



Gemeinsame Stellungnahme IDW und WPK zum Sarbanes-Oxley Act of 2002 gegenüber dem Bundesministerium der Justiz

Mit Schreiben vom 18. September 2002 haben das Institut der Wirtschaftsprüfer und die Wirtschaftsprüferkammer gegenüber dem Bundesministerium der Justiz wie nachfolgend wiedergegeben zu den Auswirkungen des Sarbanes-Oxley Acts auf den deutschen Berufsstand Stellung genommen:

„Grundsätzliche Anmerkungen

Neben den in dem EU-Papier bereits enthaltenen Ausführungen der EU Kommission sollten aus unserer Sicht noch folgende Sachverhalte gegenüber der SEC bzw. den weiteren Ansprechpartnern auf US-Seite thematisiert werden:

1. Es ist unbestritten, daß zur Förderung der internationalen Kapitalmärkte insbesondere in den letzten Jahren enorme Anstrengungen sowohl auf nationaler als auch auf internationaler Ebene unternommen wurden, die zu einer zunehmenden Harmonisierung internationaler Standards geführt haben. Fortschritte in dieser Richtung betreffen insbesondere die Entwicklung internationaler Rechnungslegungs- und Prüfungsvorschriften, Grundsätze zur externen und internen Qualitätskontrolle, ethische Prinzipien einschließlich der Unabhängigkeitsnormen des Abschlußprüfers sowie international anerkannte Leitlinien zur Corporate Governance. Eine weitreichende Harmonisierung der Standards auf globaler Ebene ist aus unserer Sicht auch für den US-amerikanischen Kapitalmarkt von hohem Nutzen, da dies gleichzeitig die Investitionsmöglichkeiten der Anleger in den USA und weltweit in transparente Kapitalmärkte unter Berücksichtigung der jeweiligen Risikopräferenzen erweitert. Darüber hinaus spiegeln diese Standards ein gemeinsames internationales Verständnis dafür wider, in welchen Grenzen diese Standards die Risikobereitschaft (sog. moral hazard-Verhalten) der Investoren begünstigen sollten. Der Terminus moral hazard läßt sich in diesem Zusammenhang anhand eines Beispiels verdeutlichen: Das Anlageverhalten eines Investors wird u.a. auch durch die Annahme des Investors beeinflusst, durch bestehende Regelwerke vor Risiken geschützt zu sein. So wird die Risikobereitschaft eines Anlegers auch davon abhängen, in welchem Maße er sich beispielsweise von Haftungsansprüchen abgesichert glaubt.

Während die Aufgabe staatlicher Institutionen nach unserer Auffassung in erster Linie darin besteht, transparente Kapitalmärkte zu fördern, um den Anlegern die für ihre individuellen Investitionsentscheidungen erforderlichen Informationen zu liefern, müssen die mit den getätigten Investitionsalternativen verbundenen Risiken gleichwohl von den Investoren selbst verantwortet und getragen werden. Dies bedeutet, daß der Staat nicht jedwedes Risiko für die Kapitalmarktteilnehmer beseitigen oder reduzieren kann.

2. Die umfangreichen finanziellen und verfahrensbedingten Zusatzbelastungen sowie die zusätzlichen Risiken, die der Sarbanes-Oxley Act den Prüfungsgesellschaften auferlegt, die dessen Regelungen unterliegen, werden zahlreiche Prüfungsgesellschaften, die nicht zu den sog. „Big Four“ gehören, veranlassen, derartige Mandate aufzugeben bzw. von einer Annahme dieser Aufträge Abstand zu nehmen. Ferner wird das nahezu lückenlose Verbot der Erbringung von Nichtprüfungsleistungen gegenüber Prüfungsman-

danten auch die Fähigkeit – insbesondere von mittelständischen Prüfungspraxen – einträchtigen, gut ausgebildete und talentierte Mitarbeiter einzustellen, da diese Gesellschaften die Erbringung von umfassenden Prüfungs- und Beratungsleistungen aus einer Hand für die Mandanten häufig als Argument im Rahmen der Mitarbeiterwerbung nutzen.

Unter diesen Umständen halten wir eine weitere Konzentration insbesondere der Abschlußprüfungen von börsennotierten Gesellschaften in der Hand der „Big Four“ für wahrscheinlich. Diese Entwicklung kann auch vom amerikanischen Gesetzgeber bzw. der SEC nicht gewollt sein, da im Sarbanes-Oxley Act selbst in sec. 701 eine Studie zur Konzentration im US-Prüfermarkt angekündigt wird.

3. Im Hinblick darauf, daß manche der im Sarbanes-Oxley Act enthaltenen Regelungen unklar formuliert erscheinen und weiterer Ausführungsanweisungen bedürfen, sind wir der Auffassung, daß es im Interesse sowohl der Europäischen Kommission als auch der einzelnen Mitgliedsländer und des Europäischen Berufsstands ist, wenn die Europäische Kommission durch aktive Konsultationen mit der SEC bzw. dem PCAOB versucht, Einfluß auf die konkrete Ausgestaltung der von der SEC bzw. dem PCAOB zu erlassenden Durchführungsbestimmungen zum Sarbanes-Oxley Act zu nehmen.

Weitere Anmerkungen zu einzelnen Punkten des Analysepapiers der EU Kommission

Die Ausführungen der EU-Kommission unterstützen wir sowohl hinsichtlich der Analyse der einzelnen Regelungen des Sarbanes-Oxley Act als auch hinsichtlich der Auswirkungen des Gesetzes auf bestehende europäische bzw. nationale Regelungen (graugerasterte Kommentierung). Darüber hinaus haben wir zu einzelnen Punkten noch folgende Anmerkungen:

1.2 Audit committees (sec. 301)

Zuständigkeit für die Wahl des Abschlußprüfers

Nach sec. 301 sind die bei der SEC registrierten Unternehmen verpflichtet, ein Audit Committee einzurichten, das u.a. für die Bestellung des Abschlußprüfers direkt verantwortlich ist. Die Zielsetzung dieser Regelung ist die Stärkung der Unabhängigkeit des Abschlußprüfers vom Management, was zu begrüßen ist. Die Anwendung dieser Vorschrift auf deutsche, bei der SEC registrierte Unternehmen ist jedoch weder mit den deutschen aktienrechtlichen Bestimmungen vereinbar noch aus Unabhängigkeitsüberlegungen erforderlich.

Nach den aktienrechtlichen Vorschriften besteht die Bestellung des Abschlußprüfers zwingend aus der Wahl durch die Hauptversammlung einerseits und durch die Beauftragung durch den Aufsichtsrat bzw. – bei einer entsprechenden Beschlußfassung des Aufsichtsrates – durch den aus der Mitte des Aufsichtsrates gebildeten Prüfungsausschuß. Über die Wahl des Abschlußprüfers beschließt allein die Hauptversammlung auf Grundlage eines ihr vom Aufsichtsrat unterbreiteten Wahlvorschlags, wobei der Aufsichtsrat im Vorfeld des Wahlvorschlags die Unabhängigkeit des vorgeschlagenen Abschlußprüfers zu beurteilen hat. Eine Übertragung der Wahlzuständigkeit der Hauptversammlung auf ein anderes Organ der Aktiengesellschaft, z.B. den Aufsichtsrat ist nach den aktienrechtlichen Bestimmungen nicht möglich. Im Anschluß an den Wahlvorgang ist der Aufsichtsrat bei der Beauftragung des Abschlußprüfers an den Wahlbeschluß der Hauptversammlung gebunden.

Dementsprechend wird die Unabhängigkeit des Abschlußprüfers in zweifacher Weise, nämlich durch den Aufsichtsrat und durch die Hauptversammlung beurteilt. Unter Berücksichtigung dieser Besonderheiten und der Tatsache, daß der Aufsichtsrat im deutschen two-tier system institutionell von der Unternehmensleitung getrennt ist, wird die Zielsetzung des Sarbanes-Oxley Act, die Unabhängigkeit des Abschlußprüfers von der Unternehmensleitung zu

stärken, im deutschen Recht zumindest in gleichem Maße erreicht wie nach den Anforderungen von sec. 301.

Daher sollte die SEC um Klarstellung gebeten werden, daß die deutschen Anforderungen zur Bestellung des Abschlußprüfers mit den Zielen des Sarbanes-Oxley Act, insbesondere mit den in sec. 301 genannten Anforderungen in Einklang stehen.

Unabhängigkeit der Mitglieder des Audit Committeees

Eine Besonderheit des deutschen Systems der Unternehmensverfassung ist die institutionalisierte Berücksichtigung von Arbeitnehmerinteressen durch Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat. Die Regelung in sec. 301, daß das Audit Committee vollständig mit Mitgliedern besetzt sein soll, die unabhängig von der Gesellschaft sind, würde zu schwerwiegenden Eingriffen in die deutsche Mitbestimmung führen, soweit eigene Arbeitnehmer des Unternehmens (d.h. nicht unternehmensfremde Gewerkschaftsvertreter) im Aufsichtsrat tätig sind und diese nicht als unabhängig im Sinne des Sarbanes-Oxley Acts anzusehen wären.

Wie bereits von der Europäischen Kommission vorgeschlagen, sollte dieser Punkt mit der SEC weiter erörtert werden mit dem Ziel, eine Definition des Begriffs „independent member of the audit committee“ zu finden, die unter Berücksichtigung der besonderen deutschen Unternehmensverfassung von beiden Seiten akzeptiert werden kann.

2.1 The Board (sec. 101 - 109)

Wesentlicher Bestandteil des Sarbanes-Oxley Act ist die Einrichtung des sogenannten Public Company Accounting Oversight Board (PCAOB), der unter der Aufsicht der SEC steht. Der PCAOB, der sich mehrheitlich aus Nichtberufsangehörigen zusammensetzen und zum Teil vom Berufsstand finanziert werden soll, hat weitreichende Zuständigkeiten. Dazu gehören u.a. die Festlegung von Prüfungsstandards, von Berufsgrundsätzen, von Maßnahmen der Qualitätssicherung und Unabhängigkeitsregeln. Zudem kann er bei registrierten Prüfungsfirmen Qualitätskontrollen und Untersuchungen bei Wirtschaftsprüfungsgesellschaften durchführen sowie Disziplinarmaßnahmen ergreifen.

Auf europäischer Ebene existiert ein solches Gremiums nicht, es ist auch nicht damit zu rechnen, daß sich dies in absehbarer Zeit ändern wird. Dies bedeutet jedoch nicht, daß nicht in den einzelnen Mitgliedstaaten eine umfassende und funktionierende Berufsaufsicht ausgeübt wird. Vielmehr unterhalten einzelne Mitgliedstaaten auf der Grundlage ihrer jeweiligen Verfassung und im Rahmen ihrer Gesetze dem nunmehr etablierten System einer allumfassenden Berufsaufsicht vergleichbare Einrichtungen. In Deutschland werden die dem Board zugeordneten umfassenden Maßnahmen und Funktionen von verschiedenen Behörden, Gerichten und den Berufsorganisationen wahrgenommen. Dabei ist zu betonen, daß das deutsche System der Berufsaufsicht durch die Verfassung vorgegeben ist. So ist die Berufsaufsicht wesentliche Aufgabe der Wirtschaftsprüferkammer, die unter der Rechtsaufsicht des Bundeswirtschaftsministeriums steht. Soweit schwerwiegende Berufsverstöße vorliegen und im Rahmen der Berufsaufsicht erheblich in die Rechte eines einzelnen Wirtschaftsprüfers oder einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft eingegriffen wird, sind für diese Maßnahmen die eine bestimmte Staatsanwaltschaft und besondere Berufsgerichte zuständig.

Eine weitere Funktion die dem zukünftigen PCAOB in den USA zugeordnet ist, besteht in der Durchführung von Kontrollen (inspections) bei den registrierten Prüfungsgesellschaften. Diese Funktion der Durchführung von Kontrollen bei den Prüfungsgesellschaften unter der Aufsicht eines unabhängigen Gremiums wird in Deutschland weitgehend durch das gesetzlich verankerte Verfahren der externen Qualitätskontrolle gewährleistet, das u.a. auch eine Beurteilung der Ordnungsmäßigkeit der Abwicklung von Prüfungsaufträgen beinhaltet. Das Verfahren der externen Qualitätskontrolle steht in Deutschland unter der Aufsicht des Qualitäts-

kontrollbeirates, dem kein Berufsangehöriger angehört und der weisungsungebunden arbeitet.

Insgesamt ist festzustellen, daß das deutsche System der Berufsaufsicht und der externen Qualitätskontrolle den mit der Gründung des PCAOB verbundenen Zwecken des Sarbanes-Oxley Act, eine unabhängige und umfassende Überwachung des Berufsstandes zu gewährleisten, entspricht.

Um zu vermeiden, daß deutsche Prüfungsgesellschaften der Doppelbelastung von zwei verschiedenen Systemen der Berufsaufsicht unterliegen, dürfte es daher ein wesentliches Ziel der Verhandlungen mit der SEC oder dem PCAOB sein, auch unter dem Aspekt gegenseitiger Rücksichtnahme eine Registrierung von Wirtschaftsprüfern bzw. Wirtschaftsprüfungsgesellschaften bei dem PCAOB zu gewährleisten – beispielsweise im Wege eines Systems der gegenseitigen Anrechnung oder Anerkennung –, wenn die dem Board zugeordneten Funktionen in einem Mitgliedstaat in gleichwertiger Weise wahrgenommen werden. Für den Fall, daß nach Auffassung der amerikanischen Seite bestimmte Anforderungen des Sarbanes-Oxley Act über die derzeit in Deutschland bestehenden Regelungen zur Berufsaufsicht oder der externen Qualitätskontrolle hinausgehen, sollte mit der SEC oder dem PCAOB darüber verhandelt werden, ob diese Pflichten durch die in Deutschland zuständigen Stellen verfahrensmäßig organisiert und überwacht werden können.

2.2 Registration of US and Foreign Public Accounting Firms with the Board (sec. 106)

In bestimmten Fällen kann es für einen Abschlußprüfer schwierig sein, selbst zu erkennen, ob er den Regelungen des Sarbanes-Oxley Act unterliegt.

Nach sec. 102 und 106 und den Definitionen in sec. 2 des Gesetzes unterliegen viele ausländische Tochtergesellschaften von amerikanischen registrierten Prüfungsgesellschaften bzw. Tochtergesellschaften von ausländischen registrierten Prüfungsgesellschaften in gleicher Weise und in gleichem Umfang den US-Regelungen wie die registrierten Prüfungsgesellschaften selbst. In diesem Zusammenhang sollte deutlich darauf hingewiesen werden, daß diese Tochtergesellschaften häufig mit der Durchführung der Prüfung von SEC registrierten Unternehmen oder deren Tochterunternehmen in keiner Weise im Zusammenhang stehen und auch nicht die Absicht haben, derartige Aufträge in Zukunft anzunehmen.

Ferner sind Fälle denkbar, in denen Prüfungsgesellschaften ungewollt in den Anwendungsbereich des Sarbanes-Oxley Acts fallen. Hierzu kann es beispielsweise durch die Übernahme eines Mandanten durch ein SEC registriertes Unternehmen kommen. Dieser Umstand kann insbesondere in den Fällen problematisch sein, in denen diese Übernahme nach der Annahme eines Auftrages zur gesetzlichen Abschlußprüfung erfolgt, da nach deutschen handelsrechtlichen Vorschriften der Abschlußprüfer den angenommenen Prüfungsauftrag nur aus wichtigen Gründen, die gesetzlich genau definiert sind, kündigen kann.

Das hier dargestellte Problem der ungewollten Einbeziehung in den Anwendungsbereich des Sarbanes-Oxley Act infolge der Übernahme eines Mandanten durch ein SEC Unternehmen kann im Übrigen auch für Prüfungsgesellschaften relevant werden, die nicht Tochtergesellschaften von registrierten Prüfungsgesellschaften sind. Diese Prüfungsgesellschaften unterliegen dann der Regelung der sec.106 (b) des Gesetzes, die eine Herausgabepflicht der Arbeitsunterlagen, beispielweise im Rahmen einer Untersuchung des PCAOB vorsieht.

Aus diesen Gründen empfehlen wir, daß die Europäische Kommission der SEC bzw. dem PCAOB vorschlagen sollte, mittels der Veröffentlichung von ergänzenden Ausführungsbestimmungen klarzustellen, welche nicht registrierten ausländischen Prüfungsgesellschaften in welchen Fällen unter den Geltungsbereich des Gesetzes fallen bzw. nicht in den Geltungsbereich fallen. Insbesondere sollte eine Übergangsregelung vorgesehen werden, die dem Abschlußprüfer ermöglicht, eine bereits begonnene Prüfung zu beenden, ohne daß die-

ser den Anforderungen des Sarbanes-Oxley Acts unterliegt, wenn ein zu prüfendes Unternehmen nach der Auftragsannahme durch den Abschlußprüfer nachträglich – z.B. im Rahmen einer Unternehmensübernahme – in den Geltungsbereich des Sarbanes-Oxley Acts fällt. Darüber hinaus sollte die Unternehmensleitung eines SEC registrierten Unternehmens bzw. eines verbundenen Unternehmens, einer Niederlassung, etc. durch entsprechende Ausführungsbestimmungen dazu verpflichtet werden, den jeweiligen Abschlußprüfer unverzüglich über aktuelle oder zukünftige Umstände zu informieren, die darauf hindeuten, daß das Unternehmen bzw. dessen Abschlußprüfer in den Geltungsbereich des Sarbanes-Oxley Act fällt oder zukünftig fallen wird.

2.4 Audit Workpapers of Unregistered Foreign Public Accounting Firms (Section 106 (b))

Wie bereits unter Abschn. 2.1. angesprochen, haben der PCAOB bzw. die SEC auch weitreichende Kompetenzen gegenüber nicht registrierten Wirtschaftsprüfern oder Wirtschaftsprüfungsgesellschaften, die eine wesentliche Rolle bei der Erbringung von Prüfungsleistungen für SEC registrierte Mandanten erbringen und die auch keine Tochtergesellschaften von registrierten Prüfungsgesellschaften sind. So können der PCAOB oder die SEC nach sec. 106 (b) verlangen, daß ihnen im Rahmen eines Untersuchungsverfahrens Einblick in die Arbeitspapiere des Prüfers gewährt wird. Dabei ist derzeit unklar, wie weit diese Kompetenzen reichen und ob sie bspw. gestatten, daß der Board auch in ausländischen Staaten tätig werden kann.

In Deutschland unterliegt der Abschlußprüfer einer gesetzlichen Verpflichtung zur Wahrung einer strikten Verschwiegenheit hinsichtlich der bei der Prüfung gewonnenen Erkenntnisse über den Mandanten. Im Rahmen von zivil- und strafrechtlichen Verfahren hat der Berufsangehörige ein Zeugnisverweigerungsrecht, dem ein Beschlagnahmeverbot hinsichtlich der im Zusammenhang mit der Prüfung des Mandanten angefertigten Arbeitspapiere entspricht. Die Pflicht zur Verschwiegenheit entfällt, wenn der Mandant den Abschlußprüfer von der Verschwiegenheit entbunden hat.

Sofern eine solche Entbindung fehlt, unterliegt die Verletzung der Verschwiegenheitspflicht dem Schutz des Strafrechts. Die Pflicht zur Verschwiegenheit ist wesentliche Voraussetzung für das Funktionieren der Abschlußprüfung. Unternehmen werden nicht bereit sein, dem Abschlußprüfer den Einblick in Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse oder andere sensible Vorgänge im Unternehmen zu gewähren, wenn sie nicht sicher sein können, daß die dabei vom Abschlußprüfer gewonnenen Erkenntnisse der Verschwiegenheit unterliegen. Bei dieser Rechtslage in Deutschland hat der Abschlußprüfer ohne Entbindung keine Möglichkeit, seine Arbeitspapiere dem PCAOB vorzulegen. Sofern eine Entbindung durch den Mandanten vorliegt, muß gewährleistet sein, daß die der SEC oder dem PCAOB zur Kenntnis gelangten vertraulichen Mandanteninformationen in jeder Phase eines Untersuchungsverfahrens streng vertraulich behandelt und der Öffentlichkeit nicht zugänglich gemacht werden. Durch die in sec. 105 (b) (5) (A) vorgesehenen Regelungen zur Gewährleistung der Vertraulichkeit von Mandantendaten ist nach unserer Auffassung dieser Schutz noch nicht ausreichend gewährleistet.

Aus deutscher Sicht bestehen im Übrigen erhebliche Bedenken hinsichtlich der Möglichkeit des PCAOB bei im Ausland ansässigen registrierten Prüfungsgesellschaften Kontrollen (inspections) oder Untersuchungen (investigations) vor Ort durchzuführen. Es ist nicht vorstellbar, daß US-amerikanische Hoheitsträger, als die die Angehörigen der SEC bzw. des PCAOB anzusehen sind, in Deutschland derartige Maßnahmen unter Verletzung der deutschen Souveränität vornehmen.

In den Verhandlungen mit der SEC bzw. dem PCAOB muß erreicht werden, daß die Rechtslage in Deutschland anerkannt wird und deshalb entsprechende Maßnahmen von der SEC oder dem PCAOB im Falle der Nichtentbindung von der Verschwiegenheitspflicht schon aus Rechtsgründen nicht ergriffen werden. Ebenso wird klarzustellen sein, daß Kontrollen und

Untersuchungen des PCAOB bei in Deutschland anerkannten Wirtschaftsprüfern durch die SEC oder den PCAOB wegen der beschriebenen rechtlichen Schranken nicht möglich sind.“