



Sabine Albrecht

Corporate Governance von Banken

Die Bedeutung des Aufsichtsrechts
und der Aufsichtsbehörden im Rahmen
der Unternehmensführung und –kontrolle
bei Kreditinstituten

§1 Einleitung

I) Aktualität der Thematik

Corporate Governance von Banken ist ein Thema in der „Schusslinie“. In kaum ein anderes Thema ist nach der Finanzkrise so viel Bewegung geraten wie in dieses. Schon zu Beginn der Aufarbeitung der Finanzkrise wird festgestellt, dass das Thema vor „Herausforderungen“ steht.¹ Das „Ringens um eine sinnvolle Corporate Governance“² steht plötzlich im Mittelpunkt der öffentlichen Diskussion. Dies verleitet Fleischer zu dem Ausruf „Corporate Governance ist unser Schicksal“³. Es wird ein Versagen der internen wie auch der externen Aufsicht angeprangert.⁴ Die Vorschläge für Änderungen und gesetzliche Maßnahmen sind ähnlich vielfältig wie die Akteure⁵, die diese Vorschläge hervorbringen. Dabei kristallisiert sich der europäische Gesetzgeber als treibende Kraft bei der Schaffung neuer Regelungen heraus.⁶ Eine Vielzahl von Gesetzesänderungen⁷ – vor allem in Bezug auf Banken – sind in den letzten Jahren zu verzeichnen gewesen, und es ist nicht zu erwarten, dass ein Ende dieser Welle in Sicht ist. Auch Vorschläge, die bisher nicht umgesetzt wurden, verdienen unter dem Aspekt insofern Beachtung, als die Geschichte lehrt, dass, auch wenn sie jetzt noch nicht zum Zuge kommen, die nächste Krise bestimmt kommt und dann vor allem auf alte, nicht umgesetzte Vorschläge zurückgegriffen wird.

Doch bedarf die Diskussion um Corporate Governance bei Banken überhaupt einer speziellen Plattform oder ist dies überflüssig,⁸ da sich keinerlei Unterschiede zu „normalen produzierenden“ Unternehmen der Realwirtschaft ergeben und die dort

1 So *Leyens*, AnwBl 2010, 584, 586; *Möslein*, JZ 2010, 72, 73; siehe auch *van der Elst*, Corporate Governance and Banks: How justified is the match?, p 2.

2 *Hilgard*, in: Bankaufsichtsrecht, 2010, S. 157, 159.

3 *Fleischer*, ZGR 2012, 160.

4 In Bezug auf Versicherungsunternehmen *Louven/Raapke*, VersR 2012, 257ff.

5 Mit dem Thema beschäftigt sich Gesetzgeber, Rechtsprechung, Wissenschaft (interdisziplinär), aber auch die Öffentlichkeit.

6 Siehe hierzu nur *Europäische Kommission*, Grünbuch Corporate Governance in Finanzinstituten und Vergütungspolitik, KOM(2010)284 und sich daran anschließend das „Capital Requirements Directive IV Package“ (CRD IV) Regulierungspaket.

7 Zuletzt Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2013/37/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 (CRD IV – Umsetzungsgesetz) vom 28. August 2013, BGBl. I S. 3395.

8 So noch im Jahresbericht 2006 der Bundesverband öffentlicher Banken Deutschlands kommuniziert mit dem Argument, dass eine Differenzierung nach Branchen zu einer nicht mehr praxistauglichen Zerstückelung führt, siehe *Bundesverband Öffentlicher Banken Deutschlands* (VÖB), Jahresbericht 2006, S. 13; in diese Richtung auch

gefundenen Ergebnisse 1:1 auf Banken ohne jegliche Änderungen übertragen werden können? Für eine gesonderte Betrachtung der Corporate Governance bei Banken könnten die spezielle Regulierung und Aufsicht der Banken sowie deren Bedeutung für das gesamtwirtschaftliche System sprechen.⁹ Dr. Rolf-E. Breuer, (ehemaliger) Sprecher des Vorstands bei der Deutschen Bank AG, sprach sich bei einem Vortrag eher gegen das Bedürfnis einer speziellen Governancediskussion für Banken aus. Demnach sei Corporate Governance für Banken genauso kritisch zu sehen wie bei anderen Unternehmen auch.¹⁰ Einziger Unterschied, den Breuer explizit herausstellte, sei der des Auftragsstimmrechts der Banken und die sich daraus ergebenden Konfliktsituationen.¹¹ Hinzu kommt, dass die Erforschung der Corporate Governance speziell für Banken lange Zeit nicht als attraktiv und notwendig erschien. Schuld daran war die sogenannte Substitutionshypothese.¹² Dieser lag die Überlegung zugrunde, dass es in Branchen, die von staatlicher Seite reguliert werden, weniger Corporate Governance durch „privates“ Handeln gäbe, und zwar aus dem Grund, dass ein weiteres Einschreiten neben der Seite des Staates unwirtschaftlich wäre, da hierdurch die ohnehin schon vorhandenen Überwachungskosten¹³ nur noch vergrößert würden und keinen weiteren Nutzen brächten.¹⁴ In den letzten Jahren hat sich das Interesse an der Corporate Governance von Banken jedoch erheblich gesteigert.¹⁵ Dies ist nicht nur der jüngsten weltweiten Bankenkrise zuzuschreiben, sondern auch der Erkenntnis, dass staatliche Aufsicht nicht unbedingt automatisch auch eine Verbesserung der Corporate Governance im beaufsichtigten Unternehmen bewirkt. Infolgedessen ist ein verstärktes Interesse an diesem Thema vonseiten des Gesetzgebers und auch der Aufsichtsbehörden in den letzten Jahren zu verzeichnen. Die Aufsichtsbehörden haben erkannt, dass sie einer ihrer Aufgaben – nämlich der Erhaltung der Finanzmarktstabilität – besser beikommen können, wenn die beaufsichtigten Institute nicht nur die Liquiditätsvorgaben einhalten, sondern daneben auch ein transparentes und gut ineinander greifendes System von Leitung und Kontrolle aufweisen.

Während eine branchenspezifische Diskussion der Thematik Corporate Governance im angloamerikanischen Rechtsraum schon länger besteht, vor allem im

Kirschbaum, BKR 2006, 139, 141, der jedoch für öffentliche Banken gesonderte Vorgaben fordert.

9 Heremans, Corporate Governance Issues for Banks – A Financial Stability Perspective, 2007, S. 2 abrufbar unter http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1024693.

10 Breuer in: v. Rosen (Hrsg.), Corporate Governance, 2001, S. 18, 28.

11 Breuer in: v. Rosen (Hrsg.), Corporate Governance, 2001, S. 18, 28.

12 Wohlmannstetter, in: Hommelhoff/Hopt/v. Werder, Handbuch Corporate Governance, 2. Aufl., 2009, Köln, S. 905, 916; dazu noch unten § 7 II 1).

13 Zu den „agency costs“ siehe unten § 2 III 7 a) dd).

14 Zu dieser Erkenntnis kommend Shleifer/Vishny, J. Fin. 52 (1997) 737.

15 Hopt, Better Governance of Financial Institutions, 2013, S. 48 abrufbar unter http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2212198##.

Hinblick auf Banken¹⁶, ist diese Entwicklung in Deutschland noch relativ neu.¹⁷ Doch hat die Diskussion angesichts der weltweiten Wirtschafts- und Bankenkrise, die auch Deutschland nicht verschont hat, an Fahrt gewonnen.¹⁸ In einem ersten Schritt wurde zunächst versucht zu klären, ob ein Zusammenhang zwischen der Krise und dem Versagen der Corporate Governance in den Bankinstituten besteht.¹⁹ Als Motor der Diskussion erwies sich die Europäische Kommission, die sich des Themas im Schatten der Krise angenommen hat. So hat sie in einer Mitteilung vom 4. März 2009²⁰ angekündigt, die Mechanismen der Corporate Governance in Banken unter die Lupe zu nehmen und gegebenenfalls Empfehlungen oder auch regulatorische Maßnahmen vorzuschlagen. Dieser Ankündigung folgte im Juni 2010 ein Grünbuch mit dem Titel „Corporate Governance in Finanzinstituten und Vergütungspolitik“. Angeschlossen haben sich verschiedene gesetzliche Maßnahmen. Eine besonders starke gesetzgeberische Aktivität auf nationaler wie auf europäischer Ebene war zunächst im Bereich Vergütung zu verzeichnen.²¹ Das größte europäische Gesetzgebungsverfahren, das auch Regelungen zur Corporate Governance enthielt,

-
- 16 Wegweisend *Ciancanelli / Reyes-Gonzales*, Corporate Governance in Banking: A Conceptual Framework, 2000, abrufbar unter SSRN http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=253714; weiterhin *Levine*, The Corporate Governance of Banks: A Concise Discussion of Concepts and Evidence; World Bank Policy Research Paper No. 3404, September 2004, abrufbar unter http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=625281; *Macey/o'Hara*, The Corporate Governance of Banks, FRBNY Economic Policy Review, April 2003, S. 97–107, abrufbar unter <http://www.newyorkfed.org/research/epr/03v09n1/0304mace.pdf>; *Barth/Caprio/Levine*, Bank Regulation and Supervision: What works best?; World Bank Policy Research Working Paper No. 2725, abrufbar unter http://www.wds.worldbank.org/servlet/WDSContentServer/WDSP/IB/2002/01/17/000094946_01120104231862/Rendered/PDF/multi0page.pdf; in Bezug auf den Aspekt der Vergütung *Bebchuk*, How to fix bankers' pay, Harvard Law School John M. Olin Center Discussion Paper No. 677, abrufbar unter http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1673250.
 - 17 Für eine unternehmensgegenstandsspezifische Corporate Governance auch schon *Schünemann*, VVW 2003, 26, 29.
 - 18 So erkennt auch die Bundesregierung das Bedürfnis einheitlicher Governance-Regeln unabhängig von der Rechtsform an, *Bundesregierung*, Grünbuch Corporate Governance in Finanzinstituten und Vergütungspolitik Stellungnahme der Regierung der Bundesrepublik Deutschland, 01.09.2010, S. 1, abrufbar unter https://circabc.europa.eu/sd/a/7bd8934e-f4c9-41ea-a0c6-05b98a22b7c4/German_Federal_Government_de.pdf; es spiegelt sich auch in der Wissenschaft wider, siehe dazu *Hopt/Wohlmannstetter*, Handbuch Corporate Governance von Banken, 2011.
 - 19 So z.B. *Mülbert*, ZHR 173 (2009), 1–11, der in diesem Beitrag aufgestellten Irrelevanzthese, derzufolge die Banken trotz funktionierender Corporate Governance in die Krise geschlittert sind, mag hier jedoch nicht gefolgt werden.
 - 20 *Europäische Kommission*, Mitteilung für die Frühjahrstagung des Europäischen Rates, Impulse für den Aufschwung in Europa, TEIL 1, KOM 2009(114).
 - 21 Auf nationaler Ebene Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) vom 31. Juli 2009, BGBl. I S. 2509, und die Verordnung über die aufsichtsrechtlichen

war das „Capital Requirements Directive IV Package“, wodurch das Basel III-Rahmenwerk umgesetzt wurde. Das alles spiegelt eine Erkenntnis der letzten Jahre wider. Stabile Banken entstehen nicht alleine durch staatliche Regulierung und Aufsicht. Daneben bedarf es auch einer guten Unternehmensführung und einer Organisation, die die Unternehmensführung hinreichend kontrolliert.²² Des Weiteren ist man in den letzten Jahren zu der Einsicht gelangt, dass Stabilität des Bankensektors alleine durch eine Aufsicht über die Liquidität nicht gewährleistet werden kann, sondern dass es dazu vielmehr einer guten Corporate Governance bedarf, an die zum Teil spezielle Anforderungen zu stellen sind.²³ Die entscheidende Frage, die sich an diese Erkenntnis anschließt, ist die nach einer „Andersartigkeit“ der Corporate Governance bei Banken.²⁴ Um das Bedürfnis einer speziellen Corporate Governance für Banken zu klären, benötigt es Gewissheit darüber, ob und in welchen Punkten sich Banken von anderen Unternehmen unterscheiden. Lassen sich Unterschiede feststellen, bedingt es einer Analyse, ob diese Unterschiede auch Auswirkungen auf die Corporate Governance haben und in welchem Rahmen die Unterschiede Berücksichtigung finden können.

Diese Arbeit hat sich zur Aufgabe gemacht, Andersartigkeiten im Bereich von Banken aufzudecken, die eine gesonderte Betrachtung rechtfertigen oder aber sogar nötig machen. In einem weiteren Schritt ist dann zu klären, inwiefern die Besonderheiten von Banken im Rahmen der Corporate Governance wirken und was daraus für die weitere Ausgestaltung abzuleiten ist. Daneben werden die aktuelle Entwicklung und deren Auswirkung in den Blick genommen. Es geht dabei um die verstärkte Durchwebung des Aufsichtsrechts mit Vorgaben zur Unternehmenssteuerung und -kontrolle und der damit einhergehenden Überwachungsaufgabe der Aufsichtsbehörde. Hier ist vor allem auf die Rolle des Aufsichtsrechts und der Aufsichtsbehörden im Rahmen der Corporate Governance der Banken einzugehen. Aufgrund der zu beobachtenden Entwicklung in den letzten Jahren mit europäischer und nationaler punktueller Regulierung einzelner Themen (zum Beispiel Vergütung, Voraussetzungen an Geschäftsführer und Verwaltungsrat bzw. Aufsichtsratsmitglieder) stellt sich

Anforderungen an Vergütungssysteme von Instituten (Institutsvergütungsverordnung - InstitutsVergV) vom 16. Dezember 2013, BGBl. I S. 4270.

- 22 Heremans, Corporate Governance Issues for Banks – A Financial Stability Perspective, 2007, S. 4ff. abrufbar unter http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1024693; Macey/o'Hara, The Corporate Governance of Banks, FRBNY Economic Policy Review, April 2003, S. 97–107, abrufbar unter <http://www.newyorkfed.org/research/epr/03v09n1/0304mace.pdf>.
- 23 Heremans, Corporate Governance Issues for Banks – A Financial Stability Perspective, 2007, S. 4ff. abrufbar unter http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1024693; Macey/o'Hara, The Corporate Governance of Banks, FRBNY Economic Policy Review, April 2003, S. 97–107, abrufbar unter <http://www.newyorkfed.org/research/epr/03v09n1/0304mace.pdf>.
- 24 Dies mit den Worten „Banks are special, so is governance of financial institutions“ bejahend Hopt, ZIP 2013, 1793, 1795.

die Frage, ob das Konzept „Nachregulierung im Notfall“ wirksam ist oder aber ob es ein besseres Konzept gibt. Darauf aufbauend soll untersucht werden, ob im Bereich der Corporate Governance für Banken (noch) Platz für Selbstregulierung ist und ob sich ein Bankenkodex empfiehlt.

II) Banken, Corporate Governance und die Finanzkrise

Geht man zurück zu den Anfängen der branchenspezifischen Diskussion der Corporate Governance, bestätigt sich die Annahme, dass die Thematik vor allem durch Krisen vorangetrieben wird. Denn als diskussionsauslösendes Ereignis kann die Asienkrise des Jahres 1997 identifiziert werden. Im Nachgang dieser Krise veröffentlichten die ersten Institute ihre individuellen, unternehmenseigenen Kodizes zur Corporate Governance.²⁵

Auch die gegenwärtige Diskussion des Themas ist von einer Krise angestoßen worden. Als Ausgangspunkt der aktuellen Diskussion ist die Finanzkrise, die ihren Ursprung im Jahre 2007 hat und sich von einer Bankenkrise hin zu einer Staatsschuldenkrise entwickelte, zu identifizieren. Da die letzte Krise des Finanz- und Bankenmarkts ein wichtiger Faktor und ein „Nährboden für allerlei regulatorische Initiativen“²⁶ im Rahmen der Diskussion rund um die Corporate Governance ist, soll hier ganz knapp der Verlauf der Finanzkrise skizziert werden.²⁷

Die Anfänge der Krise liegen in den USA und stehen im Zusammenhang mit dem Platzen einer Immobilienblase. Verursacht wurde die Immobilien- und Hypothekenkrise (auch Subprimekrise) durch eine exzessive Immobilienkreditvergabe ohne hinreichende Prüfung der Bonität der Schuldner über viele Jahre hinweg.²⁸ Eine Anhebung der Zinsen führte dann dazu, dass viele Kreditnehmer die Kredite nicht mehr bedienen konnten und mehr und mehr sogenannte „faule“ Kredite entstanden. Dadurch brach der Handel mit strukturierten Papieren, in denen die Kredite verbrieft und verkauft wurden, ein und erschütterte die Finanzmärkte weltweit.²⁹ Denn die strukturierten Wertpapiere wurden global gehandelt, so waren diese Produkte auch in Deutschland lange Zeit gefragte Anlagen. In Deutschland war es im Juli 2007 die IKB, an der sich die Krise als Erstes zeigte.³⁰ Die IKB hatte sich mit Fehlinvestitionen

25 Mülbert, Corporate Governance of Banks after the Financial Crisis, 2010, S. 5, abrufbar unter http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1448118##.

26 Hennrichs, GmbHR 2011, R 257.

27 Ein ausführlicher Bericht findet sich bei *High Level Expert Group on reforming the structure of the EU banking sector*, Final Report, S. 4ff. oder auch bei Kemter, Corporate Governance nach der Finanzkrise, 2013, S. 71ff.

28 Romeike, Die Bankenkrise, S. 4f.

29 Zur Bedeutung von strukturierten Wertpapieren im Rahmen der Krise Grundmann/Hofmann/Möslein in: Grundmann/Hofmann/Möslein, Finanzkrise und Wirtschaftsordnung, S. 1ff.

30 Es folgte eine intensive Aufarbeitung in der Rechtsprechung OLG Düsseldorf, Beschl. v. 9.12.2009 – 6 W 45/09, NJW 2010, 1537; BGH, Beschl. v. 1.3.2010 – II ZB 1/10, NZG

in strukturierte Wertpapiere verspekuliert. Zu diesem Zeitpunkt entwickelte sich die Immobilienkrise zu einer Banken- und Finanzkrise.³¹ Trauriger Höhepunkt der Bankenkrise war der Zusammenbruch der „Lehman Brothers“-Bank im September 2008. In der Folge kam der Interbankenhandel zeitweise nahezu zum Erliegen³² und führte zu einer nachhaltigen Vertrauensstörung unter den Instituten.³³ Zu diesem Zeitpunkt standen die Finanzmärkte und Finanzinstitute weltweit vor dem Zusammenbruch. Ein Blick in die Gläubigerlisten der gefallen Institute bestätigt das, was schon lange vermutet wurde. Banken sind durch gegenseitige Kredite eng miteinander verknüpft³⁴ und in den Gläubigerlisten finden sich dabei auch viele öffentlich-rechtliche und genossenschaftliche Institute, die das ihr anvertraute Geld über Grenzen hinweg an andere Bankinstitute ausgegeben haben. In etlichen Ländern müssen taumelnde Banken von staatlicher Seite gestützt werden (zum Beispiel AIG, Fanny Mae, UBS, Commerzbank), manche werden auch verstaatlicht. So wird auch in Deutschland ein Finanzmarktstabilisierungsfonds (FMStFV) eingerichtet. Diese umfangreichen Finanzspritzen lassen die ohnehin schon hohe Verschuldung einiger Staaten nochmals in die Höhe schnellen. Um der Unruhe unter den „normalen“ Einlegern zu begegnen und um das Vertrauen auszubauen, erfolgten Nachbesserungen an den Einlagensicherungssystemen.

Die Bankenkrise schwappte nach und nach auch auf die Realwirtschaft über. Auch hier kam es zu einigen „spektakulären“ Zusammenbrüchen (zum Beispiel General Motors). Die Realwirtschaft litt vor allem auch darunter, dass die Versorgung mit Krediten bei den Banken schwierig geworden war. Aus der Bankenkrise entwickelte sich in einer zweiten Phase eine Staatsschuldenkrise. Den Beginn markiert hier die Offenbarung Griechenlands hinsichtlich seines desolaten Haushalts und der Bitte um finanzielle Hilfspakete. Das Vertrauen in die Zahlungsfähigkeit und die Wettbewerbsfähigkeit einiger europäischer Staaten trug dadurch schweren Schaden davon. Hiervon war das Bankensystem zwar nicht direkt betroffen, aber indirekt. Denn unter den Gläubigern der Banken befand sich auch eine Vielzahl von Staaten. Dabei war die Höhe der Außenstände der Staaten bei den einzelnen Banken regelmäßig nicht klar festzustellen. Das wiederum befeuerte das gegenseitige Misstrauen der Banken untereinander, bezogen auf die Verflechtung mit den Krisenstaaten.

Um den Ursachen der Krise beizukommen, wurden in verschiedenen Ländern mehrere großangelegte Untersuchungen betrieben, die jeweils in einem Bericht ihre Untersuchungsergebnisse zusammenfassten. Zu nennen sind hier insbesondere der

2010, 347; BGH, Beschl. v. 20.7.2011 – 3 StR 506/10, NZG 2011, 1075; einen Überblick dazu bei Rieder/Holzmann, AG 2011, 265ff.

31 Hellwig, Finanzmarktregulierung, Gutachten E zum 68. Deutschen Juristentag, E 16.

32 Rudolph in: FS Hopt, S. 2407, 2409.

33 Kirchner in: FS Hopt, S. 2095, 2100.

34 *High-level Expert Group on reforming the structure of the EU banking sector* (chaired by Erkki Liikanen), Final Report, 2012, S. 6, abrufbar unter http://ec.europa.eu/internal_market/bank/docs/high-level_expert_group/report_en.pdf.

Walker³⁵ -Report und der *de Larosiere*³⁶ -Report. Zudem hat auch der *Liikanen*³⁷ -Bericht das Thema am Rande aufgegriffen, wenn es auch in diesem Bericht in erster Linie um Strukturreformen und insbesondere die Einführung eines Trennbankensystems geht.³⁸ Die Empfehlungen des *Liikanen*-Berichts wurden auf europäischer Ebene umfangreich im Rahmen der Richtlinie 2013/36/EU³⁹ umgesetzt. Die Untersuchungen förderten zutage, dass es Mängel im Bereich Corporate Governance gab und gibt.⁴⁰ Dabei war man sich einig, dass das Versagen im Bereich Corporate Governance die Finanzkrise nicht unmittelbar verursacht hat, aber dennoch einen Beitrag leistete, indem sie der Krise den Weg „erleichtert“ hat.⁴¹ Auch wenn der konkrete Beitrag

-
- 35 Walker, A Review of Corporate Governance in UK Banks and other financial industry entities – Final recommendations, November 2009, abrufbar unter http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+/http://www.hm-treasury.gov.uk/d/walker_review_261109.pdf; hier wurde geschlussfolgert, dass ein starkes Bedürfnis danach besteht, das Thema Corporate Governance anzugehen („the need is now to bring corporate governance issues close to centre stage“).
 - 36 *High-level Group on Financial Supervision in the EU* (chaired by Jacques de Larosière), Report, 2009, abrufbar unter http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosiere_report_en.pdf.
 - 37 *High-level Expert Group on reforming the structure of the EU banking sector* (chaired by Erkki Liikanen), Final Report, 2012, S. 6, abrufbar unter http://ec.europa.eu/internal_market/bank/docs/high-level_expert_group/report_en.pdf.
 - 38 Die Thematik des Trennbankensystems greift aber auch der *de Larosiere*-Report auf, *High-level Group on Financial Supervision in the EU* (chaired by Jacques de Larosière), Report, 2009, abrufbar unter http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosiere_report_en.pdf.
 - 39 Richtlinie 2013/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen, zur Änderung der Richtlinie 2002/87/EG und zur Aufhebung der Richtlinien 2006/48/EG und 2006/49/EG, ABl. Nr. L 176 S. 338, ber. ABl. Nr. L 208 S. 73.
 - 40 *High-level Group on Financial Supervision in the EU* (chaired by Jacques de Larosière), Report, 2009, S. 32, abrufbar unter http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosiere_report_en.pdf: „The main bank failures have been [...] weak corporate governance“; *Kirchner* in: FS Hopt, S. 2095; kritisch *Mülbert*, der von einem weitgehenden Versagen der Corporate Governance nur dann sprechen möchte, wenn das Versagen auch empirisch belegt ist, *Mülbert*, Corporate Governance of Banks after the Financial Crisis, 2010, S. 27, abrufbar unter http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1448118##.
 - 41 *Europäische Kommission*, Commission Staff Working Document, Corporate Governance in Financial Institutions: Lessons to be drawn from the current financial crisis, best practices, SEC(2010)669, S. 3; *Deutscher Bundestag*, Drucks. 17/3112, S. 3; *Kirkpatrick*, Corporate Governance – Lessons from the Financial Crisis, June 2009, S. 5f., abrufbar unter <http://www.oecd.org/finance/financial-markets/42229620.pdf>; *BaFin*, Jahresbericht der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht 2009, S. 63ff.; darauf abstellend, dass Schwächen der Corporate Governance übermäßige

von Schwächen im Bereich Corporate Governance zur der Finanzkrise nicht genau beziffert werden kann und man sich über ihn auch nicht einig ist, steht doch fest, dass Defizite im Bereich Corporate Governance, zur Anfälligkeit des Finanzsystems beitragen können.⁴² Schwächen im Bereich Corporate Governance werden unter anderem dafür mitverantwortlich gemacht, dass die einzelnen Institute überhöhte Risiken eingegangen sind, angetrieben durch falsche Anreize⁴³, die sich letztlich verwirklicht haben und in die Krise mündeten.⁴⁴ Als größte Schwachstellen innerhalb der Corporate Governance wurden vor allem das Risikomanagement⁴⁵, die Überwachungstätigkeit des Aufsichtsrats bzw. der Aufsichtsorgane⁴⁶ und die Vergütungsstrukturen identifiziert.⁴⁷ Für die Zukunft wird eine breit angelegte, auf allen Ebenen des Unternehmens wirkende Corporate Governance gefordert.⁴⁸ Die Europäische Kommission hat die Reformen im Bereich Corporate Governance gar zu einer „Priorität“ ausgerufen.⁴⁹

Es ist nicht überraschend, dass die Feststellung von Mängeln im Bereich Corporate Governance zum Anlass genommen wurde, gesetzgeberisch aktiv zu werden und Reformen im Bereich Corporate Governance weiter voranzutreiben.⁵⁰ Zunächst konzentrierte sich der Gesetzgeber auf den Aspekt der Vergütung, denn es war ein im Verhältnis einfach zu fassendes Thema, das auch bei der breiten Bevölkerung

Risikoballungen gefördert haben *Europäische Kommission*, KOM(2011)453, S. 3; eine „zentrale Rolle“ absprechend *Möslein*, JZ 2010, 72, 74f.; betonend, dass der Beitrag immer noch fraglich ist *Bachmann*, AG 2011, 181, 185; bejahend im Hinblick auf die Schweiz *Emmenegger/Kurzbein*, GesKR 2010, 462, 474; auf Schwächen auch in der Realwirtschaft hinweisend *Bayer*, NZG 2013, 1.

- 42 *Ciancanelli/Gonzalez*, Corporate Governance in Banking: A Conceptual Framework, 2000, S. 11, abrufbar unter http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=253714; *Kirkpatrick/Lehuedé/Teichmann*, Corporate Governance Lessons from the Financial Crisis, 2012, S. 2, abrufbar unter http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2393978.
- 43 *Paccès*, ECFR 2010, 479, 481 f.
- 44 *Europäische Kommission*, Grünbuch Corporate Governance in Finanzinstituten und Vergütungspolitik, KOM(2010)284; *Deutscher Bundestag*, Drucks. 17/3112, S. 3.
- 45 *CEBS*, Consultation paper on the Guidebook on Internal Governance, 2010, S. 4, abrufbar unter <http://www.eba.europa.eu/documents/10180/105241/CP44v2.pdf>; für die USA *Scott*, Journal of Applied Corporate Finance 22, 22–29 (2010).
- 46 *Deutscher Bundestag*, Drucks. 17/3112, S. 3, *CEBS*, Consultation paper on the Guidebook on Internal Governance, 2010, S. 3 abrufbar unter <http://www.eba.europa.eu/documents/10180/105241/CP44v2.pdf>; *Weber-Rey*, KSzW 2013, 77, 78.
- 47 *Weber*, Kreditwesen 2010, 722; *Weber-Rey*, ZGR 2010, 543, 565.
- 48 Mitteilung der *Europäischen Kommission*, KOM(2010)301, S. 6; für *Mülbert*, ist von den Defiziten der Corporate Governance vor allem die Unternehmung und nicht der Rechtsträger betroffen, *Mülbert*, ZHR 173 (2009), 1, 3.
- 49 *Europäische Kommission*, KOM(2011)453, S. 3.
- 50 *Mülbert*, ZHR 174 (2010), 375f.; ein Bedürfnis für Reformen sieht auch *Leyens*, JZ 2011, 418; *Hemeling*, ZHR 174 (2010) 635, 637; *Bachmann*, AG 2011, 181, 185.

auf Entgegenkommen traf.⁵¹ Bestehende Vergütungssysteme sollen Anreize gesetzt haben, zu hohe Risiken einzugehen, und damit auch zur Finanzkrise beigetragen haben. Auf deutscher Ebene wurde das VorstAG⁵² erlassen, das sich nicht explizit auf Banken, sondern auf Aktiengesellschaften allgemein bezog. Mit dem Gesetz über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an die Vergütungssysteme von Instituten und Versicherungsunternehmen⁵³ vom 27.7.2010 wurde die gesetzliche Grundlage für die Regulierung der Managergehälter der Banken geschaffen. Zur näheren Ausgestaltung der Vergütungssysteme wurde flankierend die Institutsvergütungsverordnung erlassen.⁵⁴ Die Institutsvergütungsverordnung wurde zuletzt im Dezember 2013 geändert, um sie an europäische Vorgaben anzupassen.⁵⁵ Daneben gibt es mittlerweile eine nahezu unüberschaubare Menge an Empfehlungen zur Vergütung von Bankmanagern von unterschiedlichsten Akteuren. Nachdem der Aspekt der Vergütung reguliert und in Gesetzesform gegossen war, wendete sich der Gesetzgeber auch anderen Themen der Corporate Governance zu. Die weitreichendsten Änderungen hat das Aufsichtsrecht unter dem Aspekt der Corporate Governance im Jahr 2013 durch das CRD IV-Umsetzungsgesetz erfahren.⁵⁶ Dadurch hat erstmals eine strafrechtliche Verankerung der Thematik den Weg ins Gesetz gefunden. Denn das Versäumnis zur Etablierung einer umfassenden Geschäftsorganisation wird erstmals mit Strafandrohung versehen, § 54a KWG.⁵⁷

Nun ist in den Fokus der Gesetzgeber nicht nur alleine die Governance der Banken, sondern auch die Corporate Governance der Wirtschaftsunternehmen

51 Auch in der Schweiz wurde zunächst ein Schwerpunkt auf die Vergütung gelegt, siehe dazu *Emmenegger/Kurzbein*, GesKR 2010, 462, 472f.

52 Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) v. 31.7.2009, BGBl. I S. 2509.

53 Gesetz über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an die Vergütungssysteme von Instituten und Versicherungsunternehmen vom 21. Juli 2010, BGBl. I, S. 950.

54 Verordnung über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an Vergütungssysteme von Instituten, BGBl. I, S. 1374.

55 Die Änderung diente der Umsetzung der Richtlinie 2013/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen, zur Änderung der Richtlinie 2002/87/EG und zur Aufhebung der Richtlinien 2006/48/EG und 2006/49/EG (ABl. L 176 vom 27.6.2013, S. 338) sowie der Anpassung des Aufsichtsrechts an die Verordnung (EU) Nr. 575/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über die Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 646/2012 (ABl. L 176 vom 27.6.2013, S. 1).

56 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 v. 28.8.2013, BGBl. I S. 3395.

57 Dazu *Schröder*, WM 2014, 100 ff.; *Cichy/Cziupka/Wiersch*, NZG 2013, 846ff.

im Allgemeinen gerückt.⁵⁸ Dabei besteht die Gefahr, dass es zu einer gefährlichen Vermischung der beiden Ebenen kommt, mit dem Resultat, dass sektorspezifische Phänomene auf die Gesamtwirtschaft übertragen werden und in flächendeckenden Regelungen münden. Im Mittelpunkt der Reformbestrebungen steht das Ziel, zukünftige Krisen zu verhindern oder mindestens abzumildern und so die Kosten für die Allgemeinheit zu reduzieren.⁵⁹ Ob es zum Erreichen dieses Ziels tatsächlich branchenspezifischer und aufsichtsrechtlich verankerter Corporate Governance Vorgaben bedarf, soll diese Bearbeitung klären. Auch wenn die erste Flut an Gesetzgebungsverfahren umgesetzt worden ist und die hitzigsten Diskussionen ein Ende gefunden haben, ist nicht damit zu rechnen, dass das rechtspolitische Interesse an dem Thema Corporate Governance bei Banken in der nächsten Zeit an Aktualität verliert.⁶⁰ Das birgt Gefahren in sich, und zwar die einer Überregulierung und totalen Verrechtlichung der Thematik. Diese Angst wird genährt durch die Äußerung des europäischen Gesetzgebers, dass der unverbindliche Charakter vieler Empfehlungen im Bereich der Corporate Governance eine wirksame Governance Struktur nicht entwickeln konnte und daher zwingende Vorgaben erforderlich sind.⁶¹ Wird der Zustand der Überregulierung und totalen Verrechtlichung einmal erreicht, ist eine Umkehr davon nur noch schwer möglich.⁶²

III) Gang der Untersuchung

Das Thema Corporate Governance ist äußerst vielschichtig, eine umfassende Bearbeitung des Themas ist im Rahmen dieser Arbeit nicht möglich und wird daher auch nicht angestrebt. Die Bearbeitung konzentriert sich auf die Betrachtung des Themas im Hinblick auf branchenspezifisches Aufsichtsrecht und die damit einhergehenden Wirkungen. Dabei soll der Blick nicht auf Institute bestimmter Rechtsformen beschränkt sein⁶³, sondern vielmehr alle Bankinstitute, die das Einlagegeschäft nach § 1 Abs.1 Nr. 1 KWG betreiben, unabhängig von ihrer gesellschaftsrechtlichen Struktur in den Blick nehmen. Im Hinblick auf manche Aspekte muss der Blick speziell auf die Aktiengesellschaft gerichtet werden. Dies ist aber unter anderem darauf zurückzuführen, dass sich die Diskussion am Beispiel der Aktiengesellschaft entwickelt hat und im Hinblick darauf der Forschungsstand am fortgeschrittensten ist. Das ist wiederum darauf zurückzuführen, dass das Thema Corporate Governance vor allem für diese Gesellschaft zuerst relevant wurde, die sich am Kapitalmarkt finanzierten. Am stärksten im Fokus standen dabei die Gesellschaften, die an einer Börse notiert

58 Siehe nur das Grünbuch „Europäischer Corporate Governance Rahmen“ KOM(2011) 164/3 der *Europäischen Kommission*.

59 Rocholl, ZBB 2012, 388, 390.

60 Bachmann, AG 2011, 181, 187.

61 *Europäische Kommission*, KOM(2011)453, S. 22.

62 Hopt, ZHR 175 (2011), 444, 462.

63 Sich auf börsennotierte Banken und Versicherungen beschränkend: Ludwig, Branchenspezifische Wirtschaftsaufsicht und Corporate Governance, 2012.

waren und sind. Da kapitalmarktorientierte Gesellschaften häufig als Aktiengesellschaften organisiert sind, hat sich die Diskussion um Corporate Governance in Deutschland stark auf die Aktiengesellschaft konzentriert.

Die Arbeit beginnt einleitend mit einer Darstellung der wichtigsten Begriffe für die Arbeit: Bank, Gesellschaftsrecht und Aufsichtsrecht sowie Corporate Governance. Während die Begriffe Bank⁶⁴ und Gesellschafts- und Aufsichtsrecht nur einer kurzen Erörterung bedürfen, fallen die Ausführungen zu dem Schlagwort Corporate Governance deutlich ausführlicher aus. Dies ist auch dem Umstand geschuldet, dass es sich um ein relativ junges Forschungsgebiet handelt, dessen Entwicklung Erklärungsbedarf aufwirft. Die Arbeit beschränkt sich nicht auf die Erklärung des Begriffs und der mit ihr untrennbar verbundenen Prinzipal-Agenten-Theorie, sondern geht anschließend detailliert darauf ein, mit welchen Mitteln eine gute Corporate Governance etabliert werden kann. Hier wird insbesondere auch das Nebeneinander von gesetzlichen Regeln und Selbstverpflichtungsmechanismen („soft law“) in Form von Kodizes in den Blick genommen. Nachdem der allgemeine Rahmen der Corporate Governance abgesteckt ist, schließt sich eine vertiefte Tätigkeitsanalyse des Unternehmens Bank an. Um die Strukturen zu verstehen, werden die Besonderheiten, die der Tätigkeit anhaften, und anschließend der gesetzliche Regulierungs- und Aufsichtsrahmen dargelegt, mit denen der Gesetzgeber auf die Eigenheiten der Bankindustrie reagiert.

Um eine Antwort zu der Frage zu finden, ob Banken tatsächlich eine spezielle Corporate Governance benötigen, findet eine Analyse der Prinzipal-Agenten-Beziehungen von Banken unter Berücksichtigung der zuvor herausgearbeiteten Besonderheiten statt. Diese Analyse mündet in § 6 „Quellen zur Corporate Governance von Banken im Überblick“ in einer Darstellung des gesetzlichen Rahmens und der vielen anderen Initiativen verschiedenster Akteure zur Corporate Governance von Banken. Insbesondere die vielfältigen gesetzlichen Änderungen und Vorgaben werden in den Blick genommen und auch das Grünbuch der Europäischen Kommission mit dem Titel Corporate Governance in Finanzinstituten und Vergütungspolitik. Anschließend wird der Frage nachgegangen, die sich anhand des Ergebnisses aus dem vorherigen Kapitel stellt. Es geht um die Auswirkungen, die eine zunehmende Verlagerung der Thematik Corporate Governance in das Aufsichtsrecht hat. Im Zuge dessen wird auch das Verhältnis zwischen Aufsichtsrecht und Corporate Governance in den Blick genommen. Im abschließenden § 8 „Stärkung der Corporate Governance durch ‚soft law‘ – Bankenkodex“ wird untersucht, inwiefern ein branchenspezifischer Corporate Governance Kodex eine Bereicherung für die Fortentwicklung einer guten Unternehmensführung und -kontrolle sein könnte. Dazu werden schon bestehende Bankenkodizes aus den Ländern Irland, Niederlande und Schweiz betrachtet und anschließend überprüft, wie die Einführung eines Bankenkodex in Deutschland sinnvoll gestaltet werden könnte.

64 Vertieft zur Tätigkeit von Banken noch unten § 4 I.