



Aktuelle Entwicklungen in der Bilanzkontrolle

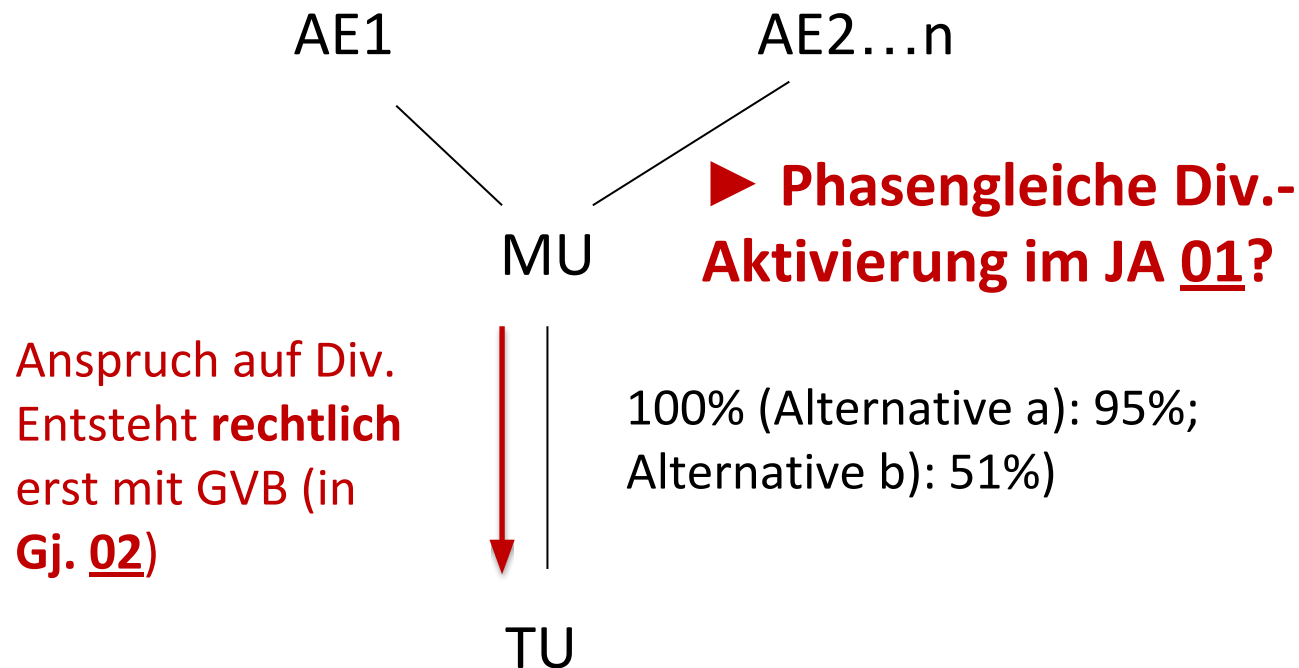
Prof. Dr. *Joachim Hennrichs*,

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Bilanz- und Steuerrecht

Übersicht

- 1. Fehlerbegriff im Bilanzrecht -- Oder: Wann sind Bilanzen “fehlerhaft”? → zu OLG Frankfurt a.M. v. 4.2.2019 – WpÜG 3+4/16**
 - 1.1. Das Problem (Beispiel)
 - 1.2. Die Entscheidung des OLG Frankfurt a.M.
 - 1.3. Kritische Würdigung
 - 1.4. Folgewirkungen für andere Bereiche?
2. Der Fall Wirecard und mögliche regulatorische Folgen
 - 2.1. Bilanzkontrolle durch DPR / BaFin
 - 2.2. Corporate Governance
 - 2.3. Abschlussprüfung

Beispiel: Tomberger-Konstellation



Beispiel: Tomberger-Konstellation

Rechtsrahmen:

- § 252 I Nr. 3, 4, 5 HGB (Vorsichts-, Realisations-, Stichtagsprinzip; Periodenabgrenzung)
- § 246 I 1 HGB (Vollständigkeitsgebot)
- § 264 II HGB (True and faire view-Gebot)
- § 268 IV 2 HGB (künftige VG überhaupt aktivierungsfähig)

Anspruch
Entsteht
erst mit G
Gj. 02)

Aber: keine klare Regelung! → **Auslegungsunsicherheit!**



TU

Tomberger im Spiegel der Zeit und der Obergerichte...

| Gericht | Entscheidung (Kernbotschaft) |
|-------------------------|---|
| BGHZ 65, 230 | Wahlrecht zur phasengleichen (oder -verschobenen) Dividendenaktivierung. |
| BFH BStBl. II 1980, 702 | Pflicht zur phasengleichen Dividendenaktivierung. |
| BGH BB 1994, 1673 | Vorlagebeschluss an EuGH (will BFH folgen und fragt EuGH nach Vereinbarkeit mit Bilanz-RiLi). |
| EuGH Slg. 1996, I-3133 | “Pflicht” zur phasengleichen Dividendenaktivierung verstößt nicht gegen Bilanz-RiLi, wenn (a) die Geschäftsjahre von M und T sich decken, (b) der JA der T noch vor Abschluss der Prüfung bei M festgestellt worden ist und (c) die T ebenfalls noch vor Abschluss der Prüfung bei M über die Gewinnverwendung beschlossen hat. |
| BGHZ 137, 378 | “Pflicht” zur phasengleichen Dividendenaktivierung unter den vom EuGH genannten Bedingungen. |
| BFH BStBl. II 2000, 632 | Grds. phasenverschobene Dividendenaktivierung. (GrS) |
| (IFRS) | Phasenverschobene Dividendenaktivierung. (IFRS 9 § 5.7.1A und IAS 10.12 f.) |

OLG Frankfurt a.M.

LS 2: “Für die Frage der Fehlerhaftigkeit der Rechnungslegung hat [die BaFin im Enforcement-Verfahren] grundsätzlich die **objektiv richtige Rechtslage** zugrunde zu legen [...]. Im **Ausnahmefall** kann sich **unter Berücksichtigung der erforderlichen Wesentlichkeit des Fehlers** etwas anderes ergeben.”

Lit.: Zust. Böcking et al., DK 2019, 341; dies., DB 2019, 2644; vgl. ferner M. Schmidt BB 2019, 2027; Schulze-Osterloh BB 2013, 1131 (1132); Schulze-Osterloh ZHR 2015, 9 (18 ff., 38).

Krit.: Pöschke, WPg 2019, 972; Lüdenbach/Freiberg, DB 2019, 2305; 2647; B. Schneider, ZIP 2020, 400; Hennrichs, FS Böcking, 2020 (im Erscheinen).

Kritische Würdigung (1)

| Argument | Gegenargument |
|--|--|
| <p>Rechtsanwendung könne nicht im Ermessen des Rechtsanwenders stehen.</p> <p>Maßgebend sei hier wie sonst im Recht die “objektiv richtige Rechtslage”.</p> | <ul style="list-style-type: none">● Was ist die “objektiv richtige Rechtslage” im Tomberger-Fall? BGHZ 65, 230? BFH BStBl. II 1980, 702? BGHZ 137, 378? BFH GrS 2/99? → Ex post vielleicht bestimmbar, aber nicht ex ante!● Die “objektiv richtige Bilanz” gibt es nicht! |
| <p>Ermessen des Rechtsanwenders sei mit öff.-r. Natur der Bilanzkontrolle unvereinbar. BaFin wird als Behörde tätig (Parallele zum SteuerR und BFH GrS 1/10).</p> | <ul style="list-style-type: none">● Es geht nicht um “Ermessen” des Rechtsanwenders bei der Bilanzierung (nach Beliebigkeit), sondern um Vertrauensschutz und verhältnismäßige Sanktionierung in Fällen unklarer Rechtslage! |
| <p>Objektiver Fehlerbegriff gewährleiste mehr Rechtssicherheit.</p> | <p>?? (S. Fall Tomberger!)</p> |

Kritische Würdigung (2)

| Argument | Gegenargument |
|--|---|
| <p>(Keine Auseinandersetzung des OLG Frankfurt a.M. zu dem nebenstehend behandelten Aspekt!)</p> | <ul style="list-style-type: none"> ● Eigener Fehlerbegriff nach IAS 8.5 mit subjektiven Elementen. ● Eigene Auslegungs- und Lückenfüllungskonzeption der IFRs (IAS 8.10-12, management approach). ● IAS 8.5 und 8.10 ff. sind geltendes Recht und binden auch die Gerichte! |
| <p>Ggf. Ausnahme wegen “qualitativer Unwesentlichkeit”</p> | <p>Objektiver Fehlerbegriff verfehlt die Zwecke des BilKoG:</p> <ul style="list-style-type: none"> ● Sanktionierung in Fällen unklarer Rechtslage unverhältnismäßig. ● Präventivfunktion insoweit wirkungslos, denn Unternehmen bemüht sich ja in den hier fraglichen Fällen (sorgfältige Bilanzierung in Fällen unklarer Rechtslage) bereits nach Kräften um richtige Bilanzierung! |
| | <p>I.E. trifft der Senat das Richtige, aber dogmatische Anknüpfung an “qualitative Wesentlichkeit” ist nicht über jeden Zweifel erhaben, zumindest innovativ.</p> |

Fernwirkungen?

- **Keine präjudizielle Kraft** der Entscheidung des OLG Frankfurt a.M. für
 - Bilanzkontrolle durch die DPR,
 - Prüfung durch den Abschlussprüfer oder
 - sonstige Zusammenhänge (z.B. Bilanzgarantie-Klauseln in M&A-Verträgen).
- Spezifische Argumentation des Senats mit öff.-r. Natur des Enforcements durch die BaFin und Behördenstatus der BaFin ist auf DPR, Abschlussprüfer und private Verträge nicht übertragbar.

Übersicht

1. Fehlerbegriff im Bilanzrecht -- Oder: Wann sind Bilanzen “fehlerhaft”? → zu OLG Frankfurt a.M. v. 4.2.2019 – WpÜG 3+4/16
 - 1.1. Das Problem
 - 1.2. Die Entscheidung des OLG Frankfurt a.M.
 - 1.3. Kritische Würdigung
 - 1.4. Folgewirkungen für andere Bereiche?
- 2. Der Fall Wirecard und mögliche regulatorische Folgen**
 - 2.1. Bilanzkontrolle durch DPR / BaFin
 - 2.2. Corporate Governance
 - 2.3. Abschlussprüfung

Wirecard und mögliche regulatorische Folgen

Wirecard - das “deutsche Enron”?

- **1,9 Mrd. € Bankguthaben auf Treuhandkonten**
“höchstwahrscheinlich **nicht vorhanden**”.
- **Betrug auf höchster Ebene** (offenbar Vorstandsmitglieder involviert).
- Reiht sich (leider) ein in: **Flowtex** (2000), **Enron** (2001), **ComROAD** (2002), **Parmalat** (2003) u.a.

Reform der Bilanzkontrolle (1)

- Hat die **DPR** “versagt” (?!)
 - DPR hat für Aufdeckung von Betrug seitens des geprüften Unternehmens derzeit keine Befugnisse.
 - Auch die “mächtige US-SEC” hat Enron u. Co. nicht verhindern können!
 - **DPR nicht abschaffen, sondern reformieren durch Konzentration auf Stichprobenprüfungen!**
- **BaFin stärken und EU-“SEC” aufbauen:**
 - **Sofort-/Erstkompetenz der BaFin / EU-“SEC” für Anlassprüfungen. → 3-Säulen-Modell:**
 - Stichproben: **DPR.**
 - Anlassprüfungen (< DAX 30): **BaFin.**
 - Anlassprüfungen (DAX 30): **EU-“SEC”.**

* Gelb = Rechtspolitische Änderungsvorschläge; ggüb. Status Quo **neu!**

Reform der Bilanzkontrolle (2)

- Wirkungsvolle **Ermittlungsbefugnisse** der zuständigen Stellen (insbes. **Fragerechte ggüb. nachgeordneten Mitarbeitern des geprüften Unternehmens, ggüb. dem Abschlussprüfer und Dritten [Saldenbestätigungen!];** **Durchsuchungen, Beschlagnahmen, Einschaltung forensisch erfahrener Hilfspersonen**).
- Adäquate personelle und sachliche **Ausstattung**.
- **Staatshaftung** für Fehler der BaFin?

Aber: Bilanzkontrolle ist nur “last line of defence”! Selbst US-SEC deckt nur 7% der fraud-Fälle auf. → **Besser: früher ansetzen!**

Reform der Corporate Governance: Stärkung Interner Governance Systeme

- Interne **Governance Systeme** (**IKS** und **RMS** [einschließlich interner **Revision** und **Compliance**] sowie Whistle Blower) = **first line of defence** ⇒ **stärken!**
 - **Effektive Systeme** aufzusetzen ist **Aufgabe des Vorstands** (arg. §§ 91 Abs. 2, 93 Abs. 1 AktG);
 - **Überwachung der Wirksamkeit durch den AR / PrA** (§§ 107 Abs. 3, 111 Abs. 1 AktG).
 - **Wissens- und Informationsorganisation!**
 - **Insbes. Berichtspflichten auch ggüb. (Vorsitzenden des) AR / Prüfungsausschusses etablieren!** (s. auch Fülbier/Pellens/A. Schmidt, DB 2020, Nr. 39, M18 ff.; Hennrichs/Pöschke, FS für Grunewald, 2021 [im Erscheinen])

Reform der Corporate Governance: AR stärken! (1)

- Reale **Unabhängigkeit** insbes. vom Vorstand **stärken**.
 - Hinweis auf Duales System allein unzureichend.
 - Unabhängigkeitsanforderungen des **DCGK** grds. sinnvoll. Insbes. sollten nur einzelne AR-Mitglieder ehemalige Vorstandsmitglieder sein können.
- **Sitzungshäufigkeit** erhöhen, (Höchst-)Mandatszahl reduzieren!
- **Prüfungsausschuss** sollte für kapitalmarktorientierte Unternehmen **verpflichtend** sein.
- Eigenes **Budget** und eigener **Mitarbeiterstab** für AR.

Reform der Corporate Governance: AR stärken! (2)

- **Eigene Befugnisse des AR ggüb. nachgeordneten Mitarbeitern**, soweit für effektive Überwachung der Geschäftsführung erforderlich (Annexkompetenz).
- **Einbindung in die Informationsflüsse** im Unternehmen; insbes. AR als zentrale **Anlaufstelle für Whistle Blower!**
- Bei Anhaltspunkten für Unregelmäßigkeiten: **entschlossene und schnelle Sonderprüfungen** und **Compliance-Untersuchungen** beauftragen; dabei **auch interne Kommunikation** (Emails, Chat etc.) einbeziehen.

(Weitere) Reform der Abschlussprüfung (1)

- **Fraud awareness** schon heute gesetzliche Aufgabe des Abschlussprüfers (APr.) (arg. § 317 I 3 HGB; s.a. IDW PS 210).
Bewusstsein nachschärfen!
- Anforderung der “**kritischen Grundhaltung**” (§ 43 IV WPO) sollte prominent im HGB verankert werden.
- **Verschwiegenheitspflichten** des APr. sollten neu justiert werden.
Zusammenarbeit mit Behörden und ggf. frühzeitiges Einschalten von **Ermittlungsbehörden** sollte verbessert werden.
- Rückbesinnung auf **prinzipien- und schwerpunktorientierte Abschlussprüfung** (statt immer detaillierterer ISA).

(Weitere) Reform der Abschlussprüfung (2)

- Schärfere **Rotationspflichten**?
- Schärfere **Trennung von Prüfung und Beratung**? Whitelist (statt Blacklist)? **Pure Audit Firms**?
- **Joint-Audits? Shared Audits**?
- Nutzung **technischer Hilfen** (bis hin zu KI?), **Datenvernetzung**.
- **Strengere Haftung des APr.** (§ 323 HGB).
- **Rederecht und -pflicht des APr.** ggüb. der **HV**?
- **APr.-Auswahl und -bezahlung** vom geprüften Unternehmen abkoppeln: Beauftragung und (umlagefinanzierte) Bezahlung des APr. durch unabhängige staatliche Stelle ("**Aktienamt**")? **Beleihung**?

Reform der Abschlussprüfung: Neue Prüfungen?

Einführung **neuer gesetzlicher Pflichtprüfungen** durch Abschlussprüfer **nicht zielführend**:

- Trend zu **immer neuen Prüfungen** ist grundsätzliche **Fehlentwicklung**, schafft **neue Erwartungslücken**, zumal bei nur begrenzt prüfbaren Gegenständen (wie ESG).
- **Kosten-Nutzen-Relation** nicht ausgewogen.
- Paternalistische Bevormundung durch **gesetzliche Pflicht** zu weiteren Prüfungen **nicht veranlasst**; wer es für sinnvoll hält, kann zusätzliche Prüfungen **freiwillig** in Auftrag geben.

Kontakt

Prof. Dr. *Joachim Hennrichs*
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Bilanz- und
Steuerrecht
Universität zu Köln
Albertus-Magnus-Platz
50923 Köln

0221-470-2700
joachim.hennrichs@uni-koeln.de
<http://www.bilanzrecht.uni-koeln.de/>

