

Der Referentenentwurf für ein Finanzmarktintegritätsstärkungsgesetz (FISG)

Reform der internen Corporate Governance nach dem Wirecard-Skandal

Prof. Dr. Patrick Velte*

Am 26.10.2020 haben das *BMF* und das *BMJV* einen gemeinsamen Referentenentwurf (RefE) für ein Gesetz zur Stärkung der Finanzmarktintegrität (Finanzmarktintegritätsstärkungsgesetz – FISG) veröffentlicht.¹ Der RefE umfasst eine Vielzahl von Reformvorschlägen zur Stärkung des deutschen *Corporate Governance*-Systems. Der vorliegende Beitrag konzentriert sich ausschließlich auf die internen *Corporate Governance*-Maßnahmen am Beispiel einer börsennotierten Aktiengesellschaft. Hierbei werden die handels- und aktienrechtlichen Regulierungen nach dem FISG-RefE für die Tätigkeit des Vorstands, Aufsichtsrats und Abschlussprüfers dargestellt und einer kritischen Würdigung unterzogen.

NWB Datenbank ▶ Velte, Der Aktionsplan der Bundesregierung zum Wirecard-Skandal, StuB 20/2020 S. I, NWB EAAAH-60636

KERNFRAGEN

- ▶ Welche Reformmaßnahmen zur internen *Corporate Governance* umfasst der FISG-RefE?
- ▶ Inwiefern wird das Tätigkeits- und Anforderungsprofil von Vorständen, Aufsichtsräten und Abschlussprüfern bei Unternehmen des öffentlichen Interesses verändert?
- ▶ Welche weiteren Reformmaßnahmen lassen sich zur Stärkung der internen *Corporate Governance* im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens noch identifizieren?

I. Einleitung

Der Skandal um den ehemaligen **DAX-Konzern Wirecard** hatte in den vergangenen Monaten zu einer lebhaften Diskussion im Fachschrifttum geführt. Wenngleich das *BMF* äußerst schnell den damaligen Vertrag mit der *Deutschen Prüfstelle für Rechnungslegung e. V. (DPR)* gekündigt und einen **Aktionsplan**² als Reaktion auf den vermutlich größten Bilanzskandal in der deutschen Nachkriegsgeschichte in Aussicht gestellt hatte, hatte sich seither eine Vielzahl von Vertretern der Unternehmenspraxis, Politik und Forschung mit Reformvorschlägen an die Wirtschaftspresse gewandt.³ Unzweifelhaft stehen bislang die Reform der BaFin und die Kritik an der Tätigkeit der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft *EY* als langjähriger Prüfer von *Wirecard* im Zentrum der Diskussion. Unstrittig ist, dass das **Vertrauen** in die Funktionsfähigkeit des deutschen Kapitalmarks und die **Reputation** von Wirtschaftsprüfungsgesellschaften durch den *Wirecard*-Fall **stark gesunken und Reformmaßnahmen**

angezeigt sind. Notwendig erscheint es allerdings, von einer vorzeitigen Regulierung zu warnen und mit **Augenmaß** das gesamte *Corporate Governance*-System bei Unternehmen des öffentlichen Interesses einzubeziehen. Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass in der öffentlichen Diskussion bis auf wenige Ausnahmen die Tätigkeit des **Aufsichtsrats** von *Wirecard* nicht fokussiert wird.

Vor diesem Hintergrund zielt der vorliegende Beitrag darauf ab, die wesentlichen handels- und aktienrechtlichen Reformmaßnahmen zur internen *Corporate Governance* nach dem FISG-RefE darzustellen und im Anschluss daran kritisch zu würdigen. Im Speziellen werden im Folgenden nach einer überblicksartigen Darstellung der zentralen Reformmaßnahmen die Auswirkungen des FISG-RefE auf die Tätigkeit des Vorstands, Aufsichtsrats und Abschlussprüfers bei Unternehmen des öffentlichen Interesses einbezogen. Die Maßnahmen zur externen *Corporate Governance*, primär zur Neugestaltung des nationalen *Enforcements*, werden hierbei ausgeklammert.

L Philipps, Wirecard und die Krise des Enforcement, StuB 16/2020 S. 622, NWB TAAAH-55713
Lentfer/Weber, Corporate Governance, infoCenter, NWB EAAAE-13065

* Leuphana Universität Lüneburg.

1 Der RefE ist abrufbar unter: <http://go.nwb.de/48u7x>.

2 Vgl. Velte, StuB 2020 S. I NWB EAAAH-60636.

3 Vgl. in dieser Zeitschrift Philipps, StuB 2020 S. 622 NWB TAAAH-55713.

Übersicht 1: Geplante Reformmaßnahmen zur internen <i>Corporate Governance</i> nach dem FISG-RefE	
De lege lata	FISG-RefE
Handelsrecht	
Externe Rotation des Abschlussprüfers: § 318 Abs. 1a HGB: Optionale Verlängerung der Wechselfrist für externe Rotationen bei PIEs auf 20 Jahre (bei öffentlicher Ausschreibung) bzw. 24 Jahre (bei <i>Joint Audit</i>)	Abschaffung von § 318 Abs. 1a HGB, d. h. Pflicht zur externen Rotation nach spätestens zehn Jahren für sämtliche PIEs nach § 316a HGB-E
Parallele Prüfung und Beratung: § 319a HGB: Steuerberatungs- und Bewertungsleistungen können in begrenztem Maße neben der Prüfung von PIEs durchgeführt werden	Abschaffung von § 319a HGB, d. h. keine parallelen Prüfungs- und Beratungsleistungen bei der Prüfung von PIEs nach § 316a HGB-E mehr möglich
Zivilrechtliche Haftung des Abschlussprüfers: § 323 Abs. 2 HGB: Haftungsgrenze bei fahrlässiger Pflichtverletzung des Abschlussprüfers von 1 Mio. € bzw. 4 Mio. € (bei der Prüfung von Aktiengesellschaften, deren Aktien zum Handel im regulierten Markt zugelassen sind)	§ 323 Abs. 2 HGB-E: Erhöhung der Haftungsgrenzen auf 2 Mio. € bzw. 20 Mio. € (bei der Prüfung von PIEs nach § 316a HGB-E) und Konkretisierung, dass Haftungsgrenzen für grob fahrlässiges Handeln nicht gelten
-	§ 323 Abs. 5 HGB-E: Informationspflicht des Abschlussprüfers gegenüber der BaFin, der Staatsanwaltschaft und ggf. der Verwaltungsbehörde bei Verdacht auf Unregelmäßigkeiten beim geprüften Unternehmen
Straf- und Bußgeldvorschriften für einen fehlerhaften Bilanzzeit: § 331 Nr. 3a HGB: Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bei fehlerhaftem Bilanzzeit	§ 331a Abs. 1, 2 HGB-E: Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bei fehlerhaftem Bilanzzeit (Ausweitung auf freiwillig erstellten IFRS-Einzelabschluss); zwei Jahre Freiheitsstrafe oder Geldstrafe bei leichtfertigen Handeln
Straf- und Bußgeldvorschriften für Verletzung der Berichtspflicht des Abschlussprüfers: § 332 Abs. 1, 2 HGB: Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bei Verletzung der Berichtspflicht des Abschlussprüfers (Prüfungsbericht und Bestätigungsvermerk); Erhöhung der Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren bei Handeln gegen Entgelt, Selbstbereicherungsabsicht oder Schädigung eines anderen	§ 332 Abs. 2 Satz 2 HGB-E: Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bei unrichtiger Erteilung eines Bestätigungsvermerks bei PIEs nach § 316a HGB-E; Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe bei leichtfertigen Handeln
Aktiengesetz	
Internes Kontroll- und Risikomanagementsystem: § 91 Abs. 2 AktG: Einrichtung eines Risikofrüherkennungs- und Überwachungssystems für bestandsgefährdende Risiken	Zusätzlich § 93 Abs. 1a AktG-E für börsennotierte Aktiengesellschaften: Einrichtung eines im Hinblick auf den Umfang der Geschäftstätigkeit und die Risikolage des Unternehmens angemessenen und wirksamen Internen Kontrollsystems und Risikomanagementsystems
Finanzexpertise im Aufsichtsrat: § 100 Abs. 5 AktG: mindestens ein Mitglied des Aufsichtsrats bei PIEs mit Sachverstand auf den Gebieten Rechnungslegung oder Abschlussprüfung (sog. Finanzexperte)	§ 100 Abs. 5 AktG-E: Notwendigkeit, dass Sachverstand auf beiden Gebieten kumulativ im Aufsichtsrat bei PIEs nach § 316a HGB-E vorliegt
Aufgaben des Prüfungsausschusses bzw. Aufsichtsrats: § 107 Abs. 3 Satz 2 AktG: Überwachung des Rechnungslegungsprozesses, Wirksamkeit des internen Kontrollsystems, Risikomanagementsystems, internen Revisionssystems sowie der Abschlussprüfung (insbesondere Auswahl, Unabhängigkeit und der vom Abschlussprüfer zusätzlich erbrachten Leistungen)	§ 107 Abs. 3 Satz 2 AktG-E: Ergänzung um Überwachung der Qualität der Abschlussprüfung und Wegfall der Beurteilung der vom Abschlussprüfer zusätzlich erbrachten Leistungen
Einrichtung des Prüfungsausschusses: § 107 Abs. 4 AktG: Wahlrecht für PIEs (grds.)	§ 107 Abs. 4 AktG-E: Pflicht zur Einrichtung eines Prüfungsausschusses i. S. des Abs. 3 Satz 2; unmittelbares Informationszugriffsrecht gegenüber dem Leiter der internen Kontrolle, des Risikomanagements und der Internen Revision

II. Zentrale Reformmaßnahmen zur internen *Corporate Governance* im Überblick

Als Reaktion auf den *Wirecard*-Skandal wurde in den vergangenen Monaten eine Vielzahl von Reformvorschlägen im Fachschrifttum diskutiert. Hierbei kommt neben dem FISG-RefE den Empfehlungen des *Instituts der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e. V. (IDW)*,⁴ des *Deutschen Aktieninstituts (DAI)*⁵ und des *Arbeitskreises Bilanzrecht Hochschullehrer Rechtswissenschaft (AKBR)*⁶ eine zentrale Bedeutung zu. Einen Überblick über zentrale geplante Regulierungen des FISG-RefE gibt Übersicht 1, während Übersicht 2

auf S. 819 auf die Reformvorschläge der weiteren vorstehend genannten Institutionen abstellt. Hierbei zeigt sich, dass das gesamte interne *Corporate Governance*-System in die Reformüberlegungen einbezogen wurde.

4 Vgl. IDW Positionspapier, Fortentwicklung der Unternehmensführung und -kontrolle. Erste Lehren aus dem Fall *Wirecard*, 2020.

5 Vgl. DAI, Deutsches Aktieninstitut zu möglichen Konsequenzen aus dem Fall *Wirecard*. Sorgfältig aufklären, zielgerichtet nachsteuern, unverhältnismäßige Konsequenzen vermeiden, 2020.

6 Vgl. Arbeitskreis Bilanzrecht Hochschullehrer Rechtswissenschaft (AKBR), Bekämpfung von Unregelmäßigkeiten bei der Rechnungslegung einschließlich Betrug, 2020.

Übersicht 2: Ausgewählte Reformvorschläge zur internen <i>Corporate Governance</i> sonstiger nationaler Institutionen	
<p>AKBR Arbeitskreis Bilanzrecht Hochschullehrer Rechtswissenschaft: Bekämpfung von Unregelmäßigkeiten bei der Rechnungslegung einschließlich Betrug. Stellungnahme des Arbeitskreises Bilanzrecht Hochschullehrer Rechtswissenschaft: Denkbare weitere Schritte zur Reform von Abschlussprüfung, Bilanzkontrolle und <i>Corporate Governance</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> ▶ Vorstand: explizite Betonung nach § 91 Abs. 2 AktG, dass bei börsennotierten Gesellschaften der Vorstand ein Internes Kontrollsystem (Interne Revision) einrichten muss ▶ Aufsichtsrat: zwingende Einrichtung eines Prüfungsausschusses für börsennotierte Unternehmen unabhängig von der Größe des Aufsichtsrats (§ 107 Abs. 3 Satz 2 AktG) ▶ Abschlussprüfer: Reform der Verschwiegenheitspflichten gegenüber dem Mandanten bei Verdacht auf mögliche Bilanzdelikte; Verschärfung der Haftung nach § 323 HGB; Modifikation von § 317 HGB: Ziel der Abschlussprüfung, Unregelmäßigkeiten und Bilanzbetrug aufzudecken, bei Hinweisen hierauf forensische Prüfungshandlungen einführen; kritische Grundhaltung in § 317 HGB verankern; Streichung von § 317 Abs. 4a HGB (Stärkung der <i>going concern</i>-Prüfung); „<i>Fraud Awareness</i>“ in der Ausbildung stärker berücksichtigen; Prüferbestellung einer zentralen, ggf. staatlichen Instanz überantworten
<p>DAI: Deutsches Aktieninstitut zu möglichen Konsequenzen aus dem Fall Wirecard. Sorgfältig aufklären, zielgerichtet nachsteuern, unverhältnismäßige Konsequenzen vermeiden</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▶ Vorstand: zwingende Einrichtung eines an der Risikolage des Unternehmens ausgerichteten <i>Compliance Management</i>-Systems ▶ Aufsichtsrat: Pflicht zur Einrichtung von Prüfungsausschüssen bei börsennotierten Unternehmen; verbesserte Transparenz über die Person und erhöhte Qualifikation des Finanzexperten im Aufsichtsrat ▶ Abschlussprüfer: moderate Haftungsverschärfung; Orientierung an den Umsätzen aus dem Prüfungsmandat bei Fixierung der Obergrenze
<p>IDW-Positionspapier: Fortentwicklung der Unternehmensführung und -kontrolle. Erste Lehren aus dem Fall Wirecard</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▶ Vorstand: Stärkung der CSR-Berichterstattung (Teil des Lageberichts und bessere Beschreibung des Geschäftsmodells und dessen Nachhaltigkeit); Pflicht zur Einrichtung eines <i>Compliance Management</i>-Systems; Erklärung zur Fortführung der Unternehmenstätigkeit in den kommenden zwölf Monaten; Aufwertung der Kodexempfehlung als Gesetz, Konzernabschluss und -lagebericht binnen 90 Tagen nach Geschäftsjahresende zu veröffentlichen ▶ Aufsichtsrat: Erklärung zur Prüfung des <i>Compliance Management</i>-Systems; Erklärung zur Prüfung der Fortführung der Unternehmenstätigkeit; zwingende Einrichtung eines Prüfungsausschusses bei PIES, namentliche Nennung des Finanzexperten, regelmäßiger Austausch mit Abschlussprüfer ohne Vorstand ▶ Abschlussprüfer: Prüfung stärker auf Aufdeckung von Bilanzmanipulationen und Vermögensschädigungen (<i>fraud</i>) ausrichten, Einsatz von Forensik unter Nutzung moderner Technologien; Pflichtprüfung der Entsprechenserklärung, eines <i>Compliance Management</i>-Systems und der CSR-Berichterstattung; Aufnahme einer Aussage zum <i>going concern</i> in Testat; Meldung von Verstöße gegen Gesetz und von <i>Corporate Governance</i>-Defiziten an festzulegende Stelle

Im Folgenden werden die geplanten Reformmaßnahmen nach dem FISG-RefE getrennt nach Vorstand, Aufsichtsrat und Abschlussprüfer dargestellt und auch die Maßnahmen sonstiger Institutionen berücksichtigt.

III. Reformmaßnahmen beim Vorstand

1. Internes Kontroll- und Risikomanagementsystem sowie *Compliance Management*-System

Als Reaktion auf damalige Unternehmenskrisen der 1990er Jahre hatte der nationale Gesetzgeber bereits mit dem **Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG)**⁷ im Jahre 1998 in § 91 Abs. 2 AktG eine Pflicht für Vorstände eingeführt, „geeignete Maßnahmen zu treffen, insbesondere ein Überwachungssystem einzurichten, damit den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen früh erkannt werden“. Diese Regelung war bereits im Vorfeld auf erhebliche Kritik gestoßen und als missglückt bezeichnet worden.⁸ Infolge des unklaren Wortlauts wurden sowohl im betriebswirtschaftlichen als auch im rechtswissenschaftlichen Schrifttum vielfältige Auslegungsversuche vorgenommen. Während im betriebswirtschaftlichen Schrifttum im Allgemeinen eine umfassende Auslegung des § 91 Abs. 2 AktG als **Risikomanagementsystem (RMS)** erfolgte,⁹ geht die h. M.¹⁰ im rechtswissenschaftlichen Schrifttum davon aus, dass der Vorstand seither lediglich zu

einem Früherkennungssystem für **bestandsgefährdende Risiken** als Teilmenge eines umfassenden RMS nach § 91 Abs. 2 AktG verpflichtet ist. Seit dem **Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz (BilMoG)**¹¹ aus dem Jahre 2009 müssen kapitalmarktorientierte Kapitalgesellschaften i. S. des § 264d HGB auch die wesentlichen Merkmale des internen Kontroll- und Risikomanagementsystems im Lagebericht gem. § 289 Abs. 4 HGB beschreiben.

Der FISG-RefE sieht nunmehr flankierend zu § 91 Abs. 2 AktG für **börsennotierte** Aktiengesellschaften eine **Spezialnorm in § 93 Abs. 1a AktG-E** im Rahmen der **Sorgfaltspflichten** des Vorstands vor. Hiernach „umfasst die Sorgfaltspflicht auch die Einrichtung eines im Hinblick auf den Umfang der Geschäftstätigkeit und die Risikolage des Unternehmens angemessenen und wirksamen internen Kontrollsystems und Risikomanagementsystems“. Insofern wird die einge-

⁷ Vgl. Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich – KonTraG v. 27.4.1998, BGBl 1998 I S. 786-794.

⁸ Vgl. Koch, in: Hüffer/Koch, AktG, 14. Aufl. 2020, § 91 Rz. 5.

⁹ Vgl. Berg, AG 2007 S. 271.

¹⁰ Vgl. Huwer, Der Prüfungsausschuss des Aufsichtsrats, 2008, S. 134.

¹¹ Vgl. Gesetz zur Modernisierung des Bilanzrechts (Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz – BilMoG), BGBl 2009 I S. 1102-1137.

schränkte Reichweite eines Risikofrüherkennungs- und Überwachungssystems nach § 91 Abs. 2 AktG für börsennotierte Aktiengesellschaften aufgehoben. Es müssen künftig explizit ein **internes Kontroll- und ein Risikomanagementsystem** vorhanden sein. Die konkrete Ausgestaltung dieser Systeme steht allerdings weiterhin im Leitungsermessen des Vorstands. Das *BMF* und das *BMJV* sehen in § 93 Abs. 1a AktG-E lediglich eine „Klarstellung, da die damit geregelten Pflichten die Vorstandsmitglieder aufgrund ihrer Sorgfaltspflicht bereits nach derzeitiger Rechtslage treffen, wenn die jeweilige Sachlage die Einrichtung dieser Maßnahmen erfordert“¹². Es wird davon ausgegangen, dass „in der Praxis [...] die Einrichtung solcher Systeme bereits heute üblich“¹³ ist.

- ▶ Fortentwicklung des Risikomanagements
- ▶ Verschärfung der Strafvorschriften für unrichtigen Bilanzzeit
- ▶ Erhöhung der Finanzexpertise im Aufsichtsrat

Begründet wird die geplante Einführung von § 93 Abs. 1a AktG mit der besonderen Pflicht bei börsennotierten Unternehmen, „ihre Unternehmensstrukturen und die Arbeitsweise des Managements so transparent wie möglich zu gestalten“¹⁴. Nichtbörsennotierte Gesellschaften müssen die in Rede stehenden Systeme nicht implementieren. Im Gegensatz

zur expliziten Einrichtung eines internen Kontroll- und Risikomanagementsystems wird in § 93 Abs. 1a AktG-E **kein Compliance Management-System** explizit von allen börsennotierten Gesellschaften eingefordert. Allerdings führen das *BMF* und das *BMJV* in der Begründung zum RefE aus, dass Vorstände ein derartiges System einrichten müssen, „wenn ein entsprechendes **Gefahr- bzw. Risikopotenzial** besteht“¹⁵. Hierbei soll nicht das Kriterium der Börsennotierung allein, sondern die **Größe des betreffenden Unternehmens** ausschlaggebend sein. Hierbei sind Parallelen zur sog. „Siemens-Neubürger-Entscheidung“ des *LG München* aus dem Jahre 2013¹⁶ erkennbar. Hiernach muss bei Existenz eines entsprechenden Gefahrenpotenzials als „Compliance-Schwelle“ ein auf Schadensprävention und Risikokontrolle gerichtetes *Compliance Management-System* mit zentraler Organisationsstruktur und geeigneten Berichtswegen eingerichtet werden.¹⁷ Unterhalb dieser *Compliance-Schwelle* genügen dagegen Einzelmaßnahmen ohne Einrichtungszwang eines Systems,¹⁸ wobei die Art, Größe und Organisation des Unternehmens, zu beachtende Vorschriften, die geographische Präsenz und Verdachtsfälle der Vergangenheit einzubeziehen sind.¹⁹

Das *DAI* hatte dagegen in einem aktuellen Positionspapier befürwortet, ein an der Risikolage des Unternehmens ausgerichtetes *Compliance Management-System* gesetzlich zu verankern.²⁰ Weitreichende Vorstandspflichten hatte auch das *IDW* in seinem Positionspapier angeregt. Neben einer Ausweitung der CSR-Berichterstattung sollten Vorstände explizit zur Einrichtung eines *Compliance Management-Systems* verpflichtet werden.²¹ Der *AKBR* spricht sich in seiner Stellungnahme für eine gesetzliche Klarstellung in § 91 Abs. 2 AktG aus, wonach bei börsennotierten Gesellschaften ein wirksames **Internes Kontrollsystem (Interne Revision)** implementiert werden muss.²²

2. Strafvorschriften für einen unrichtigen „Bilanzzeit“

Als präventive Maßnahme zur Senkung des Risikos von *Top Management Fraud* soll ferner nach § 331a HGB-E eine vorsätzlich unrichtige Versicherung i. S. des § 264 Abs. 2 Satz 3 HGB (sog. „Bilanzzeit“) des Vorstands mit bis zu **fünf Jahren Freiheitsstrafe** oder Geldstrafe belegt werden können. Diese Strafandrohung soll sich künftig auch auf einen freiwilligen IFRS-Einzelabschluss nach § 325 Abs. 2a Satz 3 HGB erstrecken. Zudem soll auch eine **leichtfertige** fehlerhafte Abgabe eines Bilanzzeids mit bis zu **zwei Jahren Freiheitsstrafe** geahndet werden können. Der Gesetzgeber sieht in der richtigen Abgabe des Bilanzzeids eine „Vertrauensbildungsfunktion“²³ und erhofft sich durch die Erhöhung der bilanzstrafrechtlichen Normen eine „Appell-, Warn- und Abschreckungsfunktion“²⁴.

IV. Reformmaßnahmen beim Aufsichtsrat

1. Finanzexpertise im Aufsichtsrat

Der FISG-RefE sieht neben dem Vorstand auch Regulierungen im Bereich des Aufsichtsrats vor. Dies betrifft zunächst das **Besetzungsprofil**. Durch das *BilMoG* wurde in § 100 Abs. 5 AktG die sog. **Finanzexpertise** im Aufsichtsrat bzw. Prüfungsausschuss eingeführt. So müssen kapitalmarktorientierte Kapitalgesellschaften i. S. des § 264d HGB mindestens ein Mitglied im Aufsichtsrat vorweisen, welches über Sachverstand auf den Gebieten der Rechnungslegung **oder** der Abschlussprüfung verfügt. Beide Merkmale müssen bislang **nicht** zwingend kumulativ vorgehalten werden. Bei Einrichtung eines Prüfungsausschusses muss dieser Finanzexperte nach § 107 Abs. 4 AktG Mitglied des Prüfungsausschusses sein.²⁵ Nach dem FISG-RefE sollen künftig sowohl Sachverstand in der Rechnungslegung als auch in der Abschlussprüfung zwingend im Aufsichtsrat bei Unternehmen des öffentlichen Interesses vorhanden sein. In der praktischen Ausgestaltung ist es insofern möglich, **eine** Person zu identifizieren als *Financial Expert*, die **beide** Fachgebiete kumulativ „beherrscht“, oder die beiden Sachgebiete auf **zwei Personen** aufzuteilen und insofern zwei Finanzexperten zu bestellen.²⁶ Die geplante Anhebung der Expertise im Aufsichtsrat bei PIES wird mit der EU-Abschluss-

12 FISG-RefE, S. 115.

13 FISG-RefE, S. 116.

14 FISG-RefE, S. 116.

15 FISG-RefE, S. 116.

16 Vgl. *LG München I*, Urteil v. 10.12.2013 - 5 HK O 1387/10, ZIP 2014 S. 570.

17 Vgl. *LG München I*, Urteil v. 10.12.2013 - 5 HK O 1387/10, ZIP 2014 S. 570.

18 Vgl. *Fleischer*, in: *Beck-Online Großkommentar*, 2020, § 91 AktG Rz. 54.

19 Vgl. *LG München I*, Urteil v. 10.12.2013 - 5 HK O 1387/10, ZIP 2014 S. 573.

20 Vgl. *DAI*, Deutsches Aktieninstitut zu möglichen Konsequenzen aus dem Fall Wirecard. Sorgfältig aufklären, zielgerichtet nachsteuern, unverhältnismäßige Konsequenzen vermeiden. 2020, S. 9.

21 Vgl. *IDW* Positionspapier. Fortentwicklung der Unternehmensführung und -kontrolle. Erste Lehren aus dem Fall Wirecard, 2020, S. 5 f.

22 Vgl. *Arbeitskreis Bilanzrecht Hochschullehrer Rechtswissenschaft (AKBR)*, Bekämpfung von Unregelmäßigkeiten bei der Rechnungslegung einschließlich Betrug, 2020, S. 8.

23 FISG-RefE, S. 105.

24 FISG-RefE, S. 105.

25 Vgl. zur Berichterstattung zur Finanzexpertise des Prüfungsausschusses *Gros/Velte*, DStR 2012 S. 2243; *Gros et al.*, DStR 2015 S. 774.

26 Vgl. FISG-RefE, S. 116.

prüferrichtlinie aus dem Jahre 2014 begründet, welche die Wendung „und/oder“ nutzt.

2. Zwingende Einrichtung eines Prüfungsausschusses

Infolge des BilMoG wurde der **Prüfungsausschuss** des Aufsichtsrats erstmalig handels- und aktienrechtlich explizit erwähnt. Eine generelle Verpflichtung zu seiner Einrichtung besteht allerdings **nicht**. Nur die geringe Zahl an kapitalmarktorientierten Kapitalgesellschaften i. S. des § 264d HGB²⁷, die über keinen Aufsichtsrat mit entsprechendem Anforderungsprofil verfügen (z. B. GmbHs, die nicht der Mitbestimmung unterliegen), muss seither im Grundsatz²⁸ Prüfungsausschüsse einrichten.²⁹ Nach dem FISG-RefE soll nun in § 107 Abs. 4 AktG-E für **alle PIEs** i. S. des § 316a Satz 2 HGB-E die Einrichtung eines Prüfungsausschusses vorgeschrieben werden, der die in § 107 Abs. 3 Satz 2 AktG dargelegten Aufgaben wahrnimmt. Hierbei müssen die Voraussetzungen nach § 100 Abs. 5 AktG hinsichtlich der Finanzexpertise beim Prüfungsausschuss bei Unternehmen des öffentlichen Interesses erfüllt sein. In der Begründung zum FISG-RefE wird auf die „Wirksamkeit und Effizienz der Arbeit des Aufsichtsrats“ durch die Implementierung von Prüfungsausschüssen hingewiesen.³⁰ „Kleine“ Aufsichtsräte sollen allerdings als Ausnahmeregelung von einer Einrichtung absehen können.

Eine Verpflichtung zur Einrichtung von Prüfungsausschüssen bei börsennotierten Unternehmen sowie eine verbesserte Transparenz über die Person und erhöhte Qualifikation des Finanzexperten im Aufsichtsrat bzw. Prüfungsausschuss wird ebenfalls durch das *DAI* angeregt.³¹ Ferner befürwortet der *AKBR* eine zwingende Einrichtung eines Prüfungsausschusses für börsennotierte Unternehmen, unabhängig von der jeweiligen Größe des Aufsichtsrats, in § 107 Abs. 3 Satz 2 AktG.³²

3. Unmittelbarer Informationszugriff des Prüfungsausschusses

Die Informationsversorgung des Aufsichtsrats ist zur Sicherstellung einer angemessenen Qualität der *Corporate Governance* entscheidend. Da nach § 107 Abs. 3 Satz 2 AktG auch die **Überwachung des internen Kontroll-, Risikomanagement- und internen Revisionssysteme** zu den Aufgaben des Prüfungsausschusses bzw. Aufsichtsrats zählt, stellt sich die Frage nach dem Informationszugriffsrecht des Prüfungsausschusses auf diese nachgelagerten Stellen des Vorstands.³³ Aus Sicht des deutschen *Two-Tier-Systems* unterstellt die h. M. (auch nach dem BilMoG) ein **eingeschränktes Informationszugriffsrecht** des Aufsichtsrats für die genannten Systemleiter.³⁴ Ursächlich hierfür ist, dass der Vorstand für die Einrichtung und Pflege eines Internen Kontrollsystems, Risikomanagementsystems und/oder Revisionssystems nach § 91 Abs. 2 AktG verantwortlich ist. Nach traditioneller Lesart wird das sog. „**Informationsweitergabemonopol**“³⁵ angeführt, wonach der Vorstand den Leiter dieser Stellen zunächst bevollmächtigen müsste, über seine Tätigkeit und Feststellungen direkt gegenüber dem Aufsichtsrat zu berichten. Wenngleich unstrittig ist, dass dieses

Informationsmonopol in konkreten Einzelfällen außer Kraft gesetzt werden kann,³⁶ wurde ein Direktzugriff des Aufsichtsrats im Regelfall teilweise mit der Konkretisierung der Überwachungspflichten in § 107 Abs. 3 Satz 2 AktG seit dem BilMoG begründet.

Mit dem FISG-RefE wird in § 107 Abs. 4 AktG-E ein **unmittelbares Informationszugriffsrecht** des Prüfungsausschusses (wohl nicht allerdings des gesamten Aufsichtsrats) gegenüber dem Leiter der internen Kontrolle, des Risikomanagements und der Internen Revision ermöglicht. Dies soll allerdings eine unverzügliche Unterrichtung des Vorstands voraussetzen. Damit soll das bereits dargestellte „Informationsweitergabemonopol“ des Vorstands bei der Überwachung des internen Kontroll-, Risikomanagement- und internen Revisionssystems künftig entfallen.

4. Tätigkeitsprofil des Prüfungsausschusses

Nach § 107 Abs. 3 Satz 2, 3 AktG soll sich der Prüfungsausschuss „mit der Überwachung des Rechnungslegungsprozesses, der Wirksamkeit des internen Kontrollsystems, des Risikomanagementsystems und des internen Revisionssystems sowie der Abschlussprüfung, hier insbesondere der Auswahl und der Unabhängigkeit des Abschlussprüfers und der vom Abschlussprüfer zusätzlich erbrachten Leistungen“ befassen. Ferner kann dieser Empfehlungen oder Vorschläge zur Gewährleistung der Integrität des Rechnungslegungsprozesses unterbreiten. Die Tätigkeiten des Prüfungsausschusses sollen gem. § 107 Abs. 3 Satz 2 AktG-E um die Beurteilung der **Qualität der Abschlussprüfung** ergänzt werden. Nach Ansicht von *BMF* und *BMJV* steht die Änderung im Einklang mit Art. 39 Abs. 6 der EU-Abschlussprüferrichtlinie und soll verdeutlichen, dass „die Überwachung der Abschlussprüfung die Prüfung ihrer Qualität von der Auswahl des Prüfers bis zur Beendigung des Auftrags umfasst. Dabei hat der Prüfungsausschuss auch die Erkenntnisse und Schlussfolgerungen aus Inspektionen nach Art. 26 der Abschlussprüferverordnung zu berücksichtigen, soweit diese bekannt sind“³⁷.

- ▶ Zwingende Einrichtung eines Prüfungsausschusses bei PIEs
- ▶ Unmittelbares Informationszugriffsrecht des Prüfungsausschusses auf Systemleiter

²⁷ Diese nimmt entweder einen organisierten Markt i. S. des § 2 Abs. 5 WpHG durch Ausgabe von Wertpapieren in Anspruch oder hat die Zulassung zum Handel an einem organisierten Markt beantragt.

²⁸ Vgl. zu den Befreiungstatbeständen § 324 Abs. 1 Nr. 1, 2 HGB.

²⁹ Vgl. § 324 Abs. 1 Satz 1 HGB i. V. mit § 100 Abs. 5 AktG sowie hierzu *Velte*, KoR 2010 S. 429. Der Prüfungsausschuss soll sich nach dem BilMoG insbesondere mit der Überwachung des Rechnungslegungsprozesses, der Wirksamkeit des Internen Kontrollsystems, des Risikomanagement- und Revisionssystems sowie der Abschlussprüfung (insbesondere der Unabhängigkeit und der Zusatzleistungen) befassen.

³⁰ Vgl. FISG-RefE, S. 117.

³¹ Vgl. *DAI*, Deutsches Aktieninstitut zu möglichen Konsequenzen aus dem Fall Wirecard. Sorgfältig aufklären, zielgerichtet nachsteuern, unverhältnismäßige Konsequenzen vermeiden, 2020, S. 8.

³² Vgl. *Arbeitskreis Bilanzrecht Hochschullehrer Rechtswissenschaft (AKBR)*, Bekämpfung von Unregelmäßigkeiten bei der Rechnungslegung einschließlich Betrug, 2020, S. 7.

³³ Vgl. hierzu im Einzelnen *Velte*, NZG 2011 S. 1401.

³⁴ Vgl. *Velte*, ZIR 2009 S. 75 f.

³⁵ *Kropff*, NZG 2003 S. 348. Demnach ist das Informationsmonopol allerdings nicht rechtlich abgesichert. Es steht in einem „schwer aufzulösenden Spannungsverhältnis“ mit dem uneingeschränkten Einsichts- und Prüfungsrecht des Aufsichtsrats.

³⁶ Vgl. *Velte*, ZIR 2009 S. 75 f.

³⁷ FISG-RefE, S. 116 f.

Das IDW hatte in seinem Positionspapier dagegen neben der Implementierung eines *Compliance Management*-Systems auch befürwortet, dass Aufsichtsräte eine **Erklärung über die Überwachung dieses Systems** abfassen,³⁸ um die Bedeutung des *Compliance* als Überwachungsgegenstand des Aufsichtsrats zu betonen.

V. Abschlussprüfer

1. Stärkung der Unabhängigkeit des Abschlussprüfers durch Verkürzung der externen

Rotationsfrist und Trennung von Prüfung und Beratung

- ▶ Externe Rotationspflicht für alle PIEs nach 10 Jahren
- ▶ Keine parallelen Steuerberatungs- und Bewertungsleistungen neben der PIE-Prüfung mehr zulässig

Als Reaktion auf die damalige Finanzmarktkrise 2008/09 hatte die EU-Kommission zunächst ihr Grünbuch „Weiteres Vorgehen im Bereich der Abschlussprüfung: Lehren aus der Krise vom 13.10.2010“³⁹ und im Jahre 2014 eine Richtlinie 2014/56/EU als Update der Achten EG-Richtlinie⁴⁰ und eine neue Verordnung (EU) Nr. 537/2014⁴¹ verabschiedet, wobei Letztere ausschließlich an die

Prüfung von PIEs gerichtet ist. In Deutschland waren die gesellschaftsrechtlichen Modifizierungen Gegenstand des **Abschlussprüfungsreformgesetzes (AReG)**⁴². Seither unterscheiden sich die Prüfungsnormen bei PIEs und Nicht-PIEs teilweise fundamental. Dies betrifft primär die höhere Regulierungsdichte bei PIE-Prüfungen zur Stärkung der **Unabhängigkeit des Abschlussprüfers**. Zur Erhöhung der Transparenz soll nunmehr nach dem FISG-RefE die Reichweite der **Unternehmen des öffentlichen Interesses (PIEs)** in § 316a HGB-E definiert werden. Die kapitalmarktorientierten Kapitalgesellschaften i. S. des § 264d HGB bilden hierbei eine Teilmenge der PIEs. Zudem sind bestimmte Kreditinstitute und Versicherungsunternehmen einzubeziehen.

Die Klassifizierung als PIE wirkt sich massiv auf die Berücksichtigung der Unabhängigkeitsnormen im Rahmen der Abschlussprüfung aus. Nach der Verordnung (EU) Nr. 537/2014 ist ein Wechsel der Prüfungsgesellschaft nach einer **Grundrotationszeit von zehn Jahren bei einem vierjährigen Cooling Off** notwendig (vgl. Art. 17 Abs. 1 i. V. mit Abs. 3 EU-Abschlussprüfer-Verordnung). Als Kompromisslösung unter den EU-Mitgliedstaaten wurden allerdings Mitgliedstaatenwahlrechte zur Verlängerung der Wechselfrist implementiert, die der nationale Gesetzgeber im AReG ausgeübt hat (vgl. Art. 17 Abs. 4 EU-Abschlussprüfer-Verordnung). Sofern der Abschlussprüfer i. S. des Art. 16 Abs. 2-5 der Verordnung (**öffentliches Ausschreibungsverfahren**) ausgewählt und vorgeschlagen wird, ist ein Wechsel der Prüfungsgesellschaft gem. § 318 Abs. 1a HGB erst **nach 20 Jahren** notwendig. Die Wechselfrist erhöht sich sogar auf **24 Jahre**, sofern eine Prüfung durch zwei Prüfungsgesellschaften (**Joint Audit**) stattfindet. Einige Branchen (sog. CRR-Kreditinstitute und Versicherungsunternehmen) sind allerdings von dieser Verlängerungsoption nach § 340k Abs. 1

Satz 1 HGB ausgenommen. Für diese Unternehmen ist die externe Rotationsfrist von zehn Jahren bindend.

Nach dem FISG-RefE soll § 318 Abs. 1a HGB **ersatzlos gestrichen werden**. Das BMF und das BMJV begründen diese Maßnahme damit, dass einer „zu großen Nähe der Abschlussprüfer zu dem geprüften Unternehmen entgegengewirkt und die Unabhängigkeit von Abschlussprüfern gestärkt werden“⁴³ soll. Ferner wird ein „Gleichlauf mit den Pflichten zur externen Rotation bei Kreditinstituten und Versicherungen erzielt“⁴⁴.

Neben der Einführung einer externen Pflichtrotation umfasste die Verordnung (EU) Nr. 537/2014 auch einen **Katalog von verbotenen Tätigkeiten (sog. „Black List“)**, die bei der Prüfung von PIEs nicht parallel ausgeübt werden dürfen.⁴⁵ In Übereinstimmung zur externen Prüferrotation wurde allerdings als Kompromisslösung ein EU-Mitgliedstaatenwahlrecht eingeführt, wonach in begrenztem Maße **Steuerberatungs- und Bewertungsleistungen** parallel zur Abschlussprüfung beim Mandanten durchgeführt werden dürfen. Mit dem AReG wurde dieses Wahlrecht in § 319a Abs. 1 Nr. 2, 3 HGB umgesetzt.

Nach dem FISG-RefE sollen auch diese Möglichkeiten einer parallelen Prüfungs- und Beratungstätigkeit entfallen. So soll der bestehende § 319a HGB **ersatzlos gestrichen werden**. Steuerberatungs- und Bewertungsleistungen dürfen dann nicht mehr bei PIE-Prüfungen parallel von einer Prüfungsgesellschaft durchgeführt werden. In § 319a Abs. 1a HGB ist bisher auch eine Ausnahmenvorschrift zur Überschreitung der sog. **„Fee Cap“** für **Nichtprüfungsleistungen** kodifiziert, welche ebenfalls entfallen soll.⁴⁶ Das BMF und das BMJV sehen mit der Abschaffung des § 319a HGB eine Möglichkeit, „die aus Nichtprüfungsleistungen bei Unternehmen von öffentlichem Interesse erwachsenden Risiken für Interessenkonflikte zu vermindern und die Unabhängigkeit des Abschlussprüfers zu stärken“⁴⁷. Ferner sollen die Auslegungsfragen bei der Beurteilung, ob Steuerberatungs- und Bewertungsleistungen im Einzelfall zulässig sind, vermieden werden.⁴⁸ Da künftig der in der EU-Abschlussprüfer-Ver-

38 Vgl. IDW Positionspapier. Fortentwicklung der Unternehmensführung und -kontrolle. Erste Lehren aus dem Fall Wirecard, 2020, S. 5 f.

39 Vgl. hierzu *Velte/Sepetauz*, StuB 2010 S. 843 NWB RAAAD-55850.

40 Vgl. EU Richtlinie 2014/56/EU des Europäischen Parlaments und des Rats v. 16.4.2014 zur Änderung der Richtlinie 2006/43/EG über Abschlussprüfungen von Jahresabschlüssen und konsolidierten Abschlüssen, ABLEU L 158/196 v. 27.5.2014, S. 196-222.

41 Vgl. Verordnung (EU) Nr. 537/2014 des Europäischen Parlaments und des Rats v. 16.4.2014 über spezifische Anforderungen an die Abschlussprüfung bei Unternehmen von öffentlichem Interesse und zur Aufhebung des Beschlusses 2005/909/EG der Kommission, ABLEU L 158/77 v. 27.5.2014, S. 77-112.

42 Vgl. Gesetz zur Umsetzung der prüfungsbezogenen Regelungen der Richtlinie 2014/56/EU sowie zur Ausführung der entsprechenden Vorgaben der Verordnung (EU) Nr. 537/2014 im Hinblick auf die Abschlussprüfung bei Unternehmen von öffentlichem Interesse (Abschlussprüfungsreformgesetz – AReG), BGBl 2016 I S. 1142-1157, sowie hierzu im Einzelnen *Velte*, WPg 2015 S. 482; *Velte/Stavinoga*, StuB 2016 S. 297 NWB JAAAF-71192.

43 FISG-RefE, S. 100.

44 FISG, RefE, S. 100.

45 Vgl. ausführlich *Velte*, DStR 2016 S. 1944; *Velte/Loy*, Journal of Governance and Regulation 2018 S. 74.

46 Erlaubte Nichtprüfungsleistungen dürfen bislang für einen Zeitraum von mindestens drei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren bei einem Mandanten nur dann durchgeführt werden, wenn das Gesamthonorar für diese Leistungen maximal 70 % im Verhältnis zum Durchschnitt der in den letzten drei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren entrichteten Prüfungshonorare umfasst. Vgl. Art. 4 Abs. 2 EU-Abschlussprüfer-Verordnung.

47 FISG-RefE, S. 101.

48 Vgl. FISG-RefE, S. 101.

ordnung enthaltene Katalog an verbotenen Nichtprüfungsleistungen bei PIE-Prüfungen **uneingeschränkt** gelten soll, ist davon auszugehen, dass bei PIE-Prüfungen eine parallele Prüfung und Beratung nur noch in **äußerst begrenzten** Fällen rechtlich zulässig ist oder de facto vollständig unterbunden ist. Ursächlich hierfür ist, dass Steuerberatungsleistungen die beliebteste Dienstleistung parallel zur Abschlussprüfung darstellen, nicht zuletzt aufgrund der besonderen Synergieeffekte beider Tätigkeiten.

2. Verschärfung der zivilrechtlichen Haftung

Neben den beiden vorstehend genannten Reformmaßnahmen zur Unabhängigkeit des Abschlussprüfers soll ebenfalls seine **zivilrechtliche Haftung** verschärft werden, um „die Qualität der Abschlussprüfung zu stärken und die erforderlichen Anreize für eine sorgfältige und gewissenhafte Prüfung zu setzen“⁴⁹. § 323 Abs. 2 Satz 1 HGB sieht bisher bei (**einfach oder grob**) **fahrlässigem Handeln** eine Begrenzung der Schadensersatzhöhe auf **1 Mio. €** vor, die bei der Prüfung von Aktiengesellschaften, deren Aktien zum Handel im amtlichen Markt zugelassen sind, auf **4 Mio. €** ausgeweitet wird.⁵⁰ Das Haftungsrisiko wird durch den obligatorischen Abschluss einer **Berufshaftpflichtversicherung** gem. § 54 Abs. 1 Satz 2 WPO, deren Mindestumfang den in § 323 Abs. 2 HGB benannten Beträgen zu entsprechen hat, eingeschränkt.

Nach dem FISG-RefE sollen die in § 323 Abs. 2 HGB kodifizierten Haftungsgrenzen gegenüber dem geprüften Unternehmen von 1 Mio. auf **2 Mio. €** bzw. von 4 Mio. auf **20 Mio. €** (Letztere künftig auf **sämtliche PIE-Kapitalgesellschaften** anzuwenden) signifikant angehoben werden. Zweitens sollen diese Haftungsgrenzen künftig nur noch für **leicht fahrlässiges Handeln** und nicht (mehr) für grobe Fahrlässigkeit Gültigkeit haben. Sofern der Abschlussprüfer einfach fahrlässig gehandelt hat, dies jedoch nicht für seine **Gehilfen** gilt, soll dem Abschlussprüfer das grob fahrlässige oder vorsätzliche Fehlverhalten zuzurechnen sein. Als **grobe Fahrlässigkeit** gilt, wenn die Abschlussprüfer „die verkehrsübliche Sorgfalt in besonders schweren Maße außer Acht lassen und das nicht beachten, was sich im gegebenen Fall jedem aufgedrängt hätte“⁵¹.

Eine „moderate“ Haftungsverschärfung hatte auch das *DAI* in seinem Positionspapier angeregt, wobei die Umsätze aus dem Prüfungsmandat zur Fixierung der Obergrenze dienen könnten.⁵² Dies steht im Einklang mit dem *AKBR*, der ebenfalls in seiner Stellungnahme eine Verschärfung der Binnenhaftung des Abschlussprüfers nach § 323 HGB in Erwägung zieht.⁵³

3. Strafvorschriften für die unrichtige Abgabe eines Bestätigungsvermerks

Analog zur Erhöhung des Strafmaßes bei der unrichtigen Abgabe des Bilanzzeids durch den Vorstand sieht **§ 332 Abs. 2 HGB-E** vor, dass die inhaltlich **unrichtige Abgabe eines Bestätigungsvermerks bei PIE-Prüfungen** mit bis zu **fünf Jahren Freiheitsstrafe** oder Geldstrafe geahndet werden soll. Bei einem **leichtfertigen Handeln** reduziert sich das maximale Ausmaß der Freiheitsstrafe auf **zwei Jahre**. Das *BMF*

und das *BMJV* legen dar, dass der Bestätigungsvermerk bei der Prüfung von PIEs „mit großem Adressatenkreis in hohem Maße schutzwürdig und eine Unredlichkeit des Prüfers in diesen Fällen besonders verwerflich ist“⁵⁴. Die Reformmaßnahme soll „zu redlichem Verhalten an[...]leiten und so die Qualität der Abschlussprüfung [...] verbessern“⁵⁵.

4. Informationspflichten gegenüber unternehmens-externen Instanzen

Eine weitere Reformmaßnahme bezogen auf den Abschlussprüfer nach dem FISG-RefE betrifft die Ausweitung seiner **Informationspflichten gegenüber unternehmensexternen Instanzen**. Aufgrund der besonderen Bedeutung des Verschwiegenheitsgebots gegenüber dem geprüften Unternehmen konnte sich der Abschlussprüfer bislang nur sehr begrenzt als „Whistleblower“ bei Verdacht auf *Top Management Fraud* betätigen. In **§ 323 Abs. 5 HGB-E** wird, in Übereinstimmung mit Art. 7 der EU-Abschlussprüferverordnung, behandelt, wie sich der Abschlussprüfer verhalten muss, sofern Vorstände und Aufsichtsräte nach erfolgter Mitteilung des Prüfers auf **Verdacht auf Unregelmäßigkeiten** nicht tätig werden. Hierbei soll in erster Linie die **BaFin** informiert werden, bei Verdacht auf Straftaten zusätzlich die **Staatsanwaltschaft** und bei Verdacht auf Ordnungswidrigkeit die zuständige **Verwaltungsbehörde**.

Eine Reform der Verschwiegenheitspflichten des Wirtschaftsprüfers gegenüber dem Mandanten bei Verdacht auf mögliche Bilanzdelikte wird auch durch den *AKBR* angeregt.⁵⁶

5. Erweiterung des Prüfungsgegenstands und -maßstabs

Der FISG-RefE sieht **keine** Erweiterung des Maßstabs oder Gegenstands der handelsrechtlichen Abschlussprüfung vor, wenngleich dies im aktuellen Fachschrifttum diskutiert wird. Insofern wird auch § 317 Abs. 4 HGB, welcher für börsennotierte Aktiengesellschaften eine Einbeziehung der Systeme nach § 92 Abs. 1 AktG in die Abschlussprüfung umfasst, nicht angetastet. Insofern würden die in § 93 Abs. 1a AktG-E genannten erweiterten Systeme insgesamt wohl auch keiner zwingenden inhaltlichen Prüfung durch den Abschlussprüfer zu unterziehen sein. Das *IDW* hatte z. B. vorgeschlagen, ein zwingend einzuführendes **Compliance Management-System** auch künftig durch einen Wirtschaftsprüfer pflichtgemäß

- ▶ Erhöhung der zivilrechtlichen Haftungsgrenzen des Abschlussprüfers auf 2 Mio. bzw. 20 Mio. €
- ▶ Unbeschränkte Haftung bei grob fahrlässigem Handeln

⁴⁹ FISG-RefE, S. 102.

⁵⁰ Bei vorsätzlichem Verhalten haftet der Abschlussprüfer dagegen in unbegrenzter Höhe.

⁵¹ FISG-RefE, S. 102.

⁵² Vgl. *DAI*, Deutsches Aktieninstitut zu möglichen Konsequenzen aus dem Fall Wirecard. Sorgfältig aufklären, zielgerichtet nachsteuern, unverhältnismäßige Konsequenzen vermeiden, 2020, S. 10.

⁵³ Vgl. *Arbeitskreis Bilanzrecht Hochschullehrer Rechtswissenschaft (AKBR)*, Bekämpfung von Unregelmäßigkeiten bei der Rechnungslegung einschließlich Betrug, 2020, S. 7.

⁵⁴ FISG-RefE, S. 105.

⁵⁵ FISG-RefE, S. 105 f.

⁵⁶ Vgl. *Arbeitskreis Bilanzrecht Hochschullehrer Rechtswissenschaft (AKBR)*, Bekämpfung von Unregelmäßigkeiten bei der Rechnungslegung einschließlich Betrug, 2020, S. 7.

inhaltlich würdigen zu lassen.⁵⁷ Mit Blick auf die derzeitige Überarbeitung der EU-CSR-Richtlinie durch die *EU-Kommission* spricht sich das *IDW* ferner für eine zwingende **materielle** Einbeziehung der **Nachhaltigkeitsberichte** im Rahmen der Abschlussprüfung und einen verstärkten Einsatz von **forensischen Prüfungsmethoden** aus.⁵⁸ Auch der *AKBR* unterbreitet den Vorschlag, das Ziel der Abschlussprüfung gem. § 317 HGB dahingehend anzupassen, Unregelmäßigkeiten und Bilanzbetrug aufzudecken und bei Hinweisen hierauf forensische Prüfungshandlungen einzusetzen.⁵⁹

VI. Kritische Würdigung zum FISG-RefE

- ▶ Abgrenzungsfragen zwischen § 91 Abs. 2 AktG und § 93 Abs. 1a AktG-E
- ▶ Zwingende Einrichtung von *Compliance Management-Systemen* für PIES?

1. Vorstand

Mit Blick auf die Reformvorschläge zum **Vorstand** ist es auf den ersten Blick verdienstvoll, dass der FISG-RefE in § 93 Abs. 1a AktG-E für börsennotierte Aktiengesellschaften die Implementierung eines angemessenen internen Kontrollsystems und Risikomanagementsystems vorsieht. Allerdings nehmen *BMF* und

BMJV keine Abgrenzung dieser Systeme vor, so dass ein Rückgriff auf die Gesetzesbegründung zum *BilMoG* notwendig ist. Unklar ist auch, aus welchen Gründen nicht analog zum Vorschlag des *AKBR* auch ein **internes Revisions-system** explizit aufgeführt wird. Ferner ist diskussionswürdig, aus welchen Gründen keine Integration in **§ 91 Abs. 2 AktG** erfolgt, welches die Einrichtung eines Risikofrüherkennungs- und Überwachungssystems für sämtliche Aktiengesellschaften de lege lata einfordert. Eine künftige Parallelität von § 91 Abs. 2 AktG und § 93 Abs. 1a AktG-E dürfte mit erheblichen **Auslegungs- und Abgrenzungsproblemen** in der Unternehmenspraxis verbunden sein. Überdies ist es wenig überzeugend, gerade vor dem Hintergrund der Diskussionen um die anstehende Transformation der *EU-Whistleblower-Richtlinie* und des geplanten „Verbandssanktionengesetzes“, dass das Thema **Compliance Management (Systeme)** lediglich in der Begründung zum RefE quasi als Fußnote aufgeführt ist.

Die Vorschläge des *IDW* und des *AKBR*, ein *Compliance Management-System* gesetzlich vorzuschreiben und die Prüfungspflichten des Abschlussprüfers auszuweiten, verdienen Zustimmung. Die durch das *KonTraG* und *BilMoG* erfolgte Betonung der Leitungs- und Überwachungspflichten von Vorstand, Aufsichtsrat und Abschlussprüfer nach den §§ 91 Abs. 2 AktG, 107 Abs. 3 Satz 2 AktG und § 317 Abs. 4 HGB sollte auch im Zuge des FISG vorangetrieben werden. Für börsennotierte Aktiengesellschaften sollte **§ 91 Abs. 2 AktG** modifiziert werden im Hinblick auf die Einrichtung eines umfassenden *Corporate Governance-Systems*, welches ein Risikomanagement-, Internes Kontroll-, Internes Revisions- und *Compliance Management-System* umfasst. Ein derart umfassend ausgestaltetes Überwachungssystem würde dann ebenfalls Gegenstand der Überwachung durch den Aufsichtsrat nach § 107 Abs. 3 Satz 2 AktG und der Prüfung

durch den Abschlussprüfer gem. § 317 Abs. 4 HGB werden können. Die durch das *IDW* bereits entwickelten Prüfungsstandards **IDW 980-983** zur bislang freiwilligen Prüfung derartiger Systeme könnten hierbei eine wertvolle Hilfestellung sein.

2. Aufsichtsrat

Neben den vorstandsbezogenen Reformvorschlägen ist es grds. positiv zu beurteilen, dass der FISG-RefE auch zu einer Stärkung der Überwachungstätigkeit von **Aufsichtsräten bzw. Prüfungsausschüssen** beitragen möchte. Die Überlegungen in § 107 Abs. 4 AktG-E, für PIES einen Prüfungsausschuss zwingend vorzuschreiben, sind einerseits zu begrüßen, um zu einer Stärkung der Effektivität der Aufsichtsratsstätigkeit beizutragen. Andererseits ist die Befolgungsquote zu der entsprechenden Empfehlung des DCGK am deutschen Prime Standard in den vergangenen Jahren recht hoch.⁶⁰ Insofern wird diese Reformmaßnahmen zu keiner massiven Erhöhung der Implementierungszahlen führen, zumal „kleine“ Aufsichtsräte auch weiterhin hiervon ausgenommen werden können. Der Blick sollte weniger auf die bloße Einrichtung eines Prüfungsausschusses, sondern ebenso auf das **konkrete Besetzungsprofil** der Mitglieder gerichtet werden. Die bisherige Minimalanforderung nach § 100 Abs. 5 i. V. mit § 107 Abs. 4 AktG, lediglich **einen** Finanzexperten in den Prüfungsausschuss zu berufen, ist überholt. Insofern ist die kumulative Existenz von Sachverstand in den Gebieten Rechnungslegung **und** Abschlussprüfung eine längst überfällige Reformmaßnahme, da diese Gebiete „zwei Seiten ein und derselben Medaille“ darstellen.

Es ist insbesondere unklar, wie ein Finanzexperte im Prüfungsausschuss Sachverstand in der Abschlussprüfung aufweisen, aber gleichzeitig keine Rechnungslegungsexpertise vorweisen kann. Die Bundesregierung sollte neben der Finanzexpertise im Prüfungsausschuss bzw. Aufsichtsrat auch der Frage nachgehen, ob die bisherige Formulierung in § 100 Abs. 5 AktG, wonach **Branchenexpertise** im Aufsichtsrat in der „Gesamtheit“ vorliegen muss, zu konkretisieren wäre. Im Schrifttum werden überdies in jüngerer Zeit zusätzliche Expertisen im Aufsichtsrat, z. B. **Nachhaltigkeits- oder Legal-Expertise**, regulatorisch eingefordert.

Die in § 107 Abs. 3 Satz 2 AktG-E vorgeschlagene Konkretisierung der Überwachung der **Qualität der Abschlussprüfung** durch den Prüfungsausschuss ist dagegen verdienstvoll, um die besondere Verantwortung des Prüfungsausschusses bzw. des Aufsichtsrats im Rahmen der Qualitätssicherung der externen Abschlussprüfung zu betonen. Hierdurch kann sich das Verhältnis zwischen Aufsichtsrat und Abschlussprüfer noch weiter intensivieren.

⁵⁷ Vgl. *IDW* Positionspapier. Fortentwicklung der Unternehmensführung und -kontrolle. Erste Lehren aus dem Fall Wirecard, 2020, S. 9.

⁵⁸ Vgl. *IDW* Positionspapier. Fortentwicklung der Unternehmensführung und -kontrolle. Erste Lehren aus dem Fall Wirecard, 2020, S. 8-9.

⁵⁹ Vgl. *Arbeitskreis Bilanzrecht Hochschullehrer Rechtswissenschaft (AKBR)*, Bekämpfung von Unregelmäßigkeiten bei der Rechnungslegung einschließlich Betrug, 2020, S. 7.

⁶⁰ Vgl. von *Werder/Danilov*, DB 2018 S. 2003 f.

3. Abschlussprüfer

Die durch das *BMF* und *BMJV* vorgeschlagenen Reformmaßnahmen im Bereich des Abschlussprüfers sind sehr kontrovers. Strittig ist zunächst, inwiefern die vorgeschlagene Verschärfung der externen Rotationsregeln (d. h. **zehn Jahre für sämtliche PIEs**) und die (fast) vollständige **Trennung von Prüfung und Beratung** (d. h. das Verbot eines parallelen Angebots von **Steuerberatungs- und Bewertungsleistungen** neben der Prüfung), eine sinnvolle Reformmaßnahme als Reaktion auf den **Wirecard-Skandal** darstellt. Wenngleich diese Maßnahmen im Einklang mit der EU-Abschlussprüferverordnung stehen, zu einer erhöhten Vergleichbarkeit bei den PIE-Prüfungen beitragen und auch die Tätigkeiten des Aufsichtsrats entlasten dürften, ist darauf hinzuweisen, dass die empirische Prüfungsforschung zum Einfluss einer externen Rotation und einer kombinierten Prüfungs- und Beratungstätigkeit auf die Qualität der Abschlussprüfung bislang aus internationaler Sicht zu sehr heterogenen Ergebnissen gelangt.⁶¹ Sofern die Reformmaßnahmen der **wirksamen Prävention von Top Management Fraud** nach den negativen Erfahrungen nach dem *Wirecard*-Skandal dienen sollen, sollte eher über eine Ausweitung und Fortentwicklung des Prüfungsmaßstabs und -gegenstands (z. B. **forensische Prüfungshandlungen, Prüfung von Compliance Management-Systemen**), nachgedacht werden, um die Anreize aufseiten des Managements zu verringern, *Top Management Fraud* zu begehen. Entsprechendes gilt für die Erhöhung des zivilrechtlichen Haftungsregimes bei den Abschlussprüfern.

In einer Gesamtschau ist davon auszugehen, dass die geplanten Regulierungen im Bereich der externen Abschlussprüfung zu einer **Verstärkung der Konzentrationsentwicklungen auf dem deutschen Prüfungsmarkt** führen werden. Mit großer Wahrscheinlichkeit würden mittelständische Prüfungsgesellschaften zur Abwendung von Haftungsrisiken und der weiterführenden Regulierungen bei PIEs in stärkerem Maße dazu tendieren, PIE-Prüfungen zu vermeiden und sich auf die Prüfung von mittelständischen, kapitalmarktfernen Gesellschaften zu konzentrieren. Bedauerlicherweise enthält der FISG-RefE auch keine Anreize zur **Durchführung von Joint Audits**, da die verlängerte Wechselfrist zur Durchführung einer externen Rotation bei freiwilligen *Joint Audits* von 24 Jahren gestrichen werden soll. Die Förderung von *Joint Audits* zwischen einer *Big Four*- und einer *Non-Big Four*-Gesellschaft könnte zumindest den rasanten Anstieg der Anbieterkonzentration etwas dämpfen.

4. Weiterentwicklung der Unternehmensberichterstattung

Neben den vorstehend genannten Leitungs-, Überwachungs- und Prüfungspflichten ist ebenfalls bedauerlich, dass der FISG-RefE keine **Synchronisierung der Unternehmensberichterstattung** vorantreibt. Aus Sicht der Unternehmensadressaten beeinträchtigt die „Zersplitterung“ der finanziellen und nichtfinanziellen Angaben die Aussagekraft der PIE-Berichterstattung, wobei die Risiken von „*Greenwashing*“ und eines „*Information Overloads*“ bedeutsam sind. Aus langfristiger Sicht resultiert die Notwendigkeit einer **integrierten Steuer-**

und Berichterstattung von finanziellen und nichtfinanziellen Risiken bei PIEs im Lagebericht. Eine gewichtige Hilfestellung könnte hierbei das **COSO-Rahmenwerk** geben, welches eine **Integration von ESG-Risiken** als ganzheitliches Risikomanagement vorgenommen hat.⁶²

Die Reformierung der nichtfinanziellen Berichterstattung wird derzeit auch durch die *EU-Kommission* vorangetrieben, wobei derzeit **Klimaaspekte** (z. B. die Angabe der CO₂-Emissionen) im Fokus der Reformdiskussionen stehen.⁶³ Es ist zu erwarten, dass im kommenden Jahr eine Revision der „EU-CSR-Richtlinie“ aus dem Jahre 2014 vorgenommen und eine Ausweitung der Berichtspflichten in Bezug auf **Klimaaspekte** vornehmen wird.⁶⁴ In einem direkten Zusammenhang hierzu steht das derzeit kontrovers diskutierte „**Lieferkettengesetz**“, wonach Unternehmen ab einer gewissen Größe zur Einhaltung von Menschenrechtsstandards entlang der Lieferkette verpflichtet werden sollen.⁶⁵ Da die bisherigen Angaben zu wesentlichen Risiken in der Lieferkette als Gegenstand der **nichtfinanziellen Erklärung** am deutschen Kapitalmarkt wesentliche Verbesserungspotenziale aufweisen,⁶⁶ kommt der Einrichtung eines ganzheitlichen Risikomanagementsystems und der Berichterstattung hierüber künftig eine signifikante Bedeutung zu.⁶⁷

- ▶ Drohende Überregulierung der Abschlussprüfung bei PIEs
- ▶ Weitere Erhöhung der Anbieterkonzentration am deutschen Prüfungsmarkt zu erwarten

61 Vgl. hierzu ausführlich *Velte/Loy*, *Journal of Governance and Regulation* 2018 S. 74 ff.

62 Vgl. *COSO*, *Enterprise Risk Management. Applying enterprise risk management to environmental, social and governance-related risks*, 2018.

63 Vgl. *Velte*, *Börsen-Zeitung* v. 17.7.2020 (Nr. 135) S. 8.

64 Vgl. EU-Kommission *Inception Impact Assessment. Revision of the Non-Financial Reporting Directive*, Brüssel 2020.

65 Vgl. Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung/Bundesministerium für Arbeit und Soziales (2020). Pressemitteilung v. 14.7.2020. Bundesminister *Heil* und *Müller*: „Jetzt greift der Koalitionsvertrag für ein Lieferketten-Gesetz. Ziel ist ein Abschluss noch in dieser Legislaturperiode“, abrufbar unter: <http://go.nwb.de/phjv9>.

66 Vgl. stellvertretend *Kajüter/Wirth*, *DB* 2018 S. 1610.

67 Vgl. hierzu *Velte*, *DStR* 2020 S. 2034.

KERNAUSSAGEN

- ▶ Mit dem RefE für ein FISG reagieren das *BMF* und *BMJV* auf den *Wirecard*-Skandal, wobei neben der Kapitalmarktaufsicht auch eine Vielzahl von Reformmaßnahmen im Rahmen der internen *Corporate Governance* vorgeschlagen wird. Dies betrifft u. a. auch die Tätigkeit von Vorständen und Aufsichtsräten bei Unternehmen des öffentlichen Interesses sowie Abschlussprüfer, welche diese Unternehmen prüfen.
- ▶ Die massivsten Reformmaßnahmen richten sich an den Abschlussprüfer bei PIE-Prüfungen. Neben der Verkürzung der externen Rotationsfrist auf zehn Jahre und der weitgehenden Trennung von Prüfung und Beratung (kein paralleles Angebot von Steuerberatungs- und Bewertungsleistungen mehr) soll die zivilrechtliche Haftung(sgrenze) auf 20 Mio. € angehoben und grob fahrlässiges Verhalten nicht mehr unter die Haftungsgrenze fallen. Ferner soll die unrichtige Abgabe eines Bestätigungsvermerks mit einer Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren belegt werden können. Auch soll die Verschwiegenheitspflicht des Abschlussprüfers bei Verdacht auf Unregelmäßigkeiten im Unternehmen zurückgedrängt werden.
- ▶ Vorstände in börsennotierten Aktiengesellschaften sollen nach dem FISG-RefE ein angemessenes Internes Kontroll- und Risikomanagementsystem implementieren. Hingegen soll § 91 Abs. 2 AktG für sämtliche Aktiengesellschaften bestehen bleiben. Ein fehlerhafter Bilanzzeit soll künftig ebenfalls mit bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe geahndet werden können. In Bezug auf den Aufsichtsrat bei PIEs soll dieser zukünftig zwingend einen Prüfungsausschuss implementieren, der u. a. auch explizit die Qualität der Abschlussprüfung überwachen muss und dessen/deren Finanzexperte(n) zwingend Sachverstand in Rechnungslegung und Abschlussprüfung aufweisen muss/müssen.

VII. Zusammenfassung

Neben einer tiefgreifenden Reform der Kapitalmarktaufsicht sieht der aktuelle FISG-RefE auch weitreichende Regulierungen in der **internen Corporate Governance** vor. Diese handels- und aktienrechtlichen geplanten Normierungen auf Ebene des **Vorstands, Aufsichtsrats und Abschlussprüfers bei Unternehmen des öffentlichen Interesses** waren Gegenstand des vorliegenden Beitrags. Ein Schwerpunkt der Reformmaßnahmen betrifft die Erhöhung der Unabhängigkeit des

Abschlussprüfers durch die **Verkürzung der externen Rotationsfrist auf zehn Jahre und den weitgehenden Ausschluss einer kombinierten Prüfungs- und Beratungstätigkeit bei PIEs**. Zudem sollen durch die **Verschärfung der zivilrechtlichen Haftung(sgrenzen)** bis auf 20 Mio. € und die Nichtbegrenzung eines grob fahrlässigen Fehlverhaltens die Sorgfaltsanreize des Abschlussprüfers gesteigert werden. Auch sind erweiterte **Strafvorschriften für die Abgabe fehlerhafter Bestätigungsvermerke und Informationspflichten gegenüber unternehmensexternen Stellen** bei Verdacht auf Unregelmäßigkeiten im FISG-RefE zu finden. In einer Gesamtschau wird die PIE-Prüfung gerade für mittelständische Prüfungsgesellschaften durch den FISG-RefE zunehmend unattraktiv. Eine zusätzliche Steigerung der Anbieterkonzentration auf dem deutschen Prüfungsmarkt wäre die logische Folge. Erweiterte Prüfungspflichten des Abschlussprüfers, z. B. die materielle Prüfungspflicht für ESG-Berichte oder das gesamte Risikomanagementsystem, werden derzeit nicht im FISG-RefE aufgeführt. Hierbei scheint die deutsche Bundesregierung auf den Abschluss der EU-Reform zur Revision der CSR-Richtlinie zu warten.

Positiv zu würdigen sind die Bestrebungen, mit dem FISG auch die Tätigkeit von Vorständen und Aufsichtsräten zu stärken. Bei der Ausformung und Anordnung von § 93 Abs. 1a AktG-E, welches die Einrichtung eines **Internen Kontroll- und Risikomanagementsystems** für börsennotierte Aktiengesellschaften vorsieht, besteht noch Nachbesserungsbedarf. Die **zwingende Einrichtung eines Prüfungsausschusses** und der zwingende Sachverstand in Rechnungslegung und Abschlussprüfung bei dem oder den Finanzexperten verdienen Zustimmung, wenngleich hierdurch keine allzu massiven Anpassungsnotwendigkeiten zu erwarten sind. Ob sich der deutsche Gesetzgeber auch noch an die Regulierung der „**Sustainable Corporate Governance**“ bei den PIEs herantraut? Auch hier steht ggf. eine neue EU-Richtlinie bald vor der Tür.

AUTOR



Prof. Dr. Patrick Velte

hat die Professur für Accounting, Auditing & Corporate Governance am Institut für Management, Accounting & Finance (IMAF) an der Leuphana Universität Lüneburg inne. Seine Forschungs- und Lehrgebiete umfassen die (inter)nationale Rechnungslegung, Abschlussprüfung und Corporate Governance aus einer nachhaltigen Perspektive.