

Betriebs Berater

17 | 2020

COVID-19/COVInsAG ... Unternehmensstrafrecht ... Sozialschutz-Paket ... Recht ... Wirtschaft ...

20.4.2020 | 75. Jg.
Seiten 897–960

DIE ERSTE SEITE

Regina Rath, RAin

Das COVID-19-Insolvenz-Aussetzungsgesetz –
wichtige Erleichterungen in der coronabedingten Krise, aber kein Allheilmittel

WIRTSCHAFTSRECHT

Niklas Lütcke, RA, **Christian Holzmann**, RA, und **Dr. Artur M. Swierczok**, LL.M., MSt., RA

Das COVID-19-Insolvenz-Aussetzungsgesetz (COVInsAG) | 898

Dr. Andreas Möhlenkamp, LL.M., RA

Liquidität für „Unternehmen in Schwierigkeiten“ in der COVID-19-Pandemie –
zurück zur AGVO 2004 | 904

Dr. Christian Brand

Strafbarkeitsrisiken trotz ausgesetzter Insolvenzantragspflicht nach dem
COVID-19-Insolvenz-Aussetzungsgesetz? | 909

Andrea Stockhorst, RAin, und **Renate Prinz**, RAin

Unternehmensführung im Krisenmodus: ein Überblick über die wichtigsten rechtlichen
Parameter der Geschäftsleitung eines Kreditinstituts | 914

STEUERRECHT

Boris Salzmann, LL.M., RA, und **Fabian Klöckler**, RA

Steuerstrafrechtliche Aspekte des Referentenentwurfs eines Gesetzes zur Bekämpfung
der Unternehmenskriminalität | 922

BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

Dipl.-Ök. **Wolfram Bartuschka**, WP/StB

Compliance durch und bei der Digitalisierung – neue Chancen und Herausforderungen | 941

ARBEITSRECHT

Prof. Dr. Dr. h.c. Manfred Löwisch

Das Gesetzespaket zum Sozialschutz | 948

Dr. Benjamin Weller, RA, und **Dr. Tassilo-Rouven König**, RA/FAArbR

Kurzarbeit durch Änderungskündigung – Nur ein theoretisches Konstrukt? | 953

Andrea Stockhorst, RAin, und Renate Prinz, RAin

Unternehmensführung im Krisenmodus: ein Überblick über die wichtigsten rechtlichen Parameter der Geschäftsleitung eines Kreditinstituts

Die aktuell durch die SARS-CoV-2-Virus bzw. Coronavirus (COVID-19)-Pandemie hervorgerufene Krise trifft die deutsche und weltweite Wirtschaft unerwartet und mit einer nie dagewesenen Härte. Anders als in der Finanzkrise 2008/2009 ist die Bankenwirtschaft dieses Mal weder Auslöser noch Schuldiger, noch steht sie im Zentrum der von Ländern, Bund und EU ins Leben gerufenen Rettungsmaßnahmen. Vielmehr sind die Kreditinstitute in dieser Krise „Ersthelfer“, um die gebeutelte Wirtschaft unter Rückendeckung der Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW) kurzfristig mit Liquidität zu versorgen. Aber was ist eigentlich mit den Kreditinstituten selbst? Im Nachgang der Finanzkrise 2008/2009 hatten sich für diese zahlreiche neue Regelungen ergeben, aus denen doch insbesondere hervorging, dass Kreditinstitute mit größter Vorsicht walten müssen. Nunmehr verlangt das Krisenmanagement ein schnelles und effizientes Handeln derselben. Aber auch die Kreditinstitute selbst müssen ihre Bilanz und Geschäftstätigkeit in der Krise absichern und darauf achten, nicht durch sinkende Aktienkurse und eine flächendeckend schwankende Wirtschaft in eine Schieflage zu geraten. Der vorliegende Beitrag gibt einen Überblick darüber, welchen Pflichten der Geschäftsleiter eines Kreditinstituts angesichts der aktuellen neuen Herausforderungen unterliegt, unter Beachtung der bereits hierauf erfolgten Reaktionen von der Europäischen Zentralbank (EZB) und der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin).

I. Die gesellschaftsrechtlichen Pflichten des Geschäftsleiters

Zunächst einmal ist – obgleich diverser bestehender Sonderregelungen – auch der Instituts-Geschäftsleiter ein Geschäftsführer oder Vorstand einer Kapitalgesellschaft¹ und unterliegt ganz grundlegend den entsprechenden gesellschaftsrechtlichen Vorgaben. Das wird für Kreditinstitute aufgrund detaillierter Handlungsvorgaben und besonderer Ermessenserwägungen des Kreditwesengesetzes (KWG) und des Rundschreibens der BaFin zu den Mindestanforderungen an das Risikomanagement (MaRisk)² häufig außer Betracht gelassen, gibt aber doch mehr als jedes Spezialgesetz die Grundregeln einer jeden Unternehmensführung auf. Gerade in Krisenzeiten, in denen in der Wirtschaft im Allgemeinen und im eigenen Unternehmen im Speziellen nichts so abläuft wie sonst üblich, ist bei Verhaltenspflichten häufig auf genau diese grundlegenden Parameter zurückzugreifen.

Die allgemeinen Pflichten eines Geschäftsleiters ergeben sich für die GmbH aus § 43 Abs. 1 GmbHG, wonach die Geschäftsführer „[...] in

den Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden“ haben sowie für die AG aus § 76 Abs. 1 AktG – Leitung der Gesellschaft unter eigener Verantwortung – sowie aus § 93 Abs. 1 S. 1 AktG, wonach die Vorstandsmitglieder „[...] bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden“ haben.

Den Normen der § 43 Abs. 1 GmbHG und § 93 Abs. 1 S. 1 AktG kommt eine Doppelfunktion zu: Zunächst ergibt sich aus ihnen der allgemeine organschaftliche Haftungsmaßstab für die Geschäftsführung, zudem statuieren sie als eine Art Generalklausel die allgemeinen Verhaltensanforderungen und -pflichten an die Geschäftsleitung von AG und GmbH, die von Rechtsprechung und Lehre für den Einzelfall konkretisiert und weiterentwickelt wurden.³

1. Das Handeln eines ordentlichen Geschäftsmanns

Die Begriffe des „ordentlichen Geschäftsmanns“ sowie des „ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters“ stehen für den einzelnen Geschäftsführer bzw. Vorstand im Mittelpunkt seines Handelns. Inhaltlich sind die Terminologien deckungsgleich,⁴ wobei nähere gesetzliche Anhaltspunkte zu deren Konkretisierung – mit Ausnahme der Sondertatbestände aus § 93 Abs. 3 AktG für den Vorstand – indes fehlen. Nach allgemeiner Ansicht wird unter diesen Begriffen das „*Auf-treten und Handeln eines selbstständigen, treuhänderischen Verwalters fremden Vermögens in leitender und verantwortlicher Position in dem betreffenden Geschäftszweig*“ verstanden.⁵ Entscheidend hierfür ist, den Gesellschaftszweck – zum einen in Abhängigkeit von Art, Größe und wirtschaftlicher Lage des Unternehmens, zum anderen unter Berücksichtigung des Umfangs, der Bedeutung und Folgen der jeweiligen Geschäftsführungsmaßnahme – in bestmöglicher Weise zu verfolgen.⁶ Lediglich objektive Umstände haben dabei eine Rolle zu spielen, sodass besondere Fähigkeiten und persönliche Umstände des Betroffenen außer Betracht zu bleiben haben, wobei der Geschäftsführer

1 Der Geschäftsführer bzw. Vorstand eines Kreditinstituts wird für Zwecke dieses Aufsatzes nachfolgend gemeinsam als „Geschäftsleiter“ bezeichnet. Der Aufsatz beschränkt sich auf die Rechtsform von GmbH und AG.

2 Rundschreiben 09/2017 (BA) – Mindestanforderungen an das Risikomanagement.

3 *Beurskens*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 43, Rn. 7; *Fleischer*, in: MüKo GmbHG, 3. Aufl. 2018, § 43, Rn. 10; *Hölters*, in: Hölters, AktG, 3. Aufl. 2017, § 93, Rn. 3.

4 *Beurskens*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 43, Rn. 8.

5 OLG Oldenburg – 1 U 34/03, BB 2007, 66 m. Anm. *Theusinger*, NZG 2007, 434, 435; OLG Celle, 15.3.2000 – 9 U 209/99, NZG 2000, 1178, 1179; *Ziemons*, in: Michalski/u. a. GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 43, Rn. 410 m. w. N.; *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, 14. Aufl. 2020, § 93, Rn. 6.

6 *Beurskens*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 43, Rn. 8; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz AktG, 4. Aufl., § 93, Rn. 41.

umgekehrt bei Vorliegen besonderer Fähigkeiten und Kenntnisse verpflichtet ist, diese auch einzusetzen.⁷

Wie eingangs erwähnt, wird ein umfassender und anspruchsvoller Pflichtenkatalog für den Geschäftsleiter aus den Begriffen der Sorgfalt eines ordentlichen (und gewissenhaften) Geschäftsleiters abgeleitet, der für einige, aber nicht alle Pflichten am Maßstab eines weiten unternehmerischen Handlungsspielraums zu messen ist (*Business Judgment Rule*).

2. Konkrete Pflichten zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung

Insgesamt trifft die Geschäftsleitung die Pflicht, zum Wohlergehen der Gesellschaft aktiv beizutragen und möglichst jegliche Schäden von ihr fernzuhalten. Dies bedeutet insbesondere eine Förderung der Gesellschaft im Rahmen des Gesetzes und des Gesellschaftsvertrags, respektive der Satzung, unter Berücksichtigung des öffentlichen Interesses.

Folgende konkrete Pflichten haben sich dabei insbesondere herausgestellt:

a) Legalitätspflicht

Besondere Ausprägung der Pflicht zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung ist zunächst die generelle Legalitätspflicht, nach der jede Geschäftsleitung die gesamte Rechtsordnung uneingeschränkt zu befolgen hat.⁸ Es ist nicht nur vom einzelnen Geschäftsleiter *in persona* rechtmäßiges Vorgehen zu verlangen; sondern er hat auch besondere Vorkehrungen dahingehend zu treffen, dass die Gesellschaft, insbesondere handelnd durch ihre Angestellten, rechtmäßig agiert, insbesondere durch Implementierung eines funktionsfähigen Compliance-Systems.⁹ Bei Übertragung von Pflichten und Befugnissen auf Führungsebenen unterhalb der Geschäftsleitung ist dies durch ein entsprechendes Kontrollsystem sicherzustellen (vgl. hierzu auch II. 2. a)).¹⁰

b) Organisations-, Kontroll- und Überwachungspflichten

Weitere Ausprägungen der Pflicht zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung sind die Organisations-, Kontroll- und Überwachungspflichten.

Je größer das von der Geschäftsleitung geführte Unternehmen, desto eher wird es unumgänglich sein, Maßnahmen an andere Unternehmensangehörige vertikal zu delegieren sowie innerhalb der Geschäftsleitung Ressorts zu bilden und Zuständigkeiten horizontal zu verteilen. Für Kreditinstitute gibt es weitreichende Sonderregelungen, die Organisations- und Kontrollpflichten betreffen (vgl. II. 2. a)).

Soweit der Geschäftsleitung im Rahmen dieser Pflichten ein unternehmerischer Ermessensspielraum zukommt, ist dieser am Maßstab der *Business Judgment Rule* zu messen (bei der GmbH z.T. eingeschränkt aufgrund Weisungsgebundenheit, vgl. Ziffer I.3.).¹¹

c) Treuepflicht

Als Korrelat zur Gewährung der Verfügungsbefugnis über das Vermögen der Gesellschaft unterliegt die Geschäftsleitung der Gesellschaft gegenüber¹² der gesellschaftlicher Treuepflicht, die zwar gesetzlich nicht kodifiziert, jedoch allgemein anerkannt ist.¹³ Im Wege umfassender richterlicher Rechtsfortbildung hat sich eine Vielzahl an Ausprägungen der allgemeinen Treuepflicht ergeben, wobei jeweils vom Leitgedanken auszugehen ist, dass die Geschäftsführung bei Wahrnehmung ihrer Aufgaben dem Wohl der Gesellschaft stets den Vorrang einzuräumen hat.¹⁴

3. Die Business Judgment Rule

Die ursprünglich für den Vorstand der AG vom BGH entwickelte und vom Gesetzgeber in der Folge in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG kodifizierte Business Judgment Rule billigt der Unternehmensleitung einen weiten unternehmerischen Entscheidungsspielraum zu, in dessen Rahmen sie auch geschäftliche Risiken bewusst eingehen sowie unternehmerische Fehlentscheidungen treffen darf.¹⁵ Eine Pflichtverletzung liegt demnach nicht vor, wenn der Geschäftsleiter bei einer *unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln*. Diese Parameter werden konsequenterweise auch auf die GmbH übertragen,¹⁶ womit der GmbH-Geschäftsführer gleichermaßen wie der Vorstand in den Genuss der Haftungsprivilegierung aus § 93 Abs. 1 S. 2 AktG kommt.¹⁷ Ein unternehmerischer Ermessensspielraum scheidet für den GmbH-Geschäftsführer jedoch insoweit aus, als er an gesellschaftlicher Weisungen gebunden ist (wobei er dann gleichwohl grds. auch keiner Haftung unterliegt).¹⁸ Insgesamt findet der Handlungsmaßstab der Business Judgment Rule dort die Grenze, wo der Geschäftsleiter faktisch keine Auswahlmöglichkeit in seinem Handeln hat, sich also eine Ermessenreduktion auf null ergibt und nur eine Handlungsoption in Betracht kommt, bspw. aufgrund der Legalitätspflicht. Insbesondere bei dem Geschäftsleiter eines Kreditinstituts kann sich dies auch aus den besonderen bankenrechtlichen Vorschriften ergeben.

Und was genau bedeutet die Business Judgment Rule für das Handeln des Geschäftsleiters? Auch der Geschäftsleiter eines Kreditinstituts darf Risiken eingehen und Fehlentscheidungen treffen, wenn sich die Entscheidung an der Business Judgment Rule messen lässt. Hierzu wird aus einer ex-ante-Betrachtung überprüft: (1) War dem Geschäftsleiter bei der jeweiligen Maßnahme ein Ermessensspielraum zuzubilligen und (2) bewegt sich die getroffene Entscheidung im Rahmen dieses Ermessens?¹⁹ Entsprechend der Anforderungen aus § 93 Abs. 1 S. 2 AktG müssen dafür die folgenden Kriterien kumulativ gegeben sein:²⁰

7 Paefgen, in: Ulmer/Habersack/Löbbe, GmbHG, 2. Aufl. 2014, Bd. 2, § 43, Rn. 36; Ziemons, in: Michalski/u. a., GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 43, Rn. 414; Hölters, in: Hölters, AktG, 3. Aufl. 2017, § 93, Rn. 27.

8 BGH, 15.10.1996 – VI ZR 319/95, BB 1996, 2531, NJW 1997, 130, 131; BGH, 10.7.2012 – VI ZR 341/10, BB-Entscheidungsreport *Schwerdtfeger*, BB 2012, 2271, NJW 2012, 3439, 3441.

9 Koch, in: Hüffer/Koch, AktG, 14. Aufl. 2020, § 76, Rn. 11 f.; *Beurskens*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 43, Rn. 11.

10 LG München I, 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10, NZG 2014, 345, 347; Koch, in: Hüffer/Koch, AktG, 14. Aufl. 2020, § 76, Rn. 12; *Habarth*, ZHR 2015, 136, 162 ff.

11 *Beurskens*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 43, Rn. 29; für die AG siehe etwa *Ott*, ZGR 2017, 149, 162 ff.

12 Nach h.M. besteht die Treubindung der Geschäftsführung nur gegenüber der Gesellschaft, vgl. *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, GmbHG, 9. Aufl. 2019, § 43, Rn. 35; *Fleischer*, in: MüKo GmbHG, 3. Aufl. 2018, § 43, Rn. 157 m. w. N.; *ders.*, in: MüKo AktG, 5. Aufl., § 93, Rn. 118.

13 *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, GmbHG, 9. Aufl. 2019, § 43, Rn. 26; *Fleischer*, in: MüKo GmbHG, 3. Aufl. 2018, § 43, Rn. 152; *Spindler*, in: MüKo AktG, 5. Aufl. 2019, Bd. 2, § 93, Rn. 125.

14 Vgl. *Schnorbus*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 6. Aufl. 2017, § 43, Rn. 51, auch mit umfassenden Nachweisen auf entsprechende Rechtsprechung sowie Koch, in: Hüffer/Koch, AktG, 14. Aufl. 2020, § 84, Rn. 10 m. w. N.

15 BGH, 21.4.1997 – II ZR 175/95, BB 1997, 1169, NJW 1997, 1926, 1927.

16 Zuletzt etwa BGH, 26.11.2015 – 3 StR 17/15, NJW 2016, 2585, 2591; weitere Nachweise bei *Schnorbus*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 6. Aufl. 2017, § 43, Rn. 16.

17 BGH, 18.6.2013 – II ZR 86/11, BB 2013, 2257 m. BB-Komm. *Wilsing*, NJW 2013, 3636, 3638; OLG München, 21.3.2013 – 23 U 3344/12, NZG 2013, 742, 743.

18 *Paefgen*, in: Ulmer/Habersack/Löbbe, GmbHG, 2. Aufl. 2014, Bd. 2, § 43, Rn. 49; *Spindler*, in: MüKo AktG, 5. Aufl. 2019, Bd. 2, § 93, Rn. 88.

19 *Schnorbus*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 6. Aufl. 2017, § 43, Rn. 17.

20 Vgl. hierzu im Einzelnen *Fleischer*, in: MüKo GmbHG, 3. Aufl. 2018, § 43, Rn. 80 ff. sowie *Spindler*, in: MüKo AktG, 5. Aufl. 2019, Bd. 2, § 93, Rn. 48 ff.

a) Unternehmerische Entscheidung

Bei der unternehmerischen Entscheidung handelt es sich um eine Prognoseentscheidung, bei der eine bewusste Auswahl einer unternehmerischen Handlungsmöglichkeit von besonderer wirtschaftlicher Tragweite aus mehreren Handlungsoptionen getroffen wird, wobei sich diese Tragweite entweder aus Umfang oder Risiko für die Vermögens- oder Ertragslage des Unternehmens ergeben kann oder aus deren prägender Beeinflussung der zukünftigen Gesamtentwicklung des Unternehmens.²¹

Ist damit beispielsweise jede Kreditentscheidung für ein Kreditinstitut eine unternehmerische Entscheidung? Wohl nicht, gehört sie doch zum Alltagsgeschäft. In der aktuellen Krise handelt es sich jedoch typischerweise nicht um alltägliche Finanzierungsgeschäfte, sondern es geht um die Finanzierung von Unternehmen, die bekanntermaßen bereits tief in wirtschaftlichen Schwierigkeiten stecken. Aufgabe der Geschäftsleitung ist es dabei, vor allem eine Grundsatzentscheidung zu treffen, wie mit der Vielzahl der entsprechenden Anfragen umzugehen ist, interne Leitlinien zu entwickeln und für die Entscheidungsfindung im Einzelfall an die Hand zu geben. Dies stellt durchaus eine unternehmerische Entscheidung dar. In der Krise muss sich das Kreditinstitut positionieren und abwägen, wie es in Zeiten ausbleibender Tilgungsraten, Erhöhung von Stundungsvereinbarungen und der vermehrten und schnellen Herausgabe von Darlehen selbst haushalten kann und will. Auch muss es prüfen, ob es gegebenenfalls selbst die Aufnahme von Liquiditäts- und Staatshilfen in Erwägung ziehen muss. Zudem kommen auf das Kreditinstitut interne Entscheidungen zu, wie mit Dividendenzahlungen und – im Falle einer Börsennotierung – der Stabilisierung des Aktienkurses, etwa durch den Rückkauf eigener Aktien, umzugehen ist.²²

b) Handeln auf Grundlage angemessener Informationen

Erforderlich ist eine sorgfältige Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen,²³ die sich vor allem in der Art und Weise der Informationsbeschaffung zeigt. Das Ausmaß der gebotenen Information hängt von verschiedenen Umständen ab: Dem zeitlichen Vorlauf, der Art und Bedeutung der zu treffenden Entscheidung, den tatsächlichen und rechtlichen Möglichkeiten des Informationszugangs sowie dem Verhältnis von Informationsbeschaffungskosten und voraussichtlichem Informationsnutzen. Es besteht eine Pflicht zur gründlichen Entscheidungsvorbereitung und sachgerechten Risikoabschätzung in der konkreten Situation. In Krisenzeiten wird es einem Geschäftsleiter aufgrund sich täglich überschlagender Ereignisse häufig kaum möglich sein, jeden Sachverhalt und jede Entscheidungsgrundlage bis ins kleinste Detail zu prüfen, wie vielleicht sonst üblich. Noch viel schwieriger dürfte in Krisenzeiten eine konkrete Risikoabschätzung fallen. Wer weiß in einer Lage, wie sie sich in Zeiten einer nie dagewesenen Pandemie abbildet, schon genau, was in der nächsten Zeit passieren wird. Der Informationsmaßstab ist fraglos auf die aktuellen Gegebenheiten zuzuschneiden und dem Geschäftsleiter ein entsprechend praktikabler Spielraum an die Hand zu geben. Gleichwohl muss er sich, soweit es ihm in der konkreten Situation möglich ist, Informationen einholen und auf deren Basis handeln.

c) Handeln ohne Sonderinteressen und sachfremde Einflüsse

Das Handeln muss frei von Fremdeinflüssen und Interessenkonflikten und ohne unmittelbaren Eigennutz sein. Der Geschäftsleiter ist stets der Neutralität verpflichtet, eine Pflicht, die nicht außer Betracht zu lassen ist, insbesondere wenn es um die eigenen Vorteile eines Fortkommens in schlechten wirtschaftlichen Zeiten geht.

d) Handeln zum Wohle der Gesellschaft

Ein Handeln zum Wohle der Gesellschaft soll vorliegen, wenn das Handeln der langfristigen Ertragsstärkung und Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens, seiner Produkte und Dienstleistungen dient.²⁴ Im Interesse langfristiger Perspektiven und Geschäftschancen kann es im Einzelfall sachgerecht sein, kurzfristig auf die Erzielung eines Gewinns zu verzichten oder Kosten und Aufwendungen zu übernehmen. Dabei ist umstritten, ob neben den Anteilseigner- und Arbeitnehmerinteressen auch die Interessen der Allgemeinheit oder bestimmter Dritter Berücksichtigung finden.²⁵ Pflichtwidrig ist dabei insbesondere ein Verhalten, das aus objektiver Sicht keine wirtschaftlichen Vorteile erwarten lässt, aber ein nicht völlig unerhebliches wirtschaftliches Risiko mit sich bringt.²⁶

Der Geschäftsleiter des Kreditinstituts muss sich die Frage stellen: Was ist das Interesse für meine Gesellschaft und was muss und darf ich in dieser Entscheidungsfindung berücksichtigen? Hierbei spielt insbesondere auch die unter Ziffer I.2.c) genannte Treuepflicht mit ein. Aktuell wird von Kreditinstituten vor allem durch den Staat und die Realwirtschaft erwartet, letztere schnell und effizient mit liquiden Mitteln zu versorgen und sie nicht durch Verweigerung von Darlehen oder Kündigung wegen ausbleibender Zahlungen in die Insolvenz gehen zu lassen. Kann dies aber auch zu Lasten des eigenen Kreditinstituts gehen? Sicherlich nicht soweit, dass der Geschäftsleiter damit sein Institut gefährdet, aufgrund einer auch vom Staat geforderten und gestützten Verantwortung jedoch mit Sicherheit insoweit, als dass der Geschäftsleiter eine Entscheidung trifft, die er in anderen – krisenfreien – Zeiten so nicht getroffen hätte. Zugleich muss sie zumindest auch dem Interesse des Kreditinstituts dienen und darf nicht „lediglich nachteilhaft“ für dieses sein. So kann ein Kreditinstitut sicher kein Darlehen in großem Umfang vergeben, wenn es nach sorgfältiger Prüfung unter Risikogesichtspunkten annehmen muss, dass eine Tilgung nicht realistisch wird erfolgen können. Zugleich kann es aber sehr wohl angebracht sein, auf Dividendenausschüttungen oder Aktienrückkaufprogramme zu verzichten, um zugunsten der Gesamtwirtschaft ausreichend Liquidität im Institut zu halten.

e) Handeln im guten Glauben

Zuletzt muss der Geschäftsleiter selbst von seinem Handeln überzeugt sein und an die Richtigkeit seiner Entscheidung glauben. Wenn er bereits weiß, dass sein Handeln nicht richtig ist, aus welchen Gründen auch immer, muss er dafür auch zur Verantwortung gezogen werden können. Es wird daher eine nachvollziehbare und vollständige Dokumentation des unternehmerischen Entscheidungsprozesses empfohlen, um auf diese Weise nicht nur das redliche Handeln des Geschäftsleiters, sondern darüber hinaus auch das Vorliegen der weiteren Merkmale der Business Judgement Rule beweisbar zu machen.²⁷

II. Die besonderen Pflichten des Geschäftsleiters nach KWG und MaRisk

Kreditinstitute unterliegen strengen aufsichtlichen Anforderungen in Bezug auf u. a. die Geschäftsorganisation und das Risikomanagement.

²¹ Spindler, in: MÜKo-AktG, 5. Aufl. 2019, § 93, Rn. 48.

²² Stockhorst/Prinz/Peine, AG 2020, R127.

²³ BGH, 21.4.1997 – II ZR 175/95, BB 1997, 1169, NJW 1997, 1926.

²⁴ RegE, BT-Drs. 15/5092, 11.

²⁵ Ziemons/Pöschke, in: BeckOK/GmbHG, 42. Edition, Stand: 1.2.2020, § 43, Rn. 111.2.

²⁶ Beurskens, in: Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz, 22. Aufl. 2019, § 43, Rn. 38.

²⁷ Fleischer, in: Spindler/Stilz, AktG, 4. Aufl. 2019, Bd. 1, § 93, Rn. 77; Hölters, AktG, 3. Aufl. 2017, § 93, Rn. 36.

Auch für Geschäftsleiter von Kreditinstituten gelten erhöhte Anforderungen. So müssen sie besondere persönliche sowie fachliche Voraussetzungen erfüllen und unterliegen zudem zahlreichen Pflichten, insbesondere dahingehend, wie sie das jeweilige Kreditinstitut organisatorisch aufzustellen haben und welche Abläufe und Prozesse sie zu integrieren haben. Zentrale Normen, welche die besonderen Pflichten zur Ausgestaltung der Geschäftsorganisation sowie die Anforderungen an die Mitglieder ihrer Organe regeln, bilden §§ 25a–25e KWG.²⁸

1. Persönliche Anforderungen an Geschäftsleiter

Für die Seriosität und das Geschäftsgebaren der Institute kommt den Geschäftsleitern angesichts ihrer Alleinverantwortung für das jeweilige Institut eine herausragende Bedeutung zu.²⁹ Da sich der Finanzsektor typischerweise durch eine besondere Vertrauenssensibilität auszeichnet, was insbesondere für mit fremden Geldern operierende Institute gilt, verbietet sich schon vor diesem Hintergrund die Zulassung von Personen, bei denen Grund zur Annahme besteht, dass ihre Persönlichkeit ein solches Vertrauen nicht rechtfertigt.³⁰ Diesem Umstand geschuldet sowie aufgrund des Erfordernisses einer möglichst wirksamen Beaufsichtigung durch die BaFin sind zusätzliche Anforderungen an Zuverlässigkeit, Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit der Geschäftsleiter zu richten.³¹

Konsequenterweise – um ihrer Schlüsselposition gerecht zu werden – werden in § 25c Abs. 1 S. 1 KWG dementsprechend hohe Hürden für die Stellung als Geschäftsleiter aufgestellt. Nach § 25c Abs. 1 S. 1 KWG müssen sie fachlich geeignet und zuverlässig sein und der Wahrnehmung ihrer Aufgabe ausreichend Zeit widmen. Konkretisierungen hinsichtlich der fachlichen Eignung und der Zuverlässigkeit finden sich im entsprechenden Merkblatt der BaFin,³² wobei sich die Beurteilung der fachlichen Eignung aufgrund des geltenden Proportionalitätsprinzips an Größe und Struktur des Instituts sowie der Art und Vielfalt der dort betriebenen Geschäfte orientiert.³³

Neben den für die Leitung des eigenen Ressorts erforderlichen Spezialkenntnissen haben alle Geschäftsleiter zusätzlich über die erforderlichen Kenntnisse zu verfügen, die für eine Überwachung und kritische Beurteilung der Geschäftsbereiche der anderen Geschäftsleiter notwendig sind (Grundsatz der Gesamtverantwortung).³⁴ In praktischer Hinsicht ist nach Auffassung der BaFin insbesondere Berufserfahrung im Kreditgeschäft und im Risikomanagement unverzichtbare Voraussetzung.³⁵

2. Anforderungen an die Geschäftsorganisation

a) Besondere organisatorische Pflichten

Gemäß § 25a Abs. 1 KWG muss ein Kreditinstitut über eine ordnungsgemäße Geschäftsorganisation verfügen, die die Einhaltung der vom Kreditinstitut zu beachtenden gesetzlichen Bestimmungen und der betriebswirtschaftlichen Notwendigkeiten gewährleistet. Eine ordnungsgemäße Geschäftsorganisation muss insbesondere ein angemessenes und wirksames Risikomanagement umfassen, auf dessen Basis ein Kreditinstitut die Risikotragfähigkeit laufend sicherzustellen hat. Hierbei umfasst ein wirksames Risikomanagement insbesondere (i) die Festlegung einer nachhaltigen Geschäftsstrategie, (ii) Verfahren zur Ermittlung und Sicherstellung der Risikotragfähigkeit, (iii) die Einrichtung interner Kontrollverfahren mit einem internen Kontrollsystem und einer Internen Revision, (iv) eine angemessene personelle und technisch-organisatorische Ausstattung des Instituts; (v) die Festlegung eines angemessenen Notfallkonzepts, insbesondere für IT-Systeme, und (vi) ein angemessenes Vergütungssystem für Geschäftsleiter und Mitarbeiter.³⁶

Die konkrete Ausgestaltung des Risikomanagements hängt von Art, Umfang, Komplexität und Risikogehalt der Geschäftstätigkeit ab (Proportionalitätsprinzip) und wird insbesondere unter Berücksichtigung der MaRisk bestimmt.³⁷ Die MaRisk geben einen flexiblen und praxisnahen Rahmen für die Ausgestaltung des Risikomanagements der Kreditinstitute vor und präzisieren Anforderungen für das Risikomanagement auf Gruppenebene sowie für die Auslagerung.³⁸ Das Proportionalitätsprinzip spiegelt sich auch im prinzipienorientierten Aufbau der MaRisk wider, welche aufgrund verschiedener Öffnungsklauseln, eine – abhängig von der Größe des Kreditinstituts und ihren Geschäftsaktivitäten – spezifische und risikoadäquate Umsetzung ermöglicht.³⁹

b) Verantwortung der Geschäftsleiter

Im Rahmen ihrer Gesamtverantwortung sind die Geschäftsleiter – unabhängig von internen Zuständigkeiten – für die ordnungsgemäße Geschäftsorganisation (und deren Weiterentwicklung) verantwortlich.⁴⁰ Dies bedeutet, dass die Geschäftsleiter alle erforderlichen Maßnahmen für die Ausarbeitung der entsprechenden institutsinternen Vorgaben ergreifen müssen. Entsprechend den Vorgaben der MaRisk umfasst diese Verantwortung – unter Berücksichtigung der ausgelagerten Aktivitäten und Prozesse – alle wesentlichen Elemente des Risikomanagements.⁴¹ Die Geschäftsleiter müssen in diesem Rahmen die auftretenden Risiken bewerten und entsprechende Gegenmaßnahmen einleiten können, wozu etwa auch die Implementierung einer angemessenen Risikokultur gehört.⁴² Als zentrale Aussage hält die MaRisk zudem fest, dass jeder Geschäftsleiter für seinen Kompetenzbereich die entsprechenden Kontroll- und Überwachungsprozesse zu implementieren hat, losgelöst von der Gesamtverantwortung der Geschäftsleitung für eine ordnungsgemäße Geschäftsorganisation.⁴³

Konkrete Pflichten der Geschäftsleiter werden in § 25c Abs. 3, Abs. 4a und Abs. 4b KWG normiert.⁴⁴ Die darin aufgestellten Anforderungen an

28 Der mit Wirkung zum 1.1.2014 durch das CRD IV-Umsetzungsgesetz (Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2013/36/EU über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen und zur Anpassung des Aufsichtsrechts an die Verordnung (EU) Nr. 575/2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen) vom 28.8.2013, BGBl. I, S. 3395, eingeführte § 25c KWG hat im Wesentlichen die sich bis dato aus §§ 33 Abs. 1, 36 Abs. 1 KWG a.F. ergebenden Voraussetzungen übernommen, teils jedoch auch verschärft.

29 Kleinert, in: Beck/Samm, KWG mit CRR, Stand: Dezember 2015, § 25c KWG, Rn. 17; grundlegend hierzu bspw. Hopt, in: ZIP 2013, 1793 ff.

30 Schwennicke, in: Schwennicke/Auerbach, KWG, 3. Aufl. 2016, § 25c, Rn. 22; Kleinert, in: Beck/Samm, KWG mit CRR, Stand: Dezember 2015, § 25c KWG, Rn. 17

31 Kleinert, in: Beck/Samm, KWG mit CRR, Stand: Dezember 2015, § 25c KWG, Rn. 18; Hanemann/Steinbrecher/Weigl, MaRisk, 5. Aufl. 2019, Teil II, AT 3, 2.13, Rn. 61.

32 Merkblatt der BaFin zu den Geschäftsleitern gemäß KWG, ZAG und KAGB vom 4.1.2016, zuletzt geändert am 12.11.2018, S. 19 ff.

33 Schwennicke, in: Schwennicke/Auerbach, KWG, 3. Aufl. 2016, § 25c, Rn. 23a; Scholz, in: Luz/Neus/u.W., KWG und CRR, 3. Aufl. 2015, Bd. 1, § 25c KWG, Rn. 16.

34 Langen, in: Schwennicke/Auerbach, KWG, 3. Aufl. 2016, § 25a, Rn. 23 ff.; Auerbach, in: Auerbach, Banken- und Wertpapieraufsicht, 2013, Teil B, Rn. 637; Opitz, in: BKR 2013, 177, 178.

35 Merkblatt der BaFin zu den Geschäftsleitern gemäß KWG, ZAG und KAGB vom 4.1.2016, zuletzt geändert am 12.11.2018, S. 20.

36 § 25a Abs. 1 S. 3 KWG; vgl. hierzu Langen, in: Schwennicke/Auerbach, KWG, 3. Aufl. 2016, § 25a, Rn. 51 ff.

37 Langen, in: Schwennicke/Auerbach, KWG, 3. Aufl. 2016, § 25a, Rn. 32; Braun, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG, CRR-VO, 5. Aufl. 2016, § 25a KWG, Rn. 96.

38 MaRisk AT 1 Tz. 1.

39 MaRisk AT 1 Tz. 3; vgl. Braun, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG, CRR-VO, 5. Aufl. 2016, § 25a KWG, Rn. 105 f.

40 § 25a Abs. 1 S. 2 KWG; MaRisk AT 3 Tz. 1; Langen, in: Schwennicke/Auerbach, KWG, 3. Aufl. 2016, § 25a, Rn. 22.

41 MaRisk AT 3 Tz. 1; Braun, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG, CRR-VO, 5. Aufl. 2016, § 25a KWG, Rn. 56.

42 MaRisk AT 3 Gesamtverantwortung der Geschäftsleitung 1; Braun, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG, CRR-VO, 5. Aufl. 2016, § 25a KWG, Rn. 58.

43 MaRisk AT 3 Gesamtverantwortung der Geschäftsleitung 2; Langen, in: Schwennicke/Auerbach, KWG, 3. Aufl. 2016, § 25a, Rn. 23.

44 Diese spezifizieren die sich aus den §§ 25a und 25b KWG i.V.m. MaRisk ergebenden Organisationspflichten; vgl. hierzu umfassend Schwennicke, in: Schwennicke/Auerbach, KWG,

die von der Geschäftsleitung einzurichtende Corporate-Governance-Struktur⁴⁵ liegen im Verantwortungsbereich jedes einzelnen Geschäftsleiters des Instituts, sodass eine Exkulpierung mit Verweis auf die Fachverantwortlichkeit eines anderen Geschäftsleiters nicht möglich ist.⁴⁶ Da es sich um „persönliche Anforderungen“ an die Geschäftsleiter handelt, kann bei Feststellung einer Nichterfüllung (z. B. durch die Aufsicht) daher ein Indiz für eine Verletzung der Geschäftsleiterpflichten vorliegen.⁴⁷

III. Auswirkungen von COVID-19 auf Kreditinstitute und das Handeln ihrer Geschäftsleiter

Neben den Folgen für die Realwirtschaft hat die Corona-Pandemie auch erhebliche Auswirkungen auf die Stabilität des Finanzsystems. Für Kreditinstitute stellen sich insbesondere Fragen zur internen Organisation und zum Risikomanagement: So müssen sie Notfallkonzepte aktivieren, um eine Fortführung ihrer Geschäftstätigkeit sicherstellen zu können, Prüfungen verschieben oder Kreditrisiken neu ermitteln und bewerten. Als Folge könnten die Kapitalquoten der Banken unter die aufsichtsrechtlich erforderlichen Mindestanforderungen fallen und die Vorgaben nicht mehr erfüllt werden.

Als Reaktion auf die Krise hat die EZB mit der BaFin (und weiteren nationalen Aufsichtsbehörden) im Rahmen des einheitlichen Aufsichtsmechanismus operationelle Entlastungen für die Banken beschlossen.⁴⁸ Diese gelten für die unmittelbar von der EZB beaufsichtigten Banken⁴⁹ sowie für die von der BaFin beaufsichtigten Institute.⁵⁰ Auch die von der Europäischen Bankenaufsichtsbehörde EBA gegenüber der EZB und den nationalen Aufsichtsbehörden ausgesprochenen Empfehlungen⁵¹ wird die BaFin im Rahmen ihrer Aufsicht berücksichtigen. Vor diesem Hintergrund haben die EZB und die BaFin zahlreiche aufsichtliche Erleichterungen und Flexibilisierungen für Kreditinstitute geschaffen. Diese betreffen verschiedene Themenkomplexe (u. a. Corporate-Governance-Struktur, Kapital- und Liquiditätsanforderungen oder die Bewertung und der Umgang mit Kreditrisiken) und werden durch die EZB⁵² und die BaFin⁵³ in Form einer FAQ-Liste bereitgestellt und fortlaufend aktualisiert.

So können durch eine Lockerung der aufbauorganisatorischen Trennungsvorschriften⁵⁴ der MaRisk (z. B. im Bereich der Internen Revision, Kredit oder Handel) Personalressourcen flexibel eingesetzt werden, um die Operationsfähigkeit der Institute zu gewährleisten.

Praktische Relevanz erlangt diese Erleichterung insbesondere im Bereich der Kreditbearbeitung. Aufgrund der hohen Zahl zu erwartender Kreditanträge im Rahmen der Inanspruchnahme staatlicher Hilfsprogramme sind die Vorgaben in Bezug auf die Funktionstrennung und Votierung im Rahmen des Kreditgeschäfts⁵⁵ von der Aufsicht flexibilisiert worden. Gemäß MaRisk erfordert eine Kreditentscheidung abhängig von Art, Umfang, Komplexität und Risikogehalt des Kreditengagements grundsätzlich zwei zustimmende Voten der Bereiche Markt und Marktfolge.⁵⁶ Unter bestimmten festgelegten Voraussetzungen⁵⁷ ist es in der krisenbedingten Situation nunmehr vertretbar, dass Kredite zunächst nur einer Votierung des Marktes unterliegen. Hierdurch soll ein Antragsstau aufgrund von Personalausfall oder Kommunikationsschwierigkeiten bedingt durch das Arbeiten außerhalb der Räumlichkeiten des Kreditinstituts vermieden und eine zügige Kreditvergabe ermöglicht werden.⁵⁸ Damit einher geht auch die Lockerung der strikten Trennung zwischen Markt- und Marktfolge,⁵⁹ um die die Bearbeitung von Kreditanträgen zu beschleunigen. So ist es zulässig, dass krediterefarene Mitarbeiter zwischen den Bereichen wechseln und die jeweils

organisatorisch vorgesehenen Prozessschritte vornehmen.⁶⁰ Ferner können Mitarbeiter der Internen Revision während des Notbetriebs auch in operativen Bereichen eingesetzt werden, wenn die Unabhängigkeit weiterhin gewährleistet werden kann und Interessenkonflikte vermieden werden.⁶¹ Dies bedeutet z. B. im Falle der Kreditbearbeitung, dass ein Revisor, der bisher im Kreditbereich tätig war, in Bereichen außerhalb des Kreditgeschäfts eingesetzt werden muss.

Darüber hinaus wurden auch die strengen Regelungen in Bezug auf das Handelsgeschäft flexibilisiert, um eine Home-Office-Regelung von Mitarbeitern zu ermöglichen. Hintergrund ist, dass die MaRisk bestimmte Anforderungen an die Tätigkeit im Handelsgeschäft festlegt. So sind Geschäftsabschlüsse außerhalb der Geschäftsräume des Kreditinstituts nur im Rahmen klar definierter interner Vorgaben zulässig und diese müssen sauber dokumentiert werden.⁶² Um den Geschäftsbetrieb aufrechtzuerhalten sind jedoch krisenbedingt auch Alternativen zulässig, wenn der Zugang zu Geschäfts- und Handelsräumen nicht möglich ist. Sofern bisher Außer-Haus-Geschäfte ausgeschlossen waren, müssen Kreditinstitute das Verbot explizit aufheben und in Arbeitsanweisungen festlegen, unter welchen Bedingungen und für welchen Zeitraum die Neuregelung gelten soll.⁶³ Zu beachten ist, dass Compliance-Anforderungen in Bezug auf den Handel (z. B. Aufzeichnungs- und Informationspflichten)⁶⁴ sowie die erforderli-

3. Aufl. 2016, § 25c, Rn. 57 ff. sowie *Braun*, in: *Boos/Fischer/Schulte-Mattler*, KWG, CRR-VO, 5. Aufl. 2016, § 25c KWG, Rn. 52 ff.

45 Dies umfasst u. a. den Beschluss einer schriftlich fixierten Ordnung sowie deren regelmäßige Bewertung und Überwachung, das Festlegen von Strategien der Geschäftsmodelle und den Risiken, Implementierung einer angemessenen und transparenten Unternehmensstruktur, Sicherstellen der Richtigkeit des Rechnungswesens und der Finanzberichterstattung sowie das Verhalten von Prozessen hinsichtlich der Offenlegung und Kommunikation von relevanten Informationen.

46 *Braun*, in: *Boos/Fischer/Schulte-Mattler*, KWG, CRR-VO, 5. Aufl. 2016, § 25c KWG, Rn. 53.

47 *Auerbach*, in: *Auerbach*, *Banken- und Wertpapieraufsicht*, 2013, Teil B, Rn. 639.

48 Beschluss der EZB vom 12.3.2020 abrufbar unter <https://www.bankingsupervision.europa.eu/press/pr/date/2020/html/ssm.pr200312~43351ac3ac.en.html> (Abrufdatum 7.4.2020 gilt für alle Linkangaben); Beschluss der BaFin vom 12.3.2020 abrufbar unter https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Meldung/2020_Corona/meldung_2020_03_12_corona_virus2.html.

49 *Bedeutende Institute (Significant Institutions – SIs)*.

50 *Weniger bedeutende Institute (Less Significant Institutions – LSIs)*.

51 Vgl. EBA Statement vom 12.3.2020 abrufbar unter: <https://eba.europa.eu/eba-statement-actions-mitigate-impact-covid-19-eu-banking-sector>.

52 Die aufsichtlichen und regulatorischen Maßnahmen der EZB sind abrufbar unter: https://www.bankingsupervision.europa.eu/press/pr/date/2020/html/ssm.pr200320_FAQs~44ac38e3ef.en.html.

53 Die aufsichtlichen und regulatorischen Maßnahmen der BaFin sind abrufbar unter: https://www.bafin.de/DE/Aufsicht/CoronaVirus/CoronaVirus_node.html.

54 Gemäß MaRisk AT 4.3.1 Tz. 1 ist bei der Ausgestaltung der Aufbau- und Ablauforganisation grundsätzlich sicherzustellen, dass miteinander unvereinbare Tätigkeiten durch unterschiedliche Mitarbeiter durchgeführt und Interessenkonflikte vermieden werden.

55 MaRisk BTO 1.1.

56 MaRisk BTO 1.1 Tz. 2.

57 U. a., dass Kredite aus staatlich garantierten Hilfsprogrammen gewährt werden und eine Nachvotierung durch die Marktfolge innerhalb von drei Monaten erfolgt.

58 BaFin FAQ zu „Governance: Welche Erleichterungen können Institute im Rahmen der Votierung bei krisenbedingten Kreditentscheidungen in Anspruch nehmen? Ist in jedem Fall eine Votierung der Marktfolge erforderlich?“.

59 MaRisk BTO 1.1 Tz. 1.

60 BaFin FAQ zu „Governance: Ist eine Lockerung der strikten Trennung von Markt- und Marktfolge in der Krise vorübergehend denkbar, um die Bearbeitung von Kreditanträgen zu beschleunigen?“.

61 BaFin FAQ zu „Governance: Spricht etwas gegen den Einsatz von Personalressourcen der Internen Revision (IR) in operativen Bereichen während des Notbetriebs?“.

62 MaRisk BTO 2.2.1 Tz. 3.

63 BaFin Mitteilung vom 12.3.2020, abrufbar unter: https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Meldung/2020/meldung_2020_03_12_corona_virus3_BA_Risiko_management.html und BaFin FAQ zu „Governance: Verstoßen Handelsaktivitäten von Banken außerhalb der Geschäftsräume (Außer-Haus-Geschäfte), insbesondere eine im Homeoffice organisierte Fortführung der Handelsaktivitäten, gegen Regelungen zum Risikomanagement im Handelsbereich?“.

64 Vgl. Einhaltung von Verhaltenspflichten die BaFin Mitteilung vom 20.3.2020, abrufbar unter https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Meldung/2020_Corona_andereBehoerden/meldung_2020_03_20_corona_virus5_ESMA_MIFIDII.html sowie das ESMA Public Statement vom 20.3.2020, abrufbar unter: https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma35-43-2348_esma_statement_on_covid-19_telephone_recording.pdf.

chen Kontroll- und Sicherungsmaßnahmen einzuhalten sind. Soweit dies kurzfristig nicht möglich ist, sollten geeignete Ersatzmaßnahmen ergriffen werden. In diesem Zusammenhang hat die BaFin angekündigt, dass sie vorübergehend im Rahmen der Corona-Krise entsprechende Verstöße nicht beanstanden wird.⁶⁵

Neben organisatorischen Anforderungen müssen Kreditinstitute insbesondere Vorgaben in Bezug auf Eigenkapital und Liquidität erfüllen. Zweck dieser Anforderungen ist es, dass Banken ausreichend Mittel vorhalten, um Krisensituationen standhalten zu können. Um Banken bei der Bewältigung der Herausforderungen der Corona-Pandemie zu unterstützen, hat die EZB vorübergehende Erleichterungen beschlossen. So dürfen Kreditinstitute unterhalb des durch die Säule-2-Empfehlung (Pillar 2 Guidance, P2G), durch den Kapitalerhaltungspuffer (Capital Conservation Buffer, CCB) sowie durch die Liquiditätsdeckungsanforderung (Liquidity Coverage Ratio, LCR) definierten Kapitalniveaus operieren. Dadurch sollen Banken in die Lage versetzt werden, die Realwirtschaft weiterhin mit Liquidität durch die Begebung von Darlehen zu versorgen und/oder zusätzliche Verluste aus bestehenden Kreditengagements abzufangen.⁶⁶

Darüber hinaus ist es zur Erfüllung der Säule-2-Anforderungen zulässig, zusätzlich zu Instrumenten des harten Kernkapitals ((Common Equity Tier 1, CET 1) auch Instrumente des zusätzlichen Kernkapitals (Additional Tier 1 Capital, AT 1) und des Ergänzungskapitals (Tier 2 Capital) zu nutzen. Zusätzlich verschiebt die EBA den für das Jahr 2020 vorgesehenen europaweiten Banken-Stresstest in das Jahr 2021, um es den Kreditinstituten zu ermöglichen, sich auf ihr Kerngeschäft zu fokussieren.⁶⁷

IV. Was bedeutet das nun für den Geschäftsleiter?

Der Geschäftsleiter soll in der Krise mit seinem Unternehmen die Wirtschaft stützen und den Markt mit Liquidität versorgen. Dabei muss er zuerst an seine ureigenen Pflichten denken und nach seinem pflichtgemäßen Ermessen handeln. Das heißt vor allen Dingen – Sorgfalt walten lassen. Bei aller wirtschaftlich gebotenen Eile ist der Geschäftsleiter an vorderster Stelle seinem Institut verpflichtet.

Die von EZB, BaFin und EBA ergriffenen Maßnahmen zeigen: Die Bankenaufsicht sieht sehr genau, welcher besonderen Herausforderung die Geschäftsorganisation ein jedes Kreditinstitut ausgesetzt ist und geht soweit möglich auf die besonderen aktuellen Erfordernisse ein. Viele der Lockerungen, die die Aufsicht den Banken jetzt zugesteht, beziehen sich gerade auf solche Vorschriften, die in den vergangenen zehn Jahren als Antwort auf die große Finanzkrise erst etabliert wurden.

Besondere Bedeutung kommt dabei der Pflicht der Institute zu, eine ordnungsgemäße Geschäftsorganisation sicherzustellen, welche als ganz fundamentale Aufgabe in der Verantwortung der Geschäftsleiter liegt. Gegenwärtig sollten Geschäftsleiter ihre Aufmerksamkeit auf die Folgen der Corona-Krise für ihr Institut richten und müssen dabei vor allem prüfen und sicherstellen, dass die im Institut etablierten Prozesse, Risikomanagementsysteme und die grundsätzliche Ausrichtung des Instituts den Herausforderungen der Krise gerecht werden. Dabei können viele Kreditinstitute auf ihre bestehenden Notfallpläne zurückgreifen, welche Teil einer ordnungsgemäßen Geschäftsorganisation sind.⁶⁸ Sofern die Notfallkonzepte die Situation einer Pandemie nicht oder nicht hinreichend berücksichtigen sollten, sind die Institute verpflichtet, diese zu überprüfen sowie Maßnahmen für negative Auswirkungen zu treffen,

die die Corona-Krise für den weiteren ordnungsgemäßen Betrieb nach sich ziehen kann.⁶⁹

Zugleich müssen Kreditinstitute Maßnahmen treffen, die die reibungslose Fortführung der Geschäftsaktivitäten gewährleisten, um damit Schaden vom Institut und seinen Kunden abwehren zu können. Für die dabei im Einzelfall zu treffenden – krisenbedingten – unternehmerischen Entscheidungen müssen sich die Geschäftsleiter grundsätzlich an den auch sonst üblichen Grenzen und Ermessensspielräumen messen lassen. Dabei ist der Instituts-Geschäftsleiter einer sehr besonderen Verantwortung ausgesetzt: Er muss eine „Rundumschau“ vornehmen und dabei nicht nur prüfen, wie es in der Krise um die Bankenwirtschaft und sein eigenes Institut steht, sondern auch um die seiner gesamten – Branchen übergreifenden – Schuldner. Die Bankenaufsicht geht auf diese besonderen Erfordernisse bereits ein. Steht zu erwarten, wie die Banken selbst diese Verantwortung aufnehmen und welche Schlüsse und Handlungsoptionen sie dabei wählen. Wichtig ist hier eine sehr sorgfältig überlegte Reaktion auf die neuen Lockerungen der Aufsicht. Eine instabile Wirtschaft hat auch instabile Finanzierungsstrukturen zur Folge. Es ist sehr genau darauf zu achten, dass die Kreditinstitute in der Lage sind, diese Schieflage abzufangen, um nicht aus der gesamtwirtschaftlichen Krise nicht noch eine Neuaufgabe der Finanzkrise zu machen. Die Lockerungen der Aufsicht sind zudem nur kurzfristig – die Kreditinstitute aber müssen langfristig planen. Ist es tatsächlich unternehmerisch vertretbar, bspw. Bonitätsprüfungen weniger detailliert durchzuführen, wenngleich dadurch ein hohes und langfristiges Engagement entsteht? Die Rückendeckung der KfW allein, die auch nur für einen gewissen Zeitraum ausgelegt ist, fängt die Risiken der Banken gerade nicht zu 100% ab. Daher ist von jedem Geschäftsleiter sehr genau abzuwägen und eine sorgfältige Entscheidung zu treffen, geht es doch hier um vieles – die Rettung der Realwirtschaft, aber eben auch die Aufrechterhaltung der Finanzstabilität.

Andrea Stockhorst, RAin, ist Partnerin der Kanzlei McDermott, Will & Emery LLP in Frankfurt a.M. Sie ist spezialisiert auf die Beratung von nationalen und internationalen Mandanten zu allen Aspekten des Bankaufsichtsrechts, Investment- und Wertpapierrechts.



Renate Prinz, RAin, ist Counsel der Kanzlei McDermott, Will & Emery LLP in Düsseldorf/Köln. Sie ist spezialisiert auf allgemeine gesellschaftsrechtliche Beratung, nationale und internationale Unternehmenskäufe und -verkäufe sowie interne Restrukturierungsmaßnahmen. Frau Prinz verfügt über umfangreiche Erfahrung in der Betreuung von Mandanten aus dem öffentlichen Sektor sowie aus dem Finanz- und Bankensektor.



⁶⁵ Vgl. Einhaltung von Verhaltenspflichten die BaFin Mitteilung vom 20.3.2020, abrufbar unter https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Meldung/2020_Corona_andereBehoerden/meldung_2020_03_20_corona_virus5_ESMA_MIFIDII.html.

⁶⁶ EZB FAQ zu „How does allowing banks to operate below the P2G help the economy in the current situation?“.

⁶⁷ EBA Statement vom 12.3.2020, abrufbar unter: <https://eba.europa.eu/eba-statement-actions-mitigate-impact-covid-19-eu-banking-sector>.

⁶⁸ Vgl. § 25a Abs. 1 S. 3 Nr. 5 KWG i.V.m. MaRisk AT 7.3.

⁶⁹ Vgl. Schreiben der EZB an SIs vom 3.3.2020, abrufbar unter: https://www.bankingsupervision.europa.eu/press/letterstobanks/shared/pdf/2020/ssm.2020_letter_on_Contingency_preparedness_in_the_context_of_COVID-19.en.pdf.