
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 Regelsetzung 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 Hintergrund 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 Mehrkomponentengeschäfte wahrzunehmen. Teil 7 zeigt, dass die IAS/IFRS die für einen Statuswechsel von IFRS 15 erforderlichen Funktionsbedingungen erfüllen. Auch kommt eine qualitative 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 Regelgebung 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 *Königen* AcP 206 (2006), 477 (479).

1641 *Merk*, 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, wohl etablierte 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 3 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 Grundsatzordnungsmäßiger 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 Regelentwurf 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.

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 bilanzrechts-politische 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 einzubziehen. 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.

§ 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 resultierender 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 Gleichermaßen 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 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 Regelsetzung

- 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 Regelsetzungsprozess 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 abhänge, 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 4 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 Mehrheitsherrschaft, 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 setzen 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 Wielchs*: 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-stated¹⁶⁸⁹

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 Wielch, in: Eidemüller, 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); Kündgen AcP 206 (2006), 477 (493); Henrichs/StuW 2005, 256 (262).

¹⁶⁹² Kündgen AcP 206 (2006), 477 (493).

¹⁶⁹³ Windbichler, in: Möllers, Geltung und Faktizität von Standards, 2009, S. 19 (25); Möllers/Fekonja ZGR 2012, 777 (781); Kündgen 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 Regelgebung „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 täglich 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. *Merk*, 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 verstößen würden¹⁷⁰⁷.

- 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 ausschlossen, 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 Begrundet 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 Gegenauuffassung 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 *Mujkanovic/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 Rechts-erkenntnis 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 verstöße, 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 annäherte 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* StuW 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* StuW 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) „gegebenfalls“ 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 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 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 Faktitität 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 rechtsssoziologischen 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 Pistor* 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 Selbstdordnung 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 Wielisch 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 Legitimationsmodell 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.

20

II. Pistors „The Code of Capital“

Die hergebrachte Gegenüberstellung von Recht und Nicht-Recht verkürzt die tatsächlichen Verhältnisse zudem insofern, als sie den Umstand ausblendet, dass

21

1728 Wielisch, in: Eidenmüller, Regulatory Competition, S. 71 (98); s. dazu auch Fleischer, in: FS v. Rosen, 2008, S. 595; Calliess, in: FS Teubner, 2009, S. 465 (477). Noch weiter geht Mösllein, 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 Mösllein, 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 obrigkeitstrechtlchen 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 Mösllein, 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 *Taubner*, 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 *Wielisch*, 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 BiRiLiG 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-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 24

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 garantieren. So stellten sie sicher, dass neu geschaffene Vermögensgegenstände gegen Angriffe Dritter verteidigt werden könnten. Dabei spielt 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: Mösllein, 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 berufsstandsabhängige, 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 Rechnungslegungenforcement, wo sich die Zuständigkeiten von nicht-staatlicher, bloß vertraglich akkreditierter (§ 342b Abs. 1 Satz 1 HGB) Prüfstelle (DPR) und Bafin überschnitten, 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

27

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 gesetzespositivistische Sicht nahegelegte Weltsicht die Wirklichkeit der Rechnungslegungsordnung nicht volumnäßig 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 Umweltsensibilität gesehen werden, ihre negativen Eigenschaften etwa in einem ihr innenwohnenden 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 erschien 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 *Wielisch*, 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 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 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; Schweizer 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 Staates.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 Drittirkung von Grundrechten

Der Befund, dass die verfassungsrechtliche Diskussion in einem schlussendlich 33 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 Drittirkung). 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 34 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 Drittirkung 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 1. angerissenen, an die Wesentlichkeitstheorie anknüpfenden Legitimationsdauerkonflikt.¹⁷⁵⁹

¹⁷⁵⁸ EuGH Urt. v. 12.7.2023 – C-171/11 („Fra.Bo Spa“) = ECLI:EU:C:2023:453; vgl. dazu *Schweizer* 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 Drittirkung 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 Drittirkung 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 kurzsinnig.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 BvF 5/98 = BVerfGE 107, 59 (87 f.) = NVwZ 2003, 974 (975 f.); Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, 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 „Regelnnehmers“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 Wiersch* 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 Wiersch, 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 Rechtsökonomen [sind sich] untereinander mehrheitlich einig, dass das Privatrecht im Allgemeinen ein vergleichweise 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 Transaktionskostenersparnis. 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 11 (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 *Schmalke*, 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 flexilem 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 Begründungzwang. 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 inkompotent und fehleranfällig agieren.¹⁷⁸⁶

sich dabei aus Richterrecht, entwickelt vor allem durch die Gerichte des Staates Delaware, bundesstaatlichen Corporation 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 Prinzip der Politik über die durch den Rechtspluralismus ausgemachten transnationalen (privaten) Regelordnungen (dazu § 5 B. II. 2. c. aa.) zu re-establieren, 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 eigenständigen, 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 spielt 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 Rechts-erzeugung, S. 165.

1790 Günther, Normative Orders Working Paper 03/2014, S. 7.

1791 Hierzu Horst, Transnationale Rechts-erzeugung, 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 De-juridifizierung“ 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 Eigenrealität 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 entwickele, 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 *Wielisch* 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 abziehen, 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 kompatibilisiert werden könne.¹⁸¹² *Wielisch* 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 Weltsichten, einer „ökonomischen“ und einer „soziologischen“. So wie die zugrundeliegenden Weltsichten 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 *Wielisch*, in: Eidenmüller, Regulatory Competition, S. 71 (98).

1806 *Wielisch*, in: Eidenmüller, Regulatory Competition, S. 71 (98); vgl. auch *Möller*, in: Neue Theorien des Rechts, S. 47 (60).

1807 *Wielisch*, 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. II.

1813 *Wielisch*, 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 Regelsetzung 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 Alternativregelsetzer 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 einzurufen ist.¹⁸¹⁵ Die Nationalstaaten verlieren dadurch nicht zwangsläufig ihre angestammte Position als Regelsetzer, müssen diese aber gegenüber den Regelungsansprüchen privater Dritter unter Bezug 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 einlösablen 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 vorzugewürdig sind. Das zweite Modellement 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 Vorauszu-setzen 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 *Wielisch*, 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 *Köndgen* 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

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

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 zielen 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/Hamdan*, 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 alldem 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 König 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 fühlen 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 Regeladressaten 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 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 gewährleitet. 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 Kündgen 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 seine 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 Handlungsspektiven des Staates auf dem Gebiet der Rechnungslegung ist. Ansonsten droht die Gefahr, dass allein eine quasi-intutiv 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 unterstaatliche (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/Hamdan*, 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 vielschritten 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 zutreffender 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 62 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 Kosten-einsparungen) 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 weit hin anerkannt¹⁸³⁸. Am verbreitetsten ist die Nutzung der CBA wohl weiterhin in den USA.¹⁸³⁹ In Großbritannien ist die CBA insbesondere im Rahmen der Finanzmarktrekulierung durch die Financial Conduct Authority (FCA) vorgeschrieben.¹⁸⁴⁰ In Deutschland gilt sie jedenfalls als zulässige Form der von öffentlichen Körperschaf-ten vor einer Ausgabe gemäß § 7 Abs. 2 der Bundeshaushaltsoordnung (BHO) durch-zuführenden Wirtschaftlichkeitsuntersuchung.¹⁸⁴¹

Gegen die Nutzung einer CBA im vorliegenden Zusammenhang spricht allerdings 63 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 Bundeshaushaltsoordnung (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 Wirkungskreis. Weiterhin ist die IFRS-Foundation – sofern Literatur und Abschlussprüfer(-organis-

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.); *Callies*, 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.

Tendenziall 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 erschien 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 Bewandtnisse, 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 zugesetzten 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 zu-gesprochen.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 da-rauf 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 Formu-lierung 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, ver-wandelt 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 ge-teilter 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 Über-zeugungen.

2. Neujustierung der Rechnungslegungsdogmatik

Der Bilanzrechtsdogmatik kommt im hiesigen Gedankenmodell die Aufgabe zu, zu gewährleisten, dass die Bilanzierungsprinzipien die ihnen neu zugeschriebene Funktion auch tatsächlich wahrnehmen können. Vorstehend wurde dargelegt, dass die Bilan-zierungsprinzipien 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

71

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 Drittirkungen 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* beobachtet 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 74 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, obwohl 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 ermessen, 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); *Ordelheide*, 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 könnte 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*, *Ordelheide* 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 alldem 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“; *Ordelheide*, 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 *Ordelheide*, 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 innewohnte.

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 Einzelabschlusserstellung 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 Binnendifferenzierung 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. Welsch, 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 Kostensparnisse 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 *Welsch*, in: *Eidenmüller, Regulatory Competition*, S. 71 (74).

1868 *Engert* RW 2014, 301 (303).

und ihre Berufsorganisationen.¹⁸⁶⁹ Der Einfluss dieser Einzelfraktionen 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 Unternehmensrechts-wissenschaft 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/Hamdani, 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 Alternativreglungsvorschläge 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 marktbasert 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 einer gemeinsame Grundideologie teilenden Markakteuren 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 „kampflos“ 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 „länder spezifische“ 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/Bronwich/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 von 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, 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 Standardsetzungsprozess 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 Drittirkungen

- 93 In einem weiteren Schritt ist in die Abwägung einzubeziehen, dass die IAS/IFRS bei Anwendung des hier vorgeschlagenen Modells (mittelbar) echte Drittirkungen 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 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 zielgerichtet 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 Rechnungslegungenforcements 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 innovativer bzw. experimenteller 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 Drittewirkungsverbots

- 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 Bewandtnis. 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 Konzernrechnungsregeln 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. *Wielisch*, in: Eidenmüller, Regulatory Competition, S. 71 (99 f.): Die anerkennenswerte öffentliche Funktion einiger privater Ordnungen rechtfertige 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 Legitimitelement 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 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 nimmt der Staat, wie aufgezeigt, auch immer stärker wahr. Der Maßgeblichkeitsgrundsatz verliert dadurch an Bedeutung. Hier ist diese Entwicklung als eine mittelbare Durchsetzung des Drittwerkungsverbots privater Ordnungen zu bewerten. In Bezug auf möglicherweise unerlaubte Drittwerkungen 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 privater 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: Mösllein, 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 zurückverlangen 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 Kündgen 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 freiesteht, 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.