

Festschrift für  
KLAUS J. HOPT  
zum  
80. Geburtstag  
am 24. August 2020

herausgegeben von

Stefan Grundmann  
Hanno Merkt Peter O. Mülbert

sowie

Harald Baum	Katharina Pistor
Andreas M. Fleckner	Markus Roth
Jan von Hein	Heike Schweitzer
Christoph Kumpan	Felix Steffek
Patrick Leyens	Marina Wellenhofer

De Gruyter

ISBN 978-3-11-066565-9  
e-ISBN (PDF) 978-3-11-066624-3  
e-ISBN (EPUB) 978-3-11-066574-1

**Library of Congress Control Number: 2020933836**

*Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek*

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

© 2020 Walter de Gruyter GmbH, Berlin/Boston  
Satz/Datenkonvertierung: jürgen ullrich typesatz; Nördlingen  
Druck und Bindung: Hubert & Co. GmbH & Co. KG, Göttingen

[www.degruyter.com](http://www.degruyter.com)

# Corporate Governance von Banken: Fokus USA

SUSAN EMMENEGGER\*

## I. Einführung

Seit der Asienkrise von 1999 und den daran anschließenden Arbeiten des Basler Ausschusses für die Bankenaufsicht hat sich parallel zum allgemeinen Themengebiet der Corporate Governance eine spezifisch auf Finanzinstitute ausgerichtete Corporate Governance-Diskussion entwickelt, die im Zuge der letzten Finanzkrise von 2007 noch einmal substantiell an Fahrt aufgenommen hat.<sup>1</sup> Die Regulierung ist nach wie vor stark getrieben von den internationalen Gremien, namentlich dem bereits erwähnten Basler Ausschuss für die Bankenaufsicht.<sup>2</sup> Dessen Regelwerke sind allerdings nicht verbindlich, so dass für ihre Umsetzung und Weiterentwicklung nationale oder supranationale Gesetzgeber (EU) verantwortlich zeichnen.

Der vorliegende Beitrag richtet den Fokus auf die USA. Dass es sich nur um eine Skizze handeln kann, ist nicht nur – ja nicht einmal in erster Linie – der Breite des Themengebiets geschuldet. Vielmehr liegt es an der außerordentlichen Komplexität der US-amerikanischen Bankenaufsicht, die sich in der Corporate Governance-Regulierung fortsetzt.

\* Die Autorin dankt Frau MLaw Martina Reber, Rechtsanwältin, für die tolle Unterstützung bei der Erstellung dieses Beitrages.

<sup>1</sup> Siehe dazu nur *Busch/Ferrarini/van Solinge (Hrsg.)*, Governance of Financial Institutions, Oxford 2019; *Hopt/Binder/Böcking (Hrsg.)*, Handbuch Corporate Governance von Banken und Versicherungen, 2. Aufl. 2020 (im Erscheinen).

<sup>2</sup> Zu den Grundsätzen selbst: Basel Committee on Banking Supervision (BCBS), Guidelines, Corporate Governance Principles for Banks, July 2015 (nachfolgend BCBS Principles), abrufbar unter <[www.bis.org](http://www.bis.org)>. Siehe dazu etwa *Hopt*, WM 2019, 1772 ff.; *Emmenegger*, Grundsätze guter Unternehmensführung von Banken aus Sicht des Basler Ausschusses, in: *Hopt/Binder/Böcking* (Fn. 1), 405 ff.

## II. US-Bankenaufsicht: Das „Himalaya-System“

### 1. Vielzahl von Aufsichtsbehörden

Das US-amerikanische System der Bankenaufsicht ist auf der Grundlage der föderalen Struktur der Vereinigten Staaten entstanden.<sup>3</sup> Das Bankgeschäft lag in der Hand der State Banks, die vom jeweiligen Gliedstaat konzessioniert wurden.<sup>4</sup> Auf Bundesebene sah erst der National Banking Act von 1863 die Lizenzierung von National Banks vor.<sup>5</sup> Das Nebeneinander von gliedstaatlicher und bundesstaatlicher Regulierung und Aufsicht prägt noch heute das US-amerikanische Bankaufsichtswesen;<sup>6</sup> mit dem sogenannten „dual banking“ wird bewusst der Wettbewerb der Rechtsordnungen gefördert.<sup>7</sup>

Allerdings sind – regelmässig als Antwort auf spezifische Krisenlagen – im Laufe der Zeit zahlreiche neue Regulierungen verabschiedet und neue Regulierungsbehörden geschaffen worden, ohne dass eine ernstzunehmende Neuordnung bzw. Konsolidierung der bisherigen Aufsichtsstruktur an die Hand genommen wurde.<sup>8</sup> Das heutige System der US-Bankenaufsicht kann

<sup>3</sup> Siehe dazu und generell zur historischen Entwicklung des Bankwesens und der Bankenaufsicht in den USA: *Carnell/Macey/Miller*, *The Law of Financial Institutions*, 6. Aufl. 2017, 3 ff.; *Barr/Jackson/Tahyar*, *Financial Regulation: Law and Policy*, 2. Aufl. 2018, 33 ff.; *Schooner*, *St. Louis Law Journal* 1996, 263 ff.

<sup>4</sup> State Banks sind kommerzielle Banken (keine Zentralbanken), die auf gliedstaatlicher Ebene bewilligt und sowohl gliedstaatlichen Aufsichtsbehörden als auch Bundesaufsichtsbehörden unterstellt sind.

<sup>5</sup> National Banks sind kommerzielle Banken (keine Zentralbanken), die auf Bundesebene bewilligt werden. Zuvor gab es einzelne Banken, die vom Kongress konzessioniert wurden, so die Bank of North America (1781), die First Bank of the United States (1791) und – nachdem die Konzession für die First Bank of the United States im Jahr 1811 nicht verlängert worden war – die Second Bank of the United States (1812). Siehe dazu *Barr/Jackson/Tahyar* (Fn. 3), 34 ff.

<sup>6</sup> Zum Ganzen *Hilke*, *Risiko und Bankenaufsicht*, Eine rechtsvergleichende Analyse der präventiven Begrenzung bankbetrieblicher und systemischer Risiken, Frankfurt am Main 2014, 67 f.

<sup>7</sup> *Carnell/Macey/Miller* (Fn. 3), 98 ff. Zu den problematischen Effekten des Wettbewerbs im Hinblick auf die Finanzierung der Aufsicht siehe *Blair/Kushmeider*, *FCIC Banking Review* 2006, 7 ff.

<sup>8</sup> Der letzte Versuch datiert von 2008, als das Finanzdepartement einen Reformentwurf präsentierte. Es ist ein weiteres Werk, das im Museum der gescheiterten Reformen steht. Siehe *Department of the Treasury*, *Blueprint for a Modernized Regulatory Structure* (March 2008). Der Dodd-Frank Act schaffte immerhin das Office of Thrift Supervision ab (Dodd-Frank Sec. 302 i.V.m. Sec. 313). Die Aufsicht über die sogenannten *thrift chartered institutions* obliegt nunmehr dem Office of the Comptroller of the Currency, der Federal Deposit Insurance Corporation und der Federal Reserve Bank. Siehe dazu etwa *Heppe/Tielmann*, *WM* 2011, 1886. Neu hinzugekommen sind dafür der Financial Stability Oversight Council sowie dazugehörig das neue Office of Financial Research und das Federal Insurance Office sowie das Consumer Financial Protection Bureau, siehe dazu *Triantafyllakis*, *WM* 2019, 859.

daher mit Fug als „Himalaya-System“, also als System mit unzähligen Aufsichtsspitzen, bezeichnet werden. Allein auf Bundesebene zählt man neun Behörden mit bankbezogenen Regulierungskompetenzen,<sup>9</sup> etliche davon sind auf der Gliedstaatenebene noch einmal gespiegelt. Wer beispielsweise im Bundesstaat Texas eine Bank gründen will, kann zwischen drei Organisationsformen, zwei Bewilligungsinstanzen und fünf Regulierungsbehörden (drei gliedstaatlichen und zwei bundesstaatlichen) wählen,<sup>10</sup> wobei ein späterer Wechsel zwischen bundesstaatlicher und gliedstaatlicher Aufsicht möglich ist.<sup>11</sup>

## 2. Hauptregulatoren auf Bundesebene

Um wenigstens auf Bundesebene das Risiko von Mehrfachregulierungen, Aufsichtslücken und widersprüchlichen Anforderungen zurückzubinden, hat der Gesetzgeber das Konzept der „appropriate federal banking agency“ entwickelt. Danach sind sowohl die National Banks als auch die State Banks auf Bundesebene einem Hauptregulator zugeordnet. Die Hauptregulatoren sind entweder das Office of the Comptroller of the Currency (OCC), die Federal Deposit Insurance Corporation (FDIC), oder der Board of Governors of the Federal Reserve Bank (FRB). Hinzu kommt die National Credit Union Administration als Hauptregulator für die Kreditgenossenschaften. Sie spielt allerdings im regulatorischen Umfeld eine deutlich weniger prominente Rolle als ihre Schwesterbehörden.<sup>12</sup>

### a) Office of the Comptroller of the Currency (OCC)

Das OCC ist die älteste Bankaufsichtsbehörde auf Bundesebene. Es wurde im Jahr 1863 durch den National Currency Act zwecks Schaffung einer einheitlichen Währung gegründet.<sup>13</sup> Mit der Zeit hat es von seiner ursprünglichen Funktion entfernt, und heute spielt es eine wichtige Rolle als Regulierungs- und Aufsichtsbehörde.

<sup>9</sup> Federal Reserve, Financial Stability Oversight Council, National Credit Union Administration, Securities and Exchange Commission, Federal Housing Finance Agency, Consumer Financial Protection Bureau, Department of Justice, Federal Deposit Insurance Corporation, Comptroller of the Currency, vgl. *Carnell/Macey/Miller* (Fn. 3), 92 ff.

<sup>10</sup> Beispiel bei *Carnell/Macey/Miller* (Fn. 3), 98 f.; Organisationsformen: Bank, Sparkasse (thrift institution), Kreditgenossenschaft (credit union); Lizenzgeber: Bundesstaat Texas oder Bundesbehörde; Regulierungsbehörden: Texas Department of Banking, Comptroller of the Currency, Texas Department of Savings and Mortgage Lending, Texas Credit Union Department, National Credit Union Administration.

<sup>11</sup> Das ist ein grundsätzliches Element des „dual banking system“. Zu den Wechseln siehe *Blair/Kushmeider* (Fn. 7), 14 ff.

<sup>12</sup> Für einen Überblick siehe *Barr/Jackson/Tahyar* (Fn. 3), 82 f.; *Carnell/Macey/Miller* (Fn. 3), 96 ff.

<sup>13</sup> *Hilke* (Fn. 6), 67.

Das OCC gehört zum Department of Treasury und steht unter der Leitung des Comptroller of the Currency. Es ist Hauptregulator für folgende Finanzinstitute: National Banks, US-Zweigstellen oder Agenturen ausländischer Banken sowie die Bundessparkassen (savings associations).<sup>14</sup> Letztere sind auch unter dem Namen Thrift Institutions bekannt; es handelt sich um kleine Institute, die vor allem das Einlagengeschäft und das Hypothekengeschäft betreiben.

#### b) Federal Deposit Insurance Corporation (FDIC)

Die FDIC wurde 1933 als Reaktion auf die zahlreichen Bankzusammenbrüche durch den Banking Act zwecks Einlagensicherung gegründet.<sup>15</sup> Sie wird von einem fünfköpfigen Board of Directors geleitet, welchem der Comptroller of Currency und der Direktor des Consumer Financial Protection Bureau von Amtes wegen angehören, und finanziert sich aus dem Einlagensicherungsfonds.<sup>16</sup> Die FDIC ist Hauptregulator („appropriate federal banking agency“) für State Banks, die nicht Mitglieder des Federal Reserve System sind, für ausländische Banken mit einer Zweigstelle, die dem Einlagensicherungsfonds angeschlossen ist sowie die gliedstaatlich bewilligten Sparkassen (State Thrifts).<sup>17</sup>

Über die State Nonmember Banks hinaus kann die FDIC alle Banken, die unter die Einlagensicherung fallen, prüfen und die notwendigen Massnahmen ergreifen, sofern der Hauptregulator nicht aktiv wird.<sup>18</sup> Überdies führt sie Sanierungsmassnahmen durch (bei systemischen Risiken mit den Mitteln des Einlagensicherungsfonds) und amtet als Liquidatorin bei konkursiten Instituten.<sup>19</sup> Eine wichtige (indirekte) Corporate Governance-Funktion der FDIC ist, dass sie gegen Organe konkursiter Banken Verantwortlichkeitsklagen erheben kann.<sup>20</sup>

<sup>14</sup> Siehe 2 U.S.C. Sec. 1813(q): „Appropriate Federal banking agency means: (1) the Office of the Comptroller of the Currency in the case of (A) any national banking association, (B) any Federal branch or agency of a foreign bank; and (C) any Federal savings association [Anm: gleichbedeutend mit Federal thrift institutions] [...]. Siehe hierzu auch *Hilke* (Fn. 6), 68; *Pan*, Organizing Regional Systems, The US Example, in: Moloney/Ferran/Payne (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Financial Regulation*, Oxford 2015, 203.

<sup>15</sup> *Hilke* (Fn. 6), 70.

<sup>16</sup> *Carnell/Macey/Miller* (Fn. 3), 94.

<sup>17</sup> 12 U.S.C. Sec. 1813(q): „Appropriate Federal banking agency means: (1) [...]; (2) the Federal Deposit Insurance Corporation, in the case of (A) any State nonmember insured bank; (B) any foreign bank having an insured branch; and (C) any State savings association [...]. Siehe dazu auch *Pan* (Fn. 14), 203; *Carnell/Macey/Miller* (Fn. 3), 345.

<sup>18</sup> Das gilt insbesondere für die National Banks, denn für sie ist die Einlagensicherung zwingend. Siehe *Hilke* (Fn. 6), 70f.; *Pan* (Fn. 14), 203; *Carnell/Macey/Miller* (Fn. 3), 345.

<sup>19</sup> *Carnell/Macey/Miller* (Fn. 3), 93.

<sup>20</sup> *Barr/Jackson/Tahyar* (Fn. 3), 879.

## c) Board of Governors of the Federal Reserve (FRB)

Das Federal Reserve System wurde 1913 durch den Federal Reserve Act gegründet und besteht aus dem siebenköpfigen Board of Governors, dem Federal Open Market Committee, zwölf regionalen Federal Reserve Banks und den Mitgliederbanken.<sup>21</sup> Als Zentralbankensystem ist es für die Geld- und Währungspolitik zuständig. Der Board of Governors (FRB) beaufsichtigt die Federal Reserve Banks, die in ihrer jeweiligen Region eine Schlüsselrolle für den Zahlungsverkehr spielen und insbesondere als Lenders of Last Resort fungieren.<sup>22</sup> Er amtiert aber auch als Hauptregulator für eine beachtliche Zahl von Finanzinstituten, namentlich für gliedstaatliche Mitgliederbanken,<sup>23</sup> punktuell für US-Zweigstellen und Agenturen von ausländischen Banken, für ausländische Banken ohne versicherte Zweigstellen; für gewisse gewerbsmäßig organisierte Kreditunternehmen; für Bank-Holdinggesellschaften<sup>24</sup> und deren Tochtergesellschaften und für Sparkassen-Holdinggesellschaften.<sup>25</sup>

## d) National Credit Union Association (NCUA)

Kreditgenossenschaften bilden in den USA eine eigene Kategorie von Banken. Sie verfügen über eine eigene Aufsichtsbehörde, die National Credit Union Association. Die NCUA bewilligt und beaufsichtigt die Credit

<sup>21</sup> Hilke (Fn. 6), 69; *Carnell/Macey/Miller* (Fn. 3), 94.

<sup>22</sup> *Carnell/Macey/Miller* (Fn. 3), 94.

<sup>23</sup> Für die State Banks ist die Mitgliedschaft im Federal Reserve System freiwillig, für National Banks ist sie zwingend. Siehe *Hilke* (Fn. 6), 69; *Pan* (Fn. 14), 203.

<sup>24</sup> Vgl. zum Ganzen 12 U.S.C. Sec. 1841, 1843. Eine Kontrolle wird bereits angenommen, wenn die Obergesellschaft direkt oder indirekt 25% der Stimmrechte einer anderen Bank oder Bank-Holdinggesellschaft besitzt, kontrolliert oder ausüben kann. Bank-Holdinggesellschaften dürfen neben Banken nur solche Gesellschaften besitzen oder kontrollieren, deren Dienstleistungen „closely-related to banking“ sind.

<sup>25</sup> 12 U.S.C. Sec. 1813(q): „Appropriate Federal banking agency means: (1) [...]; (3) the Board of Governors of the Federal Reserve System, in the case of (A) any State member bank; (B) any branch or agency of a foreign bank with respect to any provision of the Federal Reserve Act which is made applicable under the International Banking Act of 1978; (C) any foreign bank which does not operate an insured branch; (D) any agency or commercial lending company other than a Federal agency; (E) supervisory or regulatory proceedings arising from the authority given to the Board of Governors under section 7(c)(1) of the International Banking Act of 1978, including such proceedings under the Financial Institutions Supervisory Act of 1966; (F) any bank holding company and any subsidiary (other than a depository institution) of a bank holding company; and (G) any savings and loan holding company and any subsidiary (other than a depository institution) of a savings and loan company.“ Weiter beaufsichtigt der FRB Nichtbanken, die vom Financial Stability Oversight Council als systemrelevant bezeichnet worden sind, siehe dazu *Carnell/Macey/Miller* (Fn. 3), 94.

Unions und verwaltet den National Credit Union Share Insurance Fund.<sup>26</sup> Über ihre Central Liquidity Facility kann die NCUA die Kreditgenossenschaften notfalls mit Liquidität versorgen.<sup>27</sup>

#### e) Weitere Bundesbehörden

Neben dem OCC, FRB und der FDIC gibt es auf Bundesebene noch fünf weitere Behörden, die zum Bankaufsichtssystem der USA gehören. Fünf von ihnen fokussieren sich spezifisch auf Banken und Finanzdienstleister:

- *Der Financial Stability Oversight Council.* Der FSOC wurde durch den Dodd-Frank-Act errichtet. Er wird präsiert durch den Secretary of the Treasury. Weitere Mitglieder sind die jeweiligen Vorstände des Federal Reserve Board, der FDIC, der SEC und der Commodity Futures Trading Commission, der Comptroller of the Currency, der Leiter der FHFA und der Direktor des CFPB. Der FSOC soll Lücken bei der Aufsicht schließen, die Aufsichtstätigkeiten koordinieren und aufkommende Risiken identifizieren. Er kann Finanzinstitute im Nichtbankenbereich als systemrelevant kennzeichnen und sie dadurch einer verstärkten Regulierung durch den FRB unterstellen.<sup>28</sup>
- *Das Consumer Financial Protection Bureau.* Das CFPB ist zuständig für die Umsetzung von Regulierungen im Bereich des finanzrelevanten Konsumentenschutzes und kann auch eigene Konsumentenschutzregeln im Finanzbereich erlassen.<sup>29</sup> Unter seine Aufsicht fallen zunächst Finanzdienstleister, die typische Dienstleistungen an Konsumentinnen erbringen. Dazu gehören beispielsweise die Vergabe von Hypotheken für Liegenschaften, die primär dem persönlichen oder familiären Gebrauch der Kreditnehmerin dienen sollen,<sup>30</sup> die Vergabe von Studienkrediten<sup>31</sup> oder der Vorschuss von Lohnzahlungen.<sup>32</sup> Sodann beaufsichtigt das CFPB einlagenversicherte Banken, Sparkassen und Kreditgenossenschaften, die über ein Gesamtvermögen von mindestens USD 10 Mia. verfügen.<sup>33</sup> Auch

<sup>26</sup> Der NCUSIF stellt analog zur FDIC eine staatlich finanzierte Einlagensicherung für Kreditgenossenschaften zur Verfügung. Zum NCUSIF siehe *Ryder/Chambers*, *Journal of Banking Regulation* 11 (2009), 80.

<sup>27</sup> *Ryder/Chambers* (Fn. 26), 80.

<sup>28</sup> *Carnell/Macey/Miller* (Fn. 3), 95; *Barr/Jackson/Tahyar* (Fn. 3), 902; siehe allgemein *Allan*, *Ohio State Law Journal*, 76 (2015), 1088 ff.

<sup>29</sup> Ausführlich *Levitin*, *Review of Banking & Financial Law* 32 (2013), 344 ff.; kritisch *Zywicki*, *The George Washington Law Review*, 81 (2013), 856 ff.

<sup>30</sup> 12 U.S.C. Sec. 5514 (a) (1) (A).

<sup>31</sup> 12 U.S.C. Sec. 5514 (a) (1) (D) i.V.m. 15 U.S.C. Sec. 1650.

<sup>32</sup> 12 U.S.C. Sec. 5514 (a) (1) (E).

<sup>33</sup> 12 U.S.C. Sec. 5515 (a).



für kleinere Institute kann sich das CFPB für zuständig erklären, sofern Risiken für Konsumenten bestehen.<sup>34</sup>

- *Die Federal Housing Finance Agency.* Die FHFA wurde im Jahre 2008 errichtet, um die gescheiterten staatseigenen Hypothekarbanken Fannie Mae und Freddie Mac zu erhalten.<sup>35</sup> Neben diesen beiden Instituten reguliert die FHFA die elf Federal Home Loan Banks<sup>36</sup> nach einem risikobasierten Ansatz. Ihr Ziel ist die Liquidität und Stabilität des Hypothekarmarktes.

Zu erwähnen sind sodann zwei weitere Behörden, die sich zwar nicht ausschliesslich auf Banken und Finanzinstitute konzentrieren, für diese aber ebenfalls relevant sein können:

- *Das Department of Justice.* Die Kartellabteilung des DOJ überprüft Bankfusionen auf ihre bundesrechtliche Zulässigkeit<sup>37</sup> und seine Strafabteilung verfolgt Straftaten von Banken und ihren Mitarbeitenden. Zudem vertritt das DOJ die Regierung in bankrechtlichen Fällen vor dem US-Supreme Court.<sup>38</sup>
- *Die Securities and Exchange Commission.* Die SEC amtiert als Börsenaufsicht und ist für Banken primär dann relevant, wenn sie Publikumsgesellschaften darstellen oder Wertpapiergeschäfte tätigen.<sup>39</sup>

### 3. Gliedstaatliche Aufsichtsbehörden

Die Gliedstaaten organisieren die Bewilligung und die laufende Aufsicht von Finanzinstituten unterschiedlich. Einige Gliedstaaten verfügen über jeweils separate Behörden für Banken, Sparkassen und Kreditgenossenschaften. Ein Beispiel hierfür ist der Staat Texas, der über ein Department of Banking, ein Department of Savings and Mortgage Lending und ein Credit Union Department verfügt. Andere Gliedstaaten begnügen sich mit einer Aufsichtsbehörde für sämtliche Bankorganisationsformen. Ein Beispiel hierfür ist das Virginia Bureau of Financial Institutions, welches sämtliche staatlichen Banken, Sparkassen und Kreditgenossenschaften bewilligt und beaufsichtigt. Schliesslich gibt es sogar Gliedstaaten, deren Aufsichtsbehörde nicht

<sup>34</sup> 12 U.S.C. Sec. 5516 (a); siehe *Levitin* (Fn. 27), 356.

<sup>35</sup> Siehe hierzu *Reiss*, *Alabama Law Review* 61 (2010), 907 ff.

<sup>36</sup> Federal Home Loan Banks gewähren anderen Banken Kredite, damit diese Hypotheken vergeben können. Zur FHFA siehe *Carnell/Macey/Miller* (Fn. 3), 94.

<sup>37</sup> Daneben ist jeweils noch mindestens eine weitere Bankenaufsichtsbehörde auf Bundesebene in die Fusionskontrolle involviert, siehe zum Ganzen *Quinn*, *Antitrust Law Journal* 62 (1993), 91 ff.

<sup>38</sup> *Carnell/Macey/Miller* (Fn. 3), 93; *Barr/Jackson/Tabyar* (Fn. 3), 913.

<sup>39</sup> Ausführlich unten, III./4.

nur sämtliche Bankorganisationsformen, sondern auch die Versicherungen umfasst, so z.B. das New York State Department of Financial Services.<sup>40</sup>

#### 4. Koordinationsgremien

Mit der Zuordnung von State und National Banks zu einem bundesstaatlichen Hauptregulator („appropriate federal banking agency“)<sup>41</sup> wird im Hinblick auf die institutionelle Koordination jedenfalls auf Bundesebene ein erster Ordnungsrahmen geschaffen. Es bleibt aber bei überlappenden Kompetenzen sowohl auf Bundesebene als auch zwischen Bundesbehörden und Gliedstaatenbehörden und schliesslich – bei einer Tätigkeit in mehreren Gliedstaaten – zwischen Gliedstaatenbehörden.

Das zentrale Gremium für die Koordination zwischen Bundesbehörden ist der Federal Financial Institutions Examinations Council (FFIEC). Er ist mit der Kompetenz ausgestattet, einheitliche Grundsätze, Standards und Formulare für die Berichterstattung an die Bundesaufsichtsbehörden zu verabschieden. Er kann auch Empfehlungen zur einheitlichen Beaufsichtigung von Finanzinstituten abgeben.<sup>42</sup> Namentlich die einheitlichen Prüfstandards erlauben es einer Regulierungsbehörde (z.B. dem FRB), auf die Prüfergebnisse einer anderen Behörde (z.B. des OCC) abzustellen; die gegenseitige Anerkennung scheint im Grossen und ganzen zu funktionieren.<sup>43</sup>

Dem FFIEC angeschlossen sind die drei Bundes-Hauptregulatoren (OCC, FDIC, FRB) sowie die National Credit Union Administration (NCUA) und das Consumer Financial Protection Bureau (CFPB). Die Gliedstaaten sind im FFIEC mit dem State Liaison Committee als Mitglied vertreten. Dem Committee gehören fünf Vertreterinnen und Vertreter von gliedstaatlichen Aufsichtsbehörden an, drei davon werden von den gliedstaatlichen Koordinationsgremien ernannt.<sup>44</sup> Auf die gliedstaatlichen Koordinationsgremien wird noch zurückzukommen sein. Im FFIEC besteht ihre Rolle als Mitglied jedenfalls darin, auf die Koordination der Aufsichtstätigkeiten zwischen den Bundesbehörden und den einzelstaatlichen Behörden hinzuwirken. Im Idealfall können so die gliedstaatlichen Aufsichtsbehörden auf die Prüfergebnisse der Bundesbehörden abstellen und umgekehrt. Das FFIEC hat demgemäss nicht nur eine Koordinationsfunktion auf Bundesebene, sondern auch im Hinblick auf das Verhältnis zwischen Bundes- und Gliedstaatenregulierung.

<sup>40</sup> Zum Ganzen *Carnell/Macey/Miller* (Fn. 3), 103 f.

<sup>41</sup> Siehe oben II./2.

<sup>42</sup> Siehe dazu *FFIEC*, About the FFIEC, abrufbar unter <<https://www.ffiec.gov/about.htm>>, zuletzt besucht am 20.12.2019.

<sup>43</sup> *Carnell/Macey/Miller* (Fn. 3), 96 f.

<sup>44</sup> Zur Zusammensetzung siehe *FFIEC*, About the FFIEC, abrufbar unter <<https://www.ffiec.gov/about.htm>>, zuletzt besucht am 20.12.2019.

Für die Koordination und Standardisierung der Aufsicht zwischen den Gliedstaaten sind drei Gremien zuständig: Die Conference of State Bank Supervisors für die Banken, der American Council of State Savings Supervisors für die Sparkassen, und die National Association of State Credit Union Supervisors für die Kreditgenossenschaften.<sup>45</sup>

### III. Zentrale Corporate Governance-Dokumente für Banken

#### 1. OCC-Handbook und Guidelines

##### a) Handbook on Corporate Risk and Governance

Das OCC Comptroller's Handbook on Corporate and Risk Governance (OCC-Handbook) wurde im Juli 2019 in zweiter Auflage herausgegeben.<sup>46</sup> Es dient als praktische Anleitung für die Prüferinnen und Prüfer, die mit der aufsichtsrechtlich Prüfung von Finanzinstituten betraut sind, für die der OCC Hauptregulator ist – namentlich also von National Banks, US-Zweigstellen oder Agenturen ausländischer Banken sowie die Bundessparkassen (savings associations).<sup>47</sup>

Die OCC-Handbook enthält allgemeine Corporate Governance-Grundsätze und orientiert sich ganz offensichtlich am den einschlägigen Principles des Basler Ausschusses für die Bankenaufsicht (BCBS).<sup>48</sup> Zu den zentralen Themen gehören insbesondere die Funktionen und Aufgaben des Board, seine Zusammensetzung und die Qualifikation seiner Mitglieder, seine Vergütung.<sup>49</sup> Der Risikofokus der Basler Principles wird reflektiert und sogar noch stärker betont, indem der Titel die Risk Governance inkludiert und dieser auch das zweite grosse Kapitel gewidmet ist.<sup>50</sup> Insgesamt liest sich das Handbuch als praktisch orientierte, für ein konkretes Bankenumfeld konzipierte „Übersetzung“ der Basler Grundsätze. Das konkrete Umfeld sorgt dennoch für gewisse zusätzliche Schwerpunkte. So wird in Umsetzung des Bank Secrecy Act die Finanzkriminalität, Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung ausführlich behandelt,<sup>51</sup> und die im Community Reinvestment Act vorgeschriebene diskriminierungsfreie Gewährung von Krediten, gera-

<sup>45</sup> *Carnell/Macey/Miller* (Fn. 3), 104.

<sup>46</sup> Comptrollers Handbook, Safety and Soundness, Management, Corporate Governance and Risk Governance, July 2019, nachfolgend OCC Handbook.

<sup>47</sup> OCC-Handbook, 1. Für die Funktion als Hauptregulator siehe 2 U.S.C. Sec. 1813(q).

<sup>48</sup> BCBS Principles (Fn. 2).

<sup>49</sup> OCC Handbook (Fn. 46), 6 ff.

<sup>50</sup> OCC Handbook (Fn. 46), 39 ff.

<sup>51</sup> OCC Handbook (Fn. 46), 50.

de auch bezüglich der finanzschwächeren Gemeinden oder Stadtteilen, wird besonders betont.<sup>52</sup> Auch werden die in den Basler Prinzipien allgemein gehaltenen Diversitätsanforderungen für den Board viel deutlicher auf die Gender- und die Minderheiteninklusion ausgerichtet.<sup>53</sup>

Erwähnenswert ist für das Land des Shareholder-Value die wörtliche Übernahme der Basler Prinzipien, wonach der Board die Verantwortung dafür trägt, dass die Unternehmenskultur und das Verhalten im Unternehmen darauf ausgerichtet sein sollen, dass die Bank „in a safe and sound manner“ operiert.<sup>54</sup> Eine ausdrückliche Vorrangstellung der Einleger gegenüber den Anteilseignern, wie sie die Basler Prinzipien enthalten,<sup>55</sup> findet sich dagegen im OCC Handbook nicht – diesen Frevel wollte das OCC wohl doch nicht begehen!

#### b) Guidelines for Establishing Heightened Standards

Mit Blick auf die erhöhten Risiken von Banken mit grossen Bilanzsummen hat das OCC für Institute mit Aktiven von mindestens USD 50 Mia. zusätzliche Leitlinien erlassen.<sup>56</sup> Diese konkretisieren primär die Aufgaben des Boards und des Managements im Hinblick auf das Risikomanagement. Wie schon die BCBS Principles verlangen die Leitlinien die Einführung eines Risk Governance Frameworks, das als Grundlage und Rahmen für die Entscheidungsprozesse des Boards und des Managements im Hinblick auf die Gesamtrisikostategie dient und welches es diesem ermöglicht, Risiken zu identifizieren, zu managen und zu kontrollieren.<sup>57</sup> Sowohl die BCBS Principles als auch die OCC Guidelines nehmen Bezug auf die einschlägigen Arbeiten des Financial Stability Board zur Risk Governance,<sup>58</sup> die

<sup>52</sup> OCC Handbook (Fn. 46), 28.

<sup>53</sup> Siehe OCC-Handbook (Fn. 46), 8: „The board should actively seek a diverse pool of candidates, including women and minorities, as well as candidates with diverse knowledge of risk management and internal controls.“ Vgl. demgegenüber die BCBS Principles (Fn. 2), Rn. 48, die lediglich verlangen, dass der Verwaltungsrat zusammengesetzt ist aus „individuals with a balance of skills, diversity and expertise“.

<sup>54</sup> OCC Handbook (Fn. 46), 3: „Corporate Governance includes how the board and the management, in their respective roles [...] align corporate culture, activities, and behaviors with the expectation that the bank will operate in a safe and sound manner, operate with integrity, and comply with applicable laws and regulations.“ Wörtlich gleich BCBS Principles (Fn. 2), Rz. 3.

<sup>55</sup> BCBS Principles (Fn. 2), Rz. 2.

<sup>56</sup> OCC, Guidelines Establishing Heightened Standards for Certain Large Insured National Banks, Insured Federal Savings Associations, and Insured Federal Branches, 12 CFR Parts 30, 168, and 170, Federal Register Vo. 79 No. 176, 54518, 11. September 2014, nachfolgend OCC Guidelines.

<sup>57</sup> Zum Risk Government Framework OCC Guidelines (Fn. 56), 54547. Siehe auch BCBS Principles (Fn. 2), 2 (Glossary).

<sup>58</sup> OCC Guidelines (Fn. 56), 54518, Fn. 4 und BCBS Principles (Fn. 2), 2 (Glossary) Fn. 8, Bezugnahme auf FSB, Principles for an effective risk appetite framework (November

Guidelines referenzieren zudem die Arbeiten des BCBS.<sup>59</sup> Vom Aufbau her enthält das erste Kapitel der Guidelines die zentralen Begriffe und den Anwendungsbereich, das zweite Kapitel enthält die Mindestanforderungen für das Risk Government Framework, und das dritte Kapitel enthält die Mindestanforderungen für die Überwachungsfunktion des Board of Directors.

Was das Risk Governance Framework angeht, so übernehmen die Leitlinien das Konzept der drei Verteidigungslinien („three lines of defense“), das auch in den BCBS Principles explizit verankert ist,<sup>60</sup> und konkretisieren deren Aufgaben.<sup>61</sup> Ebenfalls verlangen die Leitlinien die Verschriftlichung der Risikobereitschaft in einem Risk Appetite Statement (RAS) als Grundlage für die Erarbeitung des Risk Governance Framework.<sup>62</sup> Dessen zentrale Funktion hatte bereits das FSB betont.<sup>63</sup> Wie schon die BCBS Principles verknüpfen auch die Guidelines die Vergütungsstruktur in der Bank mit einer guten Corporate Governance und einem ebensolchen Riskmanagement.<sup>64</sup>

Mit Blick auf die Überwachungsfunktion des Board of Directors entsprechen die Guidelines im Wesentlichen den BCBS Principles; der Board ist verantwortlich für die Umsetzung und Überwachung des Risk Governance Frameworks und hat auch das Management entsprechend zu überwachen.<sup>65</sup> Im Unterschied zu den BCBS Principles, die sich angesichts der unterschiedlichen Governance-Kulturen nicht zu einer festen Zahl von unabhängigen Directors äussern wollen, verlangen die Guidelines mindestens zwei solche Mitglieder in den Boards.<sup>66</sup>

Wie schon beim Handbook hat sich das OCC bei den Guidelines an den Risikomanagement-Grundsätzen des Basler Ausschusses bzw. an den Arbeiten des Financial Stability Boards orientiert und somit diese internationalen Standards in das US-amerikanische Aufsichtssystem integriert und sie im Rahmen dieser Integration zusätzlich konkretisiert.

2013). Die OCC Guidelines nehmen sodann auch Bezug auf FSB, Thematic Review on Risk Go.

<sup>59</sup> OCC Guidelines (Fn. 56), 54518, Fn. 4, Bezugnahme auf BCBS, Principles for effective risk data aggregation and risk reporting (Jan. 2013).

<sup>60</sup> BCBS Principles (Fn. 2), Rz. 39ff.

<sup>61</sup> OCC Guidelines (Fn. 56), 54547.

<sup>62</sup> OCC Guidelines (Fn. 56), 54548. Vergleichbar BCBS Principles (Fn. 2), Rz. 33ff.

<sup>63</sup> FSB, Thematic Review on Risk Governance (February 2013), 12f.

<sup>64</sup> OCC Guidelines (Fn. 56), 54549, etwas kürzer als BCBS Principles (Fn. 2), Rz. 143ff.

<sup>65</sup> OCC Guidelines (Fn. 56), 54549. Siehe auch BCBS Principles (Fn. 2), Rz. 12, 26, 33.

<sup>66</sup> OCC Guidelines (Fn. 56), 54549. Siehe demgegenüber BCBS Principles (Fn. 2), Rz. 47.

## 2. *FDIC: Pocket Guide for Directors*

Bereits 1988 veröffentlichte die FDIC ihren *Pocket Guide for Directors*.<sup>67</sup> Diese kurz gehaltene Anleitung mit ihren sechs Kernprinzipien der *Corporate Governance*<sup>68</sup> ist in unveränderter Form auf der Webseite der FDIC publiziert.

Um der Weiterentwicklung bei *Corporate Governance*-Themen Rechnung zu tragen, hat die FDIC unter anderem ein Sonderheft im Rahmen der *Supervisory Insights* herausgegeben.<sup>69</sup> Die *Insights* legen den Fokus auf die *community banks*, in kontinentaleuropäischer Diktion also die lokalen Sparkassen.<sup>70</sup> Sie enthalten eine Kommentierung der einzelnen Grundsätze des *Pocket Guides* im Lichte der neueren Entwicklungen in der *Corporate Governance* Diskussion. Die *Supervisory Insights* haben reinen Informationscharakter, ihre Missachtung führt mithin nicht zu aufsichtsrechtlichen Sanktionen.<sup>71</sup> Trotzdem ist es ein wichtiges Dokument, denn die FDIC publiziert solche *Supervisory Insights* nicht häufig; das letzte Heft erschien fünf Jahre vor der *Corporate Governance*-Ausgabe.<sup>72</sup>

## 3. *FRB: Expectation for Board of Directors (Proposal)*

Am 9. August 2017 hat das Federal Reserve Board eine *Guidance on Supervisory Expectation for Board of Directors* vorgeschlagen.<sup>73</sup> Damit will es die Aufsichtszuständigkeiten des Verwaltungsrates klarer von denjenigen der Geschäftsleitung abgrenzen. Die Leitlinien sind an die *Corporate Governance*-Grundsätze des Basler Ausschusses angelehnt, namentlich an die Grundsätze 1 (Aufgaben des Board) und 2 (Qualifikation und Zusammensetzung des Board).<sup>74</sup> Da es sich nicht um grundlegend neue oder besonders stringente Rahmenbedingungen handelt, hätte man eine zeitnahe Verab-

<sup>67</sup> Abrufbar unter <<https://www.fdic.gov/regulations/resources/director/pocket/index.html>>.

<sup>68</sup> Die Titel im *Pocket Guide* lauten: *General Guidelines* (enthalten die Aufgaben des Board of Directors); *Maintain Independence*; *Keep Informed*; *Ensure Qualified Management*; *Supervise Management*; *Avoid Preferential Transactions*.

<sup>69</sup> *FDIC, Supervisory Insights, Special Corporate Governance Edition* (April 2016, revised October 2018).

<sup>70</sup> So lautet auch der vollständige Titel des *Supervisory Insight*: „*A Community Bank Director’s Guide to Corporate Governance: 21st Century Reflections on the FDIC Pocket Guide for Directors*“.

<sup>71</sup> *FDIC, Supervisory Insights* (Fn. 69), 3.

<sup>72</sup> *FDIC, Supervisory Insights, Special Foreclosure Edition* (Mai 2011).

<sup>73</sup> *Federal Register*, Vol. 82, No. 152, S. 37219ff.

<sup>74</sup> Siehe *BCBS Principles* (Fn. 2), insb. Rz. 45 ff.

scheidung erwarten können. Bislang sind allerdings die Leitlinien noch nicht in Rechtskraft erwachsen.<sup>75</sup>

#### 4. SEC: Rules and Guidances zu Einzelthemen

##### a) Securities and Exchange Act, Sarbanes-Oxley Act, Dodd-Frank Act

Das zentrale Spielfeld der Corporate Governance liegt zweifellos bei den Publikumsgesellschaften. Das maßgebliche Gesetzgebungswerk in diesem Bereich ist der Securities and Exchange Act,<sup>76</sup> die entscheidende Behörde die Securities and Exchange Commission. Banken sind diesen Regulierungen unterstellt, sofern sie als Publikumsgesellschaften organisiert sind.<sup>77</sup> Sie können aber auch aufgrund ihrer Geschäftstätigkeit im Wertschriftengeschäft in den Anwendungsbereich des Securities and Exchange Acts fallen.<sup>78</sup> Daher spielt die SEC für Corporate Governance-Fragen von Banken eine durchaus wichtige Rolle.

Die SEC war denn auch seit der Mitte der 1970er Jahre ein maßgeblicher Treiber für Corporate Governance Themen,<sup>79</sup> auch wenn ihr die gesetzgeberischen Kompetenzen für substantielle Governance-Regulierungen fehlten; darin wird auch der Grund gesehen, warum die SEC etliche Governance-Regulierungen unter dem Titel der Offenlegung vornahm.<sup>80</sup> Der skandalgetriebene Sarbanes-Oxley Act (SOX)<sup>81</sup> leistete der Corporate Governance-Regulierung namentlich im Bereich der Haftungsfragen und der Clawbacks Vorschub; die entsprechenden Bestimmungen wurden entweder in den Securities and Exchange Act integriert, oder aber es wurde zumindest die Umsetzung der SEC überantwortet.<sup>82</sup>

<sup>75</sup> Letzter ersichtlicher Stand ist das Treffen zwischen dem Federal Reserve Board mit Vertretern des Clearing House vom 9.3.2018, an welchem die Proposed Guidance diskutiert wurde, siehe dazu <[www.federalreserve.gov/regreform/tr-commpublic/TCH-meeting-20180309.pdf](http://www.federalreserve.gov/regreform/tr-commpublic/TCH-meeting-20180309.pdf)>, zuletzt besucht am 27.12.2019.

<sup>76</sup> Securities and Exchange Act of 1934, Pub.L. 73–291, 15 U.S.C. 78a–78qq.

<sup>77</sup> Sog. „issuer“, siehe Sec. 3 des Securities and Exchange Act.

<sup>78</sup> Securities and Exchange Act Sec. 3 und die dort aufgeführten Ausnahmen.

<sup>79</sup> Siehe *Cheffins*, *The History of Corporate Governance*, in: Mike Wright u.a. (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Corporate Governance*, 2013, 47 (mit dem Hinweis, dass der Begriff der Corporate Governance 1976 im Federal Register erschien).

<sup>80</sup> *Loewenstein*, *Alabama Law Review* 45 (1993/1994), 783f.; *Kripke*, *The Business Lawyer* 36 (1981), 173 ff.

<sup>81</sup> Der volle Titel lautet: Corporate and Auditing Accountability, Responsibility and Transparency Act of 2002, Pub.L. 107–104, 116 Stat. 745.

<sup>82</sup> Die Clawback-Regelung (Sec. 304 Sarbanes-Oxley Act) wurde nicht in den Securities Exchange Act übertragen, hingegen obliegt die Umsetzung der SEC. Demgegenüber wurde die Bestimmung über die Haftung des Revisionsausschusses (Sec. 301 [2] Sarbanes-Oxley) in den Securities and Exchange Acts überführt (15 U.S.C. Sec. 78j-1 [m]). Die Haftung von CEO und CFO für die Integrität der Finanzberichterstattung (Sec. 302 i.V.m.

Diese Vorgehensweise wurde auch beim Dodd-Frank Act<sup>83</sup> gewählt. Im Hinblick darauf, dass Dodd-Frank die gesetzgeberische Antwort auf die Finanzkrise von 2008 darstellt und Corporate Governance-Defizite als Mitursache der Krise gelten, enthält das rund 850 Seiten starke Regelwerk erstaunlich wenige Bestimmungen hierüber. Unter dem Kapitel „Strengthening Corporate Governance“ enthält Dodd-Frank ganze zwei Bestimmungen. Die erste betrifft den „Proxy Access“ und verlangt die genügende Information der Aktionäre im Hinblick auf die Wahl der Mitglieder des Board of Directors, die zweite verlangt eine Begründung dafür, warum der CEO und der Vorsitzende des Board of Directors in Personalunion oder personell getrennt besetzt werden.<sup>84</sup> Beide Bestimmungen sind gleichzeitig Neuformulierungen für den Securities and Exchange Act und werden dort auch eingefügt.<sup>85</sup>

Dasselbe Muster zeigt sich auch bei einem anderen Corporate Governance-Thema, das der Dodd-Frank Act aufgreift (allerdings nicht im Kapitel zur Corporate Governance), nämlich der Vergütungsfrage. Von den sechs Vergütungsbestimmungen betreffen deren fünf ganz allgemein die Publikumsgesellschaften und sind als Neuerungen für den Securities and Exchange Act vorgesehen.<sup>86</sup> Bankspezifisch ist lediglich die Bestimmung über die Verpflichtung der Bankaufsichtsbehörden zum ko-ordinierten Vorgehen bei den anreizbasierten Vergütungsmodellen.<sup>87</sup>

Bankspezifische Corporate Governance-Vorgaben sind sodann im Rahmen des Risiko-Managements vorgesehen. Allerdings betreffen auch sie lediglich die Publikumsbanken. Börsenkotierte *Bank Holding Companies* mit konsolidierten Aktiven von mindestens USD 10 Mia.<sup>88</sup> sowie börsenkotierte Finanzinstitute müssen einen Risikoausschuss bestellen, dem zudem eine vom FRB näher zu bestimmende Anzahl unabhängiger Mitglieder angehören muss. Dem Ausschuss angehören muss auch mindestens eine Risikomanagementexpertin, die über Erfahrung im Bereich der Risikoidentifizierung, der Risikogewichtung und des Risikomanagements grosser und komplexer Firmen verfügt. Darüber hinaus ist auf Ebene des Verwaltungsrates ein Chief Risk Officer zu bestellen.<sup>89</sup>

906 Sarbanes-Oxley) wurde nicht in den Securities and Exchange Act übertragen, hingegen obliegt die Umsetzung der Securities and Exchange Commission.

<sup>83</sup> Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, Pub.L. 111–203, 124 STAT. 1376.

<sup>84</sup> Siehe Sec. 971, 972 Dodd-Frank Act.

<sup>85</sup> Gemäss Sec. 971, 972 Dodd-Frank Act im Rahmen von Sec. 14(a) und neu als 14B des Securities and Exchange Act.

<sup>86</sup> Sec. 951 bis 955 Dodd-Frank Act. Siehe im Einzelnen unten IV./2./b)

<sup>87</sup> Siehe dazu unten IV./2.

<sup>88</sup> Für börsenkotierte Bank Holding Companies mit Aktiven von weniger als USD 10 Mia. kann das Board of Governors der Federal Reserve eine entsprechende Pflicht vorsehen, sofern dies für ein solides Risikomanagement erforderlich ist.

<sup>89</sup> Sec. 165(h) Dodd-Frank Act.



Der Dodd-Frank Act deckt allerdings wesentliche Corporate-Governance-Themen *nicht* ab. Dazu gehört beispielsweise die Zusammensetzung des Board of Directors (Stichwort Diversität) und die Qualifikation von dessen Mitgliedern (Ausnahme: Risikoausschuss). Auch fehlen Bestimmungen zu den zentrale Pflichten des Board, etwa die Begründung einer Corporate Governance-förderlichen Unternehmenskultur oder die Beaufsichtigung des Managements.<sup>90</sup>

#### b) Umsetzung durch die Securities and Exchange Commission

Der Securities and Exchange Act, der Sarbanes-Oxley Act und vor allem auch der Dodd-Frank Act sind als Rahmengesetze konzipiert, die der SEC die eigentliche Regulierungsarbeit übertragen. Die Regulierungen selbst werden gemeinhin als „SEC rules“ verabschiedet und im Code of Federal Regulations (CFR) publiziert. Nimmt man den Dodd-Frank Act als jüngstes Beispiel, so bestehen zu den einzelnen Bestimmungen bzw. Regulierungsaufträgen je nach Regulierungsstand eine „final rule“ oder eine „proposed rule“.<sup>91</sup> Die Rules werden jeweils auch mit detaillierten Kommentaren und Leitlinien versehen. Allein das Dokument über das Verhältnis zwischen dem Medianlohn im Unternehmen und der Vergütung des CEO (Sec. 953(b)) umfasst 294 Seiten,<sup>92</sup> das Dokument zur Unabhängigkeit des Vergütungsausschusses beträgt 124 Seiten.<sup>93</sup>

Daraus ergibt sich eine stark themenfokussierte Corporate Governance. Was die SEC als Speerspitzenbehörde für die Corporate Governance<sup>94</sup> aber bis zum heutigen Tag nicht verabschiedet hat, sind allgemeine Richtlinien oder Grundsätze zur Corporate Governance.

### IV. Koordinierte Corporate Governance-Regulierung

Neben der Zuordnung eines Finanzinstituts zu einem Hauptregulator auf Bundesebene und der Schaffung eines Koordinationsgremiums für die Finanzaufsicht in Gestalt des Federal Financial Institutions Examinations Council (FFIEC) lässt sich am Beispiel der Corporate Governance ein ande-

<sup>90</sup> Vgl. hierzu auch *Macey/O'Hara*, Bank Corporate Governance: A Proposal for the Post-Crisis World, in: FRBNY Economic Policy Review, August 2016, 85.

<sup>91</sup> Die Umsetzungsarbeiten sind dokumentiert unter <<https://www.sec.gov/spotlight/dodd-frank.shtml#>>.

<sup>92</sup> SEC, Pay Ratio Disclosure, CFR Parts 229 and 249, Release Nr. 33-9877; 34-75610 vom 5. August 2015.

<sup>93</sup> SEC, Listing Standards for Compensation Committees, CFR Parts 229 and 240, Release Nr. 33-9330; 34-67220 vom 20. Juni 2012.

<sup>94</sup> Siehe dazu *Cheffins* (Fn. 66), 47 f.

res Koordinationsinstrument beobachten: Die Praxis einer koordinierten Regulierung, auch „Joint Policymaking“<sup>95</sup> genannt.

### 1. Koordinierte Regulierung im Allgemeinen

Beim Joint Policymaking handelt es sich um ein allgemeines Koordinationsinstrument, das von den US-amerikanischen Regierungsbehörden eingesetzt wird. Dabei lassen sich verschiedene Stufen unterscheiden: Regierungsbehörden können einerseits gemeinsame Leitlinien (Guidances) oder Mitteilungen (Statements) veröffentlichen; diese enthalten die geteilten Auffassungen und die Erwartungen der Regierungsbehörden im Hinblick auf gewisse regulatorische Vorschriften.<sup>96</sup> Eine Stufe darüber liegt der Erlass von gemeinsamen Regeln (Rules and Regulations), das sogenannten Joint Rulemaking.<sup>97</sup>

Im Rahmen einer koordinierten Regulierung führen die einzelnen Regierungsbehörden die Vernehmlassungen (publication for public comment) meist eigenständig durch;<sup>98</sup> die endgültige Regulierung wird entweder in einem einzigen Dokument zusammengefasst und als Joint Rule im Code of Federal Regulations (CFR) publiziert,<sup>99</sup> oder sie werden in der je eigenen Sektion des CFR von jeder Behörde als Common Rule eigenständig publiziert.<sup>100</sup>

Als Beispiel<sup>101</sup> für eine koordinierte Regulierung sei etwa die gemeinsamen Voraussetzungen für die Entfernung, Suspendierung oder die Unterstellung unter ein Berufsverbot von unabhängigen Bankprüfern genannt. Der Federal Deposit Insurance Act verpflichtet die „appropriate Federal banking agencies“ zu einer gemeinsamen Regulierung;<sup>102</sup> dieser Aufforderung sind das OCC, das FRB und die FDIC nachgekommen.<sup>103</sup> Ein anderes

<sup>95</sup> So die Bezeichnung bei *Freeman/Rossi*, Harvard Law Review 125 (2012), 1165.

<sup>96</sup> Zur regulatorischen Bedeutung der *Supervisory Guidance* siehe etwa *FDIC*, Supervisory Insights (Fn. 69), 15.

<sup>97</sup> Siehe dazu *Freeman/Rossi* Fn. (99), 1165 f.

<sup>98</sup> Siehe z.B. die verschiedenen Adressen für die Kommentare zur [Interagency] Guidance on Sound Incentive Compensation, die vom Federal Reserve Board, dem OCC, der FDIC und der OTS verabschiedet wurde, in Fed. Reg. 75, 36,404 (25. Juni 2010).

<sup>99</sup> Falls es sich um eine Guidance oder ein Statement handelt, wird dieses zuweilen lediglich im (chronologisch geordneten) Federal Register als sogenannte „Notice“ publiziert.

<sup>100</sup> Zu diesen Modalitäten siehe *Freeman/Rossi* Fn. (99), 1166 Fn. 162. Beispielhaft: Removal, Suspension, and Debarment of Accountants From Performing Audit Services, gestützt auf Sec. 36 FDIC (12 U.S.C. 1831[m] [B] [4]). Siehe 12 CFR Part 19 (OCC), 12 CFR Part 263 (FRB), CFR 12 Part 308 (FDIC), CFR 12 Part 513 (OTS, nunmehr abgeschaffte Behörde).

<sup>101</sup> Weitere Beispiele im Finanzmarktbereich bei *Freeman/Rossi* Fn. (99), 1166 Fn. 164.

<sup>102</sup> FDIC, 12 U.S.C. Dec. 1831(m)(4)(B).

<sup>103</sup> Die Behörden haben diese Regulierung in ihren eigenen Sektionen des CFR publiziert. Siehe 12 CFR Part 19 (OCC), 12 CFR Part 263 (FRB), CFR 12 Part 308 (FDIC),

Beispiel ist die Mitteilung über die Interne Revision und deren Auslagerung.<sup>104</sup> Sie wurde vom OCC, der Federal Reserve Bank und der FDIC gemeinsam erarbeitet. Grundlage hierfür bildet der Sarbanes-Oxley Act.<sup>105</sup> Zahlreiche gemeinsame Regulierungen sind im Dodd-Frank Act vorgesehen, es sind deren 31.<sup>106</sup> Teilweise verpflichtet der Act die Behörden auch „nur“, konsistente und vergleichbare Regulierungen zu erlassen.<sup>107</sup>

Teilweise entstehen auch ohne entsprechenden gesetzlichen Zwang gemeinsame Regulierungsdokumente, die gewisse Fragen horizontal – also durch alle Regulierungssilos hindurch – angehen. Hier spielt vor allem der Federal Financial Institutions Examinations Council (FFIEC) eine Rolle als Anschlag- und Koordinationsgremium. Ein Beispiel hierfür bietet das *Bank Secrecy Act/Anti-Money Laundering Manual*.<sup>108</sup> Es wurde von der FFIEC herausgegeben und ist das Ergebnis einer Kollaboration zwischen den verschiedenen Bankaufsichtsbehörden und der beim Finanzdepartement angesiedelten Financial Crimes Enforcement Network (FinCen). Das Handbuch enthält eine Zusammenstellung der bestehenden gesetzlichen Anforderungen, aufsichtsrechtlichen Erwartungen und der bewährten Praxis im Bereich der Kundenidentifikation und der Geldwäsche.<sup>109</sup>

## 2. Corporate Governance-Beispiel: Vergütungssysteme

Auch im Kernbereich der Corporate Governance existieren gemeinsame Regulierungen. Dazu gehört etwa die Mitteilung der Federal Reserve und des OCC, wonach einzelne Governance-Kapitel des Sarbanes-Oxley Act auch auf gewisse nicht-börsenkotierte Banken anwendbar sind.<sup>110</sup> Beispielfhaft sollen allerdings hier die Regularien im Bereich der Vergütung der Mit-

CFR 12 Part 513 (OTS, nunmehr abgeschaffte Behörde): Removal, Suspension, and Debarment of Accountants From Performing Audit Services.

<sup>104</sup> Interagency Policy Statement on the Internal Audit Function and Its Outsourcing (2003), OCC Bulletin 2003-12, FDIC Financial Institution Letter FIL-21-2003; FRB Press Release. Diese Mitteilungen werden teilweise weiterentwickelt, siehe etwa *Federal Reserve*, SR letter 13-1, Supplemental Policy Statement on the Internal Audit Function and Its Outsourcing (2013).

<sup>105</sup> Sec. 201(a) Sarbanes-Oxley Act.

<sup>106</sup> Dokumentanalyse durch die Autorin. Siehe auch die (nicht ganz genaue) Auflistung bei *Copeland*, Rulemaking Requirements and Authorities in the Dodd-Frank Wall Street and Consumer Protection Act, Congressional Research Service, November 3, 2010, 29 ff.

<sup>107</sup> Sec. 165(i)(2)(C) betreffend Stress Tests.

<sup>108</sup> Abrufbar unter <<https://bsaaml.ffiec.gov>>, zuletzt besucht am 20.12.2019.

<sup>109</sup> American Institute of Public Accountants, Audit and Accounting Guide – Depository and Lending Institutions, July 2018, Rn. 1.101.

<sup>110</sup> Federal Reserve, OCC, OTS: Statement on Application of Recent Corporate Governance Initiatives to Non-Public Banking Organizations (May 2003).

glieder auf der Führungsstufe von Banken näher untersucht werden, galten doch gerade die Vergütungssysteme als Mitursache der Krise von 2008.<sup>111</sup>

#### a) Interagency Regulatory Guidance

Seit 2010 existiert eine Leitlinie („interagency regulatory guidance“) mit dem Titel „Sound Incentive Compensation Practices“.<sup>112</sup> Sie wurde vom Federal Reserve Board, dem OCC, der FDIC und dem (abgeschafften) OTS verabschiedet. Für das OCC, die FDIC und das OTS bildete die gesetzliche Grundlage eine Bestimmung im Federal Deposit Insurance Act, der jeder „appropriate Federal banking agency“ die Kompetenz einräumt, in diesem Bereich regulatorisch tätig zu werden. Die Gesetzgebung ist also auf die Vielfalt der Regulierungsbehörden vorbereitet; Section 39 hält denn auch fest, dass die hier eingeräumte Kompetenz zu den übrigen Kompetenzen der Regulierungsbehörden hinzutritt, und dass sie andererseits deren Kompetenzen zu einer weitergehenden Regulierung nicht beschränkt.<sup>113</sup> Die Leitlinien selbst sind prinzipienbasiert und nehmen ausdrücklich Bezug auf die einschlägigen Standards des Financial Stability Board (FSB).<sup>114</sup> Inhaltlich reflektieren sie vor allem die in den FSB Principles for Sound Compensation Practices enthaltenen Grundsätze, während die konkreten Vorgaben der FSB Implementation Standards fehlen.

#### b) Verpflichtung zum koordinierten Vorgehen im Dodd-Frank Act

Der Dodd-Frank Act, der die Antwort des Gesetzgebers auf die von den Banken verursachte Finanzkrise bildet, regelt die Vergütungsfrage nicht primär im Hinblick auf Finanzinstitute. Von den sechs Vergütungsbestimmungen betreffen deren fünf ganz allgemein die Publikumsgesellschaften.<sup>115</sup> Sie betreffen nur – aber immerhin – diejenigen Banken, welche in dieser Organisationsform auftreten. Die Vergütungsbestimmungen selbst enthalten

<sup>111</sup> Für einen Überblick siehe *Ferrarini*, Compensation in Financial Institutions, Rn. 11.02ff. Für Einzelanalysen siehe *FSA*, Policy Statement 09/15, Rz. 1.18; *FSF*, Enhancing Market and Institutional Resilience, S. 8; *FSF*, Sound Compensation Practices, S. 1. Zu den vergütungsbasierten Leistungsanreizen im Fall Deutsche Bank vor und nach Lehman Brothers: *Prigge*, Remuneration-based incentives in a global bank before and after Lehman: the case of Deutsche Bank, in: Mallin (Hrsg.), Handbook on Corporate Governance in Financial Institution, 2016, S. 64 ff.

<sup>112</sup> 75 Fed. Reg. 36,305 (25. Juni 2010).

<sup>113</sup> Sec. 39 (g) und (d/1) Federal Deposit Insurance Act, 12 U.S.C. 1831p-1(g), 1831p-1(d/1).

<sup>114</sup> Guidance on Sound Incentive Compensation Policies (Fn. 102), 17 Fed. Reg. 36,405 (25. Juni 2010), Fn. 3: Bezugnahme auf die Principles for Sound Compensation Practices des FSB (April 2009) und die Implementation Standards des FSB (September 2009).

<sup>115</sup> Sec. 951 bis 955 Dodd-Frank Act.

Neuformulierungen für den Securities and Exchange Act und entsprechende Kompetenzdelegationen an die Securities and Exchange Commission. Vorgeschrieben werden unter anderem eine Konsultativabstimmung über die Vergütung des Managements – ähnlich wie dies die SDR II nun als Mindeststandard in der EU vorsieht.<sup>116</sup> Auch die Claw-Backs werden im Dodd-Frank Act geregelt.<sup>117</sup> Im Unterschied zur CRD IV ist kein Nachweis der persönlichen Beteiligung eines Managementmitglieds erforderlich.<sup>118</sup> Weiter enthält das einschlägige Gesetzeskapitel Bestimmungen über konsultative Abstimmungen betreffend Abgangsentschädigungen, Bestimmungen über die Unabhängigkeit des Vergütungsausschusses und Transparenzbestimmungen über die Vergütungsverhältnisse im Dodd-Frank Act.

Die bankspezifische Vergütungsregelung ist in Sec. 956 des Dodd-Frank Acts enthalten. Wie die übrigen Vergütungsbestimmungen verzichtet sie auf konkrete Anforderungen an die Vergütungspolitik; auch hier werden also – gleich wie bei den gemeinsamen Leitlinien von 2010 – die FSB Implementation Standards nicht umgesetzt. Der massgebliche Inhalt von Sec. 956 besteht darin, die „appropriate Federal regulators“<sup>119</sup> zur Formulierung von gemeinsamen Regulierungen oder Richtlinien über die Offenlegung von anreizbasierten Vergütungsstrukturen bei Finanzinstituten zu verpflichten.<sup>120</sup> Besonders schädlich eingestufte Vergütungsstrukturen sollen zudem einem Verbot unterliegen.<sup>121</sup> Die Vorgabe trifft die Banken unabhängig von ihrer Organisationsform, nicht aber von ihrer Grösse. Finanzinstitute mit einer Bilanz von weniger als USD 1 Mrd. sind von der Regelung nicht betroffen.<sup>122</sup>

Im Gegensatz zur „Interagency Guidance“ über die Vergütungspraxis von 2010 wartet Sec. 956 des *Dodd-Frank Act* immer noch auf seine Umsetzung. Zwar wurden in den Jahren 2011 und 2016 Regulierungsvorschläge publiziert; letzterer hat wesentliche Teile der bereits angewendeten „Interagency Guidance“ von 2010 übernommen und zum Teil weitergeführt. Viel Erfolg war diesen Vorstössen aber nicht beschieden. Mittlerweile ist Sec. 956

<sup>116</sup> Sec. 951(a) Dodd-Frank Act. Ähnlich Art. 9a der Richtlinie zu den Rechten von Aktionären, EU 2017/828 vom 20. Mai 2017. Bereits die Konsultativabstimmung soll aber in den USA bereits Wirkung gezeigt haben, siehe dazu *Siefer*, NZG 2013, 692 f.

<sup>117</sup> Sec. 954 Dodd-Frank Act.

<sup>118</sup> *Hummel* (Fn. 89), 25.

<sup>119</sup> Sec. 956(e) nennt die folgenden Behörden (in der Originalsprache): „Board of Governors of the Federal Reserve System, the Office of the Comptroller of the Currency, the Board of Directors of the Federal Deposit Insurance Corporation, the Director of the Office of Thrift Supervision [mittlerweile abgeschafft], the National Credit Union Administration Board, the Securities and Exchange Commission, the Federal Housing Finance Agency; [...]“.

<sup>120</sup> Sec. 956(a) Dodd-Frank Act.

<sup>121</sup> Sec. 956(b) Dodd-Frank Act.

<sup>122</sup> Sec. 956(f) Dodd-Frank Act.

des Dodd-Frank Acts nicht mehr in den halbjährlichen *regulatory agendas* der zuständigen Behörden enthalten. In der Fachpresse wird dies als Zeichen gewertet, dass die Bestimmung nicht mehr umgesetzt wird. Das betrifft allerdings nicht nur diese isolierte Bestimmung.<sup>123</sup> Es ist, noch breiter gesprochen, Ausdruck des generellen Rückbaus des *Dodd-Frank Act*, den die Regierung unter Präsident Trump offen proklamiert hat.<sup>124</sup> Ein formeller Rückbau ist in den meisten Fällen gar nicht nötig, da der Dodd-Frank Act als Rahmengesetz konzipiert ist, der ohne konkretisierende Verordnungen nicht anwendbar ist.

## V. Schlussbemerkungen

Für ein Land, dessen politischer Führung man regelmässig eine gewisse Affinität für Vereinfachungen nachsagt, verfügen die USA über ein geradezu unamerikanisches System der Bankenaufsicht.<sup>125</sup> Die Rede von der „alphabet soup of financial regulatory agencies with which the United States is uniquely blessed“<sup>126</sup> gehört dabei noch zu den mildereren Beurteilungen. Selbst in Gesetzgebungs- und Regulierungskreisen heisst es, es sei „the most bizarre and tangled financial regulatory system in the world“<sup>127</sup>, „a happenstance and not a system“<sup>128</sup>. Dieser Befund spiegelt sich auch in der Corporate Governance-Regulierung der Banken. Es gibt kein einheitliches Dokument in Gestalt einer Leitlinie oder eines regulatorischen Rundschreibens. Vielmehr sind die Corporate Governance-Bestimmungen über zahlreiche Gesetze und noch zahlreichere Behördendokumente verteilt. Immerhin zeichnet sich in neueren Gesetzen wie dem Dodd-Frank Act gerade auch in Corporate Governance-Fragen die Tendenz ab, die verschiedenen Regulierungsbehörden zu einer gemeinsamen Regulierung oder jedenfalls zu abgestimmten Regulierungsinhalten zu verpflichten. Mit einem Joint Policy Making bzw. einer Coordinated Regulation können so die schlimmsten Spitzen des aufsichtsrechtlichen Himalaya-Systems etwas ausgegübelt werden.

<sup>123</sup> Erst als „proposed rule“ existieren die Regeln zur „Pay-versus-Performance“ (Sec. 953 [a]), zu den Clawbacks (Sec. 954). Erst teilweise umgesetzt wurde die Regel über die Say-on-Pay-Rule (Sec. 951). Für eine aktuell gehaltene Standortbestimmung bei der Umsetzung des Dodd-Frank Act siehe <[www.sec.gov/spotlight/dodd-frank.shtml#>](http://www.sec.gov/spotlight/dodd-frank.shtml#>), zuletzt besucht am 12.12.2019.

<sup>124</sup> Siehe dazu *Triantafyllakis* (Fn. 8), 856 ff.

<sup>125</sup> Fortune, 14. Januar 2015 („Jamie Dimon [CEO von JPMorgan Chase] calls regulation un-american, again“). Siehe auch das Zitate in *Carnell/Macey/Miller* (Fn. 3), 98.

<sup>126</sup> *Barr/Jackson/Tabyar* (Fn. 3), 65.

<sup>127</sup> *William Proxmire*, chairman of the Senate Banking Committee, zitiert in *Carnell/Macey/Miller* (Fn. 3), 98.

<sup>128</sup> *William Seidman*, FDIC Chairman, zitiert in *Carnell/Macey/Miller* (Fn. 3), 98.

In einem Festschriftbeitrag möchte man mit einer positiven Note enden. In dieser Hinsicht hat sich die Themenwahl als nicht besonders glücklich erwiesen. Ein Detail, das sowohl die Autorin als auch den Jubilar freuen mag: Jüngere Corporate Governance Dokumente der Behörden lassen erkennen, dass man sich auch in den Zeiten der „America First-Doctrine“ noch an den Papieren der internationalen Gremien orientiert.

