Handbuch Corporate Governance, S. 137).
- Zöllner, Wolfgang, Privatautonomie und Arbeitsverhältnis, AcP 176 (1976), S. 221 – 246 (zitiert: Zöllner AcP 176 (1976), 221).
- Zöllner, Wolfgang, Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht, AcP 196 (1996), S. 1 – 36 (zitiert: Zöllner AcP 196 (1996), 1).
- Zwanzger, Michael, Der mehrseitige Vertrag, Tübingen 2013, zugl. Diss. Bayreuth 2012 (zitiert: Zwanzger, Der mehrseitige Vertrag).
- Zwirner, Christian, Relevanz des BilMoG – auch für IFRS-Bilanzierer und den Kapitalmarkt, KoR 2011, S. 1 – 5 (zitiert: Zwirner KoR 2011, 1).

Links

- Arbeitskreis Bilanzrecht Hochschullehrer Rechtswissenschaft, Stellungnahme zur Konsultation der EU-Kommission betreffend IFRS für KMU, 15.3.2010, abrufbar unter: https://bilanzrecht.uni-koeln.de/fileadmin/sites/ak-bilanzrecht/AK-BilR_StN_IFRS_for_SMEs_de.pdf, letzter Abruf: 13.1.2025.
- Auer, Marietta, „Was mich eigentlich interessiert, ist das Gesellschaftliche“, Interview mit Maximilian Steinbeis, VerfBlog, 29.1.2020, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/was-mich-eigentlich-interessiert-ist-das-gesellschaftliche/>, letzter Abruf: 13.1.2025.
- „Daimler verabschiedet sich von New Yorker Börse“, Der Spiegel, 14.5.2010, abrufbar unter: <https://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/wall-street-daimler-verabschiedet-sich-von-new-yorker-boerse-a-694834.html>, letzter Abruf: 13.1.2025.
- Deutsches Rechnungslegungs Standards Committee e.V., Profil, abrufbar unter: <https://www.drs.de/profil/>, letzter Abruf: 13.1.2025.
- European Union, Accounting for ecosystems and their services in the European Union, April 2021 edition, abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/eurostat/documents/7870049/12943935/KS-FT-20-002-EN-N.pdf/de44610d-79e5-010a-5675-14fc4d8527d9?t=1624528835061>, letzter Abruf: 13.1.2025.
- Fox, Brooke, Changing Accounting Rules for Banks can Incentivize Better Risk Mitigation, ProMarket, 8.4.2023, abrufbar unter: <https://www.promarket.org/2023/04/08/changing-accounting-rules-for-banks-can-incentivize-better-risk-mitigation/>, letzter Abruf: 13.1.2025.
- Hodgson, Camilla, Accounting firms accused of missing climate risks in company audits, FT, 18.7.2023, abrufbar unter: <https://www.ft.com/content/befa329f-43bb-42fb-baeb-e0ae22d68acf?shareType=nongift>, letzter Abruf: 13.1.2025.
- Ren, Shuli, Recession Alert? Corporate giants are massaging their earnings, Bloomberg, 28.9.2022, aufrufbar unter: <https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2022-09-28/how-creative-accounting-camouflages-weak-corporate-profits>, letzter Abruf: 13.1.2025.

Schürmann, Christof, „Die Haftungsgrenze muss raus“ – Bilanzexperten zum Fall Wirecard, Wirtschaftswoche, 9.8.2020, abrufbar unter: <https://www.wiwo.de/finanzen/steuern-recht/bilanzexperten-zum-fall-wirecard-die-haftungsgrenze-muss-raus/26075350.html>, letzter Abruf: 13.1.2025.

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