

# **Publizität und Governance-Funktionen im neuen Handelsbilanzrecht für Kapitalgesellschaften –**

Ein Bericht zur Neuauflage Heymann/Horn HGB-Kommentar, Band 3, 2019\*

Harald Herrmann

## Inhalt

<u>I. Vorbemerkungen</u> .....	1
1. Handelsvertretung und Beratungspflichten des Versicherungsagenten (1)	
2. Maklerrecht und IDD-Umsetzung (5)	
<u>II. Neues Handelsbilanz-Wirtschaftsrecht für Kapitalgesellschaften</u> .....	9
1. Die Abkehr von den Maßgeblichkeitsprinzipien.(9)	
2. Einblicksgebot und kapitalmarktorientierten Kapitalgesellschaften (10harald herrmann)	
3. Bilanzprüfung und –publizität (12)	

-----

## **I. Vorbemerkungen**

Publizität und Transparenz sind Schutzzwecke des Rechts, die ganz besonders im Zentrum des Interesses von NWiR stehen, weil sie keine Ge- und Verbotsregulierung darstellen, sondern zur sog. corporate und private governance gehören.<sup>1</sup> Dem herkömmlich ausgebildeten Juristen sind die Transparenznormen zwar nur aus dem AGB-Recht des § 307 Abs. 1 BGB bekannt; und beim Stichwort Publizität fällt ihm v.a. die sog. negative Publizität des Handelsregisters ein, die es schon seit dem ersten HGB von 1898 gegeben hat. Aber inzwischen ist natürlich auch bekannt, dass es die Publizitätspflicht für Bilanzen großer Kapitalgesellschaften gem. § 325 HGB gibt, die vor der Veröffentlichung im elektronischen Bundesanzeiger von Wirtschaftsprüfern mit öffentlichen Prüfungsaufgaben auf ihre Ordnungsmäßigkeit hin geprüft werden und insbes. dem Einblicksgebots des § 264 HGB genügen müssen.<sup>2</sup> Zwar ist das Registerrecht nicht direkt Gegenstand des Handelsrechts und steht damit nicht im Fokus des *Heymann-Horn*'schen HGB-Kommentars, zu dessen neu erschienener 3. Aufl. 2019 das Folgende angemerkt ist. Aber das materielle Recht ist natürlich auf die Publizitätszwecke bezogen; und diese gehören zentral zum Recht und der Rechtsethik der Governance- und Risikomanagement-Funktionen. Für das Recht der AG und der GmbH ist das seit Langem erkannt und auch längst in der Kommentarliteratur berücksichtigt.<sup>3</sup> Aber am HGB ist diese

\* Zu Bd. 1 s. auch die Leseprobe, die der Verlag zu Werbezwecken herausgegeben hat.

---

<sup>1</sup> Vgl. schon *H. Herrmann*, Was ist Neues Wirtschaftsrecht? im Gründungsheft NWiR 2002/01 mit update 2012.

<sup>2</sup> Weniger bekannt ist das neue Register für Vertriebsdienstleistungen, das in Umsetzung der EU-Richtlinie für den Versicherungsvertrieb von 2016 eingerichtet worden ist; näher s.u. zu I.2.

<sup>3</sup> Vgl. nur §§ 91 Abs.2, 161 AktG mit Kommentarlit.; zur Ausweitung im Grundsätzlichen auf das Risikomanagement der kapitalmarktorientierten GmbH vgl. *Lutter-Hommelhoff*, GmbH-Gesetz, 20. Aufl. 2020, § 55 GmbHG Rdn. 8 u.ö.; *Hommelhoff/Matheus*, AG 1998, 177, 181 u.ö.; zum Bilanzrecht b. Kapitalmarktorientierung s. §§ 264d, 319a HGB.

Entwicklung bisher weitgehend vorbei gegangen. Im Kommentar ist dazu das Nötigste vermerkt.

Im Folgenden wird Einiges gerade in dieser Hinsicht ergänzt, um das Epoche-Machende dieser Entwicklung herauszuarbeiten. Das geschieht zunächst mit Blick auf die Normzwecke der §§ 89b, 93 ff. HGB, obgleich das Handelsvertretungs- und Maklerrecht vom Bilanzrecht eigentlich völlig losgelöst geregelt sind. Aber man kann zu diesen beiden Normbereichen besonders gut deutlich machen, wie sehr mit den neuartigen Informationsregeln der Publizität und Transparenz längst über das Bilanzrecht hinausgegangen und auf allgemeine Prinzipien der private governance abgestellt wird. – Deshalb sei die Grundthese des Folgenden, wie folgt, zusammengefasst: Handelsrecht ist zunehmend nicht mehr primär als Kodifizierung gewohnheitlicher Standards „ordentlicher“ Kaufleute oder als unternehmensrechtliche Ge- und Verbotsregulierung<sup>4</sup> zu verstehen, sondern als Anreizsteuerung einer corporate und private governance.<sup>5</sup>

**1. Handelsvertretung und Beratungspflichten des Versicherungsagenten.** Die Vorschrift gibt dem Handelsvertreter nach Beendigung des Vertragsverhältnisses unter bestimmten Voraussetzungen einen Anspruch auf angemessenen Ausgleich. Darin sieht man allgemein eine „Grundnorm“ des Vertriebsrechts<sup>6</sup> wegen ihrer praktischen Bedeutung, und weil die Vergütung für Kundengewinnung wichtige publizitäre Anreize gibt, das Image des Prinzipals in der Marktöffentlichkeit zu pflegen.<sup>7</sup> Grundlage dafür ist neben den Gesetzgebungsmotiven zu § 89b HGB auch und v.a. das Europarecht, da es sich um eine wichtige Rahmennorm für die internationalen Märkte der vermittelten Wirtschaftsgüter handelt<sup>8</sup> und bei fehlender Rechtsangleichung schwerwiegende Wettbewerbsverzerrungen bestehen würden. Die Lit. ist demgem. derart ausgeföhrt, dass, mehr als sonst, auf die Großkomm. und Hdb. verwiesen werden muss.<sup>9</sup>

Nach Abs. 1 kommt es auf die Vorteile an, die der Unternehmer aus der Geschäftsverbindung mit den vom Handelsvertreter neu geworbenen Kunden oder aus der wesentlichen Erweiterung der Geschäftsverbindung mit früheren Kunden weiterhin hat. Ferner sind die Nachteile entscheidend, die der Handelsvertreter durch den Verlust möglicher Provisionen aus Geschäften mit diesen Kunden erleidet. Schließlich muss die Zahlung eines Ausgleichs unter Berücksichtigung aller Umstände der Billigkeit entsprechen. Der Ausgleich wird nach Abs. 2 grundsätzlich nach dem Durchschnitt der

---

<sup>4</sup> Zum früheren Wandel vom Kaufmanns- zum Unternehmensrecht vgl. schon *P. Raisch*, Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandel des Handelsrechts, 1964; ihm darin folgend *K. Schmidt*, Handelsrecht, 6. Aufl. 2014, § 2 III-V, passim; ders., BB 2005, 840.

<sup>5</sup> Vgl. nur *Baumb./Hopt*, HGB-Komm. 38. Aufl. 2018, vor § 1 Rdn.4, 71; zur private governance vgl. – grdl. – *J. Köndgen*, AcP 206 (2006), 477, 514 ff.; *H. Herrmann*, Privatrecht für Bachelor-Studiengänge BWL/VWL, 2007 mit DVD 2018 Bd. 1 zu II.1e.

<sup>6</sup> Vgl. nur *K. Schmidt*, Handelsrecht, a.a.O., § 27 V, Rdn. 70; *Baumb./Hopt*, a.a.O. § 89b Rdn. 1.

<sup>7</sup> Dazu verallgemeinernd v. *Werder*, in: Hommelhoff u.a. (Hrsg.), Hdb. Corporate Governance, 2. Aufl. 2009, S. 11 ff., 14 f., passim.

<sup>88</sup> *Emde* DSStR 2009, 1478; *Koch* ZIP 2011, 1752)

<sup>9</sup> S. die Angaben im Komm. vor Rdn. 1.

Jahresprovision aus den letzten fünf Jahren der Tätigkeit des Handelsvertreters berechnet. Nach Abs. 3 wird der Anspruch in bestimmten Fällen ausgeschlossen, in denen das Gesetz nach dem Grund für die Beendigung des Vertragsverhältnisses unterscheidet. Abs. 4 erklärt den Anspruch für unabdingbar und befristet seine Geltendmachung. In Abs. 5 wird die Regelung des Ausgleichs den besonderen Verhältnissen in der Versicherungswirtschaft und im Bausparkassenwesen angepasst und hat durch die Reform der Beratungspflichten der Versicherungsagenten in §§ 61 ff. VVG (2008) eine ganz besondere Bedeutung für die Rechtsethik des Vertriebsvermittlungsrechts erlangt.<sup>10</sup>

Darauf wird hier die Darstellung konzentriert, weil zum Einen der Versicherungsvertrieb in den letzten Jahren besonders häufig und nachhaltig Gegenstand gesetzgeberischer Novellierungen geworden ist und weil zum Anderen das Neue des Wirtschaftsrechts ganz besonders zum Handel von (Banken und) Versicherungen geregelt worden ist. Nach § 89b Abs. 5 S. 1 gelten die Absätze 1, 3 und 4 für Versicherungsvertreter mit der Maßgabe, dass an die Stelle der Geschäftsverbindung mit neuen Kunden, die der Handelsvertreter geworben hat, die Vermittlung neuer Versicherungsverträge durch den Versicherungsvertreter tritt und der Vermittlung eines Versicherungsvertrages es gleichsteht, wenn der Versicherungsvertreter einen bestehenden Versicherungsvertrag so wesentlich erweitert hat, dass dies wirtschaftlich der Vermittlung eines neuen Versicherungsvertrages entspricht. Versicherungsvertreter ist nach § 92 Abs. 1, wer als Handelsvertreter damit betraut ist, Versicherungsverträge zu vermitteln oder abzuschließen (dort Rdn. 2). Die für den normalen Handelsvertreter getroffene gesetzliche Regelung gilt damit auch für den Versicherungsvertreter, soweit nicht die Besonderheiten in der Versicherungswirtschaft die abweichende Regelung des § 89b Abs. 5 bedingen. Das gilt auch für die an sich auf Warenvertreter beschränkte europarechtskonforme Auslegung der früheren Gesetzesfassung der Abs. 1-4, da in der Fassung des Abs. 5 auf die Neufassung verwiesen ist.<sup>11</sup> Die Besonderheiten zur Regelung des Abs. 4 bestehen darin, dass der Versicherungsvertreter keine Stammkunden wirbt, sondern einen Bestand von neuen und meist langfristigen Versicherungsverträgen schafft (Vertragsbezug statt Kundenbezug).<sup>169</sup> Daraus zieht § 89b Abs. 5 S. 2 die Konsequenz, dass der Ausgleich des Versicherungsvertreters abweichend von Abs. 2 höchstens drei Jahresprovisionen oder Jahresvergütungen beträgt. In Abs. 5 S. 3 wird bestimmt, dass die Vorschriften der S. 1 und 2 sinngemäß für den Bausparkassenvertreter gelten. Bausparkassenvertreter ist, wer als Handelsvertreter damit betraut ist, Bausparverträge zu vermitteln oder abzuschließen (§ 92 Rdn. 3).

Zu Abs. 5 ist besonders wichtig – neben der Abgrenzung des arbeitnehmerisch tätigen Handlungsgehilfen vom HV – die Neuregelung der HV-Pflichten im VVG 2008. Je mehr sich nach der

---

<sup>10</sup> Näher im Komm. Zu § 89b Rdn. 104 ff.

<sup>11</sup> BGH ZIP 2012, 2508.

<sup>169</sup> BGH WM 2012, 471; *Staub/Brüggemann* § 89b Rdn. 124; Ausschussbericht, Sten.Ber., Bd. 17, S. 14206, 14208.

Einführung von Aufklärungs- und Beratungspflichten in §§ 61 ff. VVG n.F die inzwischen auch vom BGH gebilligte Gestaltungsform der **Nettopolice**<sup>12</sup> durchsetzt, die keinen Provisionsanspruch des HV mehr kennt, sondern den Versicherungsnehmer zum Provisionsschuldner macht, desto häufiger stellt sich die Frage, ob auf diese Vertragsgestaltung § 89b Abs. 5 noch passt.<sup>13</sup> Aber das ist schon deshalb zu bejahen, weil nach Abs. 1-4 n.F. nicht mehr im Kern auf den Wegfall der Provision nach Vertragsende abzustellen ist, sondern es auf die Gegenleistung für die Schaffung eines Kundenstamms und dessen vorteilhafte Wirkungen in der Folgezeit ankommt (näher schon o. Rdn.4). Gleiches muss auch für Abs. 5 gelten. Zudem ist zwar die vom VVG bezweckte Verbesserung der Kundenbeziehung und der Schutz des Kundenvertrauens nicht auf den Schutz des HV, wohl aber darauf gerichtet, den HV im Hinblick auf den Ausgleichsanspruch nicht schlechter zu stellen. Vielmehr soll sich ein unverzerrter Wettbewerb zwischen HV, Maklern u.a. Vertriebsorganisationen herausbilden,<sup>14</sup> um bessere Absatzbeziehungen hervorzubringen, als sie in Zeiten florierender Drückerkolonnen in Übung waren. Soweit für die Billigkeit des Ausgleichsanspruchs auf die übliche Vergütung abzustellen ist, ist man bei Nettopolice auf den Vergleich zu Marktpreisen im Maklergeschäft angewiesen, muss aber deutlich darunter liegende Beträge ansetzen.<sup>15</sup> Zu den Provisionen, für deren Verlust dem Versicherungsvertreter nach Abs. 1 S. 1 Nr. 2 mittlerer Satz ein Ausgleichsanspruch zusteht, gehören deshalb nur die **Abschlussprovisionen** und nicht die Provisionen, die für die Verwaltung des vom Versicherungsvertreter erworbenen Versicherungsbestandes gewährt werden.<sup>16</sup> Der Versicherungsvertreter muss die entsprechenden Anteile darlegen und beweisen.<sup>17</sup> Dabei tritt der Ausgleichsanspruch im Grunde an die Stelle bereits verdienter Provisionsansprüche, soweit deren Existenz durch die Beendigung des Vertragsverhältnisses vernichtet wird.<sup>171</sup> Provisionsverluste kommen auch für solche Geschäfte in Betracht, die zwar erst nach der Beendigung des Vertrags abgeschlossen werden, aber in einem engen wirtschaftlichen Zusammenhang mit den früher vermittelten Verträgen stehen.<sup>172</sup> Häufig wird in der Praxis ein Verzicht auf Folgeprovisionen vereinbart und hiervon der Ausgleich nach § 89b Abs. 5 ausgenommen, da sonst die Unabdingbarkeit des Ausgleichsanspruchs entgegenstände. Der Verzicht war bis zur Gesetzesnovelle von 2009

---

<sup>12</sup> BGH NJW 2014, 1655; 1658.

<sup>13</sup> Bejahend *Schwintowski* Anm. zu BGH NJW 2014, 1656/58, S. 1662 f., *Reiff* VersR 2014, 246; *Baumb./Hopt*, Rdn. 86 m.w.N.; aber Vermutung gegen Nettopolice bei ungenügender Aufklärung, BGH NJW 2014, 1655 Rdn. 24; 2782, Rdn. 24; a.A. *Reiff* VersR 2014, 246; zur AGB-Intransparenz der Nettoklausel *Armbrüster* NJW 2014, 501. 34, 310, 313 = NJW 1961, 1059; BGHZ 59, 125, 131 = NJW 1972, 1664, 1666; vgl. § 92 Rdn. 3.

<sup>14</sup> *Schwintowski* Anm. zu BGH NJW 2014, 1658, 1662; ders., VersR 2009, 1333.

<sup>15</sup> BGH NJW 2014, 2782, Rdn. 26; zum Ganzen *Reiff* VersR 2014, 243 m.w.Nachw.

<sup>16</sup> BGHZ 30, 98 = NJW 1959, 1430.

<sup>17</sup> OLG München BB 1993, 1754.

<sup>171</sup> OLG Frankfurt/M. BB 1978, 728; VersR 1986, 814.

<sup>172</sup> BGHZ 34, 310 = NJW 1961, 1059; BGHZ 55, 45 = NJW 1971, 462; BGHZ 59, 125 = NJW 1972, 1664; BGH VersR 1963, 556; BB 1970, 102; OLG Stuttgart VersR 1972, 44 m. Anm. *Höft*; LG Heilbronn BB 1980, 1819; LG München I BB 1981, 573 m. Anm. *Brych*.

Voraussetzung für die Entstehung des Ausgleichsanspruchs. Zwar war str., ob der Provisionsverzicht überhaupt rechtswirksam war;<sup>18</sup> doch soll das für die Anspruchsbegründung nach Abs. 5 i.V. Abs. 1 Nr. 2 keine Rolle spielen.<sup>19</sup>

Damit wird die illustrierende Wiedergabe des wesentlichen Inhalts der Kommentierung abgeschlossen. Der Bezug zum neuen Wirtschaftsrecht sei noch einmal hervorgehoben. Auch die Beratungspflichten im Rahmen des Provisionsausgleichs dienen der Imagepflege unter den Bedingungen der jeweils maßgebenden nationalen oder internationalen Märkte. Der für den Prinzipal tätig gewordene Handelsvertreter soll den Ausgleich in angemessenem Umfang verlangen können, weil er sich nicht nur im eigenen Interesse, sondern auch für das Ansehen des Prinzipals eingesetzt hat.

**2. Maklerrecht und IDD-Umsetzung.** Zum Maklerrecht ist, was die neue Ausrichtung auf NWiR angeht, v.a. auf die Vorschriften der EU-Richtl. zum Vertrieb , die Versicherungsvertriebsrichtl. v. 20.1.2016 (IDD),<sup>20</sup> (distribution) abzustellen. Doch vorab einige allgemeine Angaben zu den rechtlichen Grundlagen des HGB und deren Verhältnis zum BGB:

Die §§ 93 ff HGB setzen die Bindung an das Maklerrecht der §§ 652 ff. BGB voraus, soweit sie keine Sonderregeln enthalten. Nach § 652 BGB entsteht der Provisionsanspruch des Maklers bei Zustandekommen des vermittelten Vertrages und unabhängig davon, ob und inwieweit der Makler eine aktive Tätigkeit für seinen Auftraggeber entfaltet hat. Die Aussicht und Erfolgsprovision ohne Tätigkeitspflicht erlaubt dem (Handels-) Makler größte Flexibilität und Spezialisierung in der Ausnutzung sich bietender Marktchancen und **Marktfunktionen**. Hieran knüpfen die gesetzlichen Normzwecke an, so dass die sonst oft im Vordergrund stehenden Zwecke des Vertrauens- und/oder Verkehrsschutzes weitgehend zurückgedrängt erscheinen.

Statt des allgemeinen Vertrauensschutzes ist das Maklerrecht zu allererst als marktfunktionales Vertriebsrecht konzipiert und als solches noch weit mehr als andere Gebiete des Handelsrechts nicht nur wettbewerbsorientiertes Wirtschaftsrecht, sondern auch auf moderner informationsökonomischer Grundlage mit **regulierungsspezifischen Normfunktionen** zu verstehen.<sup>21</sup> Die entscheidenden Anstöße zu dieser Entwicklung kommen aus dem Europarecht und sind neuerdings durch die IDD<sup>22</sup> fortentwickelt worden. Im Hinblick auf die Marktregulierung sind v.a. die Vorschriften zur

---

<sup>18</sup> Befürwortend vgl. nur OLG Jena, VersR 2010, 1645 m. Anm. *Krämer*; dagegen aber v. *Westphalen* DB 2003, 2319.

<sup>19</sup> BGH NJW 2010, 300.

<sup>20</sup> Versicherungsvertriebsrichtl. v. 20.1.2016 (ABIEU L 26/19; dazu das UmsetzungsG v. 20.7.2017, BGBl. I, S. 2789; dazu *Rüll* VuR 17, 128; und die VersVertrV v. Dez. 2018, Drs. BR v. 23.11.2018 487/18

<sup>21</sup> Vgl.– wenngleich ohne besonderen Bezug auf §§ 93 ff. HGB – *Eidenmüller* Regulierung und Privatrecht, Überblick [https://books/google.de/books?id=Kh0zU1...sachenrecht+governance](https://books.google.de/books?id=Kh0zU1...sachenrecht+governance) (download 12.9.2017); zur private governance im allg. Vertragsrecht *Köndgen* AcP 2004, 477 ff.; *Herrmann* Privatrecht, DVD update, 2018, Bd.1 Kap1 II.1; Bd. 2 Kap. 5 m.w.Nachw

<sup>22</sup> A.a.O., Fn. 16 m.w.N.

Vermeidung/Offenlegung widerstreitender Interessen, zur Weiterbildung des Maklers und zur Steuerungswirkung der Registerpublizität vorangebracht worden.

In der Lit. ist deshalb zu Recht auf Ansätze zur Verallgemeinerbarkeit der kapitalmarktrechtlichen Wohlverhaltenspflichten hingewiesen worden.<sup>23</sup> Konkret sind die regulierungsspezifischen Normfunktionen der §§ 93 ff. v.a. auf diejenigen Marktstätigkeiten gerichtet, die als Hauptursachen für die **Finanzkrisen** der internationalen Kapitalmärkte der jüngsten Zeit angesehen werden. *M. Lutter* und *v. Griesenbeck*<sup>24</sup> haben bereits viele Jahre vor diesen Skandalen des Wertpapierhandels von 2003/08 darauf hingewiesen, dass die Emissionsvermittler von Anteilen an Publikums-Personengesellschaften Handelsmakler sind. Nichts Anderes gilt für die Vermittlung von sonstigen Wertpapieren und Wertpapierderivaten, die in den Wirtschaftskrisen eine maßgebende Rolle gespielt haben.<sup>25</sup> Schrittmacher der neueren Entwicklung des Maklerrechts sind die **EU-Vermittlerrichtlinie** v. 15.1.2003<sup>26</sup> und die schon erwähnte **Versicherungsvertriebsrichtlinie** (IDD) v. 20.1.2016, die durch das Gesetz zur Umsetzung der zweiten Vermittlerrichtl. und die VersVermV Geltung erlangt hat (s.o.). Privatrechtlich geht es v.a. um Aufklärungs- und Beratungspflichten sowie um Preistransparenz bei Vertriebsprovisionen mit Umsatzanreizen, die der Interessenwahrungspflicht des Maklers zuwiderlaufen.

Beide EU-Richtlinien gehören zum sog. **Regulierungsprivatrecht**, das – wie schon das Recht wettbewerblicher Rahmenbedingungen – nicht in erster Linie der Durchsetzung privaten Interessenausgleichs dient, sondern auf rechtspolitische Normzwecke und auf zweckentsprechende Normbefolgung abzielt.<sup>27</sup> Dazu hat man von dem allerdings immer noch heftig umstrittenen Verhältnis von Privatrecht und Regulierung und speziell zu den Normzwecken des HGB auszugehen, wonach zwar keine Deckung der Normzwecke anzunehmen ist, wohl aber weitgehende Entsprechungen bestehen.<sup>28</sup> Hervorzuheben ist dabei der Neuansatz, den sowohl die Umsetzung der Vermittlerrichtl. v. 2003 als auch die zur Versicherungsvertriebsrichtl. v. 2016 gebracht haben. Mit den Regeln zur Makleraufklärung und -beratung, zur Transparenz von Maklerboni und den Registervorschriften wird auf die neuere Forschung regulierungsspezifischer Verhaltenssteuerung Bezug genommen, die v.a. auf

---

<sup>23</sup> So etwa Bruck/Möller/Schwintowski Großkomm. VVG, Bd. 2 9. Aufl. 2010, § 61 Rdn 3, 5 „suitability test“, „Vorfeldwirkung“; *Beenen/Sandkühler* Das neue Versicherungsvermittlerrecht im Umbruch, 2006, S. 72 ff.; *Herrmann* VersR 15, 275.

<sup>24</sup> Lutter, FS Bärmann, 1975 S. 605, 613; *Griesenbeck*, BB 1988, 2188.

<sup>25</sup> *Horsch/Rathmann* Kreditrisikotransfer durch Kreditversicherung, 2012, S. 191 ff. m.w.N.

<sup>26</sup> ABl. EG Nr. L.9, S. 3

<sup>27</sup> Vgl. – grdl. – *Micklitz* Regulierungsprivatrecht, GPR 09, 254 ff.; 10, 2 ff.; *E. Schumann* Vorwort in: dies. (Hrsg.) Das erziehende Gesetz, 2013; *Hellgardt* Regulierung und Privatrecht, 2016; *Eidenmüller*, a.a.O. Rdn. 2; *Wendehorst* in Schumann (Hrsg.), Das erziehende Gesetz, a.a.O., S.133 ff.; jeweils m.w.N.

<sup>28</sup> Zum Meinungsstreit vgl. einerseits *Bydlinski* Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts, 1967 S. 66 ff., 126; andererseits *Canaris* Vertrauenshaftung, 1971, S. 431 ff.; vermittelnd *Hönn* Kompensation gestörter Vertragsparität, 1982, S. 38 ff. mit w. N.

Anreizsteuerung abstellen und damit an die Stelle herkömmlicher Ge- und Verbotsregulierung treten soll.<sup>29</sup> Auch diese Unterscheidung ist auf verbreitete Zustimmung gestoßen.<sup>30</sup>

Spezifisch für die **Anreizzwecke** des Versicherungsmaklerrechts sind die registerrechtlichen Vorschriften. Schon nach der Vermittlerrichtl. 2003 waren besondere Bildungserfordernisse für Agenten und Makler vorgesehen, deren Durchführung und Einhaltung nach deutschem Recht nicht nur dem Gewerbeämtern, sondern auch den IHKs vorbehalten wurde. Nach § 34d Abs.10 GewO (Vorgänger § 34d Abs.2) muss der Versicherungsmakler, der nach Erfüllung bestimmter Zuverlässigkeits- und Bildungsvoraussetzungen etc. eine Erlaubnis erhalten hat, sich in einem bei der IHK geführten Register eintragen lassen (§ 34d Abs. 10 GewO), das zwar vollständig nur den Versicherungsunternehmen zugänglich ist, aber in Bezug auf die Erlaubnistatsachen von potentiellen Kunden jederzeit eingesehen werden kann.<sup>31</sup> Es besteht also eine weitgehende Registerpublizität, die sogar die Befugnis der IHK umfasst, bestimmte Rechtsverstöße von Versicherungsmaklern in das Register eintragen zu lassen (§ 32d Abs. 11 S. 1 i.V. § 11 a Abs. 1 GewO). Als „Zweck des Registers“ führt § 11a Abs. 1 S.3 GewO an, „...der Allgemeinheit...die Überprüfung der Zulassung sowie des Umfangs der zugelassenen Tätigkeit der Eintragungspflichtigen zu ermöglichen“. Für Registervorschriften dieser Art hat man in der Literatur darauf hingewiesen, dass dahinter keineswegs nur behördliche Ordnungszwecke stehen, sondern Befolgungsanreize (Norm-Compliance) gesetzt werden, die der Herausbildung und Erhaltung von Unternehmensimages dienen.<sup>32</sup> Dadurch wird der erwähnte Normcharakter des Regulierungsprivatrechts bestärkt sowie eine besondere Form der Publizitätssteuerung bewirkt, die keineswegs nur im Recht des corporate governance Kodex gem. § 161 AktG maßgebend ist, sondern als sog. private governance bereits weit darüber hinausgeht.<sup>33</sup>

Zur **auslegungsmethodischen Bedeutung** des Regulierungsprivatrechts bestehen erhebliche Meinungsverschiedenheiten. Teils wird auf die nationalen Gestaltungsspielräume verwiesen, die die Richtlinie aufgrund ihrer Rechtsnatur notwendig belässt<sup>34</sup> und im Bereich der Sozialordnung der Mitgliedstaaten und des Verbraucherschutzes ein besonders weiter Spielraum bejaht (<sup>35</sup>). Teils bejaht man die Höherrangigkeit gegenüber dem deutschen Recht, soweit und solange keine Grundrechte und die diesen zugrunde liegenden Rechtsprinzipien verletzt werden.<sup>36</sup> Speziell zum Vertriebsrecht wird heute allerdings zunehmend betont, dass das neue Recht der Versicherungsvermittlung und des

---

<sup>29</sup> Vgl. zum Handelsrecht *Merkt* Unternehmenspublizität, 2001, S. 208 ff., 229 ff.; *Baumb./Hopt* vor § 1 HGB Rdn. 6)

<sup>30</sup> Vgl. die Beiträge in Schumann (Hrsg.), *Das erziehende Gesetz*, a.a.O.; insbes. *Wendehorst*, ebd. S. 113, 115 ff., 133 ff.).

<sup>31</sup> Beckmann/*Matusche-Beckmann* Hdb. Versicherungsrecht, 3. Aufl. 2015, § 5 Rdn. 237.

<sup>32</sup> Vgl. *Eidenmüller* a.a.O., Rdn. 2

<sup>33</sup> Vgl. nur *Köndgen AcP* 2006, 477 ff.; *Herrmann* Privatrecht 2008/18 Bd.1 Kap1 II.1; Bd. 2 Kap. 5, passim

<sup>34</sup> Art. 288 AEUV; vgl. *Randelzhofer/Forsthoff* in: *Grabitz/Hilf*, Das Recht der Europ. Union, Losebl. Stand 2017, vor Art. 49, Rdn. 39-55 EGv, Rdn. 172 m.w.N.

<sup>35</sup> EuGH NJW 1987, 1133; *Randelzhofer/Forsthoff*, a.a.O.; a.A. *Schroeder*, EUGRZ 1994, 373, 379.

<sup>36</sup> Vgl. nur BVerfGE 73, 339, 376.

Versicherungsvertriebs mit der IDD von grdl. Bedeutung für allgemeine Rechtsentwicklung sind.<sup>37</sup> Immer noch überwiegend ist jedoch die Ansicht, dass es sich hauptsächlich um Spezialnormen mit besonderen Tätigkeitspflichten für bestimmte Berufsgruppen handelt (vgl. nur BGH NJW-RR 15, 158), und dass sogar die **Leitbilder** des allgemeinen deutschen Maklerrechts und des EU-Versicherungsvertriebsrechts grundlegend voneinander abweichen.<sup>38</sup> Dagegen steht allerdings, dass das allgemeine Maklerrecht genau entsprechende Aufklärungs- und Beratungspflichten kannte wie das Versicherungsmaklerrecht bis zur Umsetzung der Vermittlerrichtl. 2003.<sup>39</sup> Wenn nun nach § 61 Abs. 1 VVG n.F. der Versicherungsmittler auch ohne besonderen Anlass verpflichtet wurde, von jedem Kunden ein Risikoprofil zu erstellen und auf dieser Grundlage gezielt Information und Rat zu erteilen (§ 61 Abs. 1) sowie hierüber eine detaillierte Dokumentation zu erstellen,<sup>40</sup> so handelt es sich dabei um eine konsequente Weiterentwicklung, nicht um einen Leitbildwechsel.<sup>41</sup> Die Leitbildfunktion des IDD-Umsetzungsrechts reicht sogar bis ins Preisrecht der Prämienstaffelung<sup>42</sup> und hat mittelbar Bedeutung sogar für das ansonsten recht spezielle Recht der Haftung gegenüber beiden Seiten i.S. § 98 und der Tagebuchführung gem. § 100 ff.

Trotz unverkennbarer Abweichungen und erheblich weitergehender Pflichten des Versicherungsmaklers sind übereinstimmende Trends zur Stärkung gemeinsamen **Risikomanagements** (RM) erkennbar (<sup>43</sup>.) und als verallgemeinerbar im Mittelrecht zumindest insoweit anzuerkennen, als bereits das Bank- und Kapitalmarktrecht im Hinblick auf generelle RM-Kooperationspflichten gleichgezogen haben.<sup>44</sup> Auch wird die Ansicht vertreten, dass es – ähnlich dem italienischen Recht – Pflichten des Maklers zu korrekter Information gibt.<sup>45</sup> Für Versicherungsmittler folgt das aus §§ 61 ff. VVG, da die hier auferlegten Aufklärungs- und Beratungspflichten ohne Weiteres die Pflicht einschließen, die betreffenden Informationen korrekt zu ermitteln und an den Verbraucher ebenso korrekt abzugeben.

Als Gegenschluss folgt daraus allerdings auch, dass für Makler anderer als Versicherungsgeschäfte keine ebenso weit reichenden Informationspflichten gelten können. Inwieweit aus Gründen einer gewissen Selbstbindung durch Werbung oder sonstige Inanspruchnahme gesteigerten Vertrauens Korrektheit von Informationen analog §§ 60 ff. VVG verlangt werden kann, ist in der Rspr. bislang

---

<sup>37</sup> Vgl. – grdl. – *Reiff*, VersR 07, 717 ff; im Ansatz auch BGH NJW 12, 1504)

<sup>38</sup> So etwa *Fischer*, NJW 16,3285.

<sup>39</sup> Vgl. nur BGH VersR 1992, 217; Römer/Langheid/Römer VVG-Komm.2. Aufl. 2003, § 159 Rdn. 4 ff.

<sup>40</sup> §§ 61 Abs. 1 S. 2, 62 VVG; näher Bruck/Möller/*Schwintowski* Großkomm. VVG, Bd. 2 9. Aufl. 2010, § 61 Rdn. 3 ff., 6 ff., passim.

<sup>41</sup> Vgl. – trotz Betonung des Neuen – *Reiff* Versicherungsvermittlerrecht im Umbruch, 2006; *Schwintowski* a.a.O. § 61 Rdn.3

<sup>42</sup> S. Kommentierung vor § 93 Rdn. f.; § 93 Rdn. 10a/b, 22a/b

<sup>43</sup> Vgl. nur *Herrmann*, VersR 15, 275, 280 ff.

<sup>44</sup> *Herrmann*, ZBB 16, 260, 267 ff.

<sup>45</sup> Vgl. *C. Jansen-Behne* Regulierungsmechanismen des Verbraucherschutzes im Maklerrecht, 2017, S. 191

noch nicht hinreichend geklärt.<sup>46</sup> Dennoch ist die rechtssystematische Nähe zu den freien Berufen bereits derart weit entwickelt, dass in der Lit. bereits erwogen wird, Preisregulierungen nach Art der Honorarordnungen für Rechtsanwälte, Architekten etc. einzuführen (*Reiff* VersR 18, 193, 195). Doch ist das ohne besondere gesetzliche Maßnahmen selbstverständlich nicht vorzustellen.<sup>47</sup> Richtig ist nur der Grundansatz: Handelsmakler gehören, wie die Freien Berufe, zu den Sachwaltern, die beim Kunden typischer Weise ein besonderes Vertrauen in ihre überlegene Fachkompetenz in Anspruch nehmen und denen deshalb gem. § 311 BGB vor Vertragsschluss gesteigerte Vertrauenspflichten auferlegt sind, sowie nach Vertragsschluss mit strengeren Nebenpflichten gem. § 280 BGB belastet werden. Die o.a. Bindung an gesteigerte Aufklärungs- und Beratungspflichten analog §§ 61 ff. VVG wird man deshalb auch auf der Rechtsgrundlage der §§ 280, 311 BGB zu befürworten haben und zu echten Pflichten geteilten risk management weiter zu entwickeln haben.<sup>48</sup>

## II. Neues Handelsbilanz-Wirtschaftsrecht

Das Handelsbilanzrecht ist v.a. seit dem BilMoG (2009) mit tragenden Elementen echten Wirtschaftsrechts ausgestattet worden. Dazu gehört nicht nur die weitgehende Abtrennung vom Steuerrecht mit der Abkehr vom Maßgeblichkeitsprinzips und vom sog. umgekehrten Maßgeblichkeitsprinzips (ad 1); sondern auch und v.a. wurden die Vorschriften zum Einblicksgebot des § 264 HGB (ad 2) und zur Bilanzprüfung und –publizität erheblich neu gefasst(2/3).

**1. Die Abkehr von den Maßgeblichkeitsprinzipien.** Das einfache Maßgeblichkeitsprinzip besagte bis 2009, dass die Bilanzansätze und GuV-Posten der Handelsbilanz in die der Steuerbilanz zu überführen waren, wenn es keinen besonderen steuerrechtlichen Grund für abweichende Rechnungslegung gab. Damit wurde das Steuerbilanzrecht mit seinen oft weit mehr an staatlicher Einnahmeerzielung orientierten Normzwecken unnötig an die Informations- und Verteilungsziele der handelsrechtlichen Rechnungslegung gebunden.<sup>49</sup> Einigermaßen überzeugend war dies eigentlich nur unter der Voraussetzung, dass die Grundsätze ordnungsmäßiger Bilanzierung (GoB) des alten § 39 HGB auf den überkommenen Kaufmannsgewohnheiten beruhten und allenfalls besonders missbräuchliche Unsitten von Kaufleuten dadurch ausgeschlossen wurden, dass man auf den sog. ordentlichen Kaufmann abstellte. Doch war natürlich zu keiner Zeit theoretisch zu begründen, wann und unter welchen Voraussetzungen ein Kaufmann im Hinblick auf seine Praxis der

---

<sup>46</sup> Richtungsweisend aber schon *J. Köndgen* Selbstbindung ohne Vertrag, 1981, S. 335 ff., betr. Kunsthandel, S. 352 ff. betr. Auskunfts- und Raterteilung; w. Nachw. b. *Hamm/Schwerdtner*, Maklerrecht, 2016, Rdn. 5; zu den freiberufsrechtlichen Makler-Berufsverboten vgl. dies., ebd., Rdn. 175 ff.; zu Koppelungsverboten ebd., Rdn. 201, 734 ff.; zu werberechtl. Regulierungen s. vorerst nur §§ 1 f. VDVM Code of Conduct, <https://vdvm.de/fuer/versicherungsmakler/code-of-conduct...>(download v. 17.1.2017).

<sup>47</sup> Näher s. die Kommentierung zu Rdn. 2f.

<sup>48</sup> Vgl. *Herrmann* ZBB 2016, 260 ff.

<sup>49</sup> Näher *Müller*, in: Haufe, BilKomm., 7. Aufl. 2016. § 264 Rdn. 10.

Rechenschaftslegung ordentlich war und wann nicht. Vielfach wurden die Vorsichtsregeln für besonders „ordentlich“ in diesem Sinne gehalten. Aber mehr und mehr sprach sich herum, dass man die Vorsichtsgrundsätze auch zur Über-Vorsicht nutzen konnte, um dadurch zu erreichen, dass stille Reserven entstehen, die der Ausschüttung an die Gesellschafter entgegen stehen und damit der Vermögensmehrung der Gesellschaft und den Machtinteressen des Management dienen. Nachdem hierzu v.a. die Beibehaltungsregeln durch solche der Wertaufholung ergänzt und ersetzt wurden, ergab sich zunehmend, dass nicht gewohnheitlich bewährte Verhaltensweisen, sondern zielgerichtete Verfolgung von Interessen der Unternehmensbeteiligten und der Gläubiger zu beachten sind. Dadurch kamen die großenteils verschiedenen Interessen fiskalischer Einnahmeerzielung in der Steuerbilanz und der Interessen der internen und externen Unternehmensbeteiligten, die in den GoB zur Abwägung zu bringen waren, zunehmend in den Blick; und die Abkehr vom handelsrechtlichen Maßgeblichkeitsprinzip wurde weitgehend zwingend.

Geblichen ist heute allerdings immer noch, dass § 5 Abs. 1 S. 1 EStG eigens vorschreibt, das Wirtschaftsvermögen als steuerliches Betriebsvermögen auszuweisen, das den handelsrechtlichen GoB entspricht. Auch dürfen steuerrechtliche Wahlrechte nach S 2 der Vorschrift nur in Übereinstimmung mit denen in der Handelsbilanz vorgenommen werden. Trotzdem ist das Maßgeblichkeitsprinzip heute durch eine „originär steuerrechtliche Auslegung des § 255 HGB“ im Kern „durchlöchert“ (BFH DStR 2010, 1435; Baumb./Hopt/*Merkt*, HGB-Komm. 38. Aufl. 2018, § 242 Rdn. 4).

Unter umgekehrter Maßgeblichkeit verstand man, dass die Ansätze der Steuerbilanz und deren Begründungen u.U. auch wieder entgegengesetzt auf die handelsrechtlichen GoB zurückwirken konnten. Auch hiervon durfte schon aus verfassungsrechtlichen Gründen nur unter strengen Voraussetzungen Gebrauch gemacht werden (BVerfG DStR 2009, 922). Das BilMoG nahm sodann endgültig Abschied, da die Normzweckverschiedenheit beider Rechtsbereiche unausweichlich geworden war (*Zwirner* u.a., DStR 2012, 2094).

Mit der Selbständigkeit der handels- und steuerrechtlichen Normen und Prinzipien traten die Informationszwecke der §§ 238 ff., 264 ff. HGB in den Vordergrund. Allein dies macht die Vorschriften zu solchen Neuen Wirtschaftsrechts. Dazu sei auf den Betrag von *W. Nägel* verwiesen und das Folgende aus eigener Feder beigesteuert.

**2. Einblicksgebot und kapitalmarktorientierten Kapitalgesellschaften.** Nach dem BilMoG 2009 sind weitere wichtige Neuerungen erfolgt, insbes. mit dem MicroBilG v. 2012,<sup>50</sup> dem AReG v. 2016,<sup>51</sup> dem BilRUG v. 2015<sup>52</sup> und dem CSR-RL-UmsG v. 2017.<sup>53</sup> § 264 Abs. 2 S. 5 HGB sowie Abs. 2 S. 4

---

<sup>50</sup> Kleinstkapitalgesellschaften-BilanzrechtsänderungsG v. 20.12.2012, BGBl. I, 2751.

<sup>51</sup> Abschlussprüfungsreformgesetz v. 10.5.2016, BGBl. I, 1142.

<sup>52</sup> Bilanzrichtlinie-UmsetzungG v. 17.2.2015, BGBl. I, 1245.

u. 5 mit den Erleichterungen für Kleinstkapitalgesellschaften stammen v. MicroBilG. Das BilRUG brachte dann Abs. 1a mit – allerdings rein formalen – Verbesserungen der Registerpublizität durch Pflichtausweis der Eintragsnummer im Handelsregister und eine erneute Novellierung der Abs. 3/4. Ganz besonders ist aber die Neufassung des § 264 Abs. 1 S.2 hervorzuheben, da zu den hier geregelten Bilanzen von kapitalmarktorientierten Kapitalgesellschaften spezifisch marktfunktionelle Publizitätszwecke einer immer mehr ins EU-Recht eindringenden Konzeption der Anreizregulierung hervortreten.<sup>54</sup> Man spricht insofern seit einiger Zeit auch von Regulierungsprivatrecht und von rechtlichen Erziehungsfunktionen, die die am Verkehr teilnehmenden Unternehmen durch Anreize zu einem bestimmten Verhalten veranlassen sollen.<sup>55</sup> Die sachliche Nähe zur informationellen Marktsteuerung i.S. der sog. corporate governance liegt auf der Hand.<sup>56</sup>

Besonders deutlich werden die Regulierungszwecke der Anreizsteuerung in der Verbindung des Abschlussprüfungsrechts mit der corporate governance gem. §§ 316 ff. Zum Prüfungsrecht der §§ 316 ff ist vorerst nur auf die zahlreichen Entsprechungen und Übereinstimmungen mit Empfehlungen des DCGK hinzuweisen.<sup>57</sup> Materieller Kern der neuen Sonderregelungen für marktorientierte Kapitalgesellschaften sind die Vorschriften zum Pflichtausweis der Kapitalflussrechnung und des Eigenkapitalspiegels sowie zum Wahlrecht einer Segmentberichterstattung. Dazu ist einzuräumen, dass diese Rechnungslegung in erster Linie für Konzerngesellschaften relevant ist Sie wird demzufolge erst zu §§ 290 ff. näher behandelt. Dennoch liegt auch für den Einzelabschluss eine wesentliche Neuerung vor, die zwar ihre Wurzeln bereits in zahlreichen EU-Bilanzrichtlinien seit Einführung der Bilanzpublizität überhaupt hat,<sup>58</sup> aber immer mehr vordringt in den Kern der Marktsteuerung. Denn schon mit den Einschränkungen der Bildung stiller Reserven durch die bewertungsrechtlichen Abwägungsgebote, das Gebot des Ausweises ungedeckter Fehlbeträge gem. § 268 Abs. 3 und das sog. Wertaufholungsgebot wurden die versteckten Risikoverschiebungen innerhalb der Unternehmensleitungen mehr und mehr aufgedeckt, um nicht nur den Gläubigern, sondern auch den Aktionären und Anteilshabern vermehrt Informationen über Risiken und Chancen der

---

<sup>53</sup> Gesetz v. 11.4.2017, BGBl. I, 803.

<sup>54</sup> Siehe insbes. *Eidenmüller* Regulierung und Privatrecht, Überblick <https://books/google.de/books?id=Kh0zU1...sachenrecht+governance> (download 12.9.2017); zur private governance im allg. Vertragsrecht *Köndgen* AcP 2004, 477 ff.; *Herrmann* Privatrecht, DVD update, 2018, Bd.1 Kap1 II.1; Bd. 2 Kap. 5 m.w.Nachw.).

<sup>55</sup> Vgl. nur *Micklitz* Regulierungsprivatrecht, GPR 09, 254 ff.; 10, 2 ff.; *E. Schumann* Vorwort in: dies. (Hrsg.) Das erziehende Gesetz, 2013; *Hellgardt* Regulierung und Privatrecht, 2016; *Eidenmüller*, Regulierung und Privatrecht, a.a.O.; *Wendehorst* in Schumann (Hrsg.), Das erziehende Gesetz, a.a.O., S.133 ff.; jeweils m.w.N.

<sup>56</sup> § 161 AktG i.S. Corporate Governance Kodex, vgl. – grdl. *A.v. Werder*, in: Hommelhoff u.a. (Hrsg.), Hdb. Corporate Governance, 2. Aufl. 2009, S. 32 ff. 36; zur bilanziellen Informationsfunktion für Kapitalanleger vgl. neustens auch Hachmeister u.a./*Stöber*, Bilanzrecht. Kommentar, 2018, § 264 Rdn. 2; *Winnefeld* BilHdb., a.a.O.,Kap. 1, Rdn. 16 f.; zur Grundlegung privatrechtlicher Regulierungsfunktionen s. *Hellgardt* Regulierung und Privatrecht, 2016; verallgemeinernd *Heymann-Horn/Herrmann*, Bd. 1 vor § 93 Rdn.2a mit w.Nachw.

<sup>57</sup> Vgl. insbes. *Müller*, Der Prüfungsbericht als Instrument der CG, 2013; *Hopt* ZGR 2015, 186 ff.; *Merkt* ZHR 2015, 601 ff.; ders., ZGR 2015, 215

<sup>58</sup> Siehe schon die sog. Bilanzrichtl. V. 14.8.1975, ABl. EG Nr. L 222/11-31, geänd. In ABl. EG v. 12.4.1984, Nr. L 314/25

Unternehmensentwicklung zu geben.<sup>59</sup> Dieser Ansatz wurde dann v.a. durch die Transparenzrichtlinie v. 2004<sup>60</sup> und die Publizitätsrichtlinie 2009<sup>61</sup> nochmals erheblich verstärkt. Was schließlich das BilMoG angeht, so passt es dazu, wenn in direkter Reaktion auf die Finanzkrisen nach 2003/8 den Kapitalgesellschaften mit und ohne Konzernverflechtung vorgeschrieben wird, zu den primär statischen Informationen der Bilanz auch noch besondere Kapitalflussrechnungen, Eigenkapitalpiegel und Segmentberichte zu erstellen, die den Kapitalmarktteilnehmern und Marktanalysten wichtige Zusatzinformationen für eine dynamische Bilanzanalyse geben.<sup>62</sup> Auch das true and fair view-Gebot des § 264 Abs. 2 mit den seit dem TUG 2007 geltenden Neuerungen des Satz 2 reichen weit über die traditionellen Gläubigerschutzzwecke hinaus und dienen marktorientierten dynamischen Informationszwecken.<sup>63</sup>

**3. Bilanzprüfung und -publizität.** Zwar geht auch das Wirtschaftsprüfungsrecht auf die Reform durch das BiRiLG v. 19.12.1985 zurück (BGBl. 2355). Doch sind für die hier verfolgte Thematik besonders relevant das KonTraG v. 27.4.1998 (BGBl. 786), das 4. FinanzmarktfördG v. 21.6.2002 (BGBl. 2010), das TransPuG v. 19.7.2002 (BGBl. 2681), das BilReG v. 4.12.2004 (BGBl. 3166), das APAG v. 4.12.2004 (BGBl. 3846), das APAReG v. 31.3.2016 (BGBl. I, 518) und das AReG v. 10.5.2016 (BGBl. I, 1142). Das **AReG 2016** steht in bes. Zusammenhang mit dem parallelen Reformwerk zu den internationalen Rechnungslegungsstandards, das im Verordnungswege erlassen wurde (IAS-VO v. 19.7.2002, ABIEG L 243/!) und zugleich den Aktionsplan: Europäisches Gesellschaftsrecht und Corporate Governance (CG) v. 12.12.2012 besonders nachhaltig unterstützen sollte, da die Erfahrungen mit den Enron- und Lehman-Skandalen von 2003/8 politisch herausragenden Anlass dazu gaben (dazu *Hopt ZGR* 2013, 165 ff.; ders. *ZGR* 2015, 186 ff.).

Die §§ 316 bis 324 haben weitestgehend die seit 1965 geltenden aktienrechtlichen Regelungen übernommen (§§ 162 bis 169 AktG a.F.). Jedoch sind jetzt auch prüfungspflichtig mittelgroße und große GmbHs,<sup>64</sup> nicht mehr aber die kleine AG (§ 316 Abs. 1). Nach § 317 Abs. 4 muss sich die Prüfung auch auf das interne Kontrollsystem erstrecken, doch soll damit keine Ausweitung auf Prüfungsfragen zum Fortbestand des Unternehmens verbunden sein (Abs. 4a). Die Prüfungsstandards

---

<sup>59</sup> Näher s. die Kommentierung im Heymann/Horn zu § 253, 113 ff. und zu §§ 268 Abs. 3, 280; zur Informationswirkung des § 268 Abs. 3 jenseits der Dopik vgl. *Hüttemann/Meyer* in: GroßKomm, § 268 Rdn. 23; Hachmeister u.a./*Mock*, Bilanzrecht. Kommentar, 2018, § 268, Rdn. 33; zum Streit um den Anhangs- und Lageberichtsausweis ADS § 268 Rdn. 89; a.A. *Herrmann*, ZGR 1989, 273, 281 ff.; vermittelnd *Mock* a.a.O., Rdn. 38 f

<sup>60</sup> ABl. EU Nr. L 390/38 ) und das TUG v. 2007.

<sup>61</sup> ABl. EU 2009 Nr. L 258/11.

<sup>62</sup> Zu den Anlegerschutzzwecken vgl. nur nochmals Hachmeister u.a./*Stöber*, § 264., Rdn. 6 f. mit w.N.; zur Weiterführung im BilRUG 2015 vgl. nur *Oser/Orth/Wirtz*, DB 2015, 1729.

<sup>63</sup> Vgl. nur *Wengerowsky* Der „True and fair view“ Grundsatz im deutschen HGB, *DStZ* 2017, 316 ff

<sup>64</sup> Das PublG gilt insoweit nicht mehr, vgl. § 3 Abs. 1 Nr. 1 PublG n.F. (Art. 5 des BiRiLiG vom 19.12.1985, BGBl. I, S. 2355).

der AbschlussprüferRil. 2006 i.V. mit den im Verfahren nach Art. 26 Abs13 dieser Richtl. angenommen worden sind (Abs. 5).

Der Prüfungsbericht und Bestätigungsvermerk müssen aussagekräftiger sein: nach § 321 Abs. 1 Satz 4 im Prüfungsbericht aufzuführen und zu erläutern ist jede nachteilige Veränderung der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage gegenüber dem vorhergehenden Rechnungsjahr. Das gleiche gilt für Verluste, die das Jahresergebnis nicht unwesentlich beeinflusst haben. Nach § 321 Abs. 1 S. 3 n.F. müssen Unrichtigkeiten und Gesetzesverstöße in größerem Umfang als bisher<sup>3</sup> sowie nach Abs. 4 das interne Überwachungssystem im Sinne § 317 Abs. 4 überprüft werden,<sup>4</sup> um das deutsche Prüfungswesen den international überwiegenen Standards der Corporate Governance anzunähern;<sup>5</sup> § 321 Abs. 4 erfordert dafür eine besondere Beurteilung im Prüfungsbericht mit Angaben, ob Maßnahmen zur Verbesserung des internen Überwachungssystems erforderlich sind. Der Bestätigungsvermerk ist nach § 322 Abs. 1 erheblich umfangreicher gefasst und musste schon nach Abs. 2 a.F. mit Ergänzungen versehen werden, wenn ohne diese ein falscher Eindruck über den Inhalt der Prüfung und die Tragweite des Bestätigungsvermerks entstanden wäre. Jetzt ist diese Vorschrift an die Regelung internationaler Prüfungsstandards gem. Richtl. 2006/43 angepasst (Abs. 1a), und es sind zahlreiche neue Einzelheiten zur Beurteilung des Prüfungsergebnisses festgelegt worden (Abs. 2). Hinzu kommt, dass der Abschlussprüfer nach Abs. 3 den Bestätigungsvermerk – wie schon bisher – einschränken oder versagen kann und muss, wenn Einwendungen bestanden. Das ist in erheblich größerem Umfang der Fall als nach altem Recht. Schon nach § 322 Abs. 1 S. 2 i.d. zuletzt gültigen F. musste das Testat auch eine „Beschreibung von Gegenstand, Art und Umfang der Prüfung“ enthalten.<sup>6</sup> Jetzt muss nach Abs. 5 n.F. versagt werden, wenn der Abschlussprüfer sich nicht in der Lage sieht, ein Prüfungsurteil abzugeben. Abs. 6 n.F. regelt weitere Gegenstandsbereiche der Pflichtbeurteilung des Prüfungsergebnisses, insbes. muss geprüft werden, ob Chancen und Risiken der künftigen Entwicklung zutreffend eingeschätzt wurden.

Nach § 322 Abs. 2 S. 3 ist auf Risiken besonders einzugehen, wenn diese den Fortbestand des Unternehmens gefährden. Unter den Reformen mit besonderem CG-Einschlag (s.o. zu Rdn. 1) sind besonders hervorzuheben: Die Entsprechenserklärung i.S. § 161 AktG bedarf der Prüfung und der Berücksichtigung im Prüfungsbericht (vgl. Müller, Der Prüfungsbericht als Instrument der CG, 2013).

---

<sup>3</sup> Dazu besonders nachdrücklich zustimmend Lenz/Ostrowski BB 1997, 1523, 1526; Rückle ZfbF Sonderheft 36, 1996, S. 107, 131 f.

<sup>4</sup> Vgl. Dörner/Schwegeler DB 1997, 285 zu Nr. III 3: „einschneidende Veränderung“; zur stärkeren Risikoorientierung und Annäherung an international verbreitete Prüfungsmethoden (due diligence) vgl. Pollanz BB 1997, 1351 zu Nr. 3; für Fortentwicklung aus der überkommenen deutschen Praxis siehe IdW-FN 1996 S. 296 ff; 1997, S. 7 (näher siehe unten zu §§ 317, 321).

<sup>5</sup> Dazu die Beiträge in: Picot (Hrsg.) 1995; Adams ZIP 1990, 1590 ff; Baums ZIP 1995, 11 ff; Funke ZIP 1996, 1662 f; Hommelhoff BB 1998, 2567, 2570 und 2625 ff.; Mattheus in Hopt u.a., Hdb. Corporate Governance, a.a.O., S. 563 ff.; Merkt ZGR 2015, 215

<sup>6</sup> Kritisch Moxter BB 1997, 722 zu Nr. III 3e.

Prüfung und Beratung sind stärker als früher voneinander zu trennen.<sup>65</sup> Daneben bestehen besondere Ausschlussgründe bei Unternehmen von öffentlichem Interesse nach § 319a, der durch das BilReG 2004 i.d.F. des BilMoG 2009 eingefügt worden ist.

Zur Rechnungslegungspublizität darf auf die Kommentierung zu § 325 HGB verwiesen und nur das Folgende hervorgehoben werden:

Nochmals wird darauf hingewiesen, dass das BilMOG (2009) auch zur Registerpublizität der Bilanz einen regelrechten Paradigmenwechsel gebracht hat und dieser im Kern darin besteht, dass die gesetzlich gewollten Bilanzziele nicht mehr nur durch Ge- und Verbote von Ausweis- und Bewertungsvorschriften bewirkt werden sollten, sondern dass es um informationelle Anreize durch Publizität ging und dadurch zugleich der Gläubigerschutz zum Anlegerschutz ausgebaut wurde.<sup>66</sup> Die Diskussion um den Sinn und Zweck der Rechnungslegungspublizität ist schon vor der Aktienrechtsreform von 1965 recht kontrovers geführt und sodann zunächst durch das BiRiLiG wieder belebt<sup>67</sup> sowie neuestens v.a. durch die Publizitätsrichtlinie 2003,<sup>68</sup> die TransparenzRichtl. 2004,<sup>69</sup> die Transparenzrichtl.-Änderungsrichtl. 2013<sup>70</sup> und die CSR-Richtlinie 2015 (a.a.O.) entscheidend vorangebracht worden. In der Literatur ragt v.a. die Habilitationsschrift von *Merkt* heraus, die den dort diskutierten Ansatz zu einer allgemeinen Theorie handels- und wirtschaftsrechtlicher Publizitätssteuerung ausgebaut hat.<sup>71</sup>

Die Wirkungen auf die Marktöffentlichkeit sind nicht nur für die Auslegung einzelner materieller Rechnungslegungsvorschriften von erheblicher Bedeutung<sup>72</sup> und für die Absicht der Unternehmen von großem Interesse, bei Gesellschaftern, Kapitalmarktteilnehmern und Kreditgebern Vertrauen zu wecken oder zu erhalten,<sup>73</sup> sondern nach ihr beurteilt sich auch insbes. die Verfassungsmäßigkeit der §§ 325 ff. *Friauf* hat dem gegenüber schon vor langer Zeit die Ansicht vertreten, die Nachteile der Publizitätspflicht für Kapitalgesellschaften gegenüber Personengesellschaften und Einzelkaufleuten seien mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar und führten zu unzulässigen Beschränkungen der freien

---

<sup>65</sup> § 319 Abs. 3 Nr. 3 bei bestimmten Mitwirkungshandlungen; zur Errichtung von Prüfungsausschüssen in Anlehnung an die Praxis von audit committees vgl. *Scheffler* ZGR 2003, 236; *Habersack* AG 2008, 98.

<sup>66</sup> vgl. schon *Wiethölter* Die Publizitätsinteressen der Anteilseigner, in: Frankfurter Publizitätsgespräch, 1962, S. 33 ff.; darauf aufbauend *Merkt*, Unternehmenspublizität, 2001, S. 140 ff.; speziell zur Richtlinienregulierung *Fleischer*, ZGR 2009, 505, 511 ff.; *Zetsche*, Aktionärsinformation in der börsennotierten AG, a.a.O. S. 211 ff., 313 ff. *Enriques/ders.*, ECFR 2013, 271 ff.; *Gros/Walleck*, DK 2009, 541.

<sup>67</sup> Siehe *Delp* Publizität und Prüfungspflicht der GmbH, S. 18 ff.; aus dem wirtschaftswissenschaftlichen Schrifttum kritisch insbesondere *Strobel* BB 1981, 1742; a.A. zu Recht *Schmidt* ZfbF 1982, 728, 739 ff.; dazu *Herrmann* ZGR 1989, 373 II 4 (beide m.w.N.)

<sup>68</sup> Richtl. 2003/58/EG v. 15.7.2003, ABl. EG 2003 Nr. L 221/13.

<sup>69</sup> Richtl. 2004/109/EG v. 15.12.2004, ABl. EG 2004 Nr. L 390/38.

<sup>70</sup> Richtl. 2013/50/EU v. 22.10.2013, ABl. EU 2013, Nr. L 294, 13-27.

<sup>71</sup> *Merkt*, Unternehmenspublizität, a.a.O. S. 296 ff., 332 ff., passim.

<sup>72</sup> So schon *Herrmann* ZGR 1989, 373 II 3, passim.

<sup>73</sup> Vgl. *Reuter* FS Goerdeler S. 430, 436 ff.

Berufsausübung im Sinne Art. 12 GG, weil sie insbesondere zur Erreichung des bezweckten Gläubiger-, Gesellschafter- und Arbeitnehmerschutzes ungeeignet seien.<sup>74</sup> Dem ist nicht zu folgen. *Friauf* unterschätzte die prophylaktischen Wirkungen der Publizität, die unabhängig davon eintreten, dass der Jahresabschluss keine oder kaum prognostische Angaben enthält. Die Rspr. hat deshalb überzeugend teils auf die Rechtfertigung durch den Markt- und Marktteilnehmerschutz abgestellt,<sup>75</sup> teils die Vorrangigkeit der Berufsfreiheiten und der freien Meinungsäußerung abgelehnt,<sup>76</sup> oder keinen unzulässigen Eingriff in die freie Persönlichkeitsentfaltung der Gesellschafter gesehen.<sup>77</sup>

Die prophylaktischen Publizitätseffekte werden heute auch aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht insbesondere im Hinblick auf die Kapitalmärkte wieder stärker beachtet.<sup>78</sup> Zu Recht hat sich deshalb das Schrifttum der These von *Friauf* überwiegend nicht angeschlossen.<sup>79</sup> Hinzu kommt, dass die Methodenlehre der Regulierungswissenschaft ebendieses Abstellen des Gesetzgebers auf gefahrverbeugende und Markteffekte als pädagogische Anreizzwecke analysiert und damit eine neuartige Lehre des Regulierungsprivatrechts verbunden hat.<sup>80</sup> Z.T. denkt man dabei primär an Regulierungen, die direkt auf bestimmte Schutzzwecke, wie Verbraucher- und Umweltschutz ausgerichtet sind; doch ist die inhaltliche Dimension der Gefahrenprophylaxe nicht maßgebend, sondern es geht um allgemeine Normierungsfunktionen. Zudem kommt weder eine Begrenzung auf europarechtliche Regulierung oder auf das allgemeine Privatrecht in Betracht noch eine solche auf markt- und wettbewerbskorrigierende Anreizwirkungen. Vielmehr sind zudem ganz besonders auch wettbewerbliche Steuerungswirkungen und solche der corporate governance sowie des Handels- und Gesellschaftsrechts von Belang.<sup>81</sup> Deshalb wurde bereits zum Einblicksgebot des § 264 und zur Sonderstellung der Bilanzen kapitalmarktorientierter Kapitalgesellschaften auf diese Lehren

---

<sup>74</sup> GmbHR 1985, 245, 248 f, 251 f.

<sup>75</sup> OLG Köln GmbHR 1991, 423; BayObLG BB 1995, 353.

<sup>76</sup> EuGH BB 2004, 2413 – Axel Springer – m. Anm. Schulze-Osterloh, BB 2004, 2461; vgl. auch EuGH 97, 6843 – Daihatsu.

<sup>77</sup> LG Köln BB 2009, 211 m.krit. Anm. *Grashoff*; vgl. auch *Stark* DStR 2008, 2035.

<sup>78</sup> Vgl. *Schmidt* und *Herrmann* Fn 2; ähnlich – aber mehr auf den Gläubigerschutz bezogen – *Schulze-Osterloh* ZHR 1986, 532, 566; *Baumbach/Hueck/Schulze-Osterloh* § 41 Rdn. 128.

<sup>79</sup> Vgl. *Schulze-Osterloh* Fn 3; wohl auch *Lutter/Hommelhoff* Anh. § 42a Rdn. 1; unentschieden *Meyer-Landrut/Miller-Niehus* §§ 238–335 HGB Rdn. 1527; *Großfeld* Bilanzrecht für Juristen, NJW 1986, 955, 960 weist auf die geringe Durchsetzbarkeit der Publizitätsbestimmungen hin; dazu siehe unten Rdn. 3.

<sup>79</sup> Vgl. *Schulze-Osterloh* a.a.O., vorige Fn.; wohl auch *Lutter/Hommelhoff* Anh. § 42a Rdn. 1; unentschieden *Meyer-Landrut/Miller-Niehus* §§ 238–335 HGB Rdn. 1527; *Großfeld* Bilanzrecht für Juristen, NJW 1986, 955, 960 weist auf die geringe Durchsetzbarkeit der Publizitätsbestimmungen hin.

<sup>80</sup> Vgl. nochmals *Micklitz* GPR 09, 254 ff.; 10, 2 ff.; *E. Schumann* Vorwort in: dies. (Hrsg.) Das erziehende Gesetz, 2013; *Hellgardt* Regulierung und Privatrecht, 2016; *Wendehorst* in *Schumann* (Hrsg.), Das erziehende Gesetz, a.a.O., S.133 ff.; w.N.

<sup>81</sup> Vgl. nochmals die Nachw. vorige Fn. und *Eidenmüller* Regulierung und Privatrecht, Überblick [https://books/google.de/books?id=Kh0zU1...sachenrecht+governance](https://books.google.de/books?id=Kh0zU1...sachenrecht+governance) (download 12.9.2017); zur private governance im allg. Vertragsrecht *Köndgen* AcP 2004, 477 ff.; *Herrmann* Privatrecht, DVD update, 2018, Bd.1 Kap1 II.1; Bd. 2 Kap. 5 m.w.Nachw).

zurückgegriffen;<sup>82</sup> und es muss beim Recht der Rechnungslegungspublizität ganz besonders daran angeknüpft werden.

Zur Offenlegung sind einzureichen der festgestellte oder gebilligte JA, der Lagebericht und das Testat i.S. § 322 bzw. der Vermerk über dessen Versagung (Abs. 1 Nr. 1) sowie der Bericht des Aufsichtsrates zusammen mit der Compliance-Erklärung gem. § 161 AktG (Nr. 2) Die neu gefassten Abs. 1a/b enthalten Einzelheiten zur zeitlichen Abfolge der Offenlegung und der Offenlegung eines Beschlusses über die Ergebnisverwendung sowie der Offenlegung von Änderungen des JA und des Lageberichts. Für kapitalmarktorientierte Gesellschaften regelt Abs. 4 Besonderheiten der Frist zur Einreichung der Unterlagen beim BAnz: An die Stelle der Jahresfrist nach Abs. 1a treten 4 Monate. Dadurch wird die Aktualität verbessert, die allein schon aus Gründen der Marktorientierung erhebliche Bedeutung hat. Marktvorgänge sind vielfach recht kurzfristig, so dass auch die hierauf beruhenden Entscheidungen, die mit der Rechnungslegung im Zusammenhang stehen, auf entsprechend kurzfristig aktueller Grundlage beruhen sollten. Dem hat Art. 4 Abs. 1 EU-TransparenzRichtl., der mit § 325 Abs. 4 umgesetzt wurde, Rechnung getragen. Doch ist das natürlich nicht die einzige Publizitätsfolge, die für kapitalmarktorientierte Unternehmen besonders ist; denn mit der Offenlegung nach § 325 werden alle materiellen Besonderheiten des JA und des Lageberichts öffentlich, die im Recht der §§ 238 ff., 264 ff. eine Rolle spielen.

Hervorzuheben sind nochmals die Kapitalflussrechnung und der Eigenkapitalpiegel gem. § 264 Abs. 1 S. 2 sowie die Lageberichterstattung zum internen Kontroll- und Risikomanagementsystem i.S. § 289 Abs. 5.<sup>83</sup> Erst die Zukunft wird erweisen, ob die kapitalmarktbezogenen Ziele der EU-TransparenzRichtl.2004 und der Transparenzrichtl.-Änderungsrichtl. 2013 dazu beitragen, Systemstörungen und Marktzusammenbrüche wie die der 2008er Finanzmarktkrise zu vermeiden bzw. auch nur den Gefahren wiederkehrender Finanzmarktmissbräuche partiell entgegenzuwirken geeignet sind.

---

<sup>82</sup> Gleichfalls zum Lagebericht des § 289 und zum Bilanzrecht der mineralgewinnenden Industrie gem. § 341p-y, s. die Kommentierung z. St.

<sup>83</sup> Vgl. die Kommentierung zu § 289 Rdn. 6.