



Köln, den 4.2.2021

Finanzmarktintegritätsstärkungsgesetz (FISG) – die „richtigen Antworten auf Wirecard“?

I.

Der Wirecard-Fall war der GAU für die Finanzmarktintegrität in Deutschland. Bezogen auf die **Bilanzkontrolle** durch DPR und BaFin zeigt der Skandal **Systemfehler**, die regulatorisch behoben werden sollten. Wenn Unregelmäßigkeiten oder gar Betrug von der Leitung des geprüften Unternehmens ausgehen, kann eine Bilanzkontrolle, die im Ausgangspunkt auf die kooperative Zusammenarbeit zwischen Kontrollinstanz und geprüfem Unternehmen aufbaut, nicht sinnvoll funktionieren. Eine Neuordnung der Bilanzkontrolle ist als „Antwort auf Wirecard“ daher unausweichlich. Darin ist dem FISG-Entwurf zuzustimmen.

Bezogen auf die **Abschlussprüfung** und die **Corporate Governance** offenbart der Wirecard-Fall dagegen weniger grundlegende regulatorische Defizite, sondern wohl eher ein persönliches Versagen einzelner Akteure und eine besonders hohe kriminelle Energie der Täter. Das wird gerichtlich aufgearbeitet. Dieser Befund schließt einzelne Nachschärfungen auch bei den Regeln für die Abschlussprüfung und die Corporate Governance nicht aus. Aber sie sollten mit Augenmaß erfolgen. Der FISG-Entwurf verdient auch insoweit im Grundsatz Zustimmung. Freilich enthält er **einzelne überschießende Regelungen**, die nochmals überdacht werden sollten.

Umgekehrt werden manche Probleme im FISG-Entwurf nach wie vor nicht ausreichend adressiert. Insoweit besteht **weiterer Reformbedarf**.

Für eine ausführliche Würdigung des FISG-Entwurf s. Der Betrieb – DB – Jg. 2021 Seite 268 bis 279.

II.

1. Die **Neujustierung der Bilanzkontrolle** und die zusätzlichen Kompetenzen für die BaFin sind zu begrüßen.

Allein mit neuen Kompetenzen und zusätzlichem (Schreibtisch-) Personal für die BaFin wird es freilich nicht getan sein. Die Behörde muss die neuen Mittel auch dazu verwenden, **eigene Kompetenzen für die Bilanzkontrolle** aufzubauen und die Abhängigkeit von externen Wirtschaftsprüfern zu reduzieren. Die BaFin selbst benötigt mehr qualifiziertes Personal für die Bilanzkontrolle, und zwar auch im Außendienst. Der [Sieben-Punkte-Plan des BMF zur Neuaufstellung der BaFin vom 2.2.2021](#) setzt hier zu Recht an und verdient Unterstützung.

Zudem ist die **Unabhängigkeit** von etwaigen politischen Einflussnahmen institutionell zu stärken.

Auch über eine **Haftung der BaFin für grobe Pflichtverletzungen bei der Bilanzkontrolle** ist nachzudenken. Die für eine Haftung der Abschlussprüfer angeführten Gründe – nämlich Anreize zur gewissenhaften Prüfung zu setzen und eingetretene Schäden zu kompensieren – gelten bezogen auf etwaige Pflichtverletzungen der BaFin bei der Bilanzkontrolle genauso. Es erscheint außerdem wertungswidersprüchlich, einerseits die schadensersatzrechtliche und strafrechtliche Verantwortlichkeit des Abschlussprüfers empfindlich zu verschärfen, wie es im FISG-Entwurf vorgesehen ist (unten Nr. 6 und 7), andererseits den BaFin-Prüfer und die Behörde weiterhin von der Haftung selbst bei groben Versäumnisse bei der Bilanzkontrolle freizustellen. Der o.g. Sieben-Punkte-Plan des BMF zur Neuaufstellung der BaFin vom 2.2.2021 betont zu Recht die Verantwortung der BaFin für den Anlegerschutz (a.a.O., insbes. Punkt 5). Das aus § 4 Abs. 4 FinDAG abgeleitete Haftungsprivileg der BaFin sollte deshalb überdacht werden.

2. Bezogen auf die **Abschlussprüfung** sind gegen die im FISG-Entwurf vorgesehenen Verschärfungen hinsichtlich **Rotation** und **Trennung von Prüfung und Beratung** keine Einwände zu erheben. Diese Maßnahmen können helfen, das Vertrauen in die Integrität des Finanzmarktes und in die Abschlussprüfer als wichtige Intermediäre zu stärken.

Die gegenwärtige **Grenzziehung zwischen Prüfung und Beratung** sollte aber nachjustiert werden. Für bestimmte, bislang als Nichtprüfungsleistungen eingeordnete Maßnahmen (wie *Comfort Letter* und freiwillige Abschlussprüfungen im Konzernkreis) sollte wegen der Sachnähe zur Abschlussprüfung weiterhin der (Konzern-) Abschlussprüfer beauftragt werden können.

3. Weitergehend sollte erwogen werden, die **Bezahlung des Abschlussprüfers** für die gesetzliche Abschlussprüfung **von dem geprüften Unternehmen abzukoppeln**. Eine (ggf. umlagefinanzierte) Honorierung auf Basis einer Honorarordnung würde Interessenkonflikte vermeiden helfen und der öffentlichen Funktion der gesetzlichen Abschlussprüfung besser entsprechen.

Solange der Abschlussprüfer frei verhandelbare Vergütungsinteressen mit der geprüften Gesellschaft verbindet, bestehen Abhängigkeiten. Die Beauftragung des Abschlussprüfers durch den Aufsichtsrat (statt durch den Vorstand), die § 111 Abs. 2 Satz 3 AktG seit dem KonTraG vorsieht, ist zwar ein Schritt in die richtige Richtung, bleibt aber auf halbem Weg stehen. Sie bewirkt immerhin eine größere Unabhängigkeit des Abschlussprüfers vom Vorstand (was wichtig ist), ändert aber nichts daran, dass der Abschlussprüfer weiterhin monetäre Interessen bei der geprüften Gesellschaft hat. Das Problem wird dadurch noch verschärft, dass viele Aufsichtsräte aus dem Pool ehemaliger Vorstände rekrutiert oder mit gegenwärtigen Vorständen vernetzt sind. Außerdem sitzen selbst unabhängige Aufsichtsräte teilweise gleichsam „mit im Boot“, weil sie die (frühere) Rechnungslegung mit zu verantworten haben (§ 172 AktG). Das Interesse der Aufsichtsräte daran, dass der Abschlussprüfer Unregelmäßigkeiten aufdeckt, die sich (wie bei Wirecard) möglicherweise über mehrere Jahre erstrecken und damit auch ihren eigenen Verantwortungsbereich betreffen, dürfte sich in Grenzen halten. Die Praxis zeigt denn auch, dass ein Abschlussprüfer, der Unregelmäßigkeiten bei dem geprüften Unternehmen aufdeckt, mitunter nicht nur nicht für seine Aufmerksamkeit belohnt wird, sondern in einer Vielzahl von Fällen sogar das Prüfungsmandat für künftige Jahre verliert.

Eine (ggf. umlagefinanzierte) Honorierung auf der Basis einer Honorarordnung würde diesen Fehlanreize entgegenwirken und dem öffentlichen Interesse an einer ordnungsmäßigen Abschlussprüfung mehr Gewicht verleihen.

4. Eine gesetzliche Verpflichtung zu **Joint Audits** (d.h. durch zwei oder mehr Abschlussprüfer in *Gesamtverantwortung* durchgeführte Prüfungen) ist **nicht empfehlenswert**. Eine anlasslose, flächendeckende doppelte Prüfung ist nicht effizient und nicht veranlasst. Bestehen dagegen greifbare Anhaltspunkte für Unregelmäßigkeiten bei der Rechnungslegung, ist der Aufsichtsrat schon heute verpflichtet, dem nachzugehen und ggf. einen Sonderprüfer zu beauftragen. Künftig soll insoweit außerdem die gestärkte, anlassbezogene Bilanzkontrolle durch die BaFin spürbare Wirkungen entfalten.

Erwogen werden könnte die Anordnung von **Shared Audits** für PIEs, also die gesetzliche Verpflichtung zur Beauftragung mehrerer Abschlussprüfer für jeweils abgrenzbare Teilbereiche, die getrennt verantwortet werden. Eine solche Maßnahme **könnte helfen**, die Enge auf dem Markt für Abschlussprüfungsleistungen zu erweitern. Um dieses Ziel zu erreichen, müsste allerdings angeordnet werden, dass als zweiter Abschlussprüfer eine Next-10-Prüfungsgesellschaft (statt einer zweiten „Big4-Gesellschaft“) zu beauftragen ist.

Eine **Ausdehnung der Prüfungsfelder** für die gesetzliche Abschlussprüfung ist (entgegen teilweise anderslautenden Vorschlägen) **nicht zu empfehlen**. Namentlich sind gesetzliche Pflichtprüfungen bezogen auf die Erklärung zur Unternehmensführung (§ 289f HGB) oder eingerichtete Compliance Management Systeme nicht veranlasst. Die insoweit schon gegebenen Möglichkeiten, solche Prüfungen einzelfallorientiert beauftragen zu können, reichen aus, hier besteht kein Regulierungsbedarf. Es mangelt nicht an Prüfungsfeldern. Vielmehr gilt es, das Vertrauen in die Integrität und die Qualität der schon heute gesetzlich vorgeschriebenen Abschlussprüfung zu stärken und zu verbessern.

5. Die **Anhebung der Haftungshöchstgrenzen gem. § 323 Abs. 2 HGB** ist **richtig**. Die Grenzen könnten unter dem Aspekt der Ausgleichsfunktion des Schadensersatzes dabei durchaus noch höher sein als im Entwurf vorgesehen. **Zusätzlich** sollte allerdings **in Relation zur Höhe der Honorare**, die an den Abschlussprüfer gezahlt werden (Prüfungs- und Beratungshonorare), differenziert werden.

Die im FISG-Entwurf vorgesehene Regelung zieht alle Börsengesellschaften über einen Leisten, obwohl diese Gruppe durchaus sehr heterogen ist; die Prüfungshonorare reichen von unter einer Mio. € für kleinere Börsengesellschaften bis rd. 50 Mio. € für die größten Konzerne. Da Prüfungshonorare ein Indikator für die Komplexität der Prüfung sind, sollten solche Unterschiede bei der Haftungshöchstgrenze berücksichtigt werden.

6. Die vorgesehene **Verschärfung der unbegrenzten Haftung schon für grobe Fahrlässigkeit sollte nochmals überdacht werden**. Sie würde das Problem der Enge auf dem Markt für Abschlussprüfungsleistungen (Prüferoligopol) weiter verschärfen.

Eine unbegrenzte Haftung des Abschlussprüfers für grobe Fahrlässigkeit bei der Prüfung großer PIEs ist nicht versicherbar und potentiell existenzvernichtend (Großrisiken). Die Folge eines haftungsinduzierten Zusammenbruchs einer großen Prüfungsgesellschaft wäre eine weitere Verengung des heute schon von vielen als zu eng empfundenen Prüferoligopols. Zwar würden sich die Mitarbeiter aller Voraussicht nach auf die verbleibenden Prüfungsgesellschaften neu verteilen (wie es nach dem Zusammenbruch von Arthur Anderson offenbar geschehen ist). Bei zu starker Verengung der Anbieterzahl für große Prüfungen von PIEs („Big 4-3-2-1“) wird aber

irgendwann das System der privat organisierten Abschlussprüfung insgesamt infrage gestellt.

Sollte der Gesetzgeber an der unbeschränkten Haftung des Abschlussprüfers für grobe Fahrlässigkeit festhalten wollen, so wäre jedenfalls an eine flankierende **Änderung des § 323 Abs. 4 HGB** zu denken. Andere (freie) Berufe genießen zwar kein gesetzliches Haftungsprivileg, das Gesetz erlaubt in diesen Fällen aber (bis zur Grenze der Verantwortlichkeit für Vorsatz) **vertragliche Haftungsbeschränkungen** (vgl. § 276 Abs. 3 BGB). Diese Möglichkeit sollte auch den Abschlussprüfern eröffnet werden. Vertragliche Haftungsklauseln könnten nach dem Vorbild des Art. 35a Abs. 3 Rating-VO einer **richterlichen Angemessenheitskontrolle** unterworfen werden.

7. **Überschießend und** zudem vor dem Hintergrund des Schutzguts der Vorschrift **systematisch unstimmig** ist die vorgesehene **Ausdehnung der Strafbarkeit für leichtfertige Verletzungen der Berichtspflichten gem. § 332 HGB**.

Schutzgut der Vorschrift ist *de lege lata* die subjektive **Ehrlichkeit bei der Berichterstattung**, nicht deren objektive Richtigkeit und erst recht nicht die Sorgfalt bei der Prüfung. Strafbar ist also (allein) eine Abweichung der Berichterstattung des Abschlussprüfers von den tatsächlichen Feststellungen, wie sie sich für ihn bei der Prüfung ergeben haben, nicht eine unsorgfältige Prüfung. Bezogen auf dieses Schutzgut des § 332 HGB ist die Ausdehnung der Strafbarkeit auf „Leichtfertigkeit“ nicht sinnvoll; **leichtfertige Unehrllichkeit ist schwer vorstellbar**.

Zudem könnte die im Entwurf vorgesehene Regelung wohl **ungewollte Nebenwirkungen** haben, nämlich eine **unbegrenzte Dritthaftung des Abschlussprüfers gegenüber Anlegern schon für grobe Fahrlässigkeit** auslösen. Die Rechtsprechung hat § 332 HGB verschiedentlich als Schutzgesetz i.S. des § 823 Abs. 2 BGB eingeordnet. Eine Verletzung dieser Vorschrift würde danach für geschädigte Anleger einen Weg eröffnen, über § 823 Abs. 2 BGB Schadensersatz vom Abschlussprüfer verlangen zu können. Da es für Ansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB explizit auch keine Haftungshöchstgrenzen gibt, wäre diese Dritthaftung im Ausgangspunkt der Höhe nach unbegrenzt. Eine unbegrenzte Dritthaftung des Abschlussprüfers gegenüber Anlegern ist aber rechtspolitisch verfehlt und sollte jedenfalls gründlicher erwogen werden als gleichsam *en passant* bei Gelegenheit des FISG.

8. Die **Änderungen des AktG** durch den FISG-Entwurf **verdienen grundsätzlich Zustimmung**. Namentlich ist das in § 107 Abs. 4 AktG-E vorgesehene Auskunftsrecht des Vorsitzenden des Prüfungsausschusses gegenüber den Bereichsleitern des internen Governance Systems zu begrüßen.

Entsprechende **Auskunftsrechte** sollte aber **auch der Vorsitzende des Aufsichtsrats** haben. Denn frühzeitige Informationen über etwaige Unregelmäßigkeiten, und zwar

gleichsam „aus erster Hand“, also direkt von den Mitarbeitern der fraglichen Bereiche, sind **für die Überwachungstätigkeit des Aufsichtsrats insgesamt relevant**.

Die jeweiligen Vorsitzenden (des Aufsichtsrats und des Prüfungsausschusses) haben über erlangte Auskünfte gegenüber dem Vorstand, selbstverständlich aber ebenfalls gegenüber den anderen Gremienmitgliedern zu berichten. Auch letzteres sollte im Gesetz klargestellt werden.

III.

Mittelfristig wird außerdem über **weitere mögliche Maßnahmen zur Verbesserung der Abschlussprüfung und Corporate Governance** nachzudenken sein:

1. Namentlich bezogen auf die **Corporate Governance** sind weitere Verbesserungsvorschläge diskussionswürdig. Erwogen werden sollte z.B.

- eine **exklusive Zuständigkeit des Aufsichtsrats für die Vergabe sämtlicher noch zulässiger Beratungsaufträge an den Abschlussprüfer**; ferner
- **Beschränkungen der Mandatszeiten und der Mandatszahlen von Aufsichtsratsmitgliedern**;
- die **explizite normative Betonung des Erfordernisses einer kritischen Grundhaltung auch für Aufsichtsräte**; u.a.m.

Dabei wird kritisch zu überprüfen sein, ob für einschlägige Regulierungen der DCGK als „Soft Law“ das geeignete Instrument ist oder ob nicht **gesetzliche Regelungen vorzuziehen** sind. Der Wirecard-Fall kann durchaus als Hinweis dafür angeführt werden, dass die „Selbstregulierung der Wirtschaft“ durch Standards, die eine Gruppe von Unternehmern und Beratern als „Grundsätze guter Unternehmensführung“ statuiert, an Grenzen stößt. Die Corporate Governance Struktur bei Wirecard war jedenfalls durch den DCGK unbeeindruckt.

2. Bezogen auf die **Abschlussprüfung** wird über weitere Maßnahmen zur Stärkung des Vertrauens, zur Verbesserung der Prüfungsqualität und zur Kompensation von Anlegerschäden nachzudenken sein. Dabei ist auch eine mögliche **Reform der Dritthaftung des Abschlussprüfers** ergebnisoffen zu erörtern. Diese muss allerdings verhältnismäßig und versicherbar bleiben (was bei einer Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 332 HGB i.d.F. des FISG-Entwurfs wohl nicht gewährleistet wäre, s.o.). Auch für eine Dritthaftung des Abschlussprüfers sind rechtspolitisch deshalb u.a. Haftungshöchstgrenzen zu diskutieren.