

Dr. Jens Jensen, RA/FAArbR/Dipl.-Finanzwirt (FH)

# Jahresverlust und variable Vergütung – Banken im Spannungsfeld zwischen Institutsvergütungsverordnung und Arbeitsrecht

In den vier Jahren ihres Bestehens hat die Institutsvergütungsverordnung nicht ein einziges Mal auch nur Erwähnung in der veröffentlichten arbeitsgerichtlichen Judikatur gefunden, was zunächst wenig überraschend erscheint, liegt der Fokus der Verordnung doch eindeutig auf dem Regulatorischen. Dass dem Arbeitsrecht vom Verordnungsgeber lediglich die Rolle eines Nebenkriegsschauplatzes zugewiesen wurde, zeigt sich nirgendwo deutlicher als beim Umgang mit variablen Vergütungen in Verlustszenarien und den damit eng zusammenhängenden staatlichen Eingriffsbefugnissen bei unzureichender Eigenmittelausstattung gemäß § 45 Abs. 2 und Abs. 5 KWG. Hier brechen Arbeitsrecht und Aufsichtsrecht ungebremst aus zwei völlig unterschiedlichen Richtungen auf die Institute herein, wie die nachfolgenden Betrachtungen zeigen.

## I. Variable, leistungsbezogene Vergütungen in Verlustsituationen

Die Rechtsprechung des primär für Sonderzahlungen zuständigen 10. Senats des Bundesarbeitsgerichts entwickelt sich im Bereich der leistungsabhängigen Vergütungen bereits seit geraumer Zeit in eine Richtung, die insbesondere dem bankenaufsichtsrechtlichen Anliegen der Sicherung einer angemessenen Liquiditäts- und Eigenkapitalausstattung, das sich in § 7 Institutsvergütungsverordnung („InstitutsVergV“) widerspiegelt, nahezu diametral entgegensteht. Nirgendwo wird die vorgenannte Situation deutlicher als beim Umgang mit leistungsbezogenen Boni bzw. variablen Vergütungen in Verlustsituationen.

### 1. Der bankenaufsichtsrechtliche Maßstab des § 7 InstitutsVergV

In der Auslegungshilfe vom 1.1.2014<sup>1</sup> ist in Bezug auf § 7 InstitutsVergV zu lesen, dass die Festsetzung eines Gesamtbetrages der variablen Vergütungen im Falle eines negativen Gesamterfolgs des Instituts, insbesondere wenn dieser mit einem Verzehr des Unternehmenswertes einhergeht, in der Regel nicht zulässig ist und dementsprechend kein Gesamtbetrag ermittelt werden darf und auch keine für eine Zuteilung vorgesehenen Mittel bereitstehen dürfen. Infolge dieser Interpretationsweise wird teilweise angenommen, dass im Falle eines ggf. auch nur minimalen Bilanzverlustes schon kein Gesamtbonuspool gebildet werden darf.<sup>2</sup>

Es darf bereits bezweifelt werden, ob eine so weit gehende Interpretation von § 7 InstitutsVergV Bestand haben kann. Grund hierfür ist, dass die Voraussetzungen von § 7 InstitutsVergV kumulativ vorliegen müssen, was insbesondere bedeutet, dass eine angemessene Eigenmittel- und Liquiditätsausstattung „dauerhaft“ aufrechtzuerhalten ist

(Nr. 2). Dieses Erfordernis kann im Falle der Bereitstellung eines Bonuspools bei einem normalen Jahresverlust unproblematisch noch erfüllt sein. Zudem hat die Deutsche Kreditwirtschaft auch zutreffend darauf hingewiesen, dass die Interpretation gemäß der Auslegungshilfe schon nicht mit § 45 Abs. 2 S. 1 Nr. 5a KWG übereinstimmt, der eine Anordnungsbefugnis nur in Fällen vorsieht, in denen die Eigenmittel des Instituts nicht den Anforderungen der zum sog. CRD IV-Paket gehörenden Kapitaladäquanzrichtlinie (Capital Requirement Regulation bzw. CRR) entsprechen, was bei Verlusten im Rahmen der normalen Geschäftstätigkeit nicht schon automatisch der Fall ist.<sup>3</sup>

Auch abseits dessen wäre es allerdings voreilig, die InstitutsVergV nebst Auslegungshilfe und Verordnungsbegründung vom 7.3.2014<sup>4</sup> als gegeben hinzunehmen und sich sklavisch allein auf die Umsetzung zu stürzen. Es sollte vielmehr zunächst kritisch hinterfragt werden, inwieweit die InstitutsVergV in der aktuellen aufsichtsbehördlichen Interpretation arbeitsrechtlich überhaupt haltbar ist.

### 2. Leistungsbezogene Sonderzahlungen in der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung

Natürlich mag die BaFin gegenüber den Instituten auf die Richtigkeit ihrer Interpretation von § 7 InstitutsVergV beharren. Spätestens aber in den Sälen der deutschen Arbeitsgerichte wird ein Institut, das seinen Mitarbeitern unter Hinweis auf einen leichten Jahresfehlbetrag die Zahlung von Boni verweigert hat, mit hoher Wahrscheinlichkeit unterliegen.

Während etwa das Landesarbeitsgericht Düsseldorf davon ausgeht, dass Erfolgsbeteiligungen wie Boni nur aus einem positiven Ertrag finanziert werden können und ein Arbeitnehmer trotz guter Mitarbeit in einer klaren, aber keineswegs existenzbedrohenden Verlustsituation keinen Bonus beanspruchen könne,<sup>5</sup> geht das Bundesarbeitsgericht hier seit dem Jahr 2013 einen anderen Weg. In seiner vielbeachteten Entscheidung vom 19.3.2014 stellte der 10. Senat fest, dass die Festsetzung eines Bonus auf „Null“ trotz Erreichung vereinbarter persönlicher Ziele bei einem „negativen Ergebnis im Rahmen normaler Schwankungsbreiten“ bereits billigem Ermessen im Sinne von § 315 Abs. 1 BGB widersprechen könne.<sup>6</sup> Dabei soll sogar ein Rechtsanspruch des einzelnen Mitarbeiters auf die Festsetzung eines Budgets, im Ergebnis also eines Gesamtbetrags aller variablen Vergütungen im Sinne von § 7 InstitutsVergV, und damit einhergehend ein Anspruch

1 Online abrufbar unter [www.bafin.de](http://www.bafin.de) (Abruf: 20.8.2014).

2 Vgl. die Stellungnahme der Deutschen Kreditwirtschaft vom 27.9.2013 zum Referentenentwurf der InstitutsVergV, S. 7 f., abrufbar unter [www.die-deutsche-kreditwirtschaft.de](http://www.die-deutsche-kreditwirtschaft.de) (Abruf: 20.8.2014); ebenso *Zürr/Böhm*, BB 2014, 1269, 1274.

3 Vgl. bereits Fn. 2.

4 Online abrufbar unter [www.bafin.de](http://www.bafin.de) (Abruf: 20.8.2014).

5 LAG Düsseldorf, 30.9.2011 – 10 Sa 119/11 sowie 10 Sa 217/11, juris.

6 BAG, 19.3.2014 – 10 AZR 622/13, BB 2014, 1396 Rn. 43.

auf eine individuelle Zahlung nur dann nicht bestehen, wenn die wirtschaftliche Lage unter Beachtung der Grundsätze billigen Ermessens eine solche Bewilligung nicht zulässt oder die individuellen Leistungen eine solche nicht rechtfertigen. Das Budget müsse dabei in Abhängigkeit von der Ertragslage eine Größenordnung erreichen, die diesen Leistungsbezug beachtet und die ausreichend ist, die durch Abschluss von Zielvereinbarungen angestrebten und tatsächlich erbrachten Leistungen angemessen zu honorieren.<sup>7</sup> Der 10. Senat deutete an, in dem konkreten Fall einen Jahresfehlbetrag in Höhe von 328 Mio. Euro (sic!) nicht als ausreichend für die Verneinung eines Bonusanspruchs für das Jahr 2011 ansehen zu wollen.<sup>8</sup>

Dies ist insofern außerordentlich pikant, als das beklagte Institut in den beiden vorherigen Geschäftsjahren nicht nur Milliardenverluste verbuchen und staatliche Finanzhilfen in Anspruch nehmen musste, sondern § 4 InstitutVergV a.F. zu beachten hatte, demzufolge der Gesamtbetrag der variablen Vergütungen nicht die Fähigkeit des Instituts einschränken darf, eine angemessene Eigenmittelausstattung dauerhaft aufrechtzuerhalten oder – in dem konkreten Fall naheliegender – wiederherzustellen. Ob bzw. inwieweit diese bankenaufsichtliche Pflicht im Rahmen der Ermessenskontrolle als Rechtfertigung für eine „Null“-Runde heranzuziehen ist, sprach der 10. Senat noch nicht einmal in einem Nebensatz an.

### 3. Ausblick in Bezug auf nicht-diskretionäre Vergütungssysteme

Die Entscheidung vom 19.3.2014 bezog sich im Wesentlichen auf ein kollektivrechtlich geregeltes Vergütungssystem, das keine starre Berechnungsformeln vorsah, sondern dem Institut eine vom betriebswirtschaftlichen Erfolg der Bank abhängige Hoheit über das zur Verfügung zu stellende Bonusbudget zuwies, auf dessen Grundlage in einem nächsten Schritt über die individuelle Bonusvergabe nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden war.

Hervorzuheben ist, dass ein solches System aus Sicht des 10. Senats auf abstrakter Ebene, die am Maßstab von Recht und Billigkeit (§ 75 Abs. 1 S. 1 BetrVG) zu messen ist, keinerlei Bedenken begegnet.<sup>9</sup> Gleichsam als Kehrseite hierzu ist dann aber eine umso rigoroser ausfallende Ausübungskontrolle in Bezug auf bestehende Ermessensspielräume vorzunehmen (s. o.).

Ob das Bundesarbeitsgericht einen Ausschluss auf variable Vergütungen in Systemen, die streng formelbasiert ohne Raum für Ermessenserwägungen sind, auch dann zulässt, wenn persönliche Leistungsvorgaben erfüllt sind, aber maximal eine rote „Null“ erwirtschaftet worden ist, bleibt abzuwarten. Insoweit ist allerdings eher Skepsis angebracht, weil auch in Bezug auf die vom BAG entschiedenen Fälle ermessensbasierter Vergütungssysteme kein zwingender Grund ersichtlich ist, den Mitarbeiter an einem Unternehmenserfolg teilhaben zu lassen, der gar nicht erst eingetreten ist.

### 4. Das Dilemma der Institute

Klar ist, dass der Verordnungsgeber bei Erlass der novellierten InstitutVergV am 16.12.2013 schwerlich eine erst später gefällte Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vorhersehen konnte. Dies soll aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass sich der 10. Senat schon im Frühjahr 2013 nahezu identisch zum Umgang mit Boni in Verlustszenarien geäußert hat.<sup>10</sup> Auch in dieser Entscheidung ging es um Bonusansprüche für ein Jahr, in welchem das betreffende Institut Milliardenverluste erlitten hatte und Staatshilfe in Anspruch nehmen muss-

te. Der 10. Senat hielt in einer solchen Sondersituation einen Null-Bonus trotz Abhängigkeit von der persönlichen Leistungen des Mitarbeiters für gerechtfertigt, deutete aber schon damals an, was er auch in seiner jüngsten Entscheidung vertritt, nämlich dass eine solche Entscheidung bei einem negativen Ergebnis im Rahmen normaler Schwankungsbreiten durchaus billigem Ermessen widersprechen könnte.<sup>11</sup>

Diese Rechtsprechung zeichnete sich in einem etwas anderen Kontext bei genauerem Hinsehen allerdings auch schon in den Jahren vor 2013 ab. So bejahte der 10. Senat bereits im Jahr 2009 unter dem Aspekt des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes einen Anspruch auf eine Sonderzahlung, die neben einer Honorierung von Betriebstreue in erster Linie freiwillig erlittene finanzielle Einbußen des Mitarbeiters im Rahmen eines Standortsicherungskonzepts kompensieren sollte, bereits dann, wenn lediglich die Betriebstreuekomponente erfüllt war.<sup>12</sup> Der 5. Senat entschied im Jahr 2010 in ganz ähnlicher Weise.<sup>13</sup> Diese Rechtsprechung ist vereinzelt auf durchaus nachvollziehbare Kritik gestoßen,<sup>14</sup> die letztlich aber kein Gehör beim BAG fand. Dies beweisen nicht zuletzt die Entscheidungen vom 19.3.2014 und vom 20.3.2013 eindrucksvoll, in denen Erwägungen zum arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz wohlgermerkt überhaupt keine Rolle gespielt haben.

Auch wenn gesetzgeberische Wertungen von den Gerichten im Rahmen der Rechtskontrolle von Ermessensentscheidungen nicht unbeachtet bleiben dürften, darf davon ausgegangen werden, dass die vorgenannten, maßgeblich von synallagmatischen Erwägungen getriebenen Rechtsprechungsgrundsätze in Arbeitsgerichtsverfahren im Zweifel ein deutlich schwereres Gewicht haben als eine Auslegungshilfe zur InstitutVergV, die im Außenverhältnis ohnehin nicht verbindlich ist, sondern nur eine einheitliche Aufsichtspraxis sicherstellen soll. Der Grund für die Einschätzung, dass in der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung aber selbst die Vorschrift des § 7 InstitutVergV unbeachtet bleiben wird, liegt auf der Hand: die Norm selbst und auch die Auslegungshilfe sind zu abstrakt gefasst. So ist etwa völlig ungeklärt, worauf für Zwecke der Ertragslage abzustellen sein soll. Auf das Ergebnis gemäß HGB? Auf das steuerliche Ergebnis? Auf das EBITDA? Ist der relevante Ertrag in Bezug auf außerordentliche Erträge oder Aufwendungen (z. B. aus der Veräußerung von Geschäftsfeldern oder Beteiligungen) zu korrigieren? Und soll für Zwecke einer angemessenen Eigenmittelausstattung zu berücksichtigen sein, ob im Verhältnis zu übergeordneten Gruppeninstituten Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge bestehen, weil ein Jahresverlust ansonsten doch eigentlich immer mit dem Verzehr des Unternehmenswertes verbunden ist?

Mit einem Ausschluss von variabler Vergütung der Höhe nach in Szenarien außerhalb staatlicher Finanzhilfen und/oder existenzbedrohender Verluste durch die Arbeitsgerichte sollte angesichts dieser Vielzahl unbeantworteter Fragen besser auch in Zukunft nicht gerechnet werden.

7 BAG, 19.3.2014 – 10 AZR 622/13, BB 2014, 1396.

8 BAG, 19.3.2014 – 10 AZR 622/13, BB 2014, 1396.

9 BAG, 19.3.2014 – 10 AZR 622/13, BB 2014, 1396, Rn. 36 ff.

10 BAG, 20.3.2013 – 10 AZR 8/12, BB 2013, 2045; s. bereits Zürn/Rappensperger/Brämwig, DB 2013, 2681, 2684.

11 BAG, 19.3.2014 – 10 AZR 622/13, BB 2014, 1396, Rn. 37.

12 BAG, 5.8.2009 – 10 AZR 666/08, BB 2010, 3096 m. BB-Komm. Spielberger; in diesem Sinne auch BAG, 13.4.2011 – 10 AZR 88/10, NZA 2011, 1047.

13 BAG, 17.3.2010 – 5 AZR 168/09, BB 2010, 1736 m. BB-Komm. Schnelle.

14 Grau/Sittard, NZA 2009, 1396, 1398 f.

## 5. Auflösung des Dilemmas über § 14 Abs. 2 InstitutsVergV

Würde sich ein Institut im Falle eines Jahresverlusts in normaler Schwankungsbreite die Auslegungshilfe zu eigen machen und Bonuszahlungen an die Belegschaft verweigern, würde es unweigerlich einer Welle von Individualklageverfahren vor den Arbeitsgerichten entgegensteuern. Dies kann schwerlich vom Verordnungsgeber gewollt gewesen sein, weil § 14 Abs. 2 InstitutsVergV (§ 10 InstitutsVergV a. F.) auch für die Ausübung von Ermessensspielräumen gemäß § 315 Abs. 1 BGB innerhalb bestehender Vergütungssysteme gelten muss. Würde ein Institut hier einen anderen Weg beschreiten, würde es sich nicht nur in juristische Abenteuer stürzen, sondern infolge einer nach den Maßstäben des 10. Senats unbilligen Ermessensausübung sehenen Auges sein Leistungsbestimmungsrecht gemäß § 315 Abs. 3 BGB an die Arbeitsgerichtsbarkeit verlieren. Aus Sicht derjenigen, die in den Instituten für das jeweilige Vergütungssystem verantwortlich sind, mag eine solche Situation unter Haftungsgesichtspunkten vielleicht begrüßenswert erscheinen; im Übrigen handelt es sich aber doch um ein Szenario, dem sich sowohl seitens der Institute als auch seitens der BaFin nichts Positives abgewinnen lassen dürfte. Dies gilt etwa deshalb, weil ein Institut bei der Bemessung eines Bonus bis an die durch die Billigkeit gekennzeichnete Grenze seines Ermessensspielraums gehen kann, während ein Arbeitsrichter gehalten ist, sich in der Mitte des zur Verfügung stehenden Ermessensspielraums zu halten.<sup>15</sup>

§ 14 Abs. 2 InstitutsVergV schreibt eine Anpassung von Vergütungssystemen auf Grundlage einer nachvollziehbaren und fundierten juristischen Begutachtung und unter Berücksichtigung der konkreten Erfolgsaussichten vor. Wenn denn – wie in Bezug auf die Rechtsprechung zum Umgang mit variabler Vergütung in Verlustszenarien – eine BaFin-getreue Auslegung der Verordnung mit hoher Wahrscheinlichkeit in nicht oder nur schwierig zu gewinnende Arbeitsgerichtsverfahren mündet, kann § 14 Abs. 2 InstitutsVergV durchaus aber auch als Rechtfertigung gelesen werden, sich in begründeten Situationen über die Auslegungshilfe hinwegzusetzen und entgegen deren Wortlaut doch variable Vergütungen auszahlen, und zwar an alle in Betracht kommenden Mitarbeiter statt nur an diejenigen, denen man die Erhebung einer Klage konkret zutraut. Einem solchen Verständnis von § 14 Abs. 2 InstitutsVergV wird wenig entgegenzusetzen sein, wiegt doch eine unmittelbare Verordnungsnorm schwerer als die Auslegungshilfe.

Die Herausforderung für die Institute besteht dann allerdings darin, variable Vergütungen lediglich in einem Umfang auszuschütten, der den synallagmatischen Vorgaben möglichst gerade noch gerecht wird, also nach arbeitsrechtlichen Maßstäben überobligatorische Zahlungen zu vermeiden. In Bezug auf diese Frage sollte sich ein Institut wiederum auf eine nachvollziehbare und juristisch fundierte Begutachtung verlassen dürfen.

## 6. Melde und Genehmigungspflichten

Meldepflichten, die auch im Kontext des Vorhabens, variable Vergütungen in einer Verlustsituation auszuzahlen, relevant sein können, sieht das KWG lediglich in den Fällen von § 24 Abs. 1 Nr. 4 (Verlust von mindestens 25 Prozent der anrechenbaren Eigenmittel), Nr. 9 (Absinken des Anfangskapitals unter die gesetzlichen Mindestanforderungen) und Nr. 16 (Änderung des Verhältnisses von bilanziellem Eigenkapital zur Summe aus der Bilanzsumme um mindestens 5 Prozent) vor.

Auch wenn eine analoge Anwendung von § 24 KWG außerhalb der vorgenannten Fälle mangels einer planwidrigen Regelungslücke grundsätzlich abzulehnen ist, werden die Institute in der Praxis wohl kaum die Auslegungshilfe zu § 7 InstitutsVergV ignorieren wollen. Dort ist zur Regel erklärt worden, was arbeitsrechtlich in Zukunft die Ausnahme bleiben dürfte, nämlich dass ein Gesamtbetrag der variablen Vergütungen im Falle eines negativen Gesamterfolges nicht ermittelt und bereitgestellt werden darf und dass ein Institut, will es von dieser – vermeintlichen – Regel abweichen, dies unter einer umfassenden und plausiblen Begründung der BaFin vorab zur Genehmigung vorzulegen hat.

Etwas anderes gilt lediglich für variable Vergütungen, die durch Tarifvertrag oder im seinem Geltungsbereich durch Vereinbarung der Arbeitsvertragsparteien über die Anwendung der tariflichen Regelungen oder aufgrund eines Tarifvertrags in einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung geregelt sind. Diese variablen Vergütungen sind von § 45 Abs. 2 S. 1 Nr. 5a und Nr. 6 KWG genauso wenig erfasst wie von der InstitutsVergV;<sup>16</sup> sie spielen in der Praxis allerdings nur eine untergeordnete Rolle.<sup>17</sup>

Auch wenn es, wie gezeigt, aus Sicht der Institute längst nicht immer um ein Abweichen-Wollen, sondern vielfach um ein dem Arbeitsrecht geschuldetes Abweichen-Müssen von der Auslegungshilfe geht, empfiehlt es sich, das Vorhaben einer Auszahlung variabler Vergütungen in Situationen, in denen trotz negativer Ertragslage eine angemessene Eigenmittelausstattung besteht, rechtzeitig an die BaFin zu melden.

Wenn diese die Auszahlung variabler Vergütungen dann unterbinden will, steht ihr jedoch lediglich die gesetzliche Anordnungsbefugnis nach § 45 Abs. 2 Nr. 5a oder Nr. 6 KWG als Reaktionsmöglichkeit zur Verfügung. Macht die BaFin von diesen Instrumenten keinen Gebrauch, gibt Antwort auf die Frage, ob variable Vergütungen auszuschütten sind, das Arbeitsrecht bzw. im Eskalationsfall ein Arbeitsrichter; Raum für eine Genehmigung der BaFin besteht entgegen der Auslegungshilfe hingegen nicht, zumal es für diese auch an einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage fehlt (Vorbehalt des Gesetzes).

## 7. Umgang mit negativen Erfolgsbeiträgen eines Mitarbeiters

Während die Arbeitsgerichte in den vorzitierten Entscheidungen mit Fällen umzugehen hatten, in denen der Mitarbeiter – in der Regel gemessen an Zielvereinbarungen – gute Leistungen erbracht hatte, der Arbeitgeber aber in wirtschaftlichen Schwierigkeiten steckte, stellt sich die Frage nach dem Umgang mit variablen Vergütungen genau im umgekehrten Fall, also wenn auf Unternehmensebene eine positive Ertragslage herrscht, der Mitarbeiter aber die in ihn gesetzten Erwartungen nicht erfüllt.

Während sich die Arbeitsgerichte mit dieser Frage wiederholt im Kontext von Kündigungsstreitigkeiten mit Low-Performern zu beschäftigen hatten,<sup>18</sup> sind Rechtsstreitigkeiten rund um erfolgsabhängige Vergütungen von Schlechtleistern bislang selten geblieben.

15 Wensing/Boensch, BB 2014, 2358, 2361 m. w. N.

16 Vgl. § 1 Abs. 3 InstitutsVergV.

17 Vgl. insbesondere § 10 Ziff. 4. des Manteltarifvertrags für das private Bankgewerbe und die öffentlichen Banken.

18 BAG, 17.1.2008 – 2 AZR 536/06, BB 2008, 1454 m. BB-Komm. Brötzmann; BAG, 3.6.2004 – 2 AZR 386/03, BB 2005, 48.

So hatte etwa der 1. Senat des Bundesarbeitsgerichts im Jahr 2011 über einen einschlägigen Fall zu entscheiden. In unmissverständlicher Weise führt er aus, dass Vergütungsbestandteile, die vom Erreichen persönlicher Ziele und dem Unternehmenserfolg abhängen, unmittelbare Gegenleistung für eine vom Arbeitnehmer zu erbringende Leistung darstellen und dass diese synallagmatische Verbindung auch nicht durch die Abhängigkeit der Höhe der variablen Erfolgsvergütung von einem Unternehmensergebnis im maßgeblichen Bezugszeitraum in Frage gestellt werde.<sup>19</sup> Diese Sichtweise wird im Ergebnis auch einhellig von der Literatur geteilt.<sup>20</sup>

Es lässt sich danach festhalten, dass die Rechtsprechung zu persönlichen positiven Erfolgsbeiträgen in Verlustsituationen nicht als Blaupause für den Umgang mit variabler Vergütung bei persönlichen negativen Erfolgsbeiträgen bei einer positiven Ertragslage eines Instituts erhalten kann. Negative Erfolgsbeiträge i. S. v. § 2 Abs. 8 InstitutsVergV können sich daher ohne weiteres auch aus arbeitsrechtlicher Sicht mindernd in Bezug auf Ansprüche auf variable Vergütung auswirken. Dies ist insofern relevant, als unter anderem hieran zu messen ist, ob das Vergütungssystem aus regulatorischer Perspektive überhaupt angemessen ausgestaltet ist oder nicht (vgl. § 5 Abs. 2 InstitutsVergV).

Im Übrigen lässt sich die arbeitsrechtliche Situation wie folgt zusammenfassen: Hängt eine Sonderzahlung neben der Leistung des Mitarbeiters von weiteren Komponenten ab, so besteht in der Regel bereits dann ein Zahlungsanspruch, wenn lediglich die Leistungskomponente erfüllt ist.<sup>21</sup>

Dieser Erkenntnis werden sich die Institute genauso stellen müssen wie letztlich auch die Bankenaufsicht.

## II. Anordnungen nach § 45 Abs. 2 und Abs. 5 KWG

Das Spannungsfeld zwischen Regulierung und Arbeitsrecht wird – wiederum in Verlustszenarien – noch an anderer Stelle relevant, nämlich wenn die BaFin von den in § 45 Abs. 2 S. 1 Nr. 5a und Nr. 6 und Abs. 5 S. 5ff. KWG geregelten Befugnissen Gebrauch macht.

Während sich die bisherigen Ausführungen mit Situationen beschäftigt haben, in denen (noch) keine staatlichen Versuche unternommen wurden, in die Gewährung der variablen Vergütung aktiv einzugreifen, stellt sich die Frage, wie die Arbeitsgerichte mit Konstellationen umgehen werden, in denen die BaFin insbesondere eine Anordnung über die Beschränkung oder gar vollständige Streichung des Jahresgesamtbetrags für variable Vergütungen erlässt (§ 45 Abs. 2 S. 1 Nr. 5a KWG) oder die vollständige oder teilweise Auszahlung variabler Vergütungsbestandteile untersagt (§ 45 Abs. 2 S. 1 Nr. 6 KWG). Die Vorschrift des § 45 Abs. 5 S. 12 KWG bestimmt insoweit, dass der Mitarbeiter in diesen Fällen aus vertraglichen Vereinbarungen – gemeint sind Individualverträge, aber auch Betriebsvereinbarungen<sup>22</sup> – keine Rechte herleiten kann.

Die beiden vorgenannten Ermächtigungsalternativen unterscheiden sich dadurch, dass im ersten Fall der für variable Vergütungen zur Verfügung stehende Gesamtbetrag von der BaFin vordefiniert wird, während im letzten Fall in Bezug auf die variablen Vergütungen lediglich eine vollständige oder teilweise Auszahlung untersagt wird, der Anspruch der Mitarbeiter im Übrigen aber zunächst fortbesteht und zu einem späteren Zeitpunkt zu erfüllen ist, sofern nicht dessen endgültiges Erlöschen gemäß § 45 Abs. 5 S. 5 KWG angeordnet wird.

Besondere Erwähnung verdient in diesem Kontext § 45 Abs. 5 S. 6 Nr. 1 KWG, der die Anordnung des endgültigen Verfalls von zunächst nur vorübergehend auszahlungsgesperrten variablen Vergütungen bereits dann zulässt, wenn diesen ein Vergütungssystem zugrunde liegt, das den aufsichtsrechtlichen Anforderungen des KWG an angemessene, transparente und nachhaltige Vergütungssysteme widerspricht. Die Erfüllung dieses Tatbestands wird angesichts seines wenig konturierten Wortlauts an besonders strengen Maßstäben zu messen sein. Insbesondere müssen aber auch hier arbeitsrechtliche Wertungen Berücksichtigung finden, droht die Zahl potentieller Anwendungsfälle für eine Anordnung gemäß § 45 Abs. 2 Nr. 6 i. V. m. Abs. 5 S. 6 KWG doch bei Aufrechterhaltung der in der aktuellen Auslegungshilfe zu § 7 InstitutsVergV niedergelegten Sichtweise, dass variable Vergütungen in Verlustszenarien nicht vorzusehen sind, auszufern.

### 1. Die Vorschrift des § 45 Abs. 5 S. 11 KWG

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage einer Umsetzung von § 45 Abs. 5 S. 11 KWG. Nach dieser Vorschrift ist insbesondere einer Anordnungsbefugnis nach § 45 Abs. 2 S. 1 Nr. 5a und Nr. 6 KWG, aber auch den in § 45 Abs. 5 S. 5ff. KWG definierten Eingriffsfällen im Verhältnis zu den Mitarbeitern in den jeweiligen Vergütungssystemen Rechnung zu tragen.

Der rechtlich sicherste Weg ist wohl darin zu sehen, sich eng am Wortlaut von § 45 KWG zu halten. Folgender Formulierungsvorschlag mag sich hier anbieten:

*Sofern die BaFin anordnet,*

- *dass die Gesellschaft den Jahresgesamtbetrag, den sie für die variable Vergütung aller Geschäftsleiter und Mitarbeiter vorsieht, auf einen bestimmten Anteil des Jahresergebnisses zu beschränken oder vollständig zu streichen hat (§ 45 Abs. 2 S. 1 Nr. 5a KWG) oder*
- *dass die Auszahlung variabler Vergütungsbestandteile bis auf weiteres zu unterbleiben hat oder auf einen bestimmten Anteil des Jahresergebnisses zu beschränken ist (§ 45 Abs. 2 S. 1 Nr. 6 KWG),*

*so gilt eine solche Anordnung auch im Verhältnis zwischen der Gesellschaft und dem Mitarbeiter.*

*Nichts anderes gilt, wenn die BaFin im Falle von § 45 Abs. 2 S. 1 Nr. 6 KWG anordnet, dass Ansprüche des Mitarbeiters auf Gewährung variabler Vergütungsbestandteile ganz oder teilweise endgültig erlöschen (§ 45 Abs. 5 S. 5 und 6 KWG), oder ein Fall von § 45 Abs. 5 S. 7 oder S. 8 (im Falle von Organmitgliedern oder Geschäftsleitern zusätzlich auch S. 9) KWG vorliegt.*

Unter dem Aspekt einer eventuellen AGB-Kontrolle sollte es mit einer solchen Formulierung genauso wenig Probleme geben wie bei einer Rechtskontrolle nach § 75 BetrVG in dem Fall einer kollektivrechtlich geregelten variablen Vergütung, weil der Maßstab für eine inhaltliche Überprüfung jeweils § 45 KWG ist, von dem nicht abgewichen wird. Die vorgenannte Klausel unterliegt bei individualrechtlich ausgestalteten Vergütungssystemen damit insbesondere keiner Inhaltskontrolle nach § 308 Nr. 4 BGB.<sup>23</sup> Einschlägig ist vielmehr unabhängig von der Höhe der betroffenen variablen Vergütung der

19 BAG, 5.7.2011 – 1 AZR 94/10, AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 139, Rn. 35.

20 Vgl. nur Lischka, BB 2007, 552, 554.

21 Ganz ähnlich Lingemann, NJW 2014, 2400, 2402; vgl. auch Wensing/Boensch, BB 2014, 2358, 2361 m. w. N.

22 Lindemann, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG, 4. Aufl. 2012, § 45 Rn. 46; so im Ergebnis auch Heuchemer/Kloft, WM 2010, 2241, 2245.

23 Vgl. Heuchemer/Kloft, WM 2010, 2241, 2245.

Maßstab der allgemeinen Vorschrift des § 307 BGB: Genauso wie im Falle von Öffnungsklauseln auf Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen<sup>24</sup> bestehen nämlich auch bei Anordnungen und Regelungen der BaFin nach Maßgabe von § 45 Abs. 2 und Abs. 5 KWG keine bzw. keine relevanten Entscheidungsspielräume des Instituts (siehe dazu sogleich).

Abseits dessen geht eine Diskussion um die Wirksamkeit einer Regelung nach Maßgabe von § 45 Abs. 5 S. 11 KWG ohnehin ins Leere, weil § 45 Abs. 5 S. 12 KWG auch dann Ansprüche der Belegschaft und Geschäftsleitung auf variable Vergütung undurchsetzbar<sup>25</sup> werden lässt, wenn das Institut der Anordnung des § 45 Abs. 5 S. 11 KWG keine oder nur unzureichende Folge leistet. Insofern kann § 45 Abs. 5 S. 11 KWG lediglich als eine Ordnungsvorschrift verstanden werden, deren Wirkung sich letztlich darauf beschränkt, bei den Mitarbeitern und Geschäftsleitern die Erkenntnis zu fördern, dass die variable Vergütung reguliert und daher auch vor staatlichen Eingriffen nicht geschützt ist. Aus diesem Grunde mag es gerade bei bestehenden Vergütungssystemen durchaus auch gangbar sein, Fälle des § 45 Abs. 2 und Abs. 5 KWG mit Hinweis auf bestehende, allgemeine Flexibilisierungsklauseln zu lösen.<sup>26</sup>

## 2. Die Umsetzung von Anordnungen und Regelungen im Verhältnis zur Belegschaft

Trifft die BaFin eine dahingehende Anordnung im Sinne von § 45 Abs. 2 S. 1 Nr. 5 KWG, dass der Jahresgesamtbetrag für variable Vergütungen lediglich einen bestimmten Anteil des Jahresergebnisses betragen darf, stellt sich für das Institut die Frage einer ordnungsgemäßen Umsetzung dieser Anordnung gegenüber der Belegschaft. Insofern wird vertreten, dass das Institut alle von der Anordnung umfassten Bestandteile ohne Differenzierung jeweils im identischen Verhältnis kürzen müsse.<sup>27</sup>

Insoweit ist zunächst sicherlich die Ausnahme zu machen, dass nach Maßstab von § 5 Abs. 6 InstitutsVergV zulässigerweise garantierte variable Vergütungen von einer solchen gleichmäßigen Kürzung schwerlich betroffen sein können, da garantierte Zahlungen auch dann in voller Höhe zu erbringen sein müssen, wenn dem Institut die Auszahlung variabler Vergütungen insgesamt untersagt worden ist.

Mit diesem Befund geht die Frage einher, ob im Falle einer Beschränkung des Auszahlungsvolumens garantierte variable Vergütungen ebenfalls aus dem zur Verteilung bereitstehenden Topf zu bedienen sind oder nicht; diese Frage ist bislang nicht beantwortet.

Sollte ein Institut von einer Anordnung oder Regelung i. S. v. § 45 Abs. 2 oder Abs. 5 KWG betroffen sein, ist zu hoffen, dass zumindest der vollziehende Bescheid gleichermaßen den Umgang mit garantierten Vergütungen als auch die Frage regelt, wie sich die Anordnung bzw. Regelung in Bezug auf die oftmals nebeneinander bestehenden Vergütungssysteme (z. B. für Vertriebsmitarbeiter, Mitarbeiter des Middle und Back Office sowie Mitarbeiter mit Altverträgen) auswirkt.

Fehlen derlei Informationen in dem betreffenden Verwaltungsakt, ist Leidtragender auch hier das Institut, das einerseits aufsichtsrechtlichen Beschränkungen ausgesetzt ist, andererseits aber auch arbeitsrechtlich alles richtig machen soll, damit die bankenaufsichtsrechtlichen Weisungen wiederum bestmögliche Wirkung entfalten können. Lässt die BaFin hier Regelungslücken, kann es zu unabsehbaren Fragestellungen kommen, auf die es keine eindeutigen Antworten gibt.

Zu nennen wäre hier etwa der Fall, dass von der Anordnung nebeneinander bestehende Vergütungssysteme mit grundlegend unterschiedlichen Ansätzen betroffen sind, so dass sich beispielsweise die – ggf. auch nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG relevante – Frage stellen kann, ob ein Anspruch auf einen ertragsunabhängigen Zielbonus eines Mitarbeiters mit einem Altvertrag im Kontext einer Auszahlungsbeschränkung eine stärkere Rechtsposition vermittelt als ein Anspruch eines Mitarbeiters auf Teilnahme an einem diskretionären Bonussystem, in Bezug auf das die Ertragslage des Instituts sehr wohl relevant ist.

## III. Fazit

Zusammenfassend lässt sich damit festhalten, dass sich bankenaufsichtsrechtliche Vorgaben mit Blick auf entgegenstehende arbeitsrechtliche Gegebenheiten teilweise schon von vornherein nicht umsetzen lassen. Nichts anderes gilt, wenn Eingriffe der BaFin auf Grundlage von § 45 KWG nicht hinreichend präzise ausfallen. Nirgendwo wird dies deutlicher als beim Umgang mit variablen Vergütungen in Verlustszenarien oder beim Fehlen einer angemessenen Eigenkapitalausstattung.

Es ist zu hoffen, dass die Bankenaufsicht insbesondere ihre Haltung zum Umgang mit Vergütungen in Verlustsituationen noch einmal überdenkt, was nicht zuletzt auch mit Blick auf die wettbewerbliche Situation begrüßenswert wäre, konkurrieren doch der InstitutsVergV unterliegende Banken in Bezug auf talentierte Mitarbeiter insbesondere auch mit Instituten aus anderen Staaten des Europäischen Wirtschaftsraums, für welche die in Rede stehenden Restriktionen – jedenfalls in dieser Schärfe – regelmäßig nicht gelten.<sup>28</sup>

**Dr. Jens Jensen** ist Partner der Kanzlei JUSTEM Rechtsanwälte in Frankfurt am Main. Er berät Arbeitgeber in individual- und kollektivrechtlichen Angelegenheiten mit einem besonderen Fokus auf die Gestaltung von Vergütungssystemen im Banken- und Finanzsektor einschließlich damit verbundener Prozessführung.



24 S. insoweit *Meinel/Kiehn*, NZA 2014, 509, 511.

25 So *Schwennicke*, in: *Schwennicke/Auerbach*, KWG, 2. Aufl. 2013, § 45 Rn. 60.

26 *Lindemann*, in: *Boos/Fischer/Schulte-Mattler*, KWG, § 45 Rn. 45.

27 *Lindemann*, in: *Boos/Fischer/Schulte-Mattler*, KWG, § 45 Rn. 36.

28 Gem. § 1 Abs. 1 S. 2 InstitutsVergV ist die Verordnung auf Zweigniederlassungen von Unternehmen mit Sitz in einem anderen Staat des Europäischen Wirtschaftsraums nach § 53b KWG nicht anzuwenden. Diese Institute unterliegen auch in Bezug auf ihre deutschen Zweigniederlassungen in aller Regel dem Aufsichtsrecht des Staats, in dem ihre Hauptniederlassung belegen ist.