

Kurz-Zusammenfassung zum „Gutachten zur Prüfung der Rechtsauffassung der BaFin, dass die DPR nach § 342b Abs. 4 HGB auch dann auf erster Stufe prüfen muss und kann, wenn mögliche Betrugshandlungen (einschließlich möglicher Betrugshandlungen durch das Management) im Raum stehen“

Verhältnis von BaFin und DPR im zweistufigen Enforcementverfahren

Wirecard-Untersuchungsausschuss

Der Untersuchungsausschuss des Deutschen Bundestages soll das Verhalten der Bundesregierung und ihrer Geschäftsbereichsbehörden im Zusammenhang mit den Vorkommnissen um den Wirecard-Konzern umfassend untersuchen. Unter anderem soll aufgearbeitet werden, ob die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) etwaiges strafbares und/oder manipulatives Handeln erkannt hat oder früher hätte erkennen können. Bezogen auf die Bilanzkontrolle wirft dies Fragen bezüglich des Verhältnisses zwischen der Deutschen Prüfstelle für Rechnungslegung (DPR, §§ 342b ff. HGB) und der BaFin (§§ 106 ff. WpHG), also zwischen der ersten und zweiten Stufe des gegenwärtigen zweistufigen Enforcementverfahrens auf. Insbesondere ist fraglich, ob die BaFin bei im Raum stehenden Betrugshandlungen das Enforcementverfahren unmittelbar selbst durchführen bzw. von der DPR an sich ziehen kann.

Stellungnahme des AKBR

In seiner Stellungnahme „Denkbare weitere Schritte zur Reform von Abschlussprüfung, Bilanzkontrolle und Corporate Governance“ kommt der Arbeitskreis Bilanzrecht Hochschullehrer Rechtswissenschaft (AKBR) zu dem Ergebnis, die BaFin könne bereits nach geltender Rechtslage noch vor Abschluss eines Verfahrens bei der DPR, dieses an sich ziehen oder es erst gar nicht an die DPR geben, sondern die Prüfung von vornherein selbst durchführen. Denn im Falle von im Raum stehenden Bilanzmanipulationen durch die Geschäftsleitung mache eine Prüfung durch die DPR wenig Sinn, da diese auf die freiwillige Kooperation und die Kommunikation mit ebendieser Geschäftsleitung angewiesen sei. Eine ordnungsgemäße Prüfung im Sinne des § 108 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 WpHG sei in solchen Fällen nur formal, aber nicht materiell zu erwarten. Nur die BaFin hätte die Kompetenzen, auch forensische Prüfungen durchzuführen. In diesem Zusammenhang führt der AKBR überdies aus, gegenwärtig mangle es sowohl DPR als auch BaFin an der finanziellen Ausstattung, solche forensischen Prüfungen vorzunehmen. Dies mündet in Vorschlägen, wie de lege ferenda die Bilanzkontrolle deutlicher so angelegt werden sollte, dass nicht nur unabsichtliche Fehler entdeckt werden, sondern gerade vorsätzlicher Bilanzbetrug erkannt wird.

Gutachten von Böcking/Gros

In einem von der BaFin beauftragten Gutachten kommen Böcking/Gros zu teilweise deutlich anderen Ergebnissen als der AKBR, was Fragen bezüglich des Verhaltens der DPR im Zusammenhang mit den Vorkommnissen um den Wirecard-Konzern aufwirft. Die Verfasser danken der BaFin für die am 14. Oktober 2020 erfolgte Freigabe zur Veröffentlichung des Gutachtens, das einen Beitrag zur wissenschaftlichen Diskussion und zur Versachlichung der Diskussion um die Neugestaltung der Bilanzkontrolle leisten kann.

Zielsetzung des Enforcementverfahrens gemäß BilKoG 2004

Das zweistufige Enforcementverfahren wurde eingeführt, um gerade Bilanzmanipulationen bzw. Bilanzfälschungen sowie eine aus anderen Gründen fehlerhaften Rechnungslegung *aufzudecken*. Jenseits von Stichprobenprüfungen beurteilen hierzu die DPR und die BaFin jeweils eigenständig, ob bei einem Unternehmen konkrete Anhaltspunkte für einen Verstoß

gegen Rechnungslegungsvorschriften vorliegen. Ist dies der Fall, leitet entweder die DPR eigenständig eine Prüfung ein oder dies geschieht auf Verlangen der BaFin durch die DPR. Die Aufdeckung der Hintergründe einer fehlerhaften Rechnungslegung (forensische Prüfungen), also ob diese vorsätzlich erfolgt ist und wer, wie profitierte, ist jedoch weder Aufgabe der DPR noch der BaFin. Deshalb ist im HGB (§ 342b Abs. 8) und im WpHG (§ 110 Abs. 1 und 2) vorgesehen, dass - jeweils getrennt voneinander - sowohl die DPR als auch die BaFin Tatsachen, die den Verdacht einer Straftat im Zusammenhang mit der Rechnungslegung eines Unternehmens begründen, unverzüglich der Staatsanwaltschaft anzeigen, die dann eigene Ermittlungen aufnimmt. Die jeweils getrennte Vorgehensweise war expliziter Gegenstand im Gesetzgebungsverfahren, wobei sich die Bundesregierung für eine getrennte Anzeigeverpflichtung ausgesprochen hat, damit keine zeitliche Verzögerung dadurch eintritt, dass die DPR vor einer Anzeige zunächst die BaFin informieren müsse. Diese Vorgehensweise gilt gleichfalls für Tatsachen, die auf das Vorliegen einer Berufspflichtverletzung durch den Abschlussprüfer schließen lassen; in diesem Fall sind die Tatsachen - wiederum jeweils getrennt voneinander - an die Abschlussprüferaufsichtsstelle (APAS) beim Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle zu übermitteln.

Streng zweistufige Ausgestaltung des Enforcementverfahrens

Ausweislich der Regierungsbegründung zum BilKoG 2004 wurde das zweistufige Enforcementsystem als Angebot an die Wirtschaft verstanden, „sich beim Enforcement zu engagieren“. Dementsprechend wurde eine eigenständige und unabhängige Prüfung auf der ersten Stufe geschaffen; der Staat hat sich hierbei auf eine Reservefunktion der BaFin beschränkt. Im WpHG wurden hohe Hürden für ein Eingreifen der BaFin vorgesehen. Um die Autorität der DPR zu schützen, prüft die BaFin auf zweiter Stufe nur, wenn ein Unternehmen entweder nicht mit der DPR kooperiert bzw. deren Prüfungsergebnis nicht akzeptiert oder die BaFin *erhebliche* Zweifel an der Richtigkeit des Prüfungsergebnisses oder der ordnungsgemäßen Durchführung der Prüfung auf erster Stufe hat (§ 108 Abs. 1 Satz 2 WpHG). Dabei ist die Ordnungsmäßigkeit der Prüfung durch die DPR vorrangig an deren Befolgung ihrer Verfahrensordnung zu beurteilen, welche durch das BMJ (heute BMJV) im Einvernehmen mit dem BMF genehmigt wurde. Dementsprechend sieht das HGB auch nur eine eingeschränkte Berichterstattung der DPR gegenüber der BaFin vor. Dies spricht dafür, dass der BaFin (derzeit) keine weitreichende Überwachungsfunktion gegenüber der DPR, sowie deren Governance, ausübt. Vielmehr liegt diese Überwachungsfunktion im Verantwortungsbereich des BMJV. Dementsprechend hat auch dieses, im Einvernehmen mit dem BMF, den Anerkennungsvertrag gekündigt. Würden hingegen der BaFin eine weitreichende Überwachungsfunktion oder Eingriffsrechte zugestanden, z.B. bei Verdacht auf Bilanzmanipulationen, stünde es der BaFin faktisch frei, im Einzelfall zu entscheiden, ein einstufiges oder zweistufiges Enforcementverfahren anzuwenden. Abseits von sich ergebenden Abgrenzungsproblemen würde dies der Intention des BilKoG und dessen Konzept eines streng zweistufigen Verfahrens widersprechen. Dies ergibt sich im Übrigen auch aus den Regelungen des BilKoG zur Finanzierung des Enforcementverfahrens sowie zur Vermeidung von Doppelprüfungen bei Banken und Versicherungen.

Kompetenzen der DPR bei möglichen Betrugshandlungen

Dem AKBK ist grundsätzlich zuzustimmen, dass die DPR auf eine freiwillige Mitwirkung des zu prüfenden Unternehmens angewiesen ist. Gerade bei im Raum stehenden Betrugshandlungen kann ein Unternehmen ein hohes Interesse daran haben, die Vorwürfe möglichst schnell auszuräumen und zu kooperieren. Was die DPR unter freiwilliger Mitwirkung versteht, macht sie überdies auf ihrer Internetseite deutlich. So werden regelmäßig vertrauliche Informationen, wie z.B. der Bericht des Abschlussprüfers angefordert, denn der

DPR sollten jene Informationen bei ihrer Prüfung auf der ersten Stufe zur Verfügung stehen, die die BaFin kraft ihrer hoheitlichen Befugnisse auf zweiter Stufe ohnehin verlangen dürfte. Insofern kann die DPR durchaus eine weitergehende Kooperation ersuchen als eine Kommunikation mit den einer Bilanzmanipulationen verdächtigen Geschäftsleitung. Kooperiert das Unternehmen nicht, verweigert die Vorlage von Unterlagen oder zögert es die Prüfung hinaus, muss die DPR dies als verweigerter Mitwirkung würdigen und das Verfahren an die BaFin abgeben; bei Hinweisen auf Straftaten ist dies unverzüglich von der DPR bei der Staatsanwaltschaft zur Anzeige bringen. Dass die Prüfung der DPR bei im Raum stehenden Betrugshandlungen von vorneherein wenig Sinn ergebe, ist somit nicht erkennbar. Hierfür spricht auch, dass die BaFin die Durchführung einer Prüfung auf der zweiten Stufe der Bilanzkontrolle nur dann bekannt geben darf, also erst dann den Kapitalmarkt informieren kann, wenn das Unternehmen entweder das Ergebnis der DPR nicht akzeptiert oder die Mitwirkung verweigert.

Ausstattung der DPR

Obschon es nicht Aufgabe des Enforcementverfahrens ist, forensische Prüfungen im Sinne der Aufdeckung von Hintergründen einer fehlerhaften Rechnungslegung durchzuführen, ist darauf hinzuweisen, dass der DPR eine angemessene finanzielle und personelle Ausstattung zur Verfügung steht, um eine fehlerhafte Rechnungslegung aufzudecken. Zwar trägt die DPR in Pressemitteilungen vor, es seien im Regelfall ein fallverantwortlicher Prüfer, im Bedarfsfall ein beigezogener Prüfer und ein zur Seite gestellter Berichtskritiker jeweils für eine Prüfung verantwortlich, allerdings kann die DPR, auf Basis ihrer - vom BMJ genehmigten - Verfahrensordnung, auch weitere beigezogene Prüfer hinzuziehen oder auch Dritte, so genannte Honorarkräfte, einschalten. Hierzu hat die DPR mit größeren Wirtschaftsprüfungsgesellschaften Rahmenabkommen geschlossen. Im Jahr 2019 hat die DPR im Übrigen ihr veranschlagtes Budget in Höhe von ca. 6 Mio. Euro nur in einem Umfang von ca. 5,5 Mio. Euro in Anspruch genommen.

Beispiel Wirecard

Vorherige Prüfungen und konkrete Anhaltspunkte für eine fehlerhafte Rechnungslegung

Während die DPR bei einer Stichprobenprüfung des Konzernabschlusses 2005 erhebliche Fehler feststellte und dies der Wirecard AG am 10.10.2007 mitteilte (eine Veröffentlichung der Bekanntmachung der Fehlerfeststellung im Bundesanzeiger erfolgte am 24.04.2008), mündeten Stichprobenprüfungen der DPR für die Konzernabschlüsse 2011 und 2014 im Prüfungsergebnis „fehlerfrei“. Die letztgenannte Prüfung für den Konzernabschluss 2014 endete am 5. Dezember 2016 und dauerte offenbar 20 Monate. Während und im Anschluss an die Prüfung erschienene kritische Presseartikel leitete die BaFin der DPR zu. Insofern sahen weder die DPR noch die BaFin hinreichend konkrete Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen Rechnungslegungsvorschriften, um eine Anlassprüfung einzuleiten bzw. eine Prüfung zu verlangen. Denkbar ist aber auch, dass die DPR die erhobenen Vorwürfe bereits im Rahmen ihrer langen Stichprobenprüfung des Konzernabschlusses 2014, die erst im Dezember 2016 endete, mitberücksichtigt und dies ggf. der BaFin mitgeteilt hat.

Hinreichend konkrete Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen Rechnungslegungsvorschriften hatte die BaFin am 15. Februar 2019 sowie am 30. April 2020, sodass von der DPR die Prüfung des verkürzten Konzernabschlusses 2018 bzw. des Konzernabschlusses 2018 verlangt wurde. Eigenständig scheint die DPR bis dahin keine solchen Anhaltspunkte festgestellt zu haben. Allerdings stellte die DPR am 24. Juni 2020 solche Anhaltspunkte bezogen auf den verkürzten Konzernabschluss 2019 fest und leitete eine Anlassprüfung ein; die BaFin war am gleichen Tag zur gleichen Einschätzung gelangt und hat entsprechend von der DPR ebenfalls eine

Prüfung verlangt. Im Anschluss hat wiederum ausschließlich die BaFin am 25. Juni 2020 von der DPR eine Prüfung des Konzernabschlusses 2017 verlangt. Insofern dokumentiert das Beispiel der Wirecard AG die Eigenständigkeit und Unabhängigkeit der beiden Stufen des Enforcementverfahrens und deren bisweilen unterschiedlichen Einschätzungen bzgl. des Vorliegens von konkreten Anhaltspunkten für eine fehlerhafte Rechnungslegung. Nur am 24. Juni 2020 haben DPR und BaFin unabhängig voneinander konkrete Anhaltspunkte für eine fehlerhafte Rechnungslegung festgestellt, in allen anderen Fällen hat ausschließlich die BaFin solche Anhaltspunkte festgestellt.

Prüfung des verkürzten Konzernabschlusses zum 30. Juni 2018 und des Konzernabschlusses zum 31. Dezember 2018 durch die DPR

Die DPR hat den verkürzten Konzernabschluss 2018 und den Konzernabschluss 2018 geprüft und ist zu der Einschätzung gelangt, dass die Rechnungslegung fehlerhaft ist. Die Wirecard AG hat, gemäß einer Mitteilung der DPR an die BaFin vom 20. Juli 2020, diesen Fehlerfeststellungen nicht zugestimmt und sodann die weitere Mitwirkung an den weiteren laufenden Prüfungen auf der ersten Stufe des Enforcementverfahrens verweigert. Daraufhin eröffnete die BaFin Prüfungsverfahren auf der zweiten Stufe des Enforcementverfahrens.

Die im Raum stehenden möglichen Betrugshandlungen durch die Unternehmensleitung scheinen die Feststellung der Mitwirkungsbereitschaft der Wirecard AG durch die DPR zunächst nicht negativ beeinflusst zu haben. Der DPR wurden ihre Frageschreiben beantwortet und u.a. vertrauliche Kundendaten übermittelt. Insofern ist dokumentiert, dass die Prüfstelle auch prüfen kann, wenn Betrugshandlungen im Raum stehen. Die Hintergründe der fehlerhaften Rechnungslegung zu ergründen, ist nicht Aufgabe des zweistufigen Enforcementverfahrens.

Die - bisher nicht öffentlich bekanntgemachte - Arbeitsweise der DPR im Fall Wirecard ist aufgrund eines Schreibens der DPR an die BaFin vom 24.06.2020 und den diesbezüglichen Ausführungen des BMF zur Beantwortung eines Fragenkatalogs Bündnis 90/Die Grünen für die Sondersitzung des Finanzausschusses am 29. Juli 2020 öffentlich geworden und offenbart die gewählte Vorgehensweise der DPR bei der Anlassprüfung, die die BaFin am 15. Februar 2019 von der DPR verlangt hat (vgl. Anhang 2 des Gutachtens).

Ob die DPR Tatsachen vorgefunden hat, die den Verdacht einer Straftat im Zusammenhang mit der Rechnungslegung eines Unternehmens begründeten und dies der Staatsanwaltschaft angezeigt wurde, ist nicht öffentlich bekannt. Die BaFin hat am 18. Juni 2020 bei der Staatsanwaltschaft Anzeige erstattet wegen des Verdachts auf unrichtige Darstellung nach § 331 HGB („Bilanzbetrug“) und insoweit Marktmanipulation durch unrichtige Information in den Jahresabschlüssen 2016-2018.

Der Veröffentlichung des vollständigen Gutachtens hat die BaFin am 14. Oktober 2020 zugestimmt. Das Gutachten steht unter folgendem Link zum Download zur Verfügung:

https://www.accounting.uni-frankfurt.de/fileadmin/user_upload/dateien_abteilungen/abt_rec/LS_Boecking/Dokumente/Rechtsgutachten/BaFin_Boecking_Gros_20201011_inkl_2Anhaenge_und_2Anlagen.pdf