



Stellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Handelsrecht

zum Referentenentwurf des Bundes- ministeriums der Finanzen und des Bundes- ministeriums der Justiz und für Verbraucher- schutz zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Finanzmarktintegrität (Finanzmarktintegritätsstärkungsgesetz – FISG)

Stellungnahme Nr.: 82/2020

Berlin, im November 2020

Mitglieder des Ausschusses Handelsrecht

- RA Prof. Dr. Gerd Krieger, Düsseldorf (Vorsitzender und Berichterstatter)
- RAin Dr. Gabriele Apfelbacher, LL.M., Frankfurt/Main
- RA Dr. Christian Decher, Frankfurt/Main
- RA Dr. Hans Friedrich Gelhausen, Frankfurt/Main (Berichterstatter)
- RAin Dr. Julia Sophia Habbe, Frankfurt
- RA Dr. Peter Hemeling, München
- RAin Dr. Hilke Herchen, Hamburg
- RA Prof. Dr. Hans-Christoph Ihrig, Mannheim
- RA Dr. Thomas Kremer, Bonn
- RA Dr. Marc Löbke, Frankfurt/Main (Berichterstatter)
- RA Prof. Dr. Andreas Pentz, Mannheim
- RAin Dr. Gabriele Roßkopf, LL.M., Stuttgart
- RA Prof. Dr. Frank A. Schäfer, LL.M., Düsseldorf (Berichterstatter)
- RAin Dr. Alexandra Schluck-Amend, Stuttgart
- RA Dr. Bernd Singhof, LL.M., Frankfurt/Main (Berichterstatter)
- RA Prof. Dr. Jochen Vetter, München (Berichterstatter)
- RA Dr. Jost Wiechmann, Hamburg (Berichterstatter)
- RA Prof. Dr. Hans-Ulrich Wilsing, Düsseldorf
- Arne Wittig, Essen

Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- RA Max Gröning

Deutscher Anwaltverein
Littenstraße 11, 10179 Berlin
Tel.: +49 30 726152-0
Fax: +49 30 726152-190
E-Mail: dav@anwaltverein.de

Büro Brüssel
Rue Joseph II 40, Boîte 7B
1000 Brüssel, Belgien
Tel.: +32 2 28028-12
Fax: +32 2 28028-13
E-Mail: bruessel@eu.anwaltverein.de
Transparenz-Registernummer:
87980341522-66

Verteiler

Deutschland

Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz

Bundesministerium der Finanzen

Vorsitzender des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Bundestages

Fraktionen im Deutschen Bundestag

Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex

Europäische Kommission - Vertretung in Deutschland

Vorstand und Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins

Landesgruppen und -verbände des DAV

Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des DAV

Vorsitzende der Arbeitsgemeinschaften des DAV

Handelsrechtsausschuss des DAV

Bundesrechtsanwaltskammer

Bundesnotarkammer

Deutscher Notarverein

Institut der Wirtschaftsprüfer (IdW)

Deutscher Richterbund

Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin)

Deutsche Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz (DSW)

Deutscher Steuerberaterverband

Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI)

Deutscher Industrie- und Handelskammertag (DIHK)

Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft

Bundesverband Deutscher Banken

Schutzgemeinschaft der Kapitalanleger e.V. (SdK) - Die Aktionärsvereinigung –

Die Aktiengesellschaft

GmbH-Rundschau

NZG Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht

WM Wertpapiermitteilungen

ZIP Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

Börsenzeitung

Handelsblatt

Frankfurter Allgemeine Zeitung

Juris

GfK

Hamburger Abendblatt

Der Tagesspiegel

Der Spiegel

Legal tribune online

NJW

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV versammelt mehr als 62.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte sowie Anwaltsnotarinnen und Anwaltsnotare, die in 253 lokalen Anwaltvereinen im In- und Ausland organisiert sind. Er vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Kurzzusammenfassung

Der DAV kritisiert die (erneut) unangemessen kurze Frist zur Äußerung, innerhalb derer eine vollständige Bearbeitung des Entwurfs nicht möglich war. Die nachfolgende Stellungnahme muss sich daher auf einige wenige Einzelfragen beschränken.

In der Sache richtet sich die Kritik an dem Entwurf insbesondere gegen Neuregelungen im WpHG und HGB, die die Bilanzkontrolle durch die BAFin, die Prüfstelle für Rechnungslegung und den Abschlussprüfer betreffen. Dazu gehört eine Vielzahl von bedenklichen Verschärfungen der Haftung des Abschlussprüfers. Dies gilt insbesondere für den vorgesehenen Wegfall der Haftungsbeschränkung für Fälle grober Fahrlässigkeit sowie die Beweislastumkehr zu Lasten des Abschlussprüfers. Dass die Haftungsbeschränkung nach § 323 Abs. 2 Satz 3 HGB-E auch für solche an der Pflichtverletzung Beteiligte entfallen soll, die nicht vorsätzlich gehandelt haben, ist abzulehnen.

Im Hinblick auf Regelungsvorschläge zum AktG regt der DAV an, die mit § 93 Abs. 1a AktG-E geplante gesetzliche Verpflichtung des Vorstandes zur Einführung eines wirksamen internen Kontroll- und Risikomanagementsystems angesichts der rechtlichen Unschärfe des Begriffs zu überdenken. Zumindest muss klargestellt werden, dass den Vorstand keine Erfolgshaftung für die Wirksamkeit der Systeme trifft.

Die mit § 107 Abs. 4 AktG-E vorgesehene zwingende Einrichtung eines Prüfungsausschusses durch den Aufsichtsrat wird grundsätzlich befürwortet. Problematischer ist das vorgesehene Auskunftsrecht des Prüfungsausschusses gegenüber bestimmten Führungskräften, das nur einen Teilaspekt einer deutlich

weiterreichenden und bislang ungeklärten Fragestellung erfasst. Hier muss klargestellt werden, dass der Entwurf keine abschließende Regelung der Thematik anstrebt.

Zu Art. 1 Änderung des Wertpapierhandelsgesetzes

Zu Nr. 8 lit. e - § 107 Abs. 8 WpHG-E

Im Rahmen der Bestrebungen, die Öffentlichkeit früher als bisher über das Vorgehen der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht ("BaFin") bei der Bilanzkontrolle zu informieren, soll der BaFin die Möglichkeit eingeräumt werden, auf ihrer Internetseite wesentliche Verfahrensschritte und im Laufe des Verfahrens gewonnene Erkenntnisse im Zusammenhang mit der Rechnungslegung unter Nennung des betroffenen Unternehmens bekannt zu machen, soweit hieran ein öffentliches Interesse besteht.

Dem ist beizupflichten, soweit es um die Information über wesentliche Verfahrensschritte geht. Bedenklich erscheint aber, dass unter den in der Vorschrift genannten Voraussetzungen (Ermessen und Bestehen eines öffentlichen Interesses) auch über im Laufe des Verfahrens gewonnene Erkenntnisse im Zusammenhang mit der Rechnungslegung berichtet werden kann. Bei einer solchen Veröffentlichung besteht die Gefahr, dass die Erkenntnisse, die ja von einer Beurteilung der Abbildung eines Sachverhalts in der Rechnungslegung ausgehen, nicht eindeutig sind und in weiteren Verfahrensschritten aufgehoben werden können. Insoweit würde die Bekanntmachung der Erkenntnisse in diesem Verfahrensstadium die Gefahr einer "Vorverurteilung" in sich tragen. Keine Bedenken bestehen gegen die Bekanntmachung, wenn das Unternehmen dem zustimmt oder die Erkenntnisse rechtskräftig festgestellt sind.

Zu Nr. 9 - § 107a WpHG-E

In Absatz 8 dieser Vorschrift ist vorgesehen, dass die Prüfstelle und ihre Beschäftigten zwar zur gewissenhaften und unparteiischen Prüfung verpflichtet sind, für den durch die Prüfungstätigkeit verursachten Schaden aber nur bei Vorsatz haften sollen. Angesichts

der an anderer Stelle des Gesetzentwurfs beabsichtigten Verschärfung der Haftung für Berufsversehen (vgl. insbesondere die beabsichtigten Änderungen in § 323 HGB-E) und der möglichen Konsequenzen für das geprüfte Unternehmen erscheint der vorgeschlagene Haftungsmaßstab nicht angemessen.

Zu Art. 11 Änderung des Handelsgesetzbuchs

Zu Nr. 3 lit. c) aa) bbb) - § 318 Absatz 3 Nr. 1 HGB-E

Der Referentenentwurf will mit der vorgesehenen Neufassung dieser Vorschrift klarstellen, dass jeder Verstoß des Abschlussprüfers eines Unternehmens von öffentlichem Interesse gegen die Unabhängigkeitsvorschriften durch Erbringen einer Nichtprüfungsleistung einen Ersetzungsgrund darstellt. Grundsätzlich ist das nicht zu beanstanden. Die beabsichtigte Rechtsfolge sollte jedoch angesichts der Reichweite der Konsequenzen (Aufwand für das geprüfte Unternehmen, zeitliche Verzögerung und mögliches Druckmittel von einzelnen Gesellschaftern) nicht eintreten, wenn es sich bei der verbotenen Nichtprüfungsleistung nur um eine im Verhältnis zu den gesamten Leistungen des Abschlussprüfers unbedeutende Tätigkeit handelt und dadurch eine Gefährdung der Unabhängigkeit nicht besteht. Dieser Vorschlag trägt auch dem Umstand Rechnung, dass es sich teilweise um komplexe weltweite Prüfungen von Unternehmensgruppen mit einer Vielzahl von Prüfern handelt und auch die zeitliche Abgrenzung der erbrachten Tätigkeiten im Einzelfall schwierig sein kann.

Zu Nr. 8 lit. b aa - § 323 Abs. 2 Sätze 1 und 2 HGB-E

Der Referentenentwurf enthält eine Vielzahl von Verschärfungen der Haftung des Abschlussprüfers, gegen die im Einzelnen Bedenken auch unter rechtssystematischen Gesichtspunkten bestehen, die aber vor allem in ihrer Gesamtschau zu der Sorge führen, dass die Regelungen nicht mehr als angemessen beurteilt werden können.

Dass für die Tätigkeit des Abschlussprüfers als externer Prüfer wegen ihrer besonderen Risikosituation, bei der es im Schadensfall oft um hohe finanzielle Beträge geht, grundsätzlich eine Haftungsbeschränkung angezeigt ist, wird auch durch den Entwurf nicht infrage gestellt. Dies entspricht auch der Empfehlung der EU-Kommission (vom 5.

Juni 2008 zur Beschränkung der zivilrechtlichen Haftung von Abschlussprüfern und Prüfungsgesellschaften, 2008/473/EG, EU-Amtsbl. 162/39 vom 21.6.2008). Das Festhalten an den Haftungshöchstgrenzen soll ausweislich der Gesetzesbegründung auch die Versicherbarkeit des Haftungsrisikos gewährleisten.

Auch wenn man davon ausgeht, dass die Erhöhung der Höchstbeträge auf EUR 2 Mio. für alle Pflichtprüfungen und auf EUR 20 Mio. für die Prüfung von Unternehmen von öffentlichem Interesse angemessen ist – was hier nicht beurteilt werden soll -, liegt eine wesentliche Verschärfung darin, dass sich ein Abschlussprüfer in Zukunft nur noch dann auf die Haftungsbeschränkung berufen können, wenn er nicht vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt hat.

Die unbeschränkte Haftung bei Vorsatz ist geltendes Recht und entspricht dem allgemeinen Verständnis, dass nicht schützenswert ist, wer sich bewusst über die Rechtsordnung hinwegsetzt. Damit korrespondiert der Umstand, dass für vorsätzliche Pflichtverletzungen auch keine Deckung durch die – ansonsten pflichtgemäß abzuschließende - Haftpflichtversicherung gegeben ist. Die unbeschränkte Haftung aber auf grob fahrlässige Pflichtverletzungen auszudehnen, ist in anderen Rechtsbereichen ohne Vorbild und erhöht das Haftungsrisiko in ganz besonderem Maße. Die Abgrenzung zwischen den Bereichen leichter und grober Fahrlässigkeit ist im Einzelfall vielfach nur schwer vorzunehmen. Würde der Vorschlag Gesetz, wäre zu erwarten, dass die Gerichte in vielen Fällen annehmen würden, dass die verkehrübliche Sorgfalt in besonders schwerem Maße außer Acht gelassen worden sei. Die damit ausgelöste unbegrenzte Haftung könnte die Leistungsfähigkeit des Abschlussprüfers übersteigen. Hinzu käme, dass die Haftung nicht nur die Prüfungsgesellschaft, sondern auch die pflichtwidrig handelnden Gehilfen persönlich mit ihrem Privatvermögen träge. Dies sind potentiell alle Mitglieder des Prüfungsteams. Entgegen der Annahme, die in der Gesetzesbegründung zum Ausdruck kommt, wäre für diese Fälle Versicherungsschutz kaum erreichbar, denn für Haftungsrisiken in unbegrenzter Höhe ist Versicherungsschutz nicht erhältlich. Das damit verbundene Risiko einer Existenzvernichtung könnte fraglich werden lassen, ob Wirtschaftsprüfer und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften überhaupt noch für Pflichtprüfungen zur Verfügung stehen und ob sie Mitarbeiter für diese Tätigkeit finden würden.

Dieser Befund wird noch dadurch verschärft, dass der Referentenentwurf durch die Formulierung des § 323 Abs. 2 Satz 1 HGB-E bezweckt, eine Beweislastumkehr einzuführen: Der Abschlussprüfer und seine mitwirkenden Gehilfen sollen beweisen müssen, dass die Tatbestandsvoraussetzungen des § 323 Abs. 2 HGB nicht erfüllt sind. Entgegen den Ausführungen in der Gesetzesbegründung entspricht dies gerade nicht den allgemeinen Grundsätzen der Beweislastverteilung: Regelmäßig muss der Anspruchsteller beweisen, dass die Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind. Auch in Fällen, in denen das Gesetz eine verschärfte Haftung bei grober Fahrlässigkeit anordnet (so zB in § 630h Abs. 5 BGB für die Arzthaftung), muss zumindest die grob fahrlässige Pflichtverletzung - ohne Beweislastumkehr - vom Anspruchsteller nachgewiesen werden.

Schon aus rechtssystematischen Gründen sollte daher die vorgesehene Regelung zur Beweislastumkehr entfallen. Darüber hinaus sollte auch die Ausnahme von der Haftungsbeschränkung für Fälle grober Fahrlässigkeit nicht in den Regierungsentwurf übernommen werden. Neben den oben angeführten Gründen ist insoweit auch auf den Vergleich mit den Haftungsregeln für andere Akteure hinzuweisen: Die BaFin als öffentliche Kontrolle haftet nicht, sie ist uneingeschränkt haftungsbefreit. Der Abschlussprüfer als externe Kontrolle haftet dem Unternehmen beschränkt und Dritten nicht, er ist also nur teilweise haftungsprivilegiert. Der Aufsichtsrat als interne Kontrolle haftet dem Unternehmen uneingeschränkt und Dritten nicht. Diese abgestufte Regelung hat ihren Grund in der unterschiedlichen Nähe zum Unternehmen und den damit verbundenen Erkenntnis- und Einwirkungsmöglichkeiten. Dieses unverändert angemessene System sollte nicht durchbrochen werden.

Zu Nr. 8 lit. b bb - § 323 Abs. 2 Satz 3 HGB-E

Nach derzeitiger Rechtslage greift die Haftungsbeschränkung auch dann, wenn mehrere Personen an einer Pflichtverletzung beteiligt waren und eine (oder mehrere) dieser Personen vorsätzlich gehandelt hat. Der nicht vorsätzlich Handelnde behält also die Haftungsprivilegierung. Dies erscheint folgerichtig, da eine Einstandspflicht für vorsätzliches pflichtwidriges Handeln Dritter unangemessen wäre. Der Entwurf will das streichen und begründet diesen Vorschlag damit, dass nach allgemeinen Regeln jeder Schuldner für seinen Geschäfts- und Gefahrenkreis, der auch die Tätigkeit seiner

Hilfspersonen einschließt, gegenüber seinen Gläubigern verantwortlich sei. Das mag für fahrlässige Pflichtverletzungen zutreffen, weil insoweit ein Auswahl- oder Überwachungsverschulden für eine Zurechnung spricht. Bei vorsätzlicher Begehung – und damit ggf. verbundener Kollusion der handelnden Person mit Personen im Unternehmen – fehlt es aber an einer Einwirkungsmöglichkeit des auftragsverantwortlichen Abschlussprüfers. Der Gesetzgeber des § 323 HGB hat daher aus gutem Grund eine parallele Haftung des Abschlussprüfers und seiner Gehilfen vorgesehen. Hierzu gehört auch die selbständige Beurteilung der Durchbrechung der Haftungsbeschränkung bei Vorsatz, wie sie in § 323 Abs. 2 Satz 3 letzter Satzteil HGB enthalten ist. Diese Regelung sollte beibehalten und Art. 11 Nr. 8 lit. b bb FISG demgemäß gestrichen werden.

Zu Art. 14 Änderung des Umwandlungsgesetzes

Zu Nr. 1 lit b - § 11 Abs. 1 Satz 2 UmwG-E

Die vorgesehene Neufassung von § 11 UmwG (und § 293d AktG) sieht vor, dass Wirtschaftsprüfungsgesellschaften nicht Verschmelzungsprüfer bzw. Unternehmensvertrags- und Squeeze-out-Prüfer bei Unternehmen von öffentlichem Interesse sein können, wenn sie Nichtprüfungsleistungen erbracht haben. Die Restriktionen des Art. 5 Abs. 1 Verordnung (EU) Nr. 537/2014 für Abschlussprüfer sollen – mit entsprechender "Cooling-in"-Phase – mithin auch auf diese Tätigkeiten erstreckt werden. Davon sollte abgesehen werden. Die Neuregelung ist nicht erforderlich, weil es in der Vergangenheit keinen Anlass für die Besorgnis von Unabhängigkeitsdefiziten bei diesen Tätigkeiten gab, sondern sich die bestehenden Regelungen zur Sicherstellung der Unabhängigkeit bewährt haben. Die schärferen Beschränkungen des Art. 5 Abs. 1 Verordnung (EU) Nr. 537/2014 für Abschlussprüfer sind deshalb gerechtfertigt, weil diese sozusagen als "Kontrollinstanz mit öffentlicher Funktion" im Interesse der Anteilseigner und Gläubiger des Unternehmens sowie des Kapitalmarktes gesehen werden können. Dies ist bei der zeitlich sehr beschränkten Prüfungstätigkeit im Zusammenhang mit den genannten Strukturmaßnahmen nicht in gleichem Maße der Fall. Die Angemessenheit von Ausgleichs- oder Abfindungsleistungen, die den Schwerpunkt der diesbezüglichen Prüfungstätigkeit bildet, ist zudem im Spruchverfahren gerichtlich überprüfbar. Vor allem aber würde die

Neuregelung die Gerichte vor erhebliche praktische Probleme bei der Auswahl geeigneter und "freier" Wirtschaftsprüfungsgesellschaften stellen. Die Anzahl der Wirtschaftsprüfungsgesellschaften, die mit ausreichenden Kapazitäten und spezifischen Branchenkenntnissen in der Lage sind, große (ggf. auch grenzüberschreitende) Strukturmaßnahmen zu prüfen, ist schon heute sehr gering.

Zu Art. 15 Änderung des Aktiengesetzes

Zu Nr. 1 lit. b - § 93 Abs.1a AktG-E

In § 93 AktG soll ein neuer Abs. 1a eingeführt werden, der festlegt, dass die Sorgfaltspflicht von Vorstandsmitgliedern bei börsennotierten Gesellschaften auch die Einrichtung eines im Hinblick auf den Umfang der Geschäftstätigkeit und die Risikolage des Unternehmens angemessenes und wirksames internes Kontrollsystem und Risikomanagementsystem erfasst. Eine entsprechende Pflicht zur Einrichtung solcher interner Kontrollsysteme und Risikomanagementsysteme ist bislang nur für regulierte Unternehmen, insbesondere Versicherungsunternehmen (§§ 23, 26, 29 VAG) und Kreditinstitute (§ 25a KWG), ausdrücklich normiert.

Widersprüchlich zeigt sich die Entwurfsbegründung bei der Frage, ob es sich dabei um eine Erweiterung oder nur um eine Klarstellung schon bislang bestehender Vorstandspflichten handelt. Einerseits ist in der Gesetzesbegründung unter Bezugnahme auf den vierten Grundsatz des Deutschen Corporate Governance Kodex davon die Rede, damit werde "keine völlig neue Pflicht" eingeführt, sondern es handele sich insoweit bei börsennotierten Unternehmen nur um eine Klarstellung der bereits nach bestehender Rechtslage bestehenden Pflicht des Vorstands. Die ausdrückliche gesetzliche Normierung dieser Pflicht solle nur die Bedeutung von internen Kontroll- und Risikosystemen für die davon betroffenen Unternehmen hervorheben. Andererseits wird an anderer Stelle der Entwurfsbegründung betont, bei nicht börsennotierten Unternehmen stehe die Entscheidung, Risikomanagement- und interne Kontrollsystem einzuführen oder auch davon abzusehen, auch weiterhin im Leitungsermessen des Vorstandes, während dieses Leitungsermessen für börsennotierte Unternehmen dahingehend "eingeschränkt" werde, dass die Einrichtung eines solcher Systeme "verpflichtend werden sollen". Dies deutet eher auf eine Erweiterung bestehender

Vorstandspflichten hin. Das Leistungsermessen des Vorstands soll sich bei börsennotierten Unternehmen nur noch auf die konkrete Ausgestaltung der internen Kontroll- und Risikomanagement-Systeme beziehen. Dies wird damit gerechtfertigt, dass börsennotierte Unternehmen einer besonderen Pflicht unterliegen, ihre Unternehmensstrukturen und die Arbeitsweise des Managements so transparent wie möglich zu gestalten.

Zutreffend ist die Einschätzung, dass börsennotierte Unternehmen regelmäßig nicht nur über ein internes Kontrollsystem, sondern auch über ein Risikomanagementsystem verfügen. Auch in rechtlicher Hinsicht ist der Vorstand einer börsennotierten Gesellschaft gut beraten, solche internen Kontroll- und Risikomanagementsysteme einzurichten, wenn seine Mitglieder sich nicht dem Risiko des Vorwurfs einer Verletzung ihrer Sorgfaltspflichten aussetzen wollen. Gleichwohl ist man mit der Annahme einer entsprechenden gesetzlichen Pflicht des Vorstands im juristischen Schrifttum deutlich zurückhaltender. Dies gilt jedenfalls für eine Pflicht des Vorstands zur Einrichtung eines Risikomanagementsystems, die von der ganz herrschenden Meinung in der Literatur bislang abgelehnt wird. Hintergrund ist, dass der in der Betriebswirtschaftslehre entwickelten Begriff des Risikomanagements in rechtlicher Hinsicht bislang noch nicht hinreichend trennscharf konturiert ist, um daraus konkrete, für die Vorstandsmitglieder mit Schadensersatzpflichten sanktionierte Handlungsvorgaben ableiten zu können. Etwas anderes gilt für regulierte Unternehmen, für die die rechtlichen Anforderungen durch Verwaltungsanweisungen der Regulierungsbehörden konkretisiert werden (MaRisk). Diese lassen sich jedoch nicht ohne weiteres verallgemeinern und auf den nicht regulierten Bereich übertragen.

Zwar wird der Begriff des Risikomanagements auch außerhalb des Aufsichtsrechts an anderen Stellen des Gesetzes (§ 289 Abs. 5 HGB, § 107 Abs. 3 S. 2 AktG, § 171 Abs. 1 S. 2 AktG) verwendet. Allerdings hat der Gesetzgeber im Zusammenhang mit der Einführung dieser Normen stets betont, dass sich daraus auch bei kapitalmarktorientierten Gesellschaften keineswegs eine Pflicht zur Einrichtung eines umfassenden Risikomanagementsystems ergibt. Insoweit geht die Neuregelung des § 93 Abs. 1a AktG über eine bloße Klarstellung hinaus. Zumindest für die Einrichtung eines Risikomanagementsystems sollte die Statuierung einer ausdrücklichen gesetzlichen Verpflichtung des Vorstands angesichts der rechtlichen Unschärfe des

Begriffs noch einmal überdacht werden. Dies gilt nicht zuletzt vor dem Hintergrund, dass bei der Transformation betriebswirtschaftlicher Grundsätze und in der Betriebswirtschaftslehre entwickelter Instrumente in rechtlich verbindliche Verhaltensregeln und Organisationspflichten, die zu einer Haftung von Vorstandsmitgliedern führen können, Zurückhaltung geboten ist.

In systematischer Hinsicht erscheint der zutreffende Regelungsort für die Aufnahme einer solchen Organisationspflicht ins Aktienrecht nicht § 93 AktG, sondern § 91 Abs. 2 AktG. Dort ist geregelt, dass der Vorstand geeignete Maßnahmen zu treffen hat, insbesondere ein Überwachungssystem einzurichten, damit den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen früh erkannt werden. Bei der Pflicht zur Einrichtung eines internen Kontroll- und Risikomanagementsystems handelt es sich nicht um eine individuelle Pflicht des einzelnen Vorstandsmitglieds, sondern um eine Organisationspflicht des Vorstands als Organ.

Problematisch erscheint darüber hinaus, dass die beabsichtigte Neuregelung nicht nur fordert, dass das vom Vorstand einzurichtende interne Kontrollsystem und Risikomanagementsystem im Hinblick auf den Umfang der Geschäftstätigkeit und die Risikolage des Unternehmens "angemessen", sondern auch "wirksam" ist. Dadurch könnte der unzutreffende Eindruck entstehen, dass es sich dabei nicht nur um eine Organisationspflicht des Vorstands handelt, sondern der Vorstand auch für die Wirksamkeit des von ihm eingerichteten internen Kontroll- und Risikomanagementsystems haftet. Dies birgt die Gefahr von Rückschaufehlern, die dazu führen, aus der Verwirklichung eines bestimmten Risikos auf die fehlende Wirksamkeit des vom Vorstand eingerichteten Systems zu schließen. Daher sollte der Gesetzgeber auf den Begriff der Wirksamkeit verzichten.

Zu Nr. 3 lit. b - § 107 Abs. 4 AktG-E

Nach § 107 Abs. 4 Satz 1 AktG-E sollen Unternehmen von öffentlichem Interesse zwingend einen Prüfungsausschuss einzurichten haben. Damit wird die Empfehlung des DCGK (D.3), der in der Praxis fast ausnahmslos gefolgt wird, in zwingendes Recht umgesetzt. Angesichts der großen praktischen Bedeutung der einem

Prüfungsausschuss in § 107 Abs. 3 Satz 2 AktG zugewiesenen Aufgaben ist in der Tat kaum vorstellbar, aus welchen Gründen ein aus mehr als drei Mitgliedern bestehender Aufsichtsrat keinen Ausschuss mit diesen Aufgaben betrauen sollte.

Nach § 107 Abs. 4 Satz 3 AktG-E kann der Prüfungsausschuss beim Leiter der internen Kontrolle, beim Leiter des Risikomanagements und beim Leiter der internen Revision Auskünfte einholen können; holt er solche Auskünfte ein, ist der Vorstand nach Satz 4 hierüber unverzüglich zu unterrichten. Damit greift der Entwurf aus gut nachvollziehbaren Gründen ein schon länger in der Wissenschaft intensiv (und kontrovers) diskutiertes Thema auf: Wie können die Informationsasymmetrien zwischen Vorstand und Aufsichtsrat verringert werden? Wie kann der Gefahr begegnet werden, dass der Aufsichtsrat vom Vorstand nur gefilterte Informationen erhält, die dem Aufsichtsrat eine eigenständige Kontrolle des Vorstands und insbesondere das frühzeitige Erkennen von Fehlern und Fehlentwicklungen erschwert oder unmöglich macht?

Allerdings erstaunt die vorgeschlagene Regelung in mehrfacher Hinsicht:

- Zunächst ist ungewöhnlich, dass einem Ausschuss Kompetenzen eingeräumt werden, die dem Gesamtaufsichtsrat nicht zustehen. Sachlich gehört diese zusätzliche Befugnis zur Erlangung von Auskünften zu den Rechten des Aufsichtsrats nach § 111 Abs. 2 AktG und wäre an dieser Stelle systematisch überzeugender zu regeln.
- Der Regelungsvorschlag ist auch insoweit erstaunlich, als das Auskunftsrecht des Aufsichtsrats nur gegenüber bestimmten Führungskräften bestehen soll. Ein entsprechendes Informationsbedürfnis kann beispielsweise auch gegenüber dem Leiter der Rechtsabteilung, dem Chief Compliance Officer oder sonstigen Führungskräften bestehen.

Trotz dieser Unstimmigkeiten ist die Vorgehensweise des Entwurfs verständlich. Die Diskussion um ein solches "By-passing" des Vorstands bei der Informationsbeschaffung ist noch nicht abgeschlossen. Einerseits ist das Bedürfnis des Aufsichtsrats nach möglichst unmittelbaren und ungefilterten Informationen

verständlich; andererseits entspricht es der Kompetenzordnung des Aktienrechts, dass dem Vorstand die Informationsversorgung des Aufsichtsrats obliegt, wie auch die Begründung des Entwurfs ausdrücklich betont. Es besteht die Gefahr, dass bei unmittelbarem Austausch des Aufsichtsrats mit dem Vorstand nachgeordneten Führungskräften diese in eine für sie schwierige und unangenehme Position gebracht werden, die Stellung des Vorstands beeinträchtigt wird und der Aufsichtsrat in den Kompetenzbereich des Vorstands eingreift.

Auch der Handelsrechtsausschuss schlägt zum jetzigen Zeitpunkt daher keine umfassende Regelung dieses wichtigen, aber vielschichtigen und schwierigen Themenbereichs vor, sondern unterstützt den in § 107 Abs. 4 AktG-E zum Ausdruck kommenden Ansatz des Gesetzgebers, sich der Thematik behutsam zu nähern, zumal sich der Entwurf mit der Pflicht zur unverzüglichen Information in Abs. 4 Satz 4 auch um die Wahrung der Interessen des Vorstands bemüht. Es wird jedoch angeregt, in der Gesetzesbegründung klarzustellen, dass der Gesetzgeber mit § 107 Abs. 4 Satz 3 und 4 AktG-E keine abschließende Regelung dieser Thematik anstrebt und aus der Regelung insbesondere keine Umkehrschlüsse derart gezogen werden können, dass nicht auch der Aufsichtsrat oder andere Ausschüsse unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit haben sollten, bei dem Vorstand nachgeordneten Führungsfunktionen Auskünfte einzuholen. Mittelfristig sollte überlegt werden, diese wichtige Thematik in § 111 AktG abschließend zu kodifizieren. In eine solche Norm könnte dann auch der Regelungsbereich des § 107 Abs. 4 Satz 3 und 4 AktG-E integriert werden.

Zu Nr. 9 lit. b - § 293b Abs. 1 Satz 2 AktG-E

siehe die Anmerkung oben zu Art. 14 (§ 11 Abs. 1 Satz 2 UmwG-E).