

VersR

Schriftenreihe der Zeitschrift Versicherungsrecht

Sebastian Sammet

49

Versicherungs- Vergütungsverordnung

Aufsichtsrechtliche Vergütungsvorgaben
zwischen Arbeits- und Gesellschaftsrecht



Versicherungsrecht

Schriftenreihe
der Zeitschrift Versicherungsrecht (VersR)

Im Einvernehmen mit den anderen
Mitgliedern der Schriftleitung
herausgegeben von

Prof. Dr. Egon Lorenz
Universität Mannheim
Fakultät für Rechtswissenschaft
und Volkswirtschaftslehre

Band 49

Egon Lorenz (Hrsg.)

Versicherungs- Vergütungsverordnung

**Aufsichtsrechtliche Vergütungsvorgaben zwischen
Arbeits- und Gesellschaftsrecht**

Sebastian Sammet



Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation
in der Deutschen Nationalbibliografie;
detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über
<http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

– Zugl. Dissertation an der Universität Passau, Juristische
Fakultät, 2012 –

Zitiervorschlag:

Sammet, Versicherungs-Vergütungsverordnung
(VersR-Schriften 49), S.

© 2013 Verlag Versicherungswirtschaft GmbH Karlsruhe

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede
Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urhebergesetz zugelassen ist, bedarf
der vorherigen Zustimmung des Verlags Versicherungswirtschaft GmbH, Karlsruhe.
Jegliche unzulässige Nutzung des Werkes berechtigt den Verlag Versicherungs-
wirtschaft GmbH zum Schadenersatz gegen den oder die jeweiligen Nutzer.

Bei jeder autorisierten Nutzung des Werkes ist die folgende Quellenangabe an
branchenüblicher Stelle vorzunehmen:

© 2013 Verlag Versicherungswirtschaft GmbH Karlsruhe

Jegliche Nutzung ohne die Quellenangabe in der vorstehenden Form berechtigt
den Verlag Versicherungswirtschaft GmbH zum Schadenersatz gegen den oder
die jeweiligen Nutzer.

Satz Verlag Versicherungswirtschaft GmbH Karlsruhe
Druck printsystem GmbH Heimsheim

ISSN 1431-6463

ISBN 978-3-89952-720-9

Vorwort

Die Arbeit wurde im Wintersemester 2012/2013 von der juristischen Fakultät der Universität Passau als Dissertation angenommen. Gesetzesänderungen, Rechtsprechung und Literatur wurden in erforderlichem Umfang bis Anfang November 2012 berücksichtigt.

Herzlich danke ich meinem Doktorvater Herr Professor Dr. Bayreuther, der mir bei der Auswahl des Themas sehr entgegen kam und mir während des gesamten Promotionsverfahrens die Freiheit ließ, meine Gedanken in die verschiedensten Richtungen streifen zu lassen. Dank sage ich auch Frau Professorin Dr. Dörte Poelzig, M.jur. (Oxon) für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens und Herrn Professor Dr. Egon Lorenz für die Aufnahme der Arbeit in die „Schriftenreihe der Zeitschrift Versicherungsrecht“.

Besonders herzlich zu danken habe ich meinen Eltern, die mich während meiner gesamten Ausbildung und insbesondere während des Promotionsverfahrens in jeglicher Hinsicht unterstützt haben. Ohne sie wäre die Erstellung dieses Buches nicht möglich gewesen. Ihnen sei diese Arbeit gewidmet.

München, im Dezember 2012

Sebastian Sammet

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis.....	XIX
I. Einleitung.....	3
1. Vergütungssysteme als Ursache der Finanzkrise.....	4
2. Der Ansatzpunkt des Gesetzgebers.....	7
3. Die verschiedenen Regelungen, Geltungsbereich	8
a) Internationale Regulierungen.....	8
b) Nationale Regulierungen	10
c) Überblick über die Neuregelungen	11
4. Geltungsbereich, Normadressaten	13
5. Die Unterscheidung zwischen Unternehmen und bedeutenden Unternehmen	13
II. Regelungen zu den Vergütungssystemen	17
1. Begriff der Vergütung und des Vergütungssystems	17
a) Grundsätzliches.....	17
b) Einzelne Problemfälle.....	19
aa) Leistungen von Dritten	19
bb) Variable Vergütung ohne Anreiz zur Eingehung eines Risikos	20
c) Zusammenfassung zum Begriff der Vergütung.....	21
2. Regelung der Vergütung von Mitarbeitern	22
a) Begriff des Mitarbeiters	22
aa) Mitarbeiter in Funktionsausgliederungen	28
bb) Leiharbeiter und Personalservicegesellschaften.....	29
(1) Unechte, „externe“ Leiharbeit	30
(2) „Konzerninterne“ Leiharbeit.....	32
(a) „Echte“, konzerninterne Leiharbeit	32
(b) Unechte, konzerninterne Leiharbeit.....	32
(3) Zusammenfassung zur Leiharbeit.....	35
cc) Interim-Manager	36
dd) Zusammenfassung zum Begriff des Mitarbeiters.....	38
b) Die Vergütungsvorgaben für Mitarbeiter	38
aa) Die Kriterien der Angemessenheit der Vergütung	39
(1) Nachhaltigkeit als Teil der Angemessenheit iSd. § 64b VAG	39
(a) Wortlaut und Ursprung des Begriffs.....	39
(b) Vergleich mit dem aktienrechtlichen Begriff	41
(c) Sicherheitsrecht	43
(d) Zusammenfassung zur Nachhaltigkeit.....	44

(2) Ausgestaltung der Angemessenheit durch	
§ 3 Abs. 1 Satz 2 VersVergV	44
(a) Ausrichtung auf die Ziele des Unternehmens, § 3 Abs. 1 Satz 2	
Nr. 1 VersVergV	45
(b) Vermeidung negativer Anreize,	
§ 3 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 VersVergV	46
(α) Interessenkonflikt Mitarbeiter / Kontrolleinheit	47
(β) Interessenkonflikt Mitarbeiter / Unternehmen	48
(χ) Zwischenergebnis	53
(δ) Leistungen bei Beendigung der Tätigkeit	54
(ε) Zusammenfassung zu § 3 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 VersVergV	57
(c) Berücksichtigung der wesentlichen Risiken und deren	
Zeithorizont, § 3 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 VersVergV	57
(d) Berücksichtigung des Unternehmenserfolges, § 3 Abs. 1 Satz 2	
Nr. 5 VersVergV	59
(e) Personalausstattung der Kontrolleinheiten, § 3 Abs. 1 Satz 2	
Nr. 6 VersVergV	63
(f) Zusammenfassung zu den strukturellen Vorgaben der	
Vergütung der Mitarbeiter	64
(3) Vorgaben für Mitarbeiter im Aufsichtsrat, § 3 Abs. 7 VersVergV ..	65
bb) Angemessene Höhe der Vergütung	66
cc) Transparenz der Vergütung	67
(1) Die Bedeutung von „Transparenz“	67
(2) Der Begünstigte des Transparenzkriteriums	68
(3) Die Ausgestaltung des Transparenzerfordernisses durch die	
VersVergV	70
(4) Zusammenfassung zum Transparenzerfordernis	72
c) Tarifvertragliche und betriebliche Vergütung, § 1 Abs. 3 VersVergV	73
aa) § 1 Abs. 3 VersVergV und Tarifvertrag	73
bb) § 1 Abs. 3 VersVergV und individualvertragliche Entgeltabreden	73
(1) Erhöhtes Fixgehalt	74
(2) Erhöhte Vergütung enthält variable Komponenten	75
(3) Zusammenfassung	76
cc) § 1 Abs. 3 VersVergV und Betriebs- / Dienstvereinbarung	76
(1) Prinzipielle Möglichkeit einer Betriebsvereinbarung über variable	
Vergütungsbestandteile	77
(2) § 87 Abs. 1 BetrVG und die Tarifverträge der	
Versicherungsbranche	79
(a) Kein Vorrang der VersVergV	80

(b) Kein Vorrang des einschlägigen Tarifvertrages	81
(c) Zusammenfassung.....	84
(3) Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen Aufsichtsrecht	84
(4) Stringenz des Regelungssystems, Wertungswiderspruch?	87
(5) Vereinbarungen und Richtlinien des Sprecherausschusses	88
dd) Zusammenfassung zur tarifvertraglichen und betrieblichen Vergütung, § 1 Abs. 3 VersVergV	89
d) Umsetzung der Vorgaben bei Mitarbeitern	89
3. Vergütungssysteme von Geschäftsleitern und Risk Takern	90
a) Regelungen für Geschäftsleiter aller Unternehmen, § 3 VersVergV	91
aa) Konflikt zwischen Aufsichtsrecht und der Kompetenzverteilung des AktG.....	92
bb) Regelungen bezüglich der Struktur der Vergütung, § 3 Abs. 1 VersVergV	96
(1) Negative Anreize im Allgemeinen, Change in Control-Klauseln und Golden Parachutes im Besonderen	97
(2) Retention Bonus.....	103
(3) Vermeidung von Umsatzsteigerungen auf Kosten des Bestands, § 3 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 VersVergV	104
(a) Konkretisierung des Nachhaltigkeitserfordernisses, Satz 1	105
(b) Nicht nachhaltige Vergütungskriterien.....	106
(c) Mitarbeiter nicht betroffen	107
(d) Maßgeblichkeit für die Gesamtvergütung	108
(e) Verhältnis des § 3 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 zu § 3 Abs. 6 VersVergV.....	109
(f) Zusammenfassung zur Vermeidung von Umsatzsteigerungen auf Kosten des Bestands, § 3 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 VersVergV	110
(4) Keine Vergütung für Vermittlungstätigkeit, § 3 Abs. 6 VersVergV	110
(5) Bemessungszeitraum der variablen Vergütung, § 3 Abs. 2 Satz 2 Hs. 1 VersVergV	111
(a) Mehrjährige Bemessungsgrundlage.....	112
(b) Bemessungszeitraum	115
(c) Soll-Vorschrift.....	117
(d) Retrospektiver oder prospektiver Betrachtungszeitraum	121
(e) Zusammenfassung zum Bemessungszeitraum der variablen Vergütung	122
(6) Begrenzungsmöglichkeit (Cap), § 3 Abs. 2 Satz 2 Hs. 2 VersVergV	123

cc) Regelungen bezüglich der Höhe der Vergütung,	
§ 3 Abs. 2 VersVergV	125
(1) Angemessenheit und Üblichkeit nach § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG,	
§ 3 Abs. 2 VersVergV	126
(a) Die Aufgaben des Vorstands.....	127
(b) Leistungen des Vorstandsmitglieds	129
(c) Die Lage der Gesellschaft	130
(d) Die übliche Vergütung.....	131
(α) Horizontaler Vergleich.....	132
(β) Vertikaler Vergleich	133
(2) Herabsetzung nach § 87 Abs. 2 AktG.....	135
(3) Zusammenfassung zur Höhe der Vergütung	136
dd) Zusammenfassung zu den Regelungen für Geschäftsleiter aller	
Unternehmen	137
b) Regelungen für Geschäftsleiter in bedeutenden Unternehmen und	
Risk Taker, § 4 VersVergV.....	137
aa) Verhältnis fixe / variable Vergütung, § 4 Abs. 2 VersVergV	142
(1) Das Verhältnis der Vergütungsbestandteile.....	143
(2) Ausschließliche Festvergütung unzulässig	144
(3) Verbot der Garantie der variablen Vergütung,	
§ 4 Abs. 2 Satz 3 VersVergV	145
(4) Zusammenfassung zu § 4 Abs. 2 VersVergV.....	147
bb) Strukturvorgaben für die variable Vergütung,	
§ 4 Abs. 3 VersVergV	148
(1) Trias der Strukturparameter, § 4 Abs. 3 Nr. 1 und	
Nr. 2 VersVergV	149
(2) Der individuelle Erfolgsbeitrag.....	151
(3) Wahl nachhaltiger Vergütungsparameter	153
(4) Zusammenfassung zu den Strukturvorgaben des	
§ 4 Abs. 3 VersVergV	155
cc) Das Schicksal des Vergütungsanspruchs nach Entstehung:	
Zurückbehaltung nach § 4 Abs. 3 Nr. 3, Nr. 4 VersVergV	156
(1) Zurückbehaltung eines Teils der variablen Vergütung,	
§ 4 Abs. 3 Nr. 3 Satz 1 und 2 VersVergV	157
(a) Regelungsgegenstand des § Abs. 3 Nr. 3 Satz 1 VersVergV:	
Zurückbehaltung oder Entstehung des Anspruchs?	158
(b) Mangelhafte Umsetzung der FSB-Standards	160
(c) Auszahlung.....	161

(d) Der zurückzubehaltende Anteil, § 4 Abs. 3 Nr. 3 Satz 1 VersVergV	163
(e) Zusammenfassung zu § 4 Abs. 3 Nr. 3 Satz 1 VersVergV	164
(2) Der Zeitraum der Zurückbehaltung, § 4 Abs. 3 Nr. 3 Satz 2 VersVergV	164
(a) Ausnahme von der Regel	165
(b) Praktisch bedeutsame Fragestellungen	167
(c) Zusammenfassung zum Zurückbehaltungszeitraum	171
(3) Einfluss der Unternehmensentwicklung auf die zurückbehaltene Vergütung, § 4 Abs. 3 Nr. 3 Satz 3 VersVergV	172
(a) Nicht Auszahlung, sondern Abhängigkeit	172
(b) Abhängigkeit von der „nachhaltigen Wertentwicklung“	173
(c) Zusammenfassung zum Einfluss der Entwicklung des Unternehmenswertes	175
(4) Malus-Regelung, § 4 Abs. 3 Nr. 4 VersVergV	176
(a) Malus betrifft die gesamte variable Vergütung	180
(b) Versäumnis der Regelung einer Frist?	181
(c) Zwischenergebnis	183
(d) Umsetzung	184
(α) Umsetzung durch ein „rollierendes System“	184
(β) Umsetzung durch claw-back-Klauseln	187
(χ) Umsetzung durch ein Bonusbank-Modell	192
αα) Die Bonusbank im Allgemeinen	193
ββ) Die Umsetzung der einzelnen Vorgaben des § 4 Abs. 3 Nr. 3, Nr. 4 VersVergV und ihre rechtstechnische Integration in das Bonusbank-Modell	196
ααα) Größe des zurückzubehaltenden Anteils	197
βββ) Die Berücksichtigung der Wertentwicklung des Unternehmens	198
χχχ) Umfang der Einwirkung der Folgejahre auf die variable Vergütung, § 4 Abs. 3 Nr. 4 VersVergV	199
δδδ) Abschließendes Beispiel	201
εεε) Formulierungsvorschlag	203
(δ) Bewertung der Systeme zur Umsetzung	205
(5) Zusammenfassung zum Schicksal des Bonus nach seiner Ermittlung	205
dd) Verbot von Absicherungsmaßnahmen, § 4 Abs. 4 VersVergV	206
(1) Von § 4 Abs. 4 Satz 1 VersVergV erfasste Geschäfte	207
(2) Rechtsfolge eines Verstoßes gegen § 4 Abs. 4 VersVergV	210

(3) Rechtsfolge eines Verstoßes gegen eine entsprechende vertragliche Abrede.....	210
(a) Verstoß des Geschäftsleiters gegen das Verbot – organschaftliche Folgen.....	210
(b) Verstoß des Geschäftsleiters gegen vertragliches Verbot – dienstvertragliche Folgen.....	211
(α) Wichtiger Grund „an sich“.....	212
(β) Interessenabwägung	213
(χ) Zusammenfassung zu den dienstvertraglichen Folgen der Pflichtverletzung.....	214
(c) Verstoß des Risk Takers gegen vertragliches Verbot.....	214
(α) Wichtiger Grund „an sich“.....	215
(β) Interessenabwägung	215
(χ) Zwischenergebnis	218
(δ) Leitende Angestellte	218
(αα) Der leitende Angestellte nach § 5 Abs. 3 BetrVG	218
(ββ) Der leitende Angestellte gem. § 14 Abs. 2 KSchG	220
(d) Zusammenfassung zu den Folgen eines Verstoßes gegen ein vertragliches Hedging-Verbot	221
ee) Leistungen zur Altersversorgung.....	222
(1) Ermessensabhängige Leistungen zur Altersversorgung	223
(a) Betriebsrente als ermessensabhängige Leistung zur Altersversorgung?.....	223
(α) Grundsatz	224
(β) Ausnahmen	225
(b) Ermessensabhängige Leistung zur Altersversorgung als Betriebsrente?	226
(c) Zwischenergebnis.....	226
(d) Schutz vor Umgehung der Vorschriften über die variable Vergütung	227
(e) No reward for failure.....	229
(f) Zusammenfassung	230
(2) Ermessensabhängige Leistungen zur Altersversorgung anlässlich des ruhestandsbedingten Ausscheidens aus dem Arbeitsverhältnis, § 4 Abs. 6 VersVergV	231
(a) Abhängigkeit von der nachhaltigen Wertentwicklung des Unternehmens	231
(α) Die nachhaltige Unternehmenswertentwicklung	231

(β) Verhältnis des § 4 Abs. 6 Nr. 1 VersVergV zu § 16 BetrAVG	232
(χ) Kritische Würdigung der Vorschrift.....	234
(δ) Zusammenfassung zur Abhängigkeit von der nachhaltigen Entwicklung des Unternehmenswertes.....	235
(b) Mit Frist von fünf Jahren zu versehen	235
(α) Fristbeginn.....	235
(β) Verfügungsmöglichkeit	236
(c) Umsetzung der aufsichtsrechtlichen Vorgaben	237
(α) Aktien, Aktienoptionen	238
(β) Widerrufsvorbehalt.....	238
(αα) Widerrufsvorbehalt und gesetzlich unverfallbar gewordene Anwartschaften – Rechtsprechung des BAG und Ansicht der Literatur	240
(ββ) Rechtsprechung des BAG und Stellungnahme	240
(χχ) Widerrufsvorbehalt und nicht nach § 1b BetrAVG unverfallbar gewordene Anwartschaft.....	243
(δδ) Arbeitsrechtliche Grundsätze des Widerrufs.....	245
(d) Zusammenfassung zu § 4 Abs. 6 VersVergV.....	247
(e) Klauselbeispiel	247
(3) Ermessensabhängige Leistungen zur Altersversorgung anlässlich des nicht ruhestandbedingten Ausscheidens des Mitarbeiters aus dem Arbeitsverhältnis, § 4 Abs. 5 VersVergV	248
(a) Zurückbehaltungszeitraum, § 4 Abs. 5 Nr. 2 VersVergV	248
(b) Umsetzung	250
(α) Freiwilligkeitsvorbehalt	250
(β) Blankettzusage.....	250
(χ) Aufschiebend bedingter Anspruch	251
(δ) Anspruch auf Entscheidung nach billigem Ermessen	251
(c) Vereinbarkeit von Bedingung und Ermessensentscheidung mit dem Aufsichtsrecht.....	252
(d) Zusammenfassung zu § 4 Abs. 5 VersVergV.....	253
(4) Zusammenfassung zu den Leistungen zur Altersversorgung	254
4. Die Vergütung der Aufsichtsratsmitglieder	255
a) Geringe praktische Auswirkung des § 64b Abs. 1 VAG.....	255
b) Verbot der Zahlung von Vermittlungsprovisionen, §§ 64b Abs. 2 VAG, 3 Abs. 6 VersVergV.....	257
c) Zusammenfassung.....	259

III. Anforderungen auf Gruppen- und Konglomeratsebene,	
§ 5 VersVergV.....	261
1. Die Pflicht des übergeordneten Unternehmens aus §§ 64b Abs. 3 VAG, 5 Abs. 1 VersVergV	262
a) Das übergeordnete Unternehmen.....	262
b) Das untergeordnete Unternehmen	263
c) Umfang der Pflicht zur Sicherstellung der Vorgaben des § 64b Abs. 1 VAG.....	264
d) Zusammenfassung	265
2. Die Pflicht des übergeordneten Unternehmens aus § 5 Abs. 2 VersVergV	265
a) Die Risikoanalyse	266
b) Welche Unternehmen sind betroffen?	267
c) Umsetzung der Vorschrift.....	268
aa) Normadressat ist nur das übergeordnete Unternehmen	268
bb) Einflussnahme, Weisungsrecht	269
(1) Eingliederung, Beherrschungsvertrag, faktische Einflussnahme ...	269
(2) Umfang der Weisung	270
d) Zusammenfassung	271
3. Das Recht des übergeordneten Unternehmens – zentrale Aufgabenwahrnehmung, § 5 Abs. 2 Satz 5 VersVergV	272
a) Für welche Unternehmen kommt eine zentrale Aufgabenerledigung in Betracht?	272
b) Aufgaben, die zentral erledigt werden können.....	273
aa) Offenlegungspflichten.....	273
bb) Vergütungsausschuss.....	273
cc) Risikoanalyse nach § 1 Abs. 2 VersVergV	274
dd) Bestimmung der Risk Taker.....	275
(1) Problem: Arbeitnehmerdatenschutz.....	275
(2) Erlaubnistatbestand nach BDSG.....	276
(3) Erlaubnistatbestand außerhalb des BDSG?	279
(4) Zusammenfassung zur Bestimmung der Risk Taker	279
c) Zusammenfassung zu § 5 Abs. 2 Satz 5 VersVergV.....	280
IV. Implementierung der Neuerungen, § 6 VersVergV	281
1. Die VersVergV als Verbotsgesetz	281
2. Anpassung der Verträge nach § 313 BGB	282
3. Änderungskündigung	285
4. Einvernehmliche Vertragsänderung.....	288

a) Hinwirkung auf die Änderung der Arbeitsverträge von Mitarbeitern und Risk Takern	289
aa) Druck auf Mitarbeiter und Risk Taker	290
(1) Keine Verletzung des Persönlichkeitsrechts	290
(2) Ausschluss von Gehaltserhöhung und Beförderung	292
(a) Verstoß gegen § 612a BGB	292
(α) Grundsatz, Anwendungsvoraussetzungen	292
(β) Ausnahme: Kompensatorische Maßnahme	296
(αα) Mitarbeiter	297
(ββ) Risk Taker	297
(χχ) Zwischenergebnis	299
(χ) Welche Schlüsse sind für die Hinwirkungspflicht zu ziehen?	299
(b) Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot	300
(c) Verringerung des Zielbonus und Entscheidung nach billigem Ermessen	303
bb) Zusammenfassung	304
cc) Teilweise Anpassung der Verträge	304
b) Sonderfall Geschäftsleiter?	305
aa) Zustimmungspflicht zum Änderungsvertrag	306
bb) Möglichkeit der Abberufung	310
cc) Pflicht zur Abberufung?	312
dd) Kündigungsrecht bzgl. des Anstellungsvertrages	313
ee) Umfang der Zustimmungspflicht	314
ff) Zusammenfassung zur Vertragsanpassung bei Geschäftsleitern	315
c) Änderung betrieblicher Regelungen	315
V. Eingriffsbefugnis der BaFin nach § 81b Abs. 1a VAG	319
1. Ziel der Vorschrift	320
2. Struktur der Vorschrift	321
3. Tatbestand des § 81b Abs. 1a VAG und verfassungsrechtliche Erwägungen	324
a) Die Voraussetzungen des § 81b Abs. 1 VAG	324
b) Abgrenzung zu § 89 VAG	326
c) Vergütung	328
d) Kausalitätserfordernis	331
e) Adressaten der Beschränkungs- oder Untersagungsverfügung	333
f) Zusammenfassung zu den Tatbestandsmerkmalen	334
4. Rechtsfolgen der Beschränkung oder Untersagung der Auszahlung durch die BaFin	334
a) Rechtsfolgen im Verhältnis zwischen BaFin und Unternehmen	334

b) Rechtsfolgen im Verhältnis zwischen Unternehmen und Mitarbeitern / Geschäftsleitern.....	335
aa) Rechtsfolgen bei Bestehen einer vertraglichen Abrede, § 81b Abs. 1a Satz 2 VAG	338
(1) Individualvertragliche Fragestellungen	339
(2) Betriebsverfassungsrechtliche Fragestellungen.....	342
(3) Kriterien bei Geschäftsleitern	345
(4) Zusammenfassung zu den Rechtsfolgen bei Bestehen einer vertraglichen Regelung	346
bb) Rechtsfolgen im Verhältnis zwischen Unternehmen und Mitarbeitern bei Fehlen einer vertraglichen Regelung.....	346
cc) Rechtsfolgen im Verhältnis zwischen Unternehmen und Geschäftsleiter bei Fehlen einer vertraglichen Regelung; Verhältnis zu § 87 Abs. 2 AktG	349
dd) Rückwirkung	352
c) Zusammenfassung der Rechtsfolgen	354
5. Rechtsschutz, Zahlungsklage	355
a) Rechtsschutz des Unternehmens.....	355
b) Rechtsschutz der Mitarbeiter	357
c) Rechtsschutz der Geschäftsleiter	360
d) Zusammenfassung zum Rechtsschutz	361
6. Zusammenfassung zur Eingriffsbefugnis nach § 81b Abs. 1a VAG.....	362
VI. Sonstige Rechte und Pflichten der Geschäftsleiter und des Aufsichtsrates	363
1. Verantwortung für das Vergütungssystem der Mitarbeiter	363
2. Informationsrecht der Geschäftsleiter.....	369
3. Informationspflicht gegenüber dem Aufsichtsrat	369
4. Pflichten und Verantwortlichkeit des Aufsichtsrates.....	369
a) Gesellschaftsrechtliche Pflichten und Folgen eines Verstoßes	369
aa) Unangemessene Vergütung des Vorstands.....	370
bb) Unangemessene Ausgestaltung des Vergütungssystems des Vorstands.....	371
cc) Haftung für Unterlassung des Vorstands.....	373
dd) Zusammenfassung zur gesellschaftsrechtlichen Haftung des Aufsichtsrates	373
b) Verstoß gegen aufsichtsrechtliche Pflichten	374
VII. Organisationspflichten.....	375
1. Vergütungsausschuss	375
a) Aufgaben des Vergütungsausschusses	375

aa) Allgemeine Aufgaben	375
bb) Bericht des Ausschusses	376
cc) Verhältnis zur Mitbestimmung nach dem BetrVG	376
dd) Verhältnis zum Aufsichtsrat	378
ee) Zusammenfassung der Aufgaben des Vergütungsausschusses	381
b) Personelle Zusammensetzung des Ausschusses	381
c) Zusammenfassung zum Vergütungsausschuss	383
2. Berichtspflicht und Auskunftsrecht in nicht bedeutenden Unternehmen,	
§ 3 Abs. 5 VersVergV	383
3. Publikations- und Informationspflichten des Unternehmens	385
a) Interne Informationspflicht, § 3 Abs. 4 VersVergV	385
aa) Form	385
bb) Zeitpunkt der Information	386
cc) Inhalt und Umfang der Informationspflicht	386
dd) Geringe praktische Relevanz des § 3 Abs. 4 VersVergV	387
ee) Zusammenfassung zur internen Informationspflicht	389
b) Externe Informationspflicht: Vergütungsbericht,	
§ 4 Abs. 8 VersVergV	389
aa) Form	389
bb) Zeitpunkt	390
cc) Inhalt und Umfang des Vergütungsberichtes	390
VIII. Schlussbetrachtung	393
IX. Zusammenfassung in Thesen	397
Literaturverzeichnis	405

Abkürzungsverzeichnis

aA.; AA.	andere Ansicht
aaO.	am angegebenen Ort
aF.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AG	Die Aktiengesellschaft, Zeitschrift
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AktG	Aktiengesetz
Anm.	Anmerkung
AP	Arbeitsrechtliche Praxis, Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts
AR-Blattei	Arbeitsrecht-Blattei, Entscheidungssammlung
ArbG	Arbeitsgericht
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbRB	Der Arbeits-Rechts-Berater, Zeitschrift
AuA	Arbeit und Arbeitsrecht, Zeitschrift
AÜG	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
Aufl.	Auflage
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BAG	Bundesarbeitsgericht
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Betriebs-Berater, Zeitschrift
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BeckRS	Becksche Rechtsprechungssammlung
BEEG	Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz
BetrAVG	Betriebsrentengesetz
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht, Zeitschrift
bspw.	beispielsweise
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
Bzw.; bzw.	beziehungsweise
DAX	Deutscher Aktienindex
DB	Der Betrieb, Zeitschrift
DCGK	Deutscher Corporate Governance Kodex
dh.	das heißt
Der Konzern	Der Konzern, Zeitschrift
DJT	Deutscher Juristentag
Die Bank	Zeitschrift für Bankpolitik und Praxis, Zeitschrift

Diss.	Dissertation
DÖV	Die öffentliche Verwaltung, Zeitschrift
DStR	Deutsches Steuerrecht, Zeitschrift
DVBbl.	Deutsches Verwaltungsblatt, Zeitschrift
EBIT	Earnings before interest and taxes = Gewinn vor Zinsen und Steuern.
ECFR	European Company and Financial Law Review, Zeitschrift
EStG	Einkommensteuergesetz
EU	Europäische Union
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht, Zeitschrift
FA	Fachanwalt Arbeitsrecht, Zeitschrift
FAJ	Financial Analysts Journal, Zeitschrift
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
Fed. Reg.	Federal Register
FMStFG	Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetz
FMStFV	Finanzmarktstabilisierungsfonds-Verordnung
FMStG	Finanzmarktstabilisierungsgesetz
FS	Festschrift
FSB	Financial Stability Board
FSF	Financial Stability Forum
GDV	Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft e.V.
GewO	Gewerbeordnung
GewStG	Gewerbesteuergesetz
GG	Grundgesetz
Ggf.; ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
Grds.	grundsätzlich
GrEStG	Grunderwerbssteuergesetz
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, Zeitschrift
HGB	Handelsgesetzbuch
Hrsg.	Herausgeber
ie.	id est; das heißt
iHv.	in Höhe von
Ill. L. Rev.	Illinois Law Review, Zeitschrift
informaciones	Zeitschrift für den deutsch-spanischen Rechtsverkehr, Zeitschrift
insb.	insbesondere
InsO	Insolvenzordnung
InstitutsVergV	Instituts-Vergütungsverordnung
iRd.	im Rahmen des
iSd.	im Sinne des

iVm.	in Verbindung mit
JuS	Juristische Schulung, Zeitschrift
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
KStG	Körperschaftssteuergesetz
KWG	Kreditwesengesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
LAGE	Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte
MaRisk	Mindestanforderungen an das Risikomanagement
MaBV	Makler- und Bauträgerverordnung
MedR	Medizinrecht, Zeitschrift
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz
MuSchG	Mutterschutzgesetz
mwN.	mit weiteren Nachweisen
NachweisG	Nachweisgesetz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift, Zeitschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungsreport
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht, Zeitschrift
nv.	nicht in einer Fachzeitschrift veröffentlicht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, Zeitschrift
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, Zeitschrift
NZA-RR	NZA-Rechtsprechungsreport
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, Zeitschrift
oÄ.	oder Ähnliches/Ähnliche
OLG	Oberlandesgericht
RdA	Recht der Arbeit, Zeitschrift
RDV	Recht der Datenverarbeitung
Red.	Redakteur
RefE.	Referentenentwurf
RegE.	Regierungsentwurf
resp.	respektive
RG	Reichsgericht
RS	Rundschreiben
Rz.	Randzeichen
RzW	Rechtsprechung zum Wiedergutmachungsrecht, Zeitschrift
S.	Seite
s.	siehe
s.o.	siehe oben
sog.	sogenannt
SE	Societas Europaea
SprAuG	Sprecherausschussgesetz
TV	Tarifvertrag
TVG	Tarifvertragsgesetz

ua.	und andere
uU.	unter Umständen
VAG	Versicherungsaufsichtsgesetz
Var.	Variante
VergSystG	Gesetz über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an die Vergütungssysteme von Instituten und Versicherungs- unternehmen
VersR	Versicherungsrecht, Zeitschrift
VersVergV	Versicherungs-Vergütungsverordnung
VG	Verwaltungsgericht
Vgl; vgl.	vergleiche
VorstAG	Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung
VorstOG	Gesetz über die Offenlegung der Vorstandsvergütungen
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
VW	Versicherungswirtschaft, Zeitschrift
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WiB	Wirtschaftsrechtliche Beratung, Zeitschrift
WM	Wertpapier-Mitteilungen, Zeitschrift
WpÜG	Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz
zB.	zum Beispiel
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht, Zeitschrift
ZfgK	Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen, Zeitschrift
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, Zeitschrift
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschafts- recht, Zeitschrift
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, Zeitschrift
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik, Zeitschrift
ZTR	Zeitschrift für Tarif-, Arbeits- und Sozialrecht des öffentlichen Dienstes, Zeitschrift
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess, Zeitschrift

„...im Oktober fegte ein heftiger Sturm über Wall Street. Die einflussreichsten Stellen vermochten die Flut panikartiger Verkäufe nicht aufzuhalten. Eine Gruppe führender Banken gründete einen Fonds von einer Milliarde Dollar, um den Markt zu stützen und zu stabilisieren. Alles war vergeblich. (...) Der Wohlstand von Millionen amerikanischer Familien war auf einem gigantisch aufgeblähten Kreditgefüge gewachsen und erwies sich jetzt plötzlich als Phantom. (...) Zwanzigtausend lokale Banken stellten ihre Zahlungen ein. Der Austausch von Waren und Arbeitsleistungen zwischen den Menschen war ganz und gar zerrüttet, und der Krach in Wall Street hallte in den bescheidensten wie in den reichsten Häusern nach.

Es darf allerdings nicht angenommen werden, dass sich hinter der schönen Vision von immer mehr Reichtum und Bequemlichkeit für eine immer größere Zahl von Menschen, der die Bevölkerung der Vereinigten Staaten verfallen war, nichts als Täuschung und Börsentaumel verborgen habe. Nie zuvor waren in irgendeiner Gemeinschaft derart ungeheure Mengen von Waren aller Art produziert, verteilt und ausgetauscht worden. Tatsächlich sind die Wohltaten unbegrenzt, die sich die Menschen durch die höchste Anspannung ihres Fleisses und Könnens gegenseitig zu erweisen vermögen. Diese grossartige Manifestation war durch eitle Phantasievorstellungen und Gewinnsucht zertrümmert worden, welche die grosse Leistung zunichte machten. (...)

Die Folgen dieser Störungen des Wirtschaftslebens machten sich auf der ganzen Welt bemerkbar.“¹

¹ Churchill, Memoiren, Der Zweite Weltkrieg, 1950, Erster Band, S. 52 ff.

I. Einleitung

Als am 15. September 2008 die US-amerikanische Investmentbank Lehman Brothers zusammenbrach, löste dieses Ereignis weltweit erhebliche Unruhe an den Börsenplätzen aus. Die schwerste Finanzkrise seit der Weltwirtschaftskrise von 1929 hatte ihre Schatten schon zu Beginn des Jahres 2007 vorausgeworfen. Nun mussten namhafte Unternehmen wie AIG, die Royal Bank of Scotland oder die Hypo Real Estate verstaatlicht werden oder gingen wie der amerikanische Autobauer General Motors in die Insolvenz. Um die Krise beherrschen und die Liquidität im Wirtschaftskreislauf sichern zu können, garantierten die Staaten mit atemberaubenden Summen die Kredite von Banken.

Im Herbst 2010 hat sich die Finanz- und Wirtschaftskrise in eine Krise der Staatsfinanzen gewandelt. Trotzdem hat sich die deutsche Wirtschaft erholt und wächst im Jahre 2010 wieder deutlich. Auch der Gesetzgeber ist in der Zwischenzeit nicht untätig gewesen, sondern versuchte das Mögliche zu tun, um die Wiederholung einer solchen Krise zu verhindern. Im Folgenden sollen die speziell für Versicherungen geschaffenen aufsichtsrechtlichen Neuerungen, namentlich das „Gesetz über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an die Vergütungssysteme von Instituten und Versicherungsunternehmen“² sowie die darauf beruhende „Verordnung über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an Vergütungssysteme im Versicherungsbereich“³, vorgestellt und einer eingehenden Analyse unterzogen werden. Dabei werden zum größten Teil arbeits- und gesellschaftsrechtliche Probleme in den Blick genommen. Das Gesetz und die Verordnung enthalten überwiegend Regelungen zu den Vergütungssystemen von Geschäftsführern, Aufsichtsräten und Mitarbeitern von Versicherungsunternehmen.

Beide Regelungswerke entspringen unmittelbar den (schmerzhaften) Erfahrungen, die während und durch die Finanzkrise gemacht worden sind. Sie sind die unmittelbare Reaktion des Gesetzgebers auf tatsächlich oder vermeintlich zu Tage getretene Missstände in der Finanzbranche. Um Effektivität und Angemessenheit der Normen bewerten zu können, ist es notwendig, zunächst auf die Ursachen der Finanzkrise einzugehen, da nur

² Gesetz über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an die Vergütungssysteme von Instituten und Versicherungsunternehmen vom 21.7.2010, BGBl. I S. 950; im Folgenden VergSystG.

³ Verordnung über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an Vergütungssysteme im Versicherungsbereich vom 6.10.2010, BGBl. I S. 1379; im Folgenden VersVergV.

vor diesem Hintergrund die nachfolgend vorgestellten Neuregelungen einer sinnvollen Auslegung zugänglich sind. Dabei interessiert vor allem, ob die bisherigen Vergütungssysteme eine Ursache der Krise waren oder zumindest Einfluss auf ihr Ausmaß hatten. Es wird sich dann auch zeigen, ob tatsächlich „die Stunde der Rechtssetzer“⁴ gekommen war – wie dies von einigen erhofft, von anderen befürchtet worden war.⁵

1. Vergütungssysteme als Ursache der Finanzkrise

Die Ursachen der Finanzkrise wurden in mannigfaltigen Beiträgen erforscht.⁶ Die Hauptursache war sicherlich, dass Finanzmarktakteuren eine große Menge „billigen Geldes“ zur Verfügung stand, was unter anderem dazu führte, dass die Risikobepreisung auf ebenso renditestarke wie risikoreiche Anlageprodukte nicht mehr funktionierte.⁷ Dies und zu laxen Eigenkapitalvorschriften führten dazu, dass riskantere Anlageformen immer attraktiver wurden. Ihren Ursprung hatte die Krise in den USA genommen, wo ohne Prüfung der Solvenz der Darlehensnehmer Kredite ausgegeben worden waren.⁸ Diese waren zwar durch Hypotheken gesichert, wegen fallender Immobilienpreise wurden aber viele Kredite notleidend. Die gesicherten Forderungen waren zuvor verbrieft und veräußert worden, sodass nicht nur der Hypothekenmarkt, sondern der gesamte Finanzmarkt in Mitleidenschaft gezogen wurde.⁹ Besonders krisenverschärfend war der mit der mehrfachen Verbriefung einhergehende Hebel-

⁴ Bartsch ZRP 2009, 97.

⁵ Kübler FS Schwark (2009), S. 510; Feudner NZG 2007, 779 (781), plädiert für eine Regelung im Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK); Böckli FS Hopt (2010), S. 3003 (3006) warnt in diesem Zusammenhang vor staatlichem Lohndirigismus und Populismus; für eine gesetzliche Regelung von Vergütungsfragen: Gaul/Janz NZA 2009, 809 (815); Müntefering, FAZ v. 24.5.2007.

⁶ Beispielsweise The High-Level Group On Financial Supervision In The EU, Report vom 25. 2. 2009 (Larosièrè Report); Möschel ZRP 2009, 129; Bebchuk, A plan for addressing the financial crisis, The Economist's Voice 2008, Vol. 5, Issue 5; Soros, Die Analyse der Finanzkrise...und was sie bedeutet – weltweit, 2009; Sinn, Kasino Kapitalismus, 2010; Taleb, Why Did The Crisis of 2008 Happen?, 2010; Fahlenbrach/Stulz, Bank CEO Incentives and the Credit Crisis, 2010; eine Übersicht zu der Entwicklung der Krise in verschiedenen europäischen Ländern geben Goddard/Molyneux/Wilson, The Financial Crisis in Europe: Evolution, Policy Responses and Lessons for the Future, 2009; Forkel ZRP 2011, 100 f. sieht hingegen eine wesentliche Schuld bei der Bankenaufsicht; eingehend zur Rolle der Finanzmarktregulierung selbst als Ursache der Krise Hellwig, 68. DJT 2010, Gutachten E; Becht FS Hopt (2010), S. 1615; Rudolph ZGR 2010, 1; zu Besonderheiten von „Bankenkrisen“ allgemein Ruzik BKR 2009, 133.

⁷ Larosièrè Report, Rz. 10; Liebscher/Ott NZG 2010, 841 (842); Hellwig, 68. DJT 2010, Gutachten E, S. 12 ff.

⁸ Eingehend zu sog. subprime loans Claussen FS U.H. Schneider (2011), S. 247.

⁹ Siehe zum System und der Technik der Verbriefung sog. „mortgage backed securities“ Kübler FS Schwark 2009, S. 501 f. mwN.; Claussen FS U.H. Schneider (2011), S. 247 (250).

effekt, gleichzeitig wurde das Ausfallrisiko für die Inhaber der mehrfach gehebelten Verbriefungen immer unkalkulierbarer.¹⁰ Oft zitiert wird in diesem Zusammenhang der Begriff des „Kasino Kapitalismus“¹¹. Daher mutet es wie Ironie an, dass der *Deutschen Bank*, aufgrund der Pleite eines amerikanischen Immobilienmoguls, ein Kasino in Las Vegas in die Hände fiel, das diese nun tatsächlich selbst betreiben möchte.¹² Hinzu kam ein Versagen der Rating-Agenturen, die das Risiko vieler hochriskanter Anlageprodukte falsch bewerteten.¹³

In der öffentlichen Diskussion stand freilich ein anderer Faktor im Vordergrund: Die Vergütung von Managern. Es herrschte Konsens, dass die Vergütung, vor allem von „Bankern“, unangemessen hoch sei und falsche Anreize gesetzt habe.¹⁴ Auch in der Wissenschaft wird davon ausgegangen, dass die Ausrichtung der Vergütungsstrukturen auf kurzfristigen Erfolg erheblichen Anteil an der Entstehung der Finanzkrise hatte.¹⁵ *Posner* etwa stellt fest, dass die gängigen Vergütungssysteme Vorstände dazu verleiten, eine „Blase zu reiten, bis sie platzt“.¹⁶

Der Grund für eine derartige Ausgestaltung der bisher gängigen Vergütungssysteme liegt in den wirtschaftlichen Interessen von Aktionären und Geschäftsleitern begründet. Wenn der Gesetz- bzw. Verordnungsgeber davon ausgeht, dass durch Vergütungssysteme Verhaltensanreize für das Management gesetzt werden,¹⁷ so setzt er die Richtigkeit der in den Wirtschaftswissenschaften wohl vorherrschenden „Principal-Agent-Theory“ voraus. Diese Theorie versucht das Handeln von Menschen in einer hierarchischen Institution zu erklären. Die Principal-Agent-Theory erklärt

¹⁰ Kübler FS Schwark 2009, S. 503 f.

¹¹ So der Titel eines Buches über die Ursachen der Krise des Ökonomen *Sinn*.

¹² FAZ v. 19.11.2010, beworben wird das Kasino übrigens mit dem Slogan „Just the Right Amount of Wrong“.

¹³ Larosièrereport, Rz. 19 f.; *Drygala* FS U.H. Schneider (2011), S. 275 (278 f.) mwN.

¹⁴ Vgl. die Stellungnahmen von *Strenger*, *Kaserer*, *Thielemann*, *ver.di* und dem *Deutschen Steuerberaterverband*. Grundsätzlich zustimmend mit kritischen Anmerkungen die Stellungnahmen des *Gesamtverbandes der Deutschen Versicherer* und des *Zentralen Kreditausschusses* in der öffentlichen Anhörung des Finanzausschusses des Bundestages am 9.6.2010 zu Vergütungssystemen von Finanzinstituten, alle abrufbar unter: <http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a07/anhoerungen/2010/017/Stellungnahmen/> (letzter Abruf am 1.11.2012); *CEIOPS* Lessons learned from the crisis (Solvency II and beyond), 19.3.2009, S. 15; *Mülbert*, Corporate Governance of Banks after the Financial Crisis – Theory, Evidence, Reforms, S. 30.

¹⁵ *Larosièrereport*, Rz. 23f.; *Suchan/Winter* DB 2009, 2531; *Fleischer* NZG 2009, 801; *Hellwig*, 68. DJT 2010, Gutachten E, S. 39 f.; *Rieble/Schmittlein*, Rz. 421 ff.; aA. *Hopt* NZG 2009, 1401.

¹⁶ *Posner* Duke Law Journal Vol. 58: 1013, 1041 (2009) „(...) is the incentive it imparts to CEOs to ride a bubble until it bursts“.

¹⁷ Vgl. etwa BT-Drucks. 17/1291, S. 1, 9, 10; Begründung des Entwurfs zur VersVergV „Allgemeiner Teil“; FSF Principles for Sound Compensation Practices, S. 4.

anschaulich, dass variable Vergütungsbestandteile geeignet und manchmal erforderlich sind, um das Verhalten von Managern in eine bestimmte Richtung zu lenken. Diese Richtung ist das Interesse des Prinzipals, typischerweise also der Aktionäre. Es wird davon ausgegangen, dass der Anweisende (Prinzipal) – zB. die Aktionäre einer Aktiengesellschaft (AG) – einen Anderen (den Agenten) – zB. den Vorstand einer AG – für sich handeln lässt und ihm dafür ein entsprechendes Maß an Entscheidungsgewalt überträgt.¹⁸ Da die Interessen von Prinzipal und Agent nicht notwendigerweise kongruent sind, weil beide primär versuchen ihren eigenen Nutzen zu mehren,¹⁹ versucht der Prinzipal dem Agenten solche Anreize zu geben, dass die Abweichung der Ziele des Agenten von denen des Prinzipals minimiert wird. Ansatzpunkt ist dabei üblicherweise das Vergütungssystem.

Geht man also mit dem Gesetzgeber davon aus, dass die bisherigen Vergütungsmodelle an und für sich funktionierten,²⁰ also durchaus Anreize setzen konnten, allerdings in eine falsche Richtung führten, so bedeutet das nichts anderes, als dass die Ziele der Aktionäre, die ja Maßstab für den Erfolg der Anreizsysteme für Manager sind, die „falschen“, jedenfalls keine nachhaltigen, sind.²¹ Die Gründe, warum Aktionäre keine „nachhaltige“ Geschäftspolitik bei angemessenem Risiko anstreben, können vielfältig sein; sei es, weil ihr Unternehmen auf dem Markt ins Hintertreffen geriete und der Gefahr einer Übernahme ausgesetzt wäre, wenn es nicht wie die anderen Marktteilnehmer durch ein hohes Risiko entsprechende Renditen erwirtschaftet, sei es, weil die Aktionäre bewusst spekulativ investieren wollten oder sei es, weil sie gerade im Bankbereich aufgrund der Haftungsbeschränkung einer Kapitalgesellschaft das systemische Risiko mit allen Folgekosten für den Staat und den Steuerzahler nicht zu tragen hatten, sondern maximal mit der von ihnen investierten Summe hafteten.²²

¹⁸ *Jensen/Meckling* 3 *Journal of Financial Economics* (1976), S. 305; *Steffek* JuS 2010, 295 (296 f.).

¹⁹ *Jensen/Meckling* 3 *Journal of Financial Economics* (1976), S. 305; *Raiser/Veil*, Kapitalgesellschaften, § 13 Rz. 3; *Seibert* ZRP 2011, 166.

²⁰ So auch *Thüsing* AG 2009, 517 (519); *Taleb*, Why Did The Crisis of 2008 Happen?, 2010; kritisch gerade in Bezug auf Banken *Becht* FS Hopt (2010), S. 1615 (1617 ff.).

²¹ Dafür würde auch eine Studie von *Fahlenbrach/Stulz*, Bank CEO Incentives and the Credit Crisis, 2010, sprechen, wonach die Banken, bei denen die Vergütung der Vorstände stark am Interesse der Aktionäre ausgerichtet war, in der Krise ganz besonders schwach abschnitten; siehe auch *Friebel/Langenbucher* GWR 2011, 103.

²² *Sinn*, Kasino Kapitalismus, 2010, S. 118 f.; vgl. dazu auch das Grünbuch der Europäischen Kommission zu Corporate Governance in Finanzinstituten und Vergütungspolitik, KOM(2010) 284, S. 4 und 8; *Claussen* FS K. Schmidt (2009), S. 217 (218) weist darauf hin, dass „der Aktionär“ sich nicht als Eigentümer einer AG, sondern als Anleger am Kapitalmarkt versteht, mithin sich seine Rücksichtnahme bezüglich der Gesellschaft in Grenzen hält; ebenso der Gesetzgeber des Restrukturierungsgesetzes (BGBl. 2010 I, S. 1900), s. dazu RegE. Restrukturierungsgesetz, BT-Drucks. 17/3024, S. 81.

Eine Untersuchung der wirtschaftlichen Motive der Prinzipale soll an dieser Stelle dahinstehen, eine juristische Arbeit ist dafür nicht der geeignete Platz.

2. Der Ansatzpunkt des Gesetzgebers

Bemerkenswerter Weise setzt der Gesetzgeber nun mit seinen Neuregelungen aber nicht bei den Aktionären an. Vielmehr versucht er, gleichsam durch die Hintertür, die Ziele der Aktionäre dadurch zu beeinflussen, dass er die Ziele des Agenten reguliert. Ob dadurch das unbestreitbar vorhandene Problem unangemessener Vergütungssysteme bei Vorständen und Mitarbeitern gelöst wird, scheint auf den ersten Blick zweifelhaft. Die Regelungen könnten zu kurz greifen, da sie das Problem nicht an der Wurzel packen. Andererseits: Wie hätte der Gesetzgeber das Geschäftsgebaren bzw. die Entlohnung der Aktionäre regeln sollen?²³ Hätte er Vorgaben machen sollen, dass Aktiengesellschaften nur noch langfristige Unternehmensziele verfolgen dürfen? *Pro ratione stat voluntas*²⁴ ist eines der wichtigsten Prinzipien der Privatautonomie.²⁵ Auch unvernünftige Geschäfte sind hinzunehmen, solange sie sich im Rahmen des rechtlich Erlaubten bewegen. Das gilt für die Personen, die zusammen eine Aktiengesellschaft errichten. Das gilt aber auch für die Aktiengesellschaft selbst bei der Wahl und dem Abschluss ihrer Geschäfte. Die durch Art. 12 GG gewährleistete Berufsfreiheit wäre in erheblicher und wohl verfassungsrechtlich kaum rechtfertigbarer Weise einzuschränken gewesen.²⁶

Es gilt zudem die Effizienz der Regulierung zu beachten. Selbst wenn man unterstellen will, dass eine Regelung der Aktionärsziele möglich gewesen wäre und hier auch die Ursache für nicht an nachhaltigen Zielen orientierte Vergütungssysteme begründet liegt, so gilt es doch Folgendes zu berücksichtigen: Wäre eine solche Regelung erfolgt, so hätte der Gesetzgeber darauf vertrauen müssen, dass die Teilhaber einer Aktiengesellschaft – wiederum durch das Vergütungssystem – den Vorstand bzw. Mitarbeiter zur Erreichung dieser, ihnen offensichtlich unliebsamen, Ziele motivieren. Selbstverständlich wäre dies nicht gewesen, wären doch nach dem bisheri-

²³ Die Kommission der Europäischen Union regt dazu in ihrem Grünbuch zu Corporate Governance in Finanzinstituten und Vergütungspolitik, KOM(2010) 284, S. 18 Änderungen an.

²⁴ Es gilt der freie Wille, ohne dass es auf seine Vernünftigkeit ankommt.

²⁵ *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, § 14.

²⁶ Auch juristische Personen des Privatrechts können sich regelmäßig auf Art. 12 GG berufen, BVerfG 31.10.1984 – 1 BvR 35/82 ua., NJW 1985, 1385; v. Mangoldt/Klein/Starck/*Manssen*, GG, Art. 12 Rz. 268.

gen Muster höhere Gewinne möglich. Der Gesetzgeber hätte also, wollte er sicher sein, den gewünschten Effekt zu erzielen, den Aktionären *zudem* aufgeben müssen, wie der Vorstand bzw. Mitarbeiter zu vergüten sei. Eine Regelung wie die Vorliegende hätte also in jedem Fall erlassen werden müssen. Insofern ist der Ansatzpunkt des Gesetzgebers ausdrücklich zu loben. Ob das Problem an der Wurzel gepackt ist, mag von theoretischer Relevanz sein. Dem Ziel, Vorkommnissen wie der Finanzkrise effektiv zu begegnen, wird eine Regelung eher gerecht, die zwar an einem Symptom ansetzt, gleichzeitig aber auch den neuralgischen Punkt regelt. Die Motive der Aktionäre müssen dann nicht interessieren, wenn der Gesetzgeber statt ihrer dem Agenten eine Zielrichtung vorgibt.²⁷ Welche Folgen es hat, wenn die Prinzipale trotz der gesetzlichen Regelung Gegenteiliges vereinbaren, wird ebenfalls Gegenstand dieser Arbeit sein. Hier könnte in der Tat ein Schwachpunkt der Regelung liegen, haben doch sowohl der Prinzipal wie auch sein Agent ein gewisses Interesse daran, so fortzufahren wie bisher. Der Versuch, die Regelung zu umgehen, scheint naheliegend. Hierauf wird an geeigneter Stelle einzugehen sein.

3. Die verschiedenen Regelungen, Geltungsbereich

a) Internationale Regulierungen

Dass Vergütungssysteme, die falsche Anreize erzeugen, eine der Hauptursachen der Finanzkrise waren, ist eine Erkenntnis, die auf internationaler Ebene geteilt wird. Um Wettbewerbsnachteile einzelner Ländern zu vermeiden einigten sich die G-20-Staaten auf ihrem Treffen in Pittsburgh im Jahre 2009 auf die Umsetzung der vom Financial Stability Forum entwickelten Principles for Sound Compensation Practices²⁸ bzw. der darauf beruhenden Implementation Standards (FSB-Standards)²⁹. 2009 wurde das 1999 in Bonn gegründete Financial Stability Forum in Financial Stability Board (FSB) umbenannt und nahm weitere Mitgliedsstaaten auf.³⁰ Diese international vereinbarten Standards bilden die Grundlage für die nationale Regelung und werden bei der Auslegung des nationalen Rechts zu beachten sein.

²⁷ Zu einem möglicherweise bestehenden Konflikt mit dem Kompetenzgefüge des AktG unten II. 3. a) aa).

²⁸ FSF Principles for Sound Compensation Practices vom 2.4.2009; dazu auch *Buscher*, Neue bankaufsichtsrechtliche Vergütungsanforderungen für Institute, 2011, S. 3.

²⁹ FSB Principles for Sound Compensation Practices – Implementation Standards vom 25.9.2009.

³⁰ Zur Entwicklung des FSB siehe auch *Jeong*, 2010 Seoul Summit and Future of Financial Supervisory Board (FSB) as the Fourth Pillar, 2010.

Auch die Kommission der Europäischen Union (EU) hat sich dem Thema der Vergütungspolitik im Finanzsektor angenommen und am 30.4.2009 eine Empfehlung ausgesprochen.³¹ Empfehlungen der Kommission sind jedoch nach Art. 288 Abs. 5 AEUV für die Mitgliedsstaaten nicht verbindlich. Zumindest für den Bereich der Banken ist daher eine weitergehende Regulierung durch die Änderung der Richtlinien 2006/48/EG³² sowie 2006/49/EG³³ erfolgt.³⁴ Seit dem 1.1.2011 existieren zudem europäische Aufsichtsbehörden für den Versicherungssektor (EIOPA), die Kreditwirtschaft (EBA) und den Wertpapierbereich (ESMA). Zusammen bilden sie das European System of Financial Supervisors (ESFS). Daneben wurde mit dem European Systemic Risk Board eine sektorübergreifende Institution für die Beaufsichtigung systemischer Risiken geschaffen.³⁵ Dem Grünbuch der EU-Kommission zur Corporate Governance in Finanzinstituten und Vergütungspolitik³⁶ kann entnommen werden, dass auch in Zukunft mit weiteren Vorgaben auf europäischer Ebene zu rechnen sein muss.³⁷

³¹ Empfehlung der Kommission vom 30.4.2009 zur Vergütungspolitik im Finanzdienstleistungssektor, 2009/384/EG, ABl. EU L 120, S. 22.

³² ABl. EU L 177, S. 1.

³³ ABl. EU L 177, S. 201.

³⁴ Richtlinie 2010/76/EG, ABl. EU L 329, S. 3 vom 14.12.2010.

³⁵ Siehe dazu *Hemeling* ZHR 2010, 635 (636); *Wymeersch* ECFR 2010, 240 (250 f.); *ders.*, The institutional reforms of the European Financial Supervisory System, an interim report, 2010; zu den Aufgaben des ESFS siehe das MEMO/09/404 vom 23.9.2009; allg. zu Regulierungsvorhaben auf nationaler und internationaler Ebene *Hopt* NZG 2009, 1401; zu Solvency II *Wandt/Sehrbrock* FS U.H. Schneider (2011), S. 1395.

³⁶ KOM(2010) 284; dazu auch das Arbeitsdokument „Corporate Governance in financial Institutions: Lessons to be drawn from the current financial crisis: best practices“, SEK(2010) 669, s. auch die kritischen Stellungnahmen des Rechtsausschusses des Bundestages, BT-Drucks. 17/6506, sowie der *Bundesrechtsanwaltskammer* NZG 2012, 96.

³⁷ Anzumerken ist an dieser Stelle, dass die Bundesrepublik Deutschland mit der Umsetzung der Vorgaben im internationalen Vergleich führend ist. Zur Situation in Spanien siehe bspw. *Recalde/Schönnenbeck* *informaciones* 2010, 161, danach soll in Spanien eine dem § 120 AktG entsprechende Vorschrift geschaffen werden; Änderungen entsprechend dem VorstAG sind erfolgt; Frankreich hatte zunächst – ähnlich wie die Bundesrepublik – Vorschriften für Institute und Unternehmen erlassen, die staatliche Hilfe in Anspruch nehmen mussten. Die Konzentration lag dabei auf Regelungen zum Kündigungsschutz von Managern und Aktienoptionen (*Conac* ECFR 2010, 297 (328 ff.)). Eine Höchstgrenze für die Vergütung wurde aber nicht eingeführt (*Conac*, aaO. S. 331). Auch eine Umsetzung der FSB-Standards ist mittlerweile erfolgt (*Conac*, aaO. S. 337). Eine weitgehende Umsetzung der Vorgaben ist in Italien durch die ISVAP-VO 39/2011 erfolgt, s. dazu *Latorre/Rudkowski* VersR 2012, 966 *passim*. Weiterführend siehe den Bericht des FSB „2011 Thematic review on compensation“, abrufbar auf der Homepage des FSB.

b) Nationale Regulierungen

Auf nationaler Ebene wurde der Gesetzgeber bereits im Oktober 2008 aktiv – unmittelbar nach der Pleite von Lehman Brothers und der (Teil-) Verstaatlichung großer Banken. Am 17.10.2008 beschloss der Bundestag das Finanzmarktstabilisierungsgesetz (FMStG)³⁸, dessen Art. 1 das Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetz (FMStFG) enthält.

§ 10 Abs. 2 FMStFG enthält eine Ermächtigung zum Erlass einer Verordnung, die Anforderungen an die Unternehmen stellt, denen aufgrund dieses Gesetzes Hilfe zu Teil wurde. Die entsprechende Verordnung wurde als Finanzmarktstabilisierungsfonds-Verordnung (FMStFV)³⁹ erlassen und sieht in § 5 Abs. 2 Nr. 3 vor, dass die betroffenen Unternehmen ihre Vergütungssysteme auf deren Angemessenheit und Anreizwirkung zu überprüfen und darauf hinzuwirken haben, dass diese nicht zur Eingehung unverhältnismäßiger Risiken verleiten sowie an langfristigen und nachhaltigen Zielen ausgerichtet werden und transparent sind.⁴⁰ Als unangemessen gilt eine Vergütung für Organe solcher Unternehmen, wenn sie 500 000 Euro übersteigt (§ 5 Abs. 2 Nr. 4 lit. a) FMStFV).

In einem nächsten Schritt ergänzte die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) die Vorgaben an Vergütungssysteme bei Banken und Versicherungen durch eine Überarbeitung der jeweils geltenden Mindestanforderungen an das Risikomanagement (MaRisk)⁴¹. Im Dezember 2009 gaben acht Banken sowie die drei größten Versicherungsunternehmen in Deutschland zudem eine Selbstverpflichtungserklärung ab, dass sie die FSB-Standards erfüllen wollen.⁴²

Es folgte die branchenübergreifende allgemeine Regelung der Vergütung für Vorstände von Aktiengesellschaften durch das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG).⁴³ Art. 1 VorstAG enthält Änderungen des AktG, insbesondere des § 87 AktG. Danach muss die Vergütung eines Vorstands in einem angemessenen Verhältnis zu den

³⁸ Gesetz zur Umsetzung eines Maßnahmenpaketes zur Stabilisierung des Finanzmarktes vom 17.10.2008, BGBl. I 2008, 1982.

³⁹ Verordnung zur Durchführung des Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetzes vom 20.10.2008.

⁴⁰ Dazu auch *Krienke/Schnell* NZA 2010, 135 (138).

⁴¹ Durch das RS 22/2009 (BA) vom 21.12.2009 und das RS 23/2009 (VA) vom 21.12.2009.

⁴² Vgl. BT-Drucks. 17/454; Aufzählung der Unternehmen bei *Müller-Bonanni/Mehrens* NZA 2010, 792 Fußnote 3.

⁴³ Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung vom 31.7.2009, BGBl. I S. 2509; zur Entstehung und den in der Koalitionsarbeitsgruppe angestellten Erwägungen siehe *Seibert* FS Hüffer (2010), S. 955.

Aufgaben und Leistungen des Vorstandsmitglieds sowie zur Lage der Gesellschaft stehen und darf die übliche Vergütung nicht ohne besondere Gründe übersteigen.

Als Abschluss der Entwicklung der Gesetzgebung zu Vergütungsfragen in der Finanzbranche darf nun das hier zu besprechende Gesetz über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an die Vergütungssysteme von Instituten und Versicherungsunternehmen mit der darauf beruhenden VersVergV (bzw. für die Banken die Instituts-Vergütungsverordnung (Instituts-VergV)⁴⁴) gelten.⁴⁵ Die FSB-Standards sollen damit vollständig in nationales Recht umgesetzt sein.

c) Überblick über die Neuregelungen

Das Gesetz über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an die Vergütungssysteme von Instituten und Versicherungen ändert durch Art. 1 das KWG, durch Art. 2 das VAG. Von Interesse für diese Arbeit ist primär die Einfügung von § 64b VAG sowie die Ergänzung des § 81b VAG. § 64b Abs. 5 VAG ermächtigt das Bundesministerium der Finanzen zum Erlass der VersVergV.⁴⁶ § 64b Abs. 1 VAG ist die zentrale Norm für die Gestaltung der Vergütungssysteme in Versicherungsunternehmen. Seiner Konkretisierung dient die VersVergV. § 81b VAG steht in dem Teil des VAG, der sich mit der Beaufsichtigung der Versicherungsunternehmen befasst. Er ist klassisches (Gewerbe-)Aufsichtsrecht⁴⁷ und räumt der BaFin eine öffentlich-rechtliche Eingriffsbefugnis ein.⁴⁸

§ 1 VersVergV regelt den „Geltungsbereich“ der Verordnung. Dies ist nichts anderes als der persönliche Anwendungsbereich. Normadressaten der Verordnung sind ausschließlich die genannten Unternehmen, nicht deren Mitarbeiter, Geschäftsleiter oder Aufsichtsräte *in persona*.⁴⁹ Deutlich

⁴⁴ Verordnung über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an Vergütungssysteme von Instituten vom 6.10.2010, BGBl. I S. 1374.

⁴⁵ Vgl. die Begründung des Entwurfs zur VersVergV „Allgemeiner Teil“; BT-Drucks. 17/1291, S. 1.

⁴⁶ *Insam/Hinrichs/Hörtz* DB 2012, 1568, sind offenbar der Ansicht, InstitutsVergV und VersVergV seien von der BaFin erlassen worden, vgl. etwa S. 1571, 1572.

⁴⁷ *Fahr/Kaulbach/Bähr/Pohlmann/Kaulbach/Pohlmann*, VAG, vor § 1 Rz. 8; *Derleder/Knops/Bamberger/Brocke*, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 65 Rz. 1; zur Entwicklung der staatlichen Finanzaufsicht *Reiter/Geerlings* DÖV 2002, 562.

⁴⁸ *Reiter/Geerlings* DÖV 2002, 562 (563).

⁴⁹ Dies verkennen *Fröhlich* ArbRB 2010, 312 f. und *Müller-Bonanni/Mehrens* NZA 2010, 792 (793), wenn sie unter der Überschrift „persönlicher Anwendungsbereich“ die Begriffe der „Mitarbeiter“ bzw. „Risk Taker“ erörtern. *Simon/Koschker* BB 2011, 120 erörtern die Normadressaten gar unter „Sachli-

wird dies insbesondere in § 6 VersVergV, der nur die genannten Unternehmen verpflichtet auf eine Vertragsänderung mit den Mitarbeitern hinzuwirken. Ebenfalls schon in § 1 geregelt ist die Unterscheidung zwischen einem Unternehmen und einem „bedeutenden Unternehmen“, § 1 Abs. 2 VersVergV. Systematisch richtiger wäre diese Bestimmung wohl in § 2 VersVergV zu treffen gewesen, der die für die VersVergV maßgeblichen Begriffsbestimmungen enthält. Allein die Klarstellung des § 1 Abs. 2 Satz 1 VersVergV, dass § 4 nur für bedeutende Unternehmen gilt, vermag die Regelung in § 1 nicht zu rechtfertigen. Dieser Satz hat einzig narrativen Wert. Dass § 4 VersVergV nur auf bedeutende Unternehmen Anwendung findet, ergibt sich aus diesem selbst.

§ 1 Abs. 3 VersVergV wiederholt § 64b Abs. 6 VAG und nimmt Vergütungen, die durch Tarifvertrag oder in seinem Geltungsbereich durch Vereinbarung der Arbeitsvertragsparteien über die Anwendung der tarifvertraglichen Regelungen oder aufgrund eines Tarifvertrages in einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung vereinbart sind, vom Regelungsbereich der Verordnung aus.

§ 3 VersVergV regelt die „allgemeinen Anforderungen“, die von allen Unternehmen, auf die die Verordnung Anwendung findet, ungeachtet ihrer Größe einzuhalten sind. Es findet auch eine Unterscheidung zwischen Geschäftsführern und Mitarbeitern dieser Unternehmen statt. Geregelt werden auch die Verantwortlichkeiten für die Einhaltung der Vorgaben sowie Informationspflichten. § 3 Abs. 3 Satz 2 VersVergV enthält ein Schriftformersfordernis für den Anstellungsvertrag der Geschäftsleiter.

§ 4 VersVergV stellt besondere Anforderungen an bedeutende Unternehmen der Versicherungsbranche. Diese gelten grundsätzlich für Geschäftsleiter und sogenannte Risk Taker. Die Absätze 2 und 3 enthalten Regelungen zur Vergütung, Absatz 4 ein Verbot von Absicherungsmaßnahmen. Die Absätze 5 und 6 beschäftigen sich mit Regelungen zur betrieblichen Altersversorgung. Absatz 7 sieht die Einrichtung eines „Vergütungsausschusses“ vor, Absatz 8 enthält eine Publikationspflicht.

§ 5 VersVergV regelt Anforderungen an übergeordnete Unternehmen einer Versicherungsgruppe oder eines Finanzkonglomerats.

§ 6 VersVergV enthält Vorgaben zur Anpassung bestehender vertraglicher Vereinbarungen. § 7 regelt das Inkrafttreten.

cher Anwendungsbereich“, was sich wohl nur durch eine drucktechnische Vertauschung der Überschriften von II.1. und II. 3 erklären lässt.

4. Geltungsbereich, Normadressaten

Die VersVergV gilt generell für die in § 1 Abs. 1 VersVergV aufgezählten Unternehmen. Erfasst werden:

1. Erst- und Rückversicherungsunternehmen sowie Pensionsfonds mit Sitz im Inland,
2. Versicherungs-Holdinggesellschaften iSd. § 1b und 104a Abs. 2 Nr. 4 VAG mit Sitz im Inland,
3. Versicherungs-Zweckgesellschaften mit Sitz im Inland,
4. Gemischte Finanzholding-Gesellschaften mit Sitz im Inland,
5. Übergeordnete Finanzkonglomeratsunternehmen mit Sitz im Inland, es sei denn, es handelt sich um Institute iSd. § 1 Abs. 1b KWG,
6. Im Inland erlaubnispflichtige Erst- und Rückversicherungsunternehmen sowie Einrichtungen der betrieblichen Altersversorgung mit Sitz in einem Drittstaat und
7. Im Inland erlaubnispflichtige Erstversicherungsunternehmen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder in einem Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum, die nicht den Versicherungsrichtlinien unterfallen.

Ist in der Verordnung von „Unternehmen“ die Rede, so sind damit die eben genannten Unternehmen abschließend gemeint (§ 2 Nr. 1 VersVergV).

5. Die Unterscheidung zwischen Unternehmen und bedeutenden Unternehmen

Die VersVergV unterscheidet in § 1 Abs. 2 Satz 2 zwischen „bedeutenden Unternehmen“ und allen anderen. Diese Unterscheidung geht auf die FSB-Standards zurück, die spezielle Regelungen für „significant financial institutions“ vorsehen.⁵⁰ Da diese Arbeit, anders als das Gesetz, thematisch geordnet ist, soll schon hier auf die getroffene Unterscheidung eingegangen werden. Die Unterscheidung zwischen bedeutenden und „normalen“ Unternehmen entspricht der Vorgabe des § 64b Abs. 5 Satz 2, 3 VAG, wonach sich die Bestimmungen der Verordnung insbesondere an Größe und Vergütungsstruktur des Unternehmens sowie der Art, dem Um-

⁵⁰ Vgl. etwa FSB-Standards Nr. 1, 3, 4, 13, 14.

fang, der Komplexität, dem Risikogehalt und der Internationalität seiner Geschäftsaktivitäten auszurichten haben. Die Unterscheidung ist letztlich Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Rücksicht ist auch darauf zu nehmen, ob das Unternehmen zu einer Versicherungsgruppe oder einem Finanzkonglomerat gehört. Ist ein Unternehmen bedeutend, so hat es weitergehende Anforderungen zu erfüllen (vgl. § 4 VersVergV).

Die VersVergV bestimmt nicht selbst, welche Unternehmen „bedeutend“ sind. Vielmehr erklärt § 1 Abs. 2 Satz 8 VersVergV all die Unternehmen für nicht bedeutend, deren Bilanzsumme weniger als 45 Milliarden Euro beträgt oder die einer Versicherungsgruppe oder einem nach § 104o VAG festgestellten Finanzkonglomerat mit einer Bilanzsumme von weniger als 45 Milliarden Euro angehören.

Auf der anderen Seite gilt für Unternehmen mit einer Bilanzsumme von mindestens 90 Milliarden Euro sowie für Unternehmen, die einer Versicherungsgruppe oder einem nach § 104o VAG festgestellten Finanzkonglomerat mit einer Bilanzsumme von mindestens 90 Milliarden Euro angehören, nach § 1 Abs. 2 Satz 7 VersVergV die Vermutung, dass diese in der Regel „bedeutende Unternehmen“ sind. Die Feststellung, ob dies tatsächlich der Fall ist, überlässt das Gesetz dem jeweiligen Unternehmen selbst. Sofern ein Unternehmen nicht unter Satz 8 fällt, also eine Bilanzsumme von mindestens 45 Milliarden Euro vorzuweisen hat, bzw. einer Versicherungsgruppe oder einem Finanzkonglomerat angehört, das diese Voraussetzung erfüllt, muss es nach § 1 Abs. 2 Satz 2 VersVergV auf Grundlage einer Risikoanalyse eigenverantwortlich feststellen, ob es bedeutend ist. Auch eine Widerlegung der Vermutung von Satz 7 ist auf diese Art möglich. Bei der Risikoanalyse sind von Bedeutung die Größe des Unternehmens, seine Vergütungsstruktur, Art, Umfang, Komplexität, Risikogehalt und Internationalität seiner Geschäftstätigkeit (§ 1 Abs. 2 Satz 3 VersVergV).

Das Kriterium der Vergütungsstruktur scheint hier deplaziert. Es wirkt auf den ersten Blick wie ein Zirkelschluss schon auf Tatbestandsebene die Vergütungsstruktur zu prüfen, wenn die Rechtsfolge eine mögliche Anpassung des Vergütungssystems ist.⁵¹ Was der Verordnungsgeber im Zweifel meint, ist, dass die Risikoanalyse zB. dann vertiefend betrieben werden muss, wenn das Unternehmen schon auf den ersten Blick feststellt, dass der Anteil der variablen Vergütung extrem hoch ist. Es geht also nicht um

⁵¹ *Rubner* NZG 2010, 1288 (1290).

eine eingehende Analyse der unternehmensweit geltenden Regelungen (dann läge in der Tat ein Zirkelschluss vor), sondern darum, dass das Unternehmen offensichtlichen Aspekten oder Auswüchsen bei der Vergütung im Rahmen der Risikoanalyse Rechnung tragen soll.

Gehört das Unternehmen zu einer Versicherungsgruppe oder einem Finanzkonglomerat hat es außerdem nach Satz 4 die Größe, Art, Umfang, Komplexität, Risikogehalt und Internationalität der Gruppe oder des Konglomerats zu beachten.

Die Analyse muss gemäß Satz 6 plausibel, umfassend und für Dritte nachvollziehbar sein. Sie ist deshalb nach Satz 5 schriftlich zu dokumentieren.

Die BaFin wird die Vornahme einer ordnungsgemäßen Risikoanalyse als Bestandteil eines angemessenen Risikomanagements im Rahmen der laufenden Aufsicht überwachen.⁵²

Die schriftliche Niederlegung der Analyse und ihres Ergebnisses dienen somit primär aufsichtsrechtlichen Gesichtspunkten. Nur so lässt sich auch erklären, dass die Begründung der Verordnung eine gesteigerte Intensität der Analyse verlangt, je eher die in § 1 Abs. 2 VersVergV genannten Kriterien die Annahme rechtfertigen, dass das Unternehmen ein Bedeutendes sein könnte.⁵³ Es wird also gerade von Unternehmen mit einer Bilanzsumme von mehr als 90 Milliarden Euro eine besonders genaue Analyse verlangt, obwohl ohnehin schon eine gesetzliche Vermutung besteht, dass es sich um ein bedeutendes Unternehmen handelt.

Bei der maßgeblichen Bilanzsumme handelt es sich nicht um einen Mittelwert, entscheidend ist der letzte Jahresabschluss. Die Begründung zum Entwurf der Verordnung erklärt, dass für die Bestimmung der Bilanzsumme von Versicherungsgruppen und Finanzkonglomeraten der Konzernabschluss nach HGB oder IFRS maßgeblich sein soll. Aufgrund der Maßgeblichkeit des Konzernabschlusses kann davon ausgegangen werden, dass kein Mittelwert einer gewissen Zeitspanne maßgeblich sein soll. Gleiches ergibt ein Umkehrschluss aus § 1 Abs. 2 Satz 6 InstitutsVergV, der explizit ein Abstellen auf den Durchschnitt der letzten drei Jahre vorsieht.⁵⁴

⁵² Begründung des Entwurfs der VersVergV zu § 1; §§ 81 ff. VAG; die Begründung des Entwurfs der VersVergV ist abrufbar auf der Internetseite der BaFin: http://www.bafin.de/SharedDocs/Aufsichtsrecht/DE/Verordnung/VersVergV_101006_begrueundung_va.html (letzter Abruf: 1.11.2012).

⁵³ Begründung des Entwurfs der VersVergV zu § 1.

⁵⁴ So auch *Rubner* NZG 2010, 1288 (1290); *Simon/Koschker* BB 2011, 120.

II. Regelungen zu den Vergütungssystemen

§ 64b VAG sowie die §§ 3, 4, und 5 VersVergV regeln die Ausgestaltung der Vergütungssysteme in Versicherungsunternehmen. Mit den Vorgaben zur Vergütung soll sich der zweite Abschnitt dieser Arbeit befassen. Klärungsbedürftig ist zunächst, was das Gesetz unter dem Begriff des Vergütungssystems bzw. der Vergütung versteht, bevor die einzelnen Regelungen für Mitarbeiter, Geschäftsleiter, sogenannte Risk Taker und Aufsichtsräte kritisch gewürdigt werden.

1. Begriff der Vergütung und des Vergütungssystems

a) Grundsätzliches

Das VAG bestimmt in § 64b Abs. 1, dass die Vergütungssysteme für Geschäftsleiter, Mitarbeiter und Aufsichtsratsmitglieder von Versicherungsunternehmen angemessen, transparent und auf eine nachhaltige Entwicklung des Unternehmens ausgerichtet sein müssen. § 64b Abs. 1 VAG stellt die zentrale Norm des Versicherungsaufsichtsrechts bezüglich der Vergütungssysteme dar. Eine Definition des Begriffes „Vergütungssystem“ selbst findet sich allerdings nicht im VAG. Sie ist in § 2 Nr. 3 VersVergV enthalten. Danach sind „Vergütungssysteme“ alle „unternehmensinternen Regelungen zur Vergütung sowie deren tatsächliche Umsetzung und Anwendung durch die Unternehmen“. Unter „Vergütung“ sind gemäß § 2 Nr. 2 VersVergV „sämtliche finanzielle Leistungen und Sachbezüge, gleich welcher Art, sowie Leistungen von Dritten, die ein Geschäftsleiter, eine Geschäftsleiterin, ein Mitarbeiter oder eine Mitarbeiterin⁵⁵ im Hinblick auf seine oder ihre berufliche Tätigkeit bei dem Unternehmen erhält“, zu verstehen. Auf den ersten Blick scheint der Begriff der Vergütung sehr umfassend („sämtliche finanzielle Leistungen und Sachbezüge“) zu sein, vergleichbar dem des „Lohnes“ iSd. § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG.⁵⁶ Lohn ist alles, was der Arbeitnehmer als Gegenleistung für seine Arbeit erhält.⁵⁷ Nicht zum Lohn iSd. des BetrVG zählen nur sol-

⁵⁵ Die im Folgenden ausschließlich verwendeten Begriffe „Geschäftsleiter“ und „Mitarbeiter“ meinen zugleich auch Geschäftsleiterinnen und Mitarbeiterinnen.

⁵⁶ BAG 10.6.1986 – 1 ABR 65/84, AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 22; Richardi/Richardi, BetrVG, § 87 Rz. 734 ff.; Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, Bd. II, S. 932; HWK/Clemenz, § 87 BetrVG Rz. 176.

⁵⁷ BAG 15.4.2008 – 1 AZR 65/07, NZA 2008, 888 (891); Schang, Die Mitbestimmung des Betriebsrats bei neuen Formen der Leistungsvergütung, 2002, S. 30; Richardi/Richardi, BetrVG, § 87 Rz. 734 ff.; RGKU/Werner, § 87 BetrVG Rz. 153.

che Leistungen, die keinen Vergütungscharakter haben, weil sie bspw. einzig Schäden und Aufwendungen ersetzen sollen.⁵⁸ Ebenso wie die aufsichtsrechtlichen Regelungen will das BetrVG die Angemessenheit und Transparenz des Lohngefüges schützen und gewährleisten, wenn auch aus einer auf den Betrieb bezogenen Perspektive.⁵⁹ Die aufsichtsrechtliche VersVergV verlangt Angemessenheit und Transparenz aufgrund eines übergeordneten Gemeinwohls.⁶⁰

Der Begriff der Vergütung umfasst alle Bestandteile der fixen (§ 2 Nr. 6 VersVergV) und variablen (§ 2 Nr. 4 VersVergV) Vergütung.⁶¹

Trotzdem können die zu § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG gefundenen Erkenntnisse nicht ohne Weiteres auf das Aufsichtsrecht übertragen werden, nimmt doch § 2 Nr. 2 Satz 2 VersVergV finanzielle Leistungen oder Sachbezüge, die vom Unternehmen kraft einer allgemeinen, ermessensunabhängigen Regelung gewährt werden und die keine Anreizwirkung zur Eingehung von Risiken entfalten, insbesondere Rabatte, betriebliche Versicherungs- und Sozialleistungen sowie bei Mitarbeitern die Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung iSd. SGB VI und zur betrieblichen Altersversorgung iSd. BetrAVG ausdrücklich vom Begriff der Vergütung aus. Ausweislich der Begründung des Verordnungsentwurfes fallen damit auch finanzielle Zusatzleistungen wie ein 13. oder 14. Monatsgehalt, Urlaubs- oder Weihnachtsgeld sowie Fahrtkostenzuschüsse nicht unter den Begriff der Vergütung, da sie keine Anreize zur Eingehung von Risiken setzen.⁶² Das Kriterium der „allgemeinen, (...) Regelung“ des § 2 Nr. 2 Satz 2 VersVergV dient wohl letztlich nur dazu, zumindest nicht auch noch die fixe Vergütung von der Ausnahmegvorschrift des Satzes 2 erfasst werden zu lassen. Denn gerade bei fixen Gehaltsbestandteilen dürfte von einer Anreizwirkung nicht auszugehen sein,⁶³ so dass der Ausschluss nach Satz 2 greifen würde. Ebenso werden alle Zahlungen aufgrund von Betriebsvereinbarungen ausgenommen, sofern diese ermessensunabhängig sind und keine Anreizwirkung zur Eingehung von Risiken entfalten.

⁵⁸ ErfK/*Kania*, § 87 BetrVG Rz. 98; Richardi/*Richardi*, BetrVG, § 87 Rz. 743.

⁵⁹ BAG 3.12.1991 – GS 2/90, VersR 1992, 1373 (1377); BAG 28.3.2006 – 1 ABR 59/04, NZA 2006, 1367 (1368); ErfK/*Kania*, § 87 BetrVG, Rz. 96; Richardi/*Richardi*, BetrVG, § 87 Rz. 728 ff, 730; HWK/*Clemenz*, § 87 BetrVG Rz. 174.

⁶⁰ Begründung des Entwurfs der VersVergV „Allgemeiner Teil“, BT-Drucks. 17/1291, S. 9.

⁶¹ Vgl. auch zu § 87 BetrVG HWK/*Clemenz*, § 87 BetrVG Rz. 176 f.; v. *Hoyningen-Huene*, Betriebsverfassungsrecht, § 12 Rz. 79.

⁶² Begründung des Entwurfs der VersVergV zu § 2.

⁶³ *Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins* NZG 2009, 612 (613).

Der Begriff der variablen Vergütung ist schließlich in § 2 Nr. 4 VersVergV definiert. Danach ist variable Vergütung der Teil der Vergütung, dessen Gewährung oder Höhe im Ermessen des Unternehmens steht oder vom Eintritt vereinbarter Bedingungen abhängt, und zwar einschließlich der ermessensabhängigen Leistungen zur Altersversorgung. Unter letzteren ist der Teil der variablen Vergütung zu verstehen, der zum Zwecke der Altersversorgung im Hinblick auf eine konkret bevorstehende Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses beim Unternehmen vereinbart wird. Diese Leistungen sind ein ausschließlich rechnerischer Teil der variablen Vergütung.⁶⁴

b) Einzelne Problemfälle

aa) Leistungen von Dritten

Recht unproblematisch ist zunächst der Fall, dass die Leistung an einen Mitarbeiter nicht von dessen Unternehmen, sondern von der Konzernmutter erbracht wird. Nach § 2 Nr. 2 Satz 1 VersVergV ist Vergütung auch die Leistung eines Dritten. Es muss also kein Arbeits- oder Dienstverhältnis zwischen dem Leistenden und dem Empfänger bestehen.⁶⁵ Dabei ist auch irrelevant, ob die Vergütung in Form eines Carried-Interest-Modells⁶⁶ erfolgt, durch Aktienoptionen⁶⁷ oder durch eine Festvergütung. Vom Vergütungsbegriff ist dies alles umfasst. Die VersVergV ist in diesem Punkt weiter als das Rundschreiben der BaFin 23/2009 (VA) vom 21.12.2009, das unter Punkt 2.1 unter den Vergütungsbegriff nur Leistungen des Unternehmens fasste, mit dem der Mitarbeiter in einem Arbeitsverhältnis steht. Eine Umgehung der Vorschriften wurde also deutlich erschwert.

Es könnte aber befürchtet werden, dass die Verordnung ins Leere geht, da in einer solchen Konstellation die Anreize von einem Dritten gesetzt werden und nicht im Einflussbereich des Tochterunternehmens liegen. Dem ist aber entgegenzuhalten, dass § 5 Abs. 1 VersVergV übergeordneten Unternehmen einer Versicherungsgruppe (§ 64a Abs. 2 VAG) oder eines

⁶⁴ Begründung des Entwurfs der VersVergV zu § 2; *Rieble/Schmittlein*, Rz. 467.

⁶⁵ Vgl. BAG 12.2.2003 – 10 AZR 299/02, NZA 2003, 487 (489); LAG Düsseldorf 3.3.1998 – 3 Sa 1452/97, NZA 1999, 981 (982) wonach Ansprüche auf Leistungen, die die Konzernmutter Beschäftigten der Tochter gewährte, nicht Bestandteil des Arbeitsvertrags zwischen Tochter und Beschäftigten werden. Siehe dazu auch *Lingemann/Diller/Mengel* NZA 2000, 1191 sowie *Lipinski/Melms* BB 2003, 150.

⁶⁶ Begründung des Entwurfs der VersVergV zu § 2; *Buscher*, Neue bankaufsichtsrechtliche Vergütungsanforderungen für Institute, 2011, S. 15.

⁶⁷ Vertiefend zu Aktienoptionen im Konzern *Müller-Bonnani/Nieroba* Der Konzern 2010, 143.

Finanzkonglomerats aufgibt, ihrerseits sicher zu stellen, dass die Vergütungssysteme innerhalb der Gruppe bzw. des Konglomerats angemessen, transparent und auf eine nachhaltige Entwicklung ausgerichtet sind.

Für den Begriff der Vergütung ebenfalls nicht problematisch ist der Fall, dass nicht die Konzernmutter, sondern eine andere Tochtergesellschaft finanzielle Leistungen an einen Beschäftigten erbringt. „Dritter“ ist auch diese. Wie mit dem Umstand zu verfahren ist, dass der Dritte nicht immer selbst ein Unternehmen iSd. VersVergV ist, wird sogleich thematisiert werden.⁶⁸ Auf den Begriff der Vergütung hat dieser Umstand aber keine Auswirkungen.

bb) Variable Vergütung ohne Anreiz zur Eingehung eines Risikos

Ob die Regelung des Begriffs der „Vergütung“ bzw. des „Vergütungssystems“ geglückt ist, darf allerdings wegen eines weiteren Gesichtspunktes bezweifelt werden. Es gilt nun drei Gruppen von „Vergütung“ auseinander zu halten:

Zunächst die Vergütung iSd. § 2 Nr. 2 Satz 1 VersVergV, die im Wesentlichen die Fixvergütung darstellt, also das normale „Gehalt“.

Daneben stehen die variable Vergütung und Teile der Gesamtvergütung, die explizit wieder ausgenommen werden. Es können dabei Konflikte zwischen § 2 Nr. 2 Satz 2 und Nr. 4 VersVergV auftreten, sodass zu klären ist, welche Norm vorrangig ist. Nach Nr. 2 Satz 2 ist jegliche Leistung des Arbeitgebers, die aufgrund von ermessensunabhängigen, allgemeinen Regelungen gewährt wird und keinen Anreiz bietet ein Risiko zu begründen, vom Begriff der Vergütung auszunehmen.

Fraglich ist aber, ob dies sogar dann gilt, wenn sie sich unter „variable Vergütung“ subsumieren lässt, wie zB. Treueprämien. Diese sind regelmäßig von einer Bedingung abhängig (also eigentlich variabel iSd. VersVergV), werden aber ebenso regelmäßig aufgrund einer allgemeinen Regelung bezahlt und schaffen keinen Risikoanreiz. Auch ein Ermessen des Unternehmens besteht zumindest aufgrund des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes in der Regel nicht.

⁶⁸ Dazu sogleich im Rahmen der Leiharbeit unter II. 2. a) bb).

Die Anreizwirkung ist für den Begriff der Vergütung iSd. VersVergV entscheidend.⁶⁹ Dies zeigt sich vor allem daran, dass die Begründung der VersVergV auch variable Vergütungsbestandteile erfasst wissen will, wenn diese in solche Vergütungselemente umgewandelt werden, die keine Anreizwirkung haben. Hat ein Vergütungsbestandteil einmal das Verhalten des Begünstigten in eine Richtung gesteuert, so soll durch eine nachträgliche Umwandlung nicht die aufsichtsrechtliche Regelung umgangen werden können.⁷⁰ Im Hinblick auf Sinn und Zweck der Regelung – die Vermeidung „schädlicher“ Anreize – ist § 2 Nr. 4 VersVergV so zu lesen, dass der vom Eintritt einer Bedingung abhängige Teil nur dann variable Vergütung ist, wenn durch die Bedingung ein Anreiz zur Eingehung eines Risikos geschaffen werden könnte. Ist dies nicht der Fall, sondern besteht der Anreiz nur darin, den Mitarbeiter zur Betriebstreue anzuhalten, so ist dieser Teil der Vergütung nach § 2 Nr. 2 Satz 2 VersVergV von dem Begriff der Vergütung nicht umfasst. Dies bestätigt § 3 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 VersVergV. Wie soll eine Prämie, die für Betriebstreue gezahlt wird, den Erfolg des gesamten Unternehmens berücksichtigen? Im Einzelfall wird stets zu hinterfragen sein, wofür die Zahlung tatsächlich geleistet wird.

c) Zusammenfassung zum Begriff der Vergütung

Vergütung iSd. VersVergV ist jede Leistung, die der Mitarbeiter im Gegenzug für die Erbringung seiner Dienste erhält. Ausnahmen macht die Verordnung dann, wenn der fragliche Vergütungsbestandteil auf einer allgemeinen Regelung beruht und keinen Anreiz zur Eingehung von Risiken setzt. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, fällt auch ein Vergütungsbestandteil, der eigentlich variable Vergütung iSd. § 2 Nr. 4 VersVergV ist, nicht unter den Begriff der „Vergütung“ und unterliegt nicht den Beschränkungen der VersVergV.

⁶⁹ Ebenso *Rieble/Schmittlein*, Rz. 468.

⁷⁰ Begründung des Entwurfs der VersVergV zu § 2.

2. Regelung der Vergütung von Mitarbeitern

Die Arbeit behandelt die Vorgaben der VersVergV nach den betroffenen Gruppen (Mitarbeiter, Geschäftsleiter, etc.). Es soll mit den Vergütungsvorgaben für Mitarbeiter an dieser Stelle begonnen werden. Dabei ist es nötig, den Begriff „Mitarbeiter“ auszuleuchten.

a) Begriff des Mitarbeiters

Klärungsbedürftig ist, was das VergSystG und ihm folgend die VersVergV unter einem „Mitarbeiter“ verstehen. § 2 Nr. 7 VersVergV bestimmt, dass unter Mitarbeitern alle natürlichen Personen zu verstehen sind, derer sich das Unternehmen beim Geschäftsbetrieb, insbesondere aufgrund eines Arbeits-, Geschäftsbesorgungs- oder Dienstverhältnisses bedient, und alle natürlichen Personen, die im Rahmen von Funktionsausgliederungen mit einer gruppenangehörigen Gesellschaft, für die die InstitutsVergV nicht gilt, unmittelbar an Dienstleistungen für das Unternehmen beteiligt sind. Nicht gelten soll dies für Funktionsausgliederungen von Pensionskassen oder Pensionsfonds, die über keine eigenen Mitarbeiter verfügen, für Trägerunternehmen oder deren Spezialdienstleistungsunternehmen. Auch Geschäftsleiter und Handelsvertreter im Sinne des § 84 Abs. 1 HGB gelten nicht als Mitarbeiter.

Die Begriffsbestimmung des § 2 Satz 1 Nr. 7 VersVergV ist offensichtlich deutlich weiter zu verstehen als der Arbeitnehmerbegriff.⁷¹ Dafür spricht auch das Anliegen des Verordnungsgebers durch eine Regulierung der Vergütungssysteme das Risikomanagement von Unternehmen zu beeinflussen und dadurch eine Wiederholung der Finanzkrise zu verhindern. Dieses Ziel lässt sich desto leichter erreichen, auf je mehr Mitarbeiter die Vorschriften Anwendung finden. Die Frage ist allerdings, wo der Mitarbeiterbegriff seine Grenze findet. Nähme man die Begriffsbestimmung wörtlich, so würde beispielsweise auch der aufgrund eines Geschäftsbesorgungsvertrages tätig werdende Rechtsanwalt als „Mitarbeiter“ des Unternehmens gelten und das Unternehmen müsste Grundsätze zu einem Vergütungssystem für eben jenen aufstellen, § 3 Abs. 1 Satz 1 VersVergV. Dies wäre verfehlt.

⁷¹ Für eine weite Auslegung des Begriffs auch *Fröhlich* ArbRB 2010, 312 (313).

Die Auslegung des Begriffs des Mitarbeiters macht auch deshalb Probleme, weil er dem deutschen Recht bisher fremd war.⁷² Der *Duden* sieht den Begriff des Mitarbeiters als Synonym für „Angestellte, Arbeitnehmer, Beschäftigte, Betriebsangehörige“.⁷³ *Wahrig* verlangt, dass „jemand mit anderen an etwas arbeitet“, um als Mitarbeiter zu gelten.⁷⁴ Als Definition ist dies freilich zu pauschal und ungenau. Hinzu kommt, dass die VersVergV fingiert, dass Geschäftsleiter und Handelsvertreter keine Mitarbeiter sind („gelten nicht“). Dies bedeutet, dass auch Geschäftsleiter und Handelsvertreter grundsätzlich erfasst wären.

Da sich die Begründung des Entwurfs der VersVergV auf eine wörtliche Wiedergabe des Verordnungstextes beschränkt, bleibt nur noch ein Blick auf die Entwicklung des Begriffs und eine am Ziel der Verordnung ausgerichtete Auslegung. Die der Verordnung zu Grunde liegenden FSB-Standards enthalten den Begriff des „employee“.⁷⁵ Eine Übersetzung mit dem Begriff „Arbeitnehmer“ ist sicherlich richtig. Darüber geht die Verordnung – wählt sie doch einen weiteren Begriff – jedoch hinaus, was dem deutschen Gesetzgeber rechtlich unbenommen ist.

Zu beachten ist auch, dass dem Begriff des „employee“ im englischen Recht bspw. auch Geschäftsführer und Vorstände unterfallen.⁷⁶ Die britischen Gerichte stellen auf mehrere „tests“ ab, wobei maßgebliches Kriterium ist, ob zwischen den Vertragsparteien eine dauerhafte Verpflichtung besteht.⁷⁷ In einem zweiten Schritt wird geklärt, ob der Dienstleistende persönlich und fachlich fremdbestimmt arbeitet.⁷⁸

Im amerikanischen Recht ist der Begriff des „employee“ bezogen auf den Regelungsbereich des jeweiligen Gesetzes zu definieren.⁷⁹ Im amerikanischen *Common Law*⁸⁰ gilt als „employee“, wem gegenüber der Dienstherr

⁷² So findet sich auch bei *Creifelds* kein Eintrag zum Begriff des Mitarbeiters; einzige Ausnahme ist die Mitarbeitervertretungsordnung (MAVO) der katholischen bzw. das Kirchengesetz über die Mitarbeitervertretungen in der EKD (MVG) der evangelischen Kirche.

⁷³ *Duden*, „Mitarbeiter“.

⁷⁴ *Wahrig*, „Mitarbeiter“.

⁷⁵ FSB-Standard Nr. 2.

⁷⁶ *Harth/Taggart* in: Henssler/Braun, Arbeitsrecht in Europa, Großbritannien Rz. 8.

⁷⁷ Sog. *mutuality of obligation test*: Es muss eine Abrede bestehen, dass der Dienstleistende in Zukunft für den Dienstherrn tätig wird und dieser im Gegenzug auch in Zukunft eine Beschäftigung anbietet. Siehe dazu auch *Rebhahn* RdA 2009, 154 (170).

⁷⁸ Sog. *control test*, vgl. *Davies*, Perspectives on Labour Law, 2004, S. 85 f.

⁷⁹ *Dau-Schmidt/Ray*, The Definition of „Employee“ in American Labor and Employment Law.

⁸⁰ Folgende Definition gilt für den Bereich des *Tort Law*, insbesondere den *Tort of respondeat superior*. Danach hat ein Dritter, der von dem „employee“ deliktisch geschädigt wurde, einen Anspruch gegen den Dienstherrn. Dem liegt der Gedanke zu Grunde, dass der Dienstherr auf diese Weise proaktiv tätig werden wird, um derartige Unfälle zu verhindern, indem er eine entsprechende Kontrolle

das Recht hat, die Art und Weise zu bestimmen, wie die Arbeit erbracht zu werden hat und was das Ergebnis sein soll.⁸¹ Der *U.S. Supreme Court* drückte es prägnant so aus: employee ist, wem der Dienstherr aufgeben kann „not only what shall be done, but how it shall be done.“⁸² Dieser *right to control test* gilt, auch wenn er im deutschen Recht der Definition des Verrichtungsgehilfen entspricht, auch im Rahmen anderer wichtiger amerikanischer Gesetze wie dem National Labor Relations Act.⁸³ Der Begriff des „employee“, wie er in dem US.-amerikanischen Regelwerk zur Umsetzung der FSB-Standards⁸⁴ verwendet wird, kann allerdings nur eingeschränkt zur Auslegung der FSB-Standards herangezogen werden. Grundsätzlich werden von dem amerikanischen Regelwerk nur „senior executives“ erfasst sowie die Gruppe von Mitarbeitern, die nach der VersVergV den „Risk Takern“ entspricht.⁸⁵ Zu beachten ist hierbei aber, dass in diesem Regelwerk ausdrücklich davon Abstand genommen worden ist, bestimmte Mitarbeitergruppen, wie etwa „normale“ Bankangestellte, Buchhalter, IT-Angestellte oder gar Kuriere aus dem oben genannten Kreis auszunehmen.⁸⁶ Selbst wenn sich das amerikanische Regelungssystem in dieser Hinsicht grundlegend von dem deutschen unterscheidet, so ist doch das Bestreben nach einem möglichst weiten Anwendungsbereich der Vorschriften erkennbar.

Daraus lässt sich schließen, dass auch die FSB-Standards einen Mitarbeiterbegriff vorsehen, der weiter zu verstehen ist, als der deutsche Arbeitnehmerbegriff.

Die Literatur definiert den Mitarbeiter der Regierungsbegründung zum Entwurf des VergSystG folgend als eine natürliche Person, „die bei wirtschaftlicher und risikoseitiger Betrachtung als dem Unternehmen

über den employee ausübt (vgl. *Morris*, The Torts of an Independent Contractor, 29 Ill. L. Rev. 339 (1935)). Die Situation ist also entfernt vergleichbar mit der, aufgrund derer die VersVergV erlassen wurde. Die VersVergV regelt zwar keine Schadensersatzansprüche, aber hier wie da werden Regeln geschaffen, um den Dienstherrn zu einer angemessenen Kontrolle und Steuerung des Verhaltens des für ihn Tätigwerdenden zu veranlassen. Letztlich kann gesagt werden, dass jeder Haftungsvorschrift ein präventiver Gedanke innewohnt, das Verhalten des Normadressaten also in eine bestimmte Richtung gelenkt werden soll.

⁸¹ *Singer Manufacturing Co. v. Rahn*, 132 U.S. 518 (1889).

⁸² *Singer Manufacturing Co. v. Rahn*, 132 U.S. 518 (1889).

⁸³ *NLRB v. United Insurance Co.* 390 U.S. 254 (1968).

⁸⁴ Guidance on Sound Incentive Compensation Policies des *Department of the Treasury – Office of Thrift Supervision*, vom 25.6.2010, Fed. Reg. Vol. 75, No. 122, S. 36395.

⁸⁵ Guidance on Sound Incentive Compensation Policies, Fed. Reg. Vol. 75, No. 122, S. 36407.

⁸⁶ Guidance on Sound Incentive Compensation Policies, Fed. Reg. Vol. 75, No. 122, S. 36399 wollen keine „blanket exemption“ ausstellen. Maßgeblich soll vielmehr immer eine Einzelfallbetrachtung sein.