

CB-BEITRAG

Dr. Manfred Rack, RA

CB-Test: Die neue Strafbarkeit der Geschäftsleiter von Banken und Versicherungen im Risikomanagement

Geschäftsleiter von Banken und Versicherungen werden mit Strafe für schuldhaftes Risikomanagement bedroht, ohne dem Gesetz entnehmen zu können, wie sie sich als Risikomanager zu verhalten haben. Der zentrale Begriff des „Risikos“ wird im Gesetz verwendet – er wird dabei jedoch nicht definiert, sondern vorausgesetzt. Im folgenden Beitrag werden zunächst die Neuregelungen des KWG vorgestellt, einschließlich der Kritik an ihrer verfassungsrechtlichen Unbestimmtheit. Der Begriff des „Risikos“ wird – v. a. im zweiten Teil des Beitrages – als Schadensprognose ausgelegt. Die rechtlichen Regeln aus Rechtsprechung und Literatur im Umgang mit Risiken werden ermittelt und auf ihre Eignung zur Vermeidung von Finanzkrisen geprüft, wobei die letzte Analyse über die katastrophale Fehlprognose von *Nate Silver* („Die Berechnung der Zukunft“) berücksichtigt wird.

I. Die Neuregelung des Kreditwesengesetzes

Ab dem 2.1.2014 gilt die n. F. des Kreditwesengesetzes (KWG), zuletzt geändert durch Gesetz vom 7.8.2013 (BGBl. I, 2777) und vom 28.8.2013 (BGBl. I, 3395).

Bestraft werden sollen die Verantwortlichen, die durch Pflichtverletzung im Risikomanagement die Krise eines Unternehmens mitverursachen¹. Auch bisher waren Geschäftsleiter von Banken und Versicherungsunternehmen schon für die ordnungsgemäße Geschäftsorganisation nach § 25a Abs. 1 KWG und § 64a VAG verantwortlich. Die Geschäftsorganisation nach dem Bankenaufsichtsrecht musste auch bisher schon ein angemessenes und wirksames Risikomanagement umfassen, auf dessen Basis ein Institut die Risikotragfähigkeit laufend nach § 25a Abs. 1 S. 3 KWG und § 64a Abs. 1 S. 3 VAG sicherzustellen hatte. Bisher waren die Pflichten zum Risikomanagement nicht durch Gesetze und Verordnungen geregelt, sondern in den Verwaltungsvorschriften der BaFin, insbesondere in deren Rundschreiben zu den Mindestanforderungen an das Risikomanagement (MaRisk). Pflichten nach einer Verwaltungsvorschrift können jedoch keine strafrechtlichen Sanktionen auslösen, weil sie nur innerhalb der Verwaltung gelten und eine gleichmäßige Verwaltungspraxis sicherstellen sollen.

Bestraft werden kann eine Tat jedoch nur, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, noch bevor die Tat begangen wurde. Es gilt der Grundsatz „Keine Strafe ohne Gesetz“ (nullum crimen sine lege) nach Art. 103 Abs. 2 GG und Art. 104 Abs. 1 GG und § 1 StGB. Ein Verstoß gegen Pflichten aus Verwaltungsvorschriften konnte nicht bestraft werden.

Die zentralen Pflichten des Risikomanagements aus den MaRisk werden nunmehr in § 25c KWG gesetzlich geregelt. Nach der Begrün-

dung des Gesetzentwurfs sollen damit „keine neuen inhaltlichen Anforderungen an die Geschäftsleiter Ebene verbunden sein“².

Die neue Strafbarkeit nach § 54a KWG wegen Pflichtverletzungen von Banken und Versicherungen im Risikomanagement wurde ausgelöst durch die globale Finanzkrise seit 2007. Nach Ansicht der Bundesregierung bestanden „unzureichende Möglichkeiten, Geschäftsleiter von Kreditinstituten, Finanzdienstleistungsinstituten und Versicherungsunternehmen strafrechtlich zur Verantwortung zu ziehen, wenn das Institut bzw. das Versicherungsunternehmen durch Missmanagement in eine Schieflage geraten ist“³.

Der Untreuetatbestand nach § 266 StGB galt als nicht ausreichende strafrechtliche Abschreckung. Die Strafbarkeit scheiterte am schwierigen Nachweis einer konkreten Pflichtverletzung und der Feststellung eines Schadens⁴. Angestrebt wurde deshalb die Strafbarkeit von Pflichtverletzungen der Geschäftsleiter im Risikomanagement⁵.

Die rechtspolitischen Forderungen nach einer Strafbarkeit von Geschäftsleitern im Risikomanagement wurden in der Literatur nach dem Ausbruch der Finanzkrise ausführlich begründet⁶.

1 BT-Drucks. 17/12601, 2.

2 BT-Drucks. 17/12601, 31.

3 BT-Drucks. 17/12601, 2.

4 BVerfGE 126, 170.

5 BT-Drucks. 17/12601, 5.

6 Dazu *Schünemann*, Die sog. Finanzkrise – Systemversagen oder global organisierte Kriminalität, 2010, S. 71, und *Kasiske*, Aufarbeitung der Finanzkrise durch das Strafrecht? Zur Untreuestrafbarkeit durch Portfolioinvestments, in: *Collateralized Debt Obligations via Zweckgesellschaften*, 2010, S. 13; *Arnoldi*, Alles Geld verdampft, Finanzkrise in der Weltrisikogesellschaft, 2009, S. 25.

Nach § 54a KWG wird mit Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer entgegen § 25c Abs. 4a oder § 25c Abs. 4b S. 2 KWG nicht dafür Sorge trägt, dass ein Institut oder eine dort genannte Gruppe über eine dort genannte Strategie, einen dort genannten Prozess, ein dort genanntes Verfahren, eine dort genannte Funktion oder ein dort genanntes Konzept verfügt und hierdurch eine Bestandsgefährdung des Instituts des übergeordneten Unternehmens oder eines gruppenangehörigen Instituts herbeiführt. Wer die Gefahr fahrlässig herbeiführt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu 2 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. Die Tat ist nach § 54a Abs. 3 KWG jedoch nur strafbar, wenn die BaFin dem Täter durch Anordnung nach § 25c Abs. 4c KWG die Beseitigung des Verstoßes gegen § 25c Abs. 4a KWG oder § 25c Abs. 4b S. 2 aufgegeben hat und der Täter dieser vollziehbaren Anordnung zuwider handelt und hierdurch die Bestandsgefährdung herbeiführt hat.

Ein angemessenes und wirksames Risikomanagement wird in § 25a KWG geregelt. Es umfasst die Festlegung einer konsistenten Risikostrategie in § 25a Abs. 1 Nr. 1 KWG, Verfahren zur Ermittlung und Sicherstellung der Risikotragfähigkeit, die „vorsichtige Ermittlung der Risiken und des zu ihrer Abdeckung verfügbaren Risikodeckungspotential“ nach § 25a Abs. 2 KWG, interne Kontrollsysteme mit Prozessen zur Identifizierung, Beurteilung, Steuerung, zur Überwachung und Kommunikation der Risiken nach § 25a Abs. 1 Nr. 3b KWG und eine Risikocontrolling-Funktion und eine Compliance-Funktion nach § 25a Abs. 1 Nr. 3c KWG. Die Strategie des Risikomanagements ist nach § 25a Abs. 1 KWG und nach § 25c Abs. 4a KWG vom Institut regelmäßig anzupassen.

II. Ein Strafausschließungsgrund nach § 54a Abs. 3 KWG

Die Strafbarkeit setzt voraus, dass dem Geschäftsleiter die Beseitigung des Verstoßes nach § 25 Abs. 4a KWG n.F. oder Abs. 4b S. 2 KWG durch Anordnung aufgegeben wurde und der Geschäftsleiter dieser vollziehbaren Anordnung zuwiderhandelt und dadurch die Bestandsgefährdung verursacht. Nach § 25 Abs. 2 S. 2 KWG n.F. handelt ordnungswidrig, wer vorsätzlich oder fahrlässig gegen eine vollziehbare Anordnung der BaFin verstößt. Die BaFin kann im Einzelfall vollziehbare Anordnungen treffen, um die ordnungsgemäße Geschäftsorganisation nach § 25a Abs. 1 S. 3 und 6 KWG sicherzustellen. Nur in Form eines Verwaltungsaktes ist die Anordnung vollziehbar i. S. v. § 54a Abs. 3 KWG n.F. Gegen die Anordnung sind verwaltungsrechtliche Rechtsmittel zulässig. Es kommt nur auf die Vollziehbarkeit und nicht auf die Rechtmäßigkeit der Anordnung an. Nach § 49 KWG n.F. haben Rechtsmittel gegen eine Anordnung der BaFin keine aufschiebende Wirkung⁷.

III. Kritik an der Unbestimmtheit der Rechtsbegriffe

Die vollziehbare Anordnung der BaFin wirkt zwar wie eine Vorwarnung und gibt Geschäftsleitern die Gelegenheit, die Strafbarkeit abzuwenden, indem sie die Anordnung der BaFin zum Risikomanagement befolgen.

Anordnungen durch die BaFin machen die Pflichten zum Risikomanagement jedoch nicht berechenbarer. Die Interpretation der Vielzahl der unbestimmten Rechtsbegriffe wird auf die BaFin verlagert. Der Gesetzgeber delegiert die Bestimmung des Risikomanagements

an die BaFin. Die verfassungsrechtliche Anforderung an die Berechenbarkeit und die Bestimmbarkeit werden dadurch nicht gesichert. Der Grundsatz „Keine Strafe ohne Gesetz“ bleibt trotz der Gesetzesform und trotz der Zwischenschaltung der BaFin-Anordnung verletzt. Zu Recht wird deshalb die Neuregelung zur Strafbarkeit der Geschäftsleiter wegen des Verstoßes gegen das Bestimmtheitsgebot kritisiert⁸. Die Erhebung der Pflichten zum Risikomanagement nach der MaRisk in Gesetzesrang nach der KWG-Änderung und die BaFin-Anordnung machen die Pflichten zum Risikomanagement nicht bestimmter und auch nicht berechenbarer. Der Gesetzgeber hat für das Risikomanagement keine inhaltlich-qualitativen Vorgaben gemacht⁹. Geschäftsleiter von Banken werden zwar mit Strafe bedroht, wissen aber auch nach der Gesetzesänderung nicht, für welches Verhalten ihnen Strafe droht. Die Anordnung der BaFin kommt zur Berechenbarkeit der Risikomanagementpflichten zu spät. Geschäftsleiter haben zwar Rechtsmittel, jedoch ohne aufschiebende Wirkung und haben deshalb keine andere Wahl, als der Anordnung zu folgen. Die verfassungsrechtlichen Bedenken nach Art. 103 Abs. 2 GG sind deshalb berechtigt. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind Strafnormen „so zu fassen, dass die Normadressaten im Regelfall an Hand des Wortlauts der gesetzlichen Vorschriften voraussehen können, ob ein Verhalten strafbar ist oder nicht“. Der Grad an gesetzlicher Bestimmtheit einzelner Straftatbestände lässt sich nach dem Bundesverfassungsgericht nicht allgemein beschreiben. In Grenzfällen genügt es, wenn lediglich das Risiko einer Bestrafung erkennbar ist¹⁰, was nach dem Wortlaut des § 54a KWG der Fall ist.

Der Gesetzgeber verwendet im Zusammenhang mit dem Begriff Risiko und Risikomanagement die weiteren Begriffe Risikostrategien, Risikotragfähigkeit, Adressenausfallrisiken, Marktrisiken, operationelle Risiken, Risikosteuerung, Gesamtrisikoprofil, Risikoinventur, Risikokonzentration und wesentliche Risiken. An keiner Stelle definiert der Gesetzgeber aber den Risikobegriff selbst. Offen bleibt deshalb die Frage, welche Vorwürfe und Fehler im Risikomanagement von Geschäftsleitern zu vermeiden sind, um den strafrechtlichen Sanktionen nach § 54a KWG zu entgehen. Der Risikobegriff wird vom Gesetzgeber vorausgesetzt. Für die Bestimmtheit einer Strafnorm reicht es nach dem Bundesverfassungsgericht schon aus, wenn „eine gefestigte Auslegung allgemein anerkannt“ ist¹¹. Wenn der Wortlaut unklar bleibt ist deshalb zu untersuchen, ob in anderen Gesetzesvorschriften in der Rechtsprechung ausreichende Angaben zu finden sind, von denen Richter sagen könnten, es handele sich um eine „gefestigte Auslegung“. Sie müssten von jedem Geschäftsleiter berücksichtigt werden, um den Vorwurf des strafbaren Risikomanagements von vornherein zu vermeiden.

IV. Die Risikoanalyse als erste Aufgabe des Risikomanagements

Unterlassen Geschäftsleiter die Risikoanalyse, setzen sie eine Ursachenkette in Gang, die im Schaden endet und nunmehr nach § 54a

7 Cichy/Cziupka/Wiersch, NZG 2013, 848.

8 NZG, 2013, 580; Hamm/Richter, WM, 2013, 870 und 867, Cichy/Cziupka/Wiersch, NZG 2013, 848.

9 Hamm/Richter, WM, 2013, 870, 867; Cichy/Cziupka/Wiersch, NZG 2013, 848.

10 BVerfGE 126, 170, Rd.-Nr. 74, 75.

11 BVerfGE 126, 170, Rd.-Nr. 82, 83.

KWG seine Strafbarkeit begründen kann. Mit der neu geregelten Strafdrohung wird die Risikoanalyse zur Existenzfrage für Geschäftsleiter. Wer keine Risikoanalyse betreibt, muss kein Risiko annehmen und hat keinen Anlass, ein Risiko abzuwenden und Rechtspflichten zu recherchieren, die der Risikoabwehr dienen. Wo kein Risiko angenommen wird, muss es auch nie abgewendet werden.

In seiner *IKB-Entscheidung* vom 9.12.2009¹² hat das OLG Düsseldorf dem Vorstand der IKB vorgeworfen, die Pflicht zu eigener Informationsbeschaffung verletzt zu haben. Die Informationsbeschaffungspflicht für einen Geschäftsleiter ist nicht allein damit erfüllt, dass die Bank sich auf externe Ratings der amerikanischen Ratingagenturen verlässt. Der Vorstand hat die Pflicht, alle verfügbaren Erkenntnisquellen auszuschöpfen. Diese Pflicht leitet das OLG Düsseldorf aus § 93 Abs. 1 S. 2 AktG her. Nur Informationen aus zweiter Hand reichen zur Erfüllung dieser Pflicht nicht aus. Der Vorstand hätte sich über das Qualitätsrisiko, das Marktrisiko und das Klumpenrisiko der angekauften Wertpapiere informieren müssen. Das Klumpenrisiko besteht dann, wenn ähnliche Ausfallrisiken sich häufen und ein Schaden i. H. v. mehreren Milliarden Euro droht. Die IKB und ihre Zweckgesellschaften hatten Wertpapiere i. H. v. 24,7 Mrd. Euro bei einer Bilanz von ca. 52 Mrd. Euro angekauft, was ca. 47% des Gesamtvolumens ihres Geschäftsfeldes ausgemacht hat. Das Tochterunternehmen IKB-CAM hat Wertpapiere angekauft und damit wesentliche Teile der Geschäftstätigkeit im Zusammenhang mit den Finanzanlagen ausgelagert. Seine Risikofrüherkennungspflicht nach § 91 Abs. 2 AktG und seine Pflicht nach § 25a KWG a. F. wurden damit verletzt. In Fällen der Auslagerung von Aktivitäten durch ein Kreditinstitut muss ein angemessenes und wirksames Risikomanagement gewährleistet bleiben. Die Auslagerung darf nicht zu einer Delegation der Verantwortung des Vorstands an das Auslagerungsunternehmen führen. Der Vorstand war nach der Auslagerung nicht mehr operativ in die Entscheidungsprozesse miteingebunden, die IKB-CAM hatte nur einen Geschäftsführer und außerdem hatte sie es versäumt, die Stelle eines Chief-Risk-Officers einzurichten. Zum Risikomanagement gehört es, als erstes festzulegen, was unter einem Risiko zu verstehen ist.

V. Schadensrisiko und Schaden – ein Unterschied

Ein Schadensrisiko und ein Schaden sind zu unterscheiden. Das Schadensrisiko ist der drohende, künftige Schaden. Schadensrisiken werden zu Tatsachen, wenn der Schaden eingetreten ist. Ob ein Schaden eingetreten ist, lässt sich leichter beantworten als die Frage, ob ein Schaden eintreten wird. Nach dem Eintritt eines Schadens lässt er sich als Tatsache feststellen, bestreiten und beweisen. Nach dem Eintritt des Schadens ist es für eine präventive Schadensabwehr zu spät. Risiken müssen deshalb so früh wie möglich erfasst und durch Rechtspflichten abgewendet werden, und zwar noch bevor der Schaden eingetreten ist. Die Risikofrüherkennungspflicht für Vorstände von Aktiengesellschaften ergibt sich aus § 91 Abs. 2 AktG, wonach gefährdende Entwicklungen früh erkannt werden müssen und dazu geeignete Maßnahmen, insbesondere Überwachungssysteme, einzurichten sind.

Vor einem Schadenseintritt sind immer mehrere Schadensverläufe denkbar, sie werden erst zur Gewissheit, wenn der Schaden tatsächlich eingetreten ist. Ein Risikomanager muss vor dem Schadenseintritt zwischen unterschiedlichen denkbaren Schadensverläufen in der Zukunft entscheiden. Er muss zwischen mehreren möglichen

und denkbaren Schadensverläufen den künftigen Verlauf auswählen. Zwischen unterschiedlichen Alternativen zu wählen, bedeutet jedoch, eine Entscheidung zu treffen¹³. Entscheiden und Erkennen sind unterschiedliche Verfahren. Erkennen kann man nur Tatsachen. Sie kann man feststellen, ermitteln und beweisen. Sie sind entweder wahr oder falsch. Zukünftige Schadensverläufe kann man dagegen nur prognostizieren und im Rahmen der Risikofantasie entwickeln. Risiken sind deshalb Schadensprognosen und damit keine Fakten, sondern Fiktionen. Wenn die Annahmen von Risiken Entscheidungen sind und keine Erkenntnisse, dann müssen nach § 54a KWG zur Vermeidung des Schuldvorwurfs Entscheidungsfehler vermieden werden¹⁴. Es stellt sich deshalb die Frage, welche Fehler bei einer Entscheidung gemacht werden können, die auch strafbar sein könnten.

VI. Die Struktur von Risiken als Prognosen

Wenn Schadensrisiken als Prognosen zu verstehen sind, haben sie wie alle Prognosen die gleiche Struktur. Erstens gehört dazu eine Schadensursache, zweitens der Schaden als Wirkung dieser Ursache und drittens eine Kausalbehauptung, wonach der prognostizierte Schaden immer eintritt, wenn die Schadensursache und die Randbedingungen vorliegen und sie nicht durch Schutzmaßnahmen abgewendet werden. Die Kausalitätsbehauptung enthält wiederum einen Erfahrungssatz des Inhalts, dass der Schaden immer auf die Schadensursache folgt, weil darüber in der Vergangenheit Erfahrungen gemacht wurden, dass dieser mehrfach beobachtete Schadensverlauf aus der Vergangenheit deshalb auch in Zukunft gelten muss, weil er bisher nicht widerlegt, d. h. falsifiziert, wurde. Erfahrungssätze werden aus der Beobachtung häufig mehrerer gleicher Ereignisse gebildet. Der Erfahrungssatz wird durch den Schluss gekennzeichnet, dass sich unter bestimmten Bedingungen dieselben Folgeerscheinungen wiederholen werden. Die Gültigkeit von Erfahrungssätzen können „täglich durch neue Erfahrungen widerlegt werden“¹⁵. Der Risikofaktor ist regelmäßig eine Tatsache, die sich beobachten lässt, wie in den einschlägigen Beispielen der Rechtsprechung. Die *IKB-Entscheidung* gehört in eine Kette von höchstrichterlichen Entscheidungen, in denen die Risikoanalyse unterlassen, das Risiko übersehen wurde und der Schaden überraschend eingetreten ist. Im Nachhinein hat die Rechtsprechung „für jeden noch so abwegigen Schadensverlauf entsprechende Maßnahmen erfunden, die den jeweiligen Schaden verhindert hätten“¹⁶. Wer sich also nicht im Rahmen einer Risikoanalyse die Frage stellt, ob ein Schaden droht und unter welchen Bedingungen, kann ihn auch nicht abwenden. Die Risikoanalyse umfasst die Frage, ob ein Schaden vorhersehbar und vermeidbar ist

12 OLG Düsseldorf, 9.12.2009 – 6 W 45/2009 (IKB-Entscheidung).

13 *Jungermann/Pfister/Fischer*, „Die Psychologie der Entscheidung“, 2005, S. 2 zum Begriff der Entscheidung.

14 *Beck*, Weltrisikogesellschaft; Auf der Suche nach der verlorenen Sicherheit, 2008, S. 50f.; *Calliess*, Rechtsstaat und Umweltstaat, 2000, S. 165; *Darnstädt*, Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge, 1983, S. 94; *Di Fabio*, Risikoentscheidung im Rechtsstaat, 1994, S. 62; *Prittowitz*, Strafrecht und Risiko, 1993, S. 83ff., 88 sowie der Hinweis auf die Entscheidungstheorie auf S. 90.

15 *Stein*, Das private Wissen des Richters, Untersuchung zum Beweisrecht bei der Prozesse, 1893, S. 19, 23, 24, 29, 30; *Konzen*, in: FS Gaul, 1997, S. 335; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, Zivilprozessordnung, 69. Aufl. 2011, Einführung zu § 284 Anm. 22 und § 546, Anm. 12.

16 *Matusche-Beckmann*, Organisationsverschulden, 2001, S. 71, 53, 206.

und zwar vor dem Schadenseintritt. Die Frage gleichen Inhalts stellt sich nach dem Eintritt des Schadens bei der Entscheidung eines Gerichts darüber, ob dieser Schaden vorhersehbar und vermeidbar war. Haftbar ist der, für den der Schaden vorhersehbar und vermeidbar war. Der Risikofaktor ist eine Tatsache, die sich beobachten lässt, wie z. B. die Verkehrsverstöße eines unzuverlässigen Kutschers¹⁷, eine Stolperstelle auf dem Bürgersteig¹⁸, Löcher im Straßenasphalt¹⁹, offene Schranken am Bahnübergang²⁰, Schnee und Eis auf der Straße²¹ oder ein Zeitungsartikel mit rufschädigendem Inhalt²². Von diesen Risikofaktoren kann auf Grund von Erfahrung auf einen drohenden Schaden geschlossen werden. Zur Schadensprognose ist Risikofantasie erforderlich. Ein unzuverlässiger Verkehrsteilnehmer wird aus Erfahrung irgendwann einen Verkehrsschaden verursachen, eine offene Bahnschranke wird erfahrungsgemäß irgendwann zu einer Kollision von Zug und PKW führen. Eine Stolperstelle oder Eisglätte kann den Sturz von Passanten verursachen. Fehlt es an Erfahrung im Unternehmen, muss fremdes Expertenwissen hinzugezogen werden²³. Auch die fehlende Erfahrung ist zu melden. Lässt sich die Ursache für einen Missstand nicht klären, muss der Vorstand eingreifen und Krisenmanagement betreiben²⁴, was seit dem Lederspray-Urteil zur ständigen Rechtsprechung zählt.

Hinweis der Redaktion:

Der Beitrag wird im kommenden Heft (CB 9/2013) fortgesetzt mit der Untersuchung, inwieweit die Regeln zur Risikoanalyse, wie sie sich aus Rechtsprechung und Literatur ermitteln lassen, den Gesetzeszweck erfüllen können, Finanzkrisen abzuwenden. Dabei werden die letzten Erkenntnisse aus der aktuellen Analyse der Finanzkrise als „katastrophale Fehlprognose“ in die Betrachtung miteinbezogen²⁵.

AUTOR



Dr. Manfred Rack, RA und Notar, Rack Rechtsanwältin, Frankfurt a. M. Seine Arbeitsschwerpunkte liegen im Compliance- und Risikomanagement. Er ist Herausgeber des EDV-gestützten Managementsystems „Recht im Betrieb“: Umwelt- und arbeitsschutzrechtliche Betriebsorganisation, Pflichtenmanagement für Vorstand, Geschäftsführer und Aufsichtsrat.

- 17 RG, 14.12.1911 – VI 75/11, RGZ 78, 107 (Kutscher-Urteil).
- 18 RG, 28.11.1913 – III 194/13, RG Warn. 1914 Nr. 35, 50 (Neuzement-Urteil).
- 19 RG, 27.11.1916 – VI 275/16, RGZ 89 (1917), 136 (Asphalt-Vertiefungs-Urteil).
- 20 RG, 12.1.1938 – VI 172/37, RGJW 1938 S. 1651 (Kleinbahn-Urteil).
- 21 RG, 12.10.1938 – VI 96/38, RGJW 1938 S. 3162 (Streupflicht-Urteil); BGH, 6.11.1956 – VI ZR 71/56, MDR 1957, 214 (Streupflicht-Urteil II).
- 22 BGH, 10.5.1957 – I ZR 234/55, BGHZ 24 (1957), 200 (Presseangriff-Urteil).
- 23 RG, 19.2.1923 – IV 427/22, RGJW (1923), 1026 (Fuhrwerk-Urteil); BGH, 6.7.1990 – 2 STR 549/89, BB 1990, 1856, NJW 1990, 2560 (Lederspray-Urteil); RG, 14.12.1911 – VI 75/11), RGZ 78, 107 (Kutscher-Urteil).
- 24 RG, 19.2.1923 – IV 427/22, RGJW (1923), 1026 (Fuhrwerk-Urteil); BGH, 6.7.1990 – 2 STR 549/89, BB 1990, 1856, NJW 1990, 2560 (Lederspray-Urteil).
- 25 Vgl. hierzu *Silver*, Die Berechnung der Zukunft, Warum die meisten Prognosen falsch sind und manche trotzdem zutreffen, 2013, S. 38.

Compliance-Test 8/2013

Mit dem monatlichen **Compliance-Test** von **Rack Rechtsanwälte** können Sie prüfen, ob alle Rechtsänderungen eines Monats aus Umweltschutz, Arbeitsschutz, Anlagensicherheit, Produktsicherheit und Unternehmensführung in Ihrem Unternehmen erfasst wurden. Im Monat August 2013 gab es

- 207 Änderungen bei Rechtsnormen und
- 287 Änderungen bei Rechtspflichten.

Den kompletten Compliance-Test 8/2013 finden Sie unter www.rack-rechtsanwaelte.de.

Neue Pflichten für die Finanzbranche

In den letzten Monaten sind auf EU-Ebene und im Bund zahlreiche bank- und kapitalmarktrechtliche Vorschriften neu erlassen worden. Insgesamt gab es ca. 1.000 neue Pflichten zur Bankenregulierung. In der Datenbank „Recht im Betrieb“ sind die Pflichten erfasst und kategorisiert. Von den 945 neuen Pflichten, waren 162 Pflichten zur Risikoanalyse, 300 Organisationspflichten und 95 Aktualisierungspflichten.

Die im Anschluss abgedruckte Checkliste enthält eine Auswahl der neuen Pflichten zur Risikoanalyse.

Neu:	Pflichten zur Risikoanalyse	Pflichten	Gesehen?
I.	Kreditwesengesetz (KWG), Fassung ab 2.1.2014:	4	<input type="checkbox"/>
§ 25a	Ein Institut muss über eine ordnungsgemäße Geschäftsorganisation verfügen, die die Einhaltung der vom Institut zu beachtenden gesetzlichen Bestimmungen und der betriebswirtschaftlichen Notwendigkeiten gewährleistet.		<input type="checkbox"/>
§ 25b	Ein Institut muss abhängig von Art, Umfang, Komplexität und Risikogehalt einer Auslagerung von Aktivitäten und Prozessen auf ein anderes Unternehmen, die für die Durchführung von Bankgeschäften, Finanzdienstleistungen oder sonstigen institutstypischen Dienstleistungen wesentlich sind, angemessene Vorkehrungen treffen, um übermäßige zusätzliche Risiken zu vermeiden.		<input type="checkbox"/>
§ 25c	Im Rahmen ihrer Gesamtverantwortung für die ordnungsgemäße Geschäftsorganisation müssen die Geschäftsleiter für eine angemessene und transparente Unternehmensstruktur sorgen, die sich an den Strategien des Unternehmens ausrichtet und der für ein wirksames Risikomanagement erforderlichen Transparenz der Geschäftsaktivitäten des Instituts Rechnung trägt, und die hierfür erforderliche Kenntnis über die Unternehmensstruktur und die damit verbundenen Risiken besitzen.		<input type="checkbox"/>

Neu:	Pflichten zur Risikoanalyse	Pflichten	Gesehen?
§ 25d	Das Verwaltungs- oder Aufsichtsorgan muss die Geschäftsleiter auch im Hinblick auf die Einhaltung der einschlägigen bankaufsichtsrechtlichen Regelungen überwachen.		<input type="checkbox"/>
II.	Kapitalanlagegesetzbuch (KAGB)	2	<input type="checkbox"/>
§ 28	Die Kapitalverwaltungsgesellschaft muss über eine ordnungsgemäße Geschäftsorganisation verfügen, die die Einhaltung der von der Kapitalverwaltungsgesellschaft zu beachtenden gesetzlichen Bestimmungen gewährleistet. Eine ordnungsgemäße Geschäftsorganisation umfasst insbesondere ein angemessenes Risikomanagementsystem.		<input type="checkbox"/>
§ 29	Die Kapitalverwaltungsgesellschaft hat eine dauerhafte Risikocontrollingfunktion einzurichten und aufrechtzuerhalten, die von den operativen Bereichen hierarchisch und funktionell unabhängig ist. Die Kapitalverwaltungsgesellschaft hat die Risikomanagementsysteme regelmäßig, mindestens jedoch einmal jährlich, zu überprüfen und erforderlichenfalls anzupassen.		<input type="checkbox"/>
III.	Kapitalanlage-Prüfungsberichte-Verordnung – KAPrÜfBV	1	<input type="checkbox"/>
§ 22	Der Abschlussprüfer hat im Prüfungsbericht darzustellen und zu beurteilen, inwieweit die allgemeinen Verhaltensregeln nach § 26 des Kapitalanlagegesetzbuches eingehalten wurden und welche Vorkehrungen die externe Kapitalverwaltungsgesellschaft zur Vermeidung von Interessenkonflikten nach § 27 des Kapitalanlagegesetzbuches getroffen hat.		<input type="checkbox"/>
IV.	Verordnung (EU) Nr. 575/2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen	2	<input type="checkbox"/>
Artikel 293	Ein Institut stellt sicher, dass sein Risikomanagement-System gut dokumentiert ist. Es verfügt insbesondere über schriftlich festgelegte interne Vorschriften, Kontrollen und Verfahren für das Risikomanagementsystem sowie über Regelungen, die die Einhaltung dieser Vorschriften gewährleisten.		<input type="checkbox"/>
Artikel 435	Die Institute legen ihre Risikomanagementziele und -politik für jede einzelne Risikokategorie, einschließlich der in diesem Titel erläuterten Risiken, offen. Dabei ist insbesondere offenzulegen eine vom Leitungsorgan genehmigte Erklärung zur Angemessenheit der Risikomanagementverfahren des Instituts, mit der sichergestellt wird, dass die eingerichteten Risikomanagementsysteme dem Profil und der Strategie des Instituts angemessen sind.		<input type="checkbox"/>
V.	Delegierte Verordnung (EU) Nr. 231/2013 zur Ergänzung der Richtlinie 2011/61/EU im Hinblick auf Ausnahmen, die Bedingungen für die Ausübung der Tätigkeit, Verwahrstellen, Hebelfinanzierung, Transparenz und Beaufsichtigung	5	<input type="checkbox"/>
Artikel 39	Ein AIFM (Verwalter alternativer Investmentfonds (alternative investment fund managers) ist zur Einrichtung und Aufrechterhaltung einer ständigen Risikomanagement-Funktion gehalten.		<input type="checkbox"/>
Artikel 40	Ein AIFM sorgt für die Festlegung, Umsetzung und Aufrechterhaltung angemessener und dokumentierter Grundsätze für das Risikomanagement, in denen die Risiken genannt werden, denen die von ihm verwalteten AIF ausgesetzt sind oder sein könnten.		<input type="checkbox"/>
Artikel 41	AIFM bewerten, überwachen und überprüfen regelmäßig, mindestens aber einmal jährlich das Risikomanagement-System. Der AIFM aktualisiert die Risikomanagement-Systeme auf der Grundlage der Ergebnisse der Überprüfung.		<input type="checkbox"/>
Artikel 42	Die Risikomanagement-Funktion wird nur dann als funktional und hierarchisch getrennt von den operativen Einheiten, einschließlich der Funktion Portfolioverwaltung, betrachtet, wenn die Personen, die mit der Ausübung der Risikomanagement-Funktion betraut sind, nicht Personen unterstehen, die für die Tätigkeiten der operativen Einheiten, einschließlich der Funktion Portfolioverwaltung, des AIFM verantwortlich zeichnen.		<input type="checkbox"/>
Artikel 61	AIFM legen angemessene Grundsätze und Verfahren fest, die darauf ausgelegt sind, jedes Risiko einer etwaigen Missachtung der in der Richtlinie 2011/61/EU festgelegten Pflichten durch den betreffenden AIFM sowie die damit verbundenen Risiken aufzudecken, setzen diese um und erhalten sie aufrecht.		<input type="checkbox"/>
VI.	Verordnung (EU) Nr. 648/2012 über OTC-Derivate, zentrale Gegenparteien und Transaktionsregister	1	<input type="checkbox"/>
Artikel 26	Eine CCP (zentrale Gegenpartei) führt Strategien und Verfahren ein, die hinreichend wirksam sind, um die Einhaltung dieser Verordnung, auch die Einhaltung sämtlicher Bestimmungen dieser Verordnung durch ihre Manager und Beschäftigten, sicherzustellen.		<input type="checkbox"/>
VII.	Delegierte Verordnung (EU) Nr. 153/2013 zur Ergänzung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 in Bezug auf technische Regulierungsstandards für Anforderungen an zentrale Gegenparteien	5	<input type="checkbox"/>
Artikel 3	Die wichtigsten Elemente der Regelungen zur Unternehmensführung der CCP, in denen ihre Organisationsstruktur sowie klar spezifizierte und gut dokumentierte Grundsätze, Verfahren und Prozesse für die Arbeit des Leitungsorgans und der Geschäftsleitung festgelegt sind, umfassen u.a. die Ausgestaltung des Risikomanagements und der Funktionen Compliance und interne Kontrolle. Die Grundsätze, Verfahren, Systeme und Kontrollen des Risikomanagements sind Bestandteil eines kohärenten und einheitlichen Rahmens für die Unternehmensführung, der regelmäßig überprüft und aktualisiert wird.		<input type="checkbox"/>
Artikel 4	Eine CCP entwickelt angemessene Instrumente für das Risikomanagement, um alle einschlägigen Risiken steuern und melden zu können. Eine CCP unterhält solide Informations- und Risikokontrollsysteme, damit sie und gegebenenfalls ihre Clearingmitglieder sowie - soweit möglich - Kunden zeitnah informiert werden und die Grundsätze und Verfahren für das Risikomanagement angemessen angewendet werden. Eine CCP verfügt über angemessene Mechanismen der internen Kontrolle, um das Leitungsorgan bei der Überwachung und Bewertung der Angemessenheit und Wirksamkeit ihrer Grundsätze, Verfahren und Systeme des Risikomanagements zu unterstützen.		<input type="checkbox"/>
Artikel 5	Eine CCP legt angemessene Grundsätze und Verfahren fest, die darauf ausgelegt sind, jedes Risiko einer etwaigen Missachtung der in dieser Verordnung, der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 und der Durchführungsverordnung (EU) Nr. 1249/2012 festgelegten Pflichten durch die CCP und ihre Mitarbeiter sowie die damit verbundenen Risiken aufzudecken, setzt diese dauerhaft um und führt angemessene Maßnahmen und Verfahren ein, um derartige Risiken auf ein Mindestmaß zu beschränken und den zuständigen Behörden zu ermöglichen, ihre Befugnisse im Rahmen dieser Verordnungen wirksam auszuüben.		<input type="checkbox"/>