

ZENTRALER KREDITAUSSCHUSS

MITGLIEDER: BUNDESVERBAND DER DEUTSCHEN VOLKSBANKEN UND RAIFFEISENBANKEN E.V. BERLIN • BUNDESVERBAND DEUTSCHER BANKEN E.V. BERLIN
BUNDESVERBAND ÖFFENTLICHER BANKEN DEUTSCHLANDS E.V. BERLIN • DEUTSCHER SPARKASSEN- UND GIROVERBAND E.V. BERLIN-BONN
VERBAND DEUTSCHER PFANDBRIEFBANKEN E.V. BERLIN

Stellungnahme des Zentralen Kreditausschusses gegenüber dem Deutschen Bundestag

zum Regierungsentwurf für ein

„Gesetz über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an die Vergütungssysteme von Instituten und Versicherungsunternehmen“

Bundestags-Drucksache 17/1291

Ref.: ZKA-MaRisk

31. Mai 2010

I. Allgemeine Anmerkungen

Das Bundeskabinett hat am 9. Februar 2010 den Regierungsentwurf für ein „Gesetz über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an die Vergütungssysteme von Instituten und Versicherungsunternehmen“ verabschiedet. Wir möchten die Gelegenheit wahrnehmen und den Bundesrat auf die aus Sicht der deutschen Kreditwirtschaft wichtigen Punkte im Zusammenhang mit dem Regierungsentwurf aufmerksam machen. Wir bitten um eine Berücksichtigung unserer Petiten im Rahmen des weiteren Gesetzgebungsverfahrens.

1. Grundsätzliche Begrüßung der Initiative

Der Zentrale Kreditausschuss (ZKA) begrüßt grundsätzlich die auf internationaler Ebene, insbesondere von den G20 sowie dem Financial Stability Board (FSB), vorgelegten Empfehlungen und Vorschläge zur Gestaltung von Vergütungssystemen sowohl für die Mitglieder der Geschäftsleitung als auch für Mitarbeiter, die hohe Risikopositionen begründen können. Mit dem Rundschreiben der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht 22/2009 (BA) vom 21.12.2009 – Aufsichtsrechtliche Anforderungen an die Vergütungssysteme von Instituten – und der auf Grundlage des vorliegenden Gesetzentwurfes zu erlassenden Rechtsverordnung sollen diese Empfehlungen und Vorschläge in nationales Recht überführt werden.

Das Ziel, bei der Ausgestaltung der Vergütung noch stärkere Anreize zu einem nachhaltigen unternehmerischen Handeln zu setzen, ist grundsätzlich zu begrüßen. Unverhältnismäßige Bonuszahlungen sind weder im Hinblick auf eine angemessene Risikosteuerung noch in der Öffentlichkeit vertretbar. Auch dürfen Missmanagement oder Fehlverhalten nicht „belohnt“ werden. Insbesondere unter Risikogesichtspunkten erscheint es daher sachgerecht, bei Vergütungssystemen unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Proportionalität auf eine noch stärkere Verankerung von Komponenten mit langfristiger Anreizwirkung und Risikoabhängigkeit zu achten.

2. Mehrfache Überarbeitungen vermeiden

Unter der Überschrift „A. Problem und Ziel“ des Regierungsentwurfs sowie an verschiedenen weiteren Stellen des Entwurfes wird darauf hingewiesen, dass mit dem geplanten Gesetz die vergütungsrelevanten Vorgaben der CRD-Änderungsrichtlinie (CRD III) umgesetzt werden sollen. Die Richtlinie wird allerdings – wie zutreffend ausgeführt wird – auf EU-Ebene noch diskutiert. Vom Rat wurde zwar Ende November 2009 ein Vorschlag zur Änderung der CRD-

Richtlinie angenommen. Allerdings ist nicht ausgeschlossen, dass das Europäische Parlament noch Änderungsbedarf beim Richtlinienvorschlag sieht.

Aus unserer Sicht sollten Anpassungen des nationalen Rechts an europäische Rechtslagen erst dann vorgenommen werden, wenn diese feststehen und sich nicht erst noch im Entwurfsstadium befinden. Wir halten es zudem für wichtig, dass soweit wie möglich eine laufende Überarbeitung der bereits an AT 7.1 der MaRisk vom 14. August 2009 angepassten Vergütungssysteme vermieden wird. Dass auch zum Ende eines Normsetzungsverfahrens noch wesentliche Änderungen erfolgen können, hat schon die bis Ende Dezember 2009 erfolgte Anpassung der Vergütungsregelungen für Institute im Sinne des KWG in AT 7.1 der MaRisk an die FSB-Prinzipien und die damit verbundene Überführung in das BaFin-Rundschreiben 22/2009 (BA) vom 21. Dezember 2009 gezeigt. Im Interesse einer auch von uns befürworteten langfristigen Akzeptanz der neuen Regelungen sollten solche wiederholten Anpassungen vermieden werden, die bei geringfügigem Zuwarten zudem auch in einem Verfahren abgewickelt werden können.

Wesentliche Änderungen beim Entwurf der CRD-Änderungsrichtlinie, die Vergütungsfragen betreffen, sollten daher bereits im Laufe dieses Gesetzgebungsverfahrens bzw. dem Verfahren zum Erlass der künftigen Rechtsverordnungen berücksichtigt werden.

An dieser Stelle möchten wir auch hier nochmals unsere Erwartung zum Ausdruck bringen, dass das Rundschreiben 22/2009 (BA), wie von der BaFin in ihrem Anschreiben vom 1. Dezember 2009 zum ersten Entwurf des Rundschreibens auf Seite 2 oben ausdrücklich klargestellt, inhaltlich unverändert in das materielle Recht überführt wird. Die tragenden Prinzipien dieses Rundschreibens (Differenzierung zwischen den Mitarbeitergruppen – insbesondere zwischen Geschäftsleitern, Risikoträgern und den übrigen Mitarbeitern und die Selbsteinschätzung durch die Institute), die gerade im Hinblick auf verfassungsrechtlich geschützte Positionen der Betroffenen (Institute, Mitarbeiter) einen Ausgleich schaffen, müssen sich auch in der Verordnungsmächtigung und entsprechenden Eingriffsbefugnissen wiederfinden. Diese Prinzipien sollten daher auch schon für die materiellen Regelungsgegenstände des vorliegenden Gesetzentwurfes, u. a. die geforderte Änderung bestehender vertraglicher Vereinbarungen, gelten (siehe hierzu ausführlich unter II. 3.).

II. Einzelanmerkungen

1. Erweiterung der Gegenstände des Risikomanagements, § 25a Abs. 1 Satz 3 Nr. 4 KWG-RegE

Wir halten es für notwendig, eine Definition der Begriffe „Vergütung“ und „Vergütungssystem“ im Gesetz zu verankern. Da Eingriffsbefugnisse betreffend die Vergütung bzw. Sanktionsmöglichkeiten im Falle unzureichender Vergütungssysteme geschaffen werden sollen, sollten wesentliche Definitions- und Abgrenzungsfragen im Gesetz und nicht erst in einer Rechtsverordnung geklärt werden. Hierzu sollten die Definitionen aus Abschnitt 2 Tz. 1 und 2 des BaFin-Rundschreibens Nr. 22/2009 (BA) vom 21.12.2009 in das Gesetz aufgenommen werden.

Es sollte insbesondere entsprechend Abschnitt 2 Tz. 1 Satz 2 des BaFin-Rundschreibens klar gestellt werden, dass „monetäre oder monetär bewertbare Nebenleistungen, die keine Anreizwirkung zur Eingehung von Risikopositionen entfalten, wie z. B. tarifvertraglich geregelte variable Vergütungsbestandteile, tarifliche und betriebliche Versicherungs- und Sozialleistungen, Rabatte etc. sowie im Bereich der Mitarbeiter die Leistungen zur betrieblichen Altersversorgung“, nicht als Vergütung gelten. Würde dieser Hinweis fehlen, könnte die geplante Neuregelung so missverstanden werden, dass alle vom Unternehmen zu erbringenden Leistungen, auch wenn durch sie Risikopositionen nicht begründet werden können, Gegenstand der Betrachtung sein sollen. Dies ist jedoch angesichts der klaren Formulierung im Rundschreiben der BaFin nicht gewollt.

Wir schlagen daher vor, § 25a Abs. 1 Satz 3 Nr. 4 KWG-RegE wie folgt zu ergänzen (Ergänzungen unterstrichen und kursiv):

„4. umfasst angemessene, transparente und auf eine nachhaltige Entwicklung des Instituts ausgerichtete Vergütungssysteme für Geschäftsleiter und Mitarbeiter. *Vergütung sind die monetären oder monetär bewertbaren Leistungen, die ein Geschäftsleiter oder Mitarbeiter im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit von dem Institut erhält. Nicht als Vergütung im Sinne des vorstehenden Satzes gelten monetäre oder monetär bewertbare Nebenleistungen, die keine Anreizwirkung zur Eingehung von Risikopositionen entfalten, wie z. B. tarifvertraglich geregelte variable Vergütungsbestandteile, tarifliche und betriebliche Versicherungs- und Sozialleistungen, Rabatte, sowie im Bereich der Mitarbeiter die Leistungen zur betrieblichen Altersversorgung. Vergütungssysteme umfassen die institutsin-*

ternen Regelungen zur Vergütung sowie deren tatsächliche Umsetzung und Anwendung durch das Institut.“

Der Bundesrat hat in seiner Stellungnahme zum Regierungsentwurf vorgeschlagen, Kundeninteressen auch im Rahmen der Vorschriften über die Ausgestaltung von Vergütungssystemen stärker zu berücksichtigen. In diesem Zusammenhang hat er vorgeschlagen, das Erfordernis, angemessene, transparente und auf eine nachhaltige Entwicklung des Instituts ausgerichtete Vergütungssysteme für Geschäftsleiter und Mitarbeiter zu schaffen, nicht in § 25a Abs. 1 Satz 3 KWG-RegE, sondern in § 25a Abs. 1 Satz 6 KWG-E zu regeln. Ziel des Gesetzentwurfes ist es jedoch, die FSB-Prinzipien zu Vergütungssystemen in nationales Recht umzusetzen. Durch sie sollen Risiken für das jeweilige Institut und die Finanzstabilität beseitigt werden. Aus Sicht des Zentralen Kreditausschusses ist es daher richtig, die gesetzlichen Vergütungsanforderungen ebenso wie die Anforderungen des BaFin-Rundschreibens 22/2009 (BA) als weitere Anforderungen an das Risikomanagement zu verstehen, wie dies der Regierungsentwurf mit der Anknüpfung an § 25 a Abs. 1 Satz 3 KWG-RegE tut. Das vom Bundesrat hervorgehobene Ziel einer Verbesserung des Anlegerschutzes ist wichtig. Es sollte jedoch nicht mit dem hier verfolgten spezifischen Ziel der Beseitigung von Risiken für die Finanzstabilität vermischt werden. Dies hat auch die Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung betont und mit dem zwischenzeitlich vorgelegten Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Anlegerschutzes und Verbesserung der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts das Anliegen des Bundesrates aufgegriffen.

2. Verordnungsermächtigung, § 25a Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 KWG-RegE

Aus der im Regierungsentwurf vorgesehen Formulierung von § 25 Abs. 5 Nr. 1 KWG-RegE wird nicht hinreichend deutlich, dass sich die Regelungskompetenz zum Erlass von Bestimmungen über die Ausgestaltung positiver und negativer Vergütungsparameter im Rahmen der Ausgestaltung der Vergütungssysteme auf variable Vergütungsbestandteile beschränken soll, wie dies im BaFin-Rundschreiben vorgesehen ist. Wir regen daher an, § 25a Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 KWG-RegE wie folgt zu fassen (Änderungen unterstrichen und kursiv):

„1. die Ausgestaltung der Vergütungssysteme nach Absatz 1 Satz 3 Nummer 4 in den Instituten einschließlich der Entscheidungsprozesse und Verantwortlichkeiten, der Zusammensetzung der Vergütung, für variable Vergütungsbestandteile der Ausgestaltung positiver und negativer Vergütungsparameter; und der Leistungszeiträume sowie der Berücksichtigung der Geschäftsstrategie, der Ziele, der Werte und der langfristigen Interessen des Instituts,“

Der Bundesrat hat in seiner Stellungnahme zum Regierungsentwurf vorgeschlagen, § 25 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 KWG-RegE um das Ziel „Verhinderung von Fehlanreizen zu Lasten der Kunden“ zu ergänzen. Der Kundenschutz ist schon heute nach den Anforderungen des BaFin-Rundschreibens 22/2009 (BA) als ein wichtiges Kriterium bei der Bemessung variabler Vergütungsbestandteile zu berücksichtigen. So ist der individuelle Erfolgsbeitrag auch anhand nicht-finanzieller Parameter, namentlich der Kundenzufriedenheit, zu bestimmen. Hierauf hat auch die Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung zur Bundesratsstellungnahme hingewiesen. Speziell im Bereich des Wertpapierhandelsrechts sind Institute zudem verpflichtet, wirksame Vorkehrungen zu treffen, um eine Beeinträchtigung der Kundeninteressen zu vermeiden. Weitere Pflichten werden den Instituten in diesem Zusammenhang mit dem Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Anlegerschutzes und Verbesserung der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts auferlegt. Die Vorgaben des BaFin-Rundschreibens sollen auf Basis des vorliegenden Gesetzentwurfes in eine Vergütungs-Verordnung überführt werden, die die Regelungen des Gesetzentwurfes weiter konkretisiert. Für eine allgemeine Erweiterung der Zielrichtung des vorliegenden Gesetzentwurfes auf Anleger- und Kundenschutzaspekte sind der Gesetzentwurf über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an die Vergütungssysteme und die begleitende Vergütungs-Verordnung jedoch nicht der richtige Ort. Entsprechendes gilt auch für die Anregung des Bundesrates, den vorliegenden Gesetzentwurf um Regelungen zur Entgeltgleichheit für Frauen und Männer zu erweitern (vgl. hierzu auch auf die vorstehenden Ausführungen unter II.1.).

3. Verordnungsermächtigung, § 25a Abs. 5 Satz 1 Nr. 3 und Satz 2 KWG-RegE

Dem Ziel eines nachhaltigen Geschäftserfolgs widersprechen Bonifikationssysteme, die die Stabilität der Finanzmärkte gefährden. Der Fokus internationaler Vorgaben liegt dementsprechend auf Instituten mit besonderer Risikostruktur und auf den leistungs- und erfolgsabhängigen Vergütungssystemen besonderer Gruppen. Dementsprechend gelten nach dem Rundschreiben 22/2009 (BA) die in § 25a Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 KWG-RegE adressierten Offenlegungsanforderungen nur für bestimmte Institute und dort auch nur für Geschäftsleiter und Mitarbeiter, die hohe Risikopositionen begründen können. Diese Prinzipien sind im Hinblick auf eine 1:1-Umsetzung der internationalen Anforderungen, aber auch für die von der BaFin angekündigte inhaltlich unveränderte Umsetzung des BaFin-Rundschreibens in materielles Recht unmittelbar in die Verordnungsermächtigung zu übernehmen.

Wir empfehlen daher für § 25a Abs. 5 Satz 1 Nr. 3 KWG-RegE die folgende Formulierung (Ergänzungen unterstrichen und kursiv):

„3. die Offenlegung der Ausgestaltung der Vergütungssysteme sowie der Zusammensetzung der Vergütung für Geschäftsleiter und Mitarbeiter, die hohe Risikopositionen begründen können, einschließlich garantierter Bonuszahlungen und Abfindungszahlungen unter Ausweis der höchsten geleisteten Abfindung und des jeweiligen Gesamtbetrages und der jeweiligen Anzahl der Begünstigten.“

§ 25a Abs. 5 Satz 2 KWG-RegE sollte vor diesem Hintergrund zudem durch die beiden folgenden Sätze ersetzt werden (Änderungen unterstrichen und kursiv):

„Die Regelungen haben sich insbesondere auf Geschäftsleiter und Mitarbeiter, die hohe Risikopositionen begründen können, zu beziehen und orientieren sich insbesondere an Größe und Vergütungsstruktur des Instituts sowie Art, Umfang, Komplexität, Risikogehalt und Internationalität der Geschäftsaktivitäten ~~zu orientieren~~. Ob diese auf besondere Mitarbeitergruppen fokussierten Anforderungen in Instituten anzuwenden sind und ob diese Mitarbeiter haben, die hohe Risikopositionen begründen können, legen die Institute auf der Grundlage von Risikoanalysen eigenverantwortlich fest.“

4. Befugnis der BaFin, die Auszahlung variabler Vergütungsbestandteile zu untersagen oder zu beschränken, § 45 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 KWG-RegE

Die BaFin kann nach § 45 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 KWG-RegE bei unzureichenden Eigenmitteln oder unzureichender Liquidität die Auszahlung variabler Vergütungsbestandteile untersagen oder beschränken. Die Gesetzesbegründung beruft sich diesbezüglich auf die Vorgaben der FSB-Prinzipien bzw. der CRD-Änderungsrichtlinie. Dabei lässt der Gesetzentwurf jedoch unberücksichtigt, dass die erwähnten internationalen Vorgaben von einer Differenzierung auf Institutsebene („significant financial institutions“) bzw. Mitarbeitererebene („Mitarbeiterkategorien, einschließlich der Geschäftsleitung, deren Tätigkeit sich wesentlich auf das Risikoprofil auswirkt“) ausgehen. Diese Differenzierung, die auch dem BaFin-Rundschreiben zugrunde liegt, fehlt in § 45 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 KWG-RegE. Vielmehr geht diese Vorschrift von einer für alle Institute und alle Mitarbeiter geltenden Befugnis der BaFin aus, die Auszahlung variabler Vergütungsbestandteile zu untersagen oder zu beschränken. Insofern gibt der Gesetzentwurf der BaFin weiterreichende Eingriffsbefugnisse als dies die internationalen Vorgaben vorsehen. Wir sprechen uns daher dafür aus, diese Eingriffsbefugnis der BaFin entsprechend den internationalen Vorgaben zu beschränken..

Zudem bleibt unklar, ob von der Untersagungs- bzw. Beschränkungsbeugnis nach § 45 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 KWG-RegE auch tariflich verankerte Vergütungsbestandteile erfasst werden sol-

len. § 45 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 KWG-RegE unterscheidet nicht danach, ob die variable Vergütung auf individualrechtlicher (arbeitsvertraglicher) oder kollektivrechtlicher Grundlage (Tarifvertrag, Betriebs-/Dienstvereinbarung) gewährt wird. Variable Vergütungen werden in den Instituten allerdings zum Teil tarifvertraglich geregelt.

Untersagungs- und Beschränkungsbefugnisse in Bezug auf diese von den Tarifvertragsparteien getroffenen Regelungen würden einen gravierenden Eingriff in die grundgesetzlich geschützte Tarifautonomie nach Art. 9 Abs. 3 GG darstellen. Eine aufsichtsrechtliche Weisung, die sich auf eine derart allgemein gehaltene, einfachgesetzliche Grundlage wie § 45 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 KWG-RegE stützt, vermag aus unserer Sicht weder die Unwirksamkeit einer verfassungsrechtlich geschützten tarifvertraglichen Norm begründen noch die dort geregelten Rechtsfolgen auszuhebeln. Das Gleiche muss gelten, wenn die Tarifvertragsparteien im Rahmen der tariflichen Regelungen dem Arbeitgeber durch Öffnungsklauseln einen teilweisen betrieblichen Regelungsspielraum im Wege einer Kollektivvereinbarung überlassen haben.

Betroffen ist ferner die durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Vertragsfreiheit der Tarifvertragsparteien, der Arbeitgeber- und betrieblichen Arbeitnehmervertretungen sowie der Arbeitgeber und ihrer Mitarbeiter. § 45 KWG-RegE stellt einen Eingriff in die grundrechtlich geschützte Vertragsfreiheit dar. Derartige Eingriffe können nur gerechtfertigt sein, wenn sie verhältnismäßig sind. Insofern ist anzumerken, dass die im Regierungsentwurf vorgeschlagene Regelung – anders als in der Regierungsbegründung ausgeführt, nicht auf eine "unechte Rückwirkung" beschränkt ist. Der Entwurf sieht insbesondere vor, die Auszahlung variabler Vergütungsbestandteile zu untersagen oder auf einen Teil zu beschränken. Naturgemäß liegt die Entstehung von Ansprüchen auf variable Vergütungsbestandteile aber bereits lange Zeit vor deren Auszahlung. Erfolgt die aufsichtsrechtliche Untersagung oder Beschränkung aber zwischen Anspruchsentstehung und Fälligkeit der variablen Vergütung würde eine nicht verhältnismäßige "echte Rückwirkung" vorliegen.

Selbst wenn man davon ausginge, dass „nur“ ein Fall der unechten Rückwirkung vorliegt, wäre zweifelhaft, ob tatsächlich die Gemeinwohlinteressen das Vertrauen auf den Fortbestand der geltenden Rechtslage überwiegen. Die in der Gesetzesbegründung genannten Gründe, die gegen ein Vertrauen auf den Fortbestand der Rechtslage sprechen, vermögen nicht zu überzeugen: Weder das Vorhandensein öffentlicher Diskussionen zu den Fehlanreizen bestimmter Vergütungen noch die Veröffentlichung der Prinzipien des FSB oder der Empfehlungen der G 20-Staaten in Pittsburgh haben für jedermann ersichtlich gemacht, dass in bereits bestehende Verträge eingegriffen werden würde. Die vorgenannten Prinzipien bzw. Empfehlungen enthalten lediglich nähere Bestimmungen über die Ausgestaltung der variablen Vergütung, nicht aber

staatliche Eingriffsbefugnisse in bestehende Verträge. Zudem betreffen diese internationalen Vorgaben lediglich bestimmte Beschäftigtengruppen und bestimmte Unternehmen; die geplante gesetzliche Neuregelung erfasst aber unterschiedslos alle Beschäftigten aller Institute i. S. d. KWG. Darüber hinaus wurde durch die Regelungen in Abschnitt 6 des BaFin-Rundschreibens 22/2009 gerade deutlich gemacht, dass in bestehende Verträge nicht eingegriffen werden kann (Formulierung: „unter Berücksichtigung der konkreten Erfolgsaussichten im Rahmen des zivil- und arbeitsrechtlich Möglichen auf eine Anpassung hinwirken.“).

§ 45 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 KWG sollte daher wie folgt gefasst werden (Ergänzungen unterstrichen und kursiv):

„4. in Abhängigkeit insbesondere von der Größe und der Vergütungsstruktur des Instituts und von der Art, dem Umfang, der Komplexität und dem Risikogehalt sowie der Internationalität der Geschäftsaktivitäten die Auszahlung variabler Vergütungsbestandteile von Geschäftsleitern und Mitarbeitern, die hohe Risikopositionen begründen können, untersagen oder auf einen bestimmten Anteil des Jahresergebnisses beschränken.“

Ergänzend regen wir an, in den Gesetzesmaterialien klarzustellen, dass von der Untersagungs- bzw. Beschränkungsbefugnis nicht auch tariflich vereinbarte bzw. geregelte variable Vergütungsbestandteile, wie z.B. Sonderzahlungen oder ein tarifvertraglich geregeltes 13. oder 14. Gehalt, erfasst werden.

5. Anpassung von Arbeitsverträgen, § 45 Abs. 1a Satz 1 KWG-RegE

Auf grundsätzliche Bedenken stößt die in § 45 Abs. 1a Satz 1 KWG-RegE vorgesehene Regelung, wonach die Institute verpflichtet sind, der Befugnis der BaFin, die Auszahlung variabler Vergütungsbestandteile zu untersagen oder auf einen bestimmten Anteil des Jahresergebnisses beschränken zu können, in entsprechenden vertraglichen Vereinbarungen mit ihren Geschäftsleitern und Mitarbeitern Rechnung zu tragen.

Die Regelung wird in mehrfacher Hinsicht dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht gerecht. Unter den Begriff der "variablen Vergütungsbestandteile" könnten mangels weiterer Eingrenzungen im Gesetz auch variable Entgelte von geringer Höhe wie z.B. ein variables 14. Monatsgehalt fallen, durch die keine spürbaren Fehlsteuerungen verursacht werden. Die BaFin könnte aufgrund des weiten Anwendungsbereichs von dem Eingriffsrecht zudem auch in Fällen Gebrauch machen, in denen die Vergütungssysteme des Instituts den Anforderungen des Vergütungs-rundschreibens der BaFin bzw. der künftigen Verordnung entsprechen oder in de-

nen keine Kausalität zwischen dem Vergütungssystem und der als kritisch bewerteten Lage des Instituts besteht oder in denen eine unmittelbare Gefährdung des Instituts nicht gegeben ist. Dies erscheint unverhältnismäßig.

Zudem ist anzumerken, dass die vorgesehene Regelung nicht zwischen bestehenden arbeitsrechtlichen Vereinbarungen und (Neu-)Verträgen, die nach Inkrafttreten des Gesetzes abgeschlossen werden, unterscheidet. Die Anforderung zur Veränderung bestehender arbeitsrechtlicher Vereinbarungen erscheint weder praktikabel noch rechtlich vertretbar. Das Gesetz formuliert im Ergebnis eine Pflicht des Instituts zum Eingriff in bestehende Verträge. Aus arbeitsrechtlicher Sicht ist eine Anpassung bestehender Arbeitsverträge jedoch nicht ohne weiteres, sondern grundsätzlich nur im Einvernehmen aller Vertragspartner möglich.

Eine einseitige Anpassung durch den Arbeitgeber ist nur möglich, wenn der Arbeitsvertrag in Bezug auf die variable Vergütung lediglich eine Rahmenregelung enthält, durch die der Arbeitnehmer grundsätzlich eine Neujustierung der Vergütung hinnehmen muss. Wenn ein bestehender Arbeitsvertrag einer solchen Anpassung entgegensteht, ist eine Änderung zudem nur im Einvernehmen mit dem jeweiligen Mitarbeiter möglich. Das BaFin-Rundschreiben 22/2009 vom 21. Dezember 2009 trägt diesem Umstand insoweit Rechnung, als hiernach Institute bei schon bestehenden arbeitsrechtlichen Vereinbarungen, die mit den Anforderungen des Rundschreibens nicht vereinbar sind, auf Grundlage einer fundierten juristischen Begutachtung der Rechtslage und unter Berücksichtigung der konkreten Erfolgsaussichten im Rahmen der zivil- und arbeitsrechtlich Möglichkeiten auf eine Anpassung hinwirken sollen. Entsprechendes sollte auch für die Aufnahme einer von § 45 Abs. 1a Satz 1 KWG-RegE geforderten „Zusatzvereinbarung“ in bereits bestehende arbeitsrechtliche Vereinbarungen gelten. Insoweit wird nochmals auf die Ankündigung der BaFin verwiesen, das Rundschreiben 22/2009 (BA) inhaltlich unverändert in materielles Recht zu überführen.

Bei Arbeitnehmern müsste bei einer Änderung der Arbeitsverträge zudem eine AGB-gerechte Formulierung gefunden werden, was angesichts der Unbestimmtheit und Unverhältnismäßigkeit der vorgesehenen Regelungen im KWG kaum rechtssicher möglich scheint.

Wir schlagen daher vor, § 45 Abs. 1a Satz 1 KWG-RegE wie folgt zu fassen (Ergänzungen unterstrichen und kursiv):

„Institute müssen der Untersagungs- und Beschränkungsbezugnis des Absatzes 1 Satz 1 Nummer 4 in entsprechenden, nach Inkrafttreten dieses Gesetzes abgeschlossenen vertraglichen Vereinbarungen mit ihren Geschäftsleitern und Mitarbeitern, die hohe Risiko-

positionen begründen können, Rechnung tragen; bei zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes bereits bestehenden vertraglichen Vereinbarungen ist der Untersagungs- und Beschränkungsbefugnis des Absatzes 1 Satz 1 Nummer 4 nur auf Grundlage einer fundierten, juristischen Begutachtung der Rechtslage durch das Institut und unter Berücksichtigung der konkreten Erfolgsaussichten im Rahmen des zivil- und arbeitsrechtlich Möglichen Rechnung zu tragen.

Besondere Schwierigkeiten würden sich zudem dann ergeben, wenn von der Regelung in § 45 Abs. 1a Satz 1 KWG-RegE auch tariflich vereinbarte bzw. geregelte variable Vergütungsbestandteile erfasst würden. Vergütungssysteme sind häufig in kollektive Regelungen eingebettet, so dass etwaige, nach § 45 Abs. 1a Satz 1 KWG-RegE erforderliche Änderungen mit den zuständigen Arbeitnehmervertretungen verhandelt werden müssten. Die erscheint weder sinnvoll noch im Hinblick auf die Tarifautonomie gerechtfertigt. Wir gehen daher davon aus, dass tariflich vereinbarte bzw. geregelte variable Vergütungsbestandteile von § 45 Abs. 1a Satz 1 KWG-RegE nicht erfasst werden sollen. Um Unsicherheiten bei den Instituten zu vermeiden regen wir insoweit eine Klarstellung in den Gesetzesmaterialien an.

6. Keine Herleitung von Rechten aus nicht angepassten Verträgen, § 45 Abs. 1a Satz 2 KWG-RegE

Auf grundsätzliche Vorbehalte stößt die vorgesehene Regelung, wonach aus vertraglichen Vereinbarungen über die Gewährung variabler Vergütungen, die einer Beschränkung nach § 45 Satz 1 Nr. 4 KWG-RegE entgegenstehen – d. h. in den Fällen, in denen eine Anpassung bestehender Arbeitsverträge nicht möglich ist – keine Rechte hergeleitet werden können. Dies gilt umso mehr, als die bisher vorgeschlagene Regelung unklar lässt, ob die dargestellte Rechtsfolge auch in solchen Zeiten eintreten soll, in denen die BaFin (noch) keinen Gebrauch von ihrer Befugnis nach § 45 Satz 1 Nr. 4 KWG-RegE gemacht hat.

Die Ausführungen in der Entwurfsbegründung zur verfassungsrechtlichen Vereinbarkeit der geplanten Regelungen überzeugen nicht. Insbesondere bestehen erhebliche Zweifel, dass der mit den Neuregelungen verbundene Eingriff in die grundgesetzlich geschützte Vertragsautonomie (und – soweit tatsächlich auch tariflich festgelegte, variable Entgeltbestandteile erfasst werden sollen – in die grundrechtlich geschützte Tarifautonomie der Tarifvertragspartner) im Sinne von Art. 2 Abs. 1 GG und Art. 9 Abs. 3 GG sowie der Entzug von vermögenswerten Rechten der betroffenen Mitarbeiter im Sinne des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG gerechtfertigt ist (zu den vom Schutzbereich des Art 14 Abs. 1 Satz 1 GG erfassten Forderungen des Privatrechts siehe etwa BVerfGE 45, 142, 179; 92, 262, 271 sowie Bryde, in: von Münch/Kunig,

Grundgesetzkommentar, 5. Aufl. (2000), Art. 14 Rndr. 11 m. w. N.). Der Entzug von privatrechtlichen Forderungen durch die öffentliche Gewalt ist als Eigentumseingriff zu qualifizieren (vgl. BVerfGE 45, a. a. O.) und muss daher die Anforderungen des Art. 14 GG erfüllen. Hinzu tritt, dass nach arbeitsrechtlicher Rechtsprechung die Unberechenbarkeit der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen unternehmerischen Handelns – vorliegend unzureichende Eigenmittel oder unzureichende Liquidität i. S. d. § 45 KWG – nichts an der gesetzlichen Risikozuweisung zu ändern vermögen, dass jede Vertragspartei das Risiko der eigenen Leistungsfähigkeit trägt (vgl. LAG Hamm, NZA-RR 2005, 237, 240). Es ist daher nicht geklärt, ob der Arbeitgeber trotz einer entsprechenden Weisung der BaFin nach Klage seines Arbeitnehmers vor den Arbeitsgerichten zur Zahlung der arbeitsvertraglich vereinbarten Vergütung verurteilt werden kann.

Völlig unabhängig von einer Unterscheidung zwischen bereits bestehenden vertraglichen Vereinbarungen und solchen Vereinbarungen, die erst nach Inkrafttreten des Gesetzes abgeschlossen werden, bestehen zudem Zweifel, ob es angemessen ist, dass eine Unterschreitung aufsichtlicher Kennzahlen, insbesondere der gesetzlichen Eigenmittel- oder Liquiditätsanforderungen, bei allen Mitarbeitern, die variable Vergütungsbestandteile erhalten, dazu führt, dass entsprechende Ansprüche nicht bestehen. Anders als etwa bei den durch § 45 Abs. 1 Satz 2 KWG betroffenen Eigenkapitalgebern hat die überwiegende Zahl der Mitarbeiter keinen Einfluss auf die Einhaltung der aufsichtsrechtlichen Kennziffern. Die vorgesehene Befugnis der BaFin, die Auszahlung variabler Vergütungsbestandteile zu untersagen, sollte sich daher auf die Auszahlung variabler Vergütungsbestandteile an Geschäftsleiter und solche Mitarbeiter/Mitarbeitergruppen beschränken, die hierauf maßgeblichen Einfluss haben, d.h. auf Geschäftsleiter und Personen, die hohe Risikopositionen begründen können (vgl. Anforderungen der BaFin an Vergütungssysteme Abschnitt 4.1). Eine Erweiterung dieses Personenkreises stünde vom systematischen Ansatz her in Widerspruch zu den bisherigen Abstimmungen mit der Aufsicht im Zusammenhang mit Kapitel 7.1 MaRisk und dem Rundschreiben vom 22. Dezember 2010. An einer solchen Entkoppelung von Verantwortung und Risiko kann keiner ein Interesse haben, der die variable Vergütung richtigerweise als Steuerungsinstrument versteht, mit dem Anreize zu einer guten Aufgabenerfüllung am jeweiligen Arbeitsplatz gegeben werden sollen.

Für den Fall, dass der deutsche Gesetzgeber § 45 Absatz 1 Satz 1 Nr. 4 KWG ohne Konnex zur Verantwortlichkeit des Vergütungsempfängers ausgestalten will, geht er nicht nur von den internationalen Vorgaben ab. Vielmehr entscheidet er speziell für die Finanzbranche, dass dort die Auszahlung von Lohnbestandteilen einfacher Mitarbeiter, die durch besonders gute Aufga-

benerfüllung am Arbeitsplatz verdient wurden – im Gegensatz zum Fixlohn – generell unter dem Vorbehalt des Bankerfolgs steht.

Speziell die variablen Leistungskomponenten im Lohngefüge der Bankmitarbeiter sollen gemäß Gesetzentwurf vorrangig zur Milderung von Liquiditätsengpässen eingesetzt werden können, die von relativ wenigen Risikoverantwortlichen einer Bank verursacht bzw. nicht erfolgreich verhindert werden konnten. Damit würden Fakten geschaffen, die keine positive Weichenstellung für die Finanzbranche treffen. Die Akzeptanz von leistungsorientierter Vergütung im Bereich der einfachen Bankbeschäftigten würde erschwert. Leistungsträger, die keinen Einfluss auf die Risikolage ihres Unternehmens haben, werden das Bedürfnis haben, sich über höhere Fixlöhne abzusichern. Die vorgeschlagene Regelung beinhaltet einen Eingriff in personalpolitisch durchdachte, personalpolitisch motivierte, betrieblich und auch tariflich etablierte Vergütungssusancen der Banken. Denn diese trennen bei variabler Vergütung systematisch zwischen Vergütungskomponenten, die an den Erfolg und die Performance der Bank anknüpfen und solchen, die ausschließlich von der individuellen Zielerreichung oder Leistungsbeurteilung des einzelnen Arbeitnehmers/ Teams im jeweiligen Aufgabengebiet abhängen. Sogar Leistungsprämien von Mitarbeitern in der Abwicklung von Kundenaufträgen oder im Schaltersevice, die im Wege der Messung von z.B. geringen Fehlerquoten, schneller Kundenbedienung, hoher Kundenzufriedenheit, geringer Stornoquoten, von Effizienzgewinnen etc. erarbeitet wurden, wären zukünftig zwangsläufig von Entwicklungen abhängig, die der Mitarbeiter, der sich motiviert um solche Erfolge bemühen soll, überhaupt nicht beeinflussen kann.

Damit würde sich auch ein Widerspruch im Gesamtsystem einstellen. Nur die Risikoverantwortlichen in der Bank könnten durch gute individuelle Leistung einen variablen Zuverdienst eigenverantwortlich erwirtschaften. Alle anderen Beschäftigten der Bank wären auch bei sehr guter Performance immer von diesem Personenkreis abhängig, sofern die Banken ihnen nicht entsprechende Verdienste – unabhängig von ihrer individuellen Leistung – über Fixlohnzusagen garantieren. Damit würden der Bankenbranche durchaus wünschenswerte Steuerungsmöglichkeiten genommen. Der hiermit einhergehende Eingriff in die Vertragsfreiheit ist insbesondere deshalb fragwürdig, weil – anders als es in der Gesetzesbegründung dargestellt ist – definitiv kein Ursachenzusammenhang zwischen der variablen Vergütung der einfachen, d.h. nicht risikoverantwortlichen Bankmitarbeitern, und der Bankenkrise besteht. Hier bestehen Zweifel an der Angemessenheit des Vorgehens.

Rechtsunsicherheit besteht ebenfalls hinsichtlich des einschlägigen Rechtsweges, wenn ein staatlicher Eingriff zur Kürzung eines vertraglich vereinbarten Gehaltsanspruchs führen würde. Insbesondere im Falle zweistufiger arbeitsvertraglicher Ausschlussfristen wäre die parallele

Inanspruchnahme des arbeitsgerichtlichen und des verwaltungsgerichtlichen Rechtsweges durch den Arbeitnehmer wohl unvermeidbar.

Wir schlagen daher vor, den im Regierungsentwurf vorgesehenen § 45 Abs. 1a Satz 2 KWG-RegE ersatzlos zu streichen.

Hilfsweise schlagen wir vor, § 45 Abs. 1a Satz 2 KWG-RegE wie folgt zu fassen (Ergänzungen unterstrichen und kursiv):

„Soweit *individual*vertragliche Vereinbarungen über die Gewährung einer variablen Vergütung mit *Geschäftsleitern und Mitarbeitern, die hohe Risikopositionen begründen können*, einer Untersagung oder Beschränkung nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 4 entgegenstehen, können aus ihnen keine Rechte hergeleitet werden.

7. Bedarf nach Übergangsvorschriften

Unklar bleibt darüber hinaus auch, ob sich die Gegenstandslosigkeit vertraglicher Vereinbarungen über die Gewährung variabler Vergütung bei bestehenden Arbeitsverträgen nur auf solche variablen Vergütungsbestandteile bezieht, die nach Inkrafttreten des Gesetzes verdient wurden, oder auch auf solche, die bereits vor Inkrafttreten verdient wurden aber erst nach Inkrafttreten ausgezahlt werden, z. B. weil zur Berechnung erforderliche Kennzahlen erst später festgestellt werden.

Eine entsprechende Frage stellt sich auch im Hinblick auf in der Vergangenheit verdiente, aber im Hinblick auf ihre Nachhaltigkeit über mehrere Jahre gestreckt ausgezahlte variable Vergütungsteile, die erst nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Auszahlung gelangen können.

Dies macht deutlich, dass bei den geplanten Regelungen auch über die aus unserer Sicht erforderliche Abgrenzung zwischen bestehenden und künftigen vertraglichen Vereinbarungen im Rahmen von § 45 Abs. 1 KWG-RegE hinaus nicht auf Übergangsvorschriften bzw. eine Beschränkung der geplanten Regelungen auf nach Inkrafttreten verdiente variable Vergütungsbestandteile verzichtet werden kann.
