

# SCHRIFTEN ZUR RECHNUNGSLEGUNG

---

## **BAND 8**

### **Herausgeber:**

Prof. Dr. Volker BREITHECKER, Universität Duisburg-Essen,  
Campus Duisburg

Prof. Dr. Roland EULER, Johannes Gutenberg-Universität Mainz

Prof. Dr. Michael HOMMEL, Johann Wolfgang Goethe-Universität  
Frankfurt am Main

Prof. Dr. Detlef KLEINDIEK, Universität Bielefeld

Prof. Dr. Joachim KRAG, Philipps-Universität Marburg

Prof. Dr. Ute SCHMIEL, Universität Duisburg-Essen, Campus Essen

# Durchsetzung ordnungsgemäßer Rechnungslegung in Deutschland Enforcement nach dem Bilanzkontrollgesetz

Von

Dr. jur. Michael Schmidt-Versteyl, Rechtsanwalt

ERICH SCHMIDT VERLAG

## **Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek**

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über [dnb.ddb.de](http://dnb.ddb.de) abrufbar.

## **Weitere Informationen zu diesem Titel finden Sie im Internet unter**

[ESV.info/978 3 503 11025 4](http://ESV.info/978_3_503_11025_4)

Zugl.: Bielefeld, Univ., Diss., 2007, u. d. T.

Enforcement nach dem Bilanzkontrollgesetz –  
Durchsetzung ordnungsgemäßer  
Rechnungslegung in Deutschland

ISBN 978 3 503 11025 4

ISSN 1617-4860

Alle Rechte vorbehalten

© Erich Schmidt Verlag GmbH & Co., Berlin 2008

[www.ESV.info](http://www.ESV.info)

Druck und Bindung: Hubert & Co., Göttingen

# Inhaltsverzeichnis

Geleitwort.....	VII
Vorwort.....	IX
Abkürzungsverzeichnis .....	XIX
A. Einleitung .....	1
I. Gegenstand der Untersuchung .....	1
II. Zielsetzung der Arbeit/Gang der Untersuchung .....	2
III. Definition „Enforcement“ .....	4
IV. Enforcement: Ein weiteres Element externer Corporate Governance – Externe Rechnungslegung als Gegenstand des Enforcements .....	6
V. Erwartungen an ein wirksames Enforcement – Funktionen des Enforcements .....	9
VI. Europäische Rahmenbedingungen für das Enforcement.....	11
1. EU-Kommission .....	12
2. Das Committee of European Securities Regulators (CESR).....	13
3. EU-Transparenz-Richtlinie.....	14
B. Das Bilanzkontrollgesetz (BilKoG) und seine Entstehung.....	17
I. Die Diskussion um die Notwendigkeit eines Enforcements in Deutschland .....	17
II. Privates oder staatliches Enforcement? .....	18
III. Die Empfehlungen des AKEU der Schmalenbach- Gesellschaft zum Enforcement .....	19
IV. Die Initiative des IDW zur Schaffung einer Enforcement- Instanz.....	21
1. Erster Vorschlag: rein privatrechtlich .....	21
2. Zweiter Vorschlag: Verbindung privatrechtlich/hoheitlich.....	22
V. Die Empfehlungen zur Durchsetzung ordnungsgemäßer Rechnungslegung im Bericht der Regierungskommission Corporate Governance .....	22
VI. „Zwei-Säulen-Modell“ als Verbund aus privatrechtlich organisierter und hoheitlicher Instanz .....	22
VII. Die Empfehlungen des Arbeitskreises „Abschlussprüfung und Corporate Governance“ .....	24
VIII. Das 10-Punkte-Programm „Unternehmensintegrität und Anlegerschutz“.....	24
IX. Der Referentenentwurf für ein Bilanzkontrollgesetz.....	26
1. Wesentliche Zielsetzungen und einzelne Elemente des BilKoG.....	26
2. Gesetzgebungskompetenz des Bundes .....	27
X. Der Regierungsentwurf für ein Bilanzkontrollgesetz.....	29
1. Bestimmung der einer Prüfung unterliegenden Unternehmen .....	29

## Inhaltsverzeichnis

2.	Rechtsfolgen bei Feststellung eines Bilanzfehlers .....	30
3.	Umfang der Prüfung: Keine Vollprüfung.....	31
4.	Reichweite der Sperrwirkung der aktienrechtlichen Institute .....	31
XI.	Der Gesetzesentwurf in seiner Endfassung – wesentliche Änderungen zum Regierungsentwurf .....	32
1.	Verschiebung des Enforcement-Starts .....	32
2.	Schaffung einer Haftungshöchstgrenze .....	32
3.	Selbstaufgriffsrecht der BaFin bei der Gefahr von Doppelprüfungen .....	33
4.	Änderung des § 43a Abs. 4 Wirtschaftsprüferordnung .....	33
5.	Änderung §§ 1, 22 und 50 sowie Anlage 1 Gerichtskostengesetz, Anlage 1 Rechtsanwaltsvergütungsgesetz .....	34
XII.	Gesetzliche Verankerung des Enforcements .....	34
1.	Handelsgesetzbuch (HGB) .....	34
2.	Wertpapierhandelsgesetz (WpHG).....	34
3.	Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz (FinDAG).....	35
4.	Aktengesetz (AktG).....	35
C.	Prüfstelle und BaFin als Enforcer im zweistufigen Bilanzkontroll- Verfahren.....	37
I.	Die Deutsche Prüfstelle für Rechnungslegung (DPR).....	39
1.	Anerkennung durch Vertrag und Übertragung der Aufgaben .....	39
a)	Materielle Voraussetzungen der Anerkennung .....	40
b)	Wesentlicher Inhalt des Anerkennungsvertrages .....	41
c)	Laufzeit des Vertrages .....	41
2.	Die Trägerschaft durch einen Verein .....	42
3.	Das Binnenrecht der DPR – die Satzung .....	44
4.	Mitgliedschaft im Verein .....	44
5.	Die Organisationsstruktur der DPR und ihre Vereinsorgane .....	47
a)	Mitgliederversammlung .....	47
b)	Vorstand .....	47
c)	Normierungsausschuss .....	48
d)	Das Vereinsorgan „Prüfstelle“ .....	48
aa)	Die personelle Besetzung und das Anforderungsprofil für die Mitglieder der Prüfstelle .....	50
bb)	Das Unabhängigkeitspostulat aus § 342 b Abs. 1 Satz 2 HGB, Ausschlussgründe nach § 14 DPR-VO .....	52
6.	Die Führung der Geschäftsstelle .....	56
7.	Die Vertretung des Vereins nach außen .....	56
8.	Die Verfahrensordnung der Prüfstelle .....	57
9.	Die bei der Prüfstelle gebildeten Ausschüsse .....	58

## Inhaltsverzeichnis

10.	Geschäftsverteilungsplan und Kammern.....	60
11.	Verschwiegenheitspflicht und Verwertungsverbot; Strafbarkeit eines Geheimnisverrates durch Beschäftigte der Prüfstelle.....	61
	a) Verschwiegenheitspflicht und Verwertungsverbot .....	61
	b) Bei der Prüfstelle Beschäftigte .....	64
12.	Rechtsstatus der Prüfstelle.....	64
	a) Verwaltungshelfer .....	65
	b) Beileihung.....	66
	c) Regulierte Selbstregulierung als Teil einer Kooperationsform „sui generis“ .....	70
	d) Zusammenfassung .....	74
II.	Die BaFin als Enforcer .....	75
	1. Grundsätzliches zur BaFin .....	75
	2. Die Rolle der BaFin im zweistufigen Enforcement- Verfahren im Überblick.....	75
	3. Verschwiegenheitspflicht und allgemeines Verwertungsverbot .....	77
D.	Das Enforcement-Verfahren im Einzelnen – eine problemorientierte Analyse.....	81
I.	Prüfungsadressaten (betroffene Unternehmen) .....	81
	1. Kriterium der Zulassung.....	82
	2. Konzentration auf kapitalmarktorientierte Unternehmen.....	83
	3. Unabhängigkeit vom Sitz des Unternehmens.....	84
II.	Prüfungsanlässe .....	85
	1. Anlassprüfung – reaktive Prüfung.....	85
	a) Informationsquellen .....	85
	aa) Medienanalyse .....	86
	bb) Initiativrecht des Unternehmens .....	86
	cc) Hinweise unternehmensinterner Kreise .....	87
	dd) Der Abschlussprüfer als Informant .....	89
	ee) Durchsicht aller Abschlüsse.....	89
	b) Definition „Konkrete Anhaltspunkte“.....	90
	c) Unterbleiben der Prüfung bei fehlendem öffentlichen Interesse .....	91
	2. Prüfung auf Verlangen der BaFin.....	94
	3. Stichprobenartige Prüfung – proaktive Prüfung.....	94
	a) Auswahlverfahren für die Stichprobenprüfung gemäß § 342b Abs. 2 Satz 3 Nr. 3 HGB .....	97
	aa) Risikoorientierte Auswahl.....	97
	bb) Geschichtetes Stichprobenverfahren mit risikoorientiertem Element.....	97
	b) Auswahl der in Stichproben zu prüfenden Unternehmen/ Prüfungsinhalte.....	98
	4. Prüfung durch die BaFin .....	98
III.	Prüfungsgegenstand .....	99

## *Inhaltsverzeichnis*

1.	Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages oder der Satzung betreffend die Rechnungslegung .....	101
2.	Buchführung .....	102
3.	Einzelabschluss.....	102
4.	Zwischenabschlüsse und -berichte .....	103
5.	Risikomanagement .....	104
IV.	Prüfungsumfang.....	105
1.	Bei der Anlassprüfung.....	107
2.	Bei der Stichproben-Prüfung.....	108
3.	(Konzern-)Lagebericht .....	108
V.	Kompetenz der Prüfstelle und der BaFin zur Auslegung von IAS/IFRS .....	109
VI.	Mitwirkungspflichten/Auskunftspflichten.....	111
1.	Auskunfts- und Vorlagepflichten des Unternehmens gegenüber der Prüfstelle .....	111
a)	Der Begriff der „Mitwirkung“ des Unternehmens auf der Ersten Stufe .....	113
b)	Entscheidung des Unternehmens über die Mitwirkung – Pflicht des Vorstandes einer AG zur Mitwirkung?.....	114
c)	Gesetzliche Vertreter und „sonstige Personen“ .....	117
2.	Auskunfts- und Vorlagepflichten des Unternehmens gegenüber der BaFin.....	118
3.	Recht zur Auskunftsverweigerung .....	119
4.	Auskunfts- und Vorlagepflichten der Abschlussprüfer.....	121
a)	Auskunfts- und Vorlagepflichten gegenüber der Prüfstelle.....	121
b)	Auskunfts- und Vorlagepflichten gegenüber der BaFin .....	123
VII.	Berichtspflichten der Prüfstelle gegenüber der BaFin.....	125
VIII.	Der Übergang von der ersten auf die zweite Stufe .....	126
1.	Der Übergang nach § 37p Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG.....	127
2.	Der Übergang nach § 37p Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 WpHG.....	128
a)	Erhebliche Zweifel an der Richtigkeit des einvernehmlichen Prüfergebnisses .....	129
b)	Erhebliche Zweifel an der ordnungsgemäßen Durchführung der Prüfung .....	129
c)	Frist zur Aufnahme der Prüfung durch die BaFin.....	130
3.	Selbstanziehungsrecht der BaFin bei Prüfungen nach § 44 Abs. 1 Satz 2 KWG/§ 83 Abs. 1 Nr. 2 VAG.....	130
IX.	Die Bedienung anderer Personen und Einrichtungen – Hinzuziehung des Sachverständes Dritter .....	132
1.	Hinzuziehung Dritter durch die Prüfstelle.....	132
2.	Hinzuziehung Dritter durch die BaFin .....	133
3.	Bedienen der Prüfstelle durch die BaFin.....	134

## Inhaltsverzeichnis

X.	Verhältnis des externen Enforcements zu den aktienrechtlichen Kontrollinstrumenten .....	134
1.	Verhältnis des Rechnungslegungs-Enforcements zur Sonderprüfung .....	135
a)	Die Sonderprüfung nach § 258 AktG.....	136
b)	Die Sonderprüfung nach § 142 AktG.....	137
2.	Verhältnis des Rechnungslegungs-Enforcements zur Nichtigkeitsklage .....	138
a)	Reichweite der Speerwirkung .....	138
b)	Erstreckung der Sperrwirkung auf den Konzernabschluss .....	140
c)	Erstreckung der Sperrwirkung auf den Lagebericht .....	140
d)	Enforcement und Feststellungsinteresse .....	141
e)	Enforcement und Heilungsfristen nach § 256 Abs. 6 AktG, Folgeabschluss .....	142
3.	Verfahrensrechtliche Absicherung des Vorrangs der aktienrechtlichen Instrumente .....	144
4.	Prüfverfahren als Vorschaltverfahren? .....	145
5.	Durchführung einer Sonderprüfung oder Nichtigkeitsklage nach Beendigung einer Enforcement-Prüfung?.....	145
XI.	Mögliche Verfahrensabschlüsse .....	147
1.	Rechtliche Einordnung der denkbaren Verfahrensabschlüsse .....	147
2.	Rechtliche Einordnung der Verfahrensbeendigung durch die Prüfstelle, wenn Rechnungslegung keinen Fehler aufweist .....	148
3.	Rechtliche Einordnung des Einvernehmens zwischen betroffenem Unternehmen und Prüfstelle .....	148
a)	Privatrechtliches Schuldverhältnis .....	149
b)	Vergleich mit der „tatsächlichen Verständigung“ aus dem Steuerrecht .....	151
c)	Vergleich mit der „verbindlichen Zusage“ nach §§ 204 ff. AO.....	152
d)	Abstraktes und Deklaratorisches Anerkenntnis .....	152
e)	Einseitiges Schuldanerkenntnis .....	153
f)	Selbstbindung kraft Außendarstellung .....	155
4.	Wirkung der einvernehmlichen Fehlerfeststellung, Beweislastumkehr.....	155
5.	Zuständiges Organ zur Erklärung des Einverständnisses.....	156
6.	Rechtliche Einordnung der Verfahrensbeendigung durch die BaFin, wenn Rechnungslegung keinen Fehler aufweist.....	157
7.	Rechtliche Einordnung der Fehlerfeststellung durch die BaFin .....	158



## *Inhaltsverzeichnis*

a)	Fehlerfeststellung als feststellender Verwaltungsakt, Inhalt der Feststellungsverfügung.....	158
b)	Bindungswirkung für das Unternehmen .....	160
c)	Bindungswirkung für nachfolgende Gerichte .....	161
d)	Drittwirkung gegenüber Aktionären .....	164
e)	Zwischenergebnis.....	165
8.	Rechtliche Einordnung eines Einvernehmens zwischen betroffenem Unternehmen und BaFin.....	165
XII.	Fehlerfeststellung und ihre Folgen – Korrektur des festgestellten Fehlers .....	167
1.	Fehlerkorrektur.....	167
a)	Regelungsinhalt des BilKoG und gesetzlicher Rahmen.....	168
b)	Vorgaben zur Korrektur eines Fehlers im Jahresabschluss.....	170
aa)	Bei Fehlern, die nach § 256 AktG zur Nichtigkeit führen .....	171
bb)	Bei Fehlern unterhalb der Nichtigkeitsgrenze des § 256 AktG .....	175
cc)	Zwischenergebnis.....	177
c)	Vorgaben zur Korrektur eines Fehlers im Konzernabschluss.....	177
d)	Abschlüsse nach US-GAAP.....	180
e)	Ergebnis.....	180
2.	Auswirkungen auf Zahlungsansprüche, die auf der Gewinnfeststellung des jeweiligen Jahresabschlusses gründen .....	180
3.	Ergebnis .....	184
XIII.	Auswirkungen eines Enforcement-Verfahrens auf Folgeabschlüsse .....	185
XIV.	„Überholende Erledigung“ des Prüfverfahrens durch Verabschiedung des Folgeabschlusses? .....	186
XV.	Veröffentlichungs- und Mitteilungspflichten im Zusammenhang mit dem Enforcement .....	187
1.	Keine Bekanntmachungspflicht des Unternehmens bei ordnungsmäßiger Rechnungslegung .....	188
2.	Anordnung der Bekanntmachung durch die BaFin bei Fehlerfeststellung .....	188
a)	Unterbleiben der Anordnung mangels öffentlichem Interesse .....	188
b)	Unterbleiben der Anordnung bei Schadensgeeignetheit .....	189
aa)	Antragsgebundene Befreiung.....	189
bb)	Materielle Befreiungsvoraussetzungen .....	190
cc)	Rechtsnatur eines Dispenses .....	191

## Inhaltsverzeichnis

c)	Sanktionierung unterlassener Bekanntmachung .....	192
d)	Modalitäten der Bekanntmachung .....	192
3.	Keine Mitteilungspflicht an Hinweisgeber .....	194
4.	Berichts- und Mitteilungspflichten des betroffenen Unternehmens über Einleitung des Verfahrens .....	194
a)	Im Anhang des Folgeabschlusses/Konzernanhang .....	195
b)	Mitteilungspflicht nach § 15 Abs. 1 WpHG .....	195
aa)	Bei der stichprobenartigen Prüfung .....	198
bb)	Bei der anlassbezogenen Prüfung .....	198
cc)	Prognose .....	199
c)	Ad-hoc-Publizitätspflicht bei angeordneter Bekanntmachung .....	199
5.	Gesetzliche Anzeigepflichten der Enforcement-Stellen .....	199
a)	Mitteilung an Strafverfolgungsbehörden .....	200
b)	Übermittlungspflichten bei Verdacht auf Berufspflichtverletzung .....	201
c)	Übermittlungspflichten bei Verdacht auf Verletzung börsenrechtlicher Vorschriften .....	201
XVI.	Sanktions- und Durchsetzungsbefugnisse .....	201
1.	Prüfstelle .....	201
2.	BaFin .....	202
XVII.	Zusammenarbeit mit ausländischen Stellen .....	203
XVIII.	Staatliche Aufsicht .....	204
XIX.	Rechtsbehelfe .....	206
1.	Rechtsbehelfe gegen Maßnahmen der Prüfstelle .....	206
2.	Rechtsbehelfe gegen Maßnahmen der BaFin .....	207
XX.	Schadensersatzansprüche .....	208
1.	Die durch das BilKoG geschaffenen Haftungstatbestände betreffend die Prüfstelle und ihre Mitglieder .....	208
a)	Haftungsbeschränkung .....	209
b)	Haftungssummenbegrenzung .....	209
2.	Amtshaftung für fehlerhafte Bilanzkontrolle .....	211
a)	Prüfung der Rechnungslegung als Ausübung eines öffentlichen Amtes – haftungsrechtlicher Beamtenbegriff .....	212
aa)	Ausübung eines öffentlichen Amtes durch die BaFin .....	212
bb)	Ausübung eines öffentlichen Amtes durch die Prüfstelle – Prüfstelle als Beliehene? .....	212
b)	Verletzung einer drittbezogenen Amtspflicht .....	213
aa)	Amtspflichten .....	213
bb)	Drittbezogenheit der Amtspflicht .....	214
E.	Die Finanzierung des Enforcements .....	217
I.	Grundzüge des Finanzierungskonzepts .....	217

## *Inhaltsverzeichnis*

II.	Die Verordnung über die Umlegung von Kosten der Bilanzkontrolle nach § 17d FinDAG .....	219
F.	Pre-Clearance .....	221
G.	Erweiterung der unter das Enforcement fallenden Unternehmen auch auf nicht-kapitalmarktorientierte Unternehmen? .....	225
H.	Konklusion und Ausblick .....	227
I.	Anhang .....	229
	Literaturverzeichnis .....	231
	Sachverzeichnis .....	257