

Arbeitskreis „Externe und interne Überwachung der Unternehmung“ der Schmalenbach-Gesellschaft e.V.

Zur Frage der Ausstrahlung branchenspezifischer Corporate Governance-Anforderungen auf das allgemeine Unternehmensrecht am Beispiel der Bankenregulierung

Arbeitskreis Externe und Interne Überwachung der Unternehmung (AKEIÜ) der Schmalenbach-Gesellschaft für Betriebswirtschaft e.V.

Die Mitglieder des Arbeitskreises sind: Prof. (em.) Dr. Dr. h.c. Jörg Baetge, Universität Münster; Dr. Roland Busch, Swiss International Air Lines Ltd.; Dipl.-Kfm. Lutz Cauers, Deutsche Bahn AG; Prof. Dr. Anne d'Arcy, Wirtschaftsuniversität Wien; WP StB Dipl.-Kfm. Ulrich M. Harnacke, Audit – Tax – Advisory; Dr. Peter Henning, Deutsche Bank AG; Prof. Dr. Anja Hucke, Universität Rostock; WP StB Dr. Frank M. Hülsberg, Warth & Klein Grant Thornton AG WPG; Frank Jasper, Siemens AG; Dr. Udo Jung, The Boston Consulting Group GmbH; Dipl.-Kfm. Ulf Kampruwn, between. GmbH; Prof. Dr. Hans-Jürgen Kirsch, Universität Münster; Dr. Thomas Knoll, Deutsche Telekom AG; Prof. Dr. Annette G. Köhler, Universität Duisburg-Essen; Prof. Dr. Kai-Uwe Marten, Universität Ulm; WP StB Dipl.-Kfm. Andreas Menke; Prof. Dr. Hanno Merkt, Universität Freiburg; Dipl.-Kfm. Peter Missler, Deutsches Rechnungslegungs Standards Committee e.V.; Prof. Dr. Ludwig Mochty, Universität Duisburg-Essen; RA Dr. Thomas Münzenberg, RAe Dr. Booz & Dr. Münzenberg; RA WP StB Prof. Dr. Jens Poll; Dr. Willi Schoppen, Spencer Stuart; Dipl.-Kfm. Hans Dieter Steindorf, Schwarz Dienstleistung KG; Dipl.-Kfm. Ruprecht Trummer, Baker Tilly Roelfs Unternehmensberatung GmbH; Dr. Markus Warncke, Villeroy & Boch AG; WP Dipl.-Kfm. Andreas Wermelt, Deloitte & Touche GmbH WPG; Marc Wössner, Bertelsmann SE & Co. KG.

Kontakt: autor@der-betrieb.de

Das Bankaufsichtsrecht stellt detaillierte und strenge Anforderungen an Finanzdienstleistungsinstitute. Ob und inwieweit aufsichtsrechtliche Spezialregelungen einer Branche – hier des Finanzsektors – Auswirkungen auf die Schaffung und Anwendung des allgemeinen Unternehmensrechts haben, ist Gegenstand der folgenden Ausführungen. Anhand der exemplarischen Analyse einzelner Vorschriften des Bankaufsichtsrechts zum Risikomanagement, Vergütungssystem sowie zur Überwachung der Vergütungsstruktur wird untersucht, ob ein öffentliches Interesse an einer vergleichbaren Regulierung für Unternehmen außerhalb des Finanzsektors besteht, das die Übertragung spezialgesetzlicher Standards rechtfertigt.

I. Einleitung

In jüngerer Zeit lassen sich vermehrt Tendenzen beobachten, Corporate Governance-Regelungen, die für beaufsichtigte Unternehmen des Banken-, Finanzdienstleistungs- und Versicherungssektors entwickelt worden sind, in das allgemeine Unternehmensrecht zu übernehmen und auf Unternehmen außerhalb der beaufsichtigten Branchen anzuwenden. Dieser Befund gibt Anlass, die mögliche Ausstrahlung spezialgesetzlicher Corporate Governance-Anforderungen auf das allgemeine Unternehmensrecht und die Unternehmenspraxis kritisch zu beleuchten.

Im Folgenden wird zunächst kurz auf grundlegende ökonomische und rechtliche Aspekte einer solchen Ausstrahlungswirkung eingegangen. Sodann wird – exemplarisch – die Ausstrahlungswirkung aus dem Bankensektor untersucht, in dem – nicht zuletzt im Zuge der Aufarbeitung der Finanz-

krise – die Ausformung branchenspezifischer Corporate Governance-Anforderungen am weitesten fortgeschritten ist. Dabei beschränkt sich diese Darstellung auf die Ausstrahlung von Rechtsgrundsätzen bzw. gesetzlichen Regelungen, ggf. in ihrer Auslegung durch die Aufsichtsbehörde. Nicht behandelt werden Grundsätze, die zwar in der Praxis Beachtung finden, die aber keinen Rechtscharakter haben, etwa allgemeine Grundsätze guter Unternehmensführung. Ebenso wird die Frage ausgeklammert, welche Rolle allgemeine untergesetzliche Corporate Governance-Grundsätze¹ im Verhältnis zu branchenspezifischen Corporate Governance-Grundsätzen spielen.

II. Problemaufriss

Die Erwartungen und Anforderungen an gute Corporate Governance sind in den letzten Jahren kontinuierlich gestiegen. Parallel dazu haben der europäische wie der deutsche Gesetzgeber die rechtlichen Anforderungen an die Corporate Governance in Spezialbranchen immer weiter ausformuliert und detailliert. Das betrifft namentlich den Banken-, den Finanzdienstleistungs- und den Versicherungssektor.² In diesen drei unter staatlicher Aufsicht stehenden Branchen finden sich in unterschiedlichen Gesetzen, etwa dem KWG, dem VAG, dem WpHG und dem KAGB, aber auch in Gestalt von Rundschreiben der BaFin auf der Grundlage der gesetzlichen Regelungen (insb. MaRisk [BA],³ MaRisk [VA]⁴ und MaComp)⁵ umfangreiche Vorgaben und Auslegungen für eine ganze Reihe von Themenkomplexen der Corporate Governance. Regelungen bzw. Handreichungen von auch nur annähernd vergleichbarem Detaillierungsgrad sind für Unternehmen außerhalb dieser Branchen nicht zu finden. Daher könnte der Gedanke durchaus naheliegen, Corporate Governance-Regelungen der Spezialbranchen auf Unternehmen anderer Branchen anzuwenden oder zumindest eine gewisse Orientierung in solchen Spezialregelungen zu suchen. Dies gilt sowohl für die Unternehmenspraxis, etwa im Rahmen der Compliance, als auch für die Rspr., v.a. aber für die Gesetzgebung selbst. So hat die EU-Kommission in ihrem Grünbuch „Europäischer Corporate

1 Zu denken wäre etwa an die Standards des Deutschen Instituts für Interne Revision.

2 Näher Müllert/Wilhelm, ZHR 2014 S. 502.

3 Rundschreiben 10/2012 (BA) – Mindestanforderungen an das Risikomanagement – MaRisk An alle Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute in der Bundesrepublik Deutschland Geschäftszeichen BA 54-FR 2210-2012/0002, 14.12.2012.

4 Rundschreiben 3/2009 (VA) – Aufsichtsrechtliche Mindestanforderungen an das Risikomanagement (MaRisk VA) vom 22.01.2009.

5 Rundschreiben 4/2010 (WA) – Mindestanforderungen an die Compliance-Funktion und die weiteren Verhaltens-, Organisations- und Transparenzpflichten nach §§ 31 ff. WpHG für Wertpapierdienstleistungsunternehmen (MaComp) vom 07.06.2010 (zuletzt geändert am 07.01.2014), Geschäftszeichen WA 31-Wp 2002-2009/0010.

Governance Rahmen“ von 2012⁶ explizit die Position bezogen, dass Corporate Governance-Regelungen für Finanzinstitute, die im Grünbuch „Corporate Governance in Finanzinstituten und Vergütungspolitik“⁷ von 2010 angesprochen werden, so insb. das Erfordernis einer stärkeren Einbindung von Aktionären, auch für börsennotierte Unternehmen außerhalb der Finanzbranche Gültigkeit beanspruchen können.⁸ Eine Ausstrahlungswirkung, die im nationalen Kontext v.a. vom Aktienrecht auf das GmbH-Recht,⁹ vom Recht der börsennotierten Gesellschaften auf nicht börsennotierte Gesellschaften¹⁰ und vom Bilanz-¹¹ und Abschlussprüfungsrecht¹² der KapGes. auf andere Rechtsformen bekannt ist, wird für das Verhältnis des Branchenrechts zum allgemeinen Unternehmensrecht für realistisch gehalten.¹³ Auch in der Rspr. lassen sich entsprechende Tendenzen beobachten. So vertrat das Verwaltungsgericht Frankfurt/M. im Jahre 2004 die Auffassung, die Vorschrift des § 91 Abs. 2 AktG und die Risikomanagementbestimmung des § 25a Abs. 1 KWG entsprächen einander in ihrer rechtlichen Bedeutung, weshalb die in § 25a Abs. 1 KWG gesetzlich genauer gefassten Anforderungen bei der Auslegung des § 91 Abs. 2 AktG herangezogen werden könnten und eine insoweit einheitliche Auslegung und Anwendung der genannten Normen angebracht sei.¹⁴ Anders entschied im Jahre 2008 das OLG Celle, indem es apodiktisch feststellte, die detaillierte gesetzliche Regelung des § 25a Abs. 1 Satz 3 und 4 KWG gelte nur für Kreditinstitute.¹⁵

Problematisch erscheint diese Ausstrahlungswirkung unter zwei Gesichtspunkten: Erstens verstärkt sie die allgemeine Tendenz zur Verrechtlichung und zur zunehmenden Regulierung des Unternehmensrechts, obgleich der bereits gegenwärtig erreichte Grad an Regulierung als belastend wahrgenommen wird. Das ist auch deshalb bedenklich, weil es insoweit an der gesetzgeberischen Legitimation und Kontrolle fehlt. Zweitens wird eine Ausstrahlung aber auch vielfach ohne hinreichende sachliche Rechtfertigung angenommen. So wird eine Ausstrahlung etwa bereits dann befürwortet, wenn subjektiv der Eindruck besteht, dass eine Spezialregelung auch auf andere Fälle durchaus passen bzw. sinnvoll angewendet werden könnte.

These 1:

Die Ausstrahlung branchenspezifischer Regelungen auf das allgemeine Unternehmensrecht birgt die Gefahr einer durch den Gesetzgeber nicht kontrollierten Zunahme der Regulierung. Dadurch wird die allgemeine Tendenz zur weiteren Verrechtlichung verstärkt.

6 KOM (2011) 164 endgültig vom 05.04.2011.

7 KOM (2010) 284 endgültig vom 02.06.2010.

8 EU-Kommission, a.a.O. (Fn. 6), etwa S. 4 und 12 f.

9 Fleischer, GmbHR 2008 S. 673.

10 Hier ist v.a. der Deutsche Corporate Governance Kodex (DCGK) zu nennen, in dessen Präambel es im zweitletzten Absatz heißt: „Der Kodex richtet sich in erster Linie an börsennotierte Gesellschaften. Auch in nicht börsennotierten Gesellschaften wird die Beachtung des Kodex empfohlen.“

11 Der Gesetzgeber des Bilanzrichtliniengesetzes erkannte dieses Problem und reagierte darauf mit einer Umgruppierung der Vorschriften im dritten Buch des HGB, s. BT-Drucks. 10/4268 S. 88 (89).

12 IDW, Positionspapier zur Begrenzung der Ausstrahlung der EU-Verordnung für die Prüfung von Unternehmen von öffentlichem Interesse vom 16.04.2014 auf nicht kapitalmarktorientierte Unternehmen (2015) passim; Bruckner, WPG 2015 Heft 16 Editorial.

13 Kort, AG 2013 S. 582.

14 VG Frankfurt/M. vom 08.07.2004 – 1 E 7363/03 (I), VersR 2005, 57 ff.

15 OLG Celle, zitiert nach Dreher, ZGR 2010 S. 496 (531).

III. Grundlagen

1. Ausstrahlung aus Sicht der ökonomischen Regulierungstheorie

Bei ökonomischer Betrachtung stellt sich auf den ersten Blick die Frage, ob und wieweit

- für einen ungeregelten Sachverhalt
- Regelungsbedarf besteht und
- die Regelung dieses Sachverhalts unter Rückgriff auf die Regelung eines anderen Sachverhalts erfolgen sollte.

Die Frage, inwiefern ein Sachverhalt überhaupt der Regelung bedarf, wird in der Regulierungstheorie behandelt. Die potenzielle Übertragung einer Regelung von einem auf einen anderen Sachverhalt lässt sich transaktionskostentheoretisch begründen. Die ökonomische Regulierungstheorie ist primär in der sog. Theorie des öffentlichen Interesses (*public interest theory*) verankert.¹⁶ Dabei geht es um die Frage, *warum* es zu regulatorischen Eingriffen in das Verhalten von Wirtschaftssubjekten durch den Gesetzgeber kommt – ein zunächst *positiver* Ansatz. In der Praxis steht allerdings üblicherweise die Frage im Raum, *ob* es zu einem regulatorischen Eingriff kommen *sollte* – ein *normatives* Problem. Theoriegestützte Handlungsempfehlungen zielen folglich darauf ab, die zu beschreibenden Bedingungen für den Bedarf regulatorischer Eingriffe derart herauszuarbeiten, dass in einem weiteren Schritt geprüft werden kann, ob diese Bedingungen – und damit ein Regelungsbedarf für einen bestimmten Sachverhalt – vorliegen. Die Abgabe einer ökonomisch begründeten Empfehlung für einen regulatorischen Eingriff hängt also davon ab, ob bestimmte Bedingungen erfüllt sind und welche Kosten den durch die Regelung zu erwartenden Nutzeneffekten gegenüberstehen.

Im Kontext der Theorie des öffentlichen Interesses kann Regulierung dann angezeigt sein, wenn Marktversagen vorliegt.¹⁷ Marktversagen wird dabei u.a. auf Informationsasymmetrien zwischen Marktteilnehmern zurückgeführt, d.h. Marktteilnehmer werden aufgrund von mangelnden oder unvollständigen Informationen benachteiligt, aber auch durch sog. natürliche Monopole, bei sog. öffentlichen Gütern oder durch das Vorliegen sog. Externalitäten. Natürliche Monopole beschreiben Unternehmen mit Fixkostendegressionseffekten, die potenziellen Wettbewerbern den Markteintritt verwehren; unter öffentlichen Gütern werden Güter verstanden, deren Konsumenten andere Marktteilnehmer nicht vom Konsum ausschließen können (was üblicherweise zum sog. Trittbrettfahrerverhalten und damit zu einem Angebotsniveau der Güter führt, das unter dem gesamtwirtschaftlich wünschenswerten Niveau liegt); das Vorliegen von Externalitäten beschreibt nutzenerhöhende oder -verringende Effekte des Konsums von Gütern für Marktteilnehmer, die die Güter selbst nicht nachfragen und die bei der Preisbildung dieser Güter dementsprechend nicht berücksichtigt werden, was wiederum zu einer Nachfrage der Güter unterhalb (bei positiven Externalitäten) oder oberhalb (bei negativen Externalitäten) des gesamtwirtschaftlich wünschenswerten Niveaus führt. Allen Ausprägungen sog. Marktversagens ist gemein, dass ein aus einzelwirtschaftlicher Sicht nutzenmaximierendes Verhalten auf lange Sicht die gesamtwirtschaftliche Wohlfahrt beeinträchtigt. Folglich ist Marktversagen im Ergebnis stets durch ungleiche Verteilung von Vor- und Nachteilen für die Marktteilnehmer

16 Ferner ist die sog. Interessen- und die Interessengruppentheorie (*interest group theory*), auf die im Weiteren nicht eingegangen werden soll, relevant, Posner, *The Bell Journal of Economics and Management Science*, Vol. 5, No. 2. (Autumn, 1974), S. 335.

17 Mueller, Dennis C., *Public Choice III*, 2003, passim.

gekennzeichnet, die durch Regulierung zumindest abgeschwächt werden soll. In Hinblick auf die Feststellung eines möglichen Regulierungsbedarfs ist folglich in einem ersten Schritt zu prüfen, ob eine Form des Marktversagens vorliegt und ob die mit einer Regulierung potenziell entstehenden Nutzeneffekte die Kosteneffekte der betroffenen Stakeholder überwiegen. Typischerweise variieren diese Effekte zwischen Stakeholdergruppen, sodass im Idealfall diverse Interessenlagen abzuwägen, d.h. die Effekte für die individuellen Stakeholdergruppen zu gewichten sind.

Die Frage, ob bei einer Regulierung auf eine bereits bestehende Regulierung rekurriert werden sollte, d.h. ob es zu einer Ausstrahlungswirkung einer bestehenden Regulierung kommt, ist der beschriebenen Nutzen-Kosten-Analyse nachgelagert. Ausgangspunkt dieses zweiten Schrittes ist der Umstand, dass auch Regulierungsprozesse selbst Kosten verursachen. Angesichts der Kosten für die Entwicklung einer Regulierungsmaßnahme auf der Ebene des Regulators (Gesetzgebers) kann der Rückgriff auf bereits bestehende Regelungen anderer Sachverhalte grds. durchaus kostengünstiger sein als die Neukonzeption.

Entscheidend ist dabei allerdings, dass stets eine differenzierte Betrachtung der bestehenden, d.h. potenziell ausstrahlenden Regulierung vor dem Hintergrund des zu regulierenden Sachverhalts erfolgt. So kann es durchaus angemessen sein, nur Teile der bestehenden Regulierung zu übernehmen, sodass die Rechtsfolgen der ausstrahlenden Norm lediglich modifiziert bzw. abgeschwächt eintreten. Z.B. können das Ausmaß des Marktversagens oder die durch ein Marktversagen auf gesamtwirtschaftlicher Ebene entstehenden Kosten im neu zu regulierenden Sachverhalt geringer sein als in dem bereits geregelten Bereich. Unter Nutzen-Kosten-Gesichtspunkten wäre in diesem Fall folglich nur eine partielle Regulierung sinnvoll. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass die alleinige Verfügbarkeit einer bereits bestehenden Regulierung nicht zu Verzerrungen der im ersten Schritt notwendigen Nutzen-Kosten-Analyse führt, d.h., dass es zu einer Ausstrahlungswirkung nur dann kommen darf, wenn sie unter Nutzen-Kosten-Gesichtspunkten zu rechtfertigen ist (Verfügbarkeitsheuristik).

These 2:

Aus ökonomischer Sicht ist möglichst objektiv zu prüfen, ob die Selbstregulierung des Marktes unerwünschte Verteilungseffekte hervorbringen und ob in diesem Fall mit einer ausstrahlenden Regulierung ein positiver Nutzen-Kosten-Effekt verbunden wäre.

2. Ausstrahlung aus Sicht der juristischen Methodenlehre

In der juristischen Methodenlehre ist der Begriff der *Ausstrahlungswirkung*, manche sprechen von „spill over“,¹⁸ kein eingeführter Fachterminus. Vielmehr beschreibt er ein tatsächliches Phänomen, das vermehrt erst in den letzten Jahren beobachtet wird.¹⁹ Daher fehlt es bislang an einer etablierten Begriffsdefinition. Ausstrahlung kann rechtlich definiert werden als normative oder nicht-normative Anwendung bzw. Befolgung von Spezialregelungen außerhalb ihres eigentlichen Anwendungsbereichs sowohl durch Regelsetzer (Gesetzgeber, normsetzende Behör-

den) als auch durch Regelanwender (etwa Gerichte) und insb. auch durch die Regelunterworfenen (Unternehmen) selbst.

Die unscharfe Verwendung des Begriffs führt dazu, dass die methodische Einordnung der Ausstrahlung Probleme bereitet. Diese Probleme werden dadurch verschärft, dass theoretisch sehr unterschiedliche methodische Begründungswege für eine Ausstrahlung in Betracht kommen. So wird eine Ausstrahlungswirkung zunächst unter dem Gesichtspunkt der Analogie erörtert. Tatbestandliche Voraussetzungen der Analogie sind das Bestehen einer Regelungslücke im Gesetz, die Planwidrigkeit dieser Lücke und die Vergleichbarkeit der Interessenlagen beim geregelten und beim ungeregelten Sachverhalt.²⁰ Ebenso lässt sich die Ausstrahlung einer branchenspezifischen Regelung u.U. auf einen allgemeinen Rechtsgrundsatz zurückführen, der unmittelbar Anwendung auch außerhalb der Branche findet.²¹ Eine Regelungslücke muss dafür nicht nachgewiesen werden. Tatbestandliche Voraussetzung ist allerdings, dass der gesetzlichen Regelung für die jeweilige Branche eine bestimmte *ratio legis* i.S. eines Motivs zugrunde liegt, das den Gesetzgeber dazu bewogen hat, diese Regelung zu schaffen, und dass dieses Motiv auf einen weiteren Kreis von Fällen zutrifft als den im Gesetz genannten.²²

Darüber hinaus ist eine freiwillige Beachtung branchenspezifischer Anforderungen durch branchenfremde Unternehmen möglich. Während es sich bei den zuvor behandelten Figuren der Einwirkung von branchenspezifischen Normen auf branchenfremde Unternehmen um Erscheinungsformen der Rechtsfortbildung handelt, fehlt es der freiwilligen Beachtung am rechtsfortbildenden Charakter. Daher ist sie zumindest aus rechtlichem Blickwinkel vergleichsweise unproblematisch. Gleiches gilt jedenfalls zunächst für die Entstehung von Soft Law, also von Regeln, die nicht hoheitlich erlassen und mithin nicht als Recht i.e.S. zu qualifizieren sind, die aber – möglicherweise zunächst in der Vorstufe einer *best practice* – in der Praxis mehr oder minder umfassend faktische Beachtung finden.²³

Es gibt mithin unter rechtsmethodischem Blickwinkel unterschiedliche Wege, auf denen Ausstrahlungswirkung eintreten kann. Allerdings stehen einer Ausstrahlungswirkung auch methodische Einwände entgegen. So kennt das Aufsichtsrecht zahlreiche spezifische Rechtspflichten für ihm unterworfenen AG. Das Verhältnis solcher Spezialregelungen zum allgemeinen Aktienrecht lässt sich als eines der Normenhierarchie und der Spezialität begreifen. Insofern gilt für das Verhältnis des Aufsichtsrechts zum Aktienrecht nichts anderes als auch sonst im Verhältnis von speziellen zu allgemeinen Regelungen: Dem Willen des Gesetzgebers, der eine Spezialregelung geschaffen hat, wird man entnehmen müssen, dass eine über die Spezialtatbestände hinaus erstreckende Anwendung auf andere Tatbestände jedenfalls im Grundsatz gerade nicht gewollt ist (*argumentum e contrario*).²⁴ Eine sorgfältige Prüfung des Vorliegens der o.g. Tatbestandsmerkmale wird damit umso wichtiger.²⁵

20 Beispiele aus dem Gesellschaftsrecht bei BGH vom 14.03.1977 – II ZR 156/75, BGHZ 68 S. 191 (195) = DB 1977 S. 992; vom 20.02.1989 – II ZB 10/88, BGHZ 107 S. 1 (5 f.) = DB 1989 S. 871.

21 Siehe etwa für die Compliance-Pflicht Merkt, ZIP 2014 S. 1705.

22 Larenz/Canaris, Methodenlehre, 1995, S. 207.

23 Näher Weber-Rey, ZGR 2010 S. 543.

24 Näher Dreher, ZGR 2010 S. 496 (502).

25 Vgl. das IDW-Positionspapier zur Begrenzung der Ausstrahlung der EU-Verordnung für die Prüfung von Unternehmen von öffentlichem Interesse vom 16.04.2014 auf nicht kapitalmarktorientierte Unternehmen, 2015, S. 3, das eine Ausstrahlung der PIE-Prüfungsgrundsätze auf Non-PIE ablehnt, weil „die Ausdehnung der Regulierung auf andere Unternehmen [...] weder vom EU-Gesetzgeber gewollt noch angemessen oder verhältnismäßig“ sei.

18 Etwa Hopt, in: E. Wymeersch, K. J. Hopt, G. Ferrarini, Financial Regulation and Supervision, A post-crisis analysis, Oxford University Press 2012, S. 337.

19 Monografisch Thaten, Die Ausstrahlung des Aufsichts- auf das Aktienrecht am Beispiel der Corporate Governance von Banken und Versicherungen, 2016, passim.

These 3:

Ausstrahlung kann rechtsmethodisch auf unterschiedlichen Wegen begründet werden. Allerdings stellt die Ausstrahlung in jedem Fall eine Ausnahme dar und bedarf des Nachweises, dass die jeweiligen Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen.

3. Synthese der ökonomischen und der juristischen Perspektive

Sowohl die Ökonomie als auch die Rechtswissenschaft entwickeln Kriterien, anhand derer geprüft werden kann, ob branchenspezifische Corporate Governance-Regelungen auf das allgemeine Unternehmensrecht ausstrahlen. Dabei sehen der ökonomische wie der juristische Ansatz ein zweistufiges Vorgehen vor:

Im ersten Schritt ist aus ökonomischer Perspektive zu klären, ob im allgemeinen Unternehmensrecht Regulierungsbedarf besteht, und aus juristischer Perspektive ist zu fragen, welches Interesse mit der branchenspezifischen Regelung geschützt werden soll bzw. welches gesetzgeberische Motiv hinter der branchenspezifischen Regelung steht. Während die ökonomische Literatur zum einen die Identifikation von Marktversagen anhand konkreter Marktcharakteristika und zum anderen die Nutzen-Kosten-Analyse unter Differenzierung zwischen individuellen Stakeholdergruppen vorsieht, greift die juristische Methodenlehre hierfür auf die historische und die teleologische Auslegung der fraglichen Regelung zurück. Führt man die beiden Ansätze zusammen, eröffnet sich die Möglichkeit, zur Feststellung einer planwidrigen Regelungslücke bzw. eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes nach Hinweisen auf Marktversagen zu suchen und unter Nutzen-Kosten-Gesichtspunkten abzuwägen, ob eine Regulierung angezeigt erscheint.

Im zweiten Schritt ist aus ökonomischer Sicht unter Vermeidung möglicher Verfügbarkeitsheuristiken, d.h. möglichst objektiv zu beurteilen, ob die Übernahme bestehender Regelungen zur Regulierung des identifizierten Marktversagens kostengünstiger ist als die Neukonzeption einer Regelung. Nur in diesem Fall ist die Ausstrahlung angezeigt. Aus juristischer Perspektive ist bei der Analogie die Vergleichbarkeit der Interessenlage der betroffenen Parteien zu beurteilen, während für den allgemeinen Rechtsgrundsatz die Verallgemeinerungsfähigkeit der gesetzlichen Regelung zu prüfen ist. Demzufolge vermag die ökonomische der rechtswissenschaftlichen Methode wertvolle Unterstützung zu leisten, weil sie konkrete Hinweise auf mögliche Indikatoren für Marktversagen, aber auch Methoden und Instrumente zur Beurteilung des Marktversagens und Bewertung alternativer Regulierungen liefern kann.

These 4:

Sowohl die Ökonomie als auch die Rechtswissenschaft legen zur Beantwortung der Frage, inwieweit eine Ausstrahlung angezeigt ist, eine zweistufige Vorgehensweise nahe. Dabei können die beiden Ansätze als einander ergänzend und konkretisierend betrachtet und angewendet werden.

Im Folgenden soll der Frage nachgegangen werden, inwieweit exemplarisch ausgewählte Regelungen des Bankaufsichtsrechts für eine Ausstrahlungswirkung inhaltlich überhaupt in Betracht kommen bzw. auch außerhalb der Branche passen.

IV. Zur Ausstrahlung bankspezifischer Anforderungen

Im Bereich der Banken-Corporate Governance sind Regelungen zum Risikomanagement und zum Vergütungssystem nach § 25a KWG von zentraler Bedeutung. Sie sollen daher im Folgenden exemplarisch für die Frage nach einer möglichen Ausstrahlungswirkung herangezogen werden.²⁶

1. Risikomanagement**a) Ausgangslage**

Ein umfassendes Risikomanagement steht im Mittelpunkt moderner Corporate Governance-Anforderungen. Vorgaben für das Risikomanagement finden sich im Aktienrecht in § 91 Abs. 2 AktG sowie in § 107 Abs. 3 AktG. Während § 91 Abs. 2 AktG das Risikofrüherkennungssystem zum Gegenstand hat, behandelt § 107 Abs. 3 Satz 2 AktG u.a. die Überwachung der Wirksamkeit des Risikomanagementsystems durch den Aufsichtsrat bzw. seine Ausschüsse. Auf das Risikomanagement wird darüber hinaus auch in § 289 Abs. 5 und § 315 Abs. 2 HGB Bezug genommen, soweit es die Berichterstattung im Lagebericht bzw. im Konzernlagebericht betrifft. Nach § 91 Abs. 2 AktG ist es Aufgabe des Vorstands, Maßnahmen zur frühzeitigen Erkennung bestandsgefährdender Entwicklungen zu ergreifen und ihre Funktionsfähigkeit durch ein Überwachungssystem sicherzustellen. Darüber hinausgehende Anforderungen an die Ausgestaltung eines Risikomanagementsystems statuiert das allgemeine Unternehmensrecht nicht. In der Literatur wird zusätzlich die Einrichtung einer Risikocontrolling-Funktion jedenfalls ab einer bestimmten Unternehmensgröße gefordert.²⁷

Demgegenüber sind die Anforderungen an das Risikomanagement für Unternehmen, die in den Anwendungsbereich des KWG fallen, in § 25a Abs. 1 und 2 KWG sehr viel detaillierter und strenger geregelt. Hier trifft die Geschäftsführung sehr weitreichende Pflichten zur Identifizierung, Bewertung, Steuerung und Überwachung aller wesentlichen Risiken des Kreditinstituts. Danach haben Kreditinstitute im Rahmen einer ordnungsmäßigen Geschäftsorganisation insb. ein „angemessenes und wirksames Risikomanagement“ einzurichten, „auf dessen Basis ein Institut die Risikotragfähigkeit laufend sicherzustellen hat“ (§ 25a Abs. 1 Satz 3 KWG). Das Risikomanagement umfasst Elemente wie Risikostrategie, aufbau- und ablauforganisatorische Regelungen, ein Risikotragfähigkeitskonzept, Prozesse der Risikoidentifikation, -analyse, -bewertung, -steuerung und -überwachung sowie eine interne Risikokommunikation und Berichterstattung. Diese Elemente sind darüber hinaus in ihren einzelnen Details durch die von der BaFin erlassenen Mindestanforderungen an das Risikomanagement (MaRisk – BA) konkretisiert,²⁸ die in einen Allgemeinen Teil (AT) und einen Besonderen Teil (BT) untergliedert sind.

Die MaRisk enthalten für das Risikomanagement von Kreditinstituten in AT 4 detaillierte verpflichtende Vorgaben zur Risikotragfähigkeit (4.1) und zur Geschäftsstrategie (4.2). Dabei umfasst das Risikomanagement eine Reihe unterschied-

²⁶ Siehe aber auch Thaten, a.a.O. (Fn. 19), die darüber hinaus Compliance, Outsourcing und die Qualifikation von Aufsichtsratsmitgliedern untersucht.

²⁷ Dreher, in: FS Hüffer, 2010, S. 176; Hüffer/Koch, AktG, 12. Aufl. 2016, § 91 Rdn. 10; Spindler, MünchKomm-AktG, 4. Aufl. 2014, § 91 Rdn. 50; vgl. DCGK Ziff. 4.1.4.; zu dem – von der betriebswirtschaftlichen Sichtweise abweichenden – Verständnis des Verhältnisses von Risikomanagement und Risikocontrolling etwa Hüffer/Koch, ebd., § 91 Rdn. 8 und 10.

²⁸ BaFin, a.a.O. (Fn. 2).

licher Teilaspekte, die auf mehrere Organe im Unternehmen verteilt sind.²⁹ So trifft die Geschäftsleitung die Pflicht zur Ausarbeitung einer Risiko- und Geschäftsstrategie, die die Ziele der Risikosteuerung wesentlicher Geschäftsaktivitäten sowie Maßnahmen zur Erreichung dieser Ziele umfasst. Dies setzt eine umfassende Risikoidentifikation und -bewertung voraus. Die zugrunde liegenden Annahmen müssen nachvollziehbar begründet und die Angemessenheit der angewendeten Verfahren muss jährlich überprüft werden. Ferner muss die Geschäftsleitung für die Umsetzung der Risikostrategie Sorge tragen. Die Risikostrategie muss innerhalb des Unternehmens angemessen kommuniziert und regelmäßig überprüft werden. Die Verantwortung für die Risikostrategie liegt bei der Gesamtheit der Mitglieder des Geschäftsleitungsorgans (Gesamtverantwortung). Als Folgeverantwortung trifft die Geschäftsleitung die Pflicht, für einen angemessenen organisatorischen Aufbau zu sorgen. Verlangt wird die Einrichtung eines internen Kontrollsystems in Gestalt einer Risikocontrolling-Funktion, ferner die Überwachung des Risikomanagements durch die Interne Revision. Ebenso verlangt werden eine angemessene Ausstattung mit den notwendigen Mitteln, das Erstellen von Notfallplänen und eine regelmäßige Überprüfung des Gesamtsystems auf Angemessenheit und Wirksamkeit. Flankierend und zur Gewährleistung einer Überwachung durch die BaFin ist eine umfassende Dokumentation erforderlich.³⁰

b) Ausstrahlung auf das allgemeine Unternehmensrecht?

Es fragt sich nun, ob und in welchem Umfang diese sehr ausdifferenzierten Vorgaben des Bankaufsichtsrechts für sonstige Unternehmen Geltung beanspruchen können bzw. geeignet sind, freiwillig befolgt zu werden.

Für die Eignung könnte zunächst sprechen, dass es das erkennbare Ziel des KWG-Gesetzgebers und der BaFin ist, Elemente eines Risikomanagementsystems zu konkretisieren und damit innerbetriebliche Standards zu setzen. Zugleich soll der Öffentlichkeit transparent gemacht werden, wie Risiken gesteuert werden sollen. Entscheidend für den Grad der Relevanz dieser Normen für branchenfremde Unternehmen könnte dabei insb. das unternehmensindividuelle Risikoportfolio (welches insoweit zu bestimmen ist) und damit aus Sicht der Unternehmensorgane die Steuerungsnotwendigkeit sein. Danach wären konkret vertiefte Anforderungen an das Risikomanagement immer dann zu stellen, wenn das aktuelle Risikoportfolio der Gesellschaft dies indiziert. Grundvoraussetzung hierfür sind insb. Transparenz, Aktualität und korrekte Bewertung des Risikoportfolios.

Allerdings ist auch zu berücksichtigen, welche (unterschiedlichen) Zwecke der Gesetzgeber mit den Vorgaben zum Risikomanagement nach KWG und AktG verfolgt. Dabei geht es zwar in beiden Bereichen in letzter Konsequenz um dasselbe Ziel, nämlich den Schutz des Unternehmens vor einer Krise bzw. einer Insolvenz durch Erfassung und Kontrolle von bestandsgefährdenden Entwicklungen (AktG) bzw. wesentlichen Risiken (KWG). Indessen hat die Risikoprävention in beiden Bereichen ganz unterschiedlichen Stellenwert. Das liegt v.a. daran, dass bei Kreditinstituten und den weiteren Unternehmen der Finanzbranche (Finanzdienstleistungsinstitute und

Versicherungsunternehmen) – anders als bei Unternehmen außerhalb des Finanzsektors – das Risiko zum Gegenstand des Geschäftsmodells gehört und dass der Finanzsektor für die Volkswirtschaft eine ganz zentrale Rolle spielt (Systemschutz). Während die Übernahme des Risikos und dessen wirtschaftliche Sozialisierung auf die Gemeinschaft der Versicherten beim Versicherungsunternehmen ganz offenbar ist, lässt sich bei genauerem Hinsehen auch bei Kreditinstituten feststellen, dass die Übernahme und Abstimmung unterschiedlicher Geschäftsrisiken zur Sicherstellung dauerhafter Liquidität wirtschaftlich zur Kernfunktion dieser Branche zählt. Bankbetriebswirtschaftlich findet dies Niederschlag in dem Grundsatz, dass die Steigerung der Erträge einer Bank die Übernahme höherer Risiken bedingt.³¹ In dieser gesteigerten Risikoabhängigkeit sieht der Gesetzgeber seit jeher eine Legitimationsgrundlage für ein eigenes aufsichtsrechtliches Regime für die Kreditwirtschaft, welche sich in vergleichbarer Form außerhalb des Finanzsektors nicht findet, und das sich aus qualitativen und quantitativen Anforderungen an das Risikomanagement namentlich in Gestalt von Eigenmittelvorgaben niederschlägt. In der Literatur wird daraus gefolgert, dass zwischen aufsichtsrechtlichen und aktienrechtlichen Vorgaben klar differenziert werden muss.³²

Zu berücksichtigen ist ein weiterer grundlegender Unterschied: Während es im allgemeinen Unternehmensrecht um den Ausgleich der Interessen zweier Gruppen geht, nämlich der Eigen- und Fremdkapitalgeber, tritt in den Unternehmen der Finanzbranche eine dritte Interessengruppe hinzu, nämlich die Einleger (Kreditinstitute) bzw. die Versicherungsnehmer (Versicherungsunternehmen). Im allgemeinen Unternehmensrecht werden die Interessen der Eigenkapitalgeber (Gesellschafter) durch Gesellschafts- und Insolvenzrecht, die Interessen der Gläubiger (Fremdkapitalgeber, Vertragspartner, Arbeitnehmer) durch Gesellschafts-, Vertrags-, Arbeits- und Insolvenzrecht geschützt. Dieser Schutz wird von der Rechtsordnung für die Finanzbranche und den Schutz der „dritten“ Gruppe als unzureichend angesehen. Daher tritt das Aufsichtsrecht mit besonderen Anforderungen hinzu. Denn die Einleger und die Versicherungsnehmer können ihre Interessen auf privatrechtlichem Weg nur unzureichend schützen. Daher sieht insb. das Bankaufsichtsrecht speziell mit Blick auf das Risikomanagement besondere Vorkehrungen vor, die im allgemeinen Unternehmensrecht wegen der unterschiedlichen Interessen- und Schutzlage nicht für erforderlich gehalten werden.³³

Was folgt daraus für die ökonomische und rechtliche Bewertung einer möglichen Ausstrahlungswirkung? Unter ökonomischem Blickwinkel wird man von einem Marktversagen beim Risikomanagement im Bereich der Unternehmen außerhalb des Bankensektors nicht sprechen können. Zugleich liegt die Vermutung nahe, dass eine Ausstrahlung der strengen bankaufsichtsrechtlichen Anforderungen an das Risikomanagement auf sonstige Unternehmen in keinem angemessenen Verhältnis stünde. In rechtlicher Hinsicht sprechen das bankspezifische Schutzinteresse der Einleger und das gesetzgeberische Motiv einer adäquaten Regulierung der besonderen Risikoneigung von Kreditinstituten gegen eine Ausstrahlung auf

29 Die folgende Darstellung folgt den Regelungen in § 25a Abs. 1 KWG sowie den MaRisk (BA).

30 Näher Braun/Wolfgang, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG, CRR, 5. Aufl. 2016, § 25a Rdn. 1 ff.

31 Gann/Rudolph, in: Hopt/Wohlmannstetter, Handbuch Corporate Governance von Banken, 2011, S. 602.

32 Spindler, a.a.O. (Fn. 27), § 91 Rdn. 38; Weber-Rey, AG 2008 S. 358.

33 Thaten, a.a.O. (Fn. 19), S. 232 ff.

sonstige Unternehmen. Daraus folgt, dass eine generelle Übertragung der spezifischen Anforderungen, denen das Risikomanagement bei Kreditinstituten nach dem Bankaufsichtsrecht unterliegt, auf Unternehmen außerhalb der Finanzbranche wegen des unterschiedlichen Stellenwerts des Risikomanagements und auch der unterschiedlichen Schutzanforderungen der betroffenen Interessengruppen ausscheidet. Das schließt allerdings nicht aus, dass sich Unternehmen als Ergebnis einer periodischen, strukturierten Beurteilung ihres Risikoportfolios an den Vorgaben des Bankaufsichtsrechts orientieren, etwa in solchen Branchen, in denen das Risikomanagement einen vergleichbar herausgehobenen Stellenwert hat wie im Bankbereich.

These 5:

Die generelle Übertragung der spezifischen Anforderungen an das Risikomanagement bei Kreditinstituten auf Unternehmen außerhalb der Finanzbranche scheidet wegen des unterschiedlichen Stellenwerts des Risikomanagements und auch wegen der unterschiedlichen Schutzanforderungen der betroffenen Interessengruppen aus. Das schließt nicht aus, dass sich Unternehmen nach einer Analyse ihres Risikoportfolios an den Vorgaben des Bankaufsichtsrechts orientieren.

2. Vergütung

a) Vorbemerkung

Als wesentliche Ursachen der internationalen Finanzkrise wurden neben einem unzureichenden Risikomanagement von vielen Experten falsche bzw. unangemessene Anreize und Strukturen bei den Vergütungssystemen im Bankensektor identifiziert.³⁴ Insb. das Financial Stability Board hat als Reaktion auf diesen Befund neue Standards für verbesserte Vergütungspraktiken entwickelt, die die EU im Rahmen der Richtlinien zu den Kapitalanforderungen an Banken in den Jahren 2010 (CRD III) und 2013 (CRD IV) weitgehend übernommen bzw. sogar noch verschärft hat. Entscheidend ist dabei, dass das Thema Vergütung nunmehr einem risikobasierten Ansatz folgt. Die Regelungen haben sich insb. an Größe und Vergütungsstruktur des Instituts sowie an Art, Umfang, Komplexität, Risikogehalt und Internationalität der Geschäftsaktivitäten zu orientieren. Im Folgenden werden exemplarisch das Verhältnis von fixen zu variablen Vergütungsbestandteilen und die Überwachung der Vergütungssysteme untersucht.

b) Verhältnis von fixen zu variablen Vergütungsbestandteilen

aa) Ausgangslage

Ausgangspunkt der Regelung zur Vergütung im Aktienrecht ist die Vorschrift in § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG zur Höhe der Gesamtbezüge eines jeden einzelnen Vorstandsmitglieds. Während vor dem Inkrafttreten des VorstAG³⁵ ausschließlich die Angemessenheit der Vergütung verlangt wurde, die sich an der Lage der Gesellschaft sowie den Aufgaben der betreffenden Vorstandsmitglieder auszurichten hatte, muss nunmehr zusätzlich die Angemessenheit der Arbeitsleistung berücksichtigt werden und darüber hinaus darf die Vergütung nicht

die übliche Höhe übersteigen. Dabei ist die Üblichkeit zum einen im Wege eines Branchen-, Größen- und Ländervergleichs zu ermitteln (horizontale Üblichkeit), zum anderen ist ein Vergleich mit dem Lohn- und Gehaltsniveau innerhalb des betreffenden Unternehmens erforderlich (vertikale Üblichkeit). Nimmt man die ergänzenden Regelungen in § 87 Abs. 1 Satz 2 und 3 AktG hinzu, ergibt sich hinsichtlich der Anforderungen an die Vergütungsstruktur, dass das feste Gehalt ausreichen muss, damit das Vorstandsmitglied nicht in Abhängigkeit von variablen Vergütungsbestandteilen gerät. Darüber hinaus muss die variable Vergütung nachhaltig sein, sie muss also zu einem größeren Teil aus langfristig orientierten Elementen bestehen, etwa Aktien und Aktienoptionen, die mit angemessenen Haltefristen verbunden sind.³⁶ Sodann verlangt § 87 Abs. 1 Satz 3 Hs. 1 AktG eine mehrjährige Bemessungsgrundlage für variable Vergütungsbestandteile. Ferner soll der Aufsichtsrat nach § 87 Abs. 2 AktG die Vorstandsvergütung nachträglich herabsetzen, wenn sich die Lage der Gesellschaft verschlechtert hat (drohende Insolvenz, notwendiger Dividendenausfall, Massenentlassungen, Lohnkürzungen) und die Vergütung vor diesem Hintergrund unbillig erschiene. Schließlich sind die Gesamtbezüge aller Vorstandsmitglieder im Anhang zum Jahresabschluss offenzulegen (§ 285 Nr. 9a, § 314 Abs. 1 Nr. 6 HGB), darüber hinaus bei börsennotierten Gesellschaften die individuellen Vorstandsbezüge (§ 285 Nr. 9a Satz 5, § 314 Abs. 1 Nr. 6 Satz 5 HGB).

Für das Bankaufsichtsrecht bildet die Regelung des § 87 Abs. 1 AktG zunächst die Grundlage. Die vom BMF aufgrund einer Ermächtigung erlassene Institutsvergütungsverordnung (InstitutsVergV)³⁷ stützt sich explizit auf die Gesetzesformulierung des § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG. Indessen geht das Bankaufsichtsrecht sowohl im Umfang als auch in Bezug auf die Detailliertheit der Vorgaben über das Aktienrecht hinaus. Eine wesentliche Regelung aus CRD IV ist das Verhältnis zwischen der fixen und der variablen jährlichen Vergütung für Mitarbeiter und Geschäftsleiter.³⁸ Banken haben nunmehr angemessene Verhältnisse festzulegen. Dabei darf die variable Vergütung jew. 100% der fixen Vergütung für jeden einzelnen Mitarbeiter oder Geschäftsleiter nicht überschreiten.³⁹ Die Anteilseigner können über die Billigung einer höheren variablen Vergütung, die 200% der fixen Vergütung für jeden einzelnen Mitarbeiter oder Geschäftsleiter nicht überschreiten darf, beschließen.⁴⁰ Ein diesbezüglicher Vorschlag hat die Gründe für die erbetene Billigung einer höheren variablen Vergütung und deren Umfang, einschließlich der Anzahl der betroffenen Mitarbeiter und Geschäftsleiter sowie ihrer Funktionen, und den erwarteten Einfluss einer höheren variablen Vergütung auf die Anforderung, eine angemessene Eigenmittelausstattung vorzuhalten, darzulegen.⁴¹ Anteilseigner, Eigentümer, Mitglieder oder Träger, die als Mitarbeiter oder Geschäftsleiter von einer höheren variablen Vergütung als nach § 87 Abs. 1 Satz 2 AktG betroffen wären, dürfen ihr Stimmrecht weder

³⁶ Thaten, a.a.O. (Fn. 19), S. 297 f., 301 f.

³⁷ Verordnung über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an Vergütungssysteme von Instituten (Institutsvergütungsverordnung – InstitutsVergV) vom 16.12.2013, BGBl. I S. 4270 und dazu die „Auslegungshilfe zur Verordnung über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an Vergütungssysteme von Instituten“ der BaFin vom 01.01.2014, abrufbar auf der Homepage der BaFin.

³⁸ Art. 94 CRD IV-Richtlinie.

³⁹ Art. 94 Abs. 1 lit. g (i) CRD IV-Richtlinie.

⁴⁰ Art. 94 Abs. 1 lit. g (ii) CRD IV-Richtlinie.

⁴¹ Art. 94 Abs. 1 lit. g (ii) erster Spiegelstrich CRD IV-Richtlinie.

³⁴ Buscher/Hannemann/Wagner/Weigl, Verordnung über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an Vergütungssysteme von Instituten (Institutsvergütungsverordnung – InstitutsVergV), 2014, Kap. 1, 2.1, 3.2 ff.

³⁵ Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG), BGBl. I 2009 S. 2509.

unmittelbar noch mittelbar ausüben.⁴² Die Leistungsbewertung muss auf einer mehrjährigen Grundlage erfolgen.⁴³ Der deutsche Gesetzgeber hat diese Regelungen in § 25a KWG umgesetzt.⁴⁴ Außerdem enthält die InstitutsVergV weitere Vorgaben zur Ausgestaltung und Überwachung der Vergütungssysteme einschließlich der Vergütungsinstrumente für die variable Vergütung, positiver und negativer Vergütungsparameter, der Leistungs- und Zurückbehaltungszeiträume. Variable Vergütungsbestandteile sind danach jene Bestandteile, deren Gewährung oder Höhe im Ermessen des Kreditinstituts steht oder deren Gewährung vom Eintritt bestimmter Bedingungen abhängig ist.⁴⁵ Bei solchen Bedingungen handelt es sich üblicherweise um die vom betreffenden Mitarbeiter individuell erbrachte Leistung. Hinzu kommt ein mehrjähriger Zahlungsaufschub über wenigstens drei Jahre für mindestens 60% der variablen Vergütung von Geschäftsleitern, um sie am Insolvenzrisiko des Instituts zu beteiligen.⁴⁶ Ergänzt wird dieses Instrumentarium durch Vorgaben für Malus- bzw. Clawback-Regelungen in den Vergütungsvereinbarungen, die sicherstellen sollen, dass die Folgen eines Misserfolgs des Instituts auch von der Geschäftsleitung getragen werden.⁴⁷ Allerdings enthält das Aufsichtsrecht keine näheren Vorgaben zum Verhältnis von fixen zu variablen Vergütungsbestandteilen.⁴⁸

bb) Ausstrahlung auf das allgemeine Unternehmensrecht?

Ein Vergleich der Vorgaben beider Regelungsbereiche zur Zusammensetzung der Vergütung zeigt, dass hier – anders als im Bereich des Risikomanagements – relativ große Nähe bzw. Parallelität besteht. Dies beginnt bei der Tatsache, dass sich das Aufsichtsrecht für seine spezifischen Vergütungsregelungen explizit an den Vorgaben des Aktienrechts orientiert, die selbst im Laufe der Zeit strenger geworden sind. Sowohl das Aktienrecht als auch das Bankaufsichtsrecht sehen in der Vergütungsstruktur und in der Frage der Zusammensetzung der fixen und der variablen Bestandteile ein wesentliches Element der Corporate Governance. In beiden Bereichen bildet die Nachhaltigkeit einen wesentlichen Parameter. Auch hinsichtlich der Instrumente zur Gewährleistung der Nachhaltigkeit (mehrjährige Bemessungsgrundlage, Zahlungsaufschub, Instrumente der Herabsetzung der Vorstandsvergütung zur nachträglichen Sanktionierung) besteht zwischen Aktienrecht und Bankaufsichtsrecht deutliche Übereinstimmung. Umgekehrt ist – anders als im Bereich des Risikomanagements – bei der Zusammensetzung der Vergütung kein fundamentaler Unterschied zu erkennen, der – wie die unterschiedliche Risikogeneignetheit und das korrespondierende Bedürfnis nach systematischem aufsichtsrechtlichem Schutz der Einleger – einer Ausstrahlung entgegenstände.⁴⁹

All dies spricht aus der juristischen Perspektive für eine Vergleichbarkeit der Interessenlage und die Verallgemeinerungsfähigkeit der detaillierten bankaufsichtsrechtlichen Regelungen. Indessen bleibt aus ökonomischer Perspektive die Frage

nach einem möglichen Marktversagen und darüber hinaus die weitere Frage, ob eine Ausstrahlung der bankaufsichtsrechtlichen Regelungen in einem angemessenen Nutzen-Kosten-Verhältnis gegenüber einer eigenen Verschärfung im allgemeinen Unternehmensrecht steht. Nur unter diesen ergänzenden Voraussetzungen würde mithin eine Ausstrahlung des Aufsichtsrechts auf das allgemeine Unternehmensrecht in diesem Bereich in Betracht kommen. Allerdings liegen keine belastbaren Daten vor, die eine abschließende Beurteilung eines potenziellen Vorliegens von Marktversagen ermöglichen würden, sodass dieser Befund auch hier einer freiwilligen Beachtung der strengeren bankaufsichtsrechtlichen Anforderungen zur Vergütungszusammensetzung in Unternehmen außerhalb des Bankaufsichtsrechts nicht entgegensteht.

These 6:

Bei den Anforderungen an das Verhältnis von fixen zu variablen Vergütungsbestandteilen lassen sich auffällige Parallelen zwischen Aufsichtsrecht und Aktienrecht feststellen. Sollte sich hier ein Marktversagen ergeben, könnte dies für eine Ausstrahlung sprechen, sofern dies in einem angemessenen Nutzen-Kosten-Verhältnis gegenüber einer Verschärfung im allgemeinen Unternehmensrecht steht.

c) Überwachung der Vergütungssysteme

aa) Ausgangslage

Das Aktienrecht ist im Bereich der Überwachung der Vergütungssysteme durch den Aufsichtsrat gleich von mehreren im Deutschen Corporate Governance Kodex bisher fest verankerten Grundprinzipien geprägt. So ist allein der Aufsichtsrat für die Vergütung des Vorstands zuständig. Dabei ist Informationsgeber für die Mitglieder des Aufsichtsrats für interne Unternehmensinformationen nur der Vorstand. Hinsichtlich der Bildung von Ausschüssen sowie der Ausschussbesetzungen des Aufsichtsrats ist der Aufsichtsrat grds. frei. Allerdings dürfen Arbeitnehmervertreter nicht wegen dieser Eigenschaft von der Mitgliedschaft in Ausschüssen ausgeschlossen werden. Externe Berater des Aufsichtsrats müssen unabhängig von der Geschäftsleitung mandatiert werden.

Diese Grundsätze werden im Bankaufsichtsrecht deutlich modifiziert und konkretisiert. Hervorzuheben ist neben der Einführung eines Vergütungsbeauftragten⁵⁰ nach der InstitutsVergV insb. auf der Ebene des Aufsichtsrats die gesetzliche Verpflichtung nach § 25d Abs. 12 KWG, einen Vergütungskontrollausschuss zu bilden. Neben anderen Aufgaben überwacht dieser Ausschuss die angemessene Ausgestaltung der Vergütungssysteme der Geschäftsleiter und Mitarbeiter und insb. die angemessene Ausgestaltung der Vergütungen für die Leiter der Risikocontrolling-Funktion und der Compliance-Funktion sowie solcher Mitarbeiter, die einen wesentlichen Einfluss auf das Gesamtrisikoprofil haben. Der Vergütungskontrollausschuss muss zudem besonders die Auswirkungen der Beschlüsse des Aufsichtsrats auf die Risiken und das Risikomanagement des Unternehmens berücksichtigen und dabei den langfristigen Interessen von Anteilseignern, Anlegern, sonstigen Beteiligten und dem öffentlichen Interesse Rechnung tragen (§ 25d Abs. 12 Satz 2 KWG). Mindestens ein Mitglied dieses Ausschusses muss über ausreichend Sachverstand

42 Art. 94 Abs. 1 lit. g (ii) sechster Spiegelstrich CRD IV-Richtlinie.

43 Baseler Ausschuss für Bankenaufsicht, Enhancing CG, 2010, Principle 11; Art. 94 Abs. 1 b) CRD V; § 19 Abs. 3 InstitutsVergV.

44 Vgl. Lackhoff/Kulenkamp, AG 2014 S. 770, mit weiteren Erläuterungen und Vertiefungen.

45 § 2 Abs. 3 InstitutsVergV sowie Erwägungsgrund 64 der CRD IV.

46 § 20 Abs. 2 InstitutsVergV.

47 Art. 94 Abs. 1 lit. n) CRD V; § 5 Abs. 2, § 20 Abs. 5 Satz 1 InstitutsVergV.

48 Thaten, a.a.O. (Fn. 19), S. 288.

49 Anders Thaten, a.a.O. (Fn. 19), S. 305 ff.; zurückhaltend auch Fleischer, in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 87 Rdn. 26.

50 Vgl. dazu Buscher/Hannemann/Wagner/Weigl, a.a.O. (Fn. 34), Kap. 4.4.4, S. 23.

und Berufserfahrung im Bereich Risikomanagement und Risikocontrolling verfügen, insb. im Hinblick auf Mechanismen zur Ausrichtung der Vergütungssysteme an der Gesamtrisikobereitschaft und -strategie und an der Eigenmittelausstattung des Unternehmens. Bei mitbestimmten Unternehmen muss dem Ausschuss mindestens ein Arbeitnehmervertreter angehören (§ 25d Abs. 12 Satz 3 und 4 KWG). Der Ausschuss soll mit dem Risikoausschuss zusammenarbeiten und sich intern z.B. durch das Risikocontrolling und extern von Personen beraten lassen, die unabhängig von der Geschäftsleitung sind (§ 25d Abs. 12 Satz 5 KWG). Schließlich kann der Vorsitzende des Vergütungskontrollausschusses unmittelbar beim Leiter der Internen Revision und bei den Leitern der für die Ausgestaltung der Vergütungssysteme zuständigen Organisationseinheiten Auskünfte einholen. Die Geschäftsleitung muss hierüber unterrichtet werden (§ 25d Abs. 12 Satz 7 und 8 KWG). Die allgemeinen aktienrechtlichen Regelungen werden für Kreditinstitute durch diese umfassenden und detaillierten Vorgaben modifiziert. Die Entscheidung über die Ausgestaltung der Vergütung fällt danach nicht mehr ausschließlich in die Kompetenz des Aufsichtsrats (für den Vorstand) bzw. des Vorstands (für die Mitarbeiter), sondern auch in die Kompetenz der Anteilseigner auf der Hauptversammlung. Darüber hinaus wird ein Stimmverbot für die betroffenen Personen gesetzlich festgelegt.

bb) Ausstrahlung auf das allgemeine Unternehmensrecht?

Fragt man nun nach einer möglichen Ausstrahlung der bankaufsichtsrechtlichen Regelungen zu Überwachung der Vergütungssysteme auf das allgemeine Unternehmensrecht, so fallen zwei Dinge auf:

Erstens ist das Bankaufsichtsrecht hier – wie schon zuvor beim Risikomanagement – sehr deutlich vom Gedanken der Risikoprävention geprägt. So muss der Vergütungskontrollausschuss die Auswirkungen der Vergütungsentscheidungen auf die Risiken und das Risikomanagement des Unternehmens berücksichtigen und dabei insb. wiederum den Interessen auch der dritten Gruppe (Einleger) Rechnung tragen. Mindestens ein Mitglied des Ausschusses muss über Sachverstand und Erfahrung im Bereich Risikomanagement und Risikocontrolling verfügen. Dabei spielt die Gesamtrisikobereitschaft und -strategie des Unternehmens eine zentrale Rolle.

Zweitens sieht das Aufsichtsrecht zum Zweck der Risikoprävention tiefgreifende Eingriffe in das aktienrechtliche Organisations- und Kompetenzgefüge vor. Das gilt zunächst für die Informationsversorgung des Aufsichtsrats und seine Zusammenarbeit mit anderen Teilen des Unternehmens. Und es gilt ebenso für die Zuständigkeit der Anteilseigner: Anders als im Aktienrecht, wo die Mitsprache der Hauptversammlung bei der Vergütungsfestsetzung (*say on pay*) unverbindlich ist (§ 120 Abs. 4 Satz 2 AktG), ist im Bankaufsichtsrecht die Mitsprache der Anteilseigner bzw. Eigentümer des Kreditinstituts nach § 25a Abs. 5 Satz 5 KWG verbindlich.⁵¹

Dies legt nahe, die Frage nach einer Ausstrahlung in ähnlicher Weise zu beantworten wie beim Risikomanagement: Auch bei der Überwachung der Vergütungssysteme wird man nicht von einem Marktversagen im Bereich der Unternehmen außerhalb des Bankensektors ausgehen können. Und ebenso ist zu vermuten, dass eine Ausstrahlung der bankaufsichtsrechtlichen

Anforderungen an die Überwachung der Vergütungssysteme auf sonstige Unternehmen unangemessen wäre. Auch in rechtlicher Hinsicht sprechen die überzeugenderen Gründe gegen eine Ausstrahlung, namentlich das bankspezifische Schutzinteresse der Einleger und das gesetzgeberische Motiv einer adäquaten Regulierung der besonderen Risikoneigung von Kreditinstituten. Aber auch hier bleibt es Unternehmen außerhalb des Bankensektors unbenommen, sich freiwillig an die bankaufsichtsrechtlichen Vorgaben zu halten, insb. dort, wo die Risikoprävention einen vergleichbar herausgehobenen Stellenwert hat wie im Bankbereich.

These 7:

Die Übertragung der spezifischen bankaufsichtsrechtlichen Anforderungen an die Überwachung der Vergütungssysteme auf Unternehmen anderer Branchen scheidet wegen des besonderen Stellenwerts der Risikoprävention bei Banken und der unterschiedlichen Schutzanforderungen (Einleger) aus.

V. Fazit

Die vorstehenden Ausführungen lassen eine undifferenzierte Ausstrahlungswirkung von spezialgesetzlichem Aufsichtsrecht auf das allgemeine Unternehmensrecht als problematisch erscheinen, denn sie verstärkt die allgemeine Tendenz zur Verrechtlichung und zur zunehmenden Regulierung der Unternehmenspraxis und ihr fehlt es vielfach an der hinreichenden Rechtfertigung. Sowohl die Ökonomie als auch die Rechtswissenschaft legen zur Beantwortung der Frage, inwieweit eine Ausstrahlung angezeigt ist, eine zweistufige Vorgehensweise nahe. Dabei können die beiden Ansätze als einander ergänzend und konkretisierend betrachtet und angewendet werden.

Im Vorangehenden wird die Ausstrahlung von spezialgesetzlichen Regelungen des Bankaufsichtsrechts auf das sonstige Unternehmensrecht für drei Teilbereiche untersucht, nämlich für das Risikomanagement, für die Zusammensetzung der Vergütung aus fixen und variablen Bestandteilen und für die Überwachung der Vergütungssysteme. Für das Risikomanagement scheidet eine Übertragung der spezifischen Anforderungen bei Kreditinstituten auf Unternehmen außerhalb der Finanzbranche wegen des unterschiedlichen Stellenwerts des Risikomanagements und auch wegen der unterschiedlichen Schutzanforderungen der betroffenen Interessengruppen aus. Hingegen lassen sich bei den Anforderungen an das Verhältnis von fixen zu variablen Vergütungsbestandteilen auffällige Parallelen zwischen Aufsichtsrecht und Aktienrecht feststellen, was unter den im Vorangehenden genannten Voraussetzungen (Marktversagen, angemessenes Nutzen-Kosten-Verhältnis) für eine Ausstrahlung sprechen könnte. Die Übertragung der spezifischen bankaufsichtsrechtlichen Anforderungen an die Überwachung der Vergütungssysteme auf Unternehmen anderer Branchen scheidet allerdings wiederum wegen des besonderen Stellenwerts der Risikoprävention bei Banken und der unterschiedlichen Schutzanforderungen (Einleger) aus.

Insgesamt kann gezeigt werden, dass ein integrierter Ansatz, der aus ökonomischer Sicht nach möglichem Marktversagen sowie nach dem Nutzen-Kosten-Verhältnis der Ausstrahlung fragt und aus juristischem Blickwinkel die Vergleichbarkeit der Interessenlage bzw. die Verallgemeinerungsfähigkeit der Spezialregelung prüft, zu differenzierenden Ergebnissen gelangt.

51 Ähnlich Thaten, a.a.O. (Fn. 19), S. 297 f., 305 ff.