DeutscherAnwaltVerein

Stellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Handelsrecht

zum Referentenentwurf des Abschlussprüfer-aufsichtsreformgesetzes (APAReG) vom 29. Mai 2015

Stellungnahme Nr.: 36/2015 **Berlin, im Juli 2015**

Mitglieder des Ausschusses

- Prof. Dr. Michael Hoffmann-Becking, Düsseldorf (Vorsitzender)
- Dr. Gabriele Apfelbacher, LL.M., Frankfurt/Main
- Dr. Christian Decher, Frankfurt/Main
- Dr. Hans Friedrich Gelhausen, Frankfurt/Main (Berichterstatter)
- Dr. Peter Hemeling, München
- Dr. Hilke Herchen, Hamburg
- Dr. Hans-Christoph Ihrig, Mannheim
- Dr. Thomas Kremer, Bonn
- Prof. Dr. Gerd Krieger, Düsseldorf
- Dr. Marc Löbbe, Frankfurt/Main (Berichterstatter)
- Prof. Dr. Reinhard Marsch-Barner, Frankfurt/Main (Berichterstatter)
- Dr. Dr. h.c. Georg Maier-Reimer, LL.M., Köln
- Dr. Andreas Pentz, Mannheim (Berichterstatter)
- Dr. Bodo Riegger, Stuttgart
- Dr. Gabriele Roßkopf, LL.M., Stuttgart
- Prof. Dr. Frank A. Schäfer, LL.M., Düsseldorf
- Dr. Alexandra Schluck-Amend, Stuttgart
- Dr. Bernd Singhof, LL.M., Frankfurt/Main
- Dr. Jost Wiechmann, Hamburg
- Dr. Hans-Ulrich Wilsing, Düsseldorf

Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- Rechtsanwalt Thomas Marx

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

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

www.anwaltverein.de

Verteiler

Vorsitzende des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz im Deutschen Bundestag
Vorsitzender des Ausschusses für Wirtschaft und Energie im Deutschen Bundestag

Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz

Kommission der Europäischen Union

Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex

Vorstand und Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins
Landesgruppen und -verbände des DAV
Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des DAV
Vorsitzende der Arbeitsgemeinschaften des DAV
Handelsrechtsausschuss des DAV

Bundesrechtsanwaltskammer
Bundesnotarkammer
Deutscher Notarverein
Institut der Wirtschaftsprüfer (IdW)
Deutscher Richterbund
Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin)
Deutsche Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz (DSW)
Deutscher Steuerberaterverband
Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI)
Deutscher Industrie- und Handelskammertag (DIHK)
Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft
Bundesverband Deutscher Banken
Schutzgemeinschaft der Kapitalanleger e.V. (SdK) – Die Aktionärsvereinigung –
Deutscher Juristinnenbund e.V.

Die Aktiengesellschaft

GmbH-Rundschau

NZG Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht

WM Wertpapiermitteilungen

ZIP Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

Börsenzeitung

Handelsblatt

Juris

Frankfurter Allgemeine Zeitung

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 66.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie hat am 29. März 2015 den (überarbeiteten) Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der aufsichts- und berufsrechtlichen Regelungen der Richtlinie 2014/56/EU (AP-RL) sowie zur Ausführung der entsprechenden Vorgaben der Verordnung (EU) Nr. 537/2014 (AP-VO) im Hinblick auf die Abschlussprüfung bei Unternehmen von öffentlichem Interesse (Abschlussprüferaufsichtsreformgesetz - APAReG) vorgelegt.

1 Zu diesem Gesetzentwurf nimmt der Deutsche Anwaltverein durch seinen Handelsrechtsausschuss nachfolgend Stellung, soweit die Belange von Unternehmen und ihrer Organe betroffen sind. Dies betrifft die Regelung zur Verhängung von Sanktionen gegen Mitglieder des Verwaltungs- oder Leitungsorgans eines Unternehmens von öffentlichem Interesse, die in § 71 Abs. 3 WPO-E in der Fassung des Art. 1 Nr. 63 APAReG enthalten ist. Zu den übrigen Regelungen nimmt der Deutsche Anwaltverein nicht Stellung.

Art. 1 Nr. 63 (§ 71 Abs. 3 WPO-E)

2 Nach § 71 Abs. 3 WPO-E sollen die Vorschriften des Fünften Teils (Berufsaufsicht) und des Sechsten Teils (Berufsgerichtsbarkeit) der WPO entsprechend für

- Mitglieder des Aufsichtsrats,
- Mitglieder des Vorstands,
- Mitglieder der Geschäftsführung und
- Mitglieder eines sonstigen Verwaltungs- oder Leitungsorgans

eines Unternehmens von öffentlichem Interesse nach § 319a HGB gelten, und zwar ausdrücklich in ihrer Eigenschaft als Nicht-Berufsangehörige.

3 Sanktioniert werden soll damit die Verletzung von Pflichten, die diesen Personen

- nach diesem Gesetz (d.h. nach der WPO),
- nach § 324 HGB,

- nach §§ 6, 7 und 14 PublG,

- nach §§ 107, 124 und 171 AktG

- nach § 52 GmbHG,

- nach §§ 38 und 58 GenG oder

- nach der Verordnung (EU) Nr. 537/2014

obliegen.

4 Die Sanktionen ergeben sich aus der entsprechenden Anwendung der §§ 68 und 68a WPO-E. Ausgenommen sind nach § 71 Abs. 3 Satz 2 WPO-E allerdings die Nummern 3, 4 und 5 aus § 68 Abs. 1 Satz 2 WPO-E, so dass als Sanktionen letztlich die folgenden verbleiben:

- Untersagungsverfügung (§ 68a WPO-E),

- Rüge des Verhaltens (§ 68 Abs. 1 Satz 1 WPO-E),

- Geldbuße bis zu 500.000 Euro (§ 68 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WPO-E),

- Verbot, auf bestimmten Tätigkeitsgebieten für die Dauer von einem Jahr bis zu fünf Jahren tätig zu werden (§ 68 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 WPO-E),

- Verbot, bei Unternehmen von öffentlichem Interesse nach § 319a HGB für die Dauer von einem Jahr bis zu drei Jahren tätig zu werden (§ 68 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2a WPO-E).

Geldbuße und Tätigkeitsverbot können nebeneinander verhängt werden (§ 68 Abs. 2 WPO-E).

5 Der Deutsche Anwaltverein hat erhebliche Zweifel, ob diese Regelungen eine sachgerechte Umsetzung der Regelungserfordernisse darstellen, die sich aus den europarechtlichen Vorgaben ergeben.
Ausgangspunkt ist Art. 30a AP-RL. In der Tat sind hiernach auf nationaler Ebene verwaltungsrechtliche Sanktionen und Maßnahmen auch gegen die Mitglieder eines Verwaltungs- oder Leitungsorgans eines Unternehmens von öffentlichem Interesse nach § 319a HGB vorzusehen. Unternehmen von öffentlichem Interesse sind nach § 319a HGB alle kapitalmarktorientierten Unternehmen im Sinne des § 264d HGB. Ausdrücklich angeordnet ist für den erfassten Personenkreis (Vorstände/ Geschäftsführer und Aufsichtsräte) die Möglichkeit, ein vorübergehendes Verbot der Wahrnehmung von Aufgaben für die Dauer von bis zu drei Jahren anzuordnen (Art. 30a

Abs. 1 Buchst. e AP-RL). Auch wird man davon auszugehen haben, dass dieser Personenkreis miterfasst wird, soweit in Art. 30a AP-RL von „natürlichen Personen“ die Rede ist (so in Buchst. a, b und vor allem f betreffend finanzielle Sanktionen). Insoweit ist der Bedarf zur Umsetzung in nationales Recht grundsätzlich anzuerkennen.

6 Es verwundert jedoch, dass Sanktionen gegen Mitglieder der Unternehmensorgane im Berufsrecht der Wirtschaftsprüfer und vereidigten Buchprüfer geregelt werden sollen. Nicht sachgerecht wäre es, wenn die Ahndung der Wirtschaftsprüferkammer obliegen sollte, die nach § 61a Satz 1 WPO-E für die Berufsaufsicht nach dem Fünften Teil der WPO zuständig ist. Zwar könnte aus dem Sachzusammenhang zu entnehmen sein, dass in den Fällen des § 71 Abs. 3 WPO-E die für die Abschlussprüferaufsicht einzurichtende Bundesbehörde (§ 66a WPO-E) zuständig sein soll, weil es hier um Unternehmen von öffentlichem Interesse geht. Das kann derzeit aber wohl nur aus dem Regelungszusammenhang geschlossen werden; eindeutig sind die Vorschriften insoweit nicht.

7 Selbst wenn die Zuständigkeit klargestellt wird, bleiben erhebliche Bedenken, dass für die Sanktionierung von Mitgliedern der Unternehmensorgane dieselbe Behörde zuständig sein soll, die für die Aufsicht über Wirtschaftsprüfer eingerichtet werden soll. Es geht zwar vornehmlich, aber nicht nur um Pflichten von Vorstand und Aufsichtsrat im Zusammenhang mit der Durchführung von Pflichtprüfungen, sondern z.B. auch um weitere Pflichten des Prüfungsausschusses nach § 107 Abs. 3 Satz 2 AktG (internes Kontrollsystem, Risikomanagementsystem und interne Revision mit Bezug auf die Rechnungslegung). Außerdem bleibt festzuhalten, dass Organmitglieder der betroffenen Unternehmen eben keine Berufsangehörigen der wirtschaftsprüfenden Berufe sind und sich die Maßstäbe für die Beurteilung ihrer Pflichterfüllung wesentlich von den Maßstäben unterscheiden, die für die Beurteilung der Arbeit der Abschlussprüfer maßgeblich sind. Verfehlt und im Hinblick auf Artikel 19 Abs. 4 GG auch verfassungsrechtlich bedenklich ist in jedem Fall die vorgesehene Regelung, wonach Nicht-Wirtschaftsprüfer der für die Wirtschaftsprüfer eingerichteten Berufsgerichtsbarkeit unterworfen werden sollen.

8 In der Tat spricht Art. 30a Abs. 1 AP-RL zunächst von einer Sanktionsbefugnis für die „zuständigen Behörden“, was auf die für die Prüferaufsicht zuständigen Behörden im Sinne des Art. 20 Abs. 2 AP-VO hindeutet. Indes lässt Art. 30a Abs. 4 AP-RL ausdrücklich zu, dass die Zuständigkeit für die Verhängung von Sanktionen den Behörden übertragen werden kann, die über Unternehmen von öffentlichem Interesse die Aufsicht führen.

9 Der Deutsche Anwaltverein möchte dringend anraten, für die Sanktionierung von Pflichtverletzungen bei Mitgliedern von Unternehmensorganen von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen und die Zuständigkeit bei der BaFin anzusiedeln. Dies liegt auch deshalb nahe, weil die BaFin bereits nach geltendem Recht für das

Rechnungslegungsenforcement auf der zweiten Stufe zuständig ist (§§ 37n ff. WpHG). Für die Zuständigkeit der BaFin spricht auch, dass diese bereits Aufsichtsbehörde für einen Teil der Unternehmen des öffentlichen Interesses, nämlich für bestimmte Kreditinstitute und Versicherungsunternehmen ist und zudem für alle kapitalmarktorientierten Unternehmen die Einhaltung der Vorschriften des WpHG überwacht.

10 Demgemäß sollte die Sanktionsnorm auch nicht in der WPO verortet werden, sondern in das HGB oder in das WpHG aufgenommen werden. Bei einer Zuständigkeit der BaFin ergäbe sich auch zwangsläufig eine andere Zuständigkeit für Rechtsmittel gegen die Verhängung von Sanktionen, so dass die Bedenken gegen die Einschaltung der Berufsgerichtsbarkeit für WP/vBP ebenfalls ausgeräumt wären.

11 Neben diesen grundsätzlichen Bedenken gegen die im Referentenentwurf vorgesehene Regelung in der WPO ergeben sich weitere Anmerkungen zum Inhalt des § 71 Abs. 3 WPO-E:

12 Die Regelung soll für Mitglieder der Unternehmensorgane nur dann gelten, wenn sie nicht Wirtschaftsprüfer sind. Diese ausdrückliche Einschränkung verkennt, dass die Mitgliedschaft im Verwaltungs- oder Leitungsorgan eines Unternehmens – vor allem eines kapitalmarktorientierten Unternehmens – grundsätzlich mit der Ausübung des Berufs als WP/vBP nicht vereinbar ist, weil dies – auch die Tätigkeit als Aufsichtsrat – als „gewerbliche Tätigkeit“ im Sinne des Berufsrechts angesehen wird (§ 43a Abs. 3 WPO). Selbst wenn dies ausnahmsweise einmal anders wäre, bliebe es dabei, dass die zu sanktionierende Pflichtverletzung eben nicht die Pflichtenstellung als WP/vBP betreffen würde, sondern die aus der Organtätigkeit. Daher wäre es in jedem Fall sachgerecht, bei der allgemeinen Zuständigkeit zu bleiben. Der Deutsche Anwaltverein regt deshalb an, den Einschub („die nicht Wirtschaftsprüfer sind“) zu streichen.

13 Der Katalog der Pflichten, deren Verletzung zur Verhängung von Sanktionen führen soll, ist in der Formulierung des Referentenentwurfs deutlich zu weit gefasst. Ziel sollte die 1:1-Umsetzung des Art. 30a AP-RL sein. Danach können nur solche Handlungspflichten der Unternehmensorgane betroffen sein, die sich aus der AP-VO (als unmittelbar geltendes Recht) oder aus der Umsetzung der AP-RL in deutsches Recht ergeben. Insoweit mag die Bezugnahme auf die Pflicht zur Einrichtung eines Prüfungsausschusses und zur Erfüllung seiner Aufgaben (§ 324 HGB) grundsätzlich in Ordnung gehen (allerdings hat der Deutsche Anwaltverein schon in seiner Stellungnahme zum Referentenentwurf des AReG (DAV-Stellungnahme Nr. 29/15 Rdn. 6 ff.) kritisiert, dass die in § 324 Abs. 3 HGB-E vorgesehenen Berichtspflichten des Prüfungsausschusses zu weit gehen). Die umfassende und nicht weiter präzisierte Verweisung des vorliegenden Entwurfs auf § 107 AktG (Innere Ordnung des Aufsichtsrats), § 124 AktG (Bekanntmachung von Ergänzungsverlangen; Vorschläge zur Beschlussfassung) und § 171 AktG (Prüfung durch den Aufsichtsrat) geht jedenfalls

weit über die auf die Abschlussprüfung bezogenen Pflichten der Unternehmensorgane hinaus. Das gilt in besonderem Maße für die vollständige Verweisung auf § 52 GmbHG, der mit seiner Verweisung auf Normen des Aktienrechts seinerseits sämtliche für den Aufsichtsrat einer GmbH anwendbaren Vorschriften umfasst.

14 Die in den genannten Bestimmungen geregelten, nicht auf die Abschlussprüfung (AP-VO; AP-RL) bezogenen Pflichten können und sollen von der Sanktionierung nicht erfasst werden. Hier müssten nach einer sorgfältigen Analyse der jeweiligen Norm die einzelnen betroffenen Pflichten genau bezeichnet werden. Dies wäre auch für diejenigen Pflichten der Unternehmensorgane wünschenswert, die sich unmittelbar aus der AP-VO ergeben.

15 Weitere Fragen ergeben sich aus der Verweisung auf den Sanktionskatalog in §§ 68, 68a WPO. Wenn hier nicht bei Verlagerung der Regelung in das HGB oder das WpHG ohnehin eine eigenständige Regelung geschaffen wird, sollte im Rahmen der jetzt angewendeten Verweisungstechnik klargestellt werden, wie sich die Sanktionen nach § 68 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 und Nr. 2a WPO-E zueinander verhalten. Da die Regelung ohnehin nur für Organmitglieder bei Unternehmen von öffentlichem Interesse gelten soll, wäre wohl auch nur die Sanktion in § 68 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2a WPO-E einschlägig, so dass die Verweisung auf Nr. 2 ausgenommen werden müsste.

16 Weiterhin sollte klargestellt werden, auf welche Art von Tätigkeiten sich das Verbot beziehen soll und ob es nur bei dem betroffenen Unternehmen oder bei allen Unternehmen von öffentlichem Interesse gelten soll. Unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit sollte immer nur der jeweils verletzte Pflichtenkreis bei dem konkret betroffenen Unternehmen gemeint sein. Eine solche Pflichtverletzung dürfte daher nur zu einem Verbot bestimmter Tätigkeitsbereiche führen, nicht aber zu einem Verbot der Wahrnehmung einer Organfunktion im Ganzen. Auch die nach Art. 30b AP-RL im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu berücksichtigenden Umstände sollten jeweils näher konkretisiert werden.

17 Für die Ausgestaltung der finanziellen Sanktionen bietet sich die bestehende Bußgeldvorschrift in § 39 WpHG an. Dabei wäre auch über die Einordnung in die Sanktionsrahmen in § 39 Abs. 4 WpHG zu entscheiden; der Betrag von 500.000 Euro aus dem Referentenentwurf beruht nicht auf eigenständigen Überlegungen, sondern übernimmt die für die Berufsaufsicht über WP/vBP bestehende Regelung, so dass hier eine sachgerechte Abwägung zu treffen ist.