

Berlin, Januar 2004
Stellungnahme Nr. 05/04

Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins

durch den Handelsrechtsausschuss

zu dem
Referentenentwurf eines

**Gesetzes zur Kontrolle von Unternehmensabschlüssen
(Bilanzkontrollgesetz – BilKoG)**

Mitglieder des Ausschusses:

Prof. Dr. Michael Hoffmann-Becking (Vorsitzender und Berichterstatter)
Dr. Manfred Balz
Dr. Wolfgang Budde
Dr. Christian Decher
Dr. Hans Friedrich Gelhausen (Berichterstatter)
Dr. Wilhelm Happ
Dr. Georg Hohner
Dr. Hans-Christoph Ihrig
Prof. Dr. Gerd Krieger
Dr. Georg Maier-Reimer
Prof. Dr. Reinhard Marsch-Barner
Dr. Welf Müller (Berichterstatter)
Dr. h.c. Karlheinz Quack (Berichterstatter)
Prof. Dr. Arndt Raupach
Dr. Bodo Riegger
Prof. Dr. Johannes Semler
Prof. Dr. Walter Sigle
Prof. Dr. Frank A. Schäfer
Dr. Martin Winter

Zuständiger DAV-Geschäftsführer:
Rechtsanwalt Jens Wagener

Verteiler:

Bundesministerium der Justiz
Bundesministerium der Finanzen
Vorsitzender des Rechtsausschusses des Bundestages
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
Deutscher Richterbund
ÖTV Abt. Richterinnen und Richter
Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
Deutsche Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz (DSW)
Deutscher Steuerberaterverband
Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI)
Bundesverband der Freien Berufe
ver.di
Deutscher Industrie- und Handelskammertag (DIHK)
Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft
Bundesverband Deutscher Banken
Schutzgemeinschaft der Kleinaktionäre (SdK)
Zeitschrift „Die Aktiengesellschaft“
NZG Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
WM Wertpapiermitteilungen
ZIP Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
Börsenzeitung
Handelsblatt
Frankfurter Allgemeine Zeitung
NJW
Financial Times Deutschland
Deutscher Notarverein
Kommission der Europäischen Gemeinschaften

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 60.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Zur Umsetzung des 10-Punkte-Programms der Bundesregierung zur Stärkung von Unternehmensintegrität und Anlegerschutz haben die Bundesministerien für Justiz und Finanzen am 18. Dezember 2003 einen gemeinsamen Referentenentwurf zur Ausgestaltung eines "Enforcement"-Verfahrens vorgelegt. Durch das Gesetz sollen

- das Handelsgesetzbuch,
- das Einführungsgesetz zum HGB,
- das Wertpapierhandelsgesetz,
- das Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz und
- das Aktiengesetz

geändert werden. Der Entwurf eines „Gesetzes zur Kontrolle von Unternehmensabschlüssen (Bilanzkontrollgesetz – BilKoG)“ will „Rechtsgrundlagen für ein Enforcement-Verfahren“ schaffen, das die „Überwachung der Rechtmäßigkeit konkreter Unternehmensabschlüsse durch eine außerhalb des Unternehmens stehende, nicht mit dem gesetzlichen Abschlussprüfer (Wirtschaftsprüfer) identische unabhängige Stelle“ ermöglichen soll. Dafür ist eine „privatrechtlich organisierte, unabhängige Einrichtung als Prüfstelle für Rechnungslegung“ vorgesehen, die mit Zustimmung der betroffenen Unternehmen tätig wird. In einer zweiten Stufe prüft die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) die Rechnungslegung des betroffenen Unternehmens, berichtigt sie und setzt dies „mit öffentlich-rechtlichen Maßnahmen durch“.

Geprüft werden nur die Abschlüsse und Berichte von Unternehmen, deren Wertpapiere im Sinne des § 2 Abs. 1 Satz 1 des Wertpapierhandelsgesetzes an einer inländischen Börse im amtlichen oder geregelten Markt gehandelt werden (§ 342 b Abs. 2 E HGB). Andere Unternehmen sind den Regelungen des Bilanzkontrollgesetzes nicht unterworfen, auf sie sind dessen Bestimmungen nicht anzuwenden.

Da es in der Bundesrepublik Deutschland kein „von staatlicher Seite beauftragtes Gremium,, das – neben Abschlussprüfer und Aufsichtsrat – regelmäßig die Richtigkeit der Unternehmensberichte kapitalmarktorientierter Unternehmen prüft“,

gibt, ist es „das Ziel dieses Gesetzes, einen solchen Mechanismus zur Überwachung der Rechtmäßigkeit konkreter Unternehmensabschlüsse einzuführen“ (Begr. RefE zu Nr. 1). Es lässt sich nicht leugnen, dass trotz der vom Gesetz angeordneten Prüfung der Rechnungslegung der Unternehmen und der verschiedenen Sanktionen, die das Gesetz für die Verletzung jener Vorschriften androht, eine Vervollkommnung der Kontrolle wünschenswert ist. Der Referentenentwurf des Bilanzkontrollgesetzes nimmt auch auf die Grundsätze Bedacht, die das „Committee of European Securities Regulators“ im März 2003 vorgelegt hat und die auf eine einheitliche Entwicklung der Enforcement-Systeme in Europa hinwirken soll (vgl. dazu Begr. RefE A I). Ist danach die vorgesehene gesetzliche Regelung grundsätzlich zu begrüßen, so sind doch einzelne Bestimmungen des Entwurfes nicht frei von Bedenken, die im Folgenden geäußert werden:

A.

Das geplante zweistufige Verfahren (Prüfung durch eine privatrechtlich organisierte unabhängige Einrichtung, Prüfstelle, und eine mit hoheitlichen Eingriffsbefugnissen ausgestattete Behörde, Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, BaFin) ist zwar verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, denn die Prüfstelle fällt nicht unter den sogenannten Funktionsvorbehalt, aber obgleich Prüfstelle und BaFin gleichartige Tätigkeiten ausüben, werden sie in zwei verschiedenen Gesetzen, dem HGB und dem WpHG geregelt. Da die Vorschriften der §§ 342 b ff. E HGB weder systematisch noch sonst oder gar zwingend ins HGB gehören, regen wir an, sie ins WpHG aufzunehmen, um die Einheit des Gesetzeszieles zu erhalten. Die in den Artikeln 4 und 5 des Referentenentwurfes vorgesehenen Änderungen mögen dann eigene Bestimmungen sein, die unabhängig von denen des WpHG erhalten bleiben können.

Es ist zu erwägen, die Prüfstelle staatlicher Aufsicht (Rechts- und ggf. auch Sachaufsicht) zu unterstellen. Denn mit der Anerkennung gem. § 342 b Abs. 1 Satz 1 und 2 E HGB und der Genehmigung von Satzung und Verfahrensordnung gem. Satz 3 ist noch nicht sichergestellt, dass auch fürderhin entsprechend den Anerkennungs- und Genehmigungsvoraussetzungen verfahren wird. So wie beispielsweise im Stiftungsrecht auch private Stiftungen der Staatsaufsicht unterstellt werden, empfiehlt es sich, auch hier zu verfahren. Dies scheint insbesondere deswegen geboten, weil sich die BaFin zur Wahrnehmung ihrer Rechte bei der Durchführung der Prüfung der Prüfstelle bedienen kann (und wohl auch soll). Allerdings bedarf es einer besonderen Aufsicht über die Prüfstelle insoweit nicht, als diese als „Verwaltungshelferin“ tätig wird (vgl. dazu § 37 o Abs. 3 E WpHG).

B.

Zu den einzelnen Bestimmungen des Referentenentwurfes bemerken wir Folgendes:

I.

§§ 342 b E HGB ff.

Zu § 342 b E HGB:

1. Die Prüfstelle soll privatrechtlich organisiert sein und nicht als Beliehener hoheitlich handeln. Jedoch soll das Bundesjustizministerium die Prüfstelle "durch Vertrag anerkennen" und ihr die im Gesetz festgelegten Aufgaben "übertragen". Unklar ist, ob auch die "Übertragung" der Aufgaben durch Vertrag oder Verwaltungsakt erfolgen soll und ob es sich bei dem Vertrag um einen öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Vertrag handelt. Da eine Beleihung nicht gewollt ist und die Beleihung eines Privaten zu schlicht hoheitlichem Verwaltungshandeln nicht möglich ist, muss man wohl davon ausgehen, dass die Prüfstelle privatrechtlich tätig wird und sich demgemäß auch etwaige Abwehransprüche, also insbesondere Ansprüche auf Widerruf und Schadensersatz nach dem Zivilrecht richten. Diese Punkte sollten zumindest in der Begründung des Gesetzes geklärt werden.
2. Der bereits angeregten Rechts- und Sachaufsicht bedarf es auch, um zu gewährleisten, dass Prüfungen „unabhängig, sachverständig, vertraulich“ erfolgen. Insoweit sind die Voraussetzungen für Anerkennung und Genehmigung, wie die Wirtschaftsprüferordnung sie verlangt, gleichartig (§§ 1 Abs. 3 Satz 1 und 43 Abs. 1 Satz 1 WPO). Auch die Staatsaufsicht (der die Wirtschaftsprüferkammer unterliegt) ist ein Kontrollinstrument, das für die Prüfstelle geschaffen werden sollte und dies insbesondere auch mit Rücksicht auf die Vorstellungen des Gesetzgebers, „von einem privaten eingetragenen Verein ..., in dem die Kreise der Wirtschaft mit Nähe zum Finanzmarkt möglichst breit vertreten sein sollen. Dies erhöht die Glaubwürdigkeit und Akzeptanz der Prüfstelle ...“ (vgl. III. der Presseinformation zu Eckpunkten des Bilanzkontrollgesetzes).
3. Gegen den Prüfungsmaßstab (§ 342 b Abs. 2 E HGB) ist nichts einzuwenden. Nur ist zum einen eine detaillierte Verfahrensordnung zu schaffen, zum anderen aber sollte, wie dies § 37 o Abs. 3 Satz 2 E WpHG vorsieht, der Prüfstelle das Recht eingeräumt werden, „sich bei der Prüfung anderer Personen oder Einrichtungen zu bedienen, z. B. eines Wirtschaftsprüfers ...“ (vgl. RefE zu § 37 o Abs. 3 Satz 4 E WpHG). Sonst ist zu besorgen, dass die Prüfstelle einen erheblichen Aufwand, personell und sachlich, auf Dauer verursacht. Verzichtet man darauf, wird die Prüfstelle sich auf Stichproben beschränken müssen und damit den gesetzlichen Auftrag kaum erfüllen können.
4. Nach § 342b Abs. 2 S. 2 HGB-E unterliegen der Prüfung durch die Prüfstelle Unternehmen, die an einer inländischen Börse im amtlichen oder geregelten Markt gehandelt werden. Nach § 56 BörsG können in den geregelten Markt

auch Wertpapiere einbezogen werden, ohne dass dies von dem Emittenten beantragt worden ist. Insoweit wird von einer Einbeziehung statt von einer Zulassung zum geregelten Markt gesprochen. Seitens der Unternehmen besteht grundsätzlich keine Möglichkeit, sich gegen eine derartige Einbeziehung zu wehren. Deutsche Börsen haben von einer derartigen Einbeziehung insb. bei ausländischen Unternehmen in nicht unerheblichem Umfang Gebrauch gemacht. Es erscheint äußerst unwahrscheinlich, dass sich derartige Unternehmen einer Prüfung durch die Prüfstelle freiwillig unterwerfen. Näherliegend erscheint es, den Anwendungsbereich einer Prüfung durch die Prüfstelle auf diejenigen Emittenten zu beschränken, deren Wertpapiere an einer inländischen Börse im amtlichen oder geregelten Markt zugelassen worden sind, weil in diesen Fällen immer ein Zulassungsantrag des Emittenten vorliegt.

Die gleiche Frage findet sich auch in § 17d S. 1 FinDAG-E. Ein Unternehmen, das im geregelten Markt gehandelt wird, ohne dies beantragt zu haben, dürfte kaum bereit sein, die Kosten der gesonderten Umlage zu tragen. Auch insoweit läge es nahe, statt „gehandelt“ das Wort „zugelassen“ zu verwenden.

5. Mit Recht bezieht § 342 b Abs. 2 Satz 2 E HGB in die Prüfung auch ausländische Kapitalmarktunternehmen ein, wenn deren Wertpapiere an einer inländischen Börse gehandelt werden. Problematisch wird die Prüfung freilich dann, wenn sie nach Maßgabe der §§ 37 n, 37 o E WpHG durchgeführt werden soll. Denn die der BaFin zugewiesenen Befugnisse (vgl. § 37 q E WpHG) sind u. U. unzureichend. Die Möglichkeiten, die der Sarbanes Oxley Act gibt, bleiben erheblich hinter denen zurück, die das Bilanzkontrollgesetz Prüfstelle und BaFin einräumen. Wir regen deswegen auch im Interesse einer Gleichbehandlung vergleichbarer Tatbestände an, die entsprechenden Bestimmungen des Referentenentwurfes zu überprüfen.

Überprüft werden sollten auch die Regelungen, die das Verhältnis der §§ 342 b Abs. 3 E HGB und 256 Abs. 7 und 258 AktG bestimmen. Gleiches gilt auch für die Prüfung nach § 37 o Abs. 2 E WpHG:

6. Verfahren nach den §§ 256 ff. AktG dauern zu lange, und das Schicksal der in der Zwischenzeit zu erstellenden Jahresabschlüsse ist offen und streitig (ergreift z. B. eine ggf. festgestellte Nichtigkeit automatisch die Folgeabschlüsse? Kann in laufender Rechnung korrigiert werden? Was geschieht mit zwischenzeitlichen Gewinnausschüttungen und sonstigen gewinnabhängigen Vergütungen?) Nun soll neben die Nichtigkeit und deren gerichtliche Feststellung ein weiteres Bilanzkontrollverfahren gestellt werden, das noch umfassender sein und ebenfalls zu einer Berichtigung führen soll (oder kann).

Der Ausschluss der Bilanzkontrolle bei geltend gemachter Nichtigkeit löst die jetzt schon bestehenden Probleme nicht und fügt allenfalls neue hinzu, z. B.: Kann der Folgeabschluss einer Bilanzkontrolle gerade deshalb unterworfen werden, weil gegen den Vorabschluss dessen Nichtigkeit geltend gemacht worden ist (falsche Vorträge oder Fortwirken des Nichtigkeitsgrundes)?

Unter Aufgabe der bisherigen Vorschläge könnte man, mindestens bei Kapitalmarktunternehmen, das Bilanzkontroll- und das Nichtigkeitsverfahren in eine systemgerechtere Rangordnung bringen. Das könnte dadurch geschehen, dass das Bilanzkontrollverfahren dem auf Feststellung der Nichtigkeit des Jahresabschlusses zwingend vorgeschaltet wird. Dies bedeutet:

- Wird eine (vermeintliche) Nichtigkeit eines Abschlusses geltend gemacht, kann jedermann (insbesondere können Aktionäre oder Gläubiger) innerhalb einer gesetzlich zu bestimmenden Frist die Einleitung eines Verfahrens nach § 37 o Abs. 1 E WpHG schriftlich beantragen.
- Über den Antrag entscheidet die BaFin. Die Entscheidung ist zu begründen.
- Gegen die Entscheidung findet die Beschwerde statt. § 37 u E WpHG gilt sinngemäß.
- Die Nichtigkeit gem. § 256 AktG kann nur geltend gemacht oder eine Sonderprüfung nach § 258 AktG nur und erst dann verlangt werden, wenn der Antragsteller durch eine Entscheidung nach § 37 o E WpHG ff. beschwert ist.

Das Bilanzkontrollverfahren würde dann bis auf wenige Ausnahmefälle die Nichtigkeitsklage des § 256 Abs. 1 AktG und das Sonderprüfungsverlangen des § 258 Abs. 1 AktG ersetzen, so dass auch ein wesentlicher Teil des Streitigen ausgeräumt ist.

7. Die Begründung des Entwurfs (zu A.II) erweckt den Eindruck, als dürfe die Prüfstelle nur tätig werden, wenn das Unternehmen freiwillig mit der Prüfstelle kooperiert. Aus dem Text des § 342 b HGB-E ergibt sich das jedoch nicht. Aus § 342 b Abs. 4 HGB-E folgt zwar, dass das Unternehmen seine Mitwirkung verweigern kann, aber es ist nicht vorgesehen, dass die Prüfstelle in diesem Fall die Prüfung einstellen müsste. Soll es also möglich sein, dass die Prüfstelle auch ohne Mitwirkung des Unternehmens zu - für das Unternehmen negativen - Feststellungen nach § 342 b Abs. 5 HGB-E gelangt und diese an die BaFin berichtet?

8. Der Referentenentwurf spricht in § 342 b Abs. 4 HGB-E von „Mitwirkung“, so dass darunter aktives Tun verstanden werden könnte. Dennoch ist wohl unter „Mitwirkung“ auch die widerspruchslose Duldung einer Prüfung nach § 342 b Abs. 2 E HGB zu verstehen. Es empfiehlt sich, dies klarzustellen und etwa folgendermaßen zu formulieren:

„Duldet das Unternehmen eine Prüfung durch die Prüfstelle oder wirkt es sonst an der Prüfung mit, sind die gesetzlichen Vertreter des Unternehmens oder die sonstigen Personen, deren sich die gesetzlichen Vertreter bei der Mitwirkung bedienen, verpflichtet, richtige und vollständige Auskünfte zu erteilen und richtige und vollständige Unterlagen vorzulegen ...“

Verweigert das Unternehmen die Prüfung, verfährt die BaFin alsdann nach der Bestimmung des § 37 p Abs. 1 Nr. 1 E WpHG. Es ist zu hoffen, dass die Unternehmen sich freiwillig den Prüfungen durch die Prüfstelle unterziehen und die Verweigerung einer Prüfung die Ausnahme bleibt. Andernfalls würde die BaFin in einer Weise mit Arbeit belastet, die selbst dann eine Vergrößerung ihres sachkundigen Personalbestandes erfordert, wenn die Prüfungstätigkeit von dazu beauftragten Dritten besorgt wird (vgl. § 37 o Abs. 3 E WpHG).

9. Es ist anzunehmen, dass die Prüfstelle dem betroffenen Unternehmen das Ergebnis der Prüfung erst dann – begründet – mitteilt, wenn das betroffene Unternehmen Gelegenheit hatte, sich zuvor zu äußern. Dabei können Zweifelsfragen geklärt, Bilanzierungsprobleme - auch mit dem Abschlussprüfer – erörtert und gelöst, aber auch Fehlerfeststellungen von vornherein vermieden werden. Kann eine Einigung indessen nicht erreicht werden, kann das Unternehmen nach dem Entwurf nicht verhindern, dass die Prüfstelle ihre Auffassung in einem förmlichen Prüfungsergebnis feststellt und an die BaFin berichtet. Welcher Rechtsbehelf steht dem Unternehmen zu, um die negative Feststellung, die möglicherweise publik geworden ist, aus der Welt zu schaffen? Gegen den Bericht an die BaFin soll nach Abs. 6 kein Rechtsbehelf statthaft sein. Aber ist es wirklich gewollt und überhaupt verfassungsrechtlich möglich, eine Abwehrklage analog § 1004 BGB gegen die im staatlichen Auftrag tätige Prüfstelle auszuschließen?

In jedem Falle sollte dafür gesorgt werden, dass dem betroffenen Unternehmen Gelegenheit zur Diskussion der Prüfungsfeststellungen gegeben und die Prüfstelle verpflichtet wird, den Fehler erst dann festzustellen, wenn eine weitere Klärung etwaiger Auffassungsunterschiede nach pflichtgemäßem Ermessen der Prüfstelle nicht zu erwarten ist.

10. Gegen die Entscheidungen der BaFin in der 2. Stufe sind die Rechtsmittel des Widerspruchs und der Beschwerde gegeben. Statt des einigermaßen zeitaufwändigen Verfahrens empfiehlt es sich, analog zu § 324 Abs. 1 HGB

die fristgebundene Anrufung des OLG Frankfurt am Main (§ 48 Abs. 4 WpÜG) zu ermöglichen.

11. Die Regelungen in den Abs. 6 und 7 des § 342 b E HGB begegnen keinen Bedenken. Berichte nach Abs. 6 sind keine Verwaltungsakte, die anfechtbar wären, und die Anzeigepflicht des Abs. 7 gilt auch für Berufspflichtverletzungen des Abschlussprüfers, wie dies auch die Vorschriften der §§ 67 ff. WPO vorsehen.

Zu § 342 c E HGB

1. Es überrascht, dass schuldhafte Verletzungen der Verschwiegenheitspflicht nur Schadensersatzansprüche zur Folge haben, während die strengeren Sanktionen der §§ 203 und 353 b StGB nicht angedroht werden. Auch § 333 Abs. 1 HGB enthält eine Strafandrohung. Schon um Streit um Kausalitätsfragen und die Höhe eines etwa zu ersetzenden Schadens zu vermeiden, sollte der Katalog des § 333 Abs. 1 HGB um die schuldhafte Verletzung der Verschwiegenheitspflicht des § 342 c E HGB erweitert werden. Bei der Schadensersatzpflicht mag es bewenden. Sie würde bei einer Erweiterung des Strafbarkeitskataloges dann ohnehin unter § 823 Abs. 2 BGB fallen. Im Übrigen mag es bei der Haftung für Fehler der Prüfstelle bleiben.
2. Zu Bedenken gibt § 342 c Abs. 3 E HGB Anlass. Die Prüfstelle sollte aus einem steuerlichen Ermittlungs- oder dem Besteuerungsverfahren herausgehalten werden, wie dies § 342 c Abs. 2 E HGB vorsieht. Es wäre nur konsequent, die Vorschrift des Abs. 3 von § 342 c E HGB zu streichen. Dieser Vorschrift bedarf es nicht, wie § 342 b Abs. 7 E HGB und § 37 r Abs. 1 E WpHG zeigen.

Zu § 342 d E HGB

Gegen die Vorschrift des § 342 d E HGB ist im Grundsatz nichts zu erinnern. Nur sollte erwogen werden, die Kosten dem betroffenen Unternehmen auch dann aufzuerlegen, wenn die Prüfstelle einen Fehler aufgedeckt hat und er, auch unter Mitwirkung des Unternehmens, beseitigt worden ist. Entsprechendes müsste auch für die Stichprobenprüfung gelten, wenn eine Stichprobe zur Fehlerrückmeldung führt und der Fehler beseitigt wird. In einem solchen Falle sollten die Kosten nicht der Allgemeinheit aufgebürdet, sondern von dem betroffenen Unternehmen erstattet werden (vgl. dazu auch § 17 c Finanzdienstleistungsgesetz).

Zu § 342 e E HGB

Zuständige Behörde für die Verhängung von Bußgeldern ist die BaFin (vgl. § 36 Abs. 1 Nr. 1 OwiG). Nur vorsätzliche Verstöße gegen § 342 b Abs. 4 Satz 1 E HGB

sind mit einem Bußgeld bedroht (vgl. § 10 OwiG), eine fahrlässige Verletzung von Auskunfts- oder Vorlagepflichten ist also keine Ordnungswidrigkeit i. S. des § 342 e E HGB.

II.

Wegen der Änderungen des Einführungsgesetzes zum Handelsgesetzbuch kann auf Art. 2 des Artikelgesetzes verwiesen werden. Für den Fall rechtzeitigen Inkrafttretens des Bilanzkontrollgesetzes sind die geänderten Bestimmungen des 5. Buches des Handelsgesetzbuches erstmals auf Abschlüsse des am 31.12.2004 endenden Geschäftsjahres anzuwenden, und die Wirtschaftspläne für die Jahre 2004 und 2005 sind von der Prüfstelle unverzüglich nach deren Errichtung, spätestens jedoch bis zum 30.09.2004 aufzustellen.

III.

Das Wertpapierhandelsgesetz soll einen neuen „Abschnitt 11, Überwachung von Unternehmensabschlüssen“ erhalten, der nach § 37 m eingefügt wird, und die bisherigen Abschnitte 11 und 12 sollen um eine Nummer aufrücken. Der Abschnitt 11 behandelt die durch das Bilanzkontrollgesetz eingeführten Aufgaben der BaFin ebenso wie deren Befugnisse, befasst sich mit der internationalen Zusammenarbeit und regelt Rechtsbehelfs- und Rechtsmittelverfahren. Zu den einzelnen Bestimmungen bemerken wir:

Zu § 37 n E WpHG

1. Die Bezugnahme auf § 243 b Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 und 3 E HGB ist wohl besser, der Gesetzessystematik folgend, in § 37 n E WpHG untergebracht. Damit werden die unterschiedlichen Befugnisse von Prüfstelle und BaFin klarer definiert und Unschärfen vermieden.
2. Nach § 37n Abs. 1 WpHG-E erstreckt sich die Befugnisse der BaFin wiederum auf Unternehmen, deren Wertpapiere an einer inländischen Börse im amtlichen oder geregelten Markt **gehandelt** werden. Die Kosten der BaFin hierfür werden nach § 17d FinDAG-E auf sämtliche der Prüfung unterworfenen Unternehmen umgelegt. In beiden Punkten gelten die vorstehenden Ausführungen zu § 342 b Abs. 2 HGB-E entsprechend. Zusätzlich dürfte sich die Schwierigkeit ergeben, dass eine verwaltungsmäßige Umsetzung von Zwangsbefugnissen der BaFin im Ausland kaum möglich sein dürfte.

Eine Korrektur der vorgenannten Vorschriften erscheint auch aus dem Gesichtspunkt des Anlegerschutzes heraus geboten. Das Gesetz würde irreführend den Eindruck vermitteln, dass sämtliche Emittenten von im amtlichen oder geregelten Markt gehandelten Wertpapieren einer Prüfung durch die BaFin hinsichtlich ihrer Rechnungslegung unterworfen wären. Dies ist zumindest faktisch - und wahrscheinlich auch rechtlich - nicht zutreffend. Das Gesetz würde also einen weitergehenden Anlegerschutz vortäuschen als er tatsächlich gegeben wäre.

Zu § 37 o E WpHG

1. Es empfiehlt sich, in § 37 o Abs. 3 E WpHG deutlich zu machen, dass die BaFin Prüfungen auch mit eigenem Personal durchführen darf (vgl. Begr. RefE zu § 37 o Abs. 3 Satz 5), sie braucht sich also auf Anordnungen nicht zu beschränken.
2. Die Regelung in § 37 o Abs. 2 E WpHG entspricht der in § 342 b Abs. 3 E HGB. Deswegen kann auf die Ausführungen zu jener Vorschrift verwiesen werden. Eine eigenständige Regelung für Nichtigkeitsklage und Sonderprüfung ist, dies sei hier wiederholt, wünschenswert.
3. Die Bestimmungen der Abs. 4 und 5 bedürfen insbesondere angesichts der Bezugnahme auf § 16 Abs. 3 und Abs. 6 keiner weiteren Erläuterung. Schwierigkeiten dürften sich aus der Verweisung nicht ergeben.

Zu § 37 p E WpHG

1. Nach § 37 p Abs. 2 E WpHG kann die BaFin von der Prüfstelle unter den Voraussetzungen des § 37 o Abs. 1 Satz 1 E WpHG die Einleitung einer Prüfung verlangen. Macht die BaFin davon Gebrauch, soll die Prüfstelle offenbar verpflichtet sein, die Prüfung gem. § 342 b E HGB durchzuführen. Das betroffene Unternehmen soll dann wohl eine Prüfung durch die Prüfstelle nicht mehr verweigern dürfen, und die Prüfstelle wird dann als von der BaFin beauftragt für diese tätig. Das bedeutet dann aber wohl, dass eigenständige Prüfungen der Prüfstelle nur möglich sind, wenn das betroffene Unternehmen sie duldet oder an ihnen mitwirkt. Sonst prüft eben nur die BaFin (die sich dabei der Prüfstelle und anderer Dritter bedienen kann). Die vom Entwurf vorgeschlagene Regelung ist nicht gerade ein Muster an Klarheit und auch die Begründung zum Referentenentwurf trägt dazu nicht bei. Eine Klarstellung ist wünschenswert.

Letztlich erweist sich die Regelung als systemwidrig, weil sie die beiden Stufen des Enforcement-Verfahrens vermengt. Die BaFin kann sich in ihrem eigenen Verfahren auf der 2. Stufe der Hilfe der Prüfstelle bedienen, aber dann ist die BaFin auch selbst für das Verfahren verantwortlich. Ein Mittelding zwischen 1. und 2. Stufe sollte es im Interesse von Rechtssicherheit und Klarheit nicht geben.

2. Im Übrigen regen wir an, die BaFin möge der Prüfstelle stets Kenntnis von Nichtigkeitsklage und Sonderprüfungsverlangen geben, gleichgültig ob die Prüfstelle eine Prüfung beabsichtigt oder schon eingeleitet hat. Das gilt jedenfalls dann, wenn die von uns angeregte Lösung der Problematik in § 342 b Abs. 3 E HGB nicht Gesetz werden sollte.

Zu § 37 q E WpHG

1. Die Fehlerfeststellung ist Verwaltungsakt und damit Verfügung i. S. des § 37 u E WpHG. Nur kann sie nicht wie ein sonstiger Verwaltungsakt angefochten, sondern gegen die Verfügung ist nur die Beschwerde statthaft, über die das Oberlandesgericht Frankfurt am Main entscheidet (§ 48 Abs. 4 WpÜG). Im Interesse größerer Klarheit sollte die BaFin verpflichtet werden, ihre Entscheidung nach § 37 q Abs. 1 Satz 1 E WpHG schriftlich zu begründen. Das empfiehlt sich in jedem Falle, wenn der festgestellte Fehler bekannt gemacht werden soll (§ 37 q Abs. 2 E WpHG).
2. Zu begrüßen ist die in Abs. 1 Satz 2 vorgesehene Möglichkeit, einen Fehler auch in laufender Rechnung zu berücksichtigen.

Unter systematischen Gesichtspunkten erscheint aber zweifelhaft, ob die BaFin (ebenso wie die Prüfstelle nach § 342 b Abs. 5 Satz 2 E HGB) berechtigt sein darf, die Art der Fehlerbeseitigung vorzuschreiben.

3. Nach Abs. 2 Satz 2 hat die BaFin von einer Veröffentlichung abzusehen, wenn kein öffentliches Interesse an der Veröffentlichung besteht. Der Begriff des „öffentlichen Interesses“ entspricht dem in § 37 o Abs. 1 Satz 1 E WpHG, wohl ist aber nur dann von einer Prüfung nach § 37 o Abs. 1 Satz 1 E WpHG abzusehen, wenn es am öffentlichen Interesse **offensichtlich** fehlt. In § 37 q Abs. 2 Satz 2 E WpHG braucht es an der Offensichtlichkeit nicht zu mangeln, damit von einer Veröffentlichung abgesehen wird.

Richtiger wäre es im Übrigen, wenn nicht auf das öffentliche Interesse, sondern auf § 15 Abs. 1 Satz 1 WpHG abgestellt würde, also dann die Prüfung zu veranlassen, „... wenn sie wegen der Auswirkungen auf die Vermögens- oder Finanzlage oder auf den allgemeinen Geschäftsverlauf ... geeignet ist, den Börsenpreis der zugelassenen Wertpapiere erheblich zu beeinflussen ...“.

Zu §§ 37 r und 37 s E WpHG

Gegen diese Bestimmungen sind Einwendungen nicht zu erheben.

Zu § 37 t E WpHG

1. Das Widerspruchsverfahren erscheint ebenso sinnvoll wie die Bezugnahme auf die §§ 68 bis 73 VwGO.
2. Ebenso wie in § 37 u E WpHG soll auch der Widerspruch keine aufschiebende Wirkung haben. § 50 Abs. 3 WpÜG ermöglicht es, die aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Beschwerde durch das

Beschwerdegericht unter den Voraussetzungen des § 50 Abs. 3 WpÜG herzustellen. Das reicht aus, um für einen angemessenen Rechtsschutz zu sorgen, ohne dass eine nicht vertretbare Verzögerung der Entscheidung eintritt.

3. Der Kreis der am Widerspruchs- oder am Beschwerdeverfahren Beteiligten sollte eindeutig beschrieben werden (vgl. dazu §§ 54 Abs. 2 und 3, 63 Abs. 2 GWB).

IV.

Die Änderungen des Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetzes bedürfen keiner weiteren Erläuterung. Auf den Vorschlag zu § 17 c (vgl. oben bei § 342 d E WpHG) verweisen wir.

V.

Die vorgesehenen Änderungen des Aktiengesetzes sind nur formeller Natur. Das gilt sinngemäß auch für § 93 Abs. 1 AktG. Die Ergänzung ist notwendige Folge des neuen § 342 b E HGB.