



Foto: © putilov\_denis – Fotolia.com

# Die APVO

## Neue Regeln für den Beschlussvorschlag zur Wahl des Abschlussprüfers

Die seit dem 17.6.2016 geltende Abschlussprüfungsverordnung<sup>1</sup> („APVO“) hat einige grundlegende Änderungen zur Auswahl und zu den zulässigen Nebenleistungen von Abschlussprüfern gebracht. Bei vielen Emittenten ist in der Praxis noch eine große Unsicherheit auszumachen. **Von Dr. Sebastian Schwalm und Bernhard Orlik**

**U**nter anderem gibt es einen Katalog von Leistungen, die eine Prüfungsgesellschaft neben der Abschlussprüfung nicht erbringen darf (sog. „Black List“). Zu Problemen in der Praxis führt die Vorgabe dadurch, dass Prüfungsgesellschaften, die im letzten Jahr bestimmte in der Black List aufgeführte Tätigkeiten für eine Gesellschaft erbracht haben, bereits jetzt als Abschlussprüfer ausscheiden (sog. „cooling-in-period“).

Zusätzlich wurden Honorargrenzen für Nebenleistungen – die vom Prüfungsausschuss bzw. dem Aufsichtsrat vorab genehmigt werden müssen – eingeführt.

Neben der internen Rotation ist nun nach Ablauf von zehn Jahren<sup>2</sup> auch ein

Wechsel der Prüfungsgesellschaft vorgesehen (sog. externe Rotation). Diese Frist kann durch eine öffentliche Ausschreibung auf bis zu 20 Jahre oder durch die gemeinsame Prüfung durch zwei Abschlussprüfer (sog. Joint Audit) auf 24 Jahre verlängert werden. Auch für das Auswahlverfahren als solches gibt es nun sehr formale Vorgaben zu beachten, deren Einhaltung zu dokumentieren ist.

Darüber hinaus hat die APVO auch Änderungen zum notwendigen Inhalt des Beschlussvorschlags zur Wahl des Abschlussprüfers gebracht.

### Wer ist von der Neuregelung betroffen?

Betroffen von diesen Neuregelungen sind nur „Unternehmen von öffentlichem Interesse“. Welche Unternehmen dies sind, regelt die Abschlussprüferrichtlinie (2006/43/EG). Betroffen sind (i) Unternehmen, deren Wertpapiere an einem geregelt-



### ZU DEN AUTOREN

**Dr. Sebastian Schwalm** ist Senior Associate am Berliner Standort von **Morrison & Foerster**. Er ist spezialisiert auf Gesellschaftsrecht und Kapitalmarktrecht, Mergers & Acquisitions sowie strategische Beratung.

**Bernhard Orlik** ist seit Anfang 2017 Geschäftsführer der **Link Market Services GmbH**, die aufgrund einer Verschmelzung aus der HCE Haubrok AG hervorging. Zuvor war er Vorstand bzw. Geschäftsführer der Vorgängergesellschaften.

1) Verordnung (EU) Nr. 537/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über spezifische Anforderungen an die Abschlussprüfung bei Unternehmen von öffentlichem Interesse und zur Aufhebung des Beschlusses 2005/909/EG der Kommission.  
2) Allerdings gibt es Übergangsfristen.

ten Markt zugelassen sind, (ii) Kreditinstitute und (iii) Versicherungsunternehmen.

Nicht betroffen von den Neuregelungen sind Unternehmen, deren Wertpapiere nur in den Freiverkehr einbezogen sind. Dies gilt auch für Segmente im Freiverkehr mit zusätzlichen Einbeziehungsanforderungen, wie beispielsweise Scale oder m:access.

### Neue Anforderungen für den Beschlussvorschlag an die HV

Der Beschlussvorschlag des Aufsichtsrats an die HV hatte bisher lediglich den Namen, den ausgeübten Beruf und den Wohnort des vorgeschlagenen Prüfers

anzugeben (§ 124 Abs. 3 Satz 3 AktG). Bei Prüfungsgesellschaften waren Firma und Sitz der Gesellschaft anzugeben.

Weitergehende Angaben sind nun notwendig, wenn der Aufsichtsrat einen neuen Abschlussprüfer vorschlagen möchte oder muss. Dies betrifft die Empfehlung des Prüfungsausschusses an den Aufsichtsrat. Diese muss mindestens zwei begründete Vorschläge enthalten und es ist eine (ebenfalls begründete) Präferenz mitzuteilen (Artikel 16 Abs. 2 APVO). Ihr ist weiterhin die Erklärung beizufügen, dass sie frei von ungebührlicher Einflussnahme durch Dritte ist und keine Verträge

oder Klauseln existieren, welche die Auswahl des Abschlussprüfers einschränken (vgl. Art. 16 Abs. 2 und 6 EU-APVO).

Nicht alle diese Angaben müssen in den Beschlussvorschlag aufgenommen werden. Es genügt, wenn der Beschlussvorschlag die beiden dem Aufsichtsrat empfohlenen Abschlussprüfer und die Präferenz des Prüfungsausschusses für einen der beiden enthält (Artikel 16 Abs. 5 Satz 1 APVO). Die müssen der HV nicht offengelegt werden.

Sofern der Aufsichtsrat bei seinem Beschlussvorschlag von der Präferenz des Prüfungsausschusses abweichen möchte,



*Die Nichtbeachtung der Vorgaben zur Bestellung des Abschlussprüfers hat keine Auswirkungen auf die Wirksamkeit des geprüften Jahresabschlusses.*

sind im Beschlussvorschlag zusätzlich die Gründe dafür mitzuteilen (Artikel 16 Abs. 5 Satz 2 APVO).

### Ausnahme bei Mandatsverlängerung

Sofern der Prüfungsausschuss die Wiederwahl des zuletzt gewählten Abschlussprüfers empfiehlt, entfällt die Pflicht zur Begründung der Empfehlung und es muss auch kein zweiter Vorschlag an den Aufsichtsrat unterbreitet werden (Artikel 16 Abs. 2 Satz 2 APVO).

Im Beschlussvorschlag des Aufsichtsrats an die HV braucht dann nur die Empfehlung des Prüfungsausschusses wiedergegeben zu werden.

### Gesellschaften ohne Prüfungsausschuss

Wenn eine Gesellschaft keinen Prüfungsausschuss eingerichtet hat, übernimmt dessen Aufgabe der Aufsichtsrat als Ganzes.<sup>3</sup> In diesem Fall werden dem Aufsichtsrat keine begründeten Empfehlungen für die Wahl eines Abschlussprüfers vorgelegt.

3) Artikel 39 Abs. 2 Abschlussprüfungsrichtlinie, § 107 Abs. 3 Satz 2 AktG.

4) Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, BT-Drs. 18/7902 S. 53.

5) So wohl Schüppen, NZG 2016, 247, 251; kritisch Buhleier/Niehuus/Splinter, DB 2016, 1885, 1889.

6) So auch Schilha, ZIP 2016, 1316, 1326; Dominke/Gundel, Audit Committee Quarterly I/2016, 9, 11.

Welche Auswirkungen dies auf den Beschlussvorschlag des Aufsichtsrats an die HV hat, ist in der APVO nicht ausdrücklich geregelt. Dies betrifft insbesondere den Fall, dass der Aufsichtsrat einen neuen Abschlussprüfer vorschlagen möchte. Dann wären im Beschlussvorschlag zwingend zwei Empfehlungen und eine Präferenz anzugeben.

Möglich wären drei Varianten: Der Aufsichtsrat könnte erstens nur einen einzigen Kandidaten vorschlagen. Er könnte zweitens zwei Empfehlungen abgeben, ohne dabei eine Präferenz mitzuteilen. Oder aber er macht im Beschlussvorschlag zwei Empfehlungen und gibt eine Präferenz an.



*Die Nichtbeachtung der neuen Vorgaben der APVO kann jedoch eine Ordnungswidrigkeit darstellen, die mit einem Bußgeld von bis zu 50.000 EUR geahndet werden kann.*

Die Problematik der fehlenden Regelung wurde im Gesetzgebungsverfahren erkannt. Von einer Klarstellung wurde jedoch bewusst mit der Begründung abgesehen, dass nicht klar sei, was die Folge dieser fehlenden Regelung sei. Es sei nämlich nicht auszuschließen, dass nach europäischem Recht in diesem Fall der Vorschlag eines einzigen Kandidaten ausreiche. Dies müsse dann auch im nationalen Recht gelten.<sup>4</sup>

Im Schrifttum gibt es dagegen die Forderung, dass der Beschlussvorschlag

zwei Empfehlungen enthalten solle, damit es zu einer von der APVO geforderten echten Auswahlentscheidung durch die HV komme.<sup>5</sup> Darüber hinaus spricht viel dafür, dass der Aufsichtsrat auch in diesem Fall eine Präferenz angibt.<sup>6</sup> Nur bei dieser Vorgehensweise übernimmt der Aufsichtsrat als Ganzes die Aufgabe des Prüfungsausschusses. Daher sollte bis zur gerichtlichen Klärung dieser Frage neben den beiden Empfehlungen auch die Präferenz für einen der beiden Vorschläge in den Beschlussvorschlag aufgenommen werden. Die Gründe für diese Entscheidung brauchen nicht angegeben zu werden.

### Rechtsfolgen bei Nichtbeachtung der Vorgaben

Die Anfechtung des HV-Beschlusses wegen Nichtbeachtung der APVO ist ausgeschlossen. Vorrang hat insoweit das Ersetzungsverfahren nach § 318 Abs. 3 HGB (§ 243 Abs. 3 Nr. 3 AktG).

Die Nichtbeachtung der Vorgaben zur Bestellung des Abschlussprüfers hat weiterhin auch keine Auswirkungen auf die Wirksamkeit des geprüften Jahresabschlusses (§ 256 Abs. 1 Nr. 3 lit. d AktG).

Die Nichtbeachtung der neuen Vorgaben der APVO kann jedoch eine Ordnungswidrigkeit darstellen, die mit einem Bußgeld von bis zu 50.000 EUR geahndet werden kann.

Wer für die Begehung dieser Ordnungswidrigkeit einen Vermögensvorteil erhält oder sich einen solchen versprechen lässt oder wer diese Ordnungswidrigkeit beharrlich wiederholt, kann darüber hinaus mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit einer Geldstrafe bestraft werden (§ 404a AktG).

Schon vor diesem Hintergrund sollte hinsichtlich des Auswahlverfahrens und der Formulierung des Beschlussvorschlags sehr sorgfältig vorgegangen und im Zweifelsfall Rechtsrat eingeholt werden. ■