

Per E-Mail: [konsultation-08-16@bafin.de](mailto:konsultation-08-16@bafin.de)  
Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht  
Der Präsident  
Graurheindorfer Str. 108  
53117 Bonn

Frankfurt, den 12.09.2016  
Aktenzeichen: JJ/NK  
j.jensen@justem.de

## Konsultation der Institutsvergütungsverordnung

Sehr geehrter Herr Präsident,  
sehr geehrte Damen und Herren,

als arbeitsrechtliche Spezialkanzlei ist uns aus praktischer Sicht eine möglichst nahtlose Verzahnung zwischen dem Bankenaufsichtsrecht und dem Arbeitsrecht ein besonderes Anliegen. Aus diesem Grunde erlauben wir uns, für Zwecke des Konsultationsverfahrens Folgendes anzumerken:

### § 5 Abs. 7 Satz 3 ff. InstitutsVergV-E

Den in der Konsultationsfassung vorgesehenen Regelungen betreffend Abfindungen liegen mehrere unzutreffende arbeitsrechtliche Annahmen zugrunde. Zudem sehen wir ein erhebliches Risiko, dass durch § 5 Abs. 7 Satz 3 ff. InstitutsVergV-E Abfindungsansprüche zulasten der Institute begründet werden, die ohne die Regelung gar nicht bestünden. Im Einzelnen:

- Abfindungen, auf die ein gesetzlicher Anspruch besteht (§ 5 Abs. 7 Satz 4 Nr. 1 lit. a InstitutsVergV-E), sieht das deutsche Kündigungsrecht im Kündigungsschutzgesetz nicht vor. Eine gesetzliche Abfindung ist lediglich im Fall des § 1a Abs. 2 KSchG vorgesehen; dies setzt aber ein Angebot des Arbeitgebers im Kündigungsschreiben gemäß § 1a Abs. 1 Satz 2 KSchG voraus, weshalb man auch nur sehr bedingt von einer Abfindung sprechen kann, auf die ein gesetzlicher Anspruch besteht.
- Soweit § 5 Abs. 7 Satz 4 Nr. 1 lit. d und e InstitutsVergV-E die Zulässigkeit von Abfindungszahlungen an eine in den Grundsätzen zu den Vergütungssys-

temen zuvor festgelegte Formel knüpfen, besteht eine beträchtliche Gefahr, dass diese Formel als eine sogenannte Gesamtzusage des Instituts an all seine Mitarbeiter auszulegen ist, durch die Abfindungsansprüche überhaupt erstmalig begründet werden. Dies kann nicht gewollt sein.

- Selbst wenn es aber gelingt, eine solche Gesamtzusage durch entsprechende Formulierungen oder durch – wie in der Auslegungshilfe sogar ausdrücklich vorgeschlagen - intransparente Kenntlichmachung zu vermeiden, wird die Realität für die Institute so aussehen, dass im Falle von Aufhebungs- und Vergleichsverhandlungen die Formel faktisch den Maßstab, wenn nicht sogar die Untergrenze für Verhandlungen und Abfindungszahlungen darstellen wird. Andere Schlüsse lassen sich aus den zahlreichen Trennungsfällen, die wir in der Finanzindustrie über Jahre hinweg begleitet haben, nicht ziehen. Sobald ein Institut dem ersten Mitarbeiter gegenüber zum Ausdruck gebracht hat, nach welcher Formel sich die Höhe von Abfindungen richtet, darf unterstellt werden, dass die Formel umgehend institutsweit in der Belegschaft bekannt wird.
- Selbst wenn ein Institut nicht bereit ist, über den Höchstabfindungsbetrag gemäß Formel in den Grundsätzen zu den Vergütungssystemen hinauszugehen, wird dies anwaltliche Arbeitnehmervertreter nicht davon abhalten, trotzdem Mehrforderungen zu stellen. Diese würden dann ggf. nicht in Form von weiteren Abfindungszahlungen zu erfüllen sein, sondern in aller Regel durch einen hinausgeschobenen Beendigungszeitpunkt für das Anstellungsverhältnis unter gleichzeitiger Vereinbarung einer sogenannten Sprinterklausel. Die Sprinterklausel ermöglicht dem Mitarbeiter ein früheres Ausscheiden mit der Folge, dass die vom Institut bis zum eigentlich vereinbarten Beendigungszeitpunkt zu zahlende Vergütung als Abfindung zu leisten ist.
- Es muss die Frage gestellt werden, ob es überhaupt sinnvoll ist, Abfindungszahlungen zu regulieren. Werden aufsichtsrechtliche Restriktionen vorgegeben, an denen eine Trennung scheitert, hat dies im Zweifel doch nur zur Folge, dass sich in den einzelnen Instituten mehr und mehr Mitarbeiter sammeln, von denen man sich – in aller Regel aus guten Grund – arbeitgeberseits lieber getrennt hätte. Werden Abfindungszahlungen in der geplanten Weise beschränkt, leiden darunter letztlich nur diejenigen Institute, die dem Geltungsbereich der Institutsvergütungsverordnung unterliegen, während für Institute, die ihr Geschäft über den Europäischen Pass durch eine in Deutschland belegene Niederlassung betreiben, vergleichbare Restriktionen in aller Regel nicht gelten.
- Abfindungen sind begrifflich gerade nicht (variable) Vergütung, sondern Ausgleich für den sozialen Besitzstand bei Arbeitsplatzverlust bzw. kommt ihnen im Bereich der Sozialplanabfindungen eine Überbrückungsfunktion bis zum Aufbau eines erneuten Kündigungsschutzes beim Folgearbeitgeber zu (siehe

dazu sogleich im Detail). Im deutschen Kündigungsrecht gilt im Rahmen der Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes anders als im europäischen Ausland das „Alles-oder-Nichts-Prinzip“: Die unwirksame Kündigung führt zur Fortsetzung, die wirksame Kündigung zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Eine Abfindung ordnet das Gesetz auch im Fall der betriebsbedingten Kündigung nicht an. Der Kündigungsschutz ist durch den Gesetzgeber hoch ausgestattet und wird von der restriktiven Rechtsprechung noch entsprechend flankiert. Ergebnis ist, dass die (gerichtlich festgestellte) wirksame Kündigung die Ausnahme, die einvernehmliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses (gerichtlich oder außergerichtlich) gegen Zahlung einer Abfindung branchenübergreifend die Regel ist. Für Institute, die in den Anwendungsbereich der Verordnung fallen, schafft § 5 Absatz 7 Satz 4 Nr. 1 lit d und e InstitutsVergV-E somit neben den hohen Hürden des Gesetzes und der Rechtsprechung in tatsächlicher Hinsicht eine weitere Erschwernis im Trennungsszenario, die im Einzelfall auf einen ungewollten faktischen Sonderkündigungsschutz für Mitarbeiter der betroffenen Institute hinauslaufen kann.

- Wir möchten zudem darauf hinweisen, dass jedenfalls Abfindungen, die auf Grundlage eines Sozialplans geleistet werden, nach neuerer Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts keinen Entschädigungscharakter haben. Solchen Abfindungszahlungen kommt vielmehr eine zukunftsbezogene Ausgleichs- und Überbrückungsfunktion zu, was insbesondere bedeutet, dass Abfindungen kein zusätzliches Entgelt für die in der Vergangenheit erbrachten Dienste darstellen, sondern die bis zum Erreichen der Altersgrenze voraussichtlich entstehenden wirtschaftlichen Folgen eines durch Betriebsänderung verursachten Arbeitsplatzverlustes ausgleichen oder zumindest abmildern sollen (vgl. nur BAG, Urteil vom 19. Oktober 1999 - 1 AZR 838/98 m.w.N.). Dies bedeutet aus unserer Sicht, dass jedenfalls Sozialplanabfindungen ihrem Charakter nach gerade keine variable Vergütung darstellen. Selbst wenn man dies anders sehen wollte, muss der Zukunftsbezug von Sozialplanabfindungen für Zwecke des § 25a Abs. 5 KWG eine Rolle spielen.
- Soweit § 5 Absatz 7 Satz 4 Nr. 1 lit b InstitutsVergV-E Abfindungen, die aufgrund eines Sozialplans i.S.v. § 112 Absatz 1 BetrVG oder eines Sozialtarifvertrages geleistet werden, von den Anforderungen des § 20 InstitutsVergV-E sowie § 25 a Absatz 5 KWG ausnimmt, bleibt auch unter Beachtung der Auslegungshilfe für die Praxis leider unklar, ob nur erzwingbare Sozialpläne erfasst werden oder auch die in der Praxis verbreiteten freiwilligen Sozialpläne (insbesondere auch sogenannte mehrjährige Rahmensozialpläne für betriebsbedingte Kündigungen, die im Einzelfall nicht zwingend auf einer Betriebsänderung gemäß § 111 BetrVG beruhen).
- Was gilt zudem für die in der Praxis vielfach üblichen kollektiven Vereinbarungen, die im Zusammenhang mit einem Sozialplan abgeschlossen werden und

eine Zusatzzahlung zur Sozialplanabfindung für den Fall vorsehen, dass der betroffene Mitarbeiter auf die Durchführung eines Kündigungsschutzverfahrens verzichtet? Stellen auch diese Klageverzichtsprämien bzw. Turboprämien eine Abfindung im Sinne der InstitutsVergV-E dar? Aus unserer Sicht spricht viel dafür, weil der Gestaltungsweg außerhalb von Sozialplänen für Klageverzichtsprämien nur aufgrund der ergangenen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu diesem Thema gewählt wird (vgl. nur BAG, Urteil vom 31. Mai 2005 - 1 AZR 254/04).

Um kein Sonderrecht im Sinne einer Einschränkung des Gestaltungsrechts im Zusammenhang mit Sozialplänen für die von der Verordnung erfassten Institute und ihrer Arbeitnehmervertretungen zu schaffen, sollte eine entsprechende Klarstellung im Interesse aller Beteiligten vorgenommen werden. Dies würde sicherlich auch von der Arbeitsgerichtsbarkeit begrüßt, der durch derartige Gestaltungsvarianten zahlreiche nicht notwendige Kündigungsschutzverfahren erspart bleiben.

- Sofern sich die Anstalt entschließt, in die Institutsvergütungsverordnungen Detailregelungen betreffend Abfindungen aufzunehmen, sollte zudem klarstellend auf weitere geldwerte Leistungen eingegangen werden, die häufig in Sozialplänen geregelt werden wie etwa das Angebot eines Outplacements oder auch Einzahlungen in die gesetzliche Rentenversicherung zum Ausgleich von Nachteilen, die rentennahen Mitarbeitern ggf. infolge Beendigung ihres Anstellungsverhältnisses entstehen.

Dieses alles vorangestellt halten wir es für begrüßenswert, wenn es im Wesentlichen bei dem Konzept des aktuellen § 5 Abs. 7 InstitutsVergV bliebe, der gar nicht erst versucht, Dinge bis in die letzte Einzelheit zu regeln.

### **Auslegungshilfe zu § 5 Abs. 6 InstitutsVergV-E**

In dem Neuentwurf der Auslegungshilfe heißt es – wie auch schon bislang – wie folgt:

*„Die fehlende Deckungsgleichheit von der Dauer des Beschäftigungsverhältnisses der betroffenen Person und dem Zeitraum, auf den sich die Gewährung eines Vergütungsbestandteils bezieht, ist Merkmal einer variablen Vergütung.“*

Wir meinen, dass diese Aussage unzutreffend ist und dass eine Deckungsgleichheit nicht geeignet ist, für Zwecke der Differenzierung zwischen fixer und variabler Vergütung herangezogen zu werden: Nach o.g. Definition müsste auch das monatliche Fixgehalt als variable Vergütung anzusehen sein. Die einzige Zuwendung, die sich überhaupt sinnvoll unter diesen Obersatz subsumieren ließe, ist eine Jubiläumzahlung.

Wir regen eine ersatzlose Streichung des in Rede stehenden Satzes an.

#### **§ 6 Abs. 5 InstitutsVergV-E**

Diese Regelung soll letztlich § 25 Abs. 5 KWG verschärfen, indem an den qualifizierten Beschluss zur Erhöhung des Maximalverhältnisses zwischen variabler und fixer Vergütung weitere Voraussetzungen geknüpft werden.

§ 6 Abs. 5 InstitutsVergV-E ist nach unserer Überzeugung unwirksam, weil eine Verschärfung von § 25a Abs. 5 KWG schon nicht von der Verordnungsermächtigung des § 25a Abs. 6 KWG gedeckt ist. Zudem ist dem öffentlichen Recht immanent, dass durch niederrangiges Recht nicht in höherrangiges Recht eingegriffen werden kann bzw. niederrangiges Recht nicht höherrangiges Recht verschärfen kann (Normenhierarchie).

Wir regen eine ersatzlose Streichung von § 6 Abs. 5 InstitutsVergV-E an.

#### **Auslegungshilfe zu § 15 InstitutsVergV-E**

Es ist zu begrüßen, dass der Vergütungskontrollausschuss künftig externe Vergütungsberater auf ihre Zuverlässigkeit hin überwachen soll, weil es anders als bei anwaltlichen Beratern keine Zugangsbeschränkungen für dieses Berufsbild gibt.

Besonderes Augenmerk wird dabei auf das Rechtsdienstleistungsgesetz zu legen sein, weil Verstöße gegen dieses Gesetz weitreichende Folgen für die Institute und vor allem für die jeweils Verantwortlichen innerhalb der Institute haben können, sind doch Beratungsverträge, die gegen das RDG verstoßen, im Zweifel insgesamt nach § 134 BGB nichtig (vgl. *Römermann*, NJW 2011, Seite 884, 888). Ferner treten im Falle von Fehlberatungen, die unter Verstoß des RDG erbracht werden, grundsätzlich auch keine Berufshaftpflichtversicherungen ein (*Römermann a.a.O.*).

Wegen der rechtlichen Komplexität von Vergütungssystemen bei Banken wird man insbesondere davon auszugehen haben, dass sich Vergütungsberater nicht auf § 5 RDG berufen können (vgl. zur Parallelproblematik bei Steuerberatern *Uckermann/Pradl*, BB 2009, Seite 1892, 1895f.).

Nichtige Beraterverträge berühren vor allem Verantwortlichkeiten der Geschäftsleitung und des Aufsichtsorgans gemäß § 3 Abs. 1 und 3 InstitutsVergV, die im Falle von Aktiengesellschaften am Sorgfaltsmaßstab eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters zu messen sind (§ 93 Abs. 1 AktG).

Weil vielfach kein Problembewusstsein in den Instituten in Bezug auf die weitreichenden Implikationen des RDG besteht, sollte die Pflicht zur Vornahme einer Zuverlässig-

sigkeitsprüfung ausdrücklich auch auf die Organe eines Instituts und auf die Kontrollfunktionen erstreckt werden.

#### **§ 20 Abs. 4 Nr. 2 InstitutsVergV-E**

Diese Vorschrift, die sich mit unverändertem Wortlaut auch schon in der aktuellen Verordnung befindet, lautet wie folgt:

*„Während des Zurückbehaltungszeitraums besteht lediglich ein Anspruch auf fehlerfreie Ermittlung bezüglich des noch nicht zu einer Anwartschaft oder einem Anspruch erwachsenen Teils der variablen Vergütung, nicht aber auf diesen Teil der variablen Vergütung selbst.“*

Nach unserer Auffassung ist diese Vorschrift, soweit sie davon ausgeht, dass während des Zurückbehaltungszeitraums noch keine Anwartschaft oder kein Anspruch entstanden sein soll, an den arbeitsrechtlichen Realitäten vorbei. Es ist nämlich gemeinhin anerkannt, dass leistungsbezogene Sondervergütungen innerhalb des Bezugszeitraums sukzessive prorätierlich entstehen (vgl. nur *Preis* in: Erfurter Kommentar, 16. Aufl., § 611 Rnr. 538 mit Hinweis auf BAG, Urteil vom 13. Juni 1991 – 6 AZR 421/89; ebenso *Krause* in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2009, § 59 Rnr. 12).

#### **§ 20 Abs. 7 und § 18 Abs. 4 Satz 3 Nr. 2 InstitutsVergV-E**

Wir lesen diese beiden Vorschriften im Zusammenspiel so, dass dieselbe schwerwiegende Verletzung von relevanten externen oder internen Regelungen betreffend Eignung und Verhalten durch einen Risikoträger oder eine Risikoträgerin sowohl die Höhe der variablen Vergütung für das Bonusjahr, in dem die Verletzungshandlung begangen wurde, negativ beeinflusst als auch zu einer Rückforderung von bereits ausgezahlter variabler Vergütung für Bonusjahre, die vor dem Bonusjahr liegen, innerhalb dessen die Verletzungshandlung erfolgte.

Auch wenn dieses Konzept den Vorgaben der CRD IV-Richtlinie entsprechen mag, halten wir jedenfalls eine nachträgliche Rückforderung bereits ausgezahlter variabler Vergütung in einem Verfahren vor einem deutschen Arbeitsgericht für kaum durchsetzbar. Anlass für diese Einschätzung gibt die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu sogenannten Stichtagsklauseln, deren Grundtenor ist, dass einmal erdiente Vergütung einem Arbeitnehmer grundsätzlich nicht mehr entzogen werden kann (vgl. BAG, Urteil vom 13. November 2013 – 10 AZR 848/12 m.w.N.).

Um die Institute mit Vorschriften wie beispielsweise § 18 Abs. 4 Satz 3 Nr. 2 nicht in kostspielige juristische Abenteuer vor den Arbeitsgerichten mit tendenziell negativem bzw. bestenfalls ungewissem Ausgang zu drängen, wäre zu überlegen, den Instituten

in Bezug auf schwerwiegendes Fehlverhalten von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern Meldepflichten aufzulegen, welche die Aufsichtsbehörden dann ggf. zum Anlass nehmen können, für den konkreten Einzelfall eine Anordnung gemäß § 45 Abs. 2 Satz 1 Nr. 6 KWG zu erlassen, um die Auszahlung variabler Vergütungsbestandteile jedenfalls mit Wirkung für die Zukunft zu verhindern. Für den Fall des Vorhabens, variable Vergütung in Verlustszenarien an Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter auszuzahlen, sieht der Neuentwurf der Auslegungshilfe zu § 7 ja nunmehr vergleichbare Mechanismen vor. Ob § 45 Abs. 2 Satz 1 Nr. 6 KWG in seiner aktuellen Fassung allerdings als Rechtsgrundlage für eine Anordnung betreffend einen einzelnen Mitarbeiter in Frage kommt, wäre zu eruieren. Hier besteht ggf. gesetzgeberischer Klarstellungsbedarf.

Mit freundlichen Grüßen

Caroline Bitsch  
(Rechtsanwältin)

Dr. Jens Jensen  
(Rechtsanwalt)