

Oktober 2010 / Gesellschaftsrecht

Neue aufsichtsrechtliche Anforderungen für Vergütungssysteme in Banken und Versicherungen

Auf die folgenden Quellen wird in dieser Mandanteninformation Bezug genommen:

- Gesetz über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an die Vergütungssysteme von Instituten und Versicherungsunternehmen, BGBl. I/2010, S. 950 sowie dessen Gesetzesentwurf, veröffentlicht BT-Drs. 17/1291 vom 31. März 2010.
- Verordnung über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an Vergütungssysteme von Instituten („**InstitutsVergV**“), BGBl. I/2010, S. 1374.
- Verordnung über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an Vergütungssysteme im Versicherungsbereich („**VersVergV**“), BGBl. I/2010, S. 1379..
- BaFin Rundschreiben 22/2009, Anforderungen an die Vergütungssysteme von Instituten.
- BaFin Rundschreiben 23/2009, Anforderungen an Vergütungssysteme im Versicherungsbereich.
- Empfehlung der Kommission vom 30. April 2009 zur Regelung der Vergütung von Mitgliedern der Unternehmensleitung börsennotierter Gesellschaften, 2009/385/EG („**EU-Empfehlung für börsennotierte Gesellschaften**“)
- Empfehlung der Kommission vom 30. April 2009 zur Vergütungspolitik im Finanzdienstleistungssektor, 2009/384/EG („**EU-Empfehlung für den Finanzdienstleistungssektor**“).
- Richtlinienentwurf vom 7. Juli 2010 der Europäischen Union zur Änderung der Richtlinien 2006/48/EG und 2006/49/EG im Hinblick auf die Eigenkapitalanforderungen für Handelsbuch und Weiterverbriefung und im Hinblick auf die aufsichtliche Überprüfung der Vergütungspolitik („**Richtlinienentwurf**“), Nummer Kom(2009)0363 – C7-0096/2009 – 2009/0099(COD).

A. Entwicklungen auf internationaler und nationaler Ebene

Seit der Finanzmarktkrise stehen die Vergütungsregelungen von börsennotierten Gesellschaften im Allgemeinen und von Finanz- und Kreditinstituten im Besonderen im Fokus der Politik. Durch das VorstAG (vgl. hierzu unsere Mandantenmitteilung aus dem August 2009) hatte der Gesetzgeber zunächst branchenunabhängige Vorgaben an die Vergütung von Vorstandsmitgliedern in der AG eingeführt. Diese werden nun für die Vergütungssysteme in Banken und Versicherungen erheblich verschärft.

Besondere Regelungen zur Vergütung im Finanzdienstleistungssektor ergaben sich zuvor bereits aus den Grundsätzen zur Finanzmarktstabilisierung, den sog. „Principles for Sound Compensation Practices – Implementation Standards“ („**FSB-Standards**“). Diese Grundsätze wurden vom „Financial Stability Board“ („**FSB**“) entwickelt, der in Reaktion auf die Finanzmarktkrise von den G20-Staaten einberufen wurde. Die Umsetzung dieser Grundsätze im deutschen Recht erfolgte in mehreren Stufen:

- Ein Teil der deutschen Kreditinstitute und Versicherungsunternehmen verpflichtete sich bereits im Dezember 2009 im Rahmen einer Selbstverpflichtungserklärung zur eigenverantwortlichen Einhaltung der FSB-Standards.
- Ende Dezember 2009 konkretisierte die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht („**BaFin**“) die in den FSB-Standards niedergelegten Grundsätze für das deutsche Recht und veröffentlichte in den Rundschreiben 22/2009 (BA) und 23/2009 (VA) Anforderungen an Vergütungssysteme von Instituten und Versicherungsunternehmen.

- Am 27.7.2010 trat dann das Gesetz über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an die Vergütungssysteme von Instituten und Versicherungsunternehmen in Kraft. Dieses wird seit dem 12.10.2010 durch Verordnungen des Bundesfinanzministeriums für Finanzen („BMF“) zu aufsichtsrechtlichen Anforderungen an Vergütungssysteme von Instituten und im Versicherungsbereich (InstitutsVergV/VersVergV) ergänzt.

Auf europäischer Ebene veröffentlichte die Kommission im April 2009 zwei Empfehlungen, eine zu der Vergütung von Unternehmensleitern von börsennotierten Gesellschaften und eine weitere zur Vergütungspolitik im Finanzdienstleistungssektor. Unmittelbar bevor steht darüber hinaus eine Ergänzung der Banken- (2006/48/EG) und der Eigenkapitalrichtlinie (2006/49/EG) um aufsichtsrechtliche Anforderungen an die Vergütungspolitik von Finanzdienstleistungsunternehmen. Diese soll in Teilen bereits ab dem 1.1.2011 gelten.

B.

Das Gesetz über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an Vergütungssysteme

I. Vorgaben an die Vergütungsstruktur

Die vom Gesetz selbst festgelegten Anforderungen an die Vergütungssysteme von Banken und Versicherungen bleiben recht allgemein: § 25a Abs. 1 Nr. 4 KWG n.F. und § 64b VAG n.F. verlangen, dass Vergütungssysteme *transparent* und *auf eine nachhaltige Entwicklung des Instituts ausgerichtet sein müssen*. Die Festlegung näherer Anforderungen wird dem Ordnungsgeber überlassen.

Das Gesetz erweitert den sachlichen und personellen Anwendungsbereich der bereits bestehenden (aktienrechtlichen) Vorgaben: Die besondere Regelungen für Banken und Versicherungen gelten rechtsformunabhängig für alle Unternehmensformen, die in den jeweiligen Anwendungsbereich des KWG und des VAG fallen. Zudem gelten die Anforderungen nicht nur für Geschäftsleiter, sondern für alle Mitarbeiter, insbesondere für sog. „Risk Taker“ (dazu sogleich). Bei Versicherungsunternehmen sind zusätzlich auch die Aufsichtsratsmitglieder erfasst (§ 64b Abs. 1 VAG).

II. Sanktionsbefugnisse

Eine zentrale Neuerung sieht das Gesetz auf Rechtsfolgenebene vor: Gem. § 45 Abs. 1 S. 1 Nr. 4

KWG bzw. § 81b Abs. 1a VAG kann die BaFin nunmehr die Auszahlung variabler Vergütungsbestandteile untersagen oder auf einen Anteil des Jahresergebnisses beschränken. Ein solcher Eingriff setzt voraus, dass das Unternehmen im Fall der Auszahlung der Vergütungen wegen fehlenden Eigenmitteln nicht mehr die aufsichtsrechtlichen Anforderungen erfüllt oder zu befürchten ist, dass das Unternehmen die Anforderungen zukünftig nicht mehr erfüllen wird.

Diese Eingriffsbefugnis der BaFin ist auch in vertraglichen Vereinbarungen mit den Geschäftsleitern und Mitarbeitern zu berücksichtigen. Gem. § 34 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 KWG bzw. § 81b Abs. 1a VAG können aus vertragliche Vereinbarungen, die eine variable Vergütung ohne Vorbehalt eines Eingriffs der BaFin gewähren, keine Rechte abgeleitet werden.

III. Zeitliche Geltung der Neuregelungen

Die Vorschriften des Gesetzes sind ab seinem Inkrafttreten (27.7.2010) auf die Vergütungssysteme von Unternehmen anzuwenden. Die Gesetzesbegründung verweist weitergehend darauf, dass die Neufassung auch für solche Verträge gelten soll, welche *vor dem Inkrafttreten des Gesetzes* geschlossen wurden. Nach der Regierungsbegründung soll Bestandsschutz nur für bereits gezahlte Vergütungsbestandteile gelten; in diese soll nachträglich nicht mehr eingegriffen werden können.

C.

Die Rechtsverordnungen des BMF

Seit dem 12.10.2010 sind nunmehr sowohl die Verordnung über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an Vergütungssysteme von Kredit- und Finanzdienstleistungsinstituten (**InstitutsVergV**) als auch die Verordnung über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an Vergütungssysteme im Versicherungsbereich (**VersVergV**) in Kraft getreten. Referentenentwürfe für beide Verordnungen hatte das BMF Ende Mai an beteiligte Verbände versandt; insbesondere die InstitutsVergV hat gegenüber der Fassung des Referentenentwurfs noch erhebliche Änderungen erfahren. Die Verordnungen basieren zwar auf ihren Vorgängerregelungen, den BaFin-Rundschreiben 22/2009 (BA) und 23/2009 (VA), gehen aber zum Teil wesentlich über diese hinaus.

I. InstitutsVergV

Wie bereits das BaFin-Rundschreiben 22/2009 (BA) unterscheidet die InstitutsVergV zwischen allgemeinen Anforderungen an Vergütungssysteme (§ 3 In-

stitutsVergV), die von allen Kredit- und Finanzdienstleistungsinstituten im Sinne des § 1 Abs. 1b KWG eingehalten werden müssen, und besonderen Anforderungen an Vergütungssysteme von bedeutenden Instituten (§§ 5, 6 und 8 InstitutsVergV).

In § 2 enthält die InstitutsVergV einen Katalog von Begriffsbestimmungen. So werden neben dem Begriff der „Vergütung“ auch die der „Vergütungssysteme“, „Vergütungsparameter“ und „Erfolgsbeiträge“ nunmehr legal definiert. Dies gilt auch für die Begrifflichkeiten der „variablen“ und „fixen Vergütung“. Die variable Vergütung wird als der Teil der Vergütung definiert, deren Gewährung oder Höhe im Ermessen des Instituts steht oder vom Eintritt vereinbarter Bedingungen abhängt. Zur variablen Vergütung i.S. der InstitutsVergV zählen auch jegliche ermessensabhängige Leistungen zur Altersversorgung.

1. Allgemeine Anforderungen

a) Angemessenheit der Vergütungssysteme

Im Mittelpunkt der allgemeinen Anforderungen an die Vergütungssysteme steht deren Angemessenheit. Nach § 3 Abs. 3 InstitutsVergV sind Vergütungssysteme insbesondere dann angemessen, wenn Anreize zur Eingehung unverhältnismäßig hoher Risiken vermieden werden und die Vergütungssysteme nicht der Überwachungsfunktion der Kontrolleinheiten zuwiderlaufen.

aa) Unzulässige Anreize zur Eingehung unverhältnismäßig hoher Risiken

Die InstitutsVergV definiert zwei Fälle, in denen insbesondere ein unzulässiger Anreiz zur Eingehung unverhältnismäßig hoher Risiken gegeben ist.

Dies soll zum einen dann der Fall sein, wenn eine signifikante Abhängigkeit der Geschäftsleiter oder Mitarbeiter von der variablen Vergütung besteht (§ 3 Abs. 4 S. 1 Nr. 1). In diesem Zusammenhang bestimmt § 3 Abs. 5 InstitutsVergV zudem, dass variable und fixe Vergütungsbestandteile in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen müssen. Dies sei der Fall, wenn einerseits keine signifikante Abhängigkeit von der variablen Vergütung bestehe, andererseits die variable Vergütung aber einen wirksamen Verhaltensanreiz setzen kann. Wann ein Mitarbeiter jedoch von seiner variablen Vergütung abhängig ist, wird in der InstitutsVergV nicht weiter ausgeführt. EU-Empfehlung 4.2 für den Finanzdienstleistungssektor (und EU-Empfehlung 3.1 für börsennotierte Gesellschaften) konkretisiert ein an-

gemessenes Verhältnis dahingehend, dass der feste Vergütungsbestandteil einen ausreichend hohen Teil der Gesamtvergütung ausmachen soll, so dass das Finanzinstitut eine in jeder Hinsicht flexible Bonuspolitik betreiben kann. Es soll insbesondere in der Lage bleiben, einen Bonus vollständig oder teilweise einzubehalten ohne dass hierdurch existentielle Gefahren für ihre Mitarbeiter entstünden. Auch die Begründung des Referentenentwurfs zur InstitutsVergV stellt maßgeblich auf diesen Gesichtspunkt ab.

Eine weitreichende Neuerung gegenüber den bisherigen Anforderungen besteht darin, dass § 3 Abs. 5 InstitutsVergV zudem jedes Institut dazu verpflichtet, eine **angemessene Obergrenze für das Verhältnis zwischen fixer und variabler Vergütung** festzulegen. Diese Regelung war im Referentenentwurf zur InstitutsVergV noch nicht enthalten und gehen zurück auf eine entsprechende Regelung im Richtlinienentwurf (Anhang V, Ziff. 23 lit. I).

Keine ausdrückliche Regelung enthält die InstitutsVergV darin, wer die für das Institut geltende Obergrenze festlegt. Das aktienrechtliche Kompetenzgefüge erfordert, dass der Aufsichtsrat für die Vergütung des Vorstands und damit auch für die Festlegung einer angemessenen Obergrenze zwischen fixer und variabler Vergütung i.S.v. § 3 Abs. 5 InstitutsVergV zuständig ist. Dagegen ist, wie auch § 3 Abs. 1 S. 1 InstitutsVergV klarstellt, die Geschäftsleitung für die Ausgestaltung der Vergütung der Mitarbeiter zuständig. Kompetenzrechtlich müssen Aufsichtsrat und Geschäftsleitung jeweils gesondert über die geltenden Obergrenzen entscheiden. Diese können übereinstimmen, müssen dies aber nicht. Die gleichen Kompetenzfragen stellen sich im Übrigen für die nach § 3 Abs. 11 InstitutsVergV in den Organisationsrichtlinien des Instituts festzulegenden „Grundsätzen zu den Vergütungssystemen“.

Unzulässig sind zudem gem. § 3 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 InstitutsVergV einzelvertraglich begründete Ansprüche auf Leistungen bei Beendigung der Tätigkeit, auf die trotz individueller negativer Erfolgsbeiträge ein der Höhe nach unveränderter Anspruch besteht. Hintergrund dieser Regelung waren die z.T. erheblichen Abfindungsforderungen, die ausgeschiedene Vorstände oder Mitarbeiter vor Gericht gegen ihre im Rahmen der Finanzkrise nur durch staatliche Stützungsmaßnahmen geretteten Institute durchzusetzen versuchten. Nach ihrem Wortlaut erfasst die Regelung allerdings jegliche, im Fall der Beendigung der Tätigkeit gewährte Leistungen und hat damit eine deutlich überschießende Tendenz. Daher hatte der zentrale Kreditausschuss im Vorfeld empfohlen,

die Regelung auf „bedeutende Ansprüche“ zu begrenzen. Dies wirft die Frage auf, ob auch in ihrer Höhe gerechtfertigte und sachlich begründete Ausgleichs- bzw. Abfindungsleistungen unter diese Vorschrift fallen und inwieweit durch diese Regelung auch in individualvertragliche Altersversorgungsansprüche eingegriffen werden darf.

Weitere Vorgaben zur angemessenen Ausgestaltung der Vergütungssysteme enthält die InstitutsVergV nur noch für die Vergütung von Geschäftsleitern. So wiederholt § 3 Abs. 4 S. 2 und 3 InstitutsVergV die seit dem VorstAG geltenden Vorgaben des § 87 AktG zur Angemessenheit und Üblichkeit der Vorstandsvergütung. Diese gelten somit für Finanzdienstleistungsinstitute im Sinne des KWG unabhängig von Rechtsform und Börsennotierung.

bb) Berücksichtigung der Überwachungsfunktion

Eine angemessene Ausgestaltung der Vergütungssysteme verlangt nach § 3 Abs. 3 InstitutsVergV darüber hinaus, dass diese „nicht der Überwachungsfunktion der Kontrolleinheiten zuwiderlaufen“. Konkretisiert wird dieses Erfordernis in § 3 Abs. 6 InstitutsVergV. Der Gesetzgeber geht davon aus, dass man die innergesellschaftliche Kontrolle eines Unternehmens faktisch aushebelt, wenn sich die Vergütung der Kontrollorgane *maßgeblich* nach den gleichen Parametern richtet, wie diejenige der zu kontrollierenden Akteure. Die variable Vergütung muss daher für die Mitarbeiter der Kontrollorgane zu einem nicht unerheblichen Teil an anderen Vergütungsparametern ausgerichtet sein als diejenige der von ihnen zu kontrollierenden Mitarbeiter. Eine teilweise Übereinstimmung der Vergütungsparameter dürfte dagegen regelmäßig unschädlich sein.

b) Keine Aufhebung der Risikoorientierung

Nach § 3 Abs. 7 InstitutsVergV sind garantierte variable Vergütung nur noch bei Aufnahme eines Dienst- bzw. Arbeitsverhältnisses und längstens für ein Jahr zulässig. Dies entspricht den Regelungen von Ziff. 4.3 des BaFin-Rundschreibens 22/2009 und Ziff. 11 der FSB Principles. Unzulässig sind zudem Maßnahmen, durch die die Risikoorientierung der Vergütung aufgehoben oder eingeschränkt wird. Diese Verpflichtung aus § 3 Abs. 8 InstitutsVergV beruht auf Ziff. 14 der FSB Principles und war auch schon in Ziff. 5 des BaFin-Rundschreibens 22/2009 vorgesehen. § 3 Abs. 8 InstitutsVergV verpflichtet die Institute in diesem Zusammenhang auf die Einführung entsprechender Compliance Strukturen.

c) Schriftformerfordernisse/Informationspflichten

§ 3 Abs. 2 InstitutsVergV legt fest, dass die Vergütung der Geschäftsleiter abschließend im Anstellungsvertrag festgelegt werden muss. Für den Anstellungsvertrag und spätere Änderungen wird ein Schriftformerfordernis festgeschrieben. Zudem müssen sämtliche Geschäftsleiter und Mitarbeiter schriftlich über die Ausgestaltung der für sie maßgeblichen Vergütungssysteme in Kenntnis gesetzt werden (§ 3 Abs. 9 InstitutsVergV). § 3 Abs. 10 InstitutsVergV sieht darüber hinaus vor, dass die Geschäftsleitung das Verwaltungs- oder Aufsichtsorgan mindestens einmal jährlich über die Ausgestaltung der Vergütungssysteme des Instituts informiert wird.

d) Eigenmittelausstattung

§ 4 InstitutsVergV bestimmt, dass der Gesamtbetrag der variablen Vergütungen nicht die Fähigkeit des Instituts einschränken darf, eine angemessene Eigenmittelausstattung dauerhaft aufrechtzuerhalten oder wieder herzustellen. Ist dies zu befürchten, greifen die Interventionsrechte der BaFin nach § 45 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 KWG.

2. Besondere Anforderungen an Vergütungssysteme bedeutender Institute

Weitere Anforderungen werden an die Vergütungssysteme sog. „bedeutender Institute“ gestellt. Bedeutend sind gem. § 1 Abs. 2 InstitutsVergV solche Institute, deren Bilanzsumme im Durchschnitt der letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahre 10 Mrd. EUR überschritten hat *und* die in einer Risikoanalyse eigenverantwortlich festlegen, dass sie als bedeutend anzusehen sind. Eine solche Selbsteinschätzung forderte bereits das BaFin-Rundschreiben 22/2009. Die InstitutsVergV geht hierüber etwas hinaus. Institute, deren Bilanzsumme im Durchschnitt der letzten drei Geschäftsjahre 40 Mrd. EUR übersteigt, werden in der Regel als bedeutend vermutet.

In personeller Hinsicht gelten die besonderen Anforderungen des § 5 InstitutsVergV nur für Geschäftsleiter und solche Mitarbeiter des Instituts, die hohe Risiken begründen können („**Risk Taker**“). Wer dies ist, hat das Institut nach der InstitutsVergV wiederum im Rahmen einer Selbstanalyse eigenverantwortlich festzulegen. Entscheidend soll dabei die Größe des Instituts, die Art der Geschäftstätigkeit, das Geschäftsvolumen, die Höhe der Risiken und der Erträge der Organisationseinheit, aber auch die Tätigkeit des betroffenen Mitarbeiters sowie seine Stellung und die Höhe seiner bisherigen Vergütung sein.

Diese Einschätzung ist, ebenso wie die Selbsteinschätzung des Unternehmens, schriftlich, plausibel und für Dritte nachvollziehbar zu dokumentieren. Anhaltspunkte für die Einordnung von Mitarbeitern als „Risk Taker“ ergeben sich zudem aus dem Richtlinienentwurf. Dieser stellt alle Mitarbeiter, die aufgrund ihrer Gesamtvergütung in derselben Einkommensstufe wie Geschäftsleiter und „Risk Taker“ stehen, Geschäftsleitern und Risk Takern gleich.

a) Besondere Anforderungen an die Festlegung der variablen Vergütung

aa) Vergütungsparameter

§ 5 Abs. 2 Nr. 1-3 InstitutsVergV bestimmen Parameter, welche bei der variablen Vergütung von Geschäftsleitern und Risk Takern von bedeutenden Instituten im Besonderen zu berücksichtigen sind. Hierzu zählt neben dem Gesamterfolg des Instituts und dem Erfolgsbeitrag der Organisationseinheit auch der individuelle Erfolgsbeitrag. Dies entspricht der Vorgängerregelung in Ziff. 4.3 lit. a des BaFin-Rundschreibens 22/2009 bzw. folgt bereits – soweit die Geschäftsleiter zugleich Vorstände einer Aktiengesellschaft sind – aus § 87 Abs. 1 S. 1 AktG.

Der individuelle Erfolgsbeitrag ist zudem anhand von nicht-finanziellen Parametern wie der Beachtung der institutsinternen Regeln und Strategien, Kundenzufriedenheit und erlangten Qualifikationen zu messen (§ 5 Abs. 2 Nr. 2 InstitutsVergV). Zusätzlich bestimmt § 5 Abs. 2 Nr. 3 InstitutsVergV, dass die unternehmensbezogenen und – soweit möglich – individuellen Vergütungsparameter auf einen nachhaltigen Erfolg auszurichten sind.

bb) Zurückbehaltung der variablen Vergütung

Bereits die besonderen Anforderungen des BaFin-Rundschreibens 22/2009 enthielten eine Pflicht zur Zurückbehaltung eines Teils der variablen Vergütung. Diese Regelungen greift die InstitutsVergV auf und verschärft sie weiter:

Abhängig von der Stellung, den Aufgaben, der Höhe der variablen Vergütung sowie der Risiken, die ein Mitarbeiter begründet kann, dürfen *mindestens 40%* der variablen Vergütung nicht sofort ausgezahlt werden. Bei Geschäftsleitern und Mitarbeitern der diesen nachgelagerten Führungsebene erhöht sich der Anteil der zurückzubehaltenden variablen Vergütung auf 60%. Dies stellt eine Verschärfung gegenüber den bisherigen Regelungen des BaFin-Rundschreibens dar, entspricht aber den Bestim-

mungen von Ziff. 6 und 7 der FSB Principles. Diese sahen vor, dass sich der Anteil der variablen Vergütung, der zurückbehalten werden soll, und der Zurückbehaltungszeitraum selbst abhängig vom Senioritätsgrad und der Verantwortlichkeit des betroffenen Mitarbeiters festzulegen ist.

Beides hat die InstitutsVergV in ihre nunmehr in Kraft getretenen Fassung (anders noch der Referentenentwurf) aufgegriffen: So wurde nicht nur der Anteil der zurückbehaltenen variablen Vergütung bei Geschäftsleitern auf 60% erhöht, sondern auch der Zurückbehaltungszeitraum erweitert. Die Auszahlung ist nunmehr **über einen Zurückbehaltungszeitraum von mindestens drei bis fünf Jahren** zu strecken. Vorher war nur einheitlich von mindestens drei Jahren die Rede. Nach § 5 Abs. 2 Nr. 4 S. 3 InstitutsVergV soll sich die Dauer des Zurückbehaltungszeitraums am Geschäftszyklus, der Art und des Risikogehalts der betriebenen Geschäftsaktivitäten und den Tätigkeiten der jeweiligen Mitarbeiter oder Geschäftsleiter orientieren.

§ 5 Abs. 4 Nr. 4 InstitutsVergV normiert weiter, dass die *zurückbehaltene* variable Vergütung nicht schneller als zeitanteilig ausgezahlt werden darf und während des Zurückbehaltungszeitraums lediglich ein Anspruch auf fehlerfreie Ermittlung der variablen Vergütung, nicht aber auf die variable Vergütung selbst, besteht. Dies entspricht den Vorgängerregelungen im BaFin Rundschreiben 22/2009 (Ziff. 4.4 lit. d) und in den FSB Principles (Ziff. 6 und 7).

cc) Abhängigkeit zurückbehaltener und nicht zurückbehaltener Vergütungsbestandteile von einer nachhaltigen Wertentwicklung

Ziff. 4.4 lit. d) des BaFin Rundschreibens 22/2009 sah noch vor, dass der zurückbehaltene Anteil der variablen Vergütung „abhängig von der Nachhaltigkeit“ angepasst werden sollte. Diese wurde in der Praxis vielfach dahingehend gelöst, dass die Auszahlung der zurückbehaltenen Vergütung unter dem Vorbehalt der Erfüllung der Vergütungsparameter in den Folgejahren gestellt wurde und damit, im Fall ihrer Nichterfüllung, ganz oder teilweise wieder in Wegfall geraten konnte.

Die InstitutsVergV in ihrer nunmehr in Kraft getretenen Fassung (anders wiederum noch der Referentenentwurf) trennt die Regelung zur Zurückbehaltung (§ 5 Abs. 4 Nr. 4) von denen der Berücksichtigung einer nachhaltigen Wertentwicklung (§ 5 Abs. 4 Nr. 5 InstitutsVergV). Dies führt zu einem äußerst komplizierten Regelungsgeflecht: So sollen sowohl von

dem zurückbehaltenen Teil der variablen Vergütung mindestens 50 % als auch von dem **nicht zurückbehaltenen Teil der variablen Vergütung** mindestens 50 % von einer nachhaltigen Wertentwicklung des Instituts abhängen und jeweils mit einer angemessenen Frist versehen werden, nach deren Verstreichen frühestens über die so gesperrten Teile der variablen Vergütung verfügt werden darf. Diese Neukonzeption des InstitutsVergV wirft eine Vielzahl neuer Rechtsfragen auf:

So ist im Hinblick auf den zurückbehaltenen Anteil der variablen Vergütung, der nunmehr zu mindestens 50 % von der nachhaltigen Wertentwicklung des Instituts abhängig sein soll, das Verhältnis von § 5 Abs. 4 Nr. 4 zu Nr. 5 zu bestimmen. Reicht es weiterhin, die Auszahlung der zurückbehaltenen Vergütungsanteile unter den Vorbehalt der Erfüllung der Vergütungsparameter in den Folgejahren zu stellen und bei ihrer Erfüllung nach Maßgabe des gewählten Zurückbehaltungszeitraums und der zeitlichen Staffel des § 5 Abs. 4 Nr. 4 lit. a) InstitutsVergV auszuzahlen? Oder muss sich an die Zurückbehaltung dann noch eine angemessene Sperrfrist des § 5 Abs. 4 Nr. 5 InstitutsVergV anschließen? Im Hinblick auf den nicht zurückbehaltenen Anteil der variablen Vergütung, der nunmehr ebenfalls zu mindestens 50 % von der nachhaltigen Wertentwicklung des Instituts abhängen soll, stellt sich die Frage nach der praktischen Umsetzung dieser Regelung.

dd) Berücksichtigung von negativen Erfolgsbeiträgen

§ 5 Abs. 4 Nr. 6 InstitutsVergV verlangt, dass negative Erfolgsbeiträge des Geschäftsleiters bzw. des Mitarbeiters, seiner Organisationseinheit und ein negativer Gesamterfolg des Instituts die Höhe der variablen Vergütung verringern muss. Insoweit stellt sich die Frage, auf welchen Teil der variablen Vergütung sich entsprechende Verfall- oder „clawback“-Regelungen beziehen müssen. § 5 Abs. 4 Nr. 6 InstitutsVergV spricht von „der variablen Vergütung einschließlich der zurückbehaltenen Beträge nach Nummer 4, auch in Verbindung mit Nummer 5 Buchstabe a“. Trotz des weit gefassten Wortlauts ist davon auszugehen, dass von der betreffenden Regelung nur Eingriffe in den zurückbehaltenen Anteil der variablen Vergütung gedeckt sind, die bei negativen Erfolgsbeiträgen entsprechend gekürzt werden können. Eine Rückzahlung bereits ausgezahlter Beträge dürfte auf der Grundlage von § 5 Abs. 4 Nr. 6 InstitutsVergV nicht verlangt werden können.

b) Sonderregelungen für ermessensabhängige Leistungen zur Altersversorgung

§ 5 Abs. 3 und 4 InstitutsVergV enthalten Sonderregelungen für *ermessensabhängige Leistungen zur Altersversorgung*, die entweder anlässlich einer ruhestandsbedingten (Abs. 4) oder einer nicht ruhestandsbedingten (Abs. 3) Beendigung des Arbeits-, Geschäftsbesorgungs- oder Dienstverhältnisses von Geschäftsleitern oder Mitarbeitern geleistet werden. Nach der Begriffsdefinition des § 2 Nr. 4 InstitutsVergV sind dies solche Teile der variablen Vergütung, die zum Zwecke der Altersversorgung im Hinblick auf die konkret bevorstehende Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses beim Institut vereinbart werden. Diese müssen dann von einer nachhaltigen Wertentwicklung des Instituts abhängen und ihre Auszahlung ist über einen Zeitraum von **mindestens fünf Jahren** zu strecken. Bei einer nicht ruhestandsbedingten Beendigung sind zusätzlich Verfallregelungen für den Fall nicht nachhaltiger Erfolgsbeiträge vorzusehen (§ 5 Abs. 3 Nr. 3 InstitutsVergV).

c) Verpflichtung zur Einrichtung eines Vergütungsausschusses

Bedeutende Institute haben zudem nach § 6 InstitutsVergV einen beratenden Ausschuss (den sog. Vergütungsausschuss) einzurichten, der die Angemessenheit der Vergütungssysteme überwacht. Dieser Vergütungsausschuss hat nach § 5 Abs. 3 InstitutsVergV mindestens einmal jährlich der Geschäftsleitung und dem Verwaltungs- und Aufsichtsorgan einen Vergütungsbericht vorzulegen. Zudem soll dem Vorsitzenden des Verwaltungs- und Aufsichtsorgans ein direktes Auskunftsrecht gegenüber dem Vergütungsausschuss eingeräumt werden. Handelt es sich bei dem Institut um eine Aktiengesellschaft, steht ein solches unmittelbares Auskunftsrecht indes in einem gewissen Spannungsverhältnis zu der innergesellschaftlichen Kompetenzordnung.

3. Veröffentlichungspflichten

Eine wesentliche Neuregelung sind darüber hinaus die Veröffentlichungspflichten, die nach § 6 InstitutsVergV alle Institute und nach § 7 InstitutsVergV in noch weitergehender Form bedeutende Institute treffen. Danach sind auf der Internetseite des Instituts Informationen über die Ausgestaltung der Vergütungssysteme, die Zusammensetzung der Vergütungen und die Art und Weise ihrer Gewährungen sowie der Gesamtbetrag aller Vergütungen und die Anzahl der Begünstigten von variablen Vergütungen

zu veröffentlichen und mindestens einmal pro Jahr zu aktualisieren. Die Informationen sollen so detailliert sein, dass es möglich sein soll, „inhaltlich die Übereinstimmung der Vergütungssysteme mit den Anforderungen dieser Verordnung nach[zu]vollziehen“.

Bedeutende Institute haben darüber hinaus noch weitere Informationen auf ihrer Internetseite zu veröffentlichen. Hierzu zählen u.a. Informationen über die Zusammensetzung, Aufgaben und organisatorische Einbindung des Vergütungsausschusses. Außerdem ist auch über die Gewährung von garantierten variablen Vergütungen im Sinne von § 3 Abs. 7 InstitutsVergV, den Gesamtbetrag der nach § 5 Abs. 2 Nr. 4 zurückbehaltenen variablen Vergütung oder den Gesamtbetrag der nach § 5 Abs. 2 Nr. 5 von der nachhaltigen Wertentwicklung des Instituts abhängigen Vergütung zu berichten (Aufzählung ist nur beispielhaft). Dabei ist zwischen den Angaben für Geschäftsleiter und Risk Taker zu unterscheiden.

4. Anwendbarkeit der InstitutsVergV auf bestehende Vereinbarungen

Die InstitutsVergV ist zum 12. Oktober 2010 in Kraft getreten. § 10 InstitutsVergV verhält sich über eine Pflicht zur Anpassung von Vereinbarungen, die bereits vor Inkrafttreten der neuen Verordnung bestanden. Danach haben die Institute darauf hinzuwirken, dass *„die mit Geschäftsleitern und Mitarbeitern bestehenden Verträge sowie betriebliche Übungen, die mit dieser Verordnung nicht vereinbar sind, soweit rechtlich zulässig auf Grundlage einer für Dritte nachvollziehbaren fundierten juristischen Begutachtung der Rechtslage und unter Berücksichtigung der konkreten Erfolgsaussichten angepasst werden“*.

Dies entspricht im Wesentlichen der Regelung von Ziff. 6 des BaFin-Rundschreibens 22/2009. Hieraus ergibt sich einerseits für den Vorstand im Hinblick auf die Arbeitnehmer, aber andererseits auch für den Aufsichtsrat im Hinblick auf die Vergütung der Vorstandsmitglieder jeweils eine **zweistufige Prüfungspflicht**. Auf erster Stufe ist zu überprüfen, ob die bestehenden „Verträge oder betrieblichen Übungen“ – mit den Anforderungen der InstitutsVergV vereinbar sind. Ergibt die Prüfung, dass dies nicht der Fall ist, ist auf zweiter Stufe zu prüfen, ob eine Anpassung rechtlich zulässig und mit entsprechenden Erfolgsaussichten durchgesetzt werden könnte.

II. VersVergV

Ebenfalls am 12. Oktober 2010 ist die Verordnung über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an Vergütungssysteme im Versicherungsbereich („VersVergV“) in Kraft getreten. Die Anforderungen an die Vergütungssysteme entsprechen in Teilen denen der InstitutsVergV, so dass im Folgenden nur auf abweichende Regelungen eingegangen wird.

Die VersVergV soll grundsätzlich für sämtliche inländischen Erst- und Rückversicherungsunternehmen sowie Pensionsfonds, Versicherungsholdinggesellschaften, Versicherungszweckgesellschaften, gemischte Finanzholding-Gesellschaften, übergeordnete Finanzkonglomeratsunternehmen und auch Versicherungsunternehmen der betrieblichen Altersvorsorge in einem Drittstaat gelten.

Ebenso wie die InstitutsVergV unterscheidet die VersVergV zwischen allgemeinen Anforderungen, die die Vergütungssysteme der vorgenannten Versicherungsinstitute erfüllen müssen und besonderen Anforderungen, die nur bedeutende Unternehmen erfüllen müssen

1. Allgemeine Anforderungen

Die allgemeinen Anforderungen der VersVergV an die Vergütungssysteme entsprechen im Wesentlichen denen für Finanzinstitute. So sind die Versicherungsunternehmen zur Einrichtung von angemessenen Vergütungssystemen verpflichtet. Angemessen sind diese insbesondere dann, wenn sie negative Anreize vermeiden (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 VersVergV).

Bei Geschäftsleitern soll der variable Teil eine Vergütung für den aus der Tätigkeit sich ergebenden nachhaltigen Erfolg des Unternehmens darstellen (§ 3 Abs. 1 Nr. 3 VersVergV). Die variable Vergütung darf dabei nicht maßgeblich von der Gesamtbeitragseinnahme, vom Neugeschäft oder von der Vermittlung einzelner Versicherungsverträge abhängig sein. Zudem wurden auch in der VersVergV die Anforderungen des § 87 AktG übernommen, so dass diese für die Geschäftsleiter von Versicherungsunternehmen nunmehr rechtsformunabhängig gelten.

Darüber hinaus normiert § 3 Abs. 6 VersVergV, dass Geschäftsleitern und Aufsichtsratsmitgliedern in Versicherungsunternehmen keine Vergütungen im Zusammenhang mit der Vermittlung von Versicherungsverträgen gewährt werden dürfen. Gleiches gilt für Versicherungsvermittlungsunternehmen, die in erheblichem Umfang Versicherungsverträge für die

Unternehmen vermitteln. Das BMF sah hier ein Risiko, dass Geschäftsleiter durch eine davon abhängige variable Vergütung zum Aufbau eines großen Geschäftsvolumens anstatt eines soliden und nachhaltigen Bestandes verleitet werden könnten.

2. Besondere Anforderungen

Auch die VersVergV enthält einen besonderen Teil über die Anforderungen an die Vergütungssysteme von bedeutenden Unternehmen. Was ein solches ist, ist in § 1 Abs. 2 VersVergV geregelt: Erfasst sind Versicherungsunternehmen, Versicherungsgruppen oder Finanzkonglomerate, welche eine Bilanzsumme von mindestens 45 Mrd. EUR aufweisen und selbst auf Grundlage einer Risikoanalyse ihre besondere Bedeutung festlegen. Von einer besonderen Bedeutung des Instituts ist ab einer Bilanzsumme von 90 Mrd. EUR auszugehen. Unterhalb einer Bilanzsumme von 45 Mrd. EUR gelten Unternehmen als nicht bedeutend (§ 1 Abs. 2 S. 8 VersVergV).

Die besonderen Anforderungen der VersVergV gelten in personeller Hinsicht wieder für die Geschäftsleiter und für solche Mitarbeiter, die nach Selbsteinschätzung des Unternehmens aufgrund ihrer Tätigkeit einen wesentlichen Einfluss auf das Gesamtrisiko proﬁl haben (§ 4 Abs. 1 S. 1 VersVergV).

Die besonderen Anforderungen der VersVergV entsprechen im Wesentlichen denen der InstitutsVergV, bleiben aber teilweise auch hinter diesen zurück. So müssen zwar auch nach der VersVergV fixe und variable Vergütung in einem angemessenen Verhältnis stehen; eine Verpflichtung zur Bestimmung einer angemessenen Obergrenze stellt die VersVergV indes nicht auf. Auch hinsichtlich der Zurückbehaltung eines Teils der variablen Vergütung sind die Regelungen großzügiger: Ausreichend ist es, wenn mindestens 40% der variablen Vergütung nicht vor Ablauf eines *angemessenen* Zurückbehaltungszeitraums ausbezahlt werden. In der Regel soll dabei ein Zeitraum von drei Jahren als angemessen gelten. Von diesem zurückbehaltenen Teil der variablen Vergütung soll wiederum 50 % von einer nachhaltigen Wertentwicklung des Unternehmens abhängig sein (§ 4 Abs. 3 Nr. 3 VersVergV). Negative Erfolgsbeiträge werden wiederum entsprechend der InstitutsVergV erfasst und sollen nach § 4 Abs. 3 Nr. 4 VersVergV die Höhe der variablen Vergütung einschließlich der zurückbehaltenen Anteile verringern. Weitestgehend deckungsgleich sind auch die Bestimmungen zu ermessensabhängigen Leistungen zur Altersversorgung (§ 4 Abs. 5 und 6 VersVergV).

Bedeutende Versicherungsunternehmen im Sinne der VersVergV haben ebenso wie bedeutende Institute nach der InstitutsVergV einen Vergütungsausschuss zu bilden und über ihre Vergütungssysteme einmal jährlich zu berichten. Weitere Vorgaben zu diesen Veröffentlichungspflichten enthält die VersVergV nicht; anders als nach der InstitutsVergV trifft die Berichtspflicht nur bedeutende und nicht alle Unternehmen, die unter die VersVergV fallen.

3. Anwendbarkeit

Auch die VersVergV ist am 12. Oktober 2010 in Kraft getreten und gilt grundsätzlich unmittelbar. Eine Anpassung bestehender Vereinbarungen hat nach § 6 VersVerg unter den gleichen Bedingungen wie nach § 10 InstitutsVergV zu erfolgen. Die Bestimmungen sind im Wesentlichen wortgleich.

D. Entwicklungen auf europäischer Ebene

Auf europäischer Ebene steht eine Ergänzung der Banken- (2006/48/EG) und der Eigenkapitalrichtlinie (2006/49/EG) um aufsichtsrechtliche Anforderungen an die Vergütungspolitik von Finanzdienstleistungsunternehmen unmittelbar bevor. Wesentliche Änderungen ergeben sich insoweit aus einer Anpassung der bestehenden Richtlinie über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute vom 14. Juni 2006 (2006/48/EG) und Aufnahme eines gesonderten Anhangs zur Vergütungspolitik. Die Änderungsrichtlinie soll noch in diesem Jahr verabschiedet werden und in Kraft treten.

In weiten Teilen hat die InstitutsVergV den Richtlinienentwurf bereits aufgegriffen und berücksichtigt. Dies gilt etwa für die Regelungen über die Zurückbehaltung eines wesentlichen Anteils (lt. Richtlinienentwurf: 40-60 %) der variablen Vergütung, dem grundsätzlichen Verbot von garantierten variablen Vergütungen oder der Verpflichtung zur Einrichtung eines Vergütungsausschusses bei bedeutenden Finanzdienstleistungsunternehmen. Im Folgenden soll daher nur noch auf weitergehende Aspekte des Richtlinienentwurfs eingegangen werden.

I. Bestandteil der variablen Vergütung

Anhang V Ziffer 23 lit. o) des Richtlinienentwurfs sieht vor, dass „ein erheblicher Anteil, der zumindest 50 % jeder variablen Vergütung ausmacht, in Form von Aktien oder gleichwertigen Beteiligungen in Abhängigkeit von der Rechtsform des betroffenen Kreditinstituts oder mit Anteilen verknüpften Instrumen-

ten oder gleichwertigen unbaren Instrumenten“ bestehen soll. Diese Regelung geht auf das Vorstellungsbild des FSB zurück, der als variable Vergütungsbestandteile vor allem Aktien oder aktienkursorientierte Vergütungen (vgl. Ziff. 8 der FSB Principles: „*shares or share-linked instruments or, where appropriate, other non-cash instruments*“) im Blick hatte. Diese sollten so ausgestaltet sein, dass von ihnen Anreize auf eine nachhaltige Wertentwicklung (long-term value creation) ausgehen.

Entsprechende Vorgaben zu den einzelnen Bestandteilen der variablen Vergütung enthält die InstitutsVergV nicht. Sie stellt vielmehr, so auch die Vorgängerregelung der Ziff. 4.4 lit. e) des BaFin Rundschreibens 22/2009 nur auf Abhängigkeit von einer nachhaltigen Wertentwicklung des Instituts ab.

II. Vergütungen bei außerordentlicher staatlicher Unterstützung des Kreditinstituts

Die InstitutsVergV sieht keine besonderen Vergütungsvorschriften für die Kreditinstitute vor, die staatliche Unterstützungsmaßnahmen (in Deutschland: durch den SoFFin) in Anspruch nehmen. Entsprechende Einschränkungen, etwa die der Kappung von Vorstandsbezügen auf eine Fixvergütung von EUR 500.000, ergaben sich bisher aus den entsprechenden vertraglichen Vereinbarungen, mit denen die staatlichen Unterstützungsmaßnahmen gewährt wurden. Eine gesetzliche Regelung der Beschränkung der variablen Vergütung der Geschäftsleiter und der Mitarbeiter wird derzeit national höchst kontrovers diskutiert.

Der Richtlinienentwurf sieht für den Fall, dass Kreditinstitute in den Genuss außerordentlicher staatlicher Unterstützung gelangen, folgende Regelungen vor:

- Die variable Vergütung bleibt als Prozentanteil der Nettoeinnahmen streng begrenzt, wenn sie mit der Wahrung einer soliden Eigenkapitalausstattung und einer frühzeitigen Beendigung der staatlichen Unterstützung nicht in Einklage steht.
- Die zuständigen Behörden verlangen von den Kreditinstituten, dass sie ihre Vergütungsstruktur neu gestalten, so dass sie mit einem soliden Risikomanagement und lang-

fristigem Wachstum in Einklang steht und unter anderem erforderlichenfalls auch die Festlegung von Obergrenzen für die Vergütung von Direktoren umfasst.

- Die Geschäftsleiter eines solchen Kreditinstituts erhalten keine variable Vergütung, sofern dies nicht gerechtfertigt ist.

III. Zuständigkeit des CEBS für die Schaffung von Leitlinien einer soliden Vergütungspolitik

Für die zukünftigen Entwicklungen ist noch entscheidend, dass der Richtlinienentwurf in Art. 22 Abs. 4 der Bankenrichtlinie (2006/48/EG) dem Ausschuss der Europäischen Bankaufsichtsbehörden (*Committee of European Banking Supervisors – CEBS*) die Kompetenz einräumt, für „Leitlinien für eine soliden Vergütungspolitik“ zu sorgen. Einen ersten Entwurf der „Guidelines on Remuneration Policies and Practices“ (CP 42) hat das CEBS am 8. Oktober 2010 vorgestellt; die Konsultationsfrist läuft noch bis zum 8. November 2010.

In den Leitlinien sollen nach Anhang V Ziff. 23 lit. I S. 3 des Richtlinienentwurfs auch Kriterien zur Ermittlung eines angemessenen Verhältnisses zwischen der festen und der variablen Komponenten der Gesamtvergütung festgelegt werden (vgl. auch § 3 Abs. 5 S. 3 InstitutsVergV). Der vorgenannte Entwurf greift diesen Auftrag in Ziff. 78-84 auf, bleibt aber noch sehr allgemein.

E. Ausblick

Der Gesetzgeber hat mit der InstitutsVergV die Regulierungsschraube im Bereich der Vergütungssysteme im Banken- und Versicherungsbereich noch einmal erheblich angezogen. Mit weiteren Regulierungen insbesondere auf europäischer Ebene ist zu rechnen. Es bleibt zu hoffen, dass Lösungen gefunden werden, die den ohnehin bereits erheblich gestiegenen Aufwand der betroffenen Institute für die Umsetzung und Kontrolle der neuen Regularien in Grenzen halten.

Diese Mandanteninformation beinhaltet lediglich eine unverbindliche Übersicht über das in ihr adressierte Themengebiet. Sie ersetzt keine rechtliche Beratung. Als Ansprechpartner zu dieser Mandanteninformation und zu Ihrer Beratung stehen gerne zur Verfügung:

**Dr. Stephan Harbarth
Mannheim**

+49 621 4257 210

stephan.harbarth@sza.de

**Dr. Marc Löbbe
Frankfurt a.M.**

+49 69 976 9601 200

marc.loebbe@sza.de

**Prof. Dr. Jochem Reichert
Frankfurt a.M./Mannheim**

+49 621 4257 209/229

+49 69 976 9601 700

jochem.reichert@sza.de

**Dr. Georg Jaeger
Mannheim**

+49 621 4257 208

georg.jaeger@sza.de

**Michaela Balke
Mannheim**

+49 621 4257 210

michaela.balke@sza.de

SZA SCHILLING, ZUTT & ANSCHÜTZ

Taunusanlage 1
D-60329 Frankfurt am Main

Telefon: + 49 (0) 69 976 9601 0
Telefax: + 49 (0) 69 976 9601 102

Otto-Beck-Str. 11
D-68165 Mannheim

Telefon: + 49 (0) 621 4257 0
Telefax: + 49 (0) 621 4257 280

WWW.SZA.DE