

Stellungnahme zum RefE eines Gesetzes zur Stärkung der Finanzmarktintegrität (FISG)

Der Arbeitskreis Bilanzrecht Hochschullehrer Rechtswissenschaft¹ begrüßt den Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Finanzmarktintegrität. Wir stimmen insbesondere im Ausgangspunkt der vorgesehenen Neuordnung der Bilanzkontrolle, weiteren Maßnahmen zur Reform der Abschlussprüfung und den Regelungen zur Verbesserung der Corporate Governance zu. Die grundsätzliche Befürwortung des RefE FISG schließt Kritik im Detail naturgemäß nicht aus. Manche Vorschläge gehen uns nicht weit genug. Einzelne vorgesehene Maßnahmen sollten nochmals kritisch erörtert und überdacht werden. Aber im Ganzen verdient der RefE FISG Unterstützung.

I. Zur Reform der Bilanzkontrolle

Der AKBR begrüßt es, dass der RefE an dem zweistufigen deutschen System der Bilanzkontrolle im Ausgangspunkt festhalten will. Die Deutsche Prüfstelle für Rechnungslegung hat sich für die routinemäßigen Bilanzkontrollen im Kern bewährt. Für Fälle betrügerischer Bilanzmanipulationen kann allerdings, das hat der Wirecard-Fall gezeigt, nicht das "Standardprotokoll" gelten, sondern müssen neue, wirkungsvolle hoheitliche Befugnisse geschaffen werden. Hier schärft der RefE zu Recht nach.

1. Erweiterte Befugnisse der BaFin (§ 107 Abs. 5, 7, 108 Abs. 1 bis 3 WpHG-E)

Wir stimmen insbesondere der vorgesehenen Regelung in § 107 Abs. 5 und Abs. 7 sowie § 108 Abs. 1 bis 3 WpHG-E zu. Die BaFin braucht bei Verdacht von Bilanzverstößen direkte

¹ Dem AKBR gehören an: Heribert Anzinger, Georg Crezelius, Klaus-Dieter Drüen, Jens Ekkenga, Joachim Hennrichs (Sprecher), Peter Hommelhoff, Klaus Jürgen Hopt, Rainer Hüttemann, Christian Kersting, Detlef Kleindiek, Hanno Merkt, André Meyer, Sebastian Mock, Christine Osterloh-Konrad, Moritz Pöschke, Hans-Joachim Priester, Erik Röder, Wolfgang Schön, Joachim Schulze-Osterloh, Susanne Tiedchen. - Einzelne Empfehlungen dieser Stellungnahmen werden nicht von allen Mitgliedern des Arbeitskreises mitgetragen.

und unmittelbare hoheitliche Befugnisse einschließlich Auskunftsrechte gegen Dritte und die Möglichkeit forensischer Prüfungen. Und sie sollte sich auch über ein DPR-Verfahren stets und umfassend informieren können.

Wir verstehen § 107 Abs. 4 und Abs. 5 WpHG-E dabei dahin, dass die BaFin bei gegebenem Anlass auch von sich aus Sonderprüfungen beauftragen und dabei andere Hilfspersonen (auch andere Einrichtungen und Personen als Wirtschaftsprüfer) einbeziehen kann². Ob und welche andere Einrichtungen und Hilfspersonen die BaFin beauftragt, obliegt ihrem pflichtgemäßen Ermessen. Nach dem Entwurf wäre es z.B. auch möglich, frühzeitig einschlägig erfahrene Ermittlungsbeamte (etwa aus den Kriminalämtern oder den Staatsanwaltschaften) einzubeziehen oder sonstige in forensischen Untersuchungen erfahrene Hilfspersonen mit Prüfungen zu beauftragen. Das verdient u.E. uneingeschränkt Zustimmung. Eine wirkungsvolle Betrugsprävention braucht frühzeitig angestoßene und entschlossen durchgeführte Ermittlungen. Selbst bei der vorgesehenen Aufstockung der finanziellen, personellen und sachlichen Ausstattung der BaFin-Bilanzkontrolle dürfte das ohne externen Sachverstand häufig von der BaFin allein nicht schnell genug leistbar sein. Daher ist es wichtig und richtig, der BaFin anlassbezogen auf Auftrag einschlägige externe Expertise an die Seite zu stellen.

Gem. § 107 Abs. 4 und Abs. 5 WpHG-E kann die BaFin fallbezogen u.a. auch die vom Arbeitskreis vorgeschlagene "schnelle Eingreiftruppe"³ organisieren. In der Tat brauchen diese Ressourcen nicht als "stehende Einheit" ständig vorgehalten zu werden. Es genügt, ist andererseits aber auch dringend anzuraten, sie anlass- und fallbezogen unter Einschaltung von externen, in der Sachverhaltsaufklärung erfahrenen Hilfspersonen zu organisieren. In Fällen wie Wirecard trägt eine Prüfung nach Aktenlage nichts zu der gerade kritischen Aufklärung der relevanten Sachverhalte bei. Und niemandem ist wirklich mit einer Fehlerfeststellung gedient, die zwölf Monate nach Eröffnung eines Bilanzkontrollverfahrens oder noch später erfolgt. Vielmehr ist in prominenten Fällen mit Verdacht auf ggf. betrügerische Bilanzmanipulationen eine rasche und verlässliche Sachverhaltsaufklärung erforderlich, am besten eben unter Hinzuziehung externer, einschlägig erfahrener Ermittlungspersonen. Dies sollte als Leitlinie für die Ausübung des Ermessens der BaFin in der Begründung zum Gesetz betont werden.

Soweit die BaFin Auskünfte vom Abschlussprüfer und die Vorlage seiner Unterlagen verlangen kann (§ 107 Abs. 5 WpHG-E), kann es insoweit folgerichtig auch keine Verschwiegenheitspflicht des Abschlussprüfers geben. Andernfalls liefe das Auskunftsverlangen der BaFin leer bzw. wäre wieder von der Zustimmung des geprüften Unternehmens abhängig. So verstehen wir auch die Neufassung des § 323 Abs. 1 HGB-E (s. Begr. S. 101). Insoweit ist § 107 Abs. 5 Satz 6 WpHG-E u.E. etwas missverständlich und sollte ggf. nachgebessert werden.

² Für eine solche Befugnis rechtspolitisch auch Loy/Steuer, KoR 2020, 413.

³ AKBR, NZG 2020, 938 (Nr. 3), 945.

2. Prüfstelle (§§ 107a bis 107c WpHG-E)

Ebenfalls nochmals überdacht werden sollte, ob die Regelungen zur Prüfstelle (vorgesehen als § 107a bis 107c WpHG-E) wirklich in das WpHG umgestellt oder nicht doch besser weiterhin im HGB belassen bleiben sollten. Dem Charakter des Verfahrens vor der Prüfstelle als auf freiwillige Mitwirkung des geprüften Unternehmens ausgerichtete Routinekontrolle entspräche u.E. eine Verortung im HGB besser. In das WpHG gehören systematisch an sich nur die Regelungen zur BaFin. Für den Verbleib im HGB spricht auch, dass vom Gesetzgeber dort ganz allgemein der Standort für branchen- bzw. typenspezifische Rechnungslegung gesehen wird (§§ 341 ff. HGB), weshalb die Bilanzkontrolle kapitalmarktorientierter Unternehmen ebenfalls dort angesiedelt wurde. Zwar trifft es zu, dass das Bilanzkontrollverfahren im Wesentlichen der Integrität und Stabilität des Kapitalmarkts dient und das Vertrauen der Anleger in den deutschen Kapitalmarkt stärken soll, womit ein spezifisches Regelungsanliegen verfolgt wird. Indessen gilt das in vergleichbarer Weise für das Bankbilanzrecht (§§ 340 ff. HGB), das Versicherungsbilanzrecht (§§ 341 ff. HGB) und das Bilanzrecht des Rohstoffsektors (§ 341q ff. HGB), die alle drei branchen- bzw. typenspezifische Ziele verfolgen, ohne dass sie im KWG, im VAG oder im Recht der Rohstoffwirtschaft geregelt würden. Im Interesse der Einheit des Bilanzrechts sollte die Bilanzkontrolle daher im HGB verbleiben.

3. Verhältnis von Prüfstelle und BaFin (§ 108 Abs. 4 WpHG-E)

Nicht recht verständlich ist für uns § 108 Abs. 4 WpHG. Wir meinen, selbst bei einer anhängigen oder durchgeführten DPR-Prüfung sollte die BaFin stets auch befugt sein, das Verfahren an sich zu ziehen oder nochmals zu prüfen, wenn (neue) Anhaltspunkte für evtl. Bilanzdelikte auftauchen. Möglicherweise soll das in § 108 Abs. 4 Satz 2 Nr. 5, Satz 3 WpHG-E auch so ausgedrückt sein (vgl. auch Begr. S. 79 f.). U.E. ist die Formulierung des Gesetzentwurfs an dieser Stelle allerdings nicht sonderlich geglückt.

4. Folgen einer Fehlerfeststellung (§ 109 Abs. 2 Satz 3 WpHG-E)

Problematisch ist u.E. die Regelung in § 109 Abs. 2 Satz 3 WpHG-E. Danach kann die BaFin “im Einklang mit den materiellen Rechnungslegungsvorschriften anordnen, dass der Fehler unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Bundesanstalt unter Neuaufstellung des Abschlusses [...] für das geprüfte Geschäftsjahr oder im nächsten Abschluss [...] zu berichtigen ist.” Die BaFin könnte also eine Rückwärtsberichtigung anordnen. Diese Kompetenz steht zwar immerhin unter dem Vorbehalt “im Einklang mit den materiellen Rechnungslegungsvorschriften”, ist aber zusätzlich mit dem Gesellschaftsrecht abzugleichen. Eine Rückwärtsberichtigung in Fällen, in denen der Jahresabschluss nicht i.S. des § 256 AktG nichtig ist, würde die Unternehmen jedenfalls ganz erheblich und u.E. unverhältnismäßig belasten. Es sollte mindestens in der Begründung zum Gesetz klargestellt werden, dass eine Rückwärtsberichtigung grundsätzlich nur bei Nichtigkeit des Abschlusses angeordnet werden darf.

Besser noch sollte auf die vorgesehene Neuregelung ganz verzichtet werden. Die Folgen einer Fehlerfeststellung sind bislang im Gesetz nicht ausdrücklich normiert, sondern dem Gesellschaftsrecht und den zuständigen Organen überantwortet. Es ist nicht bekannt, dass der gegenwärtige Rechtszustand insoweit irgendwelche Probleme aufgeworfen oder Defizite offenbart hätte. Insoweit besteht daher kein Regelungsbedarf. Im Gegenteil würde die vorgesehene Neuregelung neue Auslegungsprobleme schaffen. Die Anregung aus dem Peer Review der ESMA, auf die sich die Begr. des Entwurfs (dort S. 80 f.) beruft, sollte jedenfalls nicht ohne Abgleich mit den Besonderheiten des nationalen Gesellschaftsrechts umgesetzt werden.

5. Finanzierung der Bilanzkontrolle

Nochmals überdacht werden sollte ferner die Finanzierung des Verfahrens von Anlassprüfungen durch die BaFin. Derzeit ist offenbar daran gedacht, die Kosten der Bilanzkontrolle stets und selbst dann den geprüften Unternehmen aufzuerlegen, wenn ein Verdacht auf Unregelmäßigkeiten bei der Bilanzierung, der eine Anlassprüfung durch die BaFin anstößt, sich letztlich nicht bewahrheitet (§ 17c und § 17d Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz-E [FinDAG i.d.F. durch Art. 4 RefE FISG]). Das erscheint nicht unproblematisch. Das Bilanzkontrollverfahren hat u.a. buß- und strafähnlichen Sanktionscharakter. In Bußgeld- und Strafsachen trägt der Beschuldigte die Kosten des Verfahrens aber nur dann, wenn er tatsächlich überführt wird; eine Kostentragungspflicht des zu Unrecht Beschuldigten wäre dort wohl auch rechtsstaatlich bedenklich. Zwar kann man für den Bereich der Bilanzkontrolle die Ansicht vertreten, die Finanzierung der zuständigen Stellen sei Teil der Kapitalmarktkosten, die ein Unternehmen tragen müsse, wenn es am Kapitalmarkt teilnehmen wolle; bislang erfolgt die Finanzierung der DPR ebenfalls durch Umlage und unabhängig vom Ausgang des Bilanzkontrollverfahrens. U.E. sollte es für das neu strukturierte Anlasskontrollverfahren durch die BaFin gleichwohl nochmals überdacht werden, ob die Kosten bei einem "Freispruch" dann wirklich dem geprüften Unternehmen auferlegt werden sollen.

6. Haftung der BaFin für grobe Pflichtverletzungen

Erwogen werden sollte schließlich eine Haftung der BaFin für zumindest grobe Pflichtverletzungen bei der Bilanzkontrolle. Die zur (Verschärfung der) Haftung der Abschlussprüfer angeführten Gründe -- Anreize zur sorgfältigen Prüfung und Kompensation eingetretener Schäden -- gelten ebenso bezogen auf etwaige Pflichtverletzungen der BaFin bei der Bilanzkontrolle.

Freilich sieht eine rechtspolitische Forderung nach einer Haftung der BaFin sich – im Ergebnis nicht durchgreifenden – Einwänden ausgesetzt: Erstens sei es nicht sachgerecht, die Behörde als "Ausfallbürgen" für Anlegerschäden haften zu lassen. Die Behörde nehme ihre Aufgaben nach § 4 Abs. 4 FinDAG nur im öffentlichen Interesse wahr. Eine Staatshaftung für Anlegerschäden sei auch verteilungspolitisch problematisch, weil dies nur

einer kleinen Gruppe ohnehin schon "Begüterter" zugutekomme und individuelle Risiken dadurch letztlich sozialisiert würden. Zweitens treffe eine Haftung der BaFin im gegenwärtigen System der Umlagefinanzierung am Ende die die Umlage finanzierende Gesamtheit der kapitalmarktorientierten Unternehmen, was ebenfalls nicht sachgerecht sei.

Diese Einwände vermögen nicht zu überzeugen: Es geht darum, das Vertrauen der Anleger in den deutschen Kapitalmarkt, seine Institutionen und seine Aufsicht zu stärken und wiederherzustellen, wo es erschüttert ist. Im Fall Wirecard ging die BaFin – trotz vielfacher Anzeichen – etwaigem Fehlverhalten des Unternehmens und seiner Leitung nicht entschlossen genug nach, sondern schützte die Täter und verfolgte die um Aufklärung bemühten Journalisten. Dadurch wurden falsche Signale in den Markt gegeben, wodurch Anleger geschädigt wurden. Es geht in solchen Fällen nicht um „Ausfallbürgschaften“ oder „Privilegien für Begüterte“, sondern um Schadensersatz für (grobe) Pflichtverletzungen. Der Staat sollte für eigene Fehler (hier: seiner Beamten der BaFin) mit eigenem Geld einstehen. Das bewirkt keine unangemessene Risikoverlagerung, sondern entspricht den allgemeinen schadensrechtlichen Verantwortlichkeiten und verhindert, dass die Kosten dieser Fehler nur einen kleinen Teil der Bevölkerung treffen. Eine Nichthaftung der BaFin selbst bei groben Fehlern ist im Gegenteil eine Privilegierung des Staates, die anderen Bereichen der hoheitlichen Verwaltung fremd ist und deren Legitimation nicht einzusehen ist.

Im Übrigen erscheint die Überlegung, Anleger seien „begütert“ und deswegen nicht schutzwürdig, bereits im Ansatz schief. Abgesehen davon, dass auch Begüterte erwarten dürfen, bei erlittenen Schädigungen nicht rechtlos gestellt zu werden, sind auch und vor allem Kleinanleger zu schützen. Wenn wir das Vertrauen in den Kapitalmarkt nicht wiederherstellen oder sichern, so bleibt Kleinsparern angesichts des gegenwärtigen Zinsniveaus keinerlei Anlagemöglichkeit. Das wäre dann in der Tat sozial nicht zu rechtfertigen.

Schließlich ist der Hinweis auf § 4 Abs. 4 FinDAG – dessen verfassungsrechtliche Zulässigkeit bis heute nicht verbindlich geklärt ist – zirkelschlüssig: diese Norm gilt es gerade zu ändern. Sie ist nicht gerechtfertigt, weil verlorenes Vertrauen in die Aufsicht auch durch Statuierung einer Haftung zurückgewonnen werden sollte.

Dem Einwand, eine Haftung der BaFin treffe wegen der Umlagefinanzierung letztlich die Gesamtheit der Unternehmen, ist dadurch zu begegnen, dass für diese Schäden eben keine Umlagefinanzierung, sondern die Staatshaftung vorzusehen ist. Es geht um einen Ausschnitt aus der allgemeinen Problematik der Verantwortlichkeit des Staates für (grobes) Fehlverhalten seiner Beamten.

II. Weitere Maßnahmen zur Reform der Abschlussprüfung

1. Rotation und Trennung von Prüfung und Beratung

Die vorgesehenen Maßnahmen zur weiteren Reform der Abschlussprüfung sind im AKBR teilweise kontrovers aufgenommen worden. Einige Mitglieder des Arbeitskreises kritisieren eine Verschärfung der Rotationspflichten des Abschlussprüfers und eine stärkere Trennung von Prüfungs- und Nichtprüfungsleistungen, weil der Wirecard-Fall dafür keinerlei Anlass biete und diese Maßnahmen zudem ungeeignet seien, Bilanzmanipulationen in der Zukunft möglichst zu unterbinden; um Bilanzdelikte wirkungsvoll zu vermeiden, brauche es einen neuen, zusätzlichen Manipulationsprüfer, der dem geprüften Unternehmen nicht nur mit kritischer Grundhaltung, sondern mit grundsätzlichem Misstrauen begegne⁴ (s. auch unten III. 2., Nr. 5). Andere Arbeitskreismitglieder befürworten die vorgesehenen Maßnahmen und könnten sich sogar eine noch strikere Trennung von Prüfung und Beratung vorstellen.

Unstreitig ist, dass Beratungsleistungen im Fall Wirecard keine besondere Rolle gespielt haben. Auch dürfte eine lange Prüfdauer in diesem konkreten Fall nicht von Gewicht gewesen sein. Aus dem Wirecard-Skandal ergeben sich insoweit also keine neuen Aspekte; die Argumente für und wider sind bekannt. Zudem ist die empirische Datenbasis über die Auswirkungen einer langen Prüfungsdauer auf die Prüfungsqualität zumindest nicht eindeutig⁵. Wenn die Begründung zum Gesetzesentwurf an manchen Stellen den Eindruck erweckt, die vorgeschlagenen Reformmaßnahmen würden einen neuen Bilanzskandal verhindern helfen, so dürfte das kaum zutreffen und allenfalls zu einer weiteren Erwartungslücke beitragen.

Gleichwohl spricht nach Ansicht einiger Mitglieder des Arbeitskreises einiges dafür, die Nähe zwischen Abschlussprüfer und geprüfem Unternehmen zu reduzieren. Deshalb hat der AKBR sogar erwogen, die Beauftragung und Bezahlung der Abschlussprüfer jedenfalls bei bestimmten Unternehmen (abhängig etwa von Branche oder Größe) nicht mehr in der Hand des geprüften Unternehmens zu lassen, sondern einer neutralen Stelle anzuvertrauen⁶. Wir sehen, dass ein solcher Vorschlag politisch schwer durchsetzbar erscheint und verstehen deshalb, dass der RefE ihn nicht aufgreift. Jedenfalls sollten dann aber andere Maßnahmen ergriffen werden, um die Unabhängigkeit des Abschlussprüfers weiter zu stärken. Nach Ansicht einiger Mitglieder des Arbeitskreises können dazu die Trennung von Beratung und Prüfung sowie strenge Vorschriften zur Rotation einen Beitrag leisten.

⁴ Hommelhoff, BB 2020, 2284.

⁵ Eingehend Wilbrink, EU-Regulierung der Abschlussprüfung, 2019, S. 64 ff., 81 ff. Zuletzt Quick/D. Sánchez Toledano/ J. Sánchez Toledano, AG 2020, 819, die freilich immerhin Hinweise in Studien finden, die sie veranlassen, einer Abschaffung der in § 318 Abs. 1a HGB vorgesehenen Verlängerungsmöglichkeiten der Höchstlaufzeit von Prüfungsmandaten beizupflichten.

⁶ AKBR, NZG 2020, 938 (942 f.).

2. Haftung (§ 323 HGB-E)

Die vorgesehene Verschärfung der vertraglichen Haftung der Abschlussprüfer gegenüber der geprüften Gesellschaft begrüßen wir im Ausgangspunkt:

a) Haftungshöchstgrenze

Eine spürbare Anhebung der Haftungshöchstgrenze ist überfällig. Die im Entwurf vorgesehene Höchstgrenze von 20 Mio. € gewährleistet unter dem Aspekt der Kompensationsfunktion von Schadensersatz (Ausgleich eingetretener Schäden) zwar im Einzelfall immer noch keinen vollen Ausgleich, ist andererseits aber unter dem Aspekt der Versicherbarkeit des Risikos wohl ein tragfähiger Kompromiss. Erwogen werden könnte alternativ auch eine relative Haftungshöchstgrenze, die z.B. nach der Größe der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft differenziert.

b) Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich des Verschuldens

Die vorgesehene Verteilung der Darlegungs- und Beweislast, nach der es an dem Abschlussprüfer ist, sich hinsichtlich seines Verschuldens zu entlasten, entspricht der Regelung des § 280 (Abs. 1 Satz 2) BGB im allgemeinen Schuldrecht und ist, richtig verstanden, schon heute geltendes Recht⁷. Gegen eine dem § 280 BGB entsprechende Verteilung der Darlegungs- und Beweislast sind jedenfalls unter rechtssystematischen Gesichtspunkten keine Einwände zu erheben. Denn dadurch wird die Haftung gem. § 323 HGB, die systematisch Sondervertragsrecht ist (Sonderrecht für den Vertrag zwischen Prüfer und geprüfter Gesellschaft), nur an die für alle Schuldner geltenden allgemeinen Regeln des Vertragsrechts angepasst. Wer für § 323 HGB die Beweislast hinsichtlich des Verschuldens des Abschlussprüfers dem Gläubiger auferlegen wollte, der könnte dies nur als berufspolitische oder funktionale Begünstigung des Abschlussprüfers im Hinblick auf dessen öffentliche Funktion begründen. Das erscheint u.E. zwar nicht ausgeschlossen, aber auch nicht besonders naheliegend.

c) Zurechnung von Gehilfenvorsatz

Die vorgesehene Streichung des § 323 Abs. 2 Satz 3, 2. Halbs. HGB, durch den bislang eine Zurechnung von Gehilfenvorsatz ausgeschlossen wurde⁸, ist jedenfalls systematisch stimmig, da sie die Sondervertragshaftung gem. § 323 HGB auf die für alle Schuldner geltenden allgemeinen Regeln des § 278 BGB zurückführt. Allerdings verschärft dies möglicherweise die

⁷ Vgl. Merkt in Baumbach/Hopt, HGB, 39. Aufl. 2020, § 323 Rn. 7; Habersack/Schürnbrand in Staub, HGB, Band 7/1, 5. Auflage § 323 HGB Rn. 42; Schulze-Osterloh in Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 41 Rn. 173; Hennrichs in Baetge/Kirsch/Thiele, Bilanzrecht. Kommentar, § 323 HGB Rn. 53 f. [10/2014]; je m.w.N. auch zur abw. Ansicht.

⁸ Habersack/Schürnbrand in Staub, HGB, Band 7/1, 5. Auflage, § 323 HGB Rn. 49; Hennrichs in Baetge/Kirsch/Thiele, Bilanzrecht. Kommentar, § 323 HGB Rn. 74 [10/2014]; Schmidt/Feldmüller, Beck'scher Bilanz-Kommentar, 12. Auflage 2020, § 323 HGB Rn. 132; Staake/Müller in Hachmeister/Kahle/Mock/Schüppen, Bilanzrecht. Kommentar, 2. Auflage 2020, § 323 HGB Rn. 93.

ohnehin schon problematische Marktmenge auf dem Markt für Abschlussprüferleistungen. Wenn vorsätzliches Verhalten einzelner Gehilfen (i.d.R. der beteiligten Prüfungspartner) der Prüfungsgesellschaft zugerechnet wird und bei dieser zur unbegrenzten Haftung führt, dann kann ein Fehlverhalten Einzelner zum Zusammenbruch der Prüfungsgesellschaft führen. Eine weitere Verengung der für die Abschlussprüfung internationaler Großkonzerne prinzipiell in Frage kommenden Prüfungsgesellschaften (z.B. von derzeit "Big4" auf "Big3" oder gar "Big2") würde aber wohl endgültig die Axt an die Institution private Abschlussprüfung legen.

Wir regen daher an, die möglichen Folgen einer solchen haftungsrechtlichen Weichenstellung nochmals zu prüfen und zu überdenken. Als "Sofortmaßnahme" sollte deshalb einstweilen nur eine Anhebung der Haftungshöchstgrenze umgesetzt werden.

d) Unbegrenzte Haftung schon bei grober Fahrlässigkeit?

Nochmals überdacht werden sollte ferner die in § 323 Abs. 2 HGB-E vorgesehene Ausdehnung der unbegrenzten Haftung des Abschlussprüfers schon für grobe Fahrlässigkeit. Wir verstehen das Anliegen der Entwurfsverfasser, geben aber zu bedenken, dass dies das Problem der Versicherbarkeit der Haftung weiter verschärfen dürfte. Bislang greift die unbegrenzte Haftung nur bei Vorsatz; in diesem Fall entfällt auch die Deckung durch die Versicherung. Künftig wäre eine unbegrenzte Haftung bereits bei grober Fahrlässigkeit gegeben, der Ausschluss der Deckung griffe aber weiterhin wohl erst bei Vorsatz. Das versicherte Risiko würde dadurch deutlich erhöht, was wiederum Auswirkungen nicht allein auf die Prämienbemessung, sondern möglicherweise auch auf die Versicherbarkeit überhaupt haben könnte. Jedenfalls wäre die unbegrenzte Haftung der Sache nach nicht voll durch eine Versicherung gedeckt und damit im wirtschaftlichen Ergebnis letztlich doch begrenzt, so dass jedenfalls die beabsichtigte vollständige Kompensation von Schäden bei der geprüften Gesellschaft (und mittelbar bei Gläubigern und ggf. Anlegern) nicht erreicht würde.

Nochmals geprüft werden sollte auch insoweit außerdem, welche Auswirkungen eine "unbegrenzte" Haftung der Abschlussprüfer schon für grobe Fahrlässigkeit auf die bereits heute zu hohe Marktkonzentration auf dem Abschlussprüfermarkt haben könnte. Die EU-Abschlussprüferreform hat sich (allerdings leider mit absehbar eher untauglichen Mitteln) darum bemüht, die als problematisch erkannte Marktkonzentration auf dem Abschlussprüfermarkt ("Big4-Oligopol") aufzubrechen. Eine "unbegrenzte" Haftung der Abschlussprüfer schon für grobe Fahrlässigkeit -- die von Gerichten angesichts der in derartigen Haftungsfällen häufig zu Tage tretenden "hindsight bias"-Problematik (Rückschaufehler, aus einer zutage getretenen Fehlentwicklung auf grobe Fahrlässigkeit zu schließen) in mehr Fällen als erwartet angenommen werden könnte -- würde dieses gesetzgeberische Anliegen möglicherweise konterkarieren und dazu beitragen, den Markt sogar zusätzlich zu verengen. Das sollte in den Folgen nochmals abgeschätzt und überdacht werden (s. auch den vorstehenden Abschnitt).

III. Maßnahmen zur Verbesserung der Corporate Governance

1. Zu §§ 93, 100, 107 AktG-E

Die vorgesehenen Maßnahmen zur Verbesserung der Corporate Governance unterstützen wir. Namentlich stimmen wir den geplanten Änderungen der §§ 93, 100, 107 AktG-E im Grundsatz zu. Die Einrichtung wirksamer Governance Systeme, zu denen insbesondere ein wirksames internes Kontrollsystems (IKS), Risikomanagementsystems (RMS) und Compliance System einschließlich Whistle Blowing-Funktion gehören, entspricht ohnehin schon guter Corporate Governance. Dahinter sollte das Gesetz jedenfalls für börsennotierte Gesellschaften nicht zurückbleiben. Ebenso gehört dazu bereits heute bei Börsengesellschaften die Einrichtung eines Prüfungsausschusses. Durch diese Regelungen schreibt das Gesetz die gute Praxis fest.

Neu und grundsätzlich unterstützenswert ist das in § 107 Abs. 4 Satz 3 AktG-E vorgesehene Auskunftsrecht des Prüfungsausschusses gegenüber den Leitern von IKS, RMS und interner Revision. Aus diesen Abteilungen können ggf. wertvolle Hinweis auf mögliche Unregelmäßigkeiten bei der Rechnungslegung gewonnen werden, die der Aufsichtsrat haben sollte, um seine Überwachungsaufgabe erfüllen zu können. Die vorgesehene Regelung des § 107 Abs. 4 Satz 3 AktG-E ist aber in mehrfacher Hinsicht zu restriktiv und löst die Informationsprobleme bei der Überwachung durch den Aufsichtsrat nicht umfassend:

1. Einbezogen werden sollten außerdem die Leiter des Rechnungswesens und der Compliance.
2. Die Zuständigkeit dem gesamten Prüfungsausschuss zu geben, ist zu bürokratisch. Schneller, flexibler und diskreter wäre es, wie in anderen Vorschriften angeordnet, die Zuständigkeit dem Vorsitzenden des Prüfungsausschusses zu geben, der dann nachher nach allgemeinen Regeln seinen Ausschuss informieren muss. So dürfte die Praxis ohnehin verfahren.
3. Die Beschränkung auf ein Auskunftsrecht ist ebenfalls zu formal und zu einseitig. Es sollte auch vorgeschrieben werden, dass die Leiter der Governance Systeme (IKS, RMS u.ä.) sich direkt an den Vorsitzenden des Prüfungsausschusses wenden müssen, sobald etwas Wichtiges anfällt. Denn wenn der Vorsitzende des Prüfungsausschusses nichts von evtl. Vorfällen weiß, kann er auch keine Auskunft einholen. Jedenfalls sollte der Aufsichtsrat entsprechende Informationssysteme einrichten können.
4. Überhaupt erscheint uns die Beschränkung auf den Prüfungsausschuss und seinen Vorsitzenden als zu eng. Das Informationsproblem bei der Überwachung durch den Aufsichtsrat betrifft nicht allein den Prüfungsausschuss, sondern ist ein solches des Aufsichtsrats. Die Zuständigkeit sollte deshalb zumindest auch dem Aufsichtsratsvorsitzenden eröffnet werden, wie das in Teilen des aktienrechtlichen Literatur schon de lege lata vertreten wird.

5. Zudem sollten die auf den Vorsitzenden des Prüfungsausschusses bezogenen Empfehlungen gem. C.10 des DCGK (Unabhängigkeit des Vorsitzenden des Prüfungsausschusses von der Gesellschaft, vom Vorstand und vom kontrollierenden Aktionär) sowie D.4 Satz 2 (der Aufsichtsratsvorsitzende soll nicht den Vorsitz im Prüfungsausschuss innehaben) als gesetzliche Vorgaben in das AktG übernommen werden.

2. Weitere Maßnahmen

In Ergänzung des Referentenentwurfs sollte in Betracht gezogen werden, noch weitere Maßnahmen zur Verbesserung der rechnungslegungsbezogenen Corporate Governance einzuführen:

1. Beispielsweise könnte zur Stärkung der vertrauensvollen und intensiven Zusammenarbeit des Aufsichtsrats mit dem Abschlussprüfer sowie zur Gewährleistung der Unabhängigkeit des Abschlussprüfers vom Vorstand erwogen werden, die Zuständigkeit zur Erteilung von Aufträgen an den Abschlussprüfer allein dem Aufsichtsrat zuzuweisen. Das gilt seit dem KonTraG bereits für den Auftrag für die Abschlussprüfung (§ 111 Abs. 2 Satz 3 AktG), könnte darüber hinaus aber auch für alle anderen (Beratungs-)Aufträge an den Abschlussprüfer vorgesehen werden, soweit diese überhaupt erteilt werden dürfen.
2. Die Stärkung der Eigenverantwortlichkeit des Aufsichtsrats könnte sich ferner auch in einem eigenen Budget⁹ und eigener personeller Unterstützung ausdrücken.
3. Um eine weitere Professionalisierung der Aufsichtsrats Tätigkeit zu fördern, könnten ferner die Vorschriften über die Sitzungshäufigkeit und zu Mehrfachmandaten nachgeschärft werden. Beispielsweise dürfte die Tätigkeit als Vorstand einer börsennotierten Gesellschaft regelmäßig die gesamte Arbeitskraft in Anspruch nehmen. Daneben sollte ein Aufsichtsratsmandat bei anderen Börsengesellschaften nicht zulässig sein.
4. Schließlich könnte erwogen werden, die Stellung des Abschlussprüfers in der Hauptversammlung aufzuwerten und die einschlägigen Aktionärsrechte zu stärken. Denkbar ist insbesondere ein eigenes unmittelbares Auskunftsrecht der Aktionäre gegenüber dem Abschlussprüfer, das sich auf die Rechnungslegung der Gesellschaft und deren Prüfung bezieht.
5. Ebenso sollte das Gesetz regeln, dass der Aufsichtsrat bei Verdacht auf wesentliche Unregelmäßigkeiten bei der Bilanzierung prüft, ob veranlasst ist, eine Sonderprüfung zu beauftragen (zur Möglichkeit der BaFin, ebenfalls einen Sonderprüfer zu beauftragen, bereits oben unter I. 1.). Immerhin sind die Manipulationen im Fall

⁹ Zutr. Pellens/A. Schmidt/Fülbier, FAZ v. 18.8.2020: Bilanzbetrug durch starken Aufsichtsrat bekämpfen – ein Sechs-Punkte-Plan; ferner Hennrichs, FS Hommelhoff, 2012, S. 383 (392 f.); Eichner/Leukel, AG 2020, 513 (521); Knoll/Zachert, AG 2011, 309 ff.; Scheffler, AG 2020, R312 (R313); a.A. E. Vetter, FS Hopt 2020, 1363 ff.

Wirecard erst durch die Hinzuziehung einer weiteren Prüfungsgesellschaft ans Licht gekommen. Anhaltspunkte für einen einschlägigen Verdacht können sich z.B. auch aus dem intensiven Dialog zwischen Abschlussprüfer und Prüfungsausschuss ergeben. Der Prüfungsausschuss sollte den Abschlussprüfer gezielt auf etwaige Auffälligkeiten hin befragen. Entsprechend müsste über Art. 7 der APr.-VO hinaus insbesondere auch der Prüfungsausschuss unverzüglich über etwaige Erkenntnisse über Unregelmäßigkeiten informiert werden.

6. Schließlich hat der Wirecard-Fall außerdem Defizite im Bereich der Corporate Governance bei Ad-hoc-Mitteilungen offenbart. Wenn der Aufsichtsrat sich mit einem potentiell ad-hoc-mitteilungspflichtigen Sachverhalt eingehend befasst und dem Vorstand Hinweise zur Formulierung einer Ad-hoc-Mitteilung gibt, der Vorstand diese aber ignoriert, sodass aus Sicht des Aufsichtsrats die Ad-hoc-Mitteilung fehlerhaft ist, so ist es problematisch, dem Aufsichtsrat als Sanktionsinstrument für solche Fälle "nur" die Abberufung des Vorstands an die Hand zu geben. Zum einen sind die rechtlichen Hürden für eine Abberufung hoch (§ 84 Abs. 3 AktG). Zum anderen macht allein dies die unrichtige Ad-hoc-Mitteilung nicht rasch genug ungeschehen. Für solche Fälle sollte nochmals überlegt werden, dem Aufsichtsrat bezogen auf seinen eigenen Kompetenzbereich eine eigene Zuständigkeit und evtl. eine eigene Mitteilungspflicht aufzuerlegen.

Für Rückfragen stehen wir Ihnen gern zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

(gez. Prof. Dr. Joachim Hennrichs)