

Jan Röleke

Europäisch geprägte Vergütungsregulierung

Gesetzliche Vergütungsbeschränkungen im Bankenaufsichts- und
Vorstandsrecht sowie im Recht der Freien Berufe

Dr. Jan Rölke

Europäisch geprägte Vergütungsregulierung

Gesetzliche Vergütungsbeschränkungen im Bankenaufsichts-
und Vorstandsrecht sowie im Recht der Freien Berufe

Begründet von Prof. Dr. Ernst Klingmüller

Herausgegeben von Prof. Dr. Helmut Heiss, Zürich; Prof. Dr. Rolf Herber, Hamburg; Prof. Dr. Christian Rolfs, Köln; Prof. Dr. Wulf-Henning Roth, Bonn; Prof. Dr. Gerhard Wagner, Berlin; Prof. Dr. Marc-Philippe Weller, Heidelberg

Europäisch geprägte Vergütungsregulierung

Gesetzliche Vergütungsbeschränkungen im
Bankenaufsichts- und Vorstandsrecht sowie
im Recht der Freien Berufe

Dr. Jan Röleke

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. Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln –

Referent: Prof. Dr. Christian Rolfs
Korreferent: Prof. Dr. Heinz-Peter Mansel
Tag der mündlichen Prüfung: 14. August 2018

© 2018 VVW GmbH, Karlsruhe

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

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

© 2018 VVW GmbH, Karlsruhe

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

Gleichstellungshinweis

Aus Gründen der Lesbarkeit wird im Folgenden nur die männliche Form verwendet, die weibliche Form ist dabei stets mit eingeschlossen.

ISSN 0522-6236

ISBN 978-3-96329-175-3

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2018 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur sind auf dem Stand vom 1. Februar 2018.

Mein Dank gilt all denjenigen, die mich während der Promotionszeit unterstützt haben.

Besonders danke ich Professor Dr. Christian Rolfs für die engagierte Betreuung der Arbeit und die hervorragenden Arbeitsbedingungen, die ich als Mitarbeiter an seinem Institut genießen durfte. Zudem danke ich Professor Dr. Heinz-Peter Mansel für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Gedankt sei auch Anne Cremer, Michael Röleke, Dr. Severin Gotthard Kunisch und Niclas Lauf für die sorgfältige Korrektur des Manuskriptes sowie Dr. Stefan Witschen, MJur (Oxon) und Dr. Bernd Scholl für ihre inhaltlichen Anregungen.

Vor allem aber gilt mein herzlichster Dank meiner Freundin und meiner Familie für ihre liebevolle und vielfältige Unterstützung.

Köln, im August 2018

Jan Röleke

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Abkürzungsverzeichnis	XIII
A. Grundlegung	1
I. Regelungen im Zusammenhang mit der Finanzmarktkrise 2007/08 ...	3
1. Vergütungsregulierung im Bankenaufsichtsrecht	4
a) Internationale und europäische Vorgaben	4
b) Die nationale Umsetzung im KWG	8
c) Die nationale Umsetzung in der InstitutsVergV	10
2. Die Regulierung der Vorstandsbezüge	13
II. Vergütungsrecht der Freien Berufe	15
1. Die Regulierung der Honorare für Architekten- und Ingenieurleistungen nach der HOAI	15
2. Die Regulierung der anwaltlichen Vergütung	17
3. Die Regulierung der Vergütung des Steuerberaters	20
B. Das Recht der Europäischen Union	23
I. Das Verhältnis von variablen und festen Vergütungsbestandteilen aus Art. 94 Abs. 1 lit. g) CRD IV	23
1. Geeignete Rechtsgrundlage	24
2. Wahrung des Subsidiaritätsgrundsatzes	27
3. Unionsrechtliche Vertragsfreiheit	28
a) Eingriff	29
b) Rechtfertigung	29
aa) Legitime Zwecke	30
bb) Verhältnismäßigkeit	32
II. Die Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs durch freiberufliche Gebührenvorschriften	36
1. Deregulierungsbestrebungen vor Erlass der DLRL	37
2. Rechtlicher Rahmen	40
a) Das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen und Verhaltensweisen aus Art. 101 AEUV	40
b) Beschränkung der Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AUEV) und der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV)	41
c) Vereinbarkeit mit der DLRL	43
3. Die Vereinbarkeit der Mindest- und Höchstsätze der HOAI mit der DLRL	45
a) Fehlende Flexibilität durch das verbindliche Preisrecht	46
b) Vereinbarkeit mit Art. 14 Nr. 1 DLRL	50
c) (Un-)Vereinbarkeit mit Art. 15 DLRL	50
aa) Klage der Europäischen Kommission	51
bb) Anwendbarkeit	51
cc) Eingriff	53
dd) Rechtfertigung	53

aaa)	Keine Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit.....	54
bbb)	Zwingende Gründe des Allgemeininteresses	54
(1)	Beweis- und Argumentationslast.....	55
(2)	Sicherung der Qualität zur Vermeidung eines ruinösen Preiswettbewerbs.....	58
(3)	Begrenzung des Anstiegs der Baukosten und mittelbar des Mietanstiegs.....	63
(4)	Transparenz und Kalkulierbarkeit – insbesondere wegen des geistig-schöpferischen Tätigwerdens.....	67
d)	Vereinbarkeit mit Art. 16 DLRL.....	69
e)	Rechtsfolge.....	71
4.	Die unionsrechtliche Bewertung der tarifierten Vergütung von Rechtsanwälten und Steuerberatern.....	72
a)	Die Angleichung der StBVV infolge des Vertragsverletzungsverfahrens.....	73
b)	Unterschiedliche Regelungssystematiken.....	73
c)	Verbotsregelungen.....	75
aa)	Verstoß gegen Art. 15 DLRL.....	77
bb)	Verstoß gegen Art. 16 DLRL.....	81
C.	Das nationale Verfassungsrecht.....	85
I.	Dogmatische Grundlagen.....	85
1.	Die Vertragsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG.....	85
2.	Die Vertragstreue i.S.d. Art. 2 Abs. 1 GG.....	86
3.	Die Berufsausübungsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG.....	87
4.	Die Eigentumsfreiheit aus Art. 14 Abs. 1 GG.....	88
5.	Der allgemeine Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG.....	89
II.	Die Beschränkung des Architekten- und Ingenieurhonorars nach der HOAI.....	90
1.	Verstoß gegen die (berufsrechtliche) Vertragsfreiheit.....	90
2.	Unzumutbare Beschränkung der Berufsfreiheit der inländischen Dienstleister.....	93
3.	Unzumutbare Benachteiligung inländischer Dienstleister nach Art. 3 Abs. 1 GG.....	96
4.	Exkurs: Modifikation des verbindlichen Preisrechts der HOAI ..	100
a)	Änderungsvorschläge.....	100
b)	Anforderungen an eine abweichende Vergütungsvereinbarung.....	102
aa)	Textform.....	103
bb)	Hinweispflichten.....	105
cc)	Bestimmtheit.....	105

III. Die Beschränkung der Vergütung des Rechtsanwalts sowie der des Steuerberaters	108
1. Die Verbote einer Gebührenunterschreitung sowie einer Erfolgshonorarvereinbarung	110
a) Verstoß gegen die (berufsrechtliche) Vertragsfreiheit durch die Gebührenunterschreitungsverbote.....	110
b) Vereinbarkeit der Erfolgshonorarverbote mit der Berufsausübungsfreiheit	110
2. Die absolute Höchstgrenze aus § 22 Abs. 2 RVG.....	115
a) Eingriff in die berufsrechtliche Vertragsfreiheit des Rechtsanwalts.....	116
b) Rechtfertigung des Eingriffs	119
3. Nachträgliche Herabsetzung einer unangemessenen hohen Vergütung	121
a) Vermutete Unangemessenheit bei Überschreiten der gesetzlichen Vergütung um mehr als das Fünffache	122
b) Vereinbarkeit mit der berufsrechtlichen Vertragsfreiheit.....	124
c) Keine faktische Leitbildfunktion der Gebührenordnung.....	126
IV. Vorstandsvergütungsbeschränkung	128
1. Ausreichende Wahrung der berufsrechtlichen Vertragsfreiheit .	128
a) Entwicklung der regulierten Vorstandsbezüge	128
b) Absolute Obergrenze.....	131
aa) Keine geeigneten und erforderlichen Zielsetzungen	131
bb) Unverhältnismäßigkeit	134
2. Die nachträgliche Herabsetzung der Vorstandsbezüge	137
a) Tatbestandsvoraussetzungen.....	138
b) Rechtsfolge.....	140
c) Die Herabsetzung von Ruhegehalt, Hinterbliebenenbezügen und Leistungen verwandter Art	144
V. Nachträglicher Eingriff in bestehende Vergütungsansprüche im Bankenaufsichtsrecht.....	147
1. Prüfungsmaßstab: Nationales Verfassungsrecht	148
2. Nachträgliche Beschränkung variabler Vergütungsansprüche durch die BaFin	148
3. Rückforderung und Erlöschen variabler Vergütungsbestandteile nach der InstitutsVergV.....	150
D. Die Vergütungsanforderungen im Bankenaufsichtsrecht.....	155
I. Vergütungskategorien.....	155
1. Fixe Vergütung	157
2. Variable Vergütung	160
a) Garantierte variable Vergütung	162
b) Abfindungen	163
aa) Definition.....	164
bb) Privilegierte Anforderungen für unter § 5 Abs. 6 Satz 5 InstitutsVergV fallende Abfindungen.....	166

cc)	Keine Belohnung von Misserfolg oder Fehverhalten	168
II.	Das Verhältnis zwischen variabler und fixer Vergütung	169
1.	Angemessenheit	169
2.	Der Bonus-Cap als Obergrenze der variablen Vergütung	170
3.	Billigung einer höheren Obergrenze (bis maximal 200%)	174
III.	Vereinbarung einer Clawback-Regelung zwischen Institut und Risikoträgern	176
IV.	Anpassung bestehender Verträge an die neuen Anforderungen	180
E.	Das Gebot der Angemessenheit im Vorstandsrecht	185
I.	Allgemeines	185
II.	Aufgaben und Leistungen des Vorstandsmitglieds	187
III.	Lage der Gesellschaft	191
IV.	Üblichkeit	192
1.	Horizontaler Vergleich	194
2.	Vertikaler Vergleich	195
V.	Weitere Kriterien	197
VI.	Zusammenfassung	198
F.	Alternative Ansätze zur Gewährleistung einer angemessenen Vorstandsvergütung	201
I.	Beschränkung der steuerlichen Abzugsfähigkeit der Vorstandsbezüge	201
II.	Verlagerung der Letztentscheidungsbefugnis auf die Hauptversammlung	205
1.	Hauptversammlungsvotum erstmals seit dem VorstAG möglich	205
2.	Gescheiterte Änderungen durch das VorstKoG	206
3.	Unionsrechtliche Reformvorhaben zum Say on Pay	207
a)	Das Recht auf Abstimmung über die Vergütungspolitik	207
b)	Umsetzung in nationales Recht	208
aa)	Verfahrensvorgaben nach Art. 9a RL (EU) 2017/828	209
bb)	Wirkung und Reichweite eines Hauptversammlungsbeschlusses	210
III.	Absolute Obergrenze	214
1.	Die betragsmäßige Obergrenze der FMStFV ist als Blaupause ungeeignet	214
2.	Keine überzeugende Festlegung der unter die Obergrenze fallenden Vergütung	216
3.	Schlussfolgerungen	218
IV.	Relative Obergrenze	219
V.	Implementierung einer Begrenzungsmöglichkeit oder einer Höchstgrenze durch den Aufsichtsrat	222

1. Begrenzungsmöglichkeit i.S.d. § 87 Abs. 1 Satz 3 Halbsatz 2 AktG	222
2. Die Empfehlung des DCGK zum Aufstellen von betragsmäßigen Höchstgrenzen	224
G. Rechtsfolgen unzulässiger Vergütungsabreden	229
I. Nichtigkeit nach § 125 Satz 1 oder § 134 BGB	229
II. Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB	233
III. Missbrauch der Vertretungsmacht	236
IV. Haftungsrechtliche Folgen für das Aufsichtsrats- und Vorstandsmitglied.....	240
H. Resümee.....	243
I. Regulierung versus Deregulierung	243
II. Detaillierte regulatorische Vorgaben versus Angemessenheitsgebot	247
III. Rechtsfolgen unzulässiger Vergütungsabreden	249
Anhang	251
Literaturverzeichnis.....	265
Lebenslauf.....	287

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz; Absätze
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Aktiengesellschaft(en); Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AGS	Anwaltsgebühren spezial (Zeitschrift)
AHO	Ausschuss der Verbände und Kammern der Ingenieure und Architekten für die Honorarordnung e.V.
AktG	Aktiengesetz
AktienR	Aktienrecht
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
AnwBl	Anwaltsblatt (Zeitschrift)
AP	Arbeitsrechtliche Praxis – Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbR	Arbeitsrecht
ArbRAktuell	Arbeitsrechts Aktuell (Zeitschrift)
ArbRB	Arbeitsrechtsberater (Zeitschrift)
ArchLG	Gesetz zur Regelung von Ingenieur- und Architektenleistungen
Art.	Artikel
AuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)
Az.	Aktenzeichen
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAK	Bundesarchitektenkammer
BauR	Baurecht (Zeitschrift)
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
Begr.	Begründer
Beschl.	Beschluss
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BFB	Bundesverband der Freien Berufe e.V.
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof

BGHSt	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BIngK	Bundesingenieurkammer
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
BRAGO	Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte
BRAK-Mitt.	Bundesrechtsanwaltskammer-Mitteilungen (Zeitschrift)
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BR-Drucks.	Bundesratsdrucksache(n)
BStBK	Bundessteuerberaterkammer
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache(n)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (Bundesverfassungsgerichtsgesetz)
bzw.	beziehungsweise
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
CDU	Christlich Demokratische Union Deutschland
CEBS	Committee of European Banking Supervisors (Ausschuss der Europäischen Aufsichtsbehörden für das Bankwesen)
CEO	Chief Executive Officer (Geschäftsführer)
CRD	Capital Requirements Directive (Eigenkapitalrichtlinie)
CRR	Capital Requirements Regulation (Kapitaladäquanzverordnung)
d.h.	das heißt
DAV	Deutscher Anwaltsverein
DAX	Deutscher Aktienindex
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DCGK	Deutscher Corporate Governance Kodex
DDR	Deutsche Demokratische Republik
ders.	derselbe
DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund
dies.	dieselbe(n)
DIHK	Deutscher Industrie- und Handelskammertag e.V.
DJT	Deutscher Juristentag e.V.
DLRL	Dienstleistungsrichtlinie
DÖD	Der öffentliche Dienst (Zeitschrift)
DrittelbG	Drittelbeteiligungsgesetz

DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
DStRE	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift) – Entscheidungsdienst
DStR-KR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift) – Kammer-Report
DVBl	Deutsche Verwaltungsblätter (Zeitschrift)
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
e.V.	eingetragener Verein
EBA	European Banking Authority (Europäische Bankenaufsichtsbehörde)
EG	Europäische Gemeinschaft
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
Einl.	Einleitung
ESFS	European System of Financial Supervision (Europäisches System der Finanzaufsicht)
ESMA	European Securities and Markets Authority (Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde)
EStG	Einkommensteuergesetz
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EU-GR-Charta	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
EuRAG	Gesetz über die Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte in Deutschland
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (Zeitschrift)
f.; ff.	folgende; fortfolgende
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FMStFG	Gesetz zur Errichtung eines Finanzmarktstabilisierungsfonds (Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetz)
FMStFV	Verordnung zur Durchführung des Finanzmarkt- stabilisierungsgesetzes (Finanzmarktstabilisierungs- fonds-Verordnung)
FMStG	Gesetzes zur Umsetzung eines Maßnahmenpakets zur Stabilisierung des Finanzmarktes (Finanzmarktstabilisierungsgesetz)
FS	Festschrift
FSB	Financial Stability Board
FSF	Financial Stability Forum
GesR	Gesellschaftsrecht

GI aktuell	Informationen für wirtschaftsprüfende, rechts- und steuerberatende Berufe (Zeitschrift)
GKG	Gerichtskostengesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GOA 1950	Gebührenordnung für Architekten aus dem Jahr 1950
GOÄ	Gebührenordnung für Ärzte
Großkomm	Großkommentar
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
HGB	Handelsgesetzbuch
HOAI	Verordnung über die Honorare für Architekten- und Ingenieurleistungen
Hrsg.	Herausgeber
i.H.v.	in Höhe von
i.S.d.	im Sinne der/des
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
IHS	Institut für Höhere Studien
IngALG	Ingenieur- und Architektenleistungsgesetz
InstitutsVergV	Verordnung über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an Vergütungssysteme von Instituten (Institutsvergütungsverordnung)
IWF	Internationaler Währungsfonds
jurisPR-BKR	juris PraxisReport Bank- und Kapitalmarktrecht (Zeitschrift)
jurisPR-PrivBauR	juris PraxisReport Privates Baurecht (Zeitschrift)
jurisPR-HaGesR	juris PraxisReport Handels- und Gesellschaftsrecht (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung
KAGB	Kapitalanlagegesetzbuch
Kap.	Kapitel
KapitalmarktR	Kapitalmarktrecht
KassKomm	Kasseler Kommentar
KHG	Gesetz zur wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser und zur Regelung der Krankenhauspflegesätze (Krankenhausfinanzierungsgesetz)
KölnKomm	Kölner Kommentar
KostRMoG	Gesetz zur Modernisierung des Kostenrechts (Kostenrechtsmodernisierungsgesetz)
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
KStG	Körperschaftsteuergesetz
KWG	Kreditwesengesetz
lit.	littera

LMK	Kommentierte BGH-Rechtsprechung Lindenmaier-Möhring
LTO	Legal Tribune Online
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
Mio.	Millionen
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz
Mrd.	Milliarden
MünchKomm	Münchener Kommentar
n.F.	neue Fassung
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs- Report Zivilrecht
Nr.	Nummer(n)
nrkr.	nicht rechtskräftig
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
PartGG	Gesetz über Partnerschaftsgesellschaften Angehöriger Freier Berufe (Partnerschaftsgesellschaftsgesetz)
PreisG	Übergangsgesetz über die Preisbildung und Preisüberwachung (Preisgesetz)
RAGebO	Gebührenordnung für Rechtsanwälte vom 7. Juli 1879
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
RDGEG	Einführungsgesetz zum Rechtsdienstleistungsgesetz
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungssammlung des Reichsgerichts in Zivilsachen
RL	Richtlinie
RStruktFG	Gesetz zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute (Restrukturierungsfondsgesetz)
RStruktG	Gesetz zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturie- rungsfonds für Kreditinstitute und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung (Restrukturierungsgesetz)
Rn.	Randnummer(n)
RR	Rechtsprechungs-Report
Rs.	Rechtssache
RVG	Gesetz über die Vergütung der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte (Rechtsanwaltsvergütungsgesetz)

S.; s.	Seite; siehe
s.a.	siehe auch
s.o.	siehe oben
s.u.	siehe unten
SAG	Gesetz zur Sanierung und Abwicklung von Instituten und Finanzgruppen (Sanierungs- und Abwicklungsgesetz)
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts Erster Instanz
sog.	sogenannt(e)
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
StBerG	Steuerberatungsgesetz
StBVV	Vergütungsverordnung für Steuerberater, Steuerbevollmächtigte und Steuerberatungsgesellschaften (Steuerberatervergütungsverordnung)
SteuK	Steuerrecht kurzgefaßt (Zeitschrift)
StGB	Strafgesetzbuch
stRspr	ständige Rechtsprechung
Tz.	Textziffer(n)
TzBfG	Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge (Teilzeit- und Befristungsgesetz)
u.a.	und andere(s); unter anderem/anderen
UAbs.	Unterabsatz; Unterabsätze
UKlaG	Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen (Unterlassungsklagengesetz)
Urt.	Urteil
v.	vom
VermG	Gesetz zur Regelung offener Vermögensfragen (Vermögensgesetz)
VersVergV	Verordnung über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an Vergütungssysteme im Versicherungsbereich (Versicherungsvergütungsverordnung)
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VorstAG	Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung
VorstKoG	Gesetz zur Verbesserung der Kontrolle der Vorstandsvergütung und zur Änderung weiterer aktienrechtlicher Vorschriften
VorstOG	Gesetz über die Offenlegung der Vorstandsvergütungen (Vorstandsvergütungs-Offenlegungsgesetz)

VV	Vergütungsverzeichnis zum Rechtsanwaltsvergütungsgesetz
VW	Volkswagen
WM	Wertpapier-Mitteilungen – Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WPO	Gesetz über eine Berufsordnung der Wirtschaftsprüfer (Wirtschaftsprüferordnung)
z.B.	zum Beispiel
ZAP	Zeitschrift für die Anwaltspraxis
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschafts- recht
Ziff.	Ziffer(n)
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

A. Grundlegung

Bedingt durch das negative Ereignis der Finanzmarktkrise 2007/08¹ wird über das Thema der Vergütungsregulierung seit längerem intensiv debattiert. Im Mittelpunkt der Debatte stehen insbesondere die Vorstandsgehälter, die nach Auffassung vieler Menschen eine unverhältnismäßige Höhe erreicht haben.² Bereits kurz nach dem Beginn der Krise war im November 2007 in der FAZ zu lesen: „Immer öfter erschallt der Ruf nach gesetzlichen Höchstlöhnen für Manager.“³ Nach einer im Februar 2016 von der Wochenzeitung DIE ZEIT gemeinsam mit dem Wirtschaftszentrum Berlin für Sozialforschung (WZB) und dem Bonner Markt- und Sozialforschungsinstitut infas durchgeführten repräsentativen Umfrage wünschen sich sogar 44 % der ca. 3000 befragten Menschen insgesamt eine Obergrenze für extrem hohe Gehälter, während 28,7 % diesbezüglich unentschieden waren und lediglich 26,1 % den Vorschlag ablehnten.⁴ Daraufhin titelten einige Medien: „Deutsche wollen einen gesetzlichen Höchstlohn“.⁵

Die Finanzmarktkrise 2007/08 hat gewiss zu einer Vielzahl neuer Vergütungsregelungen – überwiegend im Bereich des Finanzsektors – geführt,⁶ die oftmals einen europäischen Ursprung haben. Entsprechende Regulierungsinitiativen betreffen insbesondere Richtlinien, Empfehlungen und Leitlinien europäischer Organisationen sowie Standards internationaler Gremien.⁷ Bekämpft werden soll vor allem eine übermäßige Risikobereitschaft. Dass diese zur Instabilität der Finanzmärkte geführt hat, wurde als wesentliche Ursache der Krise ausgemacht. So wurde festgestellt, dass die Vergütungssysteme Bonus-

¹ Während als Beginn der Krise die im Juli 2007 in den USA aufgetretenen extremen Kursverluste angesehen werden, die sich schnell auf die gesamten globalen Finanzsysteme auswirkten, erfolgte der Höhepunkt der Krise mit dem Zusammenbruch der Investmentbank *Lehman Brothers* im Herbst 2008, *de Larosière*, The High-Level Group on Financial Supervision in the EU, Report v. 25.2.2009, Tz. 1, 2, 36. Im Folgenden wird daher von der Finanzmarktkrise 2007/08 gesprochen.

² Nach Aussagen der Hans-Böckler-Stiftung im September 2016 sind die „Einkommen von Dax-Vorständen seit Ende der 1980er Jahre um mehr als 600 Prozent gestiegen“, abrufbar unter www.boeckler.de/65589_65613.htm (zuletzt aufgerufen am 1.2.2018).

³ *Schäfers*, FAZ Nr. 276 v. 27.11.2007, S. 15.

⁴ DIE ZEIT Nr. 10 v. 25.2.2016, S. 20.

⁵ www.finanzen.net/nachricht/aktien/Deutsche-wollen-einen-gesetzlichen-Hoechstlohn-4749267; www.huffingtonpost.de/2016/02/24/gesetzlicher-hochstlohn-_n_9304718.html; www.presseportal.de/pm/9377/3259807 (alle Internetquellen zuletzt aufgerufen am 1.2.2018).

⁶ Detaillierte Darstellung der verschiedenen internationalen und nationalen regulatorischen Schritte bei Annuß/Früh/Hasse/Früh, *InstitutsVergV/VersVergV*, Vorbemerkung zur *InstitutsVergV* Rn. 11a; s.a. *Buscher/Hannemann/Wagner/Weigl*, *InstitutsVergV*, S. 5 ff. sowie *Gerdess-Renken*, *Vergütungssysteme in Instituten und Versicherungsunternehmen*, S. 6 ff.

⁷ Vgl. zu den Regulierungsinitiativen auf europäischer Ebene *Buscher/Hannemann/Wagner/Weigl*, *InstitutsVergV*, S. 8 ff. sowie *Annuß/Früh/Hasse/Früh*, *InstitutsVergV/VersVergV*, Vorbemerkung zur *InstitutsVergV* Rn. 10 ff.

zahlungen meist an kurzfristig ausgerichtete Parameter knüpften, die Mitarbeiter vieler Unternehmen zum Eingehen unverhältnismäßig hoher Risiken verleiteten, zumal sie nur am Gewinn und gerade nicht am Verlust beteiligt wurden. Dementsprechend war das erklärte Ziel, dass die Vergütungsregelungen keine Anreize mehr zum Eingehen übermäßiger Risiken schaffen.⁸ Ob dies eine Hauptursache der Krise war, wird zwar durchaus hinterfragt.⁹ Dass von kurzfristig ausgerichteten Vergütungsstrukturen fehlerhafte Anreize ausgegangen sind, welche die Finanzmarktkrise 2007/08 mitverursacht haben, bezweifelt jedoch niemand ernsthaft.¹⁰

Im Gegensatz zum Regulierungsziel im Finanzsektor zeigen sich im Bereich der sog. Freien Berufe seit mehreren Jahren Bestrebungen, die Gebühren- und Honorarordnungen zu deregulieren. Initiativen zur Deregulierung stammen vor allem von der Europäischen Kommission und haben sich besonders im Erlass der sog. Dienstleistungsrichtlinie (DLRL)¹¹ wiedergefunden.¹² Ziel ist es, in einem freien Markt grenzüberschreitender Dienstleistungen Beschränkungen abzubauen.¹³ Soweit die Gebühren- und Honorarordnungen Freier Berufe Mindest- und Höchstbeträge festsetzen, die für eine bestimmte Tätigkeit abgerechnet werden dürfen, sind diese Regelungssysteme auf ihre Vereinbarkeit mit der unionsrechtlich gewährleisteten Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit zu überprüfen.¹⁴ Dementsprechend werden Mindest- und/oder Höchstpreise nach Art. 15 Abs. 2 lit. g) und Abs. 3 DLRL als rechtfertigungsbedürftig angesehen. Ob die deutschen Regelungen zu Mindest- und Höchstpreisen den unionsrechtlichen Anforderungen gerecht werden, ist fraglich. So schrieb die FAZ am 13. Mai 2015: „Die Europäische Kommission droht, die Gebührenordnung für Freie Berufe in Deutschland zu kippen.“¹⁵

⁸ EuGH, Pressemitteilung v. 20.11.2014, EuZW 2015, 46 (46); umfassend zu den Ursachen der Finanzmarktkrise 2007/08 *de Larosière*, The High-Level Group on Financial Supervision in the EU, Report v. 25.2.2009.

⁹ Annuß/Früh/Hasse/Früh, *InstitutsVergV/VersVergV*, Vorbemerkung zur *InstitutsVergV* Rn. 5 und *Annuß*, NZA-Beilage 2014, 121 (121) sprechen davon, dass diese Annahme wissenschaftlich nicht überzeugend belegt worden wäre.

¹⁰ *Buscher/Hannemann/Wagner/Weigl*, *InstitutsVergV*, S. 2; auch *Annuß/Früh/Hasse/Früh*, *InstitutsVergV/VersVergV*, Vorbemerkung zur *InstitutsVergV* Rn. 4 gesteht diesbezüglich „einen breiten Konsens“ ein.

¹¹ Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. L 376 S. 36.

¹² Ausführlich dazu *Henssler*, AnwBl 2009, 1 (1 ff.).

¹³ Erwägungsgrund Nr. 2 DLRL.

¹⁴ Vgl. Europäische Kommission, geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt v. 4.4.2006, KOM(2006) 160 endgültig, S. 2.

¹⁵ *Jahn/Schäfers*, FAZ.NET v. 13.5.2015, abrufbar unter www.faz.net/aktuell/wirtschaft/wirtschaftspolitik/gebuehrenordnung-eu-attackiert-steuerberater-und-architekten-13589941.html (zuletzt aufgerufen am 1.2.2018).

Die finanzkrisengeprägten und freiberuflichen Vergütungsvorschriften stehen zwar nicht in unmittelbarem Zusammenhang zueinander; dennoch ist ihnen gemeinsam, dass sie in den letzten Jahren stark von europäischen Vorgaben geprägt worden sind. Diskussionswürdig ist dabei insbesondere, ob eine Deregulierung im Bereich der Freien Berufe überzeugen kann, während im Finanzsektor infolge der Finanzmarktkrise 2007/08 stetig neue Regulierungsvorhaben angestrebt werden.¹⁶ Inwieweit Vergütungsvorschriften reguliert oder dereguliert werden können, ist am Unions- und Verfassungsrecht zu messen.¹⁷ Denn eine Beschränkung bestehender Verhandlungsspielräume bedarf einer Rechtfertigung. Erst anschließend kann rechtspolitisch beantwortet werden, wo die Grenzen einer Regulierung gezogen werden sollten.¹⁸

Ausgehend davon setzt sich die Arbeit nach den einleitenden Ausführungen zu den im hiesigen Kontext untersuchten Regelungen (A. I. und II.) zunächst mit dem unionsrechtlichen (B.) und verfassungsrechtlichen (C.) Rahmen auseinander. Im Anschluss daran wird sich dem einfachen Recht gewidmet. Konkret analysiert werden die Vergütungsanforderungen im Bankenaufsichtsrecht (D.), die Beschränkung der Vorstandsvergütung durch das Gebot der Angemessenheit (E.) sowie alternative Ansätze zur Gewährleistung angemessener Vorstandsbezüge (F.). Die Rechtsfolgen einer unzulässigen Vergütungsabrede sollen die Untersuchung abrunden (G.), ehe abschließend ein Resümee erfolgt (H.).

I. Regelungen im Zusammenhang mit der Finanzmarktkrise 2007/08

In den Fokus der Untersuchung einer finanzkrisengeprägten Vergütungsregulierung stellt die Arbeit zwei wesentliche Bereiche, die infolge der Krise 2007/08 neu geregelt bzw. modifiziert worden sind. Dies betrifft konkret die Anforderungen an die Vergütung im Bankenaufsichtsrecht, die insbesondere eine Obergrenze für das Verhältnis zwischen variablen und fixen Vergütungsbestandteilen vorsehen (1.), sowie die Grundsätze für die Bezüge des Vorstandsmitglieds einer AG aus § 87 AktG (2.).

¹⁶ Vgl. bereits im Jahr 2009 *Henssler*, AnwBl 2009, 1 (2) sowie im Jahr 2010 die Diskussion „Die Zukunft der Freien Berufe zwischen Deregulierung und Neuordnung“, Verhandlungen 68. DJT, Band II/2, Teil Q.

¹⁷ So der Beschluss Nr. 3 (angenommen mit 149:0:0 Stimmen), Verhandlungen 68. DJT, Band II/2, Q 235, nach dem die „Rechtfertigung bestehender oder angestrebter Regulierungen oder geforderter Deregulierungen [...] den Maßstäben des deutschen Verfassungsrechts und des Unionsrechts entnommen werden“ muss.

¹⁸ Vgl. zur Regulierung der anwaltlichen Vergütungssysteme *Hellwig*, Verhandlungen 68. DJT, Band II/2, Q 89.

1. Vergütungsregulierung im Bankenaufsichtsrecht

Im Bankenaufsichtsrecht erfolgten die wohl umfangreichsten gesetzlichen Änderungen als Reaktion auf die Finanzmarktkrise 2007/08. Die Regulierung ist dabei stark von internationalen und europäischen Vorgaben geprägt, die zunächst in den Blick genommen werden (a)), um anschließend die nationale Umsetzung im KWG (b)) sowie der InstitutsVergV (c)) beschreiben zu können.

a) Internationale und europäische Vorgaben

Der starke Einfluss internationaler und europäischer Vorgaben auf das Bankenaufsichtsrecht resultiert aus der globalen Ausrichtung der Finanzmärkte.

Im globalen Finanzwesen spielt insbesondere das Financial Stability Board (FSB) eine wichtige Rolle, das sich als internationales Gremium aus Vertretern der wichtigsten Industrie- und Schwellenländer (G20) sowie anderen internationalen Institutionen wie z.B. dem Internationalen Währungsfonds (IWF) zusammensetzt und sich mit grundlegenden Themen zur Stabilität des internationalen Finanzsystems beschäftigt. Bis Mitte des Jahres 2009 trat es unter der Bezeichnung des Financial Stability Forum (FSF) auf.¹⁹

Ebenso von Bedeutung ist die Tätigkeit der Europäischen Bankenaufsichtsbehörde (European Banking Authority – EBA), die auf Grundlage der sog. EBA-VO²⁰ als Bestandteil des Europäischen Systems der Finanzaufsicht (European System of Financial Supervision – ESFS) errichtet worden ist. Seit der Aufnahme seiner Arbeit zum 1. Januar 2011 hat das ESFS die Aufgabe, die Anwendung der für den Finanzsektor geltenden Regelungen zu gewährleisten, damit die Stabilität und das Vertrauen in das Finanzsystem erhalten bleiben und den Kunden der Finanzdienstleister ausreichender Schutz gewährt wird.²¹ In Bereichen, die nicht von den technischen Regulierungs- und Durchführungsstandards abgedeckt sind, kann die EBA Leitlinien und Empfehlungen zur Anwendung des Unionsrechts abgeben.²² Diese sollen innerhalb des ESFS zur Schaffung kohärenter, effizienter und wirksamer Aufsichtspraktiken beitragen und der Sicherstellung einer gemeinsamen, einheitlichen und kohärenten Anwendung des Unionsrechts dienen (Art. 16 Abs. 1 EBA-VO).

¹⁹ *Buscher/Hannemann/Wagner/Weigl*, InstitutsVergV, S. 2 Fn. 2.

²⁰ Verordnung (EU) Nr. 1093/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. November 2010 zur Errichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Bankenaufsichtsbehörde), zur Änderung des Beschlusses Nr. 716/2009/EG und zur Aufhebung des Beschlusses 2009/78/EG der Kommission, ABl. L 331 S. 12.

²¹ Art. 2 Abs. 1 Satz 2 EBA-VO.

²² Erwägungsgrund Nr. 26 EBA-VO.

Seit der Finanzmarktkrise 2007/08 gilt es vor allem, den Umgang mit variablen Vergütungsbestandteilen zu verbessern. So haben die Prinzipien des FSB zur soliden Vergütungspolitik vom 25. September 2009,²³ die entscheidend auf den vorherigen, noch unter der alten Bezeichnung des FSF veröffentlichten Prinzipien vom 2. April 2009²⁴ aufbauten, ebenso wie die Empfehlungen der Europäischen Kommission vom 30. April 2009²⁵ vorgeschlagen, dass für variable Vergütungskomponenten eine Höchstgrenze festgelegt werden sollte.²⁶ Auf unionsrechtlicher Ebene wurden die Standards des FSB im November 2010 im Rahmen der Novellierung der Bankenrichtlinie²⁷ durch die sog. Capital Requirements Directive (CRD III)²⁸ umgesetzt,²⁹ deren Zielsetzung es insbesondere war, dass die Vergütungspolitik auf die langfristigen Unternehmensziele ausgerichtet wird.³⁰ Im weiteren Verlauf wurde der Blick verstärkt auf das Verhältnis von variablen Vergütungsbestandteilen zur Festvergütung gerichtet. So wies etwa das Implementation Survey der EBA vom 12. April 2012³¹ auf das vielfach als unangemessen eingeordnete Verhältnis³² der variablen zur fixen Vergütung hin. Ein wesentlicher regulatorischer Schritt in diese Richtung erfolgte in Form des im Juni 2013 veröffentlichten sog. CRD IV-Pakets,³³ das eine Verordnung (Capital Requirements Regulation – CRR)³⁴

²³ FSB, Principles for Sound Compensation Practices – Implementation Standards v. 25.9.2009, abrufbar unter www.fsb.org/wp-content/uploads/r_090925c.pdf?page_moved=1 (zuletzt aufgerufen am 1.2.2018).

²⁴ FSF, Principles for Sound Compensation Practices v. 2.4.2009, abrufbar unter www.fsb.org/wp-content/uploads/r_0904b.pdf (zuletzt aufgerufen am 1.2.2018).

²⁵ Empfehlung der Kommission 2009/385/EG vom 30. April 2009 zur Ergänzung der Empfehlung 2004/913/EG und 2005/162/EG zur Regelung der Vergütung von Mitgliedern der Unternehmensleitung börsennotierter Gesellschaften, ABl. L 120 S. 28.

²⁶ Vgl. Ziff. 3.1 und Erwägungsgrund Nr. 6 der Empfehlung der Kommission sowie Ziff. 3 Satz 3 der Standards des FSB.

²⁷ Richtlinie 2006/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2006 über die Aufnahme und Ausgabe der Tätigkeit der Kreditinstitute, ABl. L. 177 S. 1.

²⁸ Richtlinie 2010/76/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. November 2010 zur Änderung der Richtlinien 2006/48/EG und 2006/49/EG im Hinblick auf die Eigenkapitalanforderungen für Handelsbuch und Wiederverbriefungen und im Hinblick auf die aufsichtliche Überprüfung der Vergütungspolitik, ABl. L 329 S. 3.

²⁹ Vgl. Erwägungsgrund Nr. 1 CRD III.

³⁰ Erwägungsgrund Nr. 7 CRD III.

³¹ EBA, Survey on the implementation of the CEBS Guidelines on Remuneration Policies and Practices, abrufbar unter www.eba.europa.eu/documents/10180/106961/Implementation-survey-on-CEBS--Guidelines-on-Remuneration--final-.pdf (zuletzt aufgerufen am 1.2.2018).

³² So wurden für das Verhältnis zwischen variablen und fixen Vergütungsbestandteilen der durchschnittliche Mittelwert aller Mitgliedstaaten (Geschäftsleiter 122 %, Risikoträger 139 %), der höchste durchschnittliche Mittelwert in einem Mitgliedstaat (Geschäftsleiter 220 %, Risikoträger 313 %) sowie der höchste Wert überhaupt (Geschäftsleiter 429 %, Risikoträger 940 %) analysiert, EBA, Survey on the implementation of the CEBS Guidelines on Remuneration Policies and Practices, S. 16.

³³ Vgl. zur Bezeichnung etwa EuGH, Pressemitteilung v. 20.11.2014, EuZW 2015, 46 (46).

und eine Richtlinie (Capital Requirements Directive IV – CRD IV)³⁵ beinhaltet.³⁶

Während die CRR nur wenige Anforderungen an Vergütungssysteme enthält (z.B. Art. 450 zur Offenlegung der Vergütungspolitik), werden durch die Art. 92 ff. CRD IV umfangreiche Vorgaben für die Vergütungspolitik der jeweiligen Kreditinstitute gemacht. Der Unionsgesetzgeber betont, dass zur Vermeidung einer übermäßigen Risikobereitschaft „ein Höchstwert für das Verhältnis zwischen dem festen und dem variablen Bestandteil der Gesamtvergütung festgelegt werden“ soll (Erwägungsgrund Nr. 65 CRD IV). Dem folgend bestimmt Art. 94 Abs. 1 lit. g) CRD IV, dass für einen angemessenen Verhältniswert der festen zur variablen Vergütung bestimmte Grundsätze gelten, was insbesondere bedeutet, dass der variable Bestandteil 100 % des festen Teils der Gesamtvergütung nicht überschreiten darf (Art. 94 Abs. 1 lit. g) Ziff. (i) CRD IV). Die Mitgliedstaaten können allerdings den Anteilseignern, Eigentümern oder Gesellschaftern gestatten, einen höheren Wert für das Verhältnis zwischen der variablen und der fixen Vergütung festzulegen, wobei die variable Komponente maximal 200 % der Festvergütung betragen darf und zudem die Billigung einer höheren Quote das vorgegebene Verfahren beachten muss (Art. 94 Abs. 1 lit. g) Ziff. (ii) CRD IV). Allgemein wird diese Begrenzung der variablen Vergütung auch als Bonus-Cap bezeichnet.³⁷

Neben den konkreten Vorgaben zur nationalen Umsetzung erteilt die CRD IV der EBA an verschiedenen Stellen das Mandat, Leitlinien für eine einheitliche Vergütungspolitik auszuarbeiten. So bestimmt etwa Art. 75 Abs. 2 UAbs. 1 CRD IV, dass die EBA Leitlinien für eine solide Vergütungspolitik herausgibt, die den Grundsätzen der Art. 92 bis 95 CRD IV entsprechen. Hierauf basieren die von der EBA am 21. Dezember 2015 veröffentlichten und seit dem 1. Januar 2017 geltenden Leitlinien,³⁸ deren deutsche Übersetzung³⁹ am

³⁴ Verordnung (EU) Nr. 575/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 646/2012, ABl. L 176 S. 1.

³⁵ Richtlinie 2013/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen, zur Änderung der Richtlinie 2002/87/EG und zur Aufhebung der Richtlinien 2006/48/EG und 2006/49/EG, ABl. L 176 S. 338.

³⁶ Die hier verwendete Bezeichnung CRD IV meint stets die Richtlinie. Nach *Buscher/Hannemann/Wagner/Weigl*, *InstitutsVergV*, S. 10 f. ist jedoch die in der Praxis teilweise übliche Verwendung als Oberbegriff für beide Regelwerke zu beachten.

³⁷ *Döser*, *jurisPR-BKR* 7/2015 Anm. 1; *Löw/Glück*, *NZA* 2015, 137 (137).

³⁸ EBA, Guidelines on sound remuneration policies under Articles 74(3) and 75(2) of Directive 2013/36/EU and disclosures under Article 450 of Regulation (EU) No 575/2013, EBA/GL/2015/22 v. 21.12.2015.

³⁹ EBA, Leitlinien für eine solide Vergütungspolitik gemäß Artikel 74 Absatz 3 und Artikel 75 Absatz 2 der Richtlinie 2013/36/EU und Angaben gemäß Artikel 450 der Verordnung (EU) Nr. 575/2013, EBA/GL/2015/22 v. 27.6.2016.

27. Juni 2016 veröffentlicht wurde. Diese Leitlinien regeln u.a. angemessene Aufsichtspraktiken des ESFS,⁴⁰ indem die Anforderungen an eine Vergütungspolitik für alle Mitarbeiter der betroffenen Institute sowie spezifische Anforderungen, vor allem für variable Vergütungskomponenten der Risikoträger, festgelegt werden.⁴¹ Sie widmen sich dabei unter Berücksichtigung der in Art. 94 Abs. 1 CRD IV genannten Grundsätze insbesondere in ausführlicher Form dem Auszahlungsverfahren einer variablen Vergütung.⁴²

Die zahlreichen Regulierungsinitiativen infolge der Finanzmarktkrise 2007/08 sind, schon vor Erlass des umfangreichen CRD IV-Pakets, mitunter kritisch betrachtet worden.⁴³ So wurde vor allem prophezeit, dass es den Unternehmen innerhalb der „vielschichtigen Vergütungsregelungen“⁴⁴ schwer fallen werde, den Blick umfassend auf die eigene Vergütungspolitik zu richten, um diese nachhaltig gestalten zu können.⁴⁵ Das Ziel, Regulierungslücken zu schließen, würde durch die Schaffung einer an hohe Erwartungen geknüpften Regulierungsdichte gefährdet.⁴⁶ Da der Unionsgesetzgeber mit dem CRD IV-Paket besonders starken Einfluss auf die Corporate Governance der im Finanzsektor tätigen Institute genommen hat, ist mitunter auch von einem rechtsformunabhängigen „Sondergesellschaftsrecht der Kreditinstitute“ gesprochen worden.⁴⁷

Konsequenz der vielen Regelungen ist jedenfalls, dass der nationale Rechtsanwender verschiedenen Arten von (Vergütungs-)Regelungssätzen ausgesetzt ist.⁴⁸ *Weber-Rey* teilt diese Regelungssätze in vier Gegensatzpaare ein, wonach jeder Regelungssatz jeweils als (i) systematisch entwickelt oder situationsgetrieben, (ii) unmittelbar oder mittelbar verpflichtend, (iii) national oder in-

⁴⁰ EBA, Leitlinien für eine solide Vergütungspolitik, EBA/GL/2015/22 Tz. 2 Satz 1.

⁴¹ EBA, Leitlinien für eine solide Vergütungspolitik, EBA/GL/2015/22 Tz. 6 Satz 1.

⁴² EBA, Leitlinien für eine solide Vergütungspolitik, EBA/GL/2015/22 Tz. 233 ff.

⁴³ Vgl. etwa bereits vor Erlass der CRD IV *Rubner*, NZG 2010, 1288 (1291), der einen „Regulierungsschub“ bemängelt und bezweifelt, „dass sich der europäische Gesetzgeber [...] in seinem Aktionismus bremsen lässt“; ebenso *Schaffelhuber*, GWR 2011, 488 (488), der davon spricht, dass infolge der Finanzmarktkrise 2007/08 „ein regelrechter ‚Regulierungs-Tsunami‘ über den Finanzmarkt hinweg“ gerollt wäre.

⁴⁴ *Mann*, DZWIR 2008, 496 (499) in Zusammenhang mit § 5 Abs. 2 Nr. 4 lit. a) bis d) FMStFV.

⁴⁵ *Rubner*, NZG 2010, 1288 (1291).

⁴⁶ So *Hopt*, NZG 2009, 1401 (1402), der insbesondere darauf hinweist, dass der Gesetzgeber bei Krisen wie der Finanzmarktkrise mehrere Regulierungszyklen durchlaufen würde: „Missstand – Regulierung – Deregulierung – Missstand – noch mehr Regulierung“; ähnlich auch *Martens*, FS Hüffer, S. 647 (657), der glaubt für die rechtlichen Rahmenbedingungen der Vorstandsvergütung einen „Regelungsrigorismus festzustellen, der durch nichts gerechtfertigt“ wäre.

⁴⁷ *Lackhoff/Kulenkamp*, AG 2014, 770 (770).

⁴⁸ *Weber-Rey*, ZGR 2010, 543 (552 ff.); *Zöbele*, Vergütungsvorgaben in Banken und Versicherungen, S. 361 ff.

ternational sowie (iv) prinzipienbasiert oder regelbasiert bezeichnet werden kann.⁴⁹

Für den nationalen Rechtsanwender ist vor allem bedeutsam, inwieweit ein internationaler oder europäischer Regelungssatz unmittelbar oder mittelbar verpflichtend wirkt. Bei den zum Sekundärrecht gehörenden Rechtsakten der EU sind Verordnungen (Art. 288 Abs. 2 Satz 2 AEUV) sowie Beschlüsse (Art. 288 Abs. 4 Satz 1 AEUV) in allen Teilen unmittelbar verbindlich. Richtlinien verpflichten die Mitgliedstaaten zur Umsetzung in Bezug auf das zu erreichende Ziel (Art. 288 Abs. 3 AEUV). Empfehlungen und Stellungnahmen sind dagegen rechtlich nicht bindend (Art. 288 Abs. 5 AEUV), müssen als Teil des Sekundärrechts jedoch bei der Auslegung nationaler Vorschriften berücksichtigt werden.⁵⁰

Ebenso unverbindlich sind die Leitlinien der EBA. Dies ergibt sich aus einem Umkehrschluss zu Art. 288 AEUV, da sie nicht zu den dort geregelten verbindlichen Rechtsakten zählen. Die nationalen Behörden müssen das Befolgen der Leitlinien der EBA jedoch innerhalb von zwei Monaten nach deren Herausgabe bestätigen (Art. 16 Abs. 3 UAbs. 2 Satz 1 EBA-VO) oder mit entsprechender Begründung mitteilen, dass sie den Leitlinien nicht nachkommen (Art. 16 Abs. 3 UAbs. 2 Satz 2 EBA-VO). Die darauffolgende Veröffentlichung einer Abweichung sowie die Begründungspflicht erzeugen bei den nationalen Aufsichtsbehörden Druck, die Leitlinien zu befolgen und damit eine von Ausnahmefällen abgesehene faktische Bindung.⁵¹ Ebenso nehmen die Prinzipien und Standards des FSB die beteiligten Staaten in die Pflicht, diese national umzusetzen. Bevor eine nationale Umsetzung erfolgt ist, fühlen sich die Finanzinstitute (als Rechtssubjekte) unter Umständen aus Reputationsgründen bereits verleitet, die Vorgaben einzuhalten.⁵² Letztlich können also auch Regelsätze, die zwar keine unmittelbare Verpflichtung nach sich ziehen, eine gewisse faktische Bindungswirkung entfalten.

b) Die nationale Umsetzung im KWG

Die nationale Umsetzung dieser internationalen und europäischen Vorgaben erfolgt u.a. im KWG. Die entsprechenden Regelungen sollen zu einem stabilen Finanzsektor beitragen und – anders als die Norm des § 87 AktG, die in erster Linie zum Schutz der Gesellschaft, Aktionäre und Gläubiger negative Verhal-

⁴⁹ *Weber-Rey*, ZGR 2010, 543 (552 ff.).

⁵⁰ EuGH, Urt. v. 13.12.1989 – C-322/88 [*Grimaldi*], Slg. 1989, 4407 Rn. 18.

⁵¹ *Dauses/Ludwigs/Burgard/Heimann*, EU-Wirtschaftsrecht, E. IV. Bankrecht Rn. 38.

⁵² *Weber-Rey*, ZGR 2010, 543 (558 ff.); zur Bindungswirkung der Standards des FSB auch *Ceelen*, Rückforderungsklauseln, S. 74 f.

tensanreize vermeiden soll – dem allgemeinen Interesse der Bevölkerung an einem funktionsfähigen Bankensystem dienen.⁵³

Auf der Grundlage des CRD IV-Umsetzungsgesetzes⁵⁴ ist insbesondere die Norm des § 25a Abs. 5 KWG erlassen worden. Deren Sätze 2 und 5 setzen die Anforderungen aus Art. 94 Abs. 1 lit. g) Ziff. (i) und (ii) CRD IV nahezu wortlautidentisch um, wonach der variable Vergütungsbestandteil 100 % der festen Komponenten nicht überschreiten und die Billigung einer höheren Quote (bis maximal 200 %) nur aufgrund eines Beschlusses der Anteilseigner, Eigentümer sowie der Mitglieder und Träger des Instituts erfolgen darf. Diese Obergrenze für das Verhältnis zwischen variabler und fixer Vergütung ist als wesentlichste Neuerung des CRD IV-Pakets⁵⁵ in der Öffentlichkeit oft diskutiert worden.⁵⁶

Manche Unternehmen und Personengruppen sind allerdings vom Anwendungsbereich des Bonus-Caps ausgenommen. So findet die Norm des § 25a Abs. 5 KWG nach § 2 Abs. 7 KWG keine Anwendung auf Institute, die keine weiteren Finanzdienstleistungen als Drittstaateneinlagenvermittlungen⁵⁷ und Sortengeschäfte⁵⁸ erbringen sowie nach § 2 Abs. 7a KWG auf Unternehmen, welche ausschließlich Factoring⁵⁹ oder Finanzierungsleasing⁶⁰ betreiben. Ebenso gilt § 25a Abs. 5 KWG gemäß § 2 Abs. 8 Nr. 2 KWG nicht für Unternehmen, die wegen der Rückausnahme in § 2 Abs. 1 Nr. 8⁶¹ oder Abs. 6

⁵³ Rieble/Schmittlein, Vergütung von Vorständen und Führungskräften, Rn. 435, 463.

⁵⁴ Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2013/36/EU über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen und zur Anpassung des Aufsichtsrechts an die Verordnung (EU) Nr. 575/2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen vom 28. August 2013, BGBl. I S. 3395.

⁵⁵ Buscher/Hannemann/Wagner/Weigl, InstitutsVergV, S. 11; Insam/Hinrichs/Hörtz, WM 2014, 1415 (1415); Lackhoff/Kulenkamp, AG 2014, 770 (770); Löw/Glück, NZA 2015, 137 (137); Merkelbach, WM 2014, 1990 (1990).

⁵⁶ Vgl. statt vieler etwa Insam/Hinrichs/Hörtz, WM 2014, 1415 (1415): „öffentlichkeitswirksamste Neuerung“ oder FAZ.NET v. 28.2.2013: „EU begrenzt erstmals Banker-Boni“, abrufbar unter www.faz.net/aktuell/wirtschaft/wirtschaftspolitik/kompromiss-in-bruessel-eu-begrenzt-erstmal-banker-boni-12097376.html (zuletzt aufgerufen am 1.2.2018).

⁵⁷ Nach § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 5 KWG die Vermittlung von Einlagengeschäften mit Unternehmen mit Sitz außerhalb des Europäischen Wirtschaftsraums.

⁵⁸ Nach § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 7 KWG der Handel mit Sorten.

⁵⁹ Nach § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 9 KWG der laufende Ankauf von Forderungen auf Grundlage von Rahmenverträgen mit oder ohne Rückgriff.

⁶⁰ Nach § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 10 KWG der Abschluss von Finanzierungsleasingverträgen als Leasinggeber und die Verwaltung von Objektgesellschaften i.S.d. § 2 Abs. 6 Satz 1 Nr. 17 KWG außerhalb der Verwaltung eines Investmentvermögens i.S.d. § 1 Abs. 1 KAGB.

⁶¹ Die Norm erfasst sog. Locals, deren Betrieb ohne grenzüberschreitende Tätigkeit ausschließlich das Finanzkommissionsgeschäft an inländischen Börsen oder Handelssystemen mit Derivaten für Mitglieder dieser Märkte oder Handelssysteme betrifft und Clearingmitglieder derselben Märkte oder Handelssysteme für ihre eigenen Verbindlichkeiten haften, Boos/Fischer/Schulte-Mattler/Schäfer, KWG/CRR-VO, § 2 KWG Rn. 35.

Nr. 9⁶² KWG für die Erbringung grenzüberschreitender Geschäfte als Kredit- oder Finanzdienstleistungsinstitute einzustufen sind, sowie nach § 2 Abs. 8a KWG nicht für Institute, die als Haupttätigkeit ausschließlich Bankgeschäfte betreiben oder Finanzdienstleistungen im Zusammenhang mit Derivaten i.S.d. § 1 Abs. 11 Satz 3 Nr. 2,⁶³ 3⁶⁴ und 5⁶⁵ KWG erbringen.

Ferner müssen Anlageberater und Anlagevermittler (§ 2 Abs. 8 Nr. 1 KWG) sowie Finanzportfolioverwalter, Abschlussvermittler und Anlageverwalter (§ 2 Abs. 8b KWG), die jeweils nicht befugt sind, Eigentum oder Besitz an Geldern oder Wertpapieren von Kunden zu verschaffen und nicht auf eigene Rechnung mit Finanzinstituten handeln, die Grundsätze aus § 25a Abs. 5 KWG nicht beachten. Schließlich ist der Bonus-Cap weder auf Kreditinstitute anzuwenden, die ausschließlich über eine Erlaubnis verfügen, die Tätigkeit einer zentralen Gegenpartei i.S.d. § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 12 KWG auszuüben (§ 2 Abs. 9a Satz 1 KWG), noch auf Kreditinstitute, die ausschließlich Zentralverwahrung i.S.d. sog. Zentralverwahrer-Verordnung⁶⁶ durchführen (§ 2 Abs. 9e KWG).

Neben § 25a KWG soll auch § 45 KWG einem stärker regulierten Umgang mit variablen Vergütungsbestandteilen dienen.⁶⁷ So gibt die Norm der BaFin die Möglichkeit, die Auszahlung der variablen Vergütung zu beschränken oder vollständig zu untersagen (§ 45 Abs. 2 Satz 1 Nr. 6 sowie Abs. 5 Satz 5 und 6 KWG).

c) Die nationale Umsetzung in der InstitutsVergV

Die Anforderungen an die Vergütungssysteme im Finanzsektor werden durch detaillierte Vorgaben der Verordnung über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an Vergütungssysteme von Instituten (Instituts-Vergütungsverordnung

⁶² Die Norm erfasst sog. Locals außerhalb des Finanzkommissionsgeschäfts, die entsprechend den Voraussetzungen in § 2 Abs. 1 Nr. 8 KWG Finanzdienstleistungen an Terminbörsen betreiben, Boos/Fischer/Schulte-Mattler/Schäfer, KWG/CRR-VO, § 2 KWG Rn. 82.

⁶³ Termingeschäfte mit Bezug auf Waren, Frachtsätze, Emissionsberechtigungen, Klima- oder andere physikalische Variablen, Inflationsraten oder andere volkswirtschaftliche Variablen oder sonstige Vermögenswerte, Indices oder Messwerte als Basiswerte, sofern sie die alternativen Anforderungen der lit. a) bis c) erfüllen und keine Kassageschäfte i.S.d. Art. 38 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1287/2006 sind.

⁶⁴ Finanzielle Differenzgeschäfte.

⁶⁵ Termingeschäfte mit Bezug auf die in Art. 39 VO (EG) Nr. 1287/2006 genannten Basiswerte, sofern sie die Bedingungen der Nr. 2 erfüllen.

⁶⁶ Verordnung (EU) Nr. 909/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Juli 2014 zur Verbesserung der Wertpapierlieferungen und -abrechnungen in der Europäischen Union und über Zentralverwahrer sowie zur Änderung der Richtlinien 98/26/EG und 2014/65/EU und der Verordnung (EU) Nr. 236/2012, Abl. L 257 S. 1.

⁶⁷ BT-Drucks. 17/1291, S. 10 f.

– InstitutsVergV) weiter konkretisiert.⁶⁸ Mit dem erstmaligen Erlass der am 13. Oktober 2010 in Kraft getretenen Verordnung⁶⁹ sollten vor allem die Prinzipien des FSF bzw. FSB umgesetzt werden.⁷⁰ Zur Anpassung der Verordnung an die Anforderungen der CRD IV trat zum 1. Januar 2014 eine wesentlich umfangreichere Fassung in Kraft,⁷¹ sodass sich seitdem in § 6 InstitutsVergV eine zum Bonus-Cap aus § 25a Abs. 5 KWG korrespondierende Vorschrift findet.⁷² Die zweite wesentliche Novellierung erfolgte dann in der seit dem 4. August 2017 geltenden Verordnung,⁷³ die insbesondere die EBA-Leitlinien für eine solide Vergütungspolitik⁷⁴ umsetzen soll.⁷⁵

Der sachliche Anwendungsbereich der Verordnung erstreckt sich gemäß § 1 Abs. 1 InstitutsVergV auf alle Institute i.S.v. § 1 Abs. 1b KWG (Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute) und § 53 Abs. 1 KWG (inländische Zweigstellen entsprechender ausländischer Unternehmen), auf die § 25a KWG anzuwenden ist. Auf die Rechtsform kommt es dabei nicht an, sodass beispielsweise auch die öffentlich-rechtlich organisierten Sparkassen und Landesbanken erfasst werden.⁷⁶ Ausgenommen sind hingegen Zweigniederlassungen von Unternehmen mit Sitz in einem anderen Staat des Europäischen Wirtschaftsraums i.S.v. § 53b Abs. 1 und 7 KWG. Denn auf diese mit einem sog. europäischen Pass ausgestatteten Zweigniederlassungen⁷⁷ ist § 53 KWG nicht anzuwenden (§ 53b Abs. 1 Satz 3 KWG).

Personell gilt die InstitutsVergV für die Vergütungssysteme sämtlicher Mitarbeiter der in den sachlichen Anwendungsbereich fallenden Institute (§ 1 Abs. 1 Satz 1 InstitutsVergV). Mitarbeiter sind nach § 2 Abs. 7 Satz 1 InstitutsVergV alle Arbeitnehmer i.S.d. § 5 Abs. 1 ArbGG sowie alle natürlichen Personen, derer sich das Institut bei dem Betreiben von Bankgeschäften oder der Erbringung von Finanzdienstleistungen bedient (Nr. 1) oder die bei solchen Dienst-

⁶⁸ *Annuß*, NZA-Beilage 2014, 121 (121).

⁶⁹ Verordnung über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an Vergütungssysteme von Instituten (Instituts-Vergütungsverordnung – InstitutsVergV) vom 6. Oktober 2010, BGBl. I S. 1374.

⁷⁰ BT-Drucks. 17/1291, S. 1.

⁷¹ Verordnung über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an Vergütungssysteme von Instituten (Instituts-Vergütungsverordnung – InstitutsVergV) vom 16. Dezember 2013, BGBl. I S. 4270.

⁷² Boos/Fischer/Schulte-Mattler/*Braun*, KWG/CRR-VO, § 25a KWG Rn. 734.

⁷³ Verordnung zur Änderung der Institutsvergütungsverordnung vom 25. Juli 2017, BGBl. I S. 3042.

⁷⁴ EBA, Leitlinien für eine solide Vergütungspolitik, EBA/GL/2015/22.

⁷⁵ BaFin, Entwurf der Auslegungshilfe zur InstitutsVergV v. 10.8.2016 Vorbemerkungen; dort werden auch übersichtlich die von internationalen Organisationen beschlossenen Empfehlungen, Leit- und Richtlinien aufgelistet, welche für die Ausgestaltung der InstitutsVergV maßgeblich sind. Die Auslegungshilfe ist abrufbar unter www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/Konsultation/2016/dl_kon_0816_auslegungshilfe_institutsverg_v_ba.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (zuletzt aufgerufen am 1.2.2018; im Folgenden BaFin, Entwurf der Auslegungshilfe zur InstitutsVergV v. 10.8.2016).

⁷⁶ *Müller-Bonanni/Mehrens*, NZA 2010, 792 (792).

⁷⁷ *Müller-Bonanni/Mehrens*, NZA 2010, 792 (793).