

**Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen
Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht**

Band 146

Bankenaufsicht und Kapitalgesellschaftsrecht

**Anforderungen an Organmitglieder
von in der Finanzbranche tätigen Kapitalgesellschaften
und deren Haftung**

Von

Vanessa Sekker



Duncker & Humblot · Berlin

VANESSA SEKKER

Bankenaufsicht und Kapitalgesellschaftsrecht

Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

Herausgegeben von

Professor Dr. Holger Fleischer, LL.M., Hamburg

Professor Dr. Hanno Merkt, LL.M., Freiburg

Professor Dr. Gerald Spindler, Göttingen

Band 146

Bankenaufsicht und Kapitalgesellschaftsrecht

Anforderungen an Organmitglieder
von in der Finanzbranche tätigen Kapitalgesellschaften
und deren Haftung

Von

Vanessa Sekker



Duncker & Humblot · Berlin

Der Fachbereich Rechtswissenschaft der Philipps-Universität Marburg
hat diese Arbeit im Jahre 2018 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2019 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Ochsenfurt-Hohestadt
Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 1614-7626
ISBN 978-3-428-15772-3 (Print)
ISBN 978-3-428-55772-1 (E-Book)
ISBN 978-3-428-85772-2 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Danksagung und Vorwort

Die vorliegende Arbeit widmet sich der Schnittstelle zwischen öffentlich-rechtlichem Bankenaufsichtsrecht und zivilrechtlichem Kapitalgesellschaftsrecht und setzt diese in den Kontext der Organhaftung. Sie entstand weit überwiegend während meiner Tätigkeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Europarecht sowie Gewerblichen Rechtsschutz von Herrn Professor Dr. Michael Kling an der Philipps-Universität Marburg. Die Schnelligkeit des Bankenaufsichtsrechts hat dazu geführt, dass die Arbeit in ihrer Entstehung stetig aktualisiert und neu strukturiert werden musste. Im Rahmen der letzten Bearbeitung haben alle gesetzlichen Neuerungen sowie Literatur bis Anfang April 2018 Berücksichtigung gefunden.

Die erste Gelegenheit, mich mit dem Gebiet des Bankenaufsichtsrechts zu beschäftigen, gab mir mein Doktorvater Professor Dr. Michael Kling im Rahmen eines Seminars zum Unternehmensrecht. Dieses Seminar brachte mich nicht nur das erste Mal mit den Mindestanforderungen für Risikomanagement in Berührung, sondern weckte auch mein bisher ungebrochenes Interesse für dieses Gebiet. Deshalb zog das Produkt dieses Seminars neben einer ersten Veröffentlichung meinerseits auch die vertiefte Auseinandersetzung mit der Thematik in Form von meiner Dissertation nach sich.

Die Erstellung dieser Arbeit stellte für mich eine Herausforderung und zugleich eine bereichernde Erfahrung dar. Allen Personen, die mich auf diesem Weg in so vielfältiger Weise begleitet und unterstützt haben, möchte ich hiermit sehr herzlich danken.

Mein ganz besonderer Dank gilt zunächst meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Michael Kling, der mir über die gesamte Zeit hinweg mit Rat und Tat uneingeschränkt zur Seite stand. Ich bin in vielerlei Hinsicht sehr dankbar und froh, dass ich durch meine damalige Teilnahme an dem Seminar meinen Weg zu einer tollen Promotionszeit gefunden habe, in der ich so bemerkenswerte Menschen kennenlernen durfte, die ich heute als meine Freunde bezeichnen darf.

Mein Dank gilt daher auch meinen Freunden und ehemaligen Kollegen, die mich in dieser Zeit begleitet haben und die ich in bester Erinnerung behalte. Insbesondere möchte ich Dr. Anja Schwiertert und Dr. Matondo Cobe für die erinnerungswerte und bereichernde gemeinsame Zeit am Lehrstuhl meinen herzlichen Dank aussprechen. Beide haben durch ihre stete Diskussions- und Hilfsbereitschaft, sowohl freundschaftlicher als auch fachlicher Natur, maßgeblich zum Gelingen dieser Arbeit beigesteuert. Weiterhin danke ich auch der guten Seele des Lehrstuhls Frau Sabine

Bodenbender von Herzen, die mich in so vielfältiger Weise immer unterstützt hat. Herrn Professor Dr. Omlor, LL.M. (NYU), LL.M. Eur. danke ich für die freundliche Übernahme des Zweitgutachtens sowie Herrn Professor Dr. Constantin Willems für die Übernahme des Prüfungsvorsitzes im Rahmen der Disputation.

An dieser Stelle gilt mein größter Dank meiner ganzen Familie, der ich diese Arbeit widme.

Meinen Eltern Viola Dengler und Dr. Michael Dengler danke ich aus der Tiefe meines Herzens, dass sie jederzeit und in jeder Lage für mich da waren. Sie haben mir nicht nur meine gesamte Ausbildung ermöglicht, sondern mich auf meinem bisherigen Lebensweg zu jeder Zeit bestmöglich unterstützt.

Ohne meine Schwester Dr. Fabiola Dengler wäre diese Arbeit nicht die, die sie heute ist. Ihr danke ich für das unermüdliche Korrekturlesen, ihre Ratschläge – auch, aber nicht nur, in sprachlicher Hinsicht – und ihre ermutigenden Worte.

Zu guter Letzt gilt mein ganz besonderer Dank meinem Ehemann Constantin Sekker. Sein steter Rückhalt, Zuspruch und seine Liebe haben ganz wesentlich zum erfolgreichen Abschluss meiner Promotion beigetragen. Seine gründliche Durchsicht und sein fachlicher Input haben zudem meine Arbeit auch inhaltlich maßgeblich bereichert und meinen Horizont erweitert. Ohne seinen Beistand und seine Hilfsbereitschaft wäre diese Arbeit in dieser Form nicht möglich gewesen. Vielen lieben Dank!

Frankfurt, im April 2019

Vanessa Sekker

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	19
I. Gegenstand und Ziel der vorliegenden Arbeit	19
1. Veranschaulichung des Aufsichtsumfelds in der Finanzbranche	19
2. Überblick über die Anforderungen an die Organmitglieder sowie deren Bedeutung für die Organhaftung	20
3. Die Verknüpfung von Aufsichtsrecht und Gesellschaftsrecht	22
II. Gang der Untersuchung	23

Teil I

Das Aufsichtsrecht in Deutschland, der Europäischen Union und der Welt	25
A. Grundlegendes zum Aufsichtsrecht	25
I. Wirtschaftsaufsicht in Deutschland	25
1. Allgemeine und branchenspezifische Wirtschaftsaufsicht	25
2. Relevante Bereiche des Aufsichtsrechts und Begriffsbestimmungen	26
II. Reformierung des nationalen und internationalen Aufsichtsrechts	27
1. Gründe für die Reformierung – Ursachen der Finanzkrise	27
2. Von der mikroprudentiellen zur makroprudentiellen Aufsicht	30
3. Qualitative Bankenaufsicht und prinzipienorientierte Regulierung	31
4. Verstärkte Regulierung	32
a) Corporate Governance – Begriff und Bedeutung	33
b) Besonderheiten der Corporate Governance im Bankensektor	36
c) Regulierungsfokus nach der Finanzkrise und Diskussionsschwerpunkte ...	38
aa) Risikomanagement und Compliance	38
bb) Qualifikation und Arbeitspraxis der institutsinternen Überwachung ...	38
cc) Anreizmechanismen	39
III. Aufbau und Organisation der Finanzmarktaufsicht in Deutschland und Europa	40
1. Der Baseler Ausschuss für Bankenaufsicht	40
2. Das Europäische Finanzaufsichtssystem (European System of Financial Supervision, ESFS)	41
a) Die Europäischen Aufsichtsbehörden (European Supervisory Authorities, ESA)	42

b) Der Gemeinsame Ausschuss der Europäischen Aufsichtsbehörden (Joint Committee)	44
c) Der Europäische Ausschuss für Systemrisiken (European Systemic Risk Board, ESRB)	44
aa) Konzeption und Rechtsgrundlage	45
bb) Organisation	46
cc) Aufgaben und Befugnisse	48
dd) Bisherige Veröffentlichungen und deren Relevanz für die vorliegende Untersuchung	49
d) Die Finanzaufsicht in Deutschland	50
3. Die Rolle der EZB	51
IV. Zusammenfassung	53
B. Die Rechtsquellen des Bankenaufsichtsrechts	54
I. Die Besonderheiten der aufsichtsrechtlichen Regulierung und ihrer Einordnung in das bestehende Rechtssystem	54
II. Verlautbarungen des Baseler Ausschusses	55
III. Europäisches Regelungsumfeld	56
1. Capital Requirements Regulation (CRR)	57
2. Capital Requirements Directive (CRD IV)	58
3. Delegierte Rechtsakte und Durchführungsregelungen	59
4. Verlautbarungen der Europäischen Aufsichtsbehörden	59
a) Einordnung von ESA-Leitlinien in das System der Rechtsquellen und Verbindlichkeit	60
b) Relevante Leitlinien der European Banking Authority	63
IV. Die Rechtsquellen des deutschen Aufsichtsrechts	64
1. Gesetzliche Regelungen	64
a) Kreditwesengesetz	64
aa) Entwicklung seit der Finanzkrise	64
bb) Institutioneller Anwendungsbereich des KWG	66
cc) Personeller Anwendungsbereich der §§ 25a ff. KWG – Ausnahme von Zweigstellenleitern von Unternehmen mit Sitz im europäischen Ausland	67
b) Wertpapierhandelsgesetz	68
c) Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz	69
d) Kapitalanlagegesetzbuch	70
e) Versicherungsaufsichtsgesetz	71
2. Verlautbarungen der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht	72
a) Rechtsnatur von Verlautbarungen der BaFin am Beispiel der MaRisk	72
aa) Die MaRisk als Rechtsverordnung	73

bb) Die MaRisk als Verwaltungsvorschriften	74
(1) Grundlagen betreffend Verwaltungsvorschriften	74
(a) Merkmale von Verwaltungsvorschriften	74
(b) Verwaltungsvorschriften als Außenrecht	74
(2) Norminterpretierende Verwaltungsvorschriften	76
(3) Normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften	76
(a) Hintergrund und Entstehungsgeschichte	76
(b) Voraussetzungen und Anforderungen	78
(c) Wirkungen	80
(4) Typisierung der MaRisk	81
(a) Wortlaut	81
(b) Beteiligung der (Fach-)Öffentlichkeit am Erlassverfahren	82
(c) Gesetzliche Ermächtigungsgrundlage	83
(d) Bestehen und Umfang eines Beurteilungsspielraumes	83
(e) Zusammenfassende Kritik an der Qualifizierung als normkonkretisierende Verwaltungsvorschrift	85
(f) Ergebnis: MaRisk als norminterpretierende Verwaltungsvorschrift	87
b) Mindestanforderungen an das Risikomanagement (MaRisk)	88
aa) Einfügung einer Verordnungsermächtigung in das KWG	88
bb) Anwenderkreis	89
c) Mindestanforderungen an die Compliance-Funktion und die weiteren Verhaltens-, Organisations- und Transparenzpflichten nach §§ 31 ff. WpHG a.F.	89
aa) Rechtsnatur	90
bb) Anwenderkreis	90
d) Merkblatt zu den Geschäftsleitern gemäß KWG, ZAG und KAGB	90
e) Merkblatt zur Kontrolle der Mitglieder von Verwaltungs- und Aufsichtsräten gemäß KWG und KAGB	91
V. Fazit	92

Teil 2

Ausgangslage und gesellschaftsrechtliche Grundlagen	94
A. Institute und ihre Rechtsformen	94
I. Banken in der Form einer Genossenschaft	94
II. Die deutsche Bankenlandschaft und Kapitalgesellschaften	97
III. Die Rolle von Personengesellschaften in der Bankenbranche	99

B. Gesellschaftsrechtliche Grundlagen	102
I. Überblick über die Regelungen und die Organhaftung im deutschen Kapitalge- sellschaftsrecht	102
1. Regelungen hinsichtlich Pflichten und Anforderungen an die Organmitglieder	102
2. Haftungsgrundlagen im Überblick	104
a) Haftungsgrundlagen im Aufsichtsrecht	104
b) Gesellschaftsrechtliche Haftungsgrundlagen	105
c) Zivilrechtliche Haftungsgrundlagen	106
3. Fazit	107
II. Aktienrechtliche Grundlagen zur Organhaftung	108
1. Vorstandshaftung gem. § 93 Abs. 2 AktG	108
a) Haftungsvoraussetzungen	108
b) Der allgemeine aktienrechtliche Pflichtenkatalog	110
aa) Sorgfaltspflicht	111
bb) Loyalitätspflicht	114
c) Die deutsche business judgement rule gem. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG	115
aa) Unternehmerische Entscheidung	115
bb) Auf Grundlage angemessener Information	116
cc) Zum Wohle der Gesellschaft	116
2. Die Haftung des Aufsichtsrats gem. §§ 116 S. 1, 93 Abs. 2 AktG	117
a) Die business judgement rule und der Bezugspunkt der Pflichtverletzung ...	117
b) Die Verfolgung von Gesellschaftsansprüchen gegen den Vorstand	118
c) Sonstige Voraussetzungen	119
d) Besonderheiten bei der Wahrnehmung eines Aufsichtsratsmandats	120

Teil 3

Anforderungen an die Unternehmensführung von in der Finanzbranche tätigen Kapitalgesellschaften 121

A. Persönliche und fachliche Anforderungen an die Geschäftsleiter	121
I. Aktienrechtliche Vorgaben	122
II. Aufsichtsrechtliche Anforderungen	124
1. Fachliche Eignung	125
a) Theoretische Kenntnisse	126
b) Praktische Kenntnisse	126
aa) Allgemeines	126
bb) Spezialkenntnisse der Geschäftsleiter eines Kreditinstituts im Kreditge- schäft	131
cc) Erlangung der Kenntnisse durch Tätigkeit in einem Aufsichtsorgan ...	135

dd) Inlandsbezug der praktischen Kenntnisse	136
(1) Das Erfordernis der Sprachkenntnisse	137
(2) Das Verlangen nach einer inlandsbezogenen Tätigkeit	138
ee) Erfahrungen durch finanznahe Tätigkeit in einer nicht beaufsichtigten Branche	139
c) Leitungserfahrung	141
d) Die Eignungsvermutung des § 25c Abs. 1 S. 3 KWG	144
e) Aufrechterhaltung der fachlichen Eignung	146
2. Zuverlässigkeit	147
3. Zeitlicher Umfang der Aufgabenwahrnehmung	150
a) Der Begriff der ausreichenden Zeit	150
b) Mandatsbegrenzungen	150
aa) Interner Anwendungsbereich	151
bb) Überblick über die Ausschlussgründe für CRR-Institute erheblicher Bedeutung	151
4. Europäische Harmonisierung: Gemeinsame Leitlinien der EBA und der ESMA	152
III. Die gesellschaftsrechtliche Verantwortlichkeit der Geschäftsleiter bei Mängeln im Rahmen der persönlichen Voraussetzungen des Aufsichtsrechts	155
1. Dogmatische Einordnung: § 25c Abs. 1, 2 KWG als aufsichtsrechtliche Kon- kretisierung der aktienrechtlichen Pflichten?	155
2. Beginn der Haftung	156
3. Verantwortlichkeit der Geschäftsleitung auf der Ebene europäischer Vorschrif- ten – Missachtung der europäischen Leitlinien	157
4. Fehlen der fachlichen Eignung	158
a) Die fehlende fachliche Eignung als Haftungsgrund	158
b) Bedeutung der mangelnden fachlichen Eignung bei anderen Haftungsgrün- den	161
aa) Beurteilung des Verschuldens bei anfänglichem Fehlen fachlicher Eig- nung oder mangelnder Fortbildung	162
bb) Fehlende fachliche Eignung und unternehmerische Entscheidungen ...	164
5. Vernachlässigung des Amtes – mangelnde zeitliche Verfügbarkeit	165
a) Vorüberlegungen	165
b) Haftung bei Verstößen gegen Mandatsbegrenzungen	166
6. Bedeutung des behördlichen Handelns der BaFin für die Vorstandshaftung ...	166
a) Maßgebliche Eingriffsbefugnisse der BaFin	167
b) Auswirkungen auf die Geschäftsleiterhaftung	168
IV. Fazit	170
B. Organisatorische Pflichten und Vorstandshaftung	171
I. Bestimmung der Begriffe „Compliance“ sowie „Risikomanagement“ und deren Abgrenzung	171

II. Risikomanagement	175
1. Aktienrechtliche Pflichten im Hinblick auf das Risikomanagement	175
2. Aufsichtsrechtliche Regelungen zum Risikomanagement	177
a) Europäische Grundlagen – Internal Capital Adequacy Assessment Process, ICAAP	178
b) Allgemeine Anforderungen an das Risikomanagement	179
aa) Grundkonzeption von § 25a KWG	179
bb) Anforderungen an das Risikomanagement	181
(1) Der Kreislauf des Risikomanagements	182
(2) Geschäfts- und Risikostrategien	183
(a) Allgemeine Anforderungen auf Grundlage von § 25a Abs. 1 S. 3 Hs. 2 Nr. 1 KWG	183
(b) Spezifizierung der Vorgaben nach § 25c Abs. 3 Nr. 3 und Abs. 4a Nr. 1 KWG	185
(3) Risikoaufdeckung und deren Erfassung	185
(a) Risikoarten und deren Bewertung	185
(b) Ermittlung und Sicherstellung der Risikotragfähigkeit	186
(4) Risikosteuerung durch das interne Kontrollsystem	188
(a) Aufbau- und Ablauforganisation	188
(b) Die Einrichtung einer Risikocontrolling-Funktion	189
(c) Die Steuerung der Risiken	190
(5) Überwachung durch die interne Revision	190
c) Ressourcenausstattung	191
d) Interne Grundsätze einer ordnungsgemäßen Geschäftsführung	192
e) Gewährleistung einer angemessenen und transparenten Unternehmensstruktur	193
f) Berichtswesen, § 25c Abs. 4a Nr. 3 lit. d, e, g KWG	194
g) Sonstige Anforderungen nach dem KWG	195
III. Compliance	196
1. Die aktienrechtliche Compliance	196
a) Die Compliance als Vorstandspflicht	196
b) Konkretisierung des Pflichtenrahmens	197
2. Die aufsichtsrechtliche Compliance-Funktion nach § 25a Abs. 1 S. 1, S. 3 Hs. 2 Nr. 3 lit. c) KWG	199
IV. Geschäftsleiterhaftung im Bereich der Risikomanagement- und Compliance-Organisation	201
1. Verhältnis der §§ 25a, 25c KWG zum Aktienrecht	201
2. Risikomanagement und Compliance unter dem Blickwinkel der Business Judgement Rule	203
a) Die Implementierung eines Risikomanagementsystems als Pflichtaufgabe	203
b) Die Eingehung bestandsgefährdender Risiken	204

3. Auswirkungen der BaFin-Rundschreiben auf die Vorstandshaftung	206
a) Verstöße gegen die MaRisk und Ausschluss der business judgement rule ..	206
b) Die Einhaltung der MaRisk als originäre Vorstandspflicht	206
c) Regelungen der MaRisk als Sorgfaltsmaßstab	207
d) Einhaltung der MaRisk zur Haftungsvermeidung – „safe harbour“ durch Einhaltung der MaRisk	209
e) „Faktische“ Außenwirkung? – Kritik an der aktuellen Lage	211
f) Aussicht: Änderung der Rechtslage durch Erlass einer Rechtsverordnung gem. § 25a Abs. 4 KWG?	212
4. Der verschuldensausschließende Rechtsirrtum und Entscheidungen unter rechtlicher Unsicherheit	213
a) Verschuldensausschließender Rechtsirrtum bei der Einholung (rechtlichen) Rates	213
b) Entscheidung bei unklarer Rechtslage	216
5. Entlastung durch Geschäftsverteilung	220
a) Ressortaufteilung innerhalb des Vorstands	220
b) Vertikale Delegation	221
6. Die Haftung der Vorstands für Unternehmensgeldbußen	222
a) Sanktionsbefugnisse der BaFin	222
b) Das Bußgeld als ersatzfähiger Schaden und Vorteilsausgleichung	224
C. Zusammenfassende Würdigung	226

Teil 4

Vorgaben für die Mitglieder des Aufsichts- bzw. Verwaltungsorgans eines Finanzinstituts	228
A. Vorüberlegung: Pflicht zur Bildung eines Aufsichtsrats mit entsprechenden Kompe- tenzen durch die aufsichtsrechtlichen Vorgaben?	228
B. Persönliche Anforderungen an die Mitglieder des Aufsichtsorgans	228
I. Persönliche Vorgaben im Aktienrecht	228
II. Aufsichtsrechtliche Vorgaben gem. § 25d Abs. 1–3 KWG	230
1. Anforderungen gem. § 25d Abs. 1 und 2 KWG	231
a) Allgemeines	231
b) Anderer Maßstab für kommunale Aufsichtsräte und/oder Arbeitnehmerver- treter?	232
2. Zuverlässigkeit, ausreichender Zeitaufwand und Ausschlussgründe	234
C. Anforderungen an die Aufsichtstätigkeit hinsichtlich der Unternehmensorganisation	235
I. Aktienrechtlicher Rahmen	235
II. Aufsichtsrechtliche Anforderungen	235

D. Aufsichtsratshaftung	237
I. Praktische Bedeutung und Ableitung der Aufsichtsratshaftung von der Aufgabenwahrnehmung des Vorstands	237
II. Haftung des Aufsichtsrats im Rahmen der Vertretung der Gesellschaft	239
1. Haftung bei Personalentscheidungen	239
2. Verantwortlichkeit bei der Durchsetzung von Ersatzansprüchen: Ermessen bei der Entscheidung der Anspruchsdurchsetzung?	241
III. Die Verantwortlichkeit des Aufsichtsrates für mangelnde Sachkunde bei Bestellung	243
IV. Bußgeld als Schaden	244
E. Fazit	245

Teil 5

Zusammenfassende Betrachtung	246
A. Die Probleme der prinzipienorientierten Regulierung	246
B. Die aufsichtsrechtliche Matrix im Gegensatz zur Praxis – mehr Vorgaben und mehr Haftung?	247
C. Ausblick	249
D. Thesenförmige Zusammenfassung	249
Literaturverzeichnis	254
Stichwortverzeichnis	267

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Zusammenfassende Übersicht zum ESFS	53
Abbildung 2: Zusammenfassende Übersicht zu den bankaufsichtsrechtlichen Rechtsquellen	92
Abbildung 3: Die Rechtsformstruktur deutscher Kreditinstitute. Datengrundlage: Verzeichnis der Kreditinstitute der Bundesbank	97
Abbildung 4: Die Rechtsformstruktur deutscher Großbanken auf Grundlage der Liste der bedeutenden beaufsichtigten Institute der EZB	99
Abbildung 5: Der Regelkreislauf des Risikomanagements	182

Abkürzungsverzeichnis

ABS	Asset Backed Securities, forderungsbesicherte Wertpapiere
ASC	Advisory Scientific Committee, beratender wissenschaftlicher Ausschuss des ESRB
AT 1-Kapital	Additional-Tier-1-Capital, ergänzendes Kernkapital (Art. 55 CRR)
ATC	Advisory Technical Committee, beratender Fachausschuss des ESRB
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BCBS	Basel Committee on Banking Supervision, Baseler Ausschuss für Bankenaufsicht
BRRD	Bank Resolution Directive, Abwicklungsrichtlinie: Richtlinie 2014/59/EU, ABl. L 173/190
CDS	Credit Default Swap, Kreditausfall-Swap
CEBS	Committee of European Banking Supervisors, Ausschuss der Europäischen Aufsichtsbehörden für das Bankwesen (bis 2011)
CEIOPS	Committee of European Insurance and Occupational Pensions Supervisors, Ausschuss der Europäischen Aufsichtsbehörden für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung (bis 2011)
CESR	Committee of European Securities Regulators, Ausschuss der Europäischen Aufsichtsbehörden für das Wertpapierwesen (bis 2011)
CET 1-Kapital	Common Equity Tier 1-Capital, hartes Kernkapital (Art. 25 CRR)
CRD	Capital Requirements Directive, Kapitaladäquanzverordnung: Verordnung (EU) Nr. 575/2013, ABl. L 176/1
CRD-IV	Capital Requirements Directive, Kapitaladäquanzrichtlinie: Richtlinie 2013/36/EU, ABl. L 176/338
CRD-IV-Paket	Europäisches Regulierungspaket bestehend aus der Kapitaladäquanzverordnung (CRR) und der Kapitaladäquanzrichtlinie (CRD IV)
CRR	Capital Requirements Regulation, Kapitaladäquanzverordnung: Verordnung (EU) Nr. 575/2013, ABl. L 176/1
DCGK	Deutscher Corporate Governance Kodex
EBA	European Banking Authority, Europäische Bankaufsichtsbehörde
ECBS	European Committee for Banking Standards, Europäisches Komitee für Standards im Bankbereich (bis 2006)
EIOPA	European Insurance and Occupational Pensions Authority, Europäische Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung
ESA-Verordnung/ ESA-VO	Verordnungen (EU) Nr. 1093/2010 vom 24. November 2010 bzgl. der EBA (AbI. L 331/12), Nr. 1094/2010 vom 24. November 2010 bzgl. der EIOPA (AbI. L 331/48) und Nr. 1095/2010 vom 24. November 2010 für die ESMA (AbI. L 331/84)
ESFS	European System of Financial Supervision, Europäisches Finanzaufsichtssystem

ESMA	European Securities and Markets Authority, Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde
ESRB	European Systemic Risk Board, Europäischer Ausschuss für Systemrisiken
ESZB	Europäisches System der Zentralbanken
EU	Europäische Union
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EZB	Europäische Zentralbank
GL	Guideline, Leitlinie einer der Europäischen Aufsichtsbehörden
ICAAP	Internal Capital Adequacy Assessment Process, Kapitaladäquanzprozess
InvMaRisk	Mindestanforderungen für das Risikomanagement für Investmentgesellschaften, Rundschreiben 5/2010 (WA) der BaFin
ITS	Implementing Technical Standards, technischen Durchführungsstandards
KonTraG	Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich
MaComp	Mindestanforderungen an die Compliance-Funktion und die weiteren Verhaltens-, Organisations- und Transparenzpflichten nach §§ 31 ff. WpHG, Rundschreiben 4/2010 (WA) der BaFin
MaGo	Mindestanforderungen an die Geschäftsorganisation von Versicherungsunternehmen, Rundschreiben 2/2017 (VA) der BaFin
MaRisk	Mindestanforderungen an das Risikomanagement, Rundschreiben 10/2012 (BA) der BaFin
MBS	Mortgage Backed Securities, hypotheckenbesicherte Wertpapiere
MTF	Multilateral Trading Facility, multilaterales Handelssystem
RTS	Regulatory Technical Standards, technische Regulierungsstandards
SC	Steering Committee, Lenkungsausschuss des ESRB
SPV	Special Purpose Vehicle, Zweckgesellschaft
SREP	Supervisory Review and Evaluation Process, aufsichtlicher Überprüfungs- und Bewertungsprozess
SRP	Supervisory Review Process, aufsichtlicher Überprüfungsprozess
SSM	Single Supervisory Mechanism, einheitlicher Bankenaufsichtsmechanismus
US	United States (of America), Vereinigte Staaten von Amerika

Hinsichtlich der oben nicht aufgeführten Abkürzungen wird verwiesen auf *Kirchner*, Hildebert, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 8. Aufl. 2015.

Einleitung

I. Gegenstand und Ziel der vorliegenden Arbeit

Das regulatorische Umfeld in der Finanzwelt hat sich in den letzten Jahren dramatisch gewandelt. Als Reaktion auf die Finanzkrise wurde das gesamte europäische Aufsichtssystem in Frage gestellt, (vermeintliche) Missstände aufgedeckt und das Aufsichtsrecht umfassend novelliert. In diesem Rahmen sehen sich die europäischen Mitgliedsstaaten und mit ihnen auch die Bundesrepublik Deutschland – wie in so vielen anderen Rechtsbereichen auch – mit einer zunehmenden Europäisierung konfrontiert. Dies stellt die deutsche Rechtswissenschaft vor die Aufgabe, die europäischen Strömungen zu überblicken und mit dem bisherigen nationalen Recht in Einklang zu bringen. Gerade in der Finanzbranche ist dies ein Prozess, der gerade erst begonnen hat.

Hinzu kommt, dass das Finanzaufsichtsrecht in vielerlei Hinsicht ein „Schwellenrechtsgebiet“ ist: Es steht zwischen europäischer Neuordnung und nationaler Tradition, praktischer Genese und rechtstheoretischer Dogmatik und drittens zwischen dem Aufsichtsrecht als öffentlich-rechtliche Materie und dem zivilrechtlichen Gesellschaftsrecht. Insbesondere wenn aufsichtsrechtliche Regulierung auf die Ebene der ohnehin schon seit Jahren in der Diskussion stehenden Corporate Governance durchgreift, sind Spannungen und rechtliche Unklarheiten im Bereich dieser Schwellen vorprogrammiert.

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit diesem Verhältnis von Aufsichtsrecht und Gesellschaftsrecht aus gesellschaftsrechtlicher Sicht und setzt die aufsichtsrechtlichen Anforderungen in den Kontext der Organhaftung. Der Fokus dieser Arbeit liegt dabei auf den folgenden Bereichen.

1. Veranschaulichung des Aufsichtsumfelds in der Finanzbranche

Das europäische Finanzaufsichtssystem in seiner heutigen Form ist noch sehr jung, sodass im Umgang mit ihm in erheblichem Maß Unsicherheit vorherrscht. Für den Umgang ist es wichtig, den Blick aus verschiedenen Perspektiven darauf zu werfen: Zum einen ist die Zielsetzung der Finanzaufsicht und damit die teleologische Betrachtung von Bedeutung; zum anderen sind aber auch die Institutionalisierung der Finanzaufsicht sowie deren Umsetzung als reelles Element zu berücksichtigen.

Brisant wird dies unter dem Gesichtspunkt, dass in jüngster Zeit der Blickwinkel Deutschlands bzw. der EU-Mitgliedstaaten um den Faktor „Europa“ bedeutend er-

weitert wurde. Die Wurzel der deutschen Finanzaufsicht ist nämlich nicht im europäischen Kontext, sondern im deutschen Rechtssystem zu suchen. Ausgehend von dieser national-rechtlichen Betrachtungsweise mit den verschiedenen Perspektiven ist daher der Weg der Entwicklung, deren Motive und Schwerpunkte auch – aber nicht nur – aus europäischer Sicht und im Zusammenhang mit der Finanzkrise nachzuvollziehen. Da der europäische Winkel mit der Einführung des europäischen Finanzaufsichtssystems (*European System of Financial Supervisory*, ESFS) sowie des einheitlichen Bankenaufsichtsmechanismus (*Single Supervisory Mechanism*, SSM) dabei in der Literatur¹ zuletzt im Mittelpunkt stand, soll vorliegend dieser und der deutsche Blickwinkel unter Berücksichtigung etwaiger Spannungen zu einer Einheit verschmolzen werden. Dies gilt sowohl für die teleologische Perspektive als auch für die praktische Umsetzung in die Realität – in administrativer sowie rechtlicher Hinsicht.

2. Überblick über die Anforderungen an die Organmitglieder sowie deren Bedeutung für die Organhaftung

Im Hinblick auf die rechtliche Umgebung und die damit verbundenen Ausstrahlungen auf gesellschaftsrechtliche Bereiche spielt für die Akteure der Finanzbranche dabei das Maß an Regulierung eine herausragende Rolle. Die Geschäftsleiter als eine Gruppe der Rechtsanwender sehen sich in diesem Zusammenhang aufgrund umfangreicher regulatorischer Maßnahmen vielfältigen Anforderungen ausgesetzt. Der Zuwachs an nicht nur gesellschaftsrechtlichen, sondern auch aufsichtsrechtlichen Vorschriften macht es immer schwieriger, die zahlreichen Vorgaben hinsichtlich etwaiger Kenntnisse und Fähigkeiten der Geschäftsleiter sowie der Organisation eines Finanzinstituts hinreichend zu überblicken. Dies birgt sowohl erhebliche Risiken für die Finanzinstitute als auch Haftungsrisiken für die Geschäftsleiter selbst.

Daher sucht die vorliegende Arbeit einen Überblick über die vorhandenen Regelungen zu geben. Dabei sind nicht nur die einzelnen Rechtsquellen, aus denen Anforderungen hervorgehen, sowie ihr jeweiliger Bindungsgrad darzustellen, sondern auch deren genauer Inhalt zu untersuchen. Für die hier im Fokus stehende Finanzbranche heißt dies insbesondere, die organisationsrechtlichen Schwerpunkte des Risikomanagements und der Compliance sowie die Qualifikationsanforderungen in den Blick zu nehmen. Vor allem für den Aufsichtsrat sind Letztere ein recht neues Phänomen. Noch 2006 kommentierte der mittlerweile selbst gebrandmarkte² ehe-

¹ Statt vieler *Frank*, S. 26 ff.; *Koslowski*, S. 7 ff.; zu den Aufsichtsbehörden *Andrae/Gebhard/Manger-Nestler u. a.*, in: *Grieser/Heemann*, 2016, Kap. III, Europäische Aufsichtsbehörden, Rn. 57 ff.; zu den Rechtsquellen *van Rijn/Wojcik*, in: *Grieser/Heemann*, 2016, Kap. II Rn. 29 ff.; *Lehmann/Manger-Nestler*, ZBB 2011, 2 (2 ff.); *Berger*, WM 2015, 501 (501 ff.); *Thiele*, GewArch 2015, 111 (111 ff.); *Thiele*, GewArch 2015, 157 (157 ff.).

² Thomas Middelhoff machte in den letzten Jahren vornehmlich wegen der Insolvenz der unter seiner Leitung stehenden Arcandor AG sowie seiner mittlerweile rechtskräftigen Ver-

malige Manager Thomas Middelhoff die Anforderungen an Aufsichtsräte mit folgenden Worten:

„Es gibt drei Berufe, die man nicht erlernen muss: Den des Ehemannes, des Politikers und des Aufsichtsrates. Zumindest letzteres sollte sich ändern.“³

Middelhoffs Forderung entsprechend hat sich „*letzteres*“ jedenfalls in der Finanzbranche durch den mit Wirkung zum 01. Januar 2014 durch das CRD IV-Umsetzungsgesetz⁴ neu gefassten § 25d KWG scheinbar geändert. Zwar ist die Tätigkeit als Aufsichtsrat immer noch kein Lehrberuf, aber immerhin zeichnet sich eine zunehmende Professionalisierung ab. Stellvertretend für viele andere Neuerungen kann diese Regelung als Beispiel für die Aktualität der Diskussion gesehen werden; das gilt gleichermaßen für qualitative Anforderungen bezüglich der Überwachungstätigkeit des Aufsichtsrats und auch für Vorgaben für die Geschäftsleiter eines Instituts.

Von besonderer praktischer Relevanz sind die verschiedenen gesetzlichen und untergesetzlichen Vorgaben für die Haftung der Organmitglieder gegenüber den Instituten. Diese Organhaftung steht unabhängig von der Branche seit langer Zeit verstärkt in der rechtswissenschaftlichen Diskussion, die durch die Zunahme entsprechender Organhaftungsverfahren immer mehr aus der theoretischen Ebene⁵ in die praktische herauswächst.⁶ Seit der Finanzkrise gilt dies umso mehr für die Fi-

urteilung wegen Untreue und Steuerhinterziehung 2014 Schlagzeilen, dazu statt vieler die Übersichten des Spiegel sowie der Süddeutschen Zeitung, abrufbar unter http://www.spiegel.de/thema/thomas_middelhoff/ und http://www.sueddeutsche.de/thema/Thomas_Middelhoff [zuletzt aufgerufen am 05.02.2018].

³ Die Worte wählte Thomas Middelhoff bei einem Vortrag im Jahr 2006 im Rahmen der Eröffnung des Instituts für Corporate Governance an der Universität Witten/Herdecke; hierüber berichtend siehe beispielsweise der Spiegel unter <http://www.spiegel.de/wirtschaft/karstadtquel-le-chef-middelhoff-kritisiert-aufsichtsrate-a-417798.html> [zuletzt aufgerufen am 05.02.2018].

⁴ Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2013/36/EU über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen und zur Anpassung des Aufsichtsrechts an die Verordnung (EU) Nr. 575/2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen (CRD IV-Umsetzungsgesetz) vom 28. August 2013, BGBl. I S. 3395 ff.

⁵ In Deutschland ist die Zahl der Organhaftungsverfahren seit jeher eher gering. Bereits seit Jahren haben Rechtsprechung und Gesetzgebung durch das Drehen verschiedener Stellschrauben versucht, eine breitere Verfolgung von Ersatzansprüchen herbeizuführen. Siehe dazu unter anderem die Abhandlungen zum UMAG bei *Pfitzer/Oser/Orth*, S. 175 ff.

⁶ Als aktuelle Beispiele mögen hier der Fall „Breuer“ der Deutschen Bank (1.) sowie die Cum-Ex-Klage der Hypovereinsbank vor dem LG München I (2.) dienen:

1. Der Aufsichtsrat der Deutschen Bank nahm jüngst den ehemaligen Vorstandsvorsitzenden Rolf Breuer in Haftung, da dieser der Bank einen Schaden durch ein von ihm gegebenes Interview zur finanziellen Lage der Kirch-Gruppe herbeigeführt habe. In einem Vergleich verpflichtete sich Breuer zur Zahlung von 3,2 Millionen Euro, hierüber berichtend der Spiegel (Artikel vom 31.03.2016), abrufbar unter <http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/kirch-pleite-rolf-breuer-zahlt-3-2-millionen-euro-an-deutsche-bank-a-1084788.html> [zuletzt aufgerufen am 05.02.2018].
2. Der Aufsichtsrat der Hypovereinsbank verklagte drei ehemalige Vorstände wegen fragwürdiger Geschäfte im vergangenen Jahrzehnt. Anlässlich eines Termins zur mündlichen