

Herrn Dr. Christian Eichholz
Bundesministerium der Justiz und für
Verbraucherschutz
Referat III A 2
11015 Berlin

Datum
9. November 2020

Seite
1 von 7

Per E-Mail: eichholz-ch@bmjv.bund.de

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

Sehr geehrte Herr Dr. Eichholz,

vielen Dank für die Möglichkeit der Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Finanzmarktstabilität (FISG), der wir hiermit gern nachkommen.

Wir unterstützen grundsätzlich das Ziel des Gesetzentwurfs, das Vertrauen in den deutschen Finanzmarkt zu stärken. Entsprechend der zum Wirecard-Fall gemachten Vorschläge der europäischen Aufsichtsbehörde ESMA ist es folgerichtig, die Bilanzkontrolle zu verbessern. Insbesondere rechtliche und verfahrensbedingte Hürden für den Informationsaustausch zwischen den zuständigen Institutionen und Behörden stehen hier im Fokus der Überlegungen. Die durch das FISG darüber hinaus vorgesehene verschärfte Regulierung der Bilanzkontrolle und der Abschlussprüfung trägt dem außerordentlichen Betrugsfall Wirecard u. E. jedoch nicht Rechnung und führt zu einer erheblichen Belastung aller sich gesetzeskonform verhaltenden Unternehmen. Der beispiellose Betrugsfall Wirecard darf nicht zu einer Kriminalisierung aller ordnungsgemäß bilanzierenden und kommunizierenden Unternehmen führen. Auch lässt sich aus dem Wirecard-Fall keine gesetzgeberische Eile ableiten. Für die Neuordnung der Bilanzkontrolle sehen wir die Notwendigkeit höchstmöglicher gesetzgeberischer Sorgfalt.

Die umfangreichen vorgeschlagenen Änderungen nebst der teilweise nicht ganz klaren oder sehr kurzen Erläuterungen in der Begründung lassen aus unserer Sicht eine tiefgreifende Analyse der einzelnen Regelungen mit Blick auf ihre Wirkungen in der kurzen Zeit nicht zu. Die nachfolgenden Punkte stellen deshalb eine Auswahl besonders offensichtlicher Kritikpunkte am Referentenentwurf dar:

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

Hausanschrift
Breite Straße 29
10178 Berlin
Postanschrift
11053 Berlin
Telekontakte
T: +493020281430
F: +493020282430

Internet
www.bdi.eu
E-Mail
A.Selter@bdi.eu

1. Neuregulierung der Bilanzkontrolle

1.1 Erweiterung der BaFin-Zuständigkeit zur generellen Bilanzkontrolle erschwert Aufdeckung von Bilanzbetrug

Als Gründungsmitglied der Deutschen Prüfstelle für Rechnungslegung (DPR) begrüßt der BDI die Weiterführung des zweistufigen Kontrollverfahrens. Aus unserer Sicht führt jedoch die vorgesehene Erweiterung der BaFin-Zuständigkeit zur generellen Bilanzkontrolle zu einer Überfrachtung der Aufgaben der BaFin. Aus unserer Sicht wird damit eine rasche Aufarbeitung von Bilanzbetrug durch die BaFin eher erschwert als verbessert.

Die BaFin soll nach dem Referentenentwurf nicht nur bei „erheblichen Verstößen gegen Rechnungslegungsvorschriften“ (§ 107 Abs. 7 S. 1 RefE-WpHG) tätig werden, sondern generell bei allen nicht offensichtlich belanglosen Verstößen. Zudem soll die BaFin künftig für alle anlassbezogenen Prüfungen zuständig sein (§§ 107 Abs. 1 S. 1 und 107a Abs. 4 Satz 1/108 Abs. 1 RefE-WpHG). Die Prüfstelle soll sich danach künftig nur auf stichprobenartige Prüfungen beschränken. Daneben sieht § 107a Abs. 9 RefE-WpHG vor, dass die BaFin in allen – auch Bagatellfällen – umfangreich von der Prüfstelle informiert werden muss, was entsprechende Ressourcen bei der BaFin erfordern und binden wird, ohne dass ein Zusammenhang mit Bilanzbetrug wie bei Wirecard erkennbar ist. Weiter soll der BaFin die Rolle der Verwaltungsbehörde für Ordnungswidrigkeiten nach HGB (einschließlich lediglich formaler Verstöße) übertragen werden, vgl. stellvertretend § 334 Abs. 4 RefE-HGB.

Aus unserer Sicht sollte die BaFin den Einsatz von neu zu schaffenden Kompetenzen (einschließlich ggf. forensischer Mittel) und ihre Ressourcen auf die Fälle beschränken, in denen Bilanzbetrug und erhebliche Wertveränderungen börsennotierter Papiere im Raum stehen. Andernfalls besteht die Gefahr, dass sich die BaFin in nicht kapitalmarktrelevanten (Bagatell-)Fällen verzettelt und für die schweren Fälle, wo überdies besondere Eile geboten ist, weder Zeit noch Ressourcen aufwenden kann oder einen enormen Kostenapparat ohne Mehrwert aufbaut, der von allen Unternehmen zu tragen ist. Dieser Eingriffs-Tatbestand sollte überdies möglichst rechtssicher im Gesetz selbst definiert und umschrieben werden. Die jetzt lediglich in § 107 Abs. 7 S. 1 RefE-WpHG bei der Durchsuchungsbefugnis enthaltene Voraussetzung („erheblicher Verstoß gegen Rechnungslegungsvorschriften“) genügt diesen Anforderungen in mehrfacher Hinsicht nicht; die Hinweise in der Begründung sind weder ausreichend noch zielführend formuliert.

Eine Reform sollte eher eine Verbesserung der Reaktionsgeschwindigkeit der BaFin bei solchen schweren Fällen aufgreifen und diese nicht durch eine immense Verbreiterung der Zuständigkeiten auch für Bagatellfälle weiter abschwächen. Die Zuständigkeiten der DPR sollten daher weiterhin auch anlassbezogene Prüfungen umfassen.

1.2 Ermittlungsrechte der BaFin zu weitgehend

Die Vernehmungsrechte in § 107 Abs. 5 RefE-WpHG erfassen auch bei Bagatellfällen alle Beschäftigten und letztlich jedermann, denn Voraussetzung ist lediglich das Vorliegen von konkreten Anhaltspunkten für einen Verstoß gegen Rechnungslegungsvorschriften. Das erscheint viel zu weitgehend. Der Öffentlichkeit ist überdies nicht klar, inwieweit die BaFin bisher mit messbaren Erfolgen von ihrem Vernehmungsrecht nach § 6 Abs. 3 WpHG Gebrauch gemacht hat. Dies sollte evaluiert, dargestellt und dann für diesen Fall begründet werden. Solche Rechte hat die BaFin nicht einmal beim Verfolgen unerlaubter Bankgeschäfte (§ 44c KWG), wo – anders als hier – immer eine Straftat im Raum steht nach § 54 KWG. Im Ergebnis erscheinen Ladungs- und Vernehmungsrechte nur bei Verdacht auf Straftaten angemessen (wenn sie die Staatsanwaltschaft dann ohnehin hat).

Weiter sollte zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit klargestellt werden, dass Durchsuchungen (§ 107 Abs. 7 RefE-WpHG) nicht bei jedem „wesentlichen Verstoß“ möglich sind, sondern nur bei dem Verdacht auf Straftaten. Rechtsstaatlich stellt sich auch die Frage, warum die BaFin hier auch gegen Dritte weitergehende Befugnisse haben soll als die Staatsanwaltschaft nach § 103 StPO. Wenn der Gesetzgeber die BaFin zu einer Art Sonderstaatsanwaltschaft ausbauen möchte, sollte er dies rechtsstaatlich einwandfrei begründen können und ebenso rechtsstaatlich durchführen.

Es sollte entgegen § 108 Abs. 4 RefE-WpHG nicht ausreichen, dass allein Zweifel an der Richtigkeit des Prüfergebnisses durch die Prüfstelle (Nr. 2) zu einem Aufgreifensrecht der BaFin führen, da damit die Ergebnisse der Prüfung durch die Prüfstelle letztlich keinerlei Rechtssicherheit mehr vermitteln.

Fraglich erscheint, auch die in § 109 Abs. 2 Satz 3 RefE-WpHG vorgesehene Kompetenz der BaFin zuzuordnen, ob die Berichtigung in einen bestehenden Abschluss oder in den nächsten Abschluss aufzunehmen ist. Solche Gestaltungsrechte sollten nicht der BaFin zustehen, solange es Bilanzierungsgrundsätze gibt, nach denen eine Berichtigung vorgenommen werden kann.

1.3 Die erweiterte Publizität sollte sich auf kapitalmarktrelevante Verstöße beschränken

Die im RefE vorgesehene Steuerung über das von der BaFin eingeschätzte „öffentliche Interesse“ erscheint zu weit und zu weich, um z. B. lediglich formelle Verstöße gegen Rechnungslegungsvorschriften von diesen Erweiterungen auszunehmen.

Eine Veröffentlichung der BaFin schon bei Einleitung einer Untersuchung und bei einzelnen Verfahrensschritten sollte vielmehr nicht allein an das Vorliegen eines öffentlichen Interesses gebunden werden (so der Wortlaut der Regelung). Stattdessen müsste (wie in der Gesetzesbegründung angesprochen) eine Abwägung erfolgen, ob das öffentliche Interesse an der Veröffentlichung das Interesse der Gesellschaft an der Geheimhaltung überwiegt. Diese Abwägung dürfte bei einem so frühen Zeitpunkt häufig zu dem

Ergebnis führen, dass das Unternehmen schützenswert ist. Diese Abwägungsnotwendigkeit müsste im Gesetz verankert werden. Für (unter Umständen nur stichprobenartige) Einleitungen von Prüfungen durch die Prüfstelle (§ 108 Abs. 2 ReE-WpHG) erscheint eine Möglichkeit zur Veröffentlichung durch die BaFin unangemessen.

2. Stärkung der Unabhängigkeit der Abschlussprüfer

Die Neuregulierung der Abschlussprüfung hat keinen direkten Bezug zum außerordentlichen Betrugsfall Wirecard und bedeutet zusätzliche Belastungen für alle prüfungspflichtigen Unternehmen. Die betroffenen Unternehmen befürchten, dass die Auswahl der Prüfungsgesellschaften weiter eingeschränkt und verteuert wird. Zum einen für die kapitalmarktorientierten Unternehmen durch die verkürzte Prüferrotation in Kombination mit der strikten Trennung von Prüfung und Beratung und zum anderen durch die allgemeine Verschärfung der zivilrechtlichen Haftung des Abschlussprüfers zusätzlich für alle prüfungspflichtigen Unternehmen.

2.1 Beschränkung der externen Rotationfrist durch Streichung der Verlängerungsoption verlangt eine angemessene Übergangsregelung

Für die Streichung des § 318 Abs. 1a HGB und damit die Abschaffung der Option für kapitalmarktorientierte Unternehmen, ein Abschlussprüfungsmandat nach zehn Jahren nach einer öffentlichen Ausschreibung um weitere zehn Jahre zu verlängern, muss eine angemessene Übergangsregel geschaffen werden. Es muss verhindert werden, dass Unternehmen, die bereits über ein öffentliches Ausschreibungsverfahren die Verlängerungsoption von 10 Jahren gezogen haben, mit Inkrafttreten des Gesetzes zu einem neuen Ausschreibungsverfahren gezwungen werden. Dies verursacht unverhältnismäßige Kosten und verzögert unternehmerische Entscheidungen und Prozesse in Bezug auf die Vergabe von Nichtprüfungsleistungen (wie auch unter 2.2 ausgeführt). Zusätzlich muss verhindert werden, dass laufende zum Teil sehr langwierige Ausschreibungsverfahren mit Inkrafttreten des Gesetzes obsolet werden. Es sollte daher eine großzügige Übergangsvorschrift vorgesehen werden. Angebracht wäre eine Regelung, nach der die Optionsmöglichkeit erst ab der nächsten regulären Ausschreibung nicht mehr greift.

2.2 Vorgesehenes Verbot von Nichtprüfungsleistungen/Streichung von § 319a HGB ist unverhältnismäßig

Nach der im RefE genannten Begründung soll das aus Nichtprüfungsleistungen (NPL) erwachsende Risiko für Interessenkonflikte vermindert werden und die Unabhängigkeit des Abschlussprüfers gestärkt werden. Die Vorschrift des § 319a HGB ist erst seit rund vier Jahren in Kraft. In der Sache fehlt jeder Anhaltspunkt, dass durch die derzeit zulässigen NPL Bilanzbetrug wie bei Wirecard erleichtert oder befördert wird. Umgekehrt und im Zusammenhang mit der Neuregelung für Verschmelzungsprüfer nach UmwG und Vertragsprüfer in § 293d RefE-AktG verringert sich die Auswahl an bestellbaren Abschlussprüfern erheblich. Gleichzeitig wird für alle Unternehmen und Wirtschaftsprüfer ein immenser bürokratischer Aufwand geschaffen, weil künftig alle NPL so erfasst und gesteuert werden müssen,

dass ein Unternehmen auch künftig noch über eine Auswahlmöglichkeit bei Verschmelzungs- und Vertragsprüfern verfügt.

Zudem ist die Abschaffung der Möglichkeit, einen Antrag auf Erweiterung der Honorarkappung für Nichtprüfungsleistungen zu stellen, sachlich nicht gerechtfertigt und erhöht das Risiko unternehmerischer Entscheidungen. Anlass der Anträge sind regelmäßig Maßnahmen des geprüften Unternehmens (z. B. konzerninterne Umstrukturierungen, Aufnahme von Liquidität am Kapitalmarkt), die vom Abschlussprüfer nicht beeinflusst werden. Ein erzwungener Wechsel des Dienstleisters / Prüfers im laufenden Beratungsprozess stellt damit ein erhebliches Risiko dar, was zu höheren Kosten für die Unternehmen führt. Da die Abschlussprüferaufsichtsstelle den Antrag genehmigen muss, ist bereits heute einem Missbrauch vorgebaut.

Überdies verkennt die Streichung des § 319a HGB die wichtige Kontrollfunktion des Prüfungsausschusses (des Aufsichtsrats), der sich in den letzten Jahren intensiv mit der Unabhängigkeit des Abschlussprüfers auch mit Blick auf NPL auseinandergesetzt hat. Eine Stärkung der Funktion des Prüfungsausschusses sollte nicht nur über erhöhte Sanktionen und Anforderungen erfolgen, sondern auch über die ihm zugebilligte Kompetenz, die Unabhängigkeit des Abschlussprüfers zutreffend einordnen zu können, auch was NPL angeht (vgl. § 107 Abs. 3 S. 2 AktG). Es sollte daher auf das strikte Verbot von NPL verzichtet werden.

2.3 Ersetzungsverfahren bei Verstoß gegen Art. 5 Abs. 1 EU-APrVO ist unverhältnismäßig

Mit der geplanten Ergänzung des § 318 Abs. 3 HGB droht den Unternehmen von öffentlichem Interesse zukünftig bei jedem, d. h. auch einem eindeutig unbedeutenden Verstoß gegen die Liste verbotener Nichtprüfungsleistungen des Art. 5 Abs. 1 EU-APrVO die Ersetzung des Abschlussprüfers bzw. als rechtliche Folgewirkung die Kündigung des Prüfungsauftrags durch den Abschlussprüfer (§ 318 Abs. 6 Satz 1 HGB i. V. m. § 49 WPO). Eine derart rigide Rechtsfolge ist unverhältnismäßig, zumal die europäische Regelung keine Bagatellregelung enthält. Wir sehen hier eine Schwächung des Kapitalmarkts durch ein erhöhtes Risiko der Unternehmen. Auch würde dies über internationale übliche Standards hinausgehen. Auf diese Regelung sollte verzichtet werden.

2.4 Verschärfung der zivilrechtlichen Haftung des Abschlussprüfers erhöht die Kosten für alle prüfungspflichtigen Unternehmen

Die Erhöhung der Haftungshöchstgrenze nach § 323 Abs. 2 RefE-HGB gilt grundsätzlich für alle Prüfungen und führt damit zu Mehrkosten für alle Unternehmen. Da kein Bezug zum Wirecard-Fall erkennbar ist, lehnen wir diese Regelung ab.

3. Stärkung der Corporate Governance

3.1 Keine Rechtssicherheit durch unklare Sorgfaltsmaßstäbe

Die im Wortlaut von § 93 Abs. 1a RefE-AktG enthaltene Forderung nach einem „wirksamen“ internen Kontrollsystems und Risikomanagementsystems als Voraussetzung für die Sorgfalt des Vorstands geht zu weit. Dies würde dazu führen, dass jeder kleinste Fehler im System nachträglich als Nachweis der Unwirksamkeit der Maßnahmen benutzt werden könnte, was automatisch einen Sorgfaltsverstoß des Vorstands bedeuten würde. Sollte an dieser Formulierung festgehalten werden, muss der Gesetzgeber für Rechtssicherheit durch eine Klarstellung sorgen, dass das Verständnis der Wirksamkeit grundsätzlich und prozessorientiert und nicht ergebnisorientiert ist, entsprechend der Prüfungsvorgaben der Wirtschaftsprüfung. Unabhängig davon ist zu begrüßen, dass in § 93 Abs. 1a RefE-AktG auch aufgenommen wurde, dass das System „angemessen“ sein soll.

3.2 Auskunftsrechte des Prüfungsausschusses unklar geregelt

Die für § 107 RefE-AktG vorgesehene Regelung zu den unmittelbaren Auskunftsrechten des Prüfungsausschusses (PA) gegenüber Leitern bestimmter Abteilungen scheint abschließend geregelt. Die Nennung der Abteilungen wird den unterschiedlichen organisatorischen Systemen (teilweise gibt es die aufgeführten Abteilungen nicht in dieser Konkretisierung) und der unterschiedlichen Aufgabenbeschreibung der Prüfungsausschüsse (z. B. fehlt ein Zugriff auf den Leiter Accounting / Controlling und den Chief Compliance Officer) nicht gerecht. Es ist zudem fraglich, ob diese Regelung nicht generell § 90 Absatz 1 AktG entgegensteht, wonach der Vorstand grundsätzlich der richtige Adressat für ein Auskunftsverlangen des Aufsichtsrates ist. Diese Regelung wird zudem zu Loyalitätskonflikten der Angestellten gegenüber dem weisungsbefugten Vorstand führen. Aufgrund dieser Bedenken sollte die vorgesehene Normierung eines direkten Auskunftsrechts gegen die Angestellten des Unternehmens gestrichen werden.

3.3 Sanktionen für falsche Bilanzende sind unverhältnismäßig

Die nun in § 331a RefE-HGB vorgesehene Strafbarkeit für falsche Bilanzende auch bei lediglich leichtfertigem Handeln ist abzulehnen. Ebenso ist nicht einsehbar, dass Unternehmen, die durch den Verstoß gegen die persönliche Verpflichtung der Organmitglieder ohnehin schon geschädigt sind, auch noch zusätzlich dem Verbandssanktionengesetz ausgesetzt werden sollen, wie dies in der Begründung angesprochen wird. Hier reicht die (verschärfte) Haftung der Organmitglieder.

3.4 Kosten steigen durch Neuregelungen unverhältnismäßig

Es ist zu befürchten, dass die Kostenbelastungen für die Unternehmen enorm zunehmen werden, ohne dass dies bisher ausreichend im Entwurf berücksichtigt wird. So ist damit zu rechnen, dass die Wirtschaftsprüfer bspw. die steigenden Versicherungskosten aufgrund der höheren Haftsummen auf die Auftraggeber umlegen werden. Auch die zunehmenden Aufgaben von DPR und BaFin werden auf die Emittenten umgelegt, so dass die

vorgesehene Streichung der jährlichen Deckelung auf 40.000 Euro je Emit-
tent in der Bilanzkontrollkosten-Umlageverordnung besonders kritisch zu
sehen ist.

Dabei ist ergänzend zu bedenken, dass die Angaben zum Erfüllungsauf-
wand und den weiteren Kosten bei Weitem nicht vollständig angegeben
sind. Allein der Personalaufwand für die ein Ausschreibungsverfahren un-
terstützende Arbeitsgruppe wird den dort genannten Betrag weit überstei-
gen. Dabei unberücksichtigt ist der Mehraufwand auf Seite der Abschluss-
prüfer – und dies gilt insbesondere für die kleineren Praxen – die sich mit
aufwändigen Ausschreibungsverfahren konfrontiert sähen.

3.5 Evaluierung der gesamten Reform notwendig

Der RefE sieht lediglich in § 113a RefE-WpHG eine Evaluierung der Ände-
rungen im WpHG zur Bilanzaufsicht vor. Wie das Beispiel der fehlenden
Evaluierung der Auswirkung der Zulässigkeit bestimmter NPL nach § 319a
HGB oben zeigt, wäre eine generelle Evaluierung der Reform sinnvoll.

Für Rückfragen stehen wir Ihnen gern zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Monika Wünnemann



Annette Selter