

TOBIAS H. TRÖGER

Konzernverantwortung in der aufsichtsunterworfenen
Finanzbranche

Institute for Monetary and Financial Stability
GOETHE UNIVERSITY FRANKFURT AM MAIN

WORKING PAPER SERIES NO. 69 (2013)

Institute for Monetary and Financial Stability
Goethe University Frankfurt
House of Finance
Grüneburgplatz 1
D-60323 Frankfurt am Main
www.imfs-frankfurt.de | info@imfs-frankfurt.de

Konzernverantwortung in der aufsichtsunterworfenen Finanzbranche

(March 28, 2013)

Tobias H. Tröger

Professor of Private Law, Trade and Business Law, Jurisprudence
Goethe-University, Frankfurt am Main, Department of Law

Grüneburgplatz 1

60323 Frankfurt am Main

Germany

Phone +49 69 798 34236

Fax +49 69 798 34536

troeger@jur.uni-frankfurt.de

Abstract: Das Banken- und Versicherungsaufsichtsrecht benennt an mehreren Stellen ausdrücklich gruppenbezogene Pflichten des übergeordneten Unternehmens. Deren Realisierbarkeit hängt von gesellschafts-, insbesondere konzernrechtlichen Schranken ab, die für die Einflussnahme auf nachgeordnete Gruppenunternehmen bestehen. Der vorliegende Beitrag betrachtet das Zusammenspiel von Aufsichts- und Gesellschaftsrecht unter besonderer Berücksichtigung der regelungstragenden Ziele des ersteren. Die Gruppenverantwortung ist in dieser Sicht ein Institut, das zur Verwirklichung eines klar umrissenen, öffentlichen Interesses an der Befolgung bestimmter Normen das übergeordnete Unternehmen als interne Kontrollinstanz in die Pflicht nimmt und mit gruppendifferenzierten Handlungspflichten belegt. Zur Gewährleistung der Effektivität dieses Instituts ist ein sektoral begrenzter Vorrang der aufsichtsrechtlichen Vorgaben anzuerkennen. Dieser ist durch die angemessene Berücksichtigung des mit dem Aufsichtsrecht verfolgten, öffentlichen Interesses als normativer Determinante der Leitungstätigkeit aller gruppenangehörigen Institute zu verwirklichen.

JEL classification: G21, G28, H77, K22, K23, L22.

Keywords: Bankenaufsichtsrecht; Versicherungsaufsichtsrecht; Konzernrecht; Konzernverantwortung; Organisationspflichten von Banken; Compliance; Risikomanagement; Sicherstellungspflichten von Geschäftsleitern; Geschäftsleiterermesse; Sanktionen

KONZERNVERANTWORTUNG IN DER AUF SICHTSUNTERWORFENEN FI- NANZBRANCHE

- Tobias Tröger* -

Das Banken- und Versicherungsaufsichtsrecht benennt an mehreren Stellen ausdrücklich gruppenbezogene Pflichten des übergeordneten Unternehmens. Deren Realisierbarkeit hängt von gesellschafts-, insbesondere konzernrechtlichen Schranken ab, die für die Einflussnahme auf nachgeordnete Gruppenunternehmen bestehen. Der vorliegende Beitrag betrachtet das Zusammenspiel von Aufsichts- und Gesellschaftsrecht unter besonderer Berücksichtigung der regelungstragenden Ziele des ersteren. Die Gruppenverantwortung ist in dieser Sicht ein Institut, das zur Verwirklichung eines klar umrissenen, öffentlichen Interesses an der Befolgung bestimmter Normen das übergeordnete Unternehmen als interne Kontrollinstanz in die Pflicht nimmt und mit gruppendifferenzierten Handlungspflichten belegt. Zur Gewährleistung der Effektivität dieses Instituts ist ein sektoral begrenzter Vorrang der aufsichtsrechtlichen Vorgaben anzuerkennen. Dieser ist durch die angemessene Berücksichtigung des mit dem Aufsichtsrecht verfolgten, öffentlichen Interesses als normativer Determinante der Leitungstätigkeit aller gruppenangehörigen Institute zu verwirklichen.

Inhalt

1	Einleitung	2
2	Gruppenverantwortung als Ausdruck des gesteigerten öffentlichen Interesses an der Normbefolgung.....	6
2.1	Teleologie prudenzieller Aufsicht über die Finanzbranche und Gruppenverantwortung.....	6
2.1.1	Rolle der Banken in der Liquiditätsversorgung der Volkswirtschaft	6
2.1.2	Die Gruppenverantwortung als Element der konsolidierten Aufsicht	9
2.1.3	Aufsicht über die private Versicherungswirtschaft	11
2.2	Besondere aufsichtsrechtliche Vorgaben für die Gruppenleitung (-organisation) ...	12
2.2.1	Adressaten aufsichtsrechtlicher Gruppenverantwortung	12
2.2.2	Gruppenverantwortung für die Eigenmittelkonsolidierung und die Einhaltung der Obergrenzen für Großkredite und gruppeninterne Transaktionen (Erste Säule)	14

* Dr. iur., LL.M. (Harvard), Universitätsprofessor an der Goethe-Universität Frankfurt am Main, Institut für Zivil- und Wirtschaftsrecht.

2.2.3	Konzernorganisationspflichten, insbesondere Risikoerfassung, -überwachung und -steuerung, § 25a Abs. 1a, Abs. 1b KWG (Zweite Säule)	16
3	Einpassung in den aktienrechtlichen Rahmen	19
3.1	Pflichtenprogramm der Obergesellschaft	20
3.1.1	Divergenzen in den gruppenbezogenen Leitungspflichten	20
3.1.1.1	Eigenkapitalausstattung und Risikokonzentration (Erste Säule)	21
3.1.1.2	Ordnungsgemäße Geschäftsorganisation (Zweite Säule)	21
3.1.2	Teleologische Einordnung	24
3.2	Konzernrechtliche Restriktionen bei der Verwirklichung gruppendifferenzierter Leitungsverantwortung	25
3.2.1	Vertragskonzern und Eingliederung	27
3.2.2	Faktischer Konzern	28
3.2.2.1	Informationsflusses als Voraussetzung der Wahrnehmung von Konzernverantwortung	29
3.2.2.2	Sonstige Einflussnahmen in Wahrnehmung von Konzernverantwortung	33
4	Gruppenverantwortlichkeit zwischen Legalitätspflicht und Gestaltungsspielräumen	36
5	Ausblick und Thesen	38

1 EINLEITUNG

Im Kartell- und Ordnungswidrigkeitenrecht wird für sämtliche Wirtschaftszweige ein konzerndimensionales Pflichtenprogramm mittelbar aus einer - umstrittenen - Bußgeldhaftung der Verbundspitze entwickelt, die das verbandsrechtliche Trennungsprinzip nicht akzeptiert.¹ Demgegenüber normiert das materielle Aufsichtsratsrecht der Finanzbranche² explizit konzernbezogene Leitungspflichten des übergeordneten Unternehmens, um so unmittelbar die Gruppenverantwortung zu begründen, die dann mit den originären Sanktionsmechanismen des Aufsichtsrechts durchgesetzt wird.³ Exemplarisch stehen die detaillierten Vorgaben für die ordnungsgemäße Geschäftsorganisation in § 25a Abs. 1a, Abs. 1b KWG und § 64a Abs. 2 VAG.⁴

Die normativen Fundamente beider Verantwortlichkeitsregime sind allerdings trotz der Unterschiede im dogmatisch-konstruktiven Ausgangspunkt durchaus vergleichbar. Dies wird offenbar, wenn man in den Mittelpunkt der Überlegungen rückt, dass der Staat jeweils ein besonderes Interesse an der Normbefolgung dokumentiert, indem er qualifizierte und – zumindest in der Interpretation der Gerichte⁵ und Behörden⁶ – verbunddimensionale Durchsetzungsmechanismen normiert. Die

¹ Zur in Rede stehenden Auslegung des Unternehmensbegriffs in Art. 101 AEUV (Art. 81 EG a.F.) i.V.m. Art. 23 Abs. 2 Buchst. a) VO (EG) 1/2003 (ABl. EG L 1, S. 1) durch den EuGH bzw. in § 130 Abs. 1 OWiG durch das Bundeskartellamt und zu den daraus folgenden Konsequenzen für die Konzernorganisation hier nur *Bosch* [in diesem Heft].

² Der Begriff wird hier mit dem Gehalt der Legaldefinition des § 1 Abs. 19 Satz 1 KWG verwendet und umfasst daher u.a. Banken, Wertpapierdienstleister und Versicherungen.

³ Hierzu noch unten 4.

⁴ Zu sehr viel älteren bank- und kapitalmarktrechtlichen Organisationspflichten auch schon *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, 2001, S. 189 ff., 224 ff.

⁵ EuGH v. 10.9.2009 – C-97/08, Slg. 2009, I-8237 Rz. 54 ff. („Akzo-Nobel“).

⁶ Vgl. die in einem Fallbericht wiedergegebene Sicht des Bundeskartellamts in der Entscheidung zur Aufsichtspflichtverletzung der Etex Holding GmbH vom 9.2.2009, B1-200/06, Ziff. 5, abrufbar unter

betroffenen Rechtsbereiche sind also durch das gesteigerte, sich über Verbandsgrenzen hinwegsetzende öffentliche Interesse an der Befolgung bestimmter Normen gekennzeichnet. Dieses kommt auch, und für die hier im Mittelpunkt stehende Thematik entscheidend, gerade darin zum Ausdruck, dass die Verbundspitze als zusätzliche, gruppeninterne Kontrollinstanz mit originärem Handlungsprogramm in die Pflicht genommen wird.

Die so begründete Gruppenverantwortung kann aber letztlich nur im Zusammenspiel des Aufsichtsrechts mit dem Verbandsrecht realisiert werden, wobei vor allem konzernrechtliche Vorgaben von Bedeutung sind. Das Organisationsrecht bestimmt die Verfassung der aufsichtsunterworfenen Gruppe und legt die verbandsrechtlichen Einwirkungsmöglichkeiten des übergeordneten Unternehmens fest; es erweist sich damit potentiell als Schranke für die Umsetzung aufsichtsrechtlich vorgegebener, gruppendifferenzierter Pflichtenprogramme.⁷ In der bisherigen Diskussion ist aber nicht hinreichend aufgearbeitet, dass die vom Verbandsrecht eröffneten Möglichkeiten zur Wahrnehmung von Gruppenverantwortung ihrerseits durch die aufsichtsrechtlichen Ziele mitbestimmt werden. Das „Sonderkonzernrecht“ der Finanzbranche kann nur dann wertungskonsistent entwickelt werden, wenn das gesteigerte öffentliche Interesse an der Normbefolgung, das die Unterwerfung privaten Wirtschaftens unter staatliche Aufsicht legitimiert, gerade auch bei der Auslegung des Verbandsrechts berücksichtigt wird. Diese, auf die Finanzbranche beschränkte Prägung des Gesellschafts- und Konzernrechts durch Fundamentalwertungen des Aufsichtsrechts gilt es im Folgenden zu entwickeln.⁸ Ziel ist insoweit, größere Linien zu zeichnen, die sich im Idealfall zu einem auch im Detail stimmigen Gesamtbild verdichten lassen. In den Mittelpunkt der Überlegungen soll deshalb die konzeptionelle Vermessung des Zusammenspiels von Aufsichts- und Verbandsrecht im Hin-

<http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Kartell/Kartell09/Fallberichte/B1-200-06-Fallbeschreibung.pdf?navid=61>.

⁷ Zu diesem Ausgangspunkt mit Blick speziell auf die aufsichtsunterworfenen Finanzbranche z.B. *Spindler*, WM 2008, 905, 916 (WpHG); *Dreher/Schaaf*, WM 2008, 1765, 1773 (VAG); *Veil*, WM 2008, 1093, 1096; *Langen*, BKR 2009, 309, 310; *Fett/Gebauer*, FS Schwark, 2009, S. 375, 377; *T.Schneider*, Möglichkeiten und Grenzen der Umsetzung der gesellschaftsrechtlichen und bankenaufsichtsrechtlichen Anforderungen an Risikomanagement auf Gruppenebene, 2009, S. 132; *Binder* in: Hopt/Wohlmannstetter (Hrsg.), Handbuch Corporate Governance von Banken, 2011, S. 685, 700; *Sethe*, ZBB 2012, 357, 360; *Wundenberg*, Compliance und die prinzipiengeleitete Aufsicht über Bankengruppen, 2012, S. 177 f.; *Braun/Wolfgarten* in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG, 4. Aufl., 2012, § 25a Rn. 838; *Hellstern* in: Luz/Neus/Schaber/Scharpf/Schneider/Weber, KWG, 2. Aufl., 2011, § 25a Abs. 1a Rn. 7 (alle KWG). Vgl. allgemein zur Bedeutung der verbandsrechtlich eröffneten Einwirkungsmöglichkeiten als Schranke der Konzernverantwortung der Obergesellschaft *Spindler* in: Münchener Kommentar zum AktG, Bd. 2, 3. Aufl., 2008, § 76 Rn. 52; *Fleischer* in: Spindler/Stilz, AktG, Bd. 1, 2. Aufl., 2010, § 76 Rn. 91; *Lutter*, FS Goette, 2011, S. 289, 293; *Verse*, ZHR 175 (2011) 401, 402, 417; *Habersack*, FS Möschel, 2011, S. 1175, 1187.

⁸ Es geht also nicht um die Bedeutung des materiellen Aufsichtsrechts für das Organisationsrecht nicht aufsichtsunterzogener Unternehmen, die bildlich mit den Schlagworten der „Ausstrahlung“ (eingehend *Dreher*, ZGR 2010, 496, 500 ff.; vgl. auch *Langenbucher*, ZHR 176 (2012) 652, 666 ff.), der „Infiltration“ (*Weber-Rey*, ZGR 2010, 543, 568) oder der „Schrittmacherfunktion“ (*Fleischer*, ZIP 2003, 1, 10) beschrieben wird.

blick auf die Konzernverantwortung gestellt werden, das als Spezialitätsverhältnis nur unzureichend charakterisiert wird.⁹

Die praktische Bedeutung der Fragestellung lässt sich bereits damit begründen, dass im Finanzsektor aus einer Vielzahl von Gründen überaus komplexe Konzernstrukturen begegnen, die Ursache besonderer systemischer Risiken sind.¹⁰ Diesen soll u.a. mit einem prudentiellen Aufsichtsrecht entgegen gewirkt werden. Nach einer jüngeren empirischen Studie verfügen die sechzehn weltweit größten Finanzkonglomerate über zweieinhalbmal so viele Tochterunternehmen wie die sechzehn größten Konzerne außerhalb des Finanzsektors,¹¹ zur Deutschen Bank Gruppe gehören nach Zählung von *Marcus Lutter* mehr als viertausend Untergesellschaften.¹² Die besondere Dringlichkeit der Effektivierung eines an diese Gegebenheiten anknüpfenden Verantwortungsregimes zeigt sich auch daran, dass sich bei den in der Finanzkrise gestrauchelten Instituten stets Risiken realisierten, die aus Geschäftsaktivitäten nachgeordneter Konzernunternehmen resultierten: Bei der HRE stammten diese aus den CDO-Anlagegeschäften der Depfa,¹³ bei AIG aus dem CDS-Verkauf von AIG-Financial Products¹⁴ etc.¹⁵ In der Konsequenz erweist sich mehr denn je die Bedeutung eines zentral verantworteten, gruppenweiten Risikomanagements als einer der Eckpfeiler der Instituts- und Systemstabilität.

Hinzu kommt, dass die in den aufsichtsunterworfenen Unternehmen anstehende Umsetzung der komplexen Neuerungen gerade im Bereich des qualitativen Aufsichtsrechts¹⁶ besser gelingen wird, wenn die normativen Grundlagen des Zu-

⁹ So z.B. *Armbrüster*, VersR 2009, 1293; eingehend *ders.*, KSzW 2013, 10; ähnlich auch *Binder* in: Hopt/Wohlmannstetter (Hrsg.), (Fn. 7), S. 685, 709 f. Mit dem Ziel der Prinzipienbildung auch schon *U.H.Schneider*, ZGR 1996, 225; *ders.*, ZIP 2003, 645.

¹⁰ Angesprochen sind die besonderen Schwierigkeiten bei Restrukturierung und Abwicklung solcher Gruppen. Eingehende Analyse bei *Herring/Carmassi* in: Berger/Molyneux/Wilson (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Banking*, 2012, S. 195 ff.

¹¹ *Herring/Carmassi* in: Berger/Molyneux/Wilson (Hrsg.) (Fn. 10), S. 195, 214.

¹² *Lutter*, FS Goette, 2011, S. 289, 292; andere Zahlen bei *Herring/Carmassi* in: Berger/Molyneux/Wilson (Hrsg.), (Fn. 10), S. 195, 199; vgl. auch die Befunde bei *T.Schneider* (Fn. 7), S. 23 ff.; *Binder* in: Hopt/Wohlmannstetter (Hrsg.) (Fn. 7), S. 685, 686 Fn. 1.

¹³ Vgl. hier nur die Sachverhaltsskizzen bei *Sethe*, ZBB 2012, 357, 358; *Voland*, NZG 2012, 694, 695. Eingehend Abschlussbericht des 2. Untersuchungsausschusses, BT-Drucks. 16/14000, S. 50 ff.

¹⁴ Hierzu instruktiv *White/Phelps/Steinberg/Majmudar* in: Franklin/Nealon, III (Hrsg.), *Mortgage and Asset Backed Securities Litigation Handbook*, §12:3 (Loseblatt Stand 2012); *Johnson*, 77 Brook. L. Rev. 681, 687 ff. (2012); lesenswert in diesem Zusammenhang auch *Sorkin*, *Too Big To Fail*, 2009, S. 157 ff.

¹⁵ Zu den im hier interessierenden Zusammenhang gleichgelagerten, deutschen Fällen der Sachsen LB und der IKB, wiederum *Sethe*, ZBB 2012, 357, 357 f.

¹⁶ Zu diesem, durch Basel II vor allem in der zweiten (Überprüfungsprozesse), aber durchaus auch in der – primär freilich quantitativen – ersten Säule (Eigenkapitalanforderungen) des materiellen Bankaufsichtsrechts eingeführten Ansatzes, *Macht*, Der Baseler Ausschuss für Bankenaufsicht und Basel II, 2007, S. 68 ff.; *Dalhuisen*, 18 Eur. Bus. L. Rev. 819, 1032 ff. (2007); *Paul* in: Hopt/Wohlmannstetter (Hrsg.) (Fn. 7), S. 93, 100 f.; *Schelm* in: Kümpel/Wittig (Hrsg.), *Bank- und Kapitalmarktrecht*, 4. Aufl. 2011, Rn. 2.126, 2.139; *Wundenberg*, (Fn. 7), S. 72 ff. und passim; auch schon *Boos/Schulte-Mattler*, Bank 2001, 646; für das Versicherungsaufsichtsrecht nach Solvency II z.B. *Bürkle*, VersR 2007, 1595, 1596; *Wandt*, VW 2007, 473, 475 f.

sammenspiels mit dem Verbandsrecht geklärt sind: Sowohl im Recht der prudentiellen Banken-¹⁷ als auch bei der Versicherungsaufsicht¹⁸ wird kurzfristig, nach den vielfältigen ad hoc-Reparaturen, die Summe der international¹⁹ und darauf aufbauend supranational²⁰ aus Finanz- und Staatsschuldenkrise gezogenen Lehren im nationalen Recht konsolidiert werden. Für die Implementation in den Unternehmen stellt sich die Frage nach der effektiven Umsetzbarkeit gruppeninterner Überprüfungsprozesse, insbesondere des *Internal Capital Adequacy Assessment Process* (ICAAP)²¹ und des *Own Risk and Solvency Assessment* (ORSA)²², dann mit besonderer Dringlichkeit. Dies gilt nicht zuletzt deshalb, weil die Bundesregierung im Trennbankengesetz Mindestvorgaben für die Sicherstellungspflichten der Geschäftsleiter im Rahmen des Risikomanagements plant, deren Verletzung sogar strafrechtliche Sanktionen nach sich ziehen soll.²³

Im Folgenden werden zunächst die normativen Grundlagen und die konkreten Inhalte der konzerndimensionalen Pflichten der Leitungs- und Kontrollorgane der aufsichtsunterworfenen Unternehmen dargestellt (2). Zur endgültigen Bestim-

¹⁷ Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie 2012/.../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. .../2012 über die Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen vom 15.10.2012 (RegE CRD IV-UmsetzungG), BT-Drucks. 17/10974.

¹⁸ Regierungsentwurf eines Zehnten Gesetz zur Änderung des Versicherungsaufsichtsgesetzes vom 15.2.2012 (RegE 10. VAG-ÄndG), http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Publikationen/Aktuelle_Gesetze/Gesetzentwurfe_Arbeitsfassungen/2012-02-15-solfa-ll_anl.pdf?__blob=publicationFile&v=3.

¹⁹ Basler Ausschuss für Bankenaufsicht, Basel III: Ein globaler Regulierungsrahmen für widerstandsfähigere Banken und Bankensysteme, revidierte Fassung Juni 2011, http://www.bis.org/publ/bcbs189_de.pdf.

²⁰ Für die im hier interessierenden Zusammenhang außer Streit stehenden, großen Würfe, zum einen Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Richtlinie 2002/87/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die zusätzliche Beaufsichtigung der Kreditinstitute, Versicherungsunternehmen und Wertpapierfirmen eines Finanzkonglomerats, KOM(2011) 453 endg. („CRD IV“). Zum anderen Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinien 2003/71/EG und 2009/138/EG im Hinblick auf die Befugnisse der Europäischen Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung und der Europäischen Wertpapieraufsichtsbehörde, KOM(2011) 8 endg. („Omnibus II“).

²¹ Zum gegenwärtigen Standard siehe Baseler Ausschuss für Bankenaufsicht, Internationale Konvergenz der Eigenkapitalmessung und Eigenkapitalanforderungen, 2006, Rn. 725 ff., <http://www.bis.org/publ/bcbs128ger.pdf>; BaFin, MaRisk (14.12.2012), http://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/Rundschreiben/dl_rs1210_marisk_pdf_ba.pdf;jsessionid=F9D559DA9C94BEBB61AD7192B943DA8C.1_cid298?__blob=publicationFile&v=5; auch noch unten 2.2.3.

²² Zu dieser, durch Art. 45 der Solvency II-Richtlinie 2009/138/EG (Abl. EU L 335 vom 17.12.2009, S. 1) vorgeschriebenen unternehmenseigenen Risiko- und Solvabilitätsbeurteilung eingehend *Dreher/Ballmaier*, VersR 2012, 129.

²³ Art. 3 und 4 eines Gesetzes zur Abschirmung von Risiken und zur Planung der Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Finanzgruppen vom 6.2.2013 (RegE TrennbankenG), http://www.finanzministerium.de/Content/DE/Downloads/Abt_7/Gesetzesentwurf-Abschirmung-Bankenrisiken.pdf?__blob=publicationFile&v=1.

mung der Konzernverantwortung wird dann darauf eingegangen, inwieweit das aufsichtsrechtlich Geforderte gesellschaftsrechtlich über Verbandsgrenzen hinweg implementiert werden kann,²⁴ wobei das besondere Augenmerk auf der Überformung des Verbandsrechts als Folge aufsichtsrechtlicher Wertungen liegt (3). Vor diesem normativen Hintergrund ist abschließend auf bestehende Umsetzungsspielräume einzugehen, die im Rahmen der privat- und öffentlich-rechtlichen Sanktionsmechanismen zu berücksichtigen sind, mit denen die unmittelbar pflichtenbasiert bestimmte Konzernverantwortung durchgesetzt wird (4). Der Beitrag schließt mit einem Ausblick und einer Zusammenfassung in Thesen (5). Diese werden zur Entlastung der Darstellung im Folgenden primär für das Bankenaufsichtsrecht entwickelt. Dabei wird auch auf die Tragfähigkeit der strukturellen Argumentation für das Versicherungsaufsichtsrecht hingewiesen.

2 GRUPPENVERANTWORTUNG ALS AUSDRUCK DES GESTEIGERTEN ÖFFENTLICHEN INTERESSES AN DER NORMBEFOLGUNG

Im Folgenden ist das gesteigerte öffentliche Interesse an der Normbefolgung als Ausdruck der besonderen Regelungsziele des Aufsichtsrechts näher zu begründen und die Inpflichtnahme der Gruppenspitze als eine der Strategien zur Umsetzung derselben zu verdeutlichen (2.1). Auf dieser Grundlage sind die gruppendifferenzierten Leitungspflichten des übergeordneten Unternehmens zu skizzieren, die der Gesetzgeber in den einschlägigen Regelungen des materiellen Aufsichtsrechts postuliert (2.2).

2.1 TELEOLOGIE PRUDENTIELLER AUFSICHT ÜBER DIE FINANZBRANCHE UND GRUPPENVERANTWORTUNG

2.1.1 ROLLE DER BANKEN IN DER LIQUIDITÄTSVERSORGUNG DER VOLKSWIRTSCHAFT

Die aufsichtsrechtliche Sonderbehandlung von Banken rechtfertigt sich aus dem überragenden makroökonomischen Interesse an einer konstanten Liquiditätsversorgung der Volkswirtschaft.²⁵ Soweit sich kapitalistische Volkswirtschaften zu diesem Zweck auf die Geldschöpfung durch private Finanzintermediäre verlassen, darf es bei deren Tätigkeit nicht zu größeren, abrupten Veränderungen kommen. Diese führen in der Realität nämlich nicht zu der sofortigen, in der friktionslosen Welt der *Walras*-Modelle erfolgenden Anpassung der Güterpreise und Löhne. Die vor allem als Folge von Informationslücken zu beobachtende Trägheit von Preisen und Löhnen verlangsamt vielmehr deren Anpassung an die geänderte Geldversor-

²⁴ Hierzu zählt prinzipiell auch die Überlegung, ob gegebenenfalls mit einer Änderung der Organisationsstruktur reagiert werden muss, wenn gesellschaftsrechtliche, insbesondere konzernrechtliche Grenzen der Umsetzung des aufsichtsrechtlich Geforderten entgegenstehen (unten 3.2.2.2). Vgl. auch *Verse*, ZHR 175 (2011) 401, 402.

²⁵ Zu den im Folgenden dargestellten, grundsätzlichen Zusammenhängen instruktiv *von Weizsäcker*, Schriften des Vereins für Socialpolitik 165 (1987), 71; zur Geldschöpfungsfunktion des zeitgenössischen Bankensystems eingehend *Strahan* in: *Berger/Molyneux/Wilson* (Hrsg.), (Fn. 10), S. 112.

gung, was Auswirkungen auf die Transaktionsaktivität der Realwirtschaft hat, d.h. die Wirtschaftsleistung insgesamt beeinflusst und potentiell sogar die soziale und politische Stabilität bedroht. Im hier interessierenden Kontext liegt die zentrale Konsequenz darin, die massenhafte Liquiditätsvernichtung zu vermeiden, was insbesondere bedeutet, dass der Ansturm auf die Kasse (*bank run*) zu vermeiden ist.²⁶ Sofern dieser Ausdruck eines allgemeinen, nicht auf Einzelinstitute begrenzten Verlusts des Vertrauens in die bankengenerierte Liquidität ist,²⁷ wird dem privaten Bankensystem die Grundlage für seine volkswirtschaftlich zentrale Intermediationstätigkeit entzogen: das Publikum will die zuvor als liquiditätsgleich betrachteten Sicht- und kurzfristigen Terminverbindlichkeiten nicht mehr halten, die Schaffung zusätzlicher Liquidität durch die Verwendung der Kundengelder zum Aufbau langfristiger Forderungen auf der Aktivseite ist den Banken nicht mehr möglich.²⁸

Im Lichte dieser makroökonomisch essentiellen Funktion der Banken folgt die generelle Legitimation prudentieller Beaufsichtigung des Sektors aus den schwerwiegenden Folgen eines drohenden Marktversagens. Die Institutionenökonomik beschreibt allgemein die Anreize, die für beschränkt haftende Eigenkapitalgeber bestehen, *ex post* höhere Risiken zu Lasten der Fremdkapitalgeber einzugehen, d.h. die Unternehmen nach Aufnahme von Fremdkapital tendenziell krisenanfälliger zu gestalten.²⁹ Die Anreize zur nachträglichen Risikoverschiebung (*risk shifting*) basieren darauf, dass die Residualgläubiger unbegrenzt von höheren Gewinne aus riskanteren Geschäften profitieren, während die typischen Fremdkapitalgeber mit festen Zins- und Rückzahlungsansprüchen nicht an größeren Gewinnchancen risikoreicherer Geschäfte partizipieren, sondern sich lediglich mit einem wachsenden Ausfallrisiko und einer steigenden Verlustquote konfrontiert sehen, mit anderen Worten, die Risiken „zu billig“ (mit-)finanzieren.³⁰

Die Brisanz dieses allgemeinen Zielkonflikts zwischen den Interessen der Eigen- und Fremdkapitalgeber wird im Bankensystem dadurch verschärft, dass die Unternehmen typischerweise einen hohen Verschuldungsgrad aufweisen und die Gläubiger vor allem wegen der mangelnden externen Transparenz des Bankge-

²⁶ Grundlegendes Modell bei *Diamond/Dybvig*, 91 J. Pol. Econ. 401 (1983).

²⁷ Frühe Untersuchungen zu entsprechende Dominoeffekte verursachenden, systemischen Risiken bei *Saunders* in: Portes/Swoboda (Hrsg.), *Threats to International Financial Stability*, 1987, S. 196; *M.Hellwig*, 131 Swiss J. Econ. & Stat. 723 (1995).

²⁸ Die Finanzkrise hat gezeigt, dass weder dieses Phänomen noch seine realwirtschaftlichen Implikationen auf klassische Einlageinstitute beschränkt bleibt, sondern auch bei alternativen, mit Fristen- und Liquiditätstransformation verbundenen Systemen der Finanzintermediation (Schattenbanken) auftreten kann, vgl. grundlegend *Gorton* in: Fed. Res. Kan. City (Hrsg.), *Maintaining Stability in a Changing Financial System*, 2009, S. 131; *ders.*, 99 Am. Econ. Rev., Papers & Proc. 567 (2009); *ders.*, *Slapped by the Invisible Hand*, 2010.

²⁹ Grundlegend für die agenturtheoretische Analyse der Vertretungskosten, die im Verhältnis von Fremdkapitalgebern (Prinzipale) zu Eigenkapitalgebern (Agenten) als Folge des moralischen Risikos entstehen *Jensen/Meckling*, 3 J. Fin. Econ. 305, 334 ff. (1976); *Smith/Warner*, 7 J. Fin. Econ. 117, 118 f. (1979); *Easterbrook/Fischel*, *The Economic Structure of Corporate Law*, 1991, S. 52 ff.

³⁰ Vgl. nur *Brealey/Myers/Allen*, *Principles of Corporate Finance*, 10. Aufl., 2011, S. 481 f.

schäfts nur eingeschränkt zu einer autonomen Sicherung imstande sind.³¹ Hinzu kommt eine Schwächung der Anreize, die eigenen Interessen durch Maßnahmen gegen nachträgliche Risikoverschiebungen zu schützen, weil (kleinere) Einleger durch Einlagensicherungssysteme³² und andere Fremdkapitalgeber durch implizite Staatsgarantien (*too big/complex/important/interconnected to fail*)³³ gegen Ausfallrisiken versichert werden. Die prudentielle Aufsicht mit ihren öffentlich-rechtlichen Durchsetzungsmechanismen lässt sich bei diesen Gegebenheiten als (ein) Substitut für die beschriebene unzureichende *debt governance* durch die betroffenen privaten Akteure verstehen.³⁴ Das primäre Ziel ist insoweit, die Krisenresistenz der Institute zu stärken und die inadäquate Risikonahme zu verhindern, um die makroökonomisch zentrale Liquiditätsversorgung durch die privaten Intermediäre zu gewährleisten; daneben sollen die Banken auch als integraler Teil des Zahlungssystems und als Transmissionsriemen für die Geldpolitik der Zentralbanken gesichert werden.³⁵

Die hier skizzierten Zusammenhänge werden auch in der Literatur grundsätzlich gesehen, wenn als Ziele des Bankenaufsichtsrechts der Erhalt eines funktionsfähigen Bankensystems (Funktionsschutz) und als integraler Bestandteil dieser Zielsetzung, der Schutz der Einleger vor Vermögensverlusten (Einlegerschutz) benannt

³¹ Grundlegend insoweit *Dewatripont/Tirole*, *The Prudential Regulation of Banks*, 1994, S. 141 ff. Empirische Untersuchungen zur Finanzkrise belegen die Zusammenhänge, insbesondere bestehen starke Anhaltspunkte dafür, dass bestimmte Instrumente der *equity governance* in der Tat geeignet sind, die Interessen des Managements mit denen der Anteilseigner an einer Erhöhung des Risikos zu parallelisieren – zum massiven Nachteil der Fremdkapitalgeber bzw. der öffentlichen Finanzen, vgl. z.B. *Fahlenbach/Stulz*, 99 J. Fin. Econ. 11 (2011): Banken, in denen Interessenparallelisierung durch aktienkursorientierte Vergütungsbestandteile erreicht wurde, schnitten in der Finanzkrise schlechter ab; *Laeven/Levine*, 93 J. Fin. Econ. 259 (2009): stärkerer Risikoappetit in Banken, in denen Aktionäre stärkeren Einfluss auf die Unternehmensführung hatten.

³² *Levine*, *The Corporate Governance of Banks: A Concise Discussion of Concepts and Evidence*, World Bank Pol’y Res. Working Paper 3404, 2004, S. 10 f., <http://elibrary.worldbank.org/content/workingpaper/10.1596/1813-9450-3404>; *Macey/O’Hara*, 9 Fed. Res. Bank N.Y. Econ. Pol’y Rev. 91, 98 f. (2003); *Devriese/Dewatripont/Heremans/Nguyen*, 2 Nat’l Bank Belgium Fin. Stability Rev. 95, 98 (2004), http://www.nbb.be/doc/oc/repec/lfrart/FSR_2004_En_95_120.pdf; zur Wirkung begrenzter Einlagengarantien aber auch *Gropp/Vesala*, 8 Rev. Fin. 571 (2004).

³³ *Mülbart*, 10 Eur. Bus. Org. L. Rev 411, 426 (2009); vgl. auch Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, *Die Zukunft nicht auf’s Spiel setzen – Jahrgutachten 2009/2010*, Rn. 191 ff. Zur gegenwärtigen Situation erhellend *Goldstein/Véron*, Bruegel Working Paper 2011/03, <http://www.bruegel.org/download/parent/495-too-big-to-fail-the-transatlantic-debate/file/1353-too-big-to-fail-the-transatlantic-debate-english/>.

³⁴ Deutlich in diesem Sinn die primär, aber nicht ausschließlich auf kleine Einleger zugeschnittene Vertretungshypothese (*representation hypothesis*) bei *Dewatripont/Tirole*, (Fn. 31) S. 29 ff. Daran anknüpfend z.B. *Hartmann-Wendels/Pfingsten/Weber*, *Bankbetriebslehre*, 5. Aufl., 2010, S. 389.

³⁵ Überblick zur Theorie der Bankenregulierung bei *Bhattacharya/Boot/Thakor*, 30 J. Money & Credit 745 (1998); zu den wesentlichen Ansätzen auch *Corrigan*, Fed. Res. Minneapolis Annual Report, 1982; *Neus* in: *Luz/Neus/Schaber/Scharpf/Schneider/Weber*, KWG, (Fn. 7), Einführung Rn 1 ff.; weiterführend zur makroökonomischen Dimension von *Weizsäcker*, *Schriften des Vereins für Socialpolitik* 165 (1987), 71, 73. Vgl. auch schon *BegrRegE* zum KWG, BT-Drucks. 3/114, S. 1; Bericht des Wirtschaftsausschusses (*Ruland-Bericht*), BT-Drucks. 3/2563, S. 1.

werden.³⁶ Die Zusammenschau der makroökonomischen Bedeutung des Bankensystems mit den durch die Institutionenökonomik aufgezeigten Unzulänglichkeiten der *debt governance* akzentuiert nochmals Bedeutung und Stoßrichtung der Institute des Aufsichtsrechts, zu denen als originärer Baustein die Gruppenverantwortung zu rechnen ist.

2.1.2 DIE GRUPPENVERANTWORTUNG ALS ELEMENT DER KONSOLIDierten AUFSICHT

Die eigenständige Erfassung von Bankkonzernen im materiellen Aufsichtsrecht dient zum einen dazu, die Mehrfachbelegung von haftendem Eigenkapital in den als Folge der Gruppenbildung möglichen „Kreditpyramiden“ zu verhindern.³⁷ Zum anderen sollen aber vor allem die Gefahren aus einer rechtlich oder außerrechtlich verursachten „Ansteckung“ mit Risiken innerhalb der Gruppe verhindert werden.³⁸ Die Prämisse des Gesetzgebers liegt also darin, dass die organisationsrechtliche Trennung von Risikosphären in einem, aus selbständigen Rechtsträgern bestehenden Konzern für sich allein in Krisenszenarien keine hinreichende Risikobegrenzung erlaubt,³⁹ auch wenn die Empirie zeigt, dass das Trennungsprinzip entgegen manch starker Hypothese⁴⁰ keinesfalls gänzlich unwirksam ist.⁴¹

³⁶ Vgl. insbesondere *Möschel*, Das Wirtschaftsrecht der Banken, 1972, S. 249; ders., FS Stimpel, 1985, S. 1065, 1074; exemplarisch i.Ü. *Fischer* in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, (Fn. 7), Einf. Rn. 121 f.; *ders.* in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl. 2011, § 125 Rn. 15 ff.; *Schelm* in: Kümpel/Wittig (Hrsg.), (Fn. 16), S. 44 f.; *Krümmel*, Bankenaufsichtsziele und Eigenkapitalbegriff, 1983, S. 78 ff.; *Niethammer*, Die Ziele der Bankenaufsicht in der Bundesrepublik Deutschland, 1990, S. 32 f.; *Mösbauer*, Staatsaufsicht über die Wirtschaft, 1990, S. 251 ff.; *Kokemoor*, Die Bankaufsicht auf konsolidierter Basis in Deutschland nach der fünften Novelle zum KWG, 1992, S. 2 ff.; *van de Sande*, Die Unternehmensgruppe im Banken- und Versicherungsaufsichtsrecht, 2003, S. 39.

³⁷ Vgl. hierzu nur BegrRegE zur 3. KWG-Novelle, BT-Drucks. 10/1441, S. 22 ff.; *U.H.Schneider*, WM 1978, 1250, 1257; *Wagner*, Die internationale Tätigkeit der Banken als aufsichtsrechtliches Problem, 1982, S. 67 ff.; *Bauer*, Das Recht der internationalen Bankenaufsicht, 1985, S. 160 ff.; *Koppensteiner*, Bankenaufsicht und Bankengruppe, 1991, S. 4, 29; *Kokemoor*, (Fn. 36), S. 5 f.; *van de Sande*, (Fn. 36), S. 233 ff.; *Senger*, Bankenaufsicht, Unternehmensverbindung und Bankengruppe, 2004, S. 325 ff.

³⁸ Zu den Ansteckungsgefahren und –kanälen wie z.B. Abschreibungsbedarf auf Kapitalbeteiligungen oder gruppeninterne Kredite, Haftung aus Patronatserklärungen, Liquiditätsfazilitäten etc., Reputationsverlusten, *Möschel*, ZBB 1989, 168, 170; *Koppensteiner* (Fn. 37), S. 5 f.; *van de Sande*, (Fn. 36), S. 51 ff.; *Habersack*, FS Möschel, 2011, S. 1175, 1177 ff.; *Wundenberg*, (Fn. 7), S. 157 ff.

³⁹ Dies prägt sowohl die transnationale (vgl. Basel Committee on Banking Supervision, The Supervision of Cross Border Banking, 1996, Anh. B Ziff. 3, S. 24, <http://www.bis.org/publ/bcbs27.pdf>) als auch die nationale Sicht (vgl. BegrRegE 3. KWG-Novelle, BT-Drucks. 10/1441, S. 23; BegrRegE 7. KWG-Novelle, BT-Drucks. 16/1335, S. 64) der Regulierer. Eingehend aus ökonomischer Sicht *Mayr*, Financial Contagion and Intragroup Spillover Effects, 2009, S. 56 ff.; *Herring/Carmassi* in: Berger/Molyneux/Wilson (Hrsg.), (Fn. 10), S. 195, 205 ff.

⁴⁰ Z.B. *Baxter/Sommer* in: Evanoff/Kaufmann (Hrsg.), Systemic Financial Crises, 2005, S. 175, 187; tendenziell auch *Wymeersch*, FS Druey, 2002, S. 675, 680 f.

⁴¹ Beispiele dafür, dass internationale Bankgruppen Auslandstöchter ohne nennenswerte Vertrauensverluste insolvent werden lassen konnten bei *Herring/Schuermann* in: Scott (Hrsg.), Capital Adequacy Beyond Basel, 2005, S. 15, 23; *Dermine*, 15 Fin. Mkts., In-

Die an diesen Befund anknüpfende Strategie liegt in der Steigerung der Widerstandsfähigkeit der gesamten, als integrierte Einheit akzeptierten Gruppe, die insgesamt die materiellen Anforderungen des konsolidierten Aufsichtsrechts einhalten muss. Dies zeigt sich beispielsweise in der konsolidierten Eigenmittelüberwachung, § 10a, 10b KWG, den entsprechenden Grenzen für Risikokonzentrationen, § 13b, 13c KWG,⁴² aber eben auch an den bereits erwähnten, gruppenweiten Organisationspflichten in § 25a Abs. 1a, Abs. 1b KWG.

Im hier interessierenden Zusammenhang ist von Bedeutung, dass als integraler Bestandteil der konsolidierten Aufsicht stets die Inpflichtnahme des übergeordneten Unternehmens begegnet, das für die gruppenweite Einhaltung der materiell aufsichtsrechtlichen Vorgaben zu sorgen hat.⁴³ Mit anderen Worten, das übergeordnete Unternehmen wird als gruppeninterner Lenker mit originären, auf die Verwirklichung der Regelungsziele gerichteten Pflichten belegt und explizit zur Einwirkung auf die nachgeordneten Unternehmen angehalten. Die unmittelbar normierte Gruppenverantwortung⁴⁴ ist in dieser Sicht ein eigenständiges Institut des materiellen Aufsichtsrechts. Sie lässt sich als gruppeninterner Überprüfungsprozess verstehen,⁴⁵ den der Gesetzgeber trotz der eigenen Verantwortlichkeit der gruppenangehörigen Unternehmen für erforderlich hält.⁴⁶ In ihrer Rationalität folgt sie den typischen Fällen der Verantwortlichkeit eines Hintermanns für das Verhalten Dritter. Diese wird zwar primär für die Fälle einer Haftung für Gehilfenfehler analysiert.⁴⁷ Auf deren normativen Grundlagen können aber auch andere Formen der zusätzlichen Verantwortlichkeit eines Rechtssubjekts für beeinflussbare Vorgänge bei Dritten legitimiert

stitutions and Instruments 57, 83 Fn. 37 (2006). Im Kontext grenzüberschreitender Gruppen auch *Dell'Aricecia/Marquez*, 65 J. Fin. 1075, 1082 (2010); *Fiechter/Ötker-Robe/Ilyina/Hsu/Santos/Surti*, Int'l Monetary Fund, Working Paper SDN/11/04, 2011, S. 9, <http://www.imf.org/external/pubs/ft/sdn/2011/sdn1104.pdf>.

⁴² Zu den Entwicklungssträngen in Deutschland z.B. *van de Sande*, (Fn. 36), S. 228 ff.; zu den trans- und supranationalen Vorgaben *Wundenberg*, (Fn. 7), S. 148 ff.

⁴³ Vgl. §§ 10a Abs. 12 Satz 1, Abs. 14 Satz 1, 10b Abs. 6 Satz 1, 13b Abs. 4 Satz 2, 13c Abs. 4 Satz 2, 13d Abs. 4 Satz 1, 25a Abs. 1a, Abs. 1b KWG; dazu noch unten 2.2.

⁴⁴ Während § 25a Abs. 1a, Abs. 1b KWG die Geschäftsleiter und Leitungspersonen als Adressaten der Organisationspflichten ausdrücklich benennt, folgt deren Verantwortung für die Eigenmittelausstattung, die Einhaltung der Großkreditgrenzen etc. aus ihrer allgemeinen Verantwortlichkeit für die Institute, vgl. nur *Schäfer* in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, (Fn. 7), § 1 Rn. 152; *Weber/Seifert* in: Luz/Neus/Schaber/Scharpf/Schneider/Weber, (Fn. 7), § 1 Rn. 57.

⁴⁵ Im Bereich der Eigenkapitalkonsolidierung (unten 2.2.2) ist sie weiteres Indiz für die enge Verzahnung der ersten mit der zweiten Säule der Aufsichtsarchitektur (oben Fn. 16); vgl. dazu auch *Schelm* in: Kümpel/Wittg, (Fn. 16), Rn. 2.139.

⁴⁶ Normativ vergleichbarer Ausgangspunkt bei *Koch*, WM 2009, 1013, 1019 f.; *Verse*, ZHR 175 (2011) 401, 412.

⁴⁷ Dazu allgemein grundlegend *Kornhauser*, 70 Cal. L. Rev. 1345 (1982); *Sykes*, 91 Yale L.J. 168 (1981); *ders.*, 93 Yale L.J. 1231 (1984); Überblick bei *Kraakman* in Bouckaert/De Geest (Hrsg.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Bd. 2, 2000, S. 669; *Shavell* in: Polinsky/Shavell (Hrsg.), *Handbook of Law and Economics*, Bd. 1, 2007, S. 139, 171 ff.; *Polinsky*, *An Introduction to Law and Economics*, 4. Aufl. 2011, S. 125 ff.; *Dari-Mattiacci/Parisi*, 23 Int'l Rev. L. & Econ. 453 (2003); *Tröger*, *Arbeitsteilung und Vertrag*, 2012, S. 200 ff.

werden.⁴⁸ Dabei handelt es sich bei der Konzernverantwortung um einen Bilderbuchfall der rechtlich bzw. zumindest tatsächlich bestehenden Einflussmöglichkeit des Hintermanns (übergeordnetes Unternehmen) auf den Dritten (nachgeordnete Unternehmen) bei bestehenden, überlegenen Möglichkeiten zur Risikominimierung, d.h. im konkreten Fall zur gruppendifferenzierten Risikosteuerung und Stärkung der Widerstandsfähigkeit auf der Grundlage kognitiver Vorteile.⁴⁹

An dieser Stelle ist festzuhalten, dass die im Bankenaufsichtsrecht mehrfach normierte Gruppenverantwortung konzeptionell eine überlegene Einflussmöglichkeit des übergeordneten Unternehmens voraussetzt und nur dann zur angestrebten effektiveren Verwirklichung der mit den materiell aufsichtsrechtlichen Vorgaben verfolgten, öffentlichen Interessen beitragen kann, wenn die entsprechenden Kanäle zur Einwirkung auf die nachgeordneten, gruppenangehörigen Unternehmen durch das Verbandsrecht nicht verstopft werden. Eventuell gegenläufige verbandsrechtliche Interessen lassen sich also allenfalls auf Kosten der bankaufsichtsrechtlichen Zielsetzungen verwirklichen. Dies erscheint im Licht der aufgezeigten Funktionen der prudenziellen Bankenaufsicht schwer zu rechtfertigen. Aus dem makroökonomisch begründeten, besonderen Regelungsanliegen des Aufsichtsrechts folgt also vor allem dessen besondere Durchschlagskraft gegenüber dem Gesellschaftsrecht. Umgekehrt ist aber auch zu bedenken, dass diese strikt auf die regelungstheoretisch relevanten Bereiche begrenzt bleibt.⁵⁰

2.1.3 AUFSICHT ÜBER DIE PRIVATE VERSICHERUNGSWIRTSCHAFT

⁴⁸ In dieser Sicht lässt sich jedenfalls kein pauschales Argument gegen die Konzernverantwortung des übergeordneten Unternehmens aus dem Umstand gewinnen, dass die einzelnen gruppenangehörigen Unternehmen ihrerseits für die Normbefolgung verantwortlich sind – sonst wären Zurechnungsnormen wie §§ 31, 278 BGB oder auch Haftungstatbestände wie § 831 BGB nicht zu erklären. Es geht vielmehr um eine – zwar legitimationsbedürftige, aber eben auch legitimationsfähige – Verstärkung der Wahrscheinlichkeit der Normbefolgung durch die Inpflichtnahme eines Hintermanns; für § 130 OWiG ablehnend *Koch AG* 2009, 564, 568 ff.; *Verse*, ZHR 175 (2011) 401, 410 Fn. 36.

⁴⁹ Zu dieser Fallgruppe *Shavell*, *Economic Analysis of Accident Law*, 1987, S. 173; *Tröger*, (Fn. 47), S. 205 f.

⁵⁰ Damit ist nicht ausgeschlossen, dass das Institut der Konzernverantwortung auch zur effektiven Verwirklichung anderer, ein besonderes öffentliches Interesse an der Normbefolgung evozierender gesetzgeberischer Ziele eingesetzt werden kann, wie insbesondere die Verantwortung des übergeordneten Unternehmens für die gruppenweite Einhaltung der Sorgfaltspflichten zur Verhinderung von Geldwäsche, Terrorismusfinanzierung etc. in § 25g KWG illustriert. Diese ist erkennbar jedenfalls nicht primär aus dem makroökonomisch fundierten Interesse an der Stabilität des Finanzsystems begründet, vgl. nur *Ackmann/Reder*, WM 2009, 200, 208 mit *dies.*, WM 2009, 158, 159 f.; vgl. auch die richtungweisenden Überlegungen des Baseler Ausschusses für Bankenaufsicht, die zwar zum einem von erheblichen Haftungs- und Reputationsrisiken als Folge einer Verletzung der *Know-Your-Customer*-Standards ausgehen und diese daher als Teil des Risikomanagements betrachten, aber vor allem auch auf den Schutz der Integrität des Bankensystems abstellen, das nicht zum Vehikel des Terrorismus und der organisierten Kriminalität werden soll, Basel Committee on Banking Supervision, Consolidated KYC Risk Management, 2004, S.4, <http://www.bis.org/publ/bcbs110.pdf>.

Die hier angestellten, konzeptionellen Überlegungen lassen sich mutatis mutandis auf den Versicherungssektor übertragen: Das Versicherungsaufsichtsrecht verfolgt ebenfalls ein besonderes, über den allgemeinen Gläubigerschutz hinausgehendes, öffentliches Interesse, das in der juristischen Literatur herkömmlich dahin umschrieben wird, ein funktionsfähiges Versicherungswesen (Institutionenschutz) sei zu sichern, um die Belange der Versicherten v.a. in Form der jederzeitigen Erfüllbarkeit der versicherungsvertraglichen Verpflichtungen zu wahren (Individualschutz).⁵¹ Soweit es zur Verwirklichung dieser Ziele eine Gruppenverantwortung des übergeordneten Unternehmens postuliert, liegt hierin die für das Bankenaufsichtsrecht soeben erörterte Inpflichtnahme desselben im öffentlichen Interesse, d.h. das Versicherungsaufsichtsrecht bedient sich dieses Instituts auf der Grundlage strukturell identischer, normativer Überlegungen und setzt zu dessen Effektivität ebenfalls die soeben erörterten Bedingungen voraus.⁵²

2.2 BESONDERE AUFSICHTSRECHTLICHE VORGABEN FÜR DIE GRUPPENLEITUNG (-ORGANISATION)

Entsprechend der durch Basel II etablierten Säulenstruktur des Bankenaufsichtsrechts finden sich im Folgenden zu umreißende, konzerndimensionale Vorgaben sowohl in der ersten Säule der Kapitalanforderungen (2.2.2) als auch mit großer Tragweite in der zweiten Säule der Überprüfungsprozesse (2.2.3). Dabei geht es entsprechend der Stoßrichtung dieses Beitrags nicht um die Erörterung von Detailfragen, sondern vielmehr um das Aufzeigen der wesentlichen Regelungsstrukturen, die für die im Mittelpunkt des Interesses stehende Einpassung der aufsichtsrechtlichen Vorgaben in den verbandsrechtlichen Rahmen⁵³ von Bedeutung sind. Mit dieser Maßgabe ist zunächst ein Blick auf die Adressaten der aufsichtsrechtlichen Gruppenverantwortung zu werfen (2.2.1).

2.2.1 ADRESSATEN AUFSICHTSRECHTLICHER GRUPPENVERANTWORTUNG

Aus der hier interessierenden Perspektive ist bedeutsam, dass der Adressat der aufsichtsrechtlichen Pflichten, d.h. das übergeordnete Unternehmen mit seinen Geschäftsleitern,⁵⁴ nicht unbedingt mit der (ultimativ) herrschenden Verbundobergesellschaft identisch sein muss. Friktionen zwischen der aufsichtsrechtlich zugeschriebenen Verantwortung und der Konzernmatrix entstehen vor allem dadurch, dass das Bankenaufsichtsrecht nur die (unmittelbar) seinem Regime unterworfenen Institute in die Pflicht nimmt, d.h. prinzipiell nicht aufsichtsunterworfenen Verbund-

⁵¹ Vgl., mit Unterschieden in der Akzentuierung *Scholz*, ZVersWiss 1984, 1, 13, 17; *Mösbauer*, (Fn. 36), S. 362 f.; *Bähr*, Das Generalklausel- und Aufsichtssystem des VAG im Strukturwandel, 2000, S. 74 ff.; *ders.* in *Fahr/Kaulbach/Bähr*, VAG 4. Aufl. 2007 § 81 Rn. 15; *van de Sande*, (Fn. 36), S. 39 f.; *G. Winter*, Versicherungsaufsichtsrecht, 2007, S. 83; *Michaels*, ZfV 2007, 477, 478; *Präve* VW 2007, 1380, 1381; *Eilert*, VersR 2009, 709; *Wandt/Sehrbrock*, ZVersWiss 100 (2011), S. 193, 195 ff.

⁵² Vgl. oben 2.1.2.

⁵³ Dazu unten 3.

⁵⁴ Oben Fn. 44.

spitzen ebensowenig mit der Gruppenverantwortung belegt wie ausländische Unternehmen.⁵⁵

Gruppe	Übergeordnetes Unternehmen
Institutsgruppe, § 10a Abs. 1 KWG	Inländisches Mutterinstitut, § 1 Abs. 7a, Abs. 7c KWG i.V.m. § 1 Abs. 1b KWG
Horizontale Unternehmensgruppe, § 10a Abs. 2 KWG i.V.m. § 1 Abs. 19, Abs. 21 KWG	<ul style="list-style-type: none"> i. gruppenangehöriges inländisches Einlagenkreditinstitut, § 1 Abs. 3d Satz 1 KWG, oder Wertpapierhandelsunternehmen, § 1 Abs. 3d Satz 2 KWG ii. selbst keinem anderen gruppenangehörigen inländischen Institut nachgeordnet iii. höchste Bilanzsumme
Inländische Finanzholding-Gruppe, § 10a Abs. 3 Satz 1 KWG	<ul style="list-style-type: none"> i. gruppenangehöriges inländisches Einlagenkreditinstitut, § 1 Abs. 3d Satz 1 KWG, oder Wertpapierhandelsunternehmen, § 1 Abs. 3d Satz 2 KWG ii. selbst keinem anderen gruppenangehörigen inländischen Institut nachgeordnet
Ausländische Finanzholding-Gruppe, § 10a Abs. 3 Satz 3 KWG	<ul style="list-style-type: none"> i. gruppenangehöriges inländisches Einlagenkreditinstitut, § 1 Abs. 3d Satz 1 KWG, oder Wertpapierhandelsunternehmen, § 1 Abs. 3d Satz 2 KWG ii. selbst keinem anderen inländischen Institut nachgeordnet iii. höchste Bilanzsumme im Vergleich zu jedem anderen Einlagenkreditinstitut oder Wertpapierhandelsunternehmen mit Sitz in anderem EWR-Staat
Finanzkonglomerate, § 10b Abs. 3 KWG	Übergeordnetes inländisches Finanzkonglomerats-Unternehmen, § 1 Abs. 20 KWG, aus der Banken- und Wertpapierdienstleistungsbranche, § 1 Abs. 19 Nr. 1 KWG
Gruppen zur Unterkonsolidierung, § 10a Abs. 14 KWG	Inländisches Institut, § 1 Abs. 1b KWG, bzw. übergeordnetes Unternehmen der inländischen Finanzholding-Gruppe, § 10a Abs. 3 Satz 1 KWG

So wird beispielsweise bei einer Finanzholding-Gruppe nicht die an der Spitze stehende Finanzholding-Gesellschaft durch § 10a Abs. 3 Satz 4 und Satz 5 KWG

⁵⁵ Vgl. Tabelle, modifiziert nach *Braun/Wollgarten* in: *Boos/Fischer/Schulte-Mattler*, (Fn. 7), § 25a Rn. 829; *Sethe*, ZBB 2012, 357, 361.

zum übergeordneten Unternehmen bestimmt, sondern ein im Inland ansässiges, gruppenangehöriges Einlagenkreditinstitut oder Wertpapierhandelsunternehmen.⁵⁶ Auch bei Institutsgruppen, an deren Spitze zwar aufgrund der Legaldefinition in § 10a Abs. 1 Satz 1 KWG stets ein aufsichtsunterworfenen Institut mit Sitz im Inland steht, kann dieses seinerseits einem anderen Institut oder einer Finanzholding-Gesellschaft mit Sitz in einem Drittstaat (EU-Mutterinstitut im Sinne von § 1 Abs. 7c KWG) nachgeordnet sein.⁵⁷ Ähnliches gilt schließlich für die entsprechende Festlegung bei Gruppen zur Unterkonsolidierung im Sinne des § 10a Abs. 14 S. 1 KWG, die das im Inland ansässige, übergeordnete Institut erfasst, unabhängig davon, ob es seinerseits nachgeordnetes Unternehmen in einer Institutsgruppe oder Finanzholding-Gruppe ist.

Dabei liegt das Anliegen des Gesetzgebers, neben der Vermeidung einer europäischen Koordination widersprechenden, extraterritorialen Geltung deutschen Aufsichtsrechts,⁵⁸ vor allem darin, die Konzernverantwortung möglichst dort zuzuweisen, wo hinreichend Ressourcen vorhanden sind, um sie effektiv wahrzunehmen. So ist z.B. das Anliegen bei der Festlegung des übergeordneten Unternehmens einer Institutsgruppe darin zu sehen, unverhältnismäßige Belastungen nicht aufsichtsunterworfener, gruppenangehöriger Unternehmen zu vermeiden und stattdessen ein solches in die Pflicht zu nehmen, das ohnehin das entsprechende Know-How etc. vorhalten muss.⁵⁹ Diese Effektivitätsorientierung zeigt sich auch daran, dass das Aufsichtsrecht gegenüber Lösungen flexibel ist, die, nach der Auffassung der Betroffenen, der Konzernstruktur der erfassten Gruppen besser entsprechen: so hat die BaFin vielfach die Möglichkeit, gruppenangehörige Unternehmen auf Antrag zum übergeordneten Unternehmen zu bestimmen.⁶⁰ Insgesamt dokumentiert der Gesetzgeber somit ein hohes Interesse an der Effektivität des Instituts der Gruppenverantwortung, dessen Schlagkraft möglichst nicht durch die Organisationsstrukturen in der Gruppe beeinträchtigt werden soll. Diese Stoßrichtung wird schließlich auch in der Eingriffsbefugnis nach § 12a Abs. 2 Satz 1 KWG für nicht hinreichend überschaubar- und kontrollierbare Auslandsbeteiligungen deutlich.⁶¹

2.2.2 GRUPPENVERANTWORTUNG FÜR DIE EIGENMITTELKONSOLIDIERUNG UND DIE EINHALTUNG DER OBERGRENZEN FÜR GROßKREDITE UND GRUPPENINTERNE TRANSAKTIONEN (ERSTE SÄULE)

⁵⁶ Vgl. *Boos* in: *Boos/Fischer/Schulte-Mattler*, (Fn. 7), § 10a Rn. 30; *Hörhager* in: *Luz/Neus/Schaber/Scharpf/Schneider/Weber*, (Fn. 7), § 10a Rn. 31; *Binder* in: *Hopt/Wohlmannstetter* (Hrsg.) (Fn. 7), S. 685, 691.

⁵⁷ Vgl. *Boos* in: *Boos/Fischer/Schulte-Mattler*, (Fn. 7), § 10a Rn. 8, 11; *Hörhager* in: *Luz/Neus/Schaber/Scharpf/Schneider/Weber*, (Fn. 7), § 10a Rn. 10; *Auerbach/Kempers/Klotzbach* in: *Schwennicke/Auerbach*, KWG, 2009, § 10a Rn. 17.

⁵⁸ Zur Bedeutung des Prinzips der Heimatlandaufsicht nur *Boos* in: *Boos/Fischer/Schulte-Mattler*, (Fn. 7), § 10a Rn. 8.

⁵⁹ Vgl. *Auerbach/Kempers/Klotzbach* in: *Schwennicke/Auerbach*, (Fn. 57), § 10a Rn. 18.

⁶⁰ Vgl. § 10a Abs. 1 Satz 4 KWG (Institutsgruppe), § 10a Abs. 3 Satz 6 und 7 KWG (Finanzholding-Gruppe) und § 10b Satz 8 KWG (Finanzkonglomerate).

⁶¹ Vgl. BegrRegE zur 3. KWG-Novelle, BT-Drucks. 10/1441, S. 37.

Das materielle Aufsichtsrecht kennt wie bereits erwähnt eine Gruppenverantwortung an mehreren Stellen, um mit dieser Inpflichtnahme des übergeordneten Unternehmens die effektive Verwirklichung der allgemein verfolgten Ziele in ihren konkreten Einzelausprägungen zu sichern. Zu nennen ist die Verantwortlichkeit für die zusammengefasste Eigenmittelausstattung der Gruppe, §§ 10a Abs. 12 S. 1, Abs. 14 KWG und § 10 b Abs. 6 S. 1 KWG,⁶² daneben diejenige für die Einhaltung von Großkreditlimits, um die Entstehung von Klumpenrisiken bei Einschaltung nachgeordneter Unternehmen in die Kreditgewährung zu unterbinden, § 13b Abs. 4 S. 1, Abs. 5 KWG. Mit entsprechender Zielsetzung erklärt das materielle Aufsichtsrecht das übergeordnete Unternehmen schließlich in § 13c Abs. 4 S. 2 KWG verantwortlich für die Beachtung von Obergrenzen für bedeutende gruppeninterne Transaktionen mit gemischten Unternehmen im Sinne von § 1 Abs. 3b Satz 1 KWG⁶³ bzw. innerhalb von Finanzkonglomeraten, für die Einhaltung der Obergrenzen für Risikokonzentrationen auf Konglomeratsebene und bedeutende gruppeninterne Transaktionen innerhalb des Finanzkonglomerats, § 13d Abs. 4 S. 1 KWG.

Die durch § 10a Abs. 12 S. 1 KWG begründete Verantwortlichkeit für die „angemessene Eigenmittelausstattung der Gruppe“, die nach Maßgabe der in § 10a Abs. 6 Satz 1 KWG und der SolvV festgelegten Zusammenfassung der Eigenmittel und der sonstigen maßgeblichen Risikopositionen zu beurteilen ist, zeichnet exemplarisch das Handlungsprogramm des in die Pflicht genommenen, übergeordneten Unternehmens vor.⁶⁴ Zur Erfüllung seiner Organisations- und Steuerungspflichten⁶⁵ kommen dem übergeordneten Unternehmen ausdrücklich normierte, aufsichtsrechtliche Kooperationspflichten der gruppenangehörigen Unternehmen⁶⁶ lediglich im Rahmen der Beschaffung der erforderlichen Informationen zugute: die nachgeordneten Unternehmen haben gemäß § 10a Abs. 13 Satz 1, Satz 2 KWG organisatorische Vorkehrungen zu treffen und interne Kontrollverfahren einzurichten, um die ordnungsgemäße Aufbereitung und Weiterleitung der für die Eigenmittelzusammenfassung erforderlichen Angaben zu sichern. Die Verwertung der erlangten Informationen, um das bei einer gegebenen Eigenmittelausstattung insgesamt nach

⁶² Dazu schon oben 2.1.2. Die Sonderregelung für die Finanzkonglomerate dient dem Ziel, die spezifischen Risiken angemessen zu erfassen, die aus einer sektorübergreifenden Geschäftstätigkeit der Gruppe resultieren, dazu auch *Binder* in: Hopt/Wohlmannstetter (Hrsg.), (Fn. 7), S. 685, 691.

⁶³ Es geht insoweit um Risikokonzentrationen aus Transaktionen mit den gruppen-dominierenden Industrie- oder Versicherungsunternehmen, vgl. zur Begriffsbestimmung *Schäfer* in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, (Fn. 7), § 1 Rn. 186; *Weber/Seifert* in: Luz/Neus/Schaber/Scharpf/Schneider/Weber, (Fn. 7), § 1 Rn. 82.

⁶⁴ Vgl. die im hier interessierenden Zusammenhang § 10a Abs. 12, Abs. 13 KWG sachlich entsprechenden Regelungen in §§ 10b Abs. 6, Abs. 7; 13b Abs. 4, Abs. 5; 13c Abs. 4; 13d Abs. 4 Satz 1, Satz 2 KWG.

⁶⁵ Zu diesen im Einzelnen *Werner*, ZHR 149 (1985) 236, 252 ff., 256; *ders.*, FS Pleyer, 1986, S. 133, 138 ff.; *van de Sande*, (Fn. 36), S. 294 ff.; knapper *U.H.Schneider*, ZGR 1996, 225, 241 f.; *Kokemoor*, (Fn. 36), S. 138; *Boos* in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, (Fn. 7), § 10a Rn. 70 f.

⁶⁶ Diese trifft nachgeordnete Unternehmen unabhängig davon, ob sie selbst der Aufsicht durch die BaFin unterworfen sind oder nicht, *Boos* in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, (Fn. 7), § 10a Rn. 71; *Hörhager* in: Luz/Neus/Schaber/Scharpf/Schneider/Weber, (Fn. 7), § 10a Rn. 117.

Maßgabe des § 10a Abs. 6 Satz 1, Abs. 11 KWG i.V.m. SolvV zulässige Geschäftsvolumen der Gruppe zu steuern, z.B. durch die Etablierung von verbundweiten Limitsystemen, erfährt demgegenüber keine explizite aufsichtsrechtliche Verstärkung. Vorgaben gegenüber den einzelnen gruppenangehörigen Unternehmen, inwieweit sie Eigenmittel zur Unterlegung von Risikopositionen verwenden dürfen und somit letztlich, welchen Umfang ihre relevante Geschäftstätigkeit haben darf, haben sich nach § 10a Abs. 12 Satz 2 KWG im Rahmen des verbandsrechtlich Zulässigen zu bewegen.⁶⁷

Die Gruppenverantwortung in der ersten Säule beschränkt sich auf die nachgeordneten Unternehmen des Konsolidierungs- bzw. Unterkonsolidierungskreises, d.h. sie orientiert sich strikt am Recht der Rechnungslegung, §§ 10a Abs. 1 Satz 1 und 2, § 1 Abs. 7 KWG, § 290 HGB.⁶⁸ Dies ist im Ausgangspunkt auch folgerichtig, weil es der Zielsetzung des Aufsichtsrechts allein entspricht, die Widerstandsfähigkeit der Gruppe insoweit zu sichern, als diese die makroökonomisch im Mittelpunkt stehende Funktion der Liquiditätsversorgung der Volkswirtschaft erfüllt.⁶⁹ Diese Zielsetzung bedingt aber auch, dass außerbilanzielle Risiken bei der Ermittlung der Eigenkapitalquote (*CAR*) angemessene Berücksichtigung finden müssen. Lediglich die stabilitätssichernde Reaktion findet wiederum innerhalb der Gruppe statt, d.h. Risiken, die ihren Ursprung außerhalb des Konsolidierungskreises haben, sind bei den gruppenangehörigen Unternehmen mit risikoadäquatem Eigenkapital zu unterlegen. Hierfür ist das übergeordnete Unternehmen verantwortlich.

2.2.3 KONZERNORGANISATIONSPFLICHTEN, INSBESONDERE RISIKOERFASSUNG, - ÜBERWACHUNG UND -STEUERUNG, § 25A ABS. 1A, ABS. 1B KWG (ZWEITE SÄULE)

Nach § 25a Abs. 1a, Abs. 1b KWG ist das übergeordnete Unternehmen für die ordnungsgemäße Geschäftsorganisation der Gruppe verantwortlich, d.h. die Organisationsvorgaben des § 25a Abs. 1 KWG sind gruppenweit zu integrieren, die Umsetzung der zunächst auf Einzelinstitute ausgerichteten Vorgaben muss zentral koordiniert erfolgen, ohne dass es zu einer umfassenden Substitution der entsprechenden Organisation auf der Ebene der gruppenangehörigen Institute kommen müsste.⁷⁰

⁶⁷ Eingehend noch unten 3.

⁶⁸ Es entspricht der typischen Hase-Igel-Sequentialisierung, dass die in der Finanzkrise besonders verheerenden, besicherten Schuldtitel (*CDOs*) von Zweckgesellschaften (*conduits*) gehalten wurden, die vermeintlich nicht zu konsolidieren waren, worauf mit der BilMoG-Reform (Gesetz zur Modernisierung des Bilanzrechts v. 25.5.2009, BGBl. I, S. 1102) des § 290 Abs. 2 Nr. 4 HGB reagiert wurde, sodass es auf die zutreffende Risikogewichtung der für viele Banken ruinösen (oben 1) Liquiditätsfazilitäten als außerbilanzielle Risikopositionen nicht mehr ankommt, vgl. zum Ganzen die instruktive Beschreibung der vor der Krise gängigen Konstruktion bei *Bratton/Levitin*, U. Pa. Inst. for Law & Econ. Research Paper No. 12 – 26, S. 47 ff., <http://ssrn.com/abstract=2126778>; knapper; *Acharya/Schnabl/Suarez*, AFA 2010 Atlanta Meetings Paper, S. 7 ff., <http://ssrn.com/abstract=1364525> S. 7 ff.; *Engert*, ZBB 2012, 383, 383 f.

⁶⁹ Oben 2.1.1.

⁷⁰ *Hellstern* in: Luz/Neus/Schaber/Scharpf/Schneider/Weber, (Fn. 7), § 25a Abs. 1a Rn. 7; *Braun/Wolfgarten* in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, (Fn. 7), § 25a Rn. 841: „entspre-

Das Bild vom „Teppich“, der über die Konzernstruktur ausgerollt werde,⁷¹ erscheint zur Beschreibung des Geforderten freilich nicht allzu glücklich, schließlich dient der Teppich bekanntlich auch dazu, Missstände zu kaschieren, wenn sprichwörtlich die Dinge unter ihn gekehrt werden.

Die Geschäftsorganisation hat Gewähr dafür zu bieten, dass die von den gruppenangehörigen Unternehmen zu beachtenden Bestimmungen eingehalten werden (Compliance-Organisation, § 25a Abs. 1 Satz 1, Abs. 1a Satz 1, Abs. 1b Satz 1 KWG) und dass die Risikotragfähigkeit der Gruppe laufend sicher gestellt ist (Risikomanagement, § 25a Abs. 1 Satz 3, Abs. 1a Satz 1, Abs. 1b Satz 1 KWG). Dabei entspricht es der Zielsetzung des Aufsichtsrechts,⁷² die gruppenweite Compliance-Organisation auf die Verhinderung von Rechts- oder Reputationsrisiken zu beschränken, durch die die Finanzstabilität der Gruppe in Frage gestellt wird.⁷³ Eine weitergehende Inpflichtnahme der Gruppenspitze zur Sicherung der allgemeinen „Rechtstreue“ als Sonderrecht der aufsichtsunterworfenen Finanzbranche wäre aus den Regelungszielen gerade nicht zu legitimieren.⁷⁴

Hauptbestandteil der gruppendifferenzierten Organisationspflichten ist das Konzernrisikomanagement.⁷⁵ Das übergeordnete Unternehmen muss die Geschäfts-⁷⁶ und dazu konsistente Risikostrategien – Teilstrategien für unterschiedliche Risikoarten – festlegen und die Strategien der gruppenangehörigen Unternehmen auf die Gruppenstrategien abstimmen.⁷⁷ Es muss darüber hinaus Verfahren zur Ermittlung und Sicherstellung der Risikotragfähigkeit etablieren, d.h. interne Prozesse sowohl für das Normalszenario (gruppenweiter *ICAAP*) als auch für Stressszenarien festle-

chende Übertragung der originär auf Einzelinstitute ausgerichteten Regelungen auf die Gruppenebene“; ähnlich *Zimmermann*, BKR 2005, 208, 212; *Thelen-Pischke/Grötzinger*, Wpg 2007, 976, 979.

⁷¹ *Gebauer/Niermann* in: Hauschka (Hrsg.), *Corporate Compliance*, 2. Aufl., 2010, § 36 Rn. 70; *Fett/Gebauer*, FS Schwark, 2009, S. 375, 376.

⁷² Oben 2.1.1.

⁷³ Dementsprechend versteht die MaRisk die Compliance-Funktion als Teil des Risikomanagements und widmet sich ihr als Element der Gruppenverantwortung nicht gesondert, vgl. MaRisk AT 4.4.2, AT 4.5.

⁷⁴ Zur besonderen Inpflichtnahme des übergeordneten Unternehmens für die Verwirklichung anderer, im öffentlichen Interesse stehender Belange (z.B. Verhinderung von Geldwäsche et al.) oben Fn. 50. Zur Insiderhandelsprävention, *Schulz/Kuhnke*, BB 2012, 143, 144.

⁷⁵ MaRisk AT 4.5; zu den inhaltlichen Anforderungen im Einzelnen *Braun/Wollgarten* in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, (Fn. 7), § 25a Rn. 842 ff.; *Hellstern* in: Luz/Neus/Schaber/Scharpf/Schneider/Weber, KWG, 2. Aufl., 2011, § 25a Abs. 1a Rn. 5 ff.; *Schelm* in: Kümpel/Wittg, (Fn. 16), Rn. 2.126 ff.; *T.Schneider*, (Fn. 7), S. 121 ff.; *Wundenberg*, (Fn. 7), S. 172 ff.

⁷⁶ Die Kritik an der Einbeziehung der Geschäftsstrategie in die aufsichtsrechtliche Überprüfung (*Langen* in: Schwennicke/Auerbach, (Fn. 57), § 25a Rn. 62) verkennt, dass nicht diese selbst Überprüfungsgegenstand ist, sondern lediglich die Konsistenz der Risiko- mit der von der Geschäftsleitung frei gewählten Geschäftsstrategie nachvollzogen werden soll.

⁷⁷ MaRisk AT 4.5. Tz. 2; *Hannemann/A.Schneider*, Mindestanforderungen an das Risikomanagement, 3. Aufl., 2011, S. 313 f.

gen.⁷⁸ In seiner Verantwortung liegt weiterhin die Einrichtung interner Kontrollverfahren, zu denen vor allem ein die Vorgänge bei den gruppenangehörigen Unternehmen einbeziehendes Konzernrisiko-Controlling (einschließlich Risikoberichterstattung) und die Konzernrevision gehören.⁷⁹ Das übergeordnete Unternehmen muss auch die gruppenweite Einhaltung der InstitutsVergV sichern. Schließlich hat es ein Informationssystem einzurichten, das angemessen über die finanzielle Lage aller gruppenangehörigen Unternehmen informiert (regelmäßiges Gruppenreporting).

Die Bundesregierung will in ihren jüngsten Reformvorschlägen an materiellem Gehalt und Stoßrichtung der Organisationspflichten des § 25a Abs. 1, Abs. 1a, Abs. 1b KWG nichts ändern. Allerdings soll die prinzipiell im Ermessen der Geschäftsleiter (§ 1 Abs. 2 S. 1 KWG) oder Leitpersonen (§ 2d Abs. 1 KWG) stehende Art und Weise der Pflichterfüllung (noch unten 4) durch detaillierte Mindestvorgaben in § 25c Abs. 3a, Abs. 3b KWG i.d.F. RegE TrennbankenG sehr viel stärker als bisher vorgezeichnet und mit einer schneidigen Strafdrohung für Vorsatz und Fahrlässigkeitstaten in § 54a KWG i.d.F. RegE TrennbankenG sanktioniert werden.

Die anstehende Umsetzung der in diesem Punkt nicht mehr in Streit stehenden CRD IV wird weitere zwingende Vorgaben enthalten, die im deutschen Kontext v.a. die Organisation und Funktion des Aufsichtsrats (auch) des übergeordneten Unternehmens in Bezug auf das Risikomanagement betreffen.⁸⁰ Von besonderer Bedeutung ist im hier interessierenden Kontext das Erfordernis, einen Risikoausschuss einzurichten, „der sich aus Mitgliedern des Leitungsorgans zusammensetzt, die in dem betreffenden Institut keine Führungsaufgabe wahrnehmen.“⁸¹ Dieser „berät das Leitungsorgan in dessen Aufsichtsfunktion zur aktuellen und künftigen Gesamttrisi-

⁷⁸ MaRisk AT 4.5. Tz. 3; zur Bankenpraxis *Gann/Rudolph* in: Hopt/Wohlmannstetter (Hrsg.), (Fn. 7), S. 601, 606 ff.; eingehend v.a. *Schierenbeck/Lister/Kirmße*, Ertragsorientiertes Bankmanagement, Bd. 2, 9. Aufl., 2008, S. 56 ff.; ohne Fokus auf die Finanzbranche *Gleißner*, Grundlagen des Risikomanagements im Unternehmen, 2008, S. 195 ff.; auch schon oben Fn. 21.

⁷⁹ MaRisk AT 4.5. Tz. 5, Tz. 6; *Hannemann/A.Schneider*, (Fn. 77), S. 320 ff.

⁸⁰ Zur gegenwärtigen, jenseits der Anforderungen an die fachliche Qualifikation der Aufsichtsräte in § 36 Abs. 3 KWG, allein durch das allgemeine Verbandsrecht bestimmten Stellung des Aufsichtsrats *Binder* in: Hopt/Wohlmannstetter (Hrsg.) (Fn. 7), S. 685, 696 f.; mit Blick auf das VAG *Dreher/Häußler*, ZGR 2011, 471, 483 ff.; eingehend zum Gesellschaftsrecht in jüngerer Zeit *M.Winter*, FS Hüffer, 2010, S. 1103; vgl. auch *Hoffmann-Becking*, ZHR 159 (1995) 325, 331; *Hommelhoff*, ZGR 1996, 144, 149 ff.; *Löbbe*, Unternehmenskontrolle im Konzern, 2003, S. 235 ff.; *Hopt/Roth* in: Großkommentar Aktiengesetz, Bd. 4, 4. Auflage 2005, § 111 Rn. 369 ff.; *Habersack* in: Münchener Kommentar zum AktG, (Fn. 7), § 111 Rn. 54; *Bürkle*, BB 2007, 1797, 1800; *Kort*, NZG 2008, 81, 84; *Klein-diek* in: Hommelhoff/Hopt/von Werder (Hrsg.), Handbuch Corporate Governance, 3. Aufl., 2010, S. 787, 808 f.; auch *Lutter*, FS Goette, 2011, S. 289, 294 f. mit dem Hinweis, dass aus der Gleichsetzung von „Unternehmen“ mit „Konzern“ in Ziff. 5.3.1. und Präambel Abs. 9 DCGK geschlossen werden könne, dass Ziff. 5.3.2. DCGK von einer gruppendifferenzierten Überwachungsaufgabe (des Prüfungsausschusses) bzgl. Compliance-Organisation und Risikomanagement ausgehe.

⁸¹ Art. 75 Abs. 3 Satz 1 CRD IV.

kobereitschaft und –strategie des Instituts und hilft dem Leitungsorgan in dessen Aufsichtsfunktion, die Umsetzung dieser Strategie zu beaufsichtigen.“⁸²

Der Wortlaut des § 25a Abs. 1a Satz 1, Abs. 1b Satz 1 KWG besagt, dass die Geschäftsleiter oder Leitungspersonen der übergeordneten (Konglomerats-)Unternehmen für die Einhaltung der Organisationsanforderungen in den erfassten Gruppen verantwortlich sind. Damit bleibt letztlich offen, wie tief hinabreichend die Risikomanagementsysteme auszugestalten sind. Die BaFin geht davon aus, dass sich die „Reichweite des Risikomanagements auf Gruppenebene ... auf alle wesentlichen Risiken der Gruppe unabhängig davon [erstreckt], ob diese von konsolidierungspflichtigen Unternehmen begründet werden oder nicht (z.B. Risiken aus nicht konsolidierungspflichtigen Zweckgesellschaften)“.⁸³ Damit ist gemeint, dass die Gruppenorganisation so ausgestaltet sein muss, dass sämtliche relevanten⁸⁴ Risiken im konzernweiten Risikomanagement zutreffend berücksichtigt werden. Dabei sind die Risiken an der „Schnittstelle“ zwischen Konsolidierungskreis und anderen Entitäten zu erfassen und von dort in das Konzern-Risikomanagement einzuspeisen.⁸⁵ Es geht also nicht darum, die Organisationsanforderungen selbst auf Zweckgesellschaften oder gar Industrieunternehmen zu erstrecken⁸⁶ – diese erfüllen selbst nicht die makroökonomisch entscheidende Funktion der Liquiditätsversorgung und sind daher aufsichtsrechtlich nur insoweit relevant, als von ihnen Risiken für die Träger dieser essentiellen Funktion ausgehen.

3 EINPASSUNG IN DEN AKTIENRECHTLICHEN RAHMEN

Das aufsichtsrechtlich Geforderte möglichst reibungslos innerhalb des gesellschafts- und konzernrechtlichen Rahmens zu realisieren, ist vor allem deshalb eine Herausforderung, weil das materielle Bankenaufsichtsrecht das Pflichtenprogramm der adressierten Organe des übergeordneten Unternehmens nicht unerheblich erweitert. Die Bewältigung gelingt dogmatisch stringent, wenn das eingangs konkretisierte Ziel der Gruppenverantwortung, ein gesteigertes öffentliches Interesse an der

⁸² Art. 75 Abs. 3 Satz 3 CRD IV. Zur geplanten Umsetzung, vgl. § 25d Abs. 8 KWG i.d.F. RegE CRD IV-Umsetzungsg. Dazu *Langenbacher*, ZHR 176 (2012) 652, 657 f.; *Brandi/Gieseler*, NZG 2012, 1321, 1329.

⁸³ MaRisk AT 4.5 Tz. 1.

⁸⁴ Zu der im Wortlaut des § 25a Abs. 1 Satz 3 Ziff. 1 Buchst. b), Abs. 1a Satz 1, Abs. 1b Satz 1 KWG nicht ausdrücklich vorgesehenen Beschränkung auf „wesentliche Risiken“ *T.Schneider*, (Fn. 7), S. 122; diese entspricht dem in Artt. 22 Abs. 2, 123 Abs. 2 Richtlinie 2006/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2006 über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute, ABl. EU L 177 vom 30.6.2006, S.1 („neugefasste Bankenrichtlinie“) zum Ausdruck kommenden Grundsatz der Proportionalität; auch *Dreher/Schaaf*, WM 2008, 1765, 1772.

⁸⁵ Die Bewertung der Risiken, die z.B. von Industriebeteiligung o.ä. ausgehen, erfolgt auf der Grundlage der Informationen, die im Rahmen der insoweit allein durch das Gesellschaftsrecht bestimmten Risikofrüherkennungssysteme generiert werden (dazu noch unten 3.1.1.2), d.h. es gibt grundsätzlich auch keine „Vorwirkung“ der aufsichtsrechtlichen Organisationspflichten.

⁸⁶ So aber die Deutung bei *Wundenberg*, (Fn. 7), S. 165 f.; wie hier wohl *Braun/Wolfgarten* in: *Boos/Fischer/Schulte-Mattler*, (Fn. 7), § 25a Rn. 831; *Hellstern* in: *Luz/Neus/Schaber/Scharpf/Schneider/Weber*, (Fn. 7), § 25 Abs. 1a Rn. 4.

Normbefolgung zu bedienen,⁸⁷ sowohl auf der Ebene des übergeordneten (3.1) als auch auf derjenigen der nachgeordneten Unternehmen (3.2) angemessen in das Verbandsrecht integriert wird.

3.1 PFLICHTENPROGRAMM DER OBERGESELLSCHAFT

Letztlich hängt die Möglichkeit des übergeordneten Unternehmens, seine aufsichtsrechtlich begründete Gruppenverantwortung rechtmäßig wahrzunehmen, von den verbands- und konzernrechtlichen Restriktionen auf der Ebene der nachgeordneten Unternehmen ab. Gleichwohl soll zunächst betrachtet werden, wie sich die Einwirkung des Aufsichtsrechts auf die Organpflichten bei dem in die Pflicht genommenen, übergeordneten Unternehmen vollzieht. Eine solche, an den Zielen des Aufsichtsrechts orientierte Betrachtung erhellt nämlich, dass und wie sich auch das Organisationsrecht der Untergesellschaft für die aufsichtsrechtlichen Zielsetzungen öffnet.

Die folgenden Ausführungen konzentrieren sich auf die Aktiengesellschaft und die – im hier interessierenden Zusammenhang gemäß Art. 39 Abs. 1 Satz 1 SE-VO und der Geltung von § 76 AktG nach Art. 9 Abs. 1 Buchst. c) Ziff. ii. SE-VO weitgehend vergleichbar aufgestellte⁸⁸ – dualistische SE als praktisch wichtigste Verbandsformen übergeordneter Unternehmen mit Sitz im Inland.

3.1.1 DIVERGENZEN IN DEN GRUPPENBEZOGENEN LEITUNGSPFLICHTEN

Ausgangspunkt der Überlegungen ist das weite Geschäftsleiterermessen, das die h.M. sowohl im Vertragskonzern⁸⁹ als auch im faktischen Konzern⁹⁰ bejaht, so-

⁸⁷ Oben 2.1.

⁸⁸ Für die monistische SE gilt im Hinblick auf das konzerndimensionale Leitungsermessen des Verwaltungsrats Art. 43 Abs. 1 SE-VO. Zu dessen Konkretisierung kann § 76 AktG zwar nicht unmittelbar herangezogen werden, vgl. § 20 SEAG, was aber die Heranziehung der normativen Überlegungen im Rahmen des § 22 Abs. 1 SEAG nicht ausschließt. Insbesondere geht es bei der konzerndimensionalen Planung, Steuerung und Organisation um originäre Aufgaben des Verwaltungsrates, vgl. *Reichert/Brandes* in: Münchener Kommentar zum AktG, Bd. 7, 3. Aufl. 2012, Art. 43 SE-VO Rn. 75 ff.

⁸⁹ Vgl. nur *Mertens/Cahn* in: Kölner Kommentar zum AktG, Bd. 2/1, 3. Aufl. 2010, § 76 Rn. 65; *Spindler* in: Münchener Kommentar zum AktG, (Fn. 7), § 76 Rn. 49; *Kort* in: Großkommentar zum AktG, Bd. 3, 4. Aufl., 2002, § 76 Rn. 144; *Hüffer*, AktG, 10. Aufl. 2012, § 76 Rn. 17, 17a; *Fleischer* in: Spindler/Stilz, (Fn. 7), § 76 Rn. 90; *Kleindiek* in: Hommelhoff/Hopt/von Werder (Hrsg.), (Fn. 80), S. 787, 794 f.; *Löbbe*, (Fn. 80), S. 83; *Götz*, ZGR 1998, 524, 526 ff.; *Lutter*, FS Goette, 2010, S. 289 Fn. 1. Bejahend im Sinne einer intensiven Pflicht zur integrativen Verbundleitung *Hommelhoff*, Die Konzernleitungspflicht, 1982, S. 43 ff.; *Bayer* in: Münchener Kommentar zum AktG, Bd. 1, 3. Aufl. 2008, § 18 Rn. 19; *Krieger* in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4, 3. Aufl., 2007, § 70 Rn. 155.

⁹⁰ *Hüffer*, (Fn. 89), § 76 Rn. 17; *ders.*, in: Bayer/Habersack (Hrsg.), Aktienrecht im Wandel, § 7 Rn. 24; *Vedder* in: Grigoleit, AktG, 2013, § 76 Rn. 5; *Seibt* in: K.Schmidt/Lutter (Hrsg.), (Fn. 89), § 76 Rn. 16; eingehend auch *Mülbert*, Aktiengesellschaft, Unternehmensgruppe und Kapitalmarkt, 2. Aufl. 1996, S. 29 ff. Grundlegend für die Gegenansicht auch insoweit *Hommelhoff*, (Fn. 89), S. 165 ff., 184 ff.; zustimmend *Kropf*, ZGR 1984, 112, 116.

dass dem Vorstand des übergeordneten Unternehmens verbandsrechtlich weitgehend anheimgestellt ist, wie intensiv er auf die gruppenangehörigen Unternehmen zur Beförderung von Konzernbelangen einwirken will. Die gruppendifferenzierte Leitungsaufgabe wird demnach in zentralen Aspekten gegenüber dem allgemeinen Aktienrecht erweitert,⁹¹ weil in Bezug auf die Eigenkapitalkonsolidierung etc. (3.1.1.1), aber vor allem im Hinblick auf das Risikomanagement (3.1.1.2) im aufsichtsunterworfenen Finanzsektor sehr konkrete Vorgaben gemacht werden.

3.1.1.1 EIGENKAPITALAUSSTATTUNG UND RISIKOKONZENTRATION (ERSTE SÄULE)

Zwar gibt es auch im allgemeinen Aktienrecht eine konzernweite Finanzverantwortung, deren Ziel darin liegt, die Liquidität im Verbund zu sichern.⁹² Dem Vorstand wird insoweit jedoch ein breites Ermessen eingeräumt, wie er diese Verantwortung wahrnimmt, was ihm sogar eine dezentrale Finanzführung erlauben soll.⁹³ Die Orientierung der einschlägigen Konzernverantwortung an bestimmten, nach einer detailliert in der SolvV festgeschriebenen Methodologie ermittelten Eigenkapital- und Liquiditätskennziffern, lässt sich dem allgemeinen Aktienrecht jedenfalls nicht entnehmen. Vergleichbares gilt im Hinblick auf die Vermeidung von übermäßigen Risikoexpositionen (Klumpenrisiken), die nach manchen Stimmen zwar auch nach allgemeinem Aktienrecht bei Investitionsentscheidungen anzustreben ist,⁹⁴ sich aber wiederum nicht an festen Höchstgrenzen orientiert, die nach einer bestimmten Methodologie ermittelt werden.

3.1.1.2 ORDNUNGSGEMÄßE GESCHÄFTSORGANISATION (ZWEITE SÄULE)

Auch im Hinblick auf die qualitativen Vorgaben in der zweiten Säule geht das Aufsichtsrecht über die allgemein konsentierten Organisationspflichten im Aktienrecht hinaus.

Für das allgemeine Aktienrecht wird mit unterschiedlichen Begründungen auch nach der BilMoG-Reform ganz überwiegend verneint, dass der Vorstand ein umfassendes verbundweites Risikomanagementsystem einrichten müsse, um die von § 91 Abs. 2 AktG geforderten Maßnahmen zur Früherkennung bestandsgefähr-

Vgl. auch *U.H.Schneider/S.H.Schneider*, ZIP 2007, 2061, 2062 die zumindest eine Leitungspflicht des Vorstands der Obergesellschaft, wenn auch ohne Konzernfinalität annehmen.

⁹¹ Zum grundsätzlichen Bestand derselben nur *Mertens/Cahn* in: Kölner Kommentar zum AktG, (Fn. 89), § 76 Rn. 65; *Koppensteiner* in: Kölner Kommentar zum AktG, Bd. 6, 3. Aufl. 2004, § 291 Rn. 71; *Spindler* in: Münchener Kommentar zum AktG, (Fn. 7), § 76 Rn. 49; *Krieger* in: Lutter (Hrsg.), Holding-Handbuch, 4. Aufl. 2004, § 6 Rn. 5; *Löbbe*, (Fn. 80), S. 88 ff.; *Götz*, ZGR 1998, 524, 534 f.; *S.H.Schneider/U.H.Schneider*, AG 2005, 57, 58; *Hülfer*, FG Happ, 2006, S. 93, 98, 102.

⁹² Z.B. *Fleischer* in: Spindler/Stilz, AktG, (Fn. 7), § 76 Rn. 100; *ders.*, DB 2005, 759, 764. Vgl. auch *Theisen*, Der Konzern, 2000, S. 211; zur GmbH *Jungkurth*, Konzernleitung bei der GmbH, 2000, S. 54.

⁹³ *Fleischer* in: Spindler/Stilz, (Fn. 7), § 76 Rn. 100.

⁹⁴ *Fleischer/Schmolke*, ZHR 173 (2009), 649, 676 ff.

dender Risiken zu treffen.⁹⁵ Danach muss das Netz des aktienrechtlich erforderlichen Früherkennungssystems nicht so engmaschig gewoben sein, wie dies betriebswirtschaftlichen Standards des Risikomanagements entspräche, vielmehr steht die Schaffung adäquater Strukturen prinzipiell im Ermessen der Geschäftsleiter.⁹⁶ Hierin zeigt sich, dass die sehr viel weitergehenden Organisationspflichten aus § 25a Abs. 1 Satz 3, Abs. 1a, Abs. 1b KWG⁹⁷ aus dem im Aufsichtsrecht verfolgten, öffentlichen Interesse an einer Risikofrüherkennung⁹⁸ entspringen müssen, das über die Bestandssicherung primär im Interesse der Anteilseigner weit hinausreicht.

Auch im Hinblick auf eine Pflicht, konzernweit für die Einhaltung von Rechtsnormen zu sorgen („Legalitätskontrollpflicht“⁹⁹) und zu diesem Zweck, eine gruppenweite Compliance-Organisation einzurichten, die im allgemeinen Aktienrecht zutreffend aus der Leitungsverantwortung des Vorstands der Obergesellschaft¹⁰⁰ nach §§ 76 Abs. 1, 93 Abs. 1 AktG abgeleitet wird,¹⁰¹ lassen sich konzeptio-

⁹⁵ *Mertens/Cahn* in: Kölner Kommentar zum AktG, (Fn. 89), § 91 Rn. 20; *Hüffer*, (Fn. 89), § 91 Rn. 9; *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, (Fn. 7), § 91 Rn. 35; *Krieger/Sailer-Coceani* in: K.Schmidt/Lutter, (Fn. 89), AktG, § 91 Rn. 14; *Grigoleit/Tomasic* in: Grigoleit, (Fn. 90), § 91 Rn. 8; *Baums*, ZGR 2011, 218, 272 f.; *ders.*, ZHR 175 (2011) 160, 197; *Dreher*, FS Hüffer, 2010 S 161, 162 ff.; *Immenga*, FS Schwark, 2009, S 199, 201; *Kort* ZGR 2010, 440, 451 ff.; *Windbichler* in: Hommelhoff/Hopt/von Werder (Hrsg.), (Fn. 80), S. 825, 838 f.; vor BilMoG ebenso *Spindler* in: Münchener Kommentar zum AktG, (Fn. 7), § 91 Rn. 27, 41; *ders.*, in: *Fleischer* (Hrsg.), Handbuch des Vorstandsrechts, 2006, § 19 Rn. 62; *Kort* in: Großkommentar zum AktG, (Fn. 89), § 91 Rn. 40, 43, 51; *Götz*, NJW-Sonderheft H. Weber, 2001, S 21; *Hoffmann-Becking*, ZGR 1998, 497, 513; *Hommelhoff/Matheus*, AG 1998, 249, 251; *Hommelhoff*, FS Sandrock, 2000, S. 373; *Seibert* FS Bezenberger, 2000, S 427, 436 ff.; *Pahlke* NJW 2002, 1680, 1681 ff.; *Preußner* NZG 2008, 574, 575; demgegenüber für Notwendigkeit eines umfassenden, konzernweiten Risikomanagementsystems auch bei der Normal-AG im Hinblick auf die andernfalls leerlaufenden § 289 Abs. 5 HGB, § 107 Abs. 3 Satz 2 AktG und die Vorgaben in Art. 41 Abs. 2 Buchst. d) der Abschlussprüferrichtlinie 2006/43/EG (Abl. EU L 157, S. 87) und Art. 46a Abs. 1 Buchst. c) der Jahresabschluss-RL 78/660/EWG i.d.F. der Änderungsrichtlinie 2006/46/EG (Abl. EU Nr. L 224, S.1), z.B. *Spindler*, WM 2008, 905, 906; *ders.*, FS Hüffer, 2010, S 985, 988 ff.; *Lutter*, FS Goette, 2011, S. 289, 296 f.

⁹⁶ Vgl. nur *Krieger/Sailer-Coceani* in: K.Schmidt/Lutter, (Fn. 89), § 91 Rn. 14; *Fleischer* in: *Spindler/Stilz*, (Fn. 7), § 91 Rn. 36; *Fleischer* AG 2003, 291, 298; *Hillebrand*, Das Früherkennungs- und Überwachungssystem bei Kapitalgesellschaften, 2005, S 136 ff.; *Huth*, BB 2007, 2167.

⁹⁷ Oben 2.2.3.

⁹⁸ Oben 2.1.

⁹⁹ Zur Terminologie *Fleischer*, CCZ 2008, 1, 5; *Verse*, ZHR 175 (2011) 401, 403; *Lutter*, FS Goette, 2011, S. 289, 292.

¹⁰⁰ Zu den mit Gesamt- und Letztverantwortung vereinbaren Möglichkeiten, betriebswirtschaftlich sinnvoller Delegation *Löbbe*, (Fn. 80), S. 169 ff.; *Götz*, ZGR 2003, 1, 13; *Schwark*, FS Ulmer, 2003, S. 605, 621; *Habersack*, WM 2005, 2360, 2361 ff.; *Krauel/Klie*, WM 2010, 1735, 1739 ff.; *Binder* in: Hopt/Wohlmannstetter (Hrsg.), (Fn. 7), S. 685, 701 f. Vgl. auch MaRisk AT 3 und dazu *Hellstern* in: Luz/Neus/Schaber/Scharpf/Schneider/Weber, (Fn. 7) § 25a Abs. 1 Rn. 76; *Hannemann/A.Schneider*, (Fn. 77), S. 123 ff.

¹⁰¹ Zu dieser Rechtsgrundlage nur *Mertens/Cahn* in: Kölner Kommentar zum AktG, (Fn. 89), § 91 Rn. 35; *Spindler* in: Münchener Kommentar zum AktG, (Fn. 7), § 91 Rn. 38; *ders.* in: *Fleischer* (Hrsg.), (Fn. 95), § 19 Rn. 51; *ders.*, WM 2008, 905, 907, 909; *Krieger/Sailer-Coceani* in: K.Schmidt/Lutter, (Fn. 89), AktG, § 91 Rn. 14; *Eisele/Faust* in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Hrsg.), (Fn. 36), § 109 Rn. 96; *Fleischer* in: *Spindler/Stilz*, (Fn. 7), § 91 Rn. 47; *ders.*, AG 2003, 291, 299; *ders.*, BB 2008 1070, 1072; *Bürkle*, BB 2005, 565, 568 f.; *Bachmann* in: Gesellschaftsrechtliche Vereinigung (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in der

nelle Abweichungen des Aufsichtsrechts von der vorherrschenden Sicht im Aktienrecht zeigen. Im Verbandsrecht werden die prinzipiell anerkannten, gruppenbezogenen Leitungspflichten überwiegend allein aus dem Verbandsinteresse abgeleitet, das den Vorstand bei der Verwaltung des Beteiligungsbesitzes verpflichte, Einbußen von der Obergesellschaft abzuwenden.¹⁰² Die konzerndimensionale Legalitätskontrollpflicht dient daher nur dazu, Normverstöße im Rahmen der Geschäftstätigkeit der nachgeordneten Gesellschaften zu unterbinden, die rechtlich oder marktinduziert auf die Obergesellschaft zurückwirken.¹⁰³ Dahinter steht die prinzipiell zutreffende Überlegung, dass weitergehende,¹⁰⁴ von relevanten Einbußen unabhängige Legalitätskontrollpflichten des übergeordneten Unternehmens nur aus einem im Ausgangspunkt verbandsfremden, öffentlichen Interesse an der Normdurchsetzung gerade durch die Inpflichtnahme der Obergesellschaft begründet werden können.¹⁰⁵ Ein solches ist hier für das materielle Bankenaufsichtsrecht aus der makroökonomischen Funktion der Banken begründet worden und besteht – wie angedeutet – ebenso für das Versicherungsaufsichtsrecht.¹⁰⁶ Demgegenüber lässt sich – gerade im Hinblick auf die Spezialnormen des Kartell- und Ordnungswidrigkeitenrechts – durchaus bezweifeln, dass *de lege lata* an der Befolgung jeder Rechtsnorm ein derart verstärktes, öffentliches Interesse bestünde, dass stets die entsprechende Inpflichtnahme der Verbandsorgane und -ressourcen des übergeordneten Unternehmens legitimiert werden könnte.¹⁰⁷

Diskussion 2007, 2008, S. 65, 73 f.; *Thole*, ZHR 173 (2009) 504, 510; *Immenga*, FS Schwark, 2009, S 199, 202; *Verse*, ZHR 175 (2011) 401, 404.

¹⁰² Zu dieser, letztlich auf den – durch die Geschäftsleitung zu fördernden - Verbandszweck zurückgehenden Pflicht, *Mertens/Cahn* in: Kölner Kommentar zum AktG, (Fn. 89), § 76 Rn. 65; *Koppensteiner* in: Kölner Kommentar zum AktG, (Fn. 91), Vorb § 291 Rn. 71; *Spindler* in: Münchener Kommentar zum AktG, (Fn. 7), § 76 Rn. 49; *Kort* in: Großkommentar zum AktG, (Fn. 89), § 76 Rn. 140; *Hopt* in: Großkommentar zum AktG, 4. Aufl., 1999, § 93 Rn. 114; *Hüffer*, (Fn. 89), § 76 Rn. 17a; § 93 Rn. 15; *Fleischer* in: *Spindler/Stilz*, (Fn. 7), § 76 Rn. 91; *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, 5. Aufl. 2010, § 14 Rn. 90; *Timm*, Die Aktiengesellschaft als Konzernspitze, 1980, S. 95 ff.; *U.H.Schneider*, FS Hüffer, 2010, S. 905, 910 ff.

¹⁰³ Vgl. für diese Sicht *Koch*, WM 2009, 1013, 1015 ff.; *Thole*, ZHR 173 (2009) 504, 517 f.; *Verse*, ZHR 175 (2011) 401, 409; *Lutter*, FS Goette, 289, 291; *Habersack*, FS Möschel, S. 1175, 1181 f.; *Forst*, DuD 2010, 160, 164 f.; *Raiser/Veil*, (Fn. 102) § 14 Rn. 81; ähnlich i.Erg. auch *Bunting*, ZIP 2012, 1542, 1546 ff., dessen Rekurs auf die bürgerlich-rechtlichen Haftungsstatbestände der §§ 831, 823 Abs. 1 BGB ebenfalls eine Schadensverantwortlichkeit der Obergesellschaft voraussetzt, entlang derer sich die gruppenweiten Legalitätskontrollpflichten entwickeln lassen.

¹⁰⁴ Für umfassende Legalitätskontrollpflicht *Dreher* ZWeR 2004, 86, 101 ff.; *Lösler* NZG 2005, 104, 105 ff.; *Bürkle* BB 2007, 1797, 1799; *U.H.Schneider/S.H.Schneider*, ZIP 2007, 2061, 2063 f.; *Bachmann* in: Gesellschaftsrechtliche Vereinigung (Hrsg.), (Fn. 101), S. 65, 94; *Casper* in: Bankrechtstag (Hrsg.), Verbraucherschutz im Kreditgeschäft, Compliance in der Kreditwirtschaft, 2009, S. 139, 170 f; *Fleischer* CCZ 2008, 1, 5; *Immenga*, FS Schwark, 2009, S 199, 204; *Fleischer* in: *Spindler/Stilz*, (Fn. 7), § 91 Rn. 59.

¹⁰⁵ Zum Verständnis der Gruppenverantwortung als verbundinterner Rechtsdurchsetzungsmechanismus oben 2.1.2.

¹⁰⁶ Oben 2.1.

¹⁰⁷ Sowohl die vom Eigeninteresse der Gesellschaft unabhängige, umfassende Legalitätspflicht (zu dieser *Mertens/Cahn* in: Kölner Kommentar zum AktG, (Fn. 89), § 93 Rn. 21; *Hopt/Roth* in: Großkommentar Aktiengesetz, (Fn. 80), § 93 Abs. 1 S.2, 4 n.F. Rn. 16, 21

3.1.2 TELEOLOGISCHE EINORDNUNG

Insgesamt können die Vorgaben des § 25a Abs. 1a, Abs. 1b KWG somit nicht als Wiedergabe des aktienrechtlichen Programms der Gruppenverantwortung angesehen werden. Pragmatisch könnte es bei diesem Befund bewenden, weil der Vorstand des übergeordneten Unternehmens die durch das Aufsichtsrecht begründeten, konzerndimensionalen Organisationspflichten als Ausdruck seiner Legalitätspflicht,¹⁰⁸ jedenfalls im Rahmen des rechtlich Möglichen, erfüllen muss. Eine systematisierende Konzeption des Zusammenspiels von Aufsichts- und Verbandsrecht lohnt aber gleichwohl bereits an dieser Stelle, weil mit ihr der Grundstein für die normativ konsistente Bestimmung der Grenzen der Gruppenverantwortung gelegt werden kann.

In den Mittelpunkt des Interesses rückt dabei der originär verbandsrechtliche Kanal, über den das Aufsichtsrecht auf die Geschäftsleiterpflichten im übergeordneten Unternehmen einwirkt. Dieser liegt in der Modifikation der inhaltlichen Zielvorgaben des Geschäftsleiterermessens durch die aufsichtsrechtlichen Wertungen. Der Vorstand hat sich bei der Wahrnehmung seiner Leitungsaufgabe, je nach Sicht, entweder an einer „interessenpluralen Zielkonzeption“ zu orientieren, die u.a. das öffentliche Interesse einbezieht,¹⁰⁹ oder aber an einem, von den Gründern in der Vereinbarung eines gemeinsamen Zwecks definierten Verbandsinteresse zu orientieren,¹¹⁰ wobei letzteres zum Teil mit einer Maximierung des Marktwertes im Investoreninteresse gleichgesetzt wird.¹¹¹ Die dargelegten, ein besonderes öffentliches Interesse bedienenden Ziele des Bankenaufsichtsrechts konkretisieren – ebenso wie diejenigen des Versicherungsaufsichtsrechts – entweder das stets zu beachtende öffentliche Interesse oder führen dieses als (vorrangige) Determinante der Leitungs-

f.; *Spindler* in: Münchener Kommentar zum AktG, (Fn. 7), § 93 Rn. 63 ff.; *Lutter*, ZIP 2007, 841, 843 f.; *Thole*, ZHR 173 (2009) 504; *Habersack*, FS U.H.Schneider, 2011, S. 429, als auch die entsprechende, verbundweite Legalitätskontrollpflicht sind Ausdruck eines öffentlichen Interesses an der Normdurchsetzung. Die unterschiedlichen Reichweiten lassen sich aber mit der Überlegung rechtfertigen, dass Unterlassungspflichten (Legalitätspflicht bei eigenem Verhalten) und Handlungspflichten (Legalitätskontrollpflicht gegenüber Verhalten der Untergesellschaften) mit unterschiedlichen Graden der Freiheitseinschränkung verbunden sind.

¹⁰⁸ Oben Fn. 107.

¹⁰⁹ OLG Hamm vom 10.5.1995 – 8 U 59/94, AG 1995, 512, 514; *Mertens/Cahn* in: Kölner Kommentar zum AktG, (Fn. 89), § 76 Rn. 15 ff.; *Kort* in: Großkommentar zum AktG, (Fn. 89), § 76 Rn. 52 ff.; *Hülfer*, (Fn. 89), § 76 Rn. 12a; *ders.*, FS Raiser, 2005, S. 163, 167 ff.; *Hopt*, ZGR 1993, 534, 536; *Engert*, FS Heldrich, 2005, S. 87, 91 ff.; *Goette* ZGR 2008, 436, 447; *Rönnau*, FS Amelung, 2009, S. 247, 261 ff.

¹¹⁰ Grundlegend für diese mitgliedschaftliche Sicht *Zöllner*, Die Schranken mitgliederschaftlicher Stimmrechtsmacht, 1963, S. 23 ff.; *ders.*, AG 2003, 3, 7 f.; ähnlich *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I, 1980, § 6 III. 2. b) aa), S. 338 f.; *ders.*, ZGR 2011, 183, 195 f.

¹¹¹ *F. Wagner*, BFuP 1997, 473; *Mülbert*, ZGR 1997, 129, 140 ff.; *ders.*, FS Röhrich, 2005, S. 421, 424 ff.; *Groh*, DB 2000, 2153, 2155 ff.; *Paelgen*, Unternehmerische Entscheidungen und Rechtsbindung der Organe in der Aktiengesellschaft, 2002, S. 59 ff.; *Klöhn*, ZGR 2008, 110, 141 ff.; für Vorrang entsprechend konkretisierter Aktionärsinteressen (*shareholder primacy*) *Fleischer* in: *Spindler/Stilz*, (Fn. 7), § 76 Rn. 37 f.; *Spindler* in: Münchener Kommentar zum AktG, (Fn. 7), § 76 Rn. 78 f.; *Seibt* in: *K.Schmidt/Lutter*, (Fn. 89), § 76 Rn. 12.

aufgabe des Vorstands ein.¹¹² Bildlich gesprochen legt sich das im materiellen Aufsichtsrecht konkretisierte, öffentliche Interesse als aus der Perspektive der Anteilseigner heteronome (öffentlich-rechtliche) Last auf das Leitungsermessen des Vorstands.

Der zu betonende Gesichtspunkt liegt darin, dass allein mit der Unterstellung des übergeordneten Unternehmens unter das makroökonomisch fundierte aufsichtsrechtliche Regime ein spezifisches öffentliches Interesse als (zusätzlicher und) vorrangiger, normativer Leitstern für die (Verbund-)Leitungsaufgabe der Vorstände festgelegt wird. Dieser zwingt selbst dann zu einer, im Vergleich zur außerhalb der aufsichtsunterworfenen Branchen tätigen Aktiengesellschaft weitergehenden, in *grosso modo* den aufsichtsrechtlichen Vorgaben entsprechenden Geschäftsorganisation, wenn die spezifischen Ausgestaltungsvorgaben zur Gruppenverantwortung, insbesondere in § 25a Abs. 1, Abs. 1a, Abs. 1b KWG, gestrichen würden. Diese sind konkretisierter Ausdruck des besonderen öffentlichen Interesses an der Befolgung (bestimmter) Normen. In der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers trägt dieses die Begründung einer gruppenweiten Organisationsverantwortung, zu deren Verwirklichung das durch § 76 Abs. 1 AktG gewährte Organisationsermessen der Geschäftsleitung in den erfassten Unternehmen Einschränkungen erfährt. Auf den Punkt gebracht, verändern die konkreten, in den Instituten des positiven Rechts zum Ausdruck kommenden Wertungen des Aufsichtsrechts die verbandsrechtlichen Vorstandspflichten selbst.

Dieser konzeptionelle Grundgedanke ist im Weiteren für die Frage zu entfalten, ob und inwieweit das aufsichtsrechtlich Geforderte konzernrechtlich durchzusetzen ist.

3.2 KONZERNRECHTLICHE RESTRIKTIONEN BEI DER VERWIRKLICHUNG GRUPPENDIMENSIONALER LEITUNGSVERANTWORTUNG

Es entspricht der allgemeinen Meinung, dass die gruppendifferenzierten Pflichten der Geschäftsleiter und Leitungspersonen der übergeordneten Unternehmen nicht weiter gehen können, als deren gesetzeskonform begründbare Einwirkungsbefugnisse gegenüber den nachgeordneten Gruppenunternehmen reichen.¹¹³ Immerhin ist zu beachten, dass die europarechtliche Grundlage der bankaufsichtsrechtlichen Organisationspflichten keinen expliziten „Verbandsrechtsvorbehalt“ kennt,¹¹⁴ wie er im nationalen Aufsichtsrecht flächendeckend normiert ist.¹¹⁵

¹¹² Vgl. auch *Binder* in: Hopt/Wohlmannstetter (Hrsg.), (Fn. 7), S. 685, 686 f.: Erweiterung des „Bezugsrahmen[s] gesellschaftsrechtlicher Pflichten“.

¹¹³ Schon oben Fn. 7.

¹¹⁴ Vgl. Artt. 22, 123 und Annex V der neugefassten Bankenrichtlinie 2006/48/EG; auch noch unten Fn. 177. Auch in der MaRisk AT 2.1 Tz. 1 wurde mit der zweiten Novellierung der bis dahin enthaltene Verbandsrechtsvorbehalt gestrichen, vgl. *Langen*, BKR 2009, 309, 310.

¹¹⁵ Siehe §§ 10a Abs. 12 Satz 2, 10b Abs. 6 Satz 2, 13b Abs. 4 Satz 3 KWG und die darauf verweisenden §§ 13c Abs. 4 Satz 2, 25a Abs. 1a Satz 2, Abs. 1b Satz 4 KWG. Es verdient Beachtung, dass die „Modellnorm“, i.e. die sachgleiche Vorgängervorschrift des

Wichtiger als die Frage der Europarechtskonformität dieser radikalen Präponderanz des verbandsrechtlichen Trennungsprinzips erscheint aber, dass die bisherige Diskussion einen „blinden Fleck“ aufweist. Sie berücksichtigt nämlich nicht hinreichend, dass der gesellschaftsrechtliche Rahmen vor dem Hintergrund der im Aufsichtsrat konkretisierten Wertungen eine Anpassung erfahren muss. Selbst die überaus gedankenreichen, monographischen Untersuchungen zur Durchsetzbarkeit aufsichtsrechtlicher Vorgaben gegenüber gruppenangehörigen Unternehmen gehen dieser Dimension nicht hinreichend nach und stellen deshalb die allgemein aktienrechtliche Verfassung der nachgeordneten Unternehmen als unflexible Barriere auch gegen das aufsichtsrechtlich induzierte Einflussstreben des übergeordneten Unternehmens.¹¹⁶

Der eigene Gegenentwurf soll wiederum konzentriert auf die Aktiengesellschaft, diesmal als nachgeordnetes Unternehmen, erörtert werden. Dies erscheint deshalb legitim, weil sich deren Statut als relativ konzernresistentestes darstellt.¹¹⁷ Vor allem aber ist die hier entwickelte Öffnung der Verbandsverfassung (auch) der nachgeordneten Unternehmen für die Wahrnehmung der aufsichtsrechtlich geforderten Gruppenverantwortung *mutatis mutandis* auf andere Organisationsformen übertragbar: auch bei diesen kann das Verbandsinteresses als übergeordnetes Unternehmensziel in der gleichen Weise Modifikationen durch die aufsichtsrechtlichen Wertungen erfahren. Konzeptionell lässt sich ein, die Verbandsziele beeinflussender Oktroi aufsichtsrechtlicher Wertungen selbst gegenüber Auslandstöchtern begründen – auch insoweit ist nicht ausgeschlossen, dass die privatautonom bestimmten, materiellen Determinanten der Leitungstätigkeit in der genannten Weise überlagert werden.¹¹⁸ Eine derartige, grenzüberschreitende Stoßkraft der (nationalen) aufsichtsrechtlichen Wertungen hängt weniger vom ausländischen Verbandsrecht, als vielmehr davon ab, inwieweit Wirtschaftsverwaltungsrecht extraterritorial Geltung – hier in Form der Einwirkung auf das Verbandsrecht – beansprucht.¹¹⁹

heutigen § 10a Abs. 12 Satz 2 KWG, in den Anfängen der konsolidierenden Aufsicht im Jahr 1984 in das Gesetz eingeführt wurde und zumindest im Lichte der internationalen, die zentralisierte Gruppenverantwortung immer stärker betonenden Entwicklung eher atavistisch anmutet, ähnlich *Fett/Gebauer*, FS Schwark, 2009, S. 375, 382.

¹¹⁶ Vgl. *T.Schneider*, (Fn. 7), S. 140 ff.; *Wundenberg*, (Fn. 7), S. 177 ff.

¹¹⁷ Vgl. zur verbunddimensionalen Durchsetzung aufsichtsrechtlicher Organisationspflichten bei anders verfassten, gruppenangehörigen Unternehmen auch *Binder* in: Hopt/Wohlmannstetter (Hrsg.), (Fn. 7), S. 685, 711 und eingehend *T.Schneider*, (Fn. 7), S. 204 ff.

¹¹⁸ Rechtlich weitgehend unproblematisch ist die Wahrnehmung von Zentralverantwortung, wenn das Auslandsgeschäft statt in Auslandstöchtern durch Niederlassungen betrieben wird. Zu den Determinanten der entsprechenden Strukturentscheidungen, *Tröger*, *Organizational Choices of Banks and the Effective Supervision of Transnational Financial Institutions*, S. 16 ff., <http://ssrn.com/abstract=2111979> (erscheint in 48 *Tex. Int'l L.J.* (2013)).

¹¹⁹ Zu Konzeption und Entwicklungsstand eines, diese Frage beantwortenden, öffentlichen Kollisionsrechts eingehend *Kment*, *Grenzüberschreitendes Verwaltungshandeln*, 2010, S. 204 ff. Für das Bankenaufsichtsrecht ist immerhin zu bedenken, dass viele seiner materiellen Vorgaben auf transnationale Harmonisierungsinitiativen, freilich nicht-hoheitlicher und auch keinesfalls allgemein anerkannter Regelgeber zurückgehen; zum Ba-

3.2.1 VERTRAGSKONZERN UND EINGLIEDERUNG

In der Literatur ist eingehend aufgearbeitet, dass Weisungsrecht, § 308 Abs. 1 Satz 1 AktG, und die Folgepflicht, § 308 Abs. 2 Satz 1 AktG, geeignete Instrumente darstellen, um die Gruppenverantwortung des übergeordneten Unternehmens wahrzunehmen.¹²⁰ Zum einen ist der erforderliche Informationsfluss innerhalb der Gruppe abgesichert, weder die Verschwiegenheitspflicht nach § 93 Abs. 1 Satz 3 AktG,¹²¹ noch das Bankgeheimnis¹²² stehen einer Weitergabe an das übergeordnete Unternehmen entgegen. Zum anderen sind auch Maßnahmen der Risikosteuerung möglich, insbesondere können gruppenweite Limitsysteme durchgesetzt werden,¹²³ obwohl diese bei den gruppenangehörigen Unternehmen zu Einbußen wegen entgangener, bei Gruppenfreiheit eventuell durchgeführter Geschäfte führen können.¹²⁴ Der entscheidende Gesichtspunkt liegt letztlich darin, dass sämtliche Maßnahmen zur Erfüllung der gruppendifferenzierten Vorgaben des materiellen Aufsichtsrechts – nach der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers – der Finanzstabilität der Gruppe dienen und somit ein elementares Konzerninteresse bedienen.¹²⁵

Das Recht des Vertragskonzerns unterstützt die Umsetzung aufsichtsrechtlicher Vorgaben auch insofern, als es – für den Bereich des Controllings und der Revision wichtig – weitgehende Zentralisierungen auf der Ebene des übergeordneten Unternehmens bei gleichzeitig unabhängigkeitwahrender Ausgestaltung der geschaffenen Strukturen erlaubt.¹²⁶ Zum einen kann die Ausübung des Weisungsrechts des herrschenden Unternehmens von dessen Vorstand auf nachgeordnete Ebenen delegiert werden.¹²⁷ Zum anderen ist es nach allgemeiner Ansicht – zumindest bei

seler Ausschuss für Bankenaufsicht hier nur *Guericke* in: Hopt/Wohlmannstetter (Hrsg.), (Fn. 7), S. 281, 281 f.

¹²⁰ Eingehend *T.Schneider*, (Fn. 7), S. 144 ff., 162 ff.; seither *Krauel/Klie*, WM 2010, 1735, 1736; *Binder* in: Hopt/Wohlmannstetter (Hrsg.), (Fn. 7), S. 685, 704 f.; zur Konzernverantwortung außerhalb des aufsichtsunterworfenen Sektors auch *Verse*, ZHR 175 (2011) 401, 418.

¹²¹ *T.Schneider*, (Fn. 7), S. 145 ff.; *Wundenberg*, (Fn. 7), S. 189 f.

¹²² *T.Schneider*, (Fn. 7), S. 152 ff.

¹²³ Hierzu schon oben 2.2.2.

¹²⁴ *T.Schneider*, (Fn. 7), S. 173.

¹²⁵ Dazu nur *Koppensteiner* in: Kölner Kommentar zum AktG, (Fn. 91), § 308 Rn. 46; *Emmerich* in: *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 6. Aufl. 2010, § 308 Rn. 49; *Altmeyen* in: Münchener Kommentar zum AktG, Bd. 5, 3. Aufl., 2010, § 308 Rn. 105; *Langenbucher* in: *K.Schmidt/Lutter*, (Fn. 89), § 308 Rn. 27; *Veil* in: *Spindler/Stilz*, AktG, Bd. 2, 2. Aufl., 2010, § 308 Rn. 26; *Hüffer*, (Fn. 80), § 308 Rn. 17.

¹²⁶ Vgl. zur Funktionstrennung, zur Unabhängigkeit und zum vollständigen Informationszugang als zentrale aufsichtsrechtliche Anforderungen an die interne Revision, *Roggenbruck* in: Hopt/Wohlmannstetter (Hrsg.), (Fn. 7), S. 627, 632 f. Bei konzerndimensionaler Verantwortung bedeutet dies, dass die beim übergeordneten Unternehmen zuständigen Mitarbeiter (unterhalb der Vorstandsebene) Zugriffsrechte gegenüber den gruppenangehörigen Instituten haben müssen.

¹²⁷ *Koppensteiner* in: Kölner Kommentar zum AktG, (Fn. 91), Rn. 11; *Emmerich* in: *Emmerich/Habersack*, (Fn. 125), § 308 Rn. 12 ff.; *Altmeyen* in: Münchener Kommentar zum AktG, (Fn. 125), § 308 Rn. 41; *Hirte* in: Großkommentar zum AktG, 4. Aufl., 2005, § 308 Rn. 25; *Langenbucher* in: *K.Schmidt/Lutter*, (Fn. 89), § 308 Rn. 13; *Veil* in: *Spindler/Stilz*, (Fn. 125), § 308 Rn. 12; *Hüffer*, (Fn. 80), § 308 Rn. 5; *Krieger* in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, (Fn. 89), § 70 Rn. 152.

gleichzeitiger Unterrichtung des Vorstands der abhängigen Gesellschaft – zulässig, Mitarbeiter des abhängigen Unternehmens mit der Prüfung der Einhaltung der Grenzen des Weisungsrechts zu betrauen.¹²⁸ Auf diese Weise werden direkte Weisungen durch gruppenweit zuständige Controlling- und Revisionsstellen gegenüber nachgeordneten Stellen ermöglicht.

Die nicht zuletzt in der Aufsichtspraxis verbreitete Ablehnung von Beherrschungsverträgen mit aufsichtsunterworfenen Kredit- und Finanzdienstleistungsinstituten, die darauf zurückgeht, dass die unternehmensvertragliche Beherrschung über Weisungsrecht und Folgepflicht als mit dem Grundsatz der Eigenverantwortung der Geschäftsleiter unvereinbar angesehen wird,¹²⁹ lässt sich vor diesem Hintergrund nicht aufrechterhalten. Das Aufsichtsrecht selbst zwingt zur Übernahme von Gruppenverantwortung, d.h. es sieht in den betroffenen Bereichen die Autonomie der Geschäftsleiter gerade nicht als das probate Mittel zur Erreichung seiner Regelungsziele an. Soweit das für die aufsichtsunterworfenen Gruppe Geforderte durch konzernrechtliche Gestaltungen gerade ermöglicht und abgesichert werden soll, kann dies aus der Perspektive des Aufsichtsrechts nicht unzulässig sein. Bei entsprechender Ausgestaltung – d.h. Beschränkung des Weisungsrechts auf das zur Wahrnehmung der Gruppenverantwortung Erforderliche¹³⁰ – sind Beherrschungsverträge also zulässig.¹³¹

3.2.2 FAKTISCHER KONZERN

Die allein auf Anteilsbesitz beruhende Unternehmensverbindung zeigt sich *prima facie* sperriger gegenüber der Wahrnehmung der aufsichtsrechtlich geforderten Gruppenverantwortung.¹³² In der Tat zielt das Konzernrecht in den §§ 311 ff.

¹²⁸ Für Notwendigkeit der Unterrichtung des Vorstands der abhängigen Gesellschaft, um diesem die Ausübung seines Prüfungsrechts zu ermöglichen *Ballerstedt* ZHR 137 (1973), 388, 399 ff.; *Koppensteiner* in: Kölner Kommentar zum AktG, (Fn. 91), § 308 Rn. 18; *Emmerich* in: Emmerich/Habersack, (Fn. 125), § 308 Rn. 19 f.; *Hirte* in: Großkommentar zum AktG, (Fn. 127), § 308 Rn. 28; für Entbehrlichkeit der Mitteilung *Altmeyen* in: Münchener Kommentar zum AktG, (Fn. 125), § 308 Rn. 75 ff.; *Veil* in: Spindler/Stilz, (Fn. 125), § 308 Rn. 16; *Krieger* in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, (Fn. 89), § 70 Rn. 153; *Löbke*, (Fn. 80), S. 345 f.; *Verse*, ZHR 175 (2011) 401, 418.

¹²⁹ *Schäfer* in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, (Fn. 7), § 1 Rn. 153; *Haug* in: Szagunn/Haug/Ergenzinger, KWG, 6. Aufl., 1997, § 1 Rn. 74; *Weber/Seifert*, in: Luz/Neus/Schaber/Scharpf/Schneider/Weber, KWG, (Fn. 7), § 1 Rdn. 57; *van de Sande*, (Fn. 36), S. 205 f., 218 f.; *Krauel/Klie*, WM 2010, 1735, 1736 f.

¹³⁰ Auch an dieser Stelle zeigt sich die Bedeutung, im Sinne praktischer Konkordanz Modifikationen des Verbandsrechts auf das zur Realisierung aufsichtsrechtlicher Ziele Nötige zu begrenzen, um den zwar zurücktretenden, aber nicht umfassend aufgegebenen Zielen des Verbandsrechts (Minderheitenschutz etc.), Rechnung zu tragen. Noch unten 3.2.2.2.

¹³¹ Wie hier i.Erg. *T.Schneider*, (Fn. 7), S. 142 f.; *Binder* in: Hopt/Wohlmannstetter (Hrsg.), (Fn. 7), S. 685, 703 f.; für Hypothekenbanken ebenso *Preußner/Fett*, AG 2001, 337, 339; tendenziell auch *Fett/Gebauer*, FS Schwark, 2009, S. 375, 376.

¹³² So wird in den monographischen Analysen der jüngeren Zeit die vollständige Realisierung insbesondere der gruppenweiten Organisationspflichten letztlich für unmöglich erachtet, *T.Schneider*, (Fn. 7), S. 196; *Wundenberg*, (Fn. 7), S. 202 f.; skeptische Einschätzung auch bei *Fett/Gebauer*, FS Schwark, 2009, S. 375, 378, 383 f. zur Einrichtung einer verbundweiten Compliance-Organisation.

AktG darauf ab, das Verbandsinteresse der abhängigen Gesellschaft prinzipiell zu wahren¹³³ und gewährt deshalb nach ganz überwiegender Auffassung keine Leitungsmacht zur Durchsetzung verbandsfremder Konzerninteressen.¹³⁴ Diese aus dem verbandsrechtlichen Trennungsprinzip folgenden Restriktionen für die Ausübung notwendig verbundintegrativer Konzernverantwortung¹³⁵ werden vom Aufsichtsrecht auch grundsätzlich akzeptiert.¹³⁶ Stimmen aus der Bankpraxis weisen freilich darauf hin, dass die Umsetzung der aufsichtsrechtlichen Vorgaben faktisch durchaus möglich sei und auch tatsächlich erfolge.¹³⁷ Im Hinblick auf die naturgemäß im Mittelpunkt des juristischen Interesses stehende, rechtliche Absicherung des Faktischen ist nicht ohne Bedeutung, dass der absolute Vorgang des Verbandsrecht in der Literatur nicht nur *de lege ferenda*¹³⁸ sondern auch *de lege lata*¹³⁹ abgelehnt bzw. nicht uneingeschränkt akzeptiert wird.

In der Tat erweist sich das Konzernrecht bei näherer Betrachtung nicht als Hemmschuh für die Wahrnehmung der durch das Aufsichtsrecht geforderten Gruppenverantwortung des übergeordneten Unternehmens. Die Begründung dieser Position fällt leichter, soweit lediglich die als Grundlage der Wahrnehmung von Konzernverantwortung unerlässlichen Berichtslinien von den nachgeordneten Unternehmen zu den zuständigen Stellen der verantwortlichen Gruppenspitze in Rede stehen (3.2.2.1). Sie lässt sich aber auch halten, sofern es um die weitergehende, organisatorische Einbindung der nachgeordneten Unternehmen in zentralisierte Strukturen und die Durchsetzung der konsolidierenden Gruppenverantwortung geht (3.2.2.2).

3.2.2.1 INFORMATIONENFLUSS ALS VORAUSSETZUNG DER WAHRNEHMUNG VON KONZERNVERANTWORTUNG

Der essentielle Informationsfluss zum gruppenverantwortlichen Unternehmen wird durch das Verbot kompensationsloser Nachteilszufügungen im faktischen

¹³³ Vgl. zur primär schützenden Zielsetzung der § 311 ff. AktG, *Koppensteiner* in: Kölner Kommentar zum AktG, (Fn. 91), § 311 Rn. 5 f., 9 ff.; *Habersack* in: Emmerich/Habersack, (Fn. 125), § 311 Rn. 1 ff.; *Altmeppen* in: Münchener Kommentar zum AktG, (Fn. 125), § 311 Rn. 3 ff.; anders v.a. *Mülbert* ZHR 163 (1999), 1, 24 ff.

¹³⁴ *Habersack* in: Emmerich/Habersack, (Fn. 125), § 311 Rn. 20; *Altmeppen* in: Münchener Kommentar zum AktG, (Fn. 125), § 311 Rn. 401; *Koppensteiner* in: Kölner Kommentar zum AktG, (Fn. 91), § 311 Rn. 139; *J. Vetter* in: K.Schmidt/Lutter, (Fn. 89), § 311 Rn 131; *Hülfer*, (Fn. 80), § 311 Rn. 8, 48; *Fett* in: Bürgers/Körper, AktG, 2. Aufl. 2011, § 311 Rn. 30; *Müller* in: Spindler/Stilz, (Fn. 125), § 311 Rn 62; *Krieger* in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, (Fn. 89), § 69 Rn 23; *E. Vetter* ZHR 171 (2007), 342, 345;.

¹³⁵ Vgl. zur Dichotomie von Zentralisierung des Risikomanagements und der Compliance-Organisation einerseits und dem gesetzlichen Leitbild des dezentralen Verbunds in §§ 311 ff. AktG andererseits, *Lutter*, FS Goette, 2011, S. 289, 297.

¹³⁶ Oben Fn. 115.

¹³⁷ Diskussionsbeitrag *Krekeler*, ZBB 2012, 363.

¹³⁸ *Bachmann* in: Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentags 2010, Bd. II/1, 2011, S. P 13, P 20, P 30.

¹³⁹ *Binder* in: Hopt/Wohlmannstetter (Hrsg.), (Fn. 7), S. 685, 709 f.

Konzern nicht behindert.¹⁴⁰ Ausgangspunkt dieser in der Literatur breit geteilten Überlegungen ist der Begriff des Nachteils in § 311 Abs. 1 AktG. Dieser wird überwiegend dahin verstanden, dass es bei der abhängigen Gesellschaft zu einer Minderung oder konkreten Beeinträchtigung der Vermögens- oder Ertragslage kommen muss,¹⁴¹ die auf Maßnahmen zurückgeht, die ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter einer unabhängigen Gesellschaft nicht vorgenommen hätte.¹⁴²

Die Nachteiligkeit der Informationsweitergabe lässt sich allerdings nicht generell mit dem Argument verneinen, dass abhängige Gesellschaften von einer funktionierenden, verbundweiten Eigenmittelzusammenfassung und insbesondere einem entsprechenden Risikomanagement profitierten.¹⁴³ Insoweit geht es nämlich um, passiven Konzerneffekten vergleichbare,¹⁴⁴ nicht quantifizierbare¹⁴⁵ Vorteile, durch die die Nachteiligkeit einzelner Maßnahmen nicht überspielt werden kann. Umgekehrt lässt sich die konkret, durch die Einbindung in aufsichtsrechtliche Informationssysteme veranlasste Informationsweitergabe auch nicht als unbeachtliche passive Konzernwirkung einordnen¹⁴⁶ oder gar die Veranlassung derselben durch das herrschende Unternehmen bestreiten.¹⁴⁷ Derartige, mehr oder weniger rabulistische Ge-

¹⁴⁰ Zu datenschutzrechtlichen Restriktionen *Schulz*, BB 2011, 2552, 2554 ff.

¹⁴¹ Speziell zu diesem Aspekt BGH v. 1. 3. 1999 – II ZR 312/97, BGHZ 141, 79, 84; BGH v. 1.12.2008 – II ZR 102/07, BGHZ 179, 71 Rn. 8 („MPS“); BGH v. 3.3.2008 – II ZR 124/06, BGHZ 175, 365 Rn. 9 („UMTS“); OLG Köln AG 2006, 586, 587; LG Köln AG 2008, 327, 332; *Koppensteiner* in: Kölner Kommentar zum AktG, (Fn. 91), § 311 Rn. 36; *Adler/Düring/Schmalz*, Rechnungslegung und Prüfung der Unternehmen, 6. Aufl. 1997, § 311 Rn. 37; *Habersack* in: Emmerich/Habersack, (Fn. 125), § 311 Rn. 39; *ders.*, ZIP 2006, 1327, 1330; *J.Vetter* in: K.Schmidt/Lutter, (Fn. 89), § 311 Rn. 40; *Müller* in: Spindler/Stilz, (Fn. 125), § 311 Rn. 27; *Fett* in: Bürgers/Körper, (Fn. 134), § 311 Rn. 23; *Hüffer*, (Fn. 80), § 311 Rn. 25; *Krieger* in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, (Fn. 89), § 69 Rn. 78; *Lutter*, FS Peltzer, 2001, S 241, 244 f; *Mülbert/Leuschner* NZG 2009, 281, 284.

¹⁴² BGH v. 1. 3. 1999 – II ZR 312/97, BGHZ 141, 79, 88 f; BGH v. 3.3.2008 – II ZR 124/06, BGHZ 175, 365 Rn. 11 („UMTS“); BGH v. 31. 5. 2011 – II ZR 141/09, NJW 2011, 2719 Rn. 32 („Telekom III“); *Adler/Düring/Schmalz*, (Fn. 141), § 311 Rn. 38; *Koppensteiner* in: Kölner Kommentar zum AktG, (Fn. 91), § 311 Rn. 36 ff; *Krieger* in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, (Fn. 89), § 69 Rn. 78; *Köhler* NJW 1978, 2473, 2477 f; gegen Verknüpfung des Nachteilsbegriffs mit Pflichtwidrigkeitserwägungen *Altmeyen* in: Münchener Kommentar zum AktG, (Fn. 125), § 311 Rn. 158 ff., 163 ff.; *ders.* ZHR 171 (2007), 320, 330 ff.; *ders.*, FS Priester, 2008, S. 1, 5 ff.; *ders.*, NJW 2008, 1553, 1554.

¹⁴³ So aber tendenziell *Verse*, ZHR 175 (2011) 401, 419.

¹⁴⁴ Zu deren fehlender Eignung als Nachteilsausgleich, *Habersack* in: Emmerich/Habersack, (Fn. 125), § 311 Rn. 62; *Adler/Düring/Schmalz*, (Fn. 141), § 311 Rn. 62; *J.Vetter* in: K.Schmidt/Lutter, (Fn. 89), § 311 Rn. 85; *Hüffer*, (Fn. 80), § 311 Rn. 39; *Fett* in: Bürgers/Körper, (Fn. 134), § 311 Rn. 48; *Fleischer*, ZIP 2007, 1968, 1975.

¹⁴⁵ Zum Merkmal der Quantifizierbarkeit als grundsätzlicher Voraussetzung des Nachteilsausgleichs, *Koppensteiner* in: Kölner Kommentar zum AktG, (Fn. 91), § 311 Rn. 109 ff; *Adler/Düring/Schmalz*, (Fn. 141), § 311 Rn. 66 f; *Altmeyen* in: Münchener Kommentar zum AktG, (Fn. 125), § 311 Rn. 338; *Hüffer*, (Fn. 80), § 311 Rn. 39; *Krieger* in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, (Fn. 89), § 69 Rn 86.

¹⁴⁶ So aber *T.Schneider*, (Fn. 7), S. 190 ff.

¹⁴⁷ So aber *Wundenberg*, (Fn. 7), S. 194, der die Informationsweitergabe durch die aufsichtsrechtlichen Kooperationspflichten, §§ 10a Abs. 13 Satz 1 und Satz 2, 10b Abs. 7 Satz 1 und 2, 25a Abs. 1a Satz 2, Abs. 1b Satz 4 KWG, veranlasst ansieht, was i.Ü. verkennt, dass das Aufsichtsrecht einen Spielraum für die konkrete Ausgestaltung der Gruppenver-

setzesdeutungen basieren zwar unverkennbar auf der zutreffenden Wertung – der Beeinflussung des Verbandsrechts durch die, in den einschlägigen Bestimmungen des KWG konkretisierten Zielsetzungen des Aufsichtsrechts –, legen diese aber mit der Behauptung einer bruchlosen Integrierbarkeit der Gruppenverantwortung in das unadaptierte Konzernrecht nicht hinreichend offen. Dies gilt letztlich auch für die Literaturstimmen, die aus dem vom Bundesgerichtshof in seiner MPS-Entscheidung nochmal betonten Erfordernis, einer konkreten Gefährdung der Vermögens- oder Ertragslage,¹⁴⁸ folgern, die bloße Weitergabe von Informationen im Rahmen eines verbundweiten Kontrollsystems sei nicht nachteilig, sodass das herrschende Unternehmen seinen Einfluss mit dieser Zielsetzung ausüben und die abhängige Gesellschaft sich diesem öffnen dürfe, selbst wenn die abstrakte Gefahr bestehe, sensible Daten zu anderen Zwecken als der Wahrnehmung der Gruppenverantwortung zu missbrauchen.¹⁴⁹

Die Praxis wird es im Zweifel als ausreichend ansehen, wenn die Ausübung von Leitungsmacht mit dem Ziel, die aufsichtsrechtliche Gruppenverantwortung wahrzunehmen, ein konzernrechtliches Placet erhält.¹⁵⁰ Gleichwohl ist der qualitative Unterschied nicht zu verkennen, wenn das Aktien(konzern)recht die verbunddimensionalen Berichtslinien nicht nur duldet, sondern sie sogar durch Pflichten unterlegt unterstützt. Vereinzelt wird in der Tat mit unterschiedlicher Argumentation ein Anspruch der Obergesellschaft gegen das abhängige Unternehmen auf Informationsweitergabe bejaht.¹⁵¹ Aber auch wenn ein solcher für das allgemeine Verbands-

antwortung belässt (unten 4), die konkrete Informationsabfrage also auf einer Ermessensentscheidung des übergeordneten Unternehmens beruht.

¹⁴⁸ BGH v. 1.12.2008 – II ZR 102/07, BGHZ 179, 71 Rn. 8 („MPS“); weitere Nachweise oben Fn. 141.

¹⁴⁹ *Löbbe*, (Fn. 80), S. 113 ff.; *Hüffer*, FS Schwark, 2009, S. 185, 193 f.; *Verse*, ZHR 175 (2011) 401, 420; *Habersack* in: Emmerich/Habersack, (Fn. 125), § 311 Rn. 51a; *ders.*, FS Möschel, 2011, S. 1175, 1191; insoweit a.A. *T.Schneider*, (Fn. 7), S. 187 ff.; *Wundenberg*, (Fn. 7), S. 192 f.; wohl auch *Binder* in: Hopt/Wohlmannstetter (Hrsg.), (Fn. 7), S. 685, 707.

¹⁵⁰ Weit überschießend allerdings *Fett/Gebauer*, FS Schwark, 2009, S. 375, 385 mit dem Hinweis, das übergeordnete Unternehmen habe notfalls auf die Besetzungspolitik in den nachgeordneten Unternehmen einzuwirken, um dort kooperationswillige Organwalter zu installieren. Personalentscheidungen weisen ersichtlich weit über den schmalen Ausschnitt der Leitungsaufgabe hinaus, der durch die aufsichtsrechtliche Gruppenverantwortung präformiert ist. Sie lassen sich deshalb nicht allein aus dieser legitimieren, sondern müssen insgesamt dem Verbandsinteresse entsprechen. Sinnvoll und ausreichen ist demgegenüber, die sogleich zu erörternden, punktuellen und exakt kalibrierten Kooperationspflichten anzuerkennen und so die Ausübung von aufsichtsrechtlich induzierter Gruppenleitung rechtlich abzusichern.

¹⁵¹ Auf der Grundlage einer Analogie zu § 294 Abs. 3 HGB i.V.m. § 320 Abs. 3 HGB, § 145 AktG, *Semler*, Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft, 2. Aufl., 1996, S. 300 ff.; als Nebenpflicht aus dem Sonderrechtsverhältnis der faktischen Unternehmensverbindung (§§ 311 ff. AktG), *Löbbe*, (Fn. 80), S. 155 ff.; als Folge der Treubindung des abhängigen Unternehmens gegenüber seinem Mehrheitsgesellschafter, um diesem die Erfüllung eigener Pflichten zu ermöglichen, *U.H.Schneider/Burgard*, FS Ulmer, 2003, S. 579, 597 f.; *S.H.Schneider*, Informationspflichten und Informationssystemeinrichtungspflichten im Aktienkonzern, 2006, S. 151, 270 ff.; *U.H.Schneider/S.H.Schneider*, ZIP 2007, 2061, 2062 ff.; *Habersack*, FS Möschel, 2011, S. 1175, 1192; vor dem Hintergrund der §§ 10a Abs. 13 S. 2, 25a Abs. 1a KWG ebenso *Fett/Gebauer*, FS Schwark, 2009, S. 375, 384; *T.Schneider*,

recht abgelehnt wird,¹⁵² bleibt zu berücksichtigen, dass das Aufsichtsrecht in den in §§ 10a Abs. 13 Satz 1 und Satz 2, 10b Abs. 7 Satz 1 und 2, 25a Abs. 1a Satz 2, Abs. 1b Satz 4 KWG eine weitreichende informationelle Kooperationspflicht der nachgeordneten Unternehmen vorsieht. Versucht man nicht, jegliche Relevanz dieser aufsichtsrechtlichen Gegebenheiten für das Verbandsrecht zu verneinen,¹⁵³ sondern sucht stattdessen nach einem Ansatzpunkt für eine normativ konsistente Parallelisierung, wird man jedenfalls für Gesellschaften des Konsolidierungskreises zu einer entsprechenden Auskunftspflicht der nachgeordneten Unternehmen und damit ihrer Geschäftsleiter und Leitungspersonen gelangen müssen. Überzeugender als die Annahme einer Doppelnatur der aufsichtsrechtlichen Kooperationspflichten als öffentlich-rechtliche Pflicht und zivilrechtlicher Anspruch¹⁵⁴ scheint freilich wiederum die direkte Berücksichtigung des regelungstragenden, öffentlichen Interesses gerade auch im Rahmen der Leitungspflicht der Geschäftsleiter der nachgeordneten Unternehmen.¹⁵⁵ Diese haben die Interessen ihrer Gesellschaft von Anfang an nur unter der Restriktion zu verfolgen, die im materiellen Aufsichtsrecht konkretisierten, vorrangigen Zielvorgaben zu verwirklichen. Zu einem für die Anwendung der §§ 311 ff. AktG materiell-teleologisch allein relevanten Konflikt mit dem Verbandsinteresse kommt es insoweit nicht.¹⁵⁶ Zu den maßgeblichen, aufsichtsrechtlichen Zielvorgaben gehört in Anbetracht der im KWG postulierten Kooperationspflichten aber gerade, Auskunftsverlangen des übergeordneten Unternehmens zu entsprechen, sofern diese der Wahrnehmung der Gruppenverantwortung dienen.¹⁵⁷ Dementsprechend beinhalten die verbandsrechtlichen Leitungspflichten der Geschäftsleiter der nachge-

(Fn. 7), S. 192 ff.; zustimmend *Binder* in: Hopt/Wohlmannstetter (Hrsg.), (Fn. 7), S. 685, 708).

¹⁵² *Koppensteiner* in: Kölner Kommentar zum AktG, (Fn. 91), § 311 Rn. 147 Fn. 376; *Altmeppen* in: Münchener Kommentar zum AktG, (Fn. 125), § 311 Rn. 442; *Fleischer* in: Spindler/Stilz, (Fn. 7), § 90 Rn. 30; ders., ZGR 2009, 505, 532 f.; *Hüller*, (Fn. 80), § 90 Rn. 7a; *Hoffmann-Becking*, ZHR 159 (1995) 325, 337; *Götz*, ZGR 1998, 524, 527; *Fabritius*, FS Huber, 2006, S. 705, 710; *Wittmann*, Informationsfluss im Konzern, 2008, S. 71 ff.; *Rot-hweiler*, Der Informationsfluss vom beherrschten zum herrschenden Unternehmen im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, 2008, S. 52 ff.; *Hüller*, FS Schwark, 2009, S. 185, 189 ff.; *Binder* in: Hopt/Wohlmannstetter (Hrsg.), (Fn. 7), S. 685, 707 Fn. 131.

¹⁵³ So aber unter Hinweis auf §§ 10a Abs. 12 Satz 2, 25a Abs. 1a Satz 2 KWG, *T.Schneider*, (Fn. 7), S. 138 f.; *Verse*, ZHR 175 (2011) 401, 423; vgl. auch *Hellstern* in: Luz/Neus/Schaber/Scharpf/Schneider/Weber, (Fn. 7), § 25a Abs. 1a Rn. 15: faktische Mitwirkungspflicht. Dagegen zutreffend *Wundenberg*, (Fn. 7), S. 186.

¹⁵⁴ *Wundenberg*, (Fn. 7), S. 187 f.

¹⁵⁵ Zur dogmatischen Konzeption oben 3.1.2.

¹⁵⁶ Vgl. zur Schutzrichtung des Rechts des faktischen Konzerns oben bei Fn. 133.

¹⁵⁷ Dieses Kriterium zeigt, dass eine Trennlinie zwischen aufsichtsrechtlich erwünschter und anderweitig motivierter, allein anhand des Verbandsinteresses zu beurteilender Einflussnahme zu ziehen ist. Die Maßgeblichkeit des im gemeinsamen Zweck wurzelnden Verbandsinteresses wird also nur insoweit durch die aufsichtsrechtliche „Last“ verdrängt, als die Einflussnahme plausibel der Realisierung entsprechender Zielsetzungen dient. Noch unten 3.2.2.2.

ordneten Unternehmen dem aufsichtsrechtlichen Kooperationsgebot parallele Pflichten zur Informationsweitergabe.¹⁵⁸

3.2.2.2 SONSTIGE EINFLUSSNAHMEN IN WAHRNEHMUNG VON KONZERNVERANTWORTUNG

Entlang der entwickelten Linien ist schließlich die konzernrechtliche Zulässigkeit sonstiger Einflussnahmen zu bejahen, die in die Organisation oder Geschäftstätigkeit nachgeordneter Unternehmen mit dem Ziel eingreifen, die konsolidierende Gruppenverantwortung wahrzunehmen. Insoweit geht es v.a. um unmittelbare Maßnahmen der Risikosteuerung, wie beispielsweise die Installierung gruppenweiter Limitsysteme, als deren Folge nachgeordneten Unternehmen Geschäftschancen entgehen können, die ihnen als verbundfreie Gesellschaften möglicherweise offen gestanden hätten.¹⁵⁹ Aber auch Eingriffe in Vergütungssysteme, oder eine über die bloße Informationsübermittlung hinausgehende Verpflichtung auf gemeinsame Standards im Risikomanagement und der Compliance-Organisation kommen in Betracht.

Das im faktischen Konzern fehlende Recht, nachteilige Weisungen zu geben,¹⁶⁰ schließt *prima facie* die Möglichkeit, Gruppenverantwortung auf verbandsrechtlich legitime Weise wahrzunehmen, praktisch aus. Anders als durch die Statuierung entsprechender Kooperationspflichten zur Sicherung des gruppeninternen Informationsflusses,¹⁶¹ scheint das Aufsichtsrecht diese ablehnende Haltung des Konzernrechts auch hinzunehmen.¹⁶² In der Konsequenz sind die Vorgaben des KWG zur Gruppenverantwortung als „Optimierungsgebote“ verstanden worden, die den Geschäftsleiter des übergeordneten Unternehmens lediglich dazu verpflichteten, ihm durch das Gesellschaftsrecht eingeräumte, sehr enge Spielräume zur Verwirklichung des aufsichtsrechtlich Geforderten auszunutzen, ihm aber auch gestatten, hinter diesem unter Hinweis auf verbandsrechtliche Restriktionen zurückzubleiben.¹⁶³

Diese scheinbare Kapitulation des materiellen Aufsichtsrechts vor dem Bollwerk des Konzernrechts steht allerdings in einem atavistisch anmutenden Widerspruch zur Entwicklung desselben, das sich in Richtung einer immer stärkeren Be-

¹⁵⁸ Normativ ähnlich diejenigen, die eine Treubindung der gruppenangehörigen Unternehmen annehmen, um dem übergeordneten Unternehmen die Wahrnehmung der Gruppenverantwortung zu ermöglichen, oben Fn. 151.

¹⁵⁹ Vgl. nur *van de Sande*, (Fn. 36), S. 303 ff.; *T.Schneider*, (Fn. 7), S. 195 f.; *Wundenberg*, (Fn. 7), S. 197 ff. Zu den Möglichkeiten, weniger einschneidender Risikosteuerung mit Hilfe von Derivatepositionen, *Allen/Saunders* in: *Berger/Molyneux/Wilson* (Hrsg.), (Fn. 10), S. 90, 99 ff.

¹⁶⁰ Oben Fn. 134.

¹⁶¹ Dazu 3.2.2.1.

¹⁶² Oben Fn. 115.

¹⁶³ *Wundenberg*, S. 204 in Anlehnung an *Alexy* in: *Alexy, Recht, Vernunft, Diskurs*, S. 177, 204; sachgleich *Krauel/Klie*, WM 2010, 1735, 1737 ff. Ähnlich für Konzerncompliance und -risikomanagement im allgemeine Gesellschaftsrecht, *Lutter*, FS Goette, 2011, S. 289, 294; *Fleischer*, CCZ 2008, 1, 6.

tonung zentralisierter Verantwortung bewegt hat.¹⁶⁴ Sie erzeugt zudem Fehlanreize zur Schaffung verantwortungsresistenter Gruppenstrukturen, die den Zielen des Aufsichtsrechts widersprechen und von ihm an anderer Stelle explizit nicht akzeptiert werden.¹⁶⁵ Auf dieser Linie liegt es, wenn gefordert wird, Leitungsmacht im Extremfall auch dahingehend auszuüben, der Realisierung gesetzlicher Pflichten widerstrebende Konzernstrukturen zu beseitigen:¹⁶⁶ jedenfalls kann der Endpunkt nicht im achselzuckenden Verweis der Verantwortlichen auf die Unerfüllbarkeit gesetzlicher Pflichten im Hinblick auf die selbstgestaltete Konzernstruktur liegen.

In der jüngeren Literatur findet sich folgerichtig auch ein Vorstoß, der diese Restriktion nicht akzeptiert und einen partiellen Vorrang der Gruppenverantwortung postuliert.¹⁶⁷ Für sich nicht ausreichend ist dafür allerdings der Hinweis auf das aufsichtsrechtliche Sanktionensystem in §§ 25a Abs. 1 Satz 8, 33, 35, 45b, 46 KWG, mit dem auf „intransparente Konzernstrukturen mit unklarer Verantwortlichkeit“ reagiert werden könne.¹⁶⁸ Entsprechende Durchsetzungsmaßnahmen stünden ja lediglich im Raum, wenn gesetzliche Pflichten verletzt sind, was aber nicht der Fall ist, wenn die Gruppenverantwortung *per se* an den Schranken des Verbandsrechts endete. Das zentrale Argument der genannten Sicht liegt denn auch darin, dass die selbst aufsichtsunterworfenen, nachgeordneten Unternehmen¹⁶⁹ ihre eigenen Organisationspflichten aus § 25a Abs. 1 KWG im Verbund nicht effektiv wahrnehmen könnten, wenn sie sich nicht ihrerseits an den einheitlichen Standards der Gruppe orientierten, um die Gefahren der wechselseitigen Risikoansteckung zu beseitigen.¹⁷⁰ Damit wird letztlich ein empirischer Befund in den Mittelpunkt gestellt, dessen faktische Richtigkeit hier nicht überprüft werden kann.¹⁷¹ Überzeugender erscheint aus juristischer Sicht ohnehin, unmittelbar auf die normative Ebene abzustellen und einmal mehr die Einwirkung der mit dem Aufsichtsrecht verfolgten Zielsetzungen in den Mittelpunkt zu stellen.¹⁷² Diese führt bei sämtlichen nachgeordneten Unternehmen des Konsolidierungskreises¹⁷³ zu einer Veränderung der Determinanten der

¹⁶⁴ Oben Fn. 115.

¹⁶⁵ Vgl. die Untersagungsbefugnis nach § 12a Abs. 2 KWG wenn die Verbandstruktur nachgeordneter ausländischer Unternehmen dem Informationsfluss zur Erfüllung des Pflichtenprogramms der §§ 10a, 13b, 25 Abs. 2 KWG entgegensteht.

¹⁶⁶ *Fett/Gebauer*, FS Schwark, 2009, S. 375, 385: notfalls Veräußerung der Tochter oder Verschmelzung auf die Mutter.

¹⁶⁷ *Binder* in: Hopt/Wohlmannstetter (Hrsg.), (Fn. 7), S. 685, 709 f.

¹⁶⁸ *Binder* in: Hopt/Wohlmannstetter (Hrsg.), (Fn. 7), S. 685, 710.

¹⁶⁹ Also lediglich die nachgeordneten Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute, § 1 Abs. 1b KWG, nicht aber Finanzunternehmen, § 1 Abs. 3 KWG oder Anbieter von Nebendienstleistungen, § 1 Abs. 3c KWG.

¹⁷⁰ *Binder* in: Hopt/Wohlmannstetter (Hrsg.), (Fn. 7), S. 685, 709.

¹⁷¹ Der Umstand, dass die Praxis Risikomanagement stets auf das „Unternehmen“ bezieht und damit gruppendifferenziell denkt (vgl. z.B. IDW Prüfungsstandard 340 zu § 317 Abs. 4 HGB und dazu *Gleißner*, (Fn. 78), S. 198 ff.; zu Ziff. 5.3.2. DCGK oben Fn. 80), mag man als Indiz für die Zweckmäßigkeit und hohe Effektivität dieses Ansatzes deuten. Er begründet aber auch für die Finanzbranche noch nicht dessen zwingende Erforderlichkeit.

¹⁷² Schon oben 3.1.2 und 3.2.2.1.

¹⁷³ Zur teleologisch motivierten Einbeziehung auch der nicht aufsichtsunterworfenen, gruppenangehörigen Unternehmen in das materiell-aufsichtsrechtliche Regime, oben 2.2.2 und 2.2.3.

Geschäftsleiteraufgaben. Die Verfolgung des privatautonom bestimmten Verbandsinteresses ist in der aufsichtsunterworfenen Finanzbranche von Anfang an nur unter Beachtung der im materiellen Aufsichtsrecht verfolgten, öffentlichen Interessen zulässig. Konkret bedeutet dies, dass das für das Schutzsystem der §§ 311 ff. AktG bestimmende Verbandsinteresse so überlagert ist, dass die verbundintegrierende Einflussnahme zur Wahrnehmung von Gruppenverantwortung in der aufsichtsunterworfenen Finanzbranche nicht gegen ein beachtliches Eigeninteresse der abhängigen Gesellschaften verstößt. Die normativ begründete und in der Dogmatik des Verbandsrechts selbst verankerte Absorption aufsichtsrechtlicher Zielsetzungen im Gesellschaftsrecht bedingt unmittelbar dessen Öffnung, sodass letztlich – anders als von §§ 10a Abs. 12 Satz 2, 10b Abs. 6 Satz 2, 13b Abs. 4 Satz 3, 13c Abs. Abs. 4 Satz 2, 25a Abs. 1a Satz 2, Abs. 1b Satz 4 KWG suggeriert – keine verbandsrechtlichen Restriktionen gegenüber der Wahrnehmung der aufsichtsrechtlich geforderten Gruppenverantwortung bestehen.

Betrachtet man die Strukturen von Risikomanagementsystemen in der Praxis,¹⁷⁴ erscheint auch die Befürchtung nicht gerechtfertigt, durch das begrenzte Zurücktreten der Verbandsautonomie im faktischen Konzern würde ein trojanisches Pferd geschaffen, das vielfältige Formen der Nachteilszufügung erlaube, die nicht durch das Ziel der Risikoerkennung und –steuerung motiviert seien: jede Maßnahme muss sich konsistent in die ex ante gruppenweit festgelegte Risikostrategie einfügen,¹⁷⁵ sich aus dieser heraus plausibilisieren lassen. Hierdurch werden willkürliche ad hoc Benachteiligungen unterbunden und das Schutzanliegen des Konzernrechts durch das Aufsichtsrecht in dessen vorrangigem Anwendungsbereich de facto mitbedient.¹⁷⁶

Wem die hier für das geltende Recht entwickelte Position zu weit geht, wird zur Erreichung der allein wertungskonsistenten Ergebnisse auf die Umsetzung von CRD IV im KWG warten müssen. Die nicht mehr im Streit stehenden Art. 104 Abs. 3 CRD IV¹⁷⁷ und § 25a Abs. 3 Satz 3 KWG i.d.F. RegE CRD IV-UmsetzungG¹⁷⁸ wer-

¹⁷⁴ Vgl. Nachweise oben Fn. 78.

¹⁷⁵ Zu dieser als integraler Bestandteil des Risikomanagements oben 2.2.3.

¹⁷⁶ Exemplarisch das Beispiel der technisch, personell etc. überdimensionierten Compliance-Organisation bei *Fett/Gebauer*, FS Schwark, 2009, S. 375, 383 Fn. 27, die eben gerade nicht als Maßnahme der Risikosteuerung legitimiert werden kann. Zum generellen Anliegen des Aufsichtsrechts, logistische Überforderungen zu vermeiden oben 2.2.1.

¹⁷⁷ Die entscheidende Bestimmung gibt im Umkehrschluss zu erkennen, dass das Europarecht im Rahmen seines territorialen Anwendungsbereichs von einem absoluten Vorrang des Aufsichtsrechts ausgeht – eine auch für die *lex lata* zumindest nicht ausgeschlossene Deutung (oben Fn. 114):

„Art. 104 Regeln, Verfahren und Mechanismen der Institute

...

3. Die aus Abschnitt II dieses Kapitels erwachsenden Pflichten in Bezug auf Tochtergesellschaften, die selbst nicht dieser Richtlinie unterliegen, finden keine Anwendung, wenn das EU-Mutterkreditinstitut oder Kreditinstitute, die von einer Muttergesellschaft kontrolliert werden, bei der es sich um eine Finanzholdinggesellschaft oder eine gemischte Finanzholdinggesellschaft in einem Mitgliedstaat handelt, den zuständigen Behörden gegenüber nachweisen können, dass die Anwendung des Abschnitts II nach den gesetzlichen Bestimmungen des Drittlandes, in dem die Tochtergesellschaft ihren Sitz hat, unrechtmäßig ist.“

den den Vorrang des Aufsichtsrechts für alle konsolidierungspflichtigen Tochterunternehmen innerhalb des EWR bestätigen.¹⁷⁹

4 GRUPPENVERANTWORTLICHKEIT ZWISCHEN LEGALITÄTSPFLICHT UND GESTALTUNGSSPIELRÄUMEN

Abschließend ist zu skizzieren,¹⁸⁰ wie sich das hier entwickelte Konzept gruppendifferenzierter Leitungspflichten auf die Verantwortlichkeit der Akteure im Rahmen der zivil-¹⁸¹ und verwaltungsrechtlichen¹⁸² Durchsetzungsmechanismen auswirkt. Es liegt in der Natur der heteronomen Verortung der in Rede stehenden, gruppendifferenzierten Pflichten in einem besonderen öffentlichen Interesse an der Normbefolgung,¹⁸³ dass deren Erfüllung keine „unternehmerische Entscheidung“ im Sinne des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG darstellt.¹⁸⁴ Es geht insoweit nicht um die Verwirklichung des autonom gesetzten Gewinnziels der Gesellschaft, sondern um die materiell aufsichtsrechtlich erzwungene Dimension der begrenzten Indienstnahme des übergeordneten Unternehmens zur Durchsetzung materiell aufsichtsrechtlicher Vorgaben.¹⁸⁵

¹⁷⁸ „§ 25a Besondere organisatorische Pflichten; Verordnungsermächtigung

...

Die sich aus der Einbeziehung in das Risikomanagement auf Gruppenebene ergebenden Pflichten müssen von Tochtergesellschaften der Gruppe mit Sitz in einem Drittstaat nur insoweit beachtet werden, als diese Pflichten nicht dem geltenden Recht im Herkunftsstaat der Tochtergesellschaft entgegenstehen.“

Zum Versicherungsaufsichtsrecht vgl. § 261 Abs. 1 Satz 2 VAG i.d.F. RegE 10. VAG-ÄndG.

¹⁷⁹ Ein solcher muss in der hier entwickelten Sicht dogmatisch-konzeptionell nicht auf die innerhalb des EWR domizilierten, nachgeordneten Unternehmen beschränkt bleiben, vgl. Fn. 118.

¹⁸⁰ Eingehend zum Ganzen zuletzt *Wundenberg*, (Fn. 7), S. 137 ff.; *Langenbacher*, ZBB 2013, 16, 20 ff.; zum Versicherungsaufsichtsrecht, ohne Beschränkung auf die Gruppenverantwortung *Dreher/Häußler*, ZGR 2011, 471, 487 ff.

¹⁸¹ Neben der Haftung nach §§ 93, 116 AktG v.a. auch die Einschränkung des Entlastungsermessens der Hauptversammlung, BGH v. 25.11.2002 – II ZR 133/01, BGHZ 153, 47, 50 ff. („Macrotron“); BGH v. 18.10.2004 – II ZR 250/02, BGHZ 160, 385, 388 („Thyssen/Krupp“); BGH v. 26.11.2007 – II ZR 227/06, NZG 2008, 309 Rn. 5; anders noch BGH v. 4.3.1974 - II ZR 89/72, BGHZ 62, 193, 194 f.

¹⁸² Vgl. §§ 25a Abs. 1 Satz 8, Abs. 1a, Abs. 1b, 33, 36, 45b, 46 KWG

¹⁸³ Oben 2.1.2.

¹⁸⁴ Zur Anwendbarkeit der *Business Judgement Rule* auf die Ausgestaltung der Konzernverantwortung bei der nicht aufsichtsunterworfenen AG, *Bürkle* in: Hauschka (Hrsg.), (Fn. 71), § 8 Rn. 15; *Krämer*, in: Krieger/U.H.Schneider (Hrsg.), Handbuch Managerhaftung, 2007, § 26 Rn. 64; *Bachmann* in: VGR (Hrsg.), (Fn. 101), S. 65, 85; *Kort*, NZG 2008, 81, 83; *Koch*, WM 2009, 1013, 1015; *U.H.Schneider*, NZG 2009, 1321, 1325 f.; *Fett/Theusinger*, BB 2010, Beilage 4, S. 6, 9, 11; *Verse*, ZHR 175 (2011) 401, 415; etwas restriktiver wohl *Fleischer*, CCZ 2008, 1, 4 f.

¹⁸⁵ Wie hier im normativen Ausgangspunkt *Habersack* in: E.Lorenz (Hrsg.), Karlsruher Forum 2009: Managerhaftung, 2010, S. 5, 14 f.; *Verse*, ZHR 175 (2011) 401, 415; *Langenbacher*, ZBB 2013, 16, 20 ff.; zu § 64a VAG *Armbrüster*, VersR 2009, 1293, 1294, 1298;

Auch insoweit können freilich Gestaltungsspielräume eingeräumt sein, die sowohl im Rahmen der öffentlich-rechtlichen als auch der privatrechtlichen Sanktionierung der behaupteten Nichteinhaltung gruppenbezogener Geschäftsleiterpflichten relevant sind. Die Suche nach unternehmensindividuellen Organisationsmodellen ist im qualitativen Aufsichtsrecht ausdrücklich erwünscht, weil auch bei der Realisierung seiner speziellen Zielsetzung keine „one size fits all“-Lösung von der Stange zur Verfügung steht, was nicht zuletzt § 25a Abs. 1 Satz 4, Abs. 1a, Abs. 1b KWG bestätigt. Hieraus folgen gerade aus der immanenten Rationalität des Aufsichtsrechts resultierende, gerichtlich *ex post* nicht zu kontrollierende Beurteilungsspielräume.¹⁸⁶

Die in § 25c Abs. 3a, Abs. 3b KWG i.d.F. RegE Trennbankengesetz kodifizierten Sicherstellungspflichten der Geschäftsleiter und Leitungspersonen ändern an diesem Befund grundsätzlich nichts: der Proportionalitätsgrundsatz als übergeordnete Leitmaxime wird nicht angetastet, vielmehr begründen auch die intendierten Neuregelungen Pflichten regelmäßig nur in Bezug auf die „wesentlichen“ Risiken für die Gruppe, die es „angemessen“ zu erfassen, berichten und managen gilt, d.h. die unternehmensindividuelle Ausrichtung des Pflichtenprogramms bleibt prinzipiell erkennbar.

Die an dieser Stellen nicht zu vertiefende Frage lautet zugespitzt, welche Bedeutung den Erkenntnissen der „Betriebswirtschaftslehre“ zukommt, d.h. wann und unter welchen Voraussetzungen die standardabweichende Organisation zulässig ist.¹⁸⁷ Gerade im Hinblick auf den nicht selten als zu groß empfundenen Risikoappe-

a.A. OLG Frankfurt v. 12.12.2007 – 17 U 111/07, AG 2008, 453, 455; für § 64a VAG *Louven/Raapke*, VersR 2012, 257, 264; für § 33 WpHG *Spindler*, WM 2008, 905, 909; ohne Reflektion der Sonderlage aufsichtsunterworfenener Unternehmen *Eisele/Faust* in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Hrsg.), (Fn. 36), § 109 Rdn. 99.

¹⁸⁶ *Habersack* in: E.Lorenz (Hrsg.), *Karlsruher Forum 2009: Managerhaftung*, 2010, S. 5, 14 f.; es ist eine Frage terminologischer Zweckmäßigkeit, ob insoweit von einer „abgesenkten“, *Langenbucher*, ZBB 2013, 16, 23, oder „modifizierten“ Anwendung, *Armbrüster*, VersR 2009, 1293, 1296 ff., der *Business Judgement Rule* gesprochen wird. Zur Kennzeichnung der unternehmensextrinsischen Begründung der aufsichtsrechtlichen Gruppenverantwortung wird der Begriff bei der Bestimmung des exakten Pflichtengehalts hier gänzlich vermieden.

¹⁸⁷ Sehr großzügig *Spindler*, WM 2008, 905, 909: „in die Überlegungen mit einzubeziehen... keineswegs bindend“; vgl. auch *Langenbucher*, ZBB 2013, 16, 22 f., die das Problem als solches der Rechtsermittlung versteht und für diese ein „Optimierungsgebot“ im Gegensatz zur „Vertretbarkeitsthese“ der h.M. (z.B. *Mertens/Cahn* in: *Kölner Kommentar zum AktG*, (Fn. 89), § 93 Rn. 75; *Spindler* in: *Münchener Kommentar zum AktG*, (Fn. 7), § 93 Rn. 65, 68) annimmt, *i.e.* nur die „am besten vertretbare“ Interpretation zulässt. Neben der rechtstheoretisch bestreitbaren Prämisse (vgl. speziell zur prinzipienbasierten Bankenaufsicht *Wundenberg*, (Fn. 7), S. 37 ff.), dass eine objektiv richtige(re) Gesetzesauslegung existiert, verschiebt eine solche „Verrechtlichung“ die letztlich zu treffende Entscheidung nur, weil nach wie vor klärungsbedürftig bleibt, welche Variationen zulässig sind, wenn das optimal ausgelegte Gesetz bewusst Gestaltungsspielräume eröffnen will, also gerade einem Methodenpluralismus in der Ökonomie Rechnung tragen will, damit aber auch keine Beliebigkeit in der Methodenwahl erlauben kann, wie sie aber droht, wenn nicht disziplinimmanente Standards für die Akzeptanz innovativer, alternativer, etc. Ansätze berücksichtigt werden.

tit von Bankvorständen¹⁸⁸ ist hier zumindest Nachdenken angebracht, und zumindest die Plausibilisierungslast bei idiosynkratischen Lösungen den Gruppenverantwortlichen aufzuerlegen. Dies trifft sich mit internationalen Tendenzen, gerade im Hinblick auf systemische Risiken die Haftungsfreistellung nach der *Business Judgment Rule* zurückzudrängen¹⁸⁹ und diesen Risiken auch im Rahmen einer Neuausrichtung des Aufsichtsrechts eigenständiges Gewicht zu geben.¹⁹⁰ Im Hinblick auf die zu sichernden Gemeinwohlbelange spricht manches für eine solche, zur Vorsicht gemahnende, in diesem Sinn konstruktive Unsicherheit.¹⁹¹

5 AUSBLICK UND THESEN

Auch in der deutschen Diskussion wird seit längerem betont, dass eine Verrechtlichung nicht wünschenswert sei, die unternehmensinterne Strukturen vorgibt und die diesbezügliche Organisationsfreiheit einschränkt.¹⁹² Dahinter steht die plausible Vorstellung, dass die ebenfalls verhaltenssteuernden, sozialen Normen,¹⁹³ die gerade im Finanzsektor nach verbreiteter Auffassung verlorengegangen sind,¹⁹⁴ durch eine Technisierung der Materie eher verschüttet und in ihrer sozial wünschenswerten Steuerungsfunktion damit weiter geschwächt werden. Solange supranationaler und nationaler Gesetzgeber aber den Weg beschreiten, der „Verantwortungslosigkeit“ der Akteure auf den Finanzmärkten¹⁹⁵ entgegenzuwirken, indem interne Kontrollmechanismen über ausgreifende Konzernorganisationspflichten im materiellen Aufsichtsrecht mit seinen hoheitlichen Durchsetzungsmechanismen

¹⁸⁸ Oben Fn. 31.

¹⁸⁹ *Armour/Gordon*, Systemic Harms and the Limits of Shareholder Value, S. 16 ff. (Working Paper 20. Januar 2013).

¹⁹⁰ Während die mikro-prudentielle Aufsicht zentral auf die Sicherung der Widerstandsfähigkeit individueller Institute gegenüber externen Schocks ausgerichtet ist, zielt der makro-prudentielle Ansatz unmittelbar auf die Zuverlässigkeit und Lebensfähigkeit des Finanzsystems insgesamt und akzeptiert, dass Risiken existieren, die aus dem System selbst resultieren, vgl. *Borrio*, BIZ Working Paper No. 138, 2003, S. 2-3, <http://www.bis.org/publ/work128.pdf>; *Hanson/Kashyap/Stein*, 25 J. Econ. Persp. 3, 4-7 (2011),.

¹⁹¹ Es gehört zu den zentralen Legitimationssträngen der Business Judgment Rule, dass der natürlichen Risikoaversion der Geschäftsleiter durch ein Zurücknehmen der Drohung mit persönlicher Verantwortung entgegengesteuert werden soll, damit diese die verfügbaren Mittel der Gesellschaft in sämtliche, *ex ante* mit positivem Erwartungswert ausgestatteten Geschäfte investieren, hier nur *Ruffner*, Die ökonomischen Grundlagen eines Rechts der Publikumsgesellschaft, 2000, S. 229 ff.

¹⁹² Z.B. die frühen Beiträge zum Kapitalmarktrecht von *Spindler*, (Fn. 4), S.289; *U.H.Schneider*, ZIP 2003, 645, 647 ff.; *Lösler*, Compliance im Wertpapierdienstleistungskonzern, 2003, S. 11 f. *Mülbert*, ZHR 176 (2012) 369 spricht im Licht der jüngsten Reformen von einem „Regulierungstsunami“, bleibt aber den Beweis für die ausschließlich zerstörerische Wirkung der Initiativen schuldig.

¹⁹³ Vgl. zu internen Motivationsmechanismen wie Schuldgefühl, Scham, Stolz, sozialem/r Ansehen und Ablehnung, die sich als Bestandteile der individuellen Nutzenfunktion konzeptionalisieren lassen hier nur *McAdams/Rasmussen* in: Polinsky/Shavell (Hrsg.), Handbook of Law and Economics, Bd. 2, 2007, S.1573, 1579 ff.

¹⁹⁴ Z.B. *Olearius/Thiemann*, FAZ Nr. 286 vom 7.12.2012, S. 12.

¹⁹⁵ Exemplarisch für die Verwendung ethischer Kategorien in diesem Kontext in der Wirtschaftswissenschaft *M.Hellwig*, in: Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentags 2010, Bd. I, 2010, S. E 9 f.

präformiert werden,¹⁹⁶ müssen die Regelungsinstrumente effektiv durchgesetzt werden. Dass und wie dies im Hinblick auf die Gruppenverantwortung im Aufsichtsrecht möglich ist, hat dieser Beitrag gezeigt, der keinesfalls als Blaupause für mehr rechtlich erzwungene Gruppenverantwortung, sondern als eine solche für die auch im ureigensten Interesse der Unternehmen liegende, möglichst friktionslose und zieladäquate Implementierung existierender Regeln in den erfassten Gruppen verstanden werden sollte.

Auf der Grundlage dieses Ansatzes ergeben sich die Thesen:

1. Die Regelungsziele des Aufsichtsrechts prägen die Gruppenverantwortung der Leitungsorgane der übergeordneten Unternehmen ebenso wie etwaige Kooperationspflichten in nachgeordneten Gruppenunternehmen.
 - 1.1. Dogmatischer Ansatzpunkt für ein normativ konsistentes Sonderkonzernrecht des regulierten Finanz- und Versicherungssektors ist das regelungstragende, funktional klar umrissene öffentliche Interesse und dessen Einwirkung auf das Leitungsermessen der verantwortlichen Gesellschaftsorgane.
 - 1.2. Aus dieser Einwirkung des Aufsichtsrechts auf das für die aufsichtsunterworfenen Gruppen geltende, allgemeine Gesellschaftsrecht ergibt sich ein sektoral begrenzter Vorrang aufsichtsrechtlicher Vorgaben, dessen Grenzen ebenfalls aus den Zielen des Aufsichtsrechts folgen.
2. Das Bankaufsichtsrecht ist Substitut für die geschwächte *debt-governance* im Finanzsektor und erklärt sich primär aus der makroökonomischen Funktion von Banken in der Liquiditätsversorgung kapitalistischer Volkswirtschaften.
 - 2.1. Sowohl die erste als auch die zweite Säule des Bankenaufsichtsrechts enthalten konzerndimensionale Pflichten für das übergeordnete Unternehmen, die über allgemein konsenterte Vorgaben für die Verbundspitze im Aktienrecht hinausgehen.
 - 2.2. Mit den Regelungszielen des Bankenaufsichtsrechts verträgt sich ein durchsetzungshindernder Vorrang gesellschaftsrechtlicher Gestaltungen grundsätzlich nicht.

¹⁹⁶ Dieser Ansatz ist jedenfalls dann schlechter legitimierbar, wenn Marktdisziplin für eine adäquate *debt-governance* sorgen kann und insbesondere die Fehlanreize beseitigt, die das verschärfte moralische Risiko im Bankensektor begründen (Oben 2.1.1). Im Kern bedeutet dies, dass die Bemühungen um ein tragfähiges Abwicklungs- und Sanierungsregime für große (grenzüberschreitende) Institute, das vor allem die Notwendigkeit einer systemstabilisierenden Rettung mit öffentlichen Mitteln signifikant reduzieren soll – aus europäischer Sicht v.a. der Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung eines Rahmens für die Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Richtlinien 77/91/EWG und 82/891/EG des Rates, der Richtlinien 2001/24/EG, 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2005/56/EG, 2007/36/EG und 2011/35/EG sowie der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010, COM(2012) 280 final/2 – unmittelbaren Einfluss auf das prudentielle Aufsichtsregime entfalten kann: die Krisenprävention kann sehr viel stärker den privaten Akteuren selbst überlassen werden, wenn gesichert ist, dass diese die Kosten des Scheiterns tatsächlich internalisieren.

- 2.3. Konflikte der Organisationsvorgaben des Bankenaufsichtsrechts lassen sich bei angemessener Berücksichtigung des öffentlichen Interesses als normativer Determinante der Leitungstätigkeit auflösen.
3. Die Ableitung gruppendifferenzialer Pflichten aus einem besonderen öffentlichen Interesse beeinflusst auch die zivil- und öffentlich-rechtliche Verantwortlichkeit der Geschäftsleiter, schließt aber Gestaltungsspielräume bei der unternehmensindividuellen Wahrnehmung von Gruppenverantwortung nicht aus.
4. Die für das Recht der Bankenaufsicht entwickelte Position gilt *mutatis mutandis* für das Versicherungsaufsichtsrecht, das ebenfalls ein besonderes öffentliches Interesse an der Wahrung der Belange der Versicherten und des kollektiven Funktionsschutzes des Versicherungswesens bedient.

IMFS WORKING PAPER SERIES

Recent Issues

68 / 2013	John F. Cogan John B. Taylor Volker Wieland Maik Wolters	Fiscal Consolidation Strategy: An Update for the Budget Reform Proposal of March 2013
67 / 2012	Otmar Issing Volker Wieland	Monetary Theory and Monetary Policy: Reflections on the Development over the last 150 Years
66 / 2012	John B. Taylor Volker Wieland	Surprising Comparative Properties of Monetary Models: Results from a new Model Database
65 / 2012	Helmut Siekmann	Missachtung rechtlicher Vorgaben des AEUV durch die Mitgliedstaaten und die EZB in der Schuldenkrise
64 / 2012	Helmut Siekmann	Die Legende von der verfassungsrechtlichen Sonderstellung des "anonymen" Kapitaleigentums
63 / 2012	Guenter W. Beck Kirstin Hubrich Massimiliano Marcellino	On the Importance of Sectoral and Regional Shocks for Price Setting
62 / 2012	Volker Wieland Maik H. Wolters	Forecasting and Policy Making
61 / 2012	John F. Cogan John B. Taylor Volker Wieland Maik H. Wolters	Fiscal Consolidation Strategy
60 / 2012	Peter Tillmann Maik H. Wolters	The Changing Dynamics of US Inflation Persistence: A Quantile Regression Approach
59 / 2012	Maik H. Wolters	Evaluating Point and Density Forecasts of DSGE Models
58 / 2012	Peter Tillmann	Capital Inflows and Asset Prices: Evidence from Emerging Asia
57 / 2012	Athanasios Orphanides Volker Wieland	Complexity and Monetary Policy
56 / 2012	Fabio Verona Manuel M.F. Martins Inês Drumond	(Un)anticipated Monetary Policy in a DSGE Model with a Shadow Banking System
55 / 2012	Fabio Verona	Lumpy Investment in Sticky Information General Equilibrium

54 / 2012	Tobias H. Tröger	Organizational Choices of Banks and the Effective Supervision of Transnational Financial Institutions
53 / 2012	Sebastian Schmidt	Optimal Monetary and Fiscal Policy with a Zero Bound on Nominal Interest Rates