Daumann/Leicht (Hrsg.)

Prüfung Beauftragtenwesen

Muster, Vorlagen, Checklisten aus der Praxis inkl. Prüfung Single Officer und Dienstleistersteuerung

2. Auflage

Finanz Colloquium Heidelberg, 2022

Zitiervorschlag:

Autor in: Daumann/Leicht, Arbeitsbuch Prüfung Beauftragtenwesen,

2. Auflage, RdNr. XX.

Hinweis: Zur besseren Lesbarkeit und Unterstützung des Leseflusses wurde im nachfolgenden Buch auf die Verwendung des generischen Maskulinums zurückgegriffen. Selbstverständlich schließen jedoch alle Formulierungen und Personenbezeichnungen alle Geschlechter gleichermaßen ein.

ISBN: 978-3-95725-971-4

Finanz Colloquium Heidelberg GmbH
Im Bosseldorn 30, 69126 Heidelberg
www.FCH-Gruppe.de
info@FCH-Gruppe.de
Satz: Finanz Colloquium Heidelberg GmbH
Druck: VDS-VERLAGSDRUCKEREI SCHMIDT,
Neustadt an der Aisch

Daumann/Leicht (Hrsg.)

Prüfung Beauftragtenwesen

Muster, Vorlagen, Checklisten aus der Praxis inkl. Prüfung Single Officer und Dienstleistersteuerung

2. Auflage

Maik Bdeiwi
AML-Experte
Abteilungsdirektor einer international tätigen Großbank

Martin Daumann (Hrsg.)
Rechtsanwalt
Leiter Frankfurter Arbeitskreis Compliance & Governance
ab 01.09.2022 Director KPMG

Andreas Kolb
Leiter der Stabstelle Security Office/CISO
L-Bank

Sandra Leicht (Hrsg.)
Vorstand
FCH Gruppe AG

Christian Maull
Datenschutzbeauftragter
TeamBank AG Nürnberg

Jan Meyer im Hagen
Geschäftsführer
Finanz Colloquium Heidelberg GmbH

Marko Mohrenz
Bereichsdirektor Interne Revision
Volksbank Münsterland Nord eG

Volker Schmidt
Partner Financial Services
BDO AG

Lukas Zimpfer
Verbandsprüfer und Mitglied der
Facharbeitsgruppe WpHG/Depot Prüfungsaußendienst
Baden-Württembergischer Genossenschaftsverband e.V.

Finanz Colloquium Heidelberg, 2022

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis

Vorwort

Die Aufsicht hat in den letzten Jahren immer neue Beauftragten-Funktionen geschaffen. Dies geschah nicht aus »bloßem Selbstzweck«, sondern stellte jeweils eine Reaktion der Aufsicht auf die nach und nach entstandenen oder von ihr erkannten Probleme der Märkte, des Geschäftslebens oder der Gesellschaft dar.

Insgesamt lassen sich diese neuen Beauftragten-Funktionen heute (bei vereinfachter Betrachtung) auch unter dem Begriff der »Compliance« zusammenfassen. Rein praktisch wurden oft genug vor allem die Compliance-Abteilungen um entsprechende Funktionen ergänzt.

Bei der Prüfung des Beauftragtenwesens/der Compliance sieht sich die Revision heute daher mit einer immer weiter anwachsenden Anzahl von Beauftragten/Compliance-Funktionen konfrontiert.

Hinzu kommt, dass der Begriff der Compliance, der durch die Finanzmarktkrise inzwischen auch Einzug in die Medienberichterstattung gehalten hat, nach wie vor unscharf ist. Infolgedessen liegen die jeweiligen Grenzen und Begrifflichkeiten oft genug nahe beieinander, ferner gibt es Überschneidungen und punktuelle Redundanzen mit dem Risiko-Controlling, dem Meldewesen etc. Dies führt oft genug zu Missverständnissen und Fehleinstufungen in der Prüfung, die zu langwierigen Diskussionen mit den Geprüften führen, die stets natürlich aus ihrer eigenen Logik, Terminologie und Selbstverständnis heraus argumentieren.

Dem kann man entgegenwirken, wenn man sich aus diesem Selbstverständnis heraus jeweils folgendes vor Augen führt: In der Compliance haben sich aufgrund der reaktiven Einführung neuer Beauftragter im Laufe der Zeit unterschiedliche »Fachrichtungen« oder »Sparten« herausgebildet, die sich insbesondere auf bestimmte Themen, Risiken und Problemstellungen fokussiert haben.

WpHG-Compliance Geldwäsche MaRisk-Compliance Datenschutz Betrugsprävention, Auslagerung, ESG etc.

Vergleichbar mit der Medizin, in der es große Gemeinsamkeiten aber auch Spezialisten wie den Orthopäden, den Chirurgen etc. gibt.

Bei der Prüfung der jeweiligen Funktionen gilt es natürlich »risiko- und aufwandsangemessen« vorzugehen. Hierfür ist es von entscheidender Bedeutung, sich vor Augen zu führen, welchem Schutzzwecke die jeweilige Beauftragten-/Compliance-Sparte dient, also welche Risiken und Muster die jeweilige Sparte aufweist. Nur so lassen sich Aufwand und Risiken der Praktiker im Nachhinein mit klugem Aufwand prüfen. Im vorliegenden Arbeitsbuch erfolgt daher zunächst eine kurze Einführung in die jeweilige Beauftragten-Funktion, bevor sodann die Praktiker aus der Prüfung ihre Erkenntnisse und Vorgehensweise vermitteln. Dies erfolgt natürlich nur, sofern aus der jeweiligen Funktion heraus sinnvoll. Darüber hinaus werden aktuelle Entwicklungen und Schwerpunkte der Aufsicht dargestellt, soweit neue Erkenntnisse vorhanden sind.

Schlussendlich erfolgt eine Darstellung möglicher Ansätze zu einer integrierten Betrachtung/einem integrierten Handling der unterschiedlichen Compliance-Funktionen in einem gesamthaften Ansatz.

Denn natürlich treibt Vorstände, wie auch Compliance selbst der Wunsch um, mit einheitlichem Vorgehen und vergleichbaren Mustern die in den Gemeinsamkeiten der Sparten liegenden Synergie-Effekte und Effizienzen zu heben und Redundanzen zu vermeiden.

Praxistipp: Die Nicht-Aufdeckung eines Sachverhaltes durch Beauftragte bedeutet nicht automatisch ein nicht funktionierendes IKS. Gegen Vorsatz und menschliches Versagen kann kein noch so gutes System 100 % sicher sein. Hilfreich bei der Bewertung entsprechender Vorfälle ist insofern die Differenzierung der sog. »Zielverfehlung« eines IKS wie diese die IDW PS 261, Tz. 25 definiert:

> menschliche Fehlleistungen beispielsweise infolge von Nachlässigkeit, Ablenkungen, Beurteilungsfehlern und Missverstehen von Arbeitsanweisungen,

> nicht routinemäßige Geschäftsvorfälle, die vom internen Kontrollsystem nur bedingt, schwer oder überhaupt nicht erfasst werden können,

> die Umgehung oder Außerkraftsetzung des internen Kontrollsystems durch das Management und andere Mitarbeiter oder durch das Zusammenwirken dieser Personen mit unternehmensexternen Personen,

> der Missbrauch oder die Vernachlässigung der Verantwortung durch für bestimmte Kontrollen verantwortliche Personen,

> die zeitweise Unwirksamkeit des internen Kontrollsystems aufgrund veränderter Unternehmens- und Umweltbedingungen sowie, der Verzicht des Managements auf bestimmte Maßnahmen, weil die Kosten dafür höher eingeschätzt werden als der erwartete Nutzen.

Martin Daumann, Rechtsanwalt, Leiter Frankfurter Arbeitskreis Compliance & Governance | ab 01.09.2022 Director KPMG

A.

Prüfung der WpHG-Compliance-Funktion

A. Prüfung der WpHG-Compliance-Funktion

I. Einleitung

Wertpapiercompliance: Die fortlaufende Zunahme europäischer und internationaler Finanzprodukte in den/dem vergangenen Jahren/Jahrzehnt führte zu einer großen Intransparenz der Märkte. Als Gründe sind insbesondere die Abstraktheit der Produkte und das daraus folgende Wissens-Gefälle zwischen Kunden und Finanzdienstleistern zu nennen. Diese führten zu einem dauerhaften Vertrauensverlust der Marktteilnehmer in die ordnungsgemäße Funktionsfähigkeit der Finanzdienstleistungsmärkte, weshalb – vereinfacht gesprochen – die bestehenden abstrakten und generellen Rechtsquellen des WpHG, etc. ihre Konkretisierung für die Praxis in den Ausführungen der »Mindestanforderungen an die Compliance-Funktion und die weiteren Verhaltens-, Organisations-, und Transparenzpflichten nach § 31 ff. WpHG für Wertpapierdienstleistungsunternehmen«, kurz, MaComp fanden. 1

MaComp-Ziele: Angestrebt werden Verbraucherschutz, Wohlverhaltenspflichten, die Verminderung von ungerechten Wettbewerbsvorteilen aber auch der Mitarbeiterschutz. 2

MaComp-Adressaten: In erster Linie richtet sich der Pflichtenkanon an die Unternehmen als solches, was offensichtlich wird, wenn man sich vor Augen führt, dass sich lediglich das Modul BT 1 an die Compliance-Funktion richtet. Der Rest wendet sich an die Unternehmen als solches. 3

Achtung: Daher ist es sachlogisch, dass die Compliance-Funktion gerade nicht in alle Wertpapierprozesse des Hauses eingebunden sein muss, sondern seine Überwachungsfunktion durch Interventionsrechte, Genehmigungsprozesse und Überwachungshandlungen ausübt. Dadurch soll bewusst verhindert werden, dass Compliance durch eine Überfrachtung mit Routineaufgaben de facto stillgelegt wird – die primäre Verantwortung liegt bei den Fachbereichen und deren unmittelbaren Vorgesetzten (Vgl. *Birnbaum* in: Krimphove/Kruse MaComp, C.H. Beck Verlag, 2013, Einleitung): Es besteht also (anders als von den Fachbereichen gerne argumentiert, um die eigene Verantwortung zu relativieren) **keine Allzuständigkeit der Compliance**-Aufgabe und Verantwortung der Compliance ist lediglich die Überwachung und Bewertung der im Unternehmen getroffenen Vorkehrungen. 4

5 **Juristen-Terminologie:** In den MaComp finden sich sog.: »Muss- und Sollvorgaben« sowie »Empfehlungen«. Bei einer **Muss-Vorschrift** steht dem angesprochenen Entscheidungsträger kein Ermessensspielraum zu. Es sich um verbindliche Vorgaben, ohne »wenn und aber« – zu Erkennen an Formulierungen wie »ist« oder »hat«. Eine **Soll-Vorschrift** ist eine Rechtsnorm, die an Formulierungen wie »soll« oder »in der Regel« erkannt werden können. Sie ordnet die Vornahme oder das Unterlassen einer Handlung nicht zwingend an, sondern nur für den Regelfall. Sie räumt insoweit also ein gewisses Ermessen ein. Wenn man von diesen abweichen möchte, so muss man dies jedoch begründen (Neudeutsch: Comply or explain). Die **Empfehlungen** bewegen sich unterhalb des Regel-Ausnahme-Verhältnisses.

Praxistipp: Letztlich lassen sich die unterschiedlichen umfangreichen Pflichten der WpHG-Compliance in folgende Hauptprozesse meg. MaComp untergliedern:

- Risikoanalyse
- Sicherungsmaßnahmen
- Berichts- und Kommunikationswesen
- Monitoring
- Interne Grundsätze
- Kontakt mit der Aufsicht
- Strategieprozess
- Kontrollen

Sich dies zu vergegenwärtigen, hilft gelegentlich bei der Lösung komplexer Fragestellungen.

II. Rechtliche Rahmenbedingungen

Die Anforderungen an das Wertpapierdienstleistungsgeschäft haben sich spätestens seit der im Jahr 2007 eingeführten europäischen Richtlinie über Märkte und Finanzinstrumente (**M**arkets **i**n **F**inancial **I**nstruments **D**irective – MiFID), die zu tiefgreifenden Änderungen des Wertpapierhandelsgesetzes (WpHG) führte und seit der auch im Wertpapiergeschäft durchaus von einem europäischen Binnenmarkt gesprochen werden kann, grundlegen erweitert. Im Fokus der kontinuierlich gestiegenen Anforderungen steht der Schutz des Anlegers und dessen Interessen. Der zeitliche Abstand, in der neue Anforderungen vom Gesetz- und Verordnungsgeber erlassen werden, verkürzt sich dabei zusehends, wie die regelmäßige Überarbeitung und Veröffentlichung der erstmals im Jahr 2010 über das Rundschreiben 4/2010 (WA) der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) veröffentlichten Mindestanforderungen an die Compliance-Funktion (MaComp) zeigen. Die letzte Aktualisierung mit Rundschreiben 05/2018 (WA) vom 19. April 2018 wurde mit Rundschreiben vom 29. April 2020 und bereits ein Jahr darauf mit Rundschreiben vom 10. August 2021 erneut aktualisiert. 6

Auch in Bezug auf die MiFID erfolgte eine Revision der Richtlinie über Märkte und Finanzinstrumente. Diese wurde in Deutschland über das 1. und 2. Finanzmarktnovellierungsgesetz (FiMaNoG) in zwei Schritten in nationales Recht überführt. Zunächst wurden unter anderem die Richtlinie 2014/57/EU (Marktmissbrauchsrichtlinie – MAD) und die Verordnung (EU) Nr. 596/2014 (Marktmissbrauchsverordnung – MAR) in deutschem Recht verankert und sind seit 3. Juli 2016 anzuwenden. In einem zweiten Schritt sind seit 1. bzw. 3. Januar 2018 die Vorschriften zur EU-Verordnung über Basisinformationsblätter für verpackte Anlageprodukte und Kleinanleger und Versicherungsanlageprodukte (PRIIP-VO – Verordnung (EU) Nr. 1286/2014) sowie die Umsetzung der überarbeiteten Richtlinie über Märkte und Finanzinstrumente (MiFID II – Richtlinie 2014/64/EU) anzuwenden. Im Rahmen der Überführung des europäischen Regelwerkes in nationales Recht wurde das WpHG umfassend überarbeitet. 7

Flankiert werden die umfangreichen gesetzlichen Regelungen von weiteren Verlautbarungen, die sowohl die nationale Aufsichtsbehörde als auch die europäische Aufsichtsbehörde über Fragen und Antworten (sogenannte Q&A) über ihre jeweilige Homepage publiziert. Am 15. Februar 2018 teilte die BaFin auf ihrer Homepage mit, dass sie grundsätzlich alle Leitlinien sowie Q&As der eu- 8

ropäischen Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde (ESMA) in ihre Verwaltungspraxis übernimmt, es sei denn die Behörde veröffentlicht explizit auf ihrer Homepage, dass eine bestimmte Leitlinie oder Q&A nicht übernimmt. Zu diesem Zeitpunkt handelte es sich um rund 180 Leitlinien und ca. 3.000 Q&As, die in englischer Sprache veröffentlicht waren, bzw. noch immer sind.[1]

III. Überblick über die Compliance-Funktion

9 Die Rechtsgrundlage für die Einrichtung einer WpHG-Compliance-Funktion ergibt sich aus § 80 WpHG, diese wiederrum »wird konkretisiert durch die Verordnung zur Konkretisierung der Verhaltensregeln und Organisationsanforderungen für Wertpapierdienstleistungsunternehmen (WpDVerOV)«. Zudem hat die BaFin mit dem Rundschreiben 4/2010 (WA) »Mindestanforderungen an die Compliance-Funktion und die weiteren Verhaltensorganisations- und Transparenzpflichten nach den §§ 31 ff. WpHG (»MaComp«) vom 7. Juni 2010 ihre Auffassung zur Auslegung der relevanten Compliance-Vorschriften veröffentlicht.«[2] Zu diesem Rundschreiben veröffentlichte die BaFin mehrmals Neufassungen und Aktualisierungen, zuletzt mit dem Datum vom 10. August 2021, das die derzeit aktuelle Version der MaComp zum Inhalt hat. Bei der MaComp handelt es sich um **kein materielles Recht**, sondern rein um die Auslegung gesetzlicher Bestimmungen durch die Aufsichtsbehörde, die folglich zwar die BaFin selbst aber nicht die Gerichte in der Rechtsauslegung binden.[3]

10 Unter dem Begriff »Compliance« ist die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen und der unternehmensinternen Richtlinien zu verstehen.[4] Das Institut der Wirtschaftsprüfer e.V. (IDW) konkretisiert in dem Prüfungsstandard IDW PS 980 (Grundzüge ordnungsgemäßer Prüfung von Compliance Management Systemen) erfolgt diese Ziele und definiert dabei die Anforderungen an die Ausgestaltung eines wirksamen Compliance Management Systems.

11 AT 6 Tz. 1 MaComp fordert, dass »ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen angemessene Grundsätze aufzustellen, Mittel vorzuhalten und Verfahren einzurichten [hat], die darauf ausgerichtet sind sicherzustellen, dass das Wertpapierdienstleistungsunternehmen selbst und seine Mitarbeiter den Verpflichtun-

1 Vgl. Veröffentlichung der *BaFin* (Publikation und Daten) »Europäische Aufsichtsbehörde: BaFin übernimmt grundsätzlich alle Leitlinien sowie Fragen und Antworten in ihre Verwaltungspraxis« vom 15.02.2018.
2 *Renz/Hense*, Organisation der Wertpapier-Compliance-Funktion, S. 18.
3 *Renz/Hense*, Wertpapier-Compliance in der Praxis, S. 183.
4 Vgl. Ziffer 4.1.3 des deutschen Corporate Governance Kodex.

gen des WpHG nachkommen. Dies erfordert insbesondere die Einrichtung einer **dauerhaften** und **wirksamen** sowie **prozessbegleitend** als auch **präventiv tätigen** Compliance-Funktion, die ihre Aufgaben **unabhängig** wahrnehmen kann.«

Unter den Begriffen »**prozessbegleitend und präventiv**« ist die operative Unterstützung der ausführenden Abteilungen bei der gesetzeskonformen Ausgestaltung der Prozesse zu verstehen. Aufgabe der Compliance-Funktion ist es daher, überwachend und bewertend tätig zu werden, wohingegen die operativen Bereiche selbst für die Einhaltung der sie betreffenden Normen des WpHG durch Selbstkontrollen verantwortlich sind.[5] Hiervon zu unterscheiden sind die in BT 1.2 MaComp beschriebenen »originären« Aufgaben der Compliance-Funktion: Insbesondere Überwachungsaufgaben und Berichtspflichten. 12

In Bezug darauf, was unter der »dauerhaft«, »wirksam« und »unabhängig« zu verstehen ist, wird auf den Abschnitt »Aufgaben der Compliance-Funktion« verwiesen. 13

IV. Aufgaben der Compliance-Funktion

Die Compliance-Funktion ist entsprechend BT 1.1 MaComp ein Instrument der Geschäftsführung, die wiederrum die Gesamtverantwortung für die Compliance-Funktion trägt und deren Wirksamkeit überwacht. Die Geschäftsleitung »muss eine **angemessene**, **dauerhafte** und **wirksame** Compliance-Funktion einrichten und ausstatten, die ihre Aufgaben **unabhängig** wahrnehmen kann.«[6] Unbeschadet dessen kann der Vorsitzende des Aufsichtsorgans unter Einbeziehung der Geschäftsleitung direkt bei dem Compliance-Beauftragten Auskünfte einholen. 14

dauerhaft	
	laufende, zeitnahe und risikoorientierte ex-post-Kontrollen (nicht nur anlassbezogene Überwachungshandlungen)
	Überwachungshandlungen müssen sich auf alle relevanten Bereiche der Wertpapier(neben)dienstleistungen erstrecken

5 Vgl. *Renz/Hense*, Wertpapier-Compliance in der Praxis, S. 187.
6 BT 1.1 Tz. 1 MaComp.