

Institut für deutsches und internationales Recht des Spar-, Giro- und Kreditwesens

an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz

Center for German and international Law of Financial Services

Univ.-Prof. Dr. Peter O. Mülbert, Univ.-Prof. Dr. Dr. h.c. Uwe H. Schneider

Wirecard 4.0

PETER O. MÜLBERT

Arbeitspapiere 2021

Anschrift: Institut für deutsches und internationales Kreditrecht an der
Johannes Gutenberg-Universität Mainz
Sitz: Wallstraße 11, 55122 Mainz
Tel.: 06131 / 39 31709
Fax: 06131 / 39 31718
Internet: www.institut-kreditrecht.de

I. Einleitung*

Wirecard – dieser Name leitete schon vor drei Jahren das Editorial zum damals noch neuen Phänomen der Short-Seller-Attacken¹ ein. In der Zwischenzeit haben diese Attacken, wenn auch auf einigen Umwegen und vielleicht auch entgegen den Absichten der BaFin² bzw. des BMF³, das Schicksal der Wirecard AG besiegelt. Am 25.6.2020 stellte die Gesellschaft den Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens und mit Ablauf des 11.11.2020 wurde die Zulassung ihrer Aktien (nur) zum Prime Standard des regulierten Marktes der Frankfurter Wertpapierbörse widerrufen.⁴ Bis dahin waren einige durchaus ungewöhnliche Vorgänge zu verzeichnen gewesen: die Verhängung eines Leerverkaufsverbots in Aktien der Wirecard AG,⁵ das intern nicht einmal von der Deutschen Bundesbank mitgetragen worden war,⁶ eine Strafanzeige gegen *Dan McCrum* und *Stefania Palma*, deren Artikel in der *Financial Times* sich mit fragwürdigen Geschäfts- und Bilanzierungspraktiken bei Wirecard beschäftigt hatten, und – im Gefolge des Abschlussberichts von KPMG zur forensischen Sonderuntersuchung der Bilanzierung von Wirecard für die Jahre 2016-18, der mangels Erlangung von Nachweisen (Stichwort: Prüfhemmnis) über die Existenz von Guthaben auf ausländischen Treuhandkonten in einem Volumen von 1,9 Mrd. Euro nicht zum Ergebnis gekommen war, die Richtigkeit der Bilanzierung zu bestätigen – die Verweigerung des Testats für das Geschäftsjahr 2019 durch den Abschlussprüfer EY sowie die Abberufung des

* Zur Veröffentlichung bestimmt als Editorial in Heft 1 der ZHR 2021.

¹ *Milbert*, ZHR 182 (2018) 105-113. Der Folgebeitrag *Milbert/Sajnovits*, BKR 2019, 313 inspirierte (auch) den Titel dieses Editorials.

² Einerseits verhängte sie ein Leerverkaufsverbot in Aktien der Wirecard AG (sogleich bei Fn. 4) und andererseits veranlasste sie eine Anlaspprüfung der Jahresabschlüsse der Gesellschaft durch die Deutsche Prüfstelle für Rechnungslegung (DPR).

³ Zu Vermutungen mit Blick auf die Stellung der BaFin als einer nachgeordneten weisungsgebundenen Behörde siehe nur *Kaiser/Kunz/Seibel*, „Es erhärtet sich der Verdacht, dass Wirecard politischen Schutz genossen hat“, Welt v. 3.11.2020 (abrufbar unter <https://www.welt.de/219275258>); jedenfalls ein angesichts der Frequenz und der Detailtiefe der Berichtspflichten erhöhtes Risiko der Einflussnahme durch das Finanzministerium erkennend die ESMA, Fast Track Review on the Application of the Guidelines on the Enforcement of Financial Information (ESMA/2014/1293) by BaFin and FREP in the Context of Wirecard, Peer Review Report, 3 November 2020, ESMA42-111-5349, p. 62, 63; zur Förderung der Wirecard AG auf der politischen Ebene sogleich in Fn. 17.

⁴ Die Zulassung zum regulierten Markt (General Standard) besteht fort. Allerdings werden die Aktien der Wirecard AG seit dem 7.1.2021 nicht mehr im Handelssystem Xetra, sondern nur noch an einigen regionalen Börsen gehandelt. Die Insolvenz alleine ist für sich noch kein Grund für einen Widerruf der Zulassung zum regulierten Markt, siehe nur VG Frankfurt a. M. v. 8.3.2019 – 2 K 6239/17.F – juris mit Anmerkungen *Haller*, EWIR 2020, 621; *Schäfer/Zwirlein*, ZHR 183 (2019), 454, 455; *Korch*, BKR 2020, 285; näher zum Delisting in der Insolvenz bereits *Haller*, ZIP 2016, 1903.

⁵ Allgemeinverfügung der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) zum Verbot der Begründung und der Vergrößerung von Netto-Leerverkaufspositionen in Aktien der Wirecard AG v. 18.2.2020, abrufbar unter https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Aufsichtsrecht/Verfuegung/vf_190218_leerverkaufsmassnahme.html;jsessionid=065B84061EBA967C9513E952F4C93DD9.2_cid394?nn=9021442. Näher dazu *Milbert/Sajnovits*, BKR 2019, 313, insbesondere 318 ff.; ferner etwa *Sieder*, ZBB 2019, 179, 186 ff.; *Vofß*, FS 25 Jahre WpHG, 2019, S. 715, 745 ff.; *ders.*, RD 2020, 11, 19 ff.; *Langenbucher/Leuz/Krahen/Pelizzon*, What are the wider supervisory implications of the Wirecard case?, Study requested by the ECON committee, PE 651.385 – November 2020, S. 12 f.; *Trautmann*, Standpunkt: Ein Hoch auf die Leerverkäufer, FAZ Nr. 244 v. 20.10.2020, 25; mit gegenteiliger Stoßrichtung zu *Guttenberg*, Ein Virus namens Leerverkäufe, FAZ.net v. 2.4.2020 (interessant zum damaligen Hintergrund jetzt *Böcking*, Guttenberg soll Wirecard-Ausschuss belogen haben, Spiegel-Online v. 12.1.2020); *Watzka*, Leerverkäufe verbieten, FAZ Nr. 234 v. 8.10.2020, 25.

⁶ Siehe nur *Hildebrand/Holtermann/Kröner/Osman*, Bundesbank sprach sich gegen Wirecard-Leerverkaufsverbot aus – BaFin verhängte es dennoch, HB v. 24.11.2020, FAZ Nr. 285 v. 7.12.2020, 17: Wirecard-Streit: Bundesbank rückt von BaFin ab. Skeptisch gegenüber der Tragfähigkeit der behördlichen Begründung auch schon *Milbert/Sajnovits*, BKR 2019, 313, 318 ff.; *Sieder*, ZBB 2019, 179, 186 ff.; nunmehr auch die in Fn. 5 Genannten. Siehe allerdings auch ESMA, Opinion of the European Securities and Markets Authority of 18 February 2019 on a proposed emergency measure by BaFin under Section 1 of Chapter V of Regulation (EU) No 236/2012, ESMA70-146-19.

Wirecard-Vorstands um den Gründer und langjährigen Vorstandsvorsitzenden *Markus Braun* und seine „rechte Hand“ *Jan Marsalek* am 22.6.2020 (*Marsalek*) bzw. am 30.6.2020 (*Braun*).

Eine spektakuläre Folge dieser Geschehnisse ist der beispiellose „Karriereschritt“ von *Marsalek*, der als Ex-Vorstandsmitglied einer DAX 30-Gesellschaft nunmehr als Kopf einer kriminellen Bande mit internationalem Steckbrief gesucht wird, und der nach seinem spurlosen Verschwinden derzeit auf zahlreichen Fahndungsplakaten der Staatsanwaltschaft München I, des Polizeipräsidiums München und des BKA anzutreffen ist.

Eher vorhersehbar waren die (erst⁷) nach einer Anzeige der BaFin wegen Marktmanipulation einsetzende Einleitung diverser Ermittlungsverfahren durch die Staatsanwaltschaft München I gegen mehrere (Ex-)Vorstandsmitglieder und Mitarbeiter der Wirecard AG,⁸ die alsbaldige Einreichung von Klagen von Anlegern gegen die Wirecard AG,⁹ und deren Umfeld, namentlich zivilrechtliche Schadensersatzklagen gegen EY als langjährigem Abschlussprüfer der Gesellschaft und mindestens eine Amtshaftungsklage gegen die BRD wegen Fehlern bei der Bilanzkontrolle (und möglicherweise auch bei der Aufsicht wegen der unterbliebenen Einstufung der Wirecard AG als Finanzholding¹⁰), sowie die raschen vielfältigen Rufe nach personellen Konsequenzen bei der BaFin und, sachorientiert, nach durchgreifenden Reformen im Bereich der Bilanzkontrolle und der Abschlussprüfung sowie der Finanzmarktarchitektur des Finanzplatzes Deutschland.¹¹ Als Reaktion hierauf verabschiedete die Bundesregierung am 16.12.2020 den Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der

⁷ Eine Strafanzeige von TCI vom 19.5.2021 auch wegen Bilanzmanipulation und Untreue blieb, da „die Darlegung nur grob schematisch war“, ohne unmittelbare Konsequenzen, siehe *Bartz/Böcking/Hesse/Traufetter*, Wie Jan Marsalek mit der Staatsanwaltschaft Katz und Maus spielte, Spiegel-Online v. 29.1.2021.

⁸ Zeit-Online v. 08.06.2020, abrufbar unter: <https://www.zeit.de/news/2020-06/08/wirecard-will-mit-staatsanwaltschaft-kooperieren>; FAZ.net v. 18.06.2020, abrufbar unter: <https://www.faz.net/aktuell/finanzen/staatsanwalte-wollen-bei-wirecard-licht-ins-dunkel-bringen-16821084.html>; SZ v. 22.06.2020, abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/boersen-wirecard-skandal-weitet-sich-aus-dpa.urn-newsml-dpa-com-20090101-200622-99-514100>. Dazu gehören auch die Ermittlungen gegen *Braun* wegen Marktmanipulation durch die Ad-hoc-Mitteilung der Wirecard AG vom 22.4.2020, siehe nur FAZ.net v. 24.6.2020 (abrufbar unter: <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/kunden-wenden-sich-von-wirecard-ab-weitere-anzeige-der-bafin-16829890.html>); Tagesschau.de: Mailwechsel belastet Ex-Chef Braun (abrufbar unter <https://www.tagesschau.de/investigativ/ndr-wdr/wirecard-braun-101.html>).

⁹ Siehe dazu BZ Nr. 13 v. 21.1.2021, 6: Tauziehen um die Insolvenzmasse von Wirecard. Nach *Thole*, ZIP 2020, 2533 ff. sollen Ansprüche wegen fehlerhafter Kapitalmarktinformation (§§ 97,98 WpGH, § 826 BGB) als mitgliedschaftliche Rechte allerdings keine Insolvenzforderungen i.S der §§ 38,39 InsO darstellen. Klagen gegen (ehemalige) Organmitglieder seien wiederum mangels hinreichend großer Privatvermögen kaum sinnvoll, siehe BZ Nr. 182 v. 22.9.2020, 3. Aufschlussreich dazu *Bartz/Böcking/Hesse/Traufetter*, Oliver Samwer lieh Wirecard-Chef Braun 75 Millionen Euro, Spiegel-Online v. 21.1.2021.

¹⁰ Die BaFin sah von einer derartigen Einstufung in Abstimmung mit der Bundesbank und mit späterer Billigung durch die EZB bereits im Februar 2017 ab und beaufsichtigte in der Folge lediglich die 100%ige Tochtergesellschaft Wirecard Acquiring & Issuing GmbH, die ihrerseits Alleinaktionärin der Wirecard Bank AG war. Siehe ESMA, Fast Track Review on the Application of the Guidelines on the Enforcement of Financial Information (ESMA/2014/1293) by Bafin and FREP in the Context of Wirecard, Peer Review Report, 3 November 2020, ESMA42-111-5349, p. 174; *Vofß*, RD 2020, 11, 12 f. mit Fn. 14. Insbesondere wurde die Wirecard AG nicht als Mutterfinanzholding-Gesellschaft im Sinne des Art. 4 Abs. 1 Nr. 30 CRR eingestuft, da es sich nach Auffassung der BaFin bei den Tochterunternehmen der Wirecard AG nicht „ausschließlich oder hauptsächlich“ um Finanzinstitute handelte. Siehe zu der Bewertung auch die Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten *Fabio De Masi*, *Jörg Cezanne*, *Klaus Ernst*, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE – Drs. 19/21488 –, BT-Drs. 19/21963, S. 8. Kritisch zu der Einstufung etwa *Neubacher*, Multiples Organversagen, BZ Nr. 124 v. 2.7.2020, 8.

¹¹ Siehe etwa Arbeitskreis Bilanzrecht Hochschullehrer Rechtswissenschaft (AKBR), BB 2020, 2731; Institut der Wirtschaftsprüfer (IDW), Positionspapier: Fortentwicklung der Unternehmensführung und -kontrolle: Erste Lehren aus dem Fall Wirecard, 16.11.2020, abrufbar unter <https://www.idw.de/blob/124552/>

Finanzmarktintegrität (Finanzmarktintegritätsgesetz – FISG)¹² und am 29.1.2021 wurde bekannt, dass die geplante organisatorische Reform der BaFin vom Ausscheiden des Präsidenten der BaFin (*Felix Hufeld*) und der Exekutivdirektorin für Wertpapieraufsicht (*Elisabeth Roegele*) flankiert würde.¹³

Eine sachgerechte Reaktion auf das Wirecard-Debakel, darin ist man sich allseits einig, setzt die nähere Kenntnis der tatsächlichen Geschehensabläufe voraus.¹⁴ An deren Aufarbeitung versucht sich neben der Staatsanwaltschaft München I insbesondere auch der am 1.10.2020 vom Bundestag eingesetzte parlamentarische Untersuchungsausschuss, der „das Verhalten der Bundesregierung und ihrer Geschäftsbereichsbehörden im Zusammenhang mit den [...] Vorkommnissen um den Wirecard-Konzern auch im Zusammenwirken mit anderen öffentlichen sowie privaten Stellen umfassend untersuchen“ soll¹⁵ und dessen in der Öffentlichkeit vielbeachtete Tätigkeit insbesondere auch von den Aktivitäten der Vertreter der parlamentarischen Opposition geprägt sind. Bei den Mitgliedern der Regierungsfractionen ist demgegenüber eine gewisse Zurückhaltung zu konstatieren, die auch durch die zwischen SPD und CDU gewissermaßen geteilte Ressortverantwortung für ein etwaiges Aufsichtsversagen – *Olaf Scholz* als zuständiger Minister für die Finanzmarktaufsicht (BaFin) einerseits und *Peter Altmaier* als zuständiger Minister für die Abschlussprüferaufsichtsstelle (APAS) andererseits¹⁶ – sowie das frühere Engagement von Seiten der Politik für die als (einzigen?) deutschen FinTech-Hoffnungsträger wahrgenommene Wirecard AG¹⁷ bedingt sein mag. Diese Tätigkeit des Untersuchungsausschusses begleitend, kommen zudem noch immer neue Umstände – teils auch aus behördeninternen Akten – ans Licht, die das Geschehen in einem veränderten Licht erscheinen lassen und gegebenenfalls sogar rechtliche Neubewertungen veranlassen könnten.

996a2197d5e1463e74a0f769f4078b02/down-positionspapier-wirecard-2-aufl-data.pdf; *Langenbucher/Leuz/Krahen/Pelizzon*, What are the wider supervisory implications of the Wirecard case?, Study requested by the ECON committee, PE 651.385 – November 2020; *Langenbucher*, EuZW 2020, 681; *Hommelhoff*, BB 2020, 2284; *Schüppen*, DB 2020, 2641; *R. Sánchez Toledano/D. Sánchez Toledano/Quick*, AG 2020, 819; *Enriques/Ringe*, Bank-Fintech Partnerships, Outsourcing Arrangements and the Case for a Mentorship Regime, ECGI Law Working Paper No. 572/2020. Kritisch zu Aufsichtsregime und -praxis auch ESMA, Fast Track Review on the Application of the Guidelines on the Enforcement of Financial Information (ESMA/2014/1293) by Bafin and FREP in the Context of Wirecard, Peer Review Report, 3 November 2020, ESMA42-111-5349.

¹² BR-Drs. 9/21 v. 1.1.2021. Ausgangspunkt war der Aktionsplan der Bundesregierung zur Bekämpfung von Bilanzbetrug und zur Stärkung der Kontrolle über Kapital- und Finanzmärkte v. 6.10.2020 (abrufbar unter https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/Finanzmarktpolitik/2020-10-08-aktionsplan-bekaempfung-bilanzbetrug.pdf?__blob=publicationFile&v=2); ihm folgte .der Referentenentwurf des Bundesministeriums der Finanzen und des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz v. 26.10.2020, abrufbar unter https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Finanzmarktintegriaet.pdf?__blob=publicationFile&v=1.

¹³ Siehe nur BZ Nr. 20 v. 30.1.2021, 1: BaFin-Spitze stürzt über Wirecard-Skandal.

¹⁴ Pointiert etwa *Zulauf*, Wirecard – Fakten zuerst, (abrufbar unter <https://urszulauf.ch/wp-content/uploads/2020/07/200720-Urs-Zulauf-Wirecard-Fakten-zuerst-Deutsch-lay-out.pdf>).

¹⁵ Der genaue Wortlaut des umfangreichen Untersuchungsauftrags ist abrufbar unter <https://www.bundestag.de/ausschuesse/untersuchungsausschuesse/3untersuchungsausschuss/auftrag-797810>.

¹⁶ Vgl. etwa *Bartz/Böcking/Hesse/Traufetter*, Wie sich Altmaier und Scholz gegenseitig die Schuld zuschieben, Spiegel-Online v. 27.11.2020.

¹⁷ Zu den Lobbyaktivitäten des ehemaligen Bundeswirtschafts- und -verteidigungsministers *Karl-Theodor zu Guttenberg* und den Aktivitäten von Bundeskanzlerin *Angela Merkel* siehe etwa FAZ Nr. 295 v. 18.12.2020, 17: Guttenberg im Zeugenstand, auch das BMF einbeziehend *Bartz/Böcking/Hesse/Traufetter*, >>Viel Erfolg weiterhin<<, Spiegel-Online v. 11.12.2020.

II. Das FISG

1. Drei Problemkomplexe

Als Hintergrund der umfangreichen Neuregelungen des FISG lassen sich drei große Geschehenskomplexe identifizieren, auf die das FISG sachgerechte legislatorische Antworten zu geben sucht:

(i) bewusste und gar betrügerische Pflichtverstöße (des Vorstands) der Wirecard AG – die sich (auch) in einer unzutreffenden bilanziellen Abbildung jedenfalls im Jahres- und Konzernabschluss 2019 niedergeschlagen haben –, indem mutmaßlich tatsächliche Erlöse der Wirecard AG insbesondere solche aus dem Third Party Acquirer-Geschäft, und ihr auf der Grundlage (möglicherweise) falscher Jahresabschlüsse gewährte Kreditmittel¹⁸ „veruntreut“ wurden, unter anderem durch die Kreditgewährung an nicht über alle Zweifel erhabene Partnerfirmen und durch Unternehmensakquisitionen insbesondere in Asien;¹⁹

(ii) Versagen von EY als Abschlussprüfer der Wirecard AG, insbesondere weil die fehlende Werthaltigkeit bzw. Inexistenz der vor allem bei asiatischen Banken angeblich bestehenden, durch Erlöse aus dem TPA-Geschäft gespeisten Treuhandkonten erst durch die Sonderprüfung der KPMG ans Licht gebracht wurde;²⁰

(iii) Funktionsdefizite des bisherigen zweistufigen Systems der Bilanzkontrolle insoweit, als sich die BaFin zunächst daran gehindert sah, die von der DPR aufgenommene Überprüfung der Jahresabschlüsse der Wirecard AG für die Jahre 2017-2019 zu übernehmen.

Mit dieser Aufgliederung steht noch nicht fest, das sei betont, dass die in Rede stehenden Pflichtverstöße und Funktionsdefizite auch tatsächlich im teils behaupteten Umfang vorliegen bzw. bestanden. So wehrt sich etwa EY nachdrücklich gegen eine Strafanzeige der APAS und die daraufhin eingeleiteten Ermittlungsverfahren wegen Beihilfe zur Bilanzfälschung,²¹ und die BaFin hat sich die Rechtmäßigkeit ihres Verwaltungshandelns sogar gutachtlich bestätigen lassen.²²

2. Drei Antworten

Das FISG versucht sich als Artikelgesetz an legislatorischen Antworten auf alle drei Problemkomplexe, indem es den jeweiligen gesetzlichen Regelungsrahmen insbesondere in drei

¹⁸ Vgl. *Neubacher*, Kredite ohne Einblick in Prüfbericht, BZ Nr. 192 v. 7.10.2020, 3. Instruktive Übersicht bei *Bartz/Hesse*, Der Skandal des Jahres, Spiegel-Online v. 31.12.2020; *Bartz/Böcking/Hesse/Traufetter*, Wirecard Fanboys in den Banken, Spiegel v. 08.1.2021.

¹⁹ Instruktive Übersicht bei *Bartz/Hesse*, Der Wireclan, Spiegel v. 20.11.2020.

²⁰ Zur sich hieran knüpfenden Kontroverse um die gebotene Prüfungstiefe bei Treuhandkonten siehe *Marten*, Betrieb 2020, 1465 und 2089 einerseits, *Lenz*, Betrieb 2020, 2085 andererseits.

²¹ *Fröndhoff/Holtermann*, HB v. 2.12.2020: Neue Details im Wirecard-Skandal: Das sind die konkreten Vorwürfe gegen EY, abrufbar unter <https://www.handelsblatt.com/finanzen/banken-versicherungen/wirtschaftsprueferaufsicht-apas-neue-details-im-wirecard-skandal-das-sind-die-konkreten-vorwuerfe-gegen-ey/26681046.html?ticket=ST-1941107-4gVQKM1fdn6KZ4!OmCxW-ap1>; FAZ Nr. 284 v. 5.12.2020, 27: Staatsanwaltschaft ermittelt gegen EY-Mitarbeiter. Zu den Vorwürfen auch FAZ Nr. 277 v. 27.11.2020, 17: Aktenzeichen EY aufgelöst.

²² *U. H. Schneider*, NZG 2020, 1401 und *Böcking/Gros*, Gutachten zur Prüfung der Rechtsauffassung der BaFin, dass die DPR nach § 342b Abs. 4 HGB auch dann auf erster Stufe prüfen muss und kann, wenn mögliche Betrugshandlungen (einschließlich möglicher Betrugshandlungen durch das Management) im Raum stehen, 11.10.2020, abrufbar unter https://www.accounting.uni-frankfurt.de/fileadmin/user_upload/dateien_abteilungen/abt_rec/LS_Boecking/Dokumente/Rechtsgutachten_BaFin_Boecking_Gros_20201011_inkl_2Anhaenge_und_2Anlagen.pdf.

Bereichen – interne Corporate Governance, Unabhängigkeit der Abschlussprüfung und System der Bilanzkontrolle – zu verbessern sucht:²³

(i) Was zunächst die *interne Corporate Governance* angeht, hebt die Begründung des Regierungsentwurfs zu Recht hervor, dass „starke unternehmensinterne Aufsichtsgremien ... für eine gute Unternehmensführung von grundlegender Bedeutung [sind]“.²⁴ Daher sollen die „unternehmensinternen Kontrollsysteme gestärkt und die Verantwortungsstrukturen verbessert“ werden, was der Entwurf durch eine an den Vorstand adressierte Pflicht zur Einrichtung eines angemessenen und wirksamen internen Kontroll- und Risikomanagementsystems für alle börsennotierten Aktiengesellschaften (§ 91 Abs. 3 AktG-E) und eine Pflicht des Aufsichtsrats von Unternehmen von öffentlichem Interesse²⁵ zur Einrichtung eines Prüfungsausschusses²⁶ mit besonderen Rechten (insb. unternehmensinterne Auskunftsrechte) und Pflichten (§ 107 Abs. 4, 100 Abs. 5 AktG-E) zu erreichen sucht.²⁷ Verschärfte bilanzstrafrechtliche Tatbestände, insbesondere die Strafschärfung im Falle eines falschen „Bilanzeids“ betreffend den Jahres- oder Konzernabschluss (§ 331a HGB-E) und die Strafbewehrung eines falschen „Bilanzeids“ im Halbjahres- und im Jahresfinanzbericht (§ 119 WpHG-E²⁸), flankieren die Verhaltensvorgaben für die Unternehmensleitung.²⁹

(ii) Was sodann die *Stärkung der Unabhängigkeit der Abschlussprüfung* anbelangt, geht es dem Regierungsentwurf um die Verhinderung von „Prüferversagen“, um das notwendige Vertrauen in die „Ordnungsmäßigkeit von Rechnungslegungsunterlagen und in den deutschen Finanzmarkt“ sicherzustellen.³⁰ Zu diesem Zweck sollen etwa die Höchstlaufzeiten von Abschlussprüfermandaten bei allen kapitalmarktorientierten Kapitalgesellschaften (§ 318 HGB-E) und die zulässigen Beratungsleistungen von Abschlussprüfern bei Unternehmen von öffentlichem Interesse beschränkt (§ 316a Abs. 1 S. 1 HGB-E i.V.m. der Abschlussprüferverordnung), sowie die zivilrechtliche Haftung der Abschlussprüfer gegenüber dem geprüften Unternehmen verschärft (§ 323 Abs. 2 HGB-E) werden. Zudem werden Berichtspflichten erweitert (§ 323 Abs. 5 HGB-E) und die straf- und ordnungswidrigkeitenrechtliche Verantwortlichkeit der Abschlussprüfer verschärft (§§ 332 Abs. 2, 334 HGB-E).

²³ Daneben sieht der Regierungsentwurf zahlreiche weitere Änderungen vor, etwa zur Verbesserung der Geldwäscheprävention sowie der Integrität der Mitarbeiter der BaFin durch Änderungen des Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetzes. Kritisch zur gescheiterten Geldwäschaufsicht bei Wirecard etwa *Fischer/Neubacher*, BZ Nr. 173 v. 9.9.2020, 2: Wirecard steht fürs Prinzip „nicht zuständig“.

²⁴ Begr. RegE FISG (Fn. 12), S. 58.

²⁵ Unternehmen von öffentlichem Interesse sind nach der Legaldefinition in § 316a S. 2 HGB-E Unternehmen, die kapitalmarktorientiert sind im Sinne des § 264d HGB (mithin u.a. alle börsennotierten Gesellschaften i.S.d. § 3 Abs. 2 AktG) sowie CRR-Kreditinstitute (mit gewissen Ausnahmen) und bestimmte Versicherungsunternehmen.

²⁶ So auch schon Empfehlung D.3 des DCGK. Wieder einmal erweisen sich damit Regelungen des Kodex als Wegbereiter einer entsprechenden gesetzlichen Regelung.

²⁷ Begr. RegE FISG (Fn. 12) S. 60.

²⁸ Mit § 119 WpHG-E wird zugleich eine auch unter Art. 3 GG problematische Strafbarkeitslücke (dazu schon *Mülbert/Steup*, NZG 2007, 761, 769, 770) geschlossen.

²⁹ Begr. RegE FISG (Fn. 12), S. 60.

³⁰ Begr. RegE FISG (Fn. 12), S. 58.

(iii) Schließlich wird das gegenwärtige System der zweistufigen *Bilanzkontrolle* reformiert, da es „im Fall eines mutmaßlichen Systems betrügerischer Strukturen mit internationalen Dimensionen an seine Grenzen gestoßen“ ist.³¹ Auch dieser Reformbaustein dient dem Zweck, das „Vertrauen in den deutschen Finanzmarkt nachhaltig zu sichern“,³² woraus sich auch die künftige – zutreffende – Verortung im WpHG erklärt.³³ Zwar bleibt es im Ausgangspunkt bei einer zweistufigen Prüfung, wobei auf der ersten Stufe auch künftig eine anerkannte private Prüfungsstelle – allerdings nur noch für Stichprobenprüfungen – bestimmt werden kann (§ 107a WpHG-E). Für Anlassprüfungen sowie bei Auffälligkeiten im Rahmen der Prüfung auf der ersten Stufe (§ 108 Abs. 4 S. 2 Nr. 5 WpHG-E) wird allerdings künftig alleine und ausschließlich die BaFin zuständig sein (§§ 107, 108 WpHG-E), und dies mit deutlich erweiterten Kompetenzen gegenüber den geprüften Unternehmen (§ 107 Abs. 5, 7-9 WpHG-E).³⁴

3. Erste Kritik

Nach vielfältiger Kritik am Referentenentwurf³⁵ folgten umgehend kritische Stellungnahmen auch gegenüber dem Regierungsentwurf³⁶. Die Stellungnahmen zu den Regelungen zur Stärkung der internen Corporate Governance fallen dabei bislang eher zurückhaltend aus (i), wogegen die Regelungen zur Stärkung der Unabhängigkeit der Abschlussprüfung verbreitet vehemente Kritik auf sich ziehen (ii). Die Reform der zweistufigen Bilanzkontrolle schließlich steht für sich bislang weniger im Fokus, auch wenn teils deutlich weitergehende Reformen der Aufsichtsbehörden (neben der BaFin insbesondere auch der APAS) eingefordert werden (iii). Nachdem der von der Bundesregierung verabschiedete Entwurf des FISG einige am Referentenentwurf geäußerte Kritikpunkte aufgegriffen hat,³⁷ erscheinen im Wesentlichen noch die folgenden Punkte von Bedeutung:

³¹ Begr. RegE FISG (Fn. 12), S. 58.

³² Begr. RegE FISG (Fn. 12), S. 58.

³³ Begr. RegE FISG (Fn. 12), S. 87.

³⁴ Begr. RegE FISG (Fn. 12), S. 58.

³⁵ Siehe die beim BMF eingereichten Stellungnahmen zum Referentenentwurf (abrufbar unter https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Gesetzestexte/Gesetze_Gesetzesvorhaben/Abteilungen/Abteilung_VII/19_Legislaturperiode/2020-10-26-Finanzmarktintegritaetsstaerkungsgesetz/0-Gesetz.html) sowie zahlreiche Beiträge im juristischen und wirtschaftswissenschaftlichen Schrifttum sowie der Wirtschaftspresse; etwa *Veidt/Uhlmann*, BB 2020, 2608; *Boecker/Zwirner*, DB 2020, 2535; *Velte/Graewe*, DB 2020, 2529; *Tüngler*, BOARD 2020, 265; *Langenbucher/Leuz/Krahn/Pelizzon*, What are the wider supervisory implications of the Wirecard case?, SAFE White Paper No 74; *Bartz/Böcking/Hesse/Traufetter*, Das neue Finanzaufsichtsgesetz ist murks, Spiegel-Online v. 24.11.2020; *Ewert/Wagenhofer*, Transparenz schützt vor Betrug, FAZ Nr. 301 v. 28.12.2020, 16; *Velte*, Finanzmarktreformgesetz: Falltür für den Wirtschaftsprüfer, BZ Nr. 208 v. 29.10.2020, 8. Eingehende Auseinandersetzung mit den einzelnen Reformvorschlägen in den Beiträgen des Audit Committee Quarterly IV/2020: Corporate Governance: Abschlussprüfung 2.0.

³⁶ *Kirsch*, BB 2021, I.

³⁷ Instruktiver Überblick zu den für Aufsichtsräte relevanten Änderungen/Präzisierungen gegenüber dem Referentenentwurf bei *Gundel/Lanfermann*, Finanzmarktintegritätsstärkungsgesetz – Regierungsentwurf veröffentlicht, Audit Committee Quarterly IV/2020, Beilage.

(i) Die Regelungen zur Verbesserung der internen Corporate Governance werden, was die vom Vorstand zu implementierenden Kontrollsysteme anbelangt,³⁸ bislang insbesondere im Hinblick auf ihren mangelnden Präzisionsgrad gerügt,³⁹ da für Unternehmen schwer auszumachen sei, welche Anforderungen konkret an die unternehmerischen Kontrollsysteme gestellt werden. Hinsichtlich der Stärkung der Überwachungsfunktion des Aufsichtsrats werden ganz allgemein die Reformvorschläge hinsichtlich der Anforderungen an die Qualifikation,⁴⁰ Professionalisierung⁴¹ und Unabhängigkeit⁴² der Aufsichtsräte mitunter für unzureichend gehalten. So wird ganz zu Recht vorgebracht, dass eine effektive Aufsicht auch über die Bilanzen nicht nur allgemeine Finanzexpertise, sondern insbesondere ein tiefgehendes Verständnis des Geschäftsmodells voraussetzt.⁴³ Ferner seien die dem Prüfungsausschuss gewährten Auskunftsrechte nicht weitgehend genug und sollten diese durch aktive Informationspflichten relevanter Unternehmensabteilungen ergänzt werden.⁴⁴ Über die Reformvorschläge im Referenten- und nunmehr Regierungsentwurf hinausgehend wird zudem gefordert, dem Aufsichtsrat die Kompetenz für den Abschluss von Beratungsverträgen mit dem Abschlussprüfer zuzuweisen oder den Aufsichtsrat zur Stärkung seiner Eigenverantwortlichkeit mit einem eigenen Budget⁴⁵ und Personal⁴⁶ auszustatten.⁴⁷

(ii) Was sodann die Stärkung der Unabhängigkeit der Abschlussprüfung durch insbesondere die oben kursorisch dargestellten Reformvorschläge des Regierungsentwurfs⁴⁸ anbelangt, wird – nicht nur von Seiten der Wirtschaftsprüfer – vehement vor tiefgreifenden Marktverwerfungen gewarnt, die die Reform mit sich bringen könnte. Insbesondere das weitgehende Verbot von Beratungsdienstleistungen neben der Abschlussprüfung und die deutlich erweiterte zivilrechtliche Haftung bedrohten die Rentabilität des Geschäftsmodells und brächten daher die Gefahr einer (zusätzlichen) Marktkonzentration mit sich, was den

³⁸ Ausführliche Auseinandersetzung mit den Vorschlägen des Referentenentwurfs bei *Velte/Graewe*, DB 2020, 2529, 2533 f.

³⁹ Vgl. *Gundel/Lanfermann*, Audit Committee Quarterly IV/2020, 6, 9; *Kort*, DB 2020, Nr. 47, M4, M5.

⁴⁰ *Hennrichs*, Audit Committee Quarterly IV/2020, 31, 33; *U. H. Schneider*, BZ Nr. 227 v. 25.11.2020, 8 (im Interview).

⁴¹ Weitgehende Vorschläge zur Professionalisierung des Aufsichtsrats bei *Fülbiel/Pellens/Schmidt*, DB 2020, Nr. 39, M18, M19 f.; *AKBR*, BB 2020, 2731, 2735.

⁴² *Langenbucher*, EuZW 2020, 681, 682; *AKBR*, BB 2020, 2731, 2734 mit Blick auf den Vorsitzenden des Prüfungsausschusses; *Matheus*, Renaissance des unabhängigen Finanzexperten, BZ Nr. 210 v. 31.10.2020, 6.

⁴³ *Hennrichs*, Audit Committee Quarterly IV/2020, 31, 33; vgl. auch *Dahnke*, Audit Committee Quarterly IV/2020, 46, 48.

⁴⁴ So etwa *AKBR*, BB 2020, 2731, 2735; *Hennrichs*, Audit Committee Quarterly IV/2020, 31, 32 f.; *Langenbucher/Leuz/Krahen/Pelizzon*, What are the wider supervisory implications of the Wirecard case?, SAFE White Paper No. 74, S. 18, 24 f.; *Kort*, DB 220, Nr. 47, M4, M5 begrüßt dagegen, dass das Auskunftsrecht ausdrücklich auf die genannten Fälle beschränkt ist und das System des § 90 AktG nicht grundsätzlich in Frage gestellt wird. In der Sache würden entsprechende Informationspflichten der Fachabteilungen nicht nur einen tiefgreifenden Eingriff in die etablierte Zuständigkeitsordnung (§ 90 AktG) bedeuten, sondern könnten effizient nur dann durch Prüfungsausschuss bzw. Aufsichtsrat bewältigt werden, wenn dem Aufsichtsrat ein eigenes Budget und Personal zukäme. Siehe dazu die Nachweise in den folgenden zwei Fußnoten.

⁴⁵ *Scheffler*, AG 2020, R312, R313; *AKBR*, BB 2020, 2731, 2735. Zum eigenen Budget für den Aufsichtsrat auch *Eichner/Leukel*, AG 2020, 513, 521; *Schnorbus/Ganzer*, BB 2019, 258, 266 ff.; kritisch *Vetter*, FS Hopt zum 80. Geburtstag, 2020, S. 1363 m.w.N.

⁴⁶ *AKBR*, BB 2020, 2731, 2735.

⁴⁷ Weitere Reformvorschläge bei *AKBR*, BB 2020, 2731, 2735; *Scheffler*, AG 2020, R312; *Fülbiel/Pellens/Schmidt*, Bilanzbetrug durch starken Aufsichtsrat bekämpfen – ein sechs Punkte-Plan, FAZ Nr. 191 v. 18.8.2020, 21.

⁴⁸ Oben II. 2. (ii).

Zielen der EU-Abschlussprüferverordnung zuwiderlaufe.⁴⁹ Zudem werden kürzere Rotationsintervalle und eine Trennung von Prüfung und Beratung für ungeeignet gehalten, um Fälle wie Wirecard zu verhindern, auch weil es jedenfalls nach bisherigem Erkenntnisstand keine Anzeichen für eine Verwirklichung der durch diese Mechanismen einzudämmenden Interessenskonflikte gäbe.⁵⁰ Was die institutionelle Ebene angeht, tritt das IDW für die Einrichtung einer speziellen *Taskforce* und für die Zentralisierung der Strafverfolgung von Bilanzbetrug im Bereich organisierter Kriminalität beim BKA ein, durch die entsprechende Bilanzskandale schneller und effektiver aufgedeckt werden könnten.⁵¹

(iii) Die Kritik an der Reform der Aufsichtsstrukturen setzt nicht ausschließlich an den konkreten Vorschlägen des Referenten- bzw. Regierungsentwurfs zur Verbesserung der zweistufigen Bilanzkontrolle,⁵² sondern auch grundsätzlich an. Gefordert werden insoweit – teils in Anlehnung an das Modell der Securities and Exchange Commission (SEC) – grundlegende Reformen der europäischen Finanzaufsicht.⁵³

III. Grundsätzliches zu den Corporate Governance-Reformen des FISG

Wirecard ist kein Unikat der deutschen Wirtschaftsgeschichte. In der Reformdiskussion sehr präsent sind die Fälle *FlowTex* und *ComROAD*. Soweit vor diesem Hintergrund dem FISG attestiert wird, dass dessen Reformen kriminelle Aktivitäten à la Wirecard nicht für jeden Einzelfall verhindern könnten, greift dieser auf den ersten Blick selbstverständliche Vorbehalt allerdings zu kurz. In einem entscheidenden Punkt unterscheiden sich die Vorgänge bei Wirecard von früheren Fällen „reiner“ Bilanzskandale und kommen am ehesten noch dem von der *FlowTex Technologie GmbH & Co. KG* ins Werk gesetzten Schneeballsystem mit unter der Erdoberfläche operierenden Horizontalbohrmaschinen nahe. Auch bei Wirecard handelte es sich nicht lediglich um einen Bilanzskandal mit der Folge, dass die im Gesetz vorgesehenen Verteidigungslinien gegen eine fehlerhafte Rechnungslegung versagen mussten. Vielmehr wurde die pflichtwidrige oder gar kriminelle Unternehmenstätigkeit auf der Ebene des Vorstands orchestriert, indem *Jan Marsalek* als „Kopf einer kriminellen Bande“ und *Markus Braun* als „Kontroll- und Steuerungsinstanz“ – so jeweils die Staatsanwaltschaft München I – agierten. Jede Reform, die eine Wiederholung des Wirecard-Debakels zu verhindern sucht, muss gerade auch dieser Eigenheit des ganzen Falles adäquat Rechnung tragen.

⁴⁹ *Bortenlänger/Fey*, Audit Committee Quarterly IV/2020, 13, 14; siehe auch FAZ Nr. 293 v. 16.12.2020, 16: Neues Gesetz soll Bilanz-Betrügereien verhindern.

⁵⁰ Vgl. AKB, BB 2020, 2731, 2733.

⁵¹ IDW (Fn. 11), S. 17 f. Dazu etwa *Knop*, BKA soll nächstes Wirecard stoppen, FAZ Nr. 244 v. 20.10.2020, 33.

⁵² Dazu AKB, BB 2020, 2731, 2731 ff.; *Loy/Steuer*, DB 2020, Nr. 49, M18; *Voß*, RD 2020, 11, 18.

⁵³ *Krahn/Langenbuecher*, The Wirecard lessons: A reform proposal for the supervision of securities markets in Europe, SAFE Policy Letter No. 88, July 2020, abrufbar unter https://safe-frankfurt.de/fileadmin/user_upload/editor_common/Policy_Center/SAFE_Policy_Letter_88.pdf; *Langenbuecher/Leuz/Krahn/Pelizzon*, What are the wider supervisory implications of the Wirecard case?, SAFE White Paper No. 74; *Jenkins*, Why Germany should shut down BaFin, FT-online v. 21.12.2020; in diese Richtung auch das ehemalige Vorstandsmitglied der Deutschen Bundesbank *Andreas Dombret*: „Wir brauchen eine deutsche SEC“, zitiert nach FAZ Nr. 155 v. 7.7.2020, 7; *Schick*, Die deutsche Börsenaufsicht gehört in eine zentrale Hand, BZ Nr. 239 v. 11.12.2020, 8; zu ersten aktuellen Reformüberlegungen der Europäischen Kommission *Lück*, NZG 2021, 111

Bei diesem Ausgangspunkt sollten gesetzgeberische Reformen nicht primär darauf abzielen, möglichst wirksame Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass Fehlverhalten des Vorstands und anderer Unternehmensangehöriger *ex post* aufgedeckt wird. Gefragt sind vielmehr gesetzgeberische Regelungsansätze, mit denen die Wahrscheinlichkeit für das Auftreten entsprechender Verhaltensweisen möglichst minimiert oder gar eliminiert wird.⁵⁴ Insofern ganz zu Recht begnügt sich das FISG daher nicht mit Reformen bei der Abschlussprüfung und dem Enforcement, sondern hat als einen Regelungsschwerpunkt die (weitere) Verschärfung der Anforderungen an die interne Corporate Governance börsennotierter Gesellschaften zum Gegenstand.

Bei näherem Zusehen erscheinen diese Verschärfungen den Eigenheiten des Falles Wirecard, nämlich der Vorstandszentrierung des (kriminellen) Fehlverhaltens, allerdings nur unvollkommen gerecht zu werden. Das liegt zunächst auf der Hand, soweit dem Vorstand weitere Organisationspflichten, etwa diejenige zur Einrichtung eines angemessenen und wirksamen internen Kontroll- und Risikomanagementsystems (§ 91 Abs. 3 AktG-E) oder nach den Vorstellungen des IDW gar zur Einrichtung eines angemessenen und wirksamen Anti-Fraud-Managementsystems, auferlegt werden. Derartige Systeme bewähren sich insbesondere bei der Verhinderung bzw. Aufdeckung des Fehlverhaltens nachgeordneter Unternehmensangehöriger, taugen aber weniger, wenn es um den Vorstand geht, der mit seinen Weisungen die Unternehmenstätigkeit entsprechend steuern kann, und gegebenenfalls sogar das Geschäftsmodell derart zuzuschneiden vermag, dass sein (kriminelles) Fehlverhalten nicht entdeckt oder hierdurch sogar erst ermöglicht wird.⁵⁵

Die *first line of defense* gegenüber Fehlverhalten des Vorstands, seien es unternehmerische Fehlgriffe oder pflichtwidriges Handeln bis hin zu kriminellen Aktivitäten, bildet schon aufgrund der aktienrechtlich vorgegebenen Organisationsstruktur der Aufsichtsrat. Daher trifft das FISG im Ausgangspunkt das Richtige, wenn es für die Reformen im Bereich der Corporate Governance neben dem weiteren Ausbau der Organisationspflichten des Vorstands auch auf die Verbesserung des Regelungsregimes für den Aufsichtsrat setzt. Weniger klar erscheint hingegen, ob es sich bei den für börsennotierte (§ 3 Abs. 2 AktG) und sonstigen Unternehmen von öffentlichem Interesse (§ 316a S. 2 HGB-E) konkret vorgesehenen Neuregelungen – Erfordernis eines Prüfungsausschusses, wobei mindestens ein Mitglied Sachverstand auf dem Gebiet Rechnungslegung und ein anderes auf dem Gebiet Abschlussprüfung (§ 107 Abs. 4 i.V.m. § 100 Abs. 5 AktG-E) aufweisen muss – um eine in der Sache gebotene Konsequenz des Wirecard-Debakels handelt. Allerdings wurde die Empfehlung D.3 DCGK zur Etablierung eines Prüfungsausschusses von der Wirecard AG erst im Mai 2019 umgesetzt. Ob das Wirecard-Debakel bei einer früheren, DCGK-konformen Etablierung dieses Ausschusses ganz ausgeblieben wäre, lässt sich in der Rückschau naturgemäß nicht mit letzter Sicherheit sagen. Manches spricht jedoch dafür, dass die Dinge sich nicht

⁵⁴ A.A. tendenziell AKBR, NZG 2020, 938, 940: „U. E. liegt das Problem in Fällen betrügerischer Bilanzmanipulationen (ebenso wie in anderen Fällen von Compliance-Verstößen) nicht bei dem für Vorstand und Aufsichtsrat geltenden Rechtsrahmen, sondern in der Rechtsdurchsetzung.“

⁵⁵ Vgl. auch *Henrichs*, Audit Committee Quarterly IV/2020, 31, 32.

im Grundsätzlichen anders entwickelt hätten. Denn ein hypothetischer Prüfungsausschuss, der angesichts des bei der Wirecard AG bestehenden sechs-, bis 2019 sogar nur fünfköpfigen Aufsichtsrats wohl allenfalls drei Personen umfasst haben würde, hätte sich mit der uneingeschränkten Testaterteilung durch den Abschlussprüfer EY kritisch auseinandersetzen müssen. Selbst wenn die hypothetischen Ausschussmitglieder nicht auf die Testate vertraut hätten, sondern zur kritischen Würdigung bereit⁵⁶ und, den neuen Sachverständigerfordernissen genügend, hierzu in der Lage gewesen wären: KPMG hat für die Sonderuntersuchung unter Einsatz von teilweise bis zu 40 Mitarbeitern⁵⁷ mehrere Monate bis zum negativen Abschlussvotum benötigt.

Die im Markt übrigens seit langem bekannten Kerndefizite von Wirecards Corporate Governance⁵⁸ rankten sich vielmehr um die Person von *Markus Braun* als Vorstandsvorsitzendem und Großaktionär. Noch anlässlich seiner Anhörung im parlamentarischen Untersuchungsausschuss befürchtete die Münchner Staatsanwaltschaft, dass die Aussagen ehemaliger Mitarbeiter von Wirecard durch bloße Blickkontakte mit *Braun* als der „Kontroll- und Steuerinstanz“ der Bande beeinträchtigt oder verfälscht werden könnten. Erst recht konnte sich der Aufsichtsrat bis zur Wahl von *Thomas Eichelmann* als neuem Aufsichtsratsvorsitzenden, das legen jedenfalls Schilderungen aus dem Innenleben des Aufsichtsrats nahe,⁵⁹ dem Einfluss des „dominanten Alphas“ (*Braun*) nicht entziehen, der denn auch „Wirecard wie einen inhabergeführten mittelständischen Betrieb leitet[e]“⁶⁰.

Die innere Unabhängigkeit der Aufsichtsratsmitglieder – und nicht so sehr umfangreiche Regelwerke für eine gute Aufsichtsrats Tätigkeit oder entsprechende *best practice*-Zusammenstellungen – bilden das entscheidende Gegengewicht gegen dominante Vorstandsvorsitzende (und Aufsichtsratsvorsitzende) und die Voraussetzung dafür, dass der Aufsichtsrat bei seiner Aufgabenerfüllung – neben der Überwachung insbesondere auch die Auseinandersetzung mit Geschäftsmodell und Unternehmensstrategie – eine distanzierte Grundhaltung zu wahren vermag.⁶¹ Innere Unabhängigkeit setzt freilich äußere Unabhängigkeit voraus, weswegen das Wirecard-Debakel nicht zuletzt Überlegungen dazu veranlasst (oder jedenfalls veranlassen sollte), ob nicht auch die Unabhängigkeitserfordernisse

⁵⁶ Tatsächlich hat der Aufsichtsrat auf die Testate vertraut, so das frühere Aufsichtsratsmitglied *Tina Kleingarn* vor dem parlamentarischen Untersuchungsausschuss.

⁵⁷ *Bergemann/Ter Haseborg*, Die Wirecard Story, 2020, S. 211.

⁵⁸ Siehe FAZ Nr. 257 v. 4.11.2020, 25: „... dass der Aufsichtsrat zu schwach besetzt war, konnte man schon früh erkennen“; ferner *Hesse*, Ehemalige Aufsichtsrätin belastet Ex-Chef *Markus Braun*, Spiegel-Online v. 19.11.2020 und *Bartz/Hesse*, Der Wireclan, Spiegel-Online v. 20.11.2020 betreffend die Aussagen der Ex-Aufsichtsrätin *Tina Kleingarn* vor dem parlamentarischen Untersuchungsausschuss.

⁵⁹ Etwa *Bergemann/Ter Haseborg* (Fn. 57), S. 201 ff.; ferner *Hesse*, Ehemalige Aufsichtsrätin belastet Ex-Chef *Markus Braun*, Spiegel-Online v. 19.11.2020 und *Bartz/Hesse*, Der Wireclan, Spiegel-Online v. 20.11.2020.

⁶⁰ So *Bergemann/Ter Haseborg* (Fn. 57), S. 203; ferner *Kleingarn*: Handeln nach Art eines „alleinigen Eigentümers“ (zitiert nach *Hesse*, Ehemalige Aufsichtsrätin belastet Ex-Chef *Markus Braun*, Spiegel-Online v. 19.11.2020); siehe mit Blick auf *Braun* auch *Schönauer*, FAZ Nr. 294 v. 17.12.2020, 17: Debatten um Corporate Governance sind Schall und Rauch, wenn Chefs als unantastbar gelten.

⁶¹ Vgl. *U. H. Schneider*, BZ Nr. 227 v. 25.11.2020, 8 (im Interview; allerdings nur für die Überwachungstätigkeit); „kritische Grundhaltung“ anmahnd *Dahnke*, Audit Committee Quarterly IV/2020, 46, 48 (für die Kommunikation zwischen Aufsichtsrat und Abschlussprüfer).

der Empfehlungen C.6 – C.12 DCGK⁶² auf gesetzlicher Ebene für ein oder mehrere Aufsichtsratsmitglieder verankert werden sollten, und zwar im Unterschied zu dem dem AktG nur zeitweilig bekannten unabhängigen Finanzexperten unabhängig⁶³ von den neuen spezifischen Sachverstandsanforderungen des § 107 Abs. 4 i.V.m. § 100 Abs. 5 AktG-E für mindestens zwei Mitglieder des Prüfungsausschusses.

Eine weitere Lehre aus dem Wirecard-Debakel knüpft sich an das vorzeitige Ausscheiden von *Tina Kleingarn* aus dem Aufsichtsrat der Wirecard AG, dem sie von Juni 2016 bis Ende 2017 angehörte. Anlässlich ihres Rücktritts verfasste sie ein Schreiben an die verbleibenden Mitglieder des Aufsichtsrats, in dem sie die Führungskultur bei Wirecard kritisch beleuchtete und geradezu prophetisch davor warnte, dass die von ihr identifizierten Missstände und Mängel sich „rächen und eingegangene Risiken sich materialisieren“ werden,⁶⁴ wie dies im Juni 2020 dann tatsächlich der Fall war. Wäre der Inhalt des Schreibens früher öffentlich bekannt geworden, hätten sich die Dinge möglicherweise doch anders entwickelt. Muss der Aufsichtsrat nicht verpflichtet sein, in seinem jährlichen Bericht an die Hauptversammlung nach § 171 Abs. 2 AktG auch über ein solches Schreiben bzw., falls die Kritik lediglich mündlich geäußert wurde, über entsprechende Gespräche und die von ihm hierauf ergriffenen Maßnahmen detaillierter zu berichten? Damit die Aktionäre die Wirksamkeit der in der Gesellschaft gelebten Corporate Governance bewerten können, sollte die Antwort hierauf doch wohl lauten: ja.⁶⁵

⁶² Dazu *Kumpan*, ZGR 2020, 749, 760 ff.

⁶³ Verknüpfung befürwortend hingegen *Matheus*, Renaissance des unabhängigen Finanzexperten, BZ Nr. 210 v. 31.10.2020, 6.

⁶⁴ Siehe *Hesse*, Ehemalige Aufsichtsrätin belastet Ex-Chef Markus Braun, Spiegel-Online v. 19.11.2020 und *Bartz/Hesse*, Der Wireclan, Spiegel-Online v. 20.11.2020.

⁶⁵ Vgl. MünchKommAktG/*Henrichs/Pöschke*, 4. Aufl. 2018, § 171, Rdn. 199: „Zu berichten ist außerdem über außergewöhnliche oder problematische Vorkommnisse Erst recht gilt dies bei Bedenken gegen die Geschäftsführung, die sich bei der Überwachung ergeben haben. Über solche Bedenken ist unter Angabe von Einzelheiten und ggf. auch von Beurteilungsunterschieden zu berichten, wobei auch hier stets eine Abwägung mit dem Geheimhaltungsinteresse der Gesellschaft erfolgen muss.“