

Corporate Governance von Banken

ZHR 173 (2009) 1–11

In den Jahren vor der Finanzmarktkrise war die Corporate Governance von Banken zunehmend ins Blickfeld gerückt. Weltweit bekannten sich börsennotierte, aber auch andere Banken mit vielfach ganz ähnlichen Formulierungen selbstverpflichtend dazu, einer guten Corporate Governance einen hohen Stellenwert einzuräumen,¹ und veröffentlichten entsprechende Corporate Governance-Kodizes² bzw. Corporate Governance-Grundsätze. Die Bankaufsichtsbehörden ihrerseits wurden vor allem in Gestalt des *Basler Ausschusses für Bankenaufsicht* tätig. Dieser veröffentlichte im Jahre 1999 und sodann in revidierter Fassung im Februar 2006 die als Hilfestellung für Bankaufsichtsbehörden und beaufsichtigte Banken konzipierte Leitlinie „Enhancing Corporate Governance for Banking Organizations“³; einzelne nationale Bankaufsichtsbehörden haben in der Zwischenzeit sogar diesbezügliche Rechtsakte erlassen⁴. Die Weltbankgruppe schließlich war ebenfalls ziemlich aktiv. Ausgehend von der Basler Leitlinie hat die Weltbank seit 2005 eine Bank Corporate Governance-Methodik entwickelt, um den rechtlichen und regulatorischen Rahmen für die Corporate Governance von Banken in zahlreichen Staaten zu erfassen. Dagegen konzentriert sich die zur Weltbankgruppe gehörende *International Finance Corporation (IFC)* auf die Corporate Governance individueller Finanzinstitutionen, indem sie über eine etwaige Investition in ein Ins-

1 Siehe nur die Präambel der Corporate Governance-Grundsätze der *BayernLB* (abrufbar unter <http://www.bayernlb.de/internet/de/meta/BayernLB/corpgov/corpgov.html?downloadOID=2789>).

2 Siehe etwa den Public Corporate Governance Kodex der *NRW.Bank* (abrufbar unter http://www.nrwbank.de/de/corporate-site/wir-ueber-uns/corporate_governance/index.html).

3 Basler Ausschuss für Bankenaufsicht (Hrsg.), *Enhancing Corporate Governance for Banking Organizations*, Neufassung 2006.

4 Für die Schweiz siehe das Rundschreiben der Eidg. Bankenkommission (Hrsg.): *Überwachung und interne Kontrolle* v. 27. 9. 2006, EBK-RS 06/06 (abrufbar unter <http://www.ebk.admin.ch/d/regulier/rundsch/index.html>); dazu *Zufferey*, ZSR 126 (2007) I, 235 ff.; für Italien siehe Banca d'Italia (Hrsg.), *Supervisory Provisions concerning banks' organization and corporate governance*, Dekret v. 4. 3. 2008 (abrufbar unter <http://www.bancaditalia.it/vigilanza/banche/normativa/disposizioni/provv>); dazu *Costi/Vella*, *Banche, governo societario e funzioni di vigilanza*, *Quaderni di Ricerca Giuridica* No. 62, 2008 (abrufbar unter http://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/quarigi/qrg62/qrg_62).

titut nicht zuletzt auf der Basis einer ausgefeilten Corporate Governance-due diligence entscheidet.⁵

Seit dem Ausbruch der Finanzmarktkrise findet die Corporate Governance von Banken kaum noch Erwähnung. Zwar hat die *UBS* im Jahre 2008 ihre Corporate Governance-Strukturen modernisiert, indem insbesondere eine klare Aufgabentrennung zwischen Verwaltungsrat und operativem Management und die neue Position eines *Senior Independent Directors* eingeführt wurde.⁶ In den allermeisten Berichten, Dokumenten und Erklärungen des Jahres 2008, die sich mit den Ursachen der Finanzmarkturbulenzen und den hieraus abzuleitenden Lehren und Regulierungsempfehlungen beschäftigen, kommt das Stichwort „Corporate Governance (der Banken)“ hingegen nicht einmal vor. Das gilt gleichermaßen für die Empfehlungen der (US-amerikanischen) *President's Working Group on Financial Markets*⁷, die nahezu zeitgleichen Berichte des *Financial Stability Forum (FSF)*⁸ und des *Internationalen Währungsfonds*⁹, den Abschlussbericht des *Institute of International Finance (IIF)*¹⁰, den Bericht der *G-20 Study Group*¹¹, die Washingtoner Erklärung der G-20 mit dem „Action Plan to implement Principles for Reform“¹², das Jahresgutachten 2008/09 des *Sachverständigenrats*¹³ sowie schließlich das vom *Bundesverband deutscher Banken* vorgelegte Posi-

5 Nähere Informationen hierzu sind abrufbar unter http://www.ifc.org/ifcext/corporategovernance.nsf/Content/CGTools_FinancialInstitutions.

6 Siehe dazu UBS Investor Releases v. 1. 7. 2008 (abrufbar unter <http://www.ubs.com/1/g/investors/releases?newsId=144612>).

7 The President's Working Group on Financial Markets (Hrsg.), Policy Statement on Financial Markets, March 2008 (abrufbar unter http://www.ustreas.gov/press/releases/reports/pwgpolicystatemktturmoil_03122008.pdf).

8 Financial Stability Forum (Hrsg.), Report of the Financial Stability Forum on Enhancing Market and Institutional Resilience, v. 7. 4. 2008 (abrufbar unter http://www.fsforum.org/list/fsf_publications/from_01012006/index.htm).

9 International Monetary Fund (Hrsg.), The Recent Financial Turmoil: Initial Assessment, Policy Lessons, and Implications for Fund Surveillance, v. 9. 4. 2008 (abrufbar unter <http://www.imf.org/external/np/pp/eng/2008/040908.pdf>).

10 Institute of International Finance (Hrsg.), Final Report of the IIF Committee on Market Best Practices: Principles of Conduct and Best Practices Recommendations, July 2008 (abrufbar unter www.iif.com/download.php?id=Osk8Cwl08yw).

11 G-20 Study Group (Hrsg.), Report on Global Credit Market Disruptions, October 2008 (abrufbar unter <http://www.g20.org/G20/>).

12 G-20 Declaration of the Summit in Financial Markets and the World Economy, v. 15. 11. 2008 (abrufbar unter <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2008/11/20081115-1.html>).

13 Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung (Hrsg.), Die Finanzkrise meistern: Wachstumskräfte stärken, Jahresgutachten 2008/09, S. 116 ff. (abrufbar unter <http://www.sachverstaendigenrat-wirtschaft.de/gutacht/ga-content.php?gaid=53>).

tionspapier¹⁴. Der Bericht der *Senior Supervisors Group* erwähnt zwar ausdrücklich, dass die in dieser Gruppe zusammengeschlossenen Bankaufsichtsbehörden mit den Banken auch über das Funktionieren von Kernelementen der Corporate Governance gesprochen hätten, ohne jedoch im Folgenden hierauf nochmals zurückzukommen.¹⁵

Die allseitige Nichterwähnung der Corporate Governance erscheint zunächst wenig überraschend, wenn man sich die gängigen Erklärungsfaktoren für die besondere Rolle der Banken in der Finanzmarktkrise – von die Markt-turbulenzen (mit)auslösenden Haupttätern zu ersten Hauptopfern dieser Turbulenzen – vor Augen hält:

- unzureichende Erfassung der besonderen Risiken komplexer strukturierter Produkte, teils gepaart mit einem unkritischen Verlassen auf die Bewertung von Ratingagenturen,
- unzureichendes Risikomanagement,
- unzureichendes Management von Liquiditätsrisiken,
- überzogener Risikoappetit,
- Kurzfristdenken, auch in Form von Vergütungsmodellen, die kurzfristige Erfolge unabhängig vom langfristigen Risiko für die Bank prämierten,¹⁶ sowie, damit einhergehend,
- Gier der handelnden (Investment-)Banker.

Danach resultiert die besondere Rolle der Banken aus Fehlleistungen bei der Unternehmensführung durch das Topmanagement (Vorstand etc.), nicht aus Mängeln bei der arbeitsteiligen Unternehmensführung und -kontrolle durch Vorstand (executive directors) und Aufsichtsrat (Verwaltungsrat/Board) oder aus einer mangelhaften Kontrolle durch Märkte und deren Akteure. Ins Allgemeine gewendet handelt es sich im Wesentlichen um Probleme der internen Governance der Unternehmung, nicht um solche der internen Corporate Governance des Rechtsträgers oder gar der (markt)externen Corporate Governance¹⁷. Auf den Punkt gebracht liegt ein systemisches Versagen der bei Banken praktizierten Unternehmensführung vor, nicht ein Versagen der Corporate Governance von Banken.

14 Bundesverband deutscher Banken (Hrsg.), Lehren aus den Finanzmarkt-turbulenzen, v. 7. 4. 2008 (abrufbar <http://www.bankenverband.de/bankenverband/pressezentrum/channel/10141710/index.html>).

15 Senior Supervisors Group (Hrsg.), Observations on Risk Management Practices during the Recent Market Turbulences, 6. 3. 2008 (abrufbar unter <http://www.newyorkfed.org/newsevents/news/banking/2008/rp080306.html>).

16 Plastisch *Strenger*, BörsenZ, v. 19. 4. 2008, Nr. 76 S. 8: mit der Belohnung von Verkäufern, Händlern und Stukturieren komplexer Produkte durch einen festen Prozentsatz des errechneten Bruttoertrags führten diese Mitarbeiter trotz ihrer Zugehörigkeit zu großen Adressen ihre Geschäfte quasi auf eigene Rechnung.

17 Zur Unterscheidung von interner und externer Corporate Governance siehe nur *Hopt* in: Hofmann/Koslowski/Lütge (Hrsg.), Wirtschaftsethik der Globalisierung, 2005, S. 81, 83 f.

Die durchaus apologetisch wirkende¹⁸ Irrelevanzthese, wonach sich der Bankensektor trotz bzw. mit einer funktionierenden Corporate Governance in eine von ihm selbst ausgelöste existentielle Krise gebracht hat, dürften manche Experten auf dem Gebiet der Corporate Governance eher skeptisch sehen.¹⁹ Denn das selbstverständliche Minimalziel einer guten Corporate Governance – und dies gilt über alle Branchen hinweg – geht doch dahin, von den Leitungs- und Aufsichtsorganen durch eigene Entscheidungen verursachte, d. h. nicht auf exogenen Schocks beruhende Existenzgefährdungen des Unternehmens zu verhindern. Hiervon ausgehend ist entweder die Irrelevanzthese unzutreffend, weil die Corporate Governance bei Banken eben doch breitflächig versagt hat, oder aber – gleichermaßen ernüchternd – liegt in den Finanzmarkt-turbulenzen ein impliziter Beleg dafür, dass sich von dritter Seite gesetzte industrieweite Fehlanreize, etwa in Form der Zinspolitik der Zentralbanken oder Steuerungsmaßnahmen der öffentlichen Hand (Steuern, Subventionen, Aufsichtsrecht etc.), auch durch eine gute Corporate Governance bei der Unternehmenssteuerung und -kontrolle nur unzureichend kompensieren lassen.

Aber auch aus Sicht der Bankaufsichtsbehörden muss die Irrelevanzthese beunruhigen. Diese haben nach eigenem Bekunden ein hohes Interesse an der Corporate Governance der Banken, welches der vom *Basler Ausschuss* vorgelegte Leitfaden wie folgt motiviert: Die Beachtung der Grundsätze ordnungsmäßiger Unternehmensführung und -organisation seien Kernelemente für effiziente und effektive bankinterne Kontrollsysteme, trügen zum Schutze der Einleger bei und – wohl von besonderem Gewicht – würden den Bankaufsichtsbehörden ein größeres Vertrauen auf die bankinternen Kontrollsysteme erlauben.²⁰ Dementsprechend postuliert der Leitfaden acht Prinzipien, ausgeformt in präzisere Standards, einer guten Corporate Governance von Banken und befasst sich hierbei – über das tradierte Verständnis von Corporate Governance hinausgehend – gleichermaßen mit der unternehmungsbezogenen internen Governance und der rechtsträgerbezogenen internen Corporate Governance von Banken bzw., in geläufigeren (betriebswirtschaftlichen) Kategorien, mit den Grundsätzen der ordnungsmäßigen Unternehmensführung und Organisation der Unternehmung einerseits und der Unternehmensverfassung des Rechtsträgers andererseits. Dieses umfängliche Ausgreifen des Bankaufsichtsrechts auf den Bereich der Corporate Governance würde mit der Irrelevanzthese in Frage gestellt. Kann die Corporate Governance nicht die erhoff-

18 Vgl. etwa Bundesverband deutscher Banken (Hrsg.), *Banken* 2008, S. 24 ff. (abrufbar unter <https://www.bankenverband.de/broschueren/index.asp?channel=10241010#b>).

19 Siehe etwa *v. Rosen*, *BörsenZ*, v. 25. 11. 2008, Nr. 228, S. 10 (in der Finanzkrise sei „viel Corporate Governance-Porzellan“ zerschlagen worden); auch *Strenger*, *Krise der Finanzmärkte: nicht allein bessere Governance nötig*, *BörsenZ*, v. 19. 4. 2008, Nr. 76, S. 8.

20 *Basler Ausschuss* (Fn. 3), Tz. 18.

te Unterstützung bei der Bankenaufsicht leisten, besteht auch keine Rechtfertigung für einen extensiven Zugriff des Bankaufsichtsrechts auf diesen Bereich.

Zur sachlichen Richtigkeit der Irrelevanzthese muss es vorliegend bei einigen kursorischen Bemerkungen bewenden. Die These, dies ist vorab klarzustellen, stellt keineswegs in Abrede, dass die Corporate Governance bei einigen oder sogar vielen Banken mehr oder minder schwerwiegende Mängel aufwies. Vielmehr geht es ihr im Kern darum, dass die Finanzmarkturbulenzen nicht durch das breitflächige Versagen der Corporate Governance bei (fast) allen von der Krise betroffenen Banken, sondern primär durch die von Seiten der Zentralbanken, der Bankaufsichtsbehörden und der öffentlichen Hand gesetzten wirtschaftlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen bedingt sind. Dass ein solches breitflächiges Versagen vorlag, erscheint trotz bekannter Mängel bei einigen Instituten – für Deutschland mag man hierfür etwa an die *IKB*, die *Hypo Real Estate* und die *SachsenLB*, für die Schweiz an die *UBS*²¹ und für die USA etwa an die *Citigroup*²² denken – derzeit eher unwahrscheinlich. Andererseits ist mit der zunehmenden juristischen Aufarbeitung der von der Subprime-Krise ausgelösten Verwerfungen bei Banken realistischerweise zu erwarten, dass auch immer mehr Defizite der Corporate Governance bei immer mehr Banken bekannt werden. Dies gilt insbesondere dann, wenn man die Corporate Governance von Banken im Sinne des *Basler Ausschusses* extensiv versteht und hierin auch die interne Governance, also die internen Strukturen und Praktiken der Unternehmung Bank einbezieht.

Was im Besonderen eine ungenügende Kontrolle der Unternehmenstätigkeit durch den Aufsichtsrat (Verwaltungsrat, Board) anbelangt, insbesondere eine ungenügende Beschäftigung mit den Eigenheiten und Risiken des rasch zu einer Hauptertragsquelle werdenden sog. Kreditersatzgeschäfts, ist aus wirtschaftlicher – nicht notwendig aus juristischer – Sicht zu bedenken, dass angesichts der Gegebenheiten am Markt und der allgemeinen, selbst von den allermeisten Aufsichtsbehörden (Ausnahme: Spanien) geteilten Einschätzung, richtiger: Unterschätzung der Risiken, die auch mit einem Top-Rating ausgestatteten strukturierten Produkten anhaften, sich die Geschäftstätigkeit der betroffenen Institute auch bei einer näheren Beschäftigung des Aufsichtsrats mit diesem Geschäftsfeld nicht geändert hätte.

Was schließlich die verbreitet als eine zentrale Krisenursache angesehenen Vergütungssysteme und insbesondere deren Kurzfristorientierung angeht, liegt das Kernproblem nicht bei den Vergütungsstrukturen auf der Ebene der Vorstände, sondern bei den hochvariablen Vergütungsmodellen für die Mitar-

21 Instrukтив etwa UBS (Hrsg.), Shareholder Report on UBS's Write-Downs, v. 18. 4. 2008 (abrufbar unter www.ubs.com/1/ShowMedia/investors/shareholderreport?contentId=140333&name=080418ShareholderReport.pdf); ferner oben im Text bei Fn. 6.

22 Instrukтив *Dash/Creswell*, Citigroup Saw No Red Flags Even as It Made Bolder Bets, *The New York Times*, v. 23. 11. 2008 (abrufbar unter <http://www.nytimes.com/2008/11/23/business/23citi.html>).

beiter vor allem im Bereich des Investmentbanking. Gleichwohl rechnet auch dieser Problemkomplex zum Thema Corporate Governance. Der Vorstand hat als ein zentrales Element der Geschäftspolitik diejenigen Vergütungsstrukturen und -systeme zumindest für das obere Management festzulegen, mit denen zur Realisierung des geplanten Geschäftsmodells geeignete Mitarbeiter gewonnen, motiviert und gehalten werden können. Sodann gehört es zu den zentralen Aufgaben des Vorstands, die für den Bestand der Unternehmung wesentlichen Risiken zu identifizieren und Maßnahmen zur Bewältigung dieser Risiken zu treffen, und eines der zentralen Bestandsrisiken liegt bei Banken in einem ungeeigneten, weil zur Eingehung überhöhter Risiken bzw. nicht risikoadäquat vergüteter Geschäfte incentivierenden Vergütungsmodell. Schließlich hat die starke Ertragsabhängigkeit vor allem der internationalen Großbanken mit einem starken Investmentbankingbereich von einer Reihe hoch bezahlter Investmentbanker – bei einem Institut sollen zeitweise mehr als 200 Mitarbeiter unter Berücksichtigung der Boni ein höheres Gehalt als der Vorstandschef erhalten haben – eine Machtverschiebung bei der Unternehmensführung und -kontrolle weg von den rechtlich hierzu berufenen Gesellschaftsorganen hin zum oberen Management zur Folge; eine bei einzelnen Instituten durch entsprechende Committee-Strukturen auch nach außen transparent werdende Verlagerung mit klarer Corporate Governance-Relevanz.

Sieht man die Vergütungssysteme, und insbesondere deren Kurzfristorientierung, als eine wesentliche Ursache für die Finanzmarkturbulenzen an, gehört mithin auch die Corporate Governance von Banken mit zu den Krisenursachen – auch wenn dies nur selten explizit formuliert wird. Eine ganz andere Frage ist freilich, ob Vorstände und Aufsichtsräte diese Defizite in Gestalt deformierter Vergütungsstrukturen und Leitungsstrukturen hätten vermeiden können oder ob die Rahmenbedingungen, etwa der von Private Equity Fonds und Hedgefonds ausgehende Wettbewerbsdruck im Kampf um die besten Köpfe, die Durchsetzung von auf Langfristigkeit angelegten Vergütungsmodellen verhindert hätte. In diesem skeptischen Vorbehalt liegt letztlich eine Variante der obigen Beobachtung, dass auch eine gute Corporate Governance die von dritter Seite gesetzten industrieweiten Fehlanreize nicht zu kompensieren vermag. Die von einer weitestgehend unregulierten Branche – Private Equity, Hedgefonds – ausgehende Sogwirkung verhinderte schon im Ausgangspunkt, dass sich (Investment-)Banken bei der Gestaltung ihrer Vergütungssysteme an Standards einer guten Corporate Governance orientierten.

Dies führt zur Frage nach den Lehren auch aus der Finanzkrise für eine gute Corporate Governance von Banken.²³ Die erforderlichen Voraussetzungen und Rahmenbedingungen hierfür zu schaffen, wird über die aktuellen Turbu-

23 Kursorisch und mit starker Betonung der internen Governance auch CRMPG III (Hrsg.), *Containing Systemic Risk: The Road to Reform*, 6. 8. 2008, S. 9f., 71 ff. (abrufbar unter <http://www.crmgroup.org/>).

lenzen hinaus ein wichtiges Anliegen bleiben. Zwar werden hierdurch auch künftig solche Systemkrisen des Bankensektors nicht zu verhindern sein, die ihre Ursachen in industrieweiten Fehlanreizen haben. Immerhin verringert sich aber die Wahrscheinlichkeit für Schieflagen einzelner Institute auf Grund von individuellen Mängeln ihrer Corporate Governance. In diesem Zusammenhang sei auch daran erinnert, dass der Siegeszug der Corporate Governance-Bewegung in diesem Jahrzehnt sich maßgeblich der Reaktion auf individuelle Defizite und Versäumnisse bei einzelnen Unternehmen, etwa *Enron*, *Worldcom*, *Adelphia*, verdankt, nicht der Existenzkrise einer ganzen Branche.

Bleibt eine gute Corporate Governance von Banken ein wichtiges Anliegen auch für die Zeit nach der Finanzmarktkrise, werden hierfür zunächst die Besonderheiten von Banken gegenüber sonstigen Wirtschaftsunternehmen zu identifizieren und sodann zu fragen sein, inwieweit das Recht, und gegebenenfalls mit welchen Mechanismen, eine gute Corporate Governance von Banken zu fördern und zu befestigen vermag.

Was zunächst die Besonderheiten von Banken anbelangt, werden immer wieder die folgenden Punkte genannt:²⁴

- höheres Liquiditätsrisiko, weil höherer Leverage mit hohem Anteil kurzfristiger Verbindlichkeiten,
- höheres „Ansteckungsrisiko“ aufgrund intensiver Inter-Banken-Geschäftsaktivitäten,
- erhöhte Bedeutung des Risikomanagements für die Ertragslage,
- geringere finanzielle Transparenz, insbesondere auch schwierigere Bewertung der Aktiva wie der Passiva und damit auch der Ertrags-Risikoposition des Unternehmens,
- größere Möglichkeiten, das Ertrags-Risiko-Profil kurzfristig – und für andere Kapitalmarktteilnehmer schwerer erkennbar – zu verändern,
- höhere gesamtwirtschaftliche Bedeutung aufgrund ihrer Allokationsfunktion, und
- hohe Regulierungsdichte ihrer Geschäftstätigkeit.

Hieraus abzuleitenden Regelungsbedarf für die Corporate Governance von Banken zeigt der bereits erwähnte Leitfaden des *Basler Ausschusses für Ban-*

24 Siehe auch *Heremans*, Corporate Governance Issues for Banks: A Financial Stability Perspective, Working Paper 2007, S. 3 ff. (abrufbar unter http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1024693); *Devriese/Dewatripont/Heremans/Ngyuen*, Corporate Governance, regulation and supervision of banks in: National Bank of Belgium Financial Stability Review 2004, S. 95, 98 (abrufbar unter: http://www.nbb.be/pub/06_00_00_00_00/06_03_00_00_00/06_03_02_00_00/FSR_2004_0602.htm?l=en); *Levine*, The Corporate Governance of Banks: A Concise Discussion of Concepts and Evidence, World Bank Policy Research Working Paper 3404, S. 2f. (abrufbar unter http://www-wds.worldbank.org/servlet/main?menuPK=6418_7510&pagePK=64193027&piPK=64187937&theSitePK=523679&entityID=000012009_20041008124126).

*kenaufsicht: Enhancing Corporate Governance for Banking Organisations*²⁵. Die acht Grundsätze und diese konkretisierende Standards verweisen mit klar bankaufsichtsrechtlichem Fokus für die Rollen der Aktionäre und Abschlussprüfer im Wesentlichen auf das Umfeld und konzentrieren sich abgesehen vom Transparenzgrundsatz (Nr. 7) und zwei auch das senior management adressierende Grundsätze (Nr. 5, 8) auf Anforderungen an den Board, wobei es vor allem um dessen Rolle bei der Festsetzung und Kontrolle der Unternehmensstrategie und der Compliance sowie des Risikomanagements und des Risikocontrolling geht. Die Mitglieder des Board sollen die Qualifikation und Fähigkeiten für ihre Aufgabe mitbringen (Nr. 1), die strategischen Ziele und Wertvorstellungen (corporate values) der Bank klarstellen und sie in der ganzen Bank kommunizieren und überwachen (Nr. 2), klare Verantwortlichkeitslinien durch die ganze Bank hinweg schaffen und durchsetzen (Nr. 3) sowie für eine angemessene Überwachung des senior management sorgen (Nr. 4). Vorstand, Aufsichtsrat und senior management sollen sich der Arbeit der internen Revision (internal audit function), der externen Abschlussprüfer und der internen Kontrolle (internal control function) bedienen (Nr. 5). Grundsatz 6 behandelt die Vergütungspolitik und -praxis, und Grundsatz 8 betont die Wichtigkeit des Durchblicks durch die operationelle Struktur der Bank bzw. des Bankkonzerns („know your structure“), vor allem auch bei Tätigkeit der Bank in Ländern und bei Geschäften, in denen die Transparenz zu kurz kommt.

Misst man hieran das geltende deutsche Aktien- und Bankaufsichtsrecht, bleibt dieses freilich nur vereinzelt hinter den Wunschvorstellungen der im *Basler Ausschuss* versammelten Bankaufsichtsbehörden zurück.²⁶ Was die Anforderungen an die interne Governance, etwa die Ausgestaltung der internen Kontrollverfahren sowie die Aufgaben und Stellung der Internen Revision anbelangt, dürfte dieser Befund sogar für alle EU/EWR-Mitgliedstaaten gelten. § 25 a Abs. 1 KWG²⁷ mit seiner Konkretisierung durch die „Mindestanforde-

25 Dazu etwa *Mülbert*, BKR 2006, 349; *Hopt*, FS Nobbe, 2009 (im Erscheinen); knapper auch *Große/Boos*, WM 2006, 1177 ff.

26 Näher dazu *Hopt* (Fn. 25), III.

27 § 25 a Abs. 1 KWG lautet im hier besonders interessierenden Teil wie folgt: ¹„Ein Institut muss über eine ordnungsgemäße Geschäftsorganisation verfügen, die die Einhaltung der vom Institut zu beachtenden gesetzlichen Bestimmungen und der betriebswirtschaftlichen Notwendigkeiten gewährleistet. ²Die in § 1 Abs. 2 S. 1 bezeichneten Personen sind für die ordnungsgemäße Geschäftsorganisation des Instituts verantwortlich. ³Eine ordnungsgemäße Geschäftsorganisation umfasst insbesondere ein angemessenes und wirksames Risikomanagement, das
1. auf der Grundlage von Verfahren zur Ermittlung und Sicherstellung der Risikotragfähigkeit die Festlegung von Strategien sowie die Einrichtung interner Kontrollverfahren mit einem internen Kontrollsystem und einer internen Revision beinhaltet, wobei das interne Kontrollsystem insbesondere
a. aufbau- und ablauforganisatorische Regelungen mit klarer Abgrenzung der Verantwortungsbereiche und

rungen an das Risikomanagement“ (MaRisk),²⁸ die die *BaFin* mit Rundschreiben 5/2007 nebst vier Anlagen veröffentlicht hat,²⁹ beruht nämlich auf der Eigenmittelrichtlinie (Capital Requirements Directive, CRD),³⁰ welche ihrerseits die vom *Basler Ausschuss* in der 2. Säule des revidierten Eigenkapitalakkords („Basel II“)³¹ vorgesehenen detaillierteren Anforderungen an Risikomanagement und -kontrolle übernahm. Aus dieser Genese erklärt sich zugleich, dass die nur im Leitfaden des *Basler Ausschusses*,³² nicht aber in Basel II ausdrücklich hervorgehobene Compliance-Funktion in § 25 a Abs. 1 KWG keine Erwähnung findet, sondern lediglich für Wertpapierdienstleistungsunternehmen durch den vom Finanzmarkttrichtlinie-Umsetzungsgesetz geschaffenen § 33 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 WpHG³³ vorgeschrieben wird (sog. Wertpapiercompliance). Gleichwohl sind Banken auch über den Bereich der Wertpapierdienstleistungen und die besonderen Compliance-Felder der §§ 25 c ff. KWG hinaus nach § 25 a Abs. 1 Nr. 1 KWG ganz allgemein zu einer das Risiko minimierenden Compliance verpflichtet.

Kann als Zwischenbefund festgehalten werden, dass weitere Verbesserungen der Corporate Governance von Banken keine zusätzlichen Rechtsvorschriften, sondern die zweckgerechte Befolgung des existierenden Regelungsrahmens erfordern, gilt dies erst recht für die etwa von *Josef Ackermann* vortragene Anregung „[d]ie Aufsicht sollte das Recht und die Pflicht haben, die Geschäftsmodelle von Banken zu überprüfen“.³⁴ Die bei der Schaffung der MaRisk hiergegen etwa vom *Bundesverband deutscher Banken (BdB)* vortragenen grundsätzlichen Bedenken³⁵ haben durch die Finanzmarkturbulzen nicht an Richtigkeit verloren, mag sich auch die (säulenübergreifende) Konkurrenzlage nunmehr anders darstellen.

b. Prozesse zur Identifizierung, Beurteilung, Steuerung sowie Überwachung und Kommunikation der Risiken entsprechend den in Anhang V der Bankenrichtlinie niedergelegten Kriterien umfasst; ...“

28 Zu den inhaltlichen Anforderungen an das Risikomonitoring und -controlling etwa *Sethe*, ZBB 2007, 421, 424 ff.; *Binder* in: Romeike (Hrsg.), *Rechtliche Grundlagen des Risikomanagements*, 2008, S. 133, 159 ff.

29 Abrufbar unter http://www.bafin.de/cln_116/nn_722552/DE/Unternehmen/BankenFinanzdienstleister/Risikomanagement/risikomanagement.html?__nnn=true.

30 Zur Umsetzung deren Internal Governance-Vorgaben aus österreichischer Perspektive *Gapp*, ÖBA 2007, 169 ff.

31 Basler Ausschuss für Bankenaufsicht (Hrsg.), *International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards: A Revised Framework (updated Version)*, November 2005; ders. (Hrsg.), *Internationale Konvergenz der Eigenkapitalmessung und der Eigenkapitalanforderungen: Überarbeitete Rahmenvereinbarung*, Juni 2004.

32 Basler Ausschuss (Fn. 3), Tz. 42.

33 Dazu etwa *Röh*, BB 2008, 398 ff.

34 Siehe FAZ, v. 18. 11. 2008, Nr. 270, S. 13.

35 Siehe *Schwirten/Zattler*, *Die Bank* 10/2005, S. 52, 53 f.

Es bleibt das Thema Vergütungsstrukturen und -systeme. Der Leitfaden des Basler Ausschusses formuliert hierzu Grundsatz 6 „The board should ensure that compensation policies and practices are consistent with the bank's corporate culture, long-term objectives and strategy, and control environment“ und detailliert diesen anhand von vier Standards. Die Warnung vor rein volumenabhängigen oder/und lediglich kurze Erfolgsperioden heranziehenden Vergütungssystemen wird ergänzt durch die konkrete Vorgabe, dass erfolgsabhängige Vergütungen für hochrangige Mitarbeiter nicht übermäßig von kurzfristigen Erfolgsparametern, etwa kurzfristigen Handelsgewinnen abhängen sollten, und dass die Vergütungsmodelle für hochrangige Mitarbeiter auch vom Aufsichtsrat zu billigen seien.³⁶ Nähere Konturierungen dieser gesunden Menschenverstand³⁷ entsprechenden Regeln für die Vergütungsgestaltung hat insbesondere das *Institut of International Finance* in der Form von sieben näher erläuterten Verhaltensprinzipien vorgelegt.³⁸

Die praktische Erprobung vernünftiger Vergütungsstrukturen haben als erste die Schweizer Großbanken in Angriff genommen und im Grundansatz und erst recht im Detail sehr unterschiedlich ausgestaltete Bonus-Malus-Systeme vorgestellt. Die *UBS* wird ihr Modell freilich erst im Laufe des Jahres 2009 auf die Ebene(n) unterhalb der Konzernleitung und auf einzelne als Risk-Takers bezeichnete Individuen anwenden.³⁹ Das Modell der *Credit Suisse* betrifft dagegen bis zu 2000 Führungskräfte im Bereich des Investmentbanking, allerdings (zunächst?) beschränkt auf deren Boni für 2008. Als Bonus wird eine Beteiligung an einem Pool von Subprime-Papieren (*Partner Asset Facility, PAF*) übertragen. In der Sache handelt es sich daher eher um die nachträgliche Einführung einer Malus-Komponente, wobei die Höhe dieses Malus stark davon abhängt, zu welchen Werten die Papiere an die *PAF* übertragen werden. Da auch nicht im Subprime-Geschäft tätige Mitarbeiter des Investmentbanking einbezogen werden und die Betroffenen praktisch keinen Einfluss auf die Wertentwicklung des Asset-Pools haben, ist dieses Modell auf einige Kritik gestoßen.⁴⁰

So vernünftig solche Bonus-Malus-Modelle auch sein mögen, bleibt doch zu bedenken, dass sich nicht alles durchsetzen lässt, was vernünftig erscheint. Für die Mitarbeiter wirken alle Vergütungsmodelle risikoerhöhend, die die endgültige Höhe des Bonus von länger- bzw. langfristigen Entwicklungen ab-

36 Basler Ausschuss (Fn. 3), Tz. 44, 47 und 45.

37 Eine Wiederbelebung des gesunden Menschenverstands zur Genesung des Bankgeschäfts propagieren *Schneider/Peltzer*, *BörsenZ*, v. 19. 11. 2008, Nr. 224, S. 4.

38 IIF (Hrsg.) (Fn. 10), S. 49 ff.

39 Siehe *UBS* (Hrsg.), Bericht zur Vergütung, v. 17. 11. 2008, S. 4, 11 f. (abrufbar unter <http://www.ubs.com/1/e/investors/compensationreport.html>).

40 Siehe etwa *Riecke*, Neues Bonussystem für Schweizer Banker in: *Handelsblatt* (elektronische Ausgabe), v. 23. 12. 2008 (abrufbar unter: <http://www.handelsblatt.com/unternehmen/banken-versicherungen/neues-bonussystem-fuer-schweizer-banken,2114212>).

hängig machen.⁴¹ Aus ihrer Sicht muss die Bank das von ihnen übernommene zusätzliche Risiko vergüten, und das gilt erst recht, wenn sie auf die weitere Entwicklung nur begrenzten oder, wie etwa im Falle des Ausscheidens, überhaupt keinen Einfluss nehmen können. Können oder wollen Banken diese Erhöhung nicht tragen, hängt die Durchsetzbarkeit solcher Modelle im Wettbewerb letztlich davon ab, ob die Betroffenen attraktive Alternativen haben. Insofern könnte das Schrumpfen der bislang unregulierten Konkurrenten um Investmentbanking-Talente – Hedgefonds und Private Equity – den Banken jedenfalls auf Sicht der nächsten sechs bis zwölf Monate zu Hilfe kommen.

Andernfalls drohen gesetzgeberische Maßnahmen über die bestehenden⁴² Maßnahmen im Zusammenhang mit den staatlichen Rettungspaketen hinaus. Hierbei sollte der Gesetzgeber dann freilich davon absehen, irgendwelche notwendig arbiträren Obergrenzen für die Mitarbeitervergütung – und dies möglicherweise sogar noch auf den Finanzsektor begrenzt – vorzusehen. Sachgerecht ist insoweit allein eine Stärkung der externen Corporate Governance von Banken, indem diese zur detaillierten Offenlegung der von ihnen eingesetzten Vergütungssysteme und der damit verbundenen Anreizwirkungen im Bankgeschäft verpflichtet werden.⁴³ Der von der *UBS* vorgelegte Bericht zur Vergütung mit der Darstellung des neuen Vergütungsmodells schafft hierfür einen ersten Marktstandard.

Peter O. Mülbert

41 Hierzu gehört im Ausgangspunkt auch die zunehmend befürwortete Lösung, einen substantiellen Vergütungsbestandteil in langfristig zu haltenden Aktien zu gewähren. Freilich lässt sich der damit verbundene Malus-Effekt durch den Einsatz von Derivaten neutralisieren.

42 Z.B. § 10 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetz (FMStFG) i.V.m. § 5 Abs. 2 Nr. 3, 4 (Finanzmarktstabilisierungsfonds-Verordnung (FMStFV)); für die Schweiz siehe die Ankündigung der Bundesrates bezüglich der Beteiligung an einer Pflichtwandelanleihe der *UBS* v. 16. 10. 2008 (abrufbar unter <http://www.efd.admin.ch/00468/index.html?msg-id=22019>); für die FSA und das FSF siehe die Ankündigungen bei *Huertas*, Containment and Cure: Some Perspectives on the Current Crisis, ILF Working Paper Series No. 96, 2008, S. 8.

43 Ebenso *Franke/Krahnen*, The Future of Securitization, CFS Working Paper No. 2008/31, S. 33 (abrufbar unter <http://www.ifk-cfs.de/index.php?id=1462>).