

Sonderdruck

■ **StuB • Diskussionsforum**

- *Staatliches versus privates Enforcement –
Ein Beitrag zur Objektivierung der
Enforcement-Diskussion (Dr. C. Hütten/Dr. P. Lorson) • 122*

überreicht von den
Verfassern



Dr. Christoph Hütten
Lessingstr. 6
68723 Schwetzingen



Dr. Peter Lorson
Richard-Wagner-Str. 87
66125 Saarbrücken

Seiten 105 – 156
8. Februar 2002 (4. Jg.)

3/2002

Staatliches versus privates Enforcement

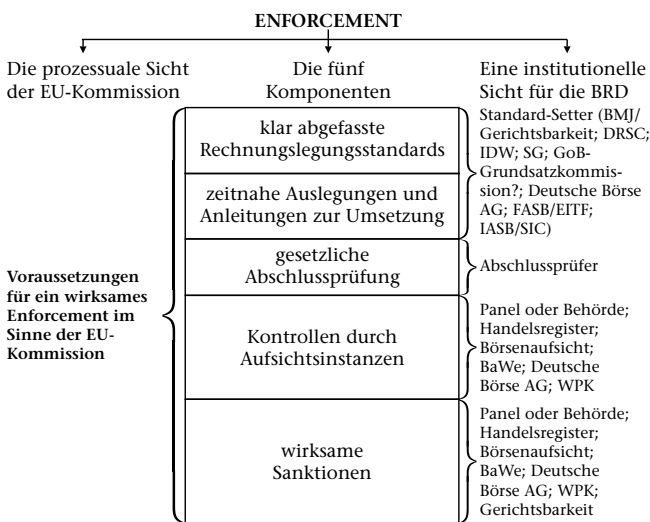
– Ein Beitrag zur Objektivierung der Enforcement-Diskussion, gleichzeitig Anm. zu Tielmann: Durchsetzung einer ordnungsmäßigen Rechnungslegung¹ –

von Dr. Christoph Hütten, Walldorf, und Dr. Peter Lorson, Saarbrücken

I. Ein Störgefühl der Unausgewogenheit

Das Ziel ist simpel: Die Unternehmensberichterstattung (externe Rechnungslegung; Finanzberichterstattung) soll den Normen entsprechen, die ihr vorgeblich zugrunde liegen. Hierum dreht sich die – in jüngster Zeit an Intensität gewinnende – Diskussion um die Einrichtung einer über die Abschlussprüfung hinausgehenden Enforcement-Institution als Maßnahme zur Verbesserung der Qualität der Finanzberichterstattung deutscher Unternehmen. Dabei besteht zwar weitestgehend Konsens, dass eine solche Institution sinnvoll und ihre Einrichtung in Deutschland eher überfällig denn überflüssig ist. In der Frage der konkreten Ausgestaltung, die eine auf den ersten Blick kaum erkennbare Vielschichtigkeit aufweist (vgl. nur Übersicht 1 und Übersicht 2 auf S. 123), fehlt es dagegen an Übereinstimmung.

Übersicht 1: Zu Bedeutungsinhalten von Enforcement²



Die Diskussion um eine Enforcement-Institution in Deutschland wird keineswegs erst in jüngster Zeit geführt. Während jedoch in der Vergangenheit primär die Einrichtung einer staatlichen Lösung diskutiert wurde³, wird nunmehr vermehrt die Übertragung der Enforcement-Funktion auf eine privatrechtliche Institution propagiert⁴. Dabei scheinen die Vorschläge zumindest teilweise verbandspolitisch beeinflusst. Um einer Verzerrung der öffentlichen Diskussion vorzubeugen, soll im Folgenden der Argumentation der Befürworter einer privatrechtlichen Lösung als „privater Selbstüberprüfung und Selbstreinigung durch eine privatwirtschaftliche Kontrollinstanz“⁵ eine alternative Sichtweise gegen-

Die Kernthesen:

- ▶ Gerade weil die deutsche Rechnungslegung einen zweifelhaften Ruf hat, muss in Deutschland die Verbesserung dieses geschädigten Images und der Aufbau von Vertrauen in die Unternehmensberichterstattung deutscher Unternehmen das zentrale Ziel der Einrichtung einer Enforcement-Institution sein.
- ▶ Dieses Ziel kann jedoch nur erreicht werden, wenn die Einrichtung der Enforcement-Institution von der Öffentlichkeit als glaubwürdige Kampfansage des Gesetzgebers an eine verschleiерnde oder verfälschende Berichterstattung gesehen wird.
- ▶ Jeder Zweifel an einer konsequenten Realisierung eines funktionsfähigen Enforcements kann das Erreichen des besagten Ziels gefährden. Daher hat eine staatliche Lösung bei der öffentlichen Meinung bessere Startchancen.

übergestellt werden. Dabei bietet es sich an, vor allem den jüngsten und gleichzeitig ausführlichsten Vorschlag als Bezugspunkt der Betrachtung zu wählen⁶, wo-

1 Tielmann, DB 2001 S. 1625–1634.
 2 Vgl. auch EU-Kommission: Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament: Rechnungslegungsstrategie der EU: Künftiges Vorgehen, KOM(2000)359 vom 13. 6. 2000, Rn. 26; abrufbar unter http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/company/account/news/com359de.pdf sowie van Hulle, WpG-Sonderheft 2001 S. 30-34. Die Abkürzungen bedeuten u. a. Schmalenbach-Gesellschaft – Deutsche Gesellschaft für Betriebswirtschaft e. V. (SG); Financial Accounting Standards Board (FASB); Emerging Issues Task Force (EITF); International Accounting Standards Board (IASB); Standing Interpretation Committee (SIC); Bundesaufsichtsamt für Wertpapierhandel (BaWe). Vgl. zur Forderung nach der Einrichtung einer Institution, die zu den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung (GoB-Kommission) (abschließend) Auskunft geben soll und deren Empfehlungen durch Rechtsverordnung verbindlich gemacht werden können, nur Chmielewicz, Die Kommission Rechnungs-wesen und das Bilanzrichtlinien-Gesetz, in: Domsch u. a. (Hrsg.), Unternehmenserfolg, 1988, S. 53–87, hier S. 71. (Fn. 3-6 auf S. 123)

Übersicht 2: Systematisierung der Positionen zum Enforcement von Instrumenten der Unternehmenskommunikation

Dimension des Enforcement	Ausprägungen (teilweise beispielhaft & vielfach kombinierbar)				
Notwendigkeit einer zusätzlichen Enforcement-Institution	Notwendig		Nicht notwendig		
	in jedem Fall	angesichts des Status Quo	angesichts der EU-Rechnungslegungsstrategie	angesichts des Status Quo	verzichtbar, z. B. nach Stärkung der Position der Abschlussprüfer
Rechtliche Verankerung der Institution	Staatlich (Behörde)			Privatrechtlich (Panel)	
Lokaler Zuständigkeitsbereich	Deutschland	Europa		International	Global
Finanzierung	allgemeine staatliche Mittel			Zahlungen/Leistungen der Privatwirtschaft	
Mitarbeiter	Ehrenamtlich			Hauptberuflich	
Betroffene Unternehmen	Differenziert nach				
	Kapitalmarkt-orientierung	Größe		Rechtsform	Alle rechnungslegungspflichtigen Unternehmen
Art der betroffenen Berichtsinstrumente	Konzernabschlüsse und Konzernlageberichte	Einzelabschlüsse & Lageberichte	Zwischenberichte	Ad-Hoc-Mitteilungen	Weitergehende Finanzkommunikation
Rechtlicher Charakter der betroffenen Berichtsinstrumente	(Gesetzliche) Pflichtinstrumente			Freiwillig erstellte Unterlagen	
Normensysteme der betroffenen Berichtsinstrumente	IAS	US-GAAP	HGB	Andere nationale Systeme	
Überwachungspolitik	Reaktiv			Proaktiv	
Ermittlungsrechte der Enforcement-Institution	Auskunftsrecht gegenüber Unternehmen			Vorprüfungsrecht (= Recht, Beschwerden abzulehnen)	
	Unmittelbare Sanktionsrechte		Einschaltung spezieller Tribunale	Einschaltung der allgemeinen Gerichtsbarkeit	
Anwendungsbereich von Sanktionen	Unternehmen		Gesetzliche Unternehmensvertreter	Abschlussprüfer	
Art der Sanktionen	Zwang zur Korrektur	Adverse Publizität	Bußgelder	Strafrechtliche Maßnahmen	(Befristete) Berufsverbote
Interpretation von Rechnungslegungsnormen	Eigenständig (auf Sachverständigenbasis)		Durch Standardsetter		
			via Auskunftserteilung	via Fortentwicklung der Standards	
Implementierungsstrategie zum Enforcement	Umfänglich in einem Schritt			Schrittweiser Ausbau	

bei sich die Ausführungen allein auf die Frage staatliches versus privatrechtliches Enforcement beschränken⁷.

Übersicht 3 (auf S. 124) angeführten Unterschiede zwischen SEC und FRRP.

II. Die vorgebrachten Argumente auf dem Prüfstand

Die Frage der rechtlichen Verankerung der Enforcement-Institution wird in der aktuellen Diskussion angeblich durch Abwägung der jeweiligen Vor- und Nachteile von Referenzmodellen geprüft⁸. Tatsächlich werden jedoch mitunter nicht alternative Referenzmodelle, sondern allein zwei konkrete Beispiele aus der Regulierungspraxis einander gegenübergestellt. Von Befürwortern einer privatrechtlichen Lösung wird dann eines wegen individueller Merkmale abgelehnt und das andere in modifizierter (!) Form als Vorbild identifiziert⁹.

Konkret werden in der Enforcement-Diskussion die ‚US-amerikanische SEC‘ und das ‚britische FRRP‘ als mögliche Vorbilder für eine deutsche Enforcement-Einrichtung betrachtet. Dabei identifiziert z. B. Tielmann die in

- Vgl. nur Schacht, Die deutsche Kapitalmarktaufsicht im internationalen Vergleich, München 1980, S. 258 ff.; Wiemann, Unternehmenspublizität nach amerikanischem Gesellschaftsrecht, Baden-Baden 1987, S. 210 ff.
- Vgl. Bericht der Regierungskommission „Corporate Governance“: Unternehmensführung – Unternehmenskontrolle – Modernisierung des Aktienrechts, Berlin, den 10. 7. 2001, S. D.6.10, Rn. 278. Vgl. IDW: Schreiben vom 21. 9. 2000 betreffend den Fragenkatalog der Regierungskommission „Corporate Governance“, S. 4 ff.; IDW, Positionspapier: IDW Vorschläge zur Verbesserung der Unternehmensüberwachung („KonTraG II“), S. 5-7, Rn. 11-16; abrufbar unter <http://www.idw.de/download/KontraGII.pdf>.
- Hommelhoff, WPg-Sonderheft 2001, S. 40.
- Vgl. Tielmann, DB 2001 S. 1625–1634; Tielmann, Durchsetzung ordnungsgemäßer Rechnungslegung, Düsseldorf 2001. Sandra Tielmann ist Fachreferentin im Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e. V. (IDW). (Fn. 7-9 auf S. 124)

Übersicht 3: Angeführte Unterschiede zwischen dem Enforcement der SEC und des FRRP¹⁰

Vergleichsmerkmale	Securities and Exchange Commission (SEC)	Financial Reporting Review Panel (FRRP)
Organisationsform	Behörde	Privatrechtlich
Mitarbeiter	Vollzeitbeschäftigte => (zu) teuer	Im Wesentlichen Ehrenamtler => kostengünstiger (= überlegen)
„Normensetzungs“-Kompetenz	Ja	Nein
Klärung von Auslegungsfragen	Ja	Nein
Tätigwerden	Proaktiv durch systematische Durchsicht stichprobenartig ausgewählter Unterlagen und reaktiv auf Beschwerden bzw. Pressemitteilungen	Derzeit nur reaktiv
Auskunftsrecht	Sowohl gegenüber Unternehmen als auch gegenüber Abschlussprüfern	Kein juristisches Auskunftsrecht (faktisches Auskunftsrecht durch das Drohpotenzial der Anrufung eines Gerichts)
Sanktionsmöglichkeiten	Unterlassungsanordnung, Bußgelder, Ausschluss oder Aussetzung des Handels, Ausschluss von Abschlussprüfern, adverse Publizität, Klagerecht	Adverse Publizität, Klagerecht
Beurteilung aus der verfassungsrechtlichen Sicht der Bundesrepublik Deutschland	„dürfte ... kaum mit den Prinzipien der deutschen Verfassung vereinbar sein“ ¹¹	Nach entsprechenden Umsetzungsmaßnahmen mit Verfassung vereinbar
„Übereinstimmung“ mit der (behaupteten) gesellschaftsrechtlichen Tendenz zur Selbstregulierung	Nein	Ja
Stärkung der Stellung des Abschlussprüfers	Keine Aussage	Ja

Wie die folgenden Ausführungen zeigen, stehen die auf diesem Vergleich aufbauenden Befürwortungen einer privatrechtlichen Lösung auf tönernen Füßen:

Zunächst wird die (vermeintliche) Tendenz zur Selbstregulierung im Gesellschaftsrecht und in der Rechnungslegung vorgebracht. Dabei wird beispielhaft auf die Einrichtung des DRSC als Standardsetter sowie die Vorschläge der Regierungskommission Corporate Governance¹² zur privatrechtlichen Erarbeitung eines Verhaltenskodex verwiesen. Ein etwas tieferer Blick in den Umfang und die Nachhaltigkeit der aktuellen Selbstregulierungstendenz relativiert dieses beim ersten Anschein vielleicht überzeugend(st)e Argument¹³:

- Die genannten Beispiele für eine Selbstregulierung in Deutschland beziehen sich allein auf die Normensetzung und nicht etwa auf deren Durchsetzung.
- Das kürzlich verabschiedete ‚Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz‘ löst einen (gescheiterten) privatrechtlichen Verhaltenskodex ab und reduziert damit gleichermaßen das aktuelle Maß wie die Erfolgsstatistik der Selbstregulierung. Das Gesetz folgt zwar in vielen Punkten den britischen Regeln. Neben der Normierung per Gesetz statt per Selbstregulierung gibt es jedoch einen entscheidenden Unterschied: Auf der Durchsetzungsebene wird die britische Panel-Lösung zugunsten einer staatlichen Lösung mit einer außerordentlich lesenswerten Begründung abgelehnt¹⁴.
- Die Ad-Hoc-Publizität als einziger zurzeit durchgängig einem externen Enforcement unterfallender Bestandteil der Kapitalmarktkommunikation wird vom Bundesaufsichtsamt für den Wertpapierhandel (BaWe) – und damit von einer staatlichen Institution – überwacht, ohne dass Bestrebungen einer Änderung offenkundig sind.

- Regulierungsbestrebungen der letzten Zeit verdeutlichen, dass im Bereich des Kapitalmarktrechts behördliche Lösungen keineswegs auf breiter Front von einer Selbstregulierungstendenz zurückgedrängt werden. Zu diesen Bestrebungen gehören

7 Dass sich damit die Kritik an der Argumentation der Befürworter einer privatrechtlichen Lösung nur auf eine Dimension des Enforcements beschränkt (vgl. Übersicht 2), dient allein der Fokussierung und darf keineswegs dahingehend verstanden werden, die Verfasser würden in allen anderen Punkten mit den kritisierten Vorschlägen übereinstimmen.

8 Vgl. *Tielmann*, DB 2001 S. 1626; *Böckem*, DB 2000 S. 1185–1191, hier S. 1186.

9 Andere „international anerkannte Durchsetzungsinstanzen ... wie die Französische Commission des Opérations de Bourse (COB) oder die italienische Commissione Nazionale de le Societa e la Borsa (CONSOB)“ bleiben unerwähnt. Einerseits verständlich, wenn es sich um „Variationen der SEC“ handelt. Andererseits schade, weil diese Länder unserem Rechtssystem näher stehen als das Vereinigte Königreich oder die USA; beide Zitate: *Tielmann*, a. a. O. (Fn. 6), S. 187 – im Original zum Teil hervorgehoben. Vgl. zum Status Quo des Enforcements in Europa nur FEE, Enforcement Mechanism in Europe – A Preliminary Investigation of Oversight Systems, Brüssel 2001.

10 Vgl. *Tielmann*, DB 2001 S. 1626–1629.

11 Vgl. *Tielmann*, DB 2001 S. 1628.

12 Vgl. *Willeke*, StuB 2001 S. 962.

13 Vgl. auch *Watrin*, Sieben Thesen zur künftigen Regulierung der Rechnungslegung – Anmerkungen zu den Vorschlägen des Arbeitskreises Externe Rechnungslegung der Schmalenbach-Gesellschaft, DB 2001 S. 933–938, hier S. 934.

14 Abrufbar unter <http://www.bundesfinanzministerium.de/Aktuelle-Gesetze-.515.5505/Wertpapiererwerbs-und-Uebnahmegesetz-WpUeG.htm>.

- die vorgesehene Ausweitung der Befugnisse des BaWe durch das Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz sowie das 4. Finanzmarktförderungsgesetz¹⁵,
- die von der Bundesregierung aktuell geplante Einrichtung einer zentralen Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht zur Bündelung der Aufsichtstätigkeiten im Bereich Finanzen und Kapitalmärkte¹⁶,
- die EU-Bestrebungen zur Verpflichtung der Mitgliedstaaten, Börsenprospektprüfungen von zentralen nationalen (Herkunftslandverwaltungs-)Behörden (statt den privatrechtlichen Börsen) durchführen zu lassen¹⁷.

Als weiteres Argument wird auf den Verfassungsgrundsatz der Gewaltenteilung verwiesen, vor dessen Hintergrund die Machtfülle der SEC „kaum mit den Prinzipien der deutschen Verfassung vereinbar sein“¹⁸ dürfte. Hier verbessern u. E. folgende Hinweise die Objektivität der Darstellung:

- Die Machtfülle ist eine Eigenart der SEC und nicht etwa ein Charakteristikum des staatlichen Enforcement-Modells. Sie kann daher auch nur gegen eine identische Kopie der SEC, nicht aber gegen die staatliche Enforcement-Institution an sich vorgebracht werden¹⁹.
- Deutsche Behörden verfügen vielfach über bestimmte **Sanktionsmittel** (insbesondere im Bereich der Ahndung von Ordnungswidrigkeiten), die sie ohne vorherige Einschaltung von Gerichten verhängen können. Die Verfassungsmäßigkeit dieser Möglichkeiten dürfte kaum ernsthaft bezweifelt werden.

Des Weiteren wird Bezug auf das Vorgehen der Enforcement-Institution gegen Abschlussprüfer genommen, welches in Übereinstimmung mit der Aufgabenstellung des FRRP und entgegen der SEC der Selbstverwaltung des Berufsstands vorbehalten bleiben sollte. Die Begründung, wonach das Enforcement „originär“²⁰ (offensichtlich im Sinne von allein) die bilanzierenden Unternehmen betreffen sollte, ignoriert die nicht unmaßgebliche Mitschuld, welche die Öffentlichkeit den Abschlussprüfern für den Zustand der deutschen Rechnungslegung zuweist²¹. Berücksichtigt man die öffentliche Meinung (was für ein erfolgreiches Enforcement und dessen internationale Anerkennung unabdingbar ist), ist zumindest fraglich, ob ein Ausschluss des „Zugriffs“ der Enforcement-Institution auf die Abschlussprüfer tatsächlich geeignet ist, „das enforcement-System nachhaltig zu verbessern“²². Als Argument pro privates und kontra staatliches Enforcement ist ein solcher Ausschluss jedoch ungeeignet, da er nicht typisch für eines der beiden Modelle ist.

Schließlich werden Kosten- und Wirtschaftlichkeitsaspekte als Argument für eine private Einrichtung, „in der die einzelnen Mitglieder ehrenamtlich tätig werden“²³, ins Feld geführt. Hierbei fehlt es jedoch an einer Diskussion,

- dass eine solche ehrenamtliche Tätigkeit von Fachkräften auch bei einer staatlichen Lösung (als Expertenkommission oder Sachverständigen(bei)rat) realisierbar und beispielsweise in § 5 des Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetzes explizit vorgesehen ist;
- dass eine **ehrenamtliche Tätigkeit** aus volkswirtschaftlicher Sicht **keineswegs Kostenvorteile** hat, da den Unternehmen

durch Abstellung ihrer qualifizierten Mitarbeiter durchaus erhebliche Aufwendungen entstehen;

- wie die Öffentlichkeit eine derartige Rekrutierung der Enforcement-Mitglieder beurteilt, hat doch
 - die privatrechtlich verfasste Deutsche Börse (auch nach eigenem Bekunden!) trotz ihrer von Anfang an bestehenden Sanktionsmöglichkeiten bei Unzulänglichkeiten von einreichungspflichtigen Unterlagen das Herausbilden des äußerst schlechten Rufs des Neuen Markts nicht verhindern können²⁴,
 - das IASB in seiner jüngsten Reform das System der ehrenamtlichen Tätigkeit durch das eines hauptamtlichen Board ersetzt – eben um professioneller zu wirken und zu werden – und damit ein Beispiel für die verbesserungswürdige Funktionstätigkeit der bisherigen Lösung geliefert²⁵;
- dass eine **privatwirtschaftliche Finanzierung** auch bei einer staatlichen Lösung realisierbar ist, wie das Beispiel der Umlagen des BAWe nach § 11 Abs. 1 Nr. 4 WpHG zeigt²⁶.

- ▶ **Sanktionsmittel der Behörden**
- ▶ **Nachteile ehrenamtlicher Tätigkeit**
- ▶ **Privatwirtschaftliche Finanzierung bei staatlicher Lösung?**

- 15 Wortlaut und Begründung des am 4. 11. 2001 vorgelegten Diskussionsentwurfs des Vierten Finanzmarktförderungsgesetzes, das noch in dieser Legislaturperiode verabschiedet werden soll, sind abrufbar unter <http://www.bundesfinanzministerium.de>.
- 16 Wortlaut und Begründung des am 15. 8. 2001 vom Bundeskabinett verabschiedeten Gesetzesentwurfs sind abrufbar unter: <http://www.bundesfinanzministerium.de>.
- 17 Vgl. EU-Kommission: Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und Rates über den Prospekt, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei deren Zulassung zum Handel zu veröffentlichen ist (von der Kommission vorgelegt), KOM(2001)280 endgültig vom 30. 5. 2001, S. 4; abrufbar unter http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/finances/mobil/com280de.pdf.
- 18 *Tielmann*, DB 2001 S. 1628.
- 19 Vgl. auch Fn. 9.
- 20 *Tielmann*, DB 2001 S. 1628.
- 21 „... so drohen ... der gute Ruf und das Vertrauen in die Fachkompetenz des Berufsstands Schaden zu nehmen“, *Wiesner*, Fehlerhafte Jahresabschlüsse: Kontrolle der Kontrolleure?, BB Heft 36/2000, Die erste Seite.
- 22 *Tielmann*, DB 2001 S. 1626.
- 23 *Tielmann*, DB 2001 S. 1628.
- 24 Es ist gar fraglich, ob und wie schnell die jüngst von der Deutschen Börse AG demonstrierte Strenge eine Verbesserung des Images des Börsensegments Neuer Markt herbeiführen können wird.
- 25 Mit der beschränkten Professionalität des IASC geht das IASB selbst freimütig um (vgl. die Ausführungen und Nachweise unter <http://www.iasc.org.uk/cmt/0001.asp?s=100280609&sc={4717E150-A4BE-11D5-BE6B-003048110251}&sd=720804250&l=3&n=91>). Wie (kritisch) die IOSCO die tatsächliche Qualität der IAS als weltweiten Börsenstandard beurteilt, ergibt sich aus folgendem Dokument <http://www.iasc.org.uk/docs/iosco/2000iasc.pdf>.
- 26 *Hommelhoff* (WpG-Sonderheft 2001 S. 47) plädiert für Zwangsbeiträge von Unternehmern und Abschlussprüfern.

III. Weitere Relativierung der behaupteten Vorbildfunktion des FRRP

Von den Befürwortern einer privatrechtlichen Enforcement-Lösung wird nur eingeschränkt auf die **britische Diskussion** um das FRRP eingegangen, obwohl hier die begrenzte Vorbildfunktion des FRRP offenkundig wird.

Diesbezüglich finden sich bei *Haller/Eierle/Evans*²⁷ gleich mehrere beachtenswerte Punkte:

- ▶ **Diskussion um das britische FRRP**
- ▶ **Keine Überlegenheit einer privaten Lösung**
- ▶ **Kampfansage gegen verschleiernde Berichterstattung**

- Die tatsächliche Effektivität der Arbeit des FRRP wird kontrovers diskutiert²⁸. Zweifel werden etwa dadurch genährt, dass es in zehn Jahren des Bestehens noch zu keinem Gerichtsverfahren und selten zu Änderungen als nicht normkonform festgestellter Abschlüsse gekommen ist. Hinzu kommt, dass eine bemerkenswerte kapitalmarktorientierte Unter-

suchung bestenfalls „einen schwach signifikanten Hinweis auf eine negative Kapitalmarktreaktion als Folge der formellen adversen Publizität liefert“²⁹.

- Das FRRP hat – wohl weil es auch bei den für das Standardsetting zuständigen Instanzen (nach eigenem Eindruck) zu wenig Gehör findet – eigenmächtig erste Schritte zum „Standardsetting“ unternommen. Hiervon zeugen Hinweise zur praktischen Anwendung von Rechnungslegungsnormen im Rahmen der Pressemitteilungen des FRRP, wie insbesondere in Pressenotiz No. 66. Dies ist – bei analoger Anwendung der gegen die SEC vorgebrachten Argumente – ein Verstoß gegen den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Gewaltenteilung³⁰.
- Das Institute of Chartered Accountants in England and Wales (ICAEW) als Träger der Berufsaufsicht der Wirtschaftsprüfer im Vereinigten Königreich hat in den ersten sieben Jahren der Existenz des FRRP in keinem von dem FRRP beanstandeten Fall disziplinarische Verfahren gegen die handelnden Abschlussprüfer eingeleitet – was in der Öffentlichkeit als (Anschein einer) Missbilligung oder gar Missachtung der Tätigkeit des FRRP³¹ sowie als „new ‚expectation gap‘“³² bezüglich des FRRP interpretiert wird³³.
- Nach den aktuellen Reformplänen soll das FRRP durch eine andere (jedoch wiederum private!) Enforcement-Einrichtung abgelöst werden. Dieser FRRP-Nachfolger soll anders als sein Vorgänger eine – über die adverse Publizität hinausgehende – Sanktionierung nicht ausschließlich über die Anrufung ordentlicher Gerichte erreichen können. Vielmehr ist die Einrichtung eines speziellen aus Unabhängigkeitsgründen mit öffentlichen Mitteln finanzierten Expertengerichts als Tribunal geplant, gegen dessen Entscheidung (aus [deutscher] verfassungsrechtlicher Sicht zumindest bedenklich) keine Berufung möglich sein soll³⁴.

IV. Erweiterung des Argumentationskatalogs

All dies verdeutlicht, dass die Argumente der Befürworter einer privatrechtlichen Enforcement-Lösung nicht überzeugend sind und somit die **Überlegenheit einer privaten Lösung nicht nachweisen** können. Hinzu kommt, dass ein u. E. entscheidendes Argument nicht

betrachtet wird, obwohl es zu den „nationalen Rahmenbedingungen“ gehört, die auch von Befürwortern der privatrechtlichen Lösung für die Auswahl des anzustrebenden Modells als entscheidend erachtet wird³⁵ und hier sogar eine zentrale Stellung einnimmt.

Die Qualität der deutschen Rechnungslegung (oder weitergehend Finanzberichterstattung) wird national wie international kritisch gesehen. Gerade in Deutschland muss daher die Verbesserung dieses geschädigten Images und der Aufbau von Vertrauen in die Unternehmensberichterstattung deutscher Unternehmen das zentrale Ziel der Einrichtung einer Enforcement-Institution sein. Dieses Ziel kann jedoch nur erreicht werden, wenn die Einrichtung der Enforcement-Institution von der Öffentlichkeit im In- und Ausland sowie im Übrigen auch auf der Ebene der EU-Kommission – zumindest bezogen auf kapitalmarktorientierte Unternehmen – als glaubwürdige **Kampfansage des Gesetzgebers** an eine verschleiernde oder verfälschende Berichterstattung gesehen wird. Jeder Zweifel an einer konsequenten Realisierung eines funktionsfähigen Enforcements kann das Erreichen des besagten Ziels gefährden. Zusätzlich muss beachtet werden, dass eine Unzulänglichkeit und damit ein Scheitern des Enforcements zu einer weiteren Schädigung des Rufs der deutschen Rechnungslegung führen wird, die auch mittelfristig kaum mehr heilbar wäre. In-

27 Vgl. *Haller/Eierle/Evans*, BB 2001 S. 1673–1680. Zum FRRP siehe auch *Page*, WPg-Sonderheft 2001 S. 34–38.

28 Vgl. *Haller/Eierle/Evans*, BB 2001 S. 1676.

29 *Böckem*, Die Durchsetzung von Rechnungslegungsstandards. Eine kapitalmarktorientierte Untersuchung, Frankfurt/M. et al 2000, S. 91. So auch *Fearnley/Hines/McBride/Brandt*, A peculiarly British institution: an analysis of the contribution made by the Financial Reporting Review Panel to accounting compliance in the UK, Portsmouth Business School, December 2000, S. 89.

30 Vgl. *Haller/Eierle/Evans*, BB 2001 S. 1677. Insgesamt strebt das FRRP (neuerlich wieder) eine indirekt normative Funktion durch zunehmend informativere Pressenotizen an, um Wiederholung und Verbreitung von Unzulänglichkeiten in der Praxis zu vermeiden, und gibt zudem Hinweise zur Anwendung von Rechnungslegungsstandards; vgl. FRRP PN 66 – Issued on 11. 4. 2001: Financial Reporting Review Panel – Failure to apply FRS 13, „Derivatives and Other Financial Instruments: Disclosures“; abrufbar unter <http://www.frrp.org.uk/publications/publication334.html>.

31 Vgl. *Haller/Eierle/Evans*, BB 2001 S. 1677; *Fearnley/McBride*, Accountancy, February 2000, S. 66.

32 Vgl. *Jupe*, Accountancy, January 1999, S. 74.

33 Und dies, obwohl – wie auch hierzulande – die Einrichtung eines Enforcements seitens des Berufsstandes der Wirtschaftsprüfer einhellig begrüßt und jegliche Unterstützung zugesagt wurde. „The establishment of the FRRP was greatly welcomed by the accounting profession“; *Fearnley/Hines/McBride/Brandt*, noch unveröffentlichtes Manuskript eines Vortrags auf der Jahrestagung der European Accounting Association am 10. 5. 2001 in Athen.

34 Vgl. *Haller/Eierle/Evans*, BB 2001 S. 1677.

35 Vgl. *Tielmann*, DB 2001 S. 1628 f.

sofern hat Deutschland in Sachen Enforcement zweifellos keinen ‚Freischuss‘.

Betrachtet man die beiden potenziellen Vorbilder für ein deutsches Enforcement vor diesem Hintergrund, ist Folgendes zu deren Effizienz anzumerken:

(1) Mit dem FRRP und der SEC stehen sich zwei Institutionen gegenüber, von denen

- die eine von einem Teil der Literatur zum Teil heftig hinsichtlich der Effektivität ihrer Arbeit kritisiert wird, weil es Abschlussprüfer unabhängig von deren Mitverschulden bei Verstößen außer Betracht lässt³⁶, und zumindest bei einigen im Ruf steht, sich vor Ermittlungen gegen große (von den Big Five geprüften) Unternehmen zu scheuen, sowie nach den derzeitigen Plänen durch eine andere Institution – das Reporting Review Panel (RRP) (in Kombination mit einem Specialist Tribunal) – und einem breiteren Zuständigkeitsbereich abgelöst werden soll³⁷;
- die andere als ‚autoritärer Wachhund‘ angesehen ist, die zwar auch vielfach in der Kritik steht, hinsichtlich ihrer Enforcement-Funktion jedoch über ein weitestgehend positives Image verfügt und deren differenzierter Katalog an Sanktionen nicht nur kapitalmarktrelevant ist, sondern hier eine ebenfalls abgestufte Kursreaktion auf Enforcement-Maßnahmen nach sich zieht³⁸.

Dieses Meinungsbild berücksichtigend stellt sich die Frage, wie die Öffentlichkeit reagiert, wenn sich die deutsche Enforcement-Lösung offenkundig am FRRP orientiert³⁹.

(2) Die **Durchsetzung der Normen zur Ad-Hoc-Mitteilungspflicht** obliegt – wie bereits angedeutet – dem BaWe und damit einer staatlichen Institution. Überlässt man nun das Enforcement für andere Komponenten der Kapitalmarktkommunikation einer anderen und insbesondere nichtstaatlichen Institution, die zudem über ein geringeres Sanktionspotenzial verfügt, führt dies unweigerlich zu Zweifeln an der Ernsthaftigkeit des Vorgehens, sofern dem nicht durch überzeugende Argumente vorgebeugt bzw. entgegengetreten werden kann.

(3) Entscheidend für die Beurteilung der Enforcement-Institution durch die Öffentlichkeit dürfte sein, ob die **Institution als Autorität empfunden** wird. Es kann erwartet werden, dass eine staatliche Autorität traditionell höher bewertet wird als die Autorität einer privaten, aus der Selbstregulierung der Wirtschaft hervorgegangenen Einrichtung⁴⁰. Dies annehmend hat eine staatliche Lösung bessere Chancen, in der Öffentlichkeit als glaubwürdige Realisierung der Enforcement-Idee angesehen zu werden.

Alle drei Aspekte müssen in ein Effizienzmaß Eingang finden, mit dem die Kontroverse ‚staatliches versus privates Enforcement‘ entschieden werden soll. Die Entwicklung eines entsprechenden Effizienzmaßes fehlt bisher in der Diskussion um das Enforcement.

Auch zwei weitere, u. E. zentrale Argumente bleiben von den Befürwortern der privatrechtlichen Lösung unbeachtet:

(1) Angesichts der (bereits erwähnten) anstehenden EU-Richtlinie, die das Enforcement für Börsenprospekte zwingend auf Behörden überträgt, und der behördlichen Enforcement-Kompetenz für die Ad-Hoc-Publizität kann allein eine Behörde, und damit die staatliche Lösung, für die Kapitalmarktkommunikation ein ‚Enforcement aus einer Hand‘⁴¹ realisieren. Ein solches Enforcement ist jedoch im Hinblick auf die Vermeidung von Kompetenzstreitigkeiten und abweichenden Urteilen sowie für das Aufbieten eines einzigen Ansprechpartners zumindest aus Unternehmenssicht wünschenswert.

(2) Die Rolle der SEC darf nicht außer Acht gelassen werden. Zum einen hat sie ein funktionierendes Enforcement zu einer der zentralen Bedingungen für eine künftige Anerkennung von IAS/IFRS gemacht. Zum anderen muss es mittelfristig zu einer engen Kooperation zwischen der SEC und der deutschen (bzw. europäischen) Enforcement-Institution kommen. Es dürfte äußerst zweifelhaft sein, ob ein privatrechtliches Panel aus Sicht der SEC (= Behörde mit ausgeprägter Selbstachtung) hierzu geeignet ist⁴².

▶ **Durchsetzung der Normen zur Ad-Hoc-Mitteilungspflicht**

▶ **Institution als Autorität?**

▶ **Bessere Startchancen einer staatlichen Lösung**

V. Schlussfolgerungen

Insgesamt hat eine staatliche Lösung u. E. bei der öffentlichen **Meinung bessere Startchancen** – ohne in der Effektivität ihrer Arbeit schlechter sein zu müssen. Sie ist damit die vorzuziehende Lösung. Wenn dieses Ergebnis am Ende einer von der breiten Öffentlichkeit getragenen Diskussion stünde, wäre es (wohl) auch politisch durchsetzbar. Denn es widerspricht keineswegs dem Grundsatz, bei gleicher Zielerreichung privaten Lösungen Vorrang vor staatlichen zu geben. Vielmehr fehlt es an schlagkräftigeren Argumenten, um die vorgebrachten Vorteile der staatlichen Lösung auszugleichen.

Generell sollte – statt schwarzweiss zu malen –, geprüft werden, wie – im Einklang mit den tatsächlichen Tendenzen in Sachen Regulierung versus Deregulierung –

36 Vgl. *Jupe*, Accountancy, January 1999, S. 74.

37 Vgl. The Company Law Steering Group: Modern Company Law 2001, Chapter 5.76 ff., S. 121 ff.; abrufbar unter http://www.dti.gov.uk/cld/final_report/ch_5.pdf.

38 Vgl. *Böckem*, a. a. O. (Fn. 29), S. 119 ff.

39 „Weiche Regeln und soft enforcement bestimmen die gegenwärtige Situation in Großbritannien ... In den USA wird ein detailliertes, hoch determiniertes Regelsystem konsequent durch Kapitalmarktinstitutionen und Gerichte durchgesetzt“; *Böckem*, a. a. O. (Fn. 29), S. 150.

40 Vgl. auch *Kütting*, BZ vom 17. 11. 1999, S. 10; *Moxter*, DB 2001 S. 605–607, hier S. 607; *Weber*, FAZ vom 1. 12. 1999, S. 20.

41 *Brandt*, WPG-Sonderheft 2001 S. 53.

42 So auch *van Hulle*, WPG-Sonderheft 2001 S. 33.

die Vorteile einer staatlichen Lösung mit jenen einer privatrechtlichen kombiniert werden können⁴³. Hierzu sollen abschließend – aus Platzgründen ohne weitere Begründung – folgende Eckpunkte eines Enforcement-Modells zur Diskussion gestellt werden:

- Übertragung der Enforcement-Kompetenz auf eine *Behörde* (bei Beschränkung auf börsennotierte Unternehmen auf das BAWe bzw. die ihr folgende Allfinanzaufsicht) *und*
- Einrichtung eines bei dieser Behörde angesiedelten und in ihrem Auftrag tätigen, jedoch nicht weisungsgebundenen (mehrheitlich mit Wissenschafts- und Wirtschaftsvertretern besetzten) *Tribunals*.
- Kompetenzverteilung zwischen Tribunal und Behörde: Das Tribunal entscheidet – zumindest in schwerwiegenden Fällen – über das Vorliegen von Rechnungslegungsverstößen, die Behörde (teilweise durch Einschaltung der allgemeinen Gerichtsbarkeit) über die zu ergreifenden Sanktionen.

Berücksichtigt man, dass die Verfasser im Gegensatz zu den jüngsten Vorschlägen einer privatrechtlichen Institution Sanktionsmaßnahmen gegen alle Beteiligten und damit auch gegen die Abschlussprüfer nicht ausschließen wollen, wird eines deutlich: Im Kern reklamieren vor allem Vertreter der Wirtschaftsprüferzunft die Prävention von einer (partei-)politischen Einwirkung auf

das Enforcement im Rahmen der ‚Behördenlösung‘. Das ‚Behördenmodell‘ der Verfasser will der (verbands-)politischen Einwirkung derjenigen vorbeugen, denen maßgebliche (Mit-)Verantwortung für den Imageschaden an der deutschen Rechnungslegung zugewiesen wird,

- damit uns nicht die von *Fearnley et al.* referierten ‚britischen Verhältnisse‘ erwarten: „We have only weak evidence that companies have changed accounting policies as a result of an FRRP case“⁴⁴;
- eben weil der *empfundenen* Unabhängigkeit der Enforcement-Instanz eine herausragende Bedeutung für deren Akzeptanz ... zukommt, die insbesondere auch durch eine Begrenzung des externen Finanzierungsanteils gewährleistet werden muss, um insgesamt jeglichem Anschein einer Befangenheit vorzubeugen⁴⁵.

43 So auch *Wittich*, WPg-Sonderheft 2001 S. 59.

44 *Fearnley/Hines/McBride/Brandt*, a. a. O. (Fn. 29), S. 89.

45 „... was manch potentiellen Sponsor zu der unausgesprochenen Erwartung verleiten mag, das Gremium werde in seiner Arbeit nicht den Interessen jener Gruppe zuwiderhandeln, welcher der Sponsor angehört“ (*Hommelhoff/Schwab*, Staatsersetzende Privatgremien im Unternehmensrecht, in: *Drenseck/Seer* (Hrsg.): Festschrift für Wilhelm Kruse zum 70. Geburtstag, Köln 2001, S. 693–718, hier S. 712.