

# Institutsvergütungsverordnung, Versicherungsvergütungsverordnung

Kommentar

Bearbeitet von

Prof. Dr. Georg Annuß, Dr. Andreas Früh, Dr. Andreas Hasse, Dr. Sebastian Sammet, Dr. Michael Schmid

1. Auflage 2016. Buch. XXI, 374 S. In Leinen

ISBN 978 3 406 67463 1

Format (B x L): 12,8 x 19,4 cm

[Recht > Arbeitsrecht > Arbeitsvertrag, Kündigungsschutz, Mutterschutz, Personalwesen](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](http://beck-shop.de) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

nanzkonglomerat vorliegt. Die Auslegungshilfe zu § 27 besagt jedoch, dass die einschlägigen Gruppenbegriffe des KWG, namentlich vor allem § 10a I–III 3 KWG und § 10b III KWG einschlägig sein sollen. Insoweit ist auf die **Definitionen des KWG** zurückzugreifen.

Nach der **Legaldefinition des § 10a I KWG** umfasst eine Gruppe Institutsgruppen, Finanzholding-Gruppen oder gemischte Finanzholding-Gruppen. Über den Gruppenbegriff des § 10a I KWG hinaus erstreckt die InstitutsVergV jedoch den Gruppenbegriff auch auf ein Finanzkonglomerat im Sinne von § 1 XX KWG.

Bei den Regelungen von § 10a KWG handelt es sich um die Festlegung des sog. (bankrechtlichen) **Konsolidierungskreises**. Dieser gibt an, welche Unternehmen Bestandteil einer Instituts- oder Finanzholdinggruppe sind und somit in die Berücksichtigung auf zusammengefasster Basis einzubeziehen sind (→ vgl. *Schwennicke/Auerbach* § 10a Rn. 35). Zur Bestimmung der danach zu berücksichtigenden Unternehmen kann auf die einschlägige Kommentierung hierzu verwiesen werden (→ vgl. beispielsweise *Schwennicke/Auerbach* § 10a Rn. 35ff.).

Offen ist jedoch, ob als nachgeordnete Unternehmen

- nur Institute gelten,
- nur solche Unternehmen, die dem aufsichtsrechtlichen Konsolidierungskreis angehören oder
- alle gesellschaftsrechtlich unmittelbar und mittelbar nachgeordneten Unternehmen.

Schon für die **InstitutsVergV 2010** war diese Frage für die im damaligen § 9 geregelte Frage der zu berücksichtigen Unternehmen **ungeklärt** (→ vgl. *Müller-Bonanni/Mehrens* NZA 2010, 792, Fußnote 7; *BFS/Braun/Wölfgarten* § 25a Rn. 781).

Für eine **Erstreckung nur auf Institute** spricht § 1 I, nach welchem die InstitutsVergV nur für Institute im Sinne von § 1 Ib KWG und § 53 I KWG gilt. Die Regelung des § 53 I KWG kann bei der Prüfung von § 27 unberücksichtigt bleiben. § 53 I regelt die Niederlassung in Deutschland, die gerade keine juristische Person zum Gegenstand hat. § 27 erfordert aber ein Unternehmen mit Sitz in Deutschland, also eine juristische Person nach den Vorschriften des Aktien- oder GmbH-Gesetzes oder einen Unternehmensträger nach den Vorschriften des Handels-, und des bürgerlichen Rechtes, was eine Niederlassung nach § 53 I KWG gerade nicht erfüllt.

Für einen **Anwendungsbereich über Institute hinaus** spricht die Regelung in § 27 III 1 Nr. 1, wonach im Einzelfall ein nachgeordnetes Unternehmen für die Anwendung von § 27 I außer Betracht bleiben kann, wenn es kein Institut ist und keine wesentlichen Leistungen für das übergeordnete Unternehmen erbringt. Wenn von § 27 nur Institute umfasst wären, wäre die Regelung von § 27 III 1 Nr. 1 („kein Institut“) überflüssig. Daher könnte man bei der Definition der vom Gruppenbegriff umfassten Unternehmen auf den Konsolidierungskreis abstellen. Dann wären außer den Instituten auch Kapitalanlagegesellschaften, Finanzunternehmen oder Anbieter von Nebendienstleistungen in den Konsolidierungskreis einbezogen, so dass aus der Regelung von § 27 III 1 Nr. 1 entnommen werden könnte, dass Institute immer zu berücksichtigen sind, andere Unternehmen aber im Einzelfall unter bestimmten Voraussetzungen nicht einbezogen werden müssen. Damit ist klar, dass der Anwendungsbereich des Gruppenbegriffs in § 27 über den Institutsbegriff in § 1 I hinausgeht.

Damit ist aber noch **ungeklärt**, ob nur die **Unternehmen des Konsolidierungskreises oder alle gesellschaftsrechtlich nachgeordneten Unternehmen** in den Gruppenbegriff des § 27 einzubeziehen sind. Für eine Erstreckung nur auf

andere Unternehmen, die dem aufsichtsrechtlichen Konsolidierungskreis angehören, spricht das KWG. Das KWG gilt zwar nicht nur für Institute, allerdings gelten aber auch nicht alle Unternehmen als nachgeordnete Unternehmen im Sinne des § 10a I 3, 4 KWG (vgl. Darstellung der einzubeziehenden nachgeordneten Unternehmen in den aufsichtsrechtlichen Konsolidierungskreis *Schwemmer/Auerbach* § 10a KWG Rn. 56 ff.). Damit wäre der einzubeziehende Kreis gegenüber dem originären Anwendungsbereich der InstitutsVergV zwar erweitert worden, aber noch vom Anwendungsbereich des KWG umfasst.

- 18 Eine **Erweiterung** des Gruppenbegriffs in § 27 auch um diejenigen **Unternehmen**, die **nicht vom aufsichtsrechtlichen Konsolidierungskreis erfasst** werden, ist **abzulehnen**. Zu berücksichtigen ist bei dieser Frage, dass die InstitutsVergV erlassen wurde, da die variablen Gehälter in der Bankenbranche als ein Auslöser für die Finanzmarktkrise angesehen wurde (→ vgl. beispielsweise die Darstellung bei *Annubß* in NZA-Beil. 4/2014, 121). Vor diesem Hintergrund wurden die Vergütungsregelungen in der Finanzindustrie insbesondere mit § 25a KWG streng reglementiert. Das kommt auch in Ziff. 1.3 der „CEBS Guidelines on Remuneration Policies and Practices“ zum Ausdruck, die eine Ersetzung des Geltungsbereiches auch auf Länder außerhalb des EEA Gebietes vorsieht. Hintergrund der CEBS-Regelung war die Unterbindung von Umgehungsversuchen der Beschränkungen der Vergütungsregelungen innerhalb des EEA-Gebietes. Insbesondere soll danach unterbunden werden, dass ein Mitarbeiter nur formal bei einem Offshore-Tochterunternehmen angestellt ist, aber Dienste für ein Institut erbringt, welches in einem EEA Gebiet beheimatet ist. Zwar besteht eine vergleichbare Gefahr, wenn Mitarbeiter formal bei Unternehmen angestellt sind, die nicht dem Konsolidierungskreis angehören, aber Dienste für ein gruppenangehöriges Institut erbringen. Allerdings verzichteten die CEBS-Regelungen gerade auf eine Erweiterung des Unternehmensbegriffs und stellen nur einen erweiterten territorialen Anwendungsbereich her. In diesem Zusammenhang ist auch zu bedenken, dass der Gesetzgeber in Deutschland trotz intensiver Diskussionen über die Vorstandsvergütung keine allgemeine Regelung zur Begrenzung der Höhe der Vergütung, insbesondere für die variablen Anteile bei Vorständen von Aktiengesellschaften vorgenommen hat, sondern es bei Sonderregelungen für den Finanzdienstleistungssektor belassen hat. Die Entscheidung des Gesetzgebers war es daher, gerade keine allgemeine Regelung über die Vergütungshöhe, die Ziele oder die Modalitäten der Auszahlung einer variablen Vergütung vorzunehmen. Dieser Wille des nationalen Gesetzgebers ist bei der Auslegung der InstitutsVergV zu berücksichtigen. Bei einer europarechtlichen Auslegung ist in gleicher Weise zu berücksichtigen, dass die CEBS-Regelungen nur auf eine Erweiterung des räumlichen Geltungsbereiches abstellen, nicht jedoch auf eine Erweiterung des Konsolidierungskreises über Institute hinaus.

- 19 Daher ist davon auszugehen, dass die **InstitutsVergV eine Sonderregelung** für die Institute darstellt und der Geltungsbereich der InstitutsVergV im Rahmen des § 27 **eng auszulegen** ist. Somit ist für den Gruppenbegriff des § 27 InstitutsVergV nur auf den Konsolidierungskreis abzustellen (→ so auch BHWW S. 261, die allerdings diejenigen Unternehmen, die nicht dem Konsolidierungskreis unterfallen, mittelbar über ein gruppenweites Risikomanagement berücksichtigen wollen, siehe BHWW S. 263; aA BFS/Braun/Wolfgarten § 25a Rn. 781, die sich für eine Ersetzung auf alle nachgeordneten Unternehmen aussprechen).

**b) Inlandsbezug der Gruppe, § 27 I.** Nicht ausdrücklich festgelegt ist, dass es sich bei dem übergeordneten Unternehmen um ein deutsches Institut, also ein Institut mit Sitz im Inland handeln muss. 20

Nach § 1 I findet die InstitutsVergV auf Institute nach § 1 Ib KWG Anwendung. Das KWG selbst gilt grundsätzlich nur für deutsche Institute. Zwar definierte § 10a I KWG in seiner früheren Fassung ein „gruppenangehöriges Unternehmen“ noch ausdrücklich als nachgeordnetes Unternehmen eines Instituts mit Sitz im Inland, so dass klar war, dass das übergeordnete Institut seinen Sitz in Deutschland haben musste. Mit dem CRD IV-Umsetzungsgesetz wurde § 10a KWG geändert, um ihn an die Definitionen der CRR (EU-Verordnung Nr. 575/2013) anzupassen. Dabei wurde die Definition des Begriffs „gruppenangehörige Unternehmen“ ersatzlos gestrichen, insbesondere auch der Bezug zu Deutschland als Sitzstaat. Auch die CRR enthält keine Definition des räumlichen Geltungsbereichs. Es ist aber davon auszugehen, dass mit der Änderung des § 10a KWG insoweit keine inhaltliche Änderung beabsichtigt war. Die Institutsgruppe soll nach der aktuellen Fassung des KWG aus einem übergeordneten Institut und einem oder mehreren nachgeordneten Unternehmen bestehen. Da der Anwendungsbereich des KWG sich grundsätzlich auf deutsche Institute beschränkt, ergibt sich bereits aus der Systematik des Gesetzes, dass hiermit das übergeordnete Institut in Deutschland mit seinen nachgeordneten Unternehmen gemeint ist. 21

Daher muss das **übergeordnete Institut** seinen **Sitz in Deutschland** haben. **Nicht erforderlich** ist jedoch, dass das **nachgeordnete Unternehmen** seinerseits seinen **Sitz in Deutschland** hat. Dies ergibt sich klar aus § 27 I 2, wonach für nachgeordnete ausländische Unternehmen ein leicht geänderter Maßstab für die Anforderungen nach § 27 gelten soll. Dies wäre überflüssig, wenn nur nachgeordnete deutsche Unternehmen zu betrachten wären. Auch die Auslegungshilfe zu § 27 lässt klar erkennen, dass die nachgeordneten Unternehmen auch im Ausland sitzen können. Dies entspricht auch der Regelung von Ziff. 1.3 der „CEBS Guidelines on Remuneration Policies and Practices“, die besagen, dass in Gruppen der EEA (European Economic Area) die Vergütungspolitik und deren Anwendung innerhalb aller gruppenangehörigen Institute, insbesondere auch derjenigen in Offshore-Gebieten Anwendung finden soll. 22

## 2. Festlegung einer gruppenweiten Vergütungsstrategie, § 27 I

**a) Inhalt der Festlegung.** Inhaltlich besagt die Regelung, dass eine gruppenweite Vergütungsstrategie etabliert werden muss. § 4 sieht vor, dass das Vergütungssystem eines Instituts einschließlich der Vergütungsstrategie bestimmten Anforderungen zu genügen hat. Nach dieser Lesart beinhaltet die Vergütungsstruktur auch eine Vergütungsstrategie. Die Strategie ist folglich entweder einen Teil des gesamten Systems oder aber die Vergütungsstrategie steht parallel neben dem Vergütungssystem und ist damit etwas anderes als das Vergütungssystem. Damit ist jedoch klar, dass § 27 I von den übergeordneten Unternehmen nicht fordert, ein gruppenweit einheitliches Vergütungssystem zu etablieren, da die Vergütungsstrategie ein Minus bzw. Aliud zum Vergütungssystem darstellt. 23

Weiter **ungeklärt** ist, was **Inhalt der Vergütungsstrategie** ist und was diese umfasst. Unter Strategie versteht man einen genauen Plan für ein Verhalten, das dazu dient, ein Ziel zu erreichen, und in dem man diejenigen Faktoren, die in die eigene Aktion hineinspielen könnten, von vornherein einzukalkulieren versucht. 24

- 25 Damit bedarf es zuvorderst eines Ziels. Dieses Ziel wird von § 27 vorgegeben, indem die gruppenweite Vergütungsstrategie sicherzustellen hat, dass damit die Anforderungen der InstitutsVergV gruppenweit von allen nachgeordneten Unternehmen umgesetzt werden. Damit ergeht an die **Geschäftsleiter des übergeordneten Unternehmens** zunächst der Auftrag, überhaupt eine **gruppenweite Vergütungsstrategie zu entwickeln**, die auch die nachgeordneten Unternehmen mit umfasst. Diese gruppenweite Vergütungsstrategie ist zunächst jedoch nur auf der Ebene des übergeordneten Unternehmens zu entwickeln, da es die Gruppe als eigene Rechtspersönlichkeit, die eine gruppenweite Strategie erstellen könnte, nicht gibt.
- 26 Als **zweiten Schritt** hat dann das übergeordnete Unternehmen zu definieren, welche **Unternehmen** alle von der **gruppenweiten Vergütungsstrategie umfasst** werden. Dies gilt zum einen anhand des oben (→ § 27 Rn. 10–19) erläuterten Gruppenbegriffs für die Frage, welche Unternehmen überhaupt zur Gruppe zählen. Zum anderen auch für die Frage, welche Unternehmen nach § 27 III ausnahmsweise nicht berücksichtigt werden.
- 27 Damit ist noch nichts über die **inhaltliche Ausgestaltung** der Gruppenstrategie gesagt. Auch die InstitutsVergV selbst macht hierzu nicht viele Vorgaben. Daher haben die Geschäftsleiter der übergeordneten Unternehmen grundsätzlich einen **weiten Spielraum**, wie sie sicherstellen wollen, dass auf Gruppenebene die Anforderungen der InstitutsVergV eingehalten werden. Dazu gehören sicherlich an erster Stelle entsprechende Reportingstrukturen, um zum einen sicherzustellen, dass das übergeordnete Unternehmen seine gruppenweite Vergütungsstrategie gegenüber den nachgeordneten Unternehmen kommunizieren kann. Zum anderen kann das übergeordnete Unternehmen dadurch auch in Erfahrung bringen, ob die Anforderungen der InstitutsVergV auch in den nachgeordneten Unternehmen umgesetzt werden. Ferner kann das übergeordnete Unternehmen seinen Verpflichtungen aus § 27 II (Sicherstellung, dass die InstitutsVergV in den nachgeordneten Unternehmen eingehalten werden) und § 27 IV (Gruppenweite Feststellung von Risk-Takern) nur nachkommen, wenn es von den nachgeordneten Unternehmen die dazu notwendigen Informationen erhält.
- 28 Daneben muss die Vergütungsstrategie auch festlegen, **wie die gruppenweite Vergütungsstrategie überprüft und angepasst wird**, da diese nicht statisch ist, sondern sich an die jeweiligen Gegebenheiten anzupassen hat, was in § 12 für die Vergütungssysteme und Vergütungsstrategien der einzelnen Institute zum Ausdruck gebracht wird.
- 29 Die Vergütungsstrategie darf ferner nicht nur das Ziel der Einhaltung der InstitutsVergV beschreiben, sondern muss **auch die Geschäfts- und Risikostrategie berücksichtigen**. Die §§ 4 und 12 sehen für die institutsspezifische Ausrichtung des Vergütungssystems und der Vergütungsstruktur vor, dass sich diese an der Erreichung der Ziele auszurichten hat, die in der Geschäfts- und Risikostrategie niedergelegt ist. Soweit es auf der Ebene des übergeordneten Unternehmens eine gruppenweite Geschäfts- und Risikostrategie gibt, wird man den §§ 4 und 12 den allgemeinen Gedanken zu entnehmen haben, dass sich die gruppenweite Vergütungsstrategie auch daran auszurichten hat.
- 30 Weiterhin ist aufgrund der Regelung in § 27 IV in der gruppenweiten Vergütungsstrategie auch festzuhalten, dass **Risk-Taker in untergeordneten Unternehmen**, die nach § 27 IV als solche identifiziert wurden, von den untergeordneten Unternehmen wie Risk-Taker zu behandeln, insbesondere entsprechend zu vergüteten sind (→ Rn. 51 ff.).

Nicht ausdrücklich in § 27 geregelt ist, ob und in welchem Umfang die Geschäftsleiter des übergeordneten Unternehmens auf die Einhaltung der gruppenweiten Strategie bei den nachgeordneten Unternehmen zu achten haben. Eine vergleichbare Regelung wie bei § 27 II, nach der die Geschäftsleiter des übergeordneten Unternehmens für die Einhaltung der InstitutsVergV bei den nachgeordneten Unternehmen verantwortlich sind, findet sich in § 27 I nicht ausdrücklich. Jedoch wird in § 27 I 2 eine Hinwirkungspflicht des übergeordneten Unternehmens bei nachgeordneten Unternehmen im Ausland statuiert, so dass davon auszugehen ist, dass diese Hinwirkungspflicht erst recht bei nachgeordneten Unternehmen im Inland gelten soll.

**Offen** ist damit noch, ob und in welchem Umfang eine vom übergeordneten Unternehmen entwickelte **gruppenweite Strategie** auf die **nachgeordneten Unternehmen heruntergebrochen** werden muss. Die gruppenweite Strategie ist mangels einer eigenen Rechtspersönlichkeit der Gruppe oder eines Konzerns zunächst auf der Ebene des übergeordneten Unternehmens zu entwickeln und gilt damit zunächst für dieses. Eine Geltung für die nachgeordneten Unternehmen erfordert dann eine aktive Übernahme durch das nachgeordnete Unternehmen, da eine automatische Geltung von Regelungen des übergeordneten Unternehmens für nachgeordnete Unternehmen, auch innerhalb eines Konzernverbundes, nach deutschem Recht nicht möglich ist. Daher bedarf die Geltung bei den nachgeordneten Unternehmen eines Umsetzungsaktes bei diesen. In diesem Zusammenhang kommen dann wieder die allgemeinen Regelungen zur Einflussnahme des übergeordneten Unternehmens auf die nachgeordneten Unternehmen zum Tragen. Im Falle des Bestehens eines Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrages wird man die unbedingte Verpflichtung des übergeordneten Unternehmens annehmen müssen, die gruppenweite Vergütungsstrategie auch bei dem nachgeordneten Unternehmen umzusetzen. Sollte eine solch weitgehende Einflussnahme nicht möglich sein, muss sich das übergeordnete Unternehmen **um eine möglichst effektive Umsetzung** der gruppenweiten Vergütungsstrategie auf die nachgeordneten Unternehmen **bemühen**. Dies sind zuvorderst die bestehenden **gesellschaftsrechtlichen Mittel** aus der Gesellschafterstellung durch entsprechende Beschlüsse in der Gesellschafterversammlung oder Weisungen des Verwaltungs- oder Aufsichtsorgans **im rechtlich zulässigen Maße**.

**b) Umfang der Berücksichtigung von nachgeordneten Unternehmen im Ausland.** Ein **besonderes Spannungsverhältnis** ergibt sich bei der Beteiligung von ausländischen nachgeordneten Unternehmen. Für diese gilt die InstitutsVergV nicht unmittelbar, da der direkte Anwendungsbereich der InstitutsVergV neben den Instituten mit Sitz in Deutschland nach § 1 I iVm §§ 1 Ib, 53 I 53b KWG auf die rechtlich unselbstständigen ausländischen Zweigniederlassungen eines inländischen Instituts sowie die inländischen, rechtlich unselbstständigen Zweigstellen von Instituten mit Sitz in einem ausländischen Staat, der nicht dem Europäischen Wirtschaftsraum zugehörig ist, beschränkt ist. Über die Gruppenregelung des § 27 I (und der Verpflichtung nach § 27 II auf die Einhaltung der InstitutsVergV auch in den nachgeordneten Unternehmen zu achten) wird jedoch die InstitutsVergV nicht nur auf die rechtlich unselbstständigen Zweigniederlassungen deutscher Institute im Ausland, sondern auch auf deren nachgeordnete Unternehmen mit Sitz im Ausland „exportiert“. Dort trifft die mittelbar geltende InstitutsVergV dann auf unmittelbar geltendes nationales Recht, was zu Kollisionen führen kann, soweit das ausländische Recht zwingend ist. Diese Berücksichtigung von Auslandstöchtern und der Gel-

zung der InstitutsVergV auch für diese war der Hauptkritikpunkt der Stellungnahme des Bundesverbandes der Deutschen Kreditwirtschaft vom 27.9.2013. Da diese Kritik in der finalen Fassung der InstitutsVergV jedoch keine Berücksichtigung fand, sind Auslandstöchter bei der Gruppenstrategie grundsätzlich in vollem Umfang zu berücksichtigen.

- 34 Bei **nachgeordneten ausländischen Unternehmen mit strengeren ausländischen Regelungen** als die InstitutsVergV sieht § 27 I 2 vor, dass die gruppenweite Vergütungsstrategie dies zu berücksichtigen und das übergeordnete Unternehmen auf die Einhaltung der strengeren ausländischen Regelungen durch das nachgeordnete Unternehmen hinzuwirken hat.
- 35 Bei gegenüber der InstitutsVergV **weniger strengen ausländischen Regelungen** wird die Problematik bei nachgeordneten ausländischen Unternehmen und der für diese geltenden Regelungen in der Auslegungshilfe zu § 27 angedeutet (allerdings mit Verweis auf § 27 II). Dort wird zu erkennen gegeben, dass es bei der Umsetzung der InstitutsVergV und der gruppenweiten Vergütungsstrategie aufgrund unterschiedlicher Rechtsordnungen zu „Schwierigkeiten“ kommen kann. Nach der Auslegungshilfe sollen in diesem Fall die Regelungen der InstitutsVergV den Mindeststandard vorgeben. Nur wenn die Regelungen anderer Jurisdiktionen der InstitutsVergV explizit widersprechen, soll von der InstitutsVergV abgewichen werden können.
- 36 Offen ist allerdings, in welchem **Umfang** die InstitutsVergV im Rahmen der Gruppenstrategie bei **gegebenenfalls widersprechenden ausländischen Regelungen Geltung beansprucht**. In den seltensten Fällen wird eine vollständige Deckung der deutschen mit den ausländischen Regelungen vorhanden sein. In diesem Fall stellt sich die Frage, ob nur der überlappende Teil der ausländischen Regelung die InstitutsVergV verdrängt wird oder aber der gesamte Regelungsbereich. Beispielsweise sieht § 20 I 1 die Streckung von mindestens 40% der variablen Vergütung über mindestens drei Jahre vor. Wenn nun eine ausländische Rechtsordnung die Streckung von mindestens 50% nur für mindestens zwei Jahre vorsehen würde, stellte sich die Frage, welche Regelung in welchem Umfang anzuwenden ist. Allein die Frage, welche die strengere Regelung ist, ist schwierig zu beantworten und kann nur wertend vorgenommen werden. Aber auch die Rechtsfolge ist unklar: Geltung der kompletten nationalen Regelung oder eine Kombination beider Regelungen mit dem jeweils strengsten Teil der Regelung (dh im Beispiel Streckung von mindestens 50% für mindestens drei Jahre). Einfach ist dies, wenn die ausländische Rechtsnorm zwingend ist, da dieser dann auf jeden Fall Vorrang zukommt. Wenn beispielsweise aus Gründen des Arbeitnehmerschutzes eine Streckung nur auf maximal zwei Jahre möglich ist, scheidet im Beispiel eine Streckung auf drei Jahre aus und es würde bei einer Streckung von 50% auf zwei Jahre verbleiben. Soweit aber die ausländische Rechtsordnung nur die Untergrenze vorgibt, stellt sich die Frage, ob die Regelungen der InstitutsVergV in den Teilbereichen, die im ausländischen Recht unter dem Niveau der InstitutsVergV liegen, beachtet werden müssen. Aus dem Wortlaut und der Systematik der InstitutsVergV lässt sich hierfür nichts ableiten. Ausgehend von der Auslegungshilfe, dass die InstitutsVergV den Mindeststandard vorgeben und nur explizit widerspreche ausländische Regelungen berücksichtigt werden dürfen, wird man von einer weiten Geltung der InstitutsVergV auszugehen haben, so dass in jedem einzelnen Punkt das Niveau der InstitutsVergV zu wahren ist. In dem Beispielsfall würde dies die Verpflichtung zur Streckung von 50% der variablen Vergütung auf drei Jahre bedeuten.

**c) Einzelfallausnahmen, § 27 III.** Im Einzelfall kann ein nachgeordnetes Unternehmen unter den Voraussetzungen des § 27 III bei der gruppenweiten Vergütungsstrategie unberücksichtigt bleiben. Die entsprechenden Tatbestandsmerkmale müssen dabei alle kumulativ vorliegen. 37

Zu beachten ist, dass es sich um eine **Ausnahmevorschrift** handelt und diese damit grundsätzlich eng auszulegen ist. Dies wird auch dadurch zum Ausdruck gebracht, dass § 27 III von dem Einzelfall spricht und das übergeordnete Unternehmen die Einschätzung und die Gründe für die Nichtberücksichtigung schriftlich zu dokumentieren hat. 38

Zunächst darf es sich bei dem **nachgeordneten Unternehmen** nach § 27 III 1 Nr. 1 **nicht um ein Institut** im Sinne von § 1 I handeln. Da wie oben gesehen (→ Rn. 19) der Gruppenbegriff den aufsichtsrechtlichen Konsolidierungskreis erfasst und damit auch Kapitalanlagegesellschaften, Finanzunternehmen oder Anbieter von Nebendienstleistungen in den Gruppenbegriff eingezogen sind, ist der Regelung von § 27 III 1 Nr. 1 zu entnehmen, dass Institute immer bei den nachgeordneten Unternehmen zu berücksichtigen sind. Kapitalanlagegesellschaften, Finanzunternehmen oder Anbieter von Nebendienstleistungen können jedoch im Einzelfall ausscheiden. 39

**Ferner** darf das Unternehmen nach § 27 III 1 Nr. 1 mit dem übergeordneten Unternehmen **nicht** in einer Geschäftsbeziehung stehen, die die **Erbringung von wesentlichen Leistungen für das übergeordnete Unternehmen** darstellt. Die wesentliche Leistung darf vom untergeordneten Unternehmen nicht gegenüber dem übergeordneten Unternehmen erbracht werden, dh es muss sich somit um eine wesentliche Leistung des übergeordneten Unternehmens handeln. Daher ist es unschädlich, wenn das untergeordnete Unternehmen gegenüber einem anderen untergeordneten Unternehmen wesentliche Leistungen erbringt oder die Leistung für das untergeordnete Unternehmen wesentlich ist, nicht jedoch für das übergeordnete. Damit ist jedoch noch nicht geklärt, wann eine wesentliche Leistung für das übergeordnete Unternehmen vorliegt. Eine Legaldefinition der wesentlichen Leistung wird in der InstitutsVergV nicht vorgenommen. Auch die Auslegungshilfe gibt keine näheren Erläuterungen hierzu. Selbst das KWG kennt keine Legaldefinition der wesentlichen Leistung. In § 25b I 1 KWG geht es um die Auslagerung von Aktivitäten und Prozessen, die für die Durchführung von Bankgeschäften wesentlich sind. Da Anknüpfungspunkt für die wesentliche Leistung jedoch das übergeordnete Unternehmen ist, muss es sich um dessen Leistungen handeln. Daher spricht viel dafür, die Definition entsprechend § 25b I 1 KWG vorzunehmen. 40

Als weiteres Merkmal zur Nichtberücksichtigung von nachgeordneten Unternehmen sieht § 27 III 1 Nr. 1 vor, dass die **InstitutsVergV** aufgrund der Geschäftstätigkeit des nachgeordneten Unternehmens **nicht sinnvoll auf dieses anwendbar** sein darf. Kriterien hierfür finden sich jedoch weder in der InstitutsVergV noch in der Auslegungshilfe. Durch das Abstellen auf die Geschäftstätigkeit wird man wohl Unternehmen von bestimmten Branchen ausnehmen können, bei denen üblicherweise eine andere, von der InstitutsVergV abweichende Vergütungssystematik vorherrscht, beispielsweise die ausschließliche Zahlung von Festgehältern, wie es beispielsweise bei Tochterunternehmen der Fall sein dürfte, die einfache Dienstleistungen wie die Reinigung oder den Betrieb einer Kantine erbringen. Vom Sinn und Zweck der InstitutsVergV wird man auch solche Unternehmen vom Anwendungsbereich ausnehmen können, bei denen keine großen nachlaufenden Risiken eintreten können. Nicht zu berücksichtigen sind daher beispielsweise: 41

- Unternehmen, bei denen keine oder nur eine sehr geringe variable Vergütung gezahlt wird;
- Unternehmen, bei denen keine zeitlich nachgelagerten signifikanten Risiken eintreten können;

42 Zuletzt darf die Geschäftstätigkeit des nachgeordneten Unternehmens **nur einen geringen oder keinen Einfluss auf das Gesamtrisikoprofil der Gruppe** haben. Dies ähnelt der Regelung von § 18 I 1 für die Bestimmung von Risk-Takern, weshalb grundsätzlich auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden kann (→ § 18 Rn. 6ff.). Im Gegensatz zu § 18 I 1 muss statt eines wesentlichen Einflusses kein oder nur ein geringer Einfluss auf das Gesamtrisikoprofil vorhanden sein. Ferner kommt es auf das Gesamtrisikoprofil der Gruppe und nicht auf das eines bedeutenden Instituts an.

### 3. Verantwortlichkeit für die Einhaltung der Anforderungen bei den nachgeordneten Unternehmen, § 27 II

43 Die Regelung hat im Wesentlichen den bisher in § 9 InstitutsVergV 2010 formulierten Inhalt. Danach ist das übergeordnete Unternehmen für die Einhaltung der InstitutsVergV in den nachgeordneten Unternehmen verantwortlich.

44 Hinsichtlich des zu berücksichtigenden Kreises der nachgeordneten Unternehmen kann auf die Ausführungen zu § 27 I verwiesen werden (→ Rn. 10–19). Nicht berücksichtigt werden müssen ferner nach § 27 II diejenigen nachgeordneten Unternehmen, für die entweder

- § 25 des Versicherungsaufsichtsgesetzes in Verbindung mit der Versicherungsvergütungsverordnung oder Art. 275 Solvency II-VO gilt oder für die
- § 37 des Kapitalanlagegesetzbuches in Verbindung mit Anlage II der Richtlinie 2011/61/EU vom 8.6.2011 gilt.

45 Ferner bleiben nach § 27 II 2 die Regelungen von § 25 I 4 des Gesetzes zur zusätzlichen Aufsicht über beaufsichtigte Unternehmen eines Finanzkonglomerats und § 64b III des Versicherungsaufsichtsgesetzes unberührt.

46 Inhalt der Regelung ist die Verantwortlichkeit der Geschäftsleiter des übergeordneten Unternehmens für die Einhaltung der Anforderungen der InstitutsVergV in den nachgeordneten Unternehmen.

47 Eine direkte Geltung der InstitutsVergV besteht nach § 1 I nur gegenüber deutschen Instituten. Bei diesen tritt daher die Verantwortung der Geschäftsleiter des übergeordneten Instituts neben die unmittelbare Verantwortung des Geschäftsleiters des nachgeordneten Instituts nach § 3 I.

48 Keine direkte Geltung erlangt die InstitutsVergV für nachgeordnete deutsche Unternehmen, die zwar dem Konsolidierungskreis angehören, aber kein Institut sind. Gleiches gilt für alle nachgeordneten ausländischen Unternehmen, die dem Konsolidierungskreis angehören. Bei diesen erlangt die InstitutsVergV nur mittelbar über die Regelung des § 27 I Geltung, indem die gruppenweite Vergütungsstrategie die Geltung der InstitutsVergV für alle nachgeordneten Unternehmen sicherstellen soll. Daher war auch schon zu § 9 InstitutsVergV 2010, der noch keine gruppenweite Vergütungsstrategie kannte, die vorherrschende Meinung, dass die InstitutsVergV für alle nachgeordneten Unternehmen zumindest des Konsolidierungskreises gilt (→ vgl. beispielsweise *BFS/Braun/Wolfgarten* § 25a KWG Rn. 778).

49 Die Verantwortlichkeit des Geschäftsleiters des übergeordneten Unternehmens für die Einhaltung der InstitutsVergV in den nachgeordneten Unternehmen gilt jedoch nicht grenzenlos. Entsprechend § 25a Ia 2 KWG findet die Möglichkeit der