

SKADDEN, ARPS, SLATE, MEAGHER & FLOM LLP

A DELAWARE LIMITED LIABILITY PARTNERSHIP

KARL-SCHARNAGL-RING 7

80539 MUNICH

TELEPHONE No.: +49 (89) 244 495-0

FACSIMILE No.: +49 (89) 244 495-300

WWW.SKADDEN.COM

FIRM/AFFILIATE OFFICES

BOSTON
CHICAGO
HOUSTON
LOS ANGELES
NEW YORK
PALO ALTO
SAN FRANCISCO
WASHINGTON, D.C.
WILMINGTON

BEIJING
BRUSSELS
FRANKFURT
HONG KONG
LONDON
MOSCOW
PARIS
SÃO PAULO
SHANGHAI
SINGAPORE
SYDNEY
TOKYO
TORONTO
VIENNA

Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht

Herrn Raimund Röseler

Exekutivdirektor Bankenaufsicht

Graurheindorfer Str. 108

53117 Bonn

DR. BERND MAYER

Rechtsanwalt

Tel.: + 49 (0) 89 - 24 44 95 - 121

Fax: + 49 (0) 89 - 24 44 95 - 300

E-Mail:

Bernd.Mayer@skadden.com

GZ: BA 54-FR 2210-2012/0002

2012/0239859 – Konsultation 01/2012 – Überarbeitung der MaRisk

01. Juni 2012

Stellungnahme zur Überarbeitung der MaRisk

Sehr geehrter Herr Röseler,

wir, die internationale Kanzlei Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP, beraten Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute u.a. in den Rechtsgebieten Corporate Governance und Compliance.

Der Entwurf der überarbeiteten MaRisk vom 26. April 2012 (der "**MaRisk-Entwurf**"), insbesondere die dort in Ziffer 4.4.3 des allgemeinen Teils neu eingefügte Beschreibung der Aufgaben der Compliance-Funktion ist für unsere Mandanten von großem Interesse.

Für die Gelegenheit zur Stellungnahme bedanken wir uns und nehmen diese betreffend Ziffer 4.4.3 AT des MaRisk-Entwurfs gerne wie folgt wahr:

A. Aufgaben der Compliance-Funktion nach dem MaRisk-Entwurf

Nach Ziffer 4.4.3 AT des MaRisk-Entwurfs hat die Compliance-Funktion die Geschäftsleiter und die Geschäftsbereiche hinsichtlich der Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen und sonstigen Vorgaben zu unterstützen und zu beraten. Zudem bewertet die Compliance-Funktion die institutsinternen Regelungen, die die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen und Vorgaben gewährleisten und überwacht deren

Einhaltung. Ferner beurteilt sie die Risiken, die sich aus der Nichteinhaltung der gesetzlichen Bestimmungen und sonstigen Vorgaben ergeben.

Für die institutsinternen Zuständigkeiten und Berichtswege und zur Abgrenzung der Aufgaben der Compliance-Funktion von der gesellschaftsrechtlichen Legalitätspflicht der Leitungsorgane ist entscheidend, welche gesetzlichen Bestimmungen und Vorgaben von Ziffer 4.4.3 AT des MaRisk-Entwurfs erfasst werden.

Ausweislich des Konsultationsschreiben vom 26. April 2012 (dort Seite 5, erster Absatz) orientiert sich die Ausgestaltung der Compliance-Funktion an den Vorgaben der EBA Guidelines on Internal Governance (die "**EBA Guidelines**") und steht im Einklang mit § 33 WpHG in Verbindung mit den MaComp.

Die in den EBA Guidelines und in § 33 WpHG enthaltenen Aufgabenbeschreibungen (I.-II.), die Vorgaben des § 25a Abs. 1 S. 1 KWG (III.) und die Konsequenzen für die Aufgaben der Compliance-Funktion nach dem MaRisk-Entwurf (IV.) sollen nachstehend kurz beleuchtet und untersucht werden:

I. Aufgabenbeschreibung in den EBA Guidelines

Die Aufgabenbeschreibung in den EBA Guidelines ist weit gefasst. Die Compliance-Funktion ist danach unter anderem für die Beratung der Geschäftsleitung im Hinblick auf solche Gesetze, Verordnungen, Regeln und Standards zuständig, die das Institut einzuhalten hat. Zudem bewertet die Compliance-Funktion die möglichen Auswirkungen von Änderungen im rechtlichen oder regulatorischen Umfeld der Institutsaktivitäten (III, Title II, D, 28, 5).

Die Bezugnahme auf die vom Institut einzuhaltenden Bestimmungen ("the institution needs to meet") und die Einschränkung auf die für die Institutsaktivitäten relevanten Änderungen im rechtlichen oder regulatorischen Umfeld ("changes in the legal or regulatory environment on the institution's activities") können dahin verstanden werden, dass sich der Beratungs- und Bewertungsauftrag der Compliance-Funktion nicht auf jegliche gesetzlichen Bestimmungen erstreckt, sondern nur auf solche, die nicht unterschiedslos auch auf jedes andere Rechtssubjekt Anwendung finden können.

II. Aufgabenbeschreibung in den MaComp

Nach Ziffer 1.2 Nr. 5 des besonderen Teils der MaComp hat die Compliance-Funktion die Geschäftsbereiche und die Mitarbeiter des Unternehmens im Hinblick auf die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen sowie der Organi-

sations- und Arbeitsanweisungen zu beraten und zu unterstützen. Gemäß § 33 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 WpHG sind gesetzliche Bestimmungen im Sinne dieser Regelung nur solche des WpHG und der WpDVerOV. Die Aufgabenbeschreibung in den MaComp ist somit eng gefasst und auf wertpapierrechtliche Bestimmungen beschränkt.

III. Vorgaben in § 25a Abs. 1 S. 1 KWG

§ 25a Abs. 1 S. 1 KWG fordert eine ordnungsgemäße Geschäftsorganisation, die die Einhaltung der vom Institut zu beachtenden gesetzlichen Bestimmungen gewährleistet. Hiermit sind nicht nur die Bestimmungen des KWG gemeint.

Dafür spricht zum einen der Wortlaut des § 25a Abs. 1 S. 1 KWG, der, anders als § 33 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 WpHG, keine Einschränkung auf die Verpflichtungen "dieses Gesetzes" vorsieht. Zum anderen dient § 25a KWG nicht nur dem Schutz des Vermögens der Einleger, sondern auch der ordnungsgemäßen Durchführung der Geschäfte sowie der Vermeidung von Nachteilen für die Gesamtwirtschaft durch Missstände im Kredit- und Finanzdienstleistungswesen (*Braun/Wolfgarten* in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, Kreditwesengesetz, 4. Auflage 2012, § 25a KWG, Rn. 37).

Dieses weite Verständnis deckt sich mit der Aufgabe der BaFin aus § 6 Abs. 2 KWG, Missständen im Kredit- und Finanzdienstleistungswesen entgegenzuwirken. Missstände können sich aber auch aus dem Verstoß der Institute gegen andere gesetzliche Bestimmungen als denen des KWG ergeben. Dies jedenfalls dann, wenn die gesetzlichen Bestimmungen auch der Vermeidung von Missständen im Kredit- und Finanzdienstleistungswesen dienen und soweit deren Einhaltung nicht von anderen Behörden (bspw. Finanzbehörden, Strafverfolgungsbehörden) sichergestellt wird.

Die Einhaltung aller anderen gesetzlichen Bestimmungen obliegt den Leitungsorganen aufgrund ihrer gesellschaftsrechtlichen Legalitätspflicht und wird durch die Einrichtung einer rechtstreuen Unternehmensstruktur sichergestellt.

IV. Konsequenzen für die Aufgabenbeschreibung im MaRisk-Entwurf

Vor dem Hintergrund der weit gefassten Aufgabenbeschreibungen in den EBA Guidelines und in § 25a Abs. 1 S. 1 KWG ist auch die Aufgabenbeschreibung in Ziffer 4.4.3 AT des MaRisk-Entwurfs grundsätzlich weit zu verstehen.

Gleichzeitig kann sich die Zuständigkeit der Compliance-Funktion nicht auf jegliche gesetzlichen Bestimmungen erstrecken. Hierfür sprechen sowohl organisatorische Gründe (1.), als auch Erwägungen zur Unternehmenskultur (2.):

1. Organisatorische Gründe

Die Organisationsstruktur von Instituten ist in Fachabteilungen unterteilt. Zu nennen sind beispielsweise die Steuerabteilung, die Rechtsabteilung, die Personalabteilung, die Geldwäscheabteilung und die Datenschutzabteilung.

In den Fachabteilungen ist fachspezifisches Wissen gebündelt, das eine kompetente Beurteilung der relevanten Compliance-Themen innerhalb der jeweiligen Fachabteilung erlaubt. Diese spezifischen Fachkenntnisse müssen in der Compliance Abteilung zunächst aufgebaut werden. Eine dann vorhandene, gewissermaßen parallele Compliance-Struktur bindet zusätzliche personelle Ressourcen, wirft Zuständigkeits- und Abgrenzungsfragen auf und ist für den einzelnen Mitarbeiter nicht transparent.

2. Rechtstreue Unternehmenskultur

Rechtstreu handeln ist Aufgabe jedes einzelnen Mitarbeiters.

Insbesondere diejenigen Mitarbeiter, die aufgrund ihrer Fachkenntnis zur eigenständigen Einschätzung der fachspezifischen Compliance-Themen in der Lage sind, sollen sich ihrer Verantwortung zum aktiven Bemühen um rechtstreu Verhalten nicht durch Verweis auf die Zuständigkeit einer parallelen Compliance-Struktur entziehen können.

Daher sollte beispielsweise die Zuständigkeit zur Einhaltung des Steuerrechts und der damit verbundenen institutsinternen Beratung bei der Steuerabteilung liegen. Arbeitsrechtliche und sozialrechtliche Themen sollten von der Personal- und von der Rechtsabteilung verantwortet werden.

Der institutsinterne Beratungsauftrag der jeweiligen Fachabteilungen beinhaltet auch die Erstellung von internen Arbeitsanweisungen und Unternehmensrichtlinien.

B. Ergebnis

Der Begriff der gesetzlichen Bestimmungen und sonstigen Vorgaben im MaRisk-Entwurf umfasst neben den Bestimmungen des KWG auch alle anderen gesetzlichen Bestimmungen, die dem Schutzzweck des KWG dienen.

Dagegen erstreckt sich die Beratungsaufgabe der Compliance-Funktion nicht auf solche gesetzliche Bestimmungen, die unterschiedslos auf Institute und andere Rechtssubjekte Anwendung finden. Denn warum sollte die Compliance-Funktion bspw. für die Überwachung der Arbeitsvorschriften zuständig sein?

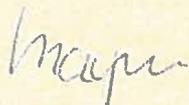
C. Formulierungsvorschlag

1. Jedes Institut muss über eine funktionsfähige Compliance-Funktion verfügen. Diese hat die institutsinternen Regelungen, die die Einhaltung der vom Institut zu beachtenden institutsspezifischen gesetzlichen Bestimmungen oder sonstigen Vorgaben gewährleisten, zu bewerten, deren Einhaltung zu überwachen sowie die Geschäftsleiter und die Geschäftsbereiche hinsichtlich der Einhaltung dieser Bestimmungen und Vorgaben zu unterstützen und zu beraten. Ferner hat sie die Risiken, die sich aus der Nichteinhaltung dieser gesetzlichen Bestimmungen und sonstigen Vorgaben ergeben können, zu beurteilen.	Verantwortung der Geschäftsleiter und der Geschäftsbereiche Unbeschadet der Aufgaben der Compliance-Funktion bleiben die Geschäftsleiter und die Geschäftsbereiche für die Einhaltung sämtlicher gesetzlicher Bestimmungen und sonstiger Vorgaben uneingeschränkt verantwortlich. Verhältnis zu anderen aufsichtlichen Vorgaben Alle sonstigen Vorgaben zur Compliance-Funktion, die sich aus anderen Aufsichtsgesetzen ergeben (insbesondere § 33 WpHG in Verbindung mit dem Rundschreiben „Ma-Comp“), bleiben unberührt.
2. Grundsätzlich ist die Compliance-Funktion unmittelbar der Geschäftsleitung unterstellt und berichtspflichtig. Sie kann auch an andere Kontrolleinheiten angebunden werden.	Anbindung an andere Kontrolleinheiten Andere Kontrolleinheiten können z. B. das Risikocontrolling, nicht jedoch die Interne Revision sein. Unbeschadet dessen sollten größere Institute eine eigenständige Organisationseinheit vorsehen.
3. Das Institut hat einen Compliance-Beauftragten zu benennen, der für die Erfüllung der Aufgaben der Compliance-Funktion verantwortlich ist. Abhängig von Art, Umfang, Komplexität und Risikogehalt der Geschäftsaktivitäten sowie der Größe des Instituts kann im Ausnahmefall die Funktion des Compliance-Beauftragten auch	

<p>einem Geschäftsleiter übertragen werden.</p>	
<p>4. Der Compliance-Funktion ist ein uneingeschränkter Zugang zu allen Informationen einzuräumen, die für die Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlich sind. Weisungen und Beschlüsse, die für die Compliance-Funktion wesentlich sind, sind ihr bekanntzugeben. Über wesentliche Änderungen der Regelungen, die die Einhaltung der in Ziffer 1 genannten gesetzlichen Bestimmungen und sonstigen Vorgaben gewährleisten sollen, ist die Compliance-Funktion rechtzeitig zu informieren.</p>	
<p>5. Die Compliance-Funktion hat mindestens jährlich sowie anlassbezogen der Geschäftsleitung über ihre Tätigkeit Bericht zu erstatten. Darin ist auf die Angemessenheit und Wirksamkeit der Regelungen zur Einhaltung der in Ziffer 1 genannten gesetzlichen Bestimmungen und sonstigen Vorgaben einzugehen. Ferner hat der Bericht Angaben zu festgestellten Mängeln und der Angemessenheit der getroffenen Maßnahmen zur Behebung dieser Mängel zu enthalten. Der Bericht ist auch an das Aufsichtsorgan weiterzuleiten.</p>	

Mit der Veröffentlichung dieser Stellungnahme sind wir einverstanden.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Bernd R. Mayer