

Audit Committee Quarterly

extra

DAS MAGAZIN FÜR CORPORATE GOVERNANCE

**Audit Committee
Institute e.V.**

Gefördert durch



VERTRAUEN

WIEDERGEWINNEN!

Zur Finalisierung des FISG



Nicht besser, sondern anders

Mit dem Regierungsentwurf zum Gesetz zur Stärkung der Finanzmarktintegrität (**FISG**) schlägt der Gesetzgeber ein weiteres Kapitel in den Bereichen Corporate Governance und Abschlussprüfung auf. Die Gesetzesinitiative ist eine Antwort auf die Vorkommnisse bei Wirecard.

Was steht im Fokus? Aufsichtsräte in Unternehmen von öffentlichem Interesse sind in Zukunft mit erhöhter Expertise zu besetzen und erhalten darüber hinaus ein erweitertes modifiziertes Auskunftsrecht für den Prüfungsausschussvorsitzenden. Auch die Angemessenheit und die Wirksamkeit unternehmerischer Kontrollsysteme bei börsennotierten Gesellschaften rücken in den Fokus. So werden interne Kontrollsysteme, die Wirksamkeit der Systeme und das Verhältnis von Risikomanagement und Risikofrüherkennungssystem genauer abgegrenzt sowie auch die diesbezüglichen Vorgaben zur Einrichtung und Ausgestaltung präziser definiert.

Für den Bereich der Abschlussprüfung gibt es ebenfalls angepasste Rahmenbedingungen. So kommt es zu einer Verschärfung der Rotationsvorschriften und zu einer erweiterten Abschlussprüferhaftung, sowohl was deren Voraussetzungen als auch deren Höhe angeht.

Es ist wichtig, die Kerninhalte zu reflektieren und bei der Organisation der Governance und der Durchführung der Abschlussprüfung zu berücksichtigen. Hierzu wollen wir – wie Sie es von uns gewohnt sind – umfassend informieren.

Wir möchten aber auch einen weiteren Schwerpunkt setzen, eine Wertung der Maßnahmen vornehmen und deren Angemessenheit betrachten. Die Politik hat auf die Causa Wirecard schnell reagiert.

Sind die Maßnahmen zielführend? Alle vorgeschlagenen Regeln stellen in meinen Augen eine Verbesserung der aktuellen Situation dar. Sie gehen aber nicht weit genug. Bei Betrachtung der aktuellen Geschehnisse sind weiterhin einige »Unwuchten« erkennbar. Der Markt der Wirtschaftsprüfer weist immer noch zu starke oligopole Strukturen auf, mit all ihren negativen Konsequenzen. Ebenso ist die Aufsichtsratsarbeit weiter zu professionalisieren. Gerade die Zusammenarbeit zwischen Aufsichtsrat und Abschlussprüfer muss auf neue Füße gestellt werden. Hier ist auf beiden Seiten Selbstkritik und Reflexion gefragt.

Wir hoffen, Anstöße für diese Diskussion zu geben. Ich wünsche Ihnen eine spannende Lektüre.

Es muss nicht nur besser werden, es muss in einigen Bereichen auch anders werden.



Ihr

Prof. Dr. Kai C. Andrejewski

VERTRAUEN WIEDERGEWINNEN! Zur Finalisierung des FISG

2 EDITORIAL

Prof. Dr. Kai C. Andrejewski

4 Finanzmarktintegritätsstärkungsgesetz (FISG) – die »richtigen Antworten auf Wirecard«?

Prof. Dr. Joachim Hennrichs

8 Zur Einrichtungs-, Überwachungs- und Prüfungspflicht von Compliance-Management-Systemen (CMS) nach dem FISG-RegE

Univ.-Prof. Dr. Patrick Velte und
Rechtsanwalt Prof. Dr. Daniel Graewe, LL.M.

11 Das FISG als Chance: Neue Impulse für die Ausgestaltung wirksamer Governance-Systeme

Dr. Jan-Hendrik Gnädiger und Katharina Gädeke

16 Eine Mindestgröße für den Aufsichtsrat?

Prof. Dr. Anne d'Arcy

18 Schärft die Redepflicht des Abschlussprüfers nach!

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Peter Hommelhoff

20 Das Direktinformationsrecht des Prüfungsausschussvorsitzenden nach dem FISG und seine Folgen

Prof. Dr. Dörte Poelzig, M. jur. (Oxford)

22 Muss der Aufsichtsrat weiter professionalisiert werden? Gedanken zum Finanzmarktintegritätsstärkungsgesetz (FISG)

Prof. Dr. Dr. Klaus J. Hopt

24 Der Prüfungsausschuss – von der Kür zur Pflicht

Dr. Klaus von der Linden

28 Neuregelung der externen Prüferrotation aus der Unternehmens- perspektive

Dr. Andreas Duhr

31 Impressum

32 **IN EIGENER SACHE**

Financial Reporting Update 2021 – Aktuelles für Aufsichtsräte

33 Bestellformular



Finanzmarktintegritäts- stärkungsgesetz (FISG) – die »richtigen Antworten auf Wirecard«?

Autor: Prof. Dr. Joachim Hennrichs

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**.¹

¹ Für eine ausführliche Würdigung des FISG-Entwurfs siehe Hennrichs, Der Betrieb – DB – Jg. 2021, S. 268–279 m. w. N.

II.

1. Gegen die im FISG-Entwurf vorgesehenen Verschärfungen hinsichtlich **Rotation des Abschlussprüfers** und **stärkerer Trennung von Prüfung und Beratung** sind m. E. keine Einwände zu erheben. Diese Maßnahmen sind zwar durch den Wirecard-Skandal unmittelbar nicht veranlasst (weil diese Umstände in dem Fall, soweit ersichtlich, keine besondere Rolle gespielt haben), können aber helfen, das Vertrauen in die Integrität des Finanzmarkts und in die Abschlussprüfer als wichtige Intermediäre zu stärken.

Freilich sollte die gegenwärtige **Grenzziehung zwischen Prüfung und Beratung** 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.

2. Der FISG-Entwurf will an der privatrechtlich strukturierten Abschlussprüfung grundsätzlich festhalten. Namentlich soll der Abschlussprüfer weiterhin **durch das geprüfte Unternehmen** (vertreten durch den Aufsichtsrat) **beauftragt und** von diesem auch **bezahlt** werden. Das **sollte nochmals überdacht werden**.

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 Fehlreizen entgegenwirken und dem öffentlichen Interesse an einer ordnungsmäßigen Abschlussprüfung mehr Gewicht verleihen.

3. Eine gesetzliche Verpflichtung zu **Joint Audits** (d. h. durch zwei oder mehr Abschlussprüfer in *Gesamtverantwortung* durchgeführte Prüfungen) sieht der FISG-Entwurf zu Recht nicht vor, sie wäre auch **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.

4. Die **Anhebung der Haftungshöchstgrenzen gemäß § 323 Abs. 2 HGB ist richtig**. **Zusätzlich** sollte allerdings **in Relation zur Höhe der Honorare**, die an den Abschlussprüfer gezahlt werden (Prüfungs- und Beratungshonorare), differenziert werden. Denn die im FISG-Entwurf vorgesehene Regelung zieht alle Börsengesellschaften über einen Leisten, obwohl diese Gruppe durchaus sehr heterogen ist (die Prüfungshonorare reichen von unter 1 Mio. EUR für kleinere Börsengesellschaften bis rund 50 Mio. EUR für die größten Konzerne). Da Prüfungshonorare ein Indikator für die Komplexität der Prüfung sind, sollten solche Unterschiede bei der Haftungshöchstgrenze berücksichtigt werden.

5. Die vorgesehene **Verschärfung der unbegrenzten Haftung schon für grobe Fahrlässigkeit sollte dagegen 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 potenziell 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 (»Big4-3-2-1«) 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.

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

Prof. Dr. Joachim Hennrichs ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Bilanz- und Steuerrecht der Universität zu Köln. Er ist Vorsitzender des Arbeitskreises Bilanzrecht Hochschullehrer Rechtswissenschaft (AKBR) und Mitglied im Wissenschaftlichen Beirat beim BMF sowie in vielen anderen Arbeitskreisen.



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 im Sinne 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.

7. 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**.



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

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

- **Beschränkungen der Mandatszeiten und der Mandatszahlen von Aufsichtsratsmitgliedern;**
- die **explizite normative Betonung des Erfordernisses einer kritischen Grundhaltung auch für Aufsichtsräte** u. a. m. ←



Univ.-Prof. Dr. Patrick Velte hat die Professur für Betriebswirtschaftslehre, insbesondere Accounting, Auditing & Corporate Governance an der Leuphana Universität Lüneburg inne. Seine Lehr- und Forschungsgebiete betreffen die (inter-)nationale Rechnungslegung, Abschlussprüfung und Corporate Governance aus einer nachhaltigen Perspektive.

Rechtsanwalt Prof. Dr. Daniel Graewe, LL.M., ist Rechts- und Politikwissenschaftler und Direktor des Instituts für angewandtes Wirtschaftsrecht an der NORDAKADEMIE Hochschule der Wirtschaft. Er wird vom Handelsblatt als führender Wirtschaftsanwalt empfohlen und von fast allen Standardwerken des Gesellschaftsrechts sowie von Oberlandes- und Bundesgerichten zitiert.



Zur Einrichtungs-, Überwachungs- und Prüfungspflicht von Compliance-Management-Systemen (CMS) nach dem FISG-RegE

Autoren: **Univ.-Prof. Dr. Patrick Velte** und **Rechtsanwalt Prof. Dr. Daniel Graewe, LL.M.**

Die Bundesregierung hatte am 16.12.2020 einen Gesetzentwurf für ein Finanzmarktintegritätsstärkungsgesetz (FISG) veröffentlicht. Nach § 91 Abs. 3 AktG-E sollen börsennotierte Aktiengesellschaften künftig zur Implementierung eines »im Hinblick auf den Umfang der Geschäftstätigkeit und die Risikolage des Unternehmens angemessenen und wirksamen internen Kontrollsystems und Risikomanagementsystems« verpflichtet werden. Der vorliegende Beitrag diskutiert eine künftige Einrichtungspflicht von Compliance-Management-Systemen (CMS) durch den Vorstand (§ 91 Abs. 3 AktG-E), die Überwachung durch den Prüfungsausschuss bzw. Aufsichtsrat (§ 107 Abs. 3 Satz 2 AktG) sowie eine Prüfung durch den Abschlussprüfer (§ 317 Abs. 4 HGB).

Einrichtung, Überwachung und Prüfung eines CMS de lege lata

Für Aktiengesellschaften resultiert die Compliance-Pflicht des Vorstands aus den §§ 76, 93 AktG. Da sich § 91 Abs. 2 AktG als Spezialregelung des KonTraG nach herrschender Meinung lediglich auf bestandsgefährdende Risiken bezieht und ein effektives Compliance-Management umfassender ausgestaltet werden muss, scheidet eine Verortung der Compliance-Pflicht des Vorstands in § 91 Abs. 2 AktG *de lege lata* aus. Zudem lehnt die herrschende Meinung eine allgemeine Vorstandspflicht zur Implementierung einer institutionalisierten, standardisierten Compliance-Organisation als CMS bislang ab. Vielmehr wird auf die Business Judgment Rule (BJR, § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG) bei der konkreten Ausgestaltung von Compliance-Maßnahmen verwiesen. Seit dem Siemens-Neubürger-Urteil des Landgerichts München I aus dem Jahr 2013 wird im Schrifttum allerdings – teilweise in Abhängigkeit von Unternehmensgröße, Risikoprofil oder Gefahrenpotenzial – die Einrichtung eines CMS als Vorstandspflicht angenommen. Der Deutsche Corporate Gover-

nance Kodex (DCGK) hatte bereits seit 2007 die Beachtung von Compliance als Teil der Leitungsaufgabe des Vorstands hervorgehoben (derzeit Grundsatz 5). Seit dem Jahr 2017 wird überdies empfohlen, dass der Vorstand für ein »an der Risikolage des Unternehmens ausgerichtetes« CMS sorgen und dessen Grundzüge offenlegen soll (Empfehlung A.2).

Aus Sicht des Aufsichtsrats ergibt sich eine Pflicht zur Überwachung von Compliance-Maßnahmen nach § 111 AktG. Wenngleich in § 107 Abs. 3 Satz 2 AktG seit dem BilMoG ausdrücklich betont wird, dass der Prüfungsausschuss bzw. Aufsichtsrat auch eine Überwachung des Internen Kontrollsystems (IKS), des Risikomanagementsystems (RMS) und des Internen Revisionssystems (IRS) vornehmen müssen, wird die Compliance nicht explizit als gesetzliche Überwachungspflicht des Aufsichtsrats hervorgehoben. Dies steht im Gegensatz zum DCGK, wonach sich der Prüfungsausschuss auch mit der Compliance befassen soll (Empfehlung D.3).

Der Abschlussprüfer muss bei börsennotierten Aktiengesellschaften neben der Rechnungslegung auch das Risikofrüherkennungs- und Überwachungssystem i. S. d. § 91 Abs. 2 AktG in die Prüfung mit einbeziehen (§ 317 Abs. 4 HGB). Eine Geschäftsführungs- und Zweckmäßigkeitprüfung der Systeme und eine Beurteilung der Risikobewältigungsmaßnahmen ist jedoch bislang kein Gegenstand der Pflichtprüfung. Bei sämtlichen prüfungspflichtigen Unternehmen wird nach IDW PS 261 lediglich der rechnungslegungsbezogene Teil des IKS in die Pflichtprüfung einbezogen. Der IDW PS 340 ist für die Prüfung nach § 317 Abs. 4 HGB einschlägig. Eine Pflichtprüfung des gesamten CM(S) erfolgt hierbei nicht. Allerdings kann der Aufsichtsrat einen freiwilligen Prüfungsauftrag an den Abschlussprüfer vergeben. Hierzu wurde bereits im Jahr 2011 der IDW PS 890 für die freiwillige Prüfung von CMS finalisiert. —————>

Zur Reichweite des § 91 Abs. 3 AktG-E nach dem FISG-RegE

Flankierend zu § 91 Abs. 2 AktG, der auch künftig an sämtliche Aktiengesellschaften gerichtet ist, sieht der Regierungsentwurf (RegE) für ein FISG vom 16.12.2020 für börsennotierte Aktiengesellschaften eine Spezialnorm in § 91 Abs. 3 AktG-E vor. Hiernach müssen Vorstände in börsennotierten Aktiengesellschaften ein im Hinblick auf den Umfang der Geschäftstätigkeit und die Risikolage des Unternehmens angemessenes und wirksames IKS und RMS einrichten. Die begrenzte Reichweite des Risikofrüherkennungs- und Überwachungssystems nach § 91 Abs. 2 AktG wird insofern für börsennotierte Aktiengesellschaften aufgehoben. Da für börsennotierte Aktiengesellschaften nach dem FISG-RegE ausdrücklich ein »umfassendes« RMS implementiert werden soll, ist auf den ersten Blick erstaunlich, dass in § 91 Abs. 3 AktG-E ein CMS nicht explizit erwähnt ist. Das BMF und das BMJV hatten in der Begründung zum Referentenentwurf noch ausgeführt, dass Vorstände ein CMS einrichten müssen, »wenn ein entsprechendes Gefahr- bzw. Risikopotenzial besteht«. Im Gesetzentwurf sind im Begründungsteil die vormaligen Ausführungen zu einem CMS gestrichen worden. Insofern könnte man einerseits annehmen, dass die Bundesregierung ein CMS als zwingende Teilmenge der Systeme nach § 91 Abs. 3 AktG ansieht oder andererseits keine zwingende Regulierung wünscht, sofern CMS und RMS definitorisch voneinander getrennt werden. Insofern ist offenkundig, dass der RegE viele offene Fragen zur künftigen Reichweite des § 91 Abs. 3 AktG-E bereithält.

Plädoyer für eine Einrichtungs-, Überwachungs- und Prüfungspflicht von CMS nach dem FISG

Als Reaktion auf den Wirecard-Skandal und die Bestrebungen der Bundesregierung zur Finanzmarktreform hatten einige Vertreter aus der Wissenschaft und Unternehmenspraxis eine gesetzliche Regulierung eines CMS ausdrücklich befürwortet, u. a. das DAJ oder das IDW. Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Die durch das KonTraG und BilMoG kodifizierten Leitungs-, Überwachungs- und Prüfungspflichten von Vorstand, Aufsichtsrat und Abschlussprüfer sollten durch das geplante FISG fortentwickelt werden. Börsennotierte Aktiengesellschaften sollten obligatorisch ein CMS gemäß § 91 Abs. 3 AktG-E implementieren, das dann analog gemäß § 107 Abs. 3 Satz 2 durch den Prüfungsausschuss bzw. Aufsichtsrat überwacht und gemäß § 317 Abs. 4 AktG durch den Abschlussprüfer beurteilt wird. Weder ein IKS noch ein RMS allein können wesentlich zu einer künftigen Verhinderung von Top Management Fraud als gesetzgeberische Reaktion auf den Wirecard-Skandal beitragen, sofern ein Management Override durch den Vorstand stattfindet. Ein CMS hingegen, das u. a. die Implementierung einer (anonymen) Hinweisgeberstelle (Whistleblowing) voraussetzt, könnte dagegen Anreize aufseiten des Vorstands setzen, ein höheres rechtliches Sorgfaltsniveau bei der Unternehmensführung anzuwenden, insbesondere vor dem Hintergrund, dass zwingende Voraussetzung für die Anwendbarkeit der BJR die Einhaltung der sog. Legal Judgment Rule ist. Neben dem CMS wäre allerdings auch die zwingende Einrichtung einer Internen Revision als Corporate Governance-Instanz unabdingbar.

Der Gesetzgeber sollte in diesem Kontext ebenfalls zu einer Vereinheitlichung der Begriffe IKS, RMS, CMS und Interne Revision in den aktien- und handelsrechtlichen Normen beitragen. Aus betriebswirtschaftlicher Sicht kann vorgeschlagen werden, das RMS künftig als Oberbegriff sowie das IKS, CMS und die Interne Revision (IR) als elementare Teilmengen zu klassifizieren. Das IDW legt dagegen den Oberbegriff Corporate Governance-Systeme als inhaltliche Klammer für die vier Begriffe basierend auf dem COSO-Rahmenkonzept zugrunde. Der Gesetzgeber ist dazu aufgefordert, zu einer Rechtsklarheit in dieser Thematik beizutragen. ←



VERTIEFUNGSHINWEISE

Velte/Graewe, Zwingende Einrichtung von Compliance Management-Systemen bei börsennotierten AG nach dem Wirecard-Skandal?, in: Der Betrieb 2020, S. 2529–2534

Velte/Graewe, Reform der Corporate Governance nach dem Wirecard-Skandal, in: NWB 2021



Das FISG als Chance: Neue Impulse für die Ausgestaltung wirksamer Governance-Systeme

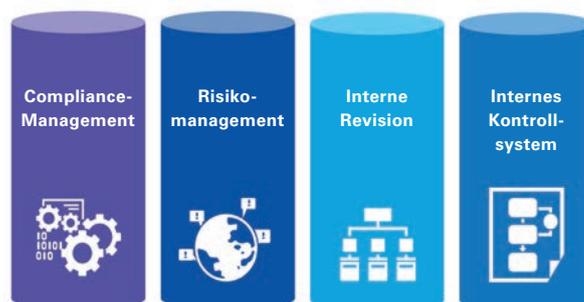
Autoren: **Dr. Jan-Hendrik Gnädiger** und **Katharina Gädeke**

Neben zahlreichen Neuregelungen u. a. zur Abschlussprüferrotation, zur Verschärfung der zivilrechtlichen Haftung des Abschlussprüfers sowie zur Neuordnung der Bilanzkontrolle durch die BaFin zielt der aktuelle Regierungsentwurf des Finanzmarktintegritätsstärkungsgesetzes (»FISG«) auch auf die Fortentwicklung und Stärkung des inneren Ordnungsrahmens zur Unternehmensleitung und -überwachung (»Corporate Governance«) ab. Der neue § 91 Abs. 3 AktG verpflichtet nun ausdrücklich den Vorstand als Organ einer börsennotierten Gesellschaft, ein »im Hinblick auf den Umfang der Geschäftstätigkeit und die Risikolage des Unternehmens angemessenes und wirksames inter-

nes Kontrollsystem und Risikomanagementsystem einzurichten«. Mit dieser nun explizit im Gesetz verankerten Vorstandspflicht unterstreicht der Regierungsentwurf nochmals die grundlegende Bedeutung der Governance-Systeme für die verantwortungsvolle Führung börsennotierter Unternehmen.¹ —————>

¹ Für nicht börsennotierte Unternehmen kann sich diese Vorstandspflicht aus den Organisationspflichten des § 93 Abs. 1 AktG ergeben. Die Entscheidung über die Einrichtung von Governance-Systemen (das »Ob«) liegt bei nicht börsennotierten Unternehmen im Ermessen des Vorstands, während Vorstandsmitglieder von börsennotierten Gesellschaften lediglich über das »Wie« ihr Ermessen ausüben können.

Governance in Silos – Status quo



- **Isolierte Governance-Systeme** aufgebaut zu historisch bedingten komplexen Strukturen
- **Mehrwert** für das Unternehmen jenseits der Erfüllung gesetzlicher und regulatorischer Anforderungen unklar

Abbildung 1: Varianten der Governance-Organisation

Basis: Initialanalyse der Risiko- und Maßnahmenlage

Zur Beantwortung dieser grundlegenden Fragen ist es geboten, sich grundlegend und wiederkehrend mit der Risikolage des Unternehmens zu befassen. Diese leitet sich unmittelbar aus der Erwartungshaltung und aus Anforderungen der Stakeholder an das Unternehmen ab.

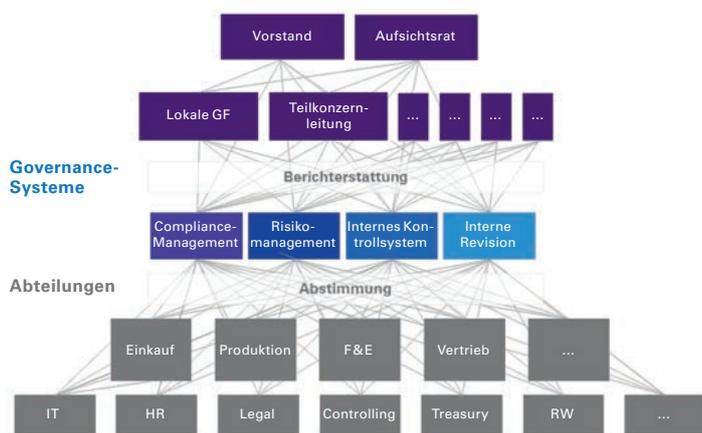
1. Eine vorgelagerte **Stakeholderanalyse** verknüpft die Geschäftstätigkeit mit der Risikolage des Unternehmens und kann als erster grundlegender Schritt zur Erfüllung der oben beschriebenen Anforderungen aus § 91 Abs. 3 AktG herangezogen werden: Während das Augenmerk von Kunden und Arbeitnehmern aus unterschiedlichen Motivationen heraus verstärkt auf der Schaffung und Garantie fairer Arbeitsbedingungen und Transparenz hinsichtlich Klimaschutz und Einhaltung von Menschenrechten liegen wird, sehen sich Lieferanten, Anteilseigner und Kapitalgeber dem Risiko von Reputationsschäden durch Verletzung von Recht und Gesetz ausgesetzt, welche sich negativ auf den Shareholder-Value, das Unternehmenswachstum und Renditen auswirken kann. Durch die im Jahr 2022 in Kraft tretende **EU-Taxonomie** werden künftig auch die Einhaltung **sozialer Mindestanforderungen und Nachhaltigkeitsaspekte** einmal mehr in den Fokus der Öffentlichkeit und Kreditgeber gerückt.

Doch nicht nur die Vorstandspflichten werden durch das FISG konkretisiert, auch die Möglichkeiten und Pflichten der Überwachung durch den Aufsichtsrat bzw. Prüfungsausschuss rücken in den Fokus der aktuellen Diskussion. Der neue § 107 Abs. 4 AktG weist dem Aufsichtsrat eines Unternehmens von öffentlichem Interesse nun explizit die Pflicht zur Einrichtung eines Prüfungsausschusses zu, dessen Vorsitzender künftig ein unmittelbares (zusätzliches) Auskunftsrecht gegenüber den Leitern seiner Zuständigkeitsbereiche (z. B. Risikomanagement und Interne Revision) innehat. Damit könnte der Vorsitzende des Prüfungsausschusses eines Unternehmens von öffentlichem Interesse künftig nicht nur beim Vorstand, sondern auch bei der durch Delegation für die Governance-Systeme verantwortlichen Führungsebene Auskünfte über die ihr zugeordneten Bereiche einholen. Die hier beschriebenen Änderungen des Aktiengesetzes zahlen daher einerseits auf die Stärkung des unternehmensinternen Risikomanagementsystems (RMS) und Internen Kontrollsystems (IKS) durch den Vorstand und andererseits auf die Verbesserung der **Überwachungsmodalitäten durch den Aufsichtsrat bzw. Prüfungsausschuss** ein. Mit der Stärkung von RMS und IKS geht zudem eine Scope-Erweiterung einher: Künftig wird von IKS und RMS neben der Identifizierung und Steuerung von finanziellen und operativen Risiken und Kontrollen auch die **Berücksichtigung von nichtfinanziellen und Compliance-Risiken und Kontrollen** erwartet – ein deutliches Signal also für die wachsende Bedeutung wirksamer Governance-Systeme.

Angemessenheit und Wirksamkeit der Governance-Systeme

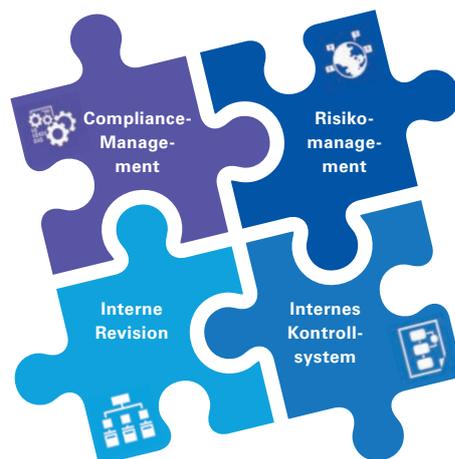
So manches Vorstands- und Aufsichtsratsmitglied wird sich angesichts dieser konkret gefassten Anforderungen und der Nachwehen der Causa Wirecard mit der Frage beschäftigen, wie es um die eigenen Governance-Systeme bestellt ist: Wann ist ein RMS und IKS angemessen und wirksam bzw. wie kann Angemessenheit und Wirksamkeit erreicht werden? Wie kann dies auch vor dem Hintergrund eines andauernden wirtschaftlichen Konjunkturerinbruchs **möglichst kostensparend erfolgen – ohne Wirksamkeitseinbußen der Governance-Systeme** in Kauf nehmen zu müssen? Und welche Rolle spielt der **Abschlussprüfer** in diesem Kontext?

Konsequenzen



- **Ungenutzte** Effektivitäts- und Effizienzpotenziale
- Hohe Kosten durch **Doppelarbeiten**
- **Hohe Kapazitätsbindungen** durch Mehrfachabstimmungen
- **Informationsasymmetrien**
- **Unterschiedliche Methoden und Konzepte**
- **White spots**

Integrierte Governance / GRC



Wesentliche Vorteile:

- **Kostenreduktion** und **Effizienzsteigerung**
- **Kollektive Haltung** zu Chancen und Risiken
- **Abgestimmte** Prozesse, Methoden und Konzepte sowie optimierter Ressourceneinsatz
- Klare Definition von **Rollen und Verantwortlichkeiten**
- Höheres **Sicherheitsniveau**

2. Aus diesen Anforderungen der Stakeholder sind nun in einem zweiten Schritt konkret **die für das Unternehmen wesentlichen Risikofelder** abzuleiten (»Risikorelevanzanalyse«). Typische Risikofelder sind z. B. Arbeitssicherheit, Umweltschutz, Geldwäschebekämpfung, Antikorruption, Datenschutz, Produktsicherheit.

3. Im dritten Schritt gilt es zu identifizieren, auf **welche Unternehmensprozesse** sich diese Risikofelder im Einzelnen auswirken. Diese Analyse bezieht im Idealfall die Leiter der jeweiligen Unternehmensprozesse mit ein (z. B. Einkauf, Vertrieb, Finanzen, Personal). In diesem Zusammenhang bietet es sich an, das konkrete Risikoszenario zu identifizieren und hinsichtlich Eintrittswahrscheinlichkeit und Schadenshöhe quantitativ und/oder qualitativ zu bewerten und diese Entscheidung methodisch zu dokumentieren. Dabei sollten bereits eingerichtete Kontrollen und Maßnahmen berücksichtigt werden, die Eintrittswahrscheinlichkeit und Schadenshöhe beeinflussen können.

Mit dieser Initialanalyse der Risiko- und Maßnahmenlage ist der Grundstein für ein angemessenes und wirksames RMS und IKS gelegt, welche sodann **auch nichtfinanzielle und Compliance-Risiken** berücksichtigen.

Integrierte Betrachtung aller Governance-Systeme (RMS, IKS, CMS und Interne Revision)

Darauf aufbauend stellt sich nun die Frage der Ausgestaltung der künftigen Aufbau- und Ablauforganisation, welche für ein vollständiges angemessenes und wirksames RMS und IKS unabdingbar ist. Auch Überlegungen zu Schnittstellen und Synergien mit dem Compliance Management-System (CMS) und der Internen Revision, d. h. einer **integrierten Betrachtung aller Governance-Systeme** (»Governance-Organisation«) sind unmittelbar an die Beantwortung dieser Frage gekoppelt. Unter Umständen kann es aus Kosten- und Qualitätsgründen sinnvoll sein, bestimmte überwachungsnahe Aktivitäten, die bisher in der zweiten Verteidigungslinie jeweils für RMS, IKS und CMS getrennt durchgeführt wurden, unter Wahrung der Unabhängigkeit in die Interne Revision (Dritte Verteidigungslinie) zu überführen und zu **zentralisieren** bzw. an einen Wirtschaftsprüfer auszulagern.

Auch kann die Zusammenfassung der Aktivitäten der zweiten Verteidigungslinie (CMS, RMS und IKS) unter einer **übergeordneten Governance-Organisation** (»Group Governance Office«) eine günstige Alternative für manche Unternehmen darstellen; hierdurch können Informationsasymmetrien und hoher Koordinationsaufwand vermieden werden, welche unter Umständen zulasten der Effektivität und Effizienz der Governance-Systeme gehen (vgl. Abbildung 1).

Die Beantwortung der Frage nach der Ausgestaltung der künftigen Aufbau- und Ablauforganisation ist somit nicht nur elementar für die **Angemessenheit und Wirksamkeit der durch das FISG** verstärkt ins Blickfeld geratenen Systeme RMS und IKS, sondern auch für die Effektivität und Effizienz der gesamten Governance-Organisation, welche auch das CMS und die Interne Revision miteinbezieht.

Entwicklung eines Governance-Zielbilds

Bei der Strukturierung dieser vielfältigen und komplexen Fragestellung kann die Bestimmung eines Zielbilds Abhilfe schaffen. Angesichts der oben beschriebenen, unter Umständen nachteiligen Auswirkungen auf Effektivität und Effizienz bei der getrennten Ausgestaltung der Governance-Systeme (sog. Silo-Betrachtung) erscheint die Betrachtung der übergeordneten und integrierten Governance-Organisation vorteilhaft.

Das Zielbild (»Target Operating Model«) einer Governance-Organisation kann anhand der folgenden sechs miteinander in Wechselbeziehung stehenden strategischen Dimensionen konkretisiert werden: Strategie & Change Management, Prozesse, Systeme, Organisation & Reichweite, Mitarbeiter, Services & Steuerung (vgl. Abbildung 2).

Bei den Überlegungen über die künftige Ausgestaltung können gängige Rahmenwerke, wie z. B. IDW PS 980, 981 und 982, als Sollkonzepte herangezogen werden. Eine Orientierung an den IDW PS 98x erleichtert insbesondere eine spätere Prüfung und Bescheinigung von Angemessenheit und Wirksamkeit der Governance-Systeme durch einen Wirtschaftsprüfer. Sollte zum Zeitpunkt der Ermittlung (noch) keine übergeordnete integrierte Governance-Organisation bestehen oder diese nicht gewünscht sein, so können die Governance-Systeme im Status quo zunächst individuell analysiert werden. Auf diesem Weg können mögliche Synergiepotenziale herausgearbeitet und in

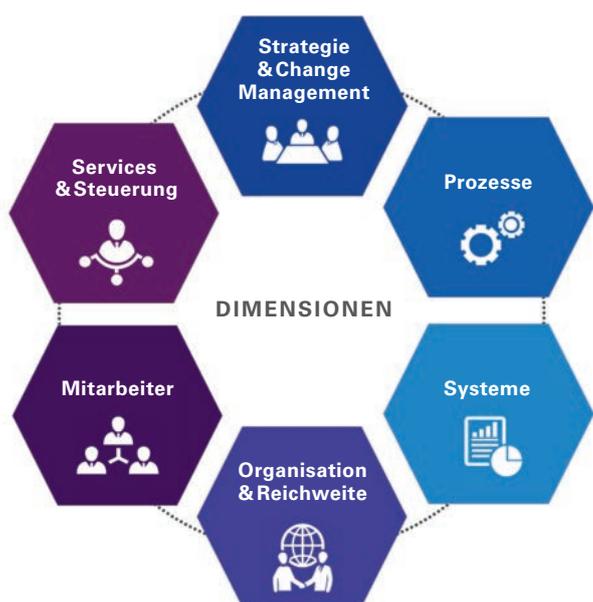
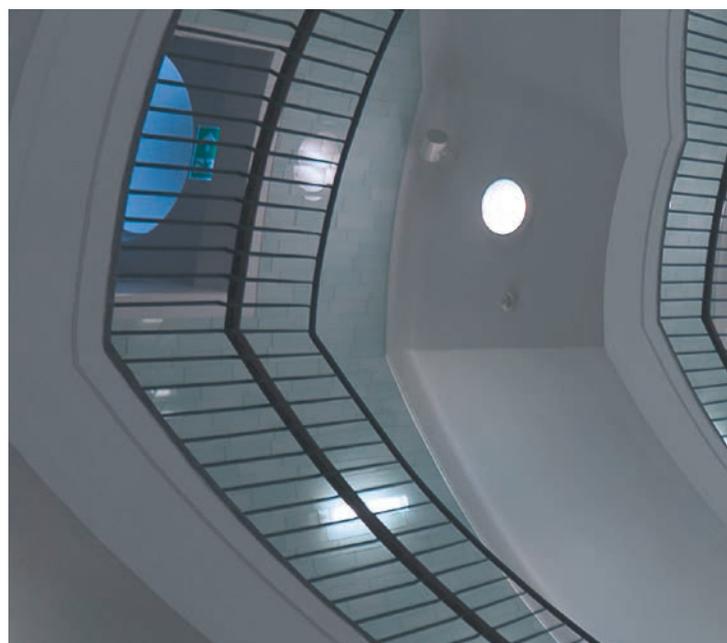


Abbildung 2: Ausgestaltung einer Governance-Aufbau- und Ablauforganisation



Dr. Jan-Hendrik Gnädiger leitet bei KPMG den Bereich Risk&Compliance Services für Corporates und ist spezialisiert auf die Beratung zu Governance Transformation und Weiterentwicklung.



Katharina Gädeke verfügt über mehrjährige Erfahrung bei der Beratung von börsennotierten Unternehmen beim Aufbau und bei der Weiterentwicklung ihrer Corporate Governance-Systeme und Compliance Management-Systeme.



der künftigen Ausgestaltung berücksichtigt werden. Die aktive Beteiligung von Mitgliedern der Unternehmensführung und -überwachung bei der Bestimmung der künftigen Ausgestaltung ist vor dem Hintergrund der oben beschriebenen gesetzlichen Verpflichtungen unerlässlich und aus unternehmenskulturellen Gründen zu empfehlen.

Durch die Ausgestaltung der Strategiedimensionen und Umsetzung des Zielbilds wird eine vollständige, vor dem Hintergrund der Geschäftstätigkeit und Risikolage angemessene und wirksame Governance-Organisation geschaffen, welche für Unternehmensleitung und -überwachung die vom FISG geforderte Transparenz und Sicherheit liefert und gleichzeitig durch eine passgenaue Ausrichtung Einsparpotenziale aufzeigt.

Die Motivation des FISG zur Stärkung der Governance-Organisation ist angesichts des Wirecard-Debakels nachvollziehbar und aus Perspektive der Unternehmensstakeholder im Grundsatz zu begrüßen. Gleichwohl verpflichtet der Gesetzesentwurf aktuell nicht zur Führung eines Nachweises über Angemessenheit und Wirksamkeit der angesprochenen Governance-Systeme, z. B. in Form einer Prüfung und Bescheinigung durch einen unabhängigen Wirtschaftsprüfer, sondern überlässt diese Beurteilung den Unternehmen selbst. Außerdem bleibt rätselhaft, warum der in den letzten Jahren wichtigste Baustein Compliance keine Berücksichtigung findet – eine offenkundige Lücke, die Investoren, Kunden und Lieferanten aufhorchen lassen sollte. ←





Foto: © Schmalenbach-Gesellschaft für Betriebswirtschaft e. V.

Prof. Dr. Anne d'Arcy leitet das Institut für Corporate Governance der Wirtschaftsuniversität Wien. Sie war acht Jahre in der Finanzindustrie tätig sowie über zehn Jahre Mitglied der Eidgenössischen Elektrizitätskommission und war bis letztes Jahr Mitglied eines Aufsichtsrats und Prüfungsausschusses eines SDAX-Unternehmens. Sie wirkt als Mitglied zahlreicher Gremien, u. a. im Wissenschaftlichen Beirat des Deutschen Instituts für Interne Revision, als Leiterin des Arbeitskreises Externe und Interne Überwachung der Unternehmung der Schmalenbach-Gesellschaft sowie im Vorstand der Schmalenbach-Gesellschaft und als Mitglied des Österreichischen Arbeitskreises für Corporate Governance.

Eine Mindestgröße für den Aufsichtsrat?

Autorin: **Prof. Dr. Anne d'Arcy**

1. Wirecard und die Rolle der Größe des Aufsichtsrats

Bis Mitte 2018 hat der Aufsichtsrat der Wirecard AG aus fünf Mitgliedern bestanden. Mit der Hauptversammlung im Jahr 2018 und damit kurz vor der Aufnahme in den DAX30® kam ein sechstes Mitglied dazu. Erst nach einer Einarbeitungsphase Anfang 2019 wurde die Aufsichtsratsarbeit mit dem Prüfungsausschuss, dem Vergütungs-, Personal- und Nominierungsausschuss sowie dem Risk- und Complianceausschuss neu organisiert.¹ Wie wir heute wissen, konnte das Gremium die Vorfälle nicht verhindern. Insofern stellt sich die Frage, ob über die Vorgaben im Regierungsentwurf des Finanzmarktintegritätsstärkungsgesetzes (FISG) und der bereits existierenden Bestimmungen des § 95 AktG und des MitbestG hinaus noch eine Regel aufzunehmen wäre, die eine Mindestgröße für Aufsichtsräte in Unternehmen von öffentlichem Interesse vorschreibt. Damit verknüpft ist auch die Frage, dass – falls kleine Aufsichtsräte zulässig sind – auf die Bildung von Ausschüssen, insbesondere eines Prüfungsausschusses gemäß § 107 Abs. 4 AktG-E, verzichtet werden kann, wenn das Gesamtgremium dessen Aufgaben übernimmt.

¹ Vgl. Wirecard-Geschäftsbericht 2018, S. 15

2. Kompetenzen im Aufsichtsrat

Die dünne Personaldecke bei Wirecard steht der Idee entgegen, dass ein Aufsichtsrat mit seinen Kontroll- und Beratungspflichten diverse Kompetenzen abdecken soll. Der Entwurf des FISG sieht u. a. in § 100 Abs. 5 AktG-E vor, dass Sachverstand auf den Gebieten der Rechnungslegung und Abschlussprüfung kumulativ im Aufsichtsrat vorliegen muss. Damit ist schon die Erwartung verknüpft, dass mindestens zwei Spezialisten aus den Bereichen Rechnungslegung und Abschlussprüfung ihre Kompetenz in den Aufsichtsrat einbringen. Auch wenn die gesetzlichen Vorgaben diese Kompetenzen hervorheben, bedeutet dies im Umkehrschluss nicht, dass andere Kompetenzen nicht weniger wichtig wären.

Gerade beim Fall Wirecard steht außer Frage, dass zum Verständnis der Abläufe nicht das Bilanzierungsproblem an sich zu komplex gewesen wäre, sondern Kenntnisse zum Geschäftsmodell und eine unabhängige Überwachung des Vorstands gepaart mit einer kritischen Grundhaltung Voraussetzung zum frühzeitigen Eingreifen gewesen wären.² Im Vergleich zu § 100 Abs. 5 Hs. 2 AktG steht zudem gemäß Grundsatz 11 des DCGK 20 nicht die individuelle Fachkompetenz eines jeden Aufsichtsratsmitglieds im Vordergrund, sondern vielmehr das Vorhandensein

² So z. B. Hennrichs, Joachim: Finanzmarktintegritätsstärkungsgesetz (FISG) – die »richtigen Antworten auf Wirecard«? Der Betrieb, 74. Jg. 2021, S. 278

der Sachkunde und fachlichen Erfahrung im Aufsichtsorgan insgesamt. Hier wären neben der Branchen- und Geschäftsmodellkompetenz auch noch andere Kernkompetenzen, wie z. B. Führungserfahrung einerseits oder solche zu Nachhaltigkeitsthemen und Digitalisierungsstrategien andererseits, zu nennen. Die Kompetenz auf mehrere Aufsichtsratsmitglieder zu verteilen, scheint effizient, weil von einer gegenseitigen Ergänzung ausgegangen wird. Jedoch könnte es im Fall eines tatsächlichen Interessenkonflikts, der ein Aufsichtsratsmitglied mit besonderer Fachkompetenz nicht nur von der Abstimmung fernhält, sondern auch von der Beratung, zu punktuellen Lücken bezüglich des Kontroll- und Beratungsauftrags des Gremiums kommen (vgl. AKEIÜ 2020, S. 1579).³ Folgerichtig ergibt sich aus diesen Anforderungen, dass ein Aufsichtsrat eine bestimmte Mindestgröße aufweisen muss, die alle geforderten Kompetenzen unter Berücksichtigung der Unabhängigkeit der Mitglieder für alle wichtigen Entscheidungssituationen abbildet.

Aus dieser Anforderung heraus ergibt sich meines Erachtens aber schwerlich eine direkt ableitbare Mindestgröße über die schon existierenden Regelungen hinaus, die sinnvoll gesetzlich verankert werden könnte. Einzelne Mitglieder können mehr oder weniger Kompetenzen vereinen, die unter Berücksichtigung von Unabhängigkeitserwägungen in manchen Situationen mehr oder weniger genutzt werden können. Ökonomisch lassen sich zudem verschiedene Aspekte zu Nutzen und Kosten für große Aufsichts- oder Verwaltungsräte finden, die es bei der Definition einer gesetzlichen Mindestgröße abzuwägen gilt. Auf der Nutzenseite stehen die genannten Kompetenzen und Diversität, die in einem großen Gremium leichter sicherzustellen sind. Für größere Aufsichtsräte plädiert zwar die Hans-Böckler-Stiftung mit dem Argument einer Stabilisierung der ökonomischen und politischen Umwelt durch personelle Verflechtungen.⁴ Auf der Kostenseite hat aber die Forschung insbesondere das Problem der Trittbrettfahrer (Free-Riding), langsame und ineffiziente Entscheidungsprozesse sowie teure Informations- und Koordinationsprobleme identifiziert, die oft die Vorteile überkompensieren. Insgesamt kommen daher viele Studien zu dem Ergebnis, dass größere Gremien eher mit einer schwächeren Unternehmensperformance korrelieren.⁵

3 Vgl. Arbeitskreis Externe und Interne Überwachung der Unternehmen der Schmalenbach-Gesellschaft: Effektive Überwachung der Geschäftsführung durch den Aufsichtsrat. Der Betrieb, 73. Jg. 2020, S. 1577–1586

4 Vgl. Gerum, Elmar; Debus, Malte: Die Größe des Aufsichtsrats als rechtspolitisches Problem – Einige empirische Befunde. Studie im Auftrag der Böckler-Stiftung, https://www.boeckler.de/pdf_fof/97358.pdf (5.2.2021)

5 Vgl. Cheng, Shijun: Board size and the variability of corporate performance. Journal of Financial Economics, Vol. 87/1w 2008, S. 157–176 sowie für deutsche Aktiengesellschaften Jenter, Dirk; Schmid, Thomas; Urban, Daniel: Does Board Size Matter? Working Paper October 2019, https://personal.lse.ac.uk/jenter/JSU_BS_2019-10-21.pdf (5.2.2021)

3. Organisation der Aufsichtsratsarbeit in Ausschüssen

Wirecard hatte bis 2018 mit Hinweis auf die satzungsmäßig vorgesehene Größe des Aufsichtsrats mit fünf Mitgliedern wie folgt argumentiert: »Mit Blick auf diese überschaubare Größe hält der Aufsichtsrat die Bildung von Ausschüssen für nicht sinnvoll.«⁶ Die Pflicht zur Bildung eines Prüfungsausschusses nach § 107 Abs. 4 AktG-E lässt darauf schließen, dass das Gesamtgremium sinnvollerweise eine Mindestgröße hat, bei der eine Ausschussbildung überhaupt sinnvoll ist. Der Deutsche Corporate Governance Kodex sieht bislang mit der Bildung des Prüfungsausschusses und des Nominierungsausschusses zwei explizite Soll-Vorgaben vor (DCGK, Abschn. D: Arbeitsweise des Aufsichtsrates). Nichts spricht allerdings dagegen, dass z. B. ein Aufsichtsrat mit sechs Mitgliedern Ausschüsse bildet.⁷ Gerade bei einem kleinen Gremium wäre durch eine sinnvolle Aufgabenverteilung auf die effiziente Nutzung der Ressource Fachkompetenz zu achten, da sonst die Agenda des Gesamtgremiums überfrachtet werden könnte.

In der aktuellen Diskussion ist die nun gesetzlich zu verankernde Pflicht zur Bildung eines Prüfungsausschusses gemäß § 107 Abs. 4 AktG-E wenig umstritten. Sie korrespondiert mit den gestiegenen Aufgaben in Bezug auf die Überwachung des Rechnungslegungsprozesses, der internen Governance-Systeme und der Abschlussprüfung. Die Forschung identifiziert als Vorteile der Ausschussbildung insbesondere die Konzentration von bestimmten Erfahrungen und Kompetenzen bei gleichzeitiger größerer Verantwortung des einzelnen Mitglieds. Dies reduziert das bei größeren Gremien beobachtete Phänomen des Free-Riding.⁸ Es wird effektiver gearbeitet, da weniger Aufwand für Koordination und Kommunikation aufgewendet werden muss.⁹ Auf der Kostenseite müssen allerdings Entscheidungen im Gesamtgremium und zwischen Ausschüssen stärker koordiniert werden. Dem kann u. a. mit der Besetzung einzelner Mitglieder in mehreren Ausschüssen begegnet werden.

4. Fazit

Der Wirecard-Aufsichtsrat ist nicht wegen seiner Größe gescheitert. Auch ein kleiner Aufsichtsrat kann kompetent sein, mit einer kritischen Grundhaltung agieren und bestimmte Aufgaben effizient in Ausschüssen organisieren. Ausschussarbeit entlastet das Gesamtgremium. Dies gilt, sinnvoll umgesetzt, auch für kleinere Gremien. Gerade die vielfältigen Aufgaben des Prüfungsausschusses, die an manchen Stellen eine hohe Fachkompetenz erfordern, sollten nicht den Großteil der Agenda des Gesamtaufichtsrats füllen. Vor diesem Hintergrund sollten auch kleine Aufsichtsräte ihre Arbeit in Ausschüssen organisieren. Einer Öffnungsklausel für kleine Aufsichtsräte bedarf es demnach nicht. ←

6 Vgl. Wirecard-Geschäftsbericht 2017, S. 17

7 Gerade im SDAX® gibt es hierfür einige Beispiele, z. B. die Vossloh AG.

8 Vgl. Chen, Kevin D.; Wu, Andy: The Structure of Board Committees. Harvard Business School Working Paper 17-032, 2016, <https://www.hbs.edu/faculty/Pages/item.aspx?num=51853> (5.2.2021)

9 Vgl. Reeb, David; Upadhyay, Arun: Subordinate board structures. Journal of Corporate Finance, Vol. 16(4) 2010, S. 469–486

Schärft die Redepflicht des Abschlussprüfers nach!

Autor: **Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Peter Hommelhoff**

Bilanzmanipulationen müssen aufgedeckt und beseitigt werden, bevor die Rechnungslegung publiziert ihre Adressaten, insbesondere den Kapitalmarkt, erreicht. Dafür haben in erster Linie und ganz vordringlich Vorstand und Aufsichtsrat zu sorgen. Diesen Organen in Börsengesellschaften liefert der FISG-Entwurf mit seinen zwingenden Vorgaben hilfreiche Unterstützung: dem Vorstand mit der Einrichtung eines internen Kontroll- und eines Risikomanagementsystems (§ 91 Abs. 3 AktG-E) sowie dem Aufsichtsrat mit der Einrichtung eines fachkundig besetzten Prüfungsausschusses (§§ 107 Abs. 4/100 Abs. 5 AktG-E). Aber wie lassen sich Bilanzmanipulationen in einem aufgestellten Jahresabschluss, wie dies bei Wirecard offenbar kriminell geschehen ist, möglichst frühzeitig aufdecken?

Hierzu hat der Abschlussprüfer einen wesentlichen Beitrag zu leisten. Schon nach geltendem Recht muss er seine Prüfung mit kritischer Grundhaltung (§ 43 Abs. 4 S. 1 WPO) so anlegen, dass Unrichtigkeiten und Regelverstöße bei gewissenhafter Berufsausübung erkannt werden (§ 317 Abs. 1 S. 3 HGB). Sollten bei der Prüfung Unregelmäßigkeiten zutage treten (oder auch nur zu vermuten sein), so ist der Abschlussprüfer in Unternehmen von öffentlichem Interesse, also auch in allen Börsengesellschaften nach zwingendem und unmittelbar geltendem Unionsrecht verpflichtet, das geprüfte Unternehmen zu informieren (Art. 7 Unterabs. 1 Abschlussprüfungsverordnung, APVO). Diese europarechtliche Redepflicht wird durch die Verpflichtung des Abschlussprüfers ergänzt, das geprüfte Unternehmen aufzufordern, die gemeldete Unregelmäßigkeit zu untersuchen, sowie angemessene Maßnahmen zu treffen, um Derartiges jetzt und in Zukunft zu unterbinden. Sollte das Unternehmen nicht aktiv werden, ist der Abschlussprüfer gezwungen, dies den zuständigen Behörden (Art. 7 Unterabs. 2), also der BaFin (§ 323 Abs. 5 HGB-E) zu melden.

Bereits beim leisesten Verdacht von Bilanzmanipulation hat somit der Abschlussprüfer das geprüfte Unternehmen zu informieren und zu weiterer Aufklärung aufzufordern. Wen aber soll der Prüfer informieren und auffordern: allein den Vorstand der Börsengesellschaft oder zusätzlich den Aufsichtsrat und seinen Prüfungsausschuss? Da der Jahresabschluss nach seiner Aufstellung (§ 264 Abs. 1 S. 1 HGB) geprüft wird (§ 316 Abs. 1 HGB), ist ungewiss, ob die Unregelmäßigkeit von nachgeordneten Rechnungslegern des Unternehmens verursacht wurde oder vom Vorstand. Deshalb muss der Abschlussprüfer auch den Prüfungsausschuss als Akteur im System der Vorstandsüberwachung (§§ 111 Abs. 1/171 Abs. 1 S. 1 AktG) informieren und nach Art. 7 APVO auffordern. Es liegt sodann in seinem und ggf. des Gesamtaufsichtsrats pflichtgemäßen Ermessen zu entscheiden, ob die weitere Aufklärung der Unregelmäßigkeit dem Vorstand mit anschließendem Bericht an den Ausschuss überlassen bleiben soll oder ob der Ausschuss selbst die Aufklärung betreiben oder ob er eine Sonderprüfung durch sachverständige Dritte, ggf. durch den Abschlussprüfer, initiieren will. Bedeutsam ist nur dies: Die weitere Aufklärung der vom Prüfer aufgedeckten Unregelmäßigkeit liegt in der Verantwortung der Unternehmensorgane, vorzüglich der Überwachungsstellen, aber nicht in der des Abschlussprüfers. Diese Grundstruktur der Verantwortlichkeiten gibt das Unionsrecht verbindlich den Mitgliedstaaten, den Unternehmen von öffentlichem Interesse einschließlich der Börsengesellschaften, deren Organen und ihren Mitgliedern mit unmittelbarer Rechtsgeltung vor.

Dem Abschlussprüfer sollte der FISG-Gesetzgeber Hilfestellung leisten und § 323 Abs. 5 HGB nach dem Regierungsentwurf dahin erweitern, dass die Information und Aufforderung nach Art. 7 Unterabs. 1 APVO zeitgleich an den Vorstand und an den Prüfungsausschuss in Schriftform zu richten sind. Zusätzlich sollte der Gesetzgeber die Unregelmäßigkeiten der APVO dahin – den Prüfer anleitend – konkretisieren, dass hierunter schon alle Entdeckungen zu verstehen sind, die den Abschlussprüfer zu einem Hinweis nach § 322 Abs. 3 S. 2 HGB veranlassen, erst recht solche, die zur Einschränkung oder zur Versagung des Testats führen würden.

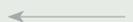
Nach manch prüfungspraktischer Erfahrung hat ein Prüferhinweis auf mögliche Unregelmäßigkeiten im Kontext der Rechnungslegung den Verlust des Prüfungsmandats zur Folge: Der Abschlussprüfer wird nicht zur Wiederwahl vorgeschlagen (§ 124 Abs. 3 S. 1 f. AktG). Diese Verlustgefahr stört die im Hinweis nach Art. 7 APVO angelegte Frühwarnfunktion empfindlich. Deshalb sollte der Gesetzgeber dieser Gefahr vorbeugend begegnen und dem Abschlussprüfer aufgeben, seinen Hinweis nachträglich auch der Aufsichtsbehörde zuzuleiten, falls im Nachgang ein anderer Abschlussprüfer zur Wahl vorgeschlagen wird.

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Peter Hommelhoff ist Consultant und ehemaliger Partner der KPMG AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, ehemaliger Rektor der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg und ehemaliger Direktor ihres Instituts für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht.



Daher sollte der Gesetzgeber in einem neuen § 323 Abs. 5 S. 1 f. HGB bestimmen:

»Die Mitteilung und Aufforderung nach Art. 7 Unterabs. 1 APVO hat der Abschlussprüfer unverzüglich in Schriftform an den Prüfungsausschuss bzw. an das Aufsichts- oder Verwaltungsorgan der geprüften Kapitalgesellschaft und an deren Leitungsorgan zu übermitteln, sobald der Prüfer in Durchführung der Abschlussprüfung zur Vermutung einer Unregelmäßigkeit gelangt, die ihn zu einem Hinweis nach § 322 Abs. 3 S. 2 anhalten oder gar dazu verpflichten würde, den Bestätigungsvermerk einzuschränken oder zu versagen, insbesondere wegen Bilanzbetrugs. Er hat diese Mitteilung nachträglich auch der Aufsichtsbehörde zur Kenntnis zu geben, falls er im Nachgang zur Mitteilung an die Gesellschaftsorgane nicht zur Wiederwahl nach § 318 Abs. 1/ § 124 Abs. 3 S. 1 f. AktG vorgeschlagen wird.«

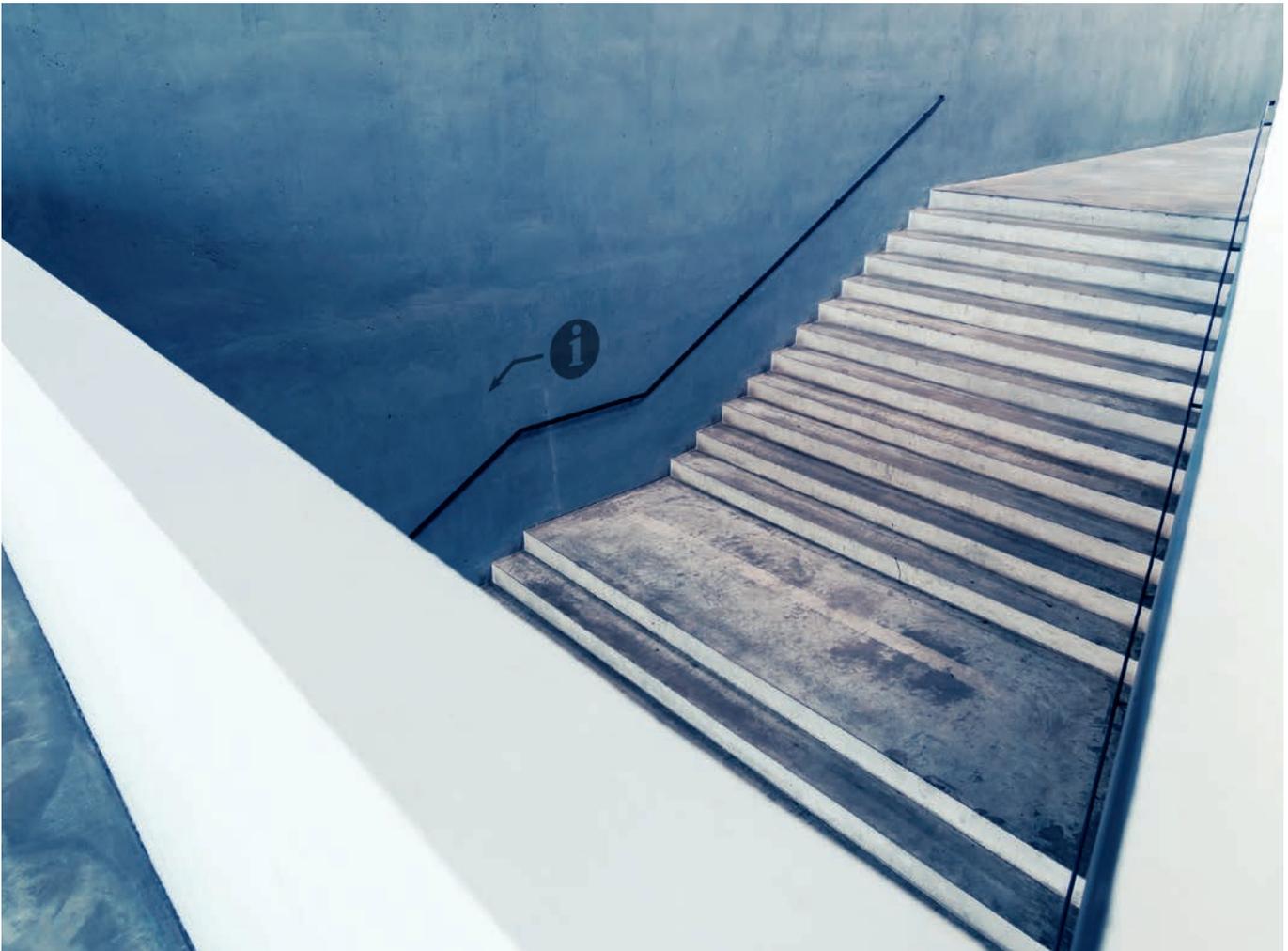




Prof. Dr. Dörte Poelzig, M. jur. (Oxford) ist Inhaberin des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Deutsches und Internationales Wirtschaftsrecht an der Universität Leipzig.

Das Direktinformationsrecht des Prüfungsausschussvorsitzenden nach dem FISG und seine Folgen

Autorin: **Prof. Dr. Dörte Poelzig, M. jur. (Oxford)**



Damit der Aufsichtsrat seine Überwachungsaufgabe künftig besser wahrnehmen und Defizite in der Geschäftsführung schneller aufdecken kann, sollen mit dem FISG auch die Befugnisse des Aufsichtsrats gestärkt werden. So soll nach dem Regierungsentwurf dem Prüfungsausschussvorsitzenden in Gesellschaften von öffentlichem Interesse künftig das Recht zustehen, unmittelbar bei den Leitern von Zentralbereichen, die in der Gesellschaft für prüfungsausschussbezogene Aufgaben zuständig sind, Informationen einzuholen (§ 107 Abs. 4 S. 3 AktG-E). Eine Mitwirkung oder das Einverständnis des Vorstands ist hiernach nicht erforderlich; dieser soll lediglich im Nachgang unverzüglich nach der Einholung von Auskünften unterrichtet werden (§ 107 Abs. 4 S. 4 AktG-E). Der Anwendungsbereich des vorgesehenen Direktinformationsrechts ist in verschiedener Hinsicht beschränkt: Zum einen soll die Neuregelung nur für Gesellschaften von öffentlichem Interesse i. S. d. § 316a HGB-E, also kapitalmarkt-orientierte Gesellschaften i. S. d. § 264d HGB, Kreditinstitute und Versicherungsunternehmen, gelten. Zum anderen steht das Direktinformationsrecht nach dem Entwurf ausschließlich dem Vorsitzenden des Prüfungsausschusses zu und richtet sich nur gegen die Zentraleinheiten der ersten Führungsebene unter dem Vorstand, die auf dieser Ebene für die in § 107 Abs. 3 S. 2 AktG-E genannten Aufgaben des Prüfungsausschusses verantwortlich zeichnen. Als Adressaten eines Auskunftsverlangens kommen daher nach der Begründung des Gesetzentwurfs insbesondere die Leiter des Risikomanagements und der Internen Revision in Betracht.

A Ausweitung des Direktinformationsrechts auf den Aufsichtsrat

Das Direktinformationsrecht des Prüfungsausschussvorsitzenden ist ein wichtiger Schritt in die richtige Richtung, er reicht jedoch nicht weit genug. Denn eine ausreichende Informationsbasis ist nicht nur wichtig für die Arbeit des Prüfungsausschusses, sondern ist essenziell für eine effektive und in der Gesamtverantwortung des Aufsichtsrats liegende Überwachung der Geschäftsführung insgesamt. Nach dem gesetzlichen Leitbild des § 90 AktG erfolgt die Informationsversorgung des Aufsichtsrats in erster Linie über den Vorstand. Für die Überwachung relevante Informationen befinden sich aber häufig bei den internen Kontrolleinrichtungen, neben der Internen Revision und dem Risikomanagement etwa auch bei der Compliance-Abteilung oder dem Whistleblowing-System. Der Zugriff hierauf muss dem Aufsichtsrat als Kollegialorgan unter Umständen auch ohne das Einverständnis des Vorstands möglich sein. Denn ansonsten – so der BGH ausdrücklich zur Beauftragung von Sachverständigen – könnte »der zu kontrollierende Vorstand über die Auswahl der mitgeteilten Informationen seine Überwachung faktisch ausschalten«.¹

Ob der Aufsichtsrat aber bereits nach geltendem Recht – über die aufsichtsrechtlichen Sonderregeln für Versicherungsunternehmen und Kredit- sowie Finanzdienstleistungsinstitute hinaus – im Rahmen seiner Überwachungstätigkeit ohne Einverständnis des Vorstands direkt bei nachgeordneten Mitarbeitern Informationen einholen kann, ist umstritten. Auch wenn es nicht die Intention des Gesetzgebers ist, mit dem FISG die Befugnisse des Aufsichtsrats einzuschränken, ließe sich jedenfalls mit Einführung des Direktinformationsrechts in seiner jetzt vorgesehenen Form im Umkehrschluss argumentieren, dass außerhalb des gesetzlichen Anwendungsbereichs ein solches

Direktinformationsrecht des Aufsichtsrats insgesamt grundsätzlich nicht bestehen soll. Daher sollte das Direktinformationsrecht des Prüfungsausschussvorsitzenden im FISG auf den Gesamtaufichtsrat ausgeweitet werden. Zwar wird teilweise befürchtet, dass eine unbegrenzte Direktkommunikation »am Vorstand vorbei« dessen Autorität und das auf Kooperation angelegte Vertrauensverhältnis zwischen Vorstand und Aufsichtsrat einerseits und das Verhältnis des Vorstands zu den nachgelagerten Ebenen andererseits empfindlich stören könnte. Diese Bedenken sprechen aber nicht grundsätzlich gegen ein Direktinformationsrecht des Aufsichtsrats, sondern mahnen vielmehr zur Vorsicht bei dessen gesetzlicher Ausgestaltung und bei der tatsächlichen Ausübung: So ist jedenfalls eine generelle und unkoordinierte Ausforschung bei nachgeordneten Mitarbeitern zu vermeiden. Daher empfiehlt sich, das Auskunftsrecht dem Kollegialorgan oder dem Aufsichtsratsvorsitzenden, nicht jedoch jedem einzelnen Aufsichtsratsmitglied einzuräumen. Darüber hinaus sollte, wie auch bereits in § 107 Abs. 4 S. 3 AktG-E angelegt, das Direktinformationsrecht auf Auskünfte durch die Leiter der Zentralbereiche begrenzt werden. Im Übrigen wäre der Aufsichtsrat zur Wahrnehmung des Direktinformationsrechts nur nach pflichtgemäßem Ermessen befugt. Dabei hat er die möglichen negativen Folgen für das Verhältnis zwischen Aufsichtsrat und Vorstand sowie des Vorstands zu den nachgeordneten Ebenen und etwaigen Reputationsschäden mit den Bedingungen einer wirksamen Überwachung gegeneinander abzuwägen. Näheres könnte in einer Informationsordnung zwischen Vorstand und Aufsichtsrat geregelt werden.

B Pflicht zur Direktinformation?

Teilweise wird die Befürchtung geäußert, dass mit einem Direktinformationsrecht auch eine entsprechend weitreichende Direktinformationspflicht einhergeht und das Haftungsrisiko für Mitglieder des Aufsichtsrats damit erheblich steigt. Eine Pflicht zur Ausschöpfung aller zur Verfügung stehenden Informationsquellen und damit auch zur Einholung vorstandsunabhängiger Informationen bei Mitarbeitern ist jedoch auf besondere Ausnahmefälle beschränkt. Der Aufsichtsrat ist zwar grundsätzlich verpflichtet, dafür zu sorgen, dass er die Informationen erhält, die er für die wirksame Überwachung der Geschäftsführung benötigt. Bei der Auswahl der Informationsquellen genießt er aber einen Beurteilungs- und Ermessensspielraum. Umfang und Intensität der Informationsbeschaffungspflicht sind abhängig von den Umständen des konkreten Einzelfalls, insbesondere von der wirtschaftlichen Situation der Gesellschaft. So muss der Aufsichtsrat nach der Rechtsprechung des BGH insbesondere in einer Krisensituation alle ihm zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen ausschöpfen.² ←

1 BGH, Urt. v. 20.3.2018, AG 2018, 436 Rn. 21

2 BGH, ZIP 2009, 70 Rn. 14 – MPS

Muss der Aufsichtsrat weiter professionalisiert werden? Gedanken zum Finanzmarktintegritätsstärkungsgesetz (FISG)

Autor: **Prof. Dr. Dr. Klaus J. Hopt**

Der Bilanz- und Finanzskandal bei Wirecard war in seinen Dimensionen so unerwartet und gravierend, dass dringender Reformbedarf besteht, ganz sicher zur Bilanzkontrolle, zum Abschlussprüferrecht und zur Aufsicht,¹ aber maßgeblich auch zur Corporate Governance von Aktiengesellschaften, namentlich von börsennotierten. Das FISG, das Mitte des Jahres in Kraft treten soll,² bringt dazu wichtige Reformen für Vorstand und Aufsichtsrat von börsennotierten Gesellschaften³ und solchen, die Unternehmen von öffentlichem Interesse sind⁴:

1) Zwingende Einrichtung eines angemessenen und wirksamen internen Kontroll- und Risikomanagementsystems⁵; ob dazu auch die Einrichtung eines Compliance-Management-Systems mit Whistleblowing-Funktion gehören wird, was ein Fortschritt wäre, ist noch offen.

2) Erforderlicher Sachverstand zweier Finanzexperten im Prüfungsausschuss auf den Gebieten der Rechnungslegung und der Abschlussprüfung,⁶ für den Vorsitzenden des Prüfungsausschusses und den des Aufsichtsrats sollte das ebenfalls noch klargestellt werden.

1 Zu den notwendigen weiteren Reformen, namentlich zur Bilanzkontrolle durch die DPR, APAS und die BaFin mit dem traditionellen Dreisäulenmodell, zu den Abschlussprüferreformen und zur deutschen und europäischen Marktaufsicht einschließlich des Einsatzes einer rasch reagierenden Eingreiftruppe auf einer oder beider dieser Aufsichtsebenen, stellvertretend nur *AKBR* (Arbeitskreis Bilanzrecht Hochschullehrer Rechtswissenschaft), BB 2020, 2731 und NZG 2020, 938; wenn es dort, S. 938, heißt, der geltende Rahmen zur Corporate Governance sei ausreichend, ist damit nur der Haftungsrahmen der §§ 93, 116 AktG gemeint (S. 940), so auch unten C 4 letzter Absatz; auch *DAV-Handelsrechtsausschuss*, NZG 2020, 1380; *Hennrichs*, DB 2021, 268.

2 Regierungsentwurf vom 16.12.2020. Dazu die Beiträge in Audit Committee Quarterly IV/2020. Das Gesetz soll am 1.7.2021 in Kraft treten, die zwingende Einrichtung eines Prüfungsausschusses erst ab 1.1.2022 gelten.

3 So die Vorschriften unter oben 1).

4 So die unter 2) bis 4).

5 § 91 Abs. 3 AktG n.F.

6 §§ 100 Abs. 5, 107 Abs. 4 Satz 2 AktG n.F., § 324 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 2 HGB n.F.

3) Zwingende Einrichtung eines Prüfungsausschusses;⁷ dessen Vorsitzender muss nach dem DCGK doppelt unabhängig sein,⁸ was ins Gesetz gehört.

4) Ein unmittelbares Auskunftsrecht des Vorsitzenden des Prüfungsausschusses bei den Leitern von Zentralbereichen mit Zuständigkeit für prüfungsausschussbezogene Aufgaben;⁹ ob dies auch für den Aufsichtsratsvorsitzenden gilt, ist umstritten, aber zu bejahen.

Diese Reformen sind zum Teil überfällig und finden auch überwiegend Beifall, auch wenn wie gesagt Fragen und weitere Petita bleiben.¹⁰

All das bringt für den Aufsichtsrat dieser Gesellschaften ganz erhebliche zusätzliche Anforderungen, auch wenn der Forderung nach einer allgemeinen Verschärfung der Haftung (§ 116 AktG mit § 93 AktG), mit der man nach Finanzskandalen schnell und publikumswirksam bei der Hand ist, zu Recht eine Absage erteilt worden ist.¹¹ Damit stellt sich die schon seit Langem diskutierte Frage, ob wir heute professionalisierte oder sogar hauptamtliche Aufsichtsratsvorsitzende oder entsprechend qualifizierte Aufsichtsratsmitglieder haben müssen,¹² erneut und noch ein Stück dringlicher.

7 § 107 Abs. 4 und Abs. 3 Satz 2 AktG n.F., § 324 Abs. 1 HGB n.F.

8 Allgemeiner zur Unabhängigkeit nach dem DCGK *Hopt/Leyens*, ZGR 2019, 929 (956 ff.).

9 § 107 Abs. 4 Satz 3 und 4 AktG n.F.

10 Ausführlich dazu *Hopt/Kumpan*, AG 4/2021, 129.

11 Dazu *Hopt*, ZIP 2013, 1793; *AKBR*, NZG 2020, 938 (940).

12 Dazu u. a. *Thüsing*, ZIP 2020, 2500; *Scheid/Needham*, DB 2020, 1777; *Lieder*, ZGR 2018, 523 (525). Früher schon *Lutter*, DB 2009, 775 und *NJW* 1995, 1133; *Hopt*, Bericht, in Veil, Hrsg., Unternehmensrecht in der Reformdiskussion, 2013, S. 175. Zu den Schwierigkeiten und Nachteilen *Cahn*, Professionalisierung des Aufsichtsrats, in Veil, Hrsg., Unternehmensrecht in der Reformdiskussion, 2013, S. 140 (155 ff.). Ökonomisch *Pozen*, The Big Idea, The Case for Professional Boards, Harvard Business Review, December 2010, 50; dazu *Hemphill/Laurence*, Int. J. L. M. 2014, 56 (3).



Prof. Dr. Dr. Klaus J. Hopt ist Direktor (em.) des Hamburger Max-Planck-Instituts. Er war Mitglied der High Level Group of Company Law Experts der Europäischen Kommission und der Börsensachverständigenkommission des BMF. Buchpublikationen zuletzt: Der Aufsichtsrat: Aktienrecht und Corporate Governance (Sonderausgabe aus GroßkommAktG, 5. Aufl. 2019, zusammen mit Markus Roth); Handbuch Corporate Governance von Banken und Versicherungen, 2. Aufl. 2020 (zusammen mit Binder und Böcking); Baumbach/Hopt, HGB, 40. Aufl. 2021.

In der Praxis¹³ findet man heute bei den großen Gesellschaften, vor allem bei den DAX-30- bzw. DAX-40-Gesellschaften, hauptberufliche Aufsichtsratsvorsitzende, jedenfalls aber solche Vorsitzende und Ausschussvorsitzende, die diese ihre Tätigkeit hauptberuflich ausüben. Das schlägt sich zu Recht auch in der Vergütung nieder.¹⁴ Tatsächlich sind nicht nur die fachlichen,¹⁵ sondern auch die zeitlichen Anforderungen an den Aufsichtsrat heute im Vergleich zu früher ganz erheblich gestiegen. Overboarding ist als Problem erkannt. Die aktienrechtliche Grenze von zehn Mandaten samt Konzernprivileg und Doppelzählung des Aufsichtsratsvorsitzenden nach § 100 Abs. 2 AktG ist offensichtlich überholt. Der Deutsche Corporate Governance Kodex (DCGK) 2020 trägt dem mit einer Obergrenze von grundsätzlich fünf Mandaten Rechnung.¹⁶

Vor allem beim Aufsichtsratsvorsitzenden wird, jedenfalls bei großen Gesellschaften, Hauptamtlichkeit sinnvoll sein.¹⁷ Sein Arbeitspensum beträgt in der Regel ein Mehrfaches desjenigen von einfachen Aufsichtsratsmitgliedern,¹⁸ wie auch die Vorsitzenden des Prüfungsausschusses und anderer wichtiger Ausschüsse einen bedeutenden Teil ihrer Arbeitskraft dafür aufwenden müssen. Auch die Zahl der Sitzungen, die nach § 110 Abs. 3 AktG noch mit mindestens zwei angegeben ist,¹⁹ hat erheblich zugenommen. Angegeben werden schon bisher teilweise sechs bis acht und sogar zwölf Sitzungen pro Jahr.²⁰ Bei Wirecard gab es acht Plenumsitzungen, bei der Deutschen Börse 32, bei der Deutschen Bank 54.²¹ Zwingende gesetzliche Vorgaben hierzu würden allerdings der Vielgestaltigkeit der Gesell-

schaftspraxis nicht gerecht. Auch der DCGK enthält dazu keine allgemeine Empfehlung. Bis auf Weiteres bleibt es bei Transparenz, so nach § 125 Abs. 1 Satz 5 AktG, wonach bei börsennotierten Gesellschaften einem Wahlvorschlag von Aufsichtsratsmitgliedern Angaben zu deren Mitgliedschaft in anderen gesetzlich zu bildenden Aufsichtsräten beizufügen sind.²² Der DCGK empfiehlt weiter gehend für Kandidaten eine Übersicht über die wesentlichen Tätigkeiten neben dem Aufsichtsratsmandat und für alle Aufsichtsratsmitglieder eine jährliche Aktualisierung auf der Internetseite des Unternehmens (Empfehlung C.14).

Schon derzeit wird den zunehmenden Anforderungen an die Professionalisierung des Aufsichtsratsvorsitzenden (Aufsichtsrat als »Sparringspartner«²³) verschiedentlich Rechnung getragen. So hat der Aufsichtsrat schon heute bei großen Gesellschaften einen Aufsichtsratsassistenten oder Sekretär. In Praxis und Schrifttum werden überdies zunehmend ein Aufsichtsratsbudget oder sogar ein Aufsichtsratsbüro, jedenfalls aber ein Recht auf angemessene sachliche und persönliche Ausstattung für notwendig erachtet.²⁴ Zunehmend wird ein vorstandsunabhängiger Kontakt des Aufsichtsrats und für diesen seines Vorsitzenden mit den Leitern der Zentralbereiche für zulässig gehalten,²⁵ und in der Praxis großer Unternehmen führt der Aufsichtsratsvorsitzende auch Gespräche mit institutionellen Investoren.²⁶

Die Professionalisierung entspricht der Entwicklung des Aufsichtsrats zu einem mehr und mehr geforderten Überwachungsorgan²⁷ und zu einer gewissen Konvergenz zwischen dem zweistufigen und dem einstufigen System (Verwaltungsrat).²⁸ Der Preis ist ein Pflichten- und Haftungszuwachs.²⁹ ←

13 Aufsichtsratsstudie 2020, Favoccia/Link/Siepert, AG 2020, 827.

14 Hopt/Roth in GroßkommAktG, 5. Aufl. 2019, § 113 Rn. 80 ff.; auch Thüsing, ZIP 2020, 2500 (2502) als Anreiz, der durch die Abführungspflicht für Gewerkschaftsmitglieder im Aufsichtsrat konterkariert wird.

15 Zu diesen Cahn (Fn. 12), S. 140 (143 ff., 150); Anforderungsprofile bei Jochmann/Weber, Der Aufsichtsrat 11/2020, 158 (160).

16 Grundsatz 12 mit Empfehlungen C.4 und C.5.

17 Hopt/Roth (Fn. 14) § 107 Rn. 100 ff.

18 Eine Expertenbefragung nennt für große Unternehmen 72 Arbeitstage im Jahr, Pacher u. a., Der Aufsichtsrat 2016, 50 (51), Kienbaum-Studie.

19 Nach § 110 Abs. 3 Satz 2 AktG kann in nicht börsennotierten Gesellschaften der Aufsichtsrat sogar beschließen, dass eine Sitzung im Kalenderhalbjahr abzuhalten ist.

20 Hopt/Roth (Fn. 14), § 110 Rn. 7.

21 Ruhwedel, Beben für Investoren und Aufsicht, Handelsblatt, 7.7.2020, Nr. 128, S. 48.

22 Angaben zu ihrer Mitgliedschaft in vergleichbaren in- und ausländischen Kontrollgremien von Wirtschaftsunternehmen sollen beigefügt werden, § 125 Abs. 2 Satz 5 Halbsatz 2 AktG.

23 Fritz, Aufsichtsrat aktuell 2020, 24 (26 f.).

24 Zuletzt Strohn, Vom Aufsichtsratsbüro zum Aufsichtsratsbudget, Festschrift für K. Schmidt, 2019, Bd. II, S. 461 (466 ff.).

25 Habersack in MüKoAktG, 5. Aufl. 2019, § 111 Rn. 80, str.

26 Zuletzt Schiessl, FS Krieger 2020, S. 813.

27 Bestandsaufnahme der verschärften Überwachungsaufgaben des Aufsichtsrats bei Binz/Sorg, BB 2019, 387.

28 Hopt, ZGR 2019, 507.

29 Manche fragen sich sogar, ob der Aufsichtsrat nicht zu einem überforderten Unternehmensorgan wird, Westermann, Festschrift für Windbichler, 2020, S. 1162, mit Hinweis auf die Legalitätsverantwortung des Aufsichtsrats, S. 1180 ff.

Dr. Klaus von der Linden ist Rechtsanwalt und Counsel bei Linklaters LLP, Düsseldorf. Er ist spezialisiert auf Aktien- und Konzernrecht, insbesondere auf öffentliche Hauptversammlungen, Organhaftung, Corporate Litigation und Corporate Governance.



Der Prüfungsausschuss – von der Kür zur Pflicht

Autor: **Dr. Klaus von der Linden**



Der Prüfungsausschuss hat sich in der Praxis börsennotierter Gesellschaften breitflächig etabliert und bewährt. Dennoch zählte er bisher nicht zum Pflichtprogramm, sondern zur Kür. Das ändert sich nunmehr. Denn als Reaktion auf den Fall Wirecard überbieten sich Gesetzgeber, Regulatoren und Börsenbetreiber darin, neue Maßgaben für die Überwachung und Prüfung börsennotierter Unternehmen zu ersinnen. Dem entspricht es, dass sowohl die neuen DAX-Indexregeln als auch in Kürze das abermals reformierte Aktienrecht den Prüfungsausschuss für obligatorisch erklären – mit erheblichen Folgen für die Corporate Governance und die Rolle des Aufsichtsrats.

Woher kommen wir?

Der Prüfungsausschuss ist schon seit geraumer Zeit ein wichtiger, ja ein geradezu elementarer Baustein der Corporate Governance großer börsennotierter Gesellschaften. Allerdings: Vorgeschrieben war er bislang nur für bestimmte Kreditinstitute.¹ Allen anderen Unternehmen, auch den börsennotierten, war es hingegen freigestellt, ob sie einen solchen Ausschuss einrichten. Das Aktiengesetz traf zwar durchaus manche Regelung für einen etwaigen Prüfungsausschuss, erklärte ihn aber gleichwohl nie für obligatorisch. Ebenso wenig der Deutsche Corporate Governance Kodex, der einen Prüfungsausschuss stets befürwortete, dies aber naturgemäß nur im Wege einer unverbindlichen Empfehlung.² Trotzdem war es schon bislang zumindest für die DAX- und MDAX-Unternehmen selbstverständlich, einen Prüfungsausschuss zu bilden – mit Fokus auf der Rechnungslegung, der Abschlussprüfung sowie den internen Kontroll- und Risikomanagementsystemen. Damit kamen sie den Erwartungen ihrer Investoren entgegen und trugen zugleich der Größe ihrer (zumeist paritätisch mitbestimmten) Aufsichtsräte Rechnung.

Jenseits des DAX und des MDAX fällt das Bild freilich bunter aus: Im SDAX hatten laut einer Studie 92,9 Prozent, im TecDAX 83,3 Prozent, im sonstigen Prime Standard 58,8 Prozent sowie im General Standard nur 20 Prozent der Unternehmen einen Prüfungsausschuss; das entspricht einer Gesamtquote im Prime und General Standard der Frankfurter Wertpapierbörse von 85,2 Prozent – alles Stand 2018.³

Wirecard als Wendepunkt

Dann kam Wirecard. Der tiefe Fall des einstigen Aushängeschildes unter den deutschen FinTechs hat Corporate Germany im Juni 2020 nachhaltig erschüttert. Ebenso das Vertrauen in seine Gesetze, seine Institutionen und seine Selbstregulierung. Deshalb beeilen sich Gesetzgeber, Regulatoren und Börsenbetreiber, neue Regeln festzulegen – um auf diese Weise das Vertrauen der Anleger schnellstmöglich zurückzugewinnen. So kam es, dass im Herbst 2020 die Deutsche Börse ihre Regeln für die DAX-Indizes (DAX, MDAX, SDAX und TecDAX) reformierte.⁴ Die Eckpunkte: eine Aufstockung des DAX von 30 auf 40 Mitglieder (ab September 2021), Profitabilität als neues Auswahlkriterium, außerdem die klare Erwartung, dass ein Prüfungsausschuss entsprechend den Empfehlungen des DCGK eingerichtet wird (Abbildung 1 auf Seite 26). Dazu gehört auch die umfassende Unabhängigkeit des Vorsitzenden des Prüfungsausschusses: von der Gesellschaft, vom Vorstand und auch von einem etwaigen Kontrollaktionär (mit Beherrschungsvertrag, absoluter Stimmenmehrheit oder nachhaltiger Stimmenmehrheit in der Hauptversammlung). Das hebt den Prüfungsausschuss in die Quasiverbindlichkeit, und zwar mit Wirkung ab März 2021 für Neuzugänge und ab September 2022 für bestehende Mitglieder der DAX-Familie. Ein bemerkenswerter Schritt, mit dem die Börse die Rolle eines (weiteren) Governance-Regulators einnimmt. —————>

1 § 25d Abs. 9 Satz 1 KWG

2 D.3 DCGK 2019, zuvor Nr. 5.3.2 Abs. 1 DCGK 2017

3 von Werder/Danilov, DB 2018, S. 1997, Tab. 5, E55

4 STOXX Ltd., Guide to the DAX Equity Indices, Version 11.1.

Vom Gesetzgeber überholt

Allein, kaum in Kraft, werden die neuen Indexregeln in diesem wesentlichen Punkt schon wieder überholt. Denn mit dem Gesetz zur Stärkung der Finanzmarktintegrität (FISG) reagiert nunmehr auch der parlamentarische Gesetzgeber auf den Fall Wirecard. Neben zahlreichen anderen Aspekten (Abbildung 2) finden sich darin auch neue Maßgaben für den Prüfungsausschuss. Allen voran: Der Prüfungsausschuss wird für jedwedes Unternehmen von öffentlichem Interesse (Public Interest Entity, PIE) kraft Gesetzes obligatorisch.⁵ Dabei meint PIE nicht nur börsennotierte, sondern auch anderweitig kapitalmarktorientierte Unternehmen im Sinne des § 264d HGB, außerdem CRR-Kreditinstitute und Versicherungsunternehmen.⁶ Sie alle müssen einen Prüfungsausschuss nach neuem Recht erstmals bis zum 1.1.2022 bilden.⁷

Aus eins mach zwei

Darüber hinaus verschärft das neue Recht auch die Anforderungen an die Besetzung des Prüfungsausschusses. Bisher galt, dass dem Aufsichtsrat (ebenso wie seinem etwaigen Prüfungsausschuss) mindestens ein sog. Finanzexperte angehören muss. Dieser Finanzexperte zeichnete sich durch besonderen Sachverstand entweder für die Rechnungslegung oder für die Abschlussprüfung aus – bis zum Abschlussprüfungsreformgesetz (AReG) vom 10.5.2016 außerdem durch seine Unabhängigkeit, die heute nur noch der DCGK einfordert. Demgegenüber bewirkt das FISG, dass in einer jeden PIE der Aufsichtsrat und sein Prüfungsausschuss künftig mindestens zwei Finanzexperten aufweisen müssen – und zwar einen für Rechnungslegung sowie einen weiteren für Abschlussprüfung.⁸ Es genügt also nicht, beide Kompetenzen in einer Person zu bündeln. Gleich bleibt hingegen, wie der erforderliche Sachverstand erworben wurde, z. B. in einem steuerberatenden oder wirtschaftsprüfenden Beruf, durch Weiterbildung oder auf sonstige Weise.⁹ Das Übergangsrecht besagt, dass vor dem 1.7.2021 begründete Mandate im Aufsichtsrat und im Prüfungsausschuss von der Änderung unberührt bleiben.¹⁰ Erst bei der nächsten regulären oder außerordentlichen Nachbesetzung gilt also: Aus eins mach zwei.

Abbildung 1: Die neuen DAX-Indexregeln im Überblick

Kernpunkte

- Aufstockung des DAX von 30 auf 40 Werte (ab September 2021)
- Spiegelbildliche Verkleinerung des MDAX von 60 auf 50 Werte (ab September 2021)
- Profitabilität als neues Auswahlkriterium (seit Dezember 2020)
- Fristgerechte Vorlage von testierten Jahresberichten sowie von Quartalsberichten mit Sanktionsmöglichkeiten bis hin zum Indexausschluss, sog. Fast Exit (ab März 2021)
- Listing im regulierten Markt der Frankfurter Wertpapierbörse (inklusive General Standard), d. h. Entkopplung vom Premiumsegment Prime Standard (ab März 2021)
- Obligatorischer Prüfungsausschuss im Aufsichtsrat (für Neuzugänge ab März 2021, für bestehende Indexmitglieder ab September 2022)
- Reguläre Hauptüberprüfung der DAX-Indizes zweimal jährlich, nämlich im März und September (ab 2021); dabei Erstellung der Rangliste nur noch auf Grundlage der Marktkapitalisierung, nicht mehr auch des Börsenumsatzes (ab September 2021)

Ein direkter Draht

Ein weiteres Novum: Der Vorsitzende des Prüfungsausschusses erhält ab dem 1.1.2022 ein neues, originäres Auskunftsrecht, das sich weder vom Plenum noch vom Ausschuss ableitet.¹¹ Dieses Auskunftsrecht richtet sich unmittelbar gegen die Leiter solcher Zentralbereiche der Gesellschaft, die für die Kontroll- und Überwachungsaufgaben zuständig sind. Kurzum: Der Prüfungsausschuss bekommt einen direkten Draht ins Unternehmen, vorbei am Vorstand, hin zur ersten darunter liegenden Leitungsebene. Als Adressaten des Auskunftsverlangens kommen in erster Linie die Leiter der internen Revision sowie des Risikomanagements in Betracht. Damit muss es aber kein Bewenden haben. Das neue Recht formuliert nämlich bewusst offen und verzichtet darauf, die einschlägigen Fachbereiche konkret zu benennen.¹² Allerdings bleibt es auch in anderer Hinsicht unpräzise, bspw.: Wie bzw. in welcher Form ist die Auskunft anzufragen und zu erteilen? Umfasst sie auch die Bereitstellung von Unterlagen oder sonstigen Belegen? Und: Darf der Bereichsleiter sich auch proaktiv an den Prüfungsaus-

5 § 107 Abs. 4 Satz 1 AktG n. F.

6 § 316a Satz 2 Nr. 1–3 HGB n. F.

7 Art. 26k Abs. 2 EGAktG n. F.

8 § 100 Abs. 5 Hs. 1, § 107 Abs. 4 Satz 2 AktG n. F.

9 Begr. RegE FISG, S. 133 f.

10 Art. 12 Abs. 6 EGAktG n. F.

11 § 107 Abs. 4 Satz 3 AktG n. F., Art. 26k Abs. 2 EGAktG n. F.

12 Begr. RegE FISG, S. 134

schluss wenden, wenn eine erwartete Anfrage ausbleibt? Bei alledem wird man sich an der Praxis der Banken orientieren können und müssen. Denn das Kreditwesengesetz (KWVG) sieht schon länger vor, dass die Vorsitzenden des Prüfungs-, aber auch des Risikoausschusses sich unmittelbar an die interne Revision und das Risikocontrolling wenden können.¹³ Klar ist auch: Der Vorstand ist unverzüglich zu unterrichten, sobald der Prüfungsausschuss seinen direkten Draht ins Unternehmen nutzt¹⁴ – ebenfalls ganz ähnlich wie im KWVG.

Aus drei mach sechs?

Was folgt daraus nun für die Aufsichtsräte? Zunächst einmal: Eine ganze Reihe kleinerer börsennotierter Unternehmen kam bislang unschwer mit dreiköpfigen Aufsichtsräten aus. Diese bildeten in aller Regel keine Ausschüsse, jedenfalls keine beschlussfähigen, die anderenfalls deckungsgleich mit dem Plenum und somit sinnlos gewesen wären. Das dürfte nunmehr ein Ende haben. Denn das FISG fordert den Prüfungsausschuss in PIEs ausnahmslos ein, d. h. unabhängig von der Größe des Plenums. Dabei gilt stets, dass dem Prüfungsausschuss mindestens zwei Finanzexperten angehören müssen – und überdies, wenn er denn beschlussfähig sein soll, noch ein drittes Mitglied. Manche börsennotierte Gesellschaft wird daraus die Konsequenz ziehen, ihren bislang dreiköpfigen Aufsichtsrat alsbald aufzustocken – sei es auf vier, fünf oder auch sechs Mitglieder. Das wiederum erfordert nicht nur ein neues Besetzungsprofil und neue taugliche Kandidaten, sondern auch eine Satzungsänderung, die zeitnah auf den Weg gebracht werden muss.

Im Zentrum der Debatte

Darüber hinaus gilt: Der Prüfungsausschuss rückt weiter ins Zentrum der Corporate Governance-Debatte. Gleiches gilt für seinen Vorsitzenden, dem das FISG einen direkten Draht ins Unternehmen zuerkennt. Damit wachsen freilich nicht nur die Rechte und Möglichkeiten, sondern auch die Verantwortung. Es ist daher absehbar, dass der Prüfungsausschuss und sein Vorsitzender auch in der öffentlichen Wahrnehmung mehr Aufmerksamkeit erhalten – und damit auch in der Jahreshauptversammlung, im Bericht des Aufsichtsrats sowie in der Erklärung zur Unternehmensführung. Und mehr noch: Bei etwaigen Schiefen des Unternehmens wird sich abermals verstärkt die Frage stellen: Welche Mitverantwortung tragen speziell der Prüfungsausschuss und seine Mitglieder? ←

Abbildung 2: Lex Wirecard – das FISG im Überblick

Abschlussprüfer

- Externe Rotation des Abschlussprüfers nach spätestens 10 (statt bislang nach ggf. 20 bzw. 24) Jahren
- Nochmals stärkere Trennung von Prüfung und Beratung bei PIEs
- Verschärfung der zivilrechtlichen Haftung des Abschlussprüfers, d. h. erhebliche Anhebung der gesetzlichen Haftungshöchstgrenzen bei PIEs auf bis zu 16 Mio. EUR; volle Haftung ab grober Fahrlässigkeit

Gesellschaft

- Gesetzliche Pflicht für börsennotierte Gesellschaften zur Einrichtung eines angemessenen und wirksamen IKS sowie eines entsprechenden RMS
- Obligatorischer Prüfungsausschuss für PIEs
- »Doppelte Finanzexpertise« bei PIEs: mindestens ein Aufsichtsrats- und Prüfungsausschussmitglied mit Sachverstand für Rechnungslegung plus ein weiteres Mitglied mit Sachverstand für Abschlussprüfung
- Unmittelbares Auskunftsrecht des Vorsitzenden des Prüfungsausschusses gegenüber den Leitern einschlägiger Zentralbereiche

BaFin

- Stärker staatlich-hoheitlich geprägtes Bilanzkontrollverfahren
- Prüfungsrecht gegenüber allen kapitalmarktorientierten Unternehmen
- Auskunftsrechte (auch) gegen Dritte
- Möglichkeit forensischer Prüfungen
- Recht, die Öffentlichkeit früher als bisher über die Bilanzkontrolle zu informieren
- Beschäftigten der BaFin wird Handel bestimmter Finanzinstrumente untersagt
- DPR nur noch zuständig für Stichprobenprüfungen

Bilanzstrafrecht

- Strafbarkeit eines unrichtigen »Bilanzzeids« und eines unrichtigen Bestätigungsvermerks zu Abschlüssen von PIEs
- Ausweitung der Bußgeldvorschriften für Abschlussprüfer von PIEs
- Deutliche Anhebung der Bußgeldrahmen

¹³ § 25d Abs. 8 Satz 7, Abs. 9 Satz 3 KWVG

¹⁴ § 107 Abs. 4 Satz 4 AktG n.F.

Neuregelung der externen Prüferrotation aus der Unternehmensperspektive Autor: Dr. Andreas Duhr

1. Neuregelung der externen Prüferrotation

a Referentenentwurf zum FISG des BMF und des BMJV (Oktober 2020)

Im Oktober 2020 wurde der **Referentenentwurf zum FISG** vom BMF und BMJV veröffentlicht. Darin wird vorgeschlagen, § 318 Abs. 1a HGB aufzuheben. Dieser Paragraph sieht in der derzeitigen Gesetzeslage (in Übereinstimmung mit den Regelungen der zugrunde liegenden EU-Verordnung Nr. 537/2014) vor, dass die **Höchstlaufzeit des Prüfungsmandats** zwanzig Jahre betragen kann, sofern für den Zeitabschnitt ab Jahr elf der Prüfungstätigkeit ein Ausschreibungsverfahren durchgeführt wird. Sonderregelungen ergeben sich, wenn es sich um Joint Audits handelt: Die Höchstlaufzeit verlängert sich dann gemäß den Regelungen des § 318 Abs. 1a S. 2 HGB).

Mit diesem Vorschlag des RefE FISG fällt das HGB auf die grundlegende Regelung der oben genannten EU-Verordnung zurück, wonach die Höchstlaufzeit für Abschlussprüfungsmandate zehn Jahre beträgt; diese Höchstlaufzeit gilt (abweichend von der oben beschriebenen Regelung) nach geltender Gesetzeslage sowieso für Kreditinstitute (§ 340k Abs. 1 S. 1 HGB) sowie für Versicherungsunternehmen (§ 341k Abs. 1 S. 2 HGB). Die Verlängerung um weitere zehn Jahre auf eine Höchstlaufzeit von zwanzig Jahren beruht auf einem Mitgliedsstaatenwahlrecht, das die EU den Mitgliedsstaaten in Bezug auf die Umsetzung der oben genannten Verordnung gewährt hatte, und das der deutsche Gesetzgeber wahrgenommen hatte. Ob die Verkürzung der Höchstlaufzeit des Abschlussprüfungsmandats einen sinnvollen Beitrag im Sinne der Zielsetzung des FISG zu leisten im Stande ist, mag bezweifelt werden und kann an dieser Stelle nicht vollumfänglich diskutiert werden; eine solche Diskussion müsste aber unter Hinzuziehung wissenschaftlicher Evidenz statt-





Dr. Andreas Duhr ist Head of Accounting Excellence innerhalb der Corporate Function Controlling, Accounting and Risk der thyssenkrupp AG.

finden. Es muss zudem darauf verwiesen werden, dass es nicht nur die Rotation der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft gibt, sondern auch die Rotation des verantwortlichen Personals, das durch die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft eingesetzt wird. Diese »Höchstlaufzeit« des verantwortlichen Personals beträgt lediglich sieben Jahre, was einen gewissen Vorbeugungseffekt hinsichtlich etwaiger Interessen- und Unabhängigkeitskonflikten mit sich bringt.

Als **Übergangsregelung** sieht der RefE FISG vor, dass die oben genannte Kürzung auf eine Höchstlaufzeit von zehn Jahren »erstmalig auf alle gesetzlich vorgeschriebenen Abschlussprüfungen für das nach dem 31. Dezember 2021 beginnende Geschäftsjahr anzuwenden« ist. Faktisch bedeutet dies, dass die Unternehmen sich darauf einstellen mussten, dass im Jahr 2021 eine gesetzgeberische Neuregelung der Höchstlaufzeit der Abschlussprüfungsmandate eintreten wird, die quasi sofort, nämlich mit Ende des Kalenderjahres 2021, in Kraft treten soll. Dies hätte für alle Unternehmen, die schon in den zweiten zehn Jahren der Prüfungstätigkeit ihres Abschlussprüfers sind (oder womöglich kurz davor), die sofortige Neu-Ausschreibung des Abschlussprüfungsmandats bedeutet – mit Wirkung zum 1.1.2022 (Beginn des Geschäftsjahres, in dem ein neuer Abschlussprüfer tätig werden muss). Dabei hätte die geforderte Cooling-in-Periode für einen neuen Abschlussprüfer bereits am 1.1.2021 begonnen.

Derart kurzfristig kann man ein sorgfältiges Ausschreibungsverfahren des Abschlussprüfungsmandats nicht angehen. Entsprechend groß war die Kritik an einer fehlenden sinnvollen Übergangsregelung für die vom RefE FISG vorgesehene Verkürzung der Höchstlaufzeit des Abschlussprüfungsmandats (siehe z. B. die Kritik des Deutschen Aktieninstituts vom 8.11.2020, abrufbar unter <https://www.dai.de/de/das-bieten-wir/positionen/positionspapiere.html?d=766>, dort S. 14).

b Regierungsentwurf zum FISG (Dezember 2020)

Der Regierungsentwurf zum FISG wurde im Dezember 2020 veröffentlicht. Auch hier wird vorgeschlagen, § 318 Abs. 1a HGB aufzuheben. Es bleibt mithin beim oben beschriebenen Vorschlag, die **Höchstlaufzeit**

des Abschlussprüfungsmandats auf zehn Jahre zu beschränken.

In Bezug auf eine im RefE noch fehlende sinnvolle **Übergangsregelung** wurde grundsätzlich reagiert, indem eine verlängerte Übergangsregelung vorgeschlagen wird. Diese gilt allerdings nur, wenn bis zum 30.6.2021 die Bedingung des derzeit noch geltenden § 318 Abs. 1a HGB zur Verlängerung des Abschlussprüfungsmandats über das Jahr zehn hinaus erfüllt ist, d. h.: Es muss bis zum 30.6.2021 ein »durchgeführtes Auswahl- und Vorschlagsverfahren« (Ausschreibungsverfahren) vorliegen. Ob dies eine wirkliche und spürbare Erleichterung für eine sorgfältige Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens mit sich bringt, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab.

c Stellungnahme des Bundesrates zum Gesetzgebungsverfahren vom 12.2.2021

Der Bundesrat hat in seiner Stellungnahme zum RegE FISG eine **weitere Verkürzung der Höchstlaufzeit des Abschlussprüfungsmandats** in die Diskussion eingebracht (»z. B. auf sechs Jahre«). Eine weitere Herabsetzung der Höchstlaufzeit auf einen solchen Zeitraum ist abzulehnen (siehe auch die Kritik durch das Deutsche Aktieninstitut vom 15.2.2021, abrufbar unter <https://www.dai.de/de/das-bieten-wir/positionen/positionspapiere.html?d=792>, dort S. 7). Eine hohe Prüfungsqualität kommt unzweifelhaft durch Unabhängigkeit des Abschlussprüfers (also notwendige Bedingung für eine hohe Prüfungsqualität) zustande; es muss aber bedacht werden, dass es erheblicher Rüstkosten bedarf, um komplexe Unternehmens- und Konzernstrukturen zu durchdringen und auf dieser Basis hinreichend gut basierte Prüfungsurteile treffen zu können. Formale Unabhängigkeit alleine (durch kurze Höchstlaufzeiten) hilft dabei nicht zwingend weiter; eine Garantie für eine entsprechende Durchdringung der Unternehmens- und Konzernstrukturen gibt sie jedenfalls nicht. Die Anzahl an Phasen der Einarbeitung eines neuen Abschlussprüfers erhöht sich, je öfter eine Rotation stattfinden muss; damit erhöht sich auch die Anzahl an Zeitintervallen, in denen eine ggf. reduzierte Prüfungsqualität hingenommen werden muss. —————>

2. Ausschreibung des Abschlussprüfungsmandats bei der thyssenkrupp AG

a Situation von thyssenkrupp: Prüferhistorie und Ausschreibungsverfahren

Die aktuelle Abschlussprüfungsgesellschaft der thyssenkrupp AG ist ununterbrochen seit dem Geschäftsjahr 2012/2013 mandatiert und damit derzeit (im Geschäftsjahr 2020/2021, endend am 30.9.2021) im Jahr neun der Abschlussprüfungstätigkeit. Insofern hat thyssenkrupp im Geschäftsjahr 2019/2020 das Abschlussprüfungsmandat öffentlich ausgeschrieben – mit Wirkung ab dem Geschäftsjahr 2022/2023 (beginnend am 1.10.2022).

b Einfluss des FISG auf das Ausschreibungsverfahren

Die Ausschreibung des Abschlussprüfungsmandats war zunächst notwendig auf Basis der Regelungen des derzeit geltenden § 318 Abs. 1a HGB. Demnach ist (mit entsprechendem administrativen Vorlauf) auf alle Fälle eine Ausschreibung durchzuführen, wenn die Abschlussprüfungsgesellschaft zehn Jahre lang ununterbrochen mandatiert sein wird. Insofern handelte es sich um eine planmäßige Ausschreibung des Abschlussprüfungsmandats mit der grundsätzlichen Möglichkeit, den aktuellen Abschlussprüfer bei entsprechenden Ergebnissen im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens als Abschlussprüfer zu behalten.

Zum Zeitpunkt der öffentlichen Ausschreibung des Abschlussprüfungsmandats (Sommer 2020) wurden die Ereignisse, die zu den gesetzgeberischen Aktivitäten des FISG führten, bekannt. Im Verlauf des Ausschreibungsverfahrens wurde die gesetzgeberische Intention, die Höchstlaufzeit des Prüfungsmandats auf zehn Jahre zu begrenzen, immer deutlicher – siehe die oben geschilderte Entwicklung des RefE sowie des RegE zum FISG. Dies änderte nichts an der grundsätzlichen Notwendigkeit der Ausschreibung des Abschlussprüfungsmandats bei thyssenkrupp, es bleibt insofern bei einer planmäßigen Ausschreibung; jedoch entfällt (unter der Annahme, dass die gesetzgeberische Intention der Begrenzung der Höchstlaufzeit des Prüfungsmandats auf zehn Jahre auch in der finalen Version des FISG enthalten sein wird) ein mögliches bzw. denkbares Ergebnis des Ausschreibungsverfahrens: Unter der genannten Annahme würde der aktuelle Abschlussprüfer nicht mehr der Abschlussprüfer ab dem Geschäftsjahr 2022/2023 sein können.

Auf die zeitliche Lage der Cooling-in-Periode (Geschäftsjahr 2021/2022) hat das FISG keinen Einfluss, ebenso sind die oben dargestellten Diskussionen um eine sinnvolle Übergangsperiode für thyssenkrupp nicht von Belang.

3. Mögliche Komplikationen aus der Kombination von Prüferwechsel und Erbringung von Nichtprüfungsleistungen

Konzerne, die in verstärktem Ausmaß Nichtprüfungsleistungen nachfragen, müssen während eines Ausschreibungsverfahrens grundsätzlich darauf achten, dass potenzielle neue Abschlussprüfer nicht in Konflikt mit den Unabhängigkeitsanforderungen kommen. In einem planmäßigen Ausschreibungsverfahren lassen sich damit verbundene Aktivitäten sinnvoll darstellen und angehen; in einem außerplanmäßigen Ausschreibungsverfahren (wenn Konzerne z. B. aufgrund der disruptiven Änderungen durch das FISG sehr kurzfristig gezwungen sind, ihr Abschlussprüfungsmandat auszuschreiben und an einen neuen Abschlussprüfer zu vergeben) kann dies einer höheren Komplexität unterliegen. Dies liegt zunächst daran, dass potenzielle Erbringer von Nichtprüfungsleistungen ggf. nicht mehr zur Verfügung stehen, da sie am Ausschreibungsverfahren teilnehmen und unabhängig gehalten werden sollen bzw. wollen. Die zudem vorgesehene Streichung von § 319a Abs. 1a HGB, zusammen mit der äußerst engen Definition des Begriffs der »Nichtprüfungsleistung« durch die Verlautbarung Nr. 4 der APAS, kann die Situation zudem zusätzlich verschärfen. ←

IMPRESSUM

Herausgeber: Audit Committee Institute e.V. (ACI)

Leitung: Prof. Dr. Kai C. Andrejewski (V.i.S.d.P.)

Redaktion: Christina Gasser, Astrid Gundel, Prof. Dr. Joachim Hennrichs,
Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Peter Hommelhoff, Georg Lanfermann,
Christian Tobias Pfaff, Maria Solbrig, Prof. Dr. Christoph Teichmann

Audit Committee Institute e.V. (ACI)
THE SQUAIRE • Am Flughafen
60549 Frankfurt am Main
Telefon +49 69 9587-3040
Fax +49 1802 11991-3040
E-Mail aci@kpmg.de
www.audit-committee-institute.de

Gestaltung und Satz: stereobloc, Berlin

Druck: Das Druckteam Berlin

Stand: 19.2.2021

Bildnachweise/Illustrationen: S. 1 © Alan Graf/iStock.com; S. 2/3 © pidjoe/iStock.com; S. 4/5 © TerryJ/iStock.com;
S. 8 © LightScribe/iStock.com, © David Arment/stock.adobe.com;
S. 11 © fotogaby/iStock.com; S. 13 © pambudi/shutterstock.com;
S. 14/15 © Janusz Starczewski/shutterstock.com; S. 20 © kamisoka/iStock.com;
S. 22 © SUNG YOON JO/iStock.com; S. 24 © hoffi99/photocase.de;
S. 28 © Nikada/iStock.com; S. 32/33 © Ezumelimages/shutterstock.com

Die enthaltenen Informationen sind allgemeiner Natur und nicht auf die spezielle Situation einer Einzelperson oder einer juristischen Person ausgerichtet. Obwohl wir uns bemühen, zuverlässige und aktuelle Informationen zu liefern, können wir nicht garantieren, dass diese Informationen so zutreffend sind wie zum Zeitpunkt ihres Eingangs oder dass sie auch in Zukunft so zutreffend sein werden. Niemand sollte aufgrund dieser Informationen handeln ohne geeigneten fachlichen Rat und ohne gründliche Analyse der betreffenden Situation.

Das Audit Committee Institute versteht sich als Forum für kontroverse Diskussionen. Die Ansichten und Meinungen sind die der Verfasser und entsprechen nicht unbedingt den Ansichten und Meinungen des Audit Committee Institute e.V.

© 2021 Audit Committee Institute e.V., assoziiert mit der KPMG AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, einer Aktiengesellschaft nach deutschem Recht und ein Mitglied der globalen KPMG-Organisation unabhängiger Mitgliedsfirmen, die KPMG International Limited, einer Private English Company Limited by Guarantee, angeschlossen sind. Alle Rechte vorbehalten.

Financial Reporting Update 2021

Aktuelles für Aufsichtsräte

Regelmäßig treffen sich Aufsichts- und Beiräte sowie Vorstände und Geschäftsleiter zur jährlichen Veranstaltungsreihe »Financial Reporting Update – Aktuelles für Aufsichtsräte« in München, Frankfurt, Düsseldorf und Hamburg, um die aktuellen Fragen und Entwicklungen der Aufsichtsrats Tätigkeit zu diskutieren. 2021 verlegte das Audit Committee Institute e.V. die Veranstaltungsreihe in den virtuellen Raum.

Themenschwerpunkt des ersten Teils der Webcast-Reihe war die **Sustainable Equity Story**. Darüber hinaus diskutierten die Teilnehmer die Herausforderungen für Aufsichtsräte durch die **»neue Normalität«** und gingen auf die Erfahrungen und Erkenntnisse zur **virtuellen Hauptversammlung** ein.

Der zweite Teil der Webcast-Reihe widmete sich aktuellen **Fragestellungen der Corporate Governance**, insbesondere im Zusammenhang mit dem geplanten Finanzmarktintegritätsstärkungsgesetz (**FISG**).

Das Team des Audit Committee Institute bedankt sich für Ihre rege Teilnahme und freut sich, Sie auch im kommenden Jahr wieder begrüßen zu dürfen – physisch und virtuell.

Referenten und Panelteilnehmer:

Prof. Dr. Kai C. Andrejewski

Leiter Audit Committee Institute e.V.,
Regionalvorstand Süd, Managing Partner,
KPMG AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft

Prof. Dr. Hanne Böckem

Partner, Department of Professional Practice,
KPMG AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft

Pascal Frank

Gründer und Managing Partner der celeres GmbH,
Partner für Sustainability & Capital Markets des
Bureau of Communication

Astrid Gundel

Senior Managerin, Audit Committee Institute e.V.

Christian Hell

Partner, Leiter Sustainability Services,
KPMG AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft

Angelika Huber-Straßer

Bereichsvorstand Corporates, Managing Partner,
Head of Automotive, Deutschland und EMA,
KPMG AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft

Georg Lanfermann

Partner, Department of Professional Practice,
KPMG AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft;
designierter Präsident Deutsches Rechnungslegungs
Standards Committee e.V. (ab 1.3.2021)

Jens C. Laue

Partner, Leiter Environmental, Social & Governance,
KPMG AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft

Prof. Dr. Christoph Teichmann

Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht,
Deutsches und Europäisches Handels- und
Gesellschaftsrecht an der Universität Würzburg

Nikolaus von Tippelskirch

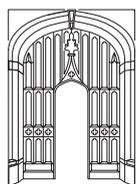
Ehemaliger Vorstand der DWS Group und
Chief Control Officer

Hiltrud Dorothea Werner

Mitglied des Vorstands der Volkswagen AG,
verantwortlich für den Geschäftsbereich
»Integrität und Recht«

Weitere Informationen und Aufzeichnungen unter:

<https://audit-committee-institute.de/html/de/fru2021.html>



Audit Committee Institute e.V.

FIRST HAND INFORMATION FÜR AUFSICHTSRÄTE UND FÜHRUNGSKRÄFTE

Gefördert durch



Für Interessenten, die unsere Publikationen noch nicht erhalten: Bestellen Sie das Audit Committee Quarterly.

DAS MAGAZIN FÜR CORPORATE GOVERNANCE



Bitte senden Sie mir regelmäßig (bitte ankreuzen)*

- das Audit Committee Quarterly
- weitere Publikationen zu Themen der Corporate Governance und der Rechnungslegung kostenlos
- elektronisch in gedruckter Version zu:

Vorname

Name

akademischer Titel (freiwillige Angabe)

Firma/Institution

Funktion

Straße/Postfach

PLZ, Ort

E-Mail

Telefon/Fax

Datum

Unterschrift

Diese Angaben beziehen sich auf meine Privatadresse Firmenanschrift.

Audit Committee Institute e.V. (ACI)
E-MAIL aci@kpmg.de
TELEFON +49 69 9587-3040
FAX +49 1802 11991-3040
www.audit-committee-institute.de

* Der Versand der Publikationen des Audit Committee Institute erfolgt ausschließlich an Mitglieder des Aufsichtsrats und der Geschäftsleitung. Ihre persönlichen Angaben werden vertraulich behandelt.

Frühere Ausgaben des Audit Committee Quarterly sowie weitere Publikationen des Audit Committee Institute senden wir Ihnen gerne auf telefonische Anfrage (+49 69 9587-3040) zu.

Selbstverständlich können Sie uns jederzeit telefonisch, per Fax, E-Mail oder Post mitteilen, wenn Sie Ihre bestellten Publikationen nicht mehr erhalten möchten. Wir freuen uns, wenn Sie uns Adress- oder Funktionsänderungen ebenfalls telefonisch, per Fax, E-Mail oder per Post mitteilen.

Ihre Meinung ist uns wichtig. Wir freuen uns über Ihre Anregungen, Kritik oder Lob.

Audit Committee Institute

First Hand Information für Aufsichtsräte und Führungskräfte

Das Audit Committee Institute (ACI) versteht sich als freies Forum und Partner für Aufsichtsräte und Führungskräfte. Ziel ist es, die Meinungsbildung zur Corporate Governance zwischen Politik, Wissenschaft und Praxis zu unterstützen.

E-MAIL aci@kpmg.de TELEFON +49 69 9587-3040 www.audit-committee-institute.de

