

DPR e.V. · Markgrafenstraße 19a · D-10969 Berlin

Bundesministerium der Finanzen
Referat VII B 1
Frau RDin Dr. Lange
Frau RDin Dr. Schmitz
Wilhelmstraße 97
10117 Berlin

Bundesministerium der Justiz
und für Verbraucherschutz
Referat III A 3
Herrn RD Dr. Eichholz
Mohrenstraße 37
10117 Berlin

Versand ausschließlich per eMail:

VIIB1@bmf.bund.de
IIIA3@bmjv.bund.de

Dr. Rolf Pohlig

(Vorsitzender des Vorstands)

Dr. h.c. Axel Berger

(Vorsitzender des Nominierungsausschusses)

Prof. Dr. Edgar Ernst

Prof. Dr. Bettina Thormann

(Präsidium der Prüfstelle)

Kontakt:

Ingo Zempel

Telefon: +49 (0)30 200 50 - 500

Fax: +49 (0)30 200 50 - 501

Email: ingo.zempel@frep.info

9. November 2020

Referentenentwurf des Bundesministeriums der Finanzen und des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz

Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Finanzmarktintegrität (Finanzmarktintegritätsstärkungsgesetz – FISG)

Stellungnahme der DPR

Sehr geehrte Frau Dr. Lange,
sehr geehrte Frau Dr. Schmitz,
sehr geehrter Herr Dr. Eichholz,

wir bedanken uns für die Möglichkeit, zu dem Referentenentwurf Stellung nehmen zu dürfen,
und stehen gern für Rückfragen und ein persönliches Gespräch zur Verfügung.

Anschrift

Deutsche Prüfstelle für Rechnungslegung
DPR e.V.
Vereinssitz: Zimmerstraße 30
Post/Besucher: Markgrafenstraße 19a
D-10969 Berlin

Kontakt

Telefon: +49 (0)30 200 50 - 0
E-Mail: pruefstelle@frep.info
Internet: www.frep.info

Vorstand

Dr. Rolf Pohlig (Vorsitzender)
WP StB Rolf Friedhofen (Stv. Vorsitzender)
WP StB Rainer Plath (Schatzmeister)
RA Ulrich Hocker
Melanie Kreis

Geschäftsführer

WP Prof. Dr. Ingo Zempel

Vereinsregister

Amtsgericht Charlottenburg
Amtsgerichtsplatz 1
D-14057 Berlin
Registernummer: 23745 Nz

Bankverbindung

UniCredit Bank AG
IBAN: DE12100208900354974835
BIC: HYVEDEMM488

A. Grundsätzliche Anmerkungen

Wir begrüßen es sehr, dass das zweistufige Bilanzkontroll-Verfahren weitergeführt werden kann und die BaFin gleichzeitig mit deutlich erweiterten Befugnissen ausgestattet werden soll, um für Bilanzmanipulationsverdachtsfälle besser gerüstet zu sein. Weiterhin halten wir den erleichterten Informationsaustausch zwischen der BaFin, der APAS und der DPR für nötig und sinnvoll.

B. Anmerkungen zu einzelnen Vorschriften

1.

zu Art. 1 Nr. 9 (Seite 7 ff.) „§ 107a Abs. 4 WpHG-E“:

Beschränkung der DPR auf Stichprobenprüfungen (d.h. Wegfall der Anlassprüfungen)

Weder aus den Umständen des Falles Wirecard noch aus der Gesetzesbegründung lässt sich nachvollziehen, warum die DPR künftig keine Anlassprüfungen (Prüfungen bei konkreten Anhaltspunkten für einen Verstoß gegen Rechnungslegungsvorschriften) mehr einleiten und durchführen können soll.

Der Wegfall der DPR-Anlassprüfungen würde aus unserer Sicht zu einer großen Einbuße bei der Effektivität des gesamten Enforcement-Systems führen, was nicht im Sinne des durch das Gesetz angestrebten verbesserten Kapitalmarktschutzes sein kann. Dem liegen die folgenden Überlegungen zugrunde:

- Bei der Prüfung der materiellen Bilanzrechtsfragen im Rahmen einer Anlassprüfung dürfte die BaFin mangels entsprechender bisheriger Fallzahlen nur auf einen gegenüber der DPR deutlich kleineren Erfahrungsschatz und demzufolge wohl kaum auf durch umfangreiche Enforcement-Erfahrungen herausgebildete Spezialisten für bestimmte Themenkomplexe zurückgreifen können.
- Die Beurteilung, ob bezogen auf Stichprobenprüfungen aus der Nachschau von Fehlerkorrekturen oder präventiven Hinweisen eine Anlassprüfung im Folgeabschluss angezeigt ist, kann effektiv und effizient im Regelfall nur mit dem vertieften Kenntnis-Hintergrund aus der Stichprobenprüfung geleistet werden.
- Das Potential und das Interesse der DPR-Prüfer, auf Basis der Erfahrungen aus vorhergehenden Stichprobenprüfungen die weitere Unternehmensentwicklung (auch vor dem Hintergrund eines sich ändernden Marktumfeldes) und die entsprechende Finanzberichterstattung – informell – zu beobachten und zu beurteilen, ob ein Anhaltspunkt für eine fehlerhafte Rechnungslegung vorliegt, bliebe so ungenutzt.

Im Ergebnis würde das im großen Erfahrungsschatz der DPR begründete Potential, über formelle und informelle Mechanismen konkrete Anhaltspunkte aufzuspüren und im Rahmen einer Anlassprüfung zu beurteilen, damit entfallen. In Zahlen ausgedrückt: von den insgesamt rund

300 Fehlerfeststellungen beziehen sich 80 Fehlerfeststellungen auf Anlassprüfungen, wobei die Fehlerquote bei diesen Anlassprüfungen bei rund 70% lag.

Wir regen daher an zu überprüfen, ob das Instrument der Anlassprüfung nicht bei der DPR verbleiben sollte.

In diesem Fall erschiene es rechtssystematisch erforderlich, dass die DPR bei der vorgesehenen Einleitung einer Anlassprüfung der BaFin gegenüber die konkreten Anhaltspunkte benennt, damit die BaFin auch in diesem Fall die erforderliche Informationsbasis hat, um über ein Ansiehziehen (s. dazu unter 3.) entscheiden zu können. Insofern wäre der Katalog des § 107a Abs. 9 WpHG-E entsprechend zu ergänzen.

2.

zu Art. 1 Nr. 9 (Seite 7 ff.) „§ 107b Abs. 2 Satz 1 WpHG-E“:

Haftungsverschärfung bei Verletzung der Verschwiegenheitspflicht

In Hinblick auf die Haftung der DPR-Beschäftigten bei einer Verletzung der Verschwiegenheitspflicht sind drei gravierende Schärfungen vorgesehen, die uns mit sehr großer Sorge erfüllen:

- Die Haftungsgrenze erhöht sich über den Verweis auf den in § 323 Abs. 2 Satz 2 HGB genannten Betrag von derzeit € 4 Mio. auf € 20 Mio.
- Die Haftungsbegrenzung entfällt nun auch für den Fall der groben Fahrlässigkeit, während nach geltender Rechtslage die Haftungsbegrenzung nur für den Fall des Vorsatzes entfällt.
- Mit der nunmehr negativen Formulierung „nicht vorsätzlich oder grob fahrlässig“ wird eine Beweislastumkehr geschaffen, so dass die DPR-Beschäftigten darlegen und beweisen müssen, dass die haftungsbegrenzenden Tatbestandsvoraussetzungen des § 107b Abs. 2 WpHG-E erfüllt sind.

Wir können in dieser dreifachen Haftungsverschärfung für die DPR-Beschäftigten weder einen Zusammenhang zum Fall Wirecard erkennen, noch haben sich in der Vergangenheit Zweifel an der Einhaltung dieser Kardinalpflicht durch die DPR-Beschäftigten ergeben, die eine Verschärfung möglicherweise rechtfertigen könnten.

In der Gesetzesbegründung (S. 78) heißt es dazu: „Die Vorschrift entspricht weitgehend dem bisherigen § 342c HGB. Die inhaltlichen Abweichungen in § 107b Absatz 2 WpHG-E gegenüber dem nunmehr aufzuhebenden § 342c Absatz 2 HGB sorgen für einen systematischen Gleichlauf zu den Änderungen in § 323 Absatz 2 HGB-E.“

Der Blick in die Gesetzesbegründung zu § 323 Abs. 2 HGB-E (S. 102) zeigt, dass das dortige Haftungsregime verschärft werden soll, „um die Qualität der Abschlussprüfung zu stärken und die erforderlichen Anreize für eine sorgfältige und gewissenhafte Prüfung zu setzen.“ Gleichzeitig wird auf „schwerwiegende Prüffehler – insbesondere im Zusammenhang mit mutmaßlichen Bilanzmanipulationen –“ Bezug genommen. Die Haftungsverschärfung im Kontext der Abschlussprüfung wird also ausschließlich mit Blick auf die Verletzung von Sorgfaltspflichten

begründet, die gar nicht Regelungsgegenstand von § 107b Abs. 2 WpHG-E ist, da diese Norm sich lediglich auf die Verletzung der Verschwiegenheitspflicht bezieht.

Ebenfalls wird außer Blick gelassen, dass sich das Haftungsszenario zwischen der DPR und einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft auch darin grundlegend unterscheidet, dass bei der DPR mangels Vertragsbeziehung zum zu prüfenden Unternehmen keine Zurechnung des Pflichtverstoßes des DPR-Beschäftigten zum DPR e.V. (§ 278 BGB), damit keine eigene Einstandspflicht des DPR e.V. und damit letztlich keine gesamtschuldnerische Haftungsgemeinschaft entstehen kann, die in der Praxis aus Sicht des DPR-Beschäftigten mit zwei großen positiven Effekten verbunden wäre:

- Es bestünde ein Eigeninteresse des DPR e.V. an der Haftungsabwehr und damit ein Gleichlauf mit dem Interesse des DPR-Beschäftigten.
- Ein Anspruchsteller würde sich regelmäßig eher auf die solventere juristische Person (DPR e.V.) als auf die natürliche Person (DPR-Beschäftigter) ausrichten.

Der Abschlussprüfer handelt dagegen auf Basis einer vertraglich begründeten Mandatsbeziehung, so wie es bei jeder unternehmerischen Leistungsbeziehung der Fall ist, und muss daher nach § 278 BGB für seine Beschäftigten einstehen, so dass hier eine gesamtschuldnerische Haftungsgemeinschaft mit den eben skizzierten Folgen entsteht.

Hinzu kommt, dass die Beweislastumkehr (Gesetzesbegründung zu § 323 Abs. 2 HGB-E: S. 102) in Kombination mit der Abgrenzung von leichter und grober Fahrlässigkeit in der Praxis eine enorme Herausforderung darstellen würde. Denn anders als bei der – bislang gegebenen und in anderen Lebensbereichen weiterhin üblichen – abgestuften Beweislastverteilung müssten dann negative Tatsachen für den Ausschluss der groben Fahrlässigkeit vom DPR-Beschäftigten bewiesen werden. Und dabei würde sich die Qualifikation als Experte, der bestimmungsgemäß Zugang zu vertraulichen Informationen gewonnen hat, erschwerend auswirken. Darüber hinaus würde sich – wie eben dargestellt – die bei der DPR beschäftigte Person nicht auch auf das Eigeninteresse des DPR e.V. an der Haftungsabwehr stützen können und nach den Grundsätzen der Arbeitnehmerhaftung im Falle der groben Fahrlässigkeit den gesamten Schaden im Regelfall auch allein zu tragen haben.

Im Ergebnis entspricht das vermeintlich „mechanische“ Anpassen der Regelung von § 107b Abs. 2 Satz 1 WpHG-E offenkundig gar nicht der gesetzgeberischen, allein auf die Sorgfaltpflichtverletzung bezogenen Intention der Haftungsverschärfung, berücksichtigt nicht die Besonderheiten der DPR und stellt zudem eine nicht hinzunehmende unbillige Härte aus Sicht der DPR-Beschäftigten dar.

Der DPR e.V. könnte in seiner Funktion als Arbeitgeber in diesem Bereich damit nur noch entsprechend eingeschränkt seiner Fürsorgepflicht durch Bereitstellung von angemessenem Versicherungsschutz nachkommen, was auch die Rekrutierung neuer Mitglieder der Prüfstelle und Mitarbeiter der Geschäftsstelle deutlich erschweren dürfte. Denn abgesehen von einer zu erwartenden sehr markanten – aufgrund der stark erweiterten Haftungsgrenze – Anhebung der Versicherungsprämie im Bereich der leichten Fahrlässigkeit (die im Übrigen wohl noch keinen Niederschlag bei der Bemessung des Erfüllungsaufwandes gefunden hat) ist noch nicht

abschließend geklärt, ob und inwieweit Deckungsschutz auch für den Bereich der groben Fahrlässigkeit erworben werden kann.

Wir setzen uns daher mit sehr großem Nachdruck dafür ein, das bestehende Haftungsregime (§ 342c Abs. 2 Satz 1 HGB) inhaltsgleich, d.h. ohne jegliche Haftungsverschärfung in § 107b Abs. 2 Satz 1 WpHG-E fortzuführen und daher in Bezug auf die Haftungsgrenze insofern den Verweis auf § 323 Abs. 2 Satz 2 HGB zu entfernen und durch eine DPR-spezifische eigenständige Haftungsgrenze mit dem derzeitigen Betrag zu ersetzen.

3.

zu Art. 1 Nr. 10 (Seite 10 f.) „§ 108 Abs. 4 WpHG-E“:

Ansichziehen von DPR-Prüfungen

Der Regelungsmechanismus des § 108 Abs. 4 Satz 2 Nr. 5 WpHG-E i.V.m. § 108 Abs. 4 Satz 3 WpHG-E soll es der BaFin ermöglichen, laufende DPR-Prüfungen bei konkreten Anhaltspunkten für einen Verstoß gegen Rechnungslegungsvorschriften an sich ziehen zu können.

Nach der Gesetzesbegründung (S. 80) wird auf der einen Seite „die Anordnung einer Prüfung insbesondere dann erforderlich sein, wenn es ein besonderes öffentliches Interesse an einer Aufklärung gibt, dass sich zum Beispiel in der Medienberichterstattung niederschlägt oder wenn der Vorwurf der Bilanzmanipulation im Raum steht.“ Auf der anderen Seite „kann auf die Anordnung einer Prüfung durch die BaFin beispielsweise verzichtet werden, wenn offenkundig ist, dass sich ein potenzieller Rechtsverstoß ausschließlich in einer möglicherweise irrtümlichen Auslegung eines Rechnungslegungsstandards erschöpft.“

In diesem Zusammenhang stellt sich bei dem für den Anordnungsverzicht gezeichneten Beispiel die Frage, welche Fehler die DPR denn überhaupt noch feststellen können soll, da die BaFin schließlich die positive prognostische Beurteilung treffen können müsste, dass offenkundig ein irrtümlicher Fehler vorliegt.

Zudem sehen wir in der in dem genannten Beispiel zum Ausdruck kommenden Wertung („kann ... verzichtet werden“) die Gefahr, dass tendenziell der Anschein einer gewissen „Kriminalisierung“ von Bilanzierungsfehlern erweckt werden könnte, die der bisherigen Erfahrung zuwiderläuft und die die Emittenten, deren Abschlussprüfer und auch die Investoren irritieren dürfte. Einem solchen Anschein sollte im Sinne des Kapitalmarktschutzes ohne Not nicht Vorschub geleistet werden. Denn nach unserem bisherigen Erfahrungshorizont ergibt sich ein klares Regel-/Ausnahme-Verhältnis:

- fehlerhafte Anwendung von Rechnungslegungsvorschriften: das Gros der rund 300 Fehlerfeststellungen der DPR
- Verdacht auf Bilanzmanipulation/-betrug: Fall Wirecard und wenige weitere Fälle.

Wir befürworten daher, einen gesetzlichen Regelbeispiel-Katalog zu ergänzen, um das Verwaltungsermessen der BaFin einerseits normativ und nicht nur per Gesetzesbegründung zu konkretisieren und andererseits inhaltlich mit einem Katalog an spezifischen Aufgriffssachverhalten

den im Sinne der Kapitalmarktteilnehmer wichtigen Ausnahmecharakter des Ansichziehens von DPR-Prüfungen zu unterstreichen. Zwei solcher Aufgriffssachverhalte hält die Gesetzesbegründung – wie oben zitiert – bereits parat. Ergänzung finden könnten beispielsweise besondere Belange der internationalen Zusammenarbeit als weiterer Aufgriffssachverhalt. Auch für die BaFin wäre damit u.E. ein Gewinn an Rechtssicherheit verbunden.

Wenn dieser Mechanismus aus Anzeigepflicht der DPR und Ansichziehen der BaFin im Falle des Vorwurfs der Bilanzmanipulation gesetzgeberisch umgesetzt wird, bedarf es letztlich keiner eigenständigen Anzeigepflicht der DPR gegenüber der Staatsanwaltschaft (§ 107a Abs. 10 Satz 1 WpHG-E) mehr, da diese gar nicht greifen könnte. Denn allein die BaFin wäre in diesem Fall Herrin des Prüfverfahrens. Die in der bisherigen Praxis mit Abstimmungsnotwendigkeiten verbundene Doppelzuständigkeit von BaFin (§ 110 Abs. 1 WpHG) und DPR wäre mithin entbehrlich.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Rolf Pohlig

(Vorsitzender des Vorstands)

Dr. h.c. Axel Berger

(Vorsitzender des Nominierungsausschusses)

Prof. Dr. Edgar Ernst

(Präsident der Prüfstelle)

Prof. Dr. Bettina Thormann

(Vizepräsidentin der Prüfstelle)