



Aktuelle Entwicklungen in der Bilanzkontrolle

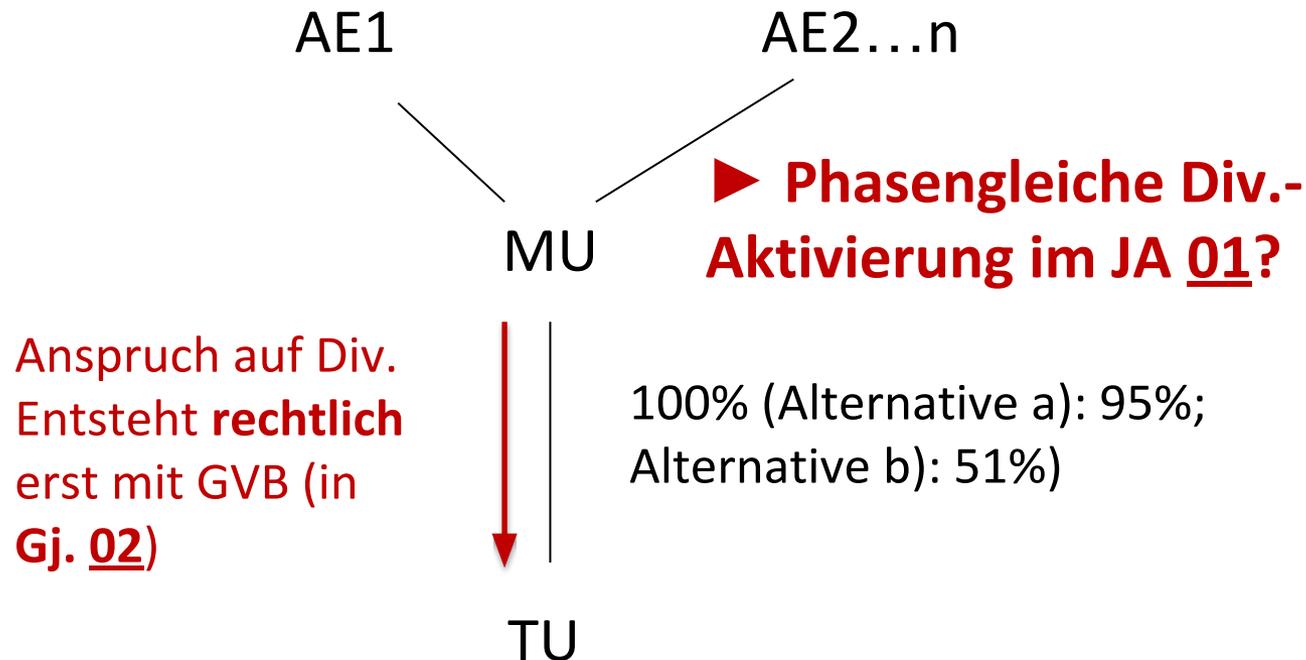
Prof. Dr. *Joachim Hennrichs*,

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. 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/>

