



Die neue Bilanzkontrolle (Enforcement)

Grundlagen des reformierten Verfahrens und
Praxishinweise zu Prüfungen durch die BaFin

Seit Anfang 2022 gilt für die Bilanzkontrolle („Enforcement“) in Deutschland ein neues System mit erweiterten Befugnissen, das der Aufsicht über Abschlüsse kapitalmarkt-orientierter Unternehmen nach dem Willen der Politik mehr „Biss“ verleihen sollte. Die ersten Anwendungsfälle unter diesem neuen Regime geben Anlass, das System einer Bestandsaufnahme zu unterziehen und dabei auch Hinweise aus der Praxis zu den neuen Regelungen zu geben.

1. Hintergrund und Neuaufstellung der Bilanzkontrolle

Mit Inkrafttreten des Finanzmarktintegritätsstärkungsgesetzes (FISG) und der Einstellung der Arbeit der Deutschen Prüfstelle für Rechnungslegung DPR e.V. (DPR) zum 31.12.2021 liegt die Verantwortung für die Bilanzkontrolle („Enforcement“) in Deutschland nunmehr ausschließlich bei der BaFin. Dies bedeutet einen Wechsel von dem ehemals „zweistufigen“ System (zunächst Prüfung durch die DPR; Zuständigkeit der BaFin erst bei verweigerter Mitwirkung an der DPR-Prüfung, Nichteinverständnis mit dem Ergebnis der DPR-Prüfung durch das geprüfte Unternehmen oder erheblichen Zweifeln der BaFin an der Richtigkeit des Prüfungsergebnisses der DPR oder der ordnungsgemäßen Durchführung der Prüfung) zu einem „einstufigen“ System (unmittelbares Tätigwerden der BaFin). Nach der Vorstellung des Gesetzgebers sollen mit den Neuerungen die Komplexität der Bilanzkontrolle reduziert und Anhaltspunkte für fehlerhafte Rechnungslegung und Bilanzmanipulationen früher identifiziert werden.

Die Bilanzkontrolle ist bei der BaFin seit dem 1. September 2021 als neu geschaffene Gruppe „BilKo“ unmittelbar

dem Exekutivdirektor Wertpapieraufsicht unterstellt. Mit einer Zielstärke von rund 60 Beschäftigten wird die personelle Kapazität gegenüber dem vorherigen Stand bei BaFin und DPR etwa verdoppelt. Um die bisher gesammelte Expertise zu erhalten, wurden in die Gruppe neben den Mitarbeitern des bisherigen Referats WA 15 große Teile des Personals der DPR übernommen. Dies spricht aus praktischer Sicht für eine Kontinuität in vielen Fragen der praktischen Handhabung bei gleichzeitig deutlich erhöhter Prüfungskapazität der Bilanzkontrolle.

2. Zuständigkeiten und Akteure

Die Zuständigkeit der BaFin für die Bilanzkontrolle in Deutschland ist in ein europäisches Enforcement-Netzwerk sowie eine Funktions- und Effektivitätskontrolle durch die ESMA eingebettet.

2.1 Nationale Aufsicht durch die BaFin

Die BaFin ist in Deutschland „zentrale Verwaltungsbehörde“ im Sinne der Richtlinie 2004/109/EG (Transparenzrichtlinie) und nimmt dabei auch die Verantwortung für die Bilanzkontrolle wahr. Ihre Aufsicht in diesem Bereich erstreckt sich wie schon bisher auf sämtliche Emittenten von auf einem organisierten Markt zugelassenen Wertpapieren i.S.d. WpHG (z.B. Aktien oder Schuldtitel), deren Herkunftsstaat Deutschland ist (vgl. § 106 i.V.m. § 2 Abs. 1, 13 WpHG).

Da die Anknüpfung der Zuständigkeit an den Herkunftsstaat durch die Transparenzrichtlinie vorgegeben ist, werden Doppelprüfungen in einem anderen Mitgliedstaat, in dem die Wertpapiere ebenfalls gehandelt werden, grundsätzlich vermieden.

2.2 Europäische Überwachung und Koordination durch die ESMA

Auf europäischer Ebene ist die ESMA mit der Überwachung der Enforcement-Aktivitäten betraut. Im Verhältnis zu den zuständigen nationalen Behörden und damit insbesondere auch der BaFin verfügt sie nach der Verordnung 1095/2010/EU („ESMA-Verordnung“) über eine

Reihe von Befugnissen, die ihren Koordinierungs- und Kontrollfunktionen dienen (vgl. Art. 8 Abs. 2 ESMA-Verordnung) und unter denen für das Enforcement insbesondere die folgenden hervorzuheben sind:

- Ein wichtiges Regelwerk für die Bilanzkontrolle stellen die von der ESMA auf Basis von Art. 8 Abs. 2 c) i.V.m. 16 ESMA-Verordnung erlassenen Leitlinien („ESMA-Guidelines“) zum Enforcement dar, die laufend überarbeitet und auf der Webseite der ESMA (www.esma.europa.eu) veröffentlicht werden (letzte Fassung: ESMA32-50-218 vom 23.11.2020).
- Die ESMA veröffentlicht ferner laufend Anwendungshinweise („public statements“) zu verschiedenen Rechnungslegungsstandards sowie Berichte zu aktuellen Entwicklungen, Änderungen oder sonstigen Themen im Bereich der Rechnungslegung.
- Darüber hinaus veröffentlicht die ESMA jährlich Prüfungsschwerpunkte für die Bilanzkontrolle („European Common Enforcement Priorities“ bzw. „ECEP“), die von den mitgliedstaatlichen Behörden in der jeweiligen Periode besonders beachtet werden sollen. Die nationalen Behörden können zusätzlich zu den ESMA-Schwerpunkten eigene Schwerpunkte für das jeweilige Prüfungsjahr festlegen (näher zu den Schwerpunkten noch unter 5.).
- Von hervorgehobener Bedeutung ist schließlich auch die Möglichkeit der ESMA, Tätigkeiten der nationalen Behörden einer vergleichenden Analyse zu unterziehen („Peer review“, vgl. Art. 30 ESMA-Verordnung). Dieses Instrument wurde u.a. auch als Konsequenz des Wirecard-Bilanzskandals genutzt und die hieraus resultierenden Empfehlungen haben die Reform der Bilanzkontrolle durch das FISG wesentlich mitbeeinflusst.

2.3 Europäisches Enforcement-Netzwerk EECS

Die ESMA fordert die mitgliedstaatlichen Behörden auf, sich ungeachtet der nationalen Zuständigkeiten auf Ebene der „European Enforcers' Co-ordination Sessions“ (EECS) als länderübergreifendes Enforcement-Netzwerk untereinander abzustimmen und auf diese Weise eine möglichst harmonisierte und konsistente Handhabung der Bilanzkontrolle sicherzustellen (vgl. ESMA-Guideline 11).

Teil dieser Koordinierung ist auch die anonymisierte Veröffentlichung wichtiger Entscheidungen in der (nicht-öffentlichen) EECS-Datenbank (vgl. ESMA-Leitlinie 17) – eine Aufforderung, der die BaFin in der Vergangenheit wegen datenschutzrechtlicher Bedenken nicht nachgekommen war und hierzu bereits von der ESMA ermahnt wurde. Mit § 111 Abs. 2 Satz 2 WpHG wurde i.R.d. FISG hierfür eine ausdrückliche Ermächtigung geschaffen, so dass künftig eine stärkere Beteiligung der BaFin am europäischen Erfahrungsaustausch zu erwarten ist.

Wichtig ist darüber hinaus, dass auf Basis des EECS auch Enforcement-Entscheidungen aus dem europäischen Ausland Präzedenzcharakter für eine deutsche Bilanzkontrollprüfung haben können.

→ Die ESMA veröffentlicht jährlich auf ihrer Webseite (www.esma.europa.eu) in einem Bericht die Leitsätze von ausgewählten neu in die EECS-Datenbank eingestellten Entscheidungen („Extract from EECS's Database of Enforcement“), die von den Behörden aller Mitgliedstaaten i.R.d. Bilanzkontrolle beachtet werden sollen.

3. Gegenstand und Maßstab der Bilanzkontrolle

3.1 Geprüfte Unternehmen

Wie einleitend bereits dargestellt, ist der Kreis der durch die BaFin zu prüfenden Unternehmen durch das FISG nicht verändert worden und erfasst Unternehmen, für die als Emittenten von zugelassenen Wertpapieren Deutschland der Herkunftsstaat ist. Dies ist anhand der Art der begebenen Finanzinstrumente, des Sitzungssitzes des Emittenten sowie des Staates, in dem die Finanzinstrumente zum Handel an einem organisierten Markt zugelassen sind, zu bestimmen (§ 2 Abs. 13 WpHG).

3.2 Geprüfte Abschlüsse und Berichte

Während der Prüfungsgegenstand in sachlicher Hinsicht weiterhin im Wesentlichen (und jeweils einschließlich der zugrunde liegenden Buchführung) die Jahres- und Konzernabschlüsse samt zugehöriger Lageberichte, die verkürzten Abschlüsse mit zugehörigen Zwischenlageberichten sowie die (Konzern-)Zahlungsberichte erfasst, hat das FISG die Prüfungsbefugnisse der BaFin bei Anlassprüfungen (dazu sogleich) in zeitlicher Hinsicht erweitert. Gegenstand der Anlassprüfung können nun die veröffentlichten Abschlüsse und Berichte der letzten drei (bisher: zwei) Geschäftsjahre sein.

3.3 Maßstab

Inhaltlich sind die genannten Abschlüsse und Berichte daraufhin zu prüfen, ob sie den gesetzlichen Vorschriften einschließlich der Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung (GoB) oder den sonst durch Gesetz zugelassenen Rechnungslegungsstandards entsprechen. Dies umfasst insbesondere die Bilanzierungsregeln des Handelsgesetzbuchs (HGB), ergänzende Rechnungslegungsvorgaben im Aktiengesetz sowie die International Financial Reporting Standards (IFRS), wenn diese für das jeweils geprüfte Unternehmen einschlägig sind. Bei der Prüfung ausländischer Unternehmen kommen auch ausländische Prüfungsmaßstäbe („Drittstaaten-GAAP“) in Betracht.

Besonders hervorzuheben ist zudem, dass die Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung ausdrücklich als Prüfungsmaßstab aufgeführt werden (und die Buchführung

explizit als tauglicher Prüfungsgegenstand genannt wird). Nicht zuletzt aufgrund des Hinweises der BaFin, wonach die Nachprüfbarkeit und Nachvollziehbarkeit der Buchführung einen Prüfungsschwerpunkt in 2022 darstellen sollen, ist damit zu rechnen, dass die Buchführung zukünftig verstärkt in den Fokus der BaFin geraten wird. Hierauf sollten sich von der Bilanzkontrolle erfasste Unternehmen vorbereiten.

4. Verfahren der Bilanzkontrolle

4.1 Prüfungstypen

Das Enforcementverfahren unterscheidet zwischen zwei Prüfungstypen:

- Eine **Anlassprüfung** (§ 107 Abs. 1 Satz 1 WpHG) ist von der BaFin anzuordnen, soweit konkrete Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen Rechnungslegungsvorschriften vorliegen, und kann nur bei offensichtlich fehlendem öffentlichen Interesse an der Klärung unterbleiben. In der Verwaltungspraxis wird dabei für die „konkreten Anhaltspunkte“ – anknüpfend an die Regierungsbegründung zum FISG – ein äußerst lockerer Maßstab angelegt: So sollen lediglich bloße Vermutungen und reine Spekulationen ausscheiden, die evident „ins Blaue“ hinein gemacht werden. In Kombination mit der bei Anlassprüfungen üblichen Bekanntgabe der Prüfung, die erhebliche Auswirkungen auf das Unternehmen haben kann, erscheint eine derartig niedrige Schwelle bedenklich. Ähnliches gilt (in Anlehnung an die Regierungsbegründung zur Vorgängerregelung im BilKoG) für das öffentliche Interesse an einer Prüfung: Dieses liegt nach Auffassung der BaFin nur dann nicht vor, wenn der Fall unter dem Blickwinkel der korrekten Kapitalmarktinformation offensichtlich „belanglos“ ist, es mit anderen Worten also um völlig unwesentliche Verstöße geht.

Die BaFin kann eine solche Prüfung auch parallel oder im Nachgang zu den von ihr nach Maßgabe der aufsichtsrechtlichen Spezialgesetze durchgeführten Prüfungen (§ 44 Abs. 1 Satz 2 KWG, § 14 Abs. 1 Satz 2 KAGB, § 306 Abs. 1 Nr. 1 VAG) anordnen, die denselben Gegenstand betreffen (§ 107 Abs. 1 Satz 2 WpHG).

- Demgegenüber kann und soll eine **stichprobenartige Prüfung** (§ 107 Abs. 1 Satz 3 WpHG) auch ohne besonderen Anlass angeordnet werden. Bisher erfolgte die Auswahl für Stichprobenprüfungen nach einem dreistufigen Konzept, das Risikogesichtspunkte, die Mitgliedschaft in einem Index (DAX, MDAX etc.) sowie ein Zufallselement berücksichtigte.

→ Die Unterscheidung zwischen Anlass- und Stichprobenprüfung ist für das betroffene Unternehmen von wesentlicher Bedeutung, da dies u.a. Auswirkungen auf die Anforderungen an die Prüfungsanordnung, die zulässigen

Prüfungsgegenstände und die hoheitlichen Befugnisse der BaFin hat.

4.2 Wichtige Verfahrensschritte

4.2.1 Prüfungsanordnung

Ausgangspunkt des Enforcementverfahrens ist die Prüfungsanordnung durch die BaFin. Hierbei handelt es sich um einen Verwaltungsakt, vor dessen Erlass das betroffene Unternehmen grundsätzlich anzuhören ist (§ 28 VwVfG) und in dem im Regelfall der von der Prüfung erfasste Abschluss sowie der Umfang der Prüfung zu bestimmen ist. Bei der Anlassprüfung ist die Prüfung auf die potenziellen Rechnungslegungsverstöße, für die konkrete Anhaltspunkte bestehen, beschränkt. Bei Stichprobenprüfungen wird sich der Prüfungsumfang üblicherweise an den von BaFin und ESMA bestimmten Prüfungsschwerpunkten orientieren. Sofern im Prüfungsverlauf Anhaltspunkte für weitere Rechnungslegungsverstöße identifiziert werden, kann die Prüfungsanordnung – ggf. nach entsprechender Anhörung – erweitert werden.

→ Bereits bei Erhalt einer Prüfungsanordnung (bzw. der vorangehenden Anhörung) sollte das betroffene Unternehmen erwägen, ob und in welcher Form es Rechtsbehelfe gegen die Anordnung einlegt. Diese können je nach Einzelfall von einem schlichten rechtswahrenden Widerspruch, der ggf. ruhend gestellt wird, bis zu einem eingehend begründeten Widerspruch samt gerichtlichem Eilrechtsschutz (da der Widerspruch keine aufschiebende Wirkung hat) reichen.

4.2.2 Bekanntmachung der Prüfungsanordnung

Die BaFin kann die **Prüfungsanordnung unter Nennung des betroffenen Unternehmens sowie den Grund für die Anordnung** im Bundesanzeiger (ab 1.8.2022 stattdessen Einstellung ins Unternehmensregister) und auf ihrer Internetseite **bekanntmachen**, soweit daran ein öffentliches Interesse besteht (§ 107 Abs. 1 Satz 6 WpHG). Es handelt sich dabei um eine Ermessensentscheidung, bei der die BaFin u.a. die Wahrscheinlichkeit eines Verstoßes und dessen Bedeutung für den Kapitalmarkt berücksichtigen muss. Von dieser neuen Möglichkeit hat die BaFin im Juli 2022 bereits mehrfach Gebrauch gemacht. Insbesondere wenn bereits in der Öffentlichkeit Zweifel an der Ordnungsmäßigkeit von Abschlüssen geäußert wurden, dürfte auch in Zukunft mit einer Bekanntmachung durch die BaFin zu rechnen sein.

Die rechtliche Einordnung der Bekanntmachung der Prüfungsanordnung – als Verwaltungsakt oder als Realakt – war bereits vor dem 1. Januar 2022 umstritten und wurde auch durch die Novelle nicht abschließend geklärt. Während der fehlende Regelungscharakter einer derartigen – rein tatsächlichen – Bekanntmachung nahelegt, dass es sich um einen der Prüfungsanordnung nachgelagerten Realakt handelt (die Bekanntmachung also nicht separat

„angeordnet“ wird), legt die in § 112 Abs. 2 WpHG (Ausschluss der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs) enthaltene, ausdrückliche Bezugnahme auf § 107 Abs. 1 Satz 6 WpHG nahe, dass gegen die Bekanntmachung der Widerspruch statthaft ist, sie also als Verwaltungsakt zu qualifizieren ist.

→ In einem für Rechnungslegungsthemen mittlerweile sehr sensibilisierten Kapitalmarkt kann (v.a. bei Anlassprüfungen) bereits die Bekanntmachung einer Prüfungsanordnung erhebliche Auswirkungen auf das betroffene Unternehmen haben. Aus der unklaren Einordnung ergeben sich insoweit Unsicherheiten bei der Wahl des geeigneten Rechtsschutzes, die von betroffenen Unternehmen zu berücksichtigen sind. Die BaFin selbst ordnet in ihrer Verwaltungspraxis (trotz Bezugnahme des § 112 Abs. 2 WpHG (Ausschluss der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs) auf § 107 Abs. 1 Satz 6 WpHG) die Bekanntmachung nicht separat neben der Prüfung an, sondern teilt lediglich ihre Absicht mit, die Prüfungsanordnung bekannt zu machen. Auch die Rechtsbehelfsbelehrung enthält in der Praxis keine gesonderte Bezugnahme hierauf. Damit geht die BaFin offenbar ebenfalls davon aus, dass es sich bei der Bekanntgabe der Prüfungsanordnung um einen Realakt handelt.

Allerdings spricht vieles dafür, dass bei einer Einlegung von Eilrechtsschutz gegen die Prüfungsanordnung (Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung) zunächst auch die Bekanntmachung unterbleiben muss. Dies zeigt insbesondere ein Vergleich zur Fehlerfeststellung mitsamt der entsprechenden Bekanntmachung (hierzu sogleich unter 4.2.4): Insoweit geht die Regierungsbegründung zum FISG davon aus, dass die BaFin vor einer Bekanntmachung zunächst etwaige Anträge auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes gegen die Feststellung abwartet. Allerdings verbleiben Unsicherheiten, so dass hierzu eine Abstimmung mit der Aufsicht gesucht und erforderlichenfalls eine gerichtliche Anordnung angestrengt werden sollte, die Bekanntmachung zumindest bis zum Abschluss des Eilverfahrens zu unterlassen.

4.2.3 Durchführung der Prüfung

Die Durchführung der Prüfung obliegt der BaFin, die sich hierfür einer Reihe von hoheitlichen Befugnissen bedienen kann. Diese Befugnisse werden nachfolgend unter 4.3 näher dargestellt.

4.2.4 Abschluss der Prüfung

Der Abschluss der Prüfung hängt davon ab, ob die BaFin Fehler bei der Rechnungslegung feststellt oder nicht:

- **Ergibt die Prüfung keine Beanstandungen**, teilt die BaFin dies dem betroffenen Unternehmen mit. Wurde die Prüfung zuvor bekannt gemacht, ist nach § 109 Abs. 3 Satz 2 WpHG auch das Prüfungsergebnis

(„keine Beanstandungen“) u.a. auf der Internetseite der BaFin zu veröffentlichen.

- Ergibt die Prüfung hingegen, dass die Rechnungslegung fehlerhaft ist, **stellt die BaFin den Fehler zunächst fest**. Darüber hinaus kann die BaFin feststellen, wie sich die Rechnungslegung ohne den Fehler dargestellt hätte. Angesichts des hiermit typischerweise verbundenen Ermittlungsaufwands dürfte dies indes nur bei eng abgegrenzten Feststellungen in Betracht kommen. Im Regelfall wird die BaFin daher eher anordnen, dass der Fehler unter Beachtung der Rechtsauffassung der BaFin zu berichtigen ist, und zwar entweder unter Neuaufstellung des geprüften Abschlusses oder im nächsten Abschluss.

Sofern nicht ausnahmsweise ein öffentliches Interesse fehlt, an das entsprechend der Regierungsbegründung zum BilKoG äußerst geringe Anforderungen gestellt werden, macht die BaFin den festgestellten Fehler unter Nennung des betroffenen Unternehmens samt den wesentlichen Teilen der Prüfung unverzüglich auf ihrer Internetseite, im Bundesanzeiger (ab 1.8.2022 stattdessen wiederum Einstellung ins Unternehmensregister) und in einem überregionalen Börsenpflichtblatt oder einem u.a. bei Kreditinstituten weit verbreiteten elektronischen Informationsverbreitungssystem bekannt.

Wie bereits bei der Bekanntmachung der Prüfungsanordnung bestehen auch bei der Fehlerbekanntmachung Unsicherheiten bezüglich der rechtlichen Einordnung. Die Gesetzesbegründung zum FISG geht von einem der Fehlerfeststellung nachgelagerten Realakt aus. Demgegenüber verweist § 112 Abs. 2 WpHG (Ausschluss der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs) auch ausdrücklich auf die Fehlerbekanntmachung und legt damit deren Einordnung als Verwaltungsakt nahe.

→ Die Feststellung eines Fehlers und insbesondere dessen Bekanntmachung können erhebliche Auswirkungen für das betroffene Unternehmen haben. Ergibt eine Fehlerfeststellung, gegen die das betroffene Unternehmen vorgehen will, sollte bei der Wahl des geeigneten Rechtsschutzes auch die Fehlerbekanntmachung mitberücksichtigt werden. So kann im Rahmen des gerichtlichen Eilrechtsschutzes ggf. beantragt werden, dass das Gericht der BaFin aufgibt, die Bekanntmachung zumindest bis zum Abschluss des Eilverfahrens in Bezug auf die Fehlerfeststellung zu unterlassen („Hängebeschluss“).

4.3 Hoheitliche Befugnisse der BaFin

Durch das FISG sind die hoheitlichen Befugnisse der BaFin erheblich ausgeweitet worden, um – so die Intention des Gesetzgebers – sicherzustellen, dass die BaFin das Prüfungsgeschehen kontrollieren kann und ihr in jeder Prüfungsphase hoheitliche Mittel zur Verfügung

stehen, was die Bilanzkontrollen insgesamt schneller, transparenter und effektiver machen soll. Die Hoheitsbefugnisse reichen von einfachen Auskunfts- und Vorlageersuchen bis hin zu Durchsuchungen.

4.3.1 Auskunfts- und Vorlageersuchen; Vernehmungen
Zunächst kann die BaFin, soweit dies zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben nach § 106 WpHG (d.h. zur Bilanzkontrolle) erforderlich ist, **Auskunfts- und Vorlageersuchen** an die geprüften Gesellschaften sowie etwaige in den Konzernabschluss einzubeziehende Tochtergesellschaften einschließlich der jeweiligen Organmitglieder, Beschäftigten und Abschlussprüfer richten. Das schriftliche Verfahren, welches durch entsprechende Verlangen angestoßen wird, stellt regelmäßig einen wesentlichen Teil des Prüfungsprozesses dar.

→ Insbesondere bei den häufig vorkommenden „offenen“ Vorlageersuchen („alle Unterlagen zu...“) ist seitens des Unternehmens im Rahmen der Beantwortung auf eine präzise Darstellung der Vorgehensweise zur Eingrenzung der vorgelegten Unterlagen zu achten. Andernfalls besteht das Risiko, dass der BaFin später weitere Unterlagen nachgereicht werden müssen und der Eindruck entsteht, frühere Datenlieferungen seien unvollständig gewesen.

Darüber hinaus kann die BaFin die vorstehend genannten Personen auch vorladen und **vernehmen**. Sofern konkrete Anhaltspunkte für einen Verstoß vorliegen (bei Anlassprüfungen also von Beginn an), bestehen die Auskunfts-, Vorlage- und Vernehmungsbefugnisse gegenüber jedermann. Dies soll es der BaFin u.a. ermöglichen, Auskünfte des Unternehmens (z.B. zur Echtheit von Dokumenten) durch den Abgleich mit Geschäftspartnern und Kreditinstituten zu überprüfen.

4.3.2 Betreten von Geschäftsräumen; Durchsuchungen und Beschlagnahmen

Wer zur Auskunft oder Vorlage von Unterlagen verpflichtet ist (bei konkreten Anhaltspunkten für Verstöße also jedermann), hat der BaFin während der üblichen Arbeitszeit das **Betretens seiner Grundstücke und Geschäftsräume** zu gestatten, soweit dies zur Wahrnehmung der Aufgaben der BaFin erforderlich ist (§ 107 Abs. 6 WpHG).

Darüber hinaus wurde durch das FISG ein **Durchsuchungs- und Beschlagnahmerecht** der BaFin geschaffen. Wenn es für Zwecke der Bilanzkontrolle erforderlich ist und zudem konkrete Anhaltspunkte für einen erheblichen Verstoß gegen Rechnungslegungsvorschriften vorliegen, darf die BaFin Geschäfts- und Wohnräume durchsuchen (§ 107 Abs. 7 WpHG). Im Rahmen der Durchsuchung dürfen Gegenstände, die als Beweismittel für die Sachverhaltsermittlung von Bedeutung sein können, sichergestellt und beschlagnahmt werden. Sowohl die Durchsuchung als auch die Beschlagnahme stehen unter Richtervorbehalt (Ausnahme: Gefahr im Verzug),

wobei das Amtsgericht Frankfurt am Main zentral zuständig ist.

Die Erheblichkeit eines Verstoßes soll dabei – in Anlehnung an die Wesentlichkeitsrechtsprechung des OLG Frankfurt am Main – gegeben sein, wenn dieser aus Sicht der Kapitalmarktteilnehmer unter qualitativen (Art der betroffenen Information) oder quantitativen (betragsmäßige Auswirkungen) Aspekten von wesentlicher Bedeutung ist.

→ Das Durchsuchungsrecht der BaFin wurde bewusst außerhalb des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens begründet und ist damit grundsätzlich unabhängig von den strafprozessualen Voraussetzungen für eine Durchsuchung. Findet parallel ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren statt, steht das Durchsuchungsrecht der BaFin (wie auch ihre übrigen hoheitlichen Befugnisse) unter dem zusätzlichen Vorbehalt, dass keine Gefährdung der strafrechtlichen Untersuchung zu besorgen ist (§ 110 Abs. 1 Satz 3 WpHG).

4.3.3 Bekanntmachung wesentlicher Verfahrensschritte

Die Möglichkeiten der BaFin zur öffentlichkeitswirksamen Begleitung von Enforcementverfahren wurden durch das FISG auch insoweit deutlich erweitert, als die BaFin wesentliche Verfahrensschritte und im Laufe des Verfahrens gewonnene Erkenntnisse unter Nennung des betroffenen Unternehmens bekannt machen darf, wobei keine personenbezogenen Daten enthalten sein dürfen (§ 107 Abs. 8 Sätze 1 und 2 WpHG). Tatbestandlich ist lediglich erforderlich, dass an der Bekanntmachung ein öffentliches Interesse besteht, an welches wiederum geringe Anforderungen gestellt werden. Im Rahmen der gebotenen Abwägung sind darüber hinaus aber auch die rechtlich geschützten Interessen des betroffenen Unternehmens zu berücksichtigen. Dabei dürfte neben den Auswirkungen auf die Tätigkeit des Unternehmens eine besondere Rolle spielen, ob die Richtigkeit und Verlässlichkeit der bekanntzumachenden Informationen (bei denen es sich schließlich nur um Zwischenergebnisse handelt) sichergestellt werden kann.

→ Im Rahmen des Enforcementverfahrens kann ein Unternehmen mit einer Vielzahl verschiedener Hoheitsakte seitens der BaFin konfrontiert werden. Diese können unterschiedlicher Natur sein (Verwaltungsakt, Realakt etc.) und sind typischerweise von unterschiedlichen Voraussetzungen abhängig. Hier ist für jede Maßnahme der BaFin im Einzelfall zu erwägen, ob und ggf. in welcher Form (Eil-)Rechtsschutz gesucht werden sollte.

5. Schwerpunkte der Prüfung

Wie bereits oben unter 3.3 näher dargestellt, liegt dem Enforcementverfahren ein weiter Maßstab zugrunde, der die Prüfung der Abschlüsse und Berichte daraufhin ermöglicht, ob sie den gesetzlichen Vorschriften

einschließlich der Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung (GoB) oder den sonst durch Gesetz zugelassenen Rechnungslegungsstandards entsprechen.

Allerdings soll im Rahmen des Enforcements keine zweite Abschlussprüfung durchgeführt werden. Insofern ist zu beachten, dass Anlassprüfungen auf die konkreten Anhaltspunkte für Rechnungslegungsverstöße begrenzt sind. Eine Ausweitung der Anlassprüfung ist nur möglich, wenn in deren Verlauf weitere Anhaltspunkte für Verstöße identifiziert werden.

Bei Stichprobenprüfungen erfolgt eine Konzentration auf die jährlich im Voraus veröffentlichten Prüfungsschwerpunkte (auch hier ist eine Ausweitung möglich, sofern konkrete Anhaltspunkte für einen Verstoß aufkommen). Als Prüfungsschwerpunkte 2022 (betrifft Abschlüsse für 2021) hat die ESMA die Auswirkungen der COVID-19-Pandemie, klimabezogene Risiken sowie erwartete Kreditausfälle vorgegeben. An diesen Prioritäten wird sich auch die BaFin orientieren. Zusätzlich wird in den Konzernabschlüssen 2021 schwerpunktmäßig die Lieferkettenfinanzierung (*reverse factoring*) als immer häufiger eingesetzte Form der Unternehmensfinanzierung überprüft. Schließlich soll als Konsequenz aus dem Fall Wirecard in begründeten Einzelfällen geprüft werden, ob angegebene Zahlungsmittel und Vermögenswerte tatsächlich vorhanden sind.

Bereits in den vergangenen Jahren hat die BaFin im Rahmen der Kontrolle von Abschlüssen und Berichten immer häufiger die zugrunde liegende Buchführung in die Prüfung einbezogen. Diese Entwicklung kommt bei den Prüfungsschwerpunkten 2022 darin zum Ausdruck, dass die BaFin verstärkt auf nachvollziehbare und nachprüfbare Buchführungsunterlagen achten will. Hierauf sollten sich betroffene Unternehmen besonders vorbereiten.

Ein Überblick über die aktuellen Prüfungsschwerpunkte sowie die Schwerpunkte der letzten fünf Jahre ist als [Anlage](#) beigefügt.

6. Fazit und Ausblick

Das System der Bilanzkontrolle wurde unter dem Eindruck des Wirecard-Falls erheblich verschärft. Angesichts der öffentlichen Kritik an der Aufsicht sowie dem politischen Druck im Zusammenhang mit diesem wie auch nachfolgenden Bilanzskandalen steht zu erwarten, dass die BaFin von ihren erweiterten Kompetenzen auch umfassend Gebrauch machen wird. Erste Erfahrungen in der Praxis bestätigen dies.

Dabei zeigt sich der Paradigmenwechsel von einem zunächst auf freiwillige Kooperation der Unternehmen ausgerichteten Enforcement-Ansatz hin zu einem stark formalisierten, hoheitlichen Verfahren bereits an dem Wechsel zu einem einstufigen System der Bilanzkontrolle und der damit verbundenen unmittelbaren Zuständigkeit der

BaFin. Während Unternehmen bislang zunächst in einen kooperativen Austausch mit den Prüfern treten konnten, ist das Verfahren künftig von Beginn an durch ein striktes Über-/Unterordnungsverhältnis sowie behördliche Anordnungen und Fristen geprägt.

Verschärft wird diese Entwicklung durch die Ausweitung der Veröffentlichungsmöglichkeiten seitens der BaFin. Hier ist im Sinne der Kapitalmarkttransparenz ein reger Gebrauch zu erwarten, wobei nunmehr auch Zwischenschritte des Prüfungsverfahrens veröffentlicht werden können. Dabei zeigen jüngste Beispiele aus der Praxis, dass der Kapitalmarkt durch die Bilanzskandale der jüngeren Vergangenheit äußerst sensibel geworden ist und auf die Veröffentlichung von Anlassprüfungen zum Teil mit deutlichen – und ggf. übertriebenen – Kursveränderungen reagiert.

Vor diesem Hintergrund reicht eine reine Begleitung des Prüfungsverfahrens durch die Accounting-Abteilung nicht mehr aus. Vielmehr sind von Beginn an auch die Rechtsabteilung des Unternehmens sowie der Bereich Investor Relations einzubinden, da das Enforcement-Verfahren stark formalisiert ist und infolge der Veröffentlichungen durch die Aufsicht frühzeitig erhebliche Schäden für das Unternehmen eintreten können. Vor dem Hintergrund der möglichen Kursrelevanz (gerade bei Anlassprüfungen) sowie der potenziellen Auswirkungen auf die Reputation der Gesellschaft sollte außerdem eine enge Überwachung durch den Vorstand erfolgen.

Anlage: Übersicht zu den Prüfungsschwerpunkten für die Abschlüsse 2017-2021

Abschluss	ESMA	BaFin/DPR (zusätzlich zur ESMA)
2021	<ul style="list-style-type: none"> • Auswirkungen der COVID-19-Pandemie auf die Bilanzierung, Nachhaltigkeitsziele und andere nicht-finanzielle Ziele • Klimabezogene Aspekte: Konsistenz zwischen IFRS-Abschluss und nicht-finanziellen Informationen; klimabezogene Unternehmensrichtlinien • Transparenz in Bezug auf Kreditausfallrisiken • Angaben zur EU-Taxonomie 	<ul style="list-style-type: none"> • Lieferkettenfinanzierung (Reverse Factoring) • Existenz angegebener Zahlungsmittel und Vermögenswerte (in begründeten Einzelfällen) • Nachvollziehbarkeit und Nachprüfbarkeit der Buchführungsunterlagen
2020	<ul style="list-style-type: none"> • IAS 1 (Darstellung des Abschlusses) • IAS 36 (Impairment-Test) • IFRS 7/9 (Finanzinstrumente) • IFRS 16 (Leasingverhältnisse) • Auswirkungen der COVID-19-Pandemie • Soziales und Arbeitnehmerthemen • Geschäftsmodell und Wertschöpfung • Risiken des Klimawandels 	<ul style="list-style-type: none"> • IAS 24 (Angaben über Beziehungen zu nahestehenden Unternehmen und Personen) • Konzernlagebericht (§ 315 HGB), insbesondere zur Risikoberichterstattung unter Beachtung der COVID-19-Pandemie
2019	<ul style="list-style-type: none"> • IFRS 16 (Leasingverhältnisse) • IFRS 9 (Finanzinstrumente) bei Kreditinstituten • IFRS 15 (Erlöse aus Verträgen mit Kunden) bei Nicht-Finanzinstituten • IAS 12 (Ertragsteuern) einschließlich IFRIC 23 • Berichterstattung zu umwelt- und klimawandelbezogenen Risiken, nicht-finanziellen KPIs, Nutzung von Transparenzrahmen sowie Lieferketten 	<ul style="list-style-type: none"> • IAS 36 (Impairment-Test) • Konzernlagebericht (§ 315 HGB), insbesondere zu den Auswirkungen von IFRS 16 sowie die Darstellung und Berechnung bedeutsamer Leistungsindikatoren
2018	<ul style="list-style-type: none"> • IFRS 15 (Erlöse aus Verträgen mit Kunden) • IFRS 9 (Finanzinstrumente) • Erwartete Auswirkungen der Implementierung von IFRS 16 (Leasingverhältnisse) • Berichterstattung zu umwelt- und klimawandelbezogenen Risiken, Erklärungen zur Nichtverfolgung bestimmter nicht-finanzieller Richtlinien sowie KPIs zu nicht-finanziellen Richtlinien 	<ul style="list-style-type: none"> • Konzernlagebericht (§ 315 HGB), insbesondere zur Darstellung und Analyse des Geschäftsverlaufs und der Ertragslage • Segmentberichterstattung unter Berücksichtigung der unternehmensinternen Berichterstattung und verschiedener Einzelaspekte
2017	<ul style="list-style-type: none"> • Angaben zu den Auswirkungen der Anwendung wesentlicher neuer Standards (insbesondere IFRS 9 (Finanzinstrumente), IFRS 15 (Erlöse aus Verträgen mit Kunden) und IFRS 16 (Leasingverhältnisse)) • IFRS 3 (Unternehmenszusammenschlüsse) • IAS 7 (Kapitalflussrechnungen) 	<ul style="list-style-type: none"> • IAS 37 (Ansatz und Bewertung von Rückstellungen) sowie zugehörige Anhangangaben • Konzernlagebericht (§ 315 HGB) und Konzernklärungen



**Dr. Markus Benzing, LL.M.
(Nottingham)**

Partner

T +49 69 2730 8129

E markus.benzing@freshfields.com



Dr. Sebastian Röger

Counsel

T +49 69 2730 8116

E sebastian.roeger@freshfields.com



**Dr. Philip Denninger, LL.M.
(Cambridge)**

Senior Knowledge Lawyer

T +49 211 4979 246

E philip.denninger@freshfields.com

freshfields.com

Diese Dokumentation wird zur Verfügung gestellt von der international tätigen Rechtsanwaltssozietät Freshfields Bruckhaus Deringer LLP (eine Limited Liability Partnership nach dem Recht von England und Wales, die der Aufsicht durch die Solicitors Regulation Authority (SRA no. 484861) unterliegt) und den assoziierten Partnerkanzleien, die unter dem Namen Freshfields Bruckhaus Deringer in verschiedenen Jurisdiktionen tätig sind (in der Dokumentation gemeinsam als „Freshfields“ bezeichnet). Weitere regulatorische Informationen finden Sie unter www.freshfields.com/support/legal-notice.

Freshfields Bruckhaus Deringer hat Büros in Bahrain, Belgien, China, Deutschland, England, Frankreich, Hong Kong, Italien, Japan, den Niederlanden, Österreich, Singapur, Spanien, Vietnam, den Vereinigten Arabischen Emiraten und den Vereinigten Staaten von Amerika.

Diese Dokumentation dient der allgemeinen Information und ist nicht als umfassende Darstellung gedacht. Sie kann eine Rechtsberatung nicht ersetzen.

©Freshfields Bruckhaus Deringer LLP 2022