

## Kriminalisierung von Bilanzierungsfehlern vermeiden

Wirecard-Gesetzgebung ist unverhältnismäßig und nicht zielgenau – negative Konsequenzen für rechtstreuere Unternehmen absehbar

## Einleitung

Mit dem Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Finanzmarktintegrität (FISG) tritt die politische Aufarbeitung des Falls Wirecard in eine neue Phase ein. Die konkreten Gesetzesvorschläge reichen dabei von Veränderungen der internen Governance der Unternehmen über Änderungen der Organisation der Abschlussprüfung bis hin zur Neuaufstellung der Bilanzkontrolle und der Finanzmarkt-aufsicht.

Das Deutsche Aktieninstitut begrüßt, dass den Marktteilnehmern in einem formalen Konsultationsverfahren die Möglichkeit gegeben wird, den Entwurf zu kommentieren und Praxiserfahrungen einzubringen. Wir sind – wie das Bundesfinanzministerium – dabei der Meinung, dass sich ein Fall wie Wirecard im Interesse aller Stakeholder des deutschen Kapitalmarkts nicht wiederholen darf.

Für die Einordnung des Falls und die daraus gezogenen Konsequenzen ist aber auch wichtig, dass es sich bei Wirecard um einen absoluten Ausnahmefall handelt, bei dem mit einem Höchstmaß an krimineller Energie gehandelt wurde. So ist es den Handelnden auch gelungen, die zahlreichen bestehenden gesetzlichen und freiwilligen Kontrollen bei der Erstellung und Prüfung von Bilanzen und die dazugehörigen Prozesse (vgl. Abbildung 1 im Anhang) auszuhebeln. Auch die bereits existierenden scharfen Sanktionen schreckten die handelnden Personen offenbar nicht ab und verhinderten nicht deren Fehlverhalten.

Der Fall Wirecard ist deshalb nach heutigen Erkenntnissen nicht wegen unzureichender Regulierung oder eines mangelhaften institutionellen Systems geschehen, sondern trotz eines Rahmens, der intensive Prüfungs- und Kontrollmechanismen und einen umfangreichen Sanktionsrahmen mit abschreckender Wirkung vorsieht. Vor diesem Hintergrund müssen etwaige Anpassungen des Regulierungsrahmens im Nachgang des Falls Wirecard aus Sicht des Deutschen Aktieninstituts folgenden Grundprinzipien entsprechen:

- Es sollten zielgerichtete Maßnahmen ergriffen werden, mit denen betrügerisches Verhalten früher identifiziert und schneller als bisher aufgedeckt wird. Eine grundlegende Veränderung des institutionellen Rahmens ist dagegen nicht sinnvoll.
- Jede neue Regelung muss auf mögliche negative Konsequenzen für die gesetzeskonform agierenden Unternehmen in Deutschland überprüft werden. Unverhältnismäßige Maßnahmen mit negativer Breitenwirkung müssen vermieden werden.

Der Referentenentwurf des FISG genügt diesen Kriterien leider an einigen zentralen Stellen nicht, so dass rechtstreue Unternehmen unverhältnismäßig belastet

werden. Zusammenfassend sieht das Deutsche Aktieninstitut folgenden Nachbesserungsbedarf:

### **Bereich Corporate Governance**

Die Regelungen im Bereich der Corporate Governance weisen zwar überwiegend in die richtige Richtung, sollten aber noch besser auf die praktischen Anforderungen in den Unternehmen Rücksicht nehmen.

1. Prüfungsausschuss: Wir fordern eine Klarstellung hinsichtlich der erforderlichen Expertise im Bereich der Abschlussprüfung und Rechnungslegung. Alternativ käme ein Verzicht auf das kumulative Vorliegen beider Expertisen im Prüfungsausschuss bei gleichzeitiger Erhöhung auf zwei Finanzexperten in Frage.
2. Prüfungsausschuss: Wir regen eine Ausnahme für mit drei Personen besetzte Aufsichtsräte an. Außerdem sollte das Gesetz die besondere rechtliche Struktur der KGaA berücksichtigen, indem dort ein funktions-äquivalenter Ausschuss genügt, der nicht zwingend im Aufsichtsrat angesiedelt sein muss.
3. Prüfungsausschuss: Wir halten einen Verzicht auf Regelungen des direkten Auskunftsrechts gegenüber Mitarbeitern im Unternehmen für sinnvoll.
4. Sorgfaltspflichten: Es muss vermieden werden, dass wegen der Pflicht zur Einrichtung eines angemessenen und „wirksamen“ internen Kontroll- und Risikomanagementsystems automatisch bei jeder Verfehlung im Unternehmen auf die „Unwirksamkeit“ der Systeme geschlossen wird, also eine Art Gefährdungshaftung entsteht. Wir fordern hierzu unbedingt Klarstellungen des Gesetzgebers, um Rechtssicherheit für die Unternehmen herzustellen.

### **Bereich Abschlussprüfung**

Das Maßnahmenpaket des FISG wird den Markt für die Abschlussprüfung spürbar zum Schlechteren verändern, denn insgesamt machen die Maßnahmen die Abschlussprüfung als Dienstleistung riskanter und unattraktiver. Dies wird zu vermeidbaren Schwierigkeiten bei unternehmerischen Großprojekten wie Unternehmenskäufen und -verkäufen und Kapitalmarkttransaktionen führen. Außerdem leistet es einer weiteren Marktkonzentration im Prüfermarkt Vorschub, was der Intention des europäischen Gesetzgebers bei der Verabschiedung der EU-Abschlussprüferverordnung widerspricht. Darüber hinaus ist infolge der Änderungen mit höheren Prüfungshonoraren ohne spiegelbildlichen Mehrwert für die Qualität der Abschlussprüfung zu rechnen. Dies führt zu einer erheblichen Zusatzbelastung der Unternehmen.

Konkret sollte der Gesetzgeber daher mindestens folgende Änderungen vornehmen:

1. Die ausnahmslose, verpflichtende externe Prüferrotation nach zehn Jahren sehen wir kritisch. Um Interessenkonflikten zu begegnen, halten wir kürzere Rotationsfristen für nicht zielführend. Bereits die interne Prüferrotation nach 7 Jahren begegnet Interessenkonflikten. Außerdem besteht eine Ausschreibungspflicht, wenn das Prüfungsmandat verlängert werden soll. Die Nachteile durch den potenziellen Verlust an Expertise überwiegen damit. In jedem Fall müssen sinnvolle Übergangsvorschriften geschaffen werden.
2. Das pauschale Verbot der Erbringung von Bewertungs- und Steuerberatungsleistungen durch den Abschlussprüfer halten wir für nicht zielführend. Die Abschlussprüferverordnung trifft ausreichende Maßnahmen, um eventuell entstehende Interessenkonflikte zu unterbinden. Der Gesetzgeber sollte von der mitgliedstaatlichen Option der EU-Abschlussprüferverordnung weiterhin Gebrauch machen. Durch die beabsichtigten Neuregelungen steht zu befürchten, dass die Auswahl des Abschlussprüfers weiter erschwert wird.
3. Die unbegrenzte Haftung bereits im Fall grober Fahrlässigkeit halten wir für zu drastisch. Die unbegrenzte Haftung sollte stattdessen weiter nur bei Vorsatz greifen. Wir befürchten, dass die Konzentration im Prüfermarkt durch die höheren Haftungsrisiken weiter zunimmt.

### **Bereich Bilanzkontrolle**

Das Deutsche Aktieninstitut empfindet es als prinzipiell sachgerecht, die Rolle der BaFin im Bilanzkontrollverfahren zu stärken und den Informationsaustausch zwischen den an der Bilanzkontrolle beteiligten Institutionen zu verbessern, um Betrugsfällen besser und früher mit hoheitlichen Mitteln nachzugehen.

Es entsteht jedoch der Eindruck, als wolle der Gesetzgeber eine generelle Kontrolle der Unternehmen etablieren, statt sich auf das im Aktionsplan genannte Zielbild der „schnellen Eingreiftruppe“ für Betrugsfälle zu konzentrieren. Zwar wird die faktische Wirkung der Änderungen vermutlich auch davon abhängen, wie die neuen rechtlichen Möglichkeiten der BaFin in der Aufsichtspraxis gelebt werden. Insgesamt dürften die Veränderungen am Bilanzkontrollverfahren aber dazu führen, dass bei zu vielen Untersuchungen vorschnell ein Betrugsverdacht in den Raum gestellt wird oder gestellt werden könnte. Das würde auch dazu führen, dass Verfahren bei der BaFin geführt werden, die besser bei der privatrechtlichen Prüfstelle aufgehoben sind. Zudem werden der Rechtsschutz der betroffenen Unternehmen eingeschränkt und Sanktionen ausgeweitet. Das Gesamtsystem verliert damit seine Ausgewogenheit und Ressourcen werden nicht effizient eingesetzt.

Konkret sollten daher vor allem folgende Veränderungen erfolgen:

1. Wir begrüßen, dass weiter eine Prüfstelle als privatrechtliches Element der Bilanzkontrolle existiert. Sie sollte auch weiterhin die Möglichkeit haben, aus der eigenen Analyse heraus Anlassprüfungen anzustoßen, um die gewonnene Expertise bei der Aufdeckung von Bilanzierungsfehlern nicht zu verlieren und Ressourcen effizient einzusetzen.
2. Die Hürden für die Übernahme von Verfahren von der Deutschen Prüfstelle für Rechnungslegung e.V. (DPR) und den Einsatz weitreichender hoheitlicher Mittel durch die BaFin müssen höher gesetzt werden als im Entwurf vorgesehen, damit Unternehmen nicht vorschnell mit weitreichenden Eingriffsrechten der BaFin konfrontiert sind. Diese sollten für Fälle reserviert sein, in denen sich kriminelle Handlungen deutlich abzeichnen, nicht jedoch für reine Bilanzierungsfehler.
3. Die Veröffentlichung der Anordnung einer Prüfung durch die BaFin sowie von Zwischenergebnissen führt zu Vorverurteilungen und kann am Kapitalmarkt erhebliche negative Konsequenzen für die betroffenen Unternehmen haben. Ein solches Naming and Shaming ohne feststehendes Ergebnis ist rechtsstaatlich problematisch und sollte unterbleiben. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund der zu niedrigen Aufgreifschwellen.
4. Als Sanktion genügt die Veröffentlichung von Bilanzierungsfehlern. Auf die Möglichkeit zur Anordnung einer Neuaufstellung des Abschlusses sollte verzichtet werden. Mindestens sollte diese an höhere Hürden geknüpft werden. Generell sollten eine Fehlerveröffentlichung und insbesondere die Neuaufstellung erst dann erfolgen, wenn der Bilanzierungsfehler gerichtlich rechtskräftig festgestellt worden ist. Der Widerspruch gegen Sanktionen sollte daher aufschiebende Wirkung haben.
5. Die Veränderungen im Umlageverfahren für die Bilanzkontrolle sollten zurückgenommen werden, um Belastungen für rechtstreue Unternehmen und rechtsstaatlich bedenkliche Effekte zu vermeiden. Zudem haben wir erhebliche Bedenken, dass Unternehmen auch in ergebnislos endenden Prüfungen der BaFin die Kosten zu tragen haben.

#### **Vorschriften in Bezug auf Auslagerungsunternehmen**

Das Deutsche Aktieninstitut steht den vorgeschlagenen Regelungen im Bereich der Auslagerungsunternehmen kritisch gegenüber, weil damit ein grundlegender Paradigmenwechsel in der Finanzaufsicht einhergeht, der noch dazu einen deutschen Sonderweg etabliert. War es bisher anerkannt, dass Finanzdienstleister und Banken als beaufsichtigte Unternehmen Verantwortung für etwaige Auslagerungsunternehmen übernehmen, erlauben die Vorschriften nunmehr das direkte Eingreifen der BaFin gegenüber jedwedem Unternehmen, auch wenn

dieses selbst keine Finanzdienstleistungen erbringt. Dies ist unverhältnismäßig und auch mit Blick auf das bereits vorhandene Instrumentarium der Aufsicht nicht nötig.

# 1 Bereich Corporate Governance

## 1.1 Grundsätzliche Erwägungen

Wir begrüßen grundsätzlich, dass Unternehmen von öffentlichem Interesse nach § 107 AktG-E (Art. 15 des FISG) künftig einen Prüfungsausschuss bilden müssen und dass die Beurteilung der Qualität des Abschlussprüfers als zusätzliche gesetzliche Aufgabe des Prüfungsausschusses normiert wird. Der Entwurf enthält dabei allerdings keine Ausnahmen für aus drei Personen bestehende Aufsichtsräte, obwohl die Begründung eine solche Ausnahme in den Raum stellt. Aus unserer Sicht könnte für den Fall der personenidentischen Besetzung des Prüfungsausschusses mit dem Gesamtaufsichtsrat auch die Verpflichtung eingeführt werden, zusätzliche Sitzungen des Gesamtaufsichtsrats spezifisch zur Befassung mit den Überwachungsaufgaben eines ansonsten einzurichtenden Prüfungsausschusses abzuhalten. Zudem sollte darüber nachgedacht werden, es bei der bisherigen Anforderung an Sachverstand auf den Gebieten Rechnungslegung „oder“ Abschlussprüfung zu belassen.

Zudem sollte den rechtsform-spezifischen Besonderheiten einer Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA) Rechnung getragen werden. Wir schlagen vor, zu regeln, dass die Anforderungen auch dadurch erfüllt werden, dass eine KGaA über einen funktionsäquivalenten Ausschuss verfügt.

Rechtssystematisch problematisch und vielleicht hinderlich ist die Kodifizierung eines direkten Auskunftsrechts des Prüfungsausschusses gegenüber den Leitern/der Leiterinnen der internen Kontrolle, des Risikomanagements und der Internen Revision (§ 107 Abs. 4 AktG-E bzw. § 34 Abs. 5 SE-Ausführungsgesetz, Art. 15 des FISG). Die Regelung kann Loyalitätskonflikte heraufbeschwören. Außerdem kann von dem Entwurf ein Zwang ausgehen, die genannten Positionen im Unternehmen zu schaffen, wenn sie noch nicht existieren, während andere Stabsfunktionen ausgeblendet werden. Ein unter Umständen in der Praxis gelebter direkter Zugriff auf die Compliance- oder Rechtsfunktion wird sogar erschwert, weil die Begründung den aktienrechtlichen Grundsatz, dass der Vorstand der richtige Adressat für Auskunftsersuchen des Aufsichtsrats ist, betont und nur für die im Gesetzentwurf genannten Funktionen von einer partiellen Abweichung ausgeht. Es sollte daher auf die Regelung verzichtet werden.

Nachvollziehbar ist, dass im Aufsichtsrat nach § 100 Abs. 5 AktG-E jetzt neben der Expertise im Bereich Rechnungslegung zusätzlich auch Expertise im Bereich der Abschlussprüfung vorhanden sein soll. Es wird aber nicht klar, in welchen Fällen der Gesetzgeber davon ausgeht, dass Rechnungslegungsexpertise nicht gleichzeitig mit Abschlussprüfungsexpertise einhergeht. Wir regen daher an, in der Begründung Berufstypen zu spezifizieren, die eine gesetzliche Vermutung für eine solche

Expertise begründen. Expertise sollte zudem immer auch aus Unternehmenssicht, nicht etwa nur externer Prüfungssicht, erworben werden können. Außerdem sollte es möglich sein, sich die Fähigkeiten im Zuge einer Tätigkeit durch Weiterbildung anzueignen. Alternativ könnte Rechtssicherheit bewahrt werden, indem die Expertise nur alternativ vorgeschrieben, aber die Anzahl der Finanzexperten auf zwei Personen erhöht wird.

§ 93 Abs. 1a AktG-E schafft die Pflicht zur Einrichtung eines „im Hinblick auf den Umfang der Geschäftstätigkeit und die Risikolage des Unternehmens angemessenen und wirksamen internen Kontrollsystems und Risikomanagementsystems“. Die Intention dieser Änderung erscheint nachvollziehbar. Jedoch muss verhindert werden, dass automatisch aus jeder Pflichtübertretung im Unternehmen auf die „Unwirksamkeit“ der Systeme geschlossen wird (z.B. durch die Klarstellung, dass es um ein grundsätzliches und prozessorientiertes, nicht konkretes und ergebnisorientiertes Verständnis der Wirksamkeit geht).

## 1.2 Bewertung im Einzelnen

### 1.2.1 Einrichtung eines Prüfungsausschusses und Erweiterung des Aufgabenkatalogs (§ 107 AktG-E)

Eine zwingende Einrichtung eines Prüfungsausschusses für Unternehmen von öffentlichem Interesse ist nach § 107 AktG-E vorgesehen. Die Beurteilung der Qualität des Abschlussprüfers wird dabei zur expliziten gesetzlichen Aufgabe des Prüfungsausschusses. Die Pflicht zur Einrichtung hatten auch wir vorgeschlagen. Allerdings hatten wir auch angeregt, darüber nachzudenken, ob eine Regelung für kleine Aufsichtsräte gefunden werden könnte. Denn entweder bildet der Aufsichtsrat künftig einen personenidentischen Prüfungsausschuss oder das Gremium wird erweitert, damit die Ausschussbildung überhaupt eine Auswahl an Mitgliedern des Aufsichtsrats umfasst. Die Verpflichtung würde also eine Tendenz zur Erweiterung kleiner Aufsichtsräte auslösen, was die Diversität der Meinungen im Aufsichtsrat generell erhöht. An einem kleinen Gremium festzuhalten, mag aber dennoch angemessen sein und im Unternehmensinteresse liegen, etwa, wenn es sich um wenig komplexe Geschäftsmodelle kleinerer Firmen handelt. Es ist dabei zu bedenken, dass auch Unternehmen, die lediglich Anleihen begeben, ebenfalls dieser Pflicht unterfallen, vgl. § 316a Satz 2 Nr. 1 HGB-E, der auf § 264d HGB verweist. Dabei kann es sich z.B. um Finanzierungstöchter handeln, die Anleihen auf dem geregelten Markt unter Garantie der Konzernmutter begeben. Dem Ziel des Gesetzgebers, die Befassung mit Rechnungslegung, Abschlussprüfung und Kontrollsystemen zu erhöhen, würde doch auch dadurch Rechnung getragen, wenn für mit drei Personen besetzte Aufsichtsräte die Zahl der gesetzlichen Pflichtsitzungen nach § 110 Abs. 3 AktG erhöht würde, um sicher zu stellen, dass angemessene Zeit auf die Aufgaben, die in § 107 Abs. 3 AktG dargestellt sind, verwendet wird. Auch wenn unstrittig ist, dass die dort aufgeführten Aufgaben

vom Aufsichtsrat als Ganzem zu erfüllen sind, wenn kein Prüfungsausschuss bestellt ist, könnte dies im Zuge der Neuregelung klargestellt werden.

Auch der Referentenentwurf scheint sich der Berücksichtigung kleiner Aufsichtsräte nicht zu verschließen. In der Begründung heißt es: „Die Einrichtung eines Prüfungsausschusses dient der Wirksamkeit und Effizienz der Arbeit des Aufsichtsrates. Die Einrichtung wird auch vom Deutschen Corporate Governance Kodex unter D.3 empfohlen und entspricht der "best practice" in den meisten Unternehmen. Ausnahmen werden nur für Unternehmen mit kleinen Aufsichtsräten in Betracht kommen (Hüffer/Koch, AktG, 14. Auflage 2020, § 107 Randnummer 22)“. Wenn dies also nach der Begründung (unkommentiert) „in Betracht kommen wird“, wäre der nächste Schritt, dies entsprechend zu normieren. Nach unserer Auffassung ist es möglich bei dem hier entworfenen Verzicht auf die Mitgliedstaatenoption aus Artikel 39 Absatz 4 der EU-Abschlussprüferrichtlinie (2006/43/EG) zu differenzieren: Wenn alle Unternehmen von öffentlichem Interesse von der Pflicht zur Bildung eines Prüfungsausschusses ausgenommen werden können, kann erst recht nur ein kleiner Teil von der Pflicht zur Einrichtung eines Prüfungsausschusses befreit werden.

Durch die Neuregelung werden nunmehr zudem unter Umständen zwei Finanzexperten erforderlich, da die Expertise im Bereich der Rechnungslegung und Abschlussprüfung nun kumulativ vorliegen muss. Zudem wird die Auswahl geeigneter Aufsichtsrats- bzw. Prüfungsausschussmitglieder weiter eingeschränkt: Durch den uneingeschränkten Verweis von § 107 Abs. 4 AktG-E auf § 100 Absatz 5 AktG-E, also auch auf den letzten Halbsatz, ergibt sich, dass auch die Sektorenkenntnis vom Prüfungsausschuss als Ganzem erwartet wird. Dies ist eine Verschärfung gegenüber dem Status Quo für alle Unternehmen, da bisher die Sektorenkenntnis anders auf den Aufsichtsrat „verteilt“ werden konnte. Mit der Aufgabe der o.g. Mitgliedstaatenoption der Abschlussprüferrichtlinie muss dies nun zwingend für den Prüfungsausschuss gelten, Art. 39 Abs. 1. Für alle Unternehmen wird damit die Wahl geeigneter Personen für den Prüfungsausschuss weiter eingeschränkt. Bei dreiköpfigen Aufsichtsräten ist dies im Zusammenhang mit der Streichung des „oder“ bei der Fachexpertise problematisch, da unter Umständen zwei Finanzexperten erforderlich werden. Damit bekäme die Kontrolle von Rechnungslegung und Abschlussprüfung aufgrund gesetzlicher Anordnung unter Umständen in kleinen Aufsichtsräten ein Übergewicht. Alternativ wäre daher anzuraten, es bei der bisherigen Formulierung „oder“ zu belassen, zumindest bei kleinen Aufsichtsräten.

Unklarheit besteht zudem über die Konsequenzen der Änderung im Anforderungsprofil der Finanzexperten. Die Begründung des FISG enthält sich einer Aufzählung von Berufstypen, die diese Anforderung erfüllen. Es fragt sich, ob man hier nicht mehr Rechtssicherheit schaffen könnte. Unklar ist in dem Zusammenhang, wie mit der Begründung aus dem BilMoG umzugehen ist. Es enthält Beispielsfälle von beruflichen Hintergründen, die eine entsprechende Finanzexpertise annehmen

lassen, ohne dass dabei zwischen Expertise in der Rechnungslegung und Abschlussprüfung differenziert wird. Diese Begründung ist für die Unternehmen nicht hilfreich, um die nach der Neuregelung erforderliche Personenauswahl zu treffen. Es fragt sich nun z.B., ob nur noch Wirtschaftsprüfer für die Expertise Abschlussprüfung in Frage kommen. Es sollte daher insbesondere klargestellt werden, dass die Expertise auch durch Erfahrungen aus Sicht eines zu prüfenden Unternehmens erfüllt werden kann, etwa als Finanzvorstand, nicht etwa nur durch externe Prüfersicht. Letzteres wäre aus unserer Sicht eine Einschränkung. Ein Katalog von typischen Vorerfahrungen könnte als gesetzliche Vermutung für die angemessene Expertise dienen. Alternativ könnte es auch bei größeren Unternehmen bei der Formulierung „oder“ belassen werden und zwei Finanzexperten vorgeschrieben werden. Dies würde es den Unternehmen ermöglichen, auf die gelebte Praxis seit der Einführung des BilMoG zurückzugreifen, während aber durch die Erhöhung der Personenanzahl die Finanzexpertise im Prüfungsausschuss noch mehr Schlagkraft bekäme.

Zur KGaA schweigt der Gesetzentwurf, woraus geschlossen werden kann, dass auch der Aufsichtsrat einen Prüfungsausschuss einrichten muss, wenn die Voraussetzungen des § 316a HGB-E erfüllt sind. Unseres Erachtens sollte sich der Gesetzgeber jedoch ausdrücklich mit der Frage nach der richtigen Verortung in der KGaA auseinandersetzen. Im Vergleich zum Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft hat der Aufsichtsrat nur beschränkte Kompetenzen, so dass in der Praxis je nach Ausgestaltung der KGaA andere Gremien einen Prüfungsausschuss bilden. Hielte der Gesetzgeber dies nicht für angemessen, sollte dies begründet werden. Wir schlagen vor, zu regeln, dass die Anforderungen auch dadurch erfüllt werden, dass eine KGaA über einen funktionsäquivalenten Ausschuss verfügt. Anders als bei einer Aktiengesellschaft verfügt der Aufsichtsrat einer KGaA nicht über die Personalkompetenz über die Mitglieder der Geschäftsleitung. Daher sprechen gute Gründe dafür, einen solchen funktionsäquivalenten Ausschuss bei dem Gremium zu gründen, das auch über die Personalkompetenz verfügt. Wie beim Aufsichtsrat der AG verleiht dies dem Überwachungs- und Prüfungsauftrag ein anderes Gewicht. Um Transparenz hierüber herzustellen, würde die KGaA dies in der Erklärung zur Unternehmensführung nach § 289f Abs. 2 Nr. 3 HGB darlegen, insbesondere die Gleichwertigkeit zum Prüfungsausschuss des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft.

### **1.2.2 Direkte Auskunftsrechte des Prüfungsausschusses (§ 107 Abs. 4 AktG-E, § 34 Abs. 5 SE-Ausführungsgesetz)**

Die grundsätzlichsste gesellschaftsrechtliche Änderung ist die Kodifizierung eines direkten Auskunftsrechts des Prüfungsausschusses gegenüber dem Leiter der internen Kontrolle, dem Leiter des Risikomanagements und dem Leiter der Internen Revision (§ 107 Abs. 4 AktG-E bzw. § 34 Abs. 5 SE-Ausführungsgesetz). Es fragt sich, ob es die Position „Leiter Risikomanagement bzw. interne Kontrollen“ in jedem Unternehmen gibt. Vielleicht sollte dies der Gesetzentwurf berücksichtigen, um nicht indirekt die Einführung einer solchen Position zu erzwingen. Dies gilt erst

recht, da es im Unternehmen noch weitere wichtige Stabsfunktionen gibt, die für die Arbeit des Prüfungsausschusses von Bedeutung sein können, wie z.B. der Chief Accounting Officer, Chief Compliance Officer und Head of Legal, die aber nicht genannt werden. Das direkte Auskunftsrecht wird in der Begründung als „keine Abkehr von der Grundentscheidung des Aktiengesetzes (vergleiche § 90 Absatz 1 AktG-E) (...), dass der Vorstand grundsätzlich der richtige Adressat für ein Auskunftsverlangen des Aufsichtsrates ist,“ bezeichnet. Die im Entwurf vorgesehene Regelung nennt nur bestimmte Funktionen, bei denen direkt Auskunft eingeholt werden kann. Dies steht einer direkten Auskunftseinholung bei anderen Personen, sofern sie im Unternehmen üblich ist, möglicherweise entgegen. Denn die Begründung betont den o.g. aktiengesetzlichen Grundsatz, dass der Vorstand der richtige Adressat für Auskunftersuchen des Aufsichtsrates ist, und geht nur für die im Gesetzentwurf genannten Funktionen von einer „partiellen Abweichung“ aus. Es fragt sich zudem, ob bei einem gesetzlichen Auskunftsrecht nicht auch zusätzliche Regelungen erforderlich würden, um Loyalitätskonflikten der Mitarbeiter (sie unterstehen dem Vorstand) zu begegnen. Viele Gründe sprechen gegen die Normierung eines solchen direkten Auskunftsrechts gegenüber den Angestellten des Unternehmens. Daher sollte die Regelung gestrichen werden.

### 1.2.3 Pflicht zur Einrichtung eines internen Kontrollsystems und Risikomanagementsystems (§ 93 Abs. 1a AktG-E)

Bei börsennotierten Gesellschaften soll nun nach § 93 AktG-E Abs. 1a die Pflicht zur Einrichtung eines „im Hinblick auf den Umfang der Geschäftstätigkeit und die Risikolage des Unternehmens angemessenen und wirksamen internen Kontrollsystems und Risikomanagementsystems“ kodifiziert werden. Es ist nicht nur auf den Rechnungslegungsprozess bezogen. Dies sollte angesichts der Zielrichtung des Referentenentwurfs erläutert werden. Wir fragen uns zudem, welche Rechtsfolgen mit der Kodifizierung der in den börsennotierten Unternehmen bereits gelebten Praxis einhergeht: Besteht in der Zukunft eine gesetzliche Vermutung, dass ein angemessenes und vor allem wirksames internes Kontrollsystem gar nicht vorgelegen haben kann, wenn z.B. durch Fehlverhalten in der Organisation ein Schaden eintritt? Besteht dann künftig eine Gefährdungshaftung für alle Verstöße? Dies kann unserer Einschätzung nach nicht gewollt sein, da eine solche Erwartung unrealistisch wäre. Hier sollte der Gesetzgeber den Unternehmen mehr Rechtssicherheit geben, wenn er an der Formulierung „wirksames“ internes Kontrollsystems (IKS) und Risikomanagementsystem (RMS) festhält. Dies könnte dadurch erfolgen, dass Mindeststandards formuliert werden und etwa klargestellt wird, dass es um ein grundsätzliches und prozessorientiertes, nicht konkretes und ergebnisorientiertes Verständnis der Wirksamkeit geht, wie es in den Standards der Wirtschaftsprüfer geprüft wird. Die Kosten für die Einführung von umfassenden RMS und IKS erscheinen uns im Übrigen unrealistisch niedrig. Zudem scheinen uns die Ausführungen zum Compliance Management-System nicht zu berücksichtigen, dass dieses teilweise als Teil des internen Kontrollsystems verstanden wird.

§ 405 AktG-E sieht künftig vor, dass der Vorschlag zur Bestellung eines Abschlussprüfers an die Hauptversammlung, wenn das zugrundeliegende Auswahlverfahren nicht den Anforderungen der EU-AbschlussprüferVO (537/2014) entspricht, mit nunmehr bis zu 500.000 EUR bebußt werden kann. Es sollte klargestellt werden, dass diese Höchstsumme nur bei einem gänzlichen Fehlen des durchaus komplexen Verfahrens festgesetzt werden kann.

## 2 Bereich Abschlussprüfung

### 2.1 Grundsätzliche Erwägungen

Der Entwurf verschärft die existierenden Regelungen zur verpflichtenden Rotation der Prüfungsunternehmen, das Spektrum zulässiger Beratungsleistungen (Nichtprüfungsleistungen) durch den Abschlussprüfer und sieht spürbar höhere Sanktionen bei Fehlverhalten des Abschlussprüfers und der Unternehmen vor.

Die vorgeschlagenen Maßnahmen werden den Markt für Abschlussprüfung merklich zum schlechteren verändern, denn insgesamt wirken die Maßnahmen in die Richtung, dass die Abschlussprüfung als Dienstleistung riskanter und unattraktiver wird. Aus Unternehmenssicht ist daher zu befürchten, dass es zu einer weiteren Marktkonzentration kommen wird, was der Intention des europäischen Gesetzgebers bei der Verabschiedung der EU-Abschlussprüferverordnung gerade widerspricht. Konkret steht dadurch zu befürchten, dass die Auswahl unter den Prüfungsgesellschaften für die Unternehmen weiter eingeschränkt wird. Überdies gewährleistet die begrenzte Zulassung von Nichtprüfungsleistungen innerhalb der existierenden mitgliedstaatlichen Wahlrechte nach der EU-Abschlussprüferverordnung (EU 537/2014), dass die Unternehmen in seltenen Ausnahmefällen (z.B. bei M&A- oder Kapitalmarkttransaktionen) in begrenztem Umfang auf eine spezifische Prüfer-Expertise zurückgreifen können, auf die ansonsten verzichtet werden müsste.

Darüber hinaus ist anzunehmen, dass infolge der Vorschläge die Prüferhonorare aufgrund der höheren Haftungsrisiken der Wirtschaftsprüfer erheblich ansteigen werden, ohne, dass es zu einer Verbesserung der Prüfungsqualität kommt.

Diese Konsequenzen müssen vermieden werden, in dem der Gesetzesvorschlag noch einmal überarbeitet wird.

### 2.2 Bewertung im Einzelnen

#### 2.2.1 Verpflichtende Prüferrotation nach 10 Jahren (Streichung des § 318 Abs. 1a HGB)

Die ausnahmslose, verpflichtende externe Prüferrotation nach zehn Jahren sehen wir kritisch. Bereits die interne, 7-jährige Rotation innerhalb der Wirtschaftsprüfungsgesellschaften beugt möglichen Interessenkonflikten hinreichend vor. Zudem hat das europäische Recht einen ausgewogenen Ansatz gefunden, indem die Abschlussprüferverordnung einen Prüferwechsel nach zehn Jahren prinzipiell vorschreibt. Verlängerungen über diesen Zeitraum hinaus sind nur bei einer

öffentlichen Ausschreibung des Prüfungsmandats möglich. Bei dieser Regelung sollte es bleiben. Kürzere Rotationsfristen sind pauschal nicht geeignet, Interessenkonflikten zu begegnen. Zudem geht mit jedem Prüferwechsel die Gefahr eines Verlustes an Expertise einher.

Überdies hätte eine übergangslose Streichung der Mitgliedstaatenoption die abwegige Konsequenz, dass Unternehmen, die erst kürzlich eine öffentliche Ausschreibung i.S.d. § 318 Abs. 1a HGB durchgeführt haben, 2022 erneut ausschreiben müssten. Dies wird Unternehmen und Wirtschaftsprüfer vor erhebliche Schwierigkeiten stellen. Für ein Auswahlverfahren muss man zwei bis drei Jahre Vorlaufzeit einplanen. Diese Zeit wird benötigt, um eine ausreichende Anzahl an Bewerbern sicherzustellen, welche die Anforderungen an Unabhängigkeit und Kompetenz erfüllen. Zudem müssen gültige Verträge beachtet werden.

Es müssen daher mindestens sinnvolle Übergangsvorschriften geschaffen werden. Konkret schlagen wir dazu vor:

- Unternehmen, die bis zum 31. Dezember 2021 die Voraussetzungen des § 318 Abs. 1a HGB erfüllt haben, sollten bis zum Ende der Restlaufzeit am Mandat festhalten dürfen.
- Unternehmen, die sich gerade jetzt noch im Ausschreibungsprozess befinden, sollten nicht gezwungen sein, diese Ausschreibung noch umzugestalten. Die Aufhebung der Verlängerungsoption nach § 318 Abs. 1a HGB sollte daher erst für Geschäftsjahre gelten, die nach dem 31. Dezember 2023 beginnen.

### 2.2.2 Unzulässigkeit von Steuerberatungs- und Bewertungsleistungen (Streichung des § 319a HGB)

Die Streichung des § 319a HGB und damit das Verbot für Wirtschaftsprüfer, neben der Abschlussprüfung auch Bewertungs- und Steuerberatungsleistungen zu erbringen, halten wir für nicht zielführend. Die negativen Konsequenzen für die rechtstreuen Unternehmen überwiegen klar mögliche Vorteile einer noch strikteren Trennung. Beide Nichtprüfungsleistungen sind prüfungsnah und können auf Grundlage der Kenntnisse der Abschlussprüfung leichter erbracht werden. Eventuell entstehenden Interessenkonflikten wird in ausreichendem Maße bereits durch die in der Mitgliedstaatenoption des Art. 5 Abs. 3 der EU-Abschlussprüferverordnung (EU 537/2014) festgelegten und in § 319a Abs. 1 HGB umgesetzten Beurteilungskriterien der Unmittelbarkeit und Wesentlichkeit sowie durch das „Fee-Cap“ der EU-Abschlussprüferverordnung, vorgebeugt.

Hierdurch wird es Unternehmen ermöglicht, in begrenztem Umfang auf eine spezifische Expertise zurückgreifen, auf die andernfalls verzichtet werden müsste. Gerade bei M&A- oder Kapitalmarkttransaktionen (Kapitalerhöhungen, Platzierung von Anleihen) ist dies bedeutsam. In diesem Zusammenhang ist die mit der

beabsichtigten Streichung von § 319a HGB einhergehende Abschaffung der Möglichkeit, das „Fee-Cap“ vorübergehend zu überschreiten, nicht sachgerecht. Denn zum einen werden solche unternehmensseitigen Transaktionen von der Prüfungsgesellschaft nicht beeinflusst. Zum anderen muss eine – vorübergehende – Fee Cap-Überschreitung beantragt und von der APAS bewilligt werden. Damit wird potentiellen Interessenkonflikten auch hier hinreichend entgegengewirkt.

Durch die beabsichtigten Neuregelungen steht zu befürchten, dass den Unternehmen die Auswahl des Abschlussprüfers weiter erschwert wird, da sich mehr Prüfungsgesellschaften aus dem Prüfungsmarkt zurückziehen werden. Denn im direkten Vergleich mit Nichtprüfungsleistungen sind Abschlussprüfungen nicht nur weit weniger rentabel, sondern wären auch riskanter, wenn man die im FISG-E festgelegten verschärften Sanktionen sowie die Verschärfung der zivilrechtlichen Abschlussprüferhaftung betrachtet (siehe nächstes Kapitel). Die Abschlussprüfung wird als Dienstleistung somit für die Prüfungsgesellschaften ohne eine deutliche Honorarerhöhung uninteressant. Spiegelbildlich bedeutet das für die Unternehmen eine eingeschränkte Auswahl an möglichen Prüfungsgesellschaften. Darüber hinaus werden sie höhere Prüfungskosten tragen müssen. Unseres Erachtens hat die Abschlussprüferverordnung mit der jährlichen Überprüfung der Nichtprüfungsleistungen durch den Aufsichtsrat sowie durch den Fee Cap einen vollkommen ausreichenden Mechanismus etabliert, der geeignet ist zu verhindern, dass solche Leistung unangemessene Höhen erreichen und damit Interessenskonflikte verursachen.

Die Befürchtung, dass es regelmäßig zu Interessenkonflikten kommt, wenn die für die Abschlussprüfung mandatierte Prüfungsgesellschaft zur gleichen Zeit Nichtprüfungsleistungen erbringt, teilen wir nicht. Auch wenn Nichtprüfungsleistungen regelmäßig rentabler sind, enthält die EU-Abschlussprüferverordnung einen Katalog verbotener Nichtprüfungsleistungen, bei denen die Gefahr von Interessenkonflikten besonders besteht und legt darüber hinaus den Umfang zulässiger Nichtprüfungsleistungen fest.

### 2.2.3 Sanktionsverschärfungen für Unternehmen und Abschlussprüfer

Der Referentenentwurf beinhaltet zahlreiche Sanktionsverschärfungen sowohl für Unternehmen als auch für Abschlussprüfer bzw. Prüfungsgesellschaften. Im Folgenden möchten wir die Änderungen im Bereich der zivilrechtlichen Haftung des Abschlussprüfers nach § 323 Abs. 2 HGB-E, den Straftatbestand der unrichtigen Darstellung (§ 331 HGB-E), den neu geschaffenen Straftatbestand der unrichtigen Versicherung (§ 331a HGB-E) sowie die Verschärfung bei Verletzung der Berichtspflicht nach § 332 HGB-E kommentieren.

### **Verschärfung der zivilrechtlichen Haftung des Abschlussprüfers (§ 323 Abs. 2 HGB-E)**

Wir stimmen zu, dass Fehlverhalten der Abschlussprüfer angemessen sanktioniert werden muss. Für das Vertrauen in den Kapitalmarkt sind korrekt geprüfte Finanzberichte ein hohes Gut. Die Schadensersatzpflicht ergänzt deshalb auch zurecht die vorhandenen gesetzlichen und berufsständischen Verhaltensstandards für die Wirtschaftsprüfer.

Allerdings halten wir eine unbegrenzte Haftung bereits im Falle grober Fahrlässigkeit, wie es jetzt vorgeschlagen wird, für bei weitem zu drastisch. Die unbegrenzte Haftung sollte stattdessen weiter nur bei Vorsatz greifen.

Dies wäre auch im Hinblick auf die teils bestehenden Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen einfacher und grober Fahrlässigkeit und der damit einhergehenden ungewissen Risikolage für den Prüfer angemessen. Zudem ist – wie bereits oben geschildert – zu befürchten, dass sich Prüfungsgesellschaften vermehrt aus dem Markt für Prüfungsleistungen zurückziehen werden, um Haftungsrisiken zu vermeiden. Dies dürfte vor allem für mittelgroße Prüfungsgesellschaften gelten, die meist nur wenige Mandate unter den Unternehmen von öffentlichem Interesse haben. Die Haftungsverschärfung wirkt also ebenfalls konzentrationsfördernd.

Zudem wird eine unbeschränkte Haftung des Abschlussprüfers zu deutlich steigenden Versicherungsprämien führen. Die Mehrkosten werden die Wirtschaftsprüfer an die zu prüfenden Unternehmen weiterreichen. Wir sehen darin einen weiteren Beleg dafür, dass das FISG zumindest in der aktuellen Form zu einer erheblichen Mehrbelastung der rechtstreuen Unternehmen führt. Den Beweis, dass die Haftungsverschärfung überhaupt geeignet gewesen wäre, den mutmaßlichen Bilanzbetrug bei Wirecard früher durch den Abschlussprüfer aufzudecken, sehen wir im Gegenzug nicht.

Die Erhöhung der möglichen Haftungsgrenze bei Fahrlässigkeit von 4 auf bis zu 20 Millionen ist zwar ebenfalls spürbar. Sie erscheint aber tragbar – jedenfalls dann, wenn in einem konkreten Haftungsfall die Größe der Prüfungsgesellschaft in Rechnung gestellt wird. Um das Risiko für kleinere Prüfungsgesellschaften zu begrenzen, wäre ggf. zu überlegen, die Haftungshöchstgrenze oberhalb von 4 Millionen Euro an das Prüfungshonorar zu koppeln.

### **Sanktionsrahmen für falschen Bilanzeid und falschen Bestätigungsvermerk (§§ 331a, 332 HGB-E)**

Mit dem neu aufgenommenen § 331a HGB-E wird die unrichtige Versicherung als eigener Straftatbestand normiert und der Strafraum erhöht (bis zu 5 Jahren Freiheitsstrafe für vorsätzliche, bis zu 2 Jahren Freiheitsstrafe für leichtfertige Tatbegehungen). Wir begrüßen die neu vorgenommene Unterscheidung zwischen Vorsatz und Leichtfertigkeit, halten allerdings das bisherige Höchststrafmaß

(3 Jahre Freiheitsstrafe) im Hinblick auf sein Abschreckungspotential für ausreichend.

Im Hinblick auf den neu eingeführten Straftatbestand des falschen Bestätigungsvermerks halten wir eine Differenzierung des Strafmaßes danach, ob die Tat zu Lasten eines Unternehmens von öffentlichem Interesse (dann bis zu 5 Jahren Freiheitsstrafe) oder nicht (dann bis zu 3 Jahren Freiheitsstrafe) begangen wurde für nicht sachgerecht, da die Tat an sich den gleichen Unrechtsgehalt hat. Wir regen daher an, den neu eingefügten § 332 Abs. 2 Satz 2 HGB-E nicht aufzunehmen.

## 3 Bereich Bilanzkontrolle

### 3.1 Grundsätzliche Erwägungen

Selbstverständlich unterstützt das Deutsche Aktieninstitut die Zielsetzung, mutmaßlichen Fällen von erheblichem Bilanzbetrug schnell und effektiv nachgehen zu können. Es ist deshalb naheliegend, dass der Gesetzesvorschlag die Rolle der BaFin in solchen Verfahren stärkt, denn diese verfügt anders als eine privatrechtliche Institution wie die Deutsche Prüfstelle für Rechnungslegung (DPR) über hoheitliche Durchgriffsrechte, die in solchen Fällen zur Aufklärung notwendig sein können. Auch die erweiterten Informationsrechte und -verpflichtungen der am Bilanzkontrollverfahren beteiligten Institutionen untereinander sind sachgerecht.

Dennoch muss in der politischen Diskussion berücksichtigt werden, dass sich das bestehende System der Bilanzkontrolle für die Masse der Fälle von Bilanzierungsfehlern bewährt hat, es also nicht einer Totalrevision bedarf. Das liegt auch an seiner grundsätzlichen Konstruktion: Das bisherige System kombiniert die Vorteile einer privatrechtlichen Organisation (u.a. Einsatz von Experten mit entsprechender Praxiserfahrung und Vergütung) mit den Vorteilen einer hoheitlichen Bilanzkontrolle (u.a. Durchgriffsrechte der BaFin im Falle des Nichtmitwirkens der geprüften Unternehmen). Außerdem muss anerkannt werden, dass nur in absoluten Ausnahmefällen Bilanzierungsfehler mit krimineller Manipulation einhergehen. Stattdessen geht es in der ganz überwiegenden Zahl an Fällen um die fehlerhafte Anwendung der oft komplexen und nicht immer eindeutigen (internationalen) Rechnungslegungsstandards selbst, um eine übermäßige Ausdehnung von Bewertungsspielräumen oder lückenhafte narrative Berichtsteile.

Die Weiterentwicklung des bestehenden Systems sollte daher die richtige Balance zwischen den Aufgaben der Prüfstelle und hoheitlichen Elementen zur Aufdeckung von Betrug finden und vor allem auch die vorschnelle Kriminalisierung von Bilanzierungsfehlern vermeiden.

Dies gelingt im Gesamtbild leider nicht.

Es entsteht vielmehr der Eindruck, als wolle der Gesetzgeber eine generelle Kontrolle der Unternehmen etablieren statt sich auf das im Aktionsplan genannte Zielbild der „schnellen Eingreiftruppe“ zu konzentrieren. Zwar mag die Wirkung mancher Änderungen davon abhängen, wie die neuen rechtlichen Möglichkeiten der BaFin in der Aufsichtspraxis gelebt werden. Insgesamt dürften die Veränderungen jedoch dazu führen, dass bei vielen Untersuchungen vorschnell ein Betrugsverdacht in den Raum gestellt wird oder gestellt werden könnte und dass Verfahren bei der BaFin geführt werden, die besser bei der Prüfstelle aufgehoben wären. Zudem werden der Rechtsschutz der betroffenen Unternehmen

eingeschränkt und Sanktionen ausgeweitet. Das Gesamtsystem verliert damit seine Ausgewogenheit, und Ressourcen werden nicht effizient eingesetzt.

## 3.2 Bewertung im Einzelnen

### 3.2.1 Anordnung einer Prüfung der Rechnungslegung und Ermittlungsbefugnisse der Bundesanstalt (§ 107 WpHG-E)

§ 107 WpHG-E regelt, dass die BaFin die Prüfung der Rechnungslegung anordnet, „soweit konkrete Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen Rechnungslegungsvorschriften vorliegen“ (Satz 1). Der Referentenentwurf weitet den Prüfumfang sowie die Durchgriffs- und Ermittlungsrechte dabei erheblich aus und stellt Unternehmen zu frühzeitig an den Pranger.

#### **BaFin-Prüfung auf aktuelle und ein Jahr zurückliegende Abschlüsse beschränken**

Unklar ist, warum der Prüfungsgegenstand auf Abschlüsse und Berichte erweitert wird, die die beiden Geschäftsjahre betreffen, die dem Geschäftsjahr der Prüfung vorausgehen (§ 107 Abs. 2 WpHG-E). Laut Begründung soll dies eine effektivere Bilanzkontrolle ermöglichen. Überzeugend ist diese Argumentation jedenfalls für einen typischen Bilanzierungsfehler nicht, denn für Investoren ist vor allem relevant, ob der letzte veröffentlichte Abschluss in der Sache richtig ist. Außerdem sehen die Rechnungslegungsvorschriften vor, dass wesentliche Fehler in den Folgeabschlüssen korrigiert werden müssen und dabei – entsprechende Materialität vorausgesetzt – auch die Vergleichszahlen für die Vorjahre anzupassen sind (IAS 8). Wenn es hingegen um betrügerische Handlungen geht, hat unseres Erachtens die Staatsanwaltschaft schon heute das Recht, innerhalb der Verjährungsfristen für Bilanzfälschung weiter zurückliegende Abschlüsse zu prüfen. Sie könnte daher ausgehend von einer etwaigen Anzeige der BaFin (oder der Prüfstelle) in Bezug auf einen aktuellen Abschluss die Ermittlungen ausweiten. Es sollte daher bei der bisherigen Regelung bleiben, insbesondere dann, wenn die Hürden für die Zuordnung der Verfahren bei der BaFin niedrig bleiben.

#### **Höhere Hürden für Durchsuchungs- und Beschlagnahmerechte**

Die BaFin erhält neben erweiterten Vorlage- und Vernehmungsrechten (§ 107 Abs. 5 WpHG-E) erweiterte Durchsuchungs- und Beschlagnahmerechte (§ 107 Abs. 7 WpHG-E) auch für Privaträume. Letztere stehen bei konkreten Anhaltspunkten für einen erheblichen Verstoß gegen Rechnungslegungsvorschriften zur Verfügung. Die Wesentlichkeit soll dabei nicht nur in quantitativer Hinsicht, sondern auch in qualitativer Hinsicht bestimmbar sein. Laut Begründung zu § 107 Abs. 7 WpHG-E stehen diese Mittel zur Verfügung, wenn ein Vorstoß „aus Sicht der Kapitalmarktteilnehmer für die Bewertung des Unternehmens von wesentlicher Bedeutung ist“. Allerdings liegt gerade diese Formulierung nach unserer Ansicht

nahe an der Abgrenzung eines minderschweren Bilanzierungsfehlers, der ja auch nur dann festgestellt werden kann, wenn sich der Fehler wesentlich auf die Vermögens-, Ertrags- oder Finanzlage auswirkt (siehe z.B. Assmann/Schneider, WpHG, 7. Auflage, § 108 Rn. 2ff.). Es ist damit letztlich nicht mehr klar, wo die Grenze zwischen der Vermutung für einen einfachen Verstoß (als Aufgreifkriterium für den § 107 WpHG-E insgesamt) und der erweiterten Durchsuchungs- und Beschlagnahmerechte verläuft. Zwar sollen die erweiterten Rechte des Abs. 7 ausweislich der Begründung vor allem für Fälle vorgesehen werden, bei denen es konkrete Anhaltspunkte für Bilanzmanipulation gibt. Die Formulierungen im Gesetzesentwurf und deren Erläuterung in der Begründung dürften aber dazu führen, dass forensische Verfahren bei der BaFin gerade nicht der Ausnahmefall bleiben, sondern schon bei kleinem Anlass die Folge sein können. Auch könnte sich die BaFin selbst im Fall fehlender konkreter Anhaltspunkte gezwungen gesehen, die vorhandenen Möglichkeiten auszuschöpfen, um sich nicht nachträglich Vorwürfen des Nichthandels ausgesetzt zu sehen. Insgesamt kann dies zu einer vorschnellen Kriminalisierung von Bilanzierungsfehlern führen, was den Charakter der Bilanzkontrolle unverhältnismäßig für alle Unternehmen verändert. Der Gesetzgeber sollte daher höhere Hürden etablieren, um dieses Risiko zu vermeiden. Mindestens sollte jedoch in der Begründung verdeutlicht werden, dass die BaFin-Verfahren für den Ausnahmefall vorgesehen sind.

#### **Veröffentlichung von laufenden Verfahren kann zu Vorverurteilung führen**

Sehr problematisch ist es schließlich auch, dass die BaFin künftig nach § 107 Abs. 1 Satz 6 WpHG-E Prüfungsanordnungen in größerem Umfang auf ihrer Webseite und im Bundesanzeiger bekannt machen kann. Außerdem darf die BaFin künftig öffentlich über Zwischenergebnisse aus laufenden Verfahren berichten – und zwar auch unter Namensnennung (§ 107 Abs. 8 WpHG-E).

Zwar stehen beide Rechte der BaFin unter dem Vorbehalt, dass ein öffentliches Interesse an solchen Bekanntmachungen besteht. Dennoch wird dies zu Vorverurteilungen führen und erhebliche Auswirkungen auf die Preisbildung der Finanzinstrumente des betroffenen Unternehmens an den Aktienmärkten haben. Auch das geschäftliche Ansehen und die Kreditwürdigkeit eines Unternehmens können durch eine solche Vorveröffentlichung erheblich in Mitleidenschaft gezogen werden.

Auf die erweiterten Möglichkeiten, die Anordnung von Verfahren bekannt zu machen, sollte daher verzichtet werden. Verzichtet werden sollte insbesondere auf die Berichterstattung über laufende Verfahren. Mindestens sollte hier aber eine Möglichkeit geschaffen werden, dass der Emittent vorab über die geplante Bekanntmachung der BaFin erfährt, um sich darauf einstellen und ggf. auch Rechtsmittel dagegen einlegen zu können.

Dies gilt umso mehr, als beispielsweise in Modul C des Emittentenleitfadens die bloße Aufnahme von strafrechtlichen Ermittlungen oder verwaltungsrechtlichen Untersuchungen an sich nur in besonderen Fällen eine Insiderinformation zu begründen vermag (Modul C, Seite 20, Stand 25.3.2020), die dann ggf. ad hoc zu melden ist, um den Kapitalmarkt zu informieren. Hier wird unseres Erachtens eine andere Bewertung des Informationsbedürfnisses des Kapitalmarktes vorgenommen als im jetzigen Entwurf, der das Informationsbedürfnis sehr früh annimmt.

Zudem sollen die Hinweise auf solche Verfahren künftig 10 Jahre veröffentlicht bleiben (§ 107 Abs. 9 WpHG-E). Dies erscheint unverhältnismäßig lang.

### 3.2.2 Prüfstelle für Rechnungslegung (§§ 107a ff WpHG-E)

Wir unterstützen ausdrücklich, dass der Gesetzgeber weiterhin die Bilanzkontrolle nach § 107a WpHG-E teilweise einer privatrechtlichen Institution (einer Prüfstelle) übertragen kann. Jedoch sollte diese Prüfstelle nicht nur Stichprobenprüfungen, sondern auch Anlassprüfungen auf Grundlage einer eigenen Analyse durchführen können, wie es bisher der Fall ist.

#### **Anlassprüfungen durch die Prüfstelle weiter ermöglichen**

In der Vergangenheit haben gerade die Anlassprüfungen der Prüfstelle zur Aufdeckung von Bilanzierungsfehlern geführt, so dass die Prüfstelle eine wichtige Funktion für den Kapitalmarkt eingenommen hat. So hat die DPR seit 2005 112 Anlassprüfungen auf Grundlage ihrer eigenen Analysen durchgeführt, wovon 80 (71 Prozent) in der Feststellung eines Bilanzierungsfehlers endeten. Das zeigt, dass auch eine privatrechtliche Organisation in der Lage ist, zielgerichtet mögliche Problemfälle aufzugreifen. Dies sollte der Gesetzgeber anerkennen und fortführen, indem er der Prüfstelle auch weiterhin das Recht zugesteht, bei Verdachtsfällen auf einen Rechnungslegungsfehler ein Prüfverfahren selbst anzustoßen. Ziel sollte sein, auch tiefergehende Prüfungen unterhalb der Betrugsschwelle wie bisher normalerweise von der Prüfstelle durchführen zu lassen. Ansonsten würde die dortige Expertise ungenutzt bleiben und es würden ineffiziente Doppelstrukturen geschaffen.

#### **BaFin-Handeln auf Betrugsfälle konzentrieren**

Dafür spricht auch, dass nur ein kleiner Teil der Bilanzierungsfehler einen Betrugsverdacht nahelegt. Bei knapp 300 Fehlerfeststellungen aus Stichproben- und Anlassprüfungen wurde die Staatsanwaltschaft durch die DPR seit 2005 in rund 10 Fällen informiert (vgl. Q&A der DPR vom 15. Juli 2020, S. 6). Das ist ein guter Indikator dafür, dass Betrugsverdachtsfälle der absolute Ausnahmefall unter den Verfahren sind. Die weitreichenden Rechte der BaFin (oder Staatsanwaltschaft) werden daher in normalen Fehlerfeststellungsverfahren gar nicht benötigt, weil sie meist im Einvernehmen zu Ende geführt werden können. Diese Annahmequote lag im Durchschnitt der letzten Jahre bei knapp 80 Prozent. Es ist daher auch effizient,

Verfahren erst dann der BaFin (oder ggf. direkt der Staatsanwaltschaft) zu übergeben, wenn sich ein solcher Verdachtsfall sehr konkret ergibt und damit hoheitliche Mittel nötig erscheinen. Die spürbar erweiterten Informationspflichten der Prüfstelle gegenüber der BaFin (§ 107a Abs. 9 WpHG-E) sowie das prinzipielle Recht der BaFin, Verfahren an sich zu ziehen (§ 108 Abs. 4 Nr. 5 WpHG-E), erleichtern im Vergleich zum heutigen System die Entscheidung über den richtigen Zeitpunkt einer solchen Übergabe.

### **Gleichstellung des Haftungsregimes von Mitarbeitern der Prüfstelle und Abschlussprüfern gewollt?**

Zu hinterfragen ist die deutliche Verschärfung der Haftungsregeln für den Bruch von Verschwiegenheitspflichten der Beschäftigten der Prüfstelle nach § 107b Abs. 2 WpHG-E. Der Verweis auf § 323 Abs. 2 HGB-E beinhaltet eine Gleichstellung mit dem Haftungsregime für Abschlussprüfer. Dies bedeutet unter anderem, eine unbegrenzte persönliche Haftung für Mitarbeiter der Prüfstelle für grobe Fahrlässigkeit bei Beweislastumkehr sowie eine Anhebung der Haftungsgrenze auf 20 Millionen Euro bei nicht vorsätzlichem und nicht grob fahrlässigem Verhalten.

Hier bitten wir zu prüfen, ob dies wirklich vom Gesetzgeber so gewollt ist. Dies wäre eine sehr weitgehende Haftung für einen höchstens fahrlässig handelnden Mitarbeiter einer solchen Institution. Eine solche Regelung dürfte mit Sicherheit auch hinderlich bei der Suche nach qualifiziertem Personal für die Prüfstelle sein.

### **3.2.3 Pflichten und Befugnisse der Bundesanstalt im Falle der Anerkennung einer Prüfstelle (§108 WpHG-E)**

In § 108 Abs. 4 WpHG-E wird aufgelistet, in welchen Fällen die BaFin ein Verfahren der Prüfung an sich ziehen kann. Hier sind bestehende Anforderungen spürbar gesenkt worden und neue Möglichkeiten hinzugekommen.

So kann die BaFin Verfahren künftig bereits bei einfachen „Zweifeln“ (nicht mehr „erhebliche Zweifel“) am Prüfergebnis oder an der Durchführung der Prüfung durch die Prüfstelle an sich ziehen (§ 108 Abs. 4 Nr. 2 und 3 WpHG-E). Mit Blick auf die Bedeutung eines Prüfverfahrens der BaFin für das Unternehmen, auf die vorgesehenen Veröffentlichungsrechte des Verfahrens durch die BaFin und den weitgehenden Ermittlungsrechten der BaFin sollte es bei der alten Formulierung „erhebliche Zweifel“ bleiben. Zweifel dürften doch vor allem dann angebracht sein, wenn sich die Prüfstelle nicht an eine abgestimmte Verfahrensordnung hält. Wenn man, wie in der Begründung dargestellt, vor allem die Länge der Verfahren im Blick hat, könnte man dies ggf. über die Verfahrensordnung regeln, ohne die Schwelle insgesamt herabzusetzen und damit Raum für Interpretationen zu eröffnen.

### **Aufgriffsrechte der BaFin auf wesentliche Fälle konzentrieren**

Auch der neu eingeführte § 108 Abs. 4 Nr. 5 WpHG-E kann sich als problematisch für die Balance des Gesamtsystems erweisen. Danach kann die BaFin die Prüfung bei konkreten Anhaltspunkten für einen Verstoß gegen Rechnungslegungs-vorschriften nach den Voraussetzungen des § 107 Abs. 1 Satz 1 WpHG-E an sich ziehen. Laut Begründung kann die BaFin die Prüfung übernehmen, auch wenn die Prüfstelle gerade stichprobenbasiert prüft, z.B. wenn ein Hinweisgeber sich meldet oder bei entsprechender Presseberichterstattung. Der Wortlaut lässt es aber auch zu, die Verfahren an sich zu ziehen, wenn sich beispielsweise ein Bilanzierungsfehler abzeichnet oder abzeichnen könnte. Seit ihrem Bestehen hat die DPR etwas 20 Bilanzierungsfehler pro Jahr aufgedeckt. Es liegt nahe, dass es daneben eine ganze Reihe von Verfahren gibt, bei denen lange nicht feststeht, ob ein Fehler festgestellt wird oder nicht. In jedem Fall dürften diese Fälle Prüfverfahren sein, die eine höhere Aufmerksamkeit der BaFin erzeugen. Das bringt die BaFin im Zweifel in Zugzwang, auch Verfahren zu übernehmen, die bisher anerkanntermaßen von der Prüfstelle zu Ende geführt werden. Besser als eine vage gesetzliche Formulierung mit Interpretationsspielraum wäre daher ein objektives Kriterium, das zusätzlich zu den allgemeinen Kriterien des § 107 WpHG-E gegeben sein muss, damit die BaFin das Verfahren an sich ziehen kann.

#### **3.2.4 Ergebnis der Prüfung von Bundesanstalt oder Prüfstelle (§ 109 WpHG-E)**

Die erweiterten Möglichkeiten des § 109 WpHG-E empfinden wir als zu weitgehend, auch mit Blick auf den geringen Rechtsschutz für die Unternehmen.

#### **Zu weitgehende Sanktionen ...**

Das gilt zunächst einmal dafür, dass die Fehlerbekanntmachung zehn Jahre lang auf der Internetseite der BaFin vorgehalten werden soll (§ 109 Abs. 4 WpHG-E) und damit doppelt so lang wie die Bekanntmachung von anderen Maßnahmen und Sanktionen (§§ 124 bis 126 WpHG). Selbst Veröffentlichungen wegen Insiderhandels und Marktmanipulation sind nach fünf Jahren zu löschen (§ 125 Abs. 5 WpHG). Die Frist des § 109 Abs. 4 WpHG-E sollte entsprechend ebenfalls höchstens fünf Jahre betragen, um nicht Bilanzierungsfehler sogar schwerer zu werten als Fälle von Insiderhandel und Marktmanipulation.

Eine neue Dimension im Katalog der Sanktionen ist es, dass die BaFin nach § 109 Abs. 2 Satz 3 WpHG-E zukünftig anordnen kann, dass ein festgestellter Fehler in der Rechnungslegung „unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der BaFin unter Neuaustellung des Abschlusses oder Berichts für das geprüfte Geschäftsjahr oder im nächsten Abschluss oder Bericht zu berichtigen ist“. Die Neuaustellung des Abschlusses ist mit erheblichen Kosten für die Unternehmen verbunden und zieht insbesondere, wenn sie den HGB-Abschluss betrifft, zahlreiche Rechtsfragen nach sich, so z.B. die Frage, was mit bereits auf einen etwaigen Bilanzgewinn gezahlten

Dividenden passiert. Außerdem sehen – wie oben bereits angesprochen – die Rechnungslegungsvorschriften vor, dass wesentliche Fehler in den Folgeabschlüssen korrigiert werden müssen und dabei – entsprechende Materialität vorausgesetzt – auch die Vergleichszahlen für die Vorjahre anzupassen sind (IAS 8). Der Gesetzgeber sollte daher auf die Möglichkeit zur Anordnung der Neuaufstellung verzichten.

In jedem Fall sollte er aber klarstellen, dass eine etwaige Anordnung der BaFin nur vorsehen kann, das Fehlerkorrekturverfahren nach Maßgabe der einschlägigen Rechnungslegungsnormen und etwaiger ergänzender Interpretationen vorzunehmen. Die Rechtsauffassung der BaFin kann insoweit nicht maßgeblich sein.

Daneben wird die Anordnungsbefugnis der BaFin in keiner Weise weiter qualifiziert. Stattdessen kann sich eine Anordnung der BaFin dem Wortlaut nach auf jeden Fehler in der Rechnungslegung beziehen. Das halten wir für nicht sachgerecht. Die Erfahrung zeigt, dass es strittig sein kann, ob wirklich ein Fehler gegeben ist, denn die Rechnungslegungsstandards lassen oft Interpretationsspielräume zu. Im bisherigen System der Fehlerfeststellung ist das insofern weniger problematisch, weil die Rechtsfolge in einer an sich zu begrüßenden Transparenz liegt. Das macht es den Unternehmen auch leichter, einen Fehler einzugestehen und vermeidet Gerichtsverfahren zu dieser Frage. Wenn in solchen Fällen nicht nur eine Fehlerfeststellung droht, sondern zusätzlich eine aufwendige Neuaufstellung, ist das unverhältnismäßig. Wenn der Gesetzgeber nicht auf die Möglichkeit der Anordnung der Neuaufstellung verzichten möchte, müssen im Mindesten für die Androhung einer Neuaufstellung weitere Voraussetzungen gegeben sein, die über das bloße öffentliche Interesse einer Fehlerfeststellung hinausgehen, so dass die Neuaufstellung für besonders dramatische Bilanzierungsfehler vorbehalten bleibt.

### **... bei geringem Rechtsschutz**

Die BaFin entscheidet nun eigenständig, ob sie von der Veröffentlichung eines Fehlers absieht, wenn daran kein öffentliches Interesse besteht (§ 109 Abs. 2 Satz 2 WpHG-E). Das Antragsrecht der Unternehmen hierauf entfällt nach § 109 Abs. 2 Satz 3 WpHG aktuelle Fassung, was schon an dieser Stelle den Rechtsschutz für die Unternehmen vermindert.

Verschärfend kommt hinzu, dass ein Widerspruch gegen Anordnungen nach § 109 Abs. 2 Satz 1 und Satz 3 WpHG-E keine aufschiebende Wirkung haben soll (§ 112 Abs. 2 WpHG-E). Zwar betont die Begründung, dass die BaFin die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes abwarten muss. Die Hürden hierfür sind in der Praxis jedoch sehr hoch. Sanktionen sollten erst nach einer gerichtlichen Klärung folgen, die die Auffassung der BaFin in der Sache des Bilanzierungsfehlers selbst bestätigt. Anderenfalls droht, dass die BaFin trotz unterschiedlicher Auffassungen Fakten schafft, gegen die sich das Unternehmen faktisch nicht mehr wehren kann. Hier

scheint der Schaden für das Unternehmen unverhältnismäßig höher als das Interesse an einem vorzeitig neu aufgestellten Jahresabschluss.

### **3.2.5 Kosten der Bilanzkontrolle – Höchstgrenze beibehalten und ergebnislose Verfahren nicht den Emittenten anlasten**

Die Veränderungen bei den Regelungen zur Kostentragung der Bilanzkontrollverfahren lehnen wir ab.

Die Aufhebung der Höchstgrenze der Sonderumlage Bilanzkontrolle in Höhe von derzeit 40.000 Euro (§ 7 Bilanzkontrollkosten-Umlageverordnung), kann zu einer zusätzlichen Belastung der großen Emittenten führen, die ohnehin schon durch die BaFin-Umlage massiv belastet sind. Die Obergrenze sollte daher erhalten bleiben.

Daneben gilt: Die direkte Abrechnung für die speziellen Verfahren, die von der BaFin geführt werden, mit dem geprüften Emittenten ist zwar prinzipiell sachgerecht, wenn der Emittent sich wirklich etwas vorzuwerfen hat. Wenn ein entsprechendes Verfahren aber ergebnislos endet, sollte die Allgemeinheit die Kosten für ein solches Verfahren tragen. § 17b Abs. 1 Satz und § 17 c Satz 2 FinDAG sollten daher nicht gestrichen werden. Stattdessen sollten mindestens solche Verfahren über öffentliche Mittel finanziert werden, in dem z.B. Bundeszuschüsse zum Budget der BaFin gewährt werden. Die betroffenen Verfahren sind primär auf Betrugsfälle ausgerichtet (die bisher allein von der Staatsanwaltschaft mit polizeilicher Unterstützung vorangetrieben werden), so dass eine öffentliche Finanzierung auch systemgerecht ist.

Die Neuregelung des Bilanzkontrollverfahrens sollte daher zum Anlass genommen werden, die BaFin-Finanzierung grundsätzlich zu reformieren.

## 4 Regelungen zur Auslagerung

Nach dem Referentenentwurf sollen die Vorschriften zur Auslagerung von Aufgaben und Prozessen deutlich verschärft werden. Durch die vorgesehenen Vorschriften soll die BaFin unmittelbare Einwirkungsmöglichkeiten auf externe Dienstleister im Bereich der Auslagerung bekommen. Die sogenannten Auslagerungsunternehmen werden der BaFin gegenüber pflichtig, wenn sie einen Auslagerungsvertrag mit einem beaufsichtigten Unternehmen schließen wollen bzw. geschlossen haben oder Aufgaben und Prozesse tatsächlich erbringen bzw. erbracht haben.

Die Eingriffsmöglichkeiten der BaFin gegenüber Auslagerungsunternehmen werden durch eine Reihe weiterer Regelungen flankiert. So werden Vorgaben über Anzeigen an die BaFin bei Auslagerungen bzw. Ausgliederungen geschaffen bzw. erweitert. Des Weiteren werden Regelungen über die Benennung von Zustellungsbevollmächtigten in den Auslagerungs- bzw. Ausgliederungsverträgen bei Beteiligung von Unternehmen in außereuropäischen Staaten vorgesehen.

Das Deutsche Aktieninstitut steht den vorgeschlagenen Regelungen kritisch gegenüber, weil damit ein grundlegender Paradigmenwechsel in der Finanzaufsicht einhergeht, der noch dazu einen deutschen Sonderweg etabliert. War es bisher anerkannt, dass Finanzdienstleister und Banken als beaufsichtigte Unternehmen die alleinige (aufsichtsrechtliche) Verantwortung für etwaige Auslagerungsunternehmen übernehmen, erlauben die Vorschriften nunmehr das direkte Eingreifen der BaFin gegenüber jedwedem Unternehmen, auch wenn dieses selbst keine Finanzdienstleistungen erbringt.

### **Anzeigepflicht (§ 24 Abs. 1 Nr. 18 KWG-E; § 28 Abs. 1 Nr. 10 ZAG-E):**

Nach § 24 Abs. 1 Nr. 18 KWG-E und § 28 Abs. 1 Nr. 10 ZAG-E muss die Absicht einer wesentlichen Auslagerung, der Vollzug einer wesentlichen und nicht wesentlichen Auslagerung, jede Änderung der Beurteilung der Wesentlichkeit einer Auslagerung sowie wesentliche Änderungen und schwerwiegende Vorfälle im Rahmen von bestehenden Auslagerungsvereinbarungen, die einen wesentlichen Einfluss auf die Geschäftstätigkeit des Instituts haben können, angezeigt werden.

Der Themenkomplex wird allerdings bereits jetzt umfassend von den EBA Guidelines on outsourcing arrangements vom 25. Februar 2019 (EBA/GL/2019/02) abgedeckt und sollte daher im Einklang mit den europäischen Vorgaben stehen. Diese verlangen vor Abschluss einer Auslagerungsvereinbarung eine angemessene Information der Aufsichtsbehörde oder einen zeitnahen Dialog (Rdnr. 58). Eine Absichtsanzeige oder Vollzugsanzeige wird allerdings nicht verlangt.

Zudem enthält § 25b Abs. 3 KWG ohnehin schon umfangreiche Prüfungsrechte für die BaFin. Dies kann sich im Einzelfall oder in Bezug auf besonders kritische Arten von Auslagerungen, die eine wichtige Änderung der Voraussetzungen für die Erstzulassung darstellen, den Vollzug einer Auslagerung anzeigen lassen und die erforderlichen Informationen verlangen.

Die Pflicht zur Absichts- und Vollzugsanzeige widerspricht daher einem EU-weit einheitlichem Ansatz und ist nicht notwendig. Sie sollte gestrichen werden.

#### **Auslagerungsregister (§ 25b Abs. 1 KWG-E; § 26 Abs. 1 ZAG)**

Nach dem Entwurf soll eine gesetzliche Verpflichtung zur Führung eines Auslagerungsregisters im Risikomanagement für alle Finanzunternehmen aufgenommen werden. Darin sind Informationen im Hinblick auf wesentliche und nicht wesentliche Auslagerungen aufzunehmen. Die Aufnahme von (nicht immer trennscharf zu beurteilenden) „nicht wesentlichen Auslagerungen“ wird in der Praxis dazu führen, dass jegliche Tätigkeit für ein Institut unter die gesetzlichen Anforderungen fällt. Das ist nicht verhältnismäßig und sollte daher gestrichen werden.

Bei dem geplanten Auslagerungsregister fehlt schließlich die Möglichkeit einer zentralen Registerführung in der Gruppe. Diese ist in den EBA Guidelines vorgesehen.

#### **Eingriffsbefugnisse (§§ 25b Abs. 3, 4a, 45b Abs. 3 KWG-E; § 26 Absatz 3a ZAG):**

Die Erstreckung von aufsichtlichen Eingriffsbefugnissen direkt auf Auslagerungsunternehmen im In- und Ausland und deren Subunternehmen hat eine umfassende Erweiterung der Aufsichtsreichweite zur Folge und ist weder für die Aufsicht noch für die potenziell beaufsichtigten Unternehmen angemessen bzw. zumutbar. Wir lehnen diesen Vorschlag aus den folgenden Gründen ab:

- Die Anzahl der von der BaFin direkt überwachten Unternehmen würde sehr stark ansteigen. Dies ist darauf zurückzuführen, dass zum einen die Definition „Auslagerungsunternehmen“ sehr weit ist. Außerdem ist nicht klar, wann die Kette der zu berücksichtigenden Subunternehmen endet und auf welche Subunternehmen sich die BaFin-Aufsichtsbefugnisse überhaupt beziehen. Gerade bei komplexen technischen Dienstleistungen, die den Bezug von einzelnen Bestandteilen (teilweise mit einem äußerst geringen Anteil an der Gesamtleistung) über verschiedene Subunternehmer zur Folge haben, kann dies eine sehr große Zahl sein. Die Aufsichtsbefugnisse der BaFin würde demnach eine Vielzahl bislang nicht regulierter Unternehmen betreffen und die Änderung einer großen Anzahl von Verträgen (im Hinblick auf den geforderten Zustellungsbevollmächtigten) notwendig machen. Dies ist weder zielführend noch angemessen.

- Auch widerspricht dieser Vorschlag den Vorgaben der EBA Guidelines, die keine direkten Eingriffsbefugnisse gegenüber Auslagerungsunternehmen vorsehen (Rdnr. 100 ff.). Es ist daher zu erwarten, dass die Aufsichtsbehörden anderer EU-Staaten diese Ausdehnung der deutschen Bankenaufsicht auf bislang nicht-regulierte Branchen als einen extraterritorialen Eingriff zurückweisen und eine Mitwirkung bei der Durchsetzung von BaFin-Verwaltungsakten gegenüber dem Auslagerungsunternehmen verweigern werden. Die Pflicht, dass Auslagerungsunternehmen aus Drittstaaten im Inland einen Zustellungsbevollmächtigten für die Aufsicht bestellen müssen, wird daran wenig ändern.
- Schließlich ist zu beachten, dass schon heute die Befugnisse gegenüber den Inhabern bedeutender Beteiligungen an Banken ausreichende Eingriffsmöglichkeiten vorsehen (§§ 44b, 2c Abs. 2 insb. i.V.m. Abs. 1b Nr. 1, 5 und 6 KWG). Deshalb sollten zumindest konzernangehörige Einheiten / Gesellschaften des Instituts von den Eingriffsbefugnissen ausgenommen werden.

Ohnehin gibt es bereits jetzt Möglichkeiten der BaFin, auf die Institute zuzugreifen, wenn sie ihren Auslagerungspflichten nicht nachkommen. Dies ist der richtige Anknüpfungspunkt; eine Ausweitung dieser Befugnisse gegenüber den Auslagerungsunternehmen ist daher nicht gerechtfertigt.

Insoweit sollte sich die BaFin auf die Überwachung von Auslagerungsunternehmen konzentrieren, wie beispielsweise Mehrmandantendienstleistern, die im besonderen Maße mit dem Finanzsektor verflochten sind. Eine solche Vorgehensweise kann wiederum die Institute dabei unterstützen, ihren regulatorischen Pflichten im Hinblick auf Auslagerungen (z.B. bei der Durchführung von Audits und der Ausgestaltung von Auslagerungsverträgen) vollumfänglich nachzukommen. Ein solcher Ansatz findet sich bereits als erste Überlegung der BaFin zum Thema „Fintec“ (siehe BaFin-Perspektiven: „Wenn Banken IT-Dienstleistungen auslagern“ vom 28.02.2019). Auch die Gesetzesbegründung zu der Neureglung in § 24 KWG erwähnt ausdrücklich die Identifizierung derartiger Konzentrationsrisiken.

Für diese „systemrelevanten“ Auslagerungsunternehmen muss gesetzlich sichergestellt werden, dass die Ergebnisse einer Prüfung durch eine Aufsichtsbehörde im Rahmen einer weiteren Prüfung eines anderen Finanzinstituts wiederverwendet werden können (Verhinderung von Mehrfachprüfungen).

### **Doppelprüfungen bei ausländischen Tochterunternehmen**

Wie oben dargelegt, lehnen wir die vorgeschlagenen unmittelbaren Eingriffsbefugnisse der BaFin im Rahmen der Änderungen des KWG, des ZAG, des KAGB sowie des WpHG ab. Dies gilt für Auslagerungsunternehmen im In- wie Ausland.

Bei Tochter- bzw. Konzerngesellschaften deutscher Unternehmen, die in ausländischen Jurisdiktionen eingetragen sind, würde sich zudem das zusätzliche Problem ergeben, dass es möglicherweise zu einer Doppelbeaufsichtigung durch die BaFin und der lokalen Aufsichtsbehörden der jeweiligen Jurisdiktion käme. Dieser ökonomischen Zusatzbelastung einer Doppel-Beaufsichtigung, die weder angemessen noch verhältnismäßig ist, dafür jedoch wirtschaftlich schädigend wäre, muss vorgebeugt werden. Sollte sich der Gesetzgeber für zusätzliche Eingriffsbefugnisse, bspw. für „systemrelevante“ Auslagerungsunternehmen, so muss im Gesetzestext klargestellt werden, dass es zu keiner Doppelprüfung bei ausländischen Tochterunternehmen kommt.

# Anhang

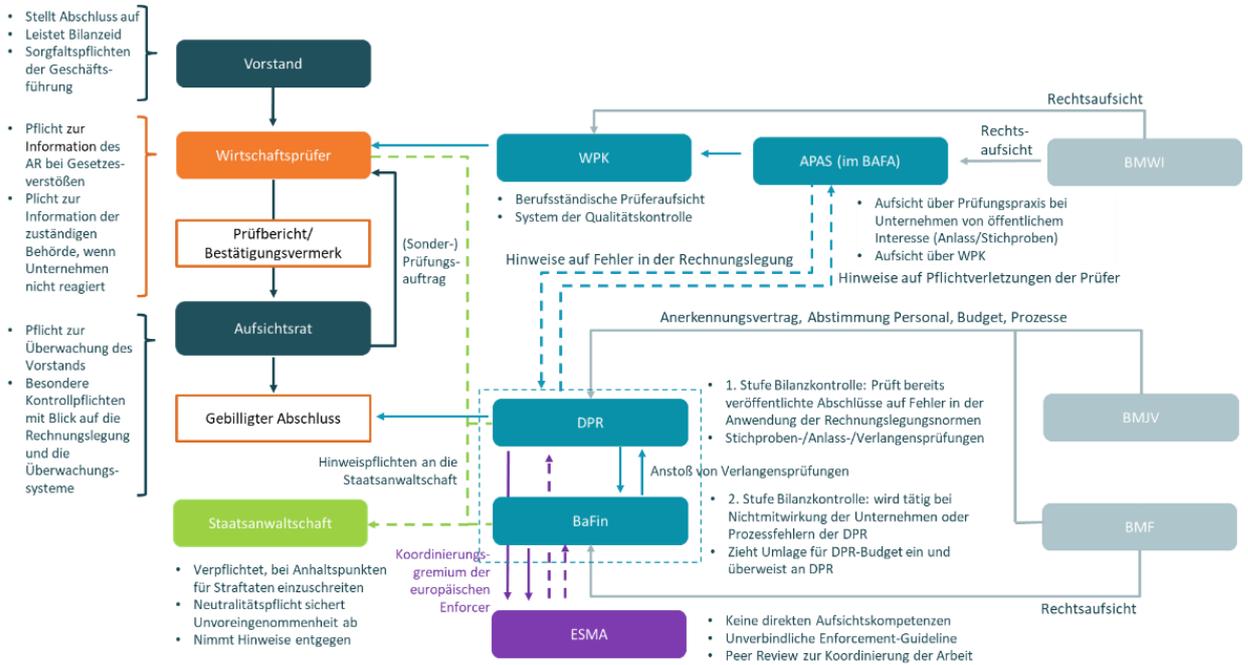


Abb. 1: System zur Sicherstellung der ordnungsgemäßen Bilanzierung

## Kontakt

---

Deutsches Aktieninstitut e.V.  
Senckenberganlage 28  
60325 Frankfurt am Main  
www.dai.de

Jan Bremer  
Leiter Fachbereich Recht  
Telefon + 49 69 92915-61  
bremer@dai.de

Dr. Gerrit Fey  
Leiter Fachbereich Kapitalmärkte  
Telefon + 49 69 92915-41  
fey@dai.de

Dr. Cordula Heldt  
Leiterin Corporate Governance und Gesellschaftsrecht  
Telefon + 49 69 92915-22  
heldt@dai.de

Dr. Norbert Kuhn  
Leiter Unternehmensfinanzierung  
Telefon + 49 69 92915-20  
kuhn@dai.de

*Das Deutsche Aktieninstitut setzt sich für einen starken Kapitalmarkt ein, damit sich Unternehmen gut finanzieren und ihren Beitrag zum Wohlstand der Gesellschaft leisten können.*

*Unsere Mitgliedsunternehmen repräsentieren über 85 Prozent der Marktkapitalisierung deutscher börsennotierter Aktiengesellschaften. Wir vertreten sie im Dialog mit der Politik und bringen ihre Positionen über unser Hauptstadtbüro in Berlin und unser EU-Verbindungsbüro in Brüssel in die Gesetzgebungsprozesse ein.*

*Als Denkfabrik liefern wir Fakten für führende Köpfe und setzen kapitalmarktpolitische Impulse. Denn von einem starken Kapitalmarkt profitieren Unternehmen, Anleger und Gesellschaft.*