

(Unbeabsichtigtes) Gold Plating des CRD-IV-Umsetzungsgesetzes führt zu schlechterer Corporate Governance.

Gold Plating bei der Umsetzung der CRD-IV-Richtlinie schließt Industriekonzerntorstände von der Beteiligung in Aufsichtsräten der Banken aus – Entspricht das dem Geist der Bankenregulierung?

Zusammenfassung

Das Deutsche Aktieninstitut sieht mit Besorgnis die Entwicklungen im Bereich der Finanzmarktregulierung hinsichtlich ihrer (ungewollten) Auswirkungen auf Industrieunternehmen. Ein aktuelles Beispiel für den unreflektierten Umgang seitens der EU hiermit ist die indirekte Pflicht für Industrieunternehmen, eine Maximalbegrenzung für Vorstandsvergütungen vorzusehen. Dies plant die EU-Kommission im Rahmen der Änderung der Aktionärsrechterichtlinie. Unseres Erachtens fehlt der EU-Kommission hierfür angesichts des Subsidiaritätsgrundsatzes die Kompetenz. Dies muss immer noch den nationalen Gesetzgebern überlassen werden und wird im Übrigen derzeit in Deutschland auch schon durch den Deutschen Corporate Governance Kodex erfasst. Da jedoch im Zuge der Finanzkrise umfangreiche Vorgaben für Finanzinstitute eingeführt wurden, sieht man sich in der EU offensichtlich eines Begründungszwangs für weniger einschneidende Vorgaben für Industrieunternehmen enthoben. Grundsätzlich sollte die Bundesregierung sich der europäischen Tendenz bewusst sein, dass über das Aufsichtsrecht das Gesellschaftsrecht für die Adressaten der Bankenregulierung verändert wird – manchmal mit ungerechtfertigter Ausstrahlungswirkung für Unternehmen außerhalb des Bankensektors.

Wir regen daher dringend an, mehr darauf zu achten, dass die EU-Vorgaben so weit wie möglich mit dem Gesellschaftsrecht kompatibel sind und sie ggf. besser aufeinander abzustimmen. Zudem sollten Unternehmen mit dualistischer Verfassung von Vorstand und Aufsichtsrat nicht schlechter gestellt werden, als diejenigen mit monistischer Struktur. Grundsätzlich sollten auch nur Pflichten auferlegt werden, die die Adressaten mit den ihnen zur Verfügung stehenden rechtlichen Mitteln, z.B. des Arbeits- oder Gesellschaftsrechts, erfüllen können. Zweifelsfälle im KWG sind hier z.B. Eingriffe in bestehende Arbeitsverträge oder Sicherstellungspflichten in Gruppen. **Kontraproduktiv sind jedenfalls Verschärfungen gegenüber den EU-Vorgaben, die im CRD-IV-Umsetzungsgesetz vorgenommen wurden. Das Deutsche Aktieninstitut geht davon aus, dass es sich hierbei jedoch – wie bei den anderen im Referentenentwurf vorgesehenen Änderungen – auch um Redaktionsversehen handelt.**

Zudem sind durch Änderungen in der Regulierungsstruktur Unklarheiten entstanden, die beseitigt werden sollten. Nunmehr verweist oder verlagert das KWG oftmals Inhalte auf die CRD IV-Verordnung, wo früher eigene Definitionen oder Verweisungsketten vorlagen. Hierdurch gibt es im Rahmen eines so umfangreichen Gesetzeswerks natürlich Reibungsverluste. Das Deutsche Aktieninstitut geht davon aus, dass hierbei vieles unbeabsichtigt geändert wurde bzw. jetzt mit Unklarheiten behaftet ist. Denn es ist nicht ersichtlich, dass

Änderungen der bisherigen Rechtslage aufgrund des EU-Regimes oder politischer Erwägungen erforderlich waren.

Die angeregten Klarstellungen sind v.a.:

- Die Umsetzung der auf einer monistischen Unternehmensstruktur beruhenden CRD IV in das dualistische nationale System führt zu einer möglicherweise so nicht beabsichtigten Schlechterstellung der nationalen Unternehmen. Zur Vermeidung dieses Standortnachteils bei der Suche nach qualifiziertem Aufsichtsratspersonal sollte die nationale Umsetzung auf die EU-Vorgabe zurückgeführt werden.
Mandatsbegrenzung: Industrievorstände können aufgrund der erforderlichen Wahrnehmung von Aufsichtsratsmandaten im eigenen Konzern künftig faktisch nicht mehr Mitglieder in Aufsichts- oder Verwaltungsräten von Banken sein. Dies ergibt sich aus einer Verschärfung gegenüber der CRD-IV-Richtlinie der EU. Dies dürfte nicht beabsichtigt sein, denn das würde als gesetzgeberische Hürde nicht die gute Corporate Governance fördern. Stichworte hierfür sind: Diversität versus „Monokultur“ in Banken.
- Definition Finanzholding: Es sollte eine Klarstellung eingefügt werden, dass eine Finanzholding-Gesellschaft nur besteht, wenn mindestens ein Tochterunternehmen ein CRR-Institut ist.
- Definition Tochterunternehmen: Es sollte klargestellt werden, dass Tochterunternehmen nach Art. 4 Abs. 16 der CRR i.V.m. Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 83/349/EWG auch Unternehmen sind, die gem. § 290 Abs. 2 HGB als Tochterunternehmen gelten.

1 Anforderungen an das Verwaltungs- oder Aufsichtsorgan (§ 25d KWG): Beschränkung der Anzahl der Kontrollmandate

Nach Auffassung des Deutschen Aktieninstituts ist es gerade nicht Ziel der Bankenregulierung, dass sich die Finanzindustrie von realwirtschaftlichen Anforderungen loslöst. Vielmehr sollte im Bankaufsichtsrat immer auch der Blick von außen vertreten sein. Dies wird in der Corporate-Governance-Diskussion auch unter den Stichworten „Vielfalt“, „Diversität“ oder „Gruppendenken“ behandelt. Nach Auffassung des Aktieninstituts fördert dies die Diskussionskultur und Sichtweisen im Kontrollgremium.

Dies wird jedoch erschwert. Aktive Industrievorstände werden künftig keine Mandate mehr in Instituten wahrnehmen können, da es zur verantwortlichen Konzernleitung gehört, auch Aufsichtsmandate in ihren Konzerntöchtern wahrzunehmen. Diese werden jedoch im Gegensatz zu Mandaten in Finanzinstitutsgruppen nicht privilegiert, so dass die zulässige Mandatszahl regelmäßig überschritten werden wird.

Die sich mit der vorliegenden Gesetzesfassung aufdrängende politische Aussage, dass Banken und Industrie streng getrennt gehalten werden sollen, entspricht nach Auffassung des Deutschen Aktieninstituts nicht dem Geist der Regulierung (siehe allein Erwägungsgrund 60 der CRD IV zum Gruppendenken).

Gleiches gilt für die in der nationalen Umsetzung angelegte Benachteiligung der dualistischen Unternehmensstruktur gegenüber dem monistischen System.

Im Einzelnen:

I. Gruppe

Künftig darf nur Aufsichts- bzw. Verwaltungsrat eines Instituts, einer Finanzholding-Gesellschaft oder einer gemischten Finanzholding-Gesellschaft sein, der nicht mehr als zwei Aufsichtsratsmandate mit seiner Geschäftsführerposition kombiniert oder der bereits in mehr als drei anderen Unternehmen Mitglied des Verwaltungs- oder Aufsichtsrates ist. Eine Ausnahme bilden nach § 25d Abs. 3 S. 2 KWG Konzernmandate:

„Mehrere Mandate gelten als ein Mandat, wenn die Mandate bei *Organisationen und* Unternehmen wahrgenommen werden,

1. die derselben Institutsgruppe, Finanzholding-Gruppe oder gemischten Finanzholding-Gruppe angehören,

2. die demselben institutsbezogenen Sicherungssystem angehören oder
3. an denen das Institut eine bedeutende Beteiligung hält.“

Diese sehr bedeutende Ausnahme ist der CRD-IV-Richtlinie entnommen. Dabei wurde jedoch in einem entscheidenden Punkt von dem Wortlaut der CRD-IV-Richtlinie abgewichen: Dort heißt es nicht „Institutsgruppe“, sondern „Gruppe“.¹

Artikel 91 Abs. 3 der CRD-IV-Richtlinie lautet:

„Für die Zwecke des Absatzes 3 gelten als ein einziges Mandat:

a) Leitungs- oder Aufsichtsmandate innerhalb derselben Gruppe, ...“

Die CRD IV hat also berücksichtigt, dass es auch in Finanzkonzernen für die Konzernleitung erforderlich ist, mehrere Mandate in Tochtergesellschaften auszuüben. Jedoch werden dort Gruppen von nicht der Bankenaufsicht unterliegenden Gesellschaften in den Wortlaut mit eingeschlossen. Aus dem Regulierungszusammenhang ergibt sich keinesfalls, dass ausschließlich Institutsgruppen gemeint sind. Es heißt an verschiedenen Stellen: „Gruppen von Kreditinstituten“ oder „Bankengruppe“ (Erwägungsgrund 13 und 16) „Gruppe von Instituten“ z.B. Art. 113 Abs. 1 (a). Wichtiger noch – auch „**Unternehmensgruppen**“ werden erwähnt, bei denen ein Kreditinstitut bzw. Wertpapierfirma lediglich Teil der Gruppe ist (Erwägungsgrund 48).

Damit stellt sich die deutsche Umsetzung als Verengung des Ausnahmetatbestands dar, also ein sog. „Gold Plating“ und führt im Ergebnis dazu, dass ein Vorstand eines Industriekonzerns nur zwei Aufsichtsratsmandate wahrnehmen darf, wenn er gleichzeitig im Aufsichtsrat eines Instituts i.S.d. § 25d Abs. 3 S. 1 KWG vertreten ist.

Dies erscheint auf den ersten Blick wegen des Zeitaufwands einleuchtend. Jedoch erfordert eine verantwortungsvolle Konzernleitung, dass der Vorstand auch in Aufsichtsräten weiterer Tochtergesellschaften sitzt. Dies wird im Rahmen der aktienrechtlichen Gesetzgebung auch damit begründet, dass es lediglich ein Reflex der Unternehmensstruktur sei, ob Unternehmensbereiche als unselbständige

¹ Auch der Bundesrat hatte am 22.10.2012 für eine 1:1-Umsetzung der Vorschrift plädiert, allerdings hinsichtlich anderer Adressaten. Er befürchtete eine Benachteiligung „dezentraler Institutsgruppen (Genossenschaftsbanken und Sparkassen): „Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren die auf europäischer Ebene derzeit noch nicht abschließend verhandelten Bestimmungen zur Begrenzung von Mandaten in Verwaltungs- oder Aufsichtsorganen "1:1" in nationales Recht umzusetzen und eine Benachteiligung von Mandaten in dezentralen Institutsgruppen gegenüber Mandaten innerhalb eines Konzerns zu vermeiden,“ BR-Drs. 510/2/12.

Abteilungen oder als Tochtergesellschaften vom Vorstand zu überwachen sind.² Ob Konzerntochter oder Unterabteilung: Der Aufwand ist ähnlich. Interne Mandate sind daher nicht vergleichbar aufwendig wie externe Mandate. § 100 Abs. 1 Nr. 1 AktG erlaubt bis zu 10 Aufsichtsratsmandate. Nach Abs. 2 Satz 2 AktG sind bis zu fünf Konzernmandate hierauf nicht anzurechnen. Auch der Deutsche Corporate Governance Kodex, der empfiehlt, weit weniger Mandate zu kumulieren, berücksichtigt die Erfordernisse der Konzernlenkung (vgl. Ziff. 5.4.5).

Der Auffangtatbestand, der besagt, dass Aufsichts- oder Verwaltungsräte ihren Aufgaben ausreichend Zeit widmen müssen, bleibt im Übrigen wie auch bei dem bisherigen Ausnahmetatbestand unberührt. Die dem AktG unterliegenden Personen müssten außerdem immer noch die Mandatszahlbegrenzung des § 100 AktG beachten. Kein ausreichendes Signal des Gesetzgebers ist es jedoch, es bei der Regelung zu belassen, dass die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) Einzelfallentscheidungen über zulässige Mandate treffen kann. Dies würde die ungerechtfertigte Ungleichbehandlung von Industriekonzerntatbeständen und Finanzkonzerntatbeständen nicht aufheben.

Die Wichtigkeit der Durchlässigkeit verdeutlicht sich auch beispielsweise bei der Anforderung eines unabhängigen Finanzexperten nach §§ 107 Abs. 4, 100 Abs. 5 AktG, § 264d HGB. Viele Institute sind kapitalmarktorientierte Kapitalgesellschaften und müssen daher wie andere Aktiengesellschaften auch mindestens ein unabhängiges Aufsichtsratsmitglied haben, das über Sachverstand auf den Gebieten Rechnungslegung oder Abschlussprüfung verfügt. Die Voraussetzungen hierfür werden regelmäßig durch die Finanzvorstände anderer Unternehmen erfüllt.

Dass die Vorschrift auch hinsichtlich anderer Gruppen zu eng ist, zeigt auch das Beispiel „BVV“. Es gibt drei rechtlich selbständige Versorgungsträger:

- BVV Versicherungsverein des Bankgewerbes a.G.
- BVV Versorgungskasse des Bankgewerbes e.V.
- BVV Pensionsfonds des Bankgewerbes AG

Alle drei Unternehmen haben einen Aufsichtsrat, der sich aus denselben Personen zusammensetzt. Viele Mitglieder des Aufsichtsrats sind Vorstandsmitglieder von Instituten. Nach einer engen Auslegung von § 25c Abs. 2 S. 2 Nr. 1 KWG wären die Mandate in den BVV-Unternehmen, die als Versicherungsunternehmen einzustufen sind, als 3 Mandate anzusehen. Da aber Vorstandsmitglieder von Instituten nach § 25c Abs. 2 S. 1 Nr. 2 KWG nur zwei Aufsichtsratsmandate haben dürfen, wäre es unmöglich, in die Gremien von BVV weiterhin ein Vorstandsmitglied eines Instituts zu senden.

² Begründung des Regierungsentwurfs des Gesetzes zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG), BT-Drs. 13/9712, S. 16.

II. Rechenregel im dualistischen System

Das Regime der CRD IV basiert auf dem monistischen System, in dem zwischen Leitungs- oder Aufsichtsmandaten nicht grundlegend differenziert wird. Entsprechend differenziert die Rechenregel der CRD IV auch nicht zwischen Leitungs- oder Aufsichtsmandaten. Beide gelten gleichermaßen als ein einziges Mandat, wenn die in der Vorschrift genannten Voraussetzungen vorliegen. Demgegenüber ist in der nationalen Umsetzung durch die Aufspaltung der Richtlinienvorgabe in zwei unterschiedliche Paragraphen, in § 25c für Vorstandsmandate und in § 25d für Aufsichtsratsmandate auch die Rechenregel gespalten. Der nationale Gesetzgeber hat sich in der Begründung ausdrücklich gegen eine sog. „Überkreuz-Herunterrechnung“ verschiedener Arten von Mandaten ausgesprochen.³ Dies führt in der Umsetzung zu einer Schlechterstellung der dualistisch organisierten Gesellschaften, die stärkeren Beschränkungen bei der Auswahl geeigneter Kandidaten für ihre Aufsichtsratsmandate unterliegen.

Diese Schlechterstellung ist weder richtlinienkonform noch nach dem Schutzzweck des Normgedankens erforderlich. Wie bereits im Zusammenhang mit dem Gruppenbegriff ausgeführt, muss es zur Wahrnehmung der Konzernsteuerungsfunktion möglich sein, Mandate bei nachgelagerten Unternehmen auszuüben. Hierbei ist es lediglich eine Frage der Art und Weise, jedoch weniger des erhöhten Zeitaufwandes, ob die Konzernsteuerung über Aufsichtsratsmandate und/oder Vorstandsmandate in nachgelagerten Unternehmen ausgeübt wird oder einzelne Geschäftszweige nicht als selbständige Töchter, sondern als unselbständige Unternehmensteile organisiert sind. Die Richtlinie berücksichtigt dies, indem sie im Rahmen der Rechenregel nicht zwischen Leitungs- oder Aufsichtsmandaten differenziert. Die Geschäftsleitertätigkeit muss es ermöglichen, in allen Konzernunternehmen Leitungs- oder Aufsichtsmandate wahrzunehmen. Dabei macht es außerdem keinen Unterschied, welcher Branche die nachgeordneten Unternehmen angehören. Zur Vermeidung einer Schlechterstellung der in Deutschland überwiegend dualistisch organisierten Unternehmen ist die nationale Regel auf die europäische Vorgabe zurückzuführen.

Des Weiteren ist klarzustellen, in welcher Rangfolge die nationalen Regeln zur Höchstzahl der Aufsichtsratsmandate eines Vorstandes in § 25c KWG und zur Höchstzahl der Aufsichtsratsmandate von Aufsichtsratsmitgliedern in § 25d KWG zueinander stehen. Es ist davon auszugehen, dass § 25c KWG als Regelung des Geschäftsleiters *lex specialis* zu § 25d KWG ist. Hier sollte eine Klarstellung zur Vermeidung von Zweifelsfällen erfolgen. Unterschiedliche Ergebnisse können z.B. dann entstehen, wenn ein Geschäftsleiter eines beaufsichtigten Instituts noch weitere Aufsichtsratsmandate innerhalb seiner Institutsgruppe wahrnimmt (z.B. fünf Mandate) und daneben gem. § 25c KWG zulässigerweise zwei weitere Aufsichtsratsmandate bei institutsgruppenfremden Unternehmen. Dies ist nach

³ BT-Drs. 17/10974, S. 87.

§ 25c KWG auch dann zulässig, wenn es sich bei einem oder beiden der institutsgruppenfremden Unternehmen auch wiederum um beaufsichtigte Institute handelt.

Nähme man keinen Vorrang von § 25c KWG an, könnte bei derselben Person nach § 25d KWG die gleiche Mandatsanzahl unzulässig sein, da nach § 25d KWG insgesamt maximal vier Aufsichtsratsmandate zulässig sind und die in § 25d KWG enthaltene Rechenregel vordergründig nur auf das Institut, bei dem das Aufsichtsratsmandat besteht, gerichtet zu sein scheint. Richtigerweise können die nach § 25c KWG zulässigen Mandate nicht nach § 25d KWG unzulässig sein. Die gesetzgeberische Wertung, die beiden Vorschriften zugrunde liegt, ist dieselbe und darf nicht unterschiedliche Ergebnisse auslösen. Sonst läge hierin eine (weitere) Benachteiligung der dualistisch organisierten Gesellschaften gegenüber der EU-Vorgabe. Eine entsprechende Regelung zur Rangfolge beider Normen sollte in dem Gesetz aufgenommen werden.

III. Bedeutende Institute

Zudem sind die detaillierten Anforderungen bei der Mandatskombination in der CRD IV nur auf bedeutende Institute beschränkt. Dies wurde ebenfalls ausgeweitet.

Artikel 91 Abs. 3 der CRD-IV-Richtlinie lautet:

„Bei der Zahl der Leitungs- oder Aufsichtsmandate, die ein Mitglied des Leitungsorgans gleichzeitig innehaben kann, sind der Einzelfall und die Art, der Umfang und die Komplexität der Geschäfte des Instituts zu berücksichtigen. **Ist das Institut aufgrund seiner Größe, seiner internen Organisation und der Art, des Umfangs und der Komplexität seiner Geschäfte von erheblicher Bedeutung, dürfen die Mitglieder seines Leitungsorgans – es sei denn, sie vertreten den Mitgliedstaat – ab dem 1. Juli 2014 gleichzeitig nur eine der folgenden Kombinationen von Mandaten innehaben (...)**“

Das Deutsche Aktieninstitut regt an, diese Regelung eins zu eins umzusetzen. Für die übrigen Institute gilt dann die allgemeine Anforderung entsprechend Artikel 91 Abs. 2, wonach alle Mitglieder des Leitungsorgans für die Erfüllung ihrer Aufgaben in dem Institut ausreichend Zeit aufwenden.

IV. Das Deutsche Aktieninstitut schlägt daher folgende Änderungen vor:

§ 25d Abs. 3 S. 1 KWG:

„Mitglied des Verwaltungs- oder Aufsichtsorgans eines Instituts, von dem auf Grund einer von der Bundesanstalt vorgenommenen Beurteilung nach § 48b Absatz 3 eine Systemgefährdung ausgeht, im Fall einer Finanzholding-Gesellschaft oder gemischten Finanzholding-Gesellschaft nur, wenn diese nach § 10a Absatz 2 Satz 2 oder 3 oder §10b Absatz 3 Satz 8 als übergeordnetes Unternehmen bestimmt worden ist, kann nicht sein, (...).

§ 25d Abs. 3 S. 2 KWG:

Mehrere Geschäftsleitungs- und/oder Aufsichtsratsmandate gelten als ein Mandat, wenn die Mandate bei Unternehmen wahrgenommen werden,

- 1. die derselben Gruppe angehören,**
- 2. die demselben institutsbezogenen Sicherungssystem angehören oder**
- 3. an denen ein anderes Unternehmen, bei dem ebenfalls ein Mandat wahrgenommen wird, eine bedeutende Beteiligung hält.“**

§ 25c ist gegenüber § 25d vorrangig.

§ 25d Abs. 3 S. 4 KWG wäre entsprechend anzupassen und ebenfalls nur auf „Gruppen“ zu beziehen.

§ 36 Abs.3 Nr. 6-9 KWG wären dementsprechend anzupassen.

2 Anforderungen an Geschäftsleiter (§ 25c KWG): Doppelmandate

Die Umsetzung des Artikel 91 CRD IV ist hinsichtlich Geschäftsführungsmehrmandaten unklar. Dass Geschäftsleiter gerade im Finanzbereich mehrere Mandate haben, ist nichts Ungewöhnliches. Dies nimmt die CRD IV auch auf und lässt dies in Institutsgruppen zu:

I. Geschäftsführungsmehrmandate

Nach Art. 91 Abs. 4 a) CRD IV gelten Leitungs- oder Aufsichtsmandate innerhalb derselben Gruppe als ein Mandat. Das bringt klar zum Ausdruck, dass auch mehrere Leitungsmandate möglich sind, und ggf. als ein Mandat gelten. Die deutsche Umsetzung ist hier weniger klar. § 25c Abs. 2 KWG-E lautet:

„Geschäftsleiter kann nicht sein,

1. wer in demselben Unternehmen Mitglied des Verwaltungs- oder Aufsichtsorgans ist *oder*
2. wer in einem anderen Unternehmen Geschäftsleiter ist oder bereits in mehr als zwei ~~weiteren~~ Unternehmen Mitglied des Verwaltungs- oder Aufsichtsorgans ist.
Dabei gelten im Sinne von Satz 1 Nummer 2 mehrere Mandate als ein Mandat, wenn die Mandate bei Unternehmen wahrgenommen werden,
 1. die derselben Institutsgruppe, Finanzholding-Gruppe oder gemischten Finanzholding-Gruppe angehören,
 2. die demselben institutsbezogenen Sicherungssystem angehören oder
 3. an denen das Institut eine bedeutende Beteiligung hält.“

Die Ausnahmen des Satzes 2 scheinen sich nur auf Aufsichtsratsmandate zu beziehen. Das Deutsche Aktieninstitut geht davon aus, dass es sich um ein Redaktionsversehen handelt und regt eine Klarstellung an.

II. Gruppe

Auch bei Vorstandsdoppelmandaten ergibt sich jedoch infolge eines Gold Plating eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung von Institutsgruppen und gemischten Konzernen.

Wie bei den Aufsichtsratsmandaten auch, wird der Begriff „Gruppe“ aus Art. 91 CRD IV eingeschränkt. Wie bereits unter 1. dargelegt, ist diese Umsetzung strenger als die der EU-Vorgabe. Das Gegenteil müsste jedoch der Fall sein: Wenn

Doppelmandate nach § 25 c Abs. 2 S. 1 KWG innerhalb von Institutsgruppen zulässig sind, müssten diese doch erst Recht in einem Bereich zulässig sein, der aufgrund seiner Struktur weniger Aufsicht bedarf, also z.B. im Industriekonzern, dem eine der Aufsicht unterliegende Tochter angehört.

III. Bedeutende Institute

Wie bereits angemerkt, sind auch hier die detaillierten Anforderungen bei der Mandatskombination in der CRD IV auf bedeutende Institute beschränkt. Dies wurde ebenfalls ausgeweitet. Das Deutsche Aktieninstitut regt auch hier an, diese Regelung eins zu eins umzusetzen. Dies würde auch das sinnvolle Proportionalitätsprinzip wahren, wonach die gesetzlichen Anforderungen nach Größe, Komplexität des Geschäfts und der Organisation zu differenzieren sind.

IV. Das Deutsche Aktieninstitut regt daher folgende Änderung des § 25 c Abs. 2 KWG an:

„Geschäftsleiter eines Instituts, von dem auf Grund einer von der Bundesanstalt vorgenommenen Beurteilung nach § 48b Absatz 3 eine Systemgefährdung ausgeht, kann nicht sein, (...).

Dabei gelten im Sinne von Satz 1 Nummer 2 mehrere Geschäftsleiter- und/oder Aufsichtsratsmandate als ein Mandat, wenn die Mandate bei Unternehmen wahrgenommen werden,

1. die derselben Gruppe angehören,
2. die demselben institutsbezogenen Sicherungssystem angehören oder
3. an denen ein anderes Unternehmen, bei dem ebenfalls ein Mandat wahrgenommen wird, eine bedeutende Beteiligung hält.“

§ 25c Abs. 2 S. 4 KWG wäre entsprechend anzupassen und ebenfalls nur auf „Gruppen“ zu beziehen.

3 Definition Finanzholding

Das CRD-IV-Umsetzungsgesetz hat wahrscheinlich unbeabsichtigt Unklarheiten bezüglich der Definition einer Finanzholding geschaffen. Diese sollten im Zuge des vorliegenden Gesetzentwurfs beseitigt werden: In § 1 Abs. 35 KWG oder § 1a KWG sollte eine Klarstellung eingefügt werden, dass eine Finanzholding-Gesellschaft nur besteht, wenn mindestens ein Tochterunternehmen ein CRR-Institut ist.

Im Einzelnen:

In § 1 Abs. 3a S. 1 KWG a.F. wurden Finanzholdinggesellschaften definiert als „Finanzunternehmen, E-Geld-Institute und Zahlungsinstitute, die keine gemischten Finanzholding-Gesellschaften sind und deren Tochterunternehmen ausschließlich oder hauptsächlich Institute, Finanzunternehmen, E-Geld-Institute oder Zahlungsinstitute sind *und die mindestens ein Einlagenkreditinstitut oder ein Wertpapierhandelsunternehmen zum Tochterunternehmen haben.*“

Nach der derzeit geltenden Definition in Art. 4 Abs. 1 (20) CRR, die auch für das KWG gilt (vgl. § 1 Abs. 35 KWG), ist eine Finanzholding-Gesellschaft ein „Finanzinstitut, das keine gemischte Finanzholdinggesellschaft ist und dessen Tochterunternehmen ausschließlich oder hauptsächlich Institute oder Finanzinstitute sind, wobei mindestens eines dieser Tochterunternehmen ein Institut ist“. Institute sind nach Art. 4 Abs. 1 (3) CRR Kreditinstitute oder Wertpapierfirmen bzw. in der Terminologie des KWG CRR-Kreditinstitute oder CRR-Wertpapierfirmen, zusammen CRR-Institute, § 1 Abs. 3d KWG.

Allerdings stellt § 1a KWG sonstige Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute den CRR-Instituten in vielen Bereichen gleich. Auch § 10a Abs. 1 Sätze 1 bis 3 KWG strebt eine solche Gleichstellung im Hinblick auf Institutsgruppen, Finanzholding-Gruppen und gemischte Finanzholding-Gruppen an. Dies zeigt auch die vorgesehene Ergänzung in § 10a Abs. 1 S. 3 KWG des vorliegenden Gesetzentwurfs.

Es besteht daher die Gefahr, dass - anders als nach altem Recht - eine Finanzholding-Gesellschaft bereits angenommen wird und damit § 10a KWG eingreift, wenn dem übergeordneten Unternehmen allein Institute nachgeordnet sind, die keine CRR-Institute sind (beispielsweise Leasing-Gesellschaften).

Der Gesetzgeber wollte aber den Anwendungsbereich des § 10a KWG nicht erweitern. Dies zeigt sich u.a. in § 10a Abs. 1 S. 8 KWG und der Gesetzesbegründung des vorliegenden Entwurfs betreffend Institutsgruppen. Um

einen Gleichlauf mit dem bisherigen Recht sicher zu stellen, sollte daher die vorgeschlagene Klarstellung erfolgen.

Formulierungsvorschlag des Deutschen Aktieninstituts:

„Eine Finanzholding-Gesellschaft besteht nur, wenn mindestens eine der Tochtergesellschaften ein CRR-Institut ist; § 1a KWG ist insoweit nicht anwendbar.“

4 Definition Tochterunternehmen

Das CRD-IV-Umsetzungsgesetz hat zudem wahrscheinlich ungewollt zu Unklarheiten bezüglich der Definition von Tochterunternehmen geführt. In § 1 Abs. 35 KWG sollte eine Klarstellung eingefügt werden, dass Tochterunternehmen nach Art. 4 Abs. 16 der CRR i.V.m. Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 83/349/EWG auch Unternehmen sind, die gem. § 290 Abs. 2 HGB als Tochterunternehmen gelten.

Im Einzelnen:

Für den Begriff des Tochterunternehmens und damit die Anwendbarkeit der Konzernausnahme für das Erbringen von Finanzdienstleistungen und das Betreiben von Bankgeschäften in den §§ 2 Abs. 1 Nr. 7 und Abs. 6 Nr. 5 KWG verwies das KWG a.F. in § 1 Abs. 7 KWG auf § 290 HGB:

„Tochterunternehmen sind Unternehmen, die als Tochterunternehmen im Sinne des § 290 HGB gelten oder auf die ein beherrschender Einfluss ausgeübt werden kann, ohne dass es auf die Rechtsform und den Sitz ankommt (Zweckgesellschaften).“

Durch das Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz wurden die Zweckgesellschaften in § 290 HGB Abs. 2 Nr. 4 HGB aufgenommen:

„Beherrschender Einfluss eines Mutterunternehmens besteht stets, wenn es bei wirtschaftlicher Betrachtung die Mehrheit der Chancen und Risiken eines Unternehmens trägt, das zur Erreichung eines eng begrenzten und genau definierten Ziels des Mutterunternehmens dient.“

Nach herrschender Meinung können zu diesen Zweckgesellschaften Treuhandgesellschaften zählen, auf die die Deckungsmasse von Pensionsverpflichtungen und/oder Verpflichtungen auf Grund von Altersteilzeitmodellen ausgelagert und die in der Regel als rechtlich selbständige Vereine oder GmbHs organisiert sind. Gleiches gilt für Pensionsfonds oder Unterstützungskassen. Mutter- oder Schwestergesellschaften, die für diese Gesellschaften z.B. Finanzdienstleistungen erbracht haben, konnten sich daher auf die Konzernausnahme berufen.

§ 1 Abs. 35 KWG n.F. verweist hinsichtlich der Definition der Tochtergesellschaften nunmehr auf Art. 4 Abs. 16 der CRR, welcher wiederum auf Art. 1 der Richtlinie 83/349/EWG verweist. In Art. 1 Abs. 1 sind die Zweckgesellschaften nicht ausdrücklich erwähnt. Art. 1 Abs. 2 sieht allerdings vor, dass die Mitgliedstaaten über die in Abs. 1 genannten Fälle hinaus, die Aufstellung eines konsolidierten

Abschlusses vorschreiben können, wenn [...] das Mutterunternehmen tatsächlich einen beherrschenden Einfluss auf das Tochterunternehmen ausübt.

Dies ist aus unserer Sicht so auszulegen, dass die Fälle des § 290 Abs. 2 HGB unter diesen Art. 1 Abs. 2 zu subsumieren sind, denn § 290 HGB betrifft gerade die Pflicht zur Aufstellung eines Konzernabschlusses und in § 290 Abs. 2 HGB heißt es „Beherrschender Einfluss besteht stets, wenn ...“

Demnach können Muttergesellschaften, die Finanzdienstleistungen für Zweckgesellschaften gem. § 290 Abs. 2 Nr. 4 HGB erbringen, weiterhin von der aufsichtsrechtlichen Konzernausnahme Gebrauch machen. Das Ergebnis ist auch sachgerecht, da ein Bedürfnis für eine Beaufsichtigung in diesen Fällen nicht besteht. Die Pensionsgesellschaften verwalten (bis zum Sicherheitsfall) ausschließlich Vermögen der Muttergesellschaft.

Um Unklarheiten bei der Auslegung zu vermeiden, halten wir eine entsprechende Klarstellung für geboten.

Formulierungsvorschlag des Deutschen Aktieninstituts:

„Tochterunternehmen nach Art. 4 Abs. 16 der CRR i.V.m. Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 83/349/EWG sind auch Unternehmen, die gem. § 290 Abs.2 HGB als Tochterunternehmen gelten.“

5 Weiterer Klarstellungsbedarf

I. Übergangsregelungen zur Umsetzung der Mandatsbeschränkungen

Im Hinblick auf die Übergangsregelungen zur Umsetzung der Mandatsbeschränkungen des § 64r Abs. 13 Satz 2 und Abs. 14 Satz 2 KWG sind Anpassungen vorzunehmen, da die Institute nach der Beurteilung der BaFin als „systemgefährdend“, einen gewissen zeitlichen Vorlauf benötigen, um fachlich geeignete Geschäftsleiter und Aufsichtsratsmitglieder auszuwählen und zu bestellen. Ohne eine angemessene Übergangsregelung müssten Geschäftsleiter und Aufsichtsratsmitglieder, die noch unter die Bestandsschutzregelung fallen, z.B. unmittelbar nach einer nach dem 1. Juli 2014 festgestellten Systemgefährdung durch die BaFin ihre Geschäftsleiter- und Aufsichtsratsmandate niederlegen, wenn durch den Wegfall des Bestandsschutzes die zulässige Höchstzahl der Geschäftsleiter- und Aufsichtsratsmandate überschritten werden würde, ohne dass hierbei sichergestellt wäre, dass kurzfristig die vakanten Positionen mit geeigneten Kandidaten besetzt werden können. Die vorgesehenen Übergangsregelungen sahen für Kreditinstitute, bei denen die BaFin eine Systemgefährdung festgestellt hat, faktisch bereits eine Vorlaufzeit von rund einem Jahr vor, wenn man von der Verabschiedung des Gesetzes bis zum 1. Juli 2014 rechnet. Die Übergangsregelung berücksichtigt leider nicht solche Fälle, bei denen zu einem späteren Zeitpunkt eine Systemgefährdung durch die BaFin festgestellt wird.

Das Deutsche Aktieninstitut regt daher folgende Änderungen des § 64r Abs. 13 Satz 2 und Abs. 14 Satz 2 KWG an:

„Für Kreditinstitute, von denen aufgrund einer von der Bundesanstalt vorgenommenen Beurteilung nach § 48b Absatz 3 eine Systemgefährdung im Sinne des § 48b Absatz 2 ausgehen kann, ist § 25c Absatz 2 ab dem 1. Juli 2014, frühestens aber zwölf Monate nach Bekanntgabe der Beurteilung durch die Bundesanstalt anzuwenden.

Für Kreditinstitute, von denen aufgrund einer von der Bundesanstalt vorgenommenen Beurteilung nach § 48b Absatz 3 eine Systemgefährdung im Sinne des § 48b Absatz 2 ausgehen kann, ist § 25d Absatz 3 ab dem 1. Juli 2014, frühestens aber zwölf Monate nach Bekanntgabe der Beurteilung durch die Bundesanstalt anzuwenden.“

II. Übernahme von Fortbildungskosten keine Vergütung

In der aktienrechtlichen Literatur wird teilweise davon ausgegangen, dass eine Kostentragungspflicht der Gesellschaft für Ausbildungsmaßnahmen nur in Betracht kommt, wenn die Satzung dies vorsieht oder die Hauptversammlung darüber beschließt (vgl. § 113 Abs. 1 S. 2 AktG). In § 25d Abs. 4 KWG ist nun explizit geregelt, dass Institute angemessene personelle und finanzielle Ressourcen einsetzen müssen, um den Aufsichtsratsmitgliedern die Einführung in ihr Amt zu erleichtern und die Fortbildung zu ermöglichen, die zur Aufrechterhaltung der erforderlichen Sachkunde notwendig ist. Es fragt sich, ob aus der neuen gesetzlichen Regelung eine Pflicht zur Übernahme sämtlicher Kosten für die Fortbildung der Aufsichtsratsmitglieder herzuleiten ist und/oder ob es möglich ist, hierfür ein bestimmtes Budget vorzusehen.

Es wäre hilfreich, wenn das KWG klarstellen würde, dass diese gesetzliche Anforderung dem Unternehmensinteresse dient und nicht der persönlichen Sphäre des Aufsichtsratsmitglieds zuzuordnen ist – m.a.W. dass diese Kosten nicht als Vergütung einzuordnen sind.

Das Deutsche Aktieninstitut schlägt folgende Ergänzung vor:

§ 25d Abs. 4 KWG

„Institute, Finanzholding-Gesellschaften und gemischte Finanzholding-Gesellschaften müssen angemessene personelle und finanzielle Ressourcen einsetzen, um den Mitgliedern des Verwaltungs- oder Aufsichtsorgans die Einführung in ihr Amt zu erleichtern und die Fortbildung zu ermöglichen, die zur Aufrechterhaltung der erforderlichen Sachkunde notwendig ist. Eine Übernahme von entsprechenden Kosten stellt keine Vergütung dar.“

III. Vergütungskontrollausschuss

Eine der Aufgaben des Vergütungskontrollausschusses ist es, die angemessene Ausgestaltung der Vergütungssysteme u.a. solcher Mitarbeiter zu überwachen, die einen wesentlichen Einfluss auf das Gesamtrisikoprofil des Instituts haben (§ 25d Abs. 12 S. 2 Nr.1 KWG n.F.). Eine ähnliche Formulierung (“key function holders”) ist in den “EBA-guidelines on the assessment of the suitability of members of the management body and key function holders” (EBA/GL/2012/06) enthalten.

Unklar ist, ob die „Mitarbeiter, die einen wesentlichen Einfluss auf das Gesamtrisikoprofil des Instituts haben“ mit den „key function holders“ gleichzusetzen sind und ob mit den sog. „Kontrolleinheiten“ (vgl. § 2 Abs. 9 Entwurf der InstitutsvergütungsVO) dasselbe gemeint ist. Darüber hinaus stellt sich generell die Frage, wie diese eher operative Tätigkeit in Bezug auf Mitarbeiter in das Kompetenzgefüge des AktG passt.

IV. Kontrolle der EMIR-Compliance im Rahmen der Abschlussprüfung (Art. 11 G-E zu § 123g VAG):

Die Gesetzesänderung wird zu einem Zeitpunkt in Kraft treten, zu dem die Abschlussprüfung des Jahresabschlusses 2013 für viele Unternehmen bereits beendet sein wird. Dies betrifft alle Unternehmen, deren Geschäftsjahr mit dem Kalenderjahr identisch ist.

Deshalb wäre eine Klarstellung wünschenswert, dass diese bereits beendeten Abschlussprüfungen nicht von der Gesetzesänderung betroffen sind. Der Gesetzgeber sollte von Unternehmen nur verlangen, was sie in gesellschaftlich geordneten Prozessen erfüllen können. Ist eine Abschlussprüfung bereits beendet, muss es dabei bleiben.

Das Deutsche Aktieninstitut schlägt folgende Änderung bzw. Ergänzung vor:

§ 123g VAG

„§ 57 Absatz 1 Satz 1 Nummer 4 in der ab dem ...[einsetzen: Datum des Inkrafttretens] geltenden Fassung ist erstmals auf die Abschlussprüfung des Jahresabschlusses für das Geschäftsjahr anzuwenden, das nach dem 31. Dezember 2013 beginnt. Auf bereits zum Zeitpunkt des Inkrafttretens beendete Abschlussprüfungen ist § 57 Absatz 1 Satz 1 nicht anzuwenden.“

Kontakt

Dr. Cordula Heldt
Leiterin Corporate Governance und Gesellschaftsrecht
Deutsches Aktieninstitut e.V.
Niederanau 13-19
60325 Frankfurt am Main
Telefon + 49 69 92915 - 22
Fax + 49 69 92915 - 12
heldt@dai.de
www.dai.de

