

EFFEKTIVES UND EFFIZIENTES ENFORCEMENT FÜR DEN ÖSTERREICHISCHEN KAPITALMARKT

FEBRUAR 2010

Ein Positionspapier von



VORWORT

Mit diesem **Positionspapier** möchten das **Aktienforum**, die **Industriellenvereinigung**, der **CFO Club Austria** und das **Institut Österreichischer Wirtschaftsprüfer** als Vertreter wesentlicher Teilnehmer des österreichischen Kapitalmarktes Vorschläge in den weiteren Gesetzgebungsprozess einbringen, die wesentlich erscheinen, um eine **effektive, aber auch effiziente Überprüfung der Anwendung internationaler Rechnungslegungsgrundsätze in Österreich zu gewährleisten.**

Effektivität soll in der Enforcementstelle dadurch sichergestellt werden, dass hoch komplexe Themen, wie die Bilanzierung nach IFRS, in professionell abgewickelten Verfahren durch praxiserfahrene Rechnungslegungsexperten behandelt werden.

Effizienz der Enforcementstelle ist gerade für einen im internationalen Vergleich kleinen Finanzplatz wie Österreich absolut notwendig. Es gilt daher für die Finanzaufsicht im Allgemeinen, und das Enforcement im speziellen, dies ressourcenoptimal zu gestalten, um unverhältnismäßige Kostenbelastungen der beaufsichtigten Unternehmen zu vermeiden und damit auch den Zugang zum Kapitalmarkt für kleinere Emittenten attraktiv zu erhalten.

HINTERGRUND

Mit dem Inkrafttreten der Verordnung (EG) Nr. 1606/2002 (IAS-VO) ergeben sich neben der Anwendung internationaler Rechnungslegungsvorschriften für den konsolidierten Jahresabschluss börsennotierter Gesellschaften auch Fragen über die Durchsetzung und Einhaltung („*Enforcement*“) dieser Vorschriften. Im Erwägungsgrund 16 der IAS-VO ist Folgendes angeführt:

„(16) Angemessene und strenge Durchsetzungsregelungen sind von zentraler Bedeutung, um das Vertrauen der Anleger in die Finanzmärkte zu stärken. Die Mitgliedstaaten müssen aufgrund von Artikel 10 des Vertrags alle geeigneten Maßnahmen zur Gewährleistung der Einhaltung internationaler Rechnungslegungsstandards treffen. Die Kommission beabsichtigt, sich mit den Mitgliedstaaten insbesondere über den Ausschuss der europäischen Wertpapierregulierungsbehörden (CESR) ins Benehmen zu setzen, um ein gemeinsames Konzept für die Durchsetzung zu entwickeln.“

Eine weitere EU-rechtliche Grundlage für das Enforcement stellt Art. 24 Abs. 4 lit. h) der Richtlinie 2004/109/EG („*Transparenz-RL*“) dar, wonach die EU-Mitgliedstaaten eine Behörde mit der Kompetenz auszustatten haben „*zu prüfen, ob die Informationen im Sinne dieser RL den einschlägigen Anforderungen an die Berichterstattung entsprechen [...]*.“

Auf Basis dieser Vorgaben hat CESR die Standards on Financial Information No.1 (März 2003) und No.2 (April 2004) erarbeitet, die den Rahmen für die Durchsetzung („*Enforcement*“) der IAS-VO und die Zusammenarbeit der einzelnen Behörden bzw. Institutionen festlegen. Im August 2006 wurde ein Bericht des CESR Review Panel veröffentlicht, in dem die Anwendung des Standards No.1 on Financial Information in den EU-Mitgliedstaaten untersucht wurde. Neben Schweden, Ungarn, den Niederlanden und Lettland zählte auch Österreich zur Gruppe jener Länder, die diesen Vorgaben nicht entsprochen haben. Mittlerweile ist Österreich das letzte Mitgliedsland der EU, das keine entsprechende Institution eingerichtet hat.

Im Jahr 2006 wurde vom BMF der Entwurf für ein *Bundesgesetz über die Errichtung einer Prüfstelle für die Finanzberichterstattung von Unternehmen, deren Wertpapiere zum Handel an einem geregelten Markt zugelassen sind (Enforcementstellen-Gesetz – EnfStG)* zur Begutachtung vorgelegt. Dieser Entwurf hat in verschiedenen Stellungnahmen zahlreiche rechtliche und organisatorische Bedenken hervorgerufen. Das BMF hat diesen Gesetzesentwurf daher nicht weiter verfolgt, um nochmals eine eingehende Diskussion über Aufbau, Organisation, Aufgaben und Finanzierung der österreichischen Enforcementstelle zu ermöglichen.

MOTIVATION

- Die Emittenten haben ein vitales Interesse an einer **professionell organisierten Enforcementeinrichtung**, weil dadurch die Vergleichbarkeit von veröffentlichten Finanzinformationen sichergestellt wird.
- Eine Enforcementeinrichtung sollte daher auch aus Sicht der Emittenten **effektiv** sein und gleichzeitig sicherstellen, dass in einem professionell abgewickelten Verfahren hoch komplexe Themen, wie die Bilanzierung nach IFRS, so diskutiert werden, dass sie für den **Kapitalmarkt nachvollziehbar** und sinnvoll dargestellt werden können.
- Dafür müssen Rahmenbedingungen geschaffen werden, die die „*besten Köpfe*“ dazu veranlassen, sich für die zu vergebenden Positionen zu bewerben. Weiters muss sichergestellt sein, dass die Besetzungen so erfolgen, dass eine **ausgewogene Repräsentation von Finanzexperten** ermöglicht wird, die auch **hinreichend Erfahrung aus Emittenten- und Kapitalmarktsicht** einbringen.
- Die Attraktivität der Einrichtung für die „*besten Köpfe*“ wird nur dadurch gewährleistet werden können, dass die **operative und technische Umsetzung privatrechtlich organisiert** wird (daher Verein als Träger für eine Prüfstelle) und in einem **ersten Schritt eine freiwillige Einlassung** des Emittenten in die Prüfung ermöglicht wird, um eine **ausgewogene und offene Auseinandersetzung** zu ermöglichen.
- Die **Erfahrungen in Deutschland** zeigen, dass durch dieses Modell **eine hohe Anzahl von Feststellungen** und damit **eine dynamische Weiterentwicklung der Berichtsstandards** ermöglicht wird, gleichzeitig aber auch eine **hohe Zustimmung der Unternehmen** zu den Feststellungen. Damit wird den **Zielsetzungen einer Enforcementeinrichtung geradezu idealtypisch entsprochen**. Erst in einer zweiten Stufe, zur Absicherung des Prozesses und allfälliger Sanktionen, ist eine Behörde erforderlich.
- **Prävention ist gerade für den Kapitalmarkt als Adressat von Bilanzinformationen vielfach besser als Sanktion**. Daher sollten sich die Vertreter der Unternehmen im Enforcementverfahren ohne die Gefahr einer strafrechtlichen Verfolgung bewegen können und das Bilanzstrafrecht in diesem Sinne entsprechend angepasst werden.

Aufbauend auf diesen grundsätzlichen Überlegungen werden auf den folgenden Seiten die Eckpunkte eines österreichischen Enforcementsystems beschrieben.

ECKPUNKTE EINER ENFORCEMENTSTELLE IN ÖSTERREICH

Zweigliedriger Aufbau der Enforcementstruktur

Die Prüfung erfolgt durch eine **privatrechtliche Einrichtung**, die durch einen zu gründenden Trägerverein organisatorisch geführt wird. **Eine Behörde wird nur in 2. Instanz bzw. bei Anlassprüfungen tätig.** Dieses **Modell wurde in Deutschland bereits im Jahr 2005 umgesetzt.** Neben der privatrechtlich organisierten Deutschen Prüfstelle für Rechnungslegung e.V. (DPR) ist noch die mit hoheitlichen Mitteln ausgestattete Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) am Enforcement-Verfahren beteiligt. **Diese Struktur hat sich im Wesentlichen gut bewährt, da das Enforcement primär dazu dienen soll, eine richtige und einheitliche Anwendung der IFRS sicher zu stellen.** So wird der überwiegende Teil der Prüffälle (rund vier von fünf) in Deutschland einvernehmlich zwischen Unternehmen und Prüfstelle gelöst. Nur in Streit- oder Anlassfällen wird das Verfahren durch das Eingreifen der Behörde auf eine verwaltungsrechtliche Ebene gehoben.

Bereits im **Entwurf zum EnfStG vom August 2006 war dieser zweistufige Aufbau einer Enforcementstelle vorgesehen.** Dieser Verein, ebenso wie die darüber anzusiedelnde Behörde, sind so auszugestalten, dass sie dem Principle 6 des CESR Standard Nr. 1 on Financial Information entsprechen, und eine unabhängige Institution bilden, innerhalb der fachliche Kompetenz mit ökonomischer Zweckmäßigkeit verbunden sein sollen.

Aufbau des Vereins und der Prüfstelle

Der Trägerverein soll **von allen wesentlichen mit Rechnungslegungsfragen befassten öffentlich-rechtlichen und privaten Institutionen unterstützt** werden, also den Bundesministerien für Finanzen, Justiz und Wirtschaft, der Industriellenvereinigung, der Bundeswirtschaftskammer, der Bundesarbeiterkammer, dem Aktienforum, der Wiener Börse, der Kammer der Wirtschaftstreuhänder, dem Institut Österreichischer Wirtschaftsprüfer, und anderen. Bei der Organisation der vereinsrechtlichen Prüfstelle ist darauf zu achten, dass die **Verfahrensordnung** der Prüfung unter maßgeblicher Berücksichtigung der Interessen aller Stakeholder des Vereins und der Behörde festgelegt und beschlossen wird.

In Bezug auf die Mittelverwendung durch die Prüfstelle ist auf gesetzlicher Ebene explizit festzuhalten, dass die Ausgaben den Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit zu genügen haben und die **Finanzierung in einem ausgewogenen Verhältnis von Marktteilnehmern und der öffentlichen Hand gestaltet** wird. Einerseits entsprechen ausgewogene Finanzierungsbeiträge der Zielsetzung des Enforcement „[...] *to protect investors and promote market confidence*“ (aus Principle 1 des CESR Standard Nr. 1) als quasi-öffentliches Gut, andererseits wird dadurch auch die (materielle) Unabhängigkeit der Einrichtung unterstützt. **Die Aufteilung der Finanzierungsbeiträge zwischen Marktteilnehmern und öffentlicher Hand soll auf gesetzlicher Ebene verankert werden.** Die Gebarung des Vereins selbst soll durch die entsprechenden Vereinsorgane festgelegt und kontrolliert werden. Der **Beitrag der Marktteilnehmer ist auf Basis der an der Börse erzielten Handelsumsätze** der Wertpapiere anteilig festzulegen, wobei **Mindest- und Höchstbeträge** vorzusehen sind.

Ebenso ist es für die Arbeit der und das Vertrauen in die Prüfstelle entscheidend, die **absolute Vertraulichkeit der Prüfung** seitens des Vereins und seiner Mitarbeiter durch entsprechende gesetzliche Bestimmungen in haftungs- und strafrechtlicher Hinsicht zu gewährleisten. Vorläufige Prüfungs- oder Zwischenergebnisse sind daher ausschließlich an die geprüften Unternehmen bzw. die zuständige Behörde zu kommunizieren. Eine Veröffentlichung soll nur mit Zustimmung des geprüften Unternehmens oder nach endgültigem Abschluss der Prüfung durch die Behörde erfolgen können.

Die **Leitung der Prüfstelle** obliegt der Geschäftsführung durch einen hauptamtlichen Präsidenten und einen Vize-Präsidenten. Die Prüfungen werden durch **angestellte Fachexperten (drei bis fünf Personen)** mit langjähriger Erfahrung in der Anwendung der IFRS durchgeführt. Insbesondere in der Aufbauphase der Prüfstelle sollte eine enge personelle Kooperation mit der deutschen DPR erfolgen.

Prüfungsgegenstand und -verfahren

Zunächst ist der **Kreis jener Unternehmen**, die der Prüfung unterliegen, gesetzlich zu definieren. Auf Grundlage der EU-rechtlichen Vorgaben sind dies zunächst alle von der VO(EG) 1606/2002 erfassten Unternehmen: also alle Gesellschaften, die dem Recht eines Mitgliedstaates unterliegen und deren Wertpapiere (Eigenkapital- und/oder Schuldtitel) zum Handel an einem geregelten Markt in Österreich zugelassen sind (gem. § 1 Abs. 2 BörseG). Ebenso sind auf Basis der Transparenz-RL auch börsennotierte Unternehmen eingeschlossen, die keinen Konzernabschluss zu erstellen haben. Hinsichtlich der ebenfalls erfassten ausländischen Emittenten ist ein Abstimmungsprozess mit der jeweiligen ausländischen Enforcementbehörde festzulegen.

Daneben bedarf es einer **eindeutigen gesetzlichen Festlegung der von der Prüfung umfassten „Financial Information“** des Emittenten, die keinesfalls über die EU-rechtlichen Vorgaben hinausgehen sollten. Ebenso muss klar gestellt werden, dass weder die Behörde noch der Verein über allgemeine Auslegungsfragen der IFRS zu entscheiden haben.

Ein **Prüfverfahren kann in drei möglichen Fällen** durch die Prüfstelle eingeleitet werden:

- Soweit **konkrete Anhaltspunkte** für einen **wesentlichen Verstoß** gegen Rechnungslegungsvorschriften vorliegen,
- auf **Verlangen der Prüfbehörde** oder
- im Rahmen der **stichprobenartigen Prüfung**.¹

Die Prüfung selbst ist eine Schwerpunktprüfung und keine „Gesamtprüfung“ aller Berichte, die das jeweils letzte Geschäftsjahr betreffen. Wie in Deutschland (gem. § 342 b Abs. 2 d-HGB) unterliegen daher ausschließlich die Jahresfinanzberichte (§ 82 Abs. 4 BörseG) und die Halbjahresfinanzberichte (§ 87 Abs. 1 BörseG) der Prüfung.

Dabei wird überprüft, ob die anzuwendenden Vorschriften durch den Emittenten eingehalten wurden, wobei der Wesentlichkeitsgrundsatz zu beachten ist. Maßgeblich für die Betrachtungsweise soll sein, **ob eine wesentliche Abweichung von den anzuwendenden Vorschriften vorliegt. Wesentlich ist eine Abweichung dann, wenn sie in der Gesamtbetrachtung zu einer anderen Entscheidung des Investors geführt hätte.**

¹ Österreich ist aufgrund der europaweiten Entwicklungen gefordert, relativ rasch eine Enforcementstelle einzurichten. Allerdings erscheint es aufgrund notwendiger organisatorischer, prozessualer und personeller Vorarbeiten unmöglich, einen Vollbetrieb im Sinne des Principle 13 des CESR Standards Nr. 1 von Beginn an zu ermöglichen. In der ersten Phase nach der Gründung sollte sich daher die Arbeit der Prüfstelle primär auf Anlassfälle beziehen und erst nach einer Übergangsfrist von bis zu drei Jahren um risikobasierte Stichprobenprüfung ergänzt werden. Neben der Entwicklung von interner Kompetenz, kann in diesem Zeitraum auch auf internationalen Erfahrungswerten aufbauend ein adäquater Prüfungsbetrieb entwickelt werden.

Der Verfahrensablauf

Die Details des Verfahrensablaufes werden, wie bereits oben ausgeführt, in der entsprechenden Prüfungsordnung festgelegt. Die **Eckpunkte** stellen sich wie folgt dar:

- **Die Prüfstelle eröffnet ein Verfahren unter der unmittelbaren Information und Einbindung des jeweiligen Unternehmens.**
- Zunächst erfolgt eine **Prüfung der veröffentlichten Unterlagen** (Desktop review).
- Danach können **ergänzende Fragen an das Unternehmen** und die Anforderung weiterer Unterlagen gestellt werden.
- Das Unternehmen kann und soll **den Abschlussprüfer in das Verfahren einbeziehen**, allerdings ist kein direkter Zugriff der Prüfstelle auf den Abschlussprüfer und dessen Arbeitspapiere möglich.
- **Fragenbeantwortung durch das Unternehmen** (Fragen und Fragebeantwortungen können auch mehrfach erfolgen).
- Vor-Ort-Prüfungen durch die Prüfstelle sind nicht vorgesehen, allerdings sind **Management-Interviews jedenfalls auch zulässig** und vorzusehen.
- Am Ende der Prüfungsarbeiten findet eine **Schlussbesprechung** zwischen Prüfstelle, Emittentenvertretern und dem Abschlussprüfer statt.
- **Entscheidung² der Prüfstelle**, ob eine **wesentliche Abweichung** von den anzuwendenden Vorschriften **vorliegt**, die in einer Gesamtbetrachtung zu einer anderen Entscheidung des Investors geführt hätte.
- Bei Feststellung einer materiellen, unrichtigen Darstellung kann die Prüfstelle das Unternehmen auffordern, korrigierte Berichte binnen einer zu bestimmenden Frist zu veröffentlichen.
- **Findet** die von der Prüfstelle **angeordnete Veröffentlichung** auf Anforderung der Prüfstelle **statt**, wird von der Prüfstelle an die Behörde

² Dem Vorbild der DPR folgend, sollte die Entscheidung auf Basis des Vier-Augen-Prinzips durch einen Senat erfolgen, der aus dem Kreis der Experten und/oder der Geschäftsleitern gebildet wird.

eine „Gutmeldung“ erstattet und das **Verfahren ist damit abgeschlossen.**

- **Folgt das Unternehmen der Aufforderung zur Veröffentlichung nicht**, erstattet die Prüfstelle Mitteilung an die Behörde, die dann ein **förmliches Prüfungs- und Veröffentlichungsverfahren** einleitet (siehe auch nächster Abschnitt).

Das verwaltungsrechtliche Verfahren

In den meisten EU-Mitgliedstaaten, ist die jeweilige Finanzmarktaufsicht in das Enforcement unmittelbar oder mittelbar eingebunden. Auch im CESR ist die FMA als Vertreter Österreichs eingebunden. Unter Berücksichtigung dieser EU-weiten Vorgaben, sollten die **verwaltungsrechtlichen Komponenten des Enforcementverfahrens daher bei der FMA angesiedelt sein.**

Dem **Aufbau des Enforcementverfahrens in Deutschland** folgend, wird ein allfälliges Verwaltungsverfahren durch die FMA durchgeführt. Zu diesem Zweck sollte in der FMA eine **eigenständige Abteilung im Bereich „Integrierte Aufsicht“** geschaffen werden.

Die **Aufgaben der Behörde** sind:

- Anordnung einer Prüfung durch die Prüfstelle soweit **konkrete Anhaltspunkte** gegen ein Unternehmen über einen **wesentlichen Verstoß** gegen Rechnungslegungsvorschriften vorliegen, der so bedeutsam erscheint, dass es bei korrekter Darstellung zu einer anderen Entscheidung des Investors geführt hätte.
- Anordnung einer Prüfung durch die Prüfstelle, falls **ein Unternehmen seine Mitwirkung bei einer Prüfung verweigert** hat.
- Die Behörde kann die **Veröffentlichung der Prüfungsergebnisse** gemäß den einschlägigen börsengesetzlichen Regelungen anordnen, sofern ein **öffentliches Interesse an der Veröffentlichung** besteht. Auf **Antrag des Unternehmens kann von der Veröffentlichung abgesehen** werden, wenn diese geeignet ist, den berechtigten Interessen des Unternehmens zu schaden.
- Falls auf Grundlage der Prüfung der Verdacht einer Straftat im Zusammenhang mit der Rechnungslegung zu begründen ist, hat die Behörde entsprechend § 84 StPO diese Tatsachen den **zuständigen Justizbehörden anzuzeigen.**

- Die Behörde kann nach Abschluss des verwaltungsrechtlichen Verfahrens im Falle von wesentlichen Fehldarstellungen und Hinweisen auf eine nicht ordnungsgemäße Durchführung der Abschlussprüfung auch **Mitteilungen an den Arbeitsausschuss für externe Qualitätsprüfungen** tätigen, die zu einer Sonderprüfung oder zur Festsetzung von Maßnahmen gem. § 16 Abschlussprüfungs-Qualitätssicherungsgesetz führen können.
- Die Behörde arbeitet auch mit **ausländischen Stellen**, die für die Untersuchung möglicher Verstöße gegen Rechnungslegungsvorschriften zuständig sind, zusammen.
- Die Behörde veröffentlicht einen **jährlichen Tätigkeitsbericht** inkl. Angaben zur Finanzgebarung.