

Bekämpfung von Unregelmäßigkeiten bei der Rechnungslegung einschließlich Betrug

Stellungnahme des Arbeitskreises Bilanzrecht Hochschullehrer Rechtswissenschaft¹: Denkbare weitere Schritte zur Reform von Abschlussprüfung, Bilanzkontrolle und Corporate Governance

Executive Summary

1. Das duale System der Bilanzkontrolle durch BaFin und DPR hat sich für die Vielzahl der Fälle bewährt. Wir bedauern daher, dass die Bundesregierung – u.E. vorschnell – den Anerkennungsvertrag mit der DPR gekündigt hat.
2. Allerdings ist zu konstatieren, dass das geltende System in Fällen, bei denen Anlass für die Vermutung von Unregelmäßigkeiten oder gar Betrug besteht, Schwächen zeigt. Bei entsprechenden Hinweisen sind forensische Prüfungsbefugnisse sowie eine ausreichende personelle und finanzielle Ausstattung der Prüfungsinstanz erforderlich. Wir empfehlen ein Drei-Säulen-Modell:
 - a. Für die regulären stichprobenartigen Prüfungen sollte weiterhin die DPR zuständig sein.
 - b. Die anlassbezogene Bilanzkontrolle bei DAX30-Unternehmen sollte einer dafür zu schaffenden EU-Enforcement-Behörde übertragen werden.
 - c. Für die anlassbezogene Bilanzkontrolle bei anderen Unternehmen sollte von vornherein (d.h. ohne Vorschaltung der DPR als erste Stufe) die BaFin zuständig sein.
3. BaFin und EU-Enforcement-Behörde sollten eine Art “schnelle Eingreiftruppe” aufbauen, die nach Zahl, Ausbildung und Ressourcen in der Lage ist, prominente und auch größere Fälle rasch und wirkungsvoll aufzuklären.

¹ Dem Arbeitskreis gehören an: *Heribert Anzinger, Georg Crezelius, Klaus-Dieter Drüen, Jens Ekkenga, Joachim Hennrichs* (Sprecher), *Peter Hommelhoff, Klaus Jürgen Hopt, Rainer Hüttemann, Christian Kersting, Detlef Kleindiek, Hanno Merkt, André Meyer, Sebastian Mock, Christine Osterloh-Konrad, Moritz Pöschke, Hans-Joachim Priester, Erik Röder, Wolfgang Schön, Joachim Schulze-Osterloh, Susanne Tiedchen.*

4. Wenn sich bei der Abschlussprüfung Verdachtsmomente auf mögliche Bilanzdelikte ergeben, müssen die zuständigen Behörden frühzeitig eingeschaltet werden. Die Verschwiegenheitspflichten der Abschlussprüfer sind insoweit zu reformieren. Verschwiegenheiten auch gegenüber Ermittlungsbehörden sind nicht sachgerecht.
5. Die Haftung der Abschlussprüfer sollte verschärft werden (§ 323 HGB).
6. § 317 HGB sollte in drei Punkten nachgeschärft werden.
 - a. Erstens sollte deutlich klargestellt werden, dass die Abschlussprüfung auch das Ziel hat, Unregelmäßigkeiten einschließlich Bilanzbetrug aufzudecken. Bei Hinweisen sind forensische Prüfungshandlungen vorzunehmen.
 - b. Zweitens sollte die Anforderung der kritischen Grundhaltung bei der Prüfung nicht allein im Berufsrecht (§ 43 IV WPO), sondern zusätzlich im Prüfungsrecht bei § 317 HGB verankert werden, um diese zentral wichtige berufsethische Geisteshaltung an prominenter Stelle gesetzlich in Erinnerung zu halten.
 - c. Drittens sollte § 317 IVa HGB gestrichen werden. Eine Einschätzung darüber, ob der Fortbestand des Unternehmens gefährdet sein könnte, ist für die Adressaten der Rechnungslegung von überragender Bedeutung. Das Interesse des Berufsstands, für fahrlässig falsche Prognosen keine haftungsbegründende Zusicherung abgeben zu können, ist zwar berechtigt. Gleichwohl ist es erforderlich, die zugrundeliegenden Umstände sorgfältig zu prüfen.
7. Bei der Aus- und Weiterbildung des Berufsstands sollten Aspekte der Aufmerksamkeit gegenüber möglichen Unregelmäßigkeiten einschließlich Betrug ("fraud awareness") und forensische Prüfungshandlungen stärker gewichtet werden.
8. Eine Verstaatlichung der Abschlussprüfung empfiehlt sich nach gegenwärtigem Stand nicht.
9. Es sollte allerdings erwogen werden, die Prüferbestellung einer zentralen, ggf. staatliche Stelle zu überantworten, ggf. auf der Grundlage einer Empfehlung von Prüfungsausschuss oder Hauptversammlung. Hinsichtlich der Vergütung könnte eine Umlagefinanzierung in Betracht gezogen werden, ähnlich wie es für die Bilanzkontrolle durch BaFin und DPR schon geltendes Recht ist.
10. Der geltende Rechtsrahmen zur Corporate Governance ist ausreichend.
11. Eine Abkehr vom dualistischen System (Trennung von Geschäftsleitung und Überwachung auf zwei Organe, Vorstand und Aufsichtsrat) ist nicht veranlasst.
12. Eine Prüfung der Erklärung zur Unternehmensführung gem. § 289f HGB durch die Abschlussprüfer empfiehlt sich nicht.
13. Die Einrichtung eines Prüfungsausschusses sollte für börsennotierte Gesellschaften künftig unabhängig von der Größe des Aufsichtsrats in § 107 III 2 AktG verpflichtend vorgeschrieben werden.

Ausgangspunkt

Die historisch erste Insolvenz einer im DAX 30 gelisteten Aktiengesellschaft und das Bekanntwerden gravierender Bilanzmanipulationen hat das Vertrauen in die Verlässlichkeit des deutschen Systems der Überwachung der Rechnungslegung tief erschüttert und dem Ansehen des Finanzplatzes Deutschland ernsthaft geschadet. Der Fall wird mit dem US-amerikanischen Enron-Desaster verglichen. Im Zuge der Aufarbeitung des Geschehens ist die rechtspolitische Diskussion über mögliche Maßnahmen zur Verbesserung der gegenwärtigen Instrumente zur Bilanzkontrolle wieder neu entbrannt.

Das geltende System der Überwachung der Rechnungslegung basiert auf verschiedenen Säulen:

1. Für eine ordnungsmäßige und rechtskonforme Rechnungslegung zu sorgen, ist in erster Linie Aufgabe und Verantwortung aller Mitglieder des geschäftsführenden Organs (§ 91 I AktG, §§ 41, 42, 42a GmbHG), die dies sogar durch einen sog. Bilanzzeit deutlich machen müssen. Sie haften streng für evtl. Rechtsverstöße (§ 93 AktG, § 43 GmbHG). Ggf. droht sogar eine Strafbarkeit (z.B. § 331 HGB).
2. Die Abschlüsse unterliegen sodann nach Maßgabe der §§ 316 ff. HGB einer gesetzlichen Pflichtprüfung durch externe Abschlussprüfer, deren berufliche Qualifikation strengen Anforderungen unterliegt und die ihrerseits einer Berufsaufsicht unterliegen.
3. Der Vorstand wird vom Aufsichtsrat überwacht (§ 111 AktG). Der Aufsichtsrat (AR) prüft dabei insbes. auch die Rechnungslegung (§ 171 AktG), gestützt u.a. auf die Abschlussprüfung, und wirkt im praktischen Regelfall an der Feststellung bzw. Billigung der Abschlüsse mit (§ 172 AktG).
4. Für die Abschlüsse kapitalmarktorientierter Unternehmen gibt es seit dem BilKoG von 2004 sodann die Bilanzkontrolle durch die Deutsche Prüfstelle für Rechnungslegung (DPR) und die BaFin nach Maßgabe der §§ 342b ff. HGB, 106 ff. WpHG.
5. Schließlich gibt es auch aktienrechtliche gerichtliche Kontrollmechanismen wie die Sonderprüfung (§§ 258 ff. AktG) und die Nichtigkeitsklage (§ 256 AktG). Die Verfolgung von Bilanzdelikten (z.B. § 331 HGB) ist zudem Aufgabe der Staatsanwaltschaften.

Nach Ansicht des Arbeitskreises hat sich das aus diesen verschiedenen Bausteinen bestehende System der Überwachung der Rechnungslegung grundsätzlich bewährt. Bei einer Gesamtbeurteilung darf nicht übersehen werden, dass sich alle Beteiligten in den meisten Fällen nach bestem Wissen und Gewissen um eine ordnungsmäßige Rechnungslegung bemühen. In diesen "praktischen Normalfällen" gewährleistet das geltende System, dass dennoch auftretende Unrichtigkeiten entdeckt und abgestellt werden. Namentlich kann man dem durch das BilKoG 2004 eingeführtem Baustein der Bilanzkontrolle durch DPR und BaFin nach unserer Überzeugung nicht schlechthin die Wirksamkeit abstreiten. Vielmehr entfaltet dieser Bestandteil der Rechnungslegungsüberwachung durchaus die erhoffte präventive Wirkung und hilft mit, die Verlässlichkeit der Rechnungslegung insgesamt zu verbessern. Entsprechend hat die European Securities and Markets Authority (ESMA) im Zuge eines Peer Review der europäischen Enforcement-Institutionen die DPR noch 2017 sehr positiv evaluiert².

² Der Bericht der ESMA vom 18.7.2017 ist abrufbar unter:
https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma42-111-4138_peer_review_report.pdf (letzter Zugriff: 06.07.2020).

Wir bedauern daher, dass die Bundesregierung – u.E. vorschnell – den Anerkennungsvertrag mit der DPR gekündigt hat. Wir plädieren dafür, die DPR als Prüfinstanz zu erhalten, allerdings in einem angepassten Rechtsrahmen. Sie sollte künftig allein noch für die regulären stichprobenartigen Prüfungen zuständig sein (nicht mehr für die Anlassprüfungen, die vielmehr der BaFin oder, für systemrelevante Unternehmen, einer europäischen Behörde überantwortet werden sollten; dazu ausführlich unten).

Allerdings ist zu konstatieren, dass das geltende System in Fällen vorsätzlich falscher Rechnungslegung (“Bilanzmanipulationen”) Schwächen zeigt. Das betrifft sämtliche o.g. Bausteine, besonders aber die Abschlussprüfung nach §§ 316 ff. HGB und die Bilanzkontrolle nach §§ 106 ff. WpHG, 342b ff. HGB. Die DPR hat nach geltendem Recht weder die Befugnisse noch die Mittel für eine wirkungsvolle forensische Prüfung bei Verdacht auf Bilanzmanipulationen. Die BaFin hätte zwar die Befugnisse, gegenwärtig aber wohl ebenfalls nicht die Mittel dazu. Die Abschlussprüfer wiederum heben gern hervor, dass sie zwar “watchdogs”, aber keine “bloodhounds” seien und sie ebenfalls vorbehaltlich besonderer Umstände weder Mandat noch Mittel für eine breitflächige forensische Prüfung hätten.

Dies führt dazu, dass zwischen dem, was das System der Überwachung der Unternehmensrechnungslegung nach der Erwartungshaltung vieler Kapitalmarktakteure leisten *soll*, und dem, was das System derzeit tatsächlich leistet, in Betrugsfällen eine *große Erwartungslücke* klafft.

Die folgenden Überlegungen unternehmen es, für die einzelnen Bausteine des Systems Vorschläge zu unterbreiten, die helfen könnten, betrügerische Bilanzmanipulationen besser als bislang zu bekämpfen. Ganz vermeiden lassen sich Betrugsfälle im Bereich der Unternehmensrechnungslegung ebenso wenig wie in anderen Bereichen, wenn die kriminelle Energie stark ist. Aber es lassen sich dennoch Verbesserungspotentiale ausmachen.

Corporate Governance

Geltender Rechtsrahmen

In Fällen vorsätzlich falscher Rechnungslegung gerät zunächst die Corporate Governance der Unternehmen in die Kritik.

Dabei ist der insoweit geltende Rechtsrahmen vergleichsweise klar und streng. Für die Geschäftsleitung gilt:

- Der Vorstand hat in Gesamtverantwortung dafür zu sorgen, dass die erforderlichen Handelsbücher ordnungsgemäß geführt werden (§ 91 I AktG).
- Dabei hat er u.a. auch geeignete Maßnahmen zu treffen, die sicherstellen, dass den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen früh erkannt werden (§ 91 II AktG). Überhaupt trifft ihn eine allgemeine Legalitätspflicht und hat er die Einhaltung der einschlägigen Rechtsvorschriften zu gewährleisten. Das umfasst selbstverständlich auch die Einhaltung der einschlägigen Rechnungslegungsregeln. Darauf sind sowohl die interne (horizontale) Organisation des Vorstands (Geschäftsverteilung) als auch die vertikale Organisation des Unternehmens auszurichten.
- Verletzt der Vorstand seine Pflichten, unterliegen seine Mitglieder einer strengen Haftung nach Maßgabe des § 93 AktG. Rechtswidriges Verhalten ist dabei stets pflichtwidrig und auch nicht etwa durch die sog. Business Judgement Rule (Haftungsfreistellung für unternehmerisches Ermessen) privilegiert (§ 93 I 2 AktG). Bei börsennotierten

Gesellschaften verjähren entsprechende Schadensersatzansprüche erst nach zehn Jahren (§ 93 VI AktG).

Für das Kontrollorgan der Gesellschaft gilt:

- Der Aufsichtsrat hat die Geschäftsführung zu überwachen (§ 111 AktG). Dabei kann er für bestimmte Aufgaben besondere Sachverständige beauftragen (§ 111 II 3 AktG). Außerdem kann er bestimmen, dass von ihm als potentiell gefährlich eingestufte Maßnahmen der Geschäftsführung nur mit seiner Zustimmung vorgenommen werden dürfen (§ 111 IV 2 AktG). Geschäfte mit nahestehenden Personen unterliegen schon kraft Gesetzes Sonderregeln (§§ 111a ff., 107 III 4-6 AktG).
- Dabei obliegt dem AR insbesondere die Prüfung der Rechnungslegung (§ 171 AktG), die er auf der Grundlage der Abschlussprüfung durchführt. Im praktischen Regelfall wirkt er auch an der Feststellung bzw. Billigung der Abschlüsse mit (§ 172 AktG).
- Um die sorgfältige Pflichterfüllung zu gewährleisten, hat er sich entsprechend zu organisieren (§ 107 AktG). Bezogen auf die Rechnungslegung wird das vielfach die Einrichtung eines besonderen Prüfungsausschusses angezeigt erscheinen lassen (§ 107 III 2 AktG). Auch wenn das Gesetz derzeit einen besonderen Prüfungsausschuss nicht verpflichtend vorschreibt, entspricht er doch jedenfalls bei großen Unternehmen weitgehend der inzwischen etablierten best practice.
- Dabei kann und soll der Aufsichtsrat sich auf die Vorstandsberichte (§ 90 AktG) und die Kommunikation mit dem Abschlussprüfer stützen. Er kann aber auch eigene Prüfungshandlungen anstoßen oder selbst vornehmen (§ 111 II AktG).
- Verletzt der Aufsichtsrat seine Pflichten, unterliegen auch seine Mitglieder (ebenso wie die Vorstandsmitglieder) einer strengen Haftung nach Maßgabe des § 116 AktG.

Bei einer ordnungsmäßigen (horizontalen und vertikalen) Organisation von Vorstand, Aufsichtsrat und Unternehmensstruktur sind betrügerische Bilanzmanipulationen schwierig: Vorstandsmitglieder und nachgeordnete Mitarbeiter müssten kollusiv zusammenwirken, wenn etwa Umsätze und Gewinne oder Bankguthaben "erfunden" oder verschoben werden sollen. Aufsichtsräte müssten Warnhinweise oder Anzeichen übersehen bzw. sich von Vorstand und nachgeordneten Mitarbeitern täuschen lassen; hervorzuheben ist, dass der Aufsichtsrat schon bei Verdacht aktiv werden kann und muss. Auch der Abschlussprüfer müsste selbst getäuscht werden oder nachlässig handeln, soll die Manipulation der Rechnungslegung "erfolgreich" sein.

Aber die Praxis zeigt leider, dass dergleichen dennoch geschieht.

Vorschläge zur Verbesserung de lege ferenda

Fraglich ist, ob die Tatsache, dass trotz aller Rechtspflichten betrügerische Bilanzmanipulationen vorkommen, auf ein *regulatorisches* Defizit bei den Corporate Governance *Vorschriften* hinweist und diese geändert werden sollten. U.E. ist die Frage, ungeachtet punktueller Änderungsvorschläge, zu verneinen. Wir halten den insoweit geltenden (oben skizzierten) Rechtsrahmen grundsätzlich für ausreichend. Das Problem des Bilanzbetrugs ist ein Ausschnitt aus dem größeren Problemkreis der Compliance: hier wie dort gilt, dass Vorstand und Aufsichtsrat bereits *de lege lata* verpflichtet sind, Verstöße (schnell und gründlich) aufzuklären, abzustellen und zu ahnden. Das gilt für Kartellverstöße ebenso wie für Bilanzverstöße. Der dafür einschlägige Rechtsrahmen ist klar und streng genug, regulatorische Anpassungen der CG-Regeln gerade für Bilanzverstöße sind u.E. nicht angezeigt.

Nicht zielführende Vorschläge

Insbesondere sehen wir – anders als möglicherweise bezogen auf die gesetzliche Abschlussprüfung – bei Vorstand und Aufsichtsrat keinen Bedarf für eine weitere Verschärfung der Haftungsvorschriften. Diese (§§ 93, 116 AktG) sind bereits sehr scharf: Vorstand und AR haften schon für einfache Fahrlässigkeit ohne summenmäßige Haftungsbegrenzung, und sie müssen sich hinsichtlich des Verschuldens sogar entlasten. Das ist ein deutlich strengeres Haftungsregime als das, was gegenwärtig für Abschlussprüfer gilt, obwohl diesen im System der Überwachung der Unternehmensrechnungslegung gewiss ebenfalls eine zentral wichtige Funktion zukommt (dazu näher unten.)

Erst recht ist eine grundlegende Abkehr vom deutschen, dualistisch geprägten Corporate Governance Modell nicht angezeigt. Es ist nicht zu erkennen, dass ein monistisches Modell dem geltenden System überlegen wäre und betrügerischer Bilanzmanipulationen besser vermeiden helfen könnte. Die lange Liste US-amerikanischer Bilanzskandale zeugt eher vom Gegenteil.

Ebenso wenig verdient ein jüngst in einem Handelsblatt-Interview vom Vorsitzenden der Regierungskommission Corporate Governance geäußertes Vorschlag Zustimmung, der meint, die Erklärung zur Unternehmensführung nach § 289f HGB solle künftig gesetzlich verpflichtend von Abschlussprüfern geprüft werden. Was eine solche zusätzliche Prüfung verbessern soll, bleibt unerfindlich; an Prüfungen von Erklärungen oder Dokumenten herrscht wahrlich kein Mangel. Zudem bezweifeln wir, dass zu einer Prüfung dieser Erklärung die Abschlussprüfer berufen sein sollten. Die Tendenz, den Abschlussprüfern immer neue Prüfungsfelder zu eröffnen, ist kritisch zu hinterfragen. Die Abschlussprüfung sollte stattdessen wieder stärker auf ihre Kernaufgabe fokussieren, nämlich die sorgfältige und gewissenhafte Prüfung der Rechnungslegung, die auch Hinweisen auf Betrug gründlich und wirkungsvoll nachgeht (dazu näher unten).

Verbesserung der Rechtsdurchsetzung

U.E. liegt das Problem in Fällen betrügerischer Bilanzmanipulationen (ebenso wie in anderen Fällen von Compliance-Verstößen) nicht bei dem für Vorstand und Aufsichtsrat geltenden Rechtsrahmen, sondern in der *Rechtsdurchsetzung*. Erhöht werden muss erstens das Verantwortungsbewusstsein der handelnden Personen. Das lässt sich freilich schwerlich regulatorisch verordnen, sondern ist eine Frage der Unternehmenskultur. Gefordert sind starke und aktive Vorstände und Aufsichtsräte, die ihre nach dem geltenden Recht eröffneten Mitwirkungs- und Überwachungsbefugnisse proaktiv wahrnehmen. Insbesondere bei von Whistleblowern angezeigten oder öffentlich gewordenen Zweifeln an der Rechnungslegung des Unternehmens (etwa aufgrund von faktenbasierten Berichten in der seriösen Presse) sollten alle Verantwortlichen schnell und gründlich nachhaken, Geschäftsverteilungen hinterfragen und Eigeninitiative entwickeln. Unternehmensinterne und externe Sonderuntersuchungen sollten frühzeitig und entschlossen ergriffen werden. All das ergibt sich u.E. aber schon heute aus den o.g. Rechtsvorschriften.

Erhöht werden sollte zweitens das Aufdeckungsrisiko für die Täter. Hier sind Abschlussprüfung sowie Bilanzkontrolle gefordert und in der Verantwortung: Jedenfalls bei konkreten Anhaltspunkten muss die Prüfung so angelegt werden, dass Rechtsverstöße aufgedeckt werden können, wie es im Übrigen § 317 I 3 HGB bereits anordnet (vgl. außerdem Art. 7 AP-VO). Dem Einwand, umfassende forensische Prüfungen seien mit den geltenden Befugnissen und Mitteln nicht zu leisten, ist *an dieser Stelle*, also bezogen auf Abschlussprüfung und Bilanzkontrolle, durch regulatorische Anpassungen und vor allem durch eine bessere Ausstattung zu begegnen; Abschlussprüfung und Bilanzkontrolle müssen die Befugnisse und Mittel erhalten, die notwendig sind, zumindest bei konkreten Anhaltspunkten auch

forensische Prüfungshandlungen sachgerecht und wirkungsvoll durchführen zu können (dazu näher unten).

Ein vermittels schlagkräftiger Abschlussprüfung und Bilanzkontrolle erhöhtes Aufdeckungsrisiko für potentielle Bilanzmanipulateure ist u.E. die beste Maßnahme zur Verbesserung der Corporate Governance im Bereich der Rechnungslegung.

Prüfungsausschuss für börsennotierte Gesellschaften verpflichtend

Erwogen werden sollte ferner, die Professionalisierung des AR weiter gesetzgeberisch zu unterstützen: So könnte die Einrichtung eines Prüfungsausschusses künftig für börsennotierte Gesellschaften unabhängig von der Größe des AR in § 107 III 2 AktG verpflichtend vorgeschrieben werden. Damit würde eine ohnehin entwickelte best practice gesetzlich festgeschrieben. Eine seiner Aufgaben ist es, Anhaltspunkten für Bilanzmanipulationen unverzüglich nachzugehen.

Stärkung des internen Kontrollsystems

Wenn über mehrere Jahre im Jahresabschluss Aktivposten in wesentlichem Umfang ausgewiesen werden, die sich in Wahrheit als nicht existent erweisen, deutet dies auch auf eine unzureichende Ausgestaltung und Wirksamkeit des internen Kontrollsystems im Hinblick auf den Rechnungslegungsprozess hin. Dazu zählt auch das interne Revisionssystem³.

Die Einrichtung eines angemessenen internen Kontrollsystems mit wirksamen Verfahren und Maßnahmen zur Gewährleistung der Ordnungsmäßigkeit der Rechnungslegung gehört zu den Leitungsaufgaben des Vorstands und ist Bestandteil seiner Sorgfaltspflicht nach §§ 76 I, 91 I und 93 I 1 AktG.

Der Gesetzgeber hat die Bedeutung des internen Rechnungslegungskontrollsystems zur Gewährleistung einer ordnungsmäßigen Rechnungslegung in der Berichtspflicht des § 289 IV HGB und in der Pflicht zur Einrichtung eines geeigneten Überwachungssystems in § 91 II AktG bislang möglicherweise zu schwach unterstrichen und die notwendigen internen und externen Kontrollmechanismen unzureichend gesetzlich vorstrukturiert. Anders als noch in der Regierungsbegründung zum Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz (BilMoG) angenommen⁴, genügt es jedenfalls bei börsennotierten Unternehmen nicht, durch eine Berichtspflicht an die Bedeutung dieser Systeme zu erinnern und es den geschäftsführenden Organen zu überlassen, ein internes Kontrollsystem für eine ordnungsmäßige Rechnungslegung unter Berücksichtigung von Wirtschaftlichkeitsüberlegungen einzurichten.

Die bereits durch das KonTraG v. 27.4.1998 eingefügte Vorschrift des § 91 II AktG sollte nach der Regierungsbegründung zwar auch die Interne Revision erfassen⁵, konkretisiert die Pflicht zur Einrichtung eines internen Kontrollsystems aber nur unzureichend, ist auf das System der internen und externen Kontrolle nicht vollständig abgestimmt, trägt den unionsrechtlichen Vorgaben nicht vollständig Rechnung⁶ und kann dahingehend missverstanden werden, dass nur ein wirksames System zur Abwendung existenzbedrohender Risiken gesetzlich vorgeschrieben sei, dessen Ausgestaltung im Ermessen der Verwaltung liege.

³ Zutreffend RegE BilMoG, BT-Drucks. 16/10067, S. 77.

⁴ RegE BilMoG, BT-Drucks. 16/10067, S. 76.

⁵ RegE KonTraG, BT Drucks, 13/9712, S. 15.

⁶ Spindler in MünchKomm. AktG, 5. Aufl. 2019, § 91 Rn. 22.

Aus § 107 III 2 AktG ergibt sich zwar, dass der Aufsichtsrat einen Prüfungsausschuss bestellen kann, der sich mit der Überwachung des Rechnungslegungsprozesses, der Wirksamkeit des internen Kontrollsystems, des Risikomanagementsystems und des internen Revisionsystems befasst. Dieser Vorschrift lässt sich nicht konkret genug entnehmen, welche inhaltlichen Anforderungen bestehen und wann eine Pflicht besteht, solche Systeme einzurichten. Das gilt auch für die Berichtspflicht nach § 289 Abs. 4 HGB, die Prüfungspflicht nach § 317 IV HGB oder die Berichtspflicht des Abschlussprüfers gegenüber dem Aufsichtsrat oder seinem Prüfungsausschuss nach § 171 I 2 AktG. Inhaltliche Anforderungen finden sich nur rudimentär in privaten Standards, etwa in IDW PS 261, bezogen auf die interne Revision als Verfahrenselement der nach § 317 I 1 HGB zu prüfenden Buchführung und in IDW PS 340 bezogen auf das nach § 317 IV HGB zu prüfende Überwachungssystem.

Die Vorschrift sollte daher zunächst um eine Klarstellung ergänzt werden und zumindest für börsennotierte Unternehmen vorsehen:

„In börsennotierten Unternehmen muss der Vorstand zur Sicherung der Ordnungsmäßigkeit der Rechnungslegung ein wirksames internes Kontrollsystem (Interne Revision) einrichten.“

Sodann ist zu erwägen, der Internen Revision eine gesetzlich vorstrukturierte Stellung einzuräumen, die ihre Wirksamkeit und vor allem Unabhängigkeit gewährleistet. Ein mögliches Regelungsvorbild könnte die Stellung des Datenschutzbeauftragten nach Art. 38 DSGVO sein.

Die Interne Revision sollte zudem als Empfänger anonymer Verdachtsmeldungen im Unternehmen vorgesehen sein. Für die Rechnungslegung relevante Verdachtsmeldungen sollten dem Prüfungsausschuss des Aufsichtsrats bekannt gemacht werden.

Einschneidend könnte schließlich erwogen werden, die Interne Revision bei börsennotierten Unternehmen stärker in eine unmittelbare staatlicher Aufsicht einzubeziehen: Zum Beispiel könnte der Aufsicht die Möglichkeit einer verdachtsunabhängigen Systemprüfung des internen Kontrollsystems eingeräumt werden, um dessen Wirksamkeit zu überwachen.

Abschlussprüfung

Geltender Rechtsrahmen

Unrichtigkeiten und Verstöße, § 317 Abs. 1 Satz 3 HGB

Nach § 317 I 3 HGB ist die Prüfung so anzulegen, dass Unrichtigkeiten und Verstöße gegen die in Satz 2 erwähnten gesetzlichen Vorschriften bei gewissenhafter Prüfung erkannt werden. Diese Regelung ist durch Art. 2 Nr. 6 des KonTraG vom 27.4.1998 in das HGB eingefügt worden. In der Begründung des Regierungsentwurfs (BT-Drucks. 13/9712, S. 27) heißt es dazu:

„Mit dem neuen Satz 3 in Absatz 1 soll der Grundsatz gesetzlich verankert werden, daß die Prüfung auf das Erkennen von Unrichtigkeiten und Verstößen auszurichten ist. Dieser Grundsatz, der internationalen Maßstäben entspricht, wird bisher schon von Prüfern und Prüfungsgesellschaften in einer erheblichen Zahl von Fällen beachtet. Diese Praxis soll nunmehr zum gesetzlichen Maßstab werden, um die bisher schon erreichte Qualität der Prüfung abzusichern und – wo noch nötig – zu verbessern.“

Zur Konkretisierung dieser gesetzlichen Vorgaben hat das Institut der Wirtschaftsprüfer den Prüfungsstandard IDW PS 210 „Zur Aufdeckung von Unregelmäßigkeiten im Rahmen der Abschlussprüfung“ verfasst, der vernünftig klingende Regelungen enthält. Hervorzuheben ist Tz. 14,

wonach der Abschlussprüfer bei Planung und Durchführung der Prüfung eine kritische Grundhaltung gegenüber dem geprüften Unternehmen, dessen gesetzlichen Vertretern, Mitarbeitern und Aufsichtsorgan einzunehmen hat. Diese Grundhaltung wird in § 43 IV WPO auch als Berufspflicht des Wirtschaftsprüfers bezeichnet.

Berichtspflichten nach der AP VO

Für Unternehmen von öffentlichen Interesse gilt die Abschlussprüfer-Verordnung (EU) Nr. 537/2014⁷. Unternehmen von öffentlichem Interesse sind nach Art. 3 der Verordnung i.V.m. Art. 2 Nr. 13 der RL 2006/43/EG⁸ vereinfacht formuliert kapitalmarktorientierte Unternehmen, bestimmte Kreditinstitute und Versicherungsunternehmen. Sie entsprechen den in § 319a HGB aufgeführten Unternehmen.

Nach Art. 7 der AP VO hat der Abschlussprüfer zu informieren, wenn die Vermutung oder ein berechtigter Grund zu der Vermutung besteht, dass Unregelmäßigkeiten, wie Betrug, im Zusammenhang mit dem Abschluss des geprüften Unternehmens eintreten oder eingetreten sind. Diese Informationspflichten bestehen nach Art. 7 Abs. 1 der AP VO zunächst gegenüber dem geprüften Unternehmen - hier sollten die Informationen vor allem unverzüglich an den Prüfungsausschuss bzw. AR gelangen -, nach Abs. 2 aber auch gegenüber der von dem Mitgliedstaat benannten Behörden, die für die Untersuchung solcher Unregelmäßigkeiten verantwortlich sind, wenn das geprüfte Unternehmen die Angelegenheit nicht untersucht. Weitere Berichtspflichten können sich aus Art. 12 der AP VO ergeben.

Vorschläge zur Verbesserung de lege ferenda

Vorbemerkungen

Die gesetzlichen Vorgaben zum Prüfungsziel und zu der bei der Prüfung anzulegenden kritischen Grundhaltung des Abschlussprüfers erscheinen grundsätzlich sachgerecht. Es ist auch zu betonen, dass sich die Institution der privaten Abschlussprüfung durch dafür sachverständige Abschlussprüfer grundsätzlich sehr bewährt hat. Punktuelle Fehlentwicklungen und das Versagen einzelner Akteure dürfen nicht dazu führen, sämtliche Abschlussprüfer gleichsam "in Sippenhaft" zu nehmen und die Institution der Abschlussprüfung insgesamt in Frage zu stellen. Die weitaus überwiegende Zahl der Abschlussprüfungen trägt zur Verlässlichkeit der Rechnungslegung bei und erfüllt damit die ihr zugeordnete Funktion.

Dennoch zeigt die Praxis in einzelnen Ausreißerfällen für Außenstehende unerklärliche Schwächen. Wie es beispielsweise bei Beachtung der oben skizzierten normativen Vorgaben gem. § 317 I 3 HGB, § 43 IV WPO sowie der berufsständischen Grundsätze nach IDW PS 210, PS 302 geschehen kann, dass vermeintliche Bankguthaben eines geprüften Unternehmens in Milliardenhöhe sich als nicht existent herausstellen, ist für die Adressaten der Rechnungslegung nicht nachvollziehbar. Solche Umstände können auf persönlichem Versagen oder raffinierten Betrugsmachenschaften beruhen, vielleicht aber auch daran liegen, dass die normativen Vorgaben im Berufsethos einzelner Berufsträger nicht ausreichend verankert sind und / oder die kritische Grundhaltung und die Pflicht,

⁷ VO (EU) Nr. 537/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über spezifische Anforderungen an die Abschlussprüfung bei Unternehmen von öffentlichem Interesse und zur Aufhebung des Beschlusses 2005/909/EG der Kommission, ABl. EU Nr. 158 v. 27.5.2014, S. 77, ber. ABl. EU Nr. 170 v. 11.6.2014, S. 66.

⁸ ABl. EU Nr. 157 v. 9.6.2006, S. 87.

eine Abschlussprüfung bei Anhaltspunkten auch auf Betrug hin anzulegen, nicht hinreichend "gelebt" werden.

Die grundsätzliche Zustimmung zur Institution private Abschlussprüfung schließt deshalb Vorschläge zu Verbesserungen von Teilaspekten nicht aus:

Pflicht der Abschlussprüfer, bei Hinweisen einen möglichen Betrug aufzudecken

Zu erwägen ist zum einen, die Formulierung des § 317 I 3 HGB nachzuschärfen. Es sollte im Gesetz noch klarer als bisher ausgedrückt werden, dass es zu den gesetzlichen Aufgaben des Abschlussprüfers zählt, etwaigen Hinweisen auf möglicherweise vorsätzlichen Verstoß gegen Rechnungslegungsvorschriften nachzugehen und Betrug aktiv aufzudecken. Der Kapitalmarkt soll sich auf die Rechnungslegung verlassen können, wie schon in Erwägungsgrund (1) der AP VO deutlich wird. Erwägungsgrund (13) der AP VO sowie deren Art. 7 machen außerdem deutlich, dass dazu auch die Aufdeckung von Unregelmäßigkeiten einschließlich Betrug gehört. Das entspricht außerdem Vorschlägen des UK-Regulators, der u.E. zu Recht betont: Audit "Firms should have [an] 'obligation to find fraud rather than stumble over it'"⁹. Der mitunter vorgebrachte Einwand, eine Abschlussprüfung sei nicht darauf angelegt, nach Betrug zu forschen, sollte nicht länger akzeptiert werden. Sicher muss nicht jede Abschlussprüfung forensische Maßnahmen ergreifen. Das wäre weder praktikabel noch wirtschaftlich und auch nicht angemessen, weil die allermeisten Unternehmen nach Kräften um eine getreue Rechnungslegung bemüht sind und diese Prüfungsfälle deshalb keinerlei Hinweis auf Betrug ergeben. Wo es aber solche Hinweise gibt, muss diesen konsequent, schnell und wirkungsvoll nachgegangen werden. Und das sollte bereits Aufgabe der Abschlussprüfung und nicht nur und erst der Bilanzkontrolle durch die BaFin (oder eine andere Behörde) sein.

Eine wirkungsvolle, durchaus auch auf Betrugserkennung angelegte Abschlussprüfung ist im wohlverstandenen Eigeninteresse des Berufsstands der Wirtschaftsprüfer selbst. Der Kapitalmarkt erwartet von der Abschlussprüfung (und Bilanzkontrolle) zu Recht eine Betrugsprävention. Das frühzeitige Erkennen von vorsätzlich falschen Abschlüssen ist der Lackmустest für die Institution Abschlussprüfung. Wenn der Berufsstand sich dem entziehen wollte oder den Test nicht besteht, rüttelt das an den Grundfesten seiner Existenz. Die Prüfung von Abschlüssen geschieht im öffentlichen Interesse. Vor diesem Hintergrund ist es nicht selbstverständlich, dass die Aufgabe der Abschlussprüfung privaten, gewinnorientierten Unternehmen überantwortet ist (die noch dazu nach geltendem Recht von den zu prüfenden Unternehmen bezahlt werden). Die Prüfungsgesellschaften stehen deshalb in einer besonderen Verantwortung. Will man rechtspolitische Überlegungen wie eine strikte Trennung von Prüfung und Beratung oder gar eine (Teil-)Verstaatlichung der Prüfung (dazu auch unten) abwehren und das geltende System der privat organisierten Abschlussprüfung im Ansatz erhalten, dann muss alles getan werden, um der berechtigten Erwartungshaltung des Kapitalmarkts an eine wirkungsvolle Abschlussprüfung zu entsprechen. Dazu zählt die Betrugsprüfung.

Frühere und wirkungsvollere Einbindung staatlicher Ermittlungsstellen bei Betrugsverdacht; Neujustierung der Verschwiegenheitspflicht

Wenn sich im Zuge der Abschlussprüfung oder aus anderen Umständen Anhaltspunkte für einen möglicherweise vorsätzlichen Verstoß gegen Bilanzierungsvorschriften ergeben, sollten außerdem

⁹ FT vom 2.7.2020: "Audit review head calls for urgent reform after Wirecard scandal". S. außerdem FT (Editorial Board) v. 2.7.2020: "Auditors have a duty to be alert to fraud".

staatliche Ermittlungsstellen frühzeitig und wirkungsvoll eingebunden werden. Der Verdacht auf Bilanzdelikte sollte ebenso konsequent verfolgt werden wie der Verdacht auf andere Straftaten und Bußgeldtatbestände.

Soweit mögliche Verdachtsmomente bei der Abschlussprüfung auffallen, sind insoweit die geltenden Verschwiegenheitspflichten zu reformieren: Die Verschwiegenheitspflicht nach § 43 I WPO, § 323 I 1 HGB und § 203 StGB, auf die IDW PS 210 unter Tz. 66 ausdrücklich hinweist, soll sich angeblich auch auf Angaben gegenüber der Staatsanwaltschaft beziehen. Ausnahmen werden nur für Berichte durch Abschlussprüfer an die BaFin zugelassen, soweit hierfür gesetzliche Vorschriften bestehen. Das gilt nach § 35 IV i.V.m. § 320 VAG für den Abschlussprüfer von Versicherungsunternehmen und nach § 29 III KWG für Abschlussprüfer von Kreditinstituten und Finanzdienstleistungsinstituten.

Dieses bisherige strenge Verständnis der Verschwiegenheitspflicht des Abschlussprüfers selbst gegenüber Ermittlungsbehörden ist mit Blick auf die Aufgaben der Staatsanwaltschaften unhaltbar. Anzeigepflichten des Abschlussprüfers gegenüber der BaFin (und ggf. sogar unmittelbar gegenüber der Staatsanwaltschaft) auch bezogen auf die Prüfung von kapitalmarktorientierten Unternehmen i.S.d. § 264d HGB sollten eingeführt werden.

Soweit sich konkrete Anhaltspunkte für einen möglicherweise vorsätzlichen Verstoß gegen Bilanzierungsvorschriften aus anderen Umständen (z.B. aus faktenbasierten Berichten in der Wirtschaftspresse) ergeben, sollten ferner die zuständigen staatlichen Stellen stärker als bisher von sich aus aktiv werden. Das betrifft zum einen die Bilanzkontrolle durch die BaFin (dazu ausführlich unten), zum anderen aber auch die Staatsanwaltschaften. So ist etwa § 331 HGB ein Officialdelikt, d.h. Straftaten sind insoweit von Amts wegen zu verfolgen.

Anforderung der “kritischen Grundhaltung” auch in § 317 HGB verankern

Ferner könnte erwogen werden, die Anforderung der kritischen Grundhaltung bei der Prüfung nicht nur im Berufsrecht (derzeit § 43 IV WPO), sondern ebenfalls in § 317 HGB zu verankern. Die kritische Grundhaltung des Abschlussprüfers ist zuvörderst eine berufsethische Geisteshaltung (“mindset”). Die systematische Verortung an prominenter Stelle im HGB könnte mit dazu beitragen, diese zentrale Anforderung an die Prüfung allen Akteuren verstärkt ins Bewusstsein zu rücken.

Prüferausbildung auch mit Fokus auf Betrugserkennung

All diesen Anforderungen muss außerdem die Ausbildung der Abschlussprüfer entsprechen. Sie sollten verstärkt auch darin besonders geschult werden, welche Anhaltspunkte auf möglicherweise betrügerische Manipulationen hindeuten und welche forensischen Prüfungshandlungen in solchen Fällen zu ergreifen sind¹⁰.

Prüfung der Fortbestehensprognose

Überarbeitet werden sollte außerdem § 317 IVa HGB. Danach hat sich die Prüfung, soweit nichts anderes vereinbart ist, grundsätzlich nicht darauf zu erstrecken, ob der Fortbestand des geprüften Unternehmens zugesichert werden kann. Unberührt davon bleibt allerdings die Beurteilung der going concern-Hypothese, die gem. § 252 I Nr. 2 HGB eine Grundannahme der Rechnungslegung ist, sofern dem nicht tatsächliche oder rechtliche Gegebenheiten entgegenstehen.

¹⁰ Ebenso Donald Brydon, former Chair of the LSE, in FT vom 2.7.2020: “Audit review head calls for urgent reform after Wirecard scandal”: “auditors should be taught forensic accounting methods and ‘fraud awareness’”.

Eine Einschätzung darüber, ob der Fortbestand des Unternehmens gefährdet sein könnte, ist für die Adressaten der Rechnungslegung von überragender Bedeutung. Die Abschlussprüfung sollte diesbezüglich stärker als bislang in die Pflicht genommen werden. Da vorsätzliche Verstöße gegen Rechnungslegungsvorschriften zwar nicht notwendig, aber wohl praktisch nicht selten mit bedrohlichen Unternehmenskrisen zusammentreffen dürften, würde das zugleich ein weiteres Datum setzen, um die Aufmerksamkeit des Abschlussprüfers zu schärfen. Von der Festlegung des Prüfungsumfangs zu unterscheiden ist die Frage der Haftung für Prognosen. Eine "Zusicherung" für Prognosen kann naturgemäß nicht haftungsbegründend gegeben werden. Gleichwohl ist es erforderlich, die zugrundeliegenden Umstände sorgfältig zu prüfen.

Prüfungsstandards, Ausrichtung der Prüfung und Einbindung neuer Technologien

Die geltenden Regeln für die Abschlussprüfung sollten noch in einem weiteren Punkt überdacht werden: Gegenwärtig ist eine zunehmende Detailverliebtheit der Prüfungsvorschriften zu beobachten. Die einschlägigen Prüfungsstandards, insbesondere die International Standards on Auditing (ISA), werden immer detaillierter und in ihrer Anwendung anspruchsvoller. Diese Entwicklung ist aus unserer Sicht aus mehreren Gründen eine Fehlentwicklung:

- Erstens kann man es als grundsätzlichen Designfehler der ISA ansehen, dass diese vom Berufsstand der Wirtschaftsprüfer selbst entwickelt werden¹¹. Es hinterlässt zumindest ein gewisses Unbehagen, wenn private Kontrollinstanzen, die die Abschlussprüfung im öffentlichen Interesse wahrnehmen sollen, sich ihre Prüfungsstandards selbst schreiben. Ggf. wäre diese Selbstregulierung durch den Berufsstand zugunsten einer stärker wieder staatlich verantworteten Regulierung neu zu justieren.
- Davon abgesehen tragen ausführlichste Prüfungsstandards, wie sie die ISA versuchen, noch zu anderen Fehlentwicklungen bei: Sie begünstigen eine Prüfung durch "Hakenmachen" und bewirken außerdem weitere Konzentrationstendenzen auf dem Prüfermarkt, weil kleine und mittelgroße Prüfungsgesellschaften die ISA gar nicht mehr übersehen und bewältigen können.

U.E. sollte es unternommen werden, die Abschlussprüfung wieder stärker prinzipien- und schwerpunktorientiert anzulegen. Eine an Schwerpunkten orientierte, im Detail dafür gründliche Abschlussprüfung ("smart auditing") ist einem "flächendeckenden Hakenmachen" vorzuziehen. Wenn z.B. die Quellen von Umsatz und Gewinn eines Unternehmens besonders konzentriert sind und einige Bilanzposten für den Abschluss besonders wesentlich sind, dann ist diesen Posten entsprechend gründlich nachzugehen und sicherzustellen, dass die Posten auch existieren.

Möglicherweise lassen sich insoweit künftig auch verstärkt neue Technologien, insbesondere solche der sog. künstlichen Intelligenz (KI), einbeziehen und fruchtbar machen. KI-Technologien könnten ggf. helfen, Prüfungsschwerpunkte und Warnhinweise ("red flags") zu identifizieren.

Ggf. könnte sogar erwogen werden, zumindest in Bereichen hoher Betrugsanfälligkeit und besonderer systemischer Wichtigkeit (wie etwa betreffend Bankguthaben) vorhandene Datenbestände miteinander zu verknüpfen. So könnten etwa Saldenstände bei Kreditinstituten automatisch den zuständigen Stellen mitgeteilt werden. Gewiss müssten solche Regeln

¹¹ Die ISA werden vom International Auditing and Assurance Standards Board (IAASB) erarbeitet. Dieser Board wiederum wird von der International Federation of Accountants (IFAC) bestellt, in der die Berufsorganisationen der Wirtschaftsprüfung organisiert sind.

datenschutzkonform ausgestaltet werden. Aber mindestens gegenüber staatlichen Ermittlungsstellen könnten solche Datenverknüpfungen in Betracht gezogen werden.

Abschlussprüferbestellung und -vergütung

Ferner könnte erwogen werden, die Auswahl und Bestellung der Abschlussprüfer sowie deren Bezahlung von den geprüften Unternehmen ganz oder teilweise abzukoppeln, um dem öffentlichen Interesse an einer ordnungsmäßigen Abschlussprüfung mehr Gewicht zu verleihen. Diskutiert wird in diesem Zusammenhang bereits seit längerem, die Prüferbestellung einer zentralen, ggf. staatliche Stelle zu überantworten; in diesem Rahmen könnten auch die Vor- und Nachteile einer häufigen Rotation des Abschlussprüfers unternehmensindividuell berücksichtigt werden. Ggf. sollte diese zentrale Prüferbestellung auf einem Vorschlag von Prüfungsausschuss oder Hauptversammlung beruhen.

Erwogen werden könnte darüber hinaus eine umlagefinanzierte zentrale Vergütung, ähnlich wie es für die Bilanzkontrolle durch DPR und BaFin schon geltendes Recht ist. Die Abschlussprüfung bliebe dabei im Ausgangspunkt ein freier Beruf, Auswahl, Bestellung und Vergütung beruhen aber, dem öffentlichen Interesse an der Abschlussprüfung entsprechend, nicht mehr auf Vereinbarungen mit dem geprüften Unternehmen (was Abhängigkeiten schaffen kann), sondern wären davon unabhängig.

Rotation und Trennung von Prüfung und Beratung?

In der rechtspolitischen Diskussion um Maßnahmen zur Verbesserung der Qualität der Abschlussprüfung werden außerdem schon seit langem kürzere Rotationspflichten sowie eine noch striktere Trennung von Prüfung und Beratung gefordert. U.E. ergeben sich insoweit keine neuen Aspekte, die Argumente für und wider solche Maßnahmen sind bekannt. Der Arbeitskreis steht solchen Regulierungen tendenziell skeptisch gegenüber, weil zu kurze Rotationsfristen und eine scharfe Trennung von Prüfung und Beratung sich sogar negativ auf die Prüfungsqualität auswirken können; sie könnte zudem dazu beitragen, dass der Prüfermarkt, der derzeit von wenigen großen Prüfungsgesellschaften beherrscht wird, noch enger wird. Freilich erkennen wir den politischen Druck, der diesbezüglich bereits seit langem besteht.

Verschärfung der Abschlussprüferhaftung

Zu erwägen ist ferner eine Verschärfung der Abschlussprüferhaftung. Betrügerische Bilanzmanipulationen werden u.E. durch verschiedene Anreizprobleme befördert: Für potentielle Betrüger, aber auch für nur fahrlässig handelnde Gehilfen und Prüfer, ist der Anreiz, Bilanzmanipulationen zu begehen oder nicht nachdrücklich aufzuklären, umso höher, je geringer das Aufdeckungsrisiko ist und je weniger spürbar Sanktionen bei Aufdeckung zu befürchten sind. Erhöht bzw. verschärft werden sollten deshalb

1. das Aufdeckungsrisiko und
2. die Sanktionen bei Aufdeckung.

Zu 1. können eine Verbesserung von Abschlussprüfung und Bilanzkontrolle sowie ergänzende Maßnahmen zum Schutz von Whistleblowern beitragen. Dazu eingehend unten.

Punkt 2. betrifft die Haftung und Strafbarkeitsrisiken der Beteiligten.

Die persönliche Haftung von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern auf Schadensersatz ist, wie dargestellt, bereits denkbar scharf. Hier sind weitere Verschärfungen nicht angezeigt.

Zur Erhöhung des Sanktionsdrucks bei aufgedeckten Bilanzmanipulationen (und außerdem zum besseren Ausgleich eingetretener Schäden) könnte aber erwogen werden, die Haftung der Abschlussprüfer spürbar zu verschärfen. Das Haftungsprivileg gem. § 323 HGB ist möglicherweise nicht mehr zeitgemäß und auch international schwer begründbar¹². Eine schärfere Haftung der Abschlussprüfer könnte zum einen dazu beitragen, weitere Anreize zu einer noch gründlicheren Prüfung bei Verdacht auf Bilanzmanipulationen zu setzen. Freilich darf man insoweit wohl auch keine Wunder erwarten, denn schon die bestehenden Haftungs- und vor allem Reputationsschäden sind ja nicht gering. Eine höhere Haftung der Abschlussprüfer könnte zum anderen helfen, eingetretene Schäden zu kompensieren. Diese primäre Funktion von Schadensersatz steht selbständig neben der (möglicherweise bedingt wirksamen) präventiven Anreizfunktion und könnte eine Haftungsverschärfung für sich genommen rechtfertigen, zumal Bilanzmanipulationen bisweilen in der Insolvenz des Unternehmens enden, wodurch erhebliche Schäden bei Gläubigern und Anlegern verursacht werden.

Dass durch eine Haftungsverschärfung die Abschlussprüfung in Deutschland teurer würde (weil die Versicherungsprämien steigen würden), ist kein durchschlagendes Gegenargument, weil Studien zeigen, dass die Abschlussprüfung in Deutschland verglichen mit den Abschlussprüfungen in anderen Ländern ohnehin vergleichsweise günstig ist¹³ (was möglicherweise gerade an dem Haftungsprivileg gem. § 323 HGB liegt, das es so in anderen Ländern offenbar nicht gibt). Der Einwand, dass der Beruf des Abschlussprüfers dann noch unattraktiver würde, ist zwar nachvollziehbar, kann u.E. aber kein Grund für eine Haftungsbegrenzung sein. Das Thema Abschlussprüferhaftung bedürfte freilich sicher noch weiterer Überlegungen.

Keine Verstaatlichung der Prüfungssparten

Die Prüfung von Abschlüssen geschieht, wie angedeutet, im öffentlichen Interesse. Vor diesem Hintergrund wird teilweise eine Verstaatlichung der Abschlussprüfung erwogen.

Das empfiehlt sich u.E. nicht.

Zum einen stellen sich insoweit schwierige verfassungs- und berufspolitische Fragen. Eine Verstaatlichung der Abschlussprüfung wäre ein gravierender Eingriff in die Berufsfreiheit der Abschlussprüfer. Solche Eingriffe erscheinen jedenfalls einstweilen unverhältnismäßig, weil abgewartet werden sollte, ob es dem Berufsstand gelingt, eine wirkungsvolle Betrugsprüfung durch die Abschlussprüfung (im Verbund mit der Bilanzkontrolle, dazu näher sogleich) zu etablieren.

Zum anderen zweifeln wir aber auch an der Praktikabilität solcher Ideen. Eine behördliche Abschlussprüfung multinationaler Konzern erscheint uns zumindest einstweilen nicht leistbar. Insbesondere müssten Know How, internationale Netzwerke und Informationsabkommen aufgebaut werden, was jedenfalls kurz- bis mittelfristig nicht realistisch erscheint. Hier bilden die großen

¹² Zu einem rechtsvergleichenden Überblick über unterschiedliche Modelle der Haftung der Abschlussprüfer s. W. Doralt, ZGR 2015, 2015 266 m.w.N.

¹³ [FT v. 3.7.2020, After Wirecard: is it time to audit the auditors?](#): "Audit fees in Europe are far below those in the US. Audits of Russell 3000 index companies in the US cost 0.39 per cent of company turnover on average. Those in Europe average just 0.13 per cent, while for German companies it is a feeble 0.09 per cent."

Prüfungsgesellschaften aktuell ein Oligopol, das sehr schwierig zu ersetzen sein dürfte (was freilich Teil des Problems ist - "too important and too few to fail").

Umso wichtiger ist es u.E. deshalb, die Betrugsprüfung in Verdachtsfällen zu stärken (dazu siehe oben und sogleich).

Bilanzkontrolle durch BaFin und DPR

Geltender Rechtsrahmen

Im bislang geltenden System der zweistufigen Bilanzkontrolle sind die Aufgaben zwischen der DPR und der BaFin aufgeteilt: Solange die DPR als privatrechtlich organisierte erste Stufe der Bilanzkontrolle anerkannt ist, finden stichprobenartige Prüfungen durch die BaFin nur auf Veranlassung der Prüfstelle statt (§ 108 I 1 WpHG). Im Übrigen (also bezogen auf sog. Anlassprüfungen) stehen der BaFin eigene Prüfungsbefugnisse (nach § 107 WpHG) erst zu, wenn entweder das geprüfte Unternehmen mit der DPR nicht zusammenarbeitet oder mit dem Ergebnis der Prüfung nicht einverstanden ist, oder die BaFin erhebliche Zweifel an der Richtigkeit des Prüfungsergebnisses der Prüfstelle oder an der ordnungsgemäßen Durchführung der Prüfung durch die Prüfstelle hat (§ 108 I 2 WpHG). Zwar kann die BaFin daneben die Prüfung auch dann jederzeit an sich ziehen, wenn sie zugleich eine Prüfung nach § 44 I 2 KWG, § 14 S. 2 KAGB oder § 306 I Nr. 1 VAG durchführt und die Prüfungen denselben Gegenstand betreffen. Diese Prüfungen betreffen aber nur regulierte Bereiche (Kreditinstitute, Kapitalverwaltungsgesellschaften und Versicherungsunternehmen), also nicht die breite Masse der nicht-regulierten kapitalmarktorientierten Unternehmen. Schließlich kann die BaFin von der DPR auch die Einleitung einer Prüfung verlangen (§ 108 II WpHG). In diesem Fall ist die DPR freilich keine bloße, weisungsgebundene Verwaltungshelferin der BaFin (wie gem. § 107 IV WpHG), sondern sie führt das Verfahren in eigener Verantwortung und unabhängig von der BaFin.

Solange die DPR als privatrechtlich organisierte Prüfstelle anerkannt ist, liegt der Schwerpunkt der Prüfung mithin bei ihr. Die BaFin als Behörde wird erst und nur eingeschaltet,

- wenn entweder das geprüfte Unternehmen nicht kooperiert (§ 108 I 2 Nr. 1 WpHG) oder
- die BaFin erhebliche Zweifel an dem Prüfungsergebnis oder
- der Durchführung der Prüfung durch die DPR hat (§ 108 I 2 Nr. 2 WpHG) oder
- es um die Sanktionierung eines festgestellten Fehlers geht (§ 109 WpHG).

Die DPR ihrerseits prüft nach Maßgabe des § 342b HGB. Danach stehen der Prüfstelle keine hoheitlichen Befugnisse zu, namentlich hat sie keine eigenen Ermittlungsbefugnisse gegenüber nachgeordneten Mitarbeitern des geprüften Unternehmens oder gar gegenüber Dritten. Vielmehr ist die DPR gem. § 342b IV HGB im Wesentlichen auf Auskünfte und Unterlagen verwiesen, die die gesetzlichen Vertreter des geprüften Unternehmens oder die von diesen benannten Hilfspersonen erteilen und vorlegen.

Insgesamt ist das Verfahren vor der DPR nach dem gesetzlichen Modell darauf angelegt, dass das geprüfte Unternehmen mit der Prüfstelle kooperiert. Dieses kooperative Element, das in der ersten Stufe des Enforcement-Verfahrens angelegt ist, gilt vielen sogar mit Recht als ein entscheidender Vorteil des deutschen Modells.

Hinsichtlich des Prüfungsziels sind sowohl die Prüfung durch die DPR als auch die durch die BaFin nach dem Wortlaut des Gesetzes breit anzulegen: Zu prüfen ist, ob die geprüften Abschlüsse den gesetzlichen Vorschriften entsprechen (§ 106 WpHG, § 342b II 1 HGB). Das schließt dem Wortlaut nach die Prüfung auf vorsätzliche Bilanzmanipulationen ein, denn auch solche verstoßen

selbstverständlich (erst recht) gegen die gesetzlichen Vorschriften. Dem entspricht es, dass das Gesetz nicht nur stichprobenartige Prüfungen (ohne konkrete Anhaltspunkte für einen Fehler), sondern auch Anlassprüfungen kennt (§ 107 I WpHG, § 342b II 3 HGB), bei denen "konkrete Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen Rechnungslegungsvorschriften vorliegen". Solche konkreten Anhaltspunkte können sich nach der Regierungsbegründung zu den Vorschriften insbesondere aus Anzeigen von Mitarbeitern und / oder Berichten in der Wirtschaftspresse ergeben. Das zeigt, dass es dem Gesetz mit der Bilanzkontrolle durchaus auch um Prävention vor Bilanzbetrug geht.

Allerdings sind im geltenden System insoweit zwei innere Widersprüche angelegt:

1. Die DPR hat für eine Betrugsprüfung keine auch nur annähernd ausreichenden Prüfungsbefugnisse, sondern sie ist, wie angedeutet, nach Maßgabe des § 342b HGB im Wesentlichen auf die Kooperation, Auskünfte und Unterlagen der gesetzlichen Vertreter des geprüften Unternehmens angewiesen. Diese können zudem nach § 342b IV 2, 3 HGB Auskünfte und Vorlagen verweigern, soweit ihnen und ihren in § 52 I StPO bezeichneten Angehörigen hierdurch die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung oder eines Verfahrens nach dem OWiG drohen würde. Da Bilanzmanipulationen möglicherweise nicht ohne Wissen und Wollen der Geschäftsleitung geschehen, wird die DPR hier abhängig gemacht von Auskünften und Unterlagen derer, die möglicherweise Bilanzbetrug begangen haben. Dass derart begrenzte Prüfungsbefugnisse nicht viel zu Tage fördern können und in Fällen, in denen Verdacht auf Betrug besteht, nicht zielführend sind, liegt auf der Hand. Zwar kann sich die DPR gem. § 342b I 4 HGB bei der Durchführung ihrer Aufgaben auch anderer Personen bedienen. Aber diese Hilfspersonen hätten dann auch keine weiter reichenden Befugnisse als die DPR selbst.
2. Die BaFin als öffentliche Behörde hat zwar die Befugnisse, die für eine forensische Prüfung nötig sind. Insbesondere kann sie auch nachgeordnete Mitarbeiter des Unternehmens und den Abschlussprüfer befragen (§ 107 V WpHG) und ggf. sogar die strafrechtlichen Ermittlungsbehörden einbeziehen (§§ 107 IV, 110 WpHG). Die BaFin ist aber, solange eine Prüfstelle anerkannt ist, wie dargelegt zunächst nur sekundär zuständig. Und sie hat dem Vernehmen nach aktuell wohl ebenfalls nicht die finanzielle Ausstattung, um solche forensischen Prüfungshandlungen adäquat selbst vorzunehmen oder vornehmen zu lassen. Das gilt insbesondere bei grenzüberschreitenden Sachverhalten in international agierenden Unternehmen.

Beide inneren Widersprüche des Systems sind weithin bekannt und offenbar vom Gesetzgeber in Kauf genommen.

Freilich *kann* die BaFin, die nach gesetzlicher Vorgabe für die Bilanzkontrolle aller kapitalmarktorientierten Unternehmen zuständig ist, u.E. das Prüfverfahren auch bereits de lege lata noch vor Abschluss eines Verfahrens bei der DPR an sich ziehen oder es erst gar nicht an die DPR geben, sondern von vornherein selbst durchführen. Grundlage dafür ist § 108 I 2 Nr. 2 WpHG: Wenn Umstände vorliegen, die einen Verdacht auf Bilanzmanipulationen durch die Geschäftsleitung des zu prüfenden Unternehmens nahelegen, dann macht eine Prüfung durch die DPR, deren Befugnisse gem. § 342b IV HGB auf die Kommunikation mit eben dieser Geschäftsleitung beschränkt sind, im Ansatz wenig Sinn. Wenn gerade Befugnisse gegen die gesetzlichen Vertreter der geprüften Gesellschaft gefordert sind, welche die DPR nach dem Gesetz nicht hat, verzögert eine Einschaltung der DPR als Prüferin auf der ersten Stufe nur das Verfahren. Eine "ordnungsgemäße Durchführung der Prüfung durch die Prüfstelle" ist dann nur formal, dem Protokoll entsprechend zu erwarten, aber nicht materiell. In solchen Fällen, in denen staatliche Ermittlungsbefugnisse angezeigt sind, kann §

108 I 2 Nr. 2 WpHG deshalb dahingehend ausgelegt werden, dass er ein unmittelbares Tätigwerden der BaFin ermöglicht.

Vorschläge zur Verbesserung de lege ferenda

U.E. entspricht es der berechtigten Erwartungshaltung des Kapitalmarktes, dass die Bilanzkontrolle auch dazu beiträgt, Bilanzmanipulationen zu entdecken und zu ahnden. Die Bilanzkontrolle sollte vernünftigerweise nicht nur so angelegt sein, dass unabsichtliche Fehler entdeckt werden, sondern sollte gerade auch darauf zielen, vorsätzlichen Bilanzbetrug zu erkennen. Das entspricht u.E. so schon dem geltenden Recht, sollte aber ggf. noch deutlicher klargestellt werden. Die Bilanzkontrolle sollte, wenn sich einschlägige Anhaltspunkte ergeben, eine echte Betrugskontrolle sein. An Fällen des Bilanzbetrugs beweist sich der Wirkungsgrad des Systems der Überwachung der Unternehmensrechnungslegung.

Stimmt man dieser grundsätzlichen rechtspolitischen Zielsetzung zu, dann ist das System der Bilanzkontrolle freilich so zu justieren, dass es diese Aufgabe sachgerecht erfüllen kann. Das erfordert insbesondere

- ausreichende Ermittlungsbefugnisse der zuständigen Stellen,
- deren angemessene finanzielle und personelle Ausstattung¹⁴ und
- Unabhängigkeit von politischen Einflussnahmen.

Denn, wie aktuelle Fälle wieder belegen, sind Durchsetzungsvermögen, Schlagkräftigkeit und Geschwindigkeit die Grundvoraussetzungen für eine wirkungsvolle Aufsicht.

Hinsichtlich der Befugnisse der Bilanzkontrollinstanz sind u.a. eigene Ermittlungsbefugnisse gegenüber nachgeordneten Mitarbeitern des geprüften Unternehmens, gegenüber dem Abschlussprüfer, aber auch gegenüber Dritten, die z.B. Saldenbestätigungen erteilen können, unabdingbar. Auch weitergehende Befugnisse wie Durchsuchungs- oder Beschlagnahmefugnisse sind zu erwägen. § 107 IV bis VI WpHG sollten insoweit punktuell ausgeweitet werden. Idealerweise sollte die BaFin schließlich in ein Netzwerk internationaler Enforcement-Stellen eingebunden sein, um Ermittlungen in anderen Ländern zu ermöglichen.

Hinsichtlich der Frage, ob ein Enforcement bei einer Behörde zentriert oder auf eine private Prüfstelle und eine Behörde aufgeteilt werden sollte, sind wir überzeugt, dass sich das gemischte deutsche Modell grundsätzlich bewährt hat. Allerdings sollte die DPR künftig nur noch für die stichprobenartigen Prüfungen zuständig sein. Das schließt naturgemäß nicht aus, dass die BaFin in Fällen einer Anlassprüfung, bei denen sich keinerlei Verdacht auf vorsätzliche Verletzungen von Rechnungslegungsvorschriften ergibt, die DPR auch mit diesen Anlassprüfungen beauftragt. Sobald sich dagegen Anhaltspunkte für gravierende Bilanzverstöße ergeben, bei denen weitergehende Ermittlungsbefugnisse als die in § 342b IV HGB der DPR zugewiesenen sinnvoll erscheinen, sollte die DPR unzuständig und statt ihrer eine Behörde zuständig sein. Ergeben sich solche Anhaltspunkte im Zuge einer stichprobenartigen Prüfung durch die DPR, sollte diese verpflichtet sein, das Verfahren unverzüglich an die zuständige Behörde abzugeben, damit dort die notwendigen Ermittlungsbefugnisse ausgeübt werden können.

Die Enforcement-Behörde wiederum muss angemessen finanziell und personell ausgestattet sein. Eine wirkungsvolle Bilanzbetrugsprüfung ist nicht billig zu haben. Sie sollte außerdem, um politisch

¹⁴ Vgl. dazu auch Jackson/Roe, Public and Private Enforcement of Securities Laws: Resource-Based Evidence Journal of Financial Economics (JFE), Vol. 93, 2009.

motivierte Einflussnahmen auszuschließen, den Status einer unabhängigen Behörde haben, die ausschließlich dem Legalitätsprinzip verpflichtet ist.

Hinsichtlich der Frage, bei welcher Behörde und auf welcher nationalen oder internationalen Ebene eine Enforcement-Behörde angesiedelt werden sollte, können wir uns ein Mischmodell vorstellen:

- Grundsätzlich obliegt die Bilanzkontrolle in Fällen des Verdachts auf Bilanzmanipulationen bei nationalen Unternehmen der BaFin (oder einer anderen nationalen Behörde). Ergänzend bleiben bei Verdacht auf Bilanzdelikte die Staatsanwaltschaften zuständig.
- Für große Unternehmen, die auch für den europäischen Kapitalmarkt systemrelevant sind, wäre demgegenüber die Zuständigkeit einer EU-Enforcement-Stelle zu erwägen¹⁵. Das würde dem Verdacht entgegenwirken, dass nationale Behörden ihre nationalen "Champions" bevorzugten und würde im Übrigen auch dem Ziel eines europäischen Kapitalmarkts besser gerecht. Um eine praktisch handhabbare Aufsichtsaufteilung zu gewährleisten, könnte man erwägen, z.B. Unternehmen des nationalen Spitzenindex (in Deutschland z.B.: nur die DAX 30) der europäischen Bilanzkontrolle zu unterwerfen, die übrigen Unternehmen blieben in nationaler behördlicher Zuständigkeit.

Im Gesamtbild ergäbe sich danach ein *Drei-Säulen-Modell*:

1. "Reguläre" stichprobenartige Bilanzkontrolle: DPR.
2. Anlassbezogene Bilanzkontrolle in Fällen, bei denen die Unternehmen zum DAX 30 gehören: EU-Enforcement-Behörde.
3. Anlassbezogene Bilanzkontrolle in Fällen, bei denen die Unternehmen nicht zum DAX 30 gehören: BaFin.

Für die strafrechtliche Verfolgung von Bilanzdelikten bei kapitalmarktorientierten Unternehmen könnte die fachliche Konzentration bei einer "Bilanz-Staatsanwaltschaft" als Abteilung der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt a.M. erwogen werden.

Unabhängig davon, wie die Aufteilung der Zuständigkeiten verschiedener nationaler und europäischer Enforcement-Behörden im Detail ausgestaltet wird, ist entscheidend, dass falladäquat wirkungsvolle behördliche Ermittlungsbefugnisse zur Verfügung stehen. Eine privatrechtlich organisierte Prüfstelle kann und sollte daher nur die Vielzahl der Fälle kontrollieren, bei denen kein Verdacht auf Bilanzmanipulationen besteht.

Die jeweilige Enforcement-Behörde wiederum sollte eine Art "schnelle Eingreiftruppe" aufbauen, die zahlen-, ausbildungs- und ressourcenmäßig in der Lage ist, prominente und auch größere Fälle rasch und wirkungsvoll aufzuklären. Das würde eine Behörde unzweifelhaft vor besondere Herausforderungen stellen; Know-how und Personal müssten erst aufgebaut werden, und zwar in einem Wettbewerbs- und Arbeitsmarktumfeld, das derzeit von freiberuflich gut bezahlten Berufsträgern beherrscht wird. Auf EU-Ebene sollte dies aber möglich sein. Im Übrigen zeigen Erfahrungen aus der Steuerverwaltung (z.B. mit dem Bundeszentralamt für Steuern, BZSt), dass es durchaus auch national möglich sein kann, in Behördenstrukturen effektive Kontrollinstanzen aufzubauen.

Uns ist bewusst, dass jede Aufteilung auf verschiedene Stufen und / oder Ebenen Abgrenzungsprobleme aufwirft. In der Sache wäre das allerdings auch bei einem einstufigen Verfahren, das etwa allein bei der BaFin konzentriert wäre, nicht anders. Auch die BaFin könnte

¹⁵ Ebenso Krahen/Langenbucher, *The Wirecard lessons: A reform proposal for the supervision of securities markets in Europe*, SAFE Policy Letter No. 88 (July 2020).

vernünftigerweise nicht bei jedem Fall forensische Prüfungshandlungen durchführen; das wäre unwirtschaftlich und unverhältnismäßig. Auch bei einer reinen Behördenlösung muss deshalb eine Grenze zwischen den “unproblematischen” und den problematischen Fällen gezogen werden. Das entspricht der hier vorgeschlagenen Aufgabenaufteilung zwischen DPR und BaFin / EU-Behörde.

Die Fälle, bei denen “Anhaltspunkte” für eine möglicherweise betrügerische Bilanzmanipulation sprechen und bei denen deshalb eine gründliche, forensisch ausgerichtete Prüfung gerechtfertigt ist, müssen rechtssicher konkretisiert werden. Als Mittel könnte insoweit ggf. ein BaFin-Leitfaden entworfen werden, der einschlägige Regelbeispiele sammelt. Hier könnten die Erfahrungen von DPR und BaFin, aber auch von internationalen Enforcement-Stellen zusammengeführt werden.

Wir empfehlen außerdem eine Staatshaftung der Bundesrepublik Deutschland jedenfalls für grob fahrlässiges Fehlverhalten der Enforcement-Behörde. Dass die BaFin angeblich nur im Interesse der Institution des Kapitalmarkts tätig wird und geschädigte Anleger keinen Schadensersatz verlangen können, ist rechtspolitisch unbefriedigend. Haftungsrisiken halten zu pflichtgemäßem Verhalten an. Dieser Mechanismus gilt auch für die BaFin.

Varia

Börsenkriterien

Erwogen werden könnte ferner, die Kriterien für die Zulassung zu bestimmten Börsensegmenten von der Einhaltung bestimmter Good Corporate Governance Standards abhängig zu machen. Wenn junge Unternehmen, die noch keine längere CG-Historie aufweisen können und z.B. nicht einmal einen Prüfungsausschuss haben, in den DAX 30 aufgenommen werden können, dann ist das nicht unproblematisch. Der Schaden für das Ansehen des deutschen und europäischen Kapitalmarkts kann immens sein, wenn ein solches Unternehmen kollabiert.

Maßnahmen zum Schutz von Whistleblowern

Ein für das deutsche Recht neues Instrument, das bei der Bewältigung der Krise der Bilanzprüfung nutzbar gemacht werden könnte, ist das Whistleblowing. Dieses wird auf europäischer Ebene durch die kürzlich verabschiedete Whistleblowing-Richtlinie (EU/2019/1937¹⁶) geregelt, die bis zum 17. Dezember 2021 in deutsches Recht umzusetzen ist. Die Whistleblowing-Richtlinie erstreckt sich in ihrem Anwendungsbereich (= Meldung von Verstößen gegen EU-Rechtsakte) sogar ausdrücklich auf die Abschlussprüfer-VO (PIE-VO [EU/537/2014]) sowie die Transparenz-RL (2004/109/EG)¹⁷ und damit auf die gesamte Finanzberichterstattung, so dass sich in diesem Zusammenhang ohnehin ein Änderungsbedarf ergeben hätte.

Zentrales Element des Regelungskonzepts der Whistleblowing-Richtlinie ist der Schutz der Hinweisgeber, die darauf einen Anspruch haben, wenn sie hinreichenden Grund zu der Annahme hatten, dass die gemeldeten Informationen über Verstöße zum Zeitpunkt der Meldung der Wahrheit entsprachen und dass sie über interne Kanäle, die von juristischen Personen des privaten und öffentlichen Rechts einzurichten sind, Meldung erstattet haben oder eine Offenlegung vorgenommen haben (Art. 6 Whistleblowing-Richtlinie). Dieser Schutz der Hinweisgeber muss so ausgestaltet sein, dass diese keinen Androhungen oder Repressalien ausgesetzt werden dürfen (Art. 19 ff. Whistleblowing-Richtlinie). Zudem müssen die Mitgliedstaaten unterstützende Maßnahmen vorsehen.

¹⁶ Richtlinie (EU) 2019/1937 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2019 zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden vom 23.10.2019, ABl. EU Nr. 305 v. 26.11.2019, S. 17 ff.

¹⁷ ABl. EU Nr. 390 v. 31.12.2004, S. 38.

Den Mitgliedstaaten steht es zudem frei, bei anonymen Meldungen eine Pflicht der jeweiligen juristischen Personen des privaten und öffentlichen Rechts oder der zuständigen Behörde zur Entgegennahme und Weiterverfolgung anonymer Meldungen vorzusehen (Art. 6 Abs. 2 Whistleblowing-Richtlinie).

Bei der Umsetzung dieser Vorgaben in deutsches Recht im Zusammenhang mit der vorliegenden Problematik sollte erwogen werden, der BaFin das Recht einzuräumen, von den Abschlussprüfern eines Unternehmens eine Stellungnahme zu konkreten Hinweisen einzufordern, soweit die BaFin nach der Prüfung dieser Hinweise zu der Überzeugung gelangt, dass ein Anfangsverdacht einer unrichtigen Bilanzierung vorliegt. Damit könnte sichergestellt werden, dass Informationen von Hinweisgebern Eingang in die Abschlussprüfung finden. Mit der Einschaltung der BaFin wäre zum einen sichergestellt, dass offensichtlich unrichtige und missbräuchlich erhobene Vorwürfe keine Beachtung finden. Zum anderen würde auf diese Weise ein größerer Druck auf den Abschlussprüfern lasten, sich mit diesen Hinweisen kritisch auseinanderzusetzen.