



Herrn Prof. Dr. Heribert Hirte, MdB
Deutscher Bundestag
Platz der Republik 1
11011 Berlin
Per E-Mail: heribert.hirte@bundestag.de

Datum
17. Februar 2016

Seite
1 von 11

Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines Abschlussprüferreformgesetzes (AReG)

Sehr geehrte Herr Professor Hirte,

mit dem Regierungsentwurf eines Abschlussprüferreformgesetzes vom 16. Dezember 2015 werden die prüfungsbezogenen Vorschriften der Abschlussprüfer-Richtlinie (AP-RL) umgesetzt und die in der Abschlussprüferverordnung (AP-VO) enthaltenen Mitgliedstaatenwahlrechte ausgestaltet. Der BDI und das Deutsche Aktieninstitut haben in ihrer gemeinsamen Stellungnahme vom 5. Juni 2015 zum AReG-Referentenentwurf die Stärkung der Rolle der Aufsichtsgremien zur Überwachung der Abschlussprüferqualität ausdrücklich unterstützt und dazu die vollumfängliche Umsetzung der Mitgliedstaatenwahlrechte zur Flexibilisierung der regulatorischen Eingriffe durch die europäische Verordnung angemahnt.

Wir begrüßen, dass der Regierungsentwurf die in der Richtlinie und der Verordnung eröffneten Mitgliedstaatenwahlrechte in einer Art und Weise ausübt, dass die Aufsichtsgremien gestärkt und damit die Qualität und damit die Effizienz und Effektivität der Abschlussprüfung in Unternehmen von öffentlichem Interesse sichergestellt wird. In diesem Zusammenhang sind insbesondere die Verlängerung des maximal zulässigen Prüfungszeitraums auf 20 bzw. 24 Jahre, die Beibehaltung der wertmäßigen Begrenzung der Nicht-Prüfungsleistungen auf 70 % der Honorare für Prüfungsleistungen sowie das begrenzte Zulassen der Inanspruchnahme von Steuerberatungs- und Bewertungsleistungen durch den Abschlussprüfer positiv hervorzuheben. Trotz unserer insgesamt positiven Wertung des Regierungsentwurfs wird der Regierungsentwurf in einem zentralen Punkt diesem Anspruch nicht gerecht.

Mit der restriktiven Ausübung des Mitgliedstaatenwahlrechts zur Mandatsdauer für Kreditinstitute und Versicherungsunternehmen wird die

**Bundesverband der
Deutschen Industrie e.V.**
Mitgliedsverband
BUSINESSEUROPE

Hausanschrift
Breite Straße 29
10178 Berlin

Postanschrift
11053 Berlin

Telekontakte
T: +493020281430
F: +493020282430

Internet
www.bdi.eu

E-Mail
A.Selter@bdi.eu

Höchstlaufzeit auf 10 Jahre ohne Verlängerungsoption beschränkt. Diese Regelung trifft unmittelbar auch alle Unternehmen der Realwirtschaft, die entsprechende Tochterunternehmen zur Absatzfinanzierung und Absatzunterstützung ihrer Produkte etabliert haben.

Konzernabschlüsse deutscher kapitalmarktorientierter Unternehmen umfassen neben einer Vielzahl von industriell tätigen Tochterunternehmen auch Tochterunternehmen für Finanzdienstleistungen und Versicherungen. Die hauseigenen Finanzdienstleistungen bieten in der Regel Finanzierungs- und Leasinglösungen für die Kunden und betreiben zur Refinanzierung der Absatzfinanzierung das Einlagengeschäft. Hauseigene Versicherungsgesellschaften treten u. a. als Risikoträger für Garantiezusagen auf. Das Leistungsspektrum der Konzernbereiche Finanzdienstleistungen und Versicherung entspricht damit nicht dem einer herkömmlichen Geschäftsbank bzw. eines herkömmlichen Versicherungsunternehmens sondern soll den Absatz der Konzerne unterstützen. Dennoch gelten diese Unternehmen als CRR-Kreditinstitute i. S. d. Artikels 4 Abs. 1 Nr. 1 der EU-Verordnung 575/2013 oder als Versicherungsunternehmen i. S. d. Artikels 2 Abs. 1 der EU-Richtlinie 91/674/EWG. Damit fallen diese Konzernbereiche unter die Definition einer „Public Interest Entity“ (PIE) gem. Art. 2 Nr. 13 der EU-Richtlinie 2006/43/EG bzw. § 319a HGB-E. Für CRR-Institute und Versicherungsunternehmen wird eine Verlängerungsoption der Mandatslaufzeit gem. §§ 340k und 341k HGB-E ausgeschlossen.

Zukünftig wird es den realwirtschaftlichen Mutterunternehmen nicht mehr möglich sein, die Prüfung der verschiedenen, in den Konzernabschluss einbeziehenden Tochterunternehmen einheitlich durch dieselbe Prüfungsgesellschaft für eine zweite Mandatsdauer vornehmen zu lassen. Der durch die Regelung erzwungene Prüferwechsel bei einem Teil der in den Konzernabschluss einbezogenen Unternehmen hätte zur Folge, dass sich verschiedene Prüfungsgesellschaften innerhalb desselben Konzerns permanent abstimmen sowie zusammenarbeiten müssten. Zu erwarten ist hierbei ein erheblicher Informations- sowie Effizienzverlust, der sich negativ auf die gesamte Prüfungsqualität auswirken kann. Da es sich bei den hauseigenen Finanzdienstleistern um eine absatzfinanzierende Bank handelt, existiert von Natur aus ein hoher Grad der Verflechtung zwischen der Bank und anderen realwirtschaftlichen Unternehmen des Gesamtkonzerns. Die zwischen den Gesellschaften bestehenden konzernübergreifenden Prozesse betreffen unter anderem die Produktlieferung und damit verbundene – der Verkaufsförderung entstammende – Maßnahmen wie Restwertgarantien und Zinssubventionen, die in Abhängigkeit der konkreten Ausgestaltung wechselseitige Konsequenzen für die Darstellung in Jahresabschluss und Lagebericht zur Folge haben.

Die konsistente Darstellung im Konzernabschluss stellt auch aus prüferischer Sicht hohe Anforderungen, insbesondere hinsichtlich der hierfür erforderlichen Kenntnisse über den Gesamtkonzern und die damit verbundenen Geschäftsmodelle. Hier ist es zugunsten der Prüfungsqualität von Vorteil, wenn sämtliche Unternehmen des Konzerns sowie deren Beziehungen untereinander einheitlich von einer Prüfungsgesellschaft mit einem einheit-

lichen risikoorientierten Ansatz entlang der Prozesskette im Konzern geprüft werden. Hierdurch würden auch Kosten infolge des höheren Koordinationsaufwands und der daraus resultierenden Effizienzverluste vermieden.

Nicht zuletzt führen unterschiedliche Prüfer zu Problemen bzw. Einschränkungen im Zusammenhang mit der Beauftragung von Nicht-Prüfungsleistungen. Da bei der Bestimmung der Höchstgrenze erlaubter Nicht-Prüfungsleistungen (Cap) und der Bestimmung der verbotenen Nicht-Prüfungsleistungen nicht nur die Einzelgesellschaft sondern auch der Konzernverbund zu betrachten ist, führt die Bestellung unterschiedlicher Prüfer, insbesondere wenn diese in derselben Jurisdiktion bestellt sind, zu Wechselwirkungen zwischen den Konzernunternehmen, die die Möglichkeit der Inanspruchnahme solcher Leistungen von den beiden bestellten Prüfungsgesellschaften stark einschränkt. Neben einer höheren Komplexität hinsichtlich der Kontrolle der Zulässigkeit solcher Leistungen für die verantwortlichen Aufsichtsgremien bedeutet dies zugleich auch eine erhebliche Begrenzung bei der Auswahl möglicher Prüfungsgesellschaften zur Erbringung solcher Leistungen. Die Konzerne, die auf weltweite Prüfernetzwerke angewiesen sind, sehen sich durch die zusätzliche Beauftragung eines Abschlussprüfernetzwerkes zur Prüfung des Konzernbereichs Finanzdienstleistung und Versicherung in der Berater- und Prüferauswahl beschränkt. In dem komplexen internationalen Unternehmensumfeld bedeutet die Einschränkung der Prüfer- und auch Beraterauswahl einen Eingriff in die Unternehmensdisposition, der über die mögliche Gefährdung der Prüfer- und Beraterqualität wettbewerbsentscheidend sein kann.

Zur Vermeidung der geschilderten Qualitäts-, Informations- und Effizienzverluste alle Konzernunternehmen müssten die betroffenen Konzerne die Rotationsfrist des Abschlussprüfers (freiwillig) auf zehn Jahre begrenzen. Vor dem Hintergrund, dass der Gesetzgeber für Unternehmen der Realwirtschaft ausdrücklich die Möglichkeit einer 20-jährigen Rotationsfrist zur Sicherstellung der Abschlussprüferqualität vorsieht, ist die Konsequenz dieser Regelung als äußerst kritisch zu betrachten. Wir verweisen in diesem Zusammenhang auf die Regierungsbegründung zu § 318 HGB-E (Seite 45), in der darauf hingewiesen wird, dass jede externe Rotation die Gefahr eines erheblichen Verlustes an Informationen über das geprüfte Unternehmen birgt und sich negativ auf die Prüfungsqualität auswirken kann. Zudem führen die Regelungen zu einer ungleichen Behandlung von – in ihrer Gesamtheit vergleichbaren – Konzernen, je nachdem, ob sie Banken und/oder Versicherungsunternehmen enthalten oder nicht. Solche Unternehmen, die zur Absatzfinanzierung entsprechende Banken und Versicherungsunternehmen in den Konzernverbund integriert haben, befürchten Nachteile gegenüber Wettbewerbern, die solche Strukturen nicht etabliert haben.

Dem Ausgeführten folgend plädieren wir für die Möglichkeit einer verlängerten Mandatsdauer von 20 bzw. 24 Jahren für solche CRR-Kreditinstitute und Versicherungsunternehmen, deren hauptsächlicher Zweck die Unterstützung des Absatzes von Nicht-Finanzprodukten eines realwirtschaftlichen Konzerns darstellt. In diesem Zusammenhang ist auch auf das gegenüber anderen Banken und Versicherungen geringere Risikoprofil sowie die

Tatsache, dass die Anteile an solchen Unternehmen regelmäßig in vollem Umfang von den jeweiligen Mutterunternehmen gehalten werden, hinzuweisen.

Zusätzlich ist zu befürchten, dass die restriktive Umsetzung der EU-Vorgaben durch die Bundesregierung eine europaweite einheitliche Umsetzung der EU-Vorgaben erschweren wird. Die Unternehmen sehen sich mit großen Schwierigkeiten mit Blick auf die uneinheitliche Ausübung der Wahlrechte durch die EU-Mitgliedstaaten konfrontiert. Eine konzern-einheitliche Steuerung der Abschlussprüfer- und Beratungsleistungen wird nur auf dem kleinsten gemeinsamen Nenner möglich. Gegenüber der Europäischen Kommission haben wir mehrfach die Notwendigkeit zur Aufnahme einer Konzernklausel in die EU-Verordnung betont, damit das Recht der Konzernmutter für alle europäischen Töchter angewendet werden kann. Zusätzlich muss auf eine einheitliche Ausübung der Wahlrechte durch die Mitgliedstaaten, insbesondere zu Rotationsfristen und Nichtprüferleistungen hingewirkt werden.

Im Einzelnen wollen wir zu den folgenden Punkten Stellung nehmen:

Artikel 1 Änderungen des Handelsgesetzbuch

Zu § 318 Absatz 1a HGB-E/§§ 340k, 341k HGB-E – externe Rotationspflichten

Wie zuvor ausgeführt begrüßen wir, dass der Regierungsentwurf die Möglichkeit vorsieht, die Höchstlaufzeit der Bestelldauer auf 20 Jahre (bzw. 24 Jahre im Fall einer Gemeinschaftsprüfung) zu verlängern, wenn eine öffentliche Ausschreibung erfolgt (§ 318 Abs. 1 a HGB-E).

Aus den zuvor genannten Gründen sollte diese Möglichkeit auch für die Kreditinstitute und Versicherungsunternehmen gelten, die als Tochtergesellschaften in den Konzernabschluss eines realwirtschaftlichen Mutterunternehmens einbezogen werden, das die Konzernspitze bildet.

Zu § 318 Absatz 3 Satz 1 Nr. 2 HGB-E – Nichtigkeitsregelung

Es ist zu begrüßen, dass die Bundesregierung klarstellt, dass für Verstöße gegen die AP-VO grundsätzlich allein das Ersetzungsverfahren nach § 318 Abs. 3 HGB-E statthaft ist und sie damit weder zur Nichtigkeit des geprüften Jahresabschlusses (vgl. auch § 256 Abs. 1 Nr. 3 AktG-E) noch zur Anfechtbarkeit der relevanten Hauptversammlungsbeschlüsse führen.

Die Absicht der Bundesregierung, sämtliche Verstöße gegen Artikel 5 der AP-VO durch das Ersetzungsverfahren nach § 318 Abs. 3 HGB-E zu erfassen (vgl. S. 47), sollte sich allerdings auch im Wortlaut der Regelung niederschlagen. Wie nach bisheriger Rechtslage sollen sämtliche lediglich in der Person des Abschlussprüfers liegenden Gründe zur gerichtlichen Ersetzung nach § 318 Abs. 3 HGB-E führen können. § 318 Abs. 3 HGB-E nennt hier mit Verstößen gegen §§ 319 Abs. 2 bis 5, 319a und 319b HGB-E ei-

nige Regelbeispiele. Die Nennung allein der Verstöße gegen Artikel 5 Absatz 4 Unterabsatz 1 oder Absatz 5 Unterabsatz 2 Satz 2 der AP-VO erscheint hier aber missverständlich und zu eng. Hier sollte jedenfalls zur Klarstellung ein Verweis auf den gesamten Artikel 5 der AP-VO aufgenommen werden. Blicke es bei der aktuellen Fassung des Wortlauts, könnte dies zu Missverständnissen führen und möglicherweise zweifelhaft sein, ob Verstöße z. B. gegen Artikel 5 Abs. 1 der AP-VO (Erbringung von verbotenen Nichtprüfungsleistungen), mangels ausdrücklicher Erwähnung in § 318 Abs. 3 HGB, nicht doch zur Anfechtbarkeit der entsprechenden Beschlüsse der Hauptversammlung führen könnten. Auch erwägenswert erscheint eine Ausweitung des Ersetzungsverfahrens auch auf Anfechtungsklagen wegen formaler Beschlussmängel bei der Wahl des Abschlussprüfers bei Mängeln, die durch die EU-VO nicht abgedeckt werden. Aktuelle Rechtsprechung legt das nahe¹.

In diesem Zusammenhang möchten wir erneut auf das Mitgliedstaatenwahlrecht gemäß Art. 17 Abs. 2 (a) AP-VO hinweisen, das eine Verlängerung des Beststellungszeitraumes ermöglicht. Eine optionale Verlängerung des Beststellungszeitraumes wird von uns befürwortet. Eine Befassung des Prüfungsausschusses mit über ein Jahr hinausgehenden Prüfungsplänen würde einen wichtigen Beitrag zur besseren Überwachung der Abschlussprüfungsprozesse liefern. Eine verlängerte Bestellperiode würde außerdem die Problematik der Gründe für die Nichtigkeit des Jahresabschlusses nach § 256 AktG berücksichtigen. Die Möglichkeit einer mehrjährigen Bestellperiode verringert die Möglichkeit von Nichtigkeitsklagen aufgrund von Verstößen gegen Formvorschriften im Zusammenhang mit der Wahl des Abschlussprüfers durch die Hauptversammlung.

Zu § 319a Absatz 1 Nr. 3 HGB-E – Begriff der Bewertungsleistungen

Die Bewertungsleistungen des § 319a Absatz 1 Nr. 3 HGB-E beziehen sich auf solche im Sinne des Artikels 5 Absatz 1 Unterabsatz 2 Buchstabe f der EU-AP-VO. Da in § 319 Absatz 3 Nr. 3 Buchstabe d HGB in der derzeit gültigen Fassung ebenfalls eine Vorschrift zu Bewertungsleistungen enthalten ist und zu diesem Bewertungsleistungsbegriff bereits eine ausreichende Rechtsprechung und Kommentierung vorhanden ist, sollten die Bewertungsleistungen der EU-AP-VO im bereits bestehenden § 319 Absatz 3 Nr. 3 HGB erfasst werden. Dazu müsste der Verweis im § 319a Absatz 1 Nr. 3 HGB-E statt auf die EU-AP-VO auf den bereits gültigen § 319 Abs. 3 Nr. 3 Buchstabe d HGB lauten.

Zu § 319a Absatz 3 HGB-E – Vorab-Zustimmung des Prüfungsausschusses zu Steuerberatungs- und Bewertungsleistungen

Die geforderte Vorab-Zustimmung des Prüfungsausschusses zu Bewertungsleistungen sollte überarbeitet werden. Unter Umständen müssen manche Beratungsleistungen sehr schnell beauftragt werden können, worunter je nach Sachverhalt auch Steuerberatungsleistungen fallen können. Sofern

¹ Siehe OLG Karlsruhe, Az.: 11 Wx 87/15.

der Prüfungsausschuss die im Artikel 5 Absatz 4 Satz 2 EU-AP-VO genannten „Leitlinien“ erlassen hat und diese auch Steuerberatungsleistungen in den verschiedenen möglichen Ausprägungen regeln, gibt es für einen Zwang zur Vorab-Genehmigung einzelner Verträge oder Aufträge wie im § 319a Absatz 3 HGB-E keinen hinreichenden Grund.

Einer Billigung des Prüfungsausschusses nach § 319a Absatz 3 HGB-E von nichtverbotenen Nichtprüfungsleistungen durch den Prüfungsausschuss sollte durch die Nennung dieser einzelnen Leistungsarten in den Leitlinien des Prüfungsausschusses eines Unternehmens von öffentlichem Interesse erfüllt sein.

Zu § 321 Absatz 5 Satz 2 HGB-E – Zuleitung des Prüfungsberichts

Die in § 321 Abs. 5 Satz 2 HGB vorgesehene Reihenfolge, nach der dem Vorstand der Prüfungsbericht erst nach Vorlage an den Aufsichtsrat zugeleitet werden soll, ist u. E. nicht praxisingerecht. Nach der Regierungsbegründung soll sich an der derzeitigen Praxis, dem Vorstand vor Weiterleitung an den Prüfungsausschuss einen vollständigen *Entwurf* des Prüfungsexemplars zur Verfügung zu stellen, nichts ändern. Dann erscheint aber eine Zuleitung des finalen Berichts erst nach Kenntnisnahme durch den Aufsichtsrat bzw. Prüfungsausschuss nicht sachgerecht. Zweifelhaft erscheint uns die Begründung für die vorgesehene Änderung, nämlich der Verweis auf Artikel 11 Abs. 1 Unterabsatz 2 Satz 2 der EG-VO („Die Mitgliedstaaten können gestatten, dass der Prüfungsausschuss diesen Bericht gemäß ihrem nationalen Recht bestimmten Dritten gegenüber offenlegt“), da es sich bei Organen des Unternehmens nicht um Dritte handelt. Da keine Änderung der bisherigen Praxis beabsichtigt ist, den gesetzlichen Vertretern vorab einen vollständigen Entwurf des Prüfungsberichts zuzuleiten, ist auch keine grundsätzliche Änderung der Reihenfolge der Zuleitung erforderlich. Es sollte daher durch die Einfügung des Wortes „spätestens“ im neuen § 321 Abs. 5 Satz 3 HGB-E klargestellt werden, dass das Geschäftsführungsorgan auch schon vor oder zeitgleich mit der Vorlage an den Aufsichtsrat Kenntnis von dem Prüfungsbericht erhalten kann.

Zudem besteht eine Unklarheit bei § 321 Abs. 5 Satz 2 HGB-E, der den Fall regelt, dass der „Aufsichtsrat“ den Auftrag erteilt; nicht klar ist, ob die Sätze 2 und 3 auch gelten, wenn der Prüfungsausschuss den Auftrag erteilt.

Zu § 324 Abs. 3 HGB-E – Berichtsanforderungen des Prüfungsausschusses

Nach den Vorgaben von Artikel 27 Abs. 1 Buchst. c) AP-VO überwacht, die Abschlussprüferaufsichtsstelle (in Deutschland: Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle) regelmäßig die Entwicklungen auf dem Markt für die Bereitstellung von Abschlussprüfungsleistungen für Unternehmen von öffentlichem Interesse und bewertet dabei insbesondere neben einigen anderen Aspekten die Tätigkeitsberichte der Prüfungsausschüsse. Eine Befugnis, zur Erfüllung ihrer Aufgaben von einem PIE eine Darstellung und Erläuterung des Ergebnisses sowie der Durchführung der Tätigkeit seines

Prüfungsausschusses zu verlangen, ist in dem Verordnungstext hingegen nicht vorgesehen.

Der Regierungsentwurf geht daher über den Wortlaut und die Zielsetzung aus der AP-VO hinaus, die feststellt, dass die Informationen an die Aufsichtsstelle allein zur Überwachung der Entwicklungen auf dem Markt für Abschlussprüfungsleistungen an PIEs dienen sollen. Es geht also nicht um eine allgemeine Aufsicht über den Prüfungsausschuss in seiner gesamten Tätigkeit. Es ist daher auch nicht geregelt, dass der Prüfungsausschuss in diesem Zusammenhang Berichte auf Verlangen der Behörde erstellen muss, vielmehr kann unseres Erachtens die Behörde nur auf bereits bestehende Berichte zurückgreifen. Der Regierungsentwurf sollte daher im Sinne einer 1:1-Umsetzung auf die Auskunftsrechte über eine Darstellung und Erläuterung sowie der Durchführung der Tätigkeit des Prüfungsausschusses verzichten und allein die Tätigkeitsergebnisse bewerten.

Zu § 342b Absatz 2 HGB-E bzw. § 37n WpHG-E – Prüfungsmaßstab des Bilanzkontrollverfahrens

Außerdem ist die Neuregelung von § 342b Abs. 2 HGB-E bzw. § 37n WpHG-E kritisch zu hinterfragen, da mit der jetzt eingefügten Ergänzung der Eindruck entstehen könnte, dass die Bundesanstalt die Aufgabe hätte, nicht nur die Ordnungsmäßigkeit der Abschlussunterlagen zu überwachen, sondern auch umfassend die internen Buchführungsunterlagen zu überprüfen. Eine so weitgehende Aufgabenstellung kann (ohne entsprechende Kompetenzen) weder im Interesse der Bundesanstalt sein, noch steht dies im Zusammenhang mit der Begründung zu § 37n WpHG-E, die nur davon spricht, dass die „Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung zum Prüfungsmaßstab des Bilanzkontrollverfahrens zählen“ sollen. Um diese Grundsätze zum Prüfungsmaßstab zu machen (was schon vom bisherigen Wortlaut eindeutig abgedeckt ist), bedarf es keines Zugriffs auf alle internen Buchführungsunterlagen.

Artikel 2 Änderungen des Einführungsgesetzes zum Handelsgesetzbuch

Wir begrüßen, dass für § 319 Absatz 1, 2 und 3 und §§ 321, 322 HGB-E eine Übergangsregelung geschaffen wurde, nach der die genannten Vorschriften erstmals für Geschäftsjahre gelten, die nach dem 16. Juni 2016 beginnen. Diese Übergangsregelung schafft Rechtssicherheit für die Anwender.

Im Regierungsentwurf fehlt jedoch eine Übergangsregelung für sog. Kurzläufer, die von der in § 318 Abs. 1 a HGB-E vorgesehenen Verlängerungsoption Gebrauch machen wollen. Um die Verlängerungsoption nutzen zu können, wäre ein Auswahl- und Vorschlagsverfahren für die „Wahl für das elfte Geschäftsjahr in Folge, auf das sich die Prüfungstätigkeit des Abschlussprüfers erstreckt“, durchzuführen. Für Kurzläufer, d. h. Unternehmen, die ihren jetzigen Abschlussprüfer im Geschäftsjahr 2005 oder 2006

bestellt haben im Sinne von Art. 41 Abs. 3 AP-VO, wäre eine Verlängerung der Höchstlaufzeit nach dieser Regelung nicht mehr möglich. Die Europäische Kommission hat wiederholt bestätigt, dass für sämtliche Unternehmen, die für zwischen 17.6.2003 und 16.6.2006 beginnende Geschäftsjahre ihren Abschlussprüfer gewechselt haben, die Verlängerungsoption nach Art. 17 Abs. 4 AP-VO zur Verfügung steht. Im EGHGB sollte deshalb eine Übergangsregelung für die Verlängerungsoption vorgesehen werden, die allen von der Europäischen Kommission benannten Unternehmen die Einbeziehung des bisherigen Abschlussprüfers in einer Ausschreibung für das Geschäftsjahr 2017 rechtssicher erlaubt.

Artikel 5: Änderung des Aktiengesetzes

Zu § 100 Abs. 5 und § 107 Abs. 4 AktG-E – Anforderungen an die Mitglieder des Aufsichtsrats- bzw. Prüfungsausschusses

Begrüßenswert aus Sicht von Deutschem Aktieninstitut und BDI ist, dass § 100 Absatz 5 AktG durch die Fassung des Regierungsentwurfes gegenüber der ursprünglichen Form im Referentenentwurf für Klarheit hinsichtlich der Anforderungen an Aufsichtsratsmitglieder schafft.

Im Referentenentwurf wurde noch gefordert, dass die Mitglieder des Aufsichtsrats „mit der Branche, in der die Gesellschaft tätig ist, vertraut sein müssen“. Damit war unklar, ob die Vorgabe für jedes einzelne Mitglied oder nur für das Gremium als Ganzes erfüllt sein muss. Ersteres entspricht unseres Erachtens nicht dem aktuellen Stand der Corporate Governance Diskussion. Vermehrt seit der Finanzkrise, aber auch zuvor, wird es als für die effektive Kontrollausübung als vorteilhaft angesehen, wenn der Aufsichtsrat divers besetzt ist. Die Regelung im Referentenentwurf hätte jedoch gerade die Erfahrungsbreite/Diversität der Aufsichtsratsmitglieder eingeschränkt. Dies hätte auch im Widerspruch zur Konzeption von Ziffer 5.4.1 des Deutschen Corporate Governance Kodex gestanden, der hinsichtlich der Zusammensetzung des Aufsichtsrats von einer Gesamtbetrachtung ausgeht („Der Aufsichtsrat ist so zusammenzusetzen, dass seine Mitglieder insgesamt...“) und eine diverse Besetzung empfiehlt.

Die Fassung des Regierungsentwurfs stellt nun klar, dass es auf darauf ankommt, dass die Mitglieder des Aufsichtsrats in ihrer Gesamtheit mit dem Sektor, in dem die Gesellschaft tätig ist, vertraut sein müssen (§ 100 Absatz 5 AktG-E). Dies entspricht auch wesentlich stärker den Vorgaben der Abschlussprüferrichtlinie („The committee members as a whole shall have competence relevant to the sector in which the audited entity is operating“).

Erfreulich ist weiterhin, dass der von der Richtlinie gewählte Begriff des „Sektors“ auch im Regierungsentwurf gewählt wurde. Der im Referentenentwurf verwendete Begriff der „Branche“ war zu eng gefasst. Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch handelt es sich bei „Sektor“ um eine umfassendere Kategorie (z. B. Industrieller Sektor, Energiesektor, Dienstleistungssektor vs. Automobilbranche etc.). Bei integrierten Konzernen, die in zahlreichen Branchen tätig sind, darf nicht die Anforderung bestehen, dass der Prüfungsausschuss mit jeder einzelnen Branche in operativer Hinsicht

vertraut ist. Andernfalls wäre es kaum noch möglich, eine ordnungsgemäße Besetzung des Aufsichtsrats bzw. Prüfungsausschusses sicherzustellen.

Jedoch erscheint im Zusammenhang mit § 100 Abs. 5 i.V.m. § 107 Abs. 4 AktG-E immer noch zweifelhaft, ob das Erfordernis der Sektorkennntnis tatsächlich für den Aufsichtsrat (und nicht nur für den Prüfungsausschuss) gewollt und erforderlich ist. Die europäischen Vorgaben in Art. 39 Absatz 1 Unterabsatz 3 der Richtlinie fordern das Erfordernis nur für die Prüfungsausschussmitglieder („Die Ausschussmitglieder [des Prüfungsausschusses] zusammen müssen mit dem Sektor, in dem das geprüfte Unternehmen tätig ist, vertraut sein.“). Wie schon der Referentenentwurf scheint auch der Regierungsentwurf eine Vorgabe für den (Gesamt-) Aufsichtsrat statt nur für den Prüfungsausschuss zu begründen. Es wäre daher wünschenswert, wenn der Gesetzgeber hier eine klarstellende, sich an den Mindestanforderungen der Richtlinie orientierende Regelung schafft. Dies entspräche auch Ausführungen in der Regierungsbegründung: Sie erwähnt zum einen Erwägungsgrund 24 der Richtlinie (Stärkung der fachlichen Kompetenz des Prüfungsausschusses). Des Weiteren lautet es in der Regierungsbegründung auf Seite 67: „Wenn der Aufsichtsrat als Ganzes die Aufgaben des Prüfungsausschusses wahrnimmt, gelten die Vorgaben entsprechend für den Aufsichtsrat und seine Mitglieder.“ Im Umkehrschluss hieße das, dass das Erfordernis bei Einrichtung eines Ausschusses nur für die Ausschussmitglieder gelte.

Zu § 107 Absatz 3 Satz 3 AktG-E: Empfehlungen oder Vorschläge zur Gewährleistung des Rechnungslegungsprozesses

Erfreulich ist die Erleichterung in § 107 Absatz 3 Satz 3 AktG-E gegenüber dem Referentenentwurf. Nach der Fassung des Referentenentwurfs hätte der Prüfungsausschuss zusätzlich zur Überwachung des Rechnungslegungsprozesses dessen ordnungsgemäßen Ablauf gewährleisten müssen. Nach dem Regierungsentwurf hingegen kann der Prüfungsausschuss Empfehlungen oder Vorschläge zur Gewährleistung der Integrität des Rechnungslegungsprozesses unterbreiten. Dies stellt eine wesentliche Erleichterung gegenüber dem Referentenentwurf dar. Der Prüfungsausschuss muss nicht mehr für den ordnungsgemäßen Ablauf einstehen, was unverhältnismäßige erhebliche Haftungsrisiken mit sich gebracht hätte.

Es ist von außerordentlicher Wichtigkeit, dass die im Regierungsentwurf gewählte Lösung auch im weiteren Gesetzgebungsprozess verfolgt wird.

Sie entspricht zum einen den europarechtlichen Vorgaben: Art. 39 Abs. 6 Buchstabe b der Richtlinie spricht davon, dass der Prüfungsausschuss „Empfehlungen oder Vorschläge“ zur Gewährleistung der Integrität des Rechnungslegungsprozesses unterbreitet. Zum anderen würde eine Formulierung wie im Referentenentwurf nicht im Einklang mit der gesetzlich vorgesehenen Aufgabenverteilung zwischen Vorstand, (Gesamt-) Aufsichtsrat und Prüfungsausschuss stehen. Die prozessuale Verantwortung für die Durchführung der Rechnungslegung ist auf jeden Fall weiterhin beim Vor-

stand zu belassen. In unserem dualistischen System von Vorstand und Aufsichtsrat ist dem Aufsichtsrat eine Überwachungsaufgabe zugewiesen, nicht jedoch eine operative Verantwortung.

Zu § 171 Abs. 2 AktG-E – Bericht des Aufsichtsrats an die Hauptversammlung

§ 171 Abs. 2 AktG-E bestimmt, dass, sofern der Aufsichtsrat als Ganzes die Aufgaben des Prüfungsausschusses wahrnimmt, ein Bericht des Aufsichtsrats an die Hauptversammlung erfolgt, in welchem darzulegen ist, wie die Prüfung durch den Abschlussprüfer sowie die Befassung des Aufsichtsrats mit der Abschlussprüfung dazu beigetragen hat, dass die Rechnungslegung ordnungsgemäß ist. Der Regierungsentwurf geht in diesem Punkt weit über die Vorgabe des Artikels 39 Abs. 6 lit. a der zugrundeliegenden Richtlinie 2014/56/EU hinaus, der einen Bericht dieses Inhalts lediglich vom Prüfungsausschuss an den Aufsichtsrat, also organintern, verlangt. Hintergrund dieser organinternen Berichtspflicht ist die Überbrückung von Informationsdefiziten zwischen Prüfungsausschuss und (Gesamt-)Aufsichtsrat. Sofern der Aufsichtsrat als Ganzes jedoch die Aufgaben des Prüfungsausschusses wahrnimmt, kann es kein zu überbrückendes Informationsdefizit geben. Die Begründung des Regierungsentwurfs, dass die entsprechende EU-Vorgabe ins Leere liefe, sofern bei einer Gesellschaft kein Prüfungsausschuss besteht, sondern dessen Aufgaben vom Gesamtaufichtsrat wahrgenommen werden, überzeugt deshalb nicht, denn Art. 39 Abs. 6 lit a der Richtlinie 2014/56/EU ist auf die Fallkonstellation, in der kein Prüfungsausschuss existiert, explizit nicht anwendbar. Es sollte eine 1:1-Umsetzung dieser Richtlinienbestimmung erfolgen.

Darüber hinaus könnte sich § 171 Abs. 2 AktG-E als problematisch erweisen, sofern durch eine weitreichende Berichtspflicht des Aufsichtsrats an die Hauptversammlung letztlich auch die Tür hin zu einem umfassenden Dialog und einer detaillierten Kontrolle des Aufsichtsrats durch die Hauptversammlung und gegebenenfalls einzelne Investoren aufgestoßen werden sollte. Dies würde sowohl in aktienrechtlicher Hinsicht problematisch sein, als auch die Grenzen der „Checks und Balances“, die in der deutschen Corporate Governance bestehen, verwischen.

Zu §§ 404a ff. AktG-E – Sanktionierung von Organmitgliedern

Wir begrüßen ausdrücklich, dass ein verwaltungsrechtliches Berufs- bzw. Tätigkeitsverbot für Organmitglieder börsennotierter Aktiengesellschaften, welches nach dem Referentenentwurf des Abschlussprüferaufsichtsgesetzes (APAReG) durch die Abschlussprüferaufsicht hätte ausgesprochen werden können, sich nicht hat durchsetzen können. Ein systemwidriger Sanktionsmechanismus, dessen Verhältnis zu den Haftungsmechanismen im Kapitalgesellschaftsrecht ungeklärt blieb, ist hierdurch beseitigt worden.

Allerdings sehen wir bei den Sanktionsmechanismen nach § 404a ff. AktG weiterhin Defizite. Während die Hervorhebung des § 404a Nr. 1 AktG-E aufgrund des besonderen Unwertgehalts eines unrechtmäßig erlangten oder versprochenen Vermögensvorteils nachvollziehbar ist, bleibt § 404a Nr. 2

AktG-E sowohl von seinem Anwendungsbereich als auch von seinem besonderen Unwertgehalt völlig im Dunkeln. So ist schon fraglich, wann eine Wiederholung bei einem echten Unterlassungsdelikt (wie etwa § 405 Abs. 3b Nr. 1 AktG-E) vorliegt. Zumindest ist dies aber im Zusammenhang mit dem Ausdruck „beharrlich“ nicht mehr eindeutig bestimmbar. Die Beharrlichkeit eines Tuns muss nicht zwangsläufig ein besonders vorwerfbares Verhalten sein, sondern kann gerade bedeuten, dass der vermeintliche Täter von der Richtigkeit seines Handelns überzeugt ist. Zusammenfassend sollte daher § 404a Nr. 2 AktG-E in seiner gegenwärtigen Form angesichts der fehlenden Bestimmtheit gestrichen werden. Dies gilt umso mehr, als nach § 70 StGB ein Berufsverbot als ultima ratio einer strafrechtlichen Nebenfolge im Falle einer Verurteilung verhängt werden kann.

Die beispielhaft in § 405 Abs. 3b bis 3d AktG-E aufgeführten Verweise auf die europäischen Regelungen sind aus sich heraus aufgrund der Verweistechnik nicht verständlich. Die in Bezug genommenen Normen enthalten teilweise Pflichten des Abschlussprüfers; so adressiert zum Beispiel Artikel 5 Absatz 4 Unterabsatz 1 Satz 1 EU-Verordnung 537/2014 den Abschlussprüfer, wird aber bei Verstoß vom Wortlaut des § 405 Abs. 3b Nr. 1 AktG-E als Ordnungswidrigkeit des Prüfungsausschussmitglieds beurteilt. Sogar einem Aufsichtsratsmitglied könnte bei einem derartigen Verstoß ein Bußgeld drohen, da auch diese vom Wortlaut des § 405 Abs. 3b AktG-E umfasst sind. Es wäre daher zur Einhaltung der Rechtssicherheit zwingend erforderlich, dass das Gesetz die einzelnen Tatbestände klar und enumerativ aufführen würde. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts fordert das im Grundgesetz in Art. 103 Abs. 2 GG verankerte Bestimmtheitsgebot (*nulla poena sine lege certa*), dass mögliche Fälle einer Ordnungswidrigkeit schon aufgrund des Gesetzes vorausgesehen werden können und die Voraussetzungen der Ordnungswidrigkeit sowie Art und Maß der Sanktion hinreichend deutlich umschrieben werden.

Für Rückfragen stehen wir gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Jan Bremer
Deutsches Aktieninstitut e. V.



Annette Selter
BDI e. V.