

68. Deutscher Juristentag 2010 Berlin, Abt. Wirtschaftsrecht

Referat

von Professor Dr. Gregor *Bachmann*, Berlin*

- A. Finanzmarkt und Regulierung
 - I. Zum Thema
 - II. Regulierungsgrundsätze
 - 1. Keine Überregulierung
 - 2. Internationale Abstimmung
 - 3. Legitimation der Normgebung
- B. Corporate Governance der Banken
 - I. Bankspezifische Corporate-Governance
 - 1. Keine Verschärfung der allgemeinen Governance
 - 2. Banken-Kodex?
 - II. Spezielle Governance-Fragen
 - 1. Aufsichts- bzw. Verwaltungsrat
 - 2. Risikomanagement und Compliance
 - 3. Vergütung
 - 4. Haftung
- C. Restrukturierung und Reorganisation („Banken-Insolvenz“)
 - I. Das neue Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz
 - II. Die Übertragungsanordnung (§§ 48a ff. KWG-E)
 - III. Weiterer Handlungsbedarf?
 - 1. Direktbeteiligung am notleidenden Kreditinstitut?
 - 2. „Rettungsübernahme“ als ultima ratio
 - 3. „Banken-Testament“
- D. Thesen und Empfehlungen

A. Finanzmarkt und Regulierung

I. Zum Thema

Heute Morgen hat die zivilrechtliche Abteilung ihre Arbeit aufgenommen, die sich mit der Frage beschäftigt: „Ist unser Erbrecht noch zeitgemäß?“. Das Gutachten beginnt mit dem Befund, dass das fünfte Buch des BGB mit wenigen Ausnahmen noch die Gestalt hat, die ihm seine Redakteure vor über hundert Jahren gegeben haben.

Für das Bankrecht lässt sich das nicht sagen. Das KWG wird derzeit so oft geändert, das man nie sicher ist, überhaupt noch die aktuelle Textfassung in Händen zu halten. Den Referenten stellt das vor gewisse Schwierigkeiten. Von ihm werden Vorschläge erwartet, welche Regelungen wir noch benötigen (und solche werde ich auch liefern). Er muss sich jedoch an vielen Stellen mit der Mahnung bescheiden, erst einmal *abzuwarten*, wie die gerade erst geschaffenen Instrumente wirken werden.

* Die Vortragsform wurde beibehalten. Die Nachweise streben keine Vollständigkeit an.

Die zweite Herausforderung besteht in der *überbordenden Themenfülle*. Ich werde viele Fragen – einschließlich des gesamten Komplexes Anlegerschutz¹ – daher ganz ausklammern (müssen) und mich auf drei Bereiche beschränken: Allgemeine Regulierungsfragen, Corporate Governance und Restrukturierung. Ich beginne mit dem ersten.

II. Regulierungsgrundsätze

1. Keine Überregulierung

Finanzmarktregulierung war und ist oft krisengetrieben.² Das muss so sein, weil meist erst „Unfälle“ die vorhandenen Regulierungslücken aufdecken. Allerdings neigt kriseninduzierte Regelsetzung zu Überreaktionen, wie das Beispiel des US-amerikanischen Sarbanes-Oxley-Acts zeigt.³ Zudem lehrt die Erfahrung, dass eine einmal etablierte Regelung (ebenso wie eine einmal eingeführte Steuer) kaum je wieder abgeschafft wird.

Schon vor der Finanzkrise hat das Finanzmarktrecht eine Regelungsdichte erreicht, die selbst für Experten kaum durchschaubar ist und gewaltige Compliance-Kosten verursacht.⁴ Klagen sind daher nicht nur von den betroffenen Unternehmen, sondern auch von Beratern, Prüfern, Wissenschaftlern, ja sogar aus den Aufsichtsbehörden zu hören.⁵ Ein Kollege hat das – unter Anspielung auf Theodor Storms kleinen Häwelmann – mit folgendem Dialog karikiert: „Hast Du immer noch nicht genug?“, fragt der Mond. „Nein!“, ruft der Gesetzgeber, „Mehr, mehr, und vor allem komplizierter!“.⁶

Bei allem, was wir heute und morgen diskutieren, sollten wir daher immer auch den Rechtsanwender im Auge behalten und uns fragen, wo es *wirklich* neuer Gesetze bedarf. Auch oh-

¹ Die der Abteilung vorgelegten *Thesen zum Anlegerschutz* konnten aus Zeitgründen leider nicht behandelt werden. Sie lauteten: (1) Eine staatliche Kontrolle von Finanzprodukten ist prinzipiell abzulehnen; (2) Der Gedanke einer Produktinformation („Beipackzettel“) ist sinnvoll. Allerdings muss die Haftung für fehlerhafte „Beipackzettel“ begrenzt sein; (3) Das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG) muss ausgebaut werden. Zu fordern sind namentlich die Einbeziehung (vor-)vertraglicher Schadensersatzansprüche, die Möglichkeit einer „einfachen“ Teilnahme am Musterverfahren und die Erleichterung der gütlichen Streitbeilegung durch Mustervergleich. Vgl. dazu etwa *Spindler*, AG 2010, 601, 608, 611 f.; *Schwintowski*, in: Grundmann/Hofmann/Möslein (Hrsg.), *Finanzkrise und Wirtschaftsordnung*, 2009, S. 41, 52 f. Speziell zur Reform des KapMuG *Halfmeier/Rott/Feess*, *Kollektiver Rechtsschutz im Kapitalmarktrecht*, 2010.

² Vgl. dazu den historischen Übriss bei *Fischer*, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, *KWG*, 3. Aufl. 2009, Einf KWG Rn. 1 ff.; zuletzt *Hopt*, NZG 2009, 1401, 1402.

³ Vgl. nur *Hopt*, NZG 2009, 1401, 1402; *Windbichler*, JZ 2008, 840; ausf. *Fleischer*, FS *Priester*, 2007, S. 75 ff.

⁴ Zu diesen rechnen nicht nur die unmittelbaren Kosten (etwa für den Compliance-Beauftragten), sondern auch die mittelbaren wie die Verlangsamung innerbetrieblicher Abläufe oder die Kosten für externe Prüfung und behördliche Überwachung.

⁵ Vgl. nur *Fischer* (Fn. 2), Einf KWG, Rn. 60j („technokratischer Regulierungswettlauf“, der „gesetzgeberische Monster“ produziere); *Dreyling*, *Der Konzern* 2005, 1 („regulatorischer Overkill“); weitere Zitate bei *Bachmann*, ZHR 172 (2008), 597, 532. S. auch FAZ v. 2.2.2010: „Banken fürchten die Politik – Angst vor staatlichen Eingriffen und Überregulierung“.

⁶ *Casper*, Ad Legendum 1/2010, S. 1

ne das explizit zu beschließen, wollen wir vom Gesetzgeber erwarten, nach dem Ende des jetzigen „Regulierungsfeuerwerks“ zur Konsolidierung zu schreiten.⁷

2. Internationale Kongruenz

Das alles lässt sich natürlich nicht allein auf nationaler Ebene bewerkstelligen. Zu den am wenigsten streitigen Thesen dürfte daher die Empfehlung gehören, auf allen Ebenen eine *verstärkte internationale Abstimmung* zu suchen. Nationale Alleingänge sollten dabei – wo immer möglich – ebenso vermieden werden wie ein „gold plating“ von Richtlinien.⁸

3. Legitimation der Normgebung

Ein heikles Thema ist die Legitimation von Normen, namentlich der von internationalen Gremien beschlossenen (z.B. Baseler Ausschuss).⁹ Der Gutachter *Höfling* empfiehlt hier eine völkerrechtliche Absicherung, die innerstaatliche Ausgestaltung der Mitwirkungs- und Vertretungsbefugnis sowie prozedurale Mindeststandards als Rezeptionsvoraussetzung.¹⁰ Dem ist grundsätzlich beizupflichten. Allerdings dürfen dabei keine überzogenen Maßstäbe angelegt werden, weil sonst die Gefahr droht, dass die entscheidenden Weichen ohne deutsche Beteiligung gestellt werden – womit uns auch nicht gedient ist.

Unbedenklich ist dagegen die Mitwirkung *privater Experten* an der Erstellung von Gesetzesentwürfen, die in der Finanzkrise z.T. in die Kritik geriet.¹¹ Soweit diese von standesrechtlich gebundener Seite erbracht wird, das Vergaberecht Beachtung findet und die Federführung in ministerialer Hand verbleibt, ist dagegen aus meiner Sicht ebenso wenig zu erinnern wie gegen die Beiziehung sonstiger externer Dienstleister.

B. Corporate Governance der Banken

Vorab: Wenn ich mich im Folgenden eingehender mit der Corporate Governance der Banken beschäftige, so geschieht dies *nicht* deshalb, weil ich mangelhafte Corporate Governance für die Hauptursache der Bankenkrise halte, sondern weil dieser Themenkreis aus Platzgründen in den Gutachten allenfalls angerissen werden konnte und wir – Vorsitzende, Gutachter und Referenten - uns deshalb entschieden haben, ihn in ein Referat „auszulagern“.

Die Schwerpunktsetzung hat aber auch sachliche Gründe, denn auf internationaler Ebene ist mangelhafte Corporate Governance für die Finanzkrise jedenfalls mitverantwortlich gemacht

⁷ Vgl. dazu auch die Untersuchung der Level 3-Arbeitsgruppe, s. dazu *BaFin-Jahresbericht 2009*, S. 65.

⁸ Vgl. dazu FAZ v. 16.11.2009: „EU-Richtlinien einfach übernehmen“.

⁹ Dazu nur *Buck-Heeb/Dieckmann*, Selbstregulierung im Privatrecht, 2010, S. 118 f., 136 f.

¹⁰ Vgl. Gutachten F 39 f.

¹¹ Vgl. dazu nur FAZ v. 12.3.2009, S. 13: „Rechtsanwälte schreiben die Gesetze“.

worden.¹² Das Baseler Komitee hat seine betreffenden Empfehlungen daher schon verschärft, die EU-Kommission in ihrem Grünbuch „Corporate Governance von Finanzinstituten“ ganz konkrete Verbesserungsvorschläge unterbreitet.¹³ Wenn wir uns von diesen Vorschlägen nicht überrollen lassen wollen, müssen wir dazu Stellung beziehen. Ich greife daher diejenigen Punkte auf, die in der rechtspolitischen Debatte als besonders relevant identifiziert wurden, namentlich den Verwaltungs- bzw. *Aufsichtsrat (board)*, das *Risikomanagement*, die *Vergütung* und die *Haftung*.¹⁴ Beginnen möchte ich mit einigen übergreifenden Bemerkungen zur Corporate Governance von Banken.

I. Allgemeines zur Banken-Corporate-Governance

1. Keine Verschärfung der allgemeinen Governance

Im Gefolge der Finanzkrise ist eine Tendenz zu erkennen, die allgemeinen Corporate-Governance-Anforderungen zu verschärfen. Diese Tendenz ist bedenklich.¹⁵ Banken-Corporate-Governance hat eine andere Zielsetzung als aktienrechtliche Governance. Ihr geht es nicht um Shareholder-Value oder Unternehmensinteresse, sondern um Einlegerschutz, d.h. um *Insolvenzvermeidung*. Das ist der Grund, warum die Governance-Standards einerseits strenger sind, andererseits rechtsformübergreifend im KWG geregelt werden. Diese regulatorische Trennlinie darf auch in Zukunft nicht verwischt werden.

2. Banken-Kodex?

Daran schließt sich die Frage an, ob man einen speziellen Corporate-Governance-Kodex für Banken entwickeln sollte. *Dafür* spricht, dass der bereits vorhandene und im Grundsatz bewährte „Deutsche Corporate Governance Kodex“ (DCGK) weder alle Banken erfasst noch speziell auf bankspezifische Anforderungen (Insolvenzschutz) ausgerichtet ist. Wie der DCGK könnte ein Bankenkodex beschreibende und empfehlende Regeln enthalten und damit auch als Informationsmedium auf internationaler Ebene wirken. *Andererseits* ist nicht zu übersehen, dass „soft law“ eine Tendenz zur schleichenden Verrechtlichung innewohnt.¹⁶ Zusammen mit den ohnehin bestehenden, faktisch verbindlichen Rundschreiben, Richtlinien etc. der BaFin könnte dies in der Summe zu eben jener Überregulierung führen, vor der ich eingangs gewarnt habe.

¹² Vgl. *Isaksson/Kirkpatrick*, Corporate Governance - Lessons from the Financial Crisis, OECD Observer No 273, June 2009, S. 11; „If there is one major lesson to draw from the financial crisis, it is that corporate governance matters“; s. dazu *BaFin-Jahresbericht 2009*, S. 63 ff.; ferner *Möslein*, JZ 2010, 72, 74, 75, 80 und *Mülbert*, ZHR 173 (2009), 1 ff.

¹³ KOM(2010) 284 endgültig. Dazu (kritisch) *Hopt*, EuZW 2010, 561; *Mülbert*, ZHR 174 (2010), 375, 377 ff.

¹⁴ Aus der deutschen Debatte nur *Seibert*, DB 2009, 1167; *Möslein*, JZ 2010, 72, 78 ff.; *Mülbert*, ZHR 173 (2009), 1, 5 ff; von ökonomischer Warte nur *Becht*, FS Hopt, 2010, S. 1615 ff.

¹⁵ Ebenso *Hopt*, EuZW 2010, 561 und *Mülbert*, ZHR 174 (2010), 375 ff.

¹⁶ Kritisch dazu *Bachmann*, WM 2004, 2039 f. (zum DCGK).

Wägt man Für und Wider ab, möchte ich das Bedürfnis nach einem Banken-Kodex vorerst *verneinen*, doch sollte er als Regelungsoption im Hinterkopf bleiben. *Wenn* man sich für einen solchen Kodex ausspricht, dann sollte er – auch wenn es überraschend klingt – nicht auf europäischer, sondern auf *nationaler* Ebene installiert werden, um den hiesigen Besonderheiten Rechnung tragen zu können.

II. Spezifische Governance-Fragen

1. Aufsichts- bzw. Verwaltungsrats

a) Aufsichtsratszwang?

Als erstes könnte man – ausländischen Vorbildern und dem Muster des Mitbestimmungsgesetzes folgend - die rechtsformübergreifende *Pflicht* etablieren, überhaupt einen Aufsichtsrat einzurichten. Weil die meisten Institute ohnehin über ein derartiges Gremium verfügen, ist drängender Regulierungsbedarf hier aus meiner Sicht nicht erkennbar.

b) Frauenquote?

Wichtiger ist die Frage der *Besetzung* des Aufsichts- bzw. Verwaltungsrats. Dominierend in der publizistischen Debatte ist hier die – auch vom Grünbuch aufgegriffene - Frage einer *Frauenquote*.¹⁷ Sie zielt zwar nicht speziell auf Banken, wird aber gerade hier für besonders drängend gehalten. Zitat: „Mit Lehman-Sisters wäre das nicht passiert“.¹⁸ Hinter der flapsigen Bemerkung steht die ernsthafte Überlegung, dass Frauen aufgrund geschlechtsspezifischer Eigenschaften längerfristig denken und weniger zu riskanten Geschäftsstrategien neigen und daher als Banken-Aufpasser besonders geeignet seien.¹⁹

Ich halte das für plausibel, möchte einer zwingenden Quote gleichwohl nicht das Wort reden.²⁰ Wichtiger als biologische Einstellungen sind für den Bankaufsichtsrat hervorragende Sachkenntnis und die kompromisslose Bereitschaft, sich – gerade in der Krise - jederzeit zur

¹⁷ Vgl. zuletzt Focus-Online v. 17.9.2010: „EU droht mit gesetzlicher Frauenquote“; s. auch die Beschlussanträge der Fraktion der Grünen, BT-Drucks. 17/797 v. 24.0.2.2010 und BT-Drucks. 16/5279. Ferner die Stellungnahmen zur Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages v. 7.5.2008 sowie FidAR („Frauen in den Aufsichtsrat“) e.V.: 10 Argumente für einen verbindlichen Mindestanteil von Frauen in Aufsichtsräten (www.fidar.de).

¹⁸ *Mary Iskenderian*, CEO, Women’s World Bank (zitiert nach *Redenius-Hövermann/Strenger*: „Frauen in den Aufsichtsrat durch Qualifikation statt Quote“, FAZ v. 16.11.2009, S. 154); s. auch FAZ v. 30.1.2010, S. 21: „Die Krise von der femininen Seite“.

¹⁹ „Studien zeigen, dass Frauen im Geschäftsleben weniger Risiken eingehen. (...) Stattdessen sorgen sie sich um die langfristige Zahlungsfähigkeit des Unternehmens. Insofern ist die Vermutung, Frauen hätten auf dem Finanzmarkt weniger gezockt, nicht vollkommen abwegig“ (FidAR-Vorsitzende *Schulz-Strelow*, Interview Spiegel-Online v. 04.01.2010.). Siehe auch die Stellungnahme des *Deutschen Juristinnenbundes* in der Bundestagsanhörung (oben, Fn. 17): „Frauen denken in der Regel längerfristig als ihre männlichen Kollegen, die sich oft eher dem schnellen Erfolg verpflichtet fühlen“.

²⁰ Ebenso – Steigerung des Frauenanteils begrüßend, aber für Selbstregulierung – *Redenius-Hövermann/Strenger* (Fn. 18); ferner *Katja Langenbacher*, DB 2010, Standpunkte S. 44.; *Daniela Weber-Rey*, DB 2010, Standpunkte S. 42.

Verfügung zu stellen. Wer diese Eigenschaften nicht besitzt, gehört – gleich ob Mann oder Frau – ohnehin nicht in ein Kontrollgremium. Wer sie besitzt, hat heute auch als Frau gute Aussichten, in den Aufsichtsrat gewählt zu werden, ohne mit dem Stigma der „Quotenfrau“ belastet zu sein. Die Kodex-Lösung eines „weichen“ Drucks scheint mir daher auch für Banken die überzeugendere Alternative²¹ (das wäre ein Argument *für* den Banken-Kodex).

b) Sachkunde und Unabhängigkeit

Was die persönlichen Qualifikationen betrifft, geht das Aufsichtsrecht schon heute über das Aktienrecht hinaus. Jedem einzelnen Mitglied des Verwaltungs- oder Aufsichtsrats wird die zur Wahrnehmung der Kontrollfunktion sowie zur Beurteilung und Überwachung der Geschäfte erforderliche „Sachkunde“ abverlangt (vgl. § 36 Abs. 3 S. 1 KWG).²² Ist sie nicht vorhanden oder übersieht der Betreffende Verstöße der Geschäftsleitung, kann die BaFin ein Abberufungsverlangen stellen – was sie auch schon getan hat.²³ Außerdem dürfen maximal 2 ehemalige Mitglieder der Geschäftsleitung Mitglied des Aufsichtsrats sein (§ 36 Abs. 3 S. 5 KWG). Eine cooling-off-Periode, wie sie das Aktienrecht kennt (§ 100 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 AktG), ist nicht vorgesehen. Schließlich beträgt die Maximalzahl der Kontrollmandate nicht zehn (so § 100 Abs. 2 S. s Nr. 1 AktG), sondern fünf (§ 36 Abs. 3 S. 6 KWG, allerdings nur auf Institute bezogen). All diese Änderungen sind im vergangenen Jahr – z.T. gegen politischen Widerstand – durch das „Gesetz zur Stärkung der Finanzmarkt- und Versicherungsaufsicht“ eingefügt worden.²⁴

Diese Änderungen waren richtig und wichtig. Eine noch weitergehende Verschärfung, wie sie im Grünbuch angedacht wird, ist vorerst nicht angezeigt. So würde insbesondere eine Absenkung der maximal wahrnehmbaren Mandate (etwa auf drei) dazu führen, dass die z.T. jetzt schon bestehende Schwierigkeit, geeignetes Personal zu finden, zur echten Kalamität geriete.²⁵ Nachdenken sollte man aber darüber, eine Mindestzahl unabhängiger Aufsichtsratsmitglieder zu fordern, wie wir es aus anderen Jurisdiktionen kennen, und wie es in Ansätzen auch das AktG vorsieht (vgl. § 100 Abs. 5 AktG – unabhängiger Finanzexperte). Im Übrigen kommt es darauf an, die Neuregelungen jetzt konsequent durchzusetzen. Auch in öffentlich-rechtlichen Finanzinstituten dürfen daher allein solche Personen in den Aufsichtsrat entsandt werden, die über die bei Geschäftsbanken übliche Qualifikation verfügen.

c) Teilnahmerecht von Vertretern der Sicherheitseinrichtungen

²¹ Der Kodex empfiehlt, dass der Aufsichtsrat konkrete Ziele zur angemessenen Beteiligung von Frauen benennt, diese bei seinen Wahlvorschlägen berücksichtigt und über den Stand der Umsetzung öffentlich berichtet, vgl. DCGK Zif. 5.4.1.

²² Nach Aktienrecht genügt es, wenn die Aufsichtsratsmitglieder *insgesamt* über die erforderlichen Qualifikationen verfügen, vgl. DCGK Zif. 5.4.1 Satz 1.

²³ Vgl. FAZ v. 1.9.2010: „Aufsicht verlangt Rücktritt von zehn Bankaufsichtsräten“.

²⁴ Gesetz zur Stärkung der Finanzmarkt- und der Versicherungsaufsicht v. 29.7.2009, BGBl. I, S. 2305.

²⁵ Darauf hat mit Recht der Zentrale Kreditausschuss (ZKA) in seiner Stellungnahme v. 9.4.2009 zum Entwurf des Gesetzes zur Stärkung der Finanzmarkt- und der Versicherungsaufsicht (Fn. 24) hingewiesen.

Das Gutachten von *Hellwig* regt ein Teilnahmerecht zugunsten der Vertreter von Sicherungseinrichtungen an.²⁶ Dem sollten wir uns anschließen. Wenn die Einlagensicherung für Risiken aus Geschäftsmodellen einzustehen hat, sollte ihr auch die Möglichkeit eingeräumt werden, diese Geschäftsmodelle von innen her zu überwachen. Wichtig ist, dass damit keine echte Mitgliedschaft im Aufsichtsrat einhergeht.

2. Risikomanagement und Compliance

a) Verbesserte Institutionalisierung

Das Risikomanagement, auf das die zweite Säule des Basel-II-Akkords setzt, hat sich in der Finanzkrise als Schwachstelle herausgestellt. Hier besteht Reformbedarf. Zwar hat der Gesetzgeber die betreffenden Anforderungen in KWG und WpHG präzisiert²⁷ und die BaFin hat mit einer Neufassung der MaRisk sowie einer neu vorgelegten MaComp (Mindestanforderungen Compliance) reagiert. Das genügt aber nicht. Zu den nach wie vor erforderlichen Verbesserungen gehören aus meiner Sicht die Festschreibung der Position eines *Chief Risk Officers* (CRO) auf Ebene der Geschäftsleitung und eines *Risikoausschusses* im Aufsichtsrat.²⁸ So schlägt es auch das Grünbuch vor.²⁹ Dem Risikomanagement muss daneben eine *unabhängigere* Stellung im Unternehmen verschafft werden, wie sie die MaComp zu Recht für den Compliance-Beauftragten einfordert (vgl. MaComp BT 1.1.1).

b) Konzerngrenzen überwinden

Noch wichtiger aber erscheint mir, dass Compliance und Informationsversorgung nicht an der Gesellschaftsgrenze halt machen. Pointiert gesprochen: Das Aufsichtsrecht muss Vorrang vor dem Gesellschaftsrecht haben.³⁰ Das KWG kennt zwar eine Gruppenverantwortlichkeit,³¹ räumt dem übergeordneten Unternehmen jedoch nur Einwirkungsbefugnisse ein, „soweit dem das allgemein geltende Gesellschaftsrecht nicht entgegensteht“ (§ 10a Abs. 12 KWG). Die Praxis der Konzerncompliance bewegt sich daher in einem Graubereich.³² Der Vorrang

²⁶ Gutachten E 52.

²⁷ Vgl. § 25a Abs. 1 KWG in der Fassung des Gesetzes zur Stärkung der Finanzmarkt- und der Versicherungsaufsicht; § 34d Abs. 3 WpHG i.d.F. des Gesetzes zur Stärkung des Anlegerschutzes und Verbesserung der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes (DiskE); § 3 WpHGMAAnzV (DiskE).

²⁸ Skeptisch aber *Spindler*, AG 2010, 601, 605, der auf den Prüfungsausschuss (§ 107 Abs. 3 S. 2 AktG) verweist. Abgesehen davon, dass nicht alle Banken als Aktiengesellschaft organisiert sind, ist die Einrichtung eines Prüfungsausschusses selbst bei diesen fakultativ (*Hüffer*, AktG, 9. Aufl. 2010, § 107 Rn. 17a). Im Unterschied zu *Spindler*, a.a.O., S. 609, messe ich der Einrichtung eines Sonderressorts in der Geschäftsleitung auch dann Bedeutung bei, wenn dieses nicht mit Sonderbefugnissen ausgestattet ist, Vorbild: Arbeitsdirektor (§ 33 MitbestG).

²⁹ Vgl. Grünbuch (Fn. 13), Zif. 5.1.

³⁰ So im Grundsatz das Schweizer Recht, vgl. *Stöckli*, Die Organisation von Banken, 2007, S. 50 f. m.w.N.

³¹ Z.B. bezgl. Eigenmittel (§§ 10a Abs. 12, 10b Abs. 6), Kreditlimit (§ 13b Abs. 4 KWG), Obergrenzen gruppeninterner Transaktionen (§ 13c Abs. 4 Satz 2 KWG), Risikokonzentrationen (§ 13d KWG), Risikomanagement (§ 25a Abs. 1a KWG).

³² Anschaulich *Fett/Gebauer*, FS Schwark, 2009, S. 375 ff.

des Gesellschaftsrechts hat durchaus gute Gründe, weil sich im Gewande der Compliance-Organisation Nachteile für die Untergesellschaften verbergen können. Dennoch sollte er dem übergeordneten Ziel der Bankenstabilisierung weichen.³³

c) Direktkommunikation mit Unternehmensangehörigen

Die h.M. untersagt dem Aufsichtsrat die direkte Kommunikation mit Unternehmensangehörigen, einschließlich des Compliance-Beauftragen und der Internen Revision.³⁴ Das spiegelt sich in der MaRisk wider, wenn es dort heißt, dass der Vorsitzende des Aufsichtsorgans nur „unter Einbeziehung der Geschäftsleitung“ Einkünfte bei der Internen Revision einholen darf (AT 4.4 Abs. 2), und wenn umgekehrt die Interne Revision den Aufsichtsratsvorsitzenden nur dann über schwerwiegende Feststellungen gegen Geschäftsleiter informieren darf, wenn sie zuvor die Geschäftsleitung selbst unterrichtet hat (BT 2.4 Abs. 5). Auch diese Kanalisierung hat ihren guten Grund, gehört aber im Interesse einer effektiven Überwachung der Geschäftsleitung beseitigt.³⁵

3. Vergütung

Die Vergütung wurde rasch als ein Hauptverantwortlicher der Krise ausgemacht – ob zu Recht oder Unrecht mag hier dahin stehen. Der deutsche Gesetzgeber hat jedenfalls reagiert, indem er zunächst das „Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung“ (VorstAG) und später das „Gesetz über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an die Vergütungssysteme von Instituten und Versicherungsunternehmen“ verabschiedete.³⁶ Von der darin vorgesehenen Ermächtigung (§ 25a Abs. 5 KWG) wird das BMF Gebrauch machen und das bereits vorhanden BaFin-Rundschreiben 22/2009 (BA) in Verordnungsform gießen.

Das deutsche Recht folgt darin internationalen Vorgaben, die sich in Europa in einer Empfehlung und demnächst in der CRD-III-Richtlinie niederschlagen. Dabei sollte man es vorerst belassen.³⁷ Weitergehende Überlegungen einer Deckelung oder Strafsteuer sind zu Recht vom Tisch. Offen ist allein noch die Frage, ob man nicht nur die Auszahlung zurückhalten, sondern auch bereits *ausgezahlte* Boni sollte zurückfordern dürfen („clawbacks“), wie es die genannte Empfehlung fordert. Mit Blick auf den rechtsstaatlich verbürgten Vertrauensschutz hege ich hier Bedenken und würde mich dem nur anschließen wollen, wenn die Rückforde-

³³ So tendenziell auch *Fett/Gebauer*, FS Schwark, 2009, ebd.; für das geltende Recht offenbar schon *Lösler*, NZG 2005, 104, 106 f.; kritisch aber *Spindler*, AG 2010, 601, 609, mit dem Hinweis, dass dadurch die Ziele des Konzernrechts außer Kraft gesetzt würden. Das ist richtig, doch geht es gerade darum, den überragenden Zielen des Aufsichtsrechts zur Durchsetzung zu verhelfen.

³⁴ Vgl. nur *Hüffer* (Fn. 28), § 90 Rn. 11; a.A. *Leyens*, Information des Aufsichtsrats, 2006, S. 191.

³⁵ Ebenso *Spindler*, AG 2010, 601, 605, allerdings mit der Beschränkung auf „krisenhafte Situationen“. Wenn die Direktinformation jedoch Krisen *vermeiden* soll, darf es diese Einschränkung nicht geben.

³⁶ Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) v. 31.7.2009, BGBl. I, S. 2509; Gesetz über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an die Vergütungssysteme von Instituten und Versicherungsunternehmen v. 21. 7.2010, BGBl. I, S. 950. Zum politischen Ringen um diese Fragen *Seibert*, FS Hüffer, 2009, 955 ff.

³⁷ So auch *Spindler*, AG 2010, 601, 608.

lungstatbestände eindeutig präzisiert und auf krasse Fälle beschränkt werden. Im Übrigen ist mit vorhandenen Instituten (Bereicherungsrecht, Wegfall der Geschäftsgrundlage) auszukommen.

4. Haftung

a) Haftungstatbestand

Das Gutachten von *Hellwig* regt eine Verstärkung der Haftung von Vorständen und Aufsichtsräten an. Die Ausrede, man habe die komplexen Instrumente nicht verstanden und habe sich deshalb auf Spezialisten verlassen, dürfe keine Ausnahme von der Haftung begründen.³⁸ Dem Gutachter ist darin beizupflichten, dass persönliche Haftung ein wichtiges Steuerungsinstrument sein kann. Juristisch sind mit der Forderung verschiedene Fragen angeschnitten. Die erste ist die nach einer *Verschärfung* des Sorgfaltsmaßstabs. Insofern sehe ich keinen Veränderungsbedarf, weil zumindest die Geschäftsleiter von Kapitalgesellschaften schon heute für jeden Sorgfaltsverstoß haften.³⁹ Ihnen die schützende *Business Judgment Rule* zu nehmen, besteht kein Anlass.

Die zweite und wesentlich schwieriger zu beantwortende Frage ist die nach einer *Präzisierung* des Sorgfaltsmaßstabs. Wie verhält sich ein „ordentlicher und gewissenhafter“ Geschäftsleiter bei spekulativen oder riskanten Bankgeschäften, und wann darf er „vernünftigerweise annehmen, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln“ (§ 93 Abs. 1 S. 2 AktG)? Diese Fragen sind völlig offen und werden derzeit im Fachschrifttum – Stichwort: IKB-Fall – intensiv diskutiert.⁴⁰ Dabei besteht Einigkeit darüber, dass sich scharfkantige Abgrenzungskriterien derzeit noch nicht formulieren lassen. Dies und der Umstand, dass die Gerichte künftig mit Sicherheit eine strengere Messlatte anlegen werden, bewegen mich dazu, vom Versuch einer gesetzlichen Konkretisierung der Sorgfaltspflichten abzuraten.⁴¹

Entsprechendes gilt für das *Strafrecht*. Auch hier ist die Diskussion um die Konkretisierung des in erster Linie einschlägigen Untreuetatbestands (§ 266 StGB) vor dem Hintergrund der Finanzkrise in vollem Gange.⁴² Sie sollte nicht durch den Gesetzgeber abgewürgt werden.⁴³ Der Untreuetatbestand sollte aber auch nicht verkürzt und/oder in das Nebenstrafrecht verbannt werden, denn ein weit gefasster Vermögensstraftatbestand ist angesichts der Dyna-

³⁸ Gutachten E 51.

³⁹ Ebenso *Goette*, DStR 2009, 51, 56 f.

⁴⁰ Vgl. dazu *Fleischer*, NJW 2010, 1504 ff.; *Spindler*, NZG 2010, 281 ff.; *Florstedt*, ILF-Working-Paper Nr. 115; *Böttcher*, NZG 2009, 1047 ff.; *Schäfer/Zeller*, BB 2009, 1706 ff; *Lutter*, ZIP 2009, 197 ff.

⁴¹ So auch *Kindler*, NJW 2010, 2465, 2466; *Möschel*, ZRP 2009, 129, 131; *Spindler*, AG 2010, 601, 608.

⁴² Vgl. nur *Krey*, 11 German Law Journal 319 ff. (2010); *Schröder*, NJW 2010, 1169 ff.; *Becker/Walla/Endert*, WM 2010, 875 ff.; *Ransiek*, WM 2010, 869 ff.; *Seibt/Schwarz*, AG 2010, 301 ff.

⁴³ Gegen Änderungsbedarf auf der Bericht der *Arbeitsgruppe Managerverantwortung* v. 19.5.2009.

mik des Wirtschaftslebens unverzichtbar.⁴⁴ Zu begrüßen ist es daher, wenn das BVerfG in diesem Zusammenhang ausdrücklich feststellt, dass § 266 StGB trotz seiner Vagheit verfassungskonform ist.⁴⁵

Wer dagegen auf den ultima-ratio-Charakter des Strafrechts verweist,⁴⁶ muss sich entgegenhalten lassen, dass es ehrlicher ist, die Strafwürdigkeit hasarden Bankings als solche offen auszusprechen, anstatt das Zivilrecht um pönale Elemente anzureichern und den Täter damit um seine strafprozessualen Verfahrensgarantien zu bringen. Vorbehalte habe ich daher auch gegenüber dem obligatorischen *Selbstbehalt* bei D&O-Versicherungen (vgl. § 93 Abs. 2 S. 3 AktG). Wer das anders sieht, muss folgerichtig für ein Versicherungsverbot plädieren.⁴⁷

b) Haftungsrealisierung

Reformbedarf zeigt sich bei der Haftungsrealisierung.⁴⁸ Interessante Anregungen hierzu enthält der Bericht der *Länderarbeitsgruppe Managerverantwortung*.⁴⁹ Die Bundesregierung hat daraus den Vorschlag einer Verlängerung der *Verjährungsfristen* aufgegriffen und möchte ihn noch in diesem Jahr umsetzen. Der gewählte Weg einer schlichten Fristverdoppelung wird allerdings im Schrifttum zu Recht kritisiert. Ich plädiere daher dafür, diese Frage aus dem Entwurf des Restrukturierungsgesetzes herauszulösen und sich gründlich mit alternativen Modellen auseinanderzusetzen.⁵⁰

Ein Individualklagerecht von Gläubigern oder Aktionären ist dagegen nicht anzuraten. Wenn die Anteilseigner von den vorhandenen Instrumenten wenig Gebrauch machen, ist diese privatautonome Entscheidung auch im Bankensektor hinzunehmen. Praktisch werden Ersatzansprüche oft durch den *Insolvenzverwalter* geltend gemacht. Diese Durchsetzungsschiene läuft allerdings leer, wenn die Insolvenz durch staatliche Stabilisierungsmaßnahmen vermieden wird. Zu Recht sieht der Entwurf eines Restrukturierungsgesetzes daher die Möglichkeit der Einsetzung eines *Sonderbeauftragten* vor, der Schadensersatzansprüche gegen Organmitglieder prüfen darf (§ 45c Abs. 2 Nr. 10 KWG-E). Er sollte sie allerdings nicht nur „prüfen“, sondern auch durchsetzen können.

⁴⁴ So auch *J. Jahn*, ZIP 2006, 738, 744; kritisch aber *von Werder*, ZIP 2009, 500, 506, der bei als willkürlich empfundenen Verurteilungen einen Abstumpfungseffekt befürchtet.

⁴⁵ BVerfG, Beschl. V. 23.10.2010 – 2 BvR 2559/08, 105/09, 491/09, auszugsweise abgedruckt in WM 2010, 1663 ff. Explizit zustimmend auch *Jahn*, FAZ v. 12.8.2010, S. 9.

⁴⁶ Etwa *Letzgus*, NJW-Editorial Heft 35/2010.

⁴⁷ Ein solches Versicherungsverbot besteht nach geltendem Recht nicht, vgl. nur *Dauner-Lieb/Tettinger*, ZIP 2009, 1555, 1557.

⁴⁸ Ebenso *Hopt*, EuZW 2010, 561; *Spindler*, AG 2010, 601, 608.

⁴⁹ Z.B. Stimmverbot für ehemalige Vorstandsmitglieder im Aufsichtsrat, Berichtspflicht des Aufsichtsrats über geprüfte Haftungsansprüche, Angleichung der Rechtsstellung des besonderen Vertreters (§ 147 Abs. 2 AktG) an diejenige des Sonderprüfers (§ 142 AktG); Abdruck der Agenda in AG-Report 2010, R 3.

⁵⁰ Ebenso und mit nachdenkenswertem eigenem Vorschlag *Baums*, ZHR 174 (2010), Heft 5 (im Druck).

Schließlich ist an eine Verbesserung der *staatlichen* Rechtsdurchsetzung zu denken. Hierzu gehört zunächst eine personelle Aufstockung der BaFin, die dank neuer Befugnisse ohnehin nötig ist.⁵¹ Zu erweitern ist daneben die im Gesetz nur rudimentär angelegte Zusammenarbeit von BaFin und Staatsanwaltschaften (vgl. §§ 4 Abs. 5, 40a WpHG, § 60a KWG). Die Bildung von eng mit der BaFin kooperierenden Schwerpunktstaatsanwaltschaften – die allerdings den Ländern obliegt - ist zu befürworten. Auf den Einsatz der BaFin zur Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen sollte dagegen weiterhin verzichtet werden.⁵²

D. Restrukturierung und Reorganisation („Bankeninsolvenz“)

Die Frage, ob es eines speziellen Reorganisationsrechts für Banken bedarf, hat die Bundesregierung mit dem Entwurf eines sog. *Restrukturierungsgesetzes* vorerst beantwortet.⁵³ Dieses besteht im Kern aus zwei Elementen: Dem neuen *Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz* (KredReorgG) sowie der Ergänzung des KWG um das Instrument der *Übertragungsanordnung* (§§ 48a ff. KWG). Hinzu treten erweiterte Eingriffsbefugnisse der BaFin.

I. Das neue Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz

Das KredReorgG schafft die Möglichkeit eines auf Initiative des Kreditinstituts einzuleitenden Sanierungs- bzw. Reorganisationsverfahrens. Das *Sanierungsverfahren* erlaubt keine Eingriffe in die Rechte Dritter und ist daher eher von dekorativem Wert.⁵⁴ Interessanter ist das *Reorganisationsverfahren*. Es ist dem Insolvenzplanverfahren (§§ 217 ff. InsO) z.T. wörtlich nachgebildet, setzt aber – das ist der wesentliche Unterschied – nicht die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens voraus.

Ob es hierfür eines eigenen Gesetzes bedarf, oder ob man die Regeln nicht auch in die Insolvenzordnung einstellen könnte, ist eine Frage, über die sich trefflich streiten lässt.⁵⁵ Wichtiger ist die umgekehrte Frage, ob ein vorinsolvenzliches Reorganisationsverfahren nicht nur Banken, sondern *allen* Unternehmen zur Verfügung stehen sollte.⁵⁶ Dies ist aber keine Frage der Finanzmarkregulierung, sondern der *Insolvenzrechtsreform*. Diese ist bekanntlich in vollem Gange, aber nicht Thema dieses Juristentages.

⁵¹ Ebenso Eidenmüller, Finanzkrise, Wirtschaftskrise und das deutsche Insolvenzrecht, 2009, S. 62.

⁵² Anders tendenziell Spindler, AG 2010, 601, 608.

⁵³ Dazu sowie zu hier nicht behandelten Einzelheiten Bachmann, ZBB 2010 (demnächst). Zu Vorarbeiten und zu internationalen Regulierungsbemühungen Höche, FS Hopt, 2010, 2001 ff.; Binder, Bankenintervention und Bankenentwicklung in Deutschland: Reformnotwendigkeiten und Grundzüge eines verbesserten Rechtsrahmens, Arbeitspapier 5/2009 des Sachverständigenrats zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung.

⁵⁴ Ebenso Eidenmüller (Fn. 51), S. 58.

⁵⁵ Gegen bankrechtliche Sonderregeln Bundesverband deutscher Banken, Eckpunkte zur Sanierung von Unternehmen des Finanzsektors, 25.3.2010, S. 30.

⁵⁶ Dafür z.B. Amend, ZIP 2009, 589, 595, 597.

In der Sache kann man das KredReorgG als weitgehend gelungen bezeichnen. Kritikfähig sind namentlich zwei Punkte:

Das Reorganisationsverfahren setzt nicht nur eine Bestands- sondern auch eine *Systemgefährdung* voraus.⁵⁷ Für das „normale“ Planverfahren ist das nicht erforderlich, hier genügt die drohende Zahlungsunfähigkeit, also eine Bestandsgefährdung. Sicherlich *dient* das Reorganisationsverfahren der Systemstabilisierung. Doch muss man diese deshalb auch zum Tatbestandsmerkmal machen? Der Gesetzgeber rechtfertigt die hohe Hürde damit, dass das Reorganisationsrecht Eingriffe in die Anteilseignerrechte zulässt. Solche sieht aber auch der Diskussionsentwurf für ein „Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen“ vor, der nicht auf Systemrelevanz abstellt. Hier besteht Abstimmungsbedarf.

Durch die Anlehnung an das Insolvenzplanverfahren gestaltet sich das Reorganisationsverfahren zudem *schwerfällig*. Das betroffene Institut muss zunächst einen Reorganisationsplan erarbeiten, diesen dann bei der BaFin einreichen, welche sodann prüft, ob eine Bestands- und Systemgefährdung vorliegt. Bejahendenfalls beantragt sie die Durchführung des Reorganisationsverfahrens beim OLG, welches eine nochmalige Prüfung durchführt und zugleich über die Bestellung eines Reorganisationsverwalters entscheidet. Wenn es wirklich „brennt“, dürfte für dieses *Procedere* keine Zeit sein.

II. Die Übertragungsanordnung (§§ 48a ff. KWG-E)

Größere Bedeutung dürfte daher das neue Instrument der *Übertragungsanordnung* erlangen (§§ 48a ff. KWG-E). Es gestattet der BaFin, das Vermögen eines Kreditinstituts oder Teile desselben durch Hoheitsakt auf einen andern Rechtsträger zu übertragen. Dieser andere Rechtsträger kann insbesondere ein vom Restrukturierungsfonds – dem designierten Nachfolger des Soffin – eigens zu diesem Zweck gegründetes „Brückeninstitut“ sein.

Die Übertragungsanordnung schlägt zwei Fliegen mit einer Klappe: Einerseits ermöglicht sie es, systemrelevante Geschäftsbereiche beim Brückeninstitut zu sanieren, ohne das gesamte Institut (und damit dessen Eigner) vor der Abwicklung bewahren zu müssen. Andererseits schaltet sie etwaiges Erpressungspotential der Alteigentümer aus, denn es bedarf keiner von der Hauptversammlung zu beschließenden Kapitalmaßnahmen beim übertragenden Rechtsträger.

Unterstellt man, dass dieses Vorgehen mit höherrangigem Recht vereinbar ist – nach meinem Dafürhalten ist das der Fall⁵⁸ – handelt es sich insgesamt um eine intelligente Lösung.⁵⁹ Ich will mich daher hier nicht mit Einzelheiten des - sicher an mancher Stelle noch interpretations- oder verbesserungswürdigen - Gesetzes aufhalten, sondern gleich die Frage aufwerfen, ob damit jeglicher Reformbedarf erledigt ist.

⁵⁷ Anders z.B. das Schweizer Recht, s. dazu *Zulauf*, WM 2010, 1525, 1530 ff.

⁵⁸ Ebenso *Zimmer*, Gutachten G 56; *Spindler*, AG 2010, 601, 616.

⁵⁹ Begrüßend auch *Zimmer*, Gutachten G 55, *Bundesverband deutscher Banken* (Fn. 55), S. 17 f.

III. Weiterer Handlungsbedarf?

1. Direktbeteiligung am notleidenden Kreditinstitut?

Eine Direktbeteiligung des Restrukturierungsfonds an notleidenden Kreditinstituten, wie sie das FMStFG kannte, ist im RStruktFG nicht mehr vorgesehen. Der Fonds kann sich also nur noch am übernehmenden Rechtsträger – typischerweise am Brückeninstitut – beteiligen. Das ist so gewollt, denn die Zuführung staatlicher Mittel zur Erhaltung des Kreditinstituts kommt nach der Gesetzesbegründung als milderer Mittel zur Übertragungsanordnung nicht in Betracht.⁶⁰

Die Frage ist aber, ob eine Direktbeteiligung wenn nicht als milderer, so doch als *subsidiäres* Instrument wieder eingeführt werden sollte. Denn es ist denkbar, dass der umständliche Weg der Übertragungsanordnung im Einzelfall zu spät kommt oder wegen der Auslösung von Beendigungsklauseln die Fortführung des Geschäftsbetriebs gefährdet.⁶¹ Ließe man die Direktbeteiligung zu, träte jedoch wieder das gefürchtete Trittbrettfahrerszenario auf den Plan. Die Frage muss also darauf zugespitzt werden, ob der Fonds sich unter *Aneignung der Anteile* an dem fallierenden Institut soll beteiligen dürfen.

2. „Rettungsübernahme“ als ultima ratio

Alle drei Gutachter bejahen sie – und ich möchte ihnen darin folgen.⁶² Ungeachtet der Verfassungsmäßigkeit einer solchen Lösung, die wohl überwiegend bejaht wird,⁶³ erscheint es mir ehrlicher, im Notfall direkt auf die Anteile zuzugreifen, als den Schein einer Hauptversammlung der Alteigentümer auch dann noch zu wahren, wenn für deren Mitsprache weder Zeit noch Veranlassung besteht.⁶⁴ Dass es sich dabei um eine ultima ratio handelt, versteht sich von selbst. Und die etwa entgegenstehende europäische Kapitalrichtlinie muss ohnehin geändert werden.⁶⁵

3. „Bankentestament“

Die Verpflichtung zur Erstellung eines sog. Bankentestaments („living will“) ist eine zweischneidige Sache. Auf der Habenseite steht, dass es in der Krise für die Erstellung eines Restrukturierungsplans nicht selten zu spät sein wird. Auf der Sollseite ist der enorme Arbeits-

⁶⁰ RegE S. 102 (zu § 48a). Zum Hintergrund *Binder* (Fn. 51), S. 35.

⁶¹ Dies befürchtend *Zimmer*, FAZ v. 10.9.2010, S. 12; näher *Zimmer/Fuchs*, ZGR 2010, 597, 616 ff.; skeptisch auch *Zulauf*, WM 2010, 1525, 1533: „Rechtlich, nicht aber konzeptionell und operationell durchführbar“ (zum Schweizer UBS-Fall).

⁶² Vgl. *Hellwig*, Gutachten E 54; *Höfling*, Gutachten F 60; *Zimmer*, FAZ v. 10.9.2010, S. 12. Ferner *Eidenmüller* (Fn. 51), S. 62 f.; ders., FS Hopt, 2010, S. 1713, 1729 f.; *Binder* (Fn. 53), S. 55.

⁶³ Vgl. nur *Höfling*, Gutachten F 56 ff. m.w.N. *Appel/Rossi*, Finanzmarktkrise und Enteignung, 2009, stützen ihr gegenteiliges Verdikt über das Rettungsübernahmegesetz („Lex HRE“) u.a. auf das Verbot des Einzelfallgesetzes. Dieser Vorwurf kann eine dauerhaft gewollte Lösung nicht treffen.

⁶⁴ Vgl. *Bachmann*, ZIP 2009, 1249, 1256; *Gurlit*, NZG 2009, 601, 607.

⁶⁵ Vgl. nur *Bundesverband deutscher Banken* (Fn. 55), S. 24; zum Problem *Schön*, ZHR 174 (2010), S. 155 ff.

und Kostenaufwand zu verbuchen, den ein Auflösungsplan – der ja permanent up-to-date gehalten werden muss – für die betroffenen Institute bedeutet. Ja man kann sich sogar fragen, ob die Erstellung eines Abwicklungsplanes für ein noch gänzlich unbekanntes Krisenszenario überhaupt möglich ist.⁶⁶

Wenn ich mich im Ergebnis gleichwohl dem Gutachter *Zimmer* anschließe und grundsätzlich für die rechtliche Möglichkeit plädiere, Instituten die Erstellung eines „Bankentestaments“ aufzugeben, dann nur unter gewissen Vorbehalten. Zum einen – dies versteht sich von selbst – macht eine solche Lösung nur Sinn, wenn sie zumindest auf europäischer Ebene harmonisiert und grenzüberschreitend überwacht wird.⁶⁷ Zum anderen sollte man sich auf die Vorgabe von Grundmustern beschränken und allzu detaillierte Pläne weder fordern noch erwarten. Zu den Grenzen des Machbaren könnten die – freilich noch ausstehenden – britischen Erfahrungen wertvolle Erkenntnisse liefern. Die Verpflichtung zur Schaffung leicht auflösbarer Konzernstrukturen ist dadurch nicht ausgeschlossen.⁶⁸

D. Thesen und Empfehlungen

I. Finanzmarktregulierung im Allgemeinen

1. Auch im Gefolge der Krise muss sich Finanzmarktregulierung darauf beschränken, die Funktionsbedingungen der Märkte zu garantieren. Eine Überregulierung ist zu vermeiden.
2. Eine verstärkte internationale Zusammenarbeit ist auf allen Ebenen anzustreben. Europäische Richtlinien sollten im Regelfall Eins-zu-Eins umgesetzt werden (kein „gold plating“).
3. Die Legitimation internationaler Standards ist zu verbessern. Die Anforderungen dürfen aber nicht so bemessen sein, dass deutsche Interessen dadurch kein Gehör mehr finden.

II. Corporate Governance von Banken

1. Allgemeines

a) Es ist eine Tendenz zu erkennen, im Gefolge der Finanzkrise die allgemeinen Corporate-Governance-Anforderungen zu verschärfen. Diese Tendenz ist bedenklich. Es muss weiter zwischen den allgemeinen Anforderungen und denjenigen des regulierten Sektors unterschieden werden.

b) Die Erwägung, analog zum Deutschen Corporate Governance Kodex einen Bankenkodex zu entwickeln, ist vorerst nicht zu verfolgen, sollte aber als rechtspolitische Option offen bleiben. Bejahendenfalls sollte ein solcher Kodex auf nationaler Ebene installiert werden.

⁶⁶ Berechtigte Zweifel bei *Bundesverband deutscher Banken* (Fn. 55), S. 14.

⁶⁷ Darüber besteht Konsens, vgl. *Hellwig*, Gutachten E 55 („eine der wichtigsten Reformaufgaben überhaupt“); *Zimmer*, Gutachten G 55 („international konzertiertes Vorgehen erforderlich“); *Spindler*, AG 2010, 601, 616 f.; *Bundesverband deutscher Banken* (Fn. 55), S. 30 ff. (mit konkreten Vorschlägen).

⁶⁸ Kritisch aber *Bundesverband deutscher Banken* (Fn. 55), S. 14.

2. Aufsichtsrat

a) Eine Absenkung der Höchstzahl von Bank-Aufsichtsratsmandaten von derzeit fünf auf drei erscheint vorerst nicht geboten. Jedoch sollte festgelegt werden, dass dem Aufsichtsrat eine bestimmte Zahl unabhängiger Mitglieder angehören muss. Eine Frauenquote für Bankaufsichtsräte bzw. –geschäftslösungen ist abzulehnen.

b) Die Informationsversorgung von Bankaufsichtsräten ist zu verbessern. Die für Compliance, Risikomanagement und Interne Revision verantwortlichen Mitarbeiter sollten bei Bedarf ohne Beteiligung der Geschäftsleitung direkt an den Aufsichtsrat berichten, dieser direkt bei diesen Mitarbeitern Auskünfte einholen dürfen. Aufsichtsräte von Instituten sollten zudem verpflichtet werden, einen Risikoausschuss zu bilden.

3. Risikomanagement und Compliance

a) Die Position eines Chief Risk Officers (CRO) auf Ebene der Geschäftsleitung und die Einrichtung eines Risikoausschusses im Aufsichtsrat sollten verbindlich vorgeschrieben werden. Dem Risikomanagement muss daneben eine unabhängigere Stellung verschafft werden.

b) Konzernweite Compliance und Informationsversorgung darf nicht an der Gesellschaftsgrenze halt machen. Der Vorrang des Aufsichtsrechts vor dem Verbandsrecht ist im KWG klarzustellen.

4. Vergütung

Eine weitere Verschärfung der Vergütungsvorgaben ist derzeit nicht angezeigt. Die Rückforderung bereits ausgezahlter Boni sollte nur in krassen Fällen verlangt werden dürfen.

5. Haftung

Eine Verschärfung der zivilrechtlichen Haftungsstandards ist nicht nötig. Verbessert werden sollte die Rechtsdurchsetzung. Über die geplante Verjährungsverlängerung muss allerdings noch einmal nachgedacht werden. Auch ein spezieller Straftatbestand ist nicht angezeigt. Der im Kernstrafrecht angesiedelte Untreuetatbestand ist genügend, aber auch erforderlich.

III. Restrukturierung („Bankeninsolvenz“)

1. Der Entwurf eines Restrukturierungsgesetzes der Bundesregierung ist grundsätzlich zu begrüßen. Zu befürworten ist insbesondere die darin vorgesehene Möglichkeit der zwangsweisen Ausgliederung von Vermögensteilen auf ein Brückeninstitut („good bank“).

2. Ergänzt werden sollte das Instrumentarium um die Verpflichtung zur Erstellung eines sog. Bankentestaments („living will“). Dabei dürfen die Anforderungen an die Institute nicht überspannt werden. Eine internationale Abstimmung ist unbedingt anzustreben.

3. Als zusätzliche Restrukturierungsoption sollte die hoheitliche Übertragung von Anteilen an einem Finanzinstitut gegen Entschädigung zur Verfügung stehen.

