

Institutsvergütungsverordnung 3.0 – die BaFin schlägt zu

EINFÜHRUNG

Am 10. August 2016 hat die BaFin nun endlich die Konsultationsfassung der Institutsvergütungsverordnung (IVV) veröffentlicht, die von einem Neuentwurf der Auslegungshilfe flankiert wird.

Mit dem Erlass der endgültigen IVV 3.0, deren Regelungen zum 1. Januar 2017 in Kraft treten werden, ist nach Abschluss des Konsultationsprozesses im vierten Quartal dieses Jahres zu rechnen. Auch wenn der jetzt vorgelegte Referententwurf noch nicht dem finalen Verordnungstext entspricht, wären grundlegende Änderungen als Resultat des Konsultationsprozesses überraschend. Grund hierfür ist, dass die BaFin in der IVV 3.0 zu allererst die am 21. Dezember 2015 veröffentlichten Leitlinien für eine solide Vergütungspolitik der European Banking Authority umsetzt, die sehr detailliert ausgefallen sind und dementsprechend wenig Regelungsspielraum lassen.

ÜBERBLICK

Wenn man das Begleitschreiben der BaFin zum Konsultationsprozess liest, ahnt man noch nichts Böses, beschränkt sich die dortige Zusammenfassung der wichtigsten Änderungen doch durchgängig auf Entwicklungen, die sich bereits abzeichneten und vom Markt erwartet wurden.

- Die Pflicht zur Identifizierung von Risk Takern wird auf sämtliche CRR-Institute erweitert, egal ob diese als bedeutend einzustufen sind oder nicht.
- Mechanismen zur Risikoadjustierung der variablen Vergütung von Risk Takern setzt weiterhin erst bei einer variablen Vergütung von mehr als 50 Tsd. Euro ein.
- Die bisherige Differenzierung zwischen bedeutenden und nicht-bedeutenden Instituten wird weiterhin anhand der Bilanzsumme vorgenommen. Der bisherige Schwellenwert von 15 Mrd. Euro bleibt unverändert.
- Die Anforderungen an die Risikoadjustierung durch Deferrals, Malus-Arrangements und Clawback-Mechanismen werden weiter konkretisiert.

Die schiere Explosion des Umfangs der Auslegungshilfe von bislang 21 auf nunmehr 58 Seiten lässt allerdings bereits erahnen, dass sich die geplante Novelle längst nicht nur in der Regelung der vorgenannten Aspekte erschöpft.

Das Ausmaß der Änderungen, welche die IVV 3.0 mit sich bringen wird, wird erst richtig deutlich, wenn man den Wortlaut der bisherigen Verordnung und der bisherigen Auslegungshilfe den neuen Entwürfen gegenüberstellt. Wir haben uns diese Arbeit gemacht und Vergleichsversionen beider Dokumente auf unserer Homepage zum [Download](#) zur Verfügung gestellt.

AUSGEWÄHLTE THEMENKOMPLEXE

Wir haben uns dafür entschieden, unser Augenmerk auf die bemerkenswertesten Neuerungen, die künftig für alle Institute gelten sollen, zu legen, da alles andere den Rahmen dieses Newsletters sprengen würde.

Die BaFin unterteilt Vergütungskomponenten künftig durchgängig in die **Kategorien ‚fix‘ und ‚variabel‘** und nimmt damit von dem bisherigen Ansatz, institutsweit gewährte Benefits genauso wie auch den Arbeitgeberanteil zur Sozialversicherung von dem Vergütungsbegriff auszunehmen, Abstand. Dies ist insofern zu begrüßen, als es sich hierbei jeweils um Komponenten handelt, die der fixen Vergütung zuzuschlagen sind und die dementsprechend künftig den für Zwecke der Einhaltung des Bonus-Caps (§ 25a Abs. 5 KWG) zur Verfügung stehenden Spielraum erweitern.

Funktionszulagen können nunmehr unter gewissen Voraussetzungen als Fixvergütung zu qualifizieren sein. Vor diesem Hintergrund überrascht es wenig, dass § 2 IVV künftig viel detaillierter ausfallen wird als bislang.

In § 5 Abs. 7 IVV werden **Abfindungen** nunmehr gesondert geregelt. Sie werden der variablen Vergütung zugeschlagen, bleiben für Zwecke des § 25a Abs. 5 KWG aber insbesondere dann außer Betracht, wenn sie im Falle eines betriebsbedingten Ausscheidens aufgrund eines Sozialplans oder eines gerichtlichen Urteils zu erbringen sind. Diejenigen Institute, die über keinen Betriebsrat verfügen oder die nicht gewillt bzw. verpflichtet sind, einen Sozialplan oder gar Rahmensozialplan mit dem Betriebsrat zu vereinbaren, haben künftig jedoch nur die Möglichkeit, in den Grundsätzen ihrer Vergütungssysteme Abfindungsformeln festzulegen, innerhalb derer sie sich dann bewegen müssen, um zu verhindern, gegen den Bonus-Cap des § 25a Abs. 5 KWG durch die Zahlung einer Abfindung zu verstoßen.

Diese Regelung muss dringend von der BaFin nachgearbeitet werden, denn sie geht an den

Usancen und der Praxis erstinstanzlicher Arbeitsgerichte völlig vorbei!

In der Auslegungshilfe wird nunmehr auch deutlich, dass für Zwecke des nach § 25a Abs. 5 KWG einzuhaltenden Verhältnisses die Fixvergütung eines Jahres mit der in diesem Jahr bezogenen – und nicht für dieses Jahr zu beziehenden – variablen Vergütung gegenüberzustellen ist.

Es fällt künftig in den originären Verantwortungsbereich der Geschäftsleitung, **Risk Taker** zu identifizieren (§ 3 Abs. 2). Eine Ermittlung hat dabei mindestens jährlich zu erfolgen, was auch entsprechend zu dokumentieren ist. Ggf. hat sogar eine unterjährige Analyse zu erfolgen, insbesondere im Falle von Neueinstellungen oder internen Versetzungen.

Ist ein Institut nicht bedeutend oder beläuft sich die variable Vergütung auf nicht mehr als 50.000 Euro, ergeben sich aus der Qualifizierung eines Mitarbeiters als Risk Taker allerdings keine weiteren Konsequenzen (etwa in der Form, dass variable Vergütung versetzt auszuzahlen ist oder einem Clawback unterliegt). Damit sind die kleineren Banken, bei denen die variable Vergütung der Mitarbeiter ohnehin unterhalb von 50.000 Euro liegt, gleichzeitig auch die größten Leidtragenden der IVV-Novelle, weil sie letztlich von der BaFin zu einer zeitraubenden und kostspieligen Trockenübung verpflichtet werden.

Bemerkenswert ist sodann die **Kritik der BaFin an diskretionären Bonussystemen**. In der Auslegungshilfe zu § 7 heißt es dazu zunächst wie folgt:

„Bei der Verteilung des Bonuspools auf die Ebenen der Organisationseinheit oder des einzelnen Mitarbeiters kann die Zuweisung auf Grundlage vorher festgelegter Formeln und/oder einem wertenden Ansatz erfolgen. (...) Bei der Wahl zwischen einem formelbasierten und einem wertenden Ansatz haben die Institute Folgendes zu beachten: Formeln sind transparenter und führen daher zu klaren Anreizen, weil der Mitarbeiter alle Faktoren kennt, anhand derer seine variable Vergütung festgelegt wird. Gleichwohl können Formeln nicht alle Ziele erfassen, insbesondere nicht die qualitativen, welche besser mittels eines wertenden Ansatzes erfasst werden können. Der wertende Ansatz räumt dem Management mehr Flexibilität ein und kann deshalb den risikoorientierten Anreizeffekt der leistungs- bzw. erfolgsabhängigen variablen Vergütung abschwächen.

Er sollte deswegen mit angemessenen Kontrollen sowie in einem gut dokumentierten und transparenten Prozess umgesetzt werden.“

In der Auslegungshilfe zu § 5 schlussfolgert die BaFin aus dem Fehlen angemessener Kontrollen – konkret wird hier das Fehlen objektiver Standards für den Entscheidungsprozess hinsichtlich der Zielerreichung eines Mitarbeiters angesprochen – sogar auf das Nichtbestehen einer angemessenen Vergütungspolitik. Wenn die BaFin in diesem Zusammenhang den Standpunkt einnimmt, dass bei Fehlen angemessener Kontrollen jede Zahlung einer variablen Vergütung zu einer Verletzung der regulatorischen Anforderungen führen kann, mag dies als Hinweis auf § 45 Abs. 5 Satz 6 Nr. 1 KWG verstanden werden. Diese Norm erlaubt den Aufsichtsbehörden die Untersagung der Auszahlung von variabler Vergütung auf Grund eines Vergütungssystems, das den aufsichtsrechtlichen Anforderungen an angemessene, transparente und auf eine nachhaltige Entwicklung des Instituts ausgerichtete Vergütungssysteme widerspricht.

Dass diskretionäre Bonussysteme mehr und mehr auch seitens der Arbeitsgerichte unter Beschuss sind, hatten wir zuletzt in unserer [Mandanten-Info 5/2015](#) aufgezeigt.

Besondere Aufmerksamkeit haben wir bei der Lektüre des Entwurfs der neuen IVV und der Auslegungshilfe § 7 geschenkt, nachdem wir Ende des Jahres 2014 in einem [Aufsatz im Betriebs-Berater](#) herausgearbeitet hatten, dass die BaFin einerseits und das Bundesarbeitsgericht andererseits völlig konträre Auffassungen vertreten, wenn es um **variable Vergütung in Verlustszenarien** geht. Letztlich ging es in dem Beitrag um die Fragen, unter welchen Voraussetzungen Bonuszahlungen nicht zu leisten sind bzw. geleistet werden dürfen und bei wem – beim Institut oder der Aufsicht? – der Schwarze Peter liegt, wenn die Aufsicht die Voraussetzungen für eine vollständige oder teilweise Auszahlung von Boni für nicht gegeben hält.

Während in der Auslegungshilfe zu § 7 IVV bislang wenig präzise geregelt war, dass „im Falle eines negativen Gesamterfolgs des Instituts, insbesondere wenn dieser mit einem Verzehr des Unternehmenswertes einhergeht“, Bonuszahlungen in der Regel nicht zulässig sind, heißt es nunmehr deutlich weniger einschränkend, dass keine Bonusmittel bereitstehen dürfen, wenn die „*Kriterien für die Eingriffsschwelle gemäß § 45*

KWG (insbesondere Absatz 2 Nr. 5a und 6)“ vorliegen. In genau diese Richtung zielten auch unsere Forderungen in dem Aufsatz.

Dies soll trotzdem aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass die BaFin in Bezug auf das Vorhaben, Boni trotz einer negativen Ertragslage auszahlen zu wollen, weiterhin eingebunden bleiben will. Unter Vorlage einer plausiblen, umfassenden und nachvollziehbaren Begründung muss ein solches Vorhaben der Aufsicht künftig aber nicht „zur Genehmigung“, sondern lediglich „zur Kenntnis“ vorgelegt werden. Hierbei handelt es sich, anders als man zunächst annehmen könnte, keinesfalls nur um eine redaktionelle Änderung, sondern um eine grundlegende Neupositionierung der Aufsichtsbehörden: Während die BaFin bisher das Vorhaben, Boni trotz Verlusten auszahlen zu wollen, einfach negativ bescheiden und das Institut in Bezug auf sich daraus eventuell ergebende Bonusklagen vor den Arbeitsgerichten sich selbst überlassen wollte, ist jetzt davon auszugehen, dass die Aufsicht künftig statt mit einem „Nein“ mit einer vollständigen oder teilweisen **Auszahlungsbeschränkung nach § 45 KWG** reagieren wird. Dies ist insofern überaus praxisrelevant, als eine solche Anordnung gleichzeitig auch auf das Verhältnis zwischen der betroffenen Bank und ihren Mitarbeitern durchschlägt, weil § 45 Abs. 5 Satz 12 KWG eventuelle Ansprüche von Mitarbeitern insoweit von Gesetzes wegen für nicht durchsetzbar erklärt.

Wir freuen uns, dass uns offensichtlich Gehör geschenkt wurde. Dies ändert natürlich aber nichts an der Tatsache, dass eine negative Ertragslage ein überaus ernstes Thema bleibt.

Dass die Bankenbranche infolge der Niedrigzinspolitik der EZB bereits seit geraumer Zeit unter einem erheblichen Kostendruck steht, scheint die BaFin im Übrigen aber eher wenig zu berühren. Anders lässt es sich nämlich kaum erklären, wenn im Zuge der IVV-Novelle im Bereich der **Vergütungs-Governance** immer strengere Anforderungen gestellt werden, deren Umsetzung mit einem erheblichen personellen und damit finanziellen Aufwand einhergeht.

Bei einer Lektüre des Referentenentwurfs sticht vor allem ins Auge, wie sehr künftig die **Interne Revision** in vergütungsrechtliche Fragen einzu beziehen ist. Bislang ist in der IVV nur geregelt, dass die Kontrolleinheiten – hierzu gehört u.a. auch die Interne Revision, vgl. § 2 Abs. 9 IVV – nach § 3 Abs. 3 IVV angemessen an der Ausgestaltung und Überwachung der Vergütungssysteme

me zu beteiligen sind. In der aktuellen Auslegungshilfe wird die Interne Revision nur in der Kommentierung zu § 4 IVV namentlich erwähnt. Dort wird sogar nur von einer Zuständigkeit „im Allgemeinen“ gesprochen, die in der Praxis vielfach im Sinne eines „höchstens am Rande“ verstanden wurde.

Ganz anders liest sich dagegen der Referentenentwurf der neuen IVV, der in § 12 Abs. 2 ausdrücklich vorsieht, dass die Vergütungssysteme und die zugrunde gelegten Vergütungsparameter „von der Internen Revision unter Einbindung der übrigen Kontrolleinheiten“ zumindest einmal jährlich auf ihre Angemessenheit, insbesondere auch ihre Vereinbarkeit mit den Geschäfts- und Risikostrategien, zu überprüfen sind. Damit weist die BaFin der Internen Revision jetzt sogar eine Führungsrolle zu, wenn es um die hausinterne Verteilung von Verantwortlichkeiten im Vergütungsbe- reich geht. Der Entwurf der Auslegungshilfe geht sogar noch weiter und spricht von einer „zentralen und unabhängigen Überprüfung durch die Interne Revision“.

Zwar können kleinere und weniger komplexe Institute die Überprüfung teilweise oder vollständig extern „auslagern“, während sich größere und komplexere Institute bei der Durchführung der unabhängigen Überprüfung durch qualifizierte und unabhängige externe Berater „unterstützen lassen können“. Dies ändert allerdings nichts daran, dass die BaFin gerade im Begriff ist, den Aufgabenkreis der Internen Revision nachhaltig um ein Feld zu erweitern, mit dem diese bislang nur marginal befasst war. Entsprechend groß wird der **Schulungsaufwand** für die Mitarbeiter der Internen Revision zur Bewältigung der neuen Aufgabe ausfallen.

Eine anlassbezogene Versetzung von Mitarbeitern des Bereichs Personal in die Interne Revision wird als Lösung des Problems jedenfalls kaum in Frage kommen, nachdem die BaFin wegen des Bestehens eventueller Interessenkonflikte künftig keine Mitarbeiter mehr als Vergütungsbeauftragte zulässt, die bereits zuvor im Bereich Personal für die Ausgestaltung und Entwicklung der betreffenden Vergütungssysteme verantwortlich waren (§ 23 Abs. 4 Nr. 3 IVV-Entwurf).

Bemerkenswert ist schließlich auch, dass die BaFin in der Auslegungshilfe zwischen „externen Vergütungsberatern“ (Auslegungshilfe zu § 15) und „externen Beratern“ (Auslegungshilfe zu § 12) differenziert. Mit Letzteren dürften bei einer sys-

tematischen Auslegung wohl externe anwaltliche Berater gemeint sein.

In der Auslegungshilfe zu § 15 wird insoweit klar gestellt, dass zu den Überwachungsaufgaben eines Vergütungskontrollausschusses auch die **Überprüfung externer Vergütungsberater** gehört. Diese Überwachung wird aus unserer Sicht auch die bislang oft und gerne vernachlässigte Frage zu beinhalten haben, welche Tätigkeiten nichtanwaltlichen Beratern aufgrund des Bestehens juristischer Bezüge überhaupt berufsrechtlich nach § 5 Abs. 1 Rechtsdienstleistungsgesetz erlaubt sind.

FAZIT

Der hier behandelte Ausschnitt ausgewählter Aspekte des Referentenentwurfs der IVV 3.0 gibt einen ersten Eindruck auf den riesigen Handlungsbedarf, der in nächster Zeit allein im Vergütungsbereich auf die Bankenbranche zukommen wird, wenn der vorgelegte Referentenentwurf unverändert bleibt. Wie bereits eingangs erwähnt, sind wir in dieser Mandanten-Info auf zahlreiche Aspekte, welche der Referentenentwurf der IVV 3.0 sonst noch mit sich bringen wird und die ebenfalls mit einem großen Handlungsbedarf einher-

gehen würden, an dieser Stelle gar nicht eingegangen.

KÜNFTIGE MANDANTEN-INFOS

Gerne nehmen wir Sie auf den Verteiler unseres kostenlosen Kanzlei-Newsletters auf, in dem wir regelmäßig auch arbeitsrechtliche Fragen rund um das Thema Vergütung behandeln. Schicken Sie uns zu diesem Zweck gerne einfach eine kurze **Mail**.

ANSPRECHPARTNER



Dr. Jens Jensen
j.jensen@justem.de



Caroline Bitsch
c.bitsch@justem.de

www.justem.de