Deutsches Aktieninstitut

Abschlussprüfung angemessen regulieren, zweistufige Bilanzkontrolle stärken

Das FISG darf rechtstreue Unternehmen nicht zusätzlich belasten

Stellungnahme des Deutschen Aktieninstituts zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Finanzmarktintegrität (FISG), 15. Februar 2021

Einleitung und Zusammenfassung

Mit dem Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Finanzmarktintegrität (FISG) tritt die politische Aufarbeitung des Falls Wirecard in die entscheidende Phase ein. Wir verfolgen dasselbe Ziel: ein Fall wie Wirecard darf sich im Interesse aller Stakeholder des deutschen Kapitalmarkts nicht wiederholen. Dennoch ist Wirecard ein absoluter Ausnahmefall, bei dem mit einem Höchstmaß an krimineller Energie gehandelt wurde. Solche Fälle werden sich nie zu 100 Prozent verhindern lassen, wie das Bundesfinanzministerium zurecht feststellt.

Etwaige Anpassungen des Regulierungsrahmens müssen dies berücksichtigen, indem sie spezifisch darauf abzielen, betrügerisches Verhalten früher zu identifizieren und schneller als bisher aufzudecken. Genauso wichtig ist aber, dass jede neue Regelung mögliche unverhältnismäßige Maßnahmen mit negativer Breitenwirkung zulasten der rechtstreuen börsennotierten Unternehmen vermeidet.

Der Entwurf des FISG schießt vor diesem Hintergrund nach wie vor an einigen zentralen Stellen über das Ziel hinaus. Daran ändern die Anpassungen im Vergleich zum Referentenentwurf nichts Wesentliches. Vor allem im Bereich der Abschlussprüfung, aber auch in den sonstigen Bereichen muss das FISG noch deutlich überarbeitet werden.

Bereich Abschlussprüfung

Es ist nachvollziehbar, dass der Gesetzgeber den Bereich der Abschlussprüfung besonders im Blick hat.

Das Maßnahmenpaket des FISG wird aber die Marktbedingungen für die Abschlussprüfung und weitere von Wirtschaftsprüfungsgesellschaften typischerweise
erbrachte Dienstleistungen insgesamt spürbar zum Schlechteren verändern. Die
vorgeschlagenen Maßnahmen machen die Abschlussprüfung für den Prüfer
riskanter und unattraktiver und auch für die Unternehmen rechtsunsicherer als
bislang. Einer weiteren Marktkonzentration im Prüfermarkt wird Vorschub
geleistet, was der Intention des europäischen Gesetzgebers bei der Verabschiedung der EU-Abschlussprüfungsverordnung widerspricht. Nachteile werden
sich dabei nicht nur für Abschlussprüfer selbst, sondern auch für Unternehmen und
Investoren ergeben. Zudem konterkariert der Gesetzgeber mit den vorgeschlagenen Maßnahmen sein Ziel, die Qualität der Abschlussprüfung zu verbessern.



Konkret sollte der Gesetzgeber daher mindestens folgende Änderungen vornehmen:

- Die Streichung der Regelung zur Verlängerung der Höchstlaufzeit des Prüfungsmandats auf Basis einer erneuten breit angelegten Mandatsausschreibung (§ 318 Abs. 1a HGB) sollte zurückgenommen werden. Einen Fall wie Wirecard, der eine einzigartige kriminelle Energie offenbart hat, hätten kürzere Rotationsfristen nicht verhindern können.
- 2. Ebenso sollte die Streichung von § 319 a HGB, der nach geltendem Recht in engen Grenzen die Erbringung von Steuerberatungs- und Bewertungsleistungen durch den Abschlussprüfer ermöglicht, rückgängig gemacht werden. Darüber hinaus muss auch weiterhin die Möglichkeit bestehen, dass die gesetzliche Obergrenze für erlaubte Nichtprüfungsleistungen im Einzelfall überschritten werden darf.

Von den mitgliedstaatlichen Optionen zur Rotation und zu Nichtprüfungsleistungen hat der deutsche Gesetzgeber gerade erst im Jahr 2016 mit dem Abschlussprüfungsreformgesetz (AReG) aus wohlerwogenen Gründen Gebrauch gemacht (siehe hierzu Gesetzesbegründung RegE AReG BT-Drucksache 18/7219). Die EU-Abschlussprüfungsverordnung trifft ausreichende Maßnahmen, um eventuell entstehende Interessenkonflikte zu unterbinden. Durch die beabsichtigten Neuregelungen zur externen Rotation und zu Nichtprüfungsleistungen wird die Auswahl des Abschlussprüfers, die bei großen Unternehmen ohnehin nur auf wenige Gesellschaften beschränkt ist, weiter erschwert. Daneben wird die Begleitung strategischer Großprojekte durch den eigenen Abschlussprüfer behindert, wenn bestimmte Nichtprüfungsleistungen pauschal verboten werden oder – wo sie erlaubt sind – harte Obergrenzen ohne Ausnahmen eingezogen werden. Das betrifft z.B. Restrukturierungen, größere Kapitalmarktfinanzierungen oder die Abspaltung größerer Unternehmensteile (Carve out-Prozesse).

- 3. Die Regelung des § 318 Abs. 3 HGB-E, die eine gerichtliche Ersetzung des Abschlussprüfers schon bei Bagatellverstößen gegen den Katalog unerlaubter Nichtprüfungsleistungen der EU-Abschlussprüfungsverordnung ermöglicht, sollte gestrichen werden. Sonst droht nicht nur eine erhebliche Rechtsunsicherheit, sondern auch die Störung der komplexen Prozesse der Abschlussprüfung. Mindestens sollte eine gerichtliche Ersetzung des Prüfers bei der Inanspruchnahme verbotener Nichtprüfungsleistungen auf Fälle beschränkt werden, in denen schwerwiegende Interessenskonflikte offensichtlich sind und die Besorgnis der Befangenheit des Prüfers besteht.
- **4.** Die unbegrenzte Haftung bereits im Fall grober Fahrlässigkeit halten wir für zu weitgehend. Die unbegrenzte Haftung sollte stattdessen weiter nur bei

Vorsatz greifen. Wir befürchten, dass die Konzentration im Prüfermarkt durch die höheren Haftungsrisiken weiter zunimmt, weil sich nur wenige Wirtschaftsprüfungsgesellschaften die in Folge (massiv) steigenden Versicherungsbeiträge überhaupt leisten werden können.

Bereich Bilanzkontrolle

Das Deutsche Aktieninstitut begrüßt, dass der Gesetzgeber am zweistufigen Enforcement festhält. Er erkennt damit zurecht an, dass sich das bisherige System für die Masse der Bilanzierungsfehler bewährt hat. Prinzipiell sachgerecht ist es auch, die Rolle der BaFin im Bilanzkontrollverfahren zu stärken und den Informationsaustausch zwischen den an der Bilanzkontrolle beteiligten Institutionen zu verbessern. Die Rolle der BaFin sollte dabei jedoch klarer auf Verfahren mit Betrugsverdacht konzentriert werden, um Ressourcen effizient einzusetzen und Unternehmen vor einen vorschnellen Betrugsverdacht zu schützen. Das Zielbild der "schnellen Eingreiftruppe" formuliert diesen Gedanken treffend.

Die Gesamtheit der Veränderungen am Bilanzkontrollverfahren wird diesem Zielbild aber leider noch nicht gerecht. Es ist zu befürchten, dass bei zu vielen Untersuchungen, die bisher zurecht als Normalverfahren gelten, vorschnell ein Betrugsverdacht in den Raum gestellt wird oder gestellt werden könnte. Dies geschieht zudem bei einem erweiterten Sanktionsrahmen und zum Teil geminderten Rechtsschutz.

Um die Balance des Gesamtsystems zu wahren, sollten deshalb vor allem folgende Veränderungen erfolgen:

1. Wir hielten es für sachgerecht, der Deutschen Prüfstelle für Rechnungslegung e.V. (DPR) als privatrechtliches Element der Bilanzkontrolle weiterhin die Möglichkeit einzuräumen, neben den üblichen Stichprobenprüfungen aus der eigenen Analyse heraus Anlassprüfungen anzustoßen und zu Ende zu führen. Will der Gesetzgeber die Grundsatzentscheidung, solche Anlassprüfungen künftig allein von der BaFin durchführen zu lassen, beibehalten, müssen aber mindestens die Hürden für die Übernahme von DPR-Verfahren durch die BaFin höher gesetzt und präzisiert werden (§ 108 Abs. 4 Nr. WpHG-E). Es muss klargestellt werden, dass dazu der Verdacht auf einen Bilanzierungsfehler allein nicht genügt und die Übernahmeoption für Ausnahmefälle reserviert ist. Bilanzierungsfehler gehen nur in absoluten Ausnahmefällen mit krimineller Manipulation einher. Stattdessen geht es in der ganz überwiegenden Zahl von Fällen um die fehlerhafte Anwendung der oft komplexen und nicht immer eindeutigen (internationalen) Rechnungslegungsstandards, um eine übermäßige Ausdehnung von Bewertungsspielräumen oder lückenhafte narrative Berichtsteile. Es sollte daher wenigstens in der Gesetzesbegründung klargestellt werden, dass die DPR auch unter dem neuen Recht Stichprobenverfahren grundsätzlich bis



zur Fehlerfeststellung zu Ende führt. Unternehmen könnten sonst vorschnell öffentlich in Betrugsverdacht geraten und mit weitreichenden Eingriffsrechten der BaFin konfrontiert werden. Diese sollten ausschließlich für Fälle reserviert sein, in denen sich kriminelle Handlungen deutlich abzeichnen.

- 2. Die erweiterten Möglichkeiten zur Veröffentlichung der Anordnung einer Prüfung durch die BaFin (§ 107 Abs. 1 WpHG-E) und vor allem die Möglichkeit zur Veröffentlichung von Zwischenergebnissen aus laufenden Verfahren (§ 107 Abs. 8 WpHG-E) 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.
- 3. Generell sollten eine Fehlerveröffentlichung und insbesondere die Neuaufstellung von Abschlüssen erst dann erfolgen, wenn der Bilanzierungsfehler gerichtlich rechtskräftig festgestellt worden ist. Der Widerspruch gegen Sanktionen sollte daher aufschiebende Wirkung haben, damit der Emittent eine gerichtliche Klärung anstoßen kann.
- 4. Die Veränderungen im Umlageverfahren für die Bilanzkontrolle sollten zurückgenommen werden, um Belastungen für rechtstreue Unternehmen zu vermeiden. Unter anderem haben wir erhebliche Bedenken, dass Unternehmen auch in ergebnislos endenden Prüfungen der BaFin die Kosten zu tragen haben. Vor dem Hintergrund, dass die Neuausrichtung der Bilanzkontrolle ohnehin mit einer erhöhten Umlage für die Emittenten einhergeht, sollten auch generelle Änderungen am Finanzierungssystem der BaFin diskutiert werden.

Bereich Corporate Governance

Die Regelungen im Bereich der Corporate Governance weisen überwiegend in die richtige Richtung, zumal sie im Vergleich zum Referentenentwurf noch an einigen Stellen klarstellend präzisiert worden sind. Gleichwohl müssen die praktischen Anforderungen in den Unternehmen in Bezug auf die folgenden Punkte noch besser berücksichtig werden:

- 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 funktionsäquivalenter Ausschuss genügt, der nicht zwingend im Aufsichtsrat angesiedelt sein muss.
- Prüfungsausschuss: Der gesetzliche Auftrag zu zwei Finanzexperten im Prüfungsauschuss ist nachvollziehbar. Auch, dass neben einer Expertise in Rechnungslegung Expertise im Bereich der Abschlussprüfung verlangt wird,

ist prinzipiell sachgerecht. Jedoch bedarf es aufgrund der nun vorzunehmenden genauen Einordnung durch die Unternehmen einer Klarstellung, wodurch der Gesetzgeber die jeweilige Expertise begründet sieht.

- 3. Prüfungsausschuss: Ein direktes Auskunftsrecht des Prüfungsausschussvorsitzenden gegenüber Mitarbeitern im Unternehmen halten wir nicht für angebracht. Es ist mit der Zweistufigkeit des deutschen Systems und den Zuständigkeiten von Vorstand und Aufsichtsrat nur schwer in Einklang zu bringen und bringt die betroffenen Mitarbeiter in Loyalitätskonflikte.
- 4. Diejenigen, die Nichtprüfungsleistungen erbringen oder im relevanten Prüfungszeitraum erbracht haben, werden nun ebenfalls davon ausgeschlossen, als Sonderprüfer benannt zu werden. Dies ist nicht sinnvoll, wenn sich der zu prüfende Vorgang nicht ausnahmsweise auf die Nichtprüfungsleistung bezieht und nur ein zufälliges zeitliches Zusammentreffen vorliegt. Außerdem schränkt es die Möglichkeiten weiter ein, einen geeigneten Prüfer zu finden.

Bereich Auslagerungsunternehmen

Das Deutsche Aktieninstitut steht den vorgeschlagenen Regelungen im Bereich der Auslagerungsunternehmen weiterhin 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. Mindestens müssen daher die geplanten Regelungen auf systemrelevante Auslagerungsunternehmen begrenzt bleiben, was auch auf europäischer Ebene von der EU-Kommission vorgeschlagen wird.

1 Bereich Abschlussprüfung

1.1 Externe Rotation – Streichung von § 318 Abs. 1a HGB

Interessenkonflikten des Abschlussprüfers wird bereits durch die EU-Abschlussprüfungsverordnung (EU 537/2014) hinreichend vorgebeugt. Vor diesem Hintergrund halten wir die Verkürzung der Höchstlaufzeit des Prüfungsmandats, die mit der Streichung von § 318 Abs. 1a HGB einhergeht, für nicht notwendig.

Die ausnahmslose, verpflichtende externe Prüferrotation nach zehn Jahren sehen wir nach wie vor kritisch. Das bisherige Recht beugt mit der Ausschreibungsverpflichtung nach 10 Jahren und der Verpflichtung zur internen Rotation des hauptverantwortlichen Prüfers nach sieben Jahren möglichen Interessenkonflikten ausreichend vor und hat eine ausgewogene Regelung gefunden. Dagegen bedeutet jeder Wechsel der Prüfungsgesellschaft einen erheblichen Aufwand für die Unternehmen und zumindest vorübergehend das Risiko eines Verlustes an Prüfungsqualität, weil sich die neue Prüfungsgesellschaft einarbeiten muss. Er wirkt sich auch auf bestehende Beratungsprojekte aus, da potentielle Abschlussprüfer bereits ein Jahr vor Mandatsübernahme für bestimmte Nichtprüfungsleistungen gesperrt sind ("cooling in"). 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.

Mindestens müssen deshalb die Übergangsvorschriften des Regierungsentwurfs erhalten bleiben, damit nicht Unternehmen, die gerade erst den Prüfer gewechselt haben, erneut in ein Ausschreibungsverfahren gezwungen werden. Völlig unverhältnismäßig und definitiv schädlich für die Prüfungsqualität wäre jedoch die vom Bundesrat ins Spiel gebrachte Verkürzung der Regelprüfungsdauer auf 6 Jahre, die nur verlängert werden kann, wenn ab dem 7. Jahr eine zweite Prüfungsgesellschaft zusätzlich beauftragt wird. Gegen diesen Vorschlag sprechen alle oben genannten Argumente in verschärfter Form.

Die 10-jährige Höchstlaufzeit des Prüfungsmandats, die unter bestimmten Umständen nach der EU-Abschlussprüfungsverordnung auch verlängert werden kann, sollte auch deshalb auf keinen Fall unterschritten werden, weil die weit überwiegende Mehrheit der EU-Mitgliedsstaaten davon nicht abweicht. Ein Gleichlauf innerhalb der EU ist für alle Unternehmen bedeutsam, die eine europaweite Konzernstruktur in Form von "Public Interest Entities" (PIEs) unterhalten, welche ihrerseits wiederum der EU-Abschlussprüfungsverordnung unterliegen. Denn ein solcher Gleichlauf vereinfacht die Aufstellung eines Konzernabschlusses und verhindert unnötigen Aufwand aus zeitlich unabgestimmten Ausschreibungen. Aus diesem Grunde haben nach unserer Information

Portugal, Polen und die Niederlande erst vor Kürzerem ihre nationalen Alleingänge aufgegeben und sich für diese gemeinsame Linie entschieden.

Von Joint Audits sollte in jedem Fall Abstand genommen werden. Gemeinsame Prüfungen stoßen international und europaweit bis auf in wenigen Staaten (z.B. Frankreich) auf Ablehnung. Denn von Joint Audits geht in erster Linie die Gefahr steigender Kosten ohne signifikante Verbesserung der Prüfungsqualität aus. Große Koordinierungsschwierigkeiten und häufigere Prüfungsfehler sind absehbar. Dies geht einher mit der Situation, dass aufgrund geteilter Verantwortlichkeiten kein klar Verantwortlicher mehr zu benennen ist. Überdies würden Joint Audits zu einer Oligopolisierung des Marktes für Nichtprüfungsleistungen führen. Im Falle eines Joint Audits wären beide Prüfungsgesellschaften von der Erbringung von Nichtprüfungsleistungen für das Unternehmen ausgeschlossen. Dies wäre in Industrien (etwa der Versicherungsbranche), deren Dienstleister einen hohen Spezialisierungsgrad aufweisen müssen, besonders kritisch.

1.2 Nichtprüfungsleistungen – Streichung von § 319a HGB

Auch die Streichung des § 319a HGB halten wir für nicht zielführend. Daraus folgt das Verbot für Wirtschaftsprüfer, neben der Abschlussprüfung auch Bewertungsund Steuerberatungsleistungen zu erbringen. Außerdem entfällt die Möglichkeit, die Honorargrenze von 70 Prozent für zulässige Nichtprüfungsleistungen (sog. Fee Cap) in Ausnahmefällen und nach Genehmigung der APAS zu überschreiten.

Interessenkonflikten wird auch hier in ausreichendem Maße bereits durch die EU-Abschlussprüfungsverordnung, namentlich durch die in der Mitgliedstaatenoption des Art. 5 Abs. 3 angelegten und in § 319a Abs. 1 HGB umgesetzten Beurteilungskriterien der Unmittelbarkeit und Wesentlichkeit sowie durch die bestehenden Regelungen zum "Fee-Cap" vorgebeugt. Die negativen Konsequenzen der beabsichtigten Neuregelung für die rechtstreuen Unternehmen überwiegen klar mögliche Vorteile einer noch strikteren Trennung.

Steuerberatungs- und Bewertungsleistungen sollten weiterhin in Grenzen möglich sein

Schon heute achten Unternehmen stark darauf, Steuerberatungs- und Bewertungsleistungen nicht oder nur in begrenztem Umfang an den eigenen Abschlussprüfer zu vergeben.

Dennoch kann dies in geringem Umfang erforderlich sein – etwa im Falle einer größeren Umstrukturierung oder eines speziellen Beratungsbedarfs in Tochtergesellschaften im Ausland, wenn dort die Abschlussprüfungsgesellschaft über eine anerkannte Expertise verfügt, auf die man nicht verzichten will oder kann. Das pauschale Verbot von Steuerberatungs- und Bewertungsleistungen würde solche



Beratungen unmöglich machen, einen enormen zusätzlichen Koordinationsaufwand verursachen und wäre jetzt auch noch mit der Gefahr eines gerichtlich erzwungenen Prüferwechsels verbunden (siehe hierzu unten 1.2)

Besonders problematisch wäre die beabsichtigte Neuregelung aber im Zusammenspiel mit den geplanten verschärften Rotationspflichten und der dadurch zu erwartenden größeren Schwierigkeiten der Prüferauswahl im engen Prüfermarkt. Konkret können in erster Linie große, international tätige Unternehmen, die aufgrund der Rotationsanforderungen vor einem Abschlussprüferwechsel stehen, mangels Alternativen gezwungen sein, nunmehr die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft mit der Abschlussprüfung zu mandatieren, die seit vielen Jahren konzernweit Steuerberatungs- und Bewertungsleistungen erbringt. Diesen Unternehmen wäre es infolge der Neuregelung verwehrt, in begrenztem Umfang auf eine spezifische und notwendige Expertise zurückzugreifen.

Relevant ist dies insbesondere bei Beratungsleistungen in Zusammenhang mit Betriebsprüfungen und anderen zeitlich nachlaufenden Aufgabenstellungen, die mit einer ursprünglich zulässigen Beratungsleistung in Zusammenhang stehen. Ein Wechsel der Beratungsgesellschaft wäre hier mit einem übermäßigen administrativen und finanziellen Aufwand verbunden, da eine neue Beratungsgesellschaft sich erst in die Spezifika sowohl der Konzerngesellschaften als auch in die Kommunikation mit den lokal zuständigen Steuerbehörden einarbeiten müsste. Dies erfordert Zeit, da die Kenntnisse, die sich die scheidende Beratungsgesellschaft über Jahre erarbeitet hat, nicht in einem kurzen Zeitraum erworben oder weitergegeben werden können. Überdies ist der Wechsel regelmäßig mit der Implementierung der von der neuen Beratungsgesellschaft verwendeten Tools verbunden, die erst auf die Unternehmensstruktur angepasst werden müssen. Auch damit geht ein hoher Aufwand einher, zumal eine Fülle von Datenschutz- und Compliance-Fragen geklärt werden muss. Umgekehrt müsste sich ein Unternehmen bei jeder Neuvergabe von Steuerberatungs- und Bewertungsdienstleistungen überlegen, ob die jeweilige Wirtschaftsprüfungsgesellschaft ggf. später einmal als Abschlussprüfer in Frage kommen könnte. Um die Auswahlmöglichkeiten für die Abschlussprüfung später nicht zu beschneiden, könnten Unternehmen gezwungen sein, auf wichtige Beratungsexpertise zu verzichten oder die Beratungsexpertise auf einige wenige Gesellschaften zu konzentrieren. Auch dies ist betriebswirtschaftlich nicht sinnvoll und fördert im Zweifel die Konzentration.

Möglichkeit des Überschreitens des Fee Cap sollte erhalten bleiben

Auch die Abschaffung der Möglichkeit, das "Fee-Cap" für erlaubte Nichtprüfungsleistungen vorübergehend und nach Genehmigung durch die APAS zu überschreiten (§ 319a Abs. 1a HGB), ist nicht sachgerecht.

Die bestehende Regelung ermöglicht die strategische Fortentwicklung von Unternehmen in besonderen Situationen. Denn es kann im Einzelfall sinnvoll und

nötig sein, den eigenen Abschlussprüfer mit prüfungsnahen Dienstleistungen zu beauftragen, die formal als Nichtprüfungsleistungen gegen das Fee Cap angerechnet werden müssen, ökonomisch aber im Grunde Prüfungsdienstleistungen sind. Hierzu zählt die erstmalige Erstellung und Prüfung von Bilanzen neuer Unternehmenseinheiten (z.B. Combined Financial Statements bzw. Carve-out Financial Statements) bei größeren Umstrukturierungen oder M&A-Transaktionen. Außerdem ist die prüferische Bestätigung der Richtigkeit von Finanzahlen (sog. Comfort Letter) im Rahmen von Kapitalmarkttransaktionen wie Börsengängen betroffen, die z.B. für die richtige Prospekterstellung unverzichtbar ist.

Die betroffenen unternehmensseitigen Transaktionen werden von der Prüfungsgesellschaft nicht beeinflusst. Außerdem handelt es bei vom Abschlussprüfer in diesem Fall erbrachten Leistungen um mit der Abschlussprüfung wesensverwandte Leistungen, da es hier um die Verifizierung von Finanzkennzahlen geht. Und schließlich muss eine – vorübergehende – Fee Cap-Überschreitung bisher beantragt und von der APAS bewilligt werden. Damit wird potentiellen Interessenkonflikten bereits hinreichend entgegengewirkt.

Auf die Streichung von § 319a Abs. 1a HGB sollte daher verzichtet werden, so dass die APAS weiterhin ein Ermessen hat, die Überschreitung des Fee Cap zuzulassen. Mindestens muss aber gesetzgeberisch klargestellt werden, dass die genannten prüfungsverwandten Leistungen durch die Abschlussprüfungsgesellschaft nicht gegen das Fee Cap angerechnet werden.

1.3 Gerichtliche Prüferersetzung bei Inanspruchnahme verbotener Nichtprüfungsleistungen

Folgenschwere Konsequenzen für die Unternehmenspraxis drohen infolge der Streichung von § 319a HGB (siehe oben Ziffer 1.1), darüber hinaus bei der gerichtlichen Ersetzungsregelung für den Abschlussprüfer (§ 318 Abs. 3 HGB-E).

Danach wäre es möglich, dass die Ersetzung des Abschlussprüfers bereits bei geringfügigen Verstößen gegen die Liste verbotener Nichtprüfungsleistungen (Black List) nach Art. 5 der EU-Abschlussprüferverordnung angeordnet wird. Bei unternehmensseitiger Inanspruchnahme völlig unbedeutender Nichtprüfungsleistungen, die keinerlei Einfluss auf die Unabhängigkeit des Abschlussprüfers haben und bei denen keine Gefahr einer verbotenen Selbstprüfung droht, könnte und müsste der Abschlussprüfer folglich wegen jedes von Art. 5 Abs. 1 EU-Abschlussprüfungsverordnung erfassten Minimalverstoßes gegen das Verbot der Erbringung von Nichtprüfungsleistungen bereits gerichtlich ersetzt werden. Dies könnte z.B. der Fall sein, wenn ein Netzwerkpartner der betroffenen Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Nichtprüfungsleistungen in kleinem Umfang für eine ausländische Konzerngesellschaft erbringt. Ein solcher Fall lässt sich trotz aufwendiger interner Kontrollmechanismen nicht zu 100 Prozent ausschließen. In

ähnlicher Weise ist es unklar, was die Neuregelung bewirkt, wenn eine Nichtprüfungsleistung der Black List durch eine Akquisition quasi "miterworben" wird, weil der eigene Abschlussprüfer beim aufgekauften Unternehmen bisher Nichtprüfungsleistungen erbringt und dort auch vertraglich gebunden ist.

Sofern sich ein solche Minimalverstöße in zeitlicher Nähe zur Abgabe des Bestätigungsvermerks herausstellen, droht ein Unternehmen schlimmstenfalls ohne Abschlussprüfer und geprüften Abschluss dazustehen, da es einem neubestellten Prüfer faktisch unmöglich sein wird, innerhalb von Tagen oder Wochen eine Abschlussprüfung durchzuführen. Die Konsequenz hiervon wäre ein unausweichliches Verpassen der gesetzlichen Fristen für die Feststellung des Abschlusses und eine zwingende Verschiebung von Hauptversammlung und Gewinnausschüttung. Auch ein Ausschluss aus den Auswahlindizes der DAX-Familie wäre eine mögliche Konsequenz, wenn sich durch die gerichtliche Neubestellung die Veröffentlichung von Finanzberichten über die börslichen Fristen hinaus verschiebt.

Die Beispiele zeigen, dass die Regelung des § 318 Abs. 3 HGB-E in ihrer gegenwärtigen Fassung unverhältnismäßig ist, da sie auch bei relativ geringfügigen Verstößen zu einer Ersetzung des Abschlussprüfers führen kann. In anderen EU-Mitgliedstaaten mit vergleichbar restriktiven Unabhängigkeitsregeln (z.B. Frankreich, Italien, Niederlande) existieren vergleichbar restriktive Ersetzungsregelungen nicht und eine solche Regelung ist auch europarechtlich nicht erforderlich. § 318 Abs. 3 HGB-E würde damit wettbewerbsverzerrend wirken. Insgesamt sollte auf diese Regelung verzichtet werden. Mindestens muss aber im Gesetzeswortlaut klargestellt werden, dass durch die Erbringung einer verbotenen Nichtprüfungsleistung kein zwingender Ersetzungsgrund besteht, sondern eine Ersetzung des Prüfers nur in gravierenden Fällen statthaft ist, bei denen schwerwiegende Interessenkonflikte offensichtlich sind und die Besorgnis der Befangenheit des Prüfers besteht.

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

Wir stimmen zu, dass Fehlverhalten der Abschlussprüfer angemessen sanktioniert werden müssen. 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 deutlich zu weitgehend. 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 angedachte Haftungsverschärfung wirkt also ebenfalls konzentrationsfördernd.

Zudem wird eine unbeschränkte Haftung des Abschlussprüfers zu deutlich steigenden Versicherungsprämien führen, die die Wirtschaftsprüfer an die zu prüfenden Unternehmen weiterreichen werden. 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.



2 Bereich Bilanzkontrolle

2.1 Zusammenspiel zwischen BaFin und Prüfstelle für Rechnungslegung (§§ 107a ff WpHG-E und 108 WpHG-E)

Wir unterstützen ausdrücklich, dass der Gesetzgeber weiterhin die Bilanzkontrolle nach § 107a WpHG-E teilweise einer privatrechtlichen Institution (einer Prüfstelle) übertragen kann, denn das zweistufige System der Bilanzkontrolle hat sich für die Masse der Bilanzierungsfehler bewährt.

Nur wenige Bilanzierungsfehler sind Bilanzbetrug

Seit 2005 hat die DPR in rund 1.500 Verfahren rund 300 Bilanzierungsfehler aufgedeckt. Das sind ca. 20 pro Jahr. In der ganz überwiegenden Zahl an Fällen geht es um die fehlerhafte Anwendung der oft komplexen und nicht immer eindeutigen (internationalen) Rechnungslegungsstandards, um eine übermäßige Ausdehnung von Bewertungsspielräumen oder lückenhafte narrative Berichtsteile (vgl. Zahlen aus Jahresbericht der DPR 2020). Die Staatsanwaltschaft wurde durch die DPR nur in etwa 10 Fällen informiert (vgl. Q&A der DPR vom 15. Juli 2020, S. 6). Betrugsverdachtsfälle sind damit der absolute Ausnahmefall unter den Verfahren.

Gleichzeitig haben die geprüften Unternehmen die Fehlerfeststellungen der DPR in über 80 Prozent der Fälle akzeptiert und die festgestellten Bilanzierungsfehler veröffentlicht und korrigiert. Das zeigt, dass die weitreichenden Rechte der BaFin (oder Staatsanwaltschaft) in normalen Fehlerfeststellungsverfahren nicht benötigt werden, weil sie meist im Einvernehmen zu Ende geführt werden können.

Bedauerlicher Verzicht auf Anlassprüfungen durch die DPR

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. Umgekehrt sollte die Prüfstelle Normalverfahren, bei denen es um die fehlerhafte Anwendung von Bilanzierungsstandards geht, bis zur Fehlerfeststellung zu Ende führen können. Ansonsten würde die dortige Expertise ungenutzt bleiben, und es würden ineffiziente Doppelstrukturen geschaffen.

Vor diesem Hintergrund ist es bedauerlich, dass der Gesetzgeber Anlassprüfungen in die alleinige Verantwortung der BaFin legt. Gerade Anlassprüfungen der Prüfstelle haben in der Vergangenheit zur Aufdeckung von Bilanzierungsfehlern geführt. Von 112 Anlassprüfungen auf Grundlage ihrer eigenen Analysen endeten 80 (71 Prozent) in der Feststellung eines Bilanzierungsfehlers. Das zeigt, dass auch eine privatrechtliche Organisation in der Lage ist, zielgerichtet mögliche



Problemfälle aufzugreifen. Die deutlich erweiterten Informationspflichten der Prüfstelle gegenüber der BaFin (§ 107a Abs. 9 WpHG-E) sowie die erweiterten Rechte der BaFin, Verfahren an sich zu ziehen (§ 108 Abs. 4 WpHG-E) erleichtern dabei prinzipiell eine engere Abstimmung darüber, wann in einem Verfahren der richtige Zeitpunkt für den Einsatz erweiterter hoheitlicher Mittel gekommen ist.

Aufgreifrechte der BaFin auf besondere Fälle konzentrieren

Will der Gesetzgeber diese Entscheidung, Anlassprüfungen allein der BaFin zuzuordnen, nicht mehr zurücknehmen, sollte aber wenigstens § 108 Abs. 4 WpHG-E präzisiert werden. § 108 Abs. 4 WpHG-E listet auf, in welchen Fällen die BaFin ein Prüfungsverfahren an sich ziehen kann.

Als besonders problematisch kann sich dabei der neu eingeführte § 108 Abs. 4 Nr. 5 WpHG-E für die Balance des Gesamtsystems erweisen. Danach kann die BaFin die Prüfung bei konkreten Anhaltspunkten für einen Verstoß gegen Rechnungslegungsvorschriften nach den Voraussetzungen des § 107 Abs. 1 Satz 1 WpHG-E an sich ziehen – und zwar auch, wenn die Prüfstelle gerade stichprobenbasiert prüft.

Für die in der Begründung als Beispiele aufgeführten Fälle (ein Hinweisgeber meldet sich oder entsprechende Presseberichterstattung) ist das zwar nachvollziehbar. Der Wortlaut lässt es aber auch zu, Stichprobenverfahren in jedem anderen Fall an sich zu ziehen, wenn sich ein Bilanzierungsfehler abzeichnet oder abzeichnen könnte. Damit besteht für jedes Verfahren, das bei der DPR auf einen Bilanzierungsfehler hinauslaufen könnte, die Möglichkeit eines BaFin-Eingreifens. Es gibt dabei ganz sicher jedes Jahr eine ganze Reihe von DPR-Verfahren, bei denen lange nicht feststeht, ob letztendlich überhaupt ein Fehler festgestellt wird oder nicht. Es erscheint aus unserer Sicht völlig unverhältnismäßig, dass künftig auch solche Fälle in den Anwendungsbereich der neu gefassten Norm fallen können.

§ 108 Abs. 4 Nr. 5 WpHG-E bringt die BaFin vor diesem Hintergrund in Zugzwang, auch die große Mehrzahl der Verfahren zu übernehmen, die bisher richtigerweise von der Prüfstelle zu Ende geführt werden, weil sie sich auf die Anwendung von Rechnungslegungsnormen beziehen. Hier muss der Gesetzgeber dringend die Klarheit schaffen, dass Stichprobenverfahren normalerweise von der DPR zu Ende geführt und nur ausnahmsweise von der BaFin übernommen werden können. So kann es z.B. nicht gewollt sein, die Expertise der DPR in der Bewertung komplexer Rechnungslegungssachverhalte wie z.B. der Annahmen von Werthaltigkeitsprüfungen (Goodwill Impairment Tests) zu verlieren. 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 das Verfahren von der BaFin weitergeführt werden kann. Mindestens aber sollte die Gesetzesbegründung Hinweise darauf enthalten, dass der Gesetzgeber üblicherweise von einer dauerhaften Zuständigkeit der Prüfstelle ausgeht.



Ebenfalls als problematisch könnte sich § 108 Abs. 4 Nr. 2 und 3 WpHG-E erweisen. Danach kann die BaFin eine Prüfung jetzt bei "Zweifeln" (nicht mehr "erhebliche Zweifel") am Prüfergebnis oder an der Durchführung der Prüfung durch die Prüfstelle an sich ziehen. Auch hier halten wir die bisherige Formulierung "erhebliche Zweifel" für besser – auch um die BaFin nicht unnötig unter Zugzwang zu setzen. 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.

2.2 Ermittlungsbefugnisse der BaFin und Veröffentlichungsrechte (§ 107 WpHG-E)

Höhere Hürden für Durchsuchungs- und Beschlagnahmerechte – Begründung präzisieren

Für den Fall, dass die BaFin ein Verfahren selbst aufgreift oder von der Prüfstelle übernimmt, erhält sie 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 Verstoß "aus Sicht der Kapitalmarktteilnehmer für die Bewertung des Unternehmens von wesentlicher Bedeutung ist".

Allerdings liegt gerade diese Formulierung nach unserer Ansicht nahe am Tatbestand 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.

Die BaFin könnte sich selbst im Fall fehlender konkreter Anhaltspunkte gezwungen sehen, die vorhandenen rechtlichen Befugnisse 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 für die Ausübung der Durchsuchungs- und Beschlagnahmerechte 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 Ergebnissen aus laufenden Verfahren streichen

Sehr problematisch ist auch, dass die BaFin künftig nach § 107 Abs. 1 Satz 6 WpHG-E Prüfungsanordnungen in größerem Umfang unter Namensnennung 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 Kurse von Aktien und Anleihen des betroffenen Unternehmens an den Kapitalmärkten 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.

Dies gilt umso mehr, als das Informationsbedürfnis des Kapitalmarktes hier offenbar zu einem früheren Zeitpunkt angenommen wird als selbst im Bereich der Ad-hoc-Publizität. Hiernach kann nämlich ausweislich des Emittentenleitfadens die bloße Aufnahme strafrechtlicher Ermittlungen oder verwaltungsrechtlicher Untersuchungen nur in besonderen Fällen eine Insiderinformation begründen und damit eine Veröffentlichung per Ad-hoc-Mitteilung auslösen.

BaFin-Prüfung auf aktuelle und ein Jahr zurückliegende Abschlüsse beschränken

Unklar ist ferner, 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.

2.3 Ergebnis der Prüfung von Bundesanstalt oder Prüfstelle (§ 109 WpHG-E)

§ 109 WpHG-E erweitert den Sanktionsrahmen deutlich, indem Fehlerbekanntmachungen jetzt 10 Jahre auf der Website der BaFin vorgehalten werden und neuerdings in besonderen Fällen auch eine Neuaufstellung des Abschlusses verlangt werden kann.

Dies geschieht zudem unter Einschränkung des Rechtsschutzes der betroffenen Unternehmen.

So entscheidet die BaFin nun eigenständig, ob sie von der Veröffentlichung eines Fehlers absieht, wenn daran kein öffentliches Interesse besteht (§ 109 Abs. 2 Satz 2 WpHG-E). Das bisherige Fehlerveröffentlichungsverfahren und damit die Möglichkeit, die Nichtveröffentlichung des Fehlers zu beantragen, entfällt. Schon an dieser Stelle wird daher der Rechtsschutz 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.

Wenn Emittenten eine gerichtliche Klärung beantragen, sollten Sanktionen deshalb erst dann erfolgen, wenn das Gericht die Auffassung der BaFin zum Bilanzierungsfehler bestätigt. Anderenfalls droht, dass die BaFin trotz unterschiedlicher Auffassungen Fakten schafft, gegen die sich das Unternehmen nicht mehr wehren kann.

2.4 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 dem Emittenten wirklich etwas vorzuwerfen ist. 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, indem 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.

3 Bereich Corporate Governance

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

Wir begrüßen grundsätzlich, dass Unternehmen von öffentlichem Interesse nach § 107 AktG-E (Art. 15 des FISG) künftig einen Prüfungssauschuss bilden müssen und dass die Beurteilung der Qualität des Abschlussprüfers als zusätzliche gesetzliche Aufgabe des Prüfungsausschusses normiert wird. Die Pflicht zur Einrichtung hatten auch wir vorgeschlagen.

Ausnahmen für kleine Aufsichtsräte sinnvoll

Allerdings hatten wir auch angeregt, eine Regelung für kleine Aufsichtsräte zu treffen. Der Entwurf enthält aber weiterhin keine Ausnahmen für aus drei Personen bestehende Aufsichtsräte, obwohl die Gesetzesbegründung eine solche Ausnahme in den Raum stellt ("Ausnahmen werden nur für Unternehmen mit kleinen Aufsichtsräten in Betracht kommen (Hüffer/Koch, AktG, 14. Auflage 2020, § 107 Randnummer 22)"). Dabei ist unstreitig, dass die aufgeführten Aufgaben vom Aufsichtsrat als Ganzem zu erfüllen sind, wenn kein Prüfungsausschuss bestellt ist. 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.

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. Wenn der Gesetzgeber erreichen will, dass die Unternehmen Aufsichtsräte mit mehr Personen besetzen, um den Überhang der Finanzexpertise gegenüber anderen Fähigkeiten zu vermeiden, sollte er dies auch offen klarstellen. 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.



Funktionsäquivalente Ausschüsse müssen für KGaA genügen

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. 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 hier 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.

3.2 Auskunftsrecht (§ 107 Abs. 4 AktG-E bzw. § 34 Abs. 5 SE-Ausführungsgesetz, Art. 15 des FISG)

Rechtssystematisch problematisch ist die Kodifizierung eines direkten Auskunftsrechts des Prüfungssauschusses gegenüber den Leitern derjenigen Zentralbereiche der Gesellschaft, die in der Gesellschaft für die Aufgaben zuständig sind, die den Prüfungsausschuss betreffen (§ 107 Abs. 4 AktG-E bzw. § 34 Abs. 5 SE-Ausführungsgesetz, Art. 15 des FISG). Die Regelung widerspricht der Zweistufigkeit des deutschen Systems und den Zuständigkeiten von Vorstand und Aufsichtsrat. In diesem System ist der Vorstand zur umfassenden Berichterstattung an den Aufsichtsrat verpflichtet, der durch Anforderungsberichte auch ein weitgehendes Initiativrecht bei der Berichterstattung hat. Darüber hinaus würde sie zu der Loyalitätskonflikten der betroffenen Mitarbeiter führen, wenn sie am Vorstand vorbei und ohne dessen vorherige Information Auskunft an den Prüfungsausschuss erteilen. Der Dialog mit den Leitern von Zentralbereichen, die die Arbeit des Prüfungsausschusses berühren, findet in der Praxis, vermittelt über den Vorstand, bereits statt, so dass auf diese Regelung verzichtet werden kann.



3.3 Finanzexperten (§ 100 Abs. 5 AktG-E)

Im Prüfungsausschuss wird nach § 100 Abs. 5 AktG-E jetzt neben der Expertise im Bereich Rechnungslegung zusätzlich auch Expertise im Bereich der Abschlussprüfung verlangt.

Wir hatten in unserer Stellungnahme zum Referentenentwurf angeregt, dass der Gesetzgeber es bei der alternativen Anforderung an Abschlussprüfung oder Rechnungslegung belassen sollte, dafür aber die Anzahl der erforderlichen Finanzexperten auf zwei Personen erhöhen könnte. Mit dem RegE wird jedoch jeweils ein Experte auf dem Gebiet der Abschlussprüfung und ein weiterer Experte auf dem Gebiet der Rechnungslegung erforderlich.

Hierdurch bedarf es aber nun der Konkretisierung gegenüber der Begründung zum BilMoG, auf die verwiesen wird, da jene Begründung eben gerade keine Differenzierung der Fachexpertisen vornimmt. Dies ist problematisch, da die betreffenden Personen nun trennscharf in die eine oder andere Profession eingeordnet werden müssen. In der Begründung heißt es nur: "Der erforderliche Sachverstand [Anmerkung: in Rechnungslegung oder Abschlussprüfung?] setzt nicht zwingend voraus, dass das Mitglied des Aufsichtsrats einem steuerberatenden oder wirtschaftsprüfenden Beruf angehört, sondern kann auch durch entsprechende Weiterbildung erworben werden." Zwar ist die Klarstellung im Negativen hilfreich, dass sich nicht nur Abschlussprüfer oder Steuerberater zum Finanzexperten qualifizieren. Wir regen aber an, in der Begründung positiv weitere Berufstypen zu spezifizieren, die eine gesetzliche Vermutung für eine solche Expertise begründen. Expertise sollte dabei auch aus internen Erfahrungen im Unternehmen sowie einschlägigen Weiterbildungen erworben werden können.

3.4 Erweiterte Ausschlussgründe bei Sonderprüfungen (§ 143 Abs. 2 AktG-E)

In § 143 Abs. 2 AktG-E wird – gegenüber dem Referentenentwurf neu – ein neuer Ausschlußgrund eingefügt. Wörtlich heißt es: "Bei einer Gesellschaft, die Unternehmen von öffentlichem Interesse nach § 316a Satz 2 des Handelsgesetzbuchs ist, darf Sonderprüfer auch nicht sein, wer Nichtprüfungsleistungen nach Artikel 5 Absatz 1 der Verordnung (EU) Nr. 537/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über spezifische Anforderungen an die Abschlussprüfung bei Unternehmen von öffentlichem Interesse und zur Aufhebung des Beschlusses 2005/909/EG der Kommission (ABI. L 158 vom 27.5.2014, S. 77; L 170 vom 11.6.2014, S. 66) erbringt oder während der Zeit, in der sich der zu prüfende Vorgang ereignet hat, erbracht hat."

Wir halten diese Einschränkung für nicht sinnvoll. Für Sonderprüfungen dürften ähnlich wie für die Abschlussprüfung in Abhängigkeit von der Unternehmensgröße

und der Komplexität des Prüfungsauftrag ggf. nur ein kleiner Teil der Wirtschaftsprüfungsgesellschaften in Frage kommen. Erbringt die Prüfungsgesellschaft A die
Abschlussprüfungsdienstleistung und die Prüfungsgesellshaften B und C erbringen
Nichtprüfungsdiensleistungen, sind künftig alle drei Gesellschaften für Sonderprüfungen gesperrt. Das gilt auch dann, wenn die Beratungsdienstleistungen von B
und C nicht in den von der Sonderprüfung erfassten Bereich fallen. Wir halten das
für zu weitgehend und auch in Bezug auf das Regelungsziel des FiSG nicht für erforderlich.

3.5 Ordnungswidrigkeiten

§ 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.



Regelungen zur Auslagerung

Nach dem Regierungsentwurf 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 geraten in den Aufsichtsfokus, 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.

Zwar sind die Regelungen im Regierungsentwurf zu den Auslagerungsunternehmen – anders als noch im Referentenentwurf – nuancierter, indem sie sich vorwiegend auf "wesentliche Auslagerungen" beziehen. Dennoch ist dies weiterhin ein grundlegender Paradigmenwechsel, der zudem einen deutschen Sonderweg etabliert.

Das Deutsche Aktieninstitut hält die vorgeschlagenen Regelungen daher nach wie vor für zu weitgehend. 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.

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 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 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.

- Diese weitgehenden Aufsichtsbefugnisse sind ein deutscher Sonderweg, denn sie widersprechen den EU-weiten Vorgaben der EBA Guidelines (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.
- Zudem ist die Rechtsgrundlage für die weitgehenden Eingriffsbefugnisse fraglich: Letztlich wird der bilaterale, zivilrechtliche Vertrag zwischen Finanzinstitut und Auslagerungsunternehmen als Anknüpfungspunkt für eine öffentlich-rechtliche Eingriffsbefugnis gegenüber dem nicht aufsichtspflichtigen Auslagerungsunternehmen herangezogen. Dies ist ein ungewöhnlicher und daher rechtlich besonders begründungsbedürftiger Eingriff, der vom Grundsatz abweicht, dass die BaFin nur direkte Eingriffsbefugnisse gegenüber dem beaufsichtigten Unternehmen als verantwortlicher Einheit hat. Aus unserer Sicht ist nicht ausreichend dargelegt, auf welcher Grundlage ein derart weitgehender öffentlich-rechtlicher Paradigmenwechsel gerechtfertigt ist. Dies gilt umso mehr bezüglich Eingriffsbefugnissen der BaFin gegenüber Auslagerungsunternehmen in Drittstaaten. Hier stellt sich noch dazu die Frage der Extraterritorialität, die aus unserer Sicht Befugnisse der Bafin rechtlich ausschließt.
- 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.

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 es zudem u.U. zu einer Doppelbeaufsichtigung durch die BaFin und der lokalen Aufsichtsbehörden der jeweiligen Jurisdiktion kommen. Diese ökonomische Zusatzbelastung ist weder angemessen noch verhältnismäßig, dafür jedoch wirtschaftlich schädigend. Sollte sich der Gesetzgeber für zusätzliche Eingriffsbefugnisse entscheiden, bspw. für "systemrelevante" Auslagerungsunternehmen, so muss im Gesetzestext klargestellt werden, dass es zu keiner Doppelprüfung bei ausländischen Tochterunternehmen kommt.

Derzeitige Rechtslage und Lösungsvorschlag

Es gibt 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.

Bei einer Ausweitung der Aufsichtsbefugnisse sollte sich die BaFin auf die Überwachung systemrelevanter Auslagerungsunternehmen konzentrieren, 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 sollte in Abstimmung mit den anderen EU-Mitgliedstaaten erfolgen und findet sich bereits in dem Vorschlag der EU-Kommission zur "Digital operational resilience for the financial sector" in "Section II" vom 24.9.2020. In diesem Vorschlag sollen "critical ICT third-party service providers" identifiziert werden, die dann der Aufsicht der europäischen Aufsichtsbehörden unterliegen. Dieser Ansatz ist deutlich zielführender als der sehr breite Ansatz, der im vorliegenden Gesetzentwurf verfolgt wird. Ähnliche Überlegung zur Aufsicht von systemrelevanten IT-Dienstleistern finden sich auch von der BaFin zum Thema "Fintech" (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).



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 und deren Vollzug sowie wesentliche Änderungen und schwerwiegende Vorfälle im Rahmen von bestehenden wesentlichen Auslagerungen, 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 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.

Anhang

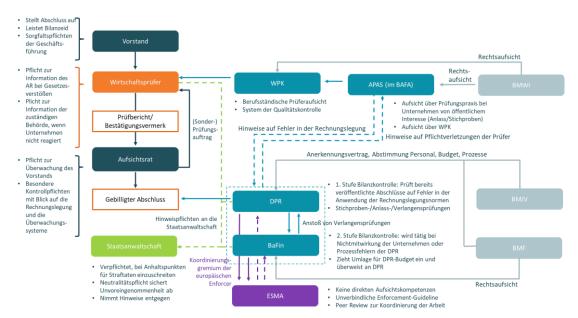


Abb. 1: System zur Sicherstellung der ordnungsgemäßen Bilanzierung

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.

