

Luther.

FEHLERHAFTE UNTERNEHMENSABSCHLÜSSE UND CORPORATE GOVERNANCE

Die Rolle des Aufsichtsrats

Wirtschaftsuniversität Wien
22. September 2022

Dr. Eberhard Vetter

Gliederung

- I. Jahresabschluss als Gewinnbemessungs- und Informationsinstrument
- II. Entstehung des Jahresabschlusses
- III. Fehlerhaftigkeit des festgestellten Jahresabschlusses
- IV. Rolle des Aufsichtsrats bei der Abschlussprüfung
- V. Verantwortung des Aufsichtsrats in eigenen Angelegenheiten
- VI. Verantwortung des Aufsichtsrats bei Nichtigkeit des Jahresabschlusses
- VII. Thesen

I. Jahresabschluss als Gewinnbemessungs- und Informationsinstrument

- § 264 Abs. 2 HGB: Jahresabschluss – **Bild der tatsächlichen Verhältnisse** der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage
- **BGH** vom 15. 1. 2007 – II ZR 245/05: Jahresabschluss „nur ein Rechenwerk“
- **Baustein des gesellschaftsrechtlichen Informations- und Gewinnrechtssystems**
- **Informationsinstrument** nicht nur für Shareholder, sondern auch für übrige Stakeholder, die Öffentlichkeit sowie den Kapitalmarkt (bei börsennotierter AG)
- **Nichtigkeit des Jahresabschlusses**: gravierende Folgen für Unternehmen, Gesellschafter, übrige Stakeholder und Öffentlichkeit („**GAU**“)
- **Prävention** ist „erste Pflicht“ aller im Rahmen der Corporate Governance an der Entstehung des Jahresabschlusses der AG intern und extern Beteiligten

II. Entstehung des Jahresabschlusses

1. **Aufstellung** des Jahresabschlusses durch den Vorstand, § 264 Abs. 1 HGB
2. **Prüfung** des Jahresabschlusses durch den Abschlussprüfer, § 316 Abs. 1 HGB
3. **Prüfung** des Jahresabschlusses durch den Aufsichtsrat, § 171 Abs. 1 AktG
4. **Beschluss über die Billigung** des Jahresabschlusses durch den Aufsichtsrat = **Feststellung**, § 172 AktG
5. **Schriftlicher Bericht des Aufsichtsrats** an die Hauptversammlung über das Ergebnis seiner Prüfung des Jahresabschlusses, § 171 Abs. 2 S. 1 AktG
6. **Entgegennahme** des festgestellten Jahresabschlusses durch die Hauptversammlung, § 175 Abs. 1 AktG
7. **Offenlegung** des festgestellten Jahresabschlusses im Unternehmensregister, § 325 HGB

III. Fehlerhaftigkeit des festgestellten Jahresabschlusses (1)

Nichtigkeitsgründe exklusiv in § 256 AktG geregelt:

- Verstoß gegen **Bestimmungen des Gläubigerschutzes**, § 256 Abs. 1 Nr. 1 AktG
- Bei prüfungspflichtiger AG
 - **fehlende Prüfung** durch Abschlussprüfer, § 256 Abs. 1 Nr. 2 AktG
 - **Mängel in der Person des Abschlussprüfers**, § 256 Abs. 1 Nr. 3 AktG
- Fehler im **Verfahren der Aufstellung und Feststellung** des Jahresabschlusses
 - Nicht ordnungsgemäße **Mitwirkung des Vorstands**, § 256 Abs. 2 AktG
 - Nicht ordnungsgemäße **Mitwirkung des Aufsichtsrats**, § 256 Abs. 2 AktG
- Unzulässige **Einstellung** in und **Entnahmen** aus Kapital- oder Gewinnrücklagen, § 256 Abs. 1 Nr. 4 AktG

III. Fehlerhaftigkeit des festgestellten Jahresabschlusses (2)

- **Gliederungsfehler**, die die Klarheit und Verständlichkeit des Jahresabschlusses beeinträchtigen, § 256 Abs. 4 AktG
- **Bewertungsfehler**, die zu einer falschen Darstellung der Vermögens- und Ertragslage führen, § 256 Abs. 5 AktG (Wesentliche Überbewertung oder Unterbewertung)

- Dem Urteil über die Nichtigkeit des Jahresabschlusses kommt **inter-omnes-Wirkung** zu.
- Weitere Konsequenz der vom Gericht festgestellten Nichtigkeit des Jahresabschlusses: **Nichtigkeit des Gewinnverwendungsbeschlusses**, § 253 Abs. 1 S. 1 AktG

IV. Rolle des Aufsichtsrats bei der Abschlussprüfung (1)

§ 171 Abs. 1 AktG: Zwingende Prüfung des Jahresabschlusses und des Lageberichts durch den Aufsichtsrat

- Prüfungspflicht des Aufsichtsrats **nicht delegierbar**, §§ 111 Abs. 6, 107 Abs. 3 S. 7 AktG
Ratio legis: Jedes Aufsichtsratsmitglied soll sich mit dem Jahresabschluss befassen.
 - Prüfung von Jahresabschluss und Lagebericht des Vorstands mit **vergangenheits- und zukunftsorientiertem Blick**
 - **Hilfe Nr. 1: Schriftlicher Bericht des Abschlussprüfers** über die **Rechtmäßigkeit** des Jahresabschlusses als **unabhängige Informationsquelle** des Aufsichtsrats

IV. Rolle des Aufsichtsrats bei der Abschlussprüfung (2)

- **Hilfe Nr. 2: Mündliche Berichterstattung des Abschlussprüfers** in der Bilanzsitzung des Aufsichtsratsplenums (sofern dieser nicht bereits dem Prüfungsausschuss berichtet hat, § 171 Abs. 1 S. 2 AktG): unter anderem über die wesentlichen Ergebnisse der Prüfung, insbesondere **wesentliche Schwächen des internen Kontroll- und des Risikomanagementsystems bezogen auf den Rechnungslegungsprozess**
- **Hilfe Nr. 3:** Möglichkeit zu **Fragen seitens der Aufsichtsratsmitglieder an den Abschlussprüfer** – in der Praxis „sehr unterentwickelt“
- **Prüfungsmaßstab des Aufsichtsrats:** Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit
 - **Rechtmäßigkeit:** Erfassung des relevanten Sachverhalts gemäß Bericht des Abschlussprüfers und Würdigung (Plausibilisierung) von dessen Beurteilung
 - **Zweckmäßigkeit:** z.B. Ausübung von Wahlrechten und Ermessensspielräumen durch den Vorstand (Bilanzkosmetik, Bilanzmanipulation, Bilanzbetrug)

IV. Rolle des Aufsichtsrats bei der Abschlussprüfung (3)

- **Obligatorischer Prüfungsausschusses** bei börsennotierter AG, § 107 Abs. 4 AktG
 - Wegen Delegationsverbot gem. §§ 107 Abs. 3 S. 7, 171 AktG nur **Vorprüfung des Jahresabschlusses** für Aufsichtsratsplenium
 - **Generell hohe Bilanz- und Finanz-Expertise** der Mitglieder des Prüfungsausschusses
 - Zwingende Besetzung mit **zwei Finanzexperten** – (1) Sachverstand in Rechnungslegung und (2) Sachverstand in Abschlussprüfung, §§ 100 Abs. 5, 107 Abs. 4 S. 3 AktG
 - **Generell hoher Informationsstand** im Prüfungsausschuss auf Grund erhöhter Sitzungsfrequenz und der laufenden Kommunikation mit dem Abschlussprüfer
 - D.10 Deutscher Corporate Governance Kodex: Laufender **regelmäßiger Kontakt** zwischen Abschlussprüfer und Ausschussvorsitzendem über Stand und Fortgang der Abschlussprüfung

IV. Rolle des Aufsichtsrats bei der Abschlussprüfung (4)

- **Vorbereitender Ausschuss:** Angemessene Vorbereitung der Entscheidung des Aufsichtsratsplenums über die Billigung des Jahresabschlusses nach § 172 AktG
- **Hilfe Nr. 4:** Bericht des Prüfungsausschusses muss dem Aufsichtsratsplenium **ordnungsgemäße eigene Business Judgement-Entscheidung** im Sinne von § 93 Abs. 1 S. 2 AktG über Billigung des Jahresabschlusses ermöglichen (insbes. angemessene Informationsgrundlage)
 - **Ausführliche Begründung** des Beschlussvorschlags des Prüfungsausschusses
 - **Ausreichender zeitlicher Vorlauf** der Zuleitung des Berichts des Ausschusses an alle Aufsichtsratsmitglieder vor der Bilanzsitzung des Aufsichtsrats (anders die Praxis)

IV. Rolle des Aufsichtsrats bei der Abschlussprüfung (5)

- **Bericht in Textform notwendig**, anders überwiegendes Schrifttum und Praxis
- ⚡ **Konfliktpotential** mit F.2 Deutscher Corporate Governance Kodex: Konzernabschluss binnen 90 Tagen
- Zusätzliche Berichterstattung des Prüfungsausschusses hinsichtlich des Berichts des Abschlussprüfers, sofern dieser dem Plenum nicht persönlich berichtet.
 - **Problem:** nur „Information aus zweiter Hand“ und fehlende Möglichkeit für Aufsichtsratsmitglieder zu Fragen an den Abschlussprüfer.
 - ❖ **Gesetzlicher Regelungsbedarf in § 171 Abs. 1 S. 2 AktG:**
Zwingende doppelte mündliche Berichterstattung des Abschlussprüfers sowohl im Prüfungsausschuss als auch im Aufsichtsratsplenum

IV. Rolle des Aufsichtsrats bei der Abschlussprüfung (6)

- **Prüfungsverantwortung** des Aufsichtsrats
 - Im Gegensatz zum Abschlussprüfer (§ 43 Abs. 4 WPO) **keine per se kritische Grundhaltung** des Aufsichtsrats gegenüber dem Vorstand, sondern **Plausibilisierung**
 - **Misstrauen** bei auffälligen Entwicklungen, Berichtslücken, Widersprüchen, Anhaltspunkten auf Pflichtwidrigkeiten (**red flags**)
 - kritische Fragen an Vorstand
 - **Gesondertes Gespräch mit dem Abschlussprüfer** als unabhängiger Instanz ohne Anwesenheit des Vorstands, § 109 Abs. 1 S. 3 AktG
 - Gegebenenfalls eigene Untersuchung, § 111 Abs. 2 S. 2 AktG
 - Herrschende Meinung: Erhöhte Aufmerksamkeit des Aufsichtsrats in **Krisenzeiten**

IV. Rolle des Aufsichtsrats bei der Abschlussprüfung (7)

Prüfungsverantwortung des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds

- **Persönliche Lektüre** und sorgfältige Durchsicht des Jahresabschlusses und des schriftlichen Prüfungsberichts des Abschlussprüfers
- **Mindestanforderung:** Prüfung auf innere Plausibilität des Abschlusses, Plausibilität gegenüber Vorjahresabschluss und Quartalsberichten sowie Aussagen des Vorstands in früheren Aufsichtsratssitzungen
 - **Kein blindes Vertrauen** in Prüfungsbericht und Bestätigungsvermerk des Abschlussprüfers
 - **Kein blindes Vertrauen** in Bericht und Vorschlag des Prüfungsausschusses
 - **Pflicht zur Berücksichtigung eigener Erfahrungen**, Kenntnisse und Informationen (auch außerhalb des Aufsichtsrats)
 - Bei Unklarheiten: **Pflicht zur Befragung des Abschlussprüfers** in Bilanzsitzung (soweit möglich)
 - ❖ **Regelungsbedarf im Deutschen Corporate Governance Kodex: Angabe im Aufsichtsratsbericht an die Hauptversammlung, ob – getrennt nach Prüfungsausschuss und Aufsichtsratsplenum – von den Aufsichtsratsmitgliedern Fragen an den Abschlussprüfer gestellt wurden.**

V. Verantwortung des Aufsichtsrats in eigenen Angelegenheiten

Beachtung guter Corporate Governance im Aufsichtsrat

- Sicherung der **Ordnungsmäßigkeit des Verfahrens** im Aufsichtsrat
 - Ordnungsgemäße **Besetzung des Aufsichtsrats**
 - **Qualifizierte Besetzung des Prüfungsausschusses**
 - Ordnungsgemäßes **Sitzungsmanagement** (Einladung, Fristen, Unterlagen)
 - **Ausreichender Zeitrahmen** der Bilanzsitzung für Vorlage des Jahresabschlusses durch Vorstand, Berichterstattung des Abschlussprüfers und des Prüfungsausschusses sowie Diskussion im Aufsichtsrat
 - Zur Effektivierung der Aufsichtsratsarbeit Durchführung der **Bilanzsitzung als physische Sitzung** (anders h. M.)
 - ❖ **Gesetzlicher Regelungsbedarf: Zwingende physische Bilanzsitzung des Aufsichtsrats**

VI. Verantwortung des Aufsichtsrats bei Nichtigkeit des Jahresabschlusses (1)

Nichtigkeit des festgestellten Jahresabschlusses

- Pflicht zur Vorlage eines festgestellten Jahresabschlusses ist nicht erfüllt.
- Aufsichtsrat trifft **unveränderte Mitwirkungspflicht** zur Erstellung eines (neuen) wirksamen Jahresabschlusses
- Bei Untätigkeit des Vorstands hat Aufsichtsrat – im Rahmen der gesetzlichen Möglichkeiten – auf Vorstand einzuwirken, um neuen und wirksamen Jahresabschluss aufzustellen
 - Ausnahme: **Heilung des nichtigen Jahresabschlusses** nach § 256 Abs. 6 AktG durch Fristablauf (6 Monate oder 3 Jahre) nach Offenlegung des Jahresabschlusses
- Im Regelfall vorsorgliche Klärung mit Vorstand und Abschlussprüfer über Risiko **identischer Fehler** in Jahresabschlüssen anderer Geschäftsjahre

VI. Verantwortung des Aufsichtsrats bei Nichtigkeit des Jahresabschlusses (2)

Verdacht auf Nichtigkeit des festgestellten Jahresabschlusses

- Bekanntwerden des ernsthaften Verdachts **nach Einberufung** der Hauptversammlung
 - **Absage** der einberufenen Hauptversammlung durch Vorstand
 - Überprüfung der Verdachtsmomente **durch Vorstand als Ausfluss der Geschäftsleiterverantwortung**
 - Im Regelfall **in enger Abstimmung mit Aufsichtsrat** (Prüfungsausschuss) wegen gemeinsamer Verantwortung für den Jahresabschluss

VI. Verantwortung des Aufsichtsrats bei Nichtigkeit des Jahresabschlusses (3)

- Bei Verdacht auf **persönliches Fehlverhalten von Vorstandsmitgliedern zwingende** Überprüfung der Verdachtsmomente **durch eigene Untersuchung des Aufsichtsrats**, speziell durch Prüfungsausschuss
 - Beauftragung von Beratern und Sachverständigen durch Aufsichtsrat: **freiwillige Sonderprüfung**, § 111 Abs. 2 S. 2 AktG
 - **Eigene Zuständigkeit** des Aufsichtsrats zur Auftragserteilung
 - **Ad-hoc-Mitteilung gemäß Art. 17 MAR durch Aufsichtsrat** (gegebenenfalls Aufschub-Entscheidung)

Ihre Fragen

Ihr Ansprechpartner



Dr. Eberhard Vetter
Partner
Anna-Schneider-Steig 22
50678 Köln
T +49 221 9937 25729
eberhard.vetter@luther-
lawfirm.com

Dr. Eberhard Vetter

Die Beratungsschwerpunkte von Dr. Eberhard Vetter liegen in der Betreuung börsennotierter Aktiengesellschaften in allen Bereichen des Aktien- und Kapitalmarktrechts, insbesondere in der Vorbereitung und Begleitung von Hauptversammlungen, der Beratung bei Anfechtungsklagen wie auch in der Beratung von Vorständen und Aufsichtsräten zu Fragen der Corporate Governance und der Compliance sowie der Beratung bei Fragen der Organhaftung.

Dr. Eberhard Vetter verfügt über eigene Erfahrungen als Aufsichtsratsmitglied in börsennotierten und nichtbörsennotierten Gesellschaften und ist durch zahlreiche Veröffentlichungen zu aktienrechtlichen und kapitalmarktrechtlichen Themen ausgewiesen.