

Julius-Maximilians-Universität Würzburg • Sanderring 2 • 97072 Würzburg

Bundesministerium der Finanzen
Wilhelmstr. 97
10117 Berlin

per E-Mail: VIIB1@bmf.bund.de

Bundesministerium der Justiz und
für Verbraucherschutz
Mohrenstr. 37
10117 Berlin

per E-Mail: IIIA3@bmjv.bund.de

Prof. Dr. Hansrudi Lenz
Dr. Jacob Justus Leidner, CFA
Lehrstuhl für Betriebswirtschaftslehre,
Wirtschaftsprüfungs- und Beratungswesen
Sanderring 2
97070 Würzburg

Tel.: +49 931 31 82941

E-Mail: hansrudi.lenz@uni-wuerzburg.de
jacob.leidner@uni-wuerzburg.de

<http://www.bwl.uni-wuerzburg.de/lehrstuehle/bwl3/>

09. November 2020

Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Finanzmarktintegrität – Finanzmarktintegritätsstärkungsgesetz (FISG) – des Bundesministeriums der Finanzen und des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme zum o. g. Referentenentwurf des Bundesministeriums der Finanzen und des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz vom 23. Oktober 2020.

Funktionsfähige und effiziente Finanzmärkte sind für Volkswirtschaften von besonderer Bedeutung, da sie signifikant zur gesamtwirtschaftlichen Ressourcenallokation beitragen. Kommt es zu einem Vertrauensverlust der Marktteilnehmer in die Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte, kann es zu einer Fehlallokation von Ressourcen kommen und damit das volkswirtschaftliche Wachstum negativ beeinflussen.

Die Insolvenz der Wirecard AG dieses Jahr stellte bei Marktteilnehmern das Vertrauen in die Funktionsfähigkeit des deutschen Finanzmarktes in Frage (vgl. z. B. Storbeck & Chazan, 24. Juni 2020). Es ist daher begrüßenswert, dass der deutsche Gesetzgeber den aktuellen gesetzlichen Stand umgehend prüfte und eine Novellierung einschlägiger Gesetze vorschlägt. Der Referentenentwurf zum Finanzmarktintegritätsstärkungsgesetz (FISG) möchte u. a. das Enforcement-Verfahren zur Prüfung der Rechnungslegung von kapitalmarktorientierten Unternehmen hin zu einem stärker staatlich-hoheitlich geprägten Verfahren reformieren sowie die Qualität der Abschlussprüfung von Unternehmen von öffentlichem Interesse erhöhen.

Im Folgenden beziehen wir Stellung zu ausgewählten Fragen des Enforcement-Verfahrens zur Prüfung der Rechnungslegung von kapitalmarktorientierten Unternehmen und der Abschlussprüfung von Unternehmen von öffentlichem Interesse.

A. Enforcement-Verfahren zur Prüfung der Rechnungslegung von kapitalmarktorientierten Unternehmen

A.1 Zweistufige Ausgestaltung des Enforcement-Verfahrens

Die Zielsetzung des Enforcement-Verfahrens ist gemäß der europäischen Richtlinie 2004/109/EG sehr weitgefasst, nämlich „zu prüfen, ob die Informationen im Sinne dieser Richtlinie den einschlägigen Anforderungen an die Berichterstattung entsprechen und im Falle aufgedeckter Verstöße die geeigneten Maßnahmen zu ergreifen“ (Artikel 24 Absatz 4 Buchstabe h Richtlinie 2004/109/EG). Ähnlich weitgefasst lautete auch der Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Bilanzkontrollgesetz (BilKoG): „Ziel ist es, Unregelmäßigkeiten bei der Erstellung von Unternehmensabschlüssen und -berichten präventiv entgegenzuwirken und, sofern Unregelmäßigkeiten dennoch auftreten, diese aufzudecken und den Kapitalmarkt darüber zu informieren.“ (Drucksache 15/3421, S. 11). Das Ziel des deutschen Enforcement-Verfahrens kann

damit sehr weit ausgelegt werden, wobei auch die Prüfung auf vorsätzliche Bilanzmanipulationen mit eingeschlossen werden kann (vgl. z. B. Böcking & Gros, 2020). Solch eine weitgefaste Zielsetzung steht auch im Einklang mit den Leitlinien der European Securities and Markets Authority (ESMA) zur Überwachung von Finanzinformationen (Enforcement) vom 28. Oktober 2014 (vgl. ESMA, 2014). Zudem weist die ESMA wiederholt daraufhin, dass Enforcement-Verfahren auch eine Prüfung auf vorsätzliche Bilanzmanipulationen (*examination of fraud*) umfassen können (vgl. ESMA, 2020).

Weder aus der europäischen Richtlinie, den ESMA-Leitlinien, noch der weitgefaste Zielsetzung des BilKoG ist eine zu präferierende konkrete Ausgestaltung des Enforcement-Verfahrens zu entnehmen. Der Fall Wirecard AG hat Schwächen des aktuell bestehenden Enforcement-Verfahrens offenbart, welche fallbezogen detailliert im ESMA Peer Review Report vom 03. November 2020 (vgl. ESMA, 2020) dokumentiert werden. Viele dieser Schwächen sind unseres Erachtens auch eine Folge der zweistufigen Ausgestaltung des Enforcement-Verfahrens (vgl. ähnlich Langenbacher et al., 2020). Der Referentenentwurf zum FISG sieht dennoch eine grundsätzliche Beibehaltung der zweistufigen Ausgestaltung des Enforcement-Verfahrens vor.

Wir empfehlen dagegen eine Abschaffung der zweistufigen Ausgestaltung des Enforcement-Verfahrens. Die BaFin sollte als zuständige Behörde die *alleinige und vollständige* Verantwortung für das Enforcement-Verfahren übernehmen. Eine eigenständige Abteilung innerhalb der BaFin (z. B. der Wertpapieraufsicht/Asset-Management unterstellt) wäre die logische Konsequenz. Den angedachten Prüfungsansätzen – „ausschließlich stichprobenartige Prüfungen“ und „anlassbezogene Prüfungen“ – folgend, könnten innerhalb der BaFin aber auch zwei entsprechende Divisionen (Abteilungen) geschaffen werden. Der Gesetzgeber sollte dann jedoch die Ziele beider Divisionen sowie deren Prüfungsgegenstand und -maßstab vorgeben. Denkbar wäre bei solch einer divisionalen Ausgestaltung, dass sich die BaFin weiterhin einer Prüfstelle als Verwaltungshelferin, wie der Deutsche Prüfstelle für Rechnungslegung DPR e. V. (DPR), bedienen könnte (im Speziellen für „ausschließlich stichprobenartige Prüfungen“), wobei die alleinige und vollständige Verantwortung weiterhin bei der BaFin bliebe. Weshalb die Nutzung einer Prüfstelle als Verwaltungshelferin eine effizientere Lösung wäre als die Tätigkeiten selbst durch die BaFin zu erbringen, müsste vom Gesetzgeber ausführlich begründet werden; vor allem wie sichergestellt werden kann, dass bei Bedarf Ressourcen ad hoc erweitert werden könnten (vgl. ESMA, 2020).

A.2 Transparenz des Enforcement-Verfahrens

Um das Vertrauen von Marktteilnehmern in die Funktionsfähigkeit des deutschen Finanzmarktes zu gewährleisten, ist ein effizientes und transparentes Enforcement-Verfahren notwendig. Auch wenn keine umfassende empirische Evidenz zur Transparenz des deutschen Enforcement-Verfahrens vorliegt, könnten die empirischen Ergebnisse in Hitz et al. (2012) sowie Hitz & Schnack (2019) zumindest dahingehend interpretiert werden, dass ein öffentliches Interesse an dem Verlauf und den Ergebnissen des Enforcement-Verfahrens besteht. Die öffentliche Diskussion zum Fall Wirecard AG untermauert dies anekdotisch (vgl. z. B. Storbeck, 19. Mai 2020). In ihrem Peer Review Report merkt die ESMA (2020) einen Mangel an Transparenz des deutschen Enforcement-Verfahrens an.

Der Referentenentwurf zum FISG sieht keine umfangreichen Regelungen vor, die eine signifikante Erhöhung der Transparenz des Enforcement-Verfahrens erwarten ließe. § 107 Absatz 8 WpHG-E soll künftig lediglich die Möglichkeit eröffnen, dass die BaFin „wesentliche Verfahrensschritte und im Laufe des Verfahrens gewonnene Erkenntnisse im Zusammenhang mit der Rechnungslegung“ veröffentlichen kann, „soweit ein öffentliches Interesse besteht“. Diese neue Befugnis ermächtigt die BaFin im Einzelfall den Kapitalmarkt über das (laufende) Enforcement-Verfahren zu informieren. Jedoch bedeutet die gewählte Kann-Bestimmung sowie die Einschränkung zum Bestehen eines öffentlichen Interesses, dass der BaFin ein zu großer Ermessensspielraum mit unklaren Maßstäben eingeräumt werden würde.

Eine derart begrenzte Erhöhung der Transparenz des Enforcement-Verfahrens über § 107 Absatz 8 WpHG-E ist abzulehnen. Als Alternative wird folgender differenzierterer Ansatz vorgeschlagen:

Für auf Stichproben basierenden Prüfungen („ausschließlich stichprobenartige Prüfungen“) muss jährlich die Zusammensetzung der Stichprobe, also welche kapitalmarktorientierten Unternehmen geprüft wurden, veröffentlicht werden. Des Weiteren ist die Kommunikation zwischen der BaFin sowie dem geprüften kapitalmarktorientierten Unternehmen nach Abschluss der Prüfung oder der Verweigerung zur Mitwirkung bei der Prüfung umgehend zu veröffentlichen. Antwortet ein zu prüfendes kapitalmarktorientiertes Unternehmen nicht innerhalb von 5 Werktagen auf den erstmaligen Kontakt seitens der BaFin, so ist dies, inklusive etwaiger erster Kommentare durch die BaFin, von der BaFin umgehend offenzulegen. Die Idee folgt in weiten Teilen dem Transparenzregime des *Filing Review*-Verfahrens der US-amerikanischen Securities and Exchange Commission (vgl. für umfangreiche empirische Evidenz Cunningham & Leidner, 2020).

Für „anlassbezogene Prüfungen“ durch die BaFin, könnte die Grundlogik des § 107 Absatz 8 WpHG-E, die Veröffentlichung von „wesentliche[n] Verfahrensschritte[n] und im Laufe des Verfahrens gewonnene Erkenntnisse im Zusammenhang mit der Rechnungslegung“, beibehalten werden. Es ist jedoch

diskussionswürdig, ob der der BaFin zugestandene Ermessensspielraum zur Veröffentlichung von entsprechenden Informationen eingeschränkt werden sollte. § 107 Absatz 8 WpHG-E könnte zur Muss-Vorschrift umformuliert werden. Im Referentenentwurf zum FISG wird die Veröffentlichung von Informationen zudem vom Bestehen eines öffentlichen Interesses abhängig gemacht. Dies ist fragwürdig, da davon auszugehen ist, dass beim Vorliegen von *wesentlichen* „Erkenntnisse[n] im Zusammenhang mit der Rechnungslegung“ bei kapitalmarktorientierten Unternehmen per se ein öffentliches Interesse besteht. Hat der Gesetzgeber Gründe, die gegen eine umfassende Informationspflicht sprechen, wäre dies ausführlich in der Gesetzestextbegründung zu erläutern.

Gegen diesen Vorschlag eines differenzierteren Ansatzes zur Steigerung der Transparenz des Enforcement-Verfahrens kann eingewendet werden, dass vertrauliche Unternehmensinformationen veröffentlicht werden könnten. Dies betrifft beispielsweise Prüfungsberichte von Abschlussprüfern. Daher sollte kapitalmarktorientierten Unternehmen die Möglichkeit eröffnet werden, vertrauliche unternehmensbezogene Informationen in den entsprechenden Veröffentlichungen zu entfernen – z. B. durch Schwärzung betreffender (Text-)Stellen oder Anhänge. Dies sollte auf Antrag durch das kapitalmarktorientierte Unternehmen gegenüber der BaFin erfolgen, die sodann entscheidet. Der Antrag durch das kapitalmarktorientierte Unternehmen muss intersubjektiv nachvollziehbar darlegen, welche (Text-)Stellen oder Anhänge vertrauliche unternehmensbezogene Informationen beinhalten und warum diese in der Veröffentlichung entfernt werden sollten.

Unser Vorschlag zur Erhöhung der Transparenz des Enforcement-Verfahrens würde zu einer signifikanten Novellierung deutscher Gesetze führen. Wir empfehlen daher mit Nachdruck auch, dass der Gesetzgeber die Reformierung des deutschen Enforcement-Verfahrens als Anlass nutzt, um die Regulierung des Enforcement-Verfahrens auf europäischer Ebene grundlegend zu überarbeiten und schließlich dessen Transparenz zu erhöhen.

A.3 Empirische Evidenz zum deutschen Enforcement-Verfahren

Ungeachtet der Erkenntnisse der ESMA (vgl. ESMA, 2020), ist weder eine Beibehaltung, noch eine Abschaffung der zweistufigen Ausgestaltung des Enforcement-Verfahrens auf Basis der bisherigen empirischen Evidenz zu rechtfertigen. Die wenigen vorliegenden Studien lassen teils keine robusten Aussagen zur (langfristigen) Wirkung des Enforcement-Verfahrens zu (z. B. Ernstberger et al., 2012 versus Gros & Nevrel, 2020). Des Weiteren unterliegen Studien, die sich mit unternehmensspezifischen Auswirkungen nach Fehlerveröffentlichungen befassen (vgl. z. B. Brocard et al., 2018), der Einschränkung, dass die bisherige Stichprobenauswahl der DPR ein kombiniertes Verfahren aus einer risikoorientierten Auswahl und einer Zufallsauswahl mit Schichtung entspricht (vgl. DPR, 15. November 2018; ESMA, 2020). Unternehmensspezifische Auswirkungen nach einer Fehlerveröffentlichung könnten somit einerseits eine direkte Folge des Enforcement-Verfahrens sein, andererseits aber auch eine indirekte Folge, verursacht durch andere (Risiko-)Faktoren (vgl. in diesem Zusammenhang auch Gros et al., 2020). Es wäre daher auch wünschenswert, dass im Zuge der Evaluierung gemäß § 113a WpHG-E empirische Forschungsarbeiten stärker gefördert und berücksichtigt werden.

B. Abschlussprüfung von Unternehmen von öffentlichem Interesse

B.1 Aufhebung von § 318 Absatz 1a HGB – Höchstlaufzeit des Prüfungsmandats

Mit der Aufhebung von § 318 Absatz 1a HGB soll zukünftig das Mitgliedstaatenwahlrecht des Artikels 17 Absatz 4 Verordnung (EU) Nr. 537/2014 zur Verlängerung der Laufzeit des Prüfungsmandats auf 20 bzw. 24 Jahre unter bestimmten Bedingungen für Unternehmen von öffentlichem Interesse, die keine Kreditinstitute oder Versicherungen sind, nicht mehr genutzt werden. Der Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Abschlussprüfungsreformgesetz (AReG) begründete die Wahrnehmung dieses Mitgliedstaatenwahlrechts noch damit, „dass jede externe Rotation die Gefahr eines erheblichen Verlustes an Informationen über das geprüfte Unternehmen birgt, der sich negativ auf die Prüfungsqualität auswirken“ (Drucksache 18/7219, S. 39) könne, während die Begrenzung der Laufzeit auf 10 Jahre bei Kreditinstituten und Versicherungsunternehmen „der besonderen Bedeutung von gesetzlichen Abschlussprüfungen dieser Institute für den Finanzmarkt Rechnung“ (Drucksache 18/7219, S. 51 für Kreditinstitute; nahezu gleichlautend für Versicherungsunternehmen S. 53) trage. Die widersprüchliche Argumentation des Gesetzentwurfes der Bundesregierung zum AReG würde mit der Aufhebung von § 318 Absatz 1a HGB und der damit einhergehenden einheitlichen Begrenzung der Höchstlaufzeit des Prüfungsmandats auf 10 Jahre gemäß Artikel 17 Absatz 1 Unterabsatz 2 Verordnung (EU) Nr. 537/2014 beseitigt.

Robuste empirische Evidenz zum Vorliegen einer spezifischen Höchstlaufzeit von Prüfungsmandaten, ab der die Qualität einer Abschlussprüfung signifikant negativ beeinflusst wird, liegen unserer Kenntnis nach nicht vor (vgl. z. B. DeFond & Zhang, 2014; Myers et al., 2003). Zu kurze Höchstlaufzeiten von Prüfungsmandaten könnten theoretisch hingegen zu erheblichen Wissensverlusten und Prüferwechselkosten führen.

B.2 Aufhebung von § 319a Besondere Ausschlussgründe bei Unternehmen von öffentlichem Interesse – Prüfung und Beratung

§ 319a Absatz 1 Nummer 2 HGB macht von dem in Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a Verordnung (EU) Nr. 537/2014 enthaltenen Mitgliedstaatenwahlrecht Gebrauch. Nach aktuellem deutschem Recht können damit bestimmte Steuerberatungsleistungen, die grundsätzlich gemäß Artikel 5 Absatz 1 Verordnung (EU) Nr. 537/2014 zu den verbotenen Nichtprüfungsleistungen (sog. *blacklist*) gehören, vom Abschlussprüfer unter bestimmten Voraussetzungen dennoch erbracht werden. Zusätzlich zu den durch die Verordnung (EU) Nr. 537/2014 vorgegebenen Voraussetzungen, dass die Steuerberatungsleistungen allein oder kumuliert keine unmittelbaren und nur unwesentlichen Auswirkungen auf den zu prüfenden Jahresabschluss haben, wurde das Wesentlichkeitskriterium in § 319a Absatz 1 Nummer 2 HGB konkretisiert. Gemäß § 319a Absatz 1 Nummer 2 HGB liegt „eine nicht nur unwesentliche Auswirkung [...] insbesondere dann vor, wenn die Erbringung der Steuerberatungsleistungen im zu prüfenden Geschäftsjahr den für steuerliche Zwecke zu ermittelnden Gewinn im Inland erheblich gekürzt hat oder ein erheblicher Teil des Gewinns ins Ausland verlagert worden ist, ohne dass eine über die steuerliche Vorteilerlangung hinausgehende wirtschaftliche Notwendigkeit für das Unternehmen besteht“. Der Gesetzentwurf der Bundesregierung zum AReG begründete diese Konkretisierung nachvollziehbar mit Erwägungsgrund 9 der Verordnung (EU) Nr. 537/2014, in dem ausgeführt wird, dass „[w]enn diese Leistungen aggressive Steuerplanung beinhalten, sollten sie nicht als unwesentlich angesehen werden“. Die gewählte Konkretisierung des § 319a Absatz 1 Nummer 2 HGB führt zu umfangreichen Auslegungsproblemen (vgl. z. B. Beck Bil-Komm/Schmidt & Nagel, 2020, HGB § 319a Rn. 11 ff.; MüKoHGB/Ebke, 2020, HGB § 319a Rn. 16 ff.; IDW, 2020). Möchte der deutsche Gesetzgeber diese Auslegungsprobleme vermeiden, dann sollte vom Mitgliedstaatenwahlrecht in Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a Verordnung (EU) Nr. 537/2014 kein Gebrauch gemacht werden.

Umfangreiche Auslegungsprobleme bestehen auch durch die Inanspruchnahme des Mitgliedsstaatenwahlrechts des Artikels 5 Absatz 3 Buchstabe a Verordnung (EU) Nr. 537/2014 für Bewertungsleistungen. § 319a Absatz 1 Nummer 3 HGB erlaubt die Erbringung von Bewertungsleistungen unter spezifischen Voraussetzungen; im Falle, dass sich Bewertungsleistungen einzeln oder zusammen auf den zu prüfenden Jahresabschluss nicht unmittelbar und nur unwesentlich auswirken. Gemäß Artikel 5 Absatz 1 Unterabsatz 2 Buchstabe f Verordnung (EU) Nr. 537/2014 gehören „Bewertungsleistungen, einschließlich Bewertungsleistungen in Zusammenhang mit Leistungen im Bereich der Versicherungsmathematik und der Unterstützung bei Rechtsstreitigkeiten“ zu den verbotenen Nichtprüfungsleistungen. Erwägungsgrund 8 der Verordnung (EU) Nr. 537/2014 begründet dieses Verbot von Bewertungsleistungen mit einer potenziellen Gefährdung der Unabhängigkeit des Abschlussprüfers; vermutlich basierend auf der Argumentation, dass die gleichzeitige Erbringung von Bewertungs- und Abschlussprüfungsleistungen zu Selbstprüfungstatbeständen führen könnte. Gemäß der deutschen Berufssatzung für Wirtschaftsprüfer und vereidigte Buchprüfer liegt eine Selbstprüfung vor, wenn der bestellte Abschlussprüfer „einen Sachverhalt zu beurteilen hat, an dessen Entstehung er selbst unmittelbar beteiligt und diese Beteiligung nicht von nur untergeordneter Bedeutung war“ (§ 33 Absatz 1 BS WP/vBP). Eine in diesem Zusammenhang weiterführende Konkretisierung des § 319a Absatz 1 Nummer 3 HGB ist im Gesetzentwurf der Bundesregierung zum AReG nicht zu finden, sodass sich im noch größeren Umfang als bei den Steuerberatungsleistungen (§ 319a Absatz 1 Nummer 2 HGB) Auslegungsprobleme zur Zulässigkeit der Erbringung bestimmter Bewertungsleistungen ergeben (vgl. z. B. Beck Bil-Komm/Schmidt & Nagel, 2020, HGB § 319a Rn. 21; MüKoHGB/Ebke, 2020, HGB § 319a Rn. 23 ff.; IDW, 2020). Möchte der deutsche Gesetzgeber auch diese Auslegungsprobleme vermeiden, dann sollte vom Mitgliedstaatenwahlrecht in Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a Verordnung (EU) Nr. 537/2014 kein Gebrauch gemacht werden.

Der Referentenentwurf zum FISG verweist bei der Begründung zur Aufhebung von § 319a HGB nachvollziehbarerweise auf die umfangreichen Auslegungsprobleme von § 319a Absatz 1 Nummer 2 und 3 HGB und würde damit zur Stärkung der Rechtsklarheit beitragen. Insofern ist die Aufhebung von § 319a HGB zu begrüßen.

Die Nichtausübung des Mitgliedstaatenwahlrechts in Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a Verordnung (EU) für Steuerberatungs- und Bewertungsleistungen könnte man des Weiteren mit Argumenten aus der psychologischen Urteilsbildungstheorie stützen. Im Kern geht es darum, dass durch zusätzliche Beratungsleistungen eine neutrale Urteilsbildung gefährdet sein könnte, da neben ökonomischen Bindungen auch – teilweise unbewusste – psychologische Bindungen des Abschlussprüfers an den Mandanten entstehen (sog. *self-serving bias*; vgl. z. B. Bazerman et al., 1997; Bazerman et al., 2002; Messick & Sentis, 1979). Unserer Kenntnis nach liegt zudem keine robuste empirische Evidenz für oder gegen ein Verbot der gleichzeitigen Erbringung von Steuerberatungs- sowie Bewertungsleistungen i. S. d. Artikels 5 Absatz 1 Unterabsatz 2 Buchstabe a Ziffern i und iv bis vii und Buchstabe f Verordnung (EU) Nr. 537/2014 vor.

Mit der vollständigen Aufhebung von § 319a HGB würde auch das Mitgliedstaatenwahlrecht des Artikels 4 Absatz 2 Unterabsatz 3 Verordnung (EU) Nr. 537/2014 nicht mehr ausgeübt, welches zu einer Ausnahmeregel von Artikel 4 Absatz 2 Unterabsatz 1 Verordnung (EU) Nr. 537/2014 in § 319a Abs. 1a HGB führte. In diesem Zusammenhang möchten wir auf eine Auslegungsproblematik von Artikel 4 Absatz 2 Verordnung (EU) Nr. 537/2014 hinweisen. Das Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e. V. (IDW) legt in seinem

Positionspapier zu Nichtprüfungsleistungen des Abschlussprüfers Artikel 4 Absatz 2 Verordnung (EU) Nr. 537/2014 dahingehend aus, dass für „Cap-Berechnung lediglich Nichtprüfungsleistungen des Abschlussprüfers und nicht solcher seiner Netzwerkpartner (oder *Tochtergesellschaften*) erfasst“ (IDW, 2020, S. 56; eigene Hervorhebung) werden sollten. Würde man der Auslegung des IDW folgen, so wäre die Begrenzung des Gesamthonorars für erlaubte Nichtprüfungsleistungen leicht zu umgehen, indem der Abschlussprüfer Nichtprüfungsleistungen auf Tochtergesellschaften oder Netzwerkgesellschaften verlagert (vgl. Schüppen, 2016). Dasselbe Problem besteht im Übrigen auch bei der 15 %-Grenze in Artikel 4 Absatz 3 Verordnung (EU) Nr. 537/2014, die eine zu hohe Mandantenabhängigkeit verhindern soll. Möchte der deutsche Gesetzgeber diese Regelungslücke der Verordnung (EU) Nr. 537/2014 im Zuge des FISG schließen, empfehlen wir das Mitgliedsstaatenwahlrecht in Artikel 4 Absatz 4 Verordnung (EU) Nr. 537/2014 in Anspruch zu nehmen, das strengere Anforderungen gestattet. In Bezug auf Artikel 4 Absatz 2 Verordnung (EU) Nr. 537/2014 wäre dann sicherzustellen, dass die an Tochtergesellschaften und verbundenen Dritten des Abschlussprüfers (ggf. auch von Netzwerkgesellschaften) gezahlten Honorare bei der Berechnung der 70 %-Grenze berücksichtigt werden; gleiches gilt für Artikel 4 Absatz 3 Verordnung (EU) Nr. 537/2014.

Im Referentenentwurf zum FISG wird nicht betrachtet, ob eine auf Ebene der Prüfungsgesellschaften potenzielle Dominanz von Nichtprüfungsleistungen am Gesamtumsatz zu negativen Auswirkungen auf die Abschlussprüfungsqualität führen könnte. Negative Auswirkungen auf die Abschlussprüfungsqualität könnten möglicherweise auch dann erwartet werden, wenn die Organisationsstruktur und -kultur einer Prüfungsgesellschaft wesentlich durch Nichtprüfungsleistungen geprägt sind und dies auch dann, wenn bei Abschlussprüfungsmandanten keine oder nur in geringem Umfang zulässige Nichtprüfungsleistungen erbracht werden (vgl. CMA, 2019). Im Fokus dieser regulierungspolitischen Debatte im Vereinigten Königreich stehen regelmäßig die Big Four-Prüfungsgesellschaften, da diese den Abschlussprüfungsmarkt bei Unternehmen von öffentlichem Interesse mit sehr hohen Marktanteilen beherrschen (vgl. z. B. Lenz, 10. August 2020; Loscher, 24. August 2020). Im Zuge des Gesetzgebungsprozesses zum FISG könnte daher auch geprüft werden, ob solch ein potentielles Problem in Deutschland vorliegt. Geeignete Regelungen könnten sodann in der Wirtschaftsprüferordnung (z. B. Entlohnung von Prüfungspartnern) verankert werden.

B.3 § 323 Verantwortlichkeit des Abschlussprüfers – Haftung

In Bezug auf die Haftung für Berufspflichtverletzungen sind Abschlussprüfer in Deutschland in zweifacher Weise privilegiert. Erstens haftet der Abschlussprüfer, seine Gehilfen und die bei der Prüfung mitwirkenden gesetzlichen Vertreter einer Prüfungsgesellschaft bei vorsätzlichen oder fahrlässigen Pflichtverletzungen bei gesetzlichen Abschlussprüfungen nach § 323 Absatz 1 HGB nur gegenüber dem geschädigten geprüften Unternehmen und ggf. einem verbundenen Unternehmen. Eine Haftung gegenüber außenstehenden Dritten – z. B. geschädigten Aktionären oder Gläubigern, wie im Fall der Wirecard AG – sieht § 323 HGB nicht vor. Zweitens wird die Haftung im Falle von fahrlässigem Handeln auf eine Million Euro bzw. bei Prüfung einer Aktiengesellschaft, deren Aktien zum Handel im regulierten Markt zugelassen sind, auf vier Millionen Euro begrenzt (Haftungshöchstgrenze; § 323 Absatz 2 HGB). Auch wenn zivilrechtliche Schadensersatzklagen gegen Abschlussprüfer zunehmen, ist die Wahrscheinlichkeit einer zivilrechtlichen Haftung seitens des Abschlussprüfers im Vergleich zu anderen Staaten relativ gering (vgl. z. B. MüKoHGB/Ebke, 2020, HGB § 323 Rn. 1).

Diese ökonomisch nicht begründbare sowie nicht mehr zeitgemäße Regelung des § 323 HGB soll gemäß dem Referentenentwurf zum FISG geändert werden, was grundsätzlich zu begrüßen ist (vgl. für eine stärkere Haftung des Abschlussprüfers aus juristischer Sicht Hopt, 2015; vgl. aus ökonomischer Perspektive Langenbucher et al., 2020). Zum einen sollen die Haftungshöchstgrenzen für Abschlussprüfer auf zwei Millionen Euro bzw. bei Prüfung von Unternehmen von öffentlichem Interesse auf 20 Millionen Euro bei nicht vorsätzlichem oder nicht grob fahrlässigem Handeln erhöht werden. Zum anderen soll eine unbegrenzte Haftung für Abschlussprüfer bei vorsätzlichem oder grob fahrlässigem Handeln im HGB verankert werden, welche auch dann gelten sollte, wenn der Abschlussprüfer „zwar einfach fahrlässig, sein Gehilfe aber vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt hat, und dieses Verhalten des Gehilfen dem Prüfer nach allgemeinen haftungsrechtlichen Grundsätzen zuzurechnen ist“ (Referentenentwurf zum FISG, S. 102).

Die vorgeschlagene Neuregelung des § 323 Absatz 2 HGB-E geht unseres Erachtens nicht weit genug. Aktionäre und Gläubiger müssen auf das Testat des Abschlussprüfers vertrauen; die Abschlussprüfung ist eine Vertrauensdienstleistung mit Beglaubigungsfunktion (vgl. z. B. Langenbucher et al., 2020). Wenn ein Abschlussprüfer seine Berufspflichten vorsätzlich oder (grob) fahrlässig verletzt und Aktionäre sowie Gläubiger dadurch geschädigt werden, dann sollten sie – und nicht nur das geprüfte Unternehmen – eine Möglichkeit haben, den Abschlussprüfer auf Schadensersatz zu verklagen. Zugleich stellt eine erweiterte zivilrechtliche Haftung gegenüber Aktionären und Gläubigern für den Abschlussprüfer einen weiteren Anreiz dar, gewissenhaft und sorgfältig zu prüfen (Präventionsfunktion). Dass eine „Tendenz zur Ausweitung der Prüfungsintensität [besteht], weil umfangreichere Prüfungen nicht nur zur Reduzierung von Fehlern der Rechnungslegung beitragen, sondern außerdem die Wahrscheinlichkeit erhöhen, dass in einem späteren Prozess die Prüfungstätigkeiten als ordnungsgemäß klassifiziert werden“ (Wagenhofer & Ewert, 2015, S. 500), zeigen auch modelltheoretische Herleitungen. Es ist bezeichnend, dass die theoretische Literatur fast ausschließlich

Dritthaftungsmodelle diskutiert (Wagenhofer & Ewert, 2015, S. 464). In Deutschland hingegen gibt es gegenwärtig für Aktionäre und Gläubiger (Dritte) keine Möglichkeit, gegen den Abschlussprüfer bei (grob) fahrlässiger Berufspflichtverletzung zivilrechtliche Schadensersatzklage zu erheben. Zivilrechtlichen Klagen Dritter müssen auf deliktsrechtliche Regelungen gestützt werden, z. B. auf § 826 BGB (sittenwidrige vorsätzliche Schädigung). Vorsätzliches Handeln, zumindest bedingter Vorsatz, ist in der Praxis jedoch schwierig zu beweisen. Man kann deshalb begründet annehmen, dass die derzeitigen zivilrechtlichen Haftungsregelungen nicht effektiv sind, um eine sorgfältige Prüfungsdurchführung und Testierung zu bewirken (vgl. Bauer, 2017, S. 211 ff.).

Wir empfehlen daher, dass der Gesetzgeber, zusätzlich zu dem Referentenentwurf zum FISG erbrachten Vorschlägen, die Haftungshöchstgrenze des HGB bei nicht vorsätzlichem oder nicht grob fahrlässigem Handeln an dem Gesamtumsatz der Prüfungsgesellschaften anknüpft. Eine fixe Haftungshöchstgrenze wäre im Einzelfall nicht anreizkompatibel. Des Weiteren sollten die Haftungsregelungen des § 323 HGB auch gegenüber Aktionären und Gläubigern (Dritte) gelten.

Alternativ könnte eine unbegrenzte (Mit-)Verschuldenshaftung des Abschlussprüfers gegenüber dem geprüften Unternehmen und Dritten diskutiert werden, die durch privatvertragliche Vereinbarungen begrenzt werden könnte. Die privatvertraglichen Vereinbarungen müssten jedoch einer gerichtlichen Kontrolle sowie der Zustimmung der Aktionäre bzw. Gesellschafter unterliegen. Bei Unternehmen von öffentlichem Interesse wären zudem diese privatvertraglichen Vereinbarungen offen zu legen (vgl. Europäische Kommission, 2008).

Bedenken, dass eine Verschärfung der Haftung bei Vorliegen einer Berufspflichtverletzung durch den Abschlussprüfer zu einer Erhöhung der Marktkonzentration für Abschlussprüfungen von Unternehmen von öffentlichem Interesse führt, können unseres Erachtens aufgrund eines Mangels an überzeugenden *empirischen* Studien nicht gestützt werden. Des Weiteren wäre auch eine potenzielle Erhöhung der Marktkonzentration auf Abschlussprüfungsmärkten nicht problematisch, wenn die Abschlussprüfungsqualität nicht gleichzeitig sinken würde. Ein kausaler Zusammenhang zwischen Marktkonzentration auf Abschlussprüfungsmärkten und Abschlussprüfungsqualität ist unseres Erachtens nicht wissenschaftlich abschließend belegt (vgl. z. B. DeFond & Zhang, 2014). Aus theoretischer Sicht wäre auch das erhöhte Haftungsrisiko des Abschlussprüfers zumindest in Teilen versicherbar (vgl. Referentenentwurf zum FISG, S. 72). Versicherungs- und intern kalkulierte Risikoprämien könnten über die Abschlussprüfungshonorare an den Auftraggeber (Eigentümer) der Abschlussprüfung – je nach Marktmacht der Anbieter und Nachfrager von Abschlussprüfungen – weitergegeben werden. Wir würden erwarten, dass signifikante Teile der Kosten einer höheren Haftung von Berufspflichtverletzungen der Abschlussprüfer durch die Eigentümer des geprüften Unternehmens getragen würden (vgl. aus modelltheoretischer Sicht Wagenhofer & Ewert, 2015, S. 468; vgl. zur Diskussion empirischer Nachweise für die USA Minutti-Meza, 2014).

B.4 § 332 Verletzung der Berichtspflicht – Strafbarkeit des Abschlussprüfers

Die zentrale handelsrechtliche Strafvorschrift für Abschlussprüfer ist § 332 HGB i. V. m. §§ 321, 322 HGB, der die unrichtige Berichterstattung im Prüfungsbericht und Bestätigungsvermerk unter Strafe stellt. Die Schwächen der aktuellen Regelung werden von Bauer (2017) umfassend und detailliert herausgearbeitet.

Hervorzuheben ist zum Beispiel, dass nach herrschender Meinung der Tatbestand einer unrichtigen Berichterstattung nur dann vorliegt, wenn der Abschlussprüfer *subjektiv unrichtig* berichtet, d. h., wenn er sein subjektives Ergebnis der Prüfung nicht im Prüfungsbericht darstellt. Ein Abschlussprüfer, „der einen objektiv unrichtigen [Prüfungsbericht] erstellt, macht sich daher nicht strafbar, wenn der Bericht das tatsächlich angefallene (sei es auch aufgrund von Prüfungsfehlern), aber unrichtige Prüfungsergebnis zutreffend wiedergibt“ (Beck Bil-Komm/Grottel & Hoffmann, 2020, HGB § 332, Rn. 11). Bauer (2017, S. 108 f.) merkt in diesem Zusammenhang an, dass die aktuelle Regelung des HGB nur Verstöße gegen Berichtspflichten (Prüfungsbericht und Bestätigungsvermerk) umfasse, nicht aber Verstöße gegen die Pflicht zur sorgfältigen Prüfungsdurchführung sanktioniert. Bauer (2017) schlussfolgert, „dass eine effektive Strafverfolgung von Jahresabschlussprüfern nicht stattfindet: Nur eine einzige Verurteilung aus § 332 HGB konnte ausfindig gemacht werden“ (Bauer, 2017, S. 307).

Der Referentenentwurf zum FISG schlägt Ergänzungen des § 332 HGB vor, wobei schon die leichtfertige Erteilung eines inhaltlich unrichtigen Bestätigungsvermerks zu dem Abschluss eines Unternehmens von öffentlichem Interesse unter Strafe gestellt werden soll. Ob der Referentenentwurf zum FISG damit zu einer „ausreichend abschreckende Ahndung [...] der Abschlussprüfer“ (Referentenentwurf zum FISG, S. 1) in der Praxis führen würde, ist fraglich. Der Gesetzgeber sollte den Gesetzgebungsprozess dahingehend nutzen, die im Schrifttum diskutierten Schwächen der aktuellen Regelung zur Strafbarkeit der Abschlussprüfer im HGB zu evaluieren und bei Bedarf zu adressieren. Im Speziellen wäre zu diskutieren, inwiefern auch eine leichtfertige *Prüfungsdurchführung*, soweit sich diese auf die Richtigkeit des Prüfungsberichts oder des Bestätigungsvermerks erheblich auswirkt, sanktioniert werden sollte. Eine Diskussionsbasis für eine Neufassung des § 332 HGB könnte Bauer (2017, S. 235 ff.) liefern.

B.5 Transparenz der Abschlussprüferaufsicht

Der Referentenentwurf zum FISG sieht keine Erhöhung der Transparenz der Abschlussprüferaufsicht vor. Wir empfehlen, dass der aktuelle Gesetzgebungsprozess auch dazu genutzt werden sollte, die Transparenz der Abschlussprüferaufsicht signifikant zu erhöhen (vgl. ähnlich Langenbacher et al., 2020). Dies betrifft sowohl die Tätigkeit der Abschlussprüferaufsichtsstelle (APAS) beim Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA) als auch die der Wirtschaftsprüferkammer (WPK). Zum Beispiel sollten die Ergebnisse der Inspektionen der APAS sowie etwaige Sanktionen nicht wie gegenwärtig anonymisiert (vgl. § 69 Absatz 1 Satz 2 WiPrO), sondern – zumindest soweit Abschlussprüfer von Unternehmen von öffentlichem Interesse betroffen sind – mit namentlicher Nennung der Abschlussprüfer erfolgen.

Zu etwaigen Rückfragen stehen wir selbstverständlich gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Prof. Dr. Hansrudi Lenz

Dr. Jacob Justus Leidner, CFA

Anlage – Literaturhinweise

- Bauer, T. C. (2017). *Die Neuregelung der Strafbarkeit des Jahresabschlussprüfers: Ein Vorschlag de lege ferenda zur Erfassung der strafwürdigen und strafbedürftigen Konstellationen von beruflichem Fehlverhalten des Jahresabschlussprüfers*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Bazerman, M. H., Morgan, K. P. & Loewenstein, G. F. (1997). The Impossibility of Auditor Independence. *Sloan Management Review*, 38(4), 89–94.
- Bazerman, M. H., Loewenstein, G. F. & Moore, D. A. (2002). Why Good Accountants Do Bad Audits. *Harvard Business Review*, 80(11), 96–103.
- Beck Bil-Komm (2020). *Beck'scher Bilanz-Kommentar: Handels- und Steuerbilanz, Paragraphen 238 bis 339, 342 bis 342e HGB*. München: C.H.Beck.
- Böcking, H.-J. & Gros, M. (2020). *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*. 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
- Brocard, M., Franke, B. & Voeller, D. (2018). Enforcement Actions and Auditor Changes. *European Accounting Review*, 27(3), 407–436. <https://doi.org/10.1080/09638180.2017.1307130>
- Cunningham, L. M. & Leidner, J. J. (2020). *The SEC Filing Review Process: Insights from Accounting Research* (Working Paper). <https://doi.org/10.2139/ssrn.3494830>
- Competition and Markets Authority (CMA) (18. April 2019). *Statutory Audit Market Study*. Retrieved from https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5d03667d40f0b609ad3158c3/audit_final_report_02.pdf
- DeFond, M. L. & Zhang, J. (2014). A Review of Archival Auditing Research. *Journal of Accounting and Economics*, 58(2–3), 275–326. <https://doi.org/10.1016/j.jacceco.2014.09.002>
- Deutsche Prüfstelle für Rechnungslegung DPR e. V. (DPR) (15. November 2018). *Grundsätze für die stichprobenartige Prüfung gemäß § 342b Abs. 2 Satz 3 Nr. 3 HGB*. https://www.frep.info/docs/rechtliche_grundlagen/20181115_grundsaeetze_stichprobenartige_pruefung.pdf
- Europäische Kommission (21. Juni 2008). EMPFEHLUNG DER KOMMISSION vom 5. Juni 2008 zur Beschränkung der zivilrechtlichen Haftung von Abschlussprüfern und Prüfungsgesellschaften. *Amtsblatt Der Europäischen Union*. L 162/39-40.
- European Securities and Markets Authority (ESMA) (28. Oktober 2014). *Leitlinien: ESMA-Leitlinien zur Überwachung von Finanzinformationen (Enforcement)*. <https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/2015/11/2014-esma-1293de.pdf>
- European Securities and Markets Authority (ESMA) (03. November 2020). *Peer Review Report: Fast Track Peer 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*. https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma42-111-5349_fast_track_peer_review_report_-_wirecard.pdf
- Ernstberger, J., Stich, M. & Vogler, O. (2012). Economic Consequences of Accounting Enforcement Reforms: The Case of Germany. *European Accounting Review*, 21(2), 217–251. <https://doi.org/10.1080/09638180.2011.628096>
- Gros, M. & Nevrel, A. (2020). Revisiting the Effectiveness of the German Accounting Enforcement Reforms: A Replication Study. *Management Review Quarterly*, 70(1), 135–164. <https://doi.org/10.1007/s11301-019-00162-9>
- Gros, M., Nienhaus, M. & Oehler, C. (2020). *Causal Evidence on the Effects of Enforcement Investigations* (Working Paper).
- Hitz, J.-M., Ernstberger, J. & Stich, M. (2012). Enforcement of Accounting Standards in Europe: Capital-Market-Based Evidence for the Two-Tier Mechanism in Germany. *European Accounting Review*, 21(2), 253–281. <https://doi.org/10.1080/09638180.2011.641727>

- Hitz, J.-M. & Schnack, H. (2019). Firm Disclosures about Enforcement Reviews. *Accounting in Europe*, 16(1), 82–105. <https://doi.org/10.1080/17449480.2018.1519320>
- Hopt, K. J. (2015). Abschlussprüfung in Deutschland und Europa nach der europäischen Reform von 2014. *Zeitschrift Für Unternehmens- Und Gesellschaftsrecht*, 44(2), 186–203. <https://doi.org/10.1515/zgr-2015-0186>
- Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e. V. (2020). *EU-Regulierung der Abschlussprüfung: IDW Positionspapier zu Nichtprüfungsleistungen des Abschlussprüfers*. <https://www.idw.de/blob/98172/d749d2e3c4f7a10a6fae22556a0b809d/down-positionspapier-nichtpruefungsleistungen-data.pdf>
- Langenbucher, K., Leuz, C., Krahen, J. P. & Pelizzon, L. (2020). *What are the Wider Supervisory Implications of the Wirecard Case?*
- Lenz, H. (10. August 2020). Die Beratung darf die Prüfung nicht dominieren. *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, S. 16.
- Loscher, G. (24. August 2020). Die schleichende Erosion. *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, S. 16.
- Messick, D. M. & Sentis, K. P. (1979). Fairness and Preference. *Journal of Experimental Social Psychology*, 15(4), 418–434. [https://doi.org/10.1016/0022-1031\(79\)90047-7](https://doi.org/10.1016/0022-1031(79)90047-7)
- Minutti-Meza, M. (2014). Issues in Examining the Effect of Auditor Litigation on Audit Fees. *Journal of Accounting Research*, 52(2), 341–356. <https://doi.org/10.1111/1475-679X.12044>
- MüKoHGB (2020). *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch: HGB, Band 4: Drittes Buch. Handelsbücher §§ 238-342e HGB*. München: C.H.Beck/Verlag Vahlen.
- Myers, J. N., Myers, L. A. & Omer, T. C. (2003). Exploring the Term of the Auditor-Client Relationship and the Quality of Earnings: A Case for Mandatory Auditor Rotation? *The Accounting Review*, 78(3), 779–799. <https://www.jstor.org/stable/3203225>
- Schüppen, M. (14. Februar 2016). *Stellungnahme: Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der prüfungsbezogenen Regelungen der Richtlinie 2014/56/EU sowie zur Ausführung der entsprechenden Vorgaben der Verordnung (EU) Nr. 537/214 - Abschlussprüfungsreformgesetz - AREG (ST-Drucks. 18/7219)*. <https://www.bundestag.de/resource/blob/407804/3c517e0e450d51acdec28afce70836b8/schueppen-data.pdf>
- Storbeck, O. (19. Mai 2020). German Watchdog Opened Probe into Wirecard Accounting Last Year. *Financial Times*. <https://www.ft.com/content/0026b76c-d062-44e4-85b8-23a454534170>
- Storbeck, O. & Chazan, G. (24. Juni 2020). Wirecard Scandal Leaves German Regulators under Fire. *Financial Times*. <https://www.ft.com/content/f62f7f56-3d45-492c-ae88-172948d21eb8>
- Wagenhofer, A. & Ewert, R. (2015). *Externe Unternehmensrechnung*. Berlin, Heidelberg: Springer. <https://doi.org/10.1007/978-3-662-45016-1>