

Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Finanzmarktintegrität (Finanzmarktintegritätsstärkungsgesetz – FISG)

Die WPK hat mit Schreiben vom 9. November 2020 gegenüber dem Bundesministerium der Finanzen und dem Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Finanzmarktintegrität (Finanzmarktintegritätsstärkungsgesetz – FISG) Stellung genommen.

Die Wirtschaftsprüferkammer ist eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, deren Mitglieder alle Wirtschaftsprüfer, vereidigten Buchprüfer, Wirtschaftsprüfungsgesellschaften und Buchprüfungsgesellschaften in Deutschland sind. Die Wirtschaftsprüferkammer hat ihren Sitz in Berlin und ist für ihre über 21.000 Mitglieder bundesweit zuständig. Ihre gesetzlich definierten Aufgaben sind unter www.wpk.de ausführlich beschrieben.

Wir bedanken uns für die Möglichkeit, zum vorliegenden Referentenentwurf des BMJV und des BMF eines Gesetzes zur Stärkung der Finanzmarktintegrität Stellung nehmen zu können.

Wir begrüßen, dass die Anregung der Wirtschaftsprüferkammer aufgegriffen wurde, die zuständige Stelle für die Entgegennahme von Informationen des Abschlussprüfers über Unregelmäßigkeiten nach Artikel 7 Unterabs. 2 Verordnung (EU) Nr. 537/2014 (Abschlussprüferverordnung – AP-VO) zu benennen.

Mit Sorge nehmen wir jedoch verschiedene andere Regelungsvorschläge zur Kenntnis, die aus unserer Sicht gestrichen oder dringend nachgebessert werden müssen. Insofern erscheint uns der Entwurf noch unausgewogen.

Insbesondere die **Verschärfungen zur zivilrechtlichen Haftung** treffen nicht nur Abschlussprüfer von Unternehmen von öffentlichem Interesse, sondern alle gesetzlichen Abschlussprüfer – und damit vor allem mittelständische Prüferpraxen. Die typische WP/vBP-Praxis führt, neben der Steuerberatung, Erstellungstätigkeiten und Wirtschaftsberatung, nur wenige gesetzliche Abschlussprüfungen durch. Aufgrund der hohen Anforderungen an die Qualität der gesetzlichen Abschlussprüfung durch die gesetzlichen Vorgaben an die „interne Qualitätssicherung“ und „externe Qualitätskontrolle“ besteht bei diesen Praxen bereits ein hoher Kostendruck. Die vorgeschlagene Verschärfung der zivilrechtlichen Haftung führt zu einer weiteren Erhöhung der Prämien für die Berufshaftpflichtversicherung **oder zu unkalkulierbaren Risiken, wenn eine Versicherung wegen unbeschränkter Haftung nicht zur Verfügung steht. Die absehbare Folge wäre, dass sich viele mittelständische WP/vBP-Praxen aus dem Abschlussprüfungsmarkt zurückziehen. Eine höhere Marktkonzentration wäre das Ergebnis.**

Insgesamt führen die gleichzeitigen Verschärfungen in den Bereichen der zivilrechtlichen Haftung des Abschlussprüfers, der strafrechtlichen Verantwortlichkeit und bei den Ordnungswidrigkeiten zu **unverhältnismäßigen Belastungen, die zudem die Prüfungsqualität nicht erkennbar erhöhen.**

Der Wirecard-Fall ist Auslöser des vorliegenden Referentenentwurfs. Dieser Fall ist noch nicht einmal ansatzweise aufgeklärt. **Uns scheint es, dass hier therapiert werden soll, ohne dass zuvor eine gründliche Diagnose vorgenommen worden ist. Die Vorschläge, die die Abschlussprüfung betreffen, wären jedenfalls nicht geeignet, einen Fall wie Wirecard zu vermeiden.**

Die Wirtschaftsprüferkammer hat eigene Vorschläge gemacht, die aber nicht auf eine „Sanktionierung“ der Abschlussprüfer hinauslaufen, sondern auf eine Stärkung der Aufsicht über Abschlussprüfer. Dies auch vor dem Hintergrund, dass der Wirecard-Fall noch nicht abschließend aufgeklärt ist. Wir dürfen auf diese Vorschläge verweisen (**Anlage**). Wir regen an, sich auch mit diesen auseinanderzusetzen und weitere regulatorische Schritte, die WP/vBP treffen, sorgfältig abzuwägen.

Unter Punkt A.) äußern wir uns zunächst zu wesentlichen Punkten des Referentenentwurfs (Artikel 11), um uns dann unter Punkt B.) mit dessen weiteren Themen (Artikel 11, 12, 14, 15, 18 und 24) auseinanderzusetzen.

A. Wesentliche Punkte des Referentenentwurfs

Artikel 11 Nummer 3 Buchstabe a): Aufhebung des § 318 Abs. 1a HGB (Externe Rotation bei der Abschlussprüfung von öffentlichen Unternehmen)

Forderung: Wir sprechen uns gegen die Aufhebung des § 318 Abs. 1a HGB aus.

Mit der Aufhebung des § 318 Abs. 1a HGB wird die durch das Abschlussprüfungsreformgesetz (AReG) eingeräumte Möglichkeit aufgehoben, die Höchstlaufzeit eines Prüfungsmandates eines kapitalmarktorientierten Unternehmens auf 20 bzw. 24 Jahre unter bestimmten Voraussetzungen zu verlängern.

Damit verbleibt es künftig grundsätzlich bei der Regelung des Artikel 17 Absatz 1 Unterabsatz 2 AP-VO, der die Höchstlaufzeit eines Prüfungsmandates bei einem Unternehmen von öffentlichem Interesse auf zehn Jahre begrenzt.

Der Grund für die unterschiedliche Länge der Laufzeit des Prüfungsmandates zwischen Banken und Versicherungen, für die die externe Rotation nach zehn Jahren zu erfolgen hat, und kapitalmarktorientierten Unternehmen (20 bzw. 24 Jahren), liegt nach wie vor in der Tatsache, dass Banken und Versicherungen systemrelevant für die Stabilität der (deutschen) Wirtschaft sind – daher bestehen auch die erhöhten EU- und bundesrechtlich vorgegebenen gesetzlichen Anforderungen an Banken und Versicherungen und die strenge Aufsicht durch die BaFin in diesen beiden Bereichen.

Dies wird durch die Ausführungen der Gesetzesbegründung zum AReG zur Ausübung des mitgliedstaatlichen Wahlrechts und zur Einführung des § 318 Abs. 1a HGB gestützt (BT-Drs. 18/7219 zu Nummer 2 (§ 318 HGB), Seite 39):

„Ausschlaggebend für die insoweit eingeräumten Möglichkeiten zur Verlängerung der Höchstlaufzeit ist der Gedanke, dass jede externe Rotation die Gefahr eines erheblichen Verlustes an Informationen über das geprüfte Unternehmen birgt, der sich negativ auf die Prüfungsqualität auswirken kann. Daher wird Unternehmen, die kapitalmarktorientiert im Sinne des § 264d HGB, aber keine Kreditinstitute oder Versicherungsunternehmen sind, unabhängig von ihrer Größe die Möglichkeit eingeräumt, die Laufzeit eines Abschlussprüfermandates zu verlängern. Gleichzeitig kann eine Begrenzung der Höchstlaufzeit eines Prüfungsmandats dazu dienen, die Unabhängigkeit von Abschlussprüfern und Prüfungsgesellschaften weiter zu stärken. Im Hinblick auf die besondere Bedeutung von Kreditinstituten und Versicherungen für den Finanzmarkt sollten daher für gesetzliche Abschlussprüfungen dieser Unternehmen Sonderregelungen gelten (§ 340k Absatz 1 Satz 1 zweiter Halbsatz und § 341k Absatz 1 Satz 2 HGB).“

Diese Gründe für die Ausübung des mitgliedstaatlichen Wahlrechts des Artikels 17 Abs. 1 Unterabs. 2 AP-VO gelten auch heute noch.

Die EU-Kommission ist bei der Vorstellung ihrer ersten Vorschläge zur EU-Reform der Abschlussprüfung und auch später im EU-Gesetzgebungsprozess von 2010 bis 2014 den Nachweis schuldig geblieben, dass eine Rotation des Abschlussprüfers bzw. kürzere Laufzeiten von Prüfungsmandaten zu einer verbesserten Unabhängigkeit und einer höheren Qualität der Abschlussprüfung führen. Bis heute ist ein entsprechender Nachweis nicht bekannt.

Daher sprechen wir uns gegen die Aufhebung des § 318 Abs. 1a HGB aus.

Zudem: Auch mit der Aufhebung des § 318 Abs. 1a HGB hätte sich der Wirecard-Fall nicht verhindern lassen, der Auslöser für den vorliegenden Referentenentwurf ist.

Für den Fall, dass es bei der Aufhebung des § 318 Abs. 1a HGB verbleiben sollte:

Derzeit soll auch die Aufhebung des § 318 Abs. 1a HGB für gesetzlich vorgeschriebene Abschlussprüfungen für nach dem 31. Dezember 2021 beginnende Geschäftsjahre gelten (bei kalendergleichem Geschäftsjahr also ab dem zu prüfenden Geschäftsjahr 2022 (vgl. Artikel 12 Nummer 2 zur Änderung des EGHGB). Eine Übergangsregelung entsprechend Artikel 41 der AP-VO ist notwendig. Näheres hierzu unter Punkt B. zu Artikel 12 Nummer 2.

Artikel 11 Nummer 3 Buchstaben c) aa) bbb): Änderung des § 318 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 HGB

(Gerichtliche Ersetzung des Abschlussprüfers auch bei Verstößen gegen Artikel 5 Abs. 1 AP-VO)

Forderung: Die geplante Ergänzung des § 318 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 HGB um Verstöße gegen Artikel 5 Abs. 1 AP-VO ist zu streichen.

§ 318 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 HGB soll dahingehend ergänzt werden, dass ein Grund für die gerichtliche Ersetzung des Abschlussprüfers eines Unternehmens von öffentlichem Interesse insbesondere auch dann besteht, wenn ein Verstoß gegen Artikel 5 Abs. 1 AP-VO (Verbot der Erbringung bestimmter Nichtprüfungsleistungen) vorliegt.

Dieser Regelungsvorschlag geht deutlich zu weit und über den Pflichtenkatalog der AP-VO hinaus. Der Ordnungsgeber hat es auch in Bezug auf die Ersetzung des Abschlussprüfers eines Unternehmens von öffentlichem Interesse bei der Regelung des Artikel 38 der Richtlinie 2006/43/EG (Abschlussprüferrichtlinie – AP-RL) belassen (Abberufung nur bei Vorliegen eines „triftigen Grundes“) und keine strengeren Vorgaben für PIE-Prüfungen aufgestellt (PIE = Public Interest Entity, Unternehmen von öffentlichem Interesse).

Bezogen auf die Erbringung von Nichtprüfungsleistungen an den Prüfungsmandanten ist ein Interesse an der Ersetzung des Abschlussprüfers nachvollziehbar nur gegeben, wenn die Erbringung der Nichtprüfungsleistung die Besorgnis der Befangenheit bei der Abschlussprüfung begründet. Dies ist bei Verstößen gegen Artikel 5 Abs. 1 AP-VO, der in sehr weitgehendem Umfang und ohne die Einbeziehung von Wesentlichkeitsgesichtspunkten die Erbringung von Nichtprüfungsleistungen verbietet, regelmäßig nicht der Fall (z. B. bei allgemeiner rechtlicher Beratung ohne Relevanz für den zu prüfenden Abschluss [Artikel 5 Abs. 1 Unterabs. 2 Buchstabe g Ziffer i AP-VO]). Ob die Besorgnis der Befangenheit vorliegt und damit ein Ausschluss als Abschlussprüfer gegeben ist, muss vielmehr für jeden Einzelfall unter Rückgriff auf die §§ 319 ff. HGB beurteilt werden (vgl. hierzu auch Abschlussprüferaufsichtsstelle, Verlautbarung Nr. 8 vom 13. Dezember 2019).

Die gerichtliche Ersetzung des Abschlussprüfers sollte im Kontext der Erbringung von Nichtprüfungsleistungen an den Prüfungsmandanten daher wie bisher ausschließlich in den Fällen, in denen nach den zuletzt genannten handelsrechtlichen Vorschriften die Besorgnis der Befangenheit besteht, zugelassen werden. Denn nur in diesen Fällen würde nach § 49 Var. 2 WPO die spiegelbildliche Pflicht des Abschlussprüfers bestehen, den Prüfungsauftrag nach § 318 Abs. 6 HGB aus wichtigem Grund zu kündigen. Würden auch sonstige Verstöße gegen Artikel 5 Abs. 1 AP-VO zu einem Ersetzungsgrund nach § 318 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 HGB führen, könnten Organe oder Gesellschafter des geprüften Unternehmens die Ersetzung des Abschlussprüfers auch dann verlangen, wenn dieser seinerseits nicht verpflichtet wäre, den Prüfungsauftrag vorzeitig zu beenden. Dies wäre ein Wertungswiderspruch, da § 318 Abs. 3 Satz 1 HGB Organen und Gesellschaftern der geprüften Gesellschaft nur dann das Mittel der gerichtlichen Ersetzung des Abschlussprüfers an die Hand geben will, wenn der Abschlussprüfer den Auftrag aus berufsrechtlicher Sicht auch selbst beenden müsste, dies aber pflichtwidrig nicht tut.

Nach alledem ist der Verweis auf §§ 319 ff HGB in § 318 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 HGB auch im Zusammenhang mit der Erbringung unzulässiger Nichtprüfungsleistungen nach Artikel 5 Abs. 1 AP-VO ausreichend. Die vorgesehene Ergänzung ist daher zu streichen.

Sollte Artikel 5 Abs. 1 AP-VO trotz der obigen Ausführungen in die gesetzliche Regelung einbezogen werden, **wären jedenfalls geringfügige Verstöße, auch und gerade, wenn sie lediglich durch Netzwerkpartner begangen werden, auszunehmen.** In diesen Fällen (z. B. technische Hilfeleistung bei Einzelvorgängen der Lohn- und Gehaltsabrechnung auf der Ebene unbedeutender Tochtergesellschaften [Artikel 5 Abs. 1 Unterabs. 2 Buchstabe d AP-VO]) wäre die gerichtliche Ersetzung des Abschlussprüfers völlig unverhältnismäßig und mit Blick auf den Regelungszweck des § 318 HGB unangebracht.

Artikel 11 Nummer 4: Aufhebung des § 319a HGB**(Erbringung von Nicht-Prüfungsleistungen an ein Unternehmen von öffentlichem Interesse als Prüfungsmandanten)**

Forderung: Der bisherige Rechtszustand ist zu belassen. § 319a HGB ist nicht aufzuheben.

1.) Mit der Aufhebung des § 319a Abs. 1 Satz 1 bis 3, Abs. 2 Satz 1 HGB wird die Ausübung des Mitgliedstaatenwahlrechts des Artikels 5 Abs. 3 AP-VO rückgängig gemacht, das mit dem AReG ausgeübt worden war. Es soll die Möglichkeit genommen werden, dass bestimmte Steuerberatungs- und Bewertungsleistungen als Nicht-Prüfungsleistungen an den Abschlussprüfungsmandanten erbracht werden dürfen.

Damit wird der Gedanke negiert, dass es auf die Wesentlichkeit von bestimmten Steuerberatungs- oder Bewertungsleistungen bei der Beurteilung der Unabhängigkeit des Abschlussprüfers ankommt. Dieser Gedanke findet sich nicht nur im deutschen Recht (§ 319 Abs. 3 Satz 1 Nummer 3 HS. 1 am Ende HGB), sondern auch im Erwägungsgrund 9 der AP-VO, der ausführt, dass es den Mitgliedstaaten ermöglicht werden soll, diesem Gedanken Rechnung zu tragen. Der Gesetzgeber des AReG hat dies aus guten Gründen getan.

2.) Mit der Aufhebung des § 319a Abs. 1a HGB soll die Teilausübung des Mitgliedstaatenwahlrechts nach Artikel 4 Abs. 2 Unterabs. 3 AP-VO rückgängig gemacht werden. Der Abschlussprüferaufsichtsstelle soll damit die Möglichkeit genommen werden, eine Ausnahmegenehmigung im Hinblick auf die 70%-Cap-Regelung für ein Jahr zu erteilen.

Bei den Nicht-Prüfungsleistungen, die unter den 70%-Deckel des Artikel 4 Abs. 2 Unterabs. 1 der AP-VO fallen, handelt es sich um andere Nicht-Prüfungsleistungen als die des Artikels 5 Abs. 1 AP-VO. In der Praxis handelt es sich hierbei um freiwillige Prüfungsleistungen, die nach der AP-VO (missverständlicherweise) als Nichtprüfungsleistungen definiert und in die Cap-Berechnung einbezogen werden. Hierzu gehören insbesondere für Unternehmen im Zusammenhang mit Kapitalmarkttransaktionen erforderliche Leistungen, wie beispielsweise die Erteilung von Comfort Letters auf Basis der geprüften Abschlüsse, Prüfung von Combined- oder Carve-out Financial Statements sowie Prüfungen von Unternehmensquartals- und Halbjahresfinanzberichten.

Weshalb es ausgeschlossen sein soll, diese Leistungen bei Überschreiten der Umsatzgrenzen nicht ausnahmsweise für ein Jahr und bis zu einem Cap von 140% zu genehmigen, erschließt sich uns nicht. Es ergibt wirtschaftlich auch überhaupt keinen Sinn, wenn die Tätigkeiten durch einen zusätzlich zu beauftragenden anderen Wirtschaftsprüfer erbracht werden müssen. Dieser

weitere Wirtschaftsprüfer muss sich dann mit zusätzlichem Aufwand für die betroffenen Unternehmen einarbeiten.

Im Übrigen ist nicht bekannt, dass der Abschlussprüferaufsichtsstelle bei der Erteilung von Ausnahme genehmigungen Fehler unterlaufen wären.

Insgesamt spricht dies alles dafür, den bisherigen Rechtszustand zu belassen und § 319a HGB nicht aufzuheben.

Zudem: Auch mit dem Streichen der mitgliedstaatlichen Wahlrechte in § 319a HGB hätte sich der Wirecard-Fall nicht verhindern lassen, der Auslöser für den vorliegenden Referentenentwurf ist, zumal der Umfang der Nichtprüfungsleistungen im o. g. Sinne bei Wirecard im Jahr 2018 bei nur rund 12% des Gesamthonorars lag.

**Artikel 11 Nummer 8: Änderung des § 323 HGB
(Haftung des Abschlussprüfers)**

Forderungen:

- 1. Wir sprechen uns für die unveränderte Beibehaltung der Haftsumme von 1 Mio. € in Non-PIE-Bereich aus. Lediglich eine inflationsbedingte Anpassung wäre nachvollziehbar.**
- 2. Bei der Haftsumme im PIE-Bereich spricht sich die Wirtschaftsprüferkammer für eine moderate und angemessene Erhöhung mit Blick auf andere europäische Länder mit gesetzlicher Haftsumme aus.**
- 3. Beim Verschuldensmaßstab spricht sich die Wirtschaftsprüferkammer in Übereinstimmung mit der EU-Empfehlung zur Haftungsbegrenzung von Abschlussprüfern für die Beibehaltung der bisherigen Regelung aus.**
- 4. Bezüglich der vorgeschlagenen Verschärfung der Zurechnung des Verschuldens von Gehilfen, spricht sich die Wirtschaftsprüferkammer für die Beibehaltung des geltenden besonderen handelsrechtlichen Systems aus. Die uneingeschränkte Haftung nach bürgerlichem Recht neben seinen Gehilfen belastet den Abschlussprüfer unangemessen.**
- 5. Für die Umsetzung der verbleibenden Änderungen benötigen die Berufsangehörigen, die Versicherer und die Wirtschaftsprüferkammer eine angemessene Übergangszeit. Die Erwartung des Gesetzgebers an die Wirtschaftsprüferkammer bezüglich der Kontrolle und Durchsetzung der Versicherungspflicht sollte in der Gesetzesbegründung klar formuliert werden.**

Die seit der Schaffung der gesetzlichen Abschlussprüfung als Folge der Weltwirtschaftskrise unveränderte Interessenlage zwischen Finanzmarkt, geprüften Unternehmen, Abschlussprüfer, Versicherer und Anleger hat nach langen Diskussionen zu dem heute in § 323 HGB geregelten Kompromiss geführt. Diesen ohne ausreichende wissenschaftliche Grundlage aufzuheben, ist nach Auffassung der Wirtschaftsprüferkammer überaus gefährlich. Es setzt sich zudem in Widerspruch zur Empfehlung der EU-Kommission. Eine Rückkehr zum heutigen, noch relativ vielfältigen Prüfer- und Versicherermarkt wird danach nicht möglich sein.

Die vorgeschlagenen Verschärfungen bei der Haftung des Abschlussprüfers versetzen dem gesamten Berufsstand, den verbliebenen, als Abschlussprüfer registrierten Wirtschaftsprüferpraxen, aber auch den wenigen Versicherern, die überhaupt noch bereit sind, Wirtschaftsprüfern Deckung anzubieten, einen Schlag, von dem sich der ohnehin seit Jahren schrumpfende und von Nachwuchssorgen geplagte Berufsstand vielleicht nicht mehr erholen wird. Insbesondere mit der Verschiebung des Verschuldensmaßstabes und der massiven Erhöhung der Haftsummen stellt sich der Referentenentwurf ohne tragende Begründung gegen alle wissenschaftlichen Erkenntnisse und die Empfehlung der EU-Kommission vom 5. Juni 2008 zur Beschränkung der zivilrechtlichen Haftung von Abschlussprüfern und Prüfungsgesellschaften. Erste wissenschaftliche Abhandlungen üben vor eben diesem Hintergrund bereits Kritik am Referentenentwurf.

Damit trägt der Referentenentwurf nicht - wie in der Begründung vorgetragen - zur Stärkung der Finanzmarktintegrität bei, sondern gefährdet ohne Not die Abschlussprüfung als wichtige Säule im System zur Sicherstellung und Durchsetzung der Richtigkeit von Finanzinformationen.

Begründung

Dass diese drastische Einschätzung ernst zu nehmen und nicht bloß ein Beitrag zur Meinungsbildung ist, zeigt ganz deutlich ein Blick auf den besonderen Markt der Berufshaftpflichtversicherungen von Wirtschaftsprüfern.

a) Der Markt der Wirtschaftsprüfer als Versicherungsnehmer

Auf diesem Markt bieten überhaupt nur noch 7.294 WP, 2.086 vBP, 2.986 WPG, 70 BPG und 618 Partnerschaften mit beschränkter Berufshaftung - also 13.054 Praxen - selbst berufliche Dienstleistungen der Wirtschaftsprüfer an. Insbesondere junge Wirtschaftsprüfer meiden den Weg in die Selbständigkeit, sondern gehen und bleiben in den größeren und großen Einheiten. Berufsanfänger in mittelständischen Einheiten sind heute eine Seltenheit. Auch die durch das Abschlussprüferaufsichtsreformgesetz (APAReG) 2016 in den Katalog der originären Tätigkeiten des § 43 Abs. 1 WPO neu aufgenommenen Tätigkeiten außerhalb prüfender Einheiten,

etwa in Steuerberatungsgesellschaften, werden zunehmend interessanter. Selbst an den Universitäten sinkt das Interesse an der Abschlussprüfung.

Auf diesem ohnehin schon kleinen und stetig noch kleiner werdenden Versicherungsmarkt nimmt die vom Referentenentwurf unmittelbar in den Blick genommene Gruppe der für die Durchführung gesetzlicher Abschlussprüfungen zugelassenen Berufsangehörigen wiederum eine besondere Stellung ein.

Von den nur 13.054 Praxen sind nach den vergangenen gesetzlichen Verschärfungen im Bereich der gesetzlichen Abschlussprüfung nur noch 3.037 als gesetzlicher Abschlussprüfer registriert. Die übrigen 10.017 Praxen nehmen am Markt der gesetzlichen Abschlussprüfungen nicht mehr teil. Im Jahr 2016 waren noch rund 3.650 Praxen als gesetzlicher Abschlussprüfer registriert. Damit sind in nur vier Jahren 600 Praxen aus dem Prüfermarkt ausgeschieden. Nur 71 der als gesetzlicher Abschlussprüfer registrierten Praxen haben im Jahr 2019 gesetzliche Abschlussprüfungen von Unternehmen im öffentlichen Interesse durchgeführt; 9 Praxen davon 10 oder auch deutlich mehr Prüfungen, 48 dieser Praxen jedoch nur ein oder zwei Prüfungen. 2016 führten noch 86 versicherungspflichtige Praxen gesetzliche Abschlussprüfungen von Unternehmen im öffentlichen Interesse durch und 11 dieser Praxen hatten zehn oder mehr Mandate. Ursprünglich waren es im Jahr 2008 ca. 150 entsprechende Praxen.

Die dramatischen Auswirkungen der vorgeschlagenen Verschärfung der Haftung auf den Wirtschaftsprüfer- und den Abschlussprüfermarkt sollen nach einem kurzen Blick auf den Versicherermarkt genauer untersucht werden.

b) Der Markt der Versicherer

Dieser sehr kleinen Zahl von Versicherungsnehmern steht eine ebenfalls sehr kleine Zahl von Versicherern gegenüber.

Aktuell bieten 13 Versicherer (AIG Europe Limited, Allcura Versicherungs-AG, Bayerischer Versicherungsverband Versicherungs-AG, Gothaer Allgemeine Versicherung AG, HDI Versicherung AG, HISCOX INSURANCE COMPANY LTD, Markel International Insurance Company Ltd., Liberty Mutual Insurance Europe Ltd., MSIG Insurance Europe AG, R+V Allgemeine Versicherung AG, VSW (eine Versicherergemeinschaft bestehend aus Allianz Versicherungs-AG, AXA Versicherung AG und Ergo Versicherung AG), XL Insurance Company SE und Zurich Insurance plc) Berufshaftpflichtversicherungen für Wirtschaftsprüfer an.

Dabei sind die Versicherungsverträge in diesem Markt sehr unterschiedlich verteilt. 85 % der Versicherungen entfallen auf nur vier Versicherer (Gothaer, HDI, VSW und Zurich). HDI und VSW sind mit fast 75 % der Versicherungen die zentralen Marktteilnehmer. Während HDI die größere Zahl der Praxen versichert, sind die großen Prüferpraxen überwiegend bei der VSW

versichert. Markel und Hiscox haben in den Medien angekündigt, aus dem Markt auszuscheiden. Württembergische, Sparkassenversicherung und Nürnberger sind in den letzten Jahren bereits aus dem Markt ausgeschieden. Einzelne Versicherer bieten Berufshaftpflichtversicherungen nur für bestimmte Praxen (z.B. nur Einzelpraxen oder nur vBP) und häufig nur in Verbindung mit bereits bestehenden Versicherungen für StB- oder RA-Praxen im Umfeld der Wirtschaftsprüfer-Praxis an. Einzelne Versicherer scheinen mit der Versicherung für Wirtschaftsprüfer nur zu werben.

Der sehr kleine Versicherermarkt, der deswegen im Jahr 2007 bereits in den Blick des Bundeskartellamtes geraten ist, erklärt sich mit der kleinen Zahl der versicherungspflichtigen Praxen, den besonderen Risiken aus der beruflichen Tätigkeit von Wirtschaftsprüfern und dem hohen Spätschadensrisiko.

Zunächst lassen sich Schadensereignisse und -verläufe im Bereich der Versicherung von Wirtschaftsprüfern - anders als bei Massenversicherungen mit typischen Schadensbildern, wie etwa bei Kfz- oder Hausratsversicherungen - wegen der fehlenden Datenbasis kaum mit versicherungsmathematischen Methoden vorhersagen. Dabei ist die Datenbasis gleich dreifach eingeschränkt, einmal durch die kleine Zahl der Praxen, dann durch die geringe Zahl der Schadensfälle und letztlich durch die infolge des weiten Berufsbildes sehr unterschiedlichen Schadensbilder. Rückversichererdeckungen lassen sich daher für die Versicherer nur eingeschränkt und zu sehr hohen Prämien erreichen.

Daneben erfordert der mit der Berufshaftpflichtversicherung als Vermögensschadenshaftpflicht verbundene Abwehrschutz entweder profundes Fachwissen in der eigenen Schadensabteilung des Versicherers oder ist bei einem hohen Prozessrisiko mit ständig steigenden Rechtsberatungskosten verbunden.

Außerdem birgt die Berufshaftpflichtversicherung ein besonderes Spätschadensrisiko. Schäden werden z.T. erst viele Jahre nach dem maßgeblichen Versicherungsjahr relevant und fordern vom Versicherer daher einen sehr langen Atem und ausreichende Finanzkraft.

Alles das führt dazu, dass Versicherungen für Wirtschaftsprüfer nachhaltig nur von etablierten und sehr großen Versicherern oder von spezialisierten Versicherern angeboten werden können.

Die vier oben genannten Versicherer erfüllen diese Voraussetzungen. Die neuen Anbieter der letzten Jahre konnten sich am Markt nicht etablieren und ziehen sich deshalb über kurz oder lang mit erheblichen Spätschadensrisiken in ihren Bilanzen aus dem Markt zurück.

Vor diesem Hintergrund sind sowohl im Abschlussprüfermarkt als auch im zugehörigen Versicherermarkt schon nach geltendem Recht keine relevanten Neueintritte zu erwarten.

Die Frage, ob Versicherungen für Wirtschaftsprüfer in Zukunft noch angeboten werden sollen, steht nach unserem Kenntnisstand spätestens seit dem Referentenentwurf auf den Tagesordnungen nahezu aller oben genannten Versicherungen.

Die dramatischen Auswirkungen der mit dem Referentenentwurf in Aussicht genommenen Verschärfungen der Haftung werden aber nicht nur zu einem Konzentrationsprozess auf dem Versicherermarkt führen, sondern vor allem die Konzentration auf dem Wirtschaftsprüfer- und dem Abschlussprüfermarkt, also im gesamten Berufsstand beschleunigen.

c) Auswirkungen der vorgesehenen Verschärfungen auf den Berufsstand

Die Prognose der fortschreitenden Konzentration für den Berufsstand wird nachvollziehbar, wenn man sich die vielfachen und wechselwirkenden negativen Auswirkung der verschiedenen im Raum stehenden sieben Verschärfungen der Haftung für Abschlussprüfer auf die einzelnen Wirtschaftsprüferpraxen und ihre Versicherungsverhältnisse vor Augen führt.

Dabei müssen auch die Verschränkungen zwischen den *Haftungshöchstgrenzen* in § 323 Abs. 2 Satz 1, 2 HGB, der *Mindestversicherungssumme* in § 54 Abs. 4 Satz 1 WPO, einer ggf. bestehenden *Höherversicherung* und der *Deckungssumme* Berücksichtigung finden.

Die Haftungshöchstgrenze von 1 Mio. € im Non-PIE-Bereich (§ 323 Abs. 2 Satz 1 HGB) ist zugleich die für alle versicherungspflichtigen Wirtschaftsprüferpraxen, egal ob Abschlussprüfer oder nicht, geltende und der Wirtschaftsprüferkammer nachzuweisende Mindestversicherungssumme (§ 54 Abs. 4 Satz 1 WPO). In diesem Bereich ist die Haftung durch eine Versicherung gedeckt.

Liegt das Haftungsrisiko einer Praxis im Einzelfall über der Mindestversicherungssumme, also über 1 Mio. €, wie z.B. bei Prüfungen im PIE-Bereich (max. 4 Mio. €) oder außerhalb des Vorbehaltsbereiches, z.B. bei größeren Steuerberatungsmandaten (unbegrenzt), sind Wirtschaftsprüfer durch das Satzungsrecht der Wirtschaftsprüferkammer verpflichtet, für den Einzelfall eine am jeweiligen Risiko orientierte über die Mindestversicherungssumme hinausgehende Höherversicherung zu unterhalten (§ 27 BS WP/vBP). In diesem Bereich ist die Haftung oberhalb 1 Mio. € also nur durch eine Versicherung gedeckt, wenn die Wirtschaftsprüfer-Praxis die satzungsgemäß vorgesehene Höherdeckung tatsächlich auch unterhält. Unterhält die Wirtschaftsprüferpraxis keine Höherversicherung haftet sie über die Mindestversicherungssumme von 1 Mio. hinaus im PIE- Bereich persönlich bis 4 Mio. €, im Übrigen persönlich und unbeschränkt.

Letztlich bestimmt die Haftungshöchstgrenze von 1 Mio. € im Non-PIE-Bereich (§ 323 Abs. 2 Satz 1 HGB) neben der für alle Wirtschaftsprüfer geltenden Mindestversicherungssummen auch die gesetzlich vorgeschriebene *Mindesthöhe der Deckungssumme* von 4 Mio. €, wenn Wirtschaftsprüfer ihre Haftung vertraglich durch vorformulierte Vertragsbedingungen auf 4 Mio. €

begrenzen (§ 54a Abs. 1 Nr. 2 WPO). In diesem Bereich ist die vertraglich auf 4 Mio. € begrenzte Haftung also nur durch Deckung gesichert, wenn die Wirtschaftsprüferpraxis die satzungsgemäß vorgesehen Höherdeckung tatsächlich auch unterhält. Unterhält die Wirtschaftsprüferpraxis die 4 Mio. € Deckungssumme nicht, ist die vertragliche Haftungsbeschränkung unwirksam und die Praxis haftet über die Mindestversicherungssumme von 1 Mio. hinaus persönlich und unbeschränkt.

Erste Verschärfung - Verdopplung der Mindestversicherungssumme

Die Erhöhung der Haftsumme von 1 Mio. € auf 2 Mio. € im Non-Public-Interest-Entity-(PIE-)Bereich in § 323 Abs. 2 Satz 1 HGB stellt zunächst eine Verdoppelung der Mindestversicherungssumme nach § 54 Abs. 4 Satz 1 WPO dar und betrifft damit alle versicherungspflichtigen Wirtschaftsprüferpraxen.

Die größte Zahl der Versicherungsnehmer sind mittelständische Wirtschaftsprüfer und Wirtschaftsprüferpraxen ohne die Registrierung als Abschlussprüfer. Diese Praxen sind bei identischen beruflichen Aufgaben und Befugnissen schon heute nicht wie Steuerberater mit 250.000 € vierfach maximiert (also für vier Schadensfälle im Jahr), sondern mit 1 Mio. € unmaximiert (also für jeden Schadensfall im Jahr) versicherungspflichtig. Mit der Mindestversicherungssumme sind diese Praxen regelmäßig schon sehr gut versichert und bedürfen keiner fakultativen Höherversicherung.

Die Verdopplung der Mindestversicherungssumme geht zusammen mit der unmaximierten Deckung für viele mittelständische Praxen über den sachlich notwendigen Versicherungsschutz hinaus. Da die Unterhaltung der Berufshaftpflichtversicherung Voraussetzung für den Zugang zur selbständigen Berufsausübung und den Verbleib im Beruf ist, stellt die Erhöhung für zahlreiche Mitglieder einen nicht gerechtfertigten Eingriff in ihre Berufsfreiheit dar. Zugleich nimmt die Ungleichbehandlung im Vergleich zu den Steuerberatern ein sachlich nicht mehr begründbares und damit verfassungsrechtlich problematisches Maß an. Eine übermäßige Versicherungspflicht verletzt die Berufsfreiheit aus Artikel 12 Abs. 1 GG.

Zugleich stellt die Verdopplung der Mindestversicherungssumme eine erhebliche finanzielle Belastung dar. Versicherer haben wegen der oben genannten Schwierigkeiten bei der Risiko- und damit bei der Prämienbemessung Erhöhungen zwischen 40 und 60 %, allein wegen der Erhöhung der Haftsumme, angedeutet. Auch eine nicht zu angemessenen Prämien erreichbare Pflichtversicherung verletzt die Berufsfreiheit aus Artikel 12 Abs. 1 GG.

Ungeachtet der aufgezeigten rechtlichen und wirtschaftlichen Bedenken wird die Verdopplung der Mindestversicherungssumme den Prozess beschleunigen, dass Wirtschaftsprüfer ihre berufliche Tätigkeit aus der eigenen Praxis in andere Einheiten verlagern, um ihre berufliche

Tätigkeit nach StB-Bedingungen zu versichern. Neue mittelständische Wirtschaftsprüferpraxen treten wegen der erheblichen Regulierung und der von der Berufshaftpflichtversicherung für Wirtschaftsprüfer ausgehenden Marktzutrittsbarriere in den Hintergrund. Berufsanfänger konzentrieren sich zu über 90 % in den großen Praxen. Die sehr unterschiedlichen Anforderungen an Wirtschaftsprüfer in großen Praxen, insbesondere die hohe Spezialisierung, macht den früher nach einigen Berufsjahren häufigen Wechsel von einer großen Prüfungsgesellschaft in den Mittelstand oder in die Selbstständigkeit heute nahezu unmöglich.

Die Verdopplung der Haftsumme von 1 Mio. € auf 2 Mio. € in § 323 Abs. 2 Satz 1 HGB und damit die Verdoppelung der Mindestversicherungssumme nach § 54 Abs. 4 Satz 1 WPO wird so ein beschleunigtes Sterben der bestehenden mittelständischen Wirtschaftsprüferpraxen auslösen und beeinflusst die Nachwuchsgewinnung in diesem Segment erheblich.

Zweite Verschärfung - Verdopplung der Deckungssummen für Haftungsbeschränkungen

Der Gesetzgeber hat mit § 54a Abs. 1 WPO das Bedürfnis des Marktes anerkannt, die Haftung des Wirtschaftsprüfers durch eine schriftliche Vereinbarung im Einzelfall auf die Mindestversicherungssumme (§ 54a Abs. 1 Nr. 1 WPO) oder durch vorformulierte Vertragsbedingungen auf das Vierfache der Mindestversicherungssumme (§ 54a Abs. 1 Nr. 2 WPO) zu begrenzen. Ohne diese Möglichkeit könnten Wirtschaftsprüfer das Haftungsrisiko in bestimmten Beratungssituationen nicht eingehen oder nur zu Honoraren anbieten, die den Mandanten von der notwendigen Beauftragung eines Wirtschaftsprüfers abhalten.

Die genannten Koordinaten für Haftungsbeschränkungen entsprechen den Bedürfnissen von Mandanten und Wirtschaftsprüfern und werden durch die in Aussicht genommene Verdopplung der Haftsumme von 1 Mio. € auf 2 Mio. € in § 323 Abs. 2 Satz 1 HGB und damit den in der Praxis ganz besonders relevanten Fall der Haftungsbeschränkung durch vorformulierte Vertragsbedingungen in Frage gestellt. Die dauerhafte Bereithaltung von 8 Mio. € unmaximiertem Versicherungsschutz geht an der Lebenswirklichkeit mittelständischer Wirtschaftsprüferpraxen vorbei und lässt sich wirtschaftlich für diese auch nicht darstellen.

Da Haftungsbeschränkungen durch eine schriftliche Vereinbarung im Einzelfall im Alltag kaum mit der notwendigen Rechtssicherheit getroffen werden können, werden Wirtschaftsprüferpraxen in den relevanten Fallgestaltungen ihre qualifizierten Dienste versagen oder nur zu deutlich höheren Honoraren anbieten, damit sie den im Einzelfall ggf. gebotenen höheren Deckungsschutz als Exzedentendeckung zukaufen können.

Dritte Verschärfung - Erhöhung der Haftungssummen bei Abschlussprüfungen

Von der Verdopplung der Haftsumme von 1 Mio. € auf 2 Mio. € im Non-Public-Interest-Entity-(PIE-)Bereich und der Verfünffachung der Haftsumme von 4 Mio. € auf 20 Mio. € im PIE-

Bereich werden die verblieben 3.037 Praxen betroffen, die überhaupt noch über eine Registrierung als Abschlussprüfer verfügen.

Aber gerade in diesem, die Finanzmarktintegrität betreffenden Segment, liegen für die Allgemeinheit die größten Gefahren des Referentenentwurfes.

Zusammen mit der Vierten Verschärfung, der Verschiebung des Verschuldensmaßstabes, wird die massive Erhöhung der Haftsumme, die - wie oben ausgeführt - allein schon zu einer Erhöhung der Versicherungsprämien zwischen 40 und 60 % führen wird, eine Konzentration des Prüfermarktes gleichsam im Zeitraffer auslösen. Alle noch in diesem Marktsegment tätigen mittelständischen Praxen werden kurzfristig aus dem Markt ausscheiden.

Zugleich wird die überhöhte Haftsumme von 20 Mio. € im PIE-Bereich in typischen Fallgestaltungen - anders als in den medienwirksamen Einzelfällen - deutlich mehr abdecken, als dies erforderlich ist. Damit durchbricht der Vorschlag das zum angemessenen Interessenausgleich austarierte System der Haftung in den verschiedenen Säulen des Systems zur Sicherstellung und Durchsetzung der Richtigkeit von Finanzinformationen.

In diesem System haftet die BaFin als öffentliche Kontrolle nicht. Sie ist uneingeschränkt haftungsprivilegiert. Der Abschlussprüfer als externe Kontrolle haftet dem Unternehmen beschränkt und Dritten nicht, ist also nur eingeschränkt haftungsprivilegiert. Der Aufsichtsrat als interne Kontrolle haftet dem Unternehmen uneingeschränkt und Dritten nicht. Die Haftung gegenüber dem Unternehmen verschärft sich damit nach der Nähe zu diesem. Die Gleichstellung des Abschlussprüfers mit dem Aufsichtsrat überzeugt nicht.

BaFin und Abschlussprüfer greifen - anders als der Aufsichtsrat - von außen, also mit eingeschränktem Zugriff auf das zu prüfende Unternehmen als Prüfungsgegenstand zu. Dabei hat der Abschlussprüfer keine hoheitlichen Befugnisse, ist also - anders als die BaFin - vollumfänglich auf die Mitwirkung des Unternehmens angewiesen. Die nun vorgeschlagene Annäherung der Haftung des Abschlussprüfers an den Aufsichtsrat ist vor diesem Hintergrund nicht systemgerecht.

Vierte Verschärfung – Verschiebung des Verschuldensmaßstabes für die Haftungsbeschränkung

Die mit dem Referentenentwurf in Aussicht genommene Differenzierung zwischen Vorsatz und grober Fahrlässigkeit einerseits und anderen Formen von Fahrlässigkeit andererseits widerspricht der Empfehlung der EU-Kommission vom 5. Juni 2008 zur Beschränkung der zivilrechtlichen Haftung von Abschlussprüfern und Prüfungsgesellschaften. Diese sieht ausdrücklich vor, die zivilrechtliche Haftung von Abschlussprüfern und Prüfungsgesellschaften, außer bei vorsätzlich pflichtwidrigem Handeln (also für jede Form der Fahrlässigkeit), zu beschränken.

Hält der Entwurf an der der Verschiebung des Verschuldensmaßstabes fest, würde sich in kürzester Zeit eben die Gefahr verwirklichen, welche die EU-Kommission nach umfangreichen Untersuchungen unter wissenschaftlicher Begleitung schon im Jahr 2008 zu ihrer Empfehlung an die Mitgliedstaaten veranlasst hat.

Die Empfehlung ist zwar nicht bindend, eine Abweichung sollte aber wohlüberlegt und gut begründet sein.

Der Referentenentwurf rechtfertigt die Abwendung von der EU-Empfehlung und negiert die drohende Konzentration des Abschlussprüfermarktes mit einem knappen Hinweis auf andere europäische Länder, die keine Haftungshöchstgrenzen für Abschlussprüfer vorsehen würden. Diese Darstellung lässt aber außer Betracht, dass die überwiegende Zahl der Mitgliedstaaten der EU-Empfehlung aus guten Gründen folgt und statische oder dynamische gesetzliche oder vertragliche Haftungsbegrenzungen vorsieht. Die mit dem Referentenentwurf des FISG vorgesehenen 20 Mio. € sind dabei beispiellos. Nimmt man die europäischen Länder in den Blick, die die Haftungssumme an das Honorar knüpfen, bedeutet dies bei kleineren PIE-Mandaten, dass die geltende Haftungssumme ein Honorar von beispielsweise 400.000 Euro schon heute um das 10-fache, zukünftig um das 50-fache übersteigt.

Neben der unabweisbaren Konzentrationsgefahr birgt eine Differenzierung verschiedener Fahrlässigkeitsmaßstäbe auch erhebliche rechtliche und tatsächliche Abgrenzungsschwierigkeiten sowohl im Haftungs- als auch im Deckungsprozess. Dies erhöht das Prozessrisiko für alle Beteiligten erheblich und kann das wichtige vertrauensvolle Verhältnis zwischen Versichertem und seinem Versicherer erheblich belasten.

Sind Haftung und Pflichtdeckung wie im Bereich der PIE-Prüfungen entkoppelt (keine gesicherte Mindestdeckung über 1 (2) Mio. € und keine Pflichtdeckung für grobe Fahrlässigkeit), hat das geschädigte Unternehmen im Fall grober Fahrlässigkeit zwar einen Anspruch, erlangt ggf. aber keine Deckung. Wird die Lücke zwischen Deckungssumme und Haftsumme fakultativ geschlossen, droht eine weitere Beschleunigung der Marktkonzentration durch einen Wettbewerb mit der höchsten fakultativen Deckungssumme.

Weiter soll durch die höhere Haftung die Qualität der Abschlussprüfung gestärkt und ein Anreiz für eine sorgfältige und gewissenhafte Prüfung gesetzt werden. Hierzu kommt die der Empfehlung der EU-Kommission vorausgehenden europaweiten „Study on the Economic Impact of Auditors' Liability Regimes“ von London Economics und der Goethe-Universität Frankfurt a. M., die nach Auswertung verschiedener wissenschaftlicher Studien zu dem Schluss kommt, dass es keinen wissenschaftlichen Nachweis für einen Zusammenhang zwischen Haftung und Qualität der Prüfung gibt. Das Ansinnen der Bundesregierung, mit der Verschärfung der Haftung

Einfluss auf die Qualität der Abschlussprüfung zu nehmen, wird durch diese empirische Feststellung gerade nicht gestützt.

Damit gefährdet der Entwurf den Abschlussprüfermarkt, ohne sein eigentliches Ziel zu erreichen, nämlich das Vertrauen in die Integrität des deutschen Finanzmarktes zu stärken.

Fünfte Verschärfung - Erstreckung der erhöhten Haftsumme auf alle PIE-Prüfungen

Die Erstreckung der erhöhten Haftsumme durch § 323 Abs. 2 Satz 2 HGB-E über die heutige Prüfung einer Aktiengesellschaft, deren Aktien zum Handel im regulierten Markt zugelassen sind, auf alle PIE-Prüfungen ist systemgerecht, wird die Konzentration am Prüfermarkt aber zusätzlich beschleunigen. Zahlreiche von Versicherern heute wegen der kleineren Haftungs-/Deckungssumme dem kleineren Risiko zugeordneten gesetzlichen Abschlussprüfungen wechseln damit voll versicherungsprämienwirksam in den Bereich der PIE-Prüfungen mit großer Haftungs-/Deckungssumme.

Sechste Verschärfung - Verschiebung des Maßstabes für die Zurechnung des Verschuldens Dritter

Auf den ersten Blick scheint die Anpassung bei der Zurechnung des Verschuldens von Erfüllungs- und Verrichtungsgehilfen nach den allgemeinen Maßstäben bürgerlichen Rechts gerechtfertigt.

Genauer betrachtet wird aber deutlich, dass es sich bei der gesetzlichen Abschlussprüfung um eine besonders komplexe Tätigkeit handelt, die gerade bei einer globalen und digitalisierten Wirtschaft eines Zusammenspiels von eigenverantwortlichen Spezialisten bedarf. Diese Aufgabe übernimmt für den gewählten Abschlussprüfer der verantwortliche Prüfungspartner, ein kraft Berufsrecht eigenverantwortlich tätiger Wirtschaftsprüfer, der für die Erbringung der vertraglich geschuldeten und von der interessierten Öffentlichkeit erwarteten Leistung wiederum auf Spezialisten zurückgreifen muss, die häufig als Angehörige freier Berufe selbst zur eigenverantwortlichen Berufsausübung verpflichtet sind (z. B. Steuerberater oder Aktuare).

Diese eigenverantwortlichen Gehilfen sind aber gerade nicht die mehr oder weniger unselbständigen Gehilfen, die das Gesetz bei §§ 278 und 831 BGB vor Augen hat.

Der Gesetzgeber hat die besondere Eigenverantwortlichkeit der Gehilfen des Abschlussprüfers auch ausdrücklich anerkannt, wenn er gegen den Abschlussprüfer als Vertragspartner gerichtete vertragliche Ansprüche des geprüften Unternehmens in § 323 Abs. 1 Satz 3 HGB gleichsam als eigenen vertraglichen Anspruch unmittelbar auf die Gehilfen persönlich erstreckt und diese dann in § 323 Abs. 1 Satz 4 HGB auch noch als Gesamtschuldner neben den Abschlussprüfer stellt.

Der Gesetzgeber hat damit aus guten Gründen ein auf die Wirklichkeit der Abschlussprüfung zugeschnittenes besonderes handelsrechtliches Haftungssystem für Gehilfen des Abschlussprüfers entwickelt. Die nun vorgesehene Anwendung der allgemeinen Zurechnungsregeln des bürgerlichen Rechts neben den direkten vertraglichen Ansprüchen gegen Gehilfen des Abschlussprüfers des Handelsrechts belastet die Prüfungsgesellschaften ohne sachlichen Grund übermäßig.

Gleichzeitig wird die strengere Zurechnung des Verschuldens von Gehilfen dazu führen, dass alle Abschlussprüfer die Zusammenarbeit mit externen Spezialisten auf den Prüfstand stellen werden. Größere Praxen, die mithilfe externer Spezialisten in Einzelfällen vielleicht noch mit den großen Prüfungsgesellschaften um ein Mandant konkurrieren können, verlieren so den Zugang zum Markt, insbesondere der PIE-Prüfungen. Zugleich werden heute noch spezialisierte Praxen auch nicht mehr die Chance erhalten, große Prüfungsgesellschaften im Einzelfall als Subunternehmer mit ihrer besonderen Expertise zu unterstützen, weil die großen Prüfungsgesellschaften haftungsoptimiert nur noch auf Spezialisten aus dem eigenen Netzwerk zurückgreifen werden können. Das führt neben der zahlenmäßigen Konzentration im Prüfermarkt auch zu einer fachlichen Konzentration, die sich noch schwerer wieder umkehren lässt. Gleiches gilt für den Einsatz von Teilbereichsprüfern im Rahmen einer Konzernabschlussprüfung.

Siebte Verschärfung – Umkehr der Beweislast

In der Literatur wird z.T. unter Verweis auf die Rechtsprechung vertreten, der Geschädigte müsse den Nachweis für eine unbeschränkte Haftung des gesetzlichen Abschlussprüfers erbringen (Beck'scher Bilanz-Kommentar, 12. Auflage 2020, § 323 Rn. 106). Folgt man dieser Auffassung, führt die nun vorgeschlagene Negativformulierung „nicht vorsätzlich oder grob fahrlässig“ in § 323 Abs. 2 Satz 1, 2 HGB-E zu einer Beweislastumkehr und damit zu einer zumindest prozessualen Haftungsverschärfung, die die Versicherer bei der Prämienbemessung nicht unberücksichtigt lassen können und erhebliche zusätzliche Prämienwirkungen haben dürfte.

d) Mögliche Auswirkungen der Vorschläge auf die Wirtschaftsprüferkammer

Mit Blick auf seine Begründung wirft der Referentenentwurf mit dem umfangreichen Verweis auf § 27 Berufssatzung für WP/vBP die Frage nach dem Verständnis des Gesetzgebers zur Nachweispflicht der Berufshaftpflichtversicherung gegenüber der Wirtschaftsprüferkammer auf. Bisher lässt sich die Wirtschaftsprüferkammer nur die Unterhaltung einer §§ 54, 44b WPO entsprechenden Versicherung mit der Mindestversicherungssumme nachweisen. Die Einhaltung der Verpflichtung zur Höherversicherung (§ 27 BS WP/vBP) und die Unterhaltung der erhöhten Deckungssumme von 4 Mio. € (§ 54a Abs. 1 Nr. 2 WPO) kann von der Wirtschaftsprüferkammer nicht präventiv überwacht und durchgesetzt werden. Die Verletzung der Verpflichtung zur Höherversicherung erfolgt ggf. repressiv im Berufsaufsichtsverfahren. Die fehlende erhöhte

Deckungssumme führt zur Unwirksamkeit der vertraglichen summenmäßigen Haftungsbeschränkung und damit zur summenmäßig unbegrenzten Haftung.

Die Begründung zu § 323 HGB-E kann nun aber so verstanden werden, dass der Gesetzgeber die Wirtschaftsprüferkammer in der Pflicht sieht, auch die Einhaltung einer gebotenen Höherversicherung präventiv, also auf der Grundlage von §§ 16 Abs. 1 Nr. 3, 20 Abs. 2 Nr. 4, 28 Abs. 7, 34 Abs. 1 Nr. WPO sicherzustellen. Diese Aufgabe ist aber von vornherein nicht erfüllbar, weil die Wirtschaftsprüferkammer keine Erkenntnisse über die konkreten Risiken der 13.054 versicherungspflichtigen Praxen hat.

Da die Durchsetzung der Versicherungspflicht drittschützenden Charakter hat, besteht bei einem geänderten Verständnis der Aufgaben der Wirtschaftsprüferkammer ein unangemessenes Amtshaftungsrisiko für die Wirtschaftsprüferkammer und ggf. auch für die über die Wirtschaftsprüferkammer aufsichtsführende Abschlussprüferaufsichtsstelle, dem nur durch eine § 4 Abs. 4 FinDAG entsprechende Regelung in der WPO wirksam begegnet werden könnte.

e) Umsetzung

Der Entwurf stellt nicht ausreichend klar, ab wann die erhöhte Mindestversicherungssumme zu Unterhalten ist.

Legt man ein geltungsbezogenes Verständnis von § 323 HGB i. V. m. § 54 WPO zugrunde, unterliegen alle versicherungspflichtigen Praxen unmittelbar ab Inkrafttreten des FISG der erhöhten Versicherungspflicht, obwohl die erhöhte Haftung auf Abschlussprüfer noch keine Anwendung findet. Das würde bedeuten, dass alle 13.054 versicherungspflichtigen Praxen der Wirtschaftsprüferkammer am Tag nach dem Inkrafttreten des Gesetzes den neuen höheren Deckungsschutz nachweisen müssen. Dies ist tatsächlich nicht möglich, da die Versicherer die neuen Prämien in der kurzen Zeit weder kalkulieren noch mit den Praxen vereinbaren können.

Die inhaltliche Verknüpfung von Haftung (§ 323 HGB) und Deckung (§ 54 WPO) deutet auf ein anwendungsbezogenes Verständnis von § 323 HGB i. V. m. § 54 WPO hin. Danach unterliegen alle 13.054 versicherungspflichtigen Praxen der erhöhten Versicherungspflicht erst, wenn auch die erhöhte Haftung Anwendung findet. Diese findet nach Artikel 12 FISG-E (Änderung des EG-HGB) erst auf gesetzlich vorgeschriebenen Abschlussprüfungen für das nach dem 31. Dezember 2021 beginnende Geschäftsjahr Anwendung. Bei einem denkbaren Rumpfgeschäftsjahr von einem Tag, findet die erhöhte Haftung folglich ab dem 2. Januar 2022 Anwendung.

Da bezüglich des Beginns der erhöhten Versicherungspflicht keine Rechtsunsicherheit bestehen darf und der Beginn der erhöhten Versicherungspflicht nicht einzelfallbezogen bestimmt werden kann, bedarf der Referentenentwurf dringend einer Klarstellung. Dabei scheint eine

Festlegung für den Beginn der erhöhten Versicherungspflicht auf den 1. Januar 2022 sachgerecht.

Fazit:

1. Der Vorschlag, eine erhöhte Haftsumme auf alle PIE-Mandate anzuwenden, ist nachvollziehbar.
2. Die Wirtschaftsprüferkammer spricht sich für die unveränderte Beibehaltung der Haftsumme von 1 Mio. € in Non-PIE-Bereich aus. Lediglich eine inflationsbedingte Anpassung wäre nachvollziehbar.

Die Erhöhung der Haftsumme im Non-PIE-Bereich und damit der Mindestversicherungssumme für die Berufshaftpflichtversicherung trifft entgegen der Absicht des Referentenentwurfes vor allem die Berufsangehörigen, die nicht als Abschlussprüfer registriert sind und belastet deren wirtschaftliche Leistungsfähigkeit ohne ausreichenden sachlichen Grund in einem verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigenden Maß. Zugleich gefährdet die Erhöhung der Haftsumme im Non-PIE-Bereich und damit der Mindestversicherungssumme die Funktionsfähigkeit vorformulierter vertraglicher, also einvernehmlicher Haftungsbeschränkungen.

3. Bei der Haftsumme im PIE-Bereich spricht sich die Wirtschaftsprüferkammer für eine moderate Erhöhung mit Blick auf andere europäische Länder mit gesetzlicher Haftsumme aus. Die mit dem Referentenentwurf vorgeschlagene Erhöhung von 4 auf 20 Mio. € gefährdet den Prüfer- und Versicherermarkt, ohne dass wissenschaftlich sichergestellt ist, dass sich die Qualität der Abschlussprüfung durch die drastische Erhöhung der Haftsumme überhaupt verbessert.

4. Beim Verschuldensmaßstab spricht sich die Wirtschaftsprüferkammer in Übereinstimmung mit der EU-Empfehlung zur Haftungsbegrenzung von Abschlussprüfern für die Beibehaltung der bisherigen Regelung aus.

Die Ausweitung der unbegrenzten Haftung auf grobe Fahrlässigkeit wird in kürzester Zeit zu einer Marktkonzentration in einem bisher nicht bekannten Ausmaß führen. Für die wenigen verbleibenden Abschlussprüfer wird es kaum möglich sein auf dem Versicherungsmarkt Deckung zu erhalten.

5. Bezüglich der vorgeschlagenen Verschärfung der Zurechnung des Verschuldens von Gehilfen, spricht sich die Wirtschaftsprüferkammer für die Beibehaltung des geltenden besonderen handelsrechtlichen Systems aus. Die uneingeschränkte Haftung nach bürgerlichem Recht neben seinen Gehilfen belastet den Abschlussprüfer unangemessen.
6. Für die Umsetzung der verbleibenden Änderungen benötigen die Berufsangehörigen, die Versicherer und die Wirtschaftsprüferkammer eine angemessene Übergangszeit. Die Erwartung des Gesetzgebers an die Wirtschaftsprüferkammer bezüglich der Kontrolle und Durchsetzung der Versicherungspflicht sollte in der Gesetzesbegründung klar formuliert werden.

Die vorgeschlagenen sieben Verschärfungen der Haftung hätten den Fall Wirecard im Übrigen nicht verhindert und würden ggf. den entstandenen Schaden nicht ausgleichen können.

**Artikel 11 Nummer 12: Änderung des § 332 HGB
(Inhaltlich unrichtiger Bestätigungsvermerk bei PIE-Abschlussprüfungen)**

Forderung: Wir sprechen uns gegen die vorgesehenen Verschärfungen der Strafvorschriften für PIE-Abschlussprüfer und die damit einhergehende Verschärfung der zivilrechtlichen Haftung aus.

Die vorsätzliche Erteilung eines inhaltlich unrichtigen Bestätigungsvermerks bei der Abschlussprüfung von Unternehmen von öffentlichem Interesse soll in Zukunft den Qualifikationstatbeständen des § 332 Abs. 2 HGB zugeordnet werden, sodass sich der Strafrahmen auf Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren erhöht (Buchstabe a). Zugleich soll insoweit durch einen neuen Absatz 3 auch die leichtfertige Begehung unter Strafe gestellt werden (Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe – Buchstabe b).

Wir halten die genannten Verschärfungen für Überregulierungen:

- Erteilt der Abschlussprüfer vorsätzlich einen unrichtigen Bestätigungsvermerk, kommt bereits aktuell eine (der Höhe nach unbeschränkte) zivilrechtliche Haftung nicht nur gegenüber dem Prüfungsmandanten, sondern auch gegenüber Dritten nach § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 332 HGB als Schutzgesetz (hierzu zuletzt BGH, Urteil vom 12. März 2020 – VII ZR 236/19) und ggf. auch nach § 826 BGB in Betracht. Damit werden die schutzwürdigen Interessen des in der Entwurfsbegründung angesprochenen Adressatenkreises gewahrt und hinreichende Anreize für eine sorgfältige Prüfung gesetzt. Der genannten Strafschärfung für die Abschlussprüfung bei Unternehmen von öffentlichem Interesse bedarf es daher nicht.
- Durch die zusätzliche Einbeziehung der leichtfertigen Erteilung eines inhaltlich unrichtigen Bestätigungsvermerks bei PIE in den Straftatbestand des § 332 HGB käme auch in diesen Fällen eine Haftung gegenüber Dritten nach § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 332 HGB in Betracht. Da es sich um einen Fall der deliktischen Haftung handelt, würde der Abschlussprüfer unabhängig von den Entwicklungen im Bereich des § 323 Abs. 2 HGB auch insoweit der Höhe nach unbeschränkt haften. Damit wäre auch bei leichtfertigem Handeln das Risiko einer nicht mehr überschaubaren Haftung gegeben, welches durch die im Einzelfall problematische Abgrenzung zur normalen Fahrlässigkeit noch einmal verstärkt würde.

Im Ergebnis würde die Kumulation verstärkter strafrechtlicher Verantwortlichkeit und existenzbedrohender zivilrechtlicher Haftung bereits bei leichtfertigem Handeln nicht nur zu einer weiteren Marktkonzentration im Bereich der Abschlussprüfung bei Unternehmen von öffentlichem Interesse führen, sondern ließe darüber hinaus befürchten, dass es zu einer systemrelevanten Verkleinerung des Prüferpools in diesem Segment kommt und damit die Gefahr besteht, dass einzelne PIE-Unternehmen keinen Abschlussprüfer mehr finden. Der Umstand, dass die genannten Neuregelungen nicht geeignet sind, den Beruf des Wirtschaftsprüfers attraktiver zu machen und damit der aktuell bestehenden Nachwuchsproblematik Rechnung zu tragen, wird damit zur Nebensache.

B. Weitere Punkte des Referentenentwurfs

Artikel 11 Nummer 4: Aufhebung des § 319a HGB

(Streichung der Definition des verantwortlichen Prüfungspartners)

Forderung: Bei einer Streichung des § 319a HGB ist die Definition des verantwortlichen Prüfungspartner in § 43 Abs. 3 WPO zu verorten.

Mit § 319a Abs. 1 Satz 4, Abs. 2 Satz 2 HGB der geltenden Fassung soll auch die Definition des verantwortlichen Prüfungspartners auf der Ebene des nationalen Rechts gestrichen werden. In der Entwurfsbegründung wird hierzu ausgeführt, dass sich die Legaldefinition des Begriffs künftig in der WPO finden wird. Wir regen an, einen entsprechenden Regelungsvorschlag in den Regierungsentwurf aufzunehmen. Als passender Regelungsstandort würde sich § 43 Abs. 3 WPO (Wechsel zum Prüfungsmandanten) anbieten, da die Regelung sich explizit auf den verantwortlichen Prüfungspartner bezieht. Derzeit wird dort auf § 319a Abs. 1 Satz 4 und Abs. 2 Satz 2 HGB verwiesen.

In Betracht käme danach eine eigenständige Regelung (Übernahme des § 319a Abs. 1 Satz 4, Abs. 2 Satz 2 HGB), aber auch die Variante, den derzeitigen Verweis auf § 319a HGB durch einen Verweis auf Artikel 2 Nr. 17 AP-RL zu ersetzen.

In der Entwurfsbegründung zu Artikel 11 Nr. 4 wird nicht angesprochen, dass Teile der Definition des verantwortlichen Prüfungspartners (§ 319a Abs. 1 Satz 4 HGB) in § 28 Abs. 1 Satz 3 KWG-E überführt wurden. Aus unserer Sicht sollte für den Fall, dass § 319a HGB tatsächlich aufgehoben wird, die Legaldefinition des verantwortlichen Prüfungspartners übergreifend im Berufsrecht und damit, wie in der Entwurfsbegründung angesprochen, in der WPO verortet werden. Aus dem Spezialgesetz (hier § 28 KWG) wäre dann auf die Neuregelung in der WPO zu verweisen.

**Artikel 11 Nummer 8 Buchstabe c): Änderung des § 323 HGB
(Zuständigkeit für Mitteilungen nach Artikel 7 Unterabs. 2 AP-VO)**

Forderung: Es ist zusätzlich eine klarstellende Regelung einzuführen, an welche Behörde die Unterrichtung nach Artikel 12 Abs. 1 AP-VO zu richten ist, soweit kapitalmarktorientierte Unternehmen nach § 264d HGB (§ 316a Satz 2 Nr. 1 HGB-E) betroffen sind.

In einem neuen Absatz 5 des § 323 HGB soll geregelt werden, dass die Mitteilung nach Artikel 7 Unterabs. 2 AP-VO an die BaFin, bei dem Verdacht einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit auch an die für die Verfolgung zuständige Verwaltungsbehörde zu richten ist.

Der Regelungsvorschlag greift eine Forderung der Wirtschaftsprüferkammer in Reaktion auf die Geschehnisse um Wirecard auf und wird daher begrüßt.

Wir dürfen an dieser Stelle darauf aufmerksam machen, dass die Wirtschaftsprüferkammer zusätzlich angeregt hat, neben der vorliegenden auch eine klarstellende Regelung einzuführen, an welche Behörde die Unterrichtung nach Artikel 12 Abs. 1 AP-VO zu richten ist, soweit kapitalmarktorientierte Unternehmen nach § 264d HGB (§ 316a Satz 2 Nr. 1 HGB-E) betroffen sind.

Für Unternehmen von öffentlichem Interesse, die CRR-Kreditinstitut oder Versicherungsunternehmen nach § 316a Satz 2 Nr. 2 und 3 HGB-E sind, existieren mit § 29 Abs. 3 KWG, 35 Abs. 4 VAG seit langem Regelungen im deutschen Recht, nach denen auch für den Bereich des unmittelbar geltenden Artikel 12 Abs. 1 AP-VO Klarheit besteht. Bei kapitalmarktorientierten Unternehmen nach § 264d HGB (§ 316a Satz 2 Nr. 1 HGB-E) ist dies nicht der Fall.

Anzustreben wäre zumindest eine gesetzliche Klarstellung (z. B. im WpHG), an welche Behörde im Bereich kapitalmarktorientierter Unternehmen die Unterrichtung nach Artikel 12 Abs. 1 AP-VO zu richten ist. Alternativ käme auch eine ausführliche Regelung nach dem Vorbild der genannten Vorschriften des KWG und des VAG in Betracht.

**Artikel 11 Nummer 14: Änderung des § 334 HGB
(Bilanzordnungswidrigkeitenrecht)**

Forderung: Die Zuständigkeit für die Verfolgung und Ahndung von Ordnungswidrigkeiten nach § 334 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 HGB-E (Erteilung eines Bestätigungsvermerks nach § 322 HGB zu dem Abschluss einer Kapitalgesellschaft, die nicht Unternehmen von öffentlichem Interesse ist) ist der Wirtschaftsprüferkammer zuzuweisen.

Der Abschlussprüfer betreffende Ordnungswidrigkeitentatbestand des § 334 Abs. 2 HGB wird ausgeweitet und verschärft. Ein ordnungswidriges Handeln nach der Vorschrift soll zusätzlich auch dann gegeben sein, wenn bei Abschlussprüfungen bei Unternehmen von öffentlichem

Interesse gegen die Verbote der Artikel 5 Abs. 1, 4 und 5, Artikel 17 Abs. 3, 7 AP-VO verstoßen wird (Buchstabe a). Nach Absatz 3 der Vorschrift soll der Bußgeldrahmen bei Prüfung von Unternehmen von öffentlichem Interesse auf maximal 500.000 Euro angehoben werden (Buchstabe c). Nach der Entwurfsbegründung soll hiermit ein Gleichlauf mit § 68 Abs. 1 Nr. 2 WPO hergestellt werden („Geldbuße bis zu 500.000 Euro“).

Unverändert soll es in sämtlichen Fällen des Absatzes 2 bei der Zuständigkeit der Abschlussprüferaufsichtsstelle bleiben. In diesem Zusammenhang dürfen wir auf die beschränkte Zuständigkeit der Abschlussprüferaufsichtsstelle nach § 66a Abs. 6 WPO sowie auf den Umstand verweisen, dass auch die Wirtschaftsprüferkammer in diversen Zusammenhängen im Verhältnis zu ihren Mitgliedern Verwaltungsbehörde i. S. d. § 36 Abs. 1 Nr. 1 OWiG ist (vgl. § 133d WPO).

Vor diesem Hintergrund regen wir an, die Zuständigkeit für die Verfolgung und Ahndung von Ordnungswidrigkeiten nach § 334 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 HGB-E (Erteilung eines Bestätigungsvermerks nach § 322 HGB zu dem Abschluss einer Kapitalgesellschaft, die nicht Unternehmen von öffentlichem Interesse ist) der Wirtschaftsprüferkammer zuzuweisen.

Artikel 12 Nummer 2: Änderung des EGHGB – Übergangsfristen für die Änderungen des HGB

Forderung: Für den Fall, dass es bei der Aufhebung des § 318 Abs. 1a HGB verbleiben sollte, ist eine Übergangsregelung entsprechend Artikel 41 AP-VO ist notwendig (vgl. oben unter Punkt B. zu Artikel 11 Nummer 3 Buchstabe a).

Derzeit soll auch die Aufhebung des § 318 Abs.1a HGB für gesetzlich vorgeschriebene Abschlussprüfungen für nach dem 31. Dezember 2021 beginnende Geschäftsjahre gelten (bei kalendergleichem Geschäftsjahr also ab dem zu prüfenden Geschäftsjahr 2022, vgl. Artikel 12 Nummer 2 zur Änderung des EGHGB).

Diese Regelung greift allerdings viel zu kurz, insbesondere für die Unternehmen von öffentlichem Interesse, die gerade erst ausgeschrieben haben bzw. sich derzeit im Ausschreibungsprozess befinden und bei denen deswegen die Mandatslaufzeit verlängert werden konnte bzw. kann. Es ist diesen Unternehmen nicht zuzumuten, innerhalb kürzester Zeit erneut einen kostspieligen und zeitaufwendigen Ausschreibungsprozess durchzuführen.

Im Übrigen wäre dies auch zeitlich kaum möglich. Die Ausschreibung einer Abschlussprüfung sollte spätestens in dem Geschäftsjahr erfolgen, das dem prüfenden Geschäftsjahr vorausgeht, d. h. die Ausschreibung für die Abschlussprüfung des Geschäftsjahres 2022 müsste im Jahr 2021 durchgeführt werden. In den Fällen, in denen sogenannte „cooling-in“-relevante Nicht-Prüfungsleistungen (wie die Gestaltung und Einrichtung von Kontroll- und

Risikomanagementverfahren für Finanzinformationen oder entsprechende IT-Systeme) durch Wirtschaftsprüfungsgesellschaften oder deren Netzwerkmitglieder erbracht werden, wären Ausschreibungsprozesse sinnvollerweise sogar zwei Jahre vor dem zu prüfenden Geschäftsjahr durchzuführen, um eine notwendige Auswahlentscheidung durch den Aufsichtsrat zu gewährleisten. Der Grund für eine derartig frühzeitige Ausschreibung liegt in diesen Fällen darin, dass diese „cooling-in“-relevanten Leistungen bereits im Vorjahr des zu prüfenden Geschäftsjahres nicht erbracht werden dürfen (Artikel 5 Abs. 1 Buchstabe b) AP-VO), wenn eine Beauftragung der betreffenden Wirtschaftsprüfungsgesellschaft mit einer Abschlussprüfung noch möglich sein soll. Derartige Projekte (z.B. IT-Migrationsprojekte) sind häufig bereits beauftragt und können aufgrund ihrer Langfristigkeit bis ins Jahr 2021 und darüber hinauslaufen. Die im Referentenentwurf vorgesehene Regelung würde im Ergebnis dazu führen, dass zahlreiche Prüfungsgesellschaften gar nicht erst an den dann kurzfristig erforderlichen Ausschreibungen teilnehmen könnten mit der Folge, dass einige Unternehmen von öffentlichem Interesse in ihrer Auswahlmöglichkeit sehr eingeschränkt sind oder am Ende gar keinen Abschlussprüfer finden können.

Aus vorstehenden Gründen halten wir für den Fall, dass an einer Aufhebung des § 318 Abs. 1a HGB festgehalten werden sollte, eine Übergangsregelung entsprechend Artikel 41 AP-VO für zwingend erforderlich. Diese sollte es allen Unternehmen, die bis zum Inkrafttreten des Gesetzes von der bisherigen Verlängerungsmöglichkeit Gebrauch gemacht haben, erlauben, die bisherige Höchstlaufzeit nach § 318 Abs. 1a HGB, d. h. eine Beibehaltung des Abschlussprüfers für weitere 10 Jahre, vollständig in Anspruch zu nehmen.

Artikel 14 Nr. 1 Buchstabe b: Änderung des § 11 Abs. 1 UmwG

Artikel 15 Nr. 5, 6 Buchstabe a, 8, 9 Buchstabe b: Änderung der §§ 143 Abs. 2, 209 Abs. 4, 258 Abs. 4, 293d Abs. 1 AktG

Artikel 18 Nr. 1: Änderung des § 57f Abs. 3 GmbHG

Artikel 24: Änderung des § 29 Abs. 2 Finanzkonglomerate-Aufsichtsgesetz

Forderung: Bei allen genannten Regelungen darf kein Verweis auf Artikel 5 AP-VO erfolgen.

Die genannten Vorschriften betreffen Prüfungen nach Umwandlungs- und Gesellschaftsrecht sowie nach dem Recht der Finanzdienstleistungsaufsicht und beinhalten Regelungen zum Abschluss als Prüfer. Derzeit wird dort neben §§ 319, 319b HGB auch auf § 319a HGB in der geltenden Fassung verwiesen.

Die zuletzt genannte Vorschrift soll nach dem Referentenentwurf aufgehoben werden. Ersatzweise sieht der Entwurf für die Prüferauswahl durch einen entsprechenden Verweis die

(entsprechende) Anwendung von Artikel 5 Abs. 1 AP-VO (Verbot bestimmter Nichtprüfungsleistungen bei der Durchführung der Abschlussprüfung bei Unternehmen von öffentlichem Interesse) vor, soweit die o. g. Prüfungen bei Unternehmen von öffentlichem Interesse durchgeführt werden.

Artikel 5 AP-VO gilt ausschließlich für Abschlussprüfungen nach § 316 HGB bei Unternehmen von öffentlichem Interesse. Werden die Wahlrechte nach Artikel 5 Abs. 3 AP-VO nicht mehr ausgeübt, gilt die „Blacklist“ nach Artikel 5 Abs. 1 AP-VO für diese Abschlussprüfungen unmittelbar und ohne Einschränkungen. Bei den o. g. weiteren Prüfungen ist dies nicht der Fall, da sie, auch wenn sie bei Unternehmen von öffentlichem Interesse durchgeführt werden, vom Anwendungsbereich der AP-VO nicht erfasst werden. Wir halten es für überzogen, die in ihrer Reichweite und Absolutheit durchaus problematische Blacklist ohne Differenzierungen auch auf weitere, von der AP-VO nicht erfasste Prüfungen bei Unternehmen von öffentlichem Interesse zu erstrecken.

Wir möchten daher anregen, den aktuellen Verweis auf § 319a HGB durch eine materiell vergleichbare angemessene Regelung zu ersetzen oder noch besser, § 319a HGB beizubehalten, wie bereits im Zusammenhang mit der Erbringung zulässiger Nichtprüfungsleistungen an den Prüfungsmandanten angeregt.

Speziell zu § 143 Abs. 2 AktG-E dürfen wir vorsorglich darauf hinweisen, dass Artikel 5 Abs. 1 AP-VO keine Ausschlussgründe im Sinne des derzeit geltenden § 319a Abs. 1 HGB enthält. Ob die Erbringung einer verbotenen Nichtprüfungsleistung an einen Prüfungsmandanten nach Artikel 5 Abs. 1 AP-VO im konkreten Fall zum Ausschluss als Abschlussprüfer führt, ist vielmehr unter Rückgriff auf §§ 319 ff. HGB, § 49 Var. 2 WPO zu beurteilen. Die Formulierung „oder nach Artikel 5 Abs. 1 der Verordnung (EU) Nr. 537/2014 (...) nicht Abschlussprüfer sein darf“, passt daher nicht.

Wir bitten Sie nachdrücklich, unsere Anregungen im weiteren Verfahren zu berücksichtigen. Inhaltlich haben wir unsere Ausführungen auf Fragestellungen beschränkt, die die berufliche Stellung und Funktion unserer Mitglieder betreffen.

Anlage:

Positionspapier der Wirtschaftsprüferkammer „Wirecard: Aktionsplan der Bundesregierung - Erst analysieren – dann Maßnahmen diskutieren (Stand: 28. August 2020)“

Wirecard: Aktionsplan der Bundesregierung Erst analysieren – dann Maßnahmen diskutieren

(Stand: 28. August 2020)

I. Hintergrund

Es ist öffentlich, dass in der Bilanz der Wirecard AG Aktiva in Höhe von 1,9 Milliarden Euro offenbar nicht nachgewiesen werden konnten. Der Abschlussprüfer hat für das Geschäftsjahr 2019 das Testat versagt. Kurz darauf wurde ein Insolvenzantrag gestellt. Es gibt deutliche Hinweise auf einen massiven Betrug, an dem mehrere Parteien weltweit mit gezielter Täuschungsabsicht beteiligt waren. Daraufhin brach der Aktienkurs ein; der Schaden der Anleger ist erheblich. Die Öffentlichkeit fragt sich, wie es sein kann, dass Aufsichtsrat, DPR, BaFin und Wirtschaftsprüfer trotz kursierender Hinweise auf Ungereimtheiten bei Wirecard nicht in der Lage waren, die betrügerischen Vorgänge früher aufzudecken.

Schnell wurden im politischen Raum Stimmen laut, die rasche und tiefgreifende Konsequenzen fordern. Auch für Wirtschaftsprüfer wurde eine Verschärfung verschiedener Berufspflichten angeregt (Trennung von Prüfung und Beratung, häufigere Rotation des Abschlussprüfers, Abschaffung der gesetzlichen Haftungsbeschränkung). Ein massiver Reputationsschaden ist für den Berufsstand der Wirtschaftsprüfer bereits eingetreten.

Bei Wirecard handelt es sich um ein kapitalmarktorientiertes Unternehmen, zuständig ist daher die beim Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle angesiedelte berufsstandsunabhängige staatliche Abschlussprüferaufsichtsstelle (APAS).

II. Problemlage

Das Vertrauen in die Aufsichtssysteme ist erschüttert. Dieses muss durch zielführende, aber auch verhältnismäßige Maßnahmen wiederhergestellt und gestärkt werden. Derzeit ist es Abschlussprüfern wegen ihrer Verschwiegenheitspflicht verwehrt, sich gegenüber Behörden, anderen Dritten oder der Presse (Öffentlichkeit) zu einer Abschlussprüfung zu äußern und sich, soweit als erforderlich erachtet, zu verteidigen. Die Behörden, die nach EU-Regelungen vorgesehen sind für die Entgegennahme von Meldungen zu Unregelmäßigkeiten, die Abschlussprüfer von öffentlichem Interesse feststellen, sind vom deutschen Gesetzgeber bisher nicht bestimmt worden. APAS und auch WPK dürfen wegen ihrer Pflicht zur Verschwiegenheit weder über die Einleitung eines berufsaufsichtlichen Verfahrens noch über dessen Ausgang berichten.

III. Lösung

Aus Sicht der WPK ist entscheidend, **keinen fehleranfälligen regulatorischen Schnellschuss** vorzunehmen, sondern die erforderlichen Maßnahmen im Wege einer **sorgfältigen Analyse unter Einbeziehung aller Betroffenen zu ermitteln und umzusetzen**.

Dies gilt auch für die **berufsrechtlichen Rahmenbedingungen für die Abschlussprüfung bei Unternehmen von öffentlichem Interesse**, die **erst im Jahr 2016** nach einem mehrjährigen intensiven Austausch mit den betroffenen Akteuren **europaweit reformiert wurden**. Sämtliche der oben genannten Regelungskomplexe wurden im Rahmen der Reform 2016 bereits diskutiert und geregelt.

Folgende Maßnahmen zur Stärkung der Abschlussprüfung und der Aufsicht im Interesse der Öffentlichkeit sind nach derzeitigem Stand zielführend:

- **Wirtschaftsprüfer bzw. Wirtschaftsprüfungsgesellschaften**, die als Abschlussprüfer eines Unternehmens von öffentlichem Interesse tätig sind, dürfen sich bei einem berechtigten Interesse gegenüber Behörden, anderen Dritten oder der Presse (Öffentlichkeit) zu der von ihnen durchgeführten Abschlussprüfung **äußern** und verteidigen (insoweit Aufhebung ihrer beruflichen Verschwiegenheitspflicht).
- Dringend erforderlich ist, dass der **deutsche Gesetzgeber die zuständigen** Behörden nach Artikel 7 und 12 VO [EU] 537/2014 **benennt**, an die Abschlussprüfer, die Unternehmen von öffentlichem Interesse prüfen, die in der Verordnung vorgesehenen Mitteilungen richten können, z. B. zu wesentlichen Rechtsverstößen, bei wesentlichen Gefährdungen hinsichtlich der Fortführung eines Unternehmens oder bei der Verweigerung/Einschränkung/Versagung eines Bestätigungsvermerkes.
- **APAS und WPK** wird jeweils ermöglicht, bei öffentlichem Interesse über die Einleitung eines berufsaufsichtlichen Verfahrens zu **berichten**. Des Weiteren wird die Möglichkeit geschaffen, dass APAS und WPK auch über wesentliche rechtskräftige berufsaufsichtliche Maßnahmen von APAS und WPK unter Nennung des Namens gegenüber der Öffentlichkeit berichten dürfen (Nennung von „Ross und Reiter“, insoweit Aufhebung der Verschwiegenheitspflicht beider Aufsichtsstellen).

Aus der **Perspektive des öffentlichen Interesses** wäre die Einführung strengerer Regelungen für die Berufsausübung des Wirtschaftsprüfers nur angezeigt, wenn diese dazu beitragen können, Fälle wie Wirecard in Zukunft zu vermeiden, und auch im Übrigen angemessen sind.

- Gefordert wird zunächst die vollständige **Trennung von Prüfung und Beratung**. Es ist nicht ersichtlich, wie ein solches Beratungsverbot, das im Kontext der Unabhängigkeit des Abschlussprüfers und der Situation am Prüfungsmarkt diskutiert wird, zur Aufdeckung eines mit krimineller Energie begangenen Betrugs beitragen soll. Im Übrigen sind Abschlussprüfer von kapitalmarktorientierten Unternehmen schon nach geltendem Recht in ihrer Beratungstätigkeit weitreichend beschränkt (vgl. Art. 5 VO [EU] 537/204, § 319a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HGB). In Deutschland ist die Steuerberatung, bei Unternehmen, die nicht im öffentlichen Interesse sind, ebenso wie in der Mehrzahl der EU-Mitgliedstaaten, aus gutem Grund unter bestimmten Voraussetzungen zulässig.

Eine weitere Beschränkung ist nicht erforderlich und würde vor allem auch den Interessen der mittelständischen Unternehmen widersprechen. **Bei Wirecard spielte die Beratung durch den Abschlussprüfer, gemessen an den mit der Abschlussprüfung erzielten Umsatzerlösen, keine Rolle.** Ergänzend: Im Bereich der Abschlussprüfung von Unternehmen von öffentlichem Interesse ist ein unangemessen niedriges Honorar für die Abschlussprüfung, das durch hohe Einnahmen aus der Beratung querfinanziert wird, nicht möglich. Honorare aus Nichtprüfungsleistungen (wie z. B. Steuerberatung) sind auf 70% der Einnahmen aus der Abschlussprüfung beschränkt (sog. „Fee-Cap“, Art. 4 Abs. 2 VO [EU] 537/204). Dies wird von der APAS im Rahmen ihrer Aufsichtstätigkeit kontrolliert.

- **Zweifelhaft** ist auch, ob ein **häufigerer Wechsel des Abschlussprüfers (Rotation)** zur Aufdeckung vergleichbarer Betrugsfälle beitragen könnte (zur aktuellen Regelung vgl. Art. 17 VO [EU] 537/204, § 318 Abs. 1a HGB). Bei Wirecard konnte auch im Rahmen einer Sonderprüfung durch eine andere Wirtschaftsprüfungsgesellschaft betrügerisches Handeln offenbar nicht vollständig belegt werden, obwohl mögliche Unregelmäßigkeiten Anlass für die Sonderprüfung waren, die Sonderprüfung im Unterschied zur Abschlussprüfung einen forensischen Ansatz hatte und entsprechende Spezialisten eingesetzt wurden. Das Risiko einer möglichen negativen Nebenwirkung der externen Rotation, nämlich die weitere Marktkonzentration, könnte nochmals verstärkt werden. Wir stellen fest, dass neben Deutschland auch

zahlreiche andere EU-Mitgliedstaaten eine Verlängerung der Höchstlaufzeit von zehn Jahren im Fall von Ausschreibungen als auch von 14 Jahren bei Joint Audits vorgesehen haben.

- Auch die diskutierte **Erhöhung der gesetzlichen Haftungsobergrenze für Abschlussprüfungen** ist **kontraproduktiv**, selbst wenn sie auf Unternehmen von öffentlichem Interesse beschränkt bliebe. Die Haftung bei der Prüfung börsennotierter Aktiengesellschaften ist auf vier Millionen Euro beschränkt (§ 323 Abs. 2 HGB). Jede Erweiterung würde die **bereits vorhandene Marktkonzentration in diesem Segment noch einmal verstärken** oder sogar zu einer systemrelevanten Verkleinerung des Prüferpools führen, da sich viele Wirtschaftsprüferpraxen aus dem Abschlussprüfungsmarkt zurückziehen würden. Im Übrigen greift die Haftungsbeschränkung des § 323 Abs. 2 HGB nur bei fahrlässigem Handeln. Testiert der Abschlussprüfer **wissentlich falsch**, haftet er bereits nach geltendem Recht in vollem Umfang. Hervorzuheben ist, dass die Europäische Kommission in ihrer Empfehlung zur Haftung von Abschlussprüfern dem deutschen Modell eine Vorbildwirkung zugemessen hat.