

# **Bankenaufsichtsrat –** Veränderte Aufgabenfelder und Haftungsrisiken, Teil II

von  
*Carl Otto Thorwart - Alexander Frey<sup>1</sup>*

-----  
Überblick

**I. Einleitung**

**II. Der Aufsichtsrat innerhalb der Verfassung der AG**

1. Das Verhältnis des Aufsichtsrats zur Hauptversammlung und zum Vorstand (3)
2. Allgemeine Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrates (4)
3. Bericht an die Hauptversammlung und Jahresabschluss (7)

**III. Rechte und Pflichten des Aufsichtsratsmitglieds**

1. Rechtstellung der AR-Mitglieder (8)
2. Haftung des AR-Mitglieds ()

**IV. Ausschüsse des Aufsichtsrates**

**V. Besondere Pflichten des Aufsichtsrates einer Bank..... 1**

1. Bilanzkontrolle und Risikomanagement nach AktG und HGB (1)
2. Besonderheiten nach dem KWG und der MaRisk (2)
3. Privatrechtsgestaltende Auswirkungen, Haftungsfolgen und sonstige Rechtsfolgen (4)

**VI. Entwicklungslinien und –trends..... 6**

Anmerkung der Redaktion: Das Folgende schließt unmittelbar an Teil I an (NWIR 2/2013) und behandelt ausschließlich die Sonderregelungen des § 25a KWG i.V. mit der MaRisk. Wegen der aktuellen Bedeutung der Aufsichtsratshaftung in der Folge der jüngsten Entscheidungen zum Fall Deutsche Bank/Kirch und der Einigung der Parteien v. 20.2.2014 s. das update zu Teil I.

## **V. Besondere Pflichten des Aufsichtsrates einer Bank**

### **1. Bilanzkontrolle und Risikomanagement nach dem AktG und HGB.** Der Kern

der AR-Aufgaben ist schon seit dem AktG von 1964 als Kontrolle i.S. nachträglicher Rechts- und Sachaufsicht gefasst. Kooperative Aufsichtsfunktionen treten in den Hintergrund (§ 111 vs. § 76 AktG). Im Einzelnen gilt:

- “Aufstellung“ des Jahresabschlusses durch den Vorstand (§ 264 HGB, Gegensatz: „Feststellung“ im AR)
- Entlastung/Verwendung des Bilanzgewinns (§ 120 I/III AktG).

Bezug: vergangene Rechnungsperiode

Gesetzmäßigkeit und Grundsätze ordnungsmäßiger Bilanzierung

Anders nur **Lagebericht** (nicht i. kl.AG §§ 264 I.3, 289 I. 4 HGB)

---

<sup>1</sup> Z.T. überarbeitete Fassung des Vortrags zum Thema von *Frey/Herrmann* vor der CVW-Privatbank AG v. 17. 11. 2012; der Vortragsteil von *Herrmann* ist vorab verwertet in *ders./Roth*, Gesellschafts- und Finanzmarktrecht nach der Finanzkrise von 2008, NWIR 2/2012 zu Nr. I, passim.

Neu ist ab 2004: die Erläuterung der Risikomanagementziele (§ 289 II Nr. 2a HGB/EU-Modernisierg.RiL/BilRegG 2004). Dazu betonen die Motive des Gesetzgebers die Überwindung des Vergangenheitsbezuges der Überkommenen Rechnungslegungsnormen).

Aber schon seit dem KonTraG v. 1998<sup>2</sup> gilt die Risikomanagementkontrollvorschrift des § 91 Abs. 2, die die materielle Grundlegung der Zusammenarbeit von Vorstand und Aufsichtsrat in den wichtigsten Angelegenheiten der Rechnungslegung betrifft. Danach hat „Der Vorstand...geeignete Maßnahmen zu treffen, insbesondere ein Überwachungssystem einzurichten, damit den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen früh erkannt werden.“ Die Vorschrift verlangt ein Risikoüberwachungssystem und begründet hierzu eine Vorstandspflicht, enthält aber keine konkr. Vorgaben zu bwl. Methoden.

Die Prüfungspflicht des AR folgt aus § 317 IV HGB, wonach der Wirtschaftsprüfer das Überwachungssystem prüft. Das gilt – entgegen dem Wortlaut – auch für die nicht-börsliche AG, da die AR-Kernaufgabe der Bestandssicherung berührt ist. Zudem schließt § 107 Abs. 3 AktG mit der Regelung zum Prüfungsausschuss für ein „Risikomanagementsystem“ seit Einführung der Norm durch das TransPublG von 2002 die AR-Pflicht z. Prüfung ein. ABER die wichtigsten Entscheidungen zur Risikokontrolle müssen beim Plenum bleiben. Sitzungsteilnahmerecht des AR-Vorsitzenden FAZIT: Die neuartige Zukunftsorientierung ist wichtig genug, um ins Plenum zu gehören, und es bedarf sorgfältiger Vorbereitung im Ausschuss.

Die inhaltlichen Vorgaben des Gesetzes sind begrenzt. Mit dem Begriff des Überwachungssystems ist die Gewährleistung eines Organisationsstandards festgelegt. Auch der Eignungsbegriff und die Formulierung „insbes...“ belegen das; denn Eignung bedeutet, dass keine eigene Risikoidentifikation und -beurteilung des AR vorliegen muss. Bestandsgefährdung besagt, dass Gefahren identifiziert werden müssen, die wesentlich für Vermögens-, Finanz- und Ertragslage i.S. § 264 II HGB sind (Leitungsermessen des Vorstands). Entwicklungen sind keine Risikozustände, sondern Veränderungsgefahren. Hinzu kommen muss eine gewisse Zeitnähe und Regelmäßigkeit der Bedrohung. § 25a KWG **kann** herangezogen werden, **muss** es aber nicht, soweit das KWG nicht unmittelbar anwendbar ist.

**2. Besonderheiten nach dem KWG und der MaRisk.** Maßgebend ist § 25a KWG (i.d.F. vom 29.10.2012)<sup>3</sup>, so dass für Kreditinstitute speziell eine ordnungsgemäße Geschäftsorganisation: zur Einhaltung gesetzlicher Bestimmungen und bwl. Notwendigkeiten (*anders AktG*) vorgeschrieben ist. Das Risikomanagement ist die Basis für die Bestimmung

---

<sup>2</sup> KonTraG v. 27.4.1998, BGBl. I, S. 786.

<sup>3</sup> Gesetz über das Kreditwesen v.9.9.1998, BGBl. I, 2776; i.d.F. v. 7.8.2013, BGBl. I, 3090.

der Risikotragfähigkeit, und es gilt der Proportionalitätsgrundsatz. Es geht um Strategien/Verfahren (Konzept) zur Ermittlung und Sicherstellung der Risikotragfähigkeit; dazu gehören zwingend (*anders AktG*):

- Organisation mit Abgrenzung der Verantwortungsbereiche
- Risikoidentifikation/Risikotoleranzen (limits)
- Steuerung/Überwachung
- Dokumentation zu BaFin-Zwecken

Die MaRisk<sup>4</sup> ist ein behördliches Rdschr. zur Umsetzung EU- Richtlinie Bankenrichtlinie (2006/48/EG). Eingangs werden als Zwecke hervorgehoben:

- „angemessene Leitungs-, Steuerungs- und Kontrollprozesse („Robust Governance Arrangements“)
- Wahl der Methoden und Verfahren zur Beurteilung der Risikotragfähigkeit i.d. Verantw. des Instituts (aber nachvollziehbar zu begründen).
- Strategien und Prozesse... gewährleisten, dass genügend internes Kapital z. Abdeckung aller wesentlichen Risiken vorhanden ist (interner Prozess z. Sicherstellung der Risikotragfähigkeit - „Internal Capital Adequacy Assessment Process“).

Rechtsgrundlage ist § 25a I Satz 7 KWG. Zur Rechtsnatur als Rundschreiben ist die Selbstbindung der Behörde bei ihren Verwaltungsakten der Zulassung und sonstigen Aufsichtsmaßnahmen angeordnet. Besonders hervorgehoben werden der Zweck, das „Zusammenspiel“ (Kooperation) von Vorstand und AR zu fördern, sowie die Risikoidentifikation mit Ursachenanalyse/Strategie und die Kontrolle der Risikotragfähigkeit. Als Risikotypen werden besonders genannt, die Marktpreisrisiken und die Adressausfallrisiken. Zu Ersteren wird ein System von Limiten zur Begrenzung der unter Berücksichtigung von Risikokonzentrationen (Kurs-, Zinsänderungs-, Währungs-, Warenpreisrisiken) verlangt. Adressausfallrisiken sind insbes. die Risiken bei key accounts, Risikoklumpen und Schieflagen. Der AR hat Jahresberichte an AR zu geben, soweit „schwerwiegende“/früher beanstandete Mängel“ zur Risikoüberwachungssystem erkannt werden. Aber ein Bericht wird sofort erfordert in besonders schweren Fällen (*anders AktG*), und u.U. muss eine Mitteilung an die BaFin erfolgen.

Im Dezember 2012 wurden Neuerungen angekündigt und zur Stellungnahme der Verbände veröffentlicht. Im Kern geht es um Folgendes:

- die Risikotragfähigkeit ist für **drei** Jahre über Bilanzstichtag hinaus zu beurteilen (statt 1 Jahr bisher)
- **Limitsysteme**: nicht nur sog. harte, sondern auch **weiche** limits sind zulässig
- **Globallimits** und **Stressszenarien** werden vorgesehen bzw. neu strukturiert

---

<sup>4</sup> Zuletzt veröfl. als Rdschr.10/2012 (BA) v. 14.12.2012

[www.bundesbank.de/Redaktion./DE/Downloads/Kerngeschaeftfelder/Bankenaufsicht/Marisk.pdf?\\_blob=publicationFile](http://www.bundesbank.de/Redaktion./DE/Downloads/Kerngeschaeftfelder/Bankenaufsicht/Marisk.pdf?_blob=publicationFile).

- AR-Ausschuss informiert AR-Plenum regelmäßig (anders AktG)
- Leitungswechsel Risikocontrolling: **AR zu beteiligen** (anders AktG)

Künftig sollen Öffnungsklauseln für kleinere Institute gelten, deren Einzelheiten noch nicht festgelegt sind. Für das Nähere muss auf die Spezialliteratur verwiesen werden.<sup>5</sup>

### **3. Privatrechtsgestaltende Auswirkungen, Haftungsfolgen und sonstige Rechtsfolgen.**

Das Rundschreiben der BaFin hat über die erwähnte Selbstbindungswirkung des Verwaltungsrechts hinausgehend auch Privatrechtsfolgen. Insbes. wird auf die Pflichten zum Risikokontrollsystem eingewirkt, ohne dass die Satzung der AG entsprechende Änderungen vorsehen muss. Da die Satzung dem Privatrecht angehört, spricht man insofern von einer privatrechtsgestaltenden Wirkung. Auch die Prüfungspflicht des AR wird durch die MaRisk ausgeweitet, ohne dass es einer Änderung der Satzung der AG oder der §§ 91 Abs. 2, 111 AktG bedürfte.

Allerdings entfaltet die MaRisk diese Wirkung nicht aus sich heraus, da sie streng normenlogisch eine bloß interne verwaltungsrechtliche Bindung für das Ermessen der BaFin bewirkt. Aber etwaige Abweichungen durch Satzungsregeln oder durch Beschlüsse der Bank gefährden zumindest faktisch den Fortbestand der Bankzulassung. Dazu sogleich mehr. Hinzu kommt, dass § 25a KWG als gesetzliche Rechtsgrundlage der MaRisk echte privatrechtsgestaltende Wirkung entfaltet. Es bedarf deshalb keiner Anpassung der AG-internen Normen.

Weitere Auswirkungen ergeben sich zum Haftungsrecht der §§ 93, 116 AktG, wonach der Gesellschaft Schadensersatz wegen Verletzung der Vorstands- oder Aufsichtsratspflichten zusteht.<sup>6</sup> Denn die Sorgfaltspflicht des Vorstands und des AR i.S. der Haftungsvorschriften wird weitgehend objektiv bestimmt. Sie umfasst nach § 276 BGB die verkehrsübliche Sorgfalt und wird für Aktiengesellschaften als Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns gefasst. Dazu gehört auch die Beachtung der aufsichtsrechtlichen Regeln der BaFin. Nicht nur der Vorsitzende, sondern jedes einzelnes AR-Mitglied ist gebunden<sup>7</sup> und haftet gesamtschuldnerisch, d.h. für ein und denselben Schaden haftet nach § 421 BGB Jeder aufs Ganze, aber nur einmal. Rückgriff gegen den Mit-Gesamtschuldner ist dann im Verhältnis der Schuldner untereinander möglich, so dass der zuerst in Anspruch Genommene sich von den

---

<sup>5</sup> Vgl. nur *Boos/Fischer/Schulte-Mattler*, KWG, 4. Aufl. 2012, § 25a m.w.Nachw.; zur Regulierungsmethode s. *Herrmann/Roth*, „Gesellschafts- und Finanzmarktrecht nach der Finanzkrise 2008“, NWiR 2/2012, www.nwir.de, zu Nr. I.1.

<sup>6</sup> Zum Recht des einzelnen Aktionärs s. § 142 Abs. 2 AktG, dazu sogleich Näheres.

<sup>7</sup> Vgl. nur BGH v. 6.11.2012, Az. II ZR 111/12 betr. *Porsche-AR* (Abdr. in diesem Heft).

weiteren Aufsichtsräten und den Vorstandsmitgliedern zurück holen kann, was diese entsprechend ihren Verursachungsbeiträgen und Verschuldensquoten zu verantworten haben.

Die Haftung wird zudem erleichtert durch das Sonderprüfungsrecht nach § 142 Abs. 2 AktG, wonach eine Aktionärsminorität von 1 % oder mindestens 100.000,- € Kapital besondere Prüfung von Vorgängen zur Entlastung von Vorständen oder Aufsichtsräten selbst dann verlangen kann, wenn die Hauptversammlung einen Antrag auf Bestellung zur Bestellung von Sonderprüfern mehrheitlich abgelehnt hat.

Allerdings fehlt dann trotz der Prüfung der Vorgänge meist die Beweisbarkeit von Pflichtverletzungen des Einzelnen, wenn es nur um dessen Verhalten im Gesamtgremium geht. Abstimmungsmehrheiten beweisen nicht, wie die einzelnen Mitglieder gestimmt haben. Allenfalls hilft die Dokumentationspflicht der MaRisk weiter. Zudem dürften die Auswirkungen der Neuerungen der MaRisk vom Dez. 2012 noch gering sein, bevor der Anhörungsvorgang beendet ist. Schwierig ist schließlich auch die Schadensberechnung nach Kausalitätsgrundsätzen. Zwar wird man häufig annehmen können, dass die Gewinnverteilung nach pflichtwidriger Prüfung der Risikotragfähigkeit, Verschuldungslimits oder des Risikomanagementsystems als solchem fehlerhaft ist und deshalb ggfls. zu viel Gewinn ausgeschüttet wurde. Aber zur genauen Quantifizierung fehlt es meist an exakten Kausalitätskriterien. Anders ist es nur, wenn die Gesellschaft aufgrund fehlerhafter Risikobeurteilung insolvent geworden ist. Dann aber geht es nicht mehr um eine etwaige zu hohe Gewinnausschüttung, sondern um den Beitrag zur Verursachung der Insolvenz insgesamt.

In der Praxis geht es deshalb meist entweder um die Anfechtung von Entlastungsbeschlüssen<sup>8</sup> i.V. mit Ansprüchen auf Rückzahlung unwirksam ausgeschütteten Gewinns. U.U kann sogar die unterbliebene Aufklärung von Vorstandsfehlern<sup>9</sup> und Nicht-Abberufung des Vorstands vorgeworfen werden, so dass dadurch der Nachweis erleichtert wird, dass das Fehlverhalten die Insolvenz herbeigeführt hat.<sup>10</sup> Abhilfe bietet vielfach die Vertrauensschadenversicherung und die D&O-Versicherung, die heutzutage ganz regelmäßig von der AG für Schäden ihrer Organmitglieder abgeschlossen werden.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> Vgl. nur BGH a.a.O., vorige Fn.; BGH v. 18.10.2004, Az. II ZR 250/02 = BGHZ 160, 385, 388; und v. 10.7.2012, Az. ZR II/48/2011, ZIP 2012, 1807 – *Fresenius* (beide abgedr. in diesem Heft).

<sup>9</sup> Vgl. nur LG Essen im Rechtsstreit gegen den Arcandor-Chef Thomas *Middelhoff*, Az. 41 O 45/10, zit. n. *Friese-Dormann*, FAZ v. 30.7.2013 m.w.Nachw.

<sup>10</sup> Vgl. nur OLG Düsseldorf, Az. I-16 U 176/10 und OLG Stuttgart, Az. 20 W 1/12; zu extremen Fällen strafrechtlicher Untreue s. neuerlich OLG Braunschweig, Az. Ws 44/12 und Ws 45/12

<sup>11</sup> Vgl. nur *Looschelders*, VersR 2013, 1069 ff.; *H. Herrmann*, in: Beckmann/Matusche-Beckmann (Hrsg.), Hdb. Versicherungsrecht, 3. Aufl. 2014, § 39, i.Ersch.; Bericht auch *ders.*, in diesem Heft.

Abschließend sind die wichtigsten weiteren Rechtsfolgen aufgelistet, die bei Verletzung der MaRisk drohen:

- Keine Erteilung der Banklizenz, §§ 32 I Nr.5, 33 Nr. 7 KWG (organisatorischer Aufbau/internes Kontrollverfahren)
- Aufhebung der Lizenz wegen nachträglich bekannt werdender Tatsachen (Rückwirkung ohne Vertrauensschutz)
- Abwicklung der Gesellschaft, 38 I KWG
- Auflagen zur Banklizenz
- Abberufung von Vorstands- od. AR-Mitgliedern
- Sonderbeauftragter, § 36 KWG.

## **VI. Entwicklungslinien und -trends**

Versucht man, aus den vorstehenden Feststellungen die eine oder andere Entwicklungsrichtung herauszulesen, so lässt sich allem voran der schon erwähnte grundlegende Perspektivenwechsel von der Vergangenheits- zur Zukunftsorientierung erkennen. Denn dabei handelt es sich offensichtlich nicht nur um einige neue Akzente der Rspr. und Gesetzgebung, sondern auch um Elemente einer grundlegenden Neuausrichtung des Aufsichtsratsrechts. Waren die Aufgaben des AR bisher auf die Bilanz mit deren Vergangenheitsorientierung fokussiert und von bloß nachträglichen Kontrollmechanismen geprägt, so geht es nach neuerem Recht um Ergänzungen mit Zukunftsorientierung, Pflichten zur Zusammenarbeit und um kooperative Kompetenzsteigerung.

Der Gesetzgeber hat dies v.a. bei Erlass des TransPublG 2002<sup>12</sup> deutlich gemacht, als es darum ging die neuartige Steuerungsform der corporate governance einzuführen. Aber das Anliegen ging weit darüber hinaus. War das Organisationsrecht des Aktiengesetzes zum Aufsichtsrat bisher noch weitestgehend auf Kontrollaufgaben im Hinblick auf die vergangenheitsorientierte Rechnungslegung ausgelegt, so steht es nun im Begriff, ein kooperatives Risikomanagement mit primärer Zukunftsperspektive zu werden. Drei Stichworte mögen zur Plakatierung des Anliegens genügen:

- Kooperation als Kompetenzsteigerung
- zukunftsorientierte Risikoaufsicht und
- government statt governance

Kooperation/Kompetenzsteigerung: Der Aufsichtsrat ist als demokratisch gewählter Repräsentant der Hauptversammlung nach wie vor ein Repräsentant der HV und hat das Management zu überwachen. Aber das moderne AR-Recht ergänzt diese Aufgaben mehr und mehr durch solche der Kooperation und der Bündelung von Arbeitsabläufen, die der

---

<sup>12</sup> BGBl. I, 2681; dazu und zu weiteren Auswirkungen auf das Gesellschaftsrecht s. *Herrmann/Roth*, Gesellschafts- und Konzernrecht für Wirtschaftsjuristen, 2008, S. 36 ff., passim (m.w.Nachw).

gemeinsamen Kompetenzsteigerung von Vorstand und AR dient. Das gilt sowohl für die Zusammenführung ökonomischer Fachkenntnisse als auch der Ergänzung durch Erfahrungshorizonte im Vorstand und AR. – Und selbstverständlich bleibt es dabei, dass der AR auch und sogar mit großem Gewicht dem Beziehungsmanagement dient. Doch dies nur als Anmerkung am Rande –.

Zur Zukunftsorientierung vorerst nur § 107 Abs. 3 AktG: AR kann einen Ausschuss zur Überprüfung des „Risikomanagementsystems“ einrichten. Daraus wird von der h.M. als eine Art Erst-recht-Schluss gefolgert, dass der Gesetzgeber bereits im TransPublG von 2002, dem diese Regelung zu verdanken ist, eine zwingende Pflicht des AR mitgeregelt hat, die zukunftsorientierte Risikobeurteilung neben der Prüfung des Jahresabschlusses durchzuführen. Dafür darf sich der AR denn auch eines besonderen Ausschusses bedienen – in der Praxis bisher meist noch der sog. Prüfungsausschuss –. Zudem muss dafür gesorgt werden, dass die wichtigsten Entscheidungen zur Risikokontrolle beim Plenum bleiben und nicht dem Ausschuss allein überantwortet werden. Die neuartige Zukunftsorientierung ist also wichtig genug, um ins Plenum zu gehören, und es bedarf sorgfältiger Vorbereitung im Ausschuss.

Daraus ergeben sich die beiden anderen Hauptaspekte der Reformen von selbst. Zur Kooperation ist schon das Nötige gesagt. Sie geht inzwischen sogar schon weit über das Verhältnis von Aufsichtsrat und Vorstand hinaus. Der Aufsichtsrat kann nämlich inzwischen nicht nur mit dem Vorstand kooperieren, sondern er darf sich auch direkt an die darunter liegende Leitungsebene wenden. Denn dort – und nicht auf der Vorstandsebene selbst – ist oft der entscheidende Sachverstand greifbar, auf den es für die prospektive Risikokontrolle und -zusammenarbeit ankommt.

Zum dritten Punkt, der Government-Perspektive sind neben den erwähnten Paragraphen des AktG wiederum § 25a KWG und die MaRisk zu beachten. Auch und ganz besonders hier wird deutlich, dass es um zwingendes Gesetzesrecht und nicht nur darum geht, den mehr oder weniger freiwilligen Corporate Governance Kodex zu befolgen. Es handelt sich schon seit der Erstfassung der MaRisk in 2005 um staatliches Gesetzesrecht und nicht um bloße Selbstbeschränkung der Wirtschaft; und davon sind keineswegs nur die Vorstände der Großbanken betroffen, sondern es gibt eine ganze Reihe von Vorschriften, die sehr speziell an Aufsichtsräte adressiert sind sowie keineswegs nur auf systemrelevante Institute Anwendung finden, sondern Banken jeder Art angehen.

Dennoch enthält auch die MaRisk zahlreiche Elemente einer Anreizregulierung, indem sie sich auf die Festlegung von Prinzipien beschränkt und im Übrigen auf das interne Risikomanagement der

Vorstände und Aufsichtsräte setzt. Beispielsweise ist für die Prüfung der Risikotragfähigkeit gem. § 91 Abs. 2 i.V. § 25a KWG, MaRisk nicht abschließend festgelegt, welche Grenzkriterien für eine zu weitgehende Bestandsgefährdung gelten sollen. Die Gesellschaft hat ihre Prüfung ist zwar danach vorzunehmen, ob wesentliche Veränderungen zum Nachteil der Vermögens-, Ertrags- oder Finanzlage drohen.<sup>13</sup> Aber wann solche Vorgänge anzunehmen sind, bleibt weitgehend offen. Demzufolge ist heute nicht voll geklärt, ob erst bei Insolvenzgefahr oder schon vorher erhebliche Gesamtvorgänge dieser Art anzunehmen sind.<sup>14</sup> Durch die MaRisk wird allerdings ein Limitsystem vorgeschrieben, das prinzipiell anordnet, dass quantifizierende Grenzwerte der Risikotragfähigkeit gelten müssen. Doch sind diese, wie schon erörtert,<sup>15</sup> nicht aber sog. harte Limite festlegt. Statt dessen reichen selbst für die schwer quantifizierbaren Risiken sog. Ampel- oder Warnsysteme aus, zumal bei diesen meist im Hinblick auf das Ganze des vorhandenen Risikodeckungspotential bessere Eignung zu rechtzeitigen Steuerungsimpulsen besteht, die Übernahme von überhöhten Risiken zu vermeiden.<sup>16</sup> Welche Voraussetzungen für harte Limite bzw. für weiche Warnsysteme gegeben sein sollen, wird der Entscheidungsbefugnis der Unternehmensorgane überlassen, um deren überlegene Expertise im Umgang mit den Risiken gerade bei schwerwiegenden Gefahren und bei Messbarkeitsproblemen nicht zu übergehen.

Der MaRisk liegt insofern eine Art Näher-dran-Prinzip zugrunde, wie es in der EU-Regulierung schon bei Einführung der sog. Neuen Konzeption des Weißbuches zur Vollendung des Binnenmarktes von 1985 für die Standardisierung vorbeugender Risikoerkennung programmatisch betont worden ist,<sup>17</sup> und das auch neuerdings wieder von den Befürwortern einer neuen sozialen Marktwirtschaft i.S. der Ökonomie für den Menschen befürwortet wird. Dabei soll es sich um eine Wohlfahrtsökonomik handeln, die wesentlich auf Prinzipienvorgaben und -abwägungen beruht. V.a. der Nobelpreisträger *A. Sen* hat gezeigt, dass derartige Abwägungen zwischen ökonomischen Effizienzgrundsätzen einerseits und humanitären Schutzprinzipien andererseits entscheidungslogisch möglich sind. Dem kann hier natürlich nicht näher nachgegangen werden. Doch ist es interessant, dass die Prinzipienregulierung der MaRisk offenbar genau dieser Methodik folgt.

Ergänzend kommt seit Neustem der CG-Kodex 2012/2013 in Spiel, wonach insbes. wichtige Empfehlungen zur Ausschussbildung gegeben werden und der Aufsichtsrat eine „angemessene“

---

<sup>13</sup> RegBegr. BT-Drs. 13/9712, S. 15.

<sup>14</sup> *Hüffer*, a.a.O. Rdn. 6, vorvorige Fn.; enger Götz, NJW-Sonderheft H. Weber 2001, 21, 22: Insolvenzrisiko.

<sup>15</sup> S.o. zu V.2.

<sup>16</sup> MaRisk-Konsultation 1/2012, a.a.O., zu AT 4.3.2.

<sup>17</sup> EG Weißbuch zur Vollendung des Binnenmarktes ((Kom) (85) 310 endg. 14.6.1985, Rdn. 57, 67 ff.) und Modellrichtl. V. 7.5.1985, ABl. C 136 v.4.6.1985; dazu *Jörges* u.a., Die Sicherheit von Konsumgütern und die Entwicklung der EG, 1988, insbes. S. 307 ff. mit Angaben zum Übermaßverbot nach der Cassis-Doktrin; dazu *H.Herrmann*, ZHR 153 (1989), S. 596 ff.; *ders.* EWS 2009, 10 ff.

Anzahl unabhängiger Mitglieder haben soll.<sup>18</sup> Auch darin liegt ein grundlegender Wandel, der das bisherige Konzept vernetzter Beziehungen betrifft. Kam es bisher durchaus schwergewichtig auf die Repräsentanz im Konzernverbund und auf Verbindungen zu Geschäftspartnern bis hin zur Beteiligung von Personen aus Politik und Gesellschaft an<sup>19</sup>, so soll künftig mehr Wert auf unabhängigen Sachverstand gelegt werden. Die bisherigen Regeln zur Beziehungstransparenz werden zwar nicht aufgegeben, doch wird auch insofern wiederum auf Misch-Regulierung gesetzt, die insbes. auf stärkere Professionalisierung durch ausgewiesene fachkundige und unabhängige Aufsichtspersonen abzielt.<sup>20</sup> Auch auf diese Strukturveränderung muss die Praxis vorbereitet werden.

---

<sup>18</sup> Vgl. vorerst nur Nr. 5.4.2 CG-Kodex v. Mai 2013, [www.corporate-governance-code.de/ger/download/kodex\\_2013/D\\_CorGov\\_Endfassung\\_Mai\\_1013.pdf](http://www.corporate-governance-code.de/ger/download/kodex_2013/D_CorGov_Endfassung_Mai_1013.pdf).

<sup>19</sup> Zur Offenlegung von Interessenkonflikten statt Inkompatibilitätsverboten s. Herrmann/Roth, Gesellschafts- und Konzernrecht, 2008, S. 337.

<sup>20</sup> Zum Zusammenhang fachlicher Kompetenz, Eigenverantwortlichkeit und Unabhängigkeit vgl. auch die entsprechenden freiberufsethischen Regeln des § 43a BRAO, 57 Abs. 1 StBerG; dazu s. die Beiträge des AK Berufsrecht der BStBK in DStR, Sonderheft 1/2014 (i.Ersch.).