

**Stellungnahme für die Öffentliche Anhörung des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages zum Gesetzentwurf eines "Finanzmarktintegritätsstärkungsgesetzes - FISG" (BT-Drs. 19/26966) sowie zu weiteren Vorlagen am Montag, den 15. März 2021**

**I. Bilanzkontrollverfahren** (§§ 106 ff. WpHG; FISG-E Drucks. S. 8 ff)

(1) Das zweistufige Bilanzkontrollverfahren **hat sich**, wenn man vom Wirecard-Fall absieht, **im Grundsatz bewährt** und sollte jedenfalls **vorerst**, wie im Entwurf vorgesehen, **beibehalten** werden. Der Wirecard-Fall ist – soweit ein Außenstehender dies nach dem bisherigen Stand der verfügbaren Informationen zu beurteilen vermag – sowohl von der BaFin als auch von der DPR falsch behandelt worden. Um derartige Vorfälle künftig tunlichst auszuschließen, überzeugt die im Entwurf vorgesehene Neuordnung und Erweiterung der Befugnisse der BaFin und der Berichtspflichten der DPR, die primäre Verantwortung und Zuständigkeit der BaFin für **Anlassprüfungen** mit forensischer Zielsetzung und entsprechenden Zwangsmitteln und die Beschränkung der DPR auf die von ihr bisher überzeugend geleisteten **Stichprobenprüfungen**.

Es gibt aber keinen Grund anzunehmen, dass die routinemäßige Stichprobenprüfung, ob die Jahresabschlüsse und Finanzberichte im Sinne des § 106 WpHG den gesetzlichen Vorschriften einschließlich der GoB und Rechnungslegungsstandards entsprechen, besser oder zuverlässiger ausfallen würde, wenn auch diese Aufgabe der BaFin übertragen würde.

In gewisser Weise dienen die Stellungnahmen der DPR auch der **Fortbildung und Standardbildung im Recht der Rechnungslegung**. Das ist eine von der **forensischen Tätigkeit bei Anlassprüfungen** sachlich zu unterscheidende Aufgabe und sollte auch künftig der Meinungsbildung der Fachleute der DPR überlassen bleiben und nicht Beamten und Angestellten der BaFin aufgebürdet werden. Die im Entwurf vorgesehene Evaluierung nach 5 Jahren (§ 113a FISG-E) wird erweisen, ob das duale Konzept in der veränderten Fassung die mit ihm verbundenen Erwartungen erfüllt oder nicht.

(2) Allerdings muss sichergestellt werden, dass künftig für die Mitglieder der Prüfstelle mindestens dieselben **Unabhängigkeitsanforderungen** gelten, wie sie für jeden Abschlussprüfer explizit (in §§ 319 Abs. 3, 319a HGB) vorgeschrieben sind. Das versteht sich eigentlich von selbst, ist bisher aber nicht gewährleistet, wie die Mandate des derzeitigen Präsidenten der DPR belegen. Auch der FISG-E sieht insoweit nur vor (§ 107a Abs. 1 Satz 2 FISG-E), dass *„nur eine solche Einrichtung anerkannt werden (kann), die aufgrund ihrer Satzung, ihrer personellen Zusammensetzung und der von ihr vorgelegten Verfahrensordnung gewährleistet, dass die Prüfung unabhängig ... erfolgt.“* Was „unabhängig“ im Einzelnen bedeutet, ist weder im Gesetzestext noch in der Begründung erläutert und bereitet in Zweifels- und Streitfällen erfahrungsgemäß Auslegungsprobleme. **Ein Verweis auf § 319 Abs. 3 HGB und Art. 5 der AbschlussprüferVO (EU) oder sogar eine striktere Regelung in § 107a WpHG n. F. ist hier angebracht.**

(3) Der Gesetzgeber sollte hinsichtlich des **Verhältnisses der §§ 106 ff. WpHG zu § 6 WpHG** für Rechtsklarheit sorgen. Die BaFin hat sich im Wirecard-Fall zu Unrecht darauf berufen, sie sei durch die „Spezialvorschriften“ der §§ 106 ff. WpHG an einer (Bilanz-)Prüfung nach Maßgabe des § 6 WpHG gehindert gewesen. Die Befugnisse der BaFin nach den §§ 106 ff. WpHG beziehen sich auch in ihrer Neufassung und Verschärfung lediglich auf Fälle, in denen konkrete Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen *Rechnungslegungsvorschriften* vorliegen und es gerade um einen solchen Verstoß geht. Es sollte daher klargestellt werden, dass die **§§ 106 ff. WpHG die Befugnisse der BaFin (auch zur Bilanzprüfung) in anderen Verfahren unberührt lassen**, also die BaFin nicht daran hindern, Untersuchungen

etwa zur Durchsetzung des Marktmanipulationsverbots gemäß § 6 WpHG durchzuführen und im Rahmen dieser Missstandsaufsicht etwa auch Bilanzen zu prüfen.

**(II) Straftaten und Ordnungswidrigkeiten** (§§ 119 ff. WpHG; FISG-E Drucks. S. 14 f.)

- (1) Der FISG-E führt in den §§ 119a – 119c WpHG neue Strafvorschriften ein. Die **Anzeigepflicht nach § 11 WpHG sollte hierauf erstreckt werden.**
  
- (2) Der FISG-E legt in § 110 Abs. 1 WpHG n. F. einen klaren Vorrang des staatsanwaltlichen Verfahrens fest. Nicht im Rahmen dieses Entwurfs, wohl aber bei der Diskussion um das anstehende Unternehmenssanktionengesetz (VerSanG) sollte geprüft werden, ob der BaFin **erweiterte Befugnisse der Unternehmenssanktionierung bei der Verfolgung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten** nach dem WpHG eingeräumt werden können, wie sie auch bereits dem BKartA bei der Verfolgung von Kartellordnungswidrigkeiten und in noch weiterem Umfang den Finanzbehörden bei der Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten und Steuerstraftaten zustehen. Die dezentral bei den Gerichten organisierten Staatsanwaltschaften, die nicht nur die Ermittlungsverfahren in Strafsachen nach dem WpHG einschließlich der Vertretung vor Gericht wahrnehmen, sondern u. U. auch die praktisch sehr viel bedeutsameren Ordnungswidrigkeitensachen nach dem WpHG übernehmen und vor Gericht vertreten, verfügen in der Regel nicht über fachlich einschlägig geschultes Personal. Die vorgesehene Beteiligung der BaFin in diesen von den StA geführten Verfahren (§ 122 WpHG; § 63 OWiG) gleicht dieses Defizit nicht aus und führt nur zur kostenträchtigen Komplizierung der Verwaltungsvorgänge. Die gewollte und geplante **Ertüchtigung der BaFin erfordert über den FISG-E hinaus noch weitere Schritte.**

- (3) **Es fehlt eine Kostenregelung** für die Fälle, in denen sich die neue Zuständigkeit der BaFin nach § 334 Abs. 4 Nr. 1 HGB n. F. auf Bußgeldtatbestände bezieht, die nicht der Überprüfung im Enforcement-Verfahren nach §§ 106 ff. WpHG unterfallen.

### (III) Abschlussprüfer (§§ 318 ff. HGB; FISG-E Drucks. S. 26 ff.)

- (1) Die vorgesehene **externe Prüferrotation nach 10 Jahren** (Aufhebung von § 318 Abs. 1a HGB) entspricht dem europäischen Standard (Art. 17 Abs. 1 AbschlussprüfungsVO) und ist zu begrüßen. Eine Mandatslaufzeit von 10 Jahren gestattet ohne Weiteres, sich mit den Besonderheiten und Entwicklungen des Unternehmens vertraut zu machen und diese über einen langen Zeitraum hinweg zu beobachten, ohne dass sich eine zu große Nähe der Abschlussprüfer zu dem geprüften Unternehmen entwickelt und damit nachteilig auswirkt.
- (2) **Nichtprüfungsleistungen**, die von einem den Jahresabschluss prüfenden Abschlussprüfer, seinen Partnern oder seiner WP-Gesellschaft erbracht werden, **begründen grundsätzlich die Gefahr, die Unabhängigkeit des Abschlussprüfers zu beeinträchtigen**, es sei denn, dass diese Nichtprüfungsleistungen vergleichsweise unerheblich sind. Der FISG-E plant insoweit freilich keine umfassende Reform, sondern lediglich das Verbot von Steuerberatungsleistungen und Bewertungsleistungen (Aufhebung des Mitgliedstaatenwahlrechts in § 319a HGB). Die aktuelle internationale Debatte hierüber, insbesondere in Großbritannien, wird erweisen, ob eine überzeugende Abschlussprüferreform hierbei stehen bleiben kann. Ein weitgehendes Verbot sämtlicher Beratungsleistungen durch Abschlussprüfer, deren Partner und WP-Gesellschaften würde dazu führen, dass sich die bisherigen Anbieter beider Leistungen aus einer Hand entweder auf zwei selbständige Anbieter verschiedener Leistungen (Abschlussprüfung; sonstige Leistungen) aufspalten – in diesem Fall werden die betreffenden Leistungen künftig von voneinander unabhängigen Anbietern am Markt angeboten und erbracht –, oder das eine oder das andere Angebot würde von den bisherigen Anbietern eingestellt werden. In diesem letzteren Fall könnte es kurzfristig zu einer

weiteren Konzentration am Markt für Abschlussprüfungsarbeiten kommen. Langfristig werden sich aber neue Anbieter für Abschlussprüfungen finden, wenn diese auskömmlich vergütet werden.

Soweit geltend gemacht wird, dass ein weitgehendes Verbot sonstiger Beratungsleistungen Preissteigerungen für Abschlussprüfungen zur Folge haben werde, wird implizit eingeräumt, dass die Abschlussprüfung durch die lukrativeren sonstigen Beratungsdienstleistungen quersubventioniert werde. Dieser Umstand kann aber die Unabhängigkeit des Abschlussprüfers in besonderem Maße beeinträchtigen. Eingewandt wird ferner, dass ein Verbot sonstiger Beratungsleistungen neben der Abschlussprüfung einzelwirtschaftlich betrachtet wertvolle Synergieeffekte zerstöre. Das mag insbesondere bei prüfungsnahen Dienstleistungen zutreffen, etwa bei steuerlicher Gestaltungsplanung oder Wertgutachten. Gerade das Angebot solcher unmittelbar die Bilanzierung betreffender Dienstleistungen neben der Abschlussprüfung aus einer Hand erscheint aber als besonders problematisch. Insgesamt erscheint daher jedenfalls die **Streichung des bisherigen § 319a HGB als überzeugender Schritt**. Weitere Einschränkungen sind zu Recht derzeit nicht vorgesehen; hier sollte die internationale Debatte und Entwicklung abgewartet werden.

(3) Bereits im gegenwärtigen Gesetzgebungsverfahren zum FISG-E sollte aber überlegt werden, die **Vergabe zulässiger Nichtprüfungsleistungen an Abschlussprüfer und an Personen, mit denen er zusammen seinen Beruf ausübt, von der Zustimmung des Aufsichtsrats abhängig** zu machen (**Ergänzung des § 111 Abs. 4 AktG**). Man könnte sogar einen Schritt weitergehen und nach dem Vorbild des § 112 AktG jeden Vertragsschluss mit dem Abschlussprüfer und Personen, mit denen er zusammen seinen Beruf ausübt, ausschließlich dem Aufsichtsrat auftragen. Nach geltendem Recht ist die Vergabe solcher Aufträge allein Sache des Vorstands, wenn die Satzung oder die Geschäftsordnung für den Vorstand nichts anderes vorsehen.

(4) Die Einführung von **Haftungshöchstgrenzen** für die Haftung der Abschlussprüfer stellt eine **Privilegierung** im Vergleich mit anderen

Berufsgruppen dar, die für ihre Vertrags- und Deliktshaftung ihren Mandanten (und u.U. Dritten gegenüber) keine vergleichbare Haftungsbeschränkung kraft Gesetzes kennen. Wenn der FISG-E (§ 323 Abs. 2 S. 1, 2 HGB n. F.) diese Haftungshöchstgrenzen nunmehr anhebt, bleibt es gleichwohl dabei, dass es sich dabei immer noch um eine privilegierende Abweichung von dem allgemeinen zivilrechtlichen Prinzip der Schadensersatzhaftung in vollem Umfang bei jedem fahrlässigen oder vorsätzlichen Pflichtverstoß (§§ 276, 249 ff. BGB) handelt. Was nun den Umfang der geplanten Anhebung der Haftungshöchstgrenzen angeht, so erfolgt diese vor dem Hintergrund, dass die bisherigen Haftungshöchstgrenzen seit 1998 unverändert bestehen und im internationalen Vergleich niedrig sind. Z.T. gibt es in anderen EU-Mitgliedstaaten überhaupt keine Haftungshöchstgrenzen. **Die differenzierende Anhebung in § 323 Abs. 2 S. 1, 2 HGB n. F. trägt dem Rechnung und ist zu befürworten.**

- (5) Neu ist die Vorschrift, dass sich Abschlussprüfer künftig nur noch bei einfacher, **nicht mehr bei grober Fahrlässigkeit auf die bestehenden Haftungshöchstgrenzen berufen** können sollen (§ 323 Abs. 2 Satz 2 HGB n. F.). Die Begründung zum Entwurf führt dazu Folgendes aus: *„Das Interesse der Abschlussprüfer, ihrer Gehilfen und der bei der Prüfung mitwirkenden gesetzlichen Vertreter von Prüfungsgesellschaften an einer summenmäßigen Begrenzung ihrer Haftung ist nicht schutzwürdig, wenn diese Personen ihre Pflichten grob fahrlässig verletzen, also die verkehrsübliche Sorgfalt in besonders schwerem Maße außer Acht lassen und das nicht beachten, was sich im gegebenen Fall jedem aufgedrängt hätte (zu diesem Maßstab vergleiche BGH NJW 1992, 3235, 3236). Hierdurch wird auch dem Umstand Rechnung getragen, dass eine Verschuldenshaftung im geltenden Recht nur in seltenen Ausnahmefällen der Höhe nach begrenzt und bei vorsätzlichem und grob fahrlässigem Verhalten eine gesetzliche Haftungsbeschränkung im Allgemeinen nicht vorgesehen ist.“* **Diese Argumentation überzeugt nicht.**

Richtig ist zwar, dass eine Verschuldenshaftung im geltenden Recht nur in seltenen Ausnahmefällen der Höhe nach begrenzt und bei vorsätzlichem und grob fahrlässigem Verhalten eine gesetzliche Haftungsbeschränkung

im Allgemeinen nicht vorgesehen ist. Richtig ist aber auch, dass es nach allgemeinem Zivilrecht dann der Vereinbarung der Parteien überlassen ist, eine Haftungsbeschränkung nur für Vorsatz zu vereinbaren (§ 276 Abs. 3 BGB), also sogar jede Haftung für grobe Fahrlässigkeit auszuschließen oder durch einen Haftungshöchstbetrag zu beschränken, um das Haftungsrisiko kalkulierbar und versicherbar zu halten. Da § 323 Abs. 2 Satz 2 HGB n. F. aber zwingendes Recht darstellt, ist diese Option den Abschlussprüfern verwehrt.

Auch das Hauptargument der Amtlichen Begründung, das Interesse der Abschlussprüfer, ihrer Gehilfen und der bei der Prüfung mitwirkenden gesetzlichen Vertreter von Prüfungsgesellschaften an einer summenmäßigen Begrenzung ihrer Haftung sei nicht schutzwürdig, wenn diese Personen ihre Pflichten grob fahrlässig verletzen, überzeugt nicht. Es steht in direktem Widerspruch zur allgemeinen Wertung des Zivilrechts, das in § 276 Abs. 3 BGB explizit zulässt, dass die Haftung für grobe Fahrlässigkeit durch privatvertragliche Vereinbarung sogar ganz ausgeschlossen werden kann.

Hinzu kommt, dass die Grenze zwischen einfacher Fahrlässigkeit und grober Fahrlässigkeit nicht immer einfach zu ziehen ist. Im Nachhinein erscheint vieles als grobfahrlässig, was ex ante vielleicht anders beurteilt worden wäre. Hinzu kommt, dass es für Abschlussprüfer schwierig werden dürfte, für eine summenmäßig unbegrenzte Haftung eine Haftpflichtversicherung abzuschließen.

Insgesamt **sollte der Gesetzgeber daher wie nach bisher geltendem Recht die Haftungshöchstbeträge auch für Fälle grobfahrlässigen Verhaltens vorsehen.**

#### **(IV) Aktienrecht** (§§ 91 ff. AktG; FISG-E Drucks. S. 39 ff.)

(1) § 91 Abs. 3 AktG n. F. (Pflicht zur Einrichtung eines der Geschäftstätigkeit und der Risikolage des Unternehmens angemessenen und wirksamen **internen Kontrollsystems und Risikomanagementsystems** in börsennotierten Gesellschaften) ist systematisch überzeugend nicht in

§ 93 AktG, sondern § 91 verankert. Es handelt sich um eine zwingende Pflicht, nicht um eine Business Judgement-Entscheidung. Die Ausgestaltung der Systeme im Einzelnen bleibt dabei ohnedies dem Vorstand überlassen, der sie an die besonderen Verhältnisse in seiner Gesellschaft/Konzern anzupassen hat.

Wie diese Systeme voneinander abzugrenzen sind, und wie sie sich zu dem in § 91 Abs. 2 AktG erwähnten Früherkennungssystem, dem in § 107 Abs. 3 Satz 2 AktG zusätzlich erwähnten internen Revisionssystem sowie einem Compliance-System zur Aufdeckung von Rechtsverstößen verhalten, kann der Beurteilung durch das wissenschaftliche Schrifttum und die Rechtsprechung überlassen bleiben. Nach der Begründung des Gesetzentwurfs umfasst das ausdrücklich erwähnte interne Kontrollsystem auch die Sicherung der Einhaltung der maßgeblichen rechtlichen Vorschriften, m. a. W. ein **Compliance-System** (BT-Drucksache 19/26966 S. 113, 3. Absatz). Nicht erwähnt, aber bedeutsam ist, dass ein Compliance-System durch eine **Whistleblowerfunktion** ergänzt werden sollte. Der Hinweis auf ein solches Hinweisgebersystem könnte bereits jetzt, vor Umsetzung der Hinweisgeber-Richtlinie, in § 91 Abs. 3 AktG erfolgen.

Als entbehrlich und überdies **nicht unbedenklich** erscheint aber **das Tatbestandsmerkmal** in § 91 Abs. 3 AktG, dass die einzurichtenden Systeme „angemessen **und wirksam**“ sein sollen. Entbehrlich ist dieser Zusatz, weil ein generell unwirksames System auch nicht angemessen sein dürfte. Wenn das System sich dagegen im Einzelfall als unwirksam herausstellt, kann es gleichwohl „angemessen“ gewesen sein, nämlich wenn es zur Aufdeckung, Steuerung und Bewältigung aller wesentlichen Risiken geeignet, der eingetretene Schadensfall aber nicht vorhersehbar oder nicht vermeidbar war. Da § 91 Abs. 3 AktG n. F. eine strikte Rechtspflicht der Vorstandsmitglieder zur Einrichtung wirksamer Systeme begründet, besteht hier die **Gefahr einer verschuldensabhängigen Erfolgshaftung**, auch wenn die Entwurfsbegründung dies wohl anders sieht (BT-Drucksache 19/26966 S. 113, 2. Absatz a. E.). **Dieser Zusatz „... und wirksam“ sollte daher gestrichen werden.**



- (2) Nach § 100 Abs. 5 AktG n. F. muss künftig in Gesellschaften von öffentlichem Interesse mindestens ein Aufsichtsratsmitglied über Sachverstand auf dem Gebiet Rechnungslegung und mindestens ein weiteres Mitglied über Sachverstand auf dem Gebiet Abschlussprüfung verfügen. § 107 Abs. 4 Satz 2 AktG n. F. wiederholt diese Anforderungen für die Mitglieder des Prüfungsausschusses von Gesellschaften von öffentlichem Interesse. Da nach § 107 Abs. 4 Satz 1 AktG n. F. jede Gesellschaft von öffentlichem Interesse einen Prüfungsausschuss einzurichten hat, **erübrigt sich § 100 Abs. 5, 1. Halbsatz AktG n. F.**
- (3) Die Anforderung des § 107 Abs. 4 Satz 2 AktG n. F., dass mindestens ein Mitglied des Prüfungsausschusses Kenntnisse im Bereich Abschlussprüfung und ein weiteres Mitglied Kenntnisse im Bereich Rechnungslegung haben muss, sollte dahingehend geändert werden, dass zu diesen „qualifizierten“ Mitgliedern des Prüfungsausschusses der Vorsitzende des Ausschusses gehören muss, anders gewendet, dass (neben einem weiteren Mitglied) **der Vorsitzende des Prüfungsausschusses Kenntnisse entweder im Bereich Rechnungslegung oder im Bereich Abschlussprüfung haben muss.**
- (4) Der Gesetzgeber sollte die (durch das AbschlussprüferreformG 2016 aufgehobene) **Anforderung, dass der Vorsitzende des Prüfungsausschusses unabhängig** sein, jedenfalls kein früheres Vorstandsmitglied der Gesellschaft oder eines mit ihm verbundenen Unternehmens sein darf, wieder **ins Gesetz aufnehmen**. Es widerspricht guter Corporate Governance und ist auch international nicht zu vermitteln, dass der Finanzvorstand der Mutter oder der vormalige Finanzvorstand der Gesellschaft selbst den Vorsitz des Prüfungsausschusses übernehmen kann und als einer der beiden künftig geforderten Rechnungslegungs-/Abschlussprüfungsexperten gilt. Das ist umso unverständlicher, als § 324 Abs. 2 Satz 2 HGB für die dort erfassten Gesellschaften ausdrücklich nach wie vor zwingend vorschreibt: „...; die Mehrheit der Mitglieder (sc. des Prüfungsausschusses), **darunter der Vorsitzende, muss unabhängig sein** ...“. Diese Vorschrift soll nach dem FISG-E beibehalten werden (BT-Drucks. S. 28 sub 9. b) aa). Sie erklärt sich daraus, dass für die Gesellschaften i. S. des § 324 Abs. 2 Satz 2 HGB der

Deutsche Corporate Governance-Kodex nicht gilt, der für börsennotierte Gesellschaften eine entsprechende Empfehlung enthält (DCGK Empfehlung D. 4). Wieso aber für börsennotierte Gesellschaften dies nur eine Empfehlung und für die Gesellschaften i. S. des § 324 Abs. 2 Satz 2 HGB zwingendes Erfordernis sein soll, bleibt unerfindlich.

- (5) Das im Entwurf vorgesehene **Auskunftsrecht des Vorsitzenden des Prüfungsausschusses** gegenüber den Leitern der Zentralbereiche, die für die Aufgaben des Prüfungsausschusses von Bedeutung sind (§ 107 Abs. 4 Satz 3, 4 AktG-E), **ist zu begrüßen**. Praktisch wird der Vorsitzende des Prüfungsausschusses hier die von den zuständigen Zentralbereichen zum einen deren Routineberichte anfordern und zum anderen *ad hoc*-Aufklärungen zu Einzelfragen verlangen. **Dasselbe Recht** wird man dem vom Vorsitzenden des Prüfungsausschusses verschiedenen **Vorsitzenden des Aufsichtsrats zubilligen** müssen. **Eine Pflicht** der Leiter der Zentralbereiche **zu unaufgeforderter aktiver Berichterstattung** aus wichtigem Anlass ist damit aber nicht verbunden, **sollte auch nicht erwogen werden**, da die diesbezügliche Berichterstattung nach § 90 Abs. 1 Satz 3 AktG Sache des Vorstands ist.

Frankfurt, 12. 3. 2021

(Prof. Dr. Baums)