

An das
Bundesministerium der Finanzen und das
Bundesministerium der Justiz und für
Verbraucherschutz

Institut der Wirtschaftsprüfer
in Deutschland e. V.

Wirtschaftsprüferhaus
Tersteegenstraße 14
40474 Düsseldorf
Postfach 32 05 80
40420 Düsseldorf

TELEFONZENTRALE:
+49 (0) 211 / 45 61 - 0

FAX GESCHÄFTSLEITUNG:
+49 (0) 211 / 4 54 10 97

INTERNET:
www.idw.de

E-MAIL:
info@idw.de

BANKVERBINDUNG:
Deutsche Bank AG Düsseldorf
IBAN: DE53 3007 0010 0748 0213 00
BIC: DEUTDE33XXX
USt-ID Nummer: DE119353203

Düsseldorf, 06.11.2020

415/560/628/629

ausschließlich per E-Mail: VIIB1@bmf.bund.de; IIIA3@bmjv.bund.de

Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Finanzmarktintegrität

Sehr geehrte Frau Dr. Lange,
sehr geehrte Frau Dr. Schmitz,
sehr geehrter Herr Dr. Eichholz,

wir bedanken uns für die Gelegenheit zur Stellungnahme zu dem vom Bundesministerium der Finanzen (BMF) und dem Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) veröffentlichten Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Finanzmarktintegrität (Finanzmarktintegritätsstärkungsgesetz, FISG).

Unsere Stellungnahme ist wie folgt aufgebaut: In einem einleitenden ersten Abschnitt werden die aus unserer Sicht wesentlichen Anmerkungen zusammengefasst (vgl. A). Eine ausführlichere Darstellung unserer materiellen Anmerkungen finden Sie in dem daran anschließenden Abschnitt (vgl. B). Unsere Stellungnahme schließt mit wenigen redaktionellen Anmerkungen (vgl. C).

A. Zusammenfassung der wesentlichen materiellen Anmerkungen

Zielsetzung des Referentenentwurfs

Das IDW unterstützt das im Referentenentwurf verfolgte Ziel, das Vertrauen in den deutschen Finanzmarkt dauerhaft zu stärken, da die Funktionsfähigkeit des

GESCHÄFTSFÜHRENDER VORSTAND:
Prof. Dr. Klaus-Peter Naumann,
WP StB, Sprecher des Vorstands;
Dr. Daniela Kelm, RA LL.M.;
Melanie Sack, WP StB

Seite 2/25 zur Stellungnahme zum Referentenentwurf eines FISG vom 06.11.2020 an das BMF und BMJV

deutschen Finanzmarktes für die deutsche Wirtschaft und für den Wohlstand der Bundesrepublik Deutschland von zentraler Bedeutung ist.

Die Gesetzesinitiative steht vor allem im Zusammenhang mit dem Fall Wirecard. Wir begrüßen die von BMF und BMJV verfolgte Absicht, das System der Governance insgesamt sowie das Zusammenwirken zwischen Unternehmensgovernance, Abschlussprüfung und staatlicher Aufsicht zu verbessern, um damit solche Fälle künftig bestmöglich zu verhindern. Nur die Berücksichtigung der Gesamtverantwortung aller Akteure und Stakeholder, einschließlich der Kapitalmarktteilnehmer, für das Ökosystem der Finanzberichterstattung kann dies erreichen.

Das IDW unterstützt die Absicht, die Qualität der Abschlussprüfung und ihren Nutzen für die Stakeholder, letztlich für die Gesellschaft zu verbessern.

Vorschläge zur Fortentwicklung der privaten Governance unzureichend

Die im Referentenentwurf vorgeschlagenen Maßnahmen zur Stärkung der Unternehmensgovernance bleiben hinter dem Erforderlichen zurück und sind – auch vor dem Hintergrund der Gesetzesbegründung – teilweise unklar. Unseres Erachtens ist es unbeschadet der bestehenden Vorstandspflichten geboten, für die gesetzlichen Vertreter von Unternehmen von öffentlichem Interesse eine explizite gesetzliche Klarstellung vorzusehen, ein angemessenes und wirksames Compliance-Management-System einzurichten, das wirtschaftskriminellen Handlungen in Form von Bilanzbetrug oder Vermögensschädigungen vorbeugt (Anti-Fraud-Managementsystem). Ferner sollten die gesetzlichen Vertreter verpflichtet werden, eine Erklärung abzugeben, dass sie ein solches angemessenes und wirksames System eingerichtet haben und betreiben. Das Aufsichtsgremium hat im Rahmen der allgemeinen Überwachungspflichten zu prüfen, ob die Erklärung der Unternehmensleitung zutreffend ist. Das Aufsichtsgremium sollte ebenfalls eine Erklärung veröffentlichen. Zur Stärkung des Vertrauens in diese Erklärungen, zur Unterstützung des Aufsichtsgremiums bei der Erfüllung seiner Überwachungsaufgabe sowie zur Steigerung des Nutzens der Abschlussprüfung sollten diese Erklärungen in die Abschlussprüfung einbezogen werden. Mit der Prüfung des Compliance-Management-Systems im vorgenannten Sinne durch den Abschlussprüfer würde zudem eine wirksame Grundlage für ggf. erforderliche Meldungen an dafür zuständige Stellen bei Verdacht auf Unregelmäßigkeiten geschaffen.

Auch ist die Widerstandsfähigkeit von Unternehmen gegen interne und externe Umstände, welche den Bestand des Unternehmens bedrohen können, entscheidend für das Vertrauen der Öffentlichkeit sowie von Investoren in die Wirt-

Seite 3/25 zur Stellungnahme zum Referentenentwurf eines FISG vom 06.11.2020 an das BMF und BMJV

schafts- und Gesellschaftsordnung. Überraschende Zusammenbrüche von Unternehmen von öffentlichem Interesse erschüttern dieses Vertrauen. Daher sollte der Vorstand von Unternehmen von öffentlichem Interesse unbeschadet der bestehenden Pflichten zur Einrichtung eines Risikofrüherkennungssystems gesetzlich verpflichtet werden, im Abschluss eine explizite Aussage dazu abzugeben, dass ihm keine Tatsachen oder Gegebenheiten bekannt sind, die dem Fortbestand des Unternehmens, zumindest in den zwölf Monaten nach Abgabe der Erklärung, entgegenstehen. Der Aufsichtsrat hat diese Erklärung des Vorstands zu prüfen und dann seinerseits öffentlich zu erklären, dass der Vorstand zu Recht von der Annahme der Unternehmensfortführung ausgeht. Der Abschlussprüfer könnte bei Schaffung einer solchen Erklärungspflicht des Vorstands eine explizite Aussage zur Erklärung zur Fortführung der Unternehmenstätigkeit in seinen Bestätigungsvermerk aufnehmen.

Ferner könnte die Abschlussprüfung auf die inhaltliche Prüfung der (Konzern-) Erklärung zur Unternehmensführung (§§ 289f, 315d HGB) ausgeweitet werden, damit die Adressaten dieser Erklärung in ihre Richtigkeit und Vollständigkeit vertrauen können. Die (Konzern-)Erklärung zur Unternehmensführung ist ein wichtiges Instrument der Kapitalmarkttransparenz und könnte als Grundlage für die Aufnahme kapitalmarktorientierter Unternehmen in bestimmte Börsensegmente dienen.

Grenzen der privaten Governance

Insbesondere bei bandenmäßigem Betrug oder kollusivem Zusammenwirken von Vorstand und unternehmensfremden Dritten oder gar dem Aufsichtsrat des Unternehmens kann die private Governance an ihre Grenzen geraten. Dies gilt nicht nur für unternehmensinterne Aufsichtsfunktionen, sondern auch für den Abschlussprüfer, da zur Aufdeckung von Bilanzbetrug in diesen Fällen oftmals hoheitliche Befugnisse wie Durchsuchungs- und Beschlagnahmeregrechte erforderlich sind, die dem Abschlussprüfer nicht zur Verfügung stehen.

Wir begrüßen daher den Vorschlag, die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) mit weitergehenden Befugnissen gegenüber Kapitalmarktunternehmen auszustatten. In Fällen besonderer Tragweite, z.B. bei Verdacht auf organisierte Kriminalität, sind Kompetenzen, Ressourcen und Erfahrungen in den Bereichen Wirtschafts- und Finanzkriminalität sowie bei der Strafverfolgung unabdingbar. Aufgrund der internationalen Vernetzung krimineller Vereinigungen sind zudem weitreichende Informationskanäle und länderübergreifende Handlungsmöglichkeiten erforderlich. Wir regen daher an, die Strafverfolgung von Bilanzbetrug im Bereich organisierter Kriminalität beim Bundeskriminalamt (BKA) zu zentralisieren. Erlangt der Abschlussprüfer, die Prüfstelle oder die

Seite 4/25 zur Stellungnahme zum Referentenentwurf eines FISG vom 06.11.2020 an das BMF und BMJV

BaFin entsprechende Verdachtsmomente sollte eine unmittelbare Mitteilung an das BKA obligatorisch sein.

Regulierung der Abschlussprüfung nicht angezeigt

Nach dem vorliegenden Gesetzesentwurf soll der Fall Wirecard vor allem eine weitgehende Regulierung des Berufsstands der Wirtschaftsprüfer in seiner Gesamtheit zur Folge haben. Die tatsächlichen Ursachen des Falles sind Gegenstand staatsanwaltlicher Ermittlungen, eines parlamentarischen Untersuchungsausschusses, von Untersuchungen der Abschlussprüferaufsicht und ggf. von Zivilrechtsprozessen. Bereits am Anfang des Aufklärungsprozesses vermeintliche Schlussfolgerungen zu ziehen, erfolgt gewissermaßen ins Blaue hinein. Es gibt keine Hinweise auf ein systemisches Versagen des Instituts der Abschlussprüfung. Auch konnte bislang kein Fehlverhalten des Abschlussprüfers von Wirecard festgestellt werden. Selbst wenn ein solches festgestellt werden sollte, wäre dies nach den dafür vorgesehenen Maßstäben zu sanktionieren. Es wäre aber keine Rechtfertigung dafür, den allgemeinen Regulierungsrahmen der Abschlussprüfung so weitreichend wie vorgeschlagen zu ändern.

Vorschläge zur Reform der Abschlussprüfung nicht zielführend

Zahlreiche der in dem Gesetzesentwurf enthaltenen Vorschläge zur Abschlussprüfung stellen keine Antworten auf die durch Wirecard hervorgerufenen Fragen dar. Sie schaden vielmehr der deutschen Wirtschaft und der Finanzmarktintegrität Deutschlands.

So kann z.B. eine weitergehende Trennung von Prüfung und Beratung nicht mit dem Fall Wirecard begründet werden. Ferner ist nicht zu erkennen, warum eine Verkürzung der Pflicht zur externen Rotation dazu beitragen könnte, vergleichbare Fälle in der Zukunft zu verhindern. Beide Maßnahmen bergen indes die Gefahr, die Prüfungsqualität zu belasten. Sie erschweren den Aufbau von Wissen über das zu prüfende Unternehmen. Ein Prüferwechsel zur Unzeit würde das Erkennen von Bilanzbetrug – vor allem bei zunehmend komplexer und digitaler werdenden Geschäftsmodellen der zu prüfenden Unternehmen – zusätzlich erschweren.

Auch die vorgeschlagene deutliche Verschärfung der Haftung des Wirtschaftsprüfers wird die Qualität der Abschlussprüfung nicht erhöhen. Vielmehr werden die vorgeschlagenen Änderungen in ihrem Zusammenwirken, aber auch einzeln die Konzentration im Prüfungsmarkt erhöhen und vor allem mittelständische Prüfungspraxen praktisch von der Durchführung von Abschlussprüfungen ausschließen. Die zu befürchtende Verdrängung mittelständischer Prüfungspraxen aus dem Markt droht nicht nur für kapitalmarktorientierte Abschlussprüfungen,

Seite 5/25 zur Stellungnahme zum Referentenentwurf eines FISG vom 06.11.2020 an das BMF und BMJV

sondern für alle gesetzlichen Abschlussprüfungen. Die Haftungsverschärfung könnte in letzter Konsequenz dazu führen, dass gerade Unternehmen mit einer angespannten wirtschaftlichen Lage keinen gesetzlichen Abschlussprüfer finden. Eine solche Entwicklung kann nicht im Sinne des Wirtschaftsstandorts Deutschland sein.

Mit der Haftungsverschärfung wäre zwingend eine Erhöhung der Versicherungsprämien für die Wirtschaftsprüfungspraxen verbunden, die im Ergebnis auch zu höheren Kosten der Wirtschaft für Dienstleistungen des Wirtschaftsprüfers in der Abschlussprüfung, aber auch darüber hinaus führen würden.

Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb bei der Prüfungsstelle eine Haftung nur bei Vorsatz als angemessen angesehen wird, beim Abschlussprüfer hingegen schon bei grober Fahrlässigkeit; eine Haftung der BaFin ist überhaupt nicht vorgesehen.

Zudem könnte durch die Verschärfungen des Wirtschaftsstrafrechts, konkret durch die Absenkung des Verschuldensgrades für die Erteilung eines unrichtigen Bestätigungsvermerks von Vorsatz auf Leichtfertigkeit (§ 332 HGB-E), über eine mögliche Haftung nach Deliktsrecht in Verbindung mit einem Schutzgesetz faktisch eine Dritthaftung des Abschlussprüfers begründet werden. Damit würde das vom Gesetzgeber bewusst geschaffene Haftungssystem des Abschlussprüfers in § 323 Abs. 2 HGB „aus den Angeln gehoben“.

Die im Referentenentwurf enthaltenen Vorschläge zur Haftung des Abschlussprüfers widersprechen auch der klaren Empfehlung der EU-Kommission (vgl. Empfehlung der Kommission zur Beschränkung der zivilrechtlichen Haftung von Abschlussprüfern und Prüfungsgesellschaften vom 05.06.2008).

Die vorgesehenen Übergangsvorschriften zum FISG berücksichtigen insbesondere die bei der Prüfung von Unternehmen von öffentlichem Interesse erforderlichen Zeiträume, um sich auf die geänderte Rechtslage einzustellen, nur unzureichend. Dies gilt nicht nur für die Abschlussprüfer, sondern auch für die zu prüfenden Unternehmen. Überdies erzeugen die vorgesehenen Übergangsregelungen erhebliche Rechtsunsicherheiten.

Schließlich weisen wir darauf hin, dass die vorgeschlagenen Regulierungsmaßnahmen insgesamt potentiellen Berufsnachwuchs der Wirtschaftsprüfung abschrecken und damit nicht nur dauerhaft die Qualität der Abschlussprüfung belasten, sondern darüber hinaus der deutschen Wirtschaft künftig eine moderne und leistungsfähige Wirtschaftsprüfung in der Breite nicht mehr zur Verfügung stehen würde.

Seite 6/25 zur Stellungnahme zum Referentenentwurf eines FISG vom 06.11.2020 an das BMF und BMJV

Im Ergebnis ist damit festzuhalten, dass die im Referentenentwurf vorgesehenen Maßnahmen zur Regulierung der Abschlussprüfung

- nicht mit dem Fall Wirecard begründet werden können,
- die Prüfungsqualität nicht verbessern,
- die Konzentration im Prüfungsmarkt fördern,
- die privatwirtschaftliche Abschlussprüfung gefährden,
- die Nachwuchsgewinnung für unseren Beruf gefährden und damit den Wirtschaftsstandort Deutschland gefährden. Dies kann nicht im Interesse des deutschen Gesetzgebers liegen.

B. Ausführliche Darstellung der materiellen Anmerkungen

Änderung des Wertpapierhandelsgesetzes (Artikel 1)

Zur Änderung von § 107 WpHG – Prüfungsanordnung durch die BaFin (Artikel 1 Nr. 8 a):

Wir begrüßen die Sichtweise von BMF und BMJV am grundsätzlich zweistufigen Bilanzkontrollverfahren unter Einbeziehung einer privatrechtlich organisierten Prüfstelle festhalten zu wollen. Zu der in § 107 Abs. 1 Satz 6 WpHG-E vorgesehene Ermächtigung der BaFin, eine Prüfungsanordnung im Bundesanzeiger und auf ihrer Internetseite ermessensabhängig bekannt zu machen, geben wir zu bedenken, dass solche Bekanntmachungen eine erhebliche Unsicherheit im Kapitalmarkt auslösen und die betroffenen Unternehmen ohne vorherige Untersuchung und Feststellung eines Pflichtverstoßes in wirtschaftliche Schieflagen bringen können. Dies liefe auch den Interessen der Anteilseigner zuwider. Solche Bekanntmachungen ohne gesichertes Erkenntnis erscheinen rechtsstaatlich bedenklich.

Zur Einfügung von § 107a WpHG – Neuausrichtung des Bilanzkontrollverfahrens (Artikel 1 Nr. 9):

Wir halten den in § 107a Abs. 10 WpHG-E enthaltenen Vorschlag, wonach die Prüfstelle künftig Tatsachen, die den Verdacht einer Straftat im Zusammenhang mit der Rechnungslegung eines Unternehmens begründen, der für die Verfolgung zuständigen Behörde anzuzeigen hat, für sachgerecht, um das Vertrauen in die Funktionsfähigkeit des deutschen Finanzmarktes zu stärken. Wir regen an zu prüfen, ob die Prüfstelle nicht alle ihr bekannt gewordenen Verdachtsfälle von Straftaten anzeigen sollte.

Über diesen Vorschlag hinausgehend regen wir an, für Fälle besonderer Tragweite, z.B. bei Verdacht auf organisierte Kriminalität, die Strafverfolgung beim BKA zu zentralisieren. Eigene Ermittlungskompetenzen hat das BKA im Hinblick

Seite 7/25 zur Stellungnahme zum Referentenentwurf eines FISG vom 06.11.2020 an das BMF und BMJV

auf Bilanzfälschung oder Bilanzmanipulation bislang nicht (§ 4 Abs. 1 BKAG). Insoweit schlagen wir eine Erweiterung der originären Zuständigkeit des BKA vor.

Auch die Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft ist zum gegenwärtigen Zeitpunkt dezentral geregelt. Für Wirtschaftsstraftaten haben einzelne Bundesländer bereits Schwerpunktstaatsanwaltschaften eingerichtet. Wir regen an, dass die Justizminister der Länder spiegelbildlich zur Zuständigkeit des BKA einer zentralen Schwerpunktstaatsanwaltschaft die Kompetenz zur Ermittlungsführung bei Bilanzbetrug im Bereich der organisierten Kriminalität übertragen. Nach § 107 Abs. 7 Sätze 6 und 10 WpHG-E sollen Durchsuchungen und Beschlagnahmungen durch das Amtsgericht Frankfurt am Main angeordnet werden können. Es bietet sich daher an, eine solche zentrale Schwerpunktstaatsanwaltschaft ebenfalls in Frankfurt am Main zu etablieren.

Änderung des Handelsgesetzbuches (Artikel 11)

Zur Streichung von § 318 Abs. 1a HGB – Verkürzung der externen Rotation (Artikel 11 Nr. 3 a)):

Zielsetzung der Änderung

Im Referentenentwurf ist vorgesehen, § 318 Abs. 1a HGB zu streichen und damit die vom deutschen Gesetzgeber im Einklang mit europäischem Recht im Jahr 2016 durch das Abschlussprüfungsreformgesetz (AReG) geschaffene Möglichkeit, die maximale Mandatsdauer zur Abschlussprüfung kapitalmarktorientierter Unternehmen, die nicht zugleich Banken oder Versicherungen sind, von zehn auf 20 bzw. 24 Jahre zu verlängern, abzuschaffen.

Einfluss auf die Prüfungsqualität

Wir weisen darauf hin, dass ein verpflichtender turnusmäßiger Wechsel der zum Abschlussprüfer beauftragten Prüfungsgesellschaft zuletzt im Zusammenhang mit der EU-Reform der Abschlussprüfung ausführlich diskutiert wurde. Die damals gegen die Einführung der externen Rotation vorgebrachten Argumente gelten unverändert fort und gewinnen bei einer weiteren Verkürzung der maximalen Mandatsdauer an Bedeutung.

Das für eine verlässliche Abschlussprüfung notwendige Know-how – insbesondere die im erforderlichen Detaillierungsgrad vorhandenen Kenntnisse über die Geschäftstätigkeit, das wirtschaftliche Umfeld, die Prozesse und Systeme des Mandanten – steht in aller Regel nicht ad hoc zur Verfügung, sondern kann nur nach Art eines Erfahrungs- und Lernprozesses kontinuierlich aufgebaut werden.

Seite 8/25 zur Stellungnahme zum Referentenentwurf eines FISG vom 06.11.2020 an das BMF und BMJV

Bei einem Wechsel des Abschlussprüfers kann das gesammelte mandanten-spezifische Know-how – auch wegen der zunehmenden Bedeutung der Beurteilung der immer stärker digital gewordenen Geschäftsmodelle – nicht kurzfristig auf den neu bestellten Abschlussprüfer transferiert werden. Dieser muss sich dieses Wissen im Laufe der Jahre neu erwerben. Unter ansonsten identischen Umständen ist daher zu erwarten, dass die notwendige Prüfungssicherheit nur mit erhöhtem Aufwand erreicht werden kann.

Vergleich mit anderen EU-Mitgliedstaaten

Aus vorgenannten Gründen haben neben der Bundesrepublik Deutschland (vgl. Gesetzesbegründung zum AReG, BT-Drucks. 18/7219, S. 39) auch andere Mitgliedstaaten der Europäischen Union das in Artikel 17 Abs. 4 EU-Abschlussprüferverordnung 537/2014 (EU-APrVO) enthaltene Mitgliedstaatenwahlrecht zur Verlängerung der Höchstlaufzeiten der Prüfungsmandate auf 20 bzw. 24 Jahre in Anspruch genommen, z.B. die skandinavischen Staaten.

Zunehmende Konzentration auf dem Abschlussprüfungsmarkt

Überdies haben die Erfahrungen mit der externen Rotation gezeigt, dass damit eine weitere Konzentration im Prüfungsmarkt zu Lasten der mittleren und kleinen Prüfungsgesellschaften einhergeht (vgl. Köhler, Pflichtrotation auf dem deutschen Prüfungsmarkt, WPg 2012, S. 477 ff.).

Übergangsfrist

Nach der in Artikel 12 Nr. 2 vorgesehenen Übergangsvorschrift zum Übergang auf das FISG bleibt insbesondere unklar, ob sog. „Kurzläufer“, die gemäß § 318 Abs. 1a HGB und im Einklang mit Artikel 41 Abs. 3 Satz 2 i.V.m. Artikel 17 Abs. 4 EU-APrVO bereits eine Verlängerung der Höchstlaufzeit auf 20 Jahre erwirkt haben, d.h. der bisherige Abschlussprüfer wurde unter Anwendung des erforderlichen Auswahlverfahrens gemäß Artikel 16 Abs. 2 bis 5 EU-APrVO nach Ablauf von zehn Jahren bereits mindestens einmal erneut bestellt, für das nach dem 31.12.2021 beginnende Geschäftsjahr wiederbestellt werden dürfen oder ob (unter erneuter Anwendung eines entsprechenden Auswahlverfahrens) ein Wechsel des Abschlussprüfers für die Prüfung des nach dem 31.12.2021 beginnenden Geschäftsjahres stattfinden muss.

Die Vorstellung, den Zeitpunkt des Inkrafttretens der Vorschrift auf alle gesetzlich vorgeschriebenen Abschlussprüfungen für das nach dem 31.12.2021 beginnende Geschäftsjahr zu erstrecken, ist in der Praxis nur mit großen Schwierigkeiten umsetzbar. Sie würde zu einer enormen zeitlichen Ballung von Ausschreibungen führen. Der Großteil der bisher durchgeführten Verfahren nach

Seite 9/25 zur Stellungnahme zum Referentenentwurf eines FISG vom 06.11.2020 an das BMF und BMJV

Artikel 16 Abs. 3 EU-APrVO hat gezeigt, dass für eine sachgerechte Prüferauswahl ein zeitlicher Vorlauf von in der Regel zwei bis drei Jahren erforderlich ist. Zum einen ist der organisatorische Aufwand für die Unternehmen erheblich. Das Auswahlverfahren insbesondere in einem mehrstöckigen Konzern von Unternehmen von öffentlichem Interesse erfordert weltweit eine detaillierte Planung, Einbeziehung und Abstimmung der Gremien. Diese Planung ist für eine reibungslose Durchführung unerlässlich. Viele Unternehmen stehen durch die Corona-Krise derzeit vor großen Herausforderungen, auch hinsichtlich der Finanzberichterstattung. Eine zusätzliche Belastung dieser Unternehmen mit einem kurzfristig durchzuführenden Auswahlverfahren wäre unverhältnismäßig. Überdies muss die berufsrechtliche Unabhängigkeit der für das Auswahlverfahren erforderlichen ausreichenden Anzahl an Bewerbern unter Wahrung der sog. Cooling-in Periode und den erforderlichen Prüfungshandlungen im Zuge einer Mandatsüberleitung rechtzeitig hergestellt werden. Vieles spricht insofern dafür, den Unternehmen, die mit einer Ausschreibung für das elfte Jahr eine Prüfung durch ihren Abschlussprüfer für insgesamt 20 Geschäftsjahre ermöglichen wollten, diese 20 Jahre in Gänze zu gewähren.

Zur Änderung von § 318 Abs. 3 HGB – Gerichtliche Ersetzung des Abschlussprüfers (Artikel 11 Nr. 3 c):

Mit der vorgeschlagenen Änderung droht den Unternehmen von öffentlichem Interesse künftig bei jeder Inanspruchnahme verbotener Nichtprüfungsleistungen i.S.d. Artikel 5 Abs. 1 EU-APrVO – unabhängig von deren Bedeutung – die Ersetzung des Abschlussprüfers. Dies gilt nicht nur für einen Verstoß des Abschlussprüfers selbst, sondern auch für ein Mitglied seines internationalen Netzwerks.

Dabei wird übersehen, dass nach dem Wortlaut des Artikel 5 Abs. 1 EU-APrVO die Liste verbotener Nichtprüfungsleistungen anders als § 319 Abs. 3 HGB auch Fälle erfasst, die von untergeordneter Bedeutung sind. Für die Praxis, insbesondere bei international agierenden Mandanten, ist es nicht sicher auszuschließen, dass geringfügige Nichtprüfungsleistungen, z.B. von internationalen Netzwerkpartnern bei ausländischen Tochterunternehmen, erbracht werden, die aber keine Gefahr für die Unabhängigkeit des Abschlussprüfers darstellen. Daher hat der Abschlussprüfer im Einklang mit EU-Recht über die Erbringung von unbedeutenden verbotenen Nichtprüfungsleistungen in seinem Bestätigungsvermerk zu berichten und die Wahrung seiner Unabhängigkeit zu erklären.

Die Möglichkeit der Ersetzung des Abschlussprüfers bei Erbringung solcher unbedeutender verbotener Nichtprüfungsleistungen ist nicht nur unverhältnismä-

Seite 10/25 zur Stellungnahme zum Referentenentwurf eines FISG vom 06.11.2020 an das BMF und BMJV

ßig, sondern würde auch mit einer erheblichen Rechtsunsicherheit für die Unternehmen von öffentlichem Interesse einhergehen, da eine gerichtliche Ersetzung unter Umständen kurz vor dem Zeitpunkt der geplanten Erteilung des Bestätigungsvermerks erfolgen und die Beendigung der Abschlussprüfung, die Feststellung des Jahresabschlusses sowie die Abhaltung der Hauptversammlung einschließlich der Beschlüsse zur Ergebnisverwendung und zur Entlastung der Unternehmensorgane erheblich verzögert werden könnte.

Auch ist die im Referentenentwurf vorgeschlagene Änderung von § 318 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 HGB nicht erforderlich, weil die Erbringung verbotener Nichtprüfungsleistungen, die tatsächlich die Besorgnis der Befangenheit des Abschlussprüfers begründen, nach § 319 Abs. 2 HGB ohnehin zum Wechsel des Abschlussprüfers führen.

Wir regen daher an, auf die Änderung von § 318 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 HGB zu verzichten. Alternativ sollte klargestellt werden, dass eine Ersetzung des Abschlussprüfers bei Erbringung von Leistungen i.S.d. Artikel 5 Abs. 1 EU-APrVO nur dann zulässig ist, wenn tatsächlich die Besorgnis der Befangenheit des Abschlussprüfers besteht.

Die in Artikel 15 vorgeschlagenen Änderungen der §§ 143, 209, 258, 293d AktG sind entsprechend anzupassen.

Zur Aufhebung von § 319a HGB – Weitergehendes Verbot von Nichtprüfungsleistungen (Artikel 11 Nr. 4):

Zielsetzung der Änderung

Mit § 319a HGB hat der deutsche Gesetzgeber Mitgliedstaatenwahlrechte im Zusammenhang mit der Erbringung bestimmter Nichtprüfungsleistungen bei Unternehmen von öffentlichem Interesse in Anspruch genommen. Mit der geplanten Streichung von § 319a HGB soll die Unabhängigkeit des Abschlussprüfers gestärkt werden, indem es ihm künftig untersagt sein soll, jegliche Steuerberatungsleistungen und sonstige Bewertungsleistungen, auch solche die sich nicht unmittelbar oder nicht wesentlich auf den zu prüfenden Abschluss auswirken, zu erbringen.

Zudem soll es künftig nicht mehr möglich sein, dass die Abschlussprüferaufsichtsstelle eine Ausnahmegenehmigung zur Überschreitung der Honorargrenze von 70 % auf bis zu 140 % des Durchschnitts der in Artikel 4 Abs. 2 Unterabs. 1 EU-APrVO genannten Honorare erteilt. Von der Möglichkeit der Erweiterung dieses sog. Fee Cap – die zum Schutz der zu prüfenden Unternehmen vor einem unerwarteten Verstoß gegen die 70 %-Grenze aufgrund sich plötzlich

Seite 11/25 zur Stellungnahme zum Referentenentwurf eines FISG vom 06.11.2020 an das BMF und BMJV

veränderter Situationen geschaffen wurde und auf deren Gewährung kein Anrecht besteht – wird bislang insbesondere Gebrauch gemacht, wenn Unternehmen durch Reorganisationen oder Kapitalmarkttransaktionen ergänzende Prüfungsleistungen ihres Abschlussprüfers benötigen. Zu diesen Leistungen gehören insbesondere die Prüfung sog. Combined Financial Statements bzw. Carve-out Financial Statements sowie die Abgabe von Comfort Letters im Rahmen von Kapitalmarkttransaktionen. Derartige Prüfungen stellen der strengen Auslegung des Wortlauts der EU-APrVO folgend vielfach keine Abschlussprüfungsleistungen dar und werden überwiegend als (nicht gesetzlich erforderliche) Nichtprüfungsleistungen klassifiziert.

Kein Zusammenhang mit dem Fall Wirecard

Die Diskussion um die Zulässigkeit von Nichtprüfungsleistungen wurde ebenfalls im Zusammenhang mit der EU-Reform der Abschlussprüfung geführt. Für die Neuaufnahme dieser Diskussion liefern die bisherigen Erkenntnisse aus dem Fall Wirecard keine neuen Hinweise. Ausweislich des Konzernabschlusses der Wirecard AG für das Geschäftsjahr 2018 betrug das Honorar des Abschlussprüfers für sonstige Leistungen weniger als 15 % des Gesamthonorars. Steuerberatungsleistungen und andere Bestätigungsleistungen wurden nicht erbracht. Auch ist nicht zu erkennen, warum ein allgemeines Verbot zur Erbringung von Steuerberatungs- und Bewertungsleistungen die Unabhängigkeit des Abschlussprüfers erhöhen oder die Qualität der Abschlussprüfung verbessern sollte.

Einfluss auf die Prüfungsqualität

Eine gleichzeitige Prüfung und Beratung ist nicht per se problematisch, sondern nur insoweit, als sie die Prüfungsqualität negativ beeinflussen würde. Diese Gefahr besteht aber nur bei Beratungsleistungen, die zu einer Selbstprüfung führen. Solche sind deshalb bereits nach geltender Rechtslage nicht zulässig. Zudem steht die Zulässigkeit der Erbringung von Steuerberatungsleistungen gemäß § 319a Abs. 3 HGB unter dem Vorbehalt der Zustimmung des Prüfungsausschusses bzw. des Aufsichtsrats des zu prüfenden Unternehmens. Mit diesem Genehmigungsvorbehalt wirkt das Gesetz einer möglicherweise wahrgenommenen Nähe des Abschlussprüfers zum Vorstand (independence in appearance) entgegen.

Die Erbringung von Nichtprüfungsleistungen beim zu prüfenden Unternehmen in den Grenzen des allseits anerkannten Selbstprüfungsverbots wirkt sich grundsätzlich positiv auf die Qualität der Abschlussprüfung aus, insbesondere indem

Seite 12/25 zur Stellungnahme zum Referentenentwurf eines FISG vom 06.11.2020 an das BMF und BMJV

sie die Kenntnisse des Abschlussprüfers über das zu prüfende Unternehmen erweitert. Auf Basis der so erweiterten Kenntnisse kann die Abschlussprüfung problemorientierter und damit wirksamer durchgeführt werden. Daneben führt eine Verbindung von Prüfungs- und Nichtprüfungsleistungen zu Kostenvorteilen für das zu prüfende Unternehmen.

Der Gefahr, dass die Erbringung von Nichtprüfungsleistungen zu Lasten der Prüfungsqualität bzw. Unabhängigkeit des Abschlussprüfers geht, wirken auch bestehende Marktmechanismen entgegen. Hierzu zählen insbesondere

- die Existenz einer einheitlichen Marke (brand name) für Prüfung und Beratung. Bei mangelhaften Abschlussprüfungen würde auch die Reputation als Berater beschädigt und vice versa,
- die Gefahr des Verlusts anderer Prüfungsmandate sowie
- der Rechtfertigungszwang gegenüber den Gesellschaftern.

Zunehmende Konzentration auf dem Abschlussprüfungsmarkt

Die mit der EU-APrVO bereits vollzogene weitgehende Trennung von Prüfung und Beratung bei Unternehmen von öffentlichem Interesse hat zudem gezeigt, dass eine Ausstrahlungswirkung auch auf alle anderen Unternehmen und deren Prüfer erzeugt wird. Wenn sich diese Entwicklung fortsetzt oder durch den Vorschlag des Referentenentwurfs sogar verstärkt, werden sich vor allem mittlere und kleinere Wirtschaftsprüferpraxen aus dem Prüfungsmarkt zurückziehen und sich auf die Erbringung von Beratungsleistungen fokussieren. Damit würde eine weitere Konzentration im Prüfungsmarkt zu Lasten der mittleren und kleinen Prüfungsgesellschaften einhergehen.

Vergleich mit anderen EU-Mitgliedstaaten

Schließlich weisen wir darauf hin, dass auch andere Mitgliedstaaten der Europäischen Union (z.B. Schweden, Österreich, Spanien) die Erbringung von Steuerberatungsleistungen und sonstigen Bewertungsleistungen zugelassen haben. Sämtliche EU-Staaten haben von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, in Ausnahmefällen eine Überschreitung der Honorargrenze von 70 % auf bis zu 140 % des Durchschnitts der in Artikel 4 Abs. 2 Unterabs. 1 EU-APrVO genannten Honorare zuzulassen. Mit einer Streichung von § 319a HGB würde insoweit ein Wettbewerbsnachteil für deutsche Unternehmen von öffentlichem Interesse und deren Abschlussprüfer im europäischen Vergleich resultieren. Dies gilt nicht nur, aber insbesondere für die vorgeschlagene Streichung der Möglichkeit zur Erweiterung des Fee Cap. Sollten die Unternehmen gezwungen werden, andere Prü-

Seite 13/25 zur Stellungnahme zum Referentenentwurf eines FISG vom 06.11.2020 an das BMF und BMJV

fer als den Abschlussprüfer mit der Erbringung u.a. von Comfort Letters zu beauftragen, würde dies auch zur Verlagerung von Finanzierungsmaßnahmen ins Ausland führen und den deutschen Finanzmarkt schwächen.

Wir regen daher an, auf die geplante Streichung von § 319a HGB zu verzichten.

Übergangsfrist

Sollte der Gesetzgeber an den vorgeschlagenen Regelungen festhalten wollen, regen wir an, den Übergangszeitraum deutlich zu verlängern oder die Möglichkeit zu schaffen, dass zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Neuregelungen bestehende Verträge über die Erbringung von Steuerberatungs- und sonstigen Bewertungsleistungen für einen bestimmten Zeitraum weitergeführt werden können.

Zur Änderung von § 323 HGB – Haftung des Abschlussprüfers (Artikel 11 Nr. 8 b) aa)):

Zielsetzung der Änderung

Durch die vorgeschlagene Änderung des § 323 Abs. 2 HGB wird die zivilrechtliche Haftung der Abschlussprüfer verschärft. Der Referentenentwurf unterstellt, dass dadurch die Qualität der Abschlussprüfung gestärkt und die erforderlichen Anreize für eine sorgfältige und gewissenhafte Prüfung gesetzt werden (vgl. Gesetzesbegründung zum Referentenentwurf eines FISG, S. 101).

Die gesetzte Annahme, dass eine erweiterte Haftung die Qualität der Abschlussprüfung verbessert, ist unzutreffend: So belegt die London Economic Study, dass eine unbeschränkte Haftung nicht zu einer Verbesserung der Abschlussprüfung führt (vgl. Study on the Economic Impact of Auditors' Liability Regimes, S. 156 ff., 300 ff.). Ebensowenig setzt eine unbeschränkte Haftung die „erforderlichen Anreize für eine sorgfältige und gewissenhafte Prüfung“. Auch andere Studien belegen, dass es zwischen Haftung und Qualität der Prüfung keine Korrelation gibt.

Die vorgeschlagenen Regelungen würden, wie wir nachstehend darlegen, mittelständische Wirtschaftsprüfungsgesellschaften praktisch von der Durchführung sämtlicher gesetzlicher Abschlussprüfungen ausschließen.

Auch würde das deutsche System versicherter Haftungsansprüche gegen den Abschlussprüfer vor große Herausforderungen gestellt, da bei der bestehenden Pflichtversicherung des Wirtschaftsprüfers auch sämtliche Abschlussprüfungen mit einem Versicherungsschutz zu versehen sind. Die Regelungen führen in ihrem Zusammenwirken zu einem Risiko auch für Versicherungsunternehmen,

Seite 14/25 zur Stellungnahme zum Referentenentwurf eines FISG vom 06.11.2020 an das BMF und BMJV

die für kleine Versicherungsunternehmen möglicherweise nicht mehr beherrschbar sind. Damit würden die Regelungen auch in den Versicherungsmarkt eingreifen und dort eine weitere Konzentration befördern.

Das System grundsätzlich versicherter Haftungsansprüche ist im Übrigen für den Geschädigten vorteilhafter als ein System unbegrenzter Haftung ohne Versicherungsschutz. Nur so steht dem Geschädigten ein werthaltiger Anspruch zu.

Vergleiche des deutschen Haftungssystems mit der Haftung im Ausland dürfen nur das gesamte System betreffend gezogen werden, um eine Irreführung zu vermeiden. Wenn etwa im Ausland eine gesetzlich unbegrenzte Haftung vertraglich beschränkt werden kann – was nach deutschem Recht ausgeschlossen ist – stellt dies für die Praxis einen entscheidenden Unterschied dar, der für die Gesamtschau zu berücksichtigen ist.

Zum bestehenden Regelungs- und Sanktionsrahmen der Haftung des Abschlussprüfers sei schließlich darauf hingewiesen, dass dieser bereits heute umfassend ist, da der Wirtschaftsprüfer als Abschlussprüfer bei vorsätzlichen Pflichtverletzungen unbeschränkt und persönlich nach § 323 Abs. 2 HGB haftet. Daneben kann er von dem Geschädigten nach den Regeln des Deliktsrechts unbegrenzt in Anspruch genommen werden und muss zudem mit berufsaufsichtlichen Maßnahmen rechnen, die bis zur Ausschließung aus dem Beruf reichen. Zusätzlich drohen bereits de lege lata Geld- bzw. Freiheitsstrafen bei Vorliegen einer Wirtschaftsstraftat wie etwa der vorsätzlichen Abgabe eines inhaltlich unrichtigen Bestätigungsvermerks.

Die geplante Neuregelung hat im Übrigen den (unbeabsichtigten) Effekt, dass bereits bei grober Fahrlässigkeit neben der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft potentiell alle Mitglieder des Prüfungsteams als Gehilfen ebenfalls unbeschränkt mit ihrem privaten Vermögen haften, vom Partner bis zum Prüfungsassistenten. Bisher war die Haftung von Gehilfen in Fällen grober Fahrlässigkeit beschränkt und vollständig versicherbar.

Unbegrenzte Haftung bei grober Fahrlässigkeit

Insbesondere die Ausdehnung der unbegrenzten Haftung nach § 323 Abs. 2 HGB auf Fälle grober Fahrlässigkeit würde die Konzentration des Prüfungsmarktes signifikant zu Lasten kleiner und mittlerer Prüfungsgesellschaften verschärfen und zudem zu Rechtsunsicherheit führen.

Die vorgesehene unbegrenzte Haftung bereits für grobe Fahrlässigkeit bei allen Abschlussprüfungen trifft die Breite des Berufsstands. Aufgrund der Rechtspre-

Seite 15/25 zur Stellungnahme zum Referentenentwurf eines FISG vom 06.11.2020 an das BMF und BMJV

chung zur „Expertenhaftung“ – verbunden mit der vorgesehenen Beweislastumkehr – ist zu befürchten, dass die meisten Fälle von Pflichtverletzungen durch den Abschlussprüfer von den Gerichten im Bereich der groben Fahrlässigkeit angesiedelt würden, so dass für jeden Abschlussprüfer ein nicht unrealistisches Risiko besteht, bei fahrlässigen Pflichtverletzungen unbegrenzt zu haften. Dieses Risiko würde sich in der vorzuhaltenden Berufshaftpflichtversicherung niederschlagen müssen, die um ein Vielfaches teurer würde, als dies heute der Fall ist. Eine solche Regelung würde eine Verdrängung von kleineren und mittleren Prüfungspraxen aus dem Prüfungsmarkt bedeuten. Die Folge wäre, dass die Mehrzahl der Prüfungsgesellschaften, die seit Jahrzehnten erfolgreich Abschlussprüfungen durchführen, das Kerngeschäft Abschlussprüfungen nicht mehr anbieten.

Zu berücksichtigen ist, dass die Verschärfungen in § 323 Abs. 2 HGB Auswirkungen haben auf andere gesetzlich vorgeschriebene Prüfungen oder auch für prüferische Durchsichten (z.B. nach § 340k Abs. 3 Satz 5 HGB), für die auf die Haftungsregelung im HGB verwiesen wird. Dies ist z.B. der Fall bei Prüfungen nach dem EEG sowie nach dem KWKG (§ 64 Abs. 3 Nr. 1 c) EEG 2017, § 75 EEG 2017, § 30 Abs. 2 KWKG). Gerade in diesem Bereich werden deutschlandweit ca. 2.500 Prüfungen vornehmlich von kleineren Prüfungsgesellschaften durchgeführt.

Die Genese der Haftungssummenbeschränkungen bei den Berufsständen der Steuerberater, Rechtsanwälte und Wirtschaftsprüfer zeigt, dass es ausdrückliches Anliegen der Bundesregierung war, keine Differenzierung zwischen verschiedenen Fahrlässigkeitsstufen vorzunehmen, da dies in der Praxis für Rechtsunsicherheit Sorge und die Interessen der Auftraggeber über die Versicherungssumme ausreichend geschützt seien (vgl. Gesetzesbegründung zum Sechsten Gesetz zur Änderung des Steuerberatungsgesetzes, BT-Drucks. 12/6753, S. 33)¹. Auch in der praktischen Anwendung, d.h. vor Gericht, sind die

¹ Im Gesetzgebungsverfahren zu § 67a StBG wurde vom Bundesrat zwar angeregt, eine Haftungsbeschränkung nur für Fälle einfacher Fahrlässigkeit zu ermöglichen – dies wurde von der Bundesregierung jedoch ausdrücklich und mit Hinweis auf die hohen Haftsummen, welche den Auftraggeber ausreichend schützen, abgelehnt. Hingegen wurde in der Parallelvorschrift der Rechtsanwälte (§ 51a BRAO) die Beschlussempfehlung des angerufenen Vermittlungsausschusses umgesetzt und die Möglichkeit einer Haftungsbeschränkung nur für Fälle einfacher Fahrlässigkeit aufgenommen. Als letzte der drei Parallelnormen trat am 01.01.1995 § 54a WPO in Kraft, der mit einem mit § 67a StBG vergleichbaren Wortlaut von Beginn an vorsah, eine Haftungsbeschränkung für alle fahrlässig verursachte Schäden vereinbaren zu können.

Seite 16/25 zur Stellungnahme zum Referentenentwurf eines FISG vom 06.11.2020 an das BMF und BMJV

Grenzen zwischen leichter und grober Fahrlässigkeit meist fließend und dürften regelmäßig im Bereich einer „mittleren“ Fahrlässigkeit liegen.

Ein Wertungswiderspruch ergibt sich aus unserer Sicht im Übrigen daraus, dass für die Prüfstelle für Rechnungslegung und ihre Beschäftigten in der neuen Regelung des § 107a Abs. 8 WpHG-E vorgesehen ist, dass diese für durch die Prüfungstätigkeit verursachten Schäden nur bei Vorsatz haften. Das für die Prüfstelle anerkannte Haftungsmaß sollte insofern auch für den Abschlussprüfer gelten.

Aus den genannten Gründen, d.h. insbesondere mit Blick auf die ansonsten massive Änderung des Prüfungsmarktes zu Lasten kleiner und mittlerer Prüfungsgesellschaften und auf die Rechtssicherheit sollte es dabei bleiben, dass die unbegrenzte Haftung erst ab der Vorsatzschwelle greift.

Anhebung der Haftungsobergrenze von EUR 4 Mio. auf EUR 20 Mio.

Die seit Einführung der gesetzlichen Abschlussprüfung im Jahre 1931 bestehende Haftungsobergrenze wurde zuletzt im Jahre 1998 durch das Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG) angehoben. Insofern ist es nachvollziehbar, dass über eine inflationsbedingte Erhöhung dieser Haftungsobergrenze nachgedacht wird. Wiederum ist auf den Gesetzgeber zu verweisen, der sich im Rahmen der Haftungsbeschränkung durch AGB zu Recht dahingehend geäußert hat, dass sich die Haftungsbeschränkung an der (wirtschaftlichen) Grenze der Versicherbarkeit orientieren solle (vgl. Gesetzesbegründung zum KonTraG, BT-Drucks. 13/9712, S. 29, sowie Gesetzesbegründung zum Sechsten Gesetz zur Änderung des Steuerberatungsgesetzes, BT-Drucks. 12/6753, S. 18 f.). Der Gesetzgeber hatte damals festgestellt, dass „[a]b einer bestimmten Höhe [...] Versicherungsprämien wirtschaftlich kaum noch tragbar“ sind (vgl. Gesetzesbegründung zum Dritten Gesetz der Änderung der Wirtschaftsprüferordnung, BT-Drucks. 12/5685, S. 29). Mit Blick auf die (wirtschaftliche) Grenze der Versicherbarkeit erscheint eine Anhebung der Haftungsobergrenze von EUR 4 Mio. auf EUR 20 Mio. kaum noch vertretbar. Eine solche Erhöhung würde in jedem Fall zu einem deutlichen Anstieg der Versicherungsprämien führen, was eine erneute Verstärkung der Konzentration im Prüfungsmarkt nach sich zöge.

Die EU-Kommission hat mit Blick auf die Konzentration im Prüfungsmarkt in ihrer Empfehlung vom 05.06.2008 deutlich gemacht, dass eine Haftungsbeschränkung sinnvoll sein kann, um eine nachhaltige Prüfungsqualität und einen Wettbewerbsmarkt mit ausreichender Auswahl an Prüfungsgesellschaften zu gewährleisten und damit das reibungslose Funktionieren der Kapitalmärkte zu

Seite 17/25 zur Stellungnahme zum Referentenentwurf eines FISG vom 06.11.2020 an das BMF und BMJV

fördern (EG 2 der Empfehlung der EU-Kommission zur Beschränkung der zivilrechtlichen Haftung von Abschlussprüfern und Prüfungsgesellschaften, EU-Amtsblatt vom 21.06.2008, L 162/39).

Eine pauschale Anhebung der Haftungsobergrenze auf EUR 20 Mio. birgt hingegen die Gefahr, dass sich kleinere und mittelständische Prüfungsgesellschaften aus der Prüfung von Unternehmen von öffentlichem Interesse zurückziehen müssen. Diese Prüfungsgesellschaften erzielen bei der Prüfung kleinerer Unternehmen von öffentlichem Interesse häufig Prüfungshonorare, die deutlich unter EUR 500.000 liegen. Sie müssten künftig also mit mehr als dem 40-fachen des Prüfungshonorars haften. Eine Erhöhung der Haftungsobergrenze auf EUR 20 Mio. erscheint damit keinesfalls vertretbar für Prüfungen von Unternehmen, die nicht zum DAX 30 bzw. DAX 40 gehören oder für die ein Prüfungshonorar in geringerer Höhe erzielt wird.

Anhebung der Haftungsobergrenze von EUR 1 Mio. auf EUR 2 Mio.

Wie oben dargestellt, ist es nachvollziehbar, dass eine moderate Anhebung der Haftungsobergrenze vorgenommen werden soll. Aufgrund eines Gesetzesverweises auf diese Haftungsobergrenze bei den Bestimmungen zur Mindestversicherung (§ 54 WPO) sollte mit einer solchen Anhebung die Abkopplung dieser Regelungen einhergehen, um nicht größere Verwerfungen zu verursachen: Gemäß § 54 WPO sind alle Wirtschaftsprüfer verpflichtet, eine Berufshaftpflichtversicherung zu unterhalten, die für jeden einzelnen Versicherungsfall eine Mindestversicherungssumme in Höhe von derzeit EUR 1 Mio. abdeckt (die Höhe dieser Mindestversicherungssumme ergibt sich durch den Verweis in § 54 Abs. 4 WPO auf § 323 Abs. 2 Satz 1 HGB). Die *faktische Anhebung der Mindestversicherungssumme* (durch eine Erhöhung der in § 323 Abs. 2 HGB genannten EUR 1 Mio. auf EUR 2 Mio.) bewirkt, dass jeder Wirtschaftsprüfer einen (neuen) Versicherungsschutz für eine Summe von EUR 2 Mio. vereinbaren und diesen Versicherungsschutz demnach auch für Tätigkeiten vorhalten muss, für die ein Steuerberater aufgrund seiner berufsrechtlichen Regelungen lediglich eine Mindestversicherungssumme in Höhe von EUR 250.000 berücksichtigen muss. Dies benachteiligt die Wettbewerbsfähigkeit des Wirtschaftsprüfers gegenüber Steuerberatern bei Erbringung identischer Dienstleistungen in unbegründeter und unverhältnismäßiger Weise.

Eine weitere Folgewirkung der faktischen Anhebung der Mindestversicherungssumme ergibt sich bei der Verwendung von allgemeinen Auftragsbedingungen: Das Berufsrecht der Wirtschaftsprüfer sieht vor, dass bei einer Verwendung von

Seite 18/25 zur Stellungnahme zum Referentenentwurf eines FISG vom 06.11.2020 an das BMF und BMJV

allgemeinen Auftragsbedingungen eine Haftungsbeschränkung auf den vierfachen Betrag der Mindestversicherungssumme möglich ist (d.h. derzeit auf EUR 4 Mio., § 54a Abs. 1 Nr. 2 WPO), während bei Steuerberatern eine Haftungsbeschränkung durch vorformulierte Vertragsbedingungen auf nur EUR 1 Mio. möglich ist. Auch hier käme es zu einem noch stärkeren Auseinanderfallen der berufsrechtlichen Bedingungen von Wirtschaftsprüfern und Steuerberatern. Die Folge wäre ein wesentlicher Markteingriff zu Lasten der Wirtschaftsprüfer, die identische Dienstleistungen nur zu deutlich erhöhten Kosten aufgrund steigender Versicherungsprämien anbieten könnten.

Sollte der Gesetzgeber an der Erhöhung von EUR 1 Mio. auf EUR 2 Mio. festhalten wollen, ist eine Abkopplung von der Mindestversicherungssumme zwingend erforderlich.

Weitere vorgesehene Verschärfungen des § 323 HGB

Weitere einschneidende Verschärfungen der Haftungsregelung sind vorgesehen durch die Änderung der Beweislastverteilung: Der Abschlussprüfer soll künftig darlegen und beweisen müssen, dass die Tatbestandsvoraussetzungen seiner nur beschränkten Haftung erfüllt sind. Diese Umkehr der Darlegungs- und Beweislast erhöht den Aufwand der Prüfungsgesellschaften im Zusammenhang mit der Schadensabwehr. Kleinere und mittelgroße Prüfungsgesellschaften, die keinen eigenen Stab zur Beurteilung und Abwehr rechtlicher Risiken etwa im Zusammenhang mit Haftungsprozessen vorhalten, werden sich zur Begrenzung ihres eigenen Risikos aus der Abschlussprüfung zurückziehen.

Außerdem soll sich der Prüfer künftig nicht mehr auf eine Haftungshöchstgrenze berufen können, wenn er selbst zwar fahrlässig, sein Gehilfe aber vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt hat. Schließlich wird der Anwendungsbereich der Haftungshöchstgrenze von EUR 20 Mio. nicht mehr nur auf börsennotierte Aktiengesellschaften beschränkt, sondern auf Kapitalgesellschaften, die Unternehmen von öffentlichem Interesse sind, ausgedehnt. Letzteres führt dazu, dass auch bei ganz kleinen Versicherungsunternehmen oder Kreditinstituten, die etwa in einen Industriekonzern eingegliedert sind, der Abschlussprüfer bis zu EUR 20 Mio. haftet und einen entsprechenden Versicherungsschutz hierfür vorhalten muss. Das würde kleinere und mittlere Prüfungsgesellschaften aus diesen Abschlussprüfungen herausdrängen.

Straftat der Verletzung der Berichtspflicht bereits ab leichtfertigem Handeln

§ 332 HGB sieht derzeit vor, dass der Abschlussprüfer oder der Gehilfe eines Abschlussprüfers mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe u.a.

Seite 19/25 zur Stellungnahme zum Referentenentwurf eines FISG vom 06.11.2020 an das BMF und BMJV

dann bestraft wird, wenn er einen inhaltlich unrichtigen Bestätigungsvermerk erteilt. Bei dieser Wirtschaftsstraftat, die als Officialdelikt bereits heute stets verfolgt wird, gilt als Verschuldensschwelle zurecht der Vorsatz.

Das Haftungssystem des Abschlussprüfers in § 323 Abs. 2 HGB ist bewusst auf eine Ersatzpflicht grundsätzlich nur gegenüber der geprüften Gesellschaft begrenzt. Dieses vom Gesetzgeber intendierte System könnte durch die vorgesehene Änderung in § 332 HGB „aus den Angeln gehoben“ werden, wenn ein Gericht eine unbegrenzte Haftung des Abschlussprüfers bei leichtfertiger Pflichtverletzung gegenüber einem Dritten (über einen deliktsrechtlichen Anspruch in Verbindung mit dem möglichen Schutzgesetz § 332 HGB) begründen könnte. Von einer derartigen Verschärfung der Strafvorschriften, die einen vollständigen Systemwandel der Abschlussprüferhaftung bedeuten könnte, ist unbedingt abzuraten.

Übergangsfrist

Die vorgesehene Übergangsregelung mit einer Geltung der neuen Regeln ab dem 01.01.2022 belastet sowohl die betroffenen Wirtschaftsprüfer als auch die Versicherungswirtschaft insofern, als sämtliche Versicherungsverträge angepasst werden müssen, was in dieser kurzen Zeit kaum darstellbar ist.

Zur Einfügung von § 323 Abs. 5 HGB – Benennung einer zuständigen Behörde für Unregelmäßigkeiten (Artikel 11 Nr. 8 c):

Wir begrüßen den in § 323 Abs. 5 HGB-E enthaltenen Vorschlag, die BaFin als zuständige Stelle i.S.v. Artikel 7 Unterabs. 2 EU-APrVO zu benennen. Damit beseitigt der deutsche Gesetzgeber den Umstand, dass eine in der EU-APrVO vorgesehene Mitteilungspflicht ins Leere läuft. Wir regen an, entsprechend die Mitteilungspflichten nach Artikel 12 EU-APrVO zu berücksichtigen und auch dafür die BaFin zur zuständigen Stelle zu erklären.

Unklar bleibt, in welchen Fällen der Abschlussprüfer darüber hinaus die für die Verfolgung von Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten jeweils zuständige Behörde zu unterrichten hat. Nach unserem Verständnis ist in dem Referentenentwurf eine solche Mitteilung nur im Anwendungsbereich des Artikel 7 Unterabs. 2 EU-APrVO, d.h. bei der Prüfung von Unternehmen von öffentlichem Interesse, vorgesehen.

Wir geben zu bedenken, dass die Mitteilung des Verdachts auf Vorliegen einer bloßen Ordnungswidrigkeit außerhalb der Rechnungslegung an die dafür zuständige Verwaltungsbehörde das Vertrauensverhältnis zwischen Abschlussprüfer und Mandant übergebühlich belasten würde. Es erscheint sachgerecht,

Seite 20/25 zur Stellungnahme zum Referentenentwurf eines FISG vom 06.11.2020 an das BMF und BMJV

eine solche Mitteilung auf den Verdacht einer Straftat zu beschränken. Andererseits sollte der Anwendungsbereich einer solchen Mitteilungspflicht aber nicht auf Unternehmen von öffentlichem Interesse beschränkt bleiben, sondern sämtliche prüfungspflichtigen Unternehmen umfassen.

Wie bereits zu Artikel 1 Nr. 9 dargelegt, regen wir ergänzend an, für Fälle besonderer Tragweite, z.B. bei Verdacht auf organisierte Kriminalität, die Strafverfolgung beim BKA zu zentralisieren und die originäre Zuständigkeit des BKA für solche Fälle zu erweitern. Der Abschlussprüfer hat dann bei Vorliegen von Anhaltspunkten für einen Bilanzbetrug im Bereich der organisierten Kriminalität das BKA unmittelbar zu unterrichten.

Schließlich regen wir an, § 323 Abs. 5 HGB-E um einen weiteren Satz zu ergänzen und auszuführen, dass der Abschlussprüfer für Mitteilungen, die er in gutem Glauben abgibt, nicht haftet. Für Fälle im Anwendungsbereich des Artikel 7 Unterabs. 2 EU-APrVO ergibt sich dies bereits aus Artikel 7 Unterabs. 3 EU-APrVO. Sollte – wie von uns angeregt – die Mitteilungspflicht des Abschlussprüfers bei Verdacht auf organisierte Kriminalität auf sämtliche gesetzliche Abschlussprüfungen erweitert werden, hätte ein solcher Satz konstitutive Wirkung, weil die EU-APrVO für Prüfungen von Unternehmen, die keine Unternehmen von öffentlichem Interesse sind, nicht gilt.

Zur Änderung von § 332 Abs. 2 HGB – Verletzung der Berichtspflicht bei leichtfertigem Handeln (Artikel 11 Nr. 12):

Bislang wird der Abschlussprüfer mit Geld- oder Freiheitsstrafe zur Verantwortung gezogen, wenn er vorsätzlich einen inhaltlich unrichtigen Bestätigungsvermerk erteilt hat. Dies soll künftig bereits bei leichtfertiger Pflichtverletzung möglich sein. Mit dem Absenken des Verschuldensmaßes auf Fahrlässigkeit wird der Grundsatz durchbrochen, dass nur vorsätzliches Verhalten strafbar ist. Diese Durchbrechung ist gemäß § 15 StGB nur dann zulässig, wenn das Gesetz fahrlässiges Handeln ausdrücklich mit Strafen bedroht. Die Formulierung in § 332 Abs. 3 HGB-E scheint diesem Ausnahmecharakter nicht gerecht zu werden.

Änderung des Einführungsgesetzes zum Handelsgesetzbuch (Artikel 12)

Zur Einfügung der Übergangsvorschrift zum FISG (Artikel 12 Nr. 2):

Unsere Anmerkungen zu der vorgesehenen Übergangsvorschrift zum FISG sind – soweit relevant – in den einzelnen Abschnitten zur Änderung der materiellen Rechtslage enthalten. Insoweit verweisen wir auf unsere Anmerkungen zur

Seite 21/25 zur Stellungnahme zum Referentenentwurf eines FISG vom 06.11.2020 an das BMF und BMJV

Streichung von § 318 Abs. 1a HGB (Artikel 11 Nr. 3 a)) auf S. 8, zur Aufhebung von § 319a HGB (Artikel 11 Nr. 4) auf S. 13 sowie zur Änderung von § 323 HGB (Artikel 11 Nr. 8 b) aa)) auf S. 19 dieser Stellungnahme.

Diese dort enthaltenen Ausführungen gelten – ebenfalls soweit relevant – gleichermaßen für die erstmalige Anwendung von geänderten Regelungen in anderen Gesetzbüchern.

Änderung des Publizitätsgesetzes (Artikel 13)

Zur Änderung von § 18 PubliG – Straftat der Verletzung der Berichtspflicht bereits ab leichtfertigem Handeln (Artikel 13 Nr. 7):

Es ist geplant, § 18 PubliG-E an die geplanten Änderungen in § 332 HGB-E anzupassen. Insoweit verweisen wir auf unsere Anmerkungen zu Artikel 11 Nr. 8 b) aa) sowie zu Artikel 11 Nr. 12.

Zur Einfügung von § 22 Abs. 8 PubliG – Übergangsvorschrift zum FISG (Artikel 13 Nr. 9):

Es ist geplant, die Erstanwendung der geänderten Vorschriften an die Regelungen zum Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuch anzupassen. Insoweit verweisen wir auf unsere diesbezüglichen Anmerkungen.

Änderung des Aktiengesetzes (Artikel 15)

Zur Einfügung von § 93 Abs. 1a AktG – Einrichtung eines internen Kontroll- und Risikomanagementsystems (Artikel 15 Nr. 1 b)):

Wir begrüßen die Absicht von BMF und BMJV, die Pflichten der Geschäftsleitung zur Einrichtung angemessener und wirksamer Corporate Governance Systeme gesetzlich klarzustellen. Die vorgesehene Einführung von § 93 Abs. 1a AktG-E beschreibt jedoch einen Zustand, der hinter der geltenden Rechtslage zurückbleibt. Statt einer Klarstellung werden damit Rechtsunsicherheiten geschaffen, welche die bezweckten Ziele der Änderung konterkarieren könnten.

Die Sorgfaltspflichten der Geschäftsleitung umfassen bereits heute die Einrichtung eines im Hinblick auf die Art und den Umfang der Geschäftstätigkeit sowie die Risikolage des Unternehmens angemessenen und wirksamen internen Kontroll- und Risikomanagementsystems. Diese Corporate Governance Systeme sind auch schon bislang Gegenstand der Befassung des Prüfungsausschusses nach § 107 Abs. 3 Satz 2 AktG. Der Wortlaut des Gesetzesvorschlags in § 93

Seite 22/25 zur Stellungnahme zum Referentenentwurf eines FISG vom 06.11.2020 an das BMF und BMJV

Abs. 1a AktG-E grenzt diese nunmehr explizit genannten Pflichten auf börsennotierte Aktiengesellschaften ein, obwohl die bisherige Rechtslage für nichtbörsennotierte Aktiengesellschaften ausweislich der Gesetzesbegründung nicht geändert werden soll. Die Eingrenzung des Anwendungsbereichs dieser „Klarstellung“ sollte aufgehoben werden, um Rechtsunsicherheiten zu vermeiden und eine mögliche Schwächung von Corporate Governance Systemen nichtbörsennotierter Aktiengesellschaften zu verhindern.

Überdies regen wir an, in den Gesetzesmaterialien das Verständnis des Gesetzgebers zu beschreiben, was unter einem angemessenen und wirksamen internen Kontroll- und Risikomanagementsystem i.S.v. § 93 Abs. 1a AktG-E zu verstehen ist. Unklar ist in diesem Zusammenhang vor allem die Abgrenzung zur Pflicht zur Einrichtung eines Risikofrüherkennungssystems nach § 91 Abs. 2 AktG, die selbstredend für sämtliche Aktiengesellschaften gilt.

Wir unterstützen die Zielsetzung des BMF und BMJV, die Corporate Governance zu stärken. Unseres Erachtens sollte dabei – unbeschadet der bestehenden Vorstandspflichten – der Fokus auf die Einrichtung angemessener und wirksamer Compliance-Management-Systeme zur Verhinderung oder Aufdeckung wirtschaftskrimineller Handlungen in Form von Bilanzbetrug oder Vermögensschädigungen (sog. Anti-Fraud-Managementssysteme) gelegt werden. Wir regen daher an, in § 93 Abs. 1a AktG-E klarstellend die Einführung eines solchen Compliance-Management-Systems – internationalen Rahmenwerken für Unternehmensüberwachungssysteme folgend – als Teil eines internen Kontroll- und Risikomanagementsystems explizit vorzuschreiben.

Darüber hinaus sollte der Vorstand eines Unternehmens von öffentlichem Interesse dazu verpflichtet werden, eine Erklärung abzugeben, dass er ein solches angemessenes und wirksames System eingerichtet hat und betreibt. Der Aufsichtsrat hat im Rahmen seiner allgemeinen Überwachungspflichten zu prüfen, ob die vom Vorstand abgegebene Erklärung zutreffend ist. Der Aufsichtsrat eines Unternehmens von öffentlichem Interesse sollte ebenfalls eine diesbezügliche Erklärung veröffentlichen. Solche Erklärungen erhöhen das Bewusstsein für die jeweiligen Verantwortlichkeiten von Vorstand und Aufsichtsrat. Zur Stärkung des Vertrauens in diese Erklärungen, zur Unterstützung des Aufsichtsrats bei der Erfüllung seiner Überwachungsaufgabe sowie zur Steigerung des Nutzens der Abschlussprüfung sollten diese Erklärungen in die Abschlussprüfung einbezogen werden. Mit der Prüfung eines solchen Compliance-Management-Systems durch den Abschlussprüfer würde zudem eine wirksame Grundlage für ggf. erforderliche Meldungen an dafür zuständige Stellen bei Verdacht auf Unregelmäßigkeiten geschaffen.

Seite 23/25 zur Stellungnahme zum Referentenentwurf eines FISG vom 06.11.2020 an das BMF und BMJV

Darüber hinaus regen wir an, den Vorstand gesetzlich zu verpflichten, im Abschluss eine explizite Aussage dazu abzugeben, dass ihm keine Tatsachen oder Gegebenheiten bekannt sind, die dem Fortbestand des Unternehmens, zumindest in den zwölf Monaten nach Abgabe der Erklärung, entgegenstehen. Der Aufsichtsrat hat diese Erklärung des Vorstands zu prüfen und dann seinerseits öffentlich zu erklären, dass der Vorstand zu Recht von der Annahme der Unternehmensfortführung ausgeht. Der Abschlussprüfer könnte bei Schaffung einer solchen Erklärungspflicht des Vorstands ggf. eine explizite Aussage zur Erklärung zur Fortführung der Unternehmenstätigkeit des Vorstands in seinen Bestätigungsvermerk aufnehmen und erklären, dass ihm im Rahmen der Prüfung des Risikofrüherkennungssystems, des Lageberichts und des Abschlusses keine bestandsgefährdenden Risiken bekannt geworden sind und daher zulässigerweise von der Unternehmensfortführung ausgegangen werden kann.

Überdies könnte die Abschlussprüfung auf die inhaltliche Prüfung der (Konzern-)Erklärung zur Unternehmensführung (§§ 289f, 315d HGB) ausgeweitet werden, damit die Adressaten dieser Erklärung in ihre Richtigkeit und Vollständigkeit vertrauen können. Eine inhaltlich geprüfte (Konzern-)Erklärung zur Unternehmensführung könnte ein wichtiges Instrument der Kapitalmarkttransparenz darstellen und als Grundlage für die Aufnahme kapitalmarktorientierter Unternehmen in bestimmte Börsensegmente dienen.

Zur Änderung von § 100 Abs. 5 AktG – Kompetenzen im Aufsichtsrat (Artikel 15 Nr. 2):

Wir begrüßen die vorgeschlagene Änderung in § 100 Abs. 5 AktG-E, wonach künftig mindestens ein Mitglied des Aufsichtsrats über Sachverstand auf dem Gebiet der Rechnungslegung und mindestens ein Mitglied des Aufsichtsrats über Sachverstand auf dem Gebiet der Abschlussprüfung verfügen muss. Dies fördert die Qualität der Aufsichtsratsarbeit ebenso wie das Zusammenwirken von Aufsichtsrat und Abschlussprüfer.

Wir regen an, diese Vorschrift auch auf Unternehmen anderer Rechtsform, die in ihrer Organisationsstruktur, Größe und Risikostruktur einer Aktiengesellschaft vergleichbar sind, auszudehnen.

Ferner sollte zur Stärkung des Vertrauens in den deutschen Finanzmarkt explizit gesetzlich geregelt werden, dass entsprechend der Empfehlung des Deutschen Corporate Governance Kodex der Vorsitzende des Prüfungsausschusses sowohl von der Gesellschaft als auch von einem kontrollierenden Aktionär unabhängig zu sein hat.

Seite 24/25 zur Stellungnahme zum Referentenentwurf eines FISG vom 06.11.2020 an das BMF und BMJV

Zur Änderung von § 107 Abs. 3 Satz 2 AktG – Ausweitung der Überwachungstätigkeit des Prüfungsausschusses (Artikel 15 Nr. 3 a)):

Wir unterstützen die vom BMF und BMJV vorgeschlagene Ergänzung in § 107 Abs. 3 Satz 2 AktG-E gesetzlich klarzustellen, dass der Prüfungsausschuss entsprechend der bisherigen Empfehlung des Deutschen Corporate Governance Kodex bei der Überwachung der Abschlussprüfung auch deren Qualität beurteilt.

Zur Änderung von § 107 Abs. 4 AktG – Auskunftsrechte des Prüfungsausschusses (Artikel 15 Nr. 3 b)):

Nach § 107 Abs. 4 Satz 3 AktG-E kann der Prüfungsausschuss künftig unmittelbar beim Leiter der internen Kontrolle, beim Leiter des Risikomanagements und beim Leiter der Internen Revision Auskünfte einholen. Diese Aufzählung von Personen mit Leitungsfunktion ist unvollständig. Beispielsweise sollte der Prüfungsausschuss auch Auskünfte unmittelbar beim Leiter Rechnungswesen und beim Leiter Compliance einholen dürfen. Wir regen an, auf eine kasuistische Aufzählung von Personen zu verzichten. Vielmehr sollte sichergestellt werden, dass der Prüfungsausschuss von sämtlichen Personen mit Leitungsfunktion unmittelbar Auskünfte einholen darf, die Informationen bereitstellen können, damit der Prüfungsausschuss seine in § 107 Abs. 3 Satz 2 AktG dargelegten Verantwortlichkeiten erfüllen kann.

Damit der Prüfungsausschuss auch künftig effizient arbeiten kann, ist sicherzustellen, dass auch der Prüfungsausschussvorsitzende die erforderlichen Auskünfte bei den betreffenden Personen einholen kann, ohne zuvor Rücksprache mit dem gesamten Prüfungsausschuss halten zu müssen. Dies könnte z.B. durch entsprechende Regelungen in der Geschäftsordnung oder durch einen entsprechenden Vorratsbeschluss des Prüfungsausschusses erreicht werden. Wir regen eine diesbezügliche Klarstellung an.

C. Redaktionelle Anmerkungen

Nach Artikel 11 Nr. 4 soll § 319a HGB aufgehoben und der bisherige § 319b HGB zu § 319a HGB (Artikel 11 Nr. 5) werden. Sollte an einer ersatzlosen Streichung von § 319a HGB festgehalten werden, regen wir an, den bisherigen § 319b HGB als solchen zu belassen. Damit können redaktionelle Fehler und Unklarheiten in Zeiträumen des Übergangs auf die Vorschriften des FISG vermieden sowie Anpassungserfordernisse in den internen Vorlagen und Unterlagen der Berufsstandsangehörigen reduziert werden. Dies gilt vor allem vor dem

Seite 25/25 zur Stellungnahme zum Referentenentwurf eines FISG vom 06.11.2020 an das BMF und
BMJV

Hintergrund, dass es sich bei den §§ 319a, 319b HGB um zentrale Vorschriften
des Abschlussprüferrechts handelt.

Entsprechendes regen wir zu der geplanten Streichung von § 317 Abs. 3a HGB
und der damit einhergehenden Verschiebung des bisherigen § 317 Abs. 3b
HGB an (Artikel 11 Nr. 2 b) und c)).

Für Rückfragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

[Unterschrift]