

Andreas Zürn, RA, und Dr. Wolf-Tassilo Böhm, RA

Neue Regeln für die Vergütung in Banken – Arbeitsrechtliche Umsetzung der Änderungen der Instituts-Vergütungsverordnung

Seit dem 1.1.2014 gilt eine neue Instituts-Vergütungsverordnung. Die Neufassung entwickelt die bisher geltenden regulatorischen Anforderungen an das Vergütungssystem von Banken deutlich weiter. Der Beitrag stellt die Anpassungen und Neuerungen vor, die von den betroffenen Instituten sehr zeitnah umgesetzt werden müssen. Die Autoren untersuchen insbesondere arbeitsrechtliche Fragen, die sich für den Rechtsanwender bei der Umsetzung der neuen Vorgaben stellen und geben Hinweise für die Gestaltung in der Praxis.

I. Neuregelung der Institutsvergütungsverordnung

Die regulatorischen Anforderungen der Instituts-Vergütungsverordnung („InstitutsVergV“) haben seit ihrem Inkrafttreten am 6.10.2010 die Vergütungssysteme und Vergütungen für Organmitglieder und Arbeitnehmer in Banken und Finanzdienstleistungsunternehmen geprägt. Ab dem 1.1.2014 gilt eine neue InstitutsVergV.¹

Die InstitutsVergV vom 6.10.2010 hat viele Rechtsfragen offengelassen und den Instituten weite Auslegungsspielräume eröffnet. Die neuen Regelungen beantworten einige zentrale Fragen nicht, die sich in Bezug auf die vorangegangene Fassung stellen, und werfen eine Reihe neuer Fragen auf, auch wenn die BaFin mit der gleichzeitig veröffentlichten Auslegungshilfe gewisse Hinweise gibt, wie sie die Regelungen der InstitutsVergV auslegen wird. Die Praxis der Umsetzung der InstitutsVergV hat zudem gezeigt, dass wesentliche Regelungen der InstitutsVergV in einem Spannungsfeld mit den Anforderungen und Grenzen stehen, die sowohl das Arbeitsrecht als auch das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Implementierung und Ausgestaltung der Vergütungssysteme setzen. Dieses Spannungsfeld hat der Verordnungsgeber auch bei den Neuregelungen lediglich in Ansätzen mitbedacht.

Die Vergütungsregulatorik hat schon 2010 bei vielen Instituten eine Anpassung von individualvertraglichen oder kollektivrechtlichen Regelungen erfordert. Aufgrund der umfangreichen Mitbestimmungsrechte der Betriebsräte bei der Ausgestaltung von Vergütungen und Vergütungssystemen wird die Implementierung der wesentlichen Neuregelungen für die meisten Institute zu neuen Verhandlungen mit den Betriebsratsgremien führen. Die InstitutsVergV lässt gemäß der Auslegungshilfe die umfangreichen Mitbestimmungsrechte der Betriebsräte unberührt. Betriebsräte fordern ihre Mitbestimmung ein, wenn – wie bei der InstitutsVergV 2014 – Gestaltungsspielräume bestehen.

II. Wesentliche Änderungen zum 1.1.2014

Folgende Änderungen sind für die Praxis von besonderer Bedeutung:

1. Ausweitung des Kreises der „bedeutenden“ Institute und Änderung der Einstufungssystematik

Die wichtigste Neuerung ist die Ausweitung des Kreises der „bedeutenden Institute“ und die Änderung der Systematik der Einstufung als solche.

Nach der Neufassung der InstitutsVergV ist ein Institut „bedeutend“, wenn seine Bilanzsumme im Durchschnitt zu den jeweiligen Stichtagen der letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahre 15 Milliarden Euro erreicht oder überschritten hat, es sei denn, das Institut weist der BaFin auf der Grundlage einer Risikoanalyse nach, dass es nicht bedeutend ist (§ 17 Abs. 1 InstitutsVergV). Zwar ist damit die bisherige 10-Milliarden-Euro-Schwelle auf 15 Milliarden Euro angestiegen. Andererseits gilt bereits für alle Institute mit einer Bilanzsumme von mindestens 15 Milliarden Euro zukünftig die Regelvermutung, nach der die Institute bis zum Nachweis des Gegenteils gegenüber der BaFin als „bedeutend“ behandelt werden. Bislang galt diese Regelvermutung erst ab einer Bilanzsumme von 40 Mrd. Euro und die BaFin musste bei Instituten mit einer Bilanzsumme von unter 40 Mrd. Euro beweisen, dass das Institut bedeutend ist. Auch Institute mit einer Bilanzsumme von weniger als 15 Mrd. Euro müssen die erhöhten Anforderungen für bedeutende Institute erfüllen, wenn die BaFin das Institut als „bedeutend“ einstuft (§ 17 Abs. 3 S. 1 InstitutsVergV).² Zudem wird der Kreis der bedeutenden Institute zwingend um alle Institute erweitert, die unter EZB-Aufsicht stehen, als potentiell systemgefährdend im Sinne des § 47 Abs. 1 KWG eingestuft wurden oder Finanzhandelsinstitute im Sinne des § 25f Abs. 1 KWG sind (§ 17 Abs. 2 InstitutsVergV).

Durch die Neuregelung wird sich der Kreis der bedeutenden Institute nochmals deutlich erweitern. Dies wird bei den nunmehr erstmals bedeutenden Instituten insbesondere eine Implementierung der erhöhten Anforderungen für die variable Vergütung von Risk-Takern und damit eine Anpassung der typischerweise in Betriebsvereinbarungen vereinbarten Regelungen zu Anspruchsentstehung und Auszahlungsvoraussetzungen der variablen Vergütung erfordern.

2. Neue Regeln für die Bestimmung der „Risk-Taker“

Für die Bestimmung des Kreises der Risk-Taker sollen über einen technischen Regulierungsstandard einheitliche Kriterien eingeführt werden, die zu einer erheblichen Ausweitung der Risk Taker führen werden (§ 18 InstitutsVergV).³ Der BaFin wird ferner das Recht ein-

¹ Zum Hintergrund der neuen Instituts-Vergütungsverordnung vgl. Zürn/Rappensperger/Brämswig, DB 2013, 2681.

² Das kann beispielsweise dann der Fall sein, wenn die Vergütungsstrukturen eines Instituts einen hohen Anteil variabler Vergütung aufweisen (§ 17 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 InstitutsVergV).

³ Der am 4.3.2014 von der Kommission verabschiedete, aber noch nicht in Kraft getretene Regulierungsstandard (C(2014), 1332 final) unterscheidet dabei zwischen qualitativen und quantitativen Kriterien für die Bestimmung der Risk Taker. Auswirkungen werden

geräumt, den Kreis der Risk-Taker eigenmächtig zu erweitern, wenn die Risikoanalyse des Instituts zur Bestimmung der Risk-Taker nicht plausibel, umfassend oder für Dritte nachvollziehbar ist (§ 18 Abs. 3 InstitutsVergV).

Die Umsetzung des neuen EBA-Standards wird zu einer Änderung der Praxis der Risk-Taker Bestimmung und ggfs. zu einer Änderung entsprechender HR-Policies führen.

3. Erhöhte Anforderungen an die Festlegung einer gruppenweiten Vergütungsstrategie

Ein übergeordnetes inländisches Institut einer Institutsgruppe ist nach § 27 InstitutsVergV verpflichtet, eine gruppenweite Vergütungsstrategie festzusetzen. Die Strategie muss die Anforderungen der Instituts-Vergütungsverordnung gruppenweit als Mindeststandard umsetzen. Dies schließt nunmehr grundsätzlich auch ausländische Unternehmen der Institutsgruppe ein. Ausnahmen sind nur eingeschränkt möglich. Gleichzeitig wird die Verantwortung für die Umsetzung und Einhaltung der Verordnung in den Gruppenunternehmen den Geschäftsleitern des übergeordneten inländischen Instituts übertragen.

Wenn es sich bei einem gruppenangehörigen Institut um ein „bedeutendes“ Institut handelt, hat das übergeordnete Unternehmen zudem festzustellen, inwiefern in der Gruppe auch bei nicht-bedeutenden Instituten (weitere) Risk-Taker mit Einfluss auf andere Unternehmen der Gruppe existieren, für die die erhöhten Anforderungen an die Ausgestaltung der variablen Vergütung zur Anwendung kommen (§ 27 Abs. 4 InstitutsVergV). Aufgrund dieser gruppenweiten Risk-Taker-Identifikation werden die erhöhten Anforderungen für Risk-Taker ggf. auch bei gruppenangehörigen Unternehmen zur Anwendung kommen, die selbst keine bedeutenden Institute im Sinne des § 17 InstitutsVergV sind. Die Implementierung der erhöhten Anforderungen für Risk-Taker wird dann auch bei diesen nicht-bedeutenden Instituten eine Anpassung der typischerweise in Betriebsvereinbarungen vereinbarten Regelungen zur Anspruchsentstehung und zu den Auszahlungsvoraussetzungen der variablen Vergütung erfordern.

4. Garantierte variable Vergütung

Nach der Auslegungshilfe soll nicht nur ein Sign-On-Bonus oder eine Retention-Zahlung sondern auch eine befristet oder widerruflich für die vorübergehende Ausübung einer höherwertigen Tätigkeit gewährte Zulage eine garantierte variable Vergütung darstellen.⁴ Derartige sog. Stellenzulagen dürfen damit nur noch in den ersten zwölf Monaten nach Aufnahme des Arbeitsverhältnisses gewährt werden. Entgegenstehende individualvertraglich vereinbarte Regelungen müssen angepasst werden und die Institute werden sich über Alternativlösungen Gedanken machen müssen.

5. Festsetzung eines Gesamtbetrags der variablen Vergütung

Mit dem CRD IV-Umsetzungsgesetz hat der Gesetzgeber die Eingriffsbefugnisse der BaFin gestärkt. So kann die BaFin unter bestimmten Voraussetzungen anordnen, dass das Institut den Gesamtbetrag, der für die variable Vergütung vorgesehen ist, auf einen bestimmten Anteil des Jahresergebnisses beschränkt oder vollständig streicht.

Über diese gesetzliche Eingriffsbefugnis der BaFin und die mit dem neuen § 7 InstitutsVergV vorgenommene Konkretisierung des Begriffs des Gesamtbetrags der variablen Vergütungen hinaus, muss die Auslegungshilfe wohl so verstanden werden, dass die BaFin davon aus-

geht, dass Ansprüche auf eine variable Vergütung stets voraussetzen, dass ein Gesamtbonuspool zur Verfügung gestellt wird.⁵ Ein solcher Gesamtbonuspool dürfte aber – so die Auslegungshilfe – im Fall eines negativen Gesamterfolgs des Unternehmens nicht zur Verfügung gestellt werden. Dies bedeutet, dass Ansprüche auf variable Vergütung unter Geltung der InstitutsVergV wohl nicht entstehen dürfen, wenn das Unternehmen seine für das jeweilige Jahr gesetzten Unternehmensziele gänzlich verfehlt und/oder wenn die Bilanz des Unternehmens einen Verlust ausweist.

Die in der Praxis häufig vorkommende Unterteilung des für die variable Vergütung vorgesehenen Bonus-Pools in zwei voneinander unabhängige Teil-Pools, nach der der von der individuellen Leistung des Mitarbeiters abhängige Teil der variablen Vergütung dem Grund nach auch bei einem negativen Unternehmenserfolg gewährt wird, dürfte damit wohl nicht mehr konform mit der InstitutsVergV sein. Die Regelungen zu voneinander unabhängigen Teil-Pools sind typischerweise Kernstück der Betriebsvereinbarungen zur variablen Vergütung und werden daher angepasst werden müssen.

6. Beschränkung der variablen Vergütung auf die Höhe der fixen Vergütung

Die variable Vergütung ist grundsätzlich auf die Höhe der fixen Vergütung beschränkt (§ 25a Abs. 5 KWG). § 6 InstitutsVergV bestätigt, dass die gesetzliche Obergrenze für variable Vergütung für alle Geschäftsleiter und Mitarbeiter aller Institute gilt, unabhängig davon, ob diese bedeutend im Sinne der InstitutsVergV sind.⁶ Eine Erhöhung des Anteils der variablen Vergütung auf maximal 200 % ist nur durch Beschluss der Anteilseigner, der Eigentümer, der Mitglieder oder der Träger des Instituts möglich (§ 25a Abs. 5 KWG) und wird durch Nachweispflichten gegenüber der BaFin weiter erschwert (§ 6 Abs. 4 InstitutsVergV).⁷ Insbesondere Vorstandsdiensverträge werden an die neue gesetzliche Obergrenze für variable Vergütung anzupassen sein. Allerdings kann es unter Umständen auch notwendig werden, die gesetzliche Obergrenze für variable Vergütung neu in den Betriebsvereinbarungen zur variablen Vergütung zu verankern, wenn bisher keine oder eine höhere Grenze vorgesehen war.

7. Neue Systematik der Vergütungs-Governance

Die Neufassung der InstitutsVergV ersetzt den bisherigen Vergütungsausschuss durch einen Vergütungskontrollausschuss (§ 15 InstitutsVergV) und durch den Vergütungsbeauftragten (§ 23 InstitutsVergV).

vor allem die qualitativen Kriterien haben. Denn die Anwendung der qualitativen Kriterien führt dazu, dass regelmäßig nicht nur die Geschäftsleiter, sondern eine Vielzahl von Mitarbeiter auf der zweiten Berichtsebene unterhalb des Vorstands und wohl regelmäßig auch die an die zweite Berichtsebene berichtenden Mitarbeiter als Risk Taker anzusehen sein werden.

4 Auslegungshilfe zu § 5 InstitutsVergV.

5 Auslegungshilfe zu § 7 InstitutsVergV.

6 Auf maximal 25 % des Gesamtwerts der variablen Vergütung kann aber ein angemessener Diskontsatz angewandt werden. Zur Berechnung dieses Diskontsatzes hat die EBA bereits die finale Fassung einer Richtlinie vorgelegt (EBA Guidelines on the applicable notional discount rate for variable remuneration under Article 94 (1) (g) (iii) Directive (EU) No. 36/2013, abrufbar unter www.eba.europa.eu (Abruf: 5.5.2014)). Der Diskontsatz darf aber nur auf solche Vergütungsbestandteile angewendet werden, die mindestens fünf Jahre zurückbehalten werden (im Sinne des § 20 InstitutsVergV). In der Praxis werden solche langen Zurückbehaltungszeiträume in Deutschland eher selten vorkommen. Der praktische Anwendungsbereich der Diskontierungsregelungen dürfte daher eher beschränkt sein.

7 Die britische Regierung hat bereits am 20.9.2013 vor dem EuGH Nichtigkeitsklage gegen den dem § 25a Abs. 5 KWG zugrundeliegenden Art. 94 Abs. 1 (i) CRD-IV-Richtlinie eingereicht, u. a. mit der Begründung, die Deckelung der variablen Vergütung sei unverhältnismäßig und/oder verstieße gegen den europarechtlichen Subsidiaritätsgrundsatz (Rechtssache C-507/13).

Nach § 25d Abs. 7 und Abs. 12 KWG sind Institute grundsätzlich verpflichtet, einen Vergütungskontrollausschuss beim Aufsichtsorgan anzusiedeln. Aufgabe des Vergütungskontrollausschusses ist es, das Aufsichtsorgan bei der angemessenen Ausgestaltung der Vergütungssysteme für Geschäftsleiter und bei der Überwachung der angemessenen Ausgestaltung für Mitarbeiter zu unterstützen (§ 15 Abs. 2 bis Abs. 4 InstitutsVergV). In den Vergütungskontrollausschuss ist mindestens ein Arbeitnehmervertreter zu berufen, wenn dem Verwaltungs- oder Aufsichtsorgan entsprechend den Mitbestimmungsgesetzen Arbeitnehmervertreter angehören (§ 25d Abs. 12 S. 4 KWG).

Nur in bedeutenden Instituten hat die Geschäftsleitung zusätzlich einen Vergütungsbeauftragten zu bestellen (§ 23 Abs. 1 InstitutsVergV). Dieser ist organisatorisch und disziplinarisch auf einer ausreichend hohen Führungsebene unterhalb der Geschäftsleitung anzusiedeln.⁸ Seine Aufgabe ist es, eine angemessene, dauerhafte und wirkungsvolle Kontrolle der Vergütung der Mitarbeiter sicherzustellen. Der Vergütungsbeauftragte übernimmt damit die Aufgaben des bisherigen Vergütungsausschusses.⁹ Zur Stärkung der Position des Vergütungsbeauftragten genießt dieser unter anderem besonderen Kündigungsschutz (§ 23 Abs. 2 InstitutsVergV). Für den Vergütungsbeauftragten ist zudem ein Stellvertreter zu bestellen.¹⁰ Vergütungsbeauftragter und Stellvertreter sind auf Kosten des Instituts zu qualifizieren (§ 23 Abs. 1 InstitutsVergV).

III. Umsetzung der Änderungen im Unternehmen

Die Umsetzung der Neuregelungen der InstitutsVergV wird die Praxis vor große Herausforderungen stellen. Denn die InstitutsVergV gibt den Instituten keine eigenen Rechtsinstrumente für die Umsetzung an die Hand. Eine Anpassung bestehender Regelungen ist damit nicht uneingeschränkt rechtlich zulässig. Den Instituten stehen lediglich die üblichen arbeitsrechtlichen Anpassungsinstrumente zur Verfügung, an die die Rechtsprechung der Arbeitsgerichte hohe Anforderungen stellt.

Folgerichtig verpflichtet auch die Neufassung der InstitutsVergV die Institute nur, darauf „hinzuwirken“, dass Verträge mit Geschäftsleitern und Mitarbeitern, Betriebs- und Dienstvereinbarungen und betriebliche Übungen, die mit der InstitutsVergV nicht vereinbar sind, angepasst werden, soweit dies rechtlich zulässig ist (§ 14 InstitutsVergV). Der Ordnungsgeber hat aber leider auch im Rahmen der Neufassung nicht weiter konkretisiert, was unter dieser „Hinwirkungspflicht“ zu verstehen ist. In jedem Fall sind die Institute aber verpflichtet, Anpassungen vorzunehmen, die unproblematisch oder mit geringem Risiko möglich sind. Eine Anpassung, die erkennbar gerichtlich nicht durchsetzbar wäre oder zumindest mit hohem Risiko scheitern würde, muss das Institut hingegen nicht versuchen.¹¹

1. Nicht entgegenstehende Vergütungsregelungen

Auch wenn Arbeits- oder Dienstverträge Vergütungsregelungen enthalten, die den neuen regulatorischen Anforderungen der InstitutsVergV nicht entgegenstehen, kann gewisser Anpassungsbedarf bestehen. Dies ist etwa der Fall, wenn Mitarbeiter eine variable Vergütung erhalten, die jährlich nach billigem Ermessen neu festgesetzt oder mit dem Mitarbeiter vereinbart wird. In diesem Fall wird es häufig ausreichen, wenn das betroffene Institut die neuen Anforderungen der InstitutsVergV (z. B. die Bonusobergrenze) bei der Festsetzung der

Modalitäten der variablen Vergütung für den nächsten Bemessungszeitraum berücksichtigt. Eine Änderung des Arbeits- oder Dienstvertrags ist dann meist nicht erforderlich.

Allerdings sind Institute in dieser Fallgestaltung uneingeschränkt verpflichtet, die neuen regulatorischen Vorgaben der InstitutsVergV bei der nächsten Möglichkeit (z. B. für den nächsten Bemessungszeitraum) tatsächlich umzusetzen. Eine bloßes „Hinwirken“ auf eine Anpassung reicht dann nicht aus. Denn § 14 InstitutsVergV gilt nur für bestehende entgegenstehende vertragliche Vereinbarungen, die in dieser Fallgestaltung gerade nicht vorliegen. Hat ein Institut mangels entgegenstehender Vereinbarung die Möglichkeit, die neuen Anforderungen der InstitutsVergV ohne Eingriff in Vergütungsvereinbarungen umzusetzen, muss das Institut dies auch sehr zeitnah tun.

Insbesondere Ziel- und Bonusvereinbarungen, die ein Institut jährlich neu mit seinen Mitarbeitern oder Geschäftsleitern trifft, kann und muss das Institut im Zuge der turnusmäßigen Neuregelung an die geänderten Vorgaben der InstitutsVergV anpassen. Dies gilt umso mehr, wenn das Institut die Vorgaben einseitig ohne Mitwirkung des betroffenen Mitarbeiters festsetzen kann. Verhältnismäßig einfach lassen sich Anpassungen etwa bei folgender Vergütungsvereinbarung im Arbeitsvertrag vornehmen: *„Der Mitarbeiter kann zusätzlich zum Festgehalt eine variable Vergütung erhalten. Weitere Einzelheiten legt die Gesellschaft jeweils zu Beginn eines Kalenderjahres nach billigem Ermessen fest.“* Eine derart offen formulierte Vergütungsvereinbarung kann allerdings geringere Anreizwirkung haben und eignet sich nicht für alle Arbeits- bzw. Dienstverträge. Arbeitnehmer oder Organmitglieder in einer starken Verhandlungsposition bestehen erfahrungsgemäß häufig auf verbindlichere Regelungen zur variablen Vergütung.

2. Anpassung bestehender Vergütungsvereinbarungen mit entgegenstehendem Regelungsgehalt

Die Anpassung von Vergütungsvereinbarungen mit entgegenstehendem Regelungsgehalt erfordert vertiefte Kenntnisse nicht nur der bankaufsichtsrechtlichen Rahmenbedingungen sondern auch der arbeits- bzw. dienstrechtlichen Anpassungsinstrumente. Dies sind insbesondere eine einvernehmliche Vertragsänderung, die Berufung auf wirksam vereinbarte Widerrufs- oder Freiwilligkeitsvorbehalte, die Änderungskündigung oder eine Berufung auf eine Störung der Geschäftsgrundlage.

a) Einvernehmliche Vertragsänderung

Ein sicheres Mittel zur Anpassung von Arbeits- oder Dienstverträgen ist der Abschluss eines Änderungsvertrags. Einvernehmliche Vertragsänderungen bedürfen allerdings der Zustimmung der betroffenen Mitarbeiter. Diese ist freiwillig. Institute können Arbeitnehmer daher grundsätzlich nicht dazu zwingen, eine Anpassung ihrer Vergütung

⁸ Es dürfte wohl davon auszugehen sein, dass für die Position des Vergütungsbeauftragten in größeren Instituten eine Vollzeitstelle vorzusehen ist. Zumindest muss mit dem Vergütungsbeauftragten aber im Rahmen der (regelmäßig wohl einvernehmlich vorzunehmenden) Zuweisung seiner Aufgabe auch eine klare Regelung getroffen werden, mit der der zeitliche Umfang seiner Aufgabe entsprechend definiert und von seinen anderen Arbeitsaufgaben abgegrenzt wird.

⁹ Grundsätzlich ist es empfehlenswert, den bisherigen Vergütungsausschuss aufzulösen. Andernfalls wird das Institut die Aufgaben des Vergütungsausschusses von den Aufgaben des Vergütungskontrollausschusses und des Vergütungsbeauftragten abgrenzen müssen, was – wie bereits an anderer Stelle angemerkt – schwer möglich sein dürfte, vgl. *Zürn/Rappensperger/Brämswig*, DB 2013, 2681, 2682.

¹⁰ In der Praxis wird derzeit diskutiert, den Vergütungsbeauftragten aus dem Bereich Personal, Compliance oder dem Risk Management zu rekrutieren. Unserer Ansicht nach sind alle diskutierten Möglichkeiten mit jeweils guten Argumenten vertretbar.

¹¹ Vgl. Auslegungshilfe zu § 14 InstitutsVergV; *Diller/Arnold*, ZIP 2011, 837, 839.

im Wege einer Vertragsänderung zu akzeptieren. Sie sind aber wohl dazu verpflichtet, den betroffenen Mitarbeitern die neuen rechtlichen Vorgaben zu erläutern und für eine einvernehmliche Vertragsänderung zu werben. Eine offene Herangehensweise kann in geeigneten Fällen Vertrauen bei den betroffenen Mitarbeitern schaffen und Verständnis für die Vertragsanpassung wecken und so die Chancen für eine einvernehmliche Umsetzung der neuen regulatorischen Vorgaben der InstitutsVergV entscheidend verbessern.

In der Fachliteratur wird teilweise diskutiert, ob Arbeitnehmer oder jedenfalls Organmitglieder aus arbeitsvertraglicher bzw. organschaftlicher Treuepflicht dazu verpflichtet sind, einer Anpassung ihrer Vergütungsvereinbarung an die Vorgaben der InstitutsVergV zuzustimmen. Gerade im Arbeitsrecht dürfte dies jedoch der Ausnahmefall sein. Bei Organmitgliedern bestehen zwar grundsätzlich weitergehende Treuepflichten als im Arbeitsverhältnis. Organe sind unter anderem verpflichtet sind, Schäden von der Gesellschaft fernzuhalten.¹² Offenbar ausgehend von dieser Treuepflicht wird in der Literatur teilweise vertreten, Organe könnten sich einer Anpassung ihrer Verträge auf die bankaufsichtsrechtliche Vergütungsregulatorik nicht verweigern, da den Regelungen der InstitutsVergV die Überzeugung zugrunde liegt, dass ein nicht verordnungskonformes Vergütungssystem Anreize für die Eingehung schädlicher Risiken bietet.¹³ Eine derart weitgehende Pflicht, einer Anpassung von Vergütungsbestimmungen zuzustimmen, dürfte jedoch nicht bestehen.¹⁴ Anders kann sich diese Situation darstellen, wenn sich ein Institut in der Krise befindet und Anpassung der Vergütung vornehmen möchte, die erforderlich sind, um den Bestand des Unternehmens sicherzustellen.¹⁵

b) Ausübung bestehender Widerrufs- und Freiwilligkeitsvorbehalte

Sind Mitarbeiter nicht dazu bereit, einen Änderungsvertrag zur Anpassung der Vergütungsvereinbarung abzuschließen, kommt nur eine einseitige Vertragsänderung durch das Institut in Betracht. Ein mögliches Mittel hierzu bietet die Berufung auf wirksam vereinbarte Widerrufs- oder Freiwilligkeitsvorbehalte. Hieran stellt die Rechtsprechung strenge Anforderungen. Bei Boni oder anderen Sonderzahlungen, die im unmittelbaren Gegenseitigkeitsverhältnis zur Arbeitsleistung stehen, lassen sich Freiwilligkeitsvorbehalte regelmäßig nicht wirksam vereinbaren.¹⁶ Soweit ein Widerrufsvorbehalt überhaupt vertraglich vereinbart ist, erfordert die Ausübung das Vorliegen eines Sachgrundes.¹⁷ Es ist unseres Erachtens zwar grundsätzlich denkbar, dass auch die Änderung der Regelungen der InstitutsVergV einen solchen Sachgrund darstellt. Allerdings dürften hierzu lediglich die Neuerungen geeignet sein, bei deren Umsetzung das Institut keinen eigenen Gestaltungsspielraum mehr hat.

Widerrufs- und Freiwilligkeitsvorbehalte stellen daher wenig taugliche Instrumente zur Anpassung bestehender Verträge an die neue InstitutsVergV dar. Institute sind gut beraten, die Wirksamkeit eines vereinbarten Widerrufs- oder Freiwilligkeitsvorbehalts im Einzelfall genau zu prüfen, bevor sie sich gegenüber dem betroffenen Mitarbeiter hierauf berufen.

c) Änderungskündigung

Eine Änderungskündigung erlaubt es Arbeitgebern, in den Grenzen, die das Kündigungsschutzgesetz vorgibt, bestehende Arbeitsbedingungen einseitig abzuändern (§ 2 KSchG). Die Änderungskündigung ist eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit gleichzeitigem Ange-

bot, das Arbeitsverhältnis zu geänderten Bedingungen fortzusetzen. Für Änderungskündigungen zur Anpassung der Vergütung gelten allerdings besonders strenge Anforderungen. In der Praxis ist die Änderungskündigung daher nur sehr eingeschränkt ein geeignetes Mittel, um Vergütungsregelungen in Arbeitsverträgen anzupassen.

Eine Änderungskündigung dürfte im Regelfall auch kein taugliches Instrument zur Anpassung bestehender Dienstverträge mit Organmitgliedern an die neuen Vorgaben der InstitutsVergV sein. Zwar sind die strengen Kündigungsschutzvorschriften nicht zugunsten von Organmitgliedern anwendbar. Allerdings ist bei den typischerweise befristet abgeschlossenen Dienstverträgen von Organmitgliedern eine Änderungskündigung nur möglich, wenn ausdrücklich ein Kündigungsrecht vereinbart wurde. Die Änderungskündigung stellt gegenüber Organmitgliedern eine Beendigungskündigung dar unter gleichzeitigem Angebot eines neuen, geänderten Vertrags. Es muss daher stets damit gerechnet werden, dass das Organmitglied das neue Vertragsangebot nachverhandelt oder sogar ablehnt und die Beendigung akzeptiert. Letzteres kann vor allem bei am Markt gesuchten Leistungsträgern der Fall sein, insbesondere wenn für den Fall der vorzeitigen Kündigung des Dienstvertrages eine Abfindung vereinbart wurde. Darüber hinaus müssen die Institute auch bei Organmitgliedern die vertraglich vereinbarten Kündigungsfristen beachten.

d) Störung der Geschäftsgrundlage

Ein weiteres denkbare Mittel zur Anpassung bestehender Vergütungsvereinbarungen kann im Einzelfall die Berufung auf eine Störung der Geschäftsgrundlage sein (§ 313 BGB). Auch wenn der in der Rechtsprechung des BAG – ohne jegliche Begründung – postulierte Vorrang der Änderungskündigung gegenüber einer Anpassung nach § 313 BGB vor dem Hintergrund der unterschiedlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen der beiden Rechtsinstitute zweifelhaft ist¹⁸, dürfte im Regelfall eine Berufung auf die Störung der Geschäftsgrundlage unseres Erachtens ausscheiden.

Nach dem Grundsatz der Störung der Geschäftsgrundlage kann eine Partei die Anpassung des Vertrags verlangen, wenn sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert haben und ihr ein Festhalten am unveränderten Vertrag daher nicht zugemutet werden kann (§ 313 Abs. 1 BGB). Die InstitutsVergV verlangt allerdings nur, dass das Institut auf eine Anpassung bestehender Verträge, die der InstitutsVergV entgegenstehen, hinwirkt. Dabei muss das Institut, wie gezeigt, nur Maßnahmen zur Anpassung der Vergütungsvereinbarung ergreifen, die rechtlich unproblematisch oder mit geringem Risiko verbunden sind. Daraus folgt unseres Erachtens, dass ein Festhalten an der bestehenden Vergütungsvereinbarung nicht per se unzumutbar für das Institut ist. Würde man bereits aus der Verpflichtung auf eine Vertragsanpassung hinzuwirken (§ 14 InstitutsVergV), von einer generellen Unzumutbarkeit am Festhalten an der vertraglichen Vereinbarung nach

12 Vgl. nur Spindler, in: MüKo-AktG, 3. Aufl. 2008, § 76 Rn. 14.

13 Vgl. Diller/Arnold, ZIP 2011 837, 845.

14 Vgl. hierzu auch Lunk/Stolz, NZA 2010, 121, 123 f. m. w. N. aus der Rechtsprechung.

15 So auch richtigerweise Lunk/Besenthal, NZG 2013, 1010, 1014 m. w. N.; instruktiv hierzu auch OLG Düsseldorf, 2.12.2011 – 16 U 19/10, GmbHR 2012, 332.

16 Vgl. BAG, 25.5.2007 – 5 ARZ 627/06, BB 2007, 1900; weitergehend wohl BAG, 30.7.2008 – 10 AZR 606/07, BB 2008, 2465; zusammenfassend Reinfelder, NZA 2014, 10, 12.

17 BAG, 11.10.2006 – 5 AZR 721/05, BB 2007, 109; BAG, 19.12.2006 – 9 AZR 294/06, BB 2007, 1624; BAG, 13.4.2010 – 9 AZR 113/09, BB 2010, 1096; BAG, 20.4.2011 – 5 AZR 191/10, BB 2011, 2364; BAG, 21.3.2012 – 5 AZR 651/10, NZA 2012, 616.

18 Vgl. BAG, 8.10.2009 – 2 AZR 235/08, NZA 2010, 465; BAG, 12.1.2006 – 2 AZR 126/05, BB 2006, 1115, 1117.

§ 313 Abs. 1 BGB ausgehen, würde sich das Risiko einer Vertragsanpassung vom Institut auf den Arbeitnehmer verschieben. Dies käme einer Eingriffsbefugnis in bestehende Verträge nahe. Eine solche will die InstitutsVergV aber gerade nicht verleihen.¹⁹ Es müssen daher, das Vorliegen der übrigen Voraussetzungen des § 313 Abs. 1 BGB vorausgesetzt, noch weitere Umstände hinzutreten, die es dem Institut unzumutbar machen, im Einzelfall an dem unveränderten Vertrag festzuhalten.

3. Pflicht zur Anpassung der Vergütung für die Vergangenheit?

Rechtsverhältnisse und Ansprüche unterliegen grundsätzlich dem im Zeitpunkt ihrer Entstehung gültigen Recht. Vergütungsansprüche, die noch im Jahr 2013 entstanden und damit verdient, aber noch nicht ausbezahlt sind, unterliegen daher der InstitutsVergV in der im Jahr 2013 geltenden Fassung.

Die InstitutsVergV setzt bestehende Vergütungsvereinbarungen auch nicht außer Kraft. § 14 InstitutsVergV verpflichtet das Institut nur, auf eine Anpassung bestehender Verträge hinzuwirken. Diese Verpflichtung betrifft nach unserer Ansicht nur eine Anpassung für die Zukunft, nicht für die Vergangenheit. Auch insoweit lässt die Neuregelung der InstitutsVergV bis zum 31.12.2013 bereits entstandene Vergütungsansprüche unberührt.

Für die Überprüfung und Überwachung von unter Geltung der bisherigen InstitutsVergV entstandener Ansprüche ist der ab dem 1.1.2014 vorgesehene Vergütungsbeauftragte zuständig. Denn es wird wohl kaum argumentiert werden können, der Verordnungsgeber habe mit der Abschaffung des Vergütungsausschusses eine Lücke in der Vergütungs-Governance herbeiführen wollen.

Variable Vergütungen, die auf mehrere Jahre gestreckt und im Jahr 2013 nur in Aussicht gestellt werden, auf die aber noch keine Anwartschaft und noch kein Anspruch besteht²⁰, sind im Jahr 2013 zwar noch nicht verdient. Eine Verpflichtung, etwaige Anpassungen auf die neue InstitutsVergV vorzunehmen, besteht unserer Ansicht nach aber auch für die zurückbehaltenen Teile der variablen Vergütung nicht. Denn die Voraussetzungen für die Zurückbehaltung der variablen Vergütung wurden nach zu diesem Zeitpunkt geltenden Recht vereinbart und müssen sich daher weiter nach den damals geltenden Regelungen der bisherigen Fassung der InstitutsVergV richten. Die gegenteilige Auffassung hätte zur Konsequenz, dass bei jeder Änderung der Regelungen zur Zurückbehaltung variabler Vergütung die vereinbarten Voraussetzungen sämtlicher in den Vorjahren zurückbehaltenen variabler Vergütungen angepasst werden müssten. Dies war unserer Auffassung nach jedoch nicht Intention des Verordnungsgebers.²¹

4. Beteiligung des Betriebsrats

Institute, bei denen ein Betriebsrat²² gebildet ist, müssen bei der Anpassung der Vergütungssysteme zwingende Beteiligungsrechte des Betriebsrats beachten.²³

Wird der Betriebsrat bei der Anpassung der Vergütungssysteme übergangen, kann er das Vorhaben erheblich behindern, z. B. indem er vor dem Arbeitsgericht eine Unterlassungsverfügung erwirkt.²⁴ Eine frühzeitige Beteiligung des Betriebsrats bereits im Planungsstadium kann Konflikte vermeiden und die Umsetzung erleichtern.

Bestehende Betriebsvereinbarungen müssen die betroffenen Institute erforderlichenfalls anpassen, soweit sie den Vorgaben der Instituts-

VergV entgegenstehen. Dies gilt auch für freiwillige Betriebsvereinbarungen über Vergütungsfragen, die nicht der zwingenden Mitbestimmung unterliegen. Denn nach § 14 InstitutsVergV haben Institute darauf hinzuwirken, dass Betriebsvereinbarungen, die mit der Verordnung nicht vereinbar sind, angepasst werden.²⁵ Zwischen zwingend mitbestimmten und freiwilligen Betriebsvereinbarungen unterscheidet § 14 InstitutsVergV nicht. Betroffene Institute sollten zunächst eine einvernehmliche Änderung der entgegenstehenden Betriebsvereinbarungen mit dem Betriebsrat versuchen. Dabei ist der Betriebsrat unseres Erachtens grundsätzlich verpflichtet, an einer Anpassung bestehender Betriebsvereinbarungen mitzuwirken.²⁶

In der Literatur wird vertreten, dass das Institut erforderlichenfalls von der Möglichkeit Gebrauch machen müsse, Betriebsvereinbarungen mit nicht verordnungskonformen Regelungsgehalt zu kündigen, um erforderliche Umsetzungen neu zu verhandeln oder im Falle eines Scheiterns der Verhandlungen im Einigungsstellenverfahren²⁷ zu erwirken.²⁸ Aus der Praxis ist indes zu vernehmen, dass die BaFin es auch als hinreichendes „Hinwirken“ ansieht, wenn das Institut nachweist, dass sich die Betriebsräte auch nach mehreren Informations- und Verhandlungsrunden einer Anpassung der betrieblichen Regelungen verweigern. Eine Kündigung wird aber zumindest dann nicht erforderlich sein, wenn bereits in den Arbeitsverträgen abweichende Regelungen zur variablen Vergütung vereinbart wurden, die für den Mitarbeiter günstiger sind als die mit dem Betriebsrat neu zu verhandelnden Bestimmungen. Denn in diesem Fall wird es nicht entscheidend darauf ankommen, dass die Regelungen der Betriebsvereinbarung angepasst werden, sondern es müssen primär die arbeitsvertraglichen Regelungen geändert werden, es sei denn die Arbeitsverträge sind selbst betriebsvereinbarungsoffen gestaltet.

Gerade beim Thema Vergütung und den regulatorischen Gestaltungen kommt es typischerweise zu schwierigen Verhandlungen zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber. Wer im Rahmen einer vorausschauend

19 Vgl. Diller/Arnold, ZIP 2011, 837, 841.

20 Vgl. Auslegungshilfe zu § 5 InstitutsVergV.

21 Praktisch wird diese Frage wohl nicht virulent werden, da die Neufassung der InstitutsVergV nicht zu signifikanten Änderungen der Voraussetzungen für die Zurückbehaltung variabler Vergütungen geführt hat.

22 Im Folgenden beschränken wir unsere Ausführungen zur besseren Lesbarkeit auf Betriebsräte und Betriebsvereinbarungen. Für Personalräte und Dienstvereinbarungen gilt das gesagte jedoch sinngemäß.

23 Z. B. nach § 80 BetrVG, § 87 Abs. 1 Nr. 10 und Nr. 11 BetrVG. Der Verordnungsgeber hat das Mitbestimmungsrecht für die Regelungen der InstitutsVergV nicht eingeschränkt. Vielmehr hat der Verordnungsgeber in Ziff. A, Allgemeiner Teil, der Auslegungshilfe ausdrücklich vorgesehen, dass Beteiligungsrechte der Arbeitnehmervertretungen durch die InstitutsVergV nicht berührt werden. Nach § 87 Abs. 1 BetrVG Eingangssatz bestehen die Mitbestimmungsrechte nach § 87 Abs. 1 BetrVG aber nur, soweit eine gesetzliche oder tarifliche Vorgaben nicht besteht; vgl. *Kania*, in: Erfurter Kommentar, 13. Aufl. 2013, § 87 Rn. 11; zu gesetzlichen Regelungen im Sinne des § 87 Abs. 1 BetrVG Eingangssatz zählen auch materielle Gesetze wie z. B. Rechtsverordnungen, BAG, 25.5.1982 – 1 AZR 1073/79, DB 1982, 2712. Unseres Erachtens bestehen Mitbestimmungsrechte der Betriebsratsgremien daher nicht, wenn die InstitutsVergV dem Institut keinen Gestaltungsspielraum bei der Umsetzung der regulatorischen Vorgaben zubilligt.

24 Ggf. sogar im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes.

25 Nach § 10 InstitutsVergV a. F. war noch unklar, ob Institute auf eine Anpassung bestehender Betriebs- bzw. Dienstvereinbarungen hinwirken müssen. Die herrschende Auffassung ging hiervon jedoch auch nach alter Rechtslage aus. § 14 Abs. 1 Nr. 2 InstitutsVergV n. F. verpflichtet Institute nun ausdrücklich dazu, auf die Anpassung entgegenstehender Betriebs- bzw. Dienstvereinbarungen hinzuwirken. Die Tarifautonomie bleibt hingegen weiterhin unangetastet, § 1 Abs. 3 InstitutsVergV.

26 § 80 BetrVG berechtigt den Betriebsrat nicht nur dazu, darüber zu wachen, dass der Arbeitgeber die zu Gunsten der Arbeitnehmer geltenden Gesetze und Verordnungen einhält. Auch der Betriebsrat ist grundsätzlich an Recht und Gesetz gebunden. Im Rahmen der vertrauensvollen Zusammenarbeit mit dem Arbeitgeber darf sich der Betriebsrat Gesprächen über eine Anpassung bestehender Betriebsvereinbarungen an die neuen Vorgaben der InstitutsVergV auch nicht kategorisch versperren.

27 Nach § 76 BetrVG.

28 Vgl. Diller/Arnold, ZIP 2011, 837, 840.

beratenen Gestaltung Vorsorge getroffen hat, kann Änderungen freilich mit erheblich geringerem Zeit- und Ressourcenaufwand umsetzen. In unserer Beratungspraxis empfehlen wir beispielsweise, detaillierte Regelungen zur Beschleunigung von Änderungen aufgrund regulatorischer Neuerungen zu vereinbaren. Hierzu zählt beispielweise die Einrichtung einer ständigen Einigungsstelle. Bei betriebsvereinbarungsoffenen ausgestalteten Arbeitsverträgen lässt sich etwa die Deckelung der variablen Vergütung mithilfe einer mit dem Betriebsrat abgeschlossenen Betriebsvereinbarung implementieren.

IV. Folgen einer unzureichenden Umsetzung der neuen Anforderungen

Unterlässt es ein Institut, die geänderten Anforderungen der InstitutsVergV im Unternehmen umzusetzen oder kommt es seiner Verpflichtung nur unzureichend nach, kann dies negative Folgen für das Institut haben.

Insbesondere kann die BaFin gegenüber Instituten und ihren Geschäftsleitern zur Erfüllung ihrer Aufgaben Anordnungen treffen.²⁹ So kann die BaFin anordnen, dass Ansprüche auf Gewährung variabler Vergütungsbestandteile, die einem angemessenen, transparenten und auf nachhaltige Entwicklung ausgerichteten Vergütungssystem widersprechen, ganz oder teilweise nicht ausgezahlt werden dürfen und gegebenenfalls erlöschen (§ 45 Abs. 5 S. 5 und S. 6 KWG). Eine solche Anordnung darf richtigerweise aber nur ergehen, wenn unzureichende Eigenmittel bzw. unzureichende Liquidität zumindest zu erwarten ist und eine von der BaFin gesetzte Frist zur Behebung dieser Mängel verstrichen ist. Eine solche Anordnung richtet sich zwar grundsätzlich gegen das Institut, hat aber zur Folge, dass auch die betroffenen Arbeitnehmer keine Rechte aus vertraglichen Vereinbarungen über variable Vergütung herleiten können, soweit die vertraglichen Vereinbarungen solchen Anordnungen entgegenstehen (§ 45 Abs. 5 S. 12 KWG).

Soweit Institute verpflichtet sind, den Status der Umsetzung der Anforderungen der InstitutsVergV zu veröffentlichen, kann eine unzureichende Umsetzung auch eine nicht zu unterschätzende negative Außenwirkung erzeugen.

V. Zusammenfassung

Mit der neuen Instituts-Vergütungsverordnung hat der Verordnungsgeber eine Reihe wichtiger Änderungen normiert. Diese werden eine Umstellung bestehender Verträge und Regelungen zur Vergütung von Geschäftsleitern und Mitarbeitern erforderlich machen. Hierfür stehen den Instituten die allgemeinen arbeitsrechtlichen Instrumente zur Verfügung. Sowohl an eine rechtswirksame Änderungskündigung als auch an den Wegfall der Geschäftsgrundlage stellt die Rechtsprechung hohe Anforderungen. Als Mittel zur Anpassung werden eine Änderungskündigung oder eine Berufung auf einen Wegfall der Geschäftsgrundlage nach derzeitiger Rechtsprechung daher nur in Einzelfällen in Betracht kommen. Arbeitgeber, die in den bestehenden Verträgen keine vertragliche Anpassungsmöglichkeit wie etwa einen wirksamen Widerrufsvorbehalt normiert haben, werden daher regelmäßig eine einvernehmliche Anpassung versuchen müssen, d.h. sie müssen sich mit dem Mitarbeiter einigen. Die Anpassung von Altverträgen und Betriebsvereinbarungen setzt in jedem Fall eine profunde Kenntnis sowohl der bankaufsichtsrechtlichen als auch der arbeitsrechtlichen Rahmenbedingungen voraus.

Andreas Zürn ist Rechtsanwalt und Senior Associate im Münchener Büro der internationalen Sozietät Hogan Lovells. Er berät deutsche und angloamerikanische Unternehmen zu allen Aspekten des individuellen und kollektiven Arbeitsrechts.



Dr. Wolf-Tassilo Böhm ist Rechtsanwalt und seit 2012 als Associate am Frankfurter Standort der internationalen Sozietät Hogan Lovells tätig. Er berät Unternehmen bei arbeits- und datenschutzrechtlichen Fragen, Compliance und internen Ermittlungen.



²⁹ Diese haben die Rechtsnatur eines Verwaltungsakts, vgl. *Groehler*, RdA 2011, 287, 290.

BAG: Young Professionals – altersbedingte Benachteiligung eines Bewerbers

BAG, Urteil vom 24.1.2013 – 8 AZR 429/11

Volltext des Urteils: [BB-ONLINE BBL2014-1274-1](#)
unter [www.betriebs-berater.de](#)

LEITSATZ DES KOMMENTATORS

Ein Indiz für eine Benachteiligung wegen des Alters ist gegeben, wenn der Arbeitgeber in einer Stellenausschreibung für ein Traineeprogramm „Hochschulabsolventen/Young Professionals“ sucht und die Stellenausschreibung ausdrücklich an „Berufsanfänger“ richtet.

AGG §§ 3, 6, 7, 10, 15, 22; ZPO §§ 253, 520, 522, 551; ArbGG §§ 61b, 66, 72; KSchG § 1 Abs. 3

SACHVERHALT

Die Parteien streiten über eine Entschädigung wegen einer unzulässigen Diskriminierung und einen Anspruch auf Unterlassung von Benachteiligungen. Die Beklagte betreibt als Körperschaft des öffentlichen Rechts eine Klinik.

Vom 7.4. bis 29.4.2009 ließ die Beklagte in Zeitungen Stellenanzeigen veröffentlichen, in denen es u.a. heißt: „Die C hat in den kommenden Jahren einen relevanten Bedarf an Nachwuchsführungskräften. Um diesen zu decken, gibt es ein spezielles Programm für Hochschulabsolventen/Young Professionals:

Trainee-Programm an der C („Ctrain“)