universität wien

DISSERTATION

Titel der Dissertation

Die Beschränkung der variablen Vergütung von "Risikopersonal" im BWG

Ausgewählte Probleme

Verfasserin

Mag. Patricia Fischer

angestrebter akademischer Grad

Doktorin der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2013

Studienkennzahl lt. Studienblatt:	A 783 101
Dissertationsgebiet lt. Studienblatt:	Rechtswissenschaften
Betreuer:	o. Univ.-Prof. Dr. Franz Schrank

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis i

1. Einleitung 1
   1.1. Allgemeines 1
      1.1.1. Problemstellung 3
      1.1.2. Methodik 9
   1.2. Definitionen 10
      1.2.1. Variable Vergütung 10
      1.2.2. Kreditinstitut 11
   1.3. Rechtslage vor der Änderung 13
      1.3.1. Fehlen spezifischer Regelungen 13
      1.3.2. Mindestentgelt 14
      1.3.3. Begrenzung des Beurteilungszeitraumes 14
      1.3.4. Ziele 15
      1.3.5. Anspruch bei Beendigung 17
2. Ausgewählte Auslegungsfragen der Neuregelung 19
   2.1. Grundlagen 19
      2.1.1. Europarechtliche Grundlagen 19
         2.1.1.1. Empfehlung der Europäischen Kommission vom 30.4.2009 21
      2.1.2. Nationale Umsetzung - Bankwesengesetz 24
         2.1.2.1. § 39 Abs 2 BWG 24
         2.1.2.2. § 39b BWG 25
         2.1.2.3. § 39c BWG 26

2.1.2.4. § 70 Abs 4a und 4c BWG 27
2.1.2.5. § 103o BWG 28
2.2. Charakterisierung der Regelungen 30
2.2.1. Grundsätze und Zielsetzungen des Arbeitsrechts 30
2.2.1.1. Maßnahmen des Arbeitsrechts 32
2.2.1.2. Kodifikation des Arbeitsrechts 34
2.2.2. Grundsätze und Zielsetzungen des Bankrechts 35
2.2.2.1. Maßnahmen des Bankrechts 36
2.2.2.2. Kodifikation des Bankrechts 37
2.2.3. Argumentationsmöglichkeiten 38
2.2.3.1. Regelung des arbeitsrechtlichen Entgelts 38
2.2.3.2. Zielsetzung der zu Grunde liegenden Richtlinie 39
2.2.3.3. Umsetzung im Bankwesengesetz 40
2.2.3.4. Positionierung im Bankwesengesetz 41
2.2.3.5. Konvergierende Regelung im Österreichischen Corporate Governance Kodex 43
2.2.3.5.1. Corporate Governance 44
2.2.3.5.2. Konsequenz 45
2.2.3.6. Interpretation anhand arbeitsrechtlicher Zielsetzungen? 46
2.2.3.7. Geringere Schutzbedürftigkeit der betroffenen Arbeitnehmer-gruppen? 48
2.2.3.7.1. Differenzierung bezüglich Entgelt gerechtfertigt? 49
2.2.3.7.2. Betroffene Arbeitnehmer 50
2.2.4. Einstufung 52
2.2.5. Zwingendes oder nachgiebiges Recht? 54

2.2.5.1. Wortlaut....54
2.2.5.2. Inhalt....55
2.2.5.3. Zweck....57
2.2.6. Folgen abweichender Vereinbarungen....59
2.2.6.1. Günstigere vertragliche Regelung....59
2.2.6.2. Ungünstigere vertragliche Regelung....59
2.2.6.3. Günstigkeitsvergleich....60
2.2.6.4. Fehlende vertragliche Regelung....61
2.3. Anwendungsbereich....63
2.3.1. Sachlicher Anwendungsbereich....63
2.3.2. Persönlicher Anwendungsbereich....65
2.3.2.1. Unternehmen....65
2.3.2.1.1. Tochterunternehmen, die selbst Kreditinstitute sind....66
2.3.2.1.2. Tochterunternehmen, die keine Kreditinstitute sind....66
2.3.2.1.3. Andere Unternehmen....69
2.3.2.2. Mitarbeiter....69
2.3.2.2.1. Geschäftsleitung....71
2.3.2.2.2. Risikokäufer....72
2.3.2.2.3. Mitarbeiter mit Kontrollfunktionen....73
2.3.2.2.4. Mitarbeiter, die derselben Vergütungsgruppe wie die Geschäftsleitung und Risikokäufer angehören....73
2.3.2.2.5 Prüfung des Einflusses auf die Risikosituation....75
2.3.2.2.6. Aufsplittung der variablen Vergütung entsprechend der Risikoorientierung der Tätigkeiten....77
2.3.2.3. Exkurs: Aufsichtsratsmitglieder....79

2.3.2.3.1. Vergütung von Aufsichtsratsmitgliedern 79
2.3.2.3.2. Art der Vergütung 80
2.3.2.3.3. Anwendbarkeit der BWG-Vergütungsgrundsätze? 82
2.3.3. Proportionalitätsprinzip 84
2.3.3.1. Beurteilung hinsichtlich der Kreditinstitute 86
2.3.3.1.1. Größe 87
2.3.3.1.2. Organisation 89
2.3.3.1.3. Geschäfte 90
2.3.3.2. Beurteilung hinsichtlich der Mitarbeiter 91
2.3.3.2.1. Vergütung 93
2.3.3.2.2. Auswirkung auf das Risikoprofil 96
2.3.3.3. Proportionalität im Rahmen der mittelbaren Anwendbarkeit 97
2.3.4. Örtlicher Anwendungsbereich 99
2.3.4.1. Tochterunternehmen 99
2.3.4.1.1. Tochterunternehmen ausländischer Kreditinstitute im Inland 100
2.3.4.1.2. Tochterunternehmen inländischer Kreditinstitute im Ausland 102
2.3.4.1.3. Umgehungskonstruktion bei Drittstaatsmutter unternehmen 104
2.3.4.2. Zweigstellen 105
2.3.4.2.1. Zweigstellen ausländischer Kreditinstitute im Inland 106
2.3.4.2.2. Zweigstellen inländischer Kreditinstitute im Ausland 106
2.3.5. Zeitlicher Anwendungsbereich 108
2.3.5.1. Bis zum 31.12.2010 abgeschlossene Vereinbarungen 109

2.3.5.1.1. Vergütung für bis zum 31.12.2010 erbrachte Leistungen 110
2.3.5.1.2. Vergütung für ab dem 1.1.2011 erbrachte Leistungen... 112
2.3.5.1.3. Nichtzustandekommen einer einvernehmlichen Änderung 116
2.3.5.2. Ab dem 1.1.2011 abgeschlossene Vereinbarungen 117
2.4. Weitere Regelungen im Einzelnen 118
2.4.1. Mehrjähriger Betrachtungszeitraum (Z 7 lit a) 118
2.4.1.1. Auszahlung über den Betrachtungszeitraum verteilt 119
2.4.1.2. Ablauf 122
2.4.2. Verhältnis des fixen zum variablen Vergütungsanteil (Z 8) 124
2.4.2.1. Angemessenheit 124
2.4.2.2. Kriterien 127
2.4.2.3. Höchstwerte 127
2.4.3. Erfolgsmessung (Z 10) 130
2.4.3.1. Zeitlicher Aspekt 131
2.4.3.2. Ebene der Erfolgsmessung 131
2.4.3.3. Ebene der Verteilung 132
2.4.3.4. Ebene der Auszahlung 133
2.4.3.5. Aspekte und Maßnahmen der Risikoadjustierung 134
2.4.4. Mindestanteil unbarer Finanzinstrumente (Z 11) 138
2.4.4.1. Instrumente 140
2.4.4.1.1. Aktien 141
2.4.4.1.2. GmbH-Geschäftsanteile 142
2.4.4.1.3. Genossenschaftsanteile 143

2.4.4.1.4. Partizipationskapital 143
2.4.4.1.5. Ergänzungskapital 144
2.4.4.1.6. Nachrangiges Kapital 145
2.4.4.1.7. Kurzfristiges Nachrangkapital 146
2.4.4.1.8. Wandlungsfähiges hybrides Kapital 147
2.4.4.1.9. Alternative Maßnahmen 148
2.4.4.1.10. Nichtanwendung 149
2.4.4.2. Sperrfrist 150
2.4.4.3. Vorteile aus Beteiligungen bei Berechnung von Entgeltfort zahlungs- und Beendigungsansprüchen - § 2a AVRAG 153
2.4.4.4. Abgabenrechtliche Begünstigungen 156
2.4.5. Rückstellungspflicht eines Teils für mindestens fünf Jahre (Z 12) 157
2.4.5.1. Komponenten der Rückstellung 158
2.4.5.1.1. Rückstellungszeitraum 158
2.4.5.1.2. Rückstellungsquote 159
2.4.5.1.3. Zuteilungsvorgang 162
2.4.5.1.4. Abgrenzungszeitraum und Zuteilungsbeginn 162
2.4.5.2. Ex-post Risikoadjustierung (Z 12 lit a) 162
2.4.5.2.1. "Ex-post Risikoadjustierung" im eigentlichen Sinn 164
2.4.5.2.2. Finanz- und Ertragslage des Kreditinstitutes 165
2.4.5.2.3. Maßnahmen 167
2.4.5.3. Qualifikation des Erwerbsvorgangs 170
2.4.5.3.1. Vorzeitiges Ausscheiden eines Arbeitnehmers 172
2.4.6. Umgehungsverbot (Z 12 lit d) 174

2.4.7. Weitere Fragen der Umsetzung in der Praxis 176
2.4.7.1. Betriebsvereinbarung 176
2.4.7.2. Arbeitsvertrag 177
2.4.7.3. Bucheinsicht 178
2.4.7.4. Gleichbehandlung 179
2.5. Vergütungsvorschriften im Aktiengesetz 180
2.5.1. § 78 AktG vor dem Zweiten Stabilitätsgesetz 2012 180
2.5.2. § 78 AktG nach dem Zweiten Stabilitätsgesetz 2012 182
2.5.3. Fazit 184
3. Schlussbetrachtung 185
3.1. Ausblick - Aktuelle Neuerungen 185
3.1.1. Verordnung (EU) 575/2013 - CRR 187
3.1.2. RL 2013/36/EU - CRD IV-RL 189
3.1.2.1. Einschränkung der garantierten variablen Vergütung 190
3.1.2.2. Obergrenze der variablen Vergütung 191
3.1.2.3. Malus- und Rückforderungsvereinbarungen 192
3.1.3. Nationale Umsetzung 195
3.1.3.1. Einschränkung der garantierten variablen Vergütung 196
3.1.3.2. Obergrenze der variablen Vergütung 196
3.1.3.3. Malus- und Rückforderungsvereinbarungen 198
3.2. Fazit 200

Literaturverzeichnis v
Zusammenfassung xx
Abstract xxii

Abkürzungsverzeichnis

aA	anderer Ansicht
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie - Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (JGS 1811/946)
Abs	Absatz
AktG	Bundesgesetz über Aktiengesellschaften - Aktiengesetz (BGBl 1965/98)
AngG	Bundesgesetz vom 11. Mai 1921 über den Dienstvertrag der Privatangestellten - Angestelltengesetz (BGBl 1921/292)
ArbVG	Bundesgesetz vom 14. Dezember 1973 betreffend die Arbeitsverfassung - Arbeitsverfassungsgesetz (BGBl 1974/22)
ARG	Bundesgesetz vom 3. Feber 1983 über die wöchentliche Ruhezeit und die Arbeitsruhe an Feiertagen - Arbeitsruhegesetz (BGBl 1983/144)
Art	Artikel
ASoK	Arbeits- und SozialrechtsKartei
ASVG	Gesetz vom 9. September 1955 über die Allgemeine Sozialversicherung - Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (BGBl 1955/189)
AVRAG	Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (BGBl 1993/459)
AZG	Bundesgesetz vom 11. Dezember 1969 über die Regelung der Arbeitszeit - Arbeitszeitgesetz (BGBl 1969/461)
BCBS	Basel Committee of Banking Supervisors
BCBS-Bericht Oktober 2010	Consultative Document - Report on the Range of Methodologies for Risk and Performance Alignment of Remuneration des Basel Committee of Banking Supervisors
BGBl	Bundesgesetzblatt
Bsp	Beispiel
BWG	Bundesgesetz über das Bankwesen - Bankwesengesetz (BGBl 1993/532)
bzw	beziehungsweise

CEBS	Committee of European Banking Supervisors
CEBS-Leitlinien	Guidelines on Remuneration Policies and Practices des Committee of European Banking Supervisors
CRD-RL	Richtlinie 2006/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2006 über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute (Amtsblatt Nr L 177 vom 30/6/2006 S 1-200) - Capital Requirements Directive
CRD III-RL	Richtlinie 2010/76/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. November 2010 zur Änderung der Richtlinien 2006/48/EG und 2006/49/EG im Hinblick auf die Eigenkapitalanforderungen für Handelsbuch und Wiederverbriefungen und im Hinblick auf die aufsichtliche Überprüfung der Vergütungspolitik (Amtsblatt Nr L 329 vom 14/12/2010 S 3-35) - Capital Requirements Directive III
CRD IV-RL	Richtlinie 2013/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Richtlinie 2002/87/EG und zur Aufhebung der Richtlinien 2006/48/EG und 2006/49/EG (Amtsblatt Nr L 176 vom 27/6/2013 S 338-436) - Capital Requirements Directive IV
CRR	Verordnung (EU) Nr 575/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr 646/2012 (Amtsblatt Nr L 176 vom 27/6/2013 S 1-337) - Capital Requirements Regulation
C-Regelung	"Comply or Explain"-Regelung
EBA	European Banking Authority
EG	Europäische Gemeinschaft
EStG	Bundesgesetz vom 7. Juli 1988 über die Besteuerung des Einkommens natürlicher Personen - Einkommensteuergesetz 1988 (BGBl 1988/400)
EU	Europäische Union
f	folgende
ff	fortfolgende
FMA	Finanzmarktaufsichtsbehörde

FN	Fußnote
gem	gemäß
GenG	Gesetz vom 9. April 1873, über Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften - Genossenschaftsgesetz (RGBl Nr 70/1873)
GES	Zeitschrift für Gesellschaftsrecht und angrenzendes Steuerrecht
GesRZ	Der Gesellschafter - Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht
GmbHG	Gesetz vom 6. März 1906, über Gesellschaften mit beschränkter Haftung - GmbH-Gesetz (RGBl Nr 58/1906)
HGB	Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 (StF: dRGBl. S 219/1897)
idF	in der Fassung
idR	in der Regel
insb	insbesondere
InstitutsVergV	deutsche Verordnung über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an Vergütungssysteme von Instituten - Instituts-Vergütungsverordnung, 6. Oktober 2010 (BGBl I S 1374)
KV	Kollektivvertrag
KWG	Bundesgesetz vom 24. Jänner 1979 über das Kreditwesen - Kreditwesengesetz (BGBl 1979/63)
Lit	Literatur
mwN	mit weiteren Nachweisen
Nr	Nummer
oÄ	oder Ähnliches
ÖBA	Österreichisches Bankarchiv
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
RdA	Das Recht der Arbeit
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft
RL	Richtlinie
Rsp	Rechtsprechung
R-Regelung	"Recommendation"-Regelung

S	Seite
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SpG	Bundesgesetz vom 24. Jänner 1979 über die Ordnung des Sparkassenwesens - Sparkassengesetz (BGBl 1979/64)
ua	unter anderem
UGB	Bundesgesetz über besondere zivilrechtliche Vorschriften für Unternehmen - Unternehmensgesetzbuch (StF: dRGBl. S 219/1897)
va	vor allem
vgl	vergleiche
VR	Versicherungsrundschau
wbl	wirtschaftsrechtliche Blätter
Z	Ziffer
ZAS	Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
2. StabG 2012	2. Stabilitätsgesetz (BGBl I 2012/35)

1. Einleitung

1.1. Allgemeines

In der Finanzdienstleistungsbranche ist das Eingehen von Risiken wohl eine Selbstverständlichkeit, doch gilt es hier hohe, unkalkulierbare Risiken von tragbaren, alltäglichen Risiken zu unterscheiden. Besonders in der letzten Zeit hat sich gezeigt, dass die in der Finanzdienstleistungsbranche für Manager etablierten hohen Boni (mit Beurteilungszeiträumen von idR einem Jahr) zu einer übermäßig hohen Risikobereitschaft geführt haben. Gerade die jüngste internationale Finanzkrise (ab dem Jahr 2007) war zum Teil Folge des Eingehens übermäßiger Risiken durch Bankmanager - insb in den USA und England -[1], um kurzfristige Gewinne zu erzielen und die damit verbundenen Boni zu lukrieren, ohne dabei an die langfristigen Folgen zu denken. Eben diese Praxis hat - in Verbindung mit teilweise zu geringer Eigenkapitalausstattung der Kreditinstitute - langfristig zu erheblichen Verlusten der Banken und Finanzinstitute geführt.[2]

Auf europäischer Ebene gab es aus diesem Grund einen Novellierungsvorschlag der Europäischen Kommission für die Richtlinien 2006/48/EG[3] und 2006/49/EG[4], der unter anderem - neben Vorschriften zur Stärkung des Eigenkapitalanteils der Kreditinstitute - die angesprochene Vergütungspolitik im Finanzdienstleistungssektor betraf. Der Vorschlag mündete nach seiner Annahme in der Richtlinie 2010/76/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.11.2010 (Capital Requirements Directive III - CRD III-RL)[5] und wurde in Österreich im Bankwesengesetz[6] umgesetzt. Die CRD III-RL hat im Hinblick auf das sogenannte "Risikopersonal" zum Ziel, durch Schaffung angemessener Anreize

[1] *Kastner/Strau* in *Dellinger*, Bankwesengesetz - BWG, Kommentar § 39b Rz 1.
[2] 194/ME 24. GP Mat 1; vgl *Dudo von Eckardstein* in *Lutz*, Leistungslohnmodelle 4.
[3] Abl L 2006/177, 1.
[4] Abl L 2006/177, 201.
[5] Abl L 2010/329, 3.
[6] Mit BGBl I 2010/118.

im Vergütungssystem die Risikobereitschaft zu senken[7] und Belohnungen für Misserfolge zu vermeiden.

Betroffen von der neuen Regelung sind jene Mitarbeiterkategorien, deren Tätigkeit sich wesentlich auf das Risikoprofil der Kreditinstitute auswirkt, im Besonderen die Mitglieder der Geschäftsleitung, Risikokäufer, Mitarbeiter mit Kontrollfunktionen und Mitarbeiter, die derselben Vergütungsgruppe wie die Geschäftsleitung und Risikokäufer angehören und deren Tätigkeit sich wesentlich auf das Risikoprofil des Kreditinstitutes auswirkt.

In der Anlage zum neuen § 39b BWG wird etwa vorgeschrieben, dass fixe und variable Bestandteile der Gesamtvergütung in einem angemessenen Verhältnis zueinander zu stehen haben, wobei der fixe Vergütungsbestandteil so hoch sein soll, dass auch zur Gänze auf eine variable Vergütung verzichtet werden kann. Mindestens 50 % der variablen Vergütungskomponente sind in Aktien oder gleichwertigen Beteiligungen bzw Anteilen - also unbar - zu leisten, sofern diese Instrumente bei dem betreffenden Kreditinstitut ausgegeben werden.[8] Des Weiteren müssen mindestens 40 % (bei besonders hohen variablen Zahlungen 60 %) der variablen Vergütung während eines mindestens fünfjährigen Zeitraumes zurückgestellt werden und darf deren Erwerb bzw Auszahlung nur erfolgen, wenn die Finanzlage des Kreditinstitutes es erlaubt und es im Hinblick auf die Leistung der betreffenden Person (und Abteilung) gerechtfertigt erscheint. Auch soll die variable Vergütung erheblich beschränkt werden können, wenn sich die Finanzlage des Kreditinstitutes verschlechtert.

Die Übergangsbestimmung zu den oben beschriebenen Regelungen[9] legt fest, dass die Kreditinstitute und zuständigen Organe darauf hinzuwirken haben, dass bis zum 31. Dezember 2010 abgeschlossene vertragliche Vereinbarungen, soweit rechtlich zulässig, angepasst werden.

[7] 194/ME 24. GP Mat 1; AB 1001 BlgNR 24. GP 1.
[8] Gemeint ist eine sogenannte "Mitarbeiterbeteiligung".
[9] § 103o BWG.

1.1.1. Problemstellung

Mit der gegenständlich zu behandelnden Gesetzesnovelle[10] wurden europarechtliche Regelungen, jene der CRD III-RL[11], nahezu zur Gänze (schlicht) übernommen. Deshalb ist selbstverständlich fraglich, ob und inwieweit diese Neuregelungen nun mit dem österreichischen Recht, im Besonderen mit dem österreichischen Arbeits- und Zivilrecht, vereinbar sind.

Zuallererst gilt es herauszuarbeiten, ob es sich bei den gegenständlichen Regelungen des Vergütungssystems in erster Linie um arbeitsrechtliche Regelungen handelt oder doch der bankrechtliche Aspekt im Vordergrund steht. Diese Frage stellt sich insb vor dem Hintergrund, dass die Regelungen nach den in der Präambel der zugrunde liegenden CRD III-RL ausgeführten Erwägungen grundsätzlich der Stabilisierung des Bankensystems dienen sollen. Bewirkt werden soll insb, dass *"die Ausgestaltung einer variablen Vergütungspolitik gewährleistet, dass Anreize an den langfristigen Interessen des Kreditinstituts bzw. der Wertpapierfirma ausgerichtet sind und dass die Zahlungsmethoden seine bzw. ihre Eigenkapitalausstattung stärken"*[12], wobei der Finanzsektor *"als der Mechanismus, über den Finanzmittel in der Volkswirtschaft effizient zugeteilt werden"*[13], beschrieben wird. Einerseits beschäftigt sich die die österreichischen Regelungen determinierende CRD III-RL damit augenscheinlich vorrangig mit der Eigenkapitalausstattung der Kreditinstitute und den Auswirkungen auf die Volkswirtschaft. Andererseits regelt sie jedoch das Entgelt und folglich unzweifelhaft einen Teil des Arbeitsverhältnisses bestimmter Mitarbeiter der Kreditinstitute, weshalb ihr neben dem bankrechtlichen Charakter eine arbeitsrechtliche Nuancierung nicht abgesprochen werden kann. Das Ergebnis der Charakterisierung der Vergütungsregelungen kann bzw wird in weiterer Folge für die im Zusammenhang mit ihrer Anwendung auftretenden Fragen - wie etwa jener

[10] BGBl I 2010/118.
[11] Abl L 2010/329, 3.
[12] 4. Erwägungsgrund der CRD III-RL.
[13] 4. Erwägungsgrund der CRD III-RL.

nach ihrem Anwendungsbereich - von Bedeutung sein. In diesem Zusammenhang ist ausgehend von der Charakterisierung der Vergütungsregelungen auch zu untersuchen, ob die gegenständlichen Bestimmungen als - einseitig oder zweiseitig - zwingendes Recht einzustufen sind und demgemäß, ob etwa einzelvertraglich von ihnen abgegangen werden kann. Dies insb aufgrund der auf den ersten Blick fehlenden (ausdrücklichen) Sanktion für die Nichteinhaltung der Bestimmungen.[14] In weiterer Folge sind die arbeitsrechtlichen Folgen von entgegen den neuen Beschränkungen abgeschlossenen Vereinbarungen zu klären - etwa ob es hier zur Nichtigkeit oder Teilnichtigkeit der Vereinbarung kommt bzw kommen kann.

Die gesetzlichen Bestimmungen enthalten leider - wie auch schon die Richtlinie - viele unbestimmte Begriffe wie etwa den *"besonders hohen Betrag"* und *"tragbar"* im Zusammenhang mit der Finanzlage des Kreditinstituts oder *"gerechtfertigt"* im Hinblick auf die Vergütung. Dies könnte und wird wohl in der Praxis zu Unsicherheiten und möglicherweise zu Differenzen in der Anwendung der Bestimmungen und daraus resultierender Rechtsunsicherheit führen.[15] Hier sind für die Auslegung die vom Ausschuss der Europäischen Bankaufsichtsbehörden (Committee of European Banking Supervisors - CEBS) - seit 2011 Europäische Bankaufsichtsbehörde (European Banking Authority - EBA) - am 10.12.2010 veröffentlichten "Guidelines on Remuneration Policies and Practices"[16] heranzuziehen, welche Definitionen unklarer Termini für die Gewährleistung einer europaweit einheitlichen Anwendung der Vergütungsregelungen enthalten.[17] Auch die Finanzmarktaufsichtsbehörde (FMA) hat zur Erleichterung der Orientierung und der Handhabung der entsprechenden nationalen Bestimmungen ein im Einvernehmen mit der österreichischen

[14] *Marhold/Osmanovic*, Vergütungspolitik im Sektor Finanzdienstleistung - Erste Anmerkungen zu § 39b BWG, ASoK 2011, 130 (136).
[15] Vgl etwa Stellungnahme der Bundesarbeitskammer - 3/SN-194/ME 24. GP 2 f.
[16] http://www.eba.europa.eu/documents/10180/106961/Guidelines.pdf/a3ab77c9-980f-4994-b2cd-397413b77084?version=1.0 (30.10.2013).
[17] *Huang/Schmatzberger*, Neue Bestimmungen für Bonizahlungen von Kreditinstituten, ecolex 2011, 149 (149).

Nationalbank erarbeitetes Rundschreiben (im Folgenden: Rundschreiben der FMA) veröffentlicht.[18]

Im Hinblick auf den persönlichen Geltungsbereich der neuen Bestimmungen ist auch fraglich, inwieweit diese als gleichheitskonform zu beurteilen sind. Es gilt möglichst klar abzugrenzen, welche Mitarbeiter tatsächlich von den Bestimmungen betroffen sind und inwieweit. Es stellt sich in diesem Kontext die Frage, ob die Regelung des Bonusanspruches bei einem Mitarbeiter, der nur zum Teil Leistungen erbringt, die sich auf das Risikoprofil des Kreditinstitutes auswirken, aber auch solche Tätigkeiten verrichtet, die in keinem Zusammenhang damit stehen - wie etwa schlichte Verwaltungstätigkeiten - zur Gänze auf dessen Bonus anwendbar ist bzw sein sollte oder etwa nur zu einem der risikobelasteten Tätigkeit entsprechenden Teil. In diesem Zusammenhang ist natürlich auch fraglich, wo die Zäsur ist und wie diese festgestellt werden soll und kann. Im Lichte der vorstehenden Ausführungen und Fragestellungen wäre schließlich zu untersuchen, mit welchen Gründen die unterschiedliche Behandlung der von den gegenständlichen Regelungen erfassten Mitarbeiter von Kreditinstituten gegenüber jenen, deren Bonusregelung nicht dem BWG unterliegt, gerechtfertigt werden soll bzw kann und ob diese Differenzierung einer Prüfung am Maßstab des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes stand halten kann.[19]

Die neu festgelegten Vergütungsgrundsätze und -praktiken sollen gem der getroffenen Regelung *"auf der Ebene des Mutterunternehmens, der Tochterunternehmen und Zweigstellen auch in Offshore-Finanzzentren angewandt"* werden. Hier gilt es zu ermitteln, wieweit die Geltung der Vergütungsgrundsätze und -praktiken reicht - gerade im Falle ausländischer Zweigniederlassungen österreichischer Kreditinstitute und im Hinblick auf

[18] Rundschreiben der Finanzmarktaufsichtsbehörde zu §§ 39 Abs. 2, 39b und 39c BWG - Grundsätze der Vergütungspolitik und -praktiken, http://www.fma.gv.at/typo3conf/ext/dam_download/secure.php?u=0&file=8854&t=1360254327&hash=d181d9aac64576928351a9c39ab622df (30.10.2013).

[19] Eine solche Prüfung anhand des verfassungsmäßigen Gleichheitssatzes wurde in der gegenständlichen Arbeit aufgrund des Umfanges nicht vorgenommen.

etwaige nationale Regelungen, die den im österreichischen BWG festgelegten Grundsätzen widersprechen.[20]

Problematisch könnte - abhängig von der Qualifizierung des Erwerbsvorganges betreffend variable Vergütungen - zudem der mindestens fünfjährige Rückstellungszeitraum im Hinblick auf das frühere Ausscheiden der betreffenden Mitarbeiter sein. Hier könnte eventuell ein pauschal festgelegter Zielerreichungsgrad zur Lösung des Problems beitragen, anhand dessen die Leistung für die Dauer der zurückgelegten Dienstzeit unter Heranziehung bestimmter - wohl auch die einzelnen abgeschlossenen Geschäfte berücksichtigender - Kriterien (fiktiv) bewertet wird. Dies würde nach *Angermair/Kinner*[21] aber wiederum dazu führen, dass man sich von der geforderten Langfristigkeit und Nachhaltigkeit der Leistungsbewertung entfernt und tatsächlich ex ante einen gewissen Zielerreichungsgrad unterstellt. Wenn sich nun nachträglich herausstellt, dass die vereinbarten langfristigen (unternehmensbezogenen oder persönlichen) Ziele tatsächlich nicht erreicht wurden, stellt sich die Frage nach der Rückforderbarkeit eines bereits ausgezahlten Bonus, insb weil ein Rückzahlungsanspruch grundsätzlich nicht besteht, wenn ein Bonus in gutem Glauben empfangen und verbraucht wurde.[22] Auch die Tatsache, dass der Bonusanspruch nach der teilweise vertretenen Ansicht - so etwa *Peschek/Pöschl*[23] - erst bei der Endabrechnung des fünfjährigen Betrachtungszeitraums entstehen soll, stellt einen Widerspruch zur herrschenden Rsp und Praxis dar, der zufolge es idR eines höchstens einjährigen Leistungsbeurteilungszeitraumes für Boni bedarf.[24]

Die in den neuen Regelungen vorgesehenen Zurückhaltungs- und Beschränkungsmöglichkeiten der Boni im Falle der Verschlechterung der

[20] Vgl Stellungnahme des Fachverbands der Raiffeisenbanken - 9/SN-194/ME 24. GP 5; Stellungnahme des Österreichischen Raiffeisenverbandes - 10/SN-194/ME 24. GP 6.
[21] Neue Regeln für Banker-Boni: Viele Fragen bleiben offen, Der Standard 2010/50/01.
[22] *Marhold/Friedrich*, Österreichisches Arbeitsrecht[2] 171 f.
[23] Die geplanten EU-Regeln für Bonuszahlungen in Banken, ecolex 2010, 977 (979).
[24] *Peschek/Pöschl*, Die geplanten EU-Regeln für Bonuszahlungen in Banken, ecolex 2010, 977 (979).

Finanzlage des Kreditinstitutes könnten Probleme aufwerfen. Dies, weil hier unter bestimmten Voraussetzungen ein bereits erworbener Anspruch trotz Erfüllung sämtlicher Voraussetzungen und Ziele nachträglich - aus Gründen, die der Betroffene zum großen Teil nicht beeinflussen kann - wieder beseitigt werden könnte.[25] Dies deutet auf den ersten Blick auf einen Widerspruch zu zivil- und arbeitsrechtlichen Grundsätzen hin. Gerade in der Rsp zu Bonusansprüchen wird die Möglichkeit des Arbeitgebers abgelehnt, durch Ausübung eines einseitigen Gestaltungsrechts die bereits erworbenen Bonusansprüche eines Arbeitnehmers, auf die dieser schon die wesentlichen Leistungen erbracht hat, zu vernichten. Eine solche Gestaltungsmöglichkeit stelle eine grobe Verletzung rechtlich geschützter Interessen des Arbeitnehmers dar und sei deshalb sittenwidrig. An der hier möglicherweise vorliegenden Problematik der Regelung vermag auch der beigefügte Passus, die Zurückhaltung oder Beschränkung geschehe *"[u]nbeschadet allgemeiner Grundsätze des Zivil- und Arbeitsrechts"* nichts zu ändern.

Auch die zu der Gesetzesnovelle getroffene Übergangsbestimmung, die den Kreditinstituten und zuständigen Organen aufträgt, *"darauf hinzuwirken, dass bis zum 31. Dezember 2010 abgeschlossene vertragliche Vereinbarungen, soweit rechtlich zulässig, auf Grundlage einer objektiv nachvollziehbaren rechtskundigen Begutachtung der Rechtslage und unter Berücksichtigung der konkreten Erfolgsaussichten, angepasst werden"*, wirft Fragen auf. Bei der ursprünglich angedachten Formulierung dieser Übergangsbestimmung handelte es sich jedenfalls um eine Rückwirkung, die einen bereits erworbenen Anspruch beschränken sollte und angesichts dessen augenscheinlich mit den österreichischen Grundsätzen des Arbeits- und Zivilrechts in Konflikt geraten wäre.[26] Aufgrund der zahlreichen Kritik an dieser Rückwirkung in diversen

[25] *Marhold/Osmanovic,* ASoK 2011, 130 (135).
[26] 194/ME 24. GP Mat 6; AB 1001 BlgNR 24. GP 4; *Marhold/Osmanovic,* ASoK 2011, 130 (133).

Stellungnahmen[27] hat man von der ursprünglich geplanten Regelung abgelassen und wurde nun die beschriebene, weitaus umständlicher formulierte Bestimmung beschlossen. Diese beinhaltet nicht mehr die kritisierte (unmittelbare) Rückwirkung auf noch nicht ausbezahlte Bonusansprüche aus dem Geschäftsjahr 2010 (oder davor), jedoch eine "Hinwirkungspflicht" auf die Abänderung bestehender Vereinbarungen, deren tatsächlichen Umfang es erst zu bestimmen gilt. Insb ist zu klären, wieweit die den Kreditinstituten hiermit auferlegte Pflicht, Vereinbarungen für die Zukunft anzupassen, reicht und ob hier ein bloßes Bemühen ausreicht oder von bestehenden einseitigen Gestaltungsrechten Gebrauch gemacht werden muss.[28]

[27] Stellungnahme des Fachverbands der Raiffeisenbanken - 9/SN-194/ME 24. GP 1; Stellungnahme des Österreichischen Raiffeisenverbandes - 10/SN-194/ME 24. GP 1; Stellungnahme der Wirtschaftskammer Österreich - 11/SN-194/ME 24. GP 7; Stellungnahme des Österreichischen Rechtsanwaltskammertags - 13/SN-194/ME 24. GP 10.

[28] *Eypeltauer*, Änderung erfolgsabhängiger variabler Vergütungen für Mitarbeiter von Kreditinstituten, ecolex 2011, 544 (545).

1.1.2. Methodik

In meiner wissenschaftlichen Arbeit werde ich die Neuheiten, die die BWG-Novelle 2010[29] hinsichtlich Vergütungen gebracht hat, thematisieren und besonders auf etwaige Widersprüche zum bestehenden österreichischen Arbeits- und Zivilrecht sowie Probleme in der praktischen Umsetzung eingehen. Insb werde ich die gegenständlichen Regelungen analysieren, um festzustellen, ob es sich eher um solche mit arbeitsrechtlicher Zielsetzung oder doch in erster Linie mit bankrechtlichem Hintergrund handelt. Diese Charakterisierung der geschaffenen Neuregelung kann va Konsequenzen für ihre tatsächliche Wirkung im Hinblick auf bestehende Verträge mit betroffenem Bankpersonal und die Grenzen ihres Wirkungsbereichs haben.

Hierfür werden die relevanten arbeitsrechtlichen Grundsätze und Zielsetzungen herangezogen und mit Sinn und Zweck der zu charakterisierenden Regelungen in Relation gesetzt. Aus den daraus resultierenden Parallelen und Differenzen werden in weiterer Folge Aussagen über die Konsequenz für die Wirkung der Regelungen gewonnen.

In weiterer Folge werde ich auf ausgewählte Bestimmungen eingehen, diese konkret erörtern und sich durch sie allenfalls ergebende Problematiken aufzeigen.

[29] BGBl I 2010/118.

1.2. Definitionen

Bevor in die Materie eingetaucht und die Änderungen sowie die Auswirkungen der BWG-Novelle 2010[30] erörtert werden können, werden im Folgenden zum besseren Verständnis einige hierfür grundlegende Begriffe kurz definiert.

1.2.1. Variable Vergütung

Zum Entgelt zählen grundsätzlich all jene Leistungen, die der Arbeitnehmer als Gegenleistung für die durch ihn erfolgte Zurverfügungstellung seiner Arbeitskraft erhält. Diese kann in verschiedenen Formen geleistet werden, so kann man unter anderem zwischen Geld- und Naturalentgelt und auch festen bzw fixen und variablen Entgeltbestandteilen unterscheiden.

Variable Vergütungen sind nicht von der geleisteten Arbeitszeit abhängig, sondern von anderen Faktoren, wie idR Leistung und/oder Erfolg des Arbeitnehmers, und können daher - bei zeitweisem Schwanken der erbrachten Arbeitsleistung und/oder des erzielten Erfolges - variieren. Beispiele für derartige variable Vergütungsformen sind etwa Akkordlöhne[31], Provisionen[32] und Remunerationen[33].[34]

Der hier relevante und praktisch häufigste Fall des Erfolgslohnes ist die Prämie (der Bonus) - idR in Verbindung mit Zeitlohn als Grundlohn. Diese wird zusätzlich zum normalen Lohn bzw Grundlohn gewährt und stellt eine zusätzliche Vergütung für einen besonderen Erfolg dar. Anknüpfungspunkte für ihr Entstehen

[30] BGBl I 2010/118.
[31] Hier wird etwa für eine bestimmte Leistungseinheit (zB ein fertiggestelltes Warenstück) ein bestimmter Geldakkordsatz oder ein bestimmter Zeitakkordsatz, der wiederum die Geldleistung bestimmt, festgelegt.
[32] Als Beteiligung an dem für den Arbeitgeber erzielten Erfolg idR etwa in Form eines Prozentsatzes des Wertes des/der abgeschlossenen Geschäfte/s.
[33] Sonderzahlungen, die der Arbeitgeber - sei es aufgrund vertraglicher Vereinbarung oder freiwillig - zusätzlich zum "normalen" Entgelt bzw laufenden Gehalt gewährt.
[34] Ua: *Marhold/Friedrich,* Arbeitsrecht[2] 127 ff; *Tomandl/Schrammel,* Arbeitsrecht II[7] 73 ff.

und ihre Höhe können Quantität oder Qualität der Leistung des Arbeitnehmers sein, aber auch andere Werte kommen für die Bemessung in Betracht.[35] Die zu erreichenden Ziele können beispielsweise auch in Form von auf den einzelnen Arbeitnehmer heruntergebrochenen Mitarbeiterzielen und/oder Gruppenzielen (einer Gruppe von Arbeitnehmern) definiert werden.[36]

Sinn und Zweck der Vereinbarung von leistungs- und erfolgsorientierten variablen Vergütungen, insb der Prämien- bzw Bonusvereinbarungen, ist es, den Arbeitnehmer zu besserer Leistung anzuspornen und die Ziele und Interessen des Unternehmens bzw des Arbeitgebers hinsichtlich des Erfolges mit jenen des Arbeitnehmers zu homogenisieren. Der Arbeitnehmer soll motiviert und damit auch mehr an das Unternehmen bzw den Arbeitgeber gebunden werden.

Überdies wird der Leistungslohn oft als "Führungsersatz" gesehen. Um die gewünschte Leistung der Arbeitnehmer zu erhalten, ist es für den Arbeitgeber bei Vereinbarung von Leistungslohnmodellen weniger notwendig, in Führung und Kontrolle zu investieren. Vielmehr kann er seinen Arbeitnehmern durch den Leistungslohn höhere Einkommensmöglichkeiten bieten und sie so motivieren.[37]

1.2.2. Kreditinstitut

Die Definition des Begriffes "Kreditinstitut" findet sich unmittelbar in § 1 BWG. Dieser Bestimmung zufolge ist ein Kreditinstitut, *"wer auf Grund der §§ 4 oder 103 Z 5 dieses Bundesgesetzes [BWG] oder besonderer bundesgesetzlicher Regelungen berechtigt ist, Bankgeschäfte zu betreiben"*. Demgemäß ist ein Unternehmer dann zum Betreiben von Bankgeschäften[38] berechtigt, wenn er gem

[35] Ua: *Marhold/Friedrich*, Arbeitsrecht[2] 135; *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht II[7] 77 f.
[36] *Reissner* in *Tomandl/Schrammel*, Grenzen der Gestaltungsfreiheit der Arbeitsvertragsparteien 59.
[37] Vgl *Dudo von Eckardstein* in *Lutz*, Leistungslohnmodelle 1.
[38] Solche sind gem § 1 Abs 1 BWG zB Einlagengeschäfte, Girogeschäfte, Kreditgeschäfte und Depotgeschäfte.

§ 4 BWG eine Konzession der FMA beantragt und erteilt bekommen hat. Gleiches gilt, wenn er bei Inkrafttreten des BWG am 1.1.1994 nach den bis dahin geltenden gesetzlichen Bestimmungen - wie insb dem Kreditwesengesetz (KWG) - Bankgeschäfte betreiben durfte. Je nach Konzession kann die Tätigkeit des Kreditinstituts einzelne oder mehrere Bankgeschäfte oder auch nur Teilbereiche davon erfassen.[39]

Als mögliche Rechtsform von Kreditinstituten nennt § 5 Abs 1 Z 1 BWG Kapitalgesellschaften, Genossenschaften und Sparkassen.

Grundsätzlich erfasst das BWG nur Kreditinstitute mit Sitz in Österreich, es verwendet jedoch in manchen Bestimmungen auch den Begriff des Kreditinstituts *"in weiterem Sinn"*.[40] So werden etwa Kreditinstitute mit Sitz in EU-Mitgliedstaaten als *"Kreditinstitut[e] im Sinne von Art. 4 Nummer 1 der Richtlinie 2006/48/EG"*[41] bezeichnet. Kreditinstitute, die außerhalb der Mitgliedstaaten nach den Vorschriften des Sitzstaates berechtigt sind, Bankgeschäfte zu betreiben, werden als *"ausländische Kreditinstitut[e]"* bezeichnet.[42]

Ein Finanzinstitut ist - im Unterschied zum Kreditinstitut - gem § 1 Abs 2 BWG ein Unternehmen, das *kein* Kreditinstitut ist, aber dessen Haupttätigkeit(en) bestimmte im BWG aufgezählte Tätigkeiten umfasst.[43]

---

[39] Vgl § 4 Abs 2 BWG.
[40] *Borns*, Das österreichische Bankrecht[2] 5.
[41] § 2 Z 6 BWG.
[42] § 2 Z 13 BWG.
[43] zB Leasinggeschäfte, Erteilen von Handelsauskünften und Erbringung von Schließfachverwaltungsdiensten.

1.3. Rechtslage vor der Änderung

Um die Auswirkungen und Probleme der BWG-Novelle 2010[44] untersuchen und beurteilen zu können, ist es vorerst notwendig und sinnvoll, die Rechtslage und Praxis bezüglich der Gestaltung der Boni von Mitarbeitern von Kreditinstituten vor deren Inkrafttreten kurz zu erörtern. Auf die sich in Zusammenhang mit der Einführung der Vergütungsvorschriften im BWG stellenden Fragen und Problematiken wird an dieser Stelle noch nicht eingegangen - dies erfolgt an einem späteren Punkt bei der kritischen Betrachtung der einzelnen Bestimmungen. Etwaige Mitwirkungs- und Zustimmungsrechte des Betriebsrates sollen hier mangels Bedeutung für die gegebene Problemstellung außer Acht bleiben.

1.3.1. Fehlen spezifischer Regelungen

Vor dem Jahr 2011[45] gab es hinsichtlich der Vereinbarung und Ausgestaltung der Bonusansprüche von Mitarbeitern von Kreditinstituten im Allgemeinen keine spezifischen gesetzlichen Regelungen.[46] Vielmehr war für deren Beurteilung auf die allgemeinen, in der Lit und Rsp sowie auch der Praxis entwickelten Kriterien zurückzugreifen. So sind der Zulässigkeit und Ausgestaltung von Bonusvereinbarungen schon ganz allgemein Grenzen gesetzt - unabhängig von der Tätigkeit und Identität des Arbeitgebers. Hier sind etwa das jedenfalls gebührende kollektivvertragliche (bzw in manchen Branchen mindestlohn-tarifliche) Mindestentgelt, die Festlegung gewisser Beurteilungszeiträume, die möglichen heranzuziehenden Kriterien bzw Ziele sowie Ansprüche bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu nennen.

---

[44] BGBl I 2010/118.

[45] Also vor Inkrafttreten der neuen Vergütungsbestimmungen im BWG.

[46] Lediglich für Vorstandsmitglieder von Aktiengesellschaften waren in § 77 f AktG bereits bestimmte Grundsätze für die Vergütung - insbesondere deren Angemessenheit - gesetzlich vorgegeben. Siehe dazu unten unter Punkt 2.5..

1.3.2. Mindestentgelt

Die Vereinbarung von Bonusansprüchen kann naturgemäß zu Schwankungen des dem Arbeitnehmer gebührenden Entgelts führen. Wichtig für die Beurteilung der Zulässigkeit einer Bonusvereinbarung ist daher in erster Linie, dass hierdurch keinesfalls der kollektivvertragliche Mindestentgeltschutz umgangen werden darf bzw kann. Es muss dem Arbeitnehmer bei Zusammenrechnen von Grundlohn und letztlich gebührenden Bonuszahlungen zumindest das kollektivvertraglich festgelegte Mindestentgelt zukommen. Der Arbeitnehmer hat trotz der Bonusvereinbarung bzw unabhängig von einer möglicherweise nach dieser berechneten, eigentlich geringeren Bonushöhe einen Anspruch auf das kollektivvertragliche[47] Mindestentgelt und kann dieses daher auch einfordern.[48]

1.3.3. Begrenzung des Beurteilungszeitraumes

Um eine Beurteilung der Zielerreichung überhaupt ermöglichen zu können, ist es notwendig, einen gewissen Beurteilungs- bzw Beobachtungszeitraum festzusetzen, innerhalb dessen das vereinbarte Ziel bzw die vereinbarten Ziele erreicht werden sollen. Dieser beträgt in der Praxis idR ein Jahr[49], wobei hier häufig das Kalenderjahr, das Geschäftsjahr oder das Arbeitsjahr herangezogen wird. Auch kürzere Perioden von drei bis sechs Monaten kommen vor.[50]

---

[47] In Frage kommen hier zB der KV für die Angestellten der österreichischen Banken und Bankiers, der KV für die Angestellten der Raiffeisenbankengruppe und der Raiffeisen-Revisionsverbände oder der KV für die Angestellten der Volksbanken.

[48] Ua: *Marhold/Friedrich*, Arbeitsrecht[2] 137 f; *Karner* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht - System und Praxiskommentar I, Abschnitt VI 36; vgl *Schrank/Mazal*, Arbeitsrecht[4] 170; vgl *Kolm* in *Lutz*, Leistungslohnmodelle 15.

[49] Vgl ua OGH 8 ObA 127/00k Arb 12.049 = ARD 5246/17/2001 = infas 2001, A 15 = RdA 2001, 179 = RdW 2001/248; OGH 8 ObA 232/98w ARD 5031/14/99; OGH 9 ObA 234/93 ARD 4530/22/94 = ecolex 1994, 244 = infas 1994, A 92 = RdA 1994/33.

[50] *Felten*, Rechtsfolgen einer Rahmenzielvereinbarung, wbl 2009, 116 (116); *Mair/Rainer*, Zielvereinbarungen im Arbeitsverhältnis - Eine rechtliche Einordnung, ÖJZ 2007/69 (801); *Reissner* in *Tomandl/Schrammel*, Gestaltungsfreiheit 61; *Risak*, Ausgewählte Rechtsprobleme von Zielbonusvereinbarungen, Bedingung - Befristung - Entgeltfortzahlung, ZAS 2008/29 (196).

Kornbichler[51] merkt dazu jedoch zutreffend an, dass kürzere Perioden als ein Jahr aufgrund des mit der Festlegung der Ziele und der nach Ablauf des Beurteilungszeitraumes vorzunehmenden Ermittlung der Zielerreichung verbundenen Aufwandes eher unpraktikabel sind. Je länger dagegen der Beobachtungszeitraum sei, umso weniger Flexibilität habe die Gesellschaft für die Anpassung des Zielsystems an die aktuelle Situation. Auch die Frage der Berechnung des zustehenden Betrags im Falle des Ausscheidens eines Arbeitnehmers vor Ablauf des Beobachtungszeitraums - was umso wahrscheinlicher ist, je länger dieser Zeitraum ist - kann zu Problemen führen. Im Ergebnis führen unter anderem ebendiese Überlegungen wohl zum in der Praxis üblichen einjährigen Beobachtungszeitraum.[52]

1.3.4. Ziele

Für die Lukrierung des Bonus müssen gewisse Ziele festgelegt werden, deren Erreichen am Ende des Beobachtungszeitraumes beurteilt wird. Diese Ziele müssen - um letztlich deren Erreichen überhaupt erst beurteilen zu können - jedenfalls messbar sein.

Die Unterscheidung der verschiedenen Ziele kann nach unterschiedlichsten Merkmalen vorgenommen werden. Sie können einerseits quantitativer Natur sein, wie beispielsweise bestimmte betriebswirtschaftliche Kennzahlen (Gewinn, Umsatz usw), sowie erzeugnis- oder marktbezogen.[53] Auf der anderen Seite können die Ziele auch qualitativer Natur sein, wie etwa die Steigerung der Kundenzufriedenheit, die Durchführung von Personalentwicklungsmaßnahmen,

[51] In *Kornbichler/Löw/Ohmann-Sauer/Schwarz/Ubber/Witzel*, Beck'sches Formularbuch Arbeitsrecht A.III.7 Anm 5.
[52] Auch in der benachbarten Schweiz sind Bonusansprüche idR an einen Beurteilungszeitraum von einem Jahr gebunden (*Vögeli Galli/Hehli Hidber*, Bonuszahlungen: Möglichkeiten und Risiken, SJZ 2001, 445 [447]).
[53] *Felten*, wbl 2009, 116 (116); *Mair/Rainer*, ÖJZ 2007/69 (800); *Risak*, Notwendige Betriebsratsmitbestimmung bei Zielerreichungsprämien?, RdW 2007/760 (738).

das Zeigen von Teamfähigkeit oder die Erhöhung der Servicequalität.[54] Es kann hier auch zwischen persönlichen Zielen des Arbeitnehmers, die von seiner individuellen Arbeitsleistung abhängig sind, und Unternehmenszielen, die außerhalb des Arbeitsvertrages an sich stehen, unterschieden werden. Möglich ist auch die Knüpfung des Bonus an den Erfolg einer Abteilung bzw eines Unternehmensbereiches.[55]

Der Arbeitgeber kann hinsichtlich der vereinbarten Faktoren - gerade bei Unternehmenszielen - mehr oder weniger starken Einfluss auf die Zielerreichung haben, insb durch die Setzung unternehmerischer Maßnahmen (Werbemaßnahmen, Rabattgewährung etc).[56] Wieweit der Arbeitgeber tatsächlich Einfluss nehmen darf, ist dabei gesondert zu prüfen.[57] Ein Bonus darf grundsätzlich jedoch nicht von Bedingungen bzw Faktoren abhängig gemacht werden, die ausschließlich im Einflussbereich des Arbeitgebers liegen, weil eine solche Gestaltungsmöglichkeit des Arbeitgebers wegen grober Verletzung rechtlich geschützter Interessen des Arbeitnehmers sittenwidrig ist.[58]

Einseitige Gestaltungsrechte des Arbeitgebers unterliegen überdies einer Ausübungsschranke im Sinne eines billigen Ermessens.[59] Überdies führt eine die vereinbarten Grenzen überschreitende Einflussnahme des Arbeitgebers auf etwa festgelegte wirtschaftliche Kennzahlen zum Nachteil des Arbeitnehmers, kann

---

[54] *Felten*, wbl 2009, 116 (116); *Mair/Rainer*, ÖJZ 2007/69 (800); *Risak*, RdW 2007/760 (738).
[55] *Kornbichler/Löw/Ohmann-Sauer/Schwarz/Ubber/Witzel*, Beck'sches Formularbuch Arbeitsrecht A.III.7 Anm 1.
[56] *Löschnigg*, Die Vereinbarung erfolgsabhängiger Entgelte, RdA 2000, 467; *Risak*, ZAS 2008/29 (196).
[57] *Risak*, ZAS 2008/29 (196); vgl *Komar* in *Lutz*, Leistungslohnmodelle 123.
[58] *Karner* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht I, Abschnitt VI Rz 42; *Rebhahn/Kietaibl* in *Neumayr/Reissner*, Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht I[2] ABGB § 879 Rz 32; OGH 9 ObA 101/90 ecolex 1990, 567 = WBl 1990, 340 = SZ 63/78 = ZAS 1992/4, 48 (*Pircher*) = RdW 1990, 413; vgl allgemein *Krejci* in *Rummel*, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch I[3] § 879 Rz 88.
[59] Siehe dazu etwa *Kuras*, Möglichkeiten und Grenzen einzelvertraglicher Gestaltungen im aufrechten Arbeitsverhältnis, ZAS 2003/19 (FN 84) mwN; *Löschnigg*, Arbeitsrecht[11], 5/192; OGH 9 Ob A 512/88 RdA 1989, 132 = SZ 61/275 = ZAS 1989, 94 (Tomandl) = JBl 1989,193 (Grillberger) = RdA 1990/8 (Grillberger) = ARD 4049/9/89 ua; OGH 8 ObA 220/95 RdA 1996, 148 (*Resch*) = ZAS 1995, 190 (*Tomandl*); OGH RIS-RS0017784.

dies trotz Nichterfüllens der vorgegebenen Ziele zur Erfüllungsfiktion führen. In diesem Falle gebührt trotz Nichterreichens der Ziele die vereinbarte Vergütung.[60]

1.3.5. Anspruch bei Beendigung

Angestellte - um solche handelt es sich im Normalfall bei den von den gegenständlich zu behandelnden Vergütungsvorschriften erfassten Arbeitnehmern - haben bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses während der Anspruchs- und Beurteilungsperiode unabhängig von der Art der Beendigung gem § 16 AngG einen nach § 40 AngG (relativ) zwingenden Anspruch auf den verhältnismäßigen Teil der ihnen zustehenden *"periodische[n] Remuneration oder […] andere[n] besondere[n] Entlohnung"*. Dazu zählen insb auch - von der Leistung des ausscheidenden Arbeitnehmers unabhängige - Jahresgewinnbeteiligungen[61].[62] Hierzu hat der OGH in einer Entscheidung[63] etwa ausgeführt, dass wenn *"die Gewinnbeteiligung des Angestellten nicht davon abhängig [ist], inwieweit der erreichte Deckungsbeitrag auf seine Tätigkeit zurückzuführen [ist] und Bemessungsgrundlage nicht der während der Tätigkeit des Angestellten bei der beklagten Partei tatsächlich erzielte Deckungsbeitrag [ist], […] dieser entsprechend der zurückgelegten Dienstzeit Anspruch auf einen aliquoten Teil des für das gesamte Geschäftsjahr erzielten Deckungsbeitrages [habe]"*.

In der Rsp[64] wird in diesem Zusammenhang ganz grundsätzlich vertreten, dass eine Vereinbarung, wodurch der Arbeitgeber durch Ausspruch einer Kündigung den Anspruch des Arbeitnehmers auf bereits verdientes Entgelt vernichten kann, - insb unter Berücksichtigung des im Arbeitsrecht geltenden Grundsatzes des

---

[60] *Risak*, Einseitige Entgeltgestaltung im Arbeitsrecht 234; *Apathy/Riedler* in *Schwimann*, ABGB Praxiskommentar IV[3] § 897 Rz 18; *Rummel* in *Rummel*, ABGB I[3] § 897 Rz 7.
[61] RIS-Justiz OGH RS0028095.
[62] Vgl *Schrank/Mazal*, Arbeitsrecht[4] 176.
[63] OGH 24.10.2001, 9 ObA 202/01y.
[64] OGH 9 ObA 177/89 RdW 1990, 25; OGH 9 ObA 268/89 wbl 1990, 143; OGH 23.10.2000, 8 ObA 127/00k; ua.

Schutzes des Arbeitnehmers - eine grobe Verletzung rechtlich geschützter Interessen des Arbeitnehmers darstellt und damit als sittenwidrig zu beurteilen ist. Dem Arbeitgeber würde nämlich damit ein einseitiges Gestaltungsrecht hinsichtlich des Bezugs von vom Arbeitnehmer bereits erworbenen Rechten eingeräumt. Eine Bestimmung wonach der Arbeitnehmer bei Kündigung des Dienstverhältnisses vor Ablauf des Beurteilungszeitraumes den für den laufenden Zeitraum gebührenden Bonusanspruch (Anspruch auf Gewinnbeteiligung) zur Gänze verliert, ist daher bereits gem § 879 ABGB nichtig und kann darüber hinaus wegen des Verstoßes gegen §§ 16 iVm 40 AngG nicht wirksam vereinbart werden.

Dies gilt jedoch nicht nur für leistungsunabhängige Bezüge, sondern insbesondere auch für Prämien für das Erreichen eines für ein gesamtes Geschäftsjahr vorgegebenen Zieles, weshalb auch hier die Aliquotierungsregel des § 16 AngG zur Anwendung gelangt.[65]

Nicht erfasst von der Aliquotierungspflicht sind Zuwendungen aus besonderen betrieblichen Anlässen iSd § 97 Abs 1 Z 15 ArbVG wie zB Dienst- oder Betriebsjubliäumsgelder.[66]

[65] *Felten*, wbl 2009, 116 (121); *Reissner* in *Tomandl/Schrammel*, Gestaltungsfreiheit 88; vgl *Binder/Schindler* in *Löschnigg*, Angestelltengesetz I[9] § 16 Rz 44; OGH 8 ObA 127/00k RdA 2001, 179 = 12.049; vgl RIS-Justiz OGH RS0028206.

[66] *Schindler* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht II, Abschnitt XX Rz 23 unter Hinweis auf OGH 8 ObA 167/98 ARD 4962/15/98; aA *Winkler*, Aliquotierungsgebot und Jubiläumsgelder, RdW 1996, 367.

2. Ausgewählte Auslegungsfragen der Neuregelung

2.1. Grundlagen

Um sich mit den einzelnen, durch die BWG-Novelle 2010[67] vorgenommenen Änderungen und deren Auslegung und Auswirkungen beschäftigen zu können, müssen vorab die europarechtlichen Grundlagen sowie deren nationale Umsetzung näher beleuchtet werden.

2.1.1. Europarechtliche Grundlagen

Auf europäischer Ebene ist die normative Grundlage der aktuellen Änderungen im Vergütungssystem der Kreditinstitute die Richtlinie 2010/76/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.November 2010 zur Änderung der Richtlinien 2006/48/EG und 2006/49/EG im Hinblick auf die Eigenkapitalanforderungen für Handelsbuch und Wiederverbriefungen und im Hinblick auf die aufsichtliche Überprüfung der Vergütungspolitik (Capital Requirements Directive III - CRD III-RL)[68]. Diese legt in ihrem Anhang I unter anderem die Anforderungen und Voraussetzungen für die Gewährung und Auszahlung von variablen Vergütungen bei Kreditinstituten fest.

Durch diese RL wird in der RL 2006/48/EG (Capital Requirements Directive - CRD-RL) Art 22 Abs 4[69] eingefügt, demgemäß die EBA den Auftrag hat, Leitlinien auszuarbeiten, die eine einheitliche Anwendung der neuen Vergütungsvorschriften in den Mitgliedstaaten gewährleisten sollen. Auf dieser

[67] BGBl I 2010/118.
[68] Abl L 2010/329, 3.
[69] *"Der Ausschuss der europäischen Bankaufsichtsbehörden gewährleistet das Bestehen von Leitlinien für eine solide Vergütungspolitik, die den in Anhang V Nummern 23 und 24 festgelegten Grundsätzen entsprechen. In den Leitlinien werden die in der Empfehlung der Kommission vom 30. April 2009 zur Vergütungspolitik im Finanzdienstleistungssektor enthaltenen Grundsätze für eine solide Vergütungspolitik berücksichtigt.[…]"*

Grundlage hat die EBA am 10.12.2010 die "Guidelines on Remuneration Policies and Practices"[70] (CEBS-Leitlinien) veröffentlicht. Wenngleich diese Leitlinien keine normative Wirkung entfalten können, so kommt ihnen - angesichts der Vielzahl der Unbestimmtheiten der Regelungen selbst - in der Praxis doch eine bedeutsame Rolle als Auslegungshilfe zu.[71] Insb normiert § 69 Abs 5 BWG, dass *"die FMA bei der Vollziehung […des BWG …] der europäischen Konvergenz der Aufsichtsinstrumente und Aufsichtsverfahren Rechnung zu tragen [hat]"* und sich *"[zu] diesem Zweck […] an den Tätigkeiten der EBA zu beteiligen und die Leitlinien, Empfehlungen, Standards und andere von der EBA beschlossenen Maßnahmen anzuwenden [hat]"*. Will die FMA entgegen ihrer grundsätzlichen Verpflichtung von den Leitlinien abweichen, so kann sie dies nur, wenn dafür berechtigte Gründe vorliegen und hat insb die EBA hierüber zu informieren.

Die Kreditinstitute haben gem Teil 2 Nr 15 des (durch die CRD III-RL geänderten[72]) Anhangs XII zur CRD-RL bestimmte Informationen[73] hinsichtlich ihres Vergütungssystems offenzulegen. Diese Informationen sowie weiterführende Angaben zu Personen in Einkommensstufen ab einer Million Euro pro Jahr haben die zuständigen nationalen Behörden gem (durch die CRD III-RL geändertem[74]) Art 22 Abs 3 und 5 der CRD-RL der EBA zur Verfügung zu stellen, damit diese die Umsetzung der Vergütungsvorschriften kontrollieren kann.[75]

---

[70] http://www.eba.europa.eu/cebs/media/Publications/Standards%20and%20Guidelines/2010/Remuneration/Guidelines.pdf (30.10.2013).

[71] *Waldherr/Zimmermann*, Beschränkungen für Bonuszahlungen durch das Bankwesengesetz - Vergütungspolitik der Kreditwirtschaft am Prüfstand, ÖBA 2012, 366 (367).

[72] Anhang I Z 5 lit b CRD III-RL.

[73] ZB Informationen über die Verbindung zwischen Vergütung und Erfolg, über die wichtigsten Gestaltungsmerkmale des Vergütungssystems, über die Vergütungsbeträge für das Geschäftsjahr, aufgeteilt in feste und variable Vergütung, sowie die Zahl der Begünstigten, über die Beträge und Formen der variablen Vergütung, aufgeteilt in Bargeld, Anteile und mit Anteilen verknüpfte Instrumente und andere Arten.

[74] Art 1 Z 3 lit b CRD III-RL.

[75] Zu den neuen, umfassenderen Offenlegungspflichten der Verordnung (EU) Nr 575/2013 (Capital Requirements Regulation - CRR) siehe unten unter Punkt 3.1.1..

Hinsichtlich der Sanktionen bzw Maßnahmen bei Nichteinhaltung wird in der Präambel zur CRD III-RL[76] ausgeführt, dass - um eine rasche und wirksame Durchsetzung zu gewährleisten - die zuständigen Behörden wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Maßnahmen und Sanktionen zur Verfügung haben sollten. Jedenfalls sollten sie finanzielle oder nicht-finanzielle Sanktionen oder andere Maßnahmen verhängen bzw anwenden dürfen, wenn gegen eine Anforderung der CRD-RL verstoßen wird, *"einschließlich der Anforderung, dass die Vergütungspolitik mit einem soliden und wirksamen Risikomanagement vereinbar sein muss"*. Nach den CEBS-Leitlinien sollen bei Nichtbeachtung der Vergütungspolitik etwa ähnliche Sanktionen, wie jene, die in Art 136 der CRD-RL genannt sind, verhängt werden können.[77]

Nach Art 136 der CRD-RL können die zuständigen Behörden ua

- die Kreditinstitute verpflichten, mehr Eigenmittel vorzuhalten als die festgelegte Mindestausstattung,
- von den Kreditinstituten die Verstärkung der in der RL vorgesehenen Regelungen, Prozesse, Mechanismen und Strategien oder das Treffen einer speziellen Risikovorsorge verlangen,
- den Geschäftsbereich, die Tätigkeiten oder das Netzwerk von Kreditinstituten einschränken und
- die Herabsetzung des mit den Tätigkeiten, Produkten und Systemen von Kreditinstituten verbundenen Risikos verlangen.

2.1.1.1. Empfehlung der Europäischen Kommission vom 30.4.2009

Mit den BWG-Vergütungsvorschriften vergleichbare Regelungen mit dem Zweck, langfristige Leistungsanreize zu setzen und das Eingehen übermäßiger Risiken zu verhindern, wurden auf Ebene der EU bereits in der Empfehlung der

[76] 15. Erwägungsgrund.
[77] Punkt 33.

Europäischen Kommission vom 30.4.2009 zur Vergütungspolitik im Finanzdienstleistungssektor[78] erlassen. Sowohl der Anwendungsbereich dieser Regelungen als auch deren inhaltliche Ausgestaltung - mit Ausnahme der an einigen Stellen in der CRD III-RL vorgenommenen Konkretisierungen gegenüber den eher allgemein gehaltenen älteren Regelungen der Empfehlung - decken sich im Wesentlichen mit den Vergütungsbestimmungen der CRD III-RL.

Als schlichte Empfehlung und damit nicht rechtsverbindlicher, dem Sekundärrecht zuzuzählender Rechtsakt der EU wurde diese im österreichischen Corporate Governance Kodex[79] implementiert.[80] Konkret wurden hier im Zuge der Kodex-Revision 2010 die Regeln 27, 27a, 28, 30, 31, 43 und 74 angepasst bzw eingefügt. Diese regulieren überwiegend in Form sogenannter "Comply or Explain"-Regeln[81] die Vergütung - in erster Linie die variable - von Vorstandsmitgliedern. Darüber hinaus wird in Form einer sogenannten "Recommendation"-Regel[82] (Regel 28) auch die Anwendung der Vergütungsbestimmungen auf leitende Angestellte empfohlen. Diese (nicht rechtsverbindlichen) Regelungen für Aktiengesellschaften haben durch das Zweite Stabilitätsgesetz 2012 (2. StabG 2012)[83] mittlerweile jedoch auch Eingang in das Aktiengesetz (AktG), konkret § 78 AktG, gefunden.[84]

[78] Abl L 2009/120, 28.
[79] Dieser richtet sich in erster Linie an börsenotierte österreichische Aktiengesellschaften. Eine Verpflichtungserklärung zum Österreichischen Corporate Governance Kodex ist für österreichische Gesellschaften eine Aufnahmevoraussetzung für den Prime Market der Wiener Börse.
[80] In Deutschland hingegen erfolgte die Umsetzung dieser Vorschriften in Form eines Gesetzes, nämlich des Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung vom 31.07.2009 (VorstAG), dBGBl I S 2509 (Nr 50).
[81] Eine "Comply or Explain"-Regel soll eingehalten werden. Wird sie nicht oder nur in abgewandelter bzw abgeschwächter Form eingehalten, muss dies erklärt und begründet werden, um ein kodexkonformes Verhalten zu erreichen (Österreichischer Corporate Governance Kodex, Fassung Juli 2012, 14).
[82] Regel mit Empfehlungscharakter, deren Nichteinhaltung weder offenzulegen noch zu begründen ist (Österreichischer Corporate Governance Kodex, Fassung Juli 2012, 14).
[83] BGBl I 2012/35.
[84] Siehe dazu unten unter Punkt 2.5..

Im durch Art 1 Z 3 lit b der CRD III-RL in die CRD-RL eingefügten Art 22 Abs 4 wird ausdrücklich normiert, dass die vorstehend beschriebene Empfehlung in den von der EBA festzulegenden Leitlinien zu berücksichtigen ist.

2.1.2. Nationale Umsetzung - Bankwesengesetz

In Österreich erfolgte die Umsetzung der gegenständlich relevanten Vorschriften der CRD III-RL im Wesentlichen in den §§ 39, 39b, 39c, 70 und 103o BWG samt Anlage 4 (zu § 39b BWG). Die Vergütungsvorschriften wurden hierbei in den Abschnitt X. *"Sorgfaltspflichten und Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung"* eingearbeitet und somit als Sorgfalts- und Risikosteuerungspflichten qualifiziert.[85]

Während etwa die deutschen Regelungen[86] eigene Begriffsbestimmungen enthalten, wurden die im österreichischen BWG umgesetzten Bestimmungen nahezu wortgleich ohne weitere Erklärungen, Definitionen oder Ergänzungen übernommen.

Die einzelnen im BWG eingeführten Bestimmungen sollen nun vorab kurz dargestellt werden.

2.1.2.1. § 39 Abs 2 BWG

In § 39 Abs 2 BWG wurde in Umsetzung des Art 1 Z 3 lit a der CRD III-RL für Kreditinstitute die Verpflichtung geschaffen, angemessene interne Verwaltungs-, Rechnungs- und Kontrollverfahren zu führen, die nicht nur die Erfassung, Beurteilung, Steuerung und Überwachung der bankgeschäftlichen und -betrieblichen Risiken ermöglichen und sichern, sondern auch jene ihrer Vergütungspolitik und -praktiken. Wie diese Verfahren genau auszugestalten bzw wann diese "angemessen" sind, haben die Geschäftsleiter der Kreditinstitute im

[85] Siehe auch *Waldherr/Zimmermann*, ÖBA 2012, 366 (367).
[86] Verordnung über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an Vergütungssysteme von Instituten (Instituts-Vergütungsverordnung - InstitutsVerV).

Rahmen des - auch in der CRD III-RL vorgesehenen - Proportionalitäts-grundsatzes[87] zu beurteilen.[88]

Zwar hat § 39 BWG bereits vor dieser Änderung alle denkbaren bankgeschäftlichen und -betrieblichen Risiken erfasst und damit auch Vergütungsrisiken als einen diesen immanenten Teil, doch wurde mit der expliziten Aufzählung der Risiken der Vergütungspolitik und -praktiken nun ausdrücklich klargestellt, dass diese Risikoart jedenfalls zu berücksichtigen ist.[89]

Die möglichen Risiken aus Vergütungspolitik und -praktiken können - wie auch den Erwägungen zur CRD III-RL entnommen werden kann - falsche Anreize in der Vergütungsstruktur für Mitarbeiter setzen, die zu einem risikoträchtigen und damit das Risikomanagement des Kreditinstitutes unterlaufenden Verhalten bewegen könnten.[90]

2.1.2.2. § 39b BWG

In § 39b BWG wird - in nahezu wortgleicher Umsetzung der Z 1 erster Unterpunkt (Nr 23) in Anhang I der CRD III-RL - normiert, dass Kreditinstitute bei Festlegung und Anwendung der Vergütungspolitik und -praktiken einschließlich der Gehälter und freiwilligen Rentenzahlungen für die darin aufgezählten Mitarbeiterkategorien die in der - ebenfalls aus der CRD III-RL übernommenen - Anlage zu § 39b genannten Grundsätze in der Weise und in dem Umfang anzuwenden haben, wie es unter Beachtung des Proportionalitätsgrundsatzes[91] angemessen ist.

---

[87] Anwendung der Vorschriften unter Berücksichtigung der unternehmensspezifischen Risiken, der Art und des Umfangs der Geschäfte bzw des Geschäftsbetriebes und der Ausgestaltung und Komplexität des konkreten Geschäftsmodells des Kreditinstitutes. Näheres dazu unten unter Punkt 2.3.3..
[88] *Waldherr/Zimmermann*, ÖBA 2012, 366 (367).
[89] *Waldherr/Zimmermann*, ÖBA 2012, 366 (367).
[90] *Waldherr/Zimmermann*, ÖBA 2012, 366 (367).
[91] Siehe dazu unten unter Punkt 2.3.3..

Die einzelnen, gem § 39b BWG zu berücksichtigenden Vergütungsgrundsätze sind in der Anlage zu § 39b BWG (Anlage 4) aufgelistet.

Für Kreditinstitute, die staatliche Unterstützung erhalten, gelten hier zusätzlich zu den für alle Kreditinstitute anwendbaren Bestimmungen die besonderen, strengeren Vorschriften der Z 7 lit d der Anlage zu § 39b BWG.[92]

2.1.2.3. § 39c BWG

In § 39c BWG wurde in Umsetzung der Z 1 zweiter Unterpunkt (Nr 24) des Anhangs I der CRD III-RL für bestimmte Kreditinstitute[93] die Verpflichtung normiert, einen Vergütungsausschuss einzurichten. Zu dessen Aufgaben gehören die Überwachung der Vergütungspolitik, Vergütungspraktiken und vergütungsbezogenen Anreizstrukturen, jeweils im Hinblick auf die bankbetrieblichen und -geschäftlichen Risiken, die Eigenmittelausstattung und die Liquidität. Der Vergütungsausschuss muss im Stande sein, eine unabhängige und integre Beurteilung durchzuführen, hat aus bestimmten Mitgliedern[94] zu bestehen und zumindest eine Sitzung im Jahr abzuhalten.

In Anknüpfung an die bereits bestehende Kompetenz des Aufsichtsrates hinsichtlich der Vergütung von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft[95]

---

[92] Unter anderem soll etwa bei Notwendigkeit die Festlegung einer prozentuellen Begrenzung der Vergütung vorgenommen werden (lit aa) und Geschäftsleitern gegebenenfalls keine variable Vergütung gewährt werden, sofern dies nicht unangemessen ist (lit cc).

[93] § 39c Abs 1 BWG: Kreditinstitute, *"deren Bilanzsumme eine Milliarde Euro übersteigt oder die übertragbare Wertpapiere ausgegeben haben, die zum Handel an einem geregelten Markt gemäß § 1 Abs 2 des Börsegesetzes 1989 zugelassen sind."*

[94] § 39c Abs 3 BWG: *"Der Vergütungsausschuss besteht aus mindestens drei Mitgliedern des Aufsichtsrates, wobei zumindest eine Person über Fachkenntnis und praktische Erfahrung im Bereich der Vergütungspolitik zu verfügen hat (Vergütungsexperte). Bei Kreditinstituten, deren Bilanzsumme weniger als fünf Milliarden Euro beträgt, kann die Funktion des Vergütungsexperten von einem nicht dem Aufsichtsrat angehörenden Experten ausgeübt werden. Vorsitzender des Vergütungsausschusses oder Vergütungsexperte darf nicht sein, wer in den letzten drei Jahren Geschäftsleiter oder leitender Angestellter (§ 80 AktG) des betreffenden Kreditinstitutes war oder aus anderen Gründen nicht unabhängig und unbefangen ist."*

[95] § 78 AktG.

ist auch hier das Aufsichtsorgan - bei der Aktiengesellschaft der Aufsichtsrat - zuständig.

§ 39c BWG wurde jedoch nicht, wie die anderen auf der Grundlage der CRD III-RL erlassenen Bestimmungen, bereits mit BGBl I 2010/118 eingeführt, sondern erst nachträglich mit BGBl I 2011/145.[96]

2.1.2.4. § 70 Abs 4a und 4c BWG

In Ergänzung zu den Vergütungsbestimmungen wurde in § 70 Abs 4a BWG der FMA die zusätzliche[97] Kompetenz eingeräumt, Kreditinstituten ein zusätzliches Mindesteigenmittelerfordernis in einem für die Begrenzung der bankgeschäftlichen und -betrieblichen Risiken sowie (nunmehr auch)[98] der Risiken aus der Vergütungspolitik und den Vergütungspraktiken angemessenen und erforderlichen Ausmaß vorzuschreiben, wenn keine angemessene Begrenzung dieser Risiken vorliegt und eine kurzfristige angemessene Erfassung und Begrenzung dieser Risiken durch das Kreditinstitut selbst nicht zu erwarten ist.

Gleichzeitig wurde der FMA mit Änderung des § 70 Abs 4c BWG[99] die Kompetenz erteilt, bei Gefährdung der Finanz- und Solvabilitätslage des

---

[96] Interessanterweise geschah dies obwohl diese Bestimmung bereits im Ministerialentwurf (194/ME 24. GP) enthalten und vorgesehen war. Dies ist darauf zurückzuführen, dass sie offensichtlich aufgrund eines redaktionellen Fehlers nicht bereits gemeinsam mit den anderen mit BGBl I 2010/118 eingeführten Vergütungsbestimmungen im Nationalrat beschlossen wurde (*Mechtler/Grinschgl*, Managerboni bei Banken: Neueste Entwicklungen, KPMG Financial Services Newsletter, abrufbar unter http://www.kpmg.at/publikationen/newsletter/financial-services-newsletter/financial-services-newsletter-detail/945-managerboni-bei-banken-neueste-entwicklungen.html (30.10.2013); *Schima*, Ein Malus für die Bonusregeln, Der Standard 2011/12/17).

[97] § 70 Abs 4 BWG sah bereits zuvor behördliche Maßnahmen der FMA vor, wie zB den Auftrag zur Herstellung des rechtmäßigen Zustands oder die Verhängung von Zwangsstrafen gegen das Kreditinstitut.

[98] Zuvor war diese Maßnahme nur für die Begrenzung der bankgeschäftlichen und -betrieblichen Risiken vorgesehen.

[99] Zuvor hatte der Gesetzgeber in diesem Absatz der Bestimmung lediglich Maßnahmen bei Gefährdung der Finanz- und Solvabilitätslage des Kreditinstitutes bei hybridem Kapital vorgesehen.

Kreditinstitutes als weitere Maßnahme die Begrenzung der variablen Vergütung auf einen Prozentsatz des Bilanzgewinns anzuordnen.

Mit der Modifikation des § 70 BWG hat der Gesetzgeber der FMA im Zuge der Einführung der Vergütungsbestimmungen (Aufsichts-)Maßnahmen in die Hand gegeben, mittels derer sie die Einhaltung dieser Bestimmungen zu gewährleisten hat. Diese Sanktionen bzw Maßnahmen bleiben jedoch hinter den in der CRD III-RL vorgesehenen, umfangreicheren Maßnahmen[100] zurück.

2.1.2.5. § 103o BWG

In § 103o BWG wurden die Übergangsbestimmungen zur BWG-Novelle 2010[101] normiert. Zu § 39b BWG wurde den Kreditinstituten auferlegt, *"darauf hinzuwirken, dass bis zum 31. Dezember 2010 abgeschlossene vertragliche Vereinbarungen, die den Anforderungen der Anlage zu § 39b nicht entsprechen, soweit rechtlich zulässig, auf Grundlage einer objektiv nachvollziehbaren rechtskundigen Begutachtung der Rechtslage und unter Berücksichtigung der konkreten Erfolgsaussichten angepasst werden"*. Wie diese Bestimmung konkret zu qualifizieren ist und wieweit eine mögliche Verpflichtung reicht, soll an späterer Stelle[102] noch näher erörtert werden.

Eine definitive Rückwirkung der neu geschaffenen Vergütungsgrundsätze auf noch nicht ausbezahlte Bonusansprüche aus dem Jahr 2010 (oder davor), wie ursprünglich vorgesehen[103], sieht die nunmehr gewählte Formulierung nicht vor - wohl aufgrund der diesbezüglich mehrfach geäußerten Kritik[104]. Vor Inkrafttreten

[100] ZB hinsichtlich der Möglichkeit den Geschäftsbereich, die Tätigkeiten oder das Netzwerk von Kreditinstituten einzuschränken.
[101] BGBl I 2010/118.
[102] Siehe dazu unten unter Punkt 2.3.5..
[103] ME BWG-Nov 2010, 194/ME 24. GP.
[104] Stellungnahme des Fachverbands der Raiffeisenbanken - 9/SN-194/ME 24. GP 1; Stellungnahme des Österreichischen Raiffeisenverbandes - 10/SN-194/ME 24. GP 1; Stellungnahme der Wirtschaftskammer Österreich - 11/SN-194/ME 24. GP 7; Stellungnahme des Österreichischen Rechtsanwaltskammertags - 13/SN-194/ME 24. GP 10.

der Vergütungsbestimmungen der BWG-Novelle 2010 abgeschlossene Verträge bleiben daher - unabhängig davon, ob sie den neuen Vergütungsbestimmungen entsprechen oder nicht - grundsätzlich bestehen (dies ungeachtet einer allfälligen Hinwirkungspflicht)[105]. Die letztlich in Kraft getretene Bestimmung ist somit zwar augenscheinlich weniger drastisch, jedoch weit umständlicher und unbestimmter formuliert als die ursprünglich vorgesehene.

[105] Siehe dazu unten unter Punkt 2.3.5..

2.2. Charakterisierung der Regelungen

Gegenständlich soll nun die Frage der Charakterisierung der zu behandelnden Regelungen im BWG als solche mit arbeitsrechtlicher Zielsetzung oder doch eher bank(aufsichts)rechtlichem Charakter behandelt werden.

Zu diesem Zweck werden in einem ersten Schritt die im gegenständlichen Zusammenhang bedeutsamen Grundsätze und Zielsetzungen sowohl des Arbeitsrechts als auch des Bankrechts kurz dargelegt. Anschließend folgt eine Herausarbeitung der jeweils für und wider die Zuordnung zu den verschiedenen Rechtsgebieten sprechenden Argumente und eine Gegenüberstellung selbiger. Abschließend wird eine Einordnung der Regelungen in einen der beiden Rechtsbereiche vorgenommen.

2.2.1. Grundsätze und Zielsetzungen des Arbeitsrechts

Das Arbeitsrecht - welches teilweise dem bürgerlichen Recht bzw Zivilrecht, aber auch teilweise dem öffentlichen Recht[106] zuzuordnen ist - regelt all jene Beziehungen von Personen, die aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages in persönlicher Abhängigkeit für eine andere Person tätig sind.[107] Es wird kurz als *"Sonderrecht des unselbständig Erwerbstätigen"*[108] bzw *"des unselbständigen Arbeitnehmers"*[109] bezeichnet.

Das Arbeitsrecht ist - wie das Sozialrecht - Ausfluss sozialpolitischer Überlegungen und soll nach der Intention des Gesetzgebers die Lage des wirtschaftlich und sozial schwächeren Arbeitnehmers gegenüber dem va in seiner

[106] Siehe etwa die Arbeitnehmerschutzvorschriften.
[107] *Jabornegg/Resch*, Arbeitsrecht[4] Rz 1.
[108] *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I[4] 1; *Löschnigg*, Arbeitsrecht[11] Rz 1/003; vgl auch *Jabornegg/Resch*, Arbeitsrecht[4] Rz 2.
[109] *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I[4] 1; *Löschnigg*, Arbeitsrecht[11] Rz 1/005; *Marhold/Friedrich*, Arbeitsrecht[2] 1.

Verhandlungsposition überlegenen Arbeitgeber verbessern.[110] Eine uneingeschränkte Privatautonomie in arbeitsrechtlichen Beziehungen würde, insb aufgrund der wirtschaftlichen Abhängigkeit des Arbeitnehmers und dessen Angewiesenheit auf einen Arbeitsplatz, nicht wünschenswerte nachteilige Konsequenzen für den Arbeitnehmer haben.[111] Es soll diese - freilich nicht immer vorliegende[112], aber idR gegebene - natürliche Ungleichgewichtslage zwischen den am Arbeitsverhältnis beteiligten Parteien[113] ausgleichen und so dem Arbeitnehmer eine angemessene, ausgewogene Verhandlungsposition verschaffen.[114] Der Gesetzgeber greift insoweit in die - an sich für Rechtsbeziehungen zwischen Privaten geltende - Privatautonomie ein und engt den Anordnungsspielraum des Arbeitgebers zum Schutz des Arbeitnehmers ein.[115] Es kann somit grundsätzlich gesagt werden, dass der leitende Grundgedanke, der sich durch weit reichende Teile des Arbeitsrechts zieht, der Schutz des Arbeitnehmers ist.

Der Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers nimmt auf viele Regelungen des Arbeitsrechts Einfluss - etwa auch im Hinblick auf Umfang und Inhalt der Arbeitspflicht - ohne dass auf dieses Prinzip ausdrücklich Bezug genommen und es damit wahrnehmbar wird.[116] Das sogenannte Individualarbeitsrecht als Kern des arbeitsrechtlichen Regelungskomplexes zielt gerade darauf ab, die Stellung des Arbeitnehmers am Arbeitsplatz sowie seine Ansprüche und Verpflichtungen zu bestimmen.[117] Dabei soll jedoch nicht nur die wirtschaftliche Seite des Arbeitsverhältnisses geregelt und der vermögensrechtliche Schutz des

[110] Etwa *Jabornegg/Resch*, Arbeitsrecht[4] Rz 7 ff.
[111] *Marhold/Friedrich*, Arbeitsrecht[2] 1.
[112] Man denke hier an leitende Angestellte, die als weniger schutzbedürftig betrachtet werden und daher von verschiedenen Bestimmungen - etwa im Arbeitszeitrecht - ausgenommen sind.
[113] Vgl *Schrank/Mazal*, Arbeitsrecht[4] 6.
[114] *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht I[7] 3.
[115] *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht I[7] 12.
[116] *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I[4] 4.
[117] *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht I[7] 2.

Arbeitnehmers erzielt werden, sondern ein *"Mindestmaß an Würdigung der Gesamtperson des Arbeitnehmers"*[118] gewährleistet werden.

Nicht außer Acht gelassen werden darf an dieser Stelle jedoch der Umstand, dass der arbeitsrechtliche Normenkomplex, trotz seiner - gerade im Individualarbeitsrecht essentiellen - grundsätzlichen Schutzfunktion zugunsten des Arbeitnehmers, selbstverständlich auch auf die Bedürfnisse und Interessen des jeweiligen Vertragspartners Rücksicht nehmen muss.[119] Das Arbeitsrecht kann daher nicht schlicht als nur zugunsten des Arbeitnehmers und damit als entweder schwarz oder weiß betrachtet werden. Es tritt vielmehr in verschiedenen Graunuancen auf und berücksichtigt einmal mehr, einmal weniger auch wirtschaftliche oder politische Interessen, wie etwa die Sicherung der Konkurrenzfähigkeit der heimischen Wirtschaft.[120]

2.2.1.1. Maßnahmen des Arbeitsrechts

Um den beabsichtigten Schutz des Arbeitnehmers zu erreichen, kennt das Arbeitsrecht verschiedene Wege.

Der Gesetzgeber versucht etwa der wirtschaftlichen Unterlegenheit des Arbeitnehmers durch einseitig bzw relativ zwingende Normen zu begegnen.[121] Diese sind zwar zwingend, doch kann durch untergeordnete Normen - etwa durch Kollektivvertrag, Betriebsvereinbarungen oder im einzelnen Arbeitsvertrag - zugunsten des Arbeitnehmers von ihnen abgewichen werden und die Vertragsposition des Arbeitnehmers daher jedenfalls nur verbessert werden. Dadurch wird dem Arbeitnehmer ein Mindestniveau an Arbeitsbedingungen

[118] *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I[4] 3.
[119] *Pacic*, Soziale Rechtsanwendung im Arbeitsrecht - Zugleich ein Beitrag zur "Rangfrage" der Methodenlehre, ÖJZ 2010/11; *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht I[7] 2.
[120] *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht I[7] 14.
[121] *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I[4] 3 f; *Holzer* in *Marhold/Burgstaller/Preyer*, Kommentar zum Angestelltengesetz § 40 Rz 1; *Jabornegg/Resch*, Arbeitsrecht[4] Rz 14.

gesichert[122], aber zu seinem Vorteil der Raum nach oben frei gelassen.[123] Ein für die weiteren Erörterungen maßgebliches Beispiel dieser Sicherung von Mindeststandards ist die Sicherung angemessener Arbeitsentgelte.[124] Soweit jedoch dem Arbeitnehmer ein gewisses Mindestentgelt gesichert ist, bleibt die weitere Ausgestaltung im Hinblick auf die Höhe des Entgelts im Sinne der freien Vertragsgestaltung grundsätzlich den Arbeitsvertragsparteien überlassen. Um wie viel der Arbeitgeber etwa das jedenfalls zu gewährende Mindestentgelt überschreiten will und unter welchen Bedingungen bleibt daher diesem grundsätzlich selbst überlassen und wird idR Ergebnis wirtschaftlicher Überlegungen sein. Hierbei dürfen freilich grundlegende Prinzipien, wie die Arbeitnehmergleichbehandlung oder das Sittenwidrigkeitsverbot, nicht außer Acht gelassen werden.

Darüber hinaus gibt es im Arbeitsrecht noch eine Reihe absolut zwingender Normen, von denen weder zu Gunsten, noch zu Lasten des Arbeitnehmers abgewichen werden darf. Sie finden sich va im Betriebsverfassungsrecht und im Arbeitnehmerschutzrecht.[125]

Weitere Maßnahmen zur Gewährung eines gewissen Schutzes des Arbeitnehmers stellen die Möglichkeiten der Mitwirkung der Arbeitnehmer an der Setzung gewisser Mindeststandards und der Regelung von Arbeitsbedingungen im Wege der kollektiven Rechtsgestaltung dar. Dies sowohl auf überbetrieblicher Ebene bei der Gestaltung von Kollektivverträgen als auch auf betrieblicher Ebene - über den Betriebsrat - bei der Gestaltung von Betriebsvereinbarungen.[126]

[122] *Marhold/Friedrich*, Arbeitsrecht[2] 5; *Schrank/Mazal*, Arbeitsrecht[4] 6.
[123] Vgl *Löschnigg*, Arbeitsrecht[11] Rz 3/022.
[124] *Schrank/Mazal*, Arbeitsrecht[4] 6.
[125] *Löschnigg*, Arbeitsrecht[11] Rz 3/023; *Marhold/Friedrich*, Arbeitsrecht[2] 5.
[126] *Jabornegg/Resch*, Arbeitsrecht[4] Rz 16; *Schrank/Mazal*, Arbeitsrecht[4] 6 f.

2.2.1.2. Kodifikation des Arbeitsrechts

Formal findet sich keine einheitliche Kodifikation des Arbeitsrechts als solches. Lediglich das Betriebsverfassungsrecht wurde in einem einheitlichen Gesetz, dem Arbeitsverfassungsgesetz, festgeschrieben.

Die weiteren arbeitsrechtlichen Vorschriften - wie insb das gegenständlich relevante Individualarbeitsrecht - sind in eine größere Zahl verschiedener Gesetze, jeweils für bestimmte Arbeitnehmergruppen und Sachbereiche aufgesplittert.[127]

[127] Genannt seien etwa das Angestelltengesetz (AngG), das Arbeitsvertragsrechtsanpassungsgesetz (AVRAG), das Theaterarbeitsgesetz etc.

2.2.2. Grundsätze und Zielsetzungen des Bankrechts

Die Anknüpfungspunkte des Bankrechts sind ganz allgemein die potenziellen Stabilitätsgefährdungen einer Volkswirtschaft, die durch die Möglichkeit des Zusammenbruchs einer oder mehrerer Banken bewirkt werden, sowie der hohe Fremdkapitalanteil im Bankengeschäft.[128] Das Bankrecht dient folglich - im Gegensatz zum Arbeitsrecht - nicht dem Schutz Einzelner, sondern hat vorrangig die Sicherung der Stabilität des Finanzsektors an sich im Sinne des Gemeinwohls und im Interesse der Volkswirtschaft, aber auch den Schutz der Gläubiger bzw der Verbraucher und Kapitalanleger im Auge.[129] Gerade Banken sind jene Unternehmen, von deren Hochs bzw Tiefs wegen deren Auswirkungen auf die gesamte Wirtschaft jedermann betroffen ist. Dies umso mehr, nachdem heutzutage der bargeldlose Zahlungsverkehr zum Alltäglichen gehört und der Großteil der Bevölkerung zumindest über ein Konto bei einer Bank oder Spareinlagen verfügt. Unter anderem aus diesem Grund liegt es im (wirtschaftlichen) Interesse des Staates, die Solvabilität der Kreditinstitute und deren Bestehen zu sichern.

Das BWG wird in den Erläuternden Bemerkungen[130] als die *"zentrale Aufsichtsnorm über das Bankwesen"* bezeichnet und regelt zum größten Teil die Bankenaufsicht sowie besondere Sorgfaltspflichten. Besonders die zentralen Bestimmungen betreffend die Erfordernisse der Eigenkapitalausstattung und der Liquidität der Kreditinstitute sind im Laufe der Jahre und va im Zuge der jüngsten internationalen Finanzkrise immer mehr in den Mittelpunkt gerückt und verschärft worden.[131] Sinn und Zweck ist wiederum die verbesserte Sicherung und Stärkung der Stabilität des Finanzmarktes und in weiterer Folge der Wirtschaft als Ganzes.

---

[128] *Kammel*, Einführung in das Bank- und Kapitalmarktrecht 33.
[129] Vgl *Johler* in *Dellinger*, BWG § 69 Rz 124; vgl auch die Erwägungen zur Richtlinie 89/646/EWG und zur Richtlinie 89/299/EWG.
[130] ErläutRV 1130 BlgNR 18. GP 110.
[131] Jüngst durch die CRR und die CRD IV-RL - siehe dazu unten unter Punkt 3.1..

2.2.2.1. Maßnahmen des Bankrechts

Maßnahmen zur Umsetzung der Ziele des Bankrechts sind etwa die schon erwähnten, immer strenger werdenden Bestimmungen im Hinblick auf die Erfordernisse der Eigenkapitalausstattung und der Liquidität der Kreditinstitute sowie die umfassende und detaillierte Normierung der vorzunehmenden Risikobewertungen. Aber auch immer strengere Sorgfalts- und Informationspflichten sowie die Regelung der Konzessionspflicht der Kreditinstitute sollen eine angemessene Verwirklichung der Zielsetzungen und Zwecke des Bankrechts bewirken.

Auch die schon thematisch angeschnittene umfassende Bankenaufsicht durch die FMA und die in deren Rahmen durch das BWG vorgesehenen Aufsichtsmittel und -instrumente sind zentrale Maßnahmen zur Sicherung der vom BWG geschützten Interessen. Derartige Instrumente sind etwa die der FMA zukommenden Einsichts-, Vorlage- und Einschaurechte[132] und die Möglichkeit der Untersagung von Kapital- und Gewinnentnahmen bzw -ausschüttungen[133] oder der Fortführung des Geschäftsbetriebes[134] bei Gefahr für die Erfüllung der Verpflichtungen eines Kreditinstitutes gegenüber seinen Gläubigern.

Aufgrund der vorwiegend im Allgemeininteresse - und nicht etwa in jenem der Kreditinstitute als Unternehmer - liegenden Zielsetzungen der Vorschriften des BWG ist hier wohl von deren überwiegend zwingendem Charakter auszugehen. Dies gilt insb für die dem öffentlichen Recht zuordenbaren Aufsichtsnormen.

[132] § 70 BWG.
[133] § 70 Abs 2 Z 1 BWG.
[134] § 70 Abs 2 Z 4 BWG.

2.2.2.2. Kodifikation des Bankrechts

Das Bankrecht ist, im Gegensatz zum Arbeitsrecht, in einem zentralen Gesetz normiert. Dieses ist das bereits wiederholt erwähnte BWG, welches mit seinem Inkrafttreten 1994 verschiedene Vorschriften - wie etwa das Kreditwesengesetz, das Bankagentengesetz, das Geldinstitutezentralegesetz und das Bundesgesetz über die Geschäftsaufsicht - abgelöst hat.[135] Daneben gibt es noch weitere kapitalmarktrechtliche Bestimmungen.[136]

Die hiervon zu unterscheidenden, einzelnen rechtsformbezogenen gesellschaftsrechtlichen Vorschriften, die überwiegend die im Innenverhältnis der Kreditinstitute bestehenden Rechte und Pflichten regeln, finden sich in anderen Materiengesetzen.[137]

[135] BGBl 1993/532; ErlRV 1130 BlgNR 18. GP 111.
[136] Etwa im Börsegesetz 1989.
[137] zB AktG, GmbHG, GenG.

2.2.3. Argumentationsmöglichkeiten

Um die zu untersuchende Neuregelung der Vergütungspolitik im BWG nach Möglichkeit entweder dem Rechtsgebiet Arbeitsrecht oder dem Bankrecht zuordnen und daraus Konsequenzen im Hinblick auf die Wirkung der gegenständlichen Normen ziehen zu können, ist es erforderlich, die jeweils für das eine oder das andere Rechtsgebiet sprechenden Argumente zu finden. Diese sind einander in einem weiteren Schritt gegenüber zu stellen und zu gewichten, um schließlich die Möglichkeit ihrer Einordnung beurteilen zu können.

2.2.3.1. Regelung des arbeitsrechtlichen Entgelts

Typisch arbeitsrechtliche Regelungen sind Inhalt und Umfang der Arbeitspflicht und das im Gegenzug für die geleistete Arbeit gebührende Entgelt, insb weil dies die beiden Hauptpflichten des Arbeitsverhältnisses sind.[138] Der Arbeitnehmer schuldet dem Arbeitgeber aus dem Arbeitsvertrag im Rahmen der sogenannten Arbeitspflicht in erster Linie die Zurverfügungstellung seiner Arbeitskraft zur Erzielung des vom Arbeitgeber gewünschten Erfolges.[139] Die dieser vertraglichen Hauptpflicht des Arbeitnehmers synallagmatisch gegenüberstehende Pflicht des Arbeitgebers ist (idR) die Vergütung von dessen Zurverfügungstellung der Arbeitskraft, die sogenannte Entgeltpflicht.[140]

§ 39b BWG bestimmt, dass die in der Anlage zu § 39b BWG genannten Grundsätze *"[b]ei der Festlegung und Anwendung der **Vergütungs**politik und -praktiken einschließlich der **Gehälter** und freiwilligen Rentenzahlungen für [bestimmte] Mitarbeiterkategorien […] anzuwenden [sind]"*. Folglich ist die erste (offensichtliche) Argumentation, die sich bei der Beurteilung des Charakters der Regelungen aufdrängt, jene, dass Regelungsinhalt der zu behandelnden

[138] Vgl §§ 1152 f ABGB.
[139] *Floretta/Spielbüchler/Strasser,* Arbeitsrecht I[4] 50; *Marhold/Friedrich,* Arbeitsrecht[2] 71 ff.
[140] *Floretta/Spielbüchler/Strasser,* Arbeitsrecht I[4] 223; *Marhold/Friedrich,* Arbeitsrecht[2] 126.

Bestimmungen (ausschließlich) das aus dem Arbeitsverhältnis gebührende Entgelt und somit die arbeitsvertragliche Hauptpflicht des Arbeitgebers ist. Es wird sowohl die fixe als auch die variable Vergütung, va deren Verhältnis zueinander, sowie das Entstehen und Erlöschen des Anspruches an sich in einer Vielzahl von Bestimmungen in den Grundzügen geregelt.

Die vorstehende Argumentation spricht somit eindeutig für eine Zuordnung der durch die BWG-Novelle 2010 eingeführten Regelungen betreffend die Vergütungspraktiken in den Rechtsbereich des Arbeitsrechts.

2.2.3.2. Zielsetzung der zu Grunde liegenden Richtlinie

Eine weitere, in diesem Zusammenhang erforderliche Fragestellung ist jene nach der Zielsetzung dieser Regelungen. Da diese auf einer europarechtlichen Grundlage fußen und in Umsetzung der CRD III-RL ergangen sind, ist für die Suche nach dem Sinn und Zweck auf die Erwägungen hierzu zurückzugreifen.

Als Mitursache der jüngsten Finanzkrise (ab dem Jahr 2007) wird die bislang vorherrschende Vergütungspolitik bezeichnet, die *"Anreize zur Übernahme von Risiken gibt, die über das allgemein von dem Institut tolerierte Maß hinausgehen, … ein solides und wirksames Risikomanagement untergraben und ein übermäßiges Risikoverhalten noch verstärken [kann]"*[141]. Diese übermäßige und unvorsichtige Übernahme von Risiken könne nun in weiterer Folge *"die finanzielle Solidität von Kreditinstituten oder Wertpapierfirmen untergraben und das Bankensystem destabilisieren"*[142]. Um dies zu vermeiden wurden daher auf Ebene der EU die gegenständlichen, in Österreich im BWG umgesetzten Vorschriften für Vergütungspolitik und -praxis erarbeitet und beschlossen. Mit diesen Regelungen soll durch die *"Ausgestaltung einer variablen Vergütungspolitik gewährleistet [werden], dass Anreize an den langfristigen*

[141] CRD III-RL, Abl L 2010/329, 3 (3).
[142] CRD III-RL, Abl L 2010/329, 3 (3).

Interessen des Kreditinstituts bzw. der Wertpapierfirma ausgerichtet sind und dass die Zahlungsmethoden seine bzw. ihre Eigenkapitalausstattung stärken"[143]. Zur Kontrolle der Einhaltung der entsprechenden Vergütungsgrundsätze sollen überdies Transparenz- und Offenlegungspflichten erlassen werden sowie eine angemessene Beaufsichtigung sichergestellt werden.

Die zentrale Zielsetzung der Vorschriften ist demnach eine (in erster Linie) volkswirtschaftliche und am Allgemeininteresse ausgerichtete. Es soll die Zahlungsfähigkeit der Finanzinstitute in großem Maße abgesichert sein und die Stabilität des Finanzmarktes, die durch die ursprünglich praktizierte Vergütungspolitik gefährdet erschien, gesichert werden. Zu diesem Zweck wird den Kreditinstituten teilweise deren Dispositions- und Entscheidungsbefugnis hinsichtlich der Ausgestaltung ihrer unternehmenseigenen Vergütungspolitik genommen.

Die Vorschriften der BWG-Novelle 2010 orientieren sich - kurz gesagt - vorrangig am Wohl und Interesse der Allgemeinheit durch Sicherung der Finanzmarktstabilität und Erhaltung der Solvabilität der Kreditinstitute, nicht jedoch an jenem des einzelnen Arbeitnehmers oder des Kreditinstituts an sich. Diese Ziel- und Zwecksetzung ist augenscheinlich eine solche des Bankrechts. Nicht außer Acht gelassen werden darf an dieser Stelle aber, dass auch das Arbeitsrecht zum Teil wirtschaftliche oder politische Interessen verfolgt und auch eine solche (volks-)wirtschaftlich orientierte Zielsetzung kennt.[144]

2.2.3.3. Umsetzung im Bankwesengesetz

Auf den ersten Blick passend zu der eben beschriebenen Zielsetzung, die sich in erster Linie eher dem Bankrecht als dem Arbeitsrecht zuordnen lässt, ist auch der Ort für die Umsetzung der Vorschriften der CRD III-RL gewählt. Die Umsetzung

[143] CRD III-RL, Abl L 2010/329, 3 (4).
[144] Vgl *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht I[7] 14.

erfolgte im BWG als dem zentralen Gesetz des Bankrechts, nicht hingegen in einem dem Arbeitsrecht zugehörigen Normenkomplex - wie etwa dem Angestelltengesetz (AngG) oder dem Arbeitsvertragsrechtsanpassungsgesetz (AVRAG).

Genauer betrachtet wird diesem Umstand jedoch nicht viel Bedeutung beizumessen sein, weil es im Arbeitsrecht, insb im Individualarbeitsrecht, an einer einheitlichen Kodifikation - wie es im Bankrecht das BWG ist - fehlt. Die einzelnen, dem Rechtsgebiet des Arbeitsrechts zuzuordnenden Bestimmungen sind vielmehr über verschiedene Gesetze verstreut.[145] Es besteht daher hier nicht die Möglichkeit bestimmte, an sich dem Arbeitsrecht zugehörige Regelungen in "dem zentralen arbeitsrechtlichen Gesetz" umzusetzen, weil ein solches schlicht nicht existiert. Der Ort der Umsetzung der Vergütungsvorschriften kann demgemäß für sich genommen keinen sinnvollen Anhaltspunkt für die Zuordnung der Vergütungsvorschriften bieten.

2.2.3.4. Positionierung im Bankwesengesetz

Aus der örtlichen "Positionierung" im BWG selbst im Zuge der Umsetzung der Vergütungsvorschriften der BWG-Novelle könnten ebenfalls Rückschlüsse auf deren Charakter gezogen werden. Diese erfolgte im Abschnitt *"Sorgfaltspflichten und Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung"*, unmittelbar nach den Vorschriften über die allgemeinen Sorgfaltspflichten und jenen über das kreditinstitutseigene Verfahren zur Bewertung der Eigenkapitalausstattung. Diese Bestimmungen verpflichten die Kreditinstitute (und ihre Geschäftsleiter) ausdrücklich dazu, die bankbetrieblichen und -geschäftlichen Risiken zu erfassen und zu begrenzen und dafür über geeignete (jährlich zu überprüfende) Verwaltungs-, Rechnungs- und Kontrollverfahren zu verfügen sowie für zur Absicherung der bestehenden Risiken erforderliches Kapital zu sorgen. Hier

[145] Siehe hierzu unter Punkt 2.2.1.2..

spiegelt sich die grundlegende Zielsetzung des Bankrechts, die Erhaltung der Solvabilität und Stabilisierung der Kreditinstitute und in weiterer Folge die Stabilisierung der Finanzmärkte, sowie das vorrangige Instrumentarium der Aufsicht und Kontrolle wieder.

Nunmehr müssen Kreditinstitute durch die BWG-Novelle 2010 überdies (ausdrücklich) auch die Risiken aus der neu geregelten Vergütungspolitik und den Vergütungspraktiken erfassen und ihre Verwaltungs-, Rechnungs- und Kontrollverfahren auf ebendiese Risiken ausweiten. Die Aufnahme dieser (spezifischen) Risikobewertung in die oben beschriebenen Sorgfaltspflichten führt dazu, dass auch hier der gleiche Zweck wie für die Begrenzung der anderen (allgemeinen) Risiken angenommen werden kann. Überdies zeigt sich hier deutlich, dass sich die Vergütungsvorschriften an die Kreditinstitute - nicht die Arbeitnehmer - richten.

Die "Positionierung" der Vergütungsvorschriften im BWG in einem Bereich, in dem es um Risikobewertung und -begrenzung vor dem Hintergrund der Sicherung der Solvabilität der Kreditinstitute geht, spricht - zumindest hinsichtlich des Zweckes - für eine bankrechtliche Zuordnung dieser Vorschriften. Angesichts der Tatsache, dass bereits die Umsetzung im BWG an sich mangels Existenz einer vergleichbaren zentralen Kodifikation des Arbeitsrechts keine große Relevanz für die Zuordnung der Bestimmungen hat[146], ist aber auch dem Aspekt der Positionierung innerhalb des BWG keine zentrale oder ausschlaggebende Bedeutung zuzumessen.

[146] Siehe hierzu oben unter Punkt 2.2.3.3..

2.2.3.5. Konvergierende Regelung im Österreichischen Corporate Governance Kodex

Auch im Österreichischen Corporate Governance Kodex wurden für Vorstandsverträge - mit der Fassung von Jänner 2010 - in Umsetzung der EU-Vergütungsempfehlung vom 30.4.2009[147] den gegenständlichen Vergütungsvorschriften ähnliche Regelungen implementiert.[148] Diese wurden in Form von sogenannten "Comply or Explain"-Regelungen (C-Regelungen), bei denen es sich um Sollvorschriften handelt, deren Nichteinhaltung begründet werden muss, umgesetzt.

Regel 27[149] bestimmt etwa, dass *"[d]ie variablen Vergütungsteile […] insbesondere an nachhaltige, langfristige und mehrjährige Leistungskriterien an[knüpfen …] und nicht zum Eingehen unangemessener Risiken verleiten"* dürfen. Auch sollen bestimmte Höchstgrenzen für die variable Vergütung im Vorhinein festgelegt werden. Regel 43[150] statuiert darüber hinaus die Einrichtung eines Vergütungsausschusses, der die Einhaltung der Vergütungsregelungen überwacht und kontrolliert.

Die als sogenannte "Recommendation"-Regelung (R-Regelung) eingestufte Regel 28a[151] bestimmt ergänzend dazu, dass *"[d]ie Grundsätze der C-Regeln 27 und 28[152] […] auch bei der Einführung neuer Vergütungssysteme für leitende Angestellte entsprechend anzuwenden"* sind. Im Vergleich zu den C-Regelungen stellt diese als R-Regelung aber nur eine schlichte Empfehlung dar, deren Nichteinhaltung weder offengelegt, noch begründet werden muss.

---

[147] Abl L 2009/120, 28.
[148] Siehe dazu auch oben unter Punkt 2.1.2.1..
[149] Österreichischer Corporate Governance Kodex, Fassung Juli 2012, 24.
[150] Österreichischer Corporate Governance Kodex, Fassung Juli 2012, 30 f.
[151] Österreichischer Corporate Governance Kodex, Fassung Juli 2012, 25.
[152] Diese regelt die Voraussetzungen für die Einführung eines Aktienoptionsprogrammes für Vorstandsmitglieder und bestimmt hier insbesondere eine Sperr- bzw Haltefrist von drei Jahren.

Die im Österreichischen Corporate Governance Kodex für Vorstandsverträge eingeführten Vergütungsvorschriften sind inhaltlich jedenfalls mit jenen der BWG-Novelle 2010 vergleichbar. Dies verwundert nicht, weil sie quasi auf der europarechtlichen "Vorgängerregelung" der nunmehr umgesetzten CRD III-RL basieren. Was sie allerdings im Vergleich zu den Vorschriften der BWG-Novelle 2010 nicht beinhalten, ist eine Regelung, wonach die variable Vergütung unabhängig vom Erreichen der vereinbarten Ziele (ausschließlich) aufgrund der schlechten Ertrags- und Finanzlage des Kreditinstitutes teilweise oder ganz erlöschen kann. Die Regelungen des Österreichischen Corporate Governance Kodex sind demnach weniger strikt und auch in ihren Wirkungen - zumal sie nicht verpflichtend sind - weit weniger problematisch.

2.2.3.5.1. Corporate Governance

Der Österreichische Corporate Governance Kodex dient bei österreichischen Aktiengesellschaften als *"Ordnungsrahmen für die Leitung und Überwachung des Unternehmens"* und *"enthält die international üblichen Standards für gute Unternehmensführung"*[153]. Es sollen Rahmenbedingungen für Unternehmensführung und -kontrolle - und damit für Vorstand und Aufsichtsrat - geschaffen und so Transparenz auch für die über wenig bis gar keinen Einfluss auf die Unternehmensführung verfügenden Anteilseigner und Geschäftspartner erreicht werden. Im Grunde befasst sich Corporate Governance *"mit der rechtlichen Ausgestaltung einer insbesondere betriebswirtschaftlich optimalen Unternehmensleitung und Unternehmenskontrolle"*[154]. Die Grundlage für diesen Kodex sind *"die Vorschriften des österreichischen Aktien-, Börse- und Kapitalmarktrechts, die EU-Empfehlungen zu den Aufgaben der*

[153] Österreichischer Corporate Governance Kodex, Fassung Juli 2012, 11.
[154] *Krejci*, Braucht Österreich einen Corporate Governance Kodex?, VR 2002, 145 unter Bezugnahme auf *Haberer*, Auswirkungen der internationalen Corporate Governance-Diskussion auf das österreichische Aktienrecht 8.

Aufsichtsratsmitglieder und zu der Vergütung von Direktoren sowie in ihren Grundsätzen die OECD-Richtlinien für Corporate Governance"[155].

Es handelt sich bei den im Österreichischen Corporate Governance Kodex enthaltenen Regelungen somit grundsätzlich um solche mit unternehmens- und gesellschaftsrechtlichem Charakter. Dennoch ist gerade bei Vorstandsverträgen nicht zu vergessen, dass es hier zu einer Verflechtung von das arbeitsvertragliche Verhältnis zwischen Vorstand und Unternehmen betreffenden arbeitsrechtlichen[156] und unternehmens- bzw gesellschaftsrechtlichen[157] Regelungen kommt.

2.2.3.5.2. Konsequenz

Aus der Implementierung mit den BWG-Vergütungsvorschriften vergleichbarer - wenn auch keinesfalls so strikter - Vergütungsregelungen im Österreichischen Corporate Governance Kodex kann - zumal diese sozusagen die abgeschwächte "Vorgängerversion" der BWG-Vergütungsvorschriften sind - geschlussfolgert werden, dass es sich auch bei den Vergütungsvorschriften für die betroffenen Mitarbeiterkategorien im BWG um allgemein die Unternehmensleitung und -kontrolle betreffende Vorschriften handelt. Es soll augenscheinlich bei jenen Unternehmen, deren wirtschaftliche Entwicklung und Existenz Auswirkung auf einen größeren Kreis von Personen haben, ein strikter Rahmen für den Umfang von Vergütungen und damit verbunden Sicherheit für die in ihrem Kapital betroffenen Personen geschaffen werden. Diese sind bei den durch den Corporate Governance Kodex angesprochenen Aktiengesellschaften die Anteilseigner und überdies bei den Kreditinstituten va deren Kunden.

[155] Österreichischer Corporate Governance Kodex, Fassung Juli 2012, 12.
[156] Man denke hierbei etwa an die gesetzliche Abfertigung alt oder Entschädigungsansprüche.
[157] Kompetenzen, Verpflichtungen etc.

Die eigentlich das Arbeitsverhältnis zwischen den betroffenen Mitarbeitern und deren Arbeitgeber, dem Kreditinstitut, regelnden Vorschriften des Österreichischen Corporate Governance Kodex dienen demnach in ihrer Zielsetzung vorrangig dem Schutz der Interessen an diesem Rechtsverhältnis nicht beteiligter Dritter. Nichtsdestotrotz handelt es sich bei die Vergütung betreffenden Vorschriften inhaltlich zweifellos um arbeitsrechtliche Normen und kann das Hinzutreten der vorstehenden Zwecke daran letztlich nichts ändern.

2.2.3.6. Interpretation anhand arbeitsrechtlicher Zielsetzungen?

Es stellt sich die Frage, ob trotz der Orientierung der Vergütungsvorschriften an einem Gemeinwohlinteresse, nämlich der dauerhaften Finanzmarktstabilität, auch eine dem Arbeitsrecht zuordenbare Zielsetzung argumentierbar ist.

Grundsätzlich liegt es beim Arbeitgeber die Möglichkeiten und Risiken des eigenen Unternehmens abzuschätzen und davon ausgehend die unternehmenseigene Vergütungspolitik zu gestalten. Der Gesetzgeber greift im Bereich des Entgelts nur insoweit ein, als dem Arbeitnehmer über relativ zwingende arbeitsrechtliche Vorschriften - Gesetze, Kollektivverträge, Betriebsvereinbarungen - gewisse Mindeststandards und va ein Mindestentgelt gewährleistet werden sollen.[158] Darüber hinausgehende, bessere Gestaltungen zu vereinbaren bleibt hingegen in der Kompetenz der Arbeitsvertragsparteien. Das Arbeitsrecht bezweckt und bewirkt somit grundsätzlich nur einen Schutz gegen zu wenig Entgelt bzw "nach unten hin", nicht jedoch eine Begrenzung nach oben. Dennoch können dem Arbeitsrecht teilweise auch andere zwar nicht unmittelbar, aber letztlich (auch) im Interesse des Arbeitnehmers liegende Zielsetzungen, wie arbeitsmarktpolitische Interessen zur Sicherung der Konkurrenzfähigkeit der Wirtschaft, etwa hinsichtlich der Arbeitszeitgestaltung, nicht abgesprochen

[158] Siehe hierzu oben unter Punkt 2.2.1.1..

werden.[159] Im Bereich der Entgeltgestaltung steht jedoch grundsätzlich nach wie vor die erhöhte Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers gegenüber dem im Regelfall wirtschaftlich stärkeren und überlegenen Arbeitgeber im Vordergrund. Daher ist das tragende Ziel der das Entgelt regelnden Bestimmungen der Schutz des wirtschaftlich unterlegenen Arbeitnehmers. Es liegt aber unzweifelhaft nicht im Interesse des Arbeitnehmers, dass für die Vereinbarung von variablem Entgelt, wie Boni und Prämien, gesetzliche Beschränkungen hinsichtlich deren Ausgestaltung und Höhe bestehen, die statt einer Grenze "nach unten hin" eine solche "nach oben" und damit eine Art Deckelung schaffen. Vor allem die Tatsache, dass der Anspruchserwerb bzw die Auszahlung der variablen Vergütung - ganz unabhängig von der Leistung des Arbeitnehmers - letztlich von der Finanzlage des Kreditinstitutes abhängen soll und dem Arbeitnehmer damit kein tatsächlicher Einfluss hierauf möglich ist, kann keinesfalls als im Interesse des Arbeitnehmers liegend erachtet werden.

Auch ist es wohl Sache des Arbeitgebers seine Arbeitnehmer durch Vereinbarung und Gewährung höheren Entgelts zur Arbeitsleistung zu motivieren und gerade durch die Zusage von Boni und Prämien für die Erreichung bestimmter Ziele noch weitere Leistungsanreize zu setzen. Es liegt daher im Interesse des Arbeitgebers bei der Ausgestaltung der Entgeltbestandteile - va hinsichtlich deren Höhe - soweit als möglich[160] frei zu sein. Die Vergütungsvorschriften der BWG-Novelle 2010 erlegen den Kreditinstituten gewisse Beschränkungen hinsichtlich der Höhe, der Ausgestaltung und insb der Zahlungsmodalitäten von variablem Entgelt auf. Diesen wird dadurch die an sich beim Arbeitgeber liegende Kompetenz des unternehmensinternen Risikomanagements und der darauf aufbauenden Gestaltung der Vergütungspolitik, im Besonderen durch die Setzung von Leistungsanreizen, zum Teil genommen. Diese Beschränkung der Dispositionsmöglichkeiten der Kreditinstitute als Arbeitgeber im Hinblick auf die

[159] Siehe hierzu oben unter Punkt 2.2.1..
[160][160] Hier sind natürlich die Grenzen der Sittenwidrigkeit und des Gleichbehandlungsgrundsatzes zu beachten.

Vereinbarung von variablem Entgelt dient demnach auch nicht (jedenfalls nicht vorrangig) den Interessen der Kreditinstitute in ihrer Eigenschaft als Arbeitgeber.

Es greift hier augenscheinlich vielmehr der Staat in seiner Aufsichtsfunktion zum Schutz der Allgemeinheit bzw der Wirtschaft ein und beschränkt zu diesem Zwecke die Gestaltungsfreiheit sowohl des Arbeitnehmers, als auch des Arbeitgebers.

2.2.3.7. Geringere Schutzbedürftigkeit der betroffenen Arbeitnehmergruppen?

Nun sind leitende Angestellte zwar aus Sicht des Arbeitsvertragsrechts als Arbeitnehmer anzusehen, doch werden sie in vielen arbeitsrechtlichen Vorschriften als weniger schutzwürdig erachtet als andere Arbeitnehmer. Dies ist auf ihre gehobene Stellung innerhalb des Betriebs sowie die Tatsache, dass sie idR nicht in der typischen Situation des wirtschaftlich Schwächeren sind, zurückzuführen.[161] Sie sind auf ihren aktuellen Arbeitsplatz oftmals nicht im selben Maße angewiesen, weil es ihnen aufgrund ihrer meist höheren Qualifikation leichter fällt, in angemessener Zeit einen neuen Arbeitsplatz zu finden. Sie haben daher im Regelfall keine schwache Verhandlungsposition - vielmehr sind die Positionen oftmals recht ausgeglichen, sodass ein besonderer Schutz des Arbeitnehmers nicht erforderlich scheint.

Überdies sind viele den Arbeitnehmer schützende Vorschriften, wie va jene die Arbeitszeit regelnden, mit dem Aufwand, der mit der Funktion des leitenden Angestellten verbunden ist, nicht vereinbar.[162] Daher sind diese Vorschriften auf leitende Angestellte grundsätzlich nicht anwendbar.[163]

[161] *Marhold/Friedrich,* Arbeitsrecht[2] 46.
[162] *Marhold/Friedrich,* Arbeitsrecht[2] 46.
[163] Vgl § 1 Abs 2 Z 8 Arbeitszeitgesetz (AZG) bzw § 1 Abs 2 Z 5 Arbeitsruhegesetz (ARG).

Aus der geminderten Schutzwürdigkeit und -bedürftigkeit der leitenden Angestellten könnte abgeleitet werden, dass bezüglich dieser Personen das Prinzip des Schutzes des Arbeitnehmers nicht greifen kann und daher arbeitsrechtliche Erwägungen zur Zielsetzung gar nicht erst anzustellen sind.

2.2.3.7.1. Differenzierung bezüglich Entgelt gerechtfertigt?

Die beschriebene geminderte Schutzwürdigkeit der leitenden Angestellten, die vorwiegend im Arbeitszeitrecht gegeben ist, ist meines Erachtens jedoch nicht geeignet, Differenzierungen hinsichtlich der Entgeltbestimmungen und der hierfür entwickelten Grundsätze zu rechtfertigen. Auch leitende Angestellte haben ihr Entgelt mit dem Arbeitgeber zu verhandeln und sind - ungeachtet der eventuell vergleichsweise einfacheren Erlangung eines neuen Arbeitsplatzes - idR daran interessiert das Arbeitsverhältnis aufrecht zu erhalten. Damit ist auch bei leitenden Angestellten die für das Arbeitsrecht charakteristische ungleiche Verhandlungsposition gegeben, wenngleich nicht im selben Ausmaß wie bei weniger qualifizierten Arbeitnehmern. Dafür spricht außerdem, dass das kollektivvertragliche Mindestentgelt grundsätzlich für leitende Angestellte in gleichem Maße gilt, wie für andere Arbeitnehmer, ungeachtet dessen wohl eher geringer Relevanz in der Praxis.

Obwohl eine Differenzierung im Hinblick auf die Schutzbedürftigkeit leitender Angestellter etwa im Arbeitszeitrecht durchaus gerechtfertigt ist, bedeutet dies nicht, dass eine solche Differenzierung auch im Hinblick auf die Entgeltbestimmungen sachlich gerecht wäre. Insb kann aus der Tatsache, dass oftmals doch eine ausgeglichene Verhandlungsposition besteht, nicht geschlossen werden, dass dies der Regelfall ist. Andernfalls bestünde eine "Schutzlücke" und leitende Angestellte wären ohne (hinreichende) sachliche Rechtfertigung gegenüber anderen Arbeitnehmern benachteiligt.

Auch der Gesetzgeber hat dies wohl so gesehen und jene Bereiche, in denen eine Differenzierung im Vergleich zu anderen Arbeitnehmern gerechtfertigt und erforderlich erscheint, ausdrücklich bezeichnet[164].

2.2.3.7.2. Betroffene Arbeitnehmer

Selbst wenn man davon ausginge, dass leitende Angestellte - etwa wegen ihrer besseren Verhandlungsposition - auch hinsichtlich der Entgeltbestimmungen als weniger schutzwürdig betrachtet würden, wäre zu prüfen, ob tatsächlich nur diese "Gruppe" von Arbeitnehmern von den Vergütungsvorschriften der BWG-Novelle 2010 betroffen sind oder auch nicht als leitende Angestellte qualifizierbare Arbeitnehmer diesen Bestimmungen unterliegen. Leitende Angestellte iSd Betriebsverfassungsrechts sind gem § 36 Abs 2 Z 3 ArbVG Arbeitnehmer, *"denen maßgebender Einfluß auf die Führung des Betriebes zusteht"*, solche nach dem Arbeitszeitrecht sind gem § 1 Abs 2 Z 8 AZG bzw § 1 Abs 2 Z 5 ARG jene Arbeitnehmer, *"denen maßgebliche Führungsaufgaben selbstverantwortlich übertragen sind"*. Die Definition des Arbeitszeitrechts ist gegenüber jener des Betriebsverfassungsrechts weiter auszulegen.

Die von den Vergütungsvorschriften der BWG-Novelle 2010 betroffenen Arbeitnehmer sind gem § 39b BWG die *"Geschäftsleitung, Risikokäufer, Mitarbeiter mit Kontrollfunktionen und Mitarbeiter, die derselben Vergütungsgruppe wie die Geschäftsleitung und Risikokäufer angehören und deren Tätigkeit sich wesentlich auf das Risikoprofil auswirkt"*. Die *"Geschäftsleitung"* und *"Mitarbeiter mit Kontrollfunktionen"* sind wohl am einfachsten als leitende Angestellte qualifizierbar, sowohl unter Heranziehung der engeren Definition des Betriebsverfassungsrecht, als auch jener des Arbeitszeitrechts. Bei der Gruppe der *"Risikokäufer"* und jener der *"Mitarbeiter, die derselben Vergütungsgruppe wie die Geschäftsleitung und Risikokäufer*

[164] Vgl § 1 Abs 2 Z 8 AZG bzw § 1 Abs 2 Z 5 ARG.

angehören und deren Tätigkeit sich wesentlich auf das Risikoprofil auswirkt", gestaltet sich die Zuordenbarkeit schwieriger. Diesen Mitarbeitergruppen müssen nicht zwangsläufig Führungsaufgaben oder ein maßgebender Einfluss auf die Führung des Betriebes an sich zukommen. Vielmehr ist es denkbar, dass die Möglichkeit der Auswirkung der Tätigkeit auf das Risikoprofil des Unternehmens völlig unabhängig von der Übertragung von eigenverantwortlichen Führungsaufgaben besteht.

Es kann demnach nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass die von den Vergütungsvorschriften der BWG-Novelle 2010 betroffenen Arbeitnehmer mit leitenden Angestellten gem § 36 Abs 2 Z 3 ArbVG oder gem § 1 Abs 2 Z 8 AZG bzw § 1 Abs 2 Z 5 ARG gleichzusetzen sind und in weiterer Folge als weniger schutzwürdig betrachtet werden können.

2.2.4. Einstufung

Nun sind die vorstehend angeführten Argumente gegeneinander abzuwägen, um schließlich zu einem Urteil hinsichtlich der Einstufung der Vergütungsvorschriften der BWG-Novelle 2010 als arbeitsrechtliche oder bank(aufsichts)rechtliche Normen zu kommen.

Für eine arbeitsrechtliche Charakterisierung der neuen Vergütungsvorschriften spricht in erster Linie die Tatsache, dass es sich um Regelungen betreffend das arbeitsrechtliche Entgelt handelt und dieses die zentrale Hauptleistungspflicht des Arbeitgebers aus dem Arbeitsverhältnis darstellt.[165] Zwar können den zu behandelnden Vorschriften nicht die typischen, zentralen arbeitsrechtlichen Zielsetzungen entnommen bzw unterstellt werden, doch kennt auch das Arbeitsrecht andere - wie insb wirtschaftliche oder arbeitsmarktpolitische - Zielsetzungen, sodass dies einer arbeitsrechtlichen Zuordnung nicht im Wege stehen würde.

Als stärkstes Argument für eine Zuordnung der Vergütungsvorschriften des BWG zum Bank(aufsichts)recht ist hingegen die volkswirtschaftliche und am Allgemeininteresse ausgerichtete Zielsetzung der der BWG-Novelle zugrunde liegenden Richtlinie anzuführen. Zur Erreichung der Sicherung der Finanzmarktstabilität und der Erhaltung der Solvabilität der Kreditinstitute im Interesse der Allgemeinheit wird den Kreditinstituten die Dispositions- und Entscheidungsbefugnis hinsichtlich der Ausgestaltung ihrer unternehmenseigenen Vergütungspolitik genommen.[166]

Weder der Tatsache, dass die Umsetzung der Vergütungsvorschriften in der zentralen Norm des Bankrechts erfolgte, noch der Positionierung der Vorschriften

[165] Siehe dazu oben unter Punkt 2.2.3.1..
[166] Siehe dazu oben unter den Punkten 2.2.3.2. und 2.2.3.6..

innerhalb des BWG kann mangels des Bestehens einer entsprechenden zentralen Norm für das Arbeitsrecht wesentliche Bedeutung zugemessen werden.[167]

Aus der Implementierung vergleichbarer - wenn auch nicht so strikter - Vergütungsregelungen im Österreichischen Corporate Governance Kodex kann zwar die Schlussfolgerung gezogen werden, dass die Vergütungsvorschriften (auch) zum Schutze der Interessen am (Arbeits-)Rechtsverhältnis zwischen den betroffenen Mitarbeitern und den Kreditinstituten nicht beteiligter Dritter verabschiedet wurden.[168] Der arbeitsrechtliche Charakter der Vergütungsvorschriften kann dadurch jedoch nicht beeinträchtigt werden.

Zusammenfassend kann dem Argument, dass es sich bei der Regelung der Vergütung von Arbeitnehmern um die Regelung der zentralen Hauptleistungspflicht des Arbeitgebers handelt, lediglich entgegengehalten werden, dass die Zielsetzung der Vergütungsvorschriften volkswirtschaftlich und am Allgemeininteresse ausgerichtet und damit als bank(aufsichts)rechtlich zu qualifizieren ist. Auch das Arbeitsrecht kennt jedoch andere als die typisch arbeitsrechtlichen - insb dem Arbeitnehmerschutz dienenden - Zielsetzungen. Eine auch - oder sogar in erster Linie - dem Bankrecht zuzuordnende Zielsetzung der Vergütungsvorschriften des BWG steht daher einer Zuordnung dieser Bestimmungen zum Arbeitsrecht nicht im Wege. Die gegenständlich zu behandelnden, das Entgelt der betroffenen Arbeitnehmer und dessen Auszahlungsmodalitäten regelnden Vorschriften sind demnach als arbeitsrechtliche Normen - wenn auch mit bank(aufsichts)rechtlicher Zielsetzung - zu qualifizieren.

Die vorstehend vorgenommene Einordnung ist nun in weiterer Folge für die Beurteilung, ob es sich bei den hier zu behandelnden Normen um zwingende oder dispositive Normen handelt und welche Wirkungen diese im konkreten Kollisionsfall mit bestehenden Vereinbarungen haben, von Bedeutung.

---

[167] Siehe dazu oben unter den Punkten 2.2.3.3. und 2.2.3.4..
[168] Siehe dazu oben unter Punkt 2.2.3.5..

2.2.5. Zwingendes oder nachgiebiges Recht?

Um beurteilen zu können, welche Folgen ein Abgehen von den Vergütungsvorschriften der BWG-Novelle 2010 hat, ist zu fragen, ob es sich um zwingendes oder nachgiebiges (dispositives) Recht handelt. Auch die Frage nach dem Vorliegen einer absolut oder relativ zwingenden Wirkung stellt sich in diesem Zusammenhang.

In erster Linie ist hierfür der Wortlaut der Bestimmungen zu betrachten und zu prüfen, ob der Gesetzgeber bereits selbst eine Anordnung zur Wirkung der Bestimmungen getroffen hat. Ist das nicht der Fall, so ist die Prüfung unter Betrachtung von Inhalt und Zweck der Regelungen fortzusetzen.[169]

2.2.5.1. Wortlaut

In erster Linie ist der Wortlaut darauf zu untersuchen, ob eine Regelung hinsichtlich der Rechtsfolgen von abweichenden Vereinbarungen bereits im Gesetz selbst getroffen wurde. Dies kann etwa durch die ausdrückliche Anordnung "bei sonstiger Unwirksamkeit" oder auch andere eindeutige Formulierungen geschehen.[170] § 39b BWG selbst, der auf die Anwendung der in der zugehörigen Anlage enthaltenen Bestimmungen verweist, enthält keine solche Passage, die einen Rückschluss auf seine Wirkung geben könnte. In der Anlage zu § 39b BWG findet sich lediglich eine einzige Ziffer, der eine Andeutung ihrer Wirkung entnommen werden könnte. Z 12 lit a der Anlage zu § 39b BWG bestimmt Folgendes: *"Der Anspruchserwerb oder die Auszahlung der variablen Vergütung einschließlich des zurückgestellten Anteils* ***darf nur dann erfolgen, wenn*** *sie angesichts der Finanzlage des Kreditinstitutes insgesamt tragbar und*

[169] *Drs* in ZellKomm I² AngG § 40 Rz 3; *Holzer* in *Marhold/Burgstaller/Preyer*, AngG § 40 Rz 1; *Kallab* in *Löschnigg*, AngG[9] § 40 Rz 1; *Krejci* in *Rummel*, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch I[3] § 879 Rz 29 f.

[170] ZB § 3 Abs 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG): *"Ein Arbeitgeber* ***darf*** *[…] einen Ausländer* ***nur*** *beschäftigen,* ***wenn***".

nach der Leistung der betreffenden Geschäftsabteilung und Person gerechtfertigt ist." Angesichts des für sich genommen unklaren und eher vage gehaltenen Anwendungsbereichs dieser Bestimmung ist dieser Formulierung aber wohl keine große Bedeutung zuzumessen. Dies umso mehr, als sie innerhalb des Regelungskomplexes der Vergütungsbestimmungen im BWG nicht derart eindeutig und bewusst anders gestaltet scheint, dass aus ihr ein Rückschluss auf den gesamten Regelungskomplex getroffen werden kann. Diese Formulierung wurde - wie auch jene der übrigen Vergütungsregelungen - lediglich aus der zugrunde liegenden CRD III-RL übernommen, eine bewusste Rechtsfolgen-anordnung ist daher nicht anzunehmen.

2.2.5.2. Inhalt

Die Vergütungsbestimmungen sehen im Großen und Ganzen Beschränkungen hinsichtlich der Höhe der variablen Vergütung und der Auszahlungsmodalitäten vor, die nicht im eindeutigen Interesse des Arbeitnehmers liegen, den Arbeitnehmer vielmehr schlechter stellen, als er ohne diese Regelungen stünde. Vor allem legen die Bestimmungen zum Teil nur Mindestbegrenzungen oder -beschränkungen fest, die bereits aus dem ausdrücklichen Wortlaut (*"Anteil der variablen Vergütung, der **mindestens** … beträgt"*) der entsprechenden Regelungen eine über diese hinausgehende Beschränkung oder Begrenzung der Vergütung zulassen.[171] Ein - gesetzlich nicht vorgesehenes - Abgehen von den Vergütungsbestimmungen der BWG-Novelle 2010 zum Nachteil des Arbeitnehmers ist aufgrund des dessen variable Vergütung teilweise nur im Sinne einer Mindestgrenze beschränkenden Charakters dieser Regelungen daher praktisch in den seltensten Fällen denkbar. Aus diesem Grunde stellt sich bei genauerem Hinsehen in Wahrheit nur die Frage, ob zu Gunsten des Arbeitnehmers von den Vergütungsbestimmungen abgegangen werden kann oder nicht. Ob es sich dabei um nachgiebiges Recht oder zu Gunsten des Arbeitnehmers relativ

[171] ZB Z 11 oder Z 12 der Anlage zu § 39b BWG.

zwingendes Recht handelt, ist damit eigentlich eine eher theoretische, aber nicht minder interessante Überlegung.

Vorrangig ist zu berücksichtigen, dass es sich - wie im vorstehenden Punkt beschrieben - bei den gegenständlichen Regelungen um arbeitsrechtliche Vorschriften handelt. Das Wesen des das Arbeitsrecht prägenden Schutzgedankens ist es, dem Arbeitnehmer gewisse Mindestarbeitsbedingungen zu sichern, die lediglich verbessert werden können.[172] Der Großteil der arbeitsrechtlichen Bestimmungen ist daher relativ zwingend. So bestimmt auch § 40 AngG[173] hinsichtlich der darin genannten Rechte deren zu Gunsten des Arbeitnehmers einseitig zwingenden Charakter. Absolut zwingende Bestimmungen kennt das Arbeitsrecht hingegen va im Betriebsverfassungsrecht und im Arbeitnehmerschutzrecht.[174]

Die Vergütungsbestimmungen der BWG-Novelle 2010 sind ihrem Regelungsinhalt nach nicht dem Betriebsverfassungs- oder dem Arbeitnehmerschutzrecht, sondern als das Entgelt regelnde Bestimmungen dem Individualarbeitsrecht zuzuordnen. Eine absolut zwingende Wirkung bzw das Erfordernis einer solchen kann daher aus deren arbeitsrechtlichem Charakter nicht abgeleitet werden.

Das Arbeitsrecht hat in Sachen "Entgelt" grundsätzlich im Sinn, dem Arbeitnehmer ein Mindestentgelt zu gewährleisten und sieht für die die Vergütung regelnden Bestimmungen zu diesem Zweck eine zu Gunsten des Arbeitnehmers bestehende, relativ zwingende Wirkung vor. Auch die gegenständlich relevanten Vorschriften des BWG regeln die Vergütung von Arbeitnehmern, sodass ihnen

---

[172] Siehe dazu oben unter Punkt 2.2.1.1; *Löschnigg*, Arbeitsrecht[11] Rz 3/022; *Marhold/Friedrich*, Arbeitsrecht[2] 5; *Schrank/Mazal*, Arbeitsrecht[4] 6.

[173] *"Die Rechte, die dem Angestellten auf Grund der Bestimmungen […] zustehen, können durch den Dienstvertrag weder aufgehoben noch beschränkt werden."*

[174] Siehe dazu oben unter Punkt 2.2.1.1; *Löschnigg*, Arbeitsrecht[11] Rz 3/023; *Marhold/Friedrich*, Arbeitsrecht[2] 5.

aufgrund ihres Inhaltes für die Gewährleistung eines Mindestschutzes hier eine relativ zwingende Wirkung zuzusprechen ist.[175]

2.2.5.3. Zweck

Nun stellt sich aber die Frage, ob durch das Bejahen einer solchen (zugunsten des Arbeitnehmers bestehenden) relativ zwingenden Wirkung den Vergütungsvorschriften der BWG-Novelle 2010 ihr Sinn und Zweck genommen würde und sie damit funktionslos und ausgehöhlt würden. So sollen die zu beurteilenden Vergütungsbestimmungen im Grunde die übermäßige Risikobereitschaft und das Ausufern unrechtmäßiger Bonusansprüche zum Nachteil der Finanzsituation der Kreditinstitute und in weiterer Folge der Wirtschaft an sich eindämmen und verhindern. Könnte man aber ohne weiteres von diesen Vorschriften abweichende bzw diesen widersprechende Vereinbarungen treffen, so würde dieser Zweck nicht im Geringsten erreicht und stellten sie lediglich "leere Formsätze" dar. Fraglich ist daher, ob der Zweck der Bestimmungen mit einer relativ zwingenden Wirkung vereinbar wäre.

Richtigerweise ist hier zu entgegnen, dass das BWG ohnehin Maßnahmen zur Durchsetzung der Bestimmungen (und Hintanhaltung von durch die Nichteinhaltung eintretenden nachteiligen Folgen) kennt und ihnen so praktisch Wirkung verleiht. So räumt das BWG der FMA zur Kontrolle der Einhaltung der Vergütungsbestimmungen Aufsichtsmaßnahmen[176] gegenüber den Kreditinstituten bzw den für diese verantwortlichen Organen ein, die diese notwendigenfalls zu ergreifen hat. Bei besonders groben Verstößen gegen die Bestimmungen des BWG gibt es überdies die Möglichkeit der Beeinspruchung der Wiederbestellung des Aufsichtsratsvorsitzenden gem § 28a Abs 4 BWG oder

[175] Vgl *Drs* in ZellKomm I[2] AngG § 40 Rz 3; *Holzer* in *Marhold/Burgstaller/Preyer*, AngG § 40 Rz 1.
[176] Wie etwa die Vorschreibung eines zusätzlichen Eigenmittelerfordernisses gem § 70 Abs 4a BWG.

einer Anzeige gem § 78 StPO (zB wegen § 153 StGB).[177] Auch in den CEBS-Leitlinien[178] werden als Maßnahmen bei Verletzungen der Vergütungsvorschriften etwa zusätzliche Eigenkapitalerfordernisse, organisatorische Änderungen und Maßnahmen zur Risikominimierung beispielhaft aufgezählt. Überdies wird dort[179] auch erwähnt, dass Kreditinstitute allenfalls auch (ausdrückliche) Rückforderungsklauseln betreffend entgegen den Vorschriften der CRD-RL (und damit auch der CRD III-RL) und den CEBS-Leitlinien erhaltene Vergütungen vereinbaren sollten. Dies zeigt, dass hier durchaus von der Wirksamkeit abweichender Vereinbarungen ausgegangen wird, andernfalls wären keine derartigen Maßnahmen erforderlich.

Auch zu erwähnen ist an dieser Stelle - wie *Waldherr/Zimmermann*[180] ebenfalls anmerken -, dass sich die Vergütungsbestimmungen selbst an die Kreditinstitute richten, nicht an deren Arbeitnehmer. Insoweit ist es nicht verwunderlich und nur konsequent, dass sich auch die bei Verstößen zu setzenden Maßnahmen gegen die Kreditinstitute bzw die für diese verantwortlichen Organe richten bzw zu richten haben.

Die Einhaltung der Vergütungsbestimmungen des BWG - jedenfalls aber die Hintanhaltung von nachteiligen Folgen der Nichteinhaltung - wird folglich durch angemessene im BWG vorgesehene oder sich aus der Heranziehung der CRD III-RL und der CRD-RL ergebende Maßnahmen gewährleistet, sodass es darüber hinaus zur Sicherung deren Zweckes einer absolut zwingenden Wirkung der Bestimmungen nicht bedarf. Die Bejahung der aus ihrem arbeitsrechtlichen Charakter abgeleiteten relativ zwingenden Wirkung der Vergütungsbestimmungen steht daher deren Funktion nicht entgegen.

Im Ergebnis ist den Vergütungsbestimmungen somit eine relativ zwingende Wirkung zugunsten des Arbeitnehmers zuzuerkennen.

---

[177] *Waldherr/Zimmermann*, ÖBA 2012, 366 (368).
[178] Punkt 33.
[179] Punkt 137 der CEBS-Leitlinien.
[180] ÖBA 2012, 366 (368).

2.2.6. Folgen abweichender Vereinbarungen[181]

Es steht nun fest, dass die Vergütungsbestimmungen der BWG-Novelle 2010[182] zugunsten des Arbeitnehmers relativ zwingend sind. Als nächster Schritt ist zu fragen, was dies für Konsequenzen für abweichende vertragliche Vereinbarungen hat.

2.2.6.1. Günstigere vertragliche Regelung

Von den gesetzlichen (Vergütungs-)Vorschriften der BWG-Novelle 2010 zugunsten des Arbeitnehmers abweichende vertragliche Vereinbarungen sind aufgrund deren relativ zwingenden Charakters zulässig und wirksam.[183] Solche Vereinbarungen sind daher für das Kreditinstitut als Arbeitgeber bindend, ungeachtet der ihm gegenüber aufgrund des hierdurch begangenen Gesetzesverstoßes möglichen oder zu setzenden Maßnahmen[184]. Dem Arbeitnehmer wird damit zu Recht nicht der Nachteil für einen Verstoß gegen die an das Kreditinstitut - nicht jedoch an ihn - gerichteten Ver- bzw Gebote aufgebürdet.

2.2.6.2. Ungünstigere vertragliche Regelung

Stellt sich die tatsächlich getroffene abweichende Vereinbarung für den Arbeitnehmer ungünstiger dar, als die gesetzlich vorgesehene Regelung, und stellt sie ihn daher schlechter, so ist zunächst auf die betroffene gesetzliche Regelung abzustellen. Lässt Letztere ausdrücklich ungünstigere Vereinbarungen zu, weil sie

[181] Das hier Ausgeführte gilt im Wesentlichen auch für Betriebsvereinbarungen.
[182] BGBl I 2010/118.
[183] Etwa *Holzer* in *Marhold/Burgstaller/Preyer*, AngG § 40 Rz 1; *Löschnigg*, Arbeitsrecht[11] Rz 3/012; *Marhold/Friedrich*, Arbeitsrecht[2] 5.
[184] Siehe hierzu etwa oben unter Punkt 2.2.5.3..

etwa nur einen Mindestbetrag an zurückzuhaltender oder in bestimmter Art zu

gewährender Vergütung festlegt (zB Z 11[185] oder Z 12[186] der Anlage zu § 39b BWG), so ist im gesetzlich vorgesehenen bzw tolerierten Rahmen ein Abgehen von der (Regel-)Bestimmung zulässig. Geht die vertragliche Regelung jedoch über das gesetzlich tolerierte Ausmaß hinaus oder sieht die gesetzliche Bestimmung nicht nur eine Mindestbegrenzung oder -beschränkung vor und weicht die vertragliche Regelung hiervon zum Nachteil des Arbeitnehmers ab, so ist diese Vereinbarung unzulässig.

Im Sinne des im Arbeitsrecht zur Anwendung gelangenden Prinzips der Teilnichtigkeit ist nicht die gesamte Vereinbarung oder der gesamte Arbeitsvertrag nichtig, sondern nur der gegen die zwingende gesetzliche Bestimmung verstoßende Teil. An die Stelle der nichtigen vertraglichen Regelung tritt die gesetzliche Bestimmung.[187]

2.2.6.3. Günstigkeitsvergleich

Um festzustellen, ob eine vertragliche Regelung günstiger oder ungünstiger ist, als die gesetzliche, ist ein Günstigkeitsvergleich vorzunehmen. Dieser erfolgt weder als Vergleich der einzelnen miteinander korrespondierenden Bestimmungen - also der jeweiligen konkreten Regelung des BWG und der einzelvertraglichen Vereinbarung - (Einzelvergleich), noch als Vergleich der beiden Rechtsquellen BWG und Einzelvertrag in ihrer Gesamtheit (Gesamtvergleich). Es ist vielmehr ein sogenannter Gruppenvergleich der sachlich und rechtlich zusammenhängenden Bestimmungen vorzunehmen. Hierbei ist mit Blick auf das

[185] *"Ein erheblicher Anteil, der **mindestens** 50 vH der variablen Vergütungskomponenten beträgt"*.
[186] *"Ein erheblicher Anteil der variablen Vergütung, der **mindestens** 40 vH beträgt, wird während eines **mindestens** fünfjährigen Zeitraums zurückgestellt"*.
[187] *Holzer* in *Marhold/Burgstaller/Preyer*, AngG § 40 Rz 8; *Kallab* in *Löschnigg*, AngG[9] § 40 Rz 3; *Krejci* in *Rummel*, ABGB I[3] § 1164 Rz 18; *Löschnigg*, Arbeitsrecht[11] Rz 3/022.

einzelne Arbeitsverhältnis nach objektiven und sozialpolitischen Kriterien vorzugehen.[188] Zur Frage, wann ein rechtlicher und/oder sachlicher Zusammenhang vorliegt gibt es unterschiedliche Meinungen und Ansätze.[189]

Ergibt nunmehr dieser Günstigkeitsvergleich, dass die zu beurteilende einzelvertragliche Regelung für den Arbeitnehmer günstiger als die Vergütungsbestimmungen des BWG ist, so ist sie wirksam. Andernfalls ist sie unzulässig und wird durch die entsprechende gesetzliche Regelung "ersetzt".

2.2.6.4. Fehlende vertragliche Regelung

Es wird des Öfteren der Fall sein, dass eine vertragliche Vereinbarung abgeschlossen wird, mit der abweichend von der gesetzlichen Regelung eine andere Höhe der variablen Vergütung festgelegt, aber keine Regelung betreffend den Anspruchsverlust bzw die Reduktion der Vergütung bei schlechter Finanzlage des Kreditinstitutes getroffen wird. Fraglich ist, was nun in so einem Falle hinsichtlich jener Punkte gilt, über die keine vertragliche Vereinbarung getroffen wurde; so im vorgenannten Beispiel die Frage des Anspruchsverlustes bzw der Reduktion der Vergütung bei schlechter Finanzlage des Kreditinstitutes[190].

Der vom Gesetzgeber vorgesehene Regelfall ist grundsätzlich die gesetzliche Bestimmung. Das Wesen einer relativ zwingenden Bestimmung ist, dass von ebendieser gesetzlichen Regelfallbestimmung durch Vereinbarung zugunsten einer Vertragspartei - hier des Arbeitnehmers - abgegangen werden kann. Um die Anwendung der gesetzlichen Regelung zu vermeiden bedarf es somit eines

---

[188] Vgl § 3 Abs 2 ArbVG; *Holzer* in *Marhold/Burgstaller/Preyer*, AngG § 40 Rz 3 ff; *Kallab* in *Löschnigg*, AngG[9], Teil I § 40 Rz 2; *Löschnigg*, Arbeitsrecht[11] Rz 3/037 ff; vgl *Runggaldier* in *Tomandl*, Arbeitsverfassungsgesetz § 3 Rz 14 ff; vgl *Schrank*, Arbeits- und Sozialversicherungsrecht 95 f; jüngst OGH 22.10.2012, 9 ObA 34/12h.

[189] Siehe etwa *Runggaldier* in *Tomandl*, ArbVG § 3 Rz 19 ff.

[190] Wie weiter unten (Punkt 2.4.5.2.3.) noch erörtert wird, ist diese Reduktion bzw dieser Anspruchsverlust ohnehin nur aufgrund ausdrücklicher Vereinbarung zulässig. Dieses Beispiel soll nur theoretisch der Veranschaulichung dienen.

bewussten Aktes, der abweichenden Vereinbarung. Wird dieser Akt nur hinsichtlich einer konkreten gesetzlichen Bestimmung gesetzt, so kann auch nur diese Bestimmung hierdurch verdrängt werden. Würde man den Parteien einer solchen Vereinbarung unterstellen, auch das Abgehen von einer weiteren, von der Vereinbarung nicht betroffenen bzw berührten Bestimmung im Sinn gehabt zu haben, ginge das zu weit. Überdies stellte sich dann die Frage, welchen Inhalt diese nicht ausdrücklich abweichend geregelte Bestimmung haben soll - um den Inhalt einer Regelung zu kennen muss diese schließlich zumindest bestimmbar sein. Haben die Parteien eines Vertrages bereits eine von der gesetzlichen Regelung abweichende Vereinbarung getroffen, wird man ihnen zumuten können, dies auch hinsichtlich anderer (va im sachlichen Zusammenhang zu der getroffenen Regelung stehender) gesetzlicher Bestimmungen entsprechend - mit zumindest bestimmbarem Inhalt - zu vereinbaren, wenn dies gewünscht ist. Die gesetzliche Regelfallbestimmung kommt folglich nur dann nicht zum Tragen, wenn offensichtlich Abweichendes mit zumindest bestimmbarem Inhalt vereinbart wurde. Es erfordert also einen bewussten Akt.

Im eingangs beschriebenen Falle kommt daher mangels ausdrücklicher, zumindest bestimmbarer, vertraglicher, den Arbeitnehmer besserstellender Regelung die gesetzliche Bestimmung zur Anwendung. Abweichendes gilt nur soweit es vereinbart ist.

2.3. Anwendungsbereich

Um konkret einzelne, ausgewählte Regelungen und damit verbundene Problematiken analysieren zu können, soll vorab der Anwendungsbereich der Vergütungsbestimmungen der BWG-Novelle 2010[191] und dessen Grenzen abgesteckt werden. Wie sich im Folgenden zeigen wird, gilt es bereits hier erste Unklarheiten aufzuklären und Zweifel auszuräumen.

2.3.1. Sachlicher Anwendungsbereich

Sachlich anwendbar sind die durch die BWG-Novelle 2010 eingeführten Bestimmungen des § 39b BWG (samt Anlage) dessen Wortlaut nach auf Vergütungen bestimmter Mitarbeiter *"einschließlich der Gehälter und freiwilligen Rentenzahlungen"*[192]. Aufgrund der gewählten Formulierung ist anzunehmen, dass der Gesetzgeber hier einen weiten Vergütungsbegriff vor Augen hat, der sämtliche finanziellen Leistungen und Bezüge sowie Leistungen von Dritten, die ein Mitarbeiter in Hinsicht auf seine berufliche Tätigkeit erhält, beinhaltet.[193] Auch in den CEBS-Leitlinien[194] ist von einem derart umfassenden Verständnis der *"Vergütungen"* die Rede.

Wie *Waldherr/Zimmermann*[195] richtig anmerken, liegt aber, trotz der Anwendbarkeit auf sämtliche Vergütungen eines Mitarbeiters, das Augenmerk der Vergütungsbestimmungen auf der Regulierung der variablen Vergütungen. Aufgrund des Sinn und Zwecks der neuen Vergütungsbestimmungen des BWG, das Risikoverhalten der Mitarbeiter von Kreditinstituten zu beeinflussen, sowie auch deren Inhalt selbst sollen nur solche Vergütungsbestandteile als variabel im

[191] BGBl I 2010/118.
[192] § 39b BWG.
[193] *Oppitz* in *Chini/Oppitz*, BWG - Bankwesengesetz, Kommentar § 39b Rz 2; vgl *Waldherr/Zimmermann*, ÖBA 2012, 366 (368).
[194] Punkt 11; siehe auch Punkt 6 des Rundschreibens der FMA.
[195] ÖBA 2012, 366 (368).

Sinne dieser Bestimmungen betrachtet werden, deren Gewährung von einer besonderen Leistung, einem wirtschaftlichen bzw finanziellen Ergebnis des Kreditinstitutes oder ähnlichen Kriterien abhängt. Nicht als variable Vergütungen in diesem Sinne sind daher Neben- und Zusatzleitungen zu betrachten, die Teil einer generellen, festen, institutsweiten Politik sind und keine Auswirkungen auf das Risikoverhalten - etwa durch das Setzen von Anreizen - haben.[196] Als Beispiele für solche nicht vom Verständnis der variablen Vergütung erfasste Leistungen nennt die *FMA*[197] in ihrem Rundschreiben etwa Weihnachtsgelder, Heiratsgelder und Jubiläumsgelder sowie Beiträge zu Systemen der betrieblichen Altersvorsorge.

[196] Punkte 11 und 12 der CEBS-Leitlinien; Punkt 6 des Rundschreiens der FMA.
[197] Punkt 6 des Rundschreibens der FMA.

2.3.2. Persönlicher Anwendungsbereich

Hinsichtlich des persönlichen Anwendungsbereiches sind die von den Bestimmungen erfassten Unternehmen ebenso wie die betroffenen Mitarbeiter dieser Unternehmen zu definieren.

2.3.2.1. Unternehmen

Die Bestimmungen des BWG - so auch jene des § 39b - richten sich grundsätzlich an Kreditinstitute[198], sodass der unmittelbare Anwendungsbereich im Hinblick auf das einzelne Unternehmen eindeutig ist.[199] § 3 BWG normiert jedoch bestimmte Ausnahmen vom Anwendungsbereich des BWG oder einzelner Bestimmungen.[200]

Z 13 der Anlage zu § 39b BWG in der aktuellen Fassung[201] bestimmt darüber hinaus die Anwendbarkeit der Vergütungsgrundätze durch die Kreditinstitute auch auf Ebene der Gruppe, des Mutterunternehmens, der Tochterunternehmen und Zweigstellen auch in Offshore-Finanzzentren. Hierdurch wird eine zusätzliche Verantwortlichkeit übergeordneter Kreditinstitute für die Einhaltung der Bestimmungen auch durch nachgeordnete Gruppenmitglieder - insb Tochterunternehmen - statuiert.

Fraglich ist hier jedoch, welche Tochterunternehmen konkret von dieser Bestimmung erfasst sein sollen - nur solche, die selbst Kreditinstitute sind, oder auch andere. Zur Kreditinstitutsgruppe gehören nach § 30 Abs 1 BWG schließlich nicht nur dem übergeordneten Kreditinstitut untergeordnete andere Kreditinstitute,

[198] Zur Definition siehe Punkt 1.2.2..
[199] Punkt 14 der CEBS-Leitlinien; Punkt 11 des Rundschreibens der FMA; *Kastner/Strau* in *Dellinger*, BWG Anlage zu § 39b BWG Rz 105; *Waldherr/Zimmermann*, ÖBA 2012, 366 (368).
[200] So etwa zur Gänze für die Oesterreichische Nationalbank oder für Gebietskörperschaften, soweit sie auf Grund bundes- oder landesgesetzlicher Ermächtigung Kredite oder Darlehen mit Förderungscharakter vergeben.
[201] Fassung BGBl I 2011/145.

sondern auch untergeordnete Finanzinstitute, Wertpapierfirmen oder Anbieter von Nebendienstleistungen im In- und Ausland.

2.3.2.1.1. Tochterunternehmen, die selbst Kreditinstitute sind

Unbestritten ist, dass Kreditinstitute gem Z 13 der Anlage zu § 39b BWG nicht nur für die Einhaltung der Vergütungsbestimmungen hinsichtlich ihrer eigenen Mitarbeiter verantwortlich sind, sondern auch hinsichtlich jener von Tochterunternehmen, die selbst Kreditinstitute sind und die Vergütungsbestimmungen daher anwenden müssen.[202] Durch diese zusätzliche Verantwortlichkeit übergeordneter Kreditinstitute wird eine bessere Absicherung erreicht und außerdem die Einheitlichkeit und Konsistenz der Anwendung der Vergütungsbestimmungen sichergestellt.[203] Überdies soll hierdurch eine (zumindest mittelbare) Anwendbarkeit der Vergütungsbestimmungen auch auf ausländische Tochterkreditinstitute, die an sich auf Einzelinstitutsebene nicht in den Anwendungsbereich der Bestimmungen fallen würden, gewährleistet werden.[204]

2.3.2.1.2. Tochterunternehmen, die keine Kreditinstitute sind

Gem § 30 Abs 7 BWG haben übergeordnete Kreditinstitute für die Kreditinstitutsgruppe und die ihr angehörenden Institute eine angemessene Risikoerfassung, -beurteilung, -begrenzung, -steuerung und -überwachung iSd §§ 39 und 39a einzurichten. Überdies bestimmt Z 13 der Anlage zu § 39b BWG in der aktuellen Fassung[205], dass die Grundsätze der Vergütungspolitik und -

[202] Vgl *Kastner/Strau* in *Dellinger*, BWG Anlage zu § 39b BWG Rz 105 ff; vgl *Marhold/Osmanovic*, ASoK 2011, 130 (130 f); vgl *Waldherr/Zimmermann*, ÖBA 2012, 366 (368); Punkt 15 des Rundschreibens der FMA.
[203] Vgl Punkt 27 der CEBS- Leitlinien.
[204] Siehe dazu unten unter Punkt 2.3.4.1.2.; Punkt 27 der CEBS- Leitlinien.
[205] Fassung BGBl I 2011/145.

praktiken von den Kreditinstituten auf Ebene der Gruppe, des Mutterunternehmens, der Tochterunternehmen und Zweigstellen auch in Offshore-Finanzzentren angewandt werden.

Hieraus abgeleitet vertritt die *FMA*[206] die Ansicht, dass neben Tochterunternehmen, die selbst Kreditinstitute sind, auch Unternehmen der Kreditinstitutsgruppe, die selbst keine Kreditinstitute sind von der Anwendbarkeit der Vergütungsbestimmungen (zumindest mittelbar) erfasst sein sollen. Nach Meinung der FMA haben somit übergeordnete Kreditinstitute die Einhaltung der Grundsätze der Vergütungspolitik und -praktiken auch für die ihnen nachgeordneten Finanzinstitute, Wertpapierfirmen oder Anbieter von Nebendienstleistungen - auf die die Vergütungsbestimmungen mangels ihrer Einordnung als Kreditinstitute nicht unmittelbar (auf Einzelinstitutsebene) anwendbar sind - zu kontrollieren.[207] Der Proportionalitätsgrundsatz[208] finde sowohl bei Kreditinstituten, als auch bei jenen Gruppenmitgliedern, die keine Kreditinstitute sind, Anwendung.[209]

Wie *Kastner/Strau*[210] dem richtig entgegenhalten, wird durch Z 13 der Anlage zu § 39b BWG zwar eine Verantwortlichkeit des (auf Einzelinstitutsebene in den unmittelbaren Anwendungsbereich fallenden) Mutterunternehmens bzw des übergeordneten Kreditinstituts für die Einhaltung der Vergütungsgrundsätze auch bei Tochterunternehmen und Zweigstellen statuiert. Der Bestimmung an sich kann jedoch nicht entnommen werden, dass auch Tochterunternehmen, die selbst keine Kreditinstitute sind, die Vergütungsgrundsätze des BWG einzuhalten hätten.

Auch die CRD III-RL selbst nimmt in ihren Erwägungen lediglich auf Kreditinstitute (und Wertpapierfirmen) und deren Vergütungsstrukturen Bezug,

---

[206] Punkte 12 ff des Rundschreibens der FMA.
[207] Punkt 13 des Rundschreibens der FMA; dem folgend *Marhold/Osmanovic*, ASoK 2011, 130 (130 f) unter zusätzlicher Heranziehung von § 30 Abs 6 BWG.
[208] Im Wesentlichen handelt es sich um eine in ihrer Intensität und Strenge abgestufte Anwendbarkeit der Bestimmungen beurteilt nach den Umständen des Einzelfalles. Näheres dazu siehe unten unter Punkt 2.3.3..
[209] Punkt 14 des Rundschreibens der FMA.
[210] In *Dellinger*, BWG Anlage zu § 39b BWG Rz 107.

nicht jedoch auf solche anderer Kreditinstitutsgruppenmitglieder.[211] Ebenso wenig ist den CEBS-Leitlinien zu entnehmen, dass auch Tochterunternehmen, die keine Kreditinstitute sind, von der (unmittelbaren oder mittelbaren) Anwendbarkeit erfasst sein sollen. Vielmehr sehen diese in ihrem Punkt 14 eine Verpflichtung zur Einhaltung der Vergütungsbestimmungen nur für *"institutions"* vor, die bereits von den CRD-RL[212] erfasst sind. Dies sind (lediglich) Kreditinstitute nach Art 4 Abs 1 der RL 2006/48/EG und Wertpapierfirmen iSd RL 2006/49/EG. Auch im Weiteren, insb im Abschnitt 1.3. *"Group Context"*, ist lediglich von den zuvor definierten *"institutions"* die Rede und wird (nur) auf die Thematik von unionsüberschreitenden Kreditinstitutsgruppen sowie die Problematik von Umgehungsversuchen durch gruppeninterne Konstruktionen (zB formelle, nicht den tatsächlichen Umständen entsprechende Anstellung bei einem Drittstaats-Gruppenmitglied) eingegangen.

Wie *Kastner/Strau*[213] ebenfalls zutreffend anmerken, passen die Vergütungsgrundsätze vielfach schon ihrem Regelungsinhalt nach nicht, weil es in "Nicht-Kreditinstituten" an den Mitarbeiterkategorien sowie den spezifischen Geschäften und Risikofaktoren mangelt, auf die die Vergütungsgrundätze abzielen und zugeschnitten sind. Auch dies spricht vor dem wesentlichen Hintergrund der CRD III-RL[214], ein *"solides Risikomanagement"* durch die *"Kontrolle des Risikoverhaltens von Einzelpersonen"*, deren *"Tätigkeit sich wesentlich auf [das] Risikoprofil [der Kreditinstitute und Wertpapierfirmen] auswirkt"*, sicherzustellen, gegen eine Erfassung auch von Tochterunternehmen, die keine Kreditinstitute sind.

Im Ergebnis sprechen die plausibleren und besseren Gründe dafür, dass Z 13 der Anlage zu § 39b BWG nur solche Tochterunternehmen erfasst, die selbst

[211] Nunmehr bestimmt Art 92 Abs 1 der neuen CRD IV-RL sogar ausdrücklich die Anwendung der Vergütungsvorschriften *"**auf Institute** auf Ebene der Gruppe, des Mutterunternehmens und der Tochterunternehmen, einschließlich Unternehmen in Offshore-Finanzzentren"*. Näheres zur CRD IV-RL unten unter Punkt 3.1.2..
[212] RL 2006/48/EG und RL 2006/49/EG.
[213] In *Dellinger*, BWG Anlage zu § 39b BWG Rz 107.
[214] 3. Erwägungsgrund.

Kreditinstitute sind, nicht jedoch sämtliche Tochterunternehmen von Kreditinstituten.

Allfällige sich diesen Umstand zu Nutze machende Umgehungsversuche (etwa durch Auszahlung der Vergütung des Mitarbeiters eines Kreditinstitutes über ein von den Vergütungsbestimmungen nicht erfasstes Gruppenmitglied oder Scheinarbeitsverhältnisse bei nicht erfassten Gruppenmitgliedern) sollen über das Umgehungsverbot[215] verhindert und so dennoch dem Regime der Vergütungsbeschränkungen unterstellt werden.[216]

2.3.2.1.3. Andere Unternehmen

Gem § 10 Abs 6 Investmentfondsgesetz 2011[217] (InvFG 2011) sind die Vergütungsbestimmungen des § 39b BWG (samt Anlage) auch auf Verwaltungsgesellschaften bzw Kapitalanlagegesellschaften iSd § 3 Abs 2 Z 1 InvFG 2011 anzuwenden.[218]

2.3.2.2. Mitarbeiter

Wie auch im diesbezüglichen Rundschreiben der FMA richtig festgehalten wird, ist hinsichtlich des persönlichen Anwendungsbereiches schon aufgrund des Inhaltes der Vergütungsbestimmungen zwischen den generellen[219], auf sämtliche

[215] Z 12 lit d der Anlage zu § 39b BWG; siehe dazu unten unter Punkt 2.4.6..
[216] So auch *Kastner/Strau* in *Dellinger*, BWG Anlage zu § 39b BWG Rz 107.
[217] BGBl I 2011/77.
[218] Auf diese bzw sich allenfalls für diese ergebende Besonderheiten wird in dieser Arbeit jedoch nicht weiter eingegangen.
[219] Z 1-6, 7 lit b - lit d, 9, 12 lit b - 13 des Anhanges zu § 39b BWG.

Mitarbeiter des Kreditinstitutes und den speziellen[220], nur auf die ausdrücklich genannten Mitarbeiter anwendbaren Bestimmungen zu unterscheiden.[221]

So ist etwa Z 2 des Anhanges zu § 39b BWG, die bestimmt, dass *"[d]ie Vergütungspolitik […] mit der Geschäftsstrategie, den Zielen, Werten und langfristigen Interessen des Kreditinstitutes in Einklang [steht] und […] Vorkehrungen zur Vermeidung von Interessenkonflikten [beinhaltet]"*, ihrem Inhalt nach (offensichtlich) als eine generelle, alle Mitarbeiter betreffende Norm zu qualifizieren.

Persönlich betroffen vom speziellen Teil der Vergütungsbestimmungen des BWG sind gem § 39b BWG *"Mitarbeiterkategorien einschließlich der Geschäftsleitung, Risikokäufer, Mitarbeiter mit Kontrollfunktionen und Mitarbeiter, die derselben Vergütungsgruppe wie die Geschäftsleitung und Risikokäufer angehören und deren Tätigkeit sich wesentlich auf das Risikoprofil auswirkt"*.

Bei den einzelnen erfassten Mitarbeitern handelt es sich daher um folgende:

1. Geschäftsleitung
2. Risikokäufer
3. Mitarbeiter mit Kontrollfunktionen
4. Mitarbeiter, die derselben Vergütungsgruppe wie die Geschäftsleitung und Risikokäufer angehören

Die Voraussetzung, dass sich die Tätigkeit der betroffenen Personen wesentlich auf das Risikoprofil auswirkt, soll - wie auch die Materialien[222] (*"für alle Kategorien von Mitarbeitern, deren berufliche Tätigkeit sich wesentlich auf das Risikoprofil der Kreditinstitute auswirkt"*) hierzu belegen - auf sämtliche betroffenen Mitarbeiterkategorien anzuwenden sein.[223] Dies entnimmt man der

[220] Z 7 Abs 1 und lit a, 8, 10-12 lit a des Anhanges zu § 39b BWG.
[221] Punkte 22 und 23 des Rundschreibens der FMA; Punkt 6 der CEBS-Leitlinien; *Kastner/Strau* in *Dellinger*, BWG Anlage zu § 39b BWG Rz 1; *Oppitz* in *Chini/Oppitz*, BWG § 39b Rz 8; *Waldherr/Zimmermann*, ÖBA 2012, 366 (369).
[222] ErläutRV 922 BlgNR 24. GP; AB 1001 BlgNR 24. GP 1.
[223] *Oppitz* in *Chini/Oppitz*, BWG § 39b Rz 3.

einleitenden allgemeinen Formulierung *"Mitarbeiterkategorien"*, der eine beispielhafte Aufzählung erfasster Mitarbeiterkategorien folgt und die notwendigerweise durch die danach gesetzte Formulierung *"deren Tätigkeit sich wesentlich auf das Risikoprofil auswirkt"* konkretisiert und vervollständigt wird. Andernfalls fehlte es an einer ebensolchen Konkretisierung des einleitenden Begriffes *"Mitarbeiterkategorien"*.

2.3.2.2.1. Geschäftsleitung

Der Begriff der *"Geschäftsleitung"* ist bereits im BWG selbst definiert. Es handelt sich hierbei in erster Linie um die nach dem Gesetz oder der Satzung zur Führung der Geschäfte nach außen vorgesehenen, organschaftlichen Vertreter[224]. Bei Kreditgenossenschaften handelt es sich um jene (natürlichen) Personen, die vom Vorstand, dem Aufsichtsrat oder der Generalversammlung mit der Führung der Geschäfte betraut sowie als Geschäftsleiter namhaft gemacht wurden.[225] Für die Zwecke der Vergütungsvorschriften ist unter die *"Geschäftsleitung"* darüber hinaus auch das höhere Management[226] einzuordnen. Darunter sind Führungskräfte zu verstehen, die direkt den gesetzlichen Vertretern des Kreditinstitutes verantwortlich sind oder bedeutsame Geschäftsbereiche (etwa die Bereiche Handel, Eigenkapital, Devisen, Derivate, Sicherheiten, Kredite etc) sowie regionale Einheiten wie Zweigstellen leiten.[227] Es handelt sich hierbei in erster Linie um die gesamte zweite Führungsebene; jedenfalls nicht mehr darunter fallen Mitarbeiter unterhalb der dritten Führungsebene.[228]

[224] § 2 Z 1 lit a BWG; etwa bei der Aktiengesellschaft der Vorstand oder bei der GmbH die Geschäftsführer.
[225] § 2 Z 1 lit b BWG.
[226] Gem Punkt 16 der CEBS-Leitlinien: *"Senior Management responsible for day-to-day management"*.
[227] Punkt 16 der CEBS-Leitlinien; vgl *Waldherr/Zimmermann*, ÖBA 2012, 366 (369).
[228] AB 1001 BlgNR 24. GP 2; *Marhold/Osmanovic*, ASoK 2011, 130 (132).

2.3.2.2.2. Risikokäufer

Was unter einem *"Risikokäufer"* zu verstehen ist, ist unklar und kann nicht pauschal festgelegt werden. Die Materialien[229] führen hierzu aus, dass es sich um jene Mitarbeiter handelt, *"deren Tätigkeit, ungeachtet ihrer hierarchischen Position, mit dem bestimmungsgemäßen Eingehen bankgeschäftlicher und bankbetrieblicher Risiken iSd § 39 BWG immanent ist"*. Gemeint sind Mitarbeiter, deren Tätigkeit Einfluss auf das Risikoprofil des Kreditinstitutes hat. Dass Innehaben einer Leitungsfunktion ist hingegen nicht Voraussetzung.[230]

Bei dieser Beurteilung ist auch zu berücksichtigen, ob und wie viele weitere Mitarbeiter mit *"gleichem oder ähnlichem Pouvoir"*[231] innerhalb des Kreditinstituts vorhanden sind und wie weit diese Gruppe als Ganzes Einfluss auf die Risikosituation hat.[232] Ein Indiz für die Bejahung eines solchen maßgeblichen Einflusses kann - muss aber nicht - eine hohe variable oder auch eine hohe fixe Vergütung sein.[233]

Erfasst vom Begriff *"Risikokäufer"* sind etwa Mitarbeiter, die befugt sind, Vertragsabschlüsse für das Kreditinstitut zu tätigen oder Entscheidungen zu treffen, die jeweils (berücksichtigungswürdige!) Auswirkungen auf die Risikosituation haben können. Hierzu zählen etwa einzelne Händler, bestimmte Handelsabteilungen oder Mitarbeiter in der Kreditvergabe.[234]

---

[229] ErläutRV 922 BlgNR 24. GP; 194/ME 24. GP Mat 4.
[230] AB 1001 BlgNR 24. GP 3.
[231] Punkt 24 des Rundschreibens der FMA; Punkt 16 der CEBS-Leitlinien.
[232] Punkt 27 des Rundschreibens der FMA; Punkt 16 der CEBS-Leitlinien.
[233] Punkt 16 der CEBS-Leitlinien; AB 1001 BlgNR 24. GP 3.
[234] Punkt 24 des Rundschreibens der FMA; Punkt 16 der CEBS-Leitlinien; *Waldherr/Zimmermann*, ÖBA 2012, 366 (369).

2.3.2.2.3. Mitarbeiter mit Kontrollfunktionen

Unter die Gruppe der *"Mitarbeiter mit Kontrollfunktionen"* sind insb jene Mitarbeiter zu subsumieren, die die Bereiche Compliance, Risikomanagement, Personal[235] und Innenrevision leiten oder ähnliche Positionen bekleiden (wie beispielsweise der Finanzchef [CFO]).[236] Es handelt sich um Leiter von Organisationseinheiten, unabhängig davon, ob es noch eine übergeordnete Leitung gibt oder ob die Kontrollfunktion auf mehrere Organisationseinheiten aufgeteilt ist.[237]

Diese Mitarbeitergruppe unterliegt außerdem besonderen, individuell anzupassenden Vergütungsvorschriften.[238] Hierzu bestimmt Z 5 der Anlage zu § 39b BWG, dass diese Mitarbeiter *"unabhängig von den von ihnen kontrollierten Geschäftsbereiche[n] sein, über ausreichende Befugnisse verfügen und entsprechend der Erreichung der mit ihren Aufgaben verbundenen Ziele entlohnt werden [müssen], und zwar unabhängig von der Performance der von ihnen kontrollierten Geschäftsbereiche"*.

2.3.2.2.4. Mitarbeiter, die derselben Vergütungsgruppe wie die Geschäftsleitung und Risikokäufer angehören

Zusätzlich ist in § 39b BWG als Auffangtatbestand die Gruppe der *"Mitarbeiter, die derselben Vergütungsgruppe wie die Geschäftsleitung und Risikokäufer angehören"* und deren Tätigkeit sich - iSd letztlich für alle speziell genannten

[235] Dies deshalb, weil die Personalabteilung eine wesentliche Rolle in der Planung und Umsetzung der von den Kontrollorganen entwickelten Vergütungspolitik inne hat (FN 22 der CEBS-Leitlinien).
[236] Punkt 24 des Rundschreibens der FMA; Punkt 16 der CEBS-Leitlinien; *Waldherr/Zimmermann*, ÖBA 2012, 366 (369).
[237] AB 1001 BlgNR 24. GP 3; *Marhold/Osmanovic*, ASoK 2011, 130 (133).
[238] Punkt 24 des Rundschreibens der FMA; Punkt 16 der CEBS-Leitlinien; *Waldherr/Zimmermann*, ÖBA 2012, 366 (369).

Mitarbeiterkategorien geltenden Voraussetzung - wesentlich auf das Risikoprofil auswirkt, genannt.

Beispiele hierfür sind etwa hochbezahlte Mitarbeiter, die nicht schon in eine der anderen Mitarbeiterkategorien einzuordnen sind, aber dennoch einen wesentlichen Einfluss auf das Risikoprofil des Kreditinstitutes haben.[239]

Für die Beurteilung dieses Einflusses ist - wie schon oben unter Punkt 2.3.2.2.2. beschrieben - nicht nur der einzelne Mitarbeiter zu betrachten, sondern auch das Zusammenwirken der Gruppe von Mitarbeitern mit ähnlichen Befugnissen. Es ist hierbei auch auf das tatsächliche "Können" des Mitarbeiters nach außen hin und nicht schlicht auf sein "Dürfen" im Innenverhältnis abzustellen.[240] Ein Mitarbeiter kann nämlich bei entsprechenden Befugnissen das Kreditinstitut auch für solche Geschäfte verpflichten, die er im Innenverhältnis aufgrund von Weisungen oder Richtlinien eigentlich nicht abschließen dürfte.

Der Begriff *"Vergütungsgruppe"* wird im Gesetz selbst nicht definiert. Nach den Materialien[241] ist darunter ein *"vergleichbares Gehaltsniveau"* zu verstehen, nicht aber die Kollektivvertragszugehörigkeit. Auch der CRD III-RL und den CEBS-Leitlinien[242] ist ein solches Verständnis dieses Begriffes zu entnehmen, wobei hier nicht nur auf das laufende Gehalt, sondern vielmehr die Gesamtvergütung bzw das Entgelt abgestellt wird. Dies überzeugt insofern mehr, als natürlich auch die bisher bezogenen variablen Vergütungsansprüche zu berücksichtigen sind. Konkret wird in den CEBS-Leitlinien[243] von der Bandbreite der Gesamtvergütung sämtlicher unter die Kategorien *"Geschäftsleitung"* (einschließlich des höheren Managements[244]) und *"Risikokäufer"* einzuordnender Mitarbeiter gesprochen. Fällt die Gesamtvergütung eines Mitarbeiters in diesen Vergütungsrahmen - wobei anhand der tatsächlichen Verhältnisse die geringste Vergütung der

[239] Punkt 16 der CEBS-Leitlinien; *Waldherr/Zimmermann*, ÖBA 2012, 366 (369).
[240] Punkt 29 des Rundschreibens der FMA.
[241] ErläutRV 922 BlgNR 24. GP; 194/ME 24. GP Mat 4.
[242] Punkt 16.
[243] Punkt 16.
[244] Siehe hierzu oben unter Punkt 2.3.2.2.1..

betroffenen Kategorien der höchsten gegenüberzustellen ist - so ist weiters dessen Einfluss auf das Risikoprofil des Kreditinstituts zu prüfen.[245] Wie *Waldherr/Zimmermann*[246] richtig anmerken, wird bei einem derartigen Vergütungsniveau (widerlegbar) vermutet, dass ein Einfluss auf das Risikoprofil des Kreditinstituts besteht.

Nach den Materialien[247] sollen hierdurch jene Mitarbeiter erfasst sein, die ohne Innehabung einer Leitungsfunktion eine deutlich höhere (Gesamt-)Vergütung oder deutlich höhere erfolgsabhängige variable Vergütungen erhalten als andere Mitarbeiter des Kreditinstitutes.

Ob und inwieweit sich die Gruppe der *"Risikokäufer"* von jener der *"Mitarbeiter, die derselben Vergütungsgruppe wie die Geschäftsleitung und Risikokäufer angehören"*, unterscheidet wird in den Materialien nicht beantwortet. Vielmehr wird sogar angemerkt, dass diese beiden Gruppen möglichweise sogar ident sind.[248] Zumindest eine Überschneidung der beiden Kategorien ist jedenfalls nicht zu verneinen.

2.3.2.2.5 Prüfung des Einflusses auf die Risikosituation

Es ist Aufgabe der Kreditinstitute, zu beurteilen und zu prüfen, welche der vorgenannten Mitarbeiter tatsächlich einen entsprechenden wesentlichen Einfluss auf die Risikosituation des Kreditinstituts haben und daher jedenfalls den Vergütungsgrundsätzen unterliegen. Das Ergebnis dieser Beurteilung muss dem

[245] Punkt 16 der CEBS-Leitlinien.
[246] ÖBA 2012, 366 (369).
[247] AB 1001 BlgNR 24. GP 3.
[248] ErläutRV 922 BlgNR 24. GP; 194/ME 24. GP Mat 4.

Vergütungsausschuss bzw dem sonst zuständigen Aufsichtsorgan[249] und wohl auch der FMA[250] nachvollziehbar dargelegt werden können.[251]

Hierbei besteht für alle unter die oben beschriebenen Kategorien fallenden Mitarbeiter in einem ersten Schritt die widerlegbare Vermutung, dass sie über einen wesentlichen Einfluss auf die Risikosituation des Kreditinstituts verfügen.[252] Im nächsten Schritt sind diese Mitarbeiter auf ihren tatsächlichen Einfluss zu überprüfen. Die hierfür heranzuziehenden Kriterien sind beispielsweise

- die Beurteilung der Auswirkungen der Einzelbefugnisse,[253]
- die Beurteilung der Performance der Gruppe von Mitarbeitern mit ähnlichen bzw vergleichbaren Befugnissen,[254]
- die tatsächlichen Befugnisse des Mitarbeiters nach außen hin ("Können"), unabhängig von intern möglicherweise bestehender Bindung an Weisungen, Richtlinien oÄ ("Dürfen").[255]

Die Kriterien sind nach Ansicht der *EBA*[256] jedoch nicht abschließend. Je stärker die Vermutung eines wesentlichen Einflusses auf das Risikoprofil, desto eingehender und umfassender muss die Prüfung des tatsächlichen Einflusses erfolgen.

Ergibt sich im Rahmen dieser Prüfung, dass ein an sich als *"Geschäftsleiter"* oder *"Mitarbeiter mit Kontrollfunktion"* zu kategorisierender Mitarbeiter im Wesentlichen nur Verwaltungstätigkeiten ausübt und in Wahrheit keinerlei oder nur in jedenfalls vernachlässigbarem Umfang das Risikoprofil auch nur

[249] Ein Vergütungsausschuss ist gem § 39c Abs 1 BWG nur bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen einzurichten.
[250] Diese hat bei Verstoß gegen die Vergütungsbestimmungen Maßnahmen zu setzen.
[251] Punkt 29 des Rundschreibens der FMA; Punkt 15 der CEBS-Leitlinien.
[252] Punkt 16 der CEBS-Leitlinien.
[253] Punkt 27 des Rundschreibens der FMA; Punkt 16 der CEBS-Leitlinien.
[254] Siehe hierzu oben unter Punkt 2.3.2.2.2.; Punkt 27 des Rundschreibens der FMA; Punkt 16 der CEBS-Leitlinien.
[255] Punkt 29 des Rundschreibens der FMA.
[256] Punkt 16 der CEBS-Leitlinien.

berührende Aufgaben hat, so wird er nicht zum "identified staff" zählen und von der Anwendbarkeit der speziellen Vergütungsbestimmungen ausgenommen sein.

Ein zwar für eine Zuordnung zum "identified staff" ausreichender, aber dennoch geringer Einfluss auf das Risikoprofil etwa wegen des Überwiegens nicht risikobehafteter Aufgaben bzw Tätigkeiten ist im Rahmen der für die Intensität der Anwendbarkeit der (auch speziellen) Vergütungsbestimmungen vorzunehmenden Proportionalitätsprüfung[257] zu berücksichtigen.

2.3.2.2.6. Aufsplittung der variablen Vergütung entsprechend der Risikoorientierung der Tätigkeiten

Erhält ein Mitarbeiter verschiedene variable Vergütungsteile für verschiedene, zum Teil nicht risikoorientierte Tätigkeitsbereiche, so ist zu prüfen, ob - bei grundsätzlicher Anwendbarkeit der speziellen Vergütungsgrundsätze - die variable Vergütung dieses Mitarbeiters zur Gänze den Vergütungsbestimmungen unterliegen soll oder etwa nur mit dem der risikoorientierten Tätigkeit entsprechenden Teil.

Hier ist eingangs zu unterscheiden, ob sich die variable Vergütung des Mitarbeiters tatsächlich konkret in einen risikoorientierten und einen risikofreien Teil aufteilen lässt. Dies wird dann der Fall sein, wenn trennbare Vergütungssteile ausdrücklich verschiedene Anknüpfungspunkte haben. So kann beispielsweise ein klar abgrenzbarer Teil der variablen Vergütung (ausdrücklich) für positive Leistungen und Effizienzverbesserungen hinsichtlich der Verwaltungstätigkeiten des Mitarbeiters gebühren und ein anderer Teil (ausdrücklich) für das Erreichen von Geschäftsabschlüssen. In einem solchen Fall besteht somit an sich die Möglichkeit einer sauberen Trennung der Vergütungsteile in jenen an die (risikofreie) Verwaltungstätigkeit und jenen an die risikoorientierte Tätigkeit

[257] Siehe dazu unten unter Punkt 2.3.3.2..

anknüpfenden. Hier wäre es für die Erreichung des Zieles der Vergütungsbestimmungen an sich ausreichend, lediglich den für die risikoorientierte Tätigkeit gebührenden Teil der variablen Vergütung den speziellen Vergütungsbestimmungen zu unterwerfen. Dies entspricht auch der in den CEBS-Leitlinien zum Ausdruck kommenden Intention, lediglich jene Vergütungen zu erfassen, die eine *"Anreizwirkung mit Bezug auf Risikoübernahme haben"*[258].

Eine solche Vorgehensweise kann jedoch nur dann in Einklang mit den Vergütungsbestimmungen und deren Sinn und Zweck stehen, wenn der für die risikofreie Tätigkeit gebührende Teil in seiner Höhe nicht (auch) vom finanziellen Erfolg des Kreditinstituts abhängig ist. In einem solchen Fall wäre nämlich auch der formell an die risikofreie Tätigkeit anknüpfende Vergütungsteil zumindest teilweise - betraglich - von der risikoorientierten Tätigkeit abhängig. Es würde somit auch betreffend diesen Vergütungsteil ein Anreiz gesetzt, in dem mit diesem formell nicht verknüpften Teil der Tätigkeiten durch Risikogeschäfte höhere (kurzfristige) Gewinne zu erzielen.

Eine Anwendung der Vergütungsgrundsätze nur auf den klar abgrenzbaren, risikoorientierten Teil der variablen Vergütung wäre daher nur im Falle der letztlichen Unabhängigkeit des verbleibenden, risikofreien Teiles vom finanziellen Erfolg des Kreditinstitutes denkbar und argumentierbar.

Lassen sich die Vergütungsteile hingegen nicht sauber trennen, sondern gebührt eine einheitliche variable Vergütung für den gesamten Tätigkeitsbereich des Mitarbeiters, so wird die Anwendbarkeit nur auf einen verhältnismäßig der risikoorientierten Tätigkeit entsprechenden Teil praktisch nicht möglich sein. Dies deshalb, weil hier idR die gesamte variable Vergütung dieselben Kriterien für die Ermittlung der betragsmäßigen Höhe haben und dementsprechend (zumindest teilweise) vom finanziellen Erfolg des Kreditinstitutes abhängig sein wird. Hier ergibt sich demnach wieder das Problem, dass auch der (verhältnismäßig) für die

[258] Punkt 11 der CEBS-Leitlinien.

risikofreie Tätigkeit gebührende Teil der variablen Vergütung betraglich (auch) an den Erfolg in der risikoorientierten Tätigkeit anknüpft. Es ist daher die gesamte variable Vergütung - allenfalls durch den Proportionalitätsgrundsatz[259] abgeschwächt - den speziellen Vergütungsgrundsätzen unterworfen.

2.3.2.3. Exkurs: Aufsichtsratsmitglieder

Auch Aufsichtsratsmitglieder, die als Kapitalvertreter in den Aufsichtsrat bestellt sind[260], können eine Vergütung, unter Umständen auch in Form einer variablen Vergütung, erhalten. Es stellt sich daher die Frage, inwieweit die variable Vergütung von Aufsichtsratsmitgliedern - wenn eine solche gewährt wird - ebenfalls die Anwendbarkeit der Vergütungsgrundsätze des BWG (oder vergleichbarer Grundsätze) erfordert. Diese Frage ist auch vor dem Hintergrund, dass der Aufsichtsrat das grundsätzliche Aufsichts- und Kontrollorgan hinsichtlich der Vergütungsvorschriften des BWG ist, zu prüfen.[261]

2.3.2.3.1. Vergütung von Aufsichtsratsmitgliedern

Gemäß § 98 Abs 1 AktG[262] können Aufsichtsratsmitglieder eine *"mit ihren Aufgaben und mit der Lage der Gesellschaft in Einklang stehende Vergütung"* erhalten.

Die Höhe der Vergütung muss sich jedenfalls an den Aufgaben und zu erbringenden Leistungen der Aufsichtsratsmitglieder orientieren. Je mehr Aufwand und Verantwortung ein Aufsichtsratsmitglied tatsächlich hat, desto

[259] Siehe dazu unten unter Punkt 2.3.3..
[260] Vom Betriebsrat entsandte Aufsichtsratsmitglieder haben gem § 110 Abs 3 ArbVG, der die Anwendbarkeit des die Vergütung regelnden § 98 AktG ausschließt, keinen Anspruch auf eine Vergütung.
[261] Vgl § 39c BWG und Z 3 der Anlage zu § 39b BWG.
[262] Für Gesellschaften mit beschränkter Haftung enthält § 31 GmbHG eine vergleichbare Bestimmung.

höher kann auch die Vergütung ausfallen. Überdies hat die Vergütung auch die wirtschaftliche und finanzielle Lage der Gesellschaft zu berücksichtigen. Die Vergütung der Aufsichtsratsmitglieder kann daher grundsätzlich nicht frei festgesetzt werden, sondern ist durch ein Angemessenheitserfordernis doppelt beschränkt - einerseits im Hinblick auf die konkrete Tätigkeit, andererseits im Hinblick auf die wirtschaftliche und finanzielle Lage der Gesellschaft. Damit ist die Vergütung von Aufsichtsratsmitgliedern ohnehin bereits durch das Aktiengesetz (AktG) bzw das GmbH-Gesetz (GmbHG) selbst ihrer Höhe nach beschränkt.[263]

Die Kompetenz für die Gewährung einer solchen Vergütung und die Festsetzung sowie Änderung und insb Herabsetzung ihrer Höhe liegt bei der Gesellschafterversammlung.[264] Überdies kann die Vergütung bereits in der Satzung bzw dem Gesellschaftsvertrag festgesetzt sein.[265]

Im Falle unangemessen hoher Vergütung hat die Gesellschafterversammlung die Möglichkeit bzw das Recht, diese Vergütung herabzusetzen und an die gesetzliche Grenze anzupassen. Die Gesellschafter haben damit die Möglichkeit, die Höhe der Vergütung bzw deren Angemessenheit zu überwachen und gegebenenfalls zu handeln.[266]

2.3.2.3.2. Art der Vergütung

Die Vergütung der Aufsichtsratsmitglieder kann - unter Einhaltung der Angemessenheitsgrenze - grundsätzlich in unterschiedlichen Formen gewährt werden. Denkbar sind fixe und variable Vergütungen, die Anknüpfung an

[263] *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar zum Aktiengesetz I[2] § 98 Rz 11; *Kittel*, Handbuch für Aufsichtsratsmitglieder 104 f; *Temmel*, der Aufsichtsrat 144; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum Aktiengesetz II[5] §§ 98, 99 Rz 23.
[264] In der Praxis dominierend ist diese Art der Festsetzung (*Temmel*, Der Aufsichtsrat 145).
[265] § 98 Abs 1 AktG sowie § 31 Abs 1 GmbHG.
[266] *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, Aktiengesetz I[2] § 98 Rz 23 ff; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum Aktiengesetz II[5] §§ 98, 99 Rz 24 ff.

unterschiedliche Kriterien oder Erfolgskomponenten sowie Sachbezüge oder die Gewährung von Aktienoptionen.[267]

Im Falle variabler, erfolgsorientierter Vergütungen und insb auch der Gewährung von Aktienoptionen wird die Gefahr, dass die Tätigkeit des Aufsichtsrates verstärkt risikoorientiert ausgerichtet ist, erhöht.[268] Ob eine solche Risikoorientierung tatsächlich möglich und anzunehmen ist, ist anhand der Eignung der aufsichtsrätlichen Tätigkeiten zu prüfen.

Die zentrale Aufgabe des Aufsichtsrates ist die Überwachung der Geschäftsführung.[269] Selbst Aufgaben der Geschäftsführung auszuführen kommt hingegen aufgrund der ausdrücklichen Unmöglichkeit der Übertragung solcher Aufgaben an den Aufsichtsrat[270] grundsätzlich nicht in Frage. Dies spricht auf den ersten Blick gegen eine mögliche Risikoorientierung aufsichtsrätlicher Handlungen. Allerdings können bestimmte Geschäfte von der Geschäftsführung nur mit Zustimmung des Aufsichtsrates abgeschlossen werden; so etwa die Aufnahme bestimmter umfangreicher Anleihen, Darlehen und Kredite, die Festlegung allgemeiner Grundsätze der Geschäftspolitik oder die Erteilung von Prokura.[271] Es ist dem Aufsichtsrat folglich sehr wohl möglich, einen gewissen Einfluss auf die Geschäfte der Gesellschaft bzw des Kreditinstitutes und folglich auch deren bzw dessen Risikoprofil zu nehmen.

Die aufsichtsrätlichen Tätigkeiten können folglich durch entsprechende variable Vergütungen verstärkt risikoorientiert ausgerichtet werden. Damit wird die variable Vergütung von Aufsichtsratsmitgliedern mit jener der von den Vergütungsbestimmungen des BWG erfassten Arbeitnehmer vergleichbar. Zwar ist bei der Vergütung von Aufsichtsratsmitgliedern hinsichtlich der Höhe und

[267] *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, Aktiengesetz I[2] § 98 Rz 4, 34; *Kittel*, Handbuch für Aufsichtsratsmitglieder 106 f; *Temmel*, Der Aufsichtsrat 147 f.
[268] So auch *Temmel*, Der Aufsichtsrat 148.
[269] § 95 Abs 1 AktG; § 30j Abs 1 GmbHG.
[270] § 95 Abs 5 erster Satz AktG.
[271] § 95 Abs 5 AktG; § 30j Abs 5 GmbHG.

auch der Ausgestaltung der Vergütung die Angemessenheitsgrenze des § 98 AktG (bzw § 31 GmbHG) zu beachten[272] und bestehen die an diese anknüpfenden Gestaltungsrechte der Gesellschafter, doch ändert dies an der bewirkten Erhöhung der Risikoorientierung der Tätigkeit selbst nur wenig. Die (grundsätzliche) Vergleichbarkeit einer derart gestalteten variablen Vergütung mit der von den Vergütungsbestimmungen des BWG erfassten ist daher wohl zu bejahen.

2.3.2.3.3. Anwendbarkeit der BWG-Vergütungsgrundsätze?

Die Vergleichbarkeit einer vorstehend beschriebenen, verstärkt risikoorientierten variablen Vergütung der Aufsichtsratsmitglieder mit jener der von den Vergütungsbestimmungen des BWG erfassten Arbeitnehmer wird - vor dem Hintergrund der Zielsetzung der Vergütungsbestimmungen des BWG sowie insb um eine unsachgemäße Ungleichbehandlung zu vermeiden - sinnvollerweise dazu führen müssen, dass hinsichtlich derart gestalteter Vergütungen von Aufsichtsratsmitgliedern die Vergütungsgrundsätze des BWG zumindest sinngemäß angewendet werden. Auch der CRD III-RL sowie den CEBS-Leitlinien ist nicht zu entnehmen, dass Aufsichtsratsmitglieder bzw das Aufsichtsorgan jedenfalls von den Vergütungsgrundsätzen ausgenommen sein sollen - ungeachtet einer möglichen Einflussnahme auf die Geschäftsführung des Kreditinstituts. Schließlich ist die Anwendbarkeit der Grundsätze auch in einem monistischen System mit nur einem Leitungsorgan - nicht einem Leitungs- und einem Aufsichtsorgan - vorgesehen. Es wird hier vielmehr auf die Einflussnahme auf die bzw Mitwirkung an der Geschäftsführung abgestellt.[273]

Eine direkte Anwendbarkeit der Bestimmungen wäre jedoch aufgrund der Tatsache, dass der Aufsichtsrat an sich für die Überwachung der

[272] *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, Aktiengesetz I[2] § 98 Rz 34; *Kittel*, Handbuch für Aufsichtsratsmitglieder 113.
[273] Vgl etwa Abschnitt 2.1. der CEBS-Leitlinien; siehe insb Punkt 47 der CEBS-Leitlinien.

Vergütungspraxis zuständig ist[274] (und eine Überwachung der eigenen Vergütung nicht sinngemäß wäre) und auch aufgrund der Verschiedenartigkeit der Tätigkeiten eines Aufsichtsratsmitglieds im Vergleich zu jenen der in den Anwendungsbereich der Bestimmungen des BWG fallenden Mitarbeiter eines Kreditinstitutes problematisch. Dementsprechend sollten die sachlich in Frage kommenden Vergütungsgrundsätze nur sinngemäß - soweit passend - auf die beschriebene variable Vergütung angewandt werden, so beispielsweise hinsichtlich der Erheblichkeitsschwelle, des Verhältnisses von baren und unbaren Vergütungsteilen oder des Rückstellungserfordernisses.

Denkbar wäre auch, dass hierfür dem Vorstand (bzw den Geschäftsführern) eine gewisse Kontrollkompetenz - in Anlehnung an jene des Vergütungsausschusses gem § 39c BWG - betreffend die so gestaltete variable Vergütung zukommt, die durch die ohnehin bestehenden Eingriffsmöglichkeiten der Gesellschafter bei unangemessener Vergütung ergänzt wird.

Hinsichtlich variabler Vergütung von Aufsichtsratsmitgliedern, die aufgrund ihrer Ausgestaltung mit den in den Anwendungsbereich des BWG fallenden variablen Vergütungen vergleichbar ist, wäre eine entsprechende gesetzliche Regelung - zumindest betreffend eine sinngemäße Anwendbarkeit der BWG-Vergütungsgrundsätze sowie deren Überwachung - denkbar und im Interesse der Rechtssicherheit wünschenswert. Dies auch, um den Zielsetzungen der europäischen Vergütungsbestimmungen tatsächlich gerecht zu werden.[275]

[274] Vgl § 39c BWG.
[275] Vgl insb Punkt 47 der CEBS-Leitlinien.

2.3.3. Proportionalitätsprinzip[276]

Die im Anhang zu § 39b BWG aufgezählten Grundsätze sind gem § 39b BWG von den Kreditinstituten *"in der Weise und in dem Umfang anzuwenden, wie es ihrer Größe, ihrer internen Organisation, der Art, dem Umfang und der Komplexität ihrer Geschäfte, den Mitarbeiterkategorien, der Art und der Höhe ihrer Vergütung sowie der Auswirkung ihrer Tätigkeit auf das Risikoprofil angemessen ist"*. Das damit statuierte Proportionalitätsprinzip kann zu einer differenzierten bzw abgestuften Anwendung[277] der generellen und speziellen Grundsätze[278] sowohl auf Ebene der Kreditinstitute bzw Kreditinstitutsgruppe als auch auf Ebene der einzelnen Mitarbeiter führen.[279]

Im Zuge dieser Abwägung kann je nach Einzelfall sowohl die Anwendung strengerer, anspruchsvollerer Standards als auch jene einfacherer Standards betreffend die Vergütung erforderlich sein.[280] Dies kann unter Umständen sogar zur Neutralisierung[281] bestimmter Vergütungsgrundsätze bzw -bestimmungen[282] führen, wenn das mit dem Risikoprofil, der Risikobereitschaft und der Strategie des Institutes vereinbar ist. Es handelt sich hierbei jedenfalls um die Bestimmungen der Z 11 (Bezahlung in Form unbarer Instrumente), Z 12 (Zurückstellung eines Teils der variablen Vergütung) und Z 12 lit a (hinsichtlich der "ex-post Risikoadjustierung" bei Auszahlung) der Anlage zu § 39b BWG.[283] Die Mindestquoten können hierbei immer nur entweder anwendbar sein oder zur

[276] Siehe hierzu auch 4. Erwägungsgrund der CRD III-RL.
[277] *Kastner/Strau* in *Dellinger*, BWG § 39b BWG Rz 3.
[278] Punkt 19 der CEBS-Leitlinien; Punkt 32 des Rundschreibens der FMA.
[279] AB 1001 BlgNR 24. GP 2.
[280] Punkt 19 der CEBS-Leitlinien; Punkt 32 des Rundschreibens der FMA.
[281] Im Sinne einer gänzlichen Nichtanwendung.
[282] Welche Vergütungsgrundsätze im Speziellen unter welchen Voraussetzungen "neutralisierbar" sind, ist in Anhang 2 der CEBS-Leitlinien bei den jeweiligen Vergütungsgrundsätzen jeweils angemerkt und ersichtlich.
[283] Gem Punkt 20 der CEBS- Leitlinien wäre an sich auch das Erfordernis der Einrichtung eines Vergütungsausschusses "neutralisierbar". In Österreich ist die Einrichtung eines solchen jedoch in § 39c BWG bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen zwingend vorgeschrieben.

Gänze entfallen.[284] Die übrigen Grundsätze können in Anwendbarkeit des Proportionalitätsprinzips nur abgeschwächt werden.[285]

Jedenfalls erforderlich für eine Abschwächung oder Neutralisierung ist jeweils eine transparente, nachvollziehbare und fundierte Dokumentierung der Gründe und herangezogenen Kriterien, die zu diesem Ergebnis geführt haben.[286]

Im Rahmen der Anwendung des Proportionalitätsprinzips ist zwischen der zuerst zu prüfenden Proportionalität zwischen verschiedenen Arten bzw Dimensionen von Kreditinstituten und im nächsten Schritt hinsichtlich der Mitarbeiterkategorien innerhalb des Kreditinstituts zu unterscheiden.[287] Die erstgenannte Prüfung ist sowohl für die Frage der Anwendbarkeit der generellen Bestimmungen als auch der speziellen Bestimmungen relevant.[288] Die Prüfung auf Ebene der Mitarbeiter hingegen hat in einem nächsten Schritt lediglich Bedeutung für die Anwendbarkeit der speziellen Vergütungsgrundsätze und deren Abstufung.[289] Diese Beurteilungen haben die betroffenen Kreditinstitute, die die Vergütungsbestimmungen anzuwenden haben, im Wege einer Selbsteinschätzung eigenverantwortlich vorzunehmen[290] und - wie bereits erwähnt - zu dokumentieren und zu begründen.[291]

---

[284] Punkt 19 der CEBS-Leitlinien; Punkt 34 des Rundschreibens der FMA.
[285] Punkt 20 der CEBS-Leitlinien; Punkt 33 des Rundschreibens der FMA; *Kastner/Strau* in *Dellinger*, BWG § 39b BWG Rz 3; *Waldherr/Zimmermann*, ÖBA 2012, 366 (370).
[286] Punkt 20 der CEBS-Leitlinien; Punkt 35 und 46 des Rundschreibens der FMA; AB 1001 BlgNR 24. GP 3; *Kastner/Strau* in *Dellinger*, BWG § 39b BWG Rz 3; *Waldherr/Zimmermann*, ÖBA 2012, 366 (370); vgl *Höller/Puhm* in *Dellinger*, BWG § 39 Rz 39.
[287] Punkt 23 der CEBS-Leitlinien; Punkt 36 des Rundschreibens der FMA; *Kastner*, Vergütungsbeschränkungen für "Banker-Bonifikationen", Raiffeisenblatt 1/2012; *Kastner*, CRD III: Endlich Klarheit bei den "Banker-Bonifikationen", Raiffeisenblatt 3/2013.
[288] Punkt 23 der CEBS-Leitlinien.
[289] Punkt 23 der CEBS-Leitlinien.
[290] Punkt 21 der CEBS-Leitlinien; Punkt 46 des Rundschreibens der FMA; *Kastner/Strau* in *Dellinger*, BWG § 39b BWG Rz 3 f; *Waldherr/Zimmermann*, ÖBA 2012, 366 (370).
[291] Punkt 20 der CEBS-Leitlinien; Punkt 46 des Rundschreibens der FMA; AB 1001 BlgNR 24. GP 3; *Kastner/Strau* in *Dellinger*, BWG § 39b BWG Rz 3; vgl *Höller/Puhm* in *Dellinger*, BWG § 39 Rz 39; *Waldherr/Zimmermann*, ÖBA 2012, 366 (370).

2.3.3.1. Beurteilung hinsichtlich der Kreditinstitute

Jedes die Vergütungsgrundsätze aufgrund des BWG anwendende Kreditinstitut hat sein Risikoprofil - bzw im Falle der mittelbaren Anwendbarkeit auf erfasste Tochterunternehmen auch deren Risikoprofil - selbst zu ermitteln und über die Art und Intensität der Anwendung der Vergütungsgrundsätze zu entscheiden. Das Ergebnis der Beurteilung im Rahmen des Proportionalitätsprinzips bestimmt im ersten Schritt die erforderliche Intensität der Anwendung der Grundsätze bis hin zur Neutralisierung (der vorgesehenen Grundsätze) für das gesamte Institut; einzelne Mitarbeiter und Mitarbeiterkategorien und deren Einfluss auf das Risikoprofil des Institutes werden erst im nächsten Schritt betrachtet.

Die *EBA*[292] unterscheidet hierfür etwa zwischen komplexen und nicht-komplexen Instituten sowie internationalen und lokalen Instituten. Bei nicht-komplexen Instituten kann die Beurteilung im Rahmen des Proportionalitätsprinzips bereits auf dieser Ebene der Prüfung zur Neutralisierung der Grundsätze der Z 11 (Bezahlung in Form unbarer Instrumente), Z 12 (Zurückstellung eines Teils der variablen Vergütung) und Z 12 lit a (hinsichtlich der "ex-post Risikoadjustierung" bei Auszahlung) der Anlage zu § 39b BWG für das gesamte Institut führen; dies unabhängig von der Kategorisierung und vom Risikoeinfluss einzelner Mitarbeiter.[293] Freilich ist die Qualifizierung eines Kreditinstituts schlicht als komplexes oder nicht-komplexes Institut praktisch nicht der Regelfall, sondern liegt noch ein weiter Übergangsbereich an Instituten unterschiedlicher Komplexität dazwischen. Überdies unterscheidet auch die FMA schematisch zwischen mittelkomplexen Instituten, die die Vergütungsgrundsätze abgeschwächt anwenden können, und hochkomplexen Instituten, die zu einer

[292] Punkt 24 der CEBS-Leitlinien.
[293] Anhang 2 der CEBS-Leitlinien; Punkt 37 des Rundschreibens der FMA; *Kastner/Strau* in *Dellinger*, BWG § 39b BWG Rz 5.

vollständigen und detaillierten Anwendung der Vergütungsgrundsätze verpflichtet sein werden.[294]

Als Kriterien für die Beurteilung im Rahmen des Proportionalitätsprinzips sind die Größe und interne Organisation eines Kreditinstitutes sowie Natur, Umfang und Komplexität der Geschäfte des Kreditinstitutes heranzuziehen.[295] Die von der EBA aufgestellten Kriterien sind jedenfalls kumulativ anzuwenden und im Rahmen einer Gesamtbeurteilung gegeneinander abzuwägen. Liegt ein Kriterium - etwa die Größe - in besonders starker Ausprägung vor, kann unter Umständen auch dieses alleine ausschlaggebend sein. Es handelt sich hierbei aber keinesfalls um eine nur taxative Aufzählung, vielmehr sind im Einzelfall möglicherweise andere relevante Kriterien ebenfalls in die Beurteilung miteinzubeziehen.[296]

2.3.3.1.1. Größe

Gemäß der *EBA*[297] kann sich das Beurteilungskriterium der Größe eines Kreditinstituts beispielsweise an Folgendem orientieren:

- seinem Vermögenswert,
- Verbindlichkeiten und Risiken,
- der Höhe seines Eigenkapitals sowie
- der Anzahl seiner Arbeitnehmer oder seiner Zweigstellen.

Die Größe alleine stellt jedoch kein aussagekräftiges Kriterium für die Anwendung des Proportionalitätsprinzips dar, weil auch an sich kleine Kreditinstitute mit einer geringen Anzahl an Arbeitnehmern oder Zweigstellen mit

[294] Punkte 38 f des Rundschreibens der FMA.
[295] Punkt 24 der CEBS-Leitlinien; Punkt 37 des Rundschreibens der FMA; *Kastner/Strau* in *Dellinger*, BWG § 39b BWG Rz 6; *Waldherr/Zimmermann*, ÖBA 2012, 366 (370).
[296] Punkt 25 der CEBS-Leitlinien; Punkt 42 des Rundschreibens der FMA.
[297] Punkt 24 der CEBS-Leitlinien.

hoher Risikobereitschaft bzw auf einem hohen Risikolevel tätig sein oder für den nationalen Markt von wesentlicher Bedeutung sein können.[298]

Wie *Waldherr/Zimmermann*[299] zutreffend bemerken, kann als Anhaltspunkt für die Beurteilung der Größe eines Kreditinstitutes in Hinblick auf dessen Komplexität § 39c Abs 1 BWG herangezogen werden. Gem dieser Vorschrift ist unter anderem in *"Kreditinstituten jedweder Rechtsform, deren Bilanzsumme eine Milliarde Euro übersteigt […] ein Vergütungsausschuss einzurichten"*. Da ein solcher der CRD III-RL zufolge bei *"Kreditinstituten und Wertpapierfirmen, die wegen ihrer Größe, ihrer internen Organisation und der Art, dem Umfang und der Komplexität ihrer Geschäfte von erheblicher Bedeutung sind"*[300], vorgesehen ist, kann § 39c Abs 1 BWG entnommen werden, dass Kreditinstitute mit einer Bilanzsumme von mehr als einer Milliarde Euro von erheblicher Bedeutung sind und damit den komplexen Instituten zuzuordnen sein werden.[301]

Die - die entsprechenden Vergütungsgrundätze enthaltende - deutsche Verordnung über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an Vergütungssysteme von Instituten (Instituts-Vergütungsverordnung - InstitutsVerV)[302] bezeichnet demgegenüber im Rahmen der Anwendung des Proportionalitätsprinzips interessanterweise Institute mit einer Bilanzsumme von zumindest zehn Milliarden Euro als *"bedeutende Institute"*.[303]

[298] Punkt 24 der CEBS-Leitlinien; Punkt 41 des Rundschreibens der FMA.
[299] ÖBA 2012, 366 (371).
[300] 5. Erwägungsgrund.
[301] So auch Punkt 40 des Rundschreibens der FMA; zu dem gleichen Ergebnis kommen auch *Kastner/Strau* in *Dellinger*, BWG § 39b BWG Rz 7.
[302] Ergangen basierend auf § 25a Abs 5 Satz 1 bis 3 und 5 des deutschen Kreditwesengesetzes.
[303] § 1 Abs 2 deutsche InstitutsVerV.

2.3.3.1.2. Organisation

Für das Kriterium der internen Organisation eines Kreditinstitutes können gem der *EBA*[304] beispielsweise folgende Umstände wertend herangezogen werden:

- die Rechtsform des Kreditinstitutes,
- dessen allfällige Börsennotierung auf einem geregelten Markt,
- die Verwendung interner oder fortgeschrittener (Rating-)Methoden für die Berechnung des Eigenmittelerfordernisses[305] (zB IRB[306], AMA[307]) sowie
- das Unternehmensziel (Profitorientierung oder Non-Profit-Orientierung).

Zentral organisierte Kreditinstitute[308], insb in Form einer kapitalmarktorientierten Aktiengesellschaft, bergen im Regelfall sowohl aufgrund ihrer organisatorischen bzw rechtlichen Struktur als auch aufgrund ihrer profitorientierten Zielsetzung ein höheres Risikopotenzial.[309]

Dezentrale Sektoren[310] hingegen werden aufgrund ihres von zentral organisierten Kreditinstituten und Kreditinstitutsgruppen differierenden gesellschaftsrechtlichen (nämlich dezentralen) und va haftungstechnischen Aufbaus mitunter hinsichtlich ihrer Größe und der daraus abzuleitenden Bedeutung anders zu beurteilen sein.[311] Hier handelt es sich bei den einzelnen Instituten um private, rechtlich selbständige Rechtspersonen (zB Genossenschaften[312]), die nicht im Eigentum einer

---

[304] Punkt 24 der CEBS-Leitlinien.
[305] Siehe §§ 22i ff BWG.
[306] *"Internal Ratings Based Approach"* - ein gem den RL 2006/48/EG und 2006/49/EG anzuwendender, auf internen Einstufungen basierender Ansatz zur Berechnung der erforderlichen Eigenmittelunterlegung von Kreditrisiken.
[307] *"Advanced Measurement Approach"* - ein fortgeschrittener Ansatz zur Messung des operationellen Risikos und Berechnung des Eigenmittelerfordernisses gem Art 105 RL 2006/48/EG.
[308] ZB Unicredit Bank Austria AG, Erste Bank AG, Volksbank AG, Santander Consumer Bank GmbH, BMW Austria Bank GmbH etc.
[309] Vgl Punkt 41 des Rundschreibens der FMA; Punkt 24 der CEBS-Leitlinien.
[310] ZB Raiffeisenbanken, Volksbanken, Sparkassen.
[311] *Kastner/Strau* in *Dellinger*, BWG § 39b BWG Rz 9.
[312] ZB Raiffeisenbanken; zum Aufbau der Raiffeisenbankengruppe als Beispiel hierfür siehe etwa unter http://www.rzb.at/eBusiness/01_template1/831197035645054749-831197001285316293_831201177604143970-831201177604143970-NA-1-NA.html (30.10.2013).

Muttergesellschaft stehen, sondern vielmehr umgekehrt gemeinsam an einem "größeren", auf höherer Stufe stehenden Institut beteiligt sind oder einem solchen aufgrund eines Vertrages zugeordnet sind[313] - damit als Verbund gemeinsam tätig werden.[314] Überdies indiziert bei diesen dezentralen Sektoren der im Genossenschaftsgesetz (GenG)[315] bzw im Sparkassengesetz (SpG)[316] vorgesehene Förderungs- und Gemeinwohlauftrag eine geringere Risikoneigung.[317]

2.3.3.1.3. Geschäfte

Im Rahmen der Beurteilung des Kriteriums der Natur, des Umfangs und der Komplexität der Geschäfte des Kreditinstitutes ist va auch das diesen Geschäften zugrunde liegende bzw zuzuordnende Risikoprofil zu beachten. Laut *EBA*[318] kann hier beispielsweise Folgendes von Bedeutung sein:

- die Art der zugelassenen Geschäfte (Sparkassen- oder Emissionsgeschäfte bzw Investment Banking),
- die Art der Kunden (Einzel-/Kleinhandel, Firmenkunden bzw Unternehmen oder Kleinunternehmer),
- das Verhältnis der mit höherem Risiko verbundenen Geschäfte zum Gesamtumfang der Geschäfte,
- das Verhältnis der mit höherer Risikobelastung verbundenen Kunden zur Gesamtzahl der Kunden,
- die nationale oder internationale Ausrichtung der Geschäftstätigkeiten, insb im Hinblick auf die Frage nach der Anwendbarkeit lediglich einer

[313] Vgl § 30a BWG.
[314] *Oesterreichische Nationalbank*, Bankenaufsicht in Österreich - Folder, 8 (http://www.oenb.at/de/img/bankenaufs_oester_screen_tcm14-96879.pdf (30.10.2013).
Betreffend Genossenschaften: *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 5/28.
Betreffend Sparkassen: *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 7/83 ff; siehe unter http://www.sparkassenverband.at/de/Sparkassengruppe (30.10.2013); http://www.sparkassenverband.at/de/Sparkassengruppe/Geschichte (30.10.2013).
[315] § 1 Abs 1 GenG.
[316] § 1 Abs 2 SpG.
[317] *Kastner/Strau* in *Dellinger*, BWG § 39b BWG Rz 10.
[318] Punkt 24 der CEBS-Leitlinien.

Rechtsordnung oder mehrerer (je mehr, desto komplexer und risikoträchtiger sind wohl auch die Geschäfte),

- Natur, Stabilität, Messbarkeit und Vorhersehbarkeit der Risiken der Geschäfte,
- die Häufigkeit, Laufzeit und Bedeutung bzw Wesentlichkeit der eingegangenen Risiken sowie
- die Komplexität der Produkte oder Verträge (Optionen, Garantiegeschäfte oder strukturierte Produkte).

Im Rahmen dieses Kriteriums ist zwar auf der einen Seite zu betrachten, zu welchen Geschäften das zu beurteilende Kreditinstitut in Art und Komplexität an sich berechtigt ist. Diese gewissermaßen abstrakte Betrachtung ist jedoch auf der anderen Seite durch die Frage nach den tatsächlichen Verhältnissen zu ergänzen bzw relativieren.[319]

Auch hier werden sich hinsichtlich dezentraler Sektoren - im Vergleich zu zentral organisierten Kreditinstituten und Kreditinstitutsgruppen - aufgrund deren anderer Struktur Besonderheiten im Rahmen der Beurteilung ergeben und wird mitunter ein geringer belastetes und stabileres Risikoprofil anzunehmen sein.[320]

2.3.3.2. Beurteilung hinsichtlich der Mitarbeiter

Nach Anwendung des Proportionalitätsprinzips auf Ebene des Kreditinstitutes ist dieses im nächsten Schritt für die Beurteilung der Intensität der Anwendbarkeit (auch) der speziellen Vergütungsbestimmungen auf Ebene seiner, von diesen Bestimmungen erfassten[321] Mitarbeiter heranzuziehen. Im Ergebnis sollen jene Mitarbeiter, die einen höheren Einfluss auf das Risikoprofil des Kreditinstitutes

[319] Vgl Punkt 47 des Rundschreibens der FMA.
[320] Näheres hierzu in *Kastner/Strau* in *Dellinger*, BWG § 39b BWG Rz 12 ff.
[321] Siehe dazu oben unter Punkt 2.3.2.2..

haben, den Vergütungsbestimmungen in strengerem Ausmaß unterliegen, als jene mit vergleichsweise weniger großem Einfluss[322].

Die Beurteilung auf dieser Ebene kann ebenfalls[323] zur Neutralisierung der Grundsätze der Z 11 (Bezahlung in Form unbarer Instrumente), Z 12 (Zurückstellung eines Teils der variablen Vergütung) und Z 12 lit a (hinsichtlich der "ex-post Risikoadjustierung" bei Auszahlung) der Anlage zu § 39b BWG führen; dies hinsichtlich jener Mitarbeiter, die einen weniger großen Einfluss auf das Risikoprofil haben.[324] Umgekehrt sind für risikoreichere Mitarbeiter strengere Maßstäbe betreffend deren Vergütung zu setzen.[325]

Die Prüfung auf dieser Ebene kann jedoch nicht zur Gänze von jener auf Ebene des Kreditinstitutes getrennt erfolgen, sondern hat konsequenterweise auch deren Ergebnis zu berücksichtigen. Bei einem weniger komplexen Kreditinstitut wird ein bestimmtes Ausmaß an Einfluss auf das Risikoprofil als weniger bedenklich und risikobehaftet zu beurteilen sein, als ein ebensolches bei einem hoch-komplexen Kreditinstitut.[326]

Dem Gesetzeswortlaut des § 39b BWG entsprechend hat sich die Beurteilung an *"den Mitarbeiterkategorien, der Art und der Höhe ihrer Vergütung sowie der Auswirkung ihrer Tätigkeit auf das Risikoprofil"* zu orientieren. Die Berücksichtigung des Kriteriums der Mitarbeiterkategorie erfolgt im Wesentlichen bereits bei der Frage der Zuordnung zu einer in den Anwendungsbereich der speziellen Grundsätze fallenden Mitarbeiterkategorie bzw der Qualifizierung als "identified staff" oder als sonstiger Mitarbeiter. Hierbei

[322] Dass bei diesen Mitarbeitern jedenfalls ein (berücksichtigungswürdiger) Einfluss auf das Risikoprofil besteht, ist eine bereits im Rahmen der Frage nach der Zuordnung zu einer der die Anwendung der speziellen Grundsätze bewirkenden Mitarbeiterkategorien zu prüfende Voraussetzung.
[323] Wie auch jene auf Ebene des Kreditinstitutes.
[324] Anhang 2 der CEBS-Leitlinien; Punkt 43 des Rundschreibens der FMA.
[325] Punkte 19 und 26 der CEBS-Leitlinien; Punkt 43 des Rundschreibens der FMA; *Waldherr/Zimmermann*, ÖBA 2012, 366 (371).
[326] Siehe FN 34 zu Punkt 43 des Rundschreibens der FMA.

wird bereits das Bestehen oder Nicht-Bestehen eines Risikoeinflusses orientiert an der Mitarbeiterkategorie festgestellt.[327]

Auch innerhalb der Kategorien können naturgemäß Abstufungen und Unterschiede zwischen den Mitarbeitern (auch der verschiedenen Abteilungen) vorliegen.[328] Diese können gem der *EBA*[329] etwa an folgenden Umständen, die sich im Wesentlichen an Vergütung und Einfluss orientieren, gemessen werden:

- der Grad der Seniorität des Mitarbeiters,
- der Umfang der Verantwortung die ein Mitarbeiter trägt bzw der Umfang der Verpflichtungen, die er für das Kreditinstitut eingehen kann (nicht "darf"),
- die Größe der Gruppe von Mitarbeitern, die gemeinsam einen wesentlichen Einfluss auf das Risikoprofil des Kreditinstitutes haben,
- das Geschäftsmodell des jeweiligen Geschäftsbereiches (zB festes Gehalt mit einer zusätzlichen variablen Vergütung oder Gewinnbeteiligungs-modelle) sowie
- das Verhältnis von fixer und variabler Vergütung, auch unter Berücksichtigung der Gesamtvergütung.

Auch auf dieser Ebene ist die Beurteilung im Rahmen einer Gesamtbetrachtung vorzunehmen und sind die einzelnen Umstände und Kriterien gegeneinander abzuwägen.

2.3.3.2.1. Vergütung

Die Proportionalitätsprüfung hat sich nach dem Gesetzwortlaut an Art und Höhe der Vergütung zu orientieren und gem der EBA auch das Verhältnis von fixer und variabler Vergütung zu berücksichtigen. So indiziert etwa eine gewisse

[327] Siehe Punkt 44 des Rundschreibens der FMA.
[328] *Kastner/Strau* in *Dellinger*, BWG § 39b BWG Rz 19.
[329] Punkt 26 der CEBS-Leitlinien.

Gesamtvergütungshöhe einen erhöhten Einfluss auf das Risikoprofil des Kreditunternehmens.[330] Auch die Höhe der variablen Vergütung an sich hat Auswirkung auf die Risikoneigung - je höher die variable Vergütung angesetzt ist, desto größer ist im Regelfall auch die Risikobereitschaft des betreffenden Mitarbeiters. Eine hohe variable Vergütung indiziert überdies an sich einen größeren Einfluss auf das Risikoprofil.[331]

Die Berücksichtigung des Verhältnisses von fixer und variabler Vergütung bzw der Art und Höhe der Vergütung kann auch - sofern nicht aus anderen Gründen doch ein erheblicher Einfluss auf das Risikoprofil des Kreditinstitutes anzunehmen ist - zur Neutralisierung der bereits genannten, einzelnen Vergütungsbestimmungen führen. Dies ist bei variablen Vergütungen anzunehmen, die derart gering sind, dass sie keinen Anreiz zum Eingehen risikobehafteter Geschäfte bieten und keine finanzielle Gefahr für das Kreditinstitut darstellen.[332]

Für Kreditinstitute besteht die Möglichkeit, eine "Erheblichkeitsgrenze" für variable Vergütungen festzulegen, bis zu deren Höhe jedenfalls kein wesentlicher Einfluss auf das Risikoprofil vorliegt. Für die Anwendbarkeit einer solchen Grenze ist die effektiv zugesprochene, nicht die vertraglich vereinbarte, höchstmögliche Vergütung maßgeblich.[333] Wie *Kastner/Strau*[334] richtig ausführen, wäre die Unterwerfung auch solcher geringen variablen Vergütungen unter die strengen Vergütungsbestimmungen unsachgemäß und natürlich überschießend. Hinsichtlich der Höhe kann auf den Bericht des Basel Committee of Banking Supervisors (BCBS) vom Oktober 2010[335] zurückgegriffen werden, der gem Punkt 2 der CEBS-Leitlinien bei deren Verfassen mitberücksichtigt

[330] Punkt 16 der CEBS-Leitlinien.
[331] Punkt 29 des Rundschreibens der FMA.
[332] Punkt 49 des Rundschreibens der FMA; *Kastner/Strau* in *Dellinger*, BWG § 39b BWG Rz 20; *Waldherr/Zimmermann*, ÖBA 2012, 366 (371).
[333] Punkt 52 samt FN 38 des Rundschreibens der FMA.
[334] In *Dellinger*, BWG § 39b BWG Rz 20.
[335] http://www.bis.org/publ/bcbs178.pdf (30.10.2013).

wurde.[336] Dort wird als Beispiel eine variable Vergütung in Höhe von 10 % bis 20 % der (fixen und variablen) Jahresgesamtvergütung als noch unerheblich und keinen relevanten Einfluss auf das Risikoprofil bewirkend definiert.[337] Umgerechnet wird damit eine variable Vergütung in Höhe von 11,11 % bis 25 % der fixen Vergütung als unerheblich bezeichnet. Daran anknüpfend erklären *Kastner/Strau*[338] eine Erheblichkeitsschwelle von bis zu 25 % der fixen Jahresgesamtvergütung als vertretbar und jedenfalls BWG-konform.

Wie *Waldherr/Zimmermann*[339] dazu richtig anmerken, wird eine nur relative Schwelle jedoch nicht ausreichend sein, weil bei höherer Gesamtvergütung auch eine im Verhältnis dazu geringe variable Vergütung dennoch einen Anreiz zur Risikobereitschaft bieten kann. So ergäbe sich bei einer (nur) relativen Schwelle einer fixen Gesamtvergütung in Höhe von € 300.000,-- eine unerhebliche variable Vergütung von bis zu € 75.000,--. Man wird daher zusätzlich zur relativ bemessenen Erheblichkeitsschwelle von bis zu 25 % der fixen Jahresgesamtvergütung eine absolute in Form eines bestimmten Höchstbetrages festsetzen müssen.[340] Der von *Waldherr/Zimmermann*[341] hierfür angesetzte Betrag von € 10.000,-- erscheint grundsätzlich angemessen und sinnvoll. Bei wenig komplexen Kreditinstituten mit nur geringer Risikobelastung kann aber durchaus auch ein höherer Betrag als absolute Grenze gerechtfertigt und zulässig sein.[342]

[336] *Kastner/Strau* in *Dellinger*, BWG § 39b BWG Rz 20.
[337] Unter *"Illustrative example of materiality considerations"* zu Abschnitt 1.4.2. (S 19) des BCBS-Report.
[338] In *Dellinger*, BWG § 39b BWG Rz 20.
[339] ÖBA 2012, 366 (371).
[340] Siehe auch Punkt 51 des Rundschreibens der FMA.
[341] ÖBA 2012, 366 (371).
[342] Siehe auch Punkt 52 des Rundschreibens der FMA.

2.3.3.2.2. Auswirkung auf das Risikoprofil

Die Auswirkung eines Mitarbeiters auf das Risikoprofil des Kreditinstituts bestimmt sich hier - im Rahmen des Proportionalitätsprinzips - nach den gleichen Kriterien wie bei der Zuordnung zu einer Mitarbeiterkategorie.[343] Es sind dies beispielweise:

- die Beurteilung der Auswirkungen der Einzelbefugnisse,[344]
- die Größe der Gruppe von Mitarbeitern mit ähnlichen bzw vergleichbaren Befugnissen, [345]
- die Beurteilung der Performance der Gruppe von Mitarbeitern mit ähnlichen bzw vergleichbaren Befugnissen,[346]
- die intern etwa durch Weisungen, Richtlinien oÄ festgelegten Befugnisse ("Dürfen")[347] sowie
- die tatsächlichen Befugnisse des Mitarbeiters nach außen hin ("Können").[348]

Am Einfluss eines Mitarbeiters auf das Risikoprofil hat sich unter Abwägung sämtlicher Kriterien die Intensität der Anwendung der Vergütungsbestimmungen zu orientieren.

Führt ein Mitarbeiter etwa überwiegend nicht risikobehaftete Tätigkeiten, wie reine Verwaltungstätigkeiten aus, so wird auch sein tatsächlicher Einfluss auf das Risikoprofil im Regelfall geringer ausfallen.[349] Es wird dann eher zur Neutralisierung der hierfür zugänglichen Bestimmungen[350] sowie der Abschwächung der restlichen Vergütungsgrundsätze kommen. Ist jedoch an den

[343] Siehe dazu oben unter 2.3.2.2.5..
[344] Punkt 27 des Rundschreibens der FMA; Punkt 16 der CEBS-Leitlinien.
[345] Punkt 27 des Rundschreibens der FMA; Punkt 16 der CEBS-Leitlinien.
[346] Siehe hierzu unter 2.3.2.2.2.; Punkt 27 des Rundschreibens der FMA; Punkt 16 der CEBS-Leitlinien.
[347] Punkt 29 des Rundschreibens der FMA.
[348] Punkt 29 des Rundschreibens der FMA.
[349] Dies vor allem auch wegen der dann nicht oder eben weniger gegebenen Risikoorientierung bzw -förderung der variablen Vergütung und der so fehlenden Anreize in diese Richtung.
[350] Z 11 (Bezahlung in Form unbarer Instrumente), Z 12 (Zurückstellung eines Teils der variablen Vergütung) und Z 12 lit a (hinsichtlich der "ex-post Risikoadjustierung" bei Auszahlung) der Anlage zu § 39b BWG.

risikobehafteten Teil der Aufgaben dieses Mitarbeiters eine hohe variable Vergütung geknüpft, wird man wiederum von einem vergleichsweise größeren (potenziellen) Einfluss auf das Risikoprofil des Kreditinstitutes und dem Erfordernis strengerer Vergütungsbestimmungen ausgehen müssen.

Im Rahmen der Gesamtbeurteilung ist daher auf die jeweiligen Umstände des Einzelfalles und die damit verbundene Auswirkung auf das Risikoprofil des Unternehmens einzugehen und jeweils daran anknüpfend die erforderliche Intensität der Anwendung der Vergütungsgrundsätze zu bestimmen.

2.3.3.3. Proportionalität im Rahmen der mittelbaren Anwendbarkeit

Unterschiede in der Intensität der Anwendbarkeit der Vergütungsbestimmungen ergeben sich konsequenterweise auch zwischen in den unmittelbaren Anwendungsbereich fallenden Kreditinstituten und (nur) in den mittelbaren Anwendungsbereich fallenden Mitgliedern der Kreditinstitutsgruppe[351]. Auch hier ist jeweils vom übergeordneten Kreditinstitut anhand der vorstehend skizzierten Kriterien hinsichtlich des Unternehmens sowie der Mitarbeiter in der beschriebenen Reihenfolge eine Proportionalitätsprüfung vorzunehmen.[352]

In Anwendung des Proportionalitätsgrundsatzes wird man in nachgeordneten Mitgliedern der Kreditinstitutsgruppe, die nicht in den unmittelbaren Anwendungsbereich fallen, die Vergütungsgrundsätze abhängig vom jeweiligen Risiko und den möglichen Auswirkungen auf die Solvabilität des übergeordneten Kreditinstituts im Einzelfall in geringerer Intensität bzw nur abgeschwächt oder aber auch in überaus strenger Form anwenden müssen.

Ob eine solche Prüfung im Zuge der mittelbaren Anwendbarkeit - abweichend von der Proportionalitätsprüfung im Rahmen der unmittelbaren Anwendbarkeit - auch zur gänzlichen Neutralisierung sämtlicher Vergütungsbestimmungen führen

[351] Ausländische Tochterunternehmen; siehe dazu unten unter Punkt 2.3.4.1.2..
[352] Punkt 14 des Rundschreibens der FMA.

kann, ist fraglich. Schließlich handelt es sich bei einem von der mittelbaren Anwendbarkeit erfassten Tochterunternehmen - selbst bei geringem Risiko - um einen mit gewissem Risiko verbundenen Vermögenswert des jeweils in den unmittelbaren Anwendungsbereich fallenden übergeordneten Kreditinstitutes. Dessen Bestand hat damit Auswirkungen auf das Vermögen des übergeordneten Kreditinstitutes, weshalb eine gänzliche Ausnahme von den Vergütungsbestimmungen wohl zu weit gefasst und nicht konsequent wäre. Es werden hier daher die allgemeinen Abschwächungs- und Neutralisierungsmöglichkeiten anzuwenden sein.

2.3.4. Örtlicher Anwendungsbereich

Außer Zweifel steht zunächst, dass die gegenständlichen Vergütungsgrundsätze jedenfalls (unmittelbar) auf die in Österreich ansässigen Kreditinstitute sowie deren Tochterunternehmen, die selbst Kreditinstitute sind[353], und Zweigstellen anwendbar sind. So regelt nämlich Z 13 der Anlage zu § 39b BWG (in der aktuellen Fassung[354]), dass *"[d]ie genannten Grundsätze […] von den Kreditinstituten auf Ebene der Gruppe, des Mutterunternehmens, der Tochterunternehmen und Zweigstellen auch in Offshore-Finanzzentren angewandt [werden]"*.

Bei internationalen, va auch außerhalb der europäischen Union, in Drittstaaten über Niederlassungen und Zweigstellen verfügenden Kreditinstituten und Kreditinstitutsgruppen stellt sich aber die Frage nach der Anwendbarkeit der Vergütungsgrundsätze des BWG auf den einzelnen Ebenen. Dies umso mehr, wenn nationale ausländische Vorschriften anderes regeln und zu den Bestimmungen des BWG in Widerspruch stehen.

2.3.4.1. Tochterunternehmen

Der Begriff *"Tochterunternehmen"* entspricht gem § 2 Z 12 BWG jenem des § 244 Abs 1 und 2 UGB (vormals HGB) wobei auch § 244 Abs 5 und 6 UGB[355] sowie der Beteiligungsbegriff des § 2 Z 2 BWG[356] für die Beurteilung

[353] Und idR (als inländische Institute) auch in den unmittelbaren Anwendungsbereich fallen.
[354] Fassung BGBl I 2011/145.
[355] Diese betreffen die Ermittlung der Stimmrechte und der Beteiligung.
[356] *"[D]as direkte oder indirekte Halten von mindestens 20 vH der Stimmrechte oder des Kapitals an einem anderen Unternehmen; dabei ist es unerheblich, ob die Anteile in Wertpapieren verbrieft sind oder nicht; werden weniger als 20 vH der Stimmrechte oder des Kapitals an einem anderen Unternehmen gehalten, liegt eine Beteiligung vor, wenn die Anteile dazu bestimmt sind, dem eigenen Geschäftsbetrieb durch eine dauernde Verbindung zu diesem Unternehmen zu dienen; persönlich haftende Gesellschafter einer Personengesellschaft des Handelsrechts sind stets an der Personengesellschaft beteiligt"*.

heranzuziehen sind. Ein Tochterunternehmen liegt demgemäß dann vor, wenn dem "Mutterunternehmen"

- an dem betreffenden Unternehmen eine Beteiligung gem § 288 UGB gehört,[357]
- bei dem betreffenden Unternehmen die Mehrheit der Stimmrechte der Gesellschafter zusteht,[358]
- bei dem betreffenden Unternehmen das Recht zusteht, die Mehrheit der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans zu bestellen oder abzuberufen, und es gleichzeitig Gesellschafter ist[359] oder
- bei dem betreffenden Unternehmen das Recht zusteht, einen beherrschenden Einfluss auszuüben,[360] oder
- bei dem betreffenden Unternehmen auf Grund eines Vertrages mit einem oder mehreren Gesellschaftern dieses Unternehmens das Recht zur Entscheidung zusteht, wie Stimmrechte der Gesellschafter, soweit sie mit ihren eigenen Stimmrechten zur Erreichung der Mehrheit aller Stimmen erforderlich sind, bei Bestellung oder Abberufung der Mehrheit der Mitglieder des Leitungs- oder eines Aufsichtsorgans auszuüben sind.[361]

Die Rechtsform und der Sitz des zu beurteilenden Unternehmens haben für die Qualifizierung als Tochterunternehmen keine Bedeutung.[362]

2.3.4.1.1. Tochterunternehmen ausländischer Kreditinstitute[363] im Inland

Tochterunternehmen ausländischer Kreditinstitute in Österreich sind rechtlich selbständige Unternehmen mit Sitz in Österreich. Für die Frage der Anwendbarkeit der Bestimmungen des BWG ist zunächst zu unterscheiden, ob es

[357] § 244 Abs 1 UGB.
[358] § 244 Abs 2 Z 1 UGB.
[359] § 244 Abs 2 Z 2 UGB.
[360] § 244 Abs 2 Z 3 UGB.
[361] § 244 Abs 2 Z 4 UGB.
[362] § 2 Z 12 lit a BWG.
[363] Siehe hierzu unter Punkt 1.2.2. und § 2 Z 13 BWG.

sich bei dem betreffenden um ein in den Anwendungsbereich des BWG fallendes Kreditinstitut handelt oder etwa um ein sonstiges (teilweise) dem BWG unterliegendes oder diesem nicht unterliegendes Unternehmen handelt.

Handelt es sich um ein dem BWG unterliegendes Tochterunternehmen, so hängt die Anwendbarkeit der Vergütungsbestimmungen im Speziellen von der Qualifizierung als Kreditinstitut ab. Auf Einzelinstitutsebene sind diese Bestimmungen nämlich grundsätzlich nur auf Kreditinstitute anzuwenden, nicht jedoch auf andere zu einer Kreditinstitutsgruppe zugehörige Unternehmen.[364] Auf Finanzinstitute oder andere zur Kreditinstitutsgruppe gehörige Unternehmen kommen die Vergütungsbestimmungen grundsätzlich nicht bzw allenfalls mitarbeiterbezogen über das Umgehungsverbot[365] zur Anwendung.[366]

Handelt es sich bei sämtlichen übergeordneten Kreditinstituten eines solchen inländischen Tochterkreditinstitutes um ausländische Unternehmen, so fehlt es am Anknüpfungspunkt für die - neben der unmittelbaren Anwendbarkeit möglichen - mittelbare Anwendbarkeit[367] der Vergütungsbestimmungen. Hat jedoch ein übergeordnetes Kreditinstitut seinen Sitz in Österreich, so hat auch dieses die Einhaltung der Vergütungsbestimmungen für nachgeordnete Kreditinstitute[368] der Kreditinstitutsgruppe - insb der österreichischen[369] - zu gewährleisten.[370]

Auf inländische Tochterunternehmen ausländischer Kreditinstitute, die selbst Kreditinstitute sind, sind daher die Vergütungsbestimmungen des BWG unmittelbar anzuwenden. Gibt es in der Kreditinstitutsgruppe auch ein übergeordnetes inländisches Kreditinstitut, so ist dieses daneben auch verantwortlich für die Einhaltung der Vergütungsgrundsätze beim Tochterkreditinstitut. Hier handelt es sich allerdings um einen Fall der mittelbaren

[364] Siehe hierzu oben unter Punkt 2.3.2.1..
[365] Z 12 lit d der Anlage zu § 39b BWG; siehe dazu unten unter Punkt 2.4.6..
[366] Siehe hierzu oben unter Punkt 2.3.2.1..
[367] Über Z 13 der Anlage zu § 39b BWG.
[368] Nicht jedoch für andere Tochterunternehmen (siehe dazu oben unter Punkt 2.3.2.1.2.).
[369] Bezüglich ausländischer Tochterunternehmen solcher inländischer, übergeordneter Kreditinstitute siehe im nächsten Punkt (2.3.4.1.2.).
[370] Siehe hierzu oben unter Punkt 2.3.2.1..

- nicht hingegen der unmittelbaren - Anwendbarkeit und es ist wiederum der Proportionalitätsgrundsatz[371] zu beachten.

Auf sonstige Tochterunternehmen ausländischer Kreditinstitute, die selbst keine Kreditinstitute sind, gelangen die Vergütungsbestimmungen des BWG nicht - weder mittelbar noch unmittelbar - zur Anwendung.

2.3.4.1.2. Tochterunternehmen inländischer Kreditinstitute im Ausland

Die Vergütungsgrundsätze des BWG sind - neben der unmittelbaren Anwendbarkeit auf inländische Kreditinstitute - durch Z 13 der Anlage zu § 39b BWG über übergeordnete Kreditinstitute auch mittelbar auf Tochterunternehmen, die Kreditinstitute sind, anzuwenden. Von dieser mittelbaren Anwendbarkeit müssten konsequenterweise sowohl solche im Inland, als auch solche im Ausland (in anderen Mitgliedstaaten und Drittstaaten) betroffen sein. Dies wird durch Z 13 der Anlage zu § 39b BWG auch insofern klargestellt, als die (mittelbare) Anwendbarkeit auch in *"Offshore-Finanzzentren"* ausdrücklich angeordnet wird.[372] Überdies wird in dieser Bestimmung hinsichtlich Tochterunternehmen in anderen Mitgliedstaaten der Vorrang der Vorschriften des betreffenden Mitgliedstaates klargestellt.[373] Wäre eine Anwendbarkeit der Vergütungsbestimmungen des BWG auf ausländische Tochterunternehmen - in jenem Ausmaß wie es auch für inländische Tochterunternehmen vorgesehen ist[374] - nicht von vornherein vom Gesetzgeber vorgesehen und angenommen, so bedürfte es einer solchen ausdrücklichen Klarstellung des Vorranges nicht. Die Ausdehnung des Anwendungsbereiches der Vergütungsbestimmungen auch auf

[371] Siehe hierzu oben unter Punkt 2.3.3..
[372] So auch *Waldherr/Zimmermann*, ÖBA 2012, 366 (369).
[373] *"[I]m Fall von Tochterunternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat sind die Vorschriften des betreffenden Mitgliedstaates maßgeblich."*
[374] Siehe dazu oben unter Punkt 2.3.2.1..

ausländische Tochterunternehmen ist vielmehr gerade einer der Zwecke der mit Z 13 der Anlage zu § 39b BWG getroffenen Regelung.[375]

Die mittelbare Anwendbarkeit der Vergütungsbestimmungen des BWG erfasst folglich sowohl inländische, als auch ausländische Tochterunternehmen inländischer Kreditinstitute, die selbst Kreditinstitute sind.[376] Andere ausländische Tochterunternehmen inländischer Kreditinstitute fallen hingegen - so wie auch solche inländischen Tochterunternehmen - nicht in den Anwendungsbereich der Vergütungsbestimmungen.[377]

Hinsichtlich Tochterunternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat bestimmt Z 13 der Anlage zu § 39b BWG, dass das Recht des jeweiligen Mitgliedstaates maßgeblich ist. Es sind daher vorrangig die entsprechenden Vergütungsbestimmungen des Sitz-Mitgliedstaates anzuwenden und dahinter in einem zweiten Schritt jedenfalls - aufgrund deren mittelbarer Anwendbarkeit - auch die österreichischen Bestimmungen des BWG. Aufgrund der Tatsache, dass die Vergütungsbestimmungen der verschiedenen Mitgliedstaaten auf derselben Richtlinie (CRD III-RL)[378] beruhen und somit in den wesentlichen Punkten übereinstimmen sollten, ist dies in Wahrheit nicht weiter problematisch.

Auch auf Tochterunternehmen in Drittstaaten, die Kreditinstitute sind, sind die Vergütungsbestimmungen des BWG grundsätzlich mittelbar anwendbar.[379] Hier ist jedoch zu beachten, dass die Rechtsbeziehungen zwischen dem Kreditinstitut als Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer durch das gem den Vorschriften des jeweiligen Drittstaates geltende Recht bestimmt bzw geregelt werden. Zwingende Vorschriften des so anzuwendenden Rechts bzw gegebenenfalls des Rechtes des

[375] Siehe dazu auch oben unter Punkt 2.3.2.1.1..
[376] So auch Punkt 27 des Rundschreibens der FMA; *Waldherr/Zimmermann*, ÖBA 2012, 366 (369).
[377] Siehe dazu auch oben unter Punkt 2.3.2.1.2..
[378] Richtlinie 2010/76/EU
[379] Siehe hierzu auch Punkt 27 f der CEBS-Leitlinien.

betreffenden Drittstaates gehen demnach vor.[380] Dies auch deshalb, weil diese nationalen Vorschriften idR unmittelbar anwendbar sein werden[381] und das ausländische Kreditinstitut zu diesen eine größere Nahebeziehung hat, während es zu Österreich und dem österreichischen Recht keinen unmittelbaren Berührungspunkt hat. Die österreichischen Bestimmungen finden lediglich mittelbar über ein übergeordnetes inländisches Kreditinstitut Anwendung.

Wo jedoch nur dispositive nationale Bestimmungen anwendbar sind, wird bei Widersprüchen zwischen dem an sich anwendbaren ausländischen Recht und den (ausstrahlenden) österreichischen Vergütungsbestimmungen des BWG das österreichische Recht vorrangig zu berücksichtigen sein. Dies jedoch nur, soweit und so streng diese im Rahmen des Proportionalitätsprinzips anzuwenden sind.[382]

2.3.4.1.3. Umgehungskonstruktion bei Drittstaatsmutterunternehmen

Hinsichtlich Arbeitnehmern, die formell bei Instituten in Drittstaaten angestellt sind, aber Arbeitsleistungen für deren Tochterkreditinstitute in Österreich (oder anderen Mitgliedstaaten) erbringen[383], müssen - um Umgehungen zu vermeiden[384] - die inländischen, auf der CRD III-RL basierenden Vergütungsbestimmungen beachtet werden.[385] Auch hier jedoch nur soweit und so streng als unter Heranziehung des Proportionalitätsprinzips[386] erforderlich ist. Die Anwendung der österreichischen Vergütungsbestimmungen wird in einem solchen Fall daher

[380] So auch *Kastner/Strau* in *Dellinger*, BWG Anlage zu § 39b BWG Rz 108; *Waldherr/Zimmermann*, ÖBA 2012, 366 (369).
[381] Aufgrund des Territorialitäts- und/oder des Personalitätsprinzips.
[382] Siehe hierzu auch Punkt 28 der CEBS-Leitlinien; vgl Punkt 15 des Rundschreibens der FMA; siehe auch oben unter Punkt 2.3.3.3..
[383] Im umgekehrten Fall wären diese Arbeitnehmer ohnehin als Mitarbeiter des Tochterkreditinstitutes eines übergeordneten inländischen Kreditinstitutes zumindest mittelbar erfasst (siehe dazu oben unter Punkt 2.3.4.1.1.). Allenfalls wäre in einem solchen Fall jedoch eine unmittelbare - und damit möglicherweise verstärkte - Anwendbarkeit zu prüfen.
[384] Zum in Z 12 lit d der Anlage zu § 39b BWG normierten Umgehungsverbot siehe unten unter Punkt 2.4.6..
[385] Punkt 29 der CEBS-Leitlinien; *Huang/Schmatzberger*, ecolex 2011, 149 (150).
[386] Siehe hierzu oben unter Punkt 2.3.3., aber auch bei der Beurteilung des Risikoeinflusses einzelner Mitarbeiter und Mitarbeiterkategorien (Punkt 2.3.2.2.).

nur bei dauernder bzw länger andauernder Arbeitsleistung für das inländische Kreditinstitut sachgemäß, vertretbar und umsetzbar sein, nicht jedoch schon bei vereinzelten, unerheblichen und keinerlei risikobehafteten Tätigkeiten. Erst dann wird eine Umgehung anzunehmen oder zu befürchten sein und dementsprechend auch eine größere Nähe zu den österreichischen Vergütungsbestimmungen vorliegen. Das jeweilige übergeordnete Drittstaatskreditinstitut wird sich in einem solchen Fall der Umgehung der (europäischen und) österreichischen Vergütungsbestimmungen nicht auf das Vorliegen zwingender lokaler Bestimmungen berufen können.

Verantwortlich für eine solche Umgehung ist hier das im Rahmen der unmittelbaren Anwendbarkeit für die Umsetzung und Einhaltung der Vergütungsbestimmungen verantwortliche inländische (Tochter-)Kreditinstitut. Gibt es überdies noch ein inländisches übergeordnetes Kreditinstitut, so kann auch dieses über Z 13 der Anlage zu § 39b BWG für die Umgehung zur Verantwortung gezogen werden. Gegen diese verantwortlichen Kreditinstitute haben sich somit auch allfällige Strafen und/oder Maßnahmen zu richten.

2.3.4.2. Zweigstellen

Als Zweigstelle bezeichnet § 2 Z 16 BWG *"eine Betriebsstelle, die ein rechtlich unselbstständiger Teil eines Kreditinstitutes, eines Finanzinstitutes oder einer Wertpapierfirma ist und unmittelbar sämtliche Geschäfte oder einen Teil der Geschäfte betreibt, die mit der Tätigkeit des jeweiligen Kreditinstitutes, Finanzinstitutes oder der Wertpapierfirma verbunden sind"*. In Österreich können sich sowohl Zweigstellen inländischer als auch ausländischer Kreditinstitute befinden.

2.3.4.2.1. Zweigstellen ausländischer Kreditinstitute[387] im Inland

In einem Mitgliedstaat zugelassene Kreditinstitute mit Sitz in dem betreffenden Mitgliedstaat, die über eine Zweigniederlassung bzw -stelle in Österreich verfügen und über diese Tätigkeiten in Österreich im Wege des freien Dienstleistungsverkehrs erbringen, haben gem § 9 Abs 8 BWG unter anderem die Vergütungsbestimmungen des BWG (wörtlich: *"§§ 31 bis 41"*) einzuhalten.[388]

Inländische Zweigstellen von Kreditinstituten aus Drittstaaten, die - anders als dies bei Zweigstellen von Kreditinstituten aus Mitgliedstaaten der Fall ist - über eine eigene österreichische Konzession für diese Zweigstelle verfügen müssen[389], haben ohnehin sämtliche Vorschriften des BWG einzuhalten. Die Zweigstelle wird hier im Hinblick auf die Vorschriften des BWG - soweit das aufgrund deren Inhalts möglich ist und nicht ohnehin besondere Regelungen bestehen - quasi wie ein eigenes Kreditinstitut behandelt und bildet selbst den Anknüpfungspunkt für die Anwendbarkeit der Bestimmungen des BWG. Damit haben diese Zweigstellen natürlich - unter anderem - auch die Vergütungsbestimmungen des BWG einzuhalten.[390]

2.3.4.2.2. Zweigstellen inländischer Kreditinstitute im Ausland

Da es sich bei Zweigstellen - anders als bei Tochterunternehmen - um keine selbständigen Unternehmen bzw Kreditinstitute, sondern lediglich einen unselbständigen Teil solcher handelt, sind für diese grundsätzlich die für das Unternehmen bzw Kreditinstitut an sich anwendbaren Vorschriften maßgeblich.

---

[387] Siehe hierzu unter Punkt 1.2.2. und § 2 Z 13 BWG.

[388] Da in den Mitgliedstaaten aber ohnehin auf derselben RL (CRD III-RL) basierende Vergütungsbestimmungen anwendbar sind, sollte es keine größeren Probleme hierdurch geben. Unterschiede können sich jedoch aus unterschiedlich strenger Umsetzung ergeben - so ist die Rückstellungsdauer in Deutschland mit mindestens drei Jahren (§ 5 Abs 2 Z 4 InstitutsVergV), in Österreich aber mit mindestens fünf Jahren (Z 12 der Anlage zu § 39b BWG) festgelegt.

[389] § 4 Abs 1 und 4 BWG.

[390] Siehe auch Punkt 16 des Rundschreibens der FMA.

Anknüpfungspunkt bzw -objekt der Vorschriften des BWG ist (im Regelfall) schließlich das Kreditinstitut als solches. Demnach hat das österreichische Kreditinstitut grundsätzlich auch auf Ebene der Zweigstelle - inländischer und ausländischer - die Vergütungsbestimmungen des BWG anzuwenden. Auch Z 13 der Anlage zu § 39b BWG[391] normiert ausdrücklich die Anwendbarkeit der Bestimmungen auf Ebene der Zweigstellen.

Bei Zweigstellen im Ausland - sowohl in Mitgliedstaaten als auch in Drittstaaten - gehen jedoch im Falle des Bestehens von mit den österreichischen Bestimmungen in Widerspruch stehenden zwingenden lokalen (ausländischen) Regelungen letztere vor.[392] Auch hier ist wiederum das Proportionalitätsprinzip besonders zu beachten.[393]

[391] *"Die genannten Grundsätze werden von den Kreditinstituten auf Ebene der Gruppe, des Mutterunternehmens, der Tochterunternehmen und Zweigstellen auch in Offshore-Finanzzentren angewandt"*.
[392] So auch *Waldherr/Zimmermann*, ÖBA 2012, 366 (369).
[393] Siehe dazu oben unter Punkt 2.3.3..

2.3.5. Zeitlicher Anwendungsbereich

Gemäß § 107 Abs 70 BWG sind § 39b BWG sowie die Anlage zu § 39b BWG in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl I 2010/118 mit 1.1.2011 in Kraft getreten. Die Z 13 der Anlage zu § 39b in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl I 2011/145[394] hingegen ist gem § 107 Abs 74 BWG erst mit 31.12.2011 in Kraft getreten.

Abgesehen davon bestimmt die Übergangsbestimmung § 103o Z 1 BWG hinsichtlich des zeitlichen Anwendungsbereiches der mit der BWG-Novelle 2010 eingeführten Vergütungsgrundsätze des § 39b BWG samt Anlage Folgendes:

> *"Die Kreditinstitute und ihre jeweils für den Abschluss von Verträgen und Betriebsvereinbarungen zuständigen Organe haben darauf hinzuwirken, dass bis zum 31. Dezember 2010 abgeschlossene vertragliche Vereinbarungen[395], die den Anforderungen der Anlage zu § 39b nicht entsprechen, soweit rechtlich zulässig, auf Grundlage einer objektiv nachvollziehbaren rechtskundigen Begutachtung der Rechtslage und unter Berücksichtigung der konkreten Erfolgsaussichten angepasst werden."*

Die ursprünglich angedachte Formulierung ordnete in Anlehnung an die eine rückwirkende Anwendung vorsehende CRD III-RL[396] noch ausdrücklich eine Rückwirkung an[397]; auch nach den Materialien[398] sollte § 39b BWG auch auf bereits bestehende Verträge einschließlich der Boni für das Geschäftsjahr 2010 und damit auch auf fällige, noch nicht ausbezahlte Vergütungen, die bereits vor

---

[394] Ausdehnung des Anwendungsbereiches auf *"die Gruppe"* und Anfügung des Satzes *"im Fall von Tochterunternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat sind die Vorschriften des betreffenden Mitgliedstaates maßgeblich."*

[395] Gemeint sind sowohl Einzelverträge als auch Betriebsvereinbarungen. Auf letztere wird im Folgenden angesichts der geringeren Relevanz (siehe dazu unten unter den Punkten 2.4.7.1. und 2.4.7.2.) allerdings nicht gesondert eingegangen.

[396] 22. Erwägungsgrund; Art 3 Abs 2.

[397] RV 922 BlgNR 24. GP 6: *"§ 39b in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. xxx/2010 ist erstmals auf Geschäftsjahre anzuwenden, die nach dem 30. Dezember 2010 enden."*

[398] ErläutRV 922 BlgNR 24. GP.

dem Inkrafttreten der Bestimmungen auf Basis abgeschlossener Verträge zuerkannt wurden, anwendbar sein. Dagegen wurde mit der nunmehr umgesetzten, der korrelierenden deutschen Bestimmung[399] entsprechenden Regelung eine weniger scharfe, aber dafür unklare Anordnung zum zeitlichen Anwendungsbereich getroffen.

2.3.5.1. Bis zum 31.12.2010 abgeschlossene Vereinbarungen

Zwar sollen die Vergütungsbestimmungen der CRD III-RL zufolge bereits auf das Geschäftsjahr 2010 angewendet werden[400], es ist jedoch - wie auch den Materialien[401] zu entnehmen ist - kein direkter Eingriff in zum 31.12.2010 bereits bestandene Verträge vorgesehen. Gem der umgesetzten Bestimmung werden zum 31.12.2010 bereits bestandene Vereinbarungen durch die seit dem 1.1.2011 (bzw 31.12.2011) geltenden Vergütungsbestimmungen somit grundsätzlich nicht berührt und können die darin zugesagten Leistungen nicht einfach einseitig beschnitten werden.[402]

Betreffend solche bereits bestandenen Vereinbarungen[403], die den neuen Vergütungsvorschriften nicht entsprechen, trifft die Kreditinstitute bzw deren zuständige Organe - wie dies beim deutschen Regelungspendant[404] ebenfalls der Fall ist - die Pflicht, *"soweit rechtlich zulässig"* auf eine Anpassung dieser Vereinbarungen *"hin[zu]wirken"*[405]. Den Materialien zufolge besteht hier eine

---

[399] § 10 InstitutsVerV.
[400] Art 3 Abs 2 CRD III-RL.
[401] AB 1001 BlgNR 24. GP 4.
[402] So auch *Schima*, Vorstandsmitglieder - hoch bezahlte Dienstnehmer ohne rechtliche Absicherung?, GesRZ 2011, 265 (281).
[403] Dies betrifft obwohl Einzelverträge als auch Betriebsvereinbarungen. Auf letztere wird im Folgenden angesichts der geringeren Relevanz (siehe dazu unten unter den Punkten 2.4.7.1. und 2.4.7.2.) allerdings nicht gesondert eingegangen.
[404] § 10 InstitutsVerV : *"Das Institut hat darauf hinzuwirken, dass die mit Geschäftsleitern, Geschäftsleiterinnen, Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen 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."*
[405] § 103o Abs 1 BWG.

Bemühungspflicht der Kreditinstitute bzw deren zuständiger Organe, stellt jedoch das Unterbleiben tatsächlicher Veränderungen wegen absehbarer rechtlicher Erfolglosigkeit keine Gesetzesverletzung dar.[406]

2.3.5.1.1. Vergütung für bis zum 31.12.2010 erbrachte Leistungen

Aus der ursprünglichen Formulierung, den in den Materialien[407] getroffenen Aussagen sowie der ausdrücklichen Bezugnahme auf die Intention der CRD III-RL in ebendiesen ist klar die Absicht des Gesetzgeber erkennbar, auch Vergütungen für bis zum Inkrafttreten der Vergütungsbestimmungen erbrachte Leistung - also für das Geschäftsjahr 2010 - von der Bemühungspflicht zu erfassen.

An sich besteht natürlich die Möglichkeit, dass die betroffenen Mitarbeiter auf ihre für das Geschäftsjahr 2010 erworbenen Ansprüche - notwendigerweise nur soweit sie mit den neuen Vergütungsbestimmungen nicht in Einklang stehen - als bereits entstandene abdingbare Ansprüche verzichten.[408] Die Wirksamkeit eines solchen Verzichtes ist jedoch durch § 870 (ff) ABGB beschränkt und vom Fehlen ungerechtfertigten Drucks seitens des Arbeitgebers abhängig.[409] Bei Vorliegen einer "qualifizierten" Drucksituation[410] bzw von "besonders starkem Druck"[411] wird der Verzicht im Einzelfall hinsichtlich solcher "wohlerworbener Rechte" als unwirksam zu qualifizieren sein können; eine uneingeschränkte bzw undifferenzierte Anwendung der Drucktheorie auch auf solche abdingbaren

[406] AB 1001 BlgNR 24. GP 4.
[407] ErläutRV 922 BlgBR 24. GP 6; AB 1001 BlgNR 24. GP 4.
[408] *Eypeltauer*, ecolex 2011, 544 (544); *Krejci* in *Rummel*, ABGB I[3] § 879 Rz 181d; *Krejci* in *Rummel*, ABGB I[3] § 1154 Rz 56; *Nunner-Krautgasser* in *Reissner/Neumayr*, Zeller Handbuch Arbeitsvertrags-Klauseln Rz 77.22; *Szücs*, Verzicht und Vergleich im österreichischen, deutschen und schweizerischen Arbeitsrecht 40; grundsätzlich für die Möglichkeit des Abschlusses von Verschlechterungsvereinbarungen auch *Schrank*, Zur Zulässigkeit von "Verschlechterungs-vereinbarungen" bei aufrechtem Arbeitsverhältnis, RdW 1983, 12.
[409] *Eypeltauer*, ecolex 2011, 544 (544); *Apathy/Riedler* in *Schwimann*, ABGB IV[3] § 870 Rz 11; *Rebhahn/Kietaibl* in ZellKomm I[2] ABGB § 879 Rz 42; *Rummel* in *Rummel*, ABGB I[3] § 870 Rz 12.
[410] *Kietaibl*, Zur Sittenwidrigkeit im Arbeitsvertragsrecht, RdW 2006, 94 (96).
[411] *Eypeltauer*, RdA 1984/17, 357; *ders*, Duplik zur Besprechung des OGH 18. 10. 1983, 4 Ob 105/82, RdA 1985, 167.

Ansprüche ginge jedoch zu weit.[412] Vor dem Hintergrund der grundsätzlichen Möglichkeit des Verzichtes auf Ansprüche für das Geschäftsjahr 2010 und die offenkundige Absicht des Gesetzgebers stellt sich nun die Frage nach dem tatsächlichen Bestehen einer Bemühungspflicht, einen Verzicht hinsichtlich solcher bereits entstandener Ansprüche zu erreichen.

Da das Arbeitsverhältnis ein Dauerrechtsverhältnis mit Anknüpfung von Dauerrechtsfolgen ist, richten sich im Falle von Gesetzesänderungen die Rechtsfolgen, die an einen zeitlichen Abschnitt der Tatbestandsverwirklichung vor Inkrafttreten des neuen Gesetzes geknüpft waren, nach altem Recht.[413] § 5 ABGB[414] ordnet grundsätzlich ein Rückwirkungsverbot von Gesetzen an, sodass ein neues Gesetz nur auf Sachverhalte anzuwenden ist, die sich nach seinem Inkrafttreten verwirklicht haben.[415] Die Bestimmung ist jedoch nur als Zweifelsfallregelung zu betrachten und steht der ausdrücklichen Anordnung einer Rückwirkung in Wahrheit nicht entgegen; eine solche hat sich jedoch eindeutig aus dem Gesetz selbst zu ergeben und bezieht sich nur auf die eindeutig angesprochenen Tatbestände.[416]

Wie *Eypeltauer*[417] richtig anmerkt, ist § 103o BWG keine solche Rückwirkungsanordnung zu entnehmen und findet sich die diesbezügliche

---

[412] *Eypeltauer*, RdA 1984/17, 357; *ders*, Duplik zur Besprechung des OGH 18. 10. 1983, 4 Ob 105/82, RdA 1985, 167; *Kietaibl*, RdW 2006, 94 (96); *Krejci* in *Rummel*, ABGB I[3] § 1154 Rz 56; *Löschnigg*, Arbeitsrecht[11] Rz 3/050; *Nunner-Krautgasse*, in Zeller Handbuch Arbeitsvertrags-Klauseln Rz 77.23.
Zur Drucktheorie an sich etwa: *Drs* in ZellKomm I[2] AngG § 40 Rz 6; *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht[4] 106 ff; *Köck*, Grenzen der Zulässigkeit des Verzichts auf schon entstandene Arbeitnehmeransprüche, ZAS 1986, 73; *Mayer - Maly*, Österreichisches Arbeitsrecht 88 f; *Marhold/Friedrich*, Österreichisches Arbeitsrecht[2] 182 ff; *Szücs*, Verzicht und Vergleich im österreichischen, deutschen und schweizerischen Arbeitsrecht 36 ff und 61 ff; *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht II[7] 92 ff.

[413] OGH 4 Ob 57/10a JusGuide 2010/46/8117; 4 Ob 172/04d MietSlg 56.001; *Bydlinski* in *Rummel*, ABGB I[3] §5 Rz 1 mwN; *Posch* in *Schwimann*, ABGB I[4] § 5 Rz 4 mwN.

[414] *"Gesetze wirken nicht zurück; sie haben daher auf vorhergegangene Handlungen und auf vorher erworbene Rechte keinen Einfluß."*

[415] OGH 4 Ob 57/10a JusGuide 2010/46/8117; 4 Ob 172/04d MietSlg 56.001; OGH 6 Ob 35/02v RdW 2002/453, 466; OGH 4 Ob 235/00p JBl 2001, 315; *Bydlinski* in *Rummel*, ABGB I[3] §5 Rz 1 mwN; *Posch* in *Schwimann*, ABGB I[4] § 5 Rz 4 mwN.

[416] OGH 6 Ob 35/02, RdW 2002/453, 466.

[417] Ecolex 2011, 544 (545).

offenkundige Absicht des Gesetzgebers im Gesetzeswortlaut nicht wieder. Eine Rückwirkung der Bestimmung des § 103o BWG und damit eine Bemühungspflicht, einen Verzicht auf bis zum 31.12.2010 bereits entstandene Ansprüche zu erreichen, ist daher zu verneinen.

Eine Rückwirkung der neuen Vergütungsbestimmungen auf bereits entstandene Ansprüche für bis zum 31.12.2010 erbrachte Leistungen ist zutreffenderweise auch zur Erreichung des Zieles der Bestimmungen gar nicht erforderlich. Sinn und Zweck der Bestimmungen ist es schließlich, die Setzung falscher Anreize für den Abschluss von Geschäften zu verhindern und die Risikobereitschaft der Mitarbeiter zu minimieren. Die bereits entstandenen Ansprüche beruhen jedoch auf bereits erbrachten Leistungen, hinsichtlich derer naturgemäß keine Änderung der Anreize für die Vergangenheit mehr erreicht werden kann.[418]

2.3.5.1.2. Vergütung für ab dem 1.1.2011 erbrachte Leistungen

Die in § 103o BWG statuierte Pflicht, *"soweit rechtlich zulässig"* auf eine Anpassung bereits bestehender Vereinbarungen *"hin[zu]wirken"* erfasst jedenfalls die Vergütung für ab dem 1.1.2011 - also dem Inkrafttreten der Vergütungs-bestimmungen - erbrachte Leistungen.

Der Terminus *"rechtlich zulässig"* ist zweifellos nicht auf den Inhalt der Anpassung, sondern die Art und Weise des "Hinwirkens" bzw der Anpassung bezogen.[419] Es darf daher - was hiermit nochmals klargestellt wird - im Rahmen des "Hinwirkens" kein ungerechtfertigter Druck oder Zwang iSd § 870 ABGB angewendet werden.[420]

In erster Linie umfasst die Bemühungspflicht jedenfalls den Versuch, durch entsprechende Verhandlungen mit den betroffenen Arbeitnehmern eine

[418] So auch *Eypeltauer*, ecolex 2011, 544 (545).
[419] So auch *Eypeltauer*, ecolex 2011, 544 (545).
[420] Siehe dazu oben unter Punkt 2.3.5.1.1..

einvernehmliche Änderung in Form einer Anpassung der Vereinbarung an die neuen Vergütungsbestimmungen zu erreichen.[421]

Ob die Bemühungspflicht auch die Ausübung allenfalls in den abgeschlossenen Vereinbarungen vorgesehener einseitiger Gestaltungsrechte umfasst, ist unter Heranziehung des Gesetzestextes, der Materialien sowie des Gesetzeszweckes zu beurteilen.

Die Ausübung solcher Gestaltungsrechte findet jedenfalls im Wortlaut (*"haben darauf hinzuwirken, dass […] Vereinbarungen […] soweit rechtlich zulässig[…] angepasst werden"*) Deckung. Insb der Terminus *"**soweit** rechtlich zulässig"* spricht für eine Ausnützung sämtlicher rechtlicher Möglichkeiten und damit auch solcher einseitiger Gestaltungsrechte. Die Wortfolge *"haben darauf hinzuwirken"* spricht für eine Verpflichtung, diese Möglichkeiten auszunützen, kein bloßes "Können". Ist deren Ausübung an das billige Ermessen des Arbeitgebers gebunden, wird man *Eypeltauer*[422] folgend die gesetzliche Pflicht bzw den gesetzlichen Anpassungsbedarf als ein wichtiges Kriterium ansehen müssen.

Den Materialien ist zu entnehmen, dass *"es keine Gesetzesverletzung dar[stellt], wenn bestehende Verträge wegen absehbarer rechtlicher Erfolgslosigkeit nicht geändert werden"*.[423] Umgekehrt bedeutet dies, dass bei Nichtanpassung der Vereinbarung trotz Bestehens von "Erfolgsaussichten" jedenfalls eine Gesetzesverletzung vorliegt. Solange und soweit einseitige Gestaltungsrechte in den betroffenen Vereinbarungen vorgesehen sind, besteht damit auch eine rechtliche Möglichkeit, die Vereinbarung - je nach Umfang des Gestaltungsrechts ganz oder teilweise - an die neuen Vergütungsbestimmungen anzupassen. Das Vorliegen *"rechtlicher Erfolglosigkeit"* kann dann nicht behauptet werden. Demnach sprechen auch die Materialien dafür, dass die Ausübung allfälliger einseitiger Gestaltungsrechte von der Bemühungspflicht des § 103o BWG umfasst ist.

---

[421] So auch *Eypeltauer*, ecolex 2011, 544 (545).
[422] Ecolex 2011, 544 (546).
[423] AB 1001 BlgNR 24. GP 4.

Der Gesetzeszweck ist es, möglichst schnell einen den neuen Vergütungsbestimmungen entsprechenden Zustand zu erreichen, damit diese ihre intendierte Wirkung entfalten können. Dies spricht ebenfalls für eine Verpflichtung, sämtliche rechtlich gegebenen Möglichkeiten, folglich auch allenfalls vereinbarte einseitige Gestaltungsrechte, zur Erreichung ebendieses Zieles zu nutzen.

Sowohl dem Gesetzeswortlaut, als auch den Materialien und dem Gesetzeszweck selbst entsprechend wird im Rahmen der Bemühungspflicht von einer Verpflichtung der Kreditinstitute bzw deren zuständiger Organe zur Ausübung allfälliger in zum 31.12.2010 bereits bestehenden Vereinbarungen enthaltener Gestaltungsrechte auszugehen sein.[424]

Als weitere möglicherweise in Betracht zu ziehende Handlungsmöglichkeit bzw -verpflichtung im Rahmen der Bemühungspflicht kann auch die Änderungskündigung[425] herangezogen werden.

Wie *Eypeltauer*[426] zutreffend feststellt, handelt es sich bei einer solchen Änderungskündigung nämlich tatsächlich um eine letztlich auf eine einvernehmliche Änderung des Arbeitsvertrages abzielende, an sich legitime Maßnahme des Arbeitgebers.[427] Die Vertragsänderung in Punkten, in denen eine solche zulässig ist, ist als Zweck der so gesetzten Maßnahme nämlich ebenso rechtmäßig wie das eingesetzte Mittel - die Drohung mit der eben zur Beendigung nicht gewünschter Arbeitsverhältnisse vorgesehenen rechtmäßigen Kündigung. Auch die Verbindung von Mittel und Zweck[428] lässt grundsätzlich keine

[424] So auch *Eypeltauer*, ecolex 2011, 544 (546).
[425] Mit einem Änderungsangebot hinsichtlich bestimmter Vertragsbestandteile verbundene (idR) Arbeitgeberkündigung, deren Wirksamkeit von der Ablehnung der Vertragsänderung durch den Arbeitnehmer abhängig ist.
[426] Ecolex 2011, 544 (546).
[427] So auch *Eypeltauer*, OGH 18.10.1983, 4 Ob 105/82, RdA 1984/17; *Schrank*, RdW 1983, 12 (18); OGH 4 Ob 81/58 Arb 6912 und 4 Ob 110/78 Arb 9774; grundlegend - jedenfalls für zukünftige Vertragsänderungen - auch *Köck*, ZAS 1986, 73 (78 f).
[428] Vgl *Apathy/Riedler* in *Schwimann*, ABGB IV[4] § 870 Rz 11.

rechtswidrige Drohung erkennen.[429] Kann die Kündigung jedoch angefochten werden - etwa wegen Sozialwidrigkeit - so kann bei Hinzukommen von durch die Drohung "gegründeter Furcht" auf Seiten des Arbeitnehmers im Einzelfall das Vorliegen einer rechtswidrigen Drohung (§ 870 ABGB) zu bejahen sein.[430] Die Möglichkeit der Anfechtung wegen Sozialwidrigkeit steht jedoch einem Großteil der von den Vergütungsbestimmungen betroffenen Mitarbeiter, nämlich den Organen der Kreditinstitute und den leitenden Angestellten iSd § 36 Abs 2 Z 3 ArbVG, ohnehin nicht zur Verfügung.[431]

Auch die *FMA*[432] geht davon aus, dass Kreditinstitute bzw deren zuständige Organe im Falle von Vergütungsvereinbarungen, die in starkem Widerspruch zu den Vergütungsbestimmungen stehen, den Ausspruch einer Änderungskündigung *"zu erwägen"* haben.

Soweit eine Änderungskündigung iSd vorstehenden Ausführungen rechtmäßig und möglich ist, ist daher von einer Verpflichtung der Ausnutzung auch dieser Handlungsmöglichkeit im Rahmen der Bemühungspflicht auszugehen. Dies jedoch - der *FMA*[433] folgend - nur in jenen Fällen, in denen die vereinbarte variable Vergütung in krassem Widerspruch zu den neuen Vergütungsbestimmungen steht. Weicht die vereinbarte Vergütung aber nicht wesentlich von den Vergütungsbestimmungen ab, wird im Einzelfall eine Änderungskündigung nicht notwendig bzw verpflichtend sein. Schließlich kann vom Arbeitgeber nicht verlangt werden, bei sämtlichen auch nur irgendwie betroffenen Arbeitnehmern das Risiko der Beendigung des Arbeitsverhältnisses einzugehen und so möglicherweise eine größere Zahl seiner - hier überdies meist auch wichtigen - Arbeitnehmer zu verlieren.

Die im Rahmen der Bemühungspflicht zu setzenden Maßnahmen umfassen somit grundsätzlich die einvernehmliche Vertragsänderung, die (teilweise) Inanspruch-

[429] *Strasser*, Zur Problematik der sogenannten Änderungskündigung, RdA 1988, 1 (14 f).
[430] *Strasser*, Zur Problematik der sogenannten Änderungskündigung, RdA 1988, 1 (11 f).
[431] So auch *Eypeltauer*, ecolex 2011, 544 (546).
[432] Punkt 80 des Rundschreibens der FMA.
[433] Punkt 80 des Rundschreibens der FMA.

nahme allfälliger in bestehenden Vereinbarungen vorgesehener Gestaltungsrechte sowie - jedenfalls bei krassem Missverhältnis zu den gesetzlichen Vergütungsbestimmungen - den Ausspruch (rechtmäßiger) Änderungskündigungen. Diese Aufzählung schließt naturgemäß nicht aus, dass es im Einzelfall möglicherweise weitere Handlungsmöglichkeiten geben kann.

2.3.5.1.3. Nichtzustandekommen einer einvernehmlichen Änderung

Kann letztlich keine einvernehmliche Änderung bzw Anpassung bis zum 31.12.2010 abgeschlossener Vereinbarungen betreffend variable Vergütungen erreicht werden, so ist dies nachvollziehbar zu dokumentieren.[434] Es muss das tatsächliche Bemühen um eine Änderung aus den Aufzeichnungen erkennbar sein; es sollten daher der Gang der Verhandlungen, allfällige Angebote und Gegenangebote und wohl auch die jeweils in Betracht kommenden Handlungsmöglichkeiten oder deren Nichtbestehen sowie die Gründe für das Scheitern der Bemühungen festgehalten werden.

Die Erfüllung der in § 103o BWG statuierten Bemühungspflicht wird bei Nichtzustandekommen einer Änderung bzw Anpassung den Materialien zufolge - in Einklang mit dem Gesetzeswortlaut und -zweck - nur dann angenommen, wenn eine Änderung trotz Bemühens aufgrund rechtlicher Erfolglosigkeit nicht möglich war.[435] Dies ist nur dann der Fall, wenn sämtliche mögliche, in Betracht kommende Maßnahmen gesetzt werden. Andernfalls liegt eine Gesetzesverletzung durch die Kreditinstitute bzw deren verantwortliche Organe vor und sind die im BWG für den Fall der Verletzung der Vergütungsbestimmungen vorgesehenen Sanktionen zu setzen.[436] An der Wirksamkeit der nicht den Vergütungsbestimmungen entsprechenden Vereinbarungen selbst ändert dies jedoch nichts.

---

[434] Punkt 78 des Rundschreibens der FMA; *Waldherr/Zimmerman*, ÖBA 2012, 366 (370).
[435] Siehe dazu vorstehend unter Punkt 2.3.5.1.2..
[436] Siehe dazu oben unter Punkt 2.1.2.4. und 2.1.1..

2.3.5.2. Ab dem 1.1.2011 abgeschlossene Vereinbarungen

Ab dem 1.1.2011, also dem tatsächlichen Inkrafttreten der Vergütungsbestimmungen[437], abgeschlossene Vereinbarungen haben jedenfalls den neuen Vergütungsbestimmungen zu entsprechen.[438]

Widersprechen solche Vereinbarungen dennoch den Vergütungsbestimmungen, so sind sie jedoch aufgrund des zu Gunsten des Arbeitnehmers relativ zwingenden Charakters der Bestimmungen nicht schlichtweg unwirksam. Zu Gunsten des Arbeitnehmers abweichende Vereinbarungen sind vielmehr wirksam, zu Lasten des Arbeitnehmers abweichende Vereinbarungen sind teilnichtig.[439] Als Konsequenz des Verstoßes gegen die Vergütungsbestimmungen kommen hier jedoch die im Gesetz vorgesehenen Sanktionsmöglichkeiten zur Anwendung.[440]

[437] § 107 Abs 70 BWG.
[438] Punkt 79 des Rundschreibens der FMA.
[439] Siehe dazu oben unter Punkt 2.2.6..
[440] Siehe dazu oben unter Punkt 2.1.2.4. und 2.1.1..

2.4. Weitere Regelungen im Einzelnen

Nachdem nun der Anwendungsbereich der neuen Vergütungsbestimmungen des BWG und deren rechtliche Qualität feststehen, werden im Folgenden einige ausgewählte Vergütungsbestimmungen näher erörtert. Hierbei wird auf die jeweilige Regelung an sich eingegangen und werden mit ihrer Anwendung verbundene mögliche Probleme erörtert.

2.4.1. Mehrjähriger Betrachtungszeitraum (Z 7 lit a)

Ganz allgemein normiert Z 7 der Anlage zu § 39b BWG, dass einer erfolgsabhängigen Vergütung die Leistung sowohl des einzelnen Mitarbeiters als auch seiner Abteilung ebenso wie der Erfolg des Kreditinstitutes zugrunde zu liegen hat. Die Leistungsbewertung, im Besonderen die individuelle, hat auf der Grundlage einer Mischung aus finanziellen und nichtfinanziellen bzw qualitativen und quantitativen Kriterien[441] zu erfolgen. Diese sind auszurichten an den im Rahmen der Risikoadjustierung zu berücksichtigenden spezifischen Risiken auf den unterschiedlichen Bewertungsebenen (Mitarbeiter, Abteilung, Kreditinstitut).[442] Aufgrund dieses Zusammenhangs zwischen den Bewertungskriterien und der Risikoadjustierung wird auf diese unten im Zuge der Untersuchung der Z 10 der Anlage zu § 39b BWG näher eingegangen.[443]

Die Leistungsbewertung hat sich - um dem Ziel der Vergütungsbestimmungen gerecht zu werden - über einen mehrjährigen Zeitraum zu erstrecken. Z 7 lit a der Anlage zu § 39b BWG bestimmt in diesem Zusammenhang Folgendes:

> *"Zur Gewährleistung, dass die Beurteilung auf die längerfristige Leistung abstellt und die tatsächliche Auszahlung erfolgsabhängiger*

[441] Siehe dazu auch oben unter Punkt 1.2.1..
[442] Punkte 86 ff der CEBS-Leitlinien.
[443] Punkt 2.4.3. bzw im Konkreten Punkt 2.4.3.5..

Vergütungskomponenten über einen Zeitraum verteilt ist, der dem zugrunde liegenden Geschäftszyklus des Unternehmens Rechnung trägt, hat die Leistungsbeurteilung in einem mehrjährigen Rahmen zu erfolgen."

Welchen konkreten Umfang der "mehrjährige Rahmen" haben soll sagt das Gesetz nicht. Eine genauere Vorgabe zum "mehrjährigen" Beurteilungszeitraum ist den Beilagen zur Regierungsvorlage[444] zu entnehmen. Hier wird ein Leistungsbeurteilungszeitraum von fünf Jahren vorgeschrieben. Dies ist aufgrund des im Folgenden beschriebenen Konnexes zwischen Beurteilungszeitraum und Rückstellungszeitraum[445] und dem so beabsichtigten Ziel, die variable Vergütung über diesen Zeitraum an die Risikoentwicklung der abgeschlossenen Geschäfte anzupassen (und Bedacht auf die finanzielle Lage des Kreditinstitutes zu nehmen), auch sinnvoll. Schließlich kann eine spätere "Neubewertung" der erbrachten und bereits beurteilten Leistung naturgemäß nur solange vorgenommen werden, als der Beurteilungszeitraum andauert. Danach sind die im Rahmen der konkreten Leistungsbeurteilung zur Verfügung stehenden Anpassungsmöglichkeiten nicht mehr anwendbar.

2.4.1.1. Auszahlung über den Betrachtungszeitraum verteilt

Bereits der Gesetzestext der Z 7 lit a der Anlage zu § 39b BWG (*"Zur Gewährleistung, dass […] die tatsächliche **Auszahlung** erfolgsabhängiger Vergütungskomponenten über einen Zeitraum **verteilt** ist"*) spricht dafür, dass nicht der mehrjährige Beurteilungszeitraum abgewartet und erst an dessen Ende bzw nach dessen Ablauf eine Beurteilung vorgenommen und die sich daraus ergebende variable Vergütung ermittelt werden

[444] ErläutRV 922 BlgBR 24. GP 6; auch 194/ME 24. GP Mat 6.
[445] Siehe dazu unten unter Punkt 2.4.5..

soll.[446] Vielmehr sollen schon während des Beurteilungszeitraumes in regelmäßigen Abständen über diesen Zeitraum verteilt Teilzahlungen erfolgen und die variable Vergütung demnach sukzessive über diesen Zeitraum verteilt erworben werden. Ebenso für diese Auslegung spricht der Richtlinientext des durch die CRD III-RL[447] neu eingefügten Punkt 23 lit h des Anhangs V der CRD-RL (*"is set in a multi-year framework in order to ensure […] that the **actual payment** of performance-based components of remuneration is **spread over** a period"*). Eine ähnliche Formulierung ist auch der Empfehlung 2009/384/EG der Kommission vom 30.4.2009[448] zu entnehmen (*"should be set in a multiyear framework in order to ensure […] that the **actual payment** of bonuses is **spread over** the business cycle of the company"*).

Auch in den Beilagen zur Regierungsvorlage[449] wird diesbezüglich ausgeführt, dass durch diesen mehr- bzw fünfjährigen Beurteilungszeitraum sichergestellt werden soll, dass *"die tatsächliche Zahlung von leistungsabhängigen Vergütungsbestandteilen und damit das Entstehen des Anspruches über den Geschäftszyklus des Unternehmens gestreut ist."* Der Wille des Gesetzgebers ist demnach eindeutig auf eine sukzessive Auszahlung der variablen Vergütung bereits während des laufenden Beurteilungszeitraumes gerichtet.

Für ebendiese Auslegung spricht auch die in den CEBS-Leitlinien[450] beschriebene Vorgehensweise hinsichtlich der verschiedenen Ebenen des Beurteilungs-, Zuerkennungs- und Auszahlungsprozesses. Vor allem die darin angesprochene Verlinkung zwischen dem Beurteilungszeitraum und einem zusammengerechnet entsprechend langen Entstehungs- und Auszahlungszeitraum (inklusive

[446] Eine solche Auslegung würde konsequenterweise bedeuten, der Rückstellungszeitraum gem Z 12 der Anlage zu § 39b BWG (siehe dazu unten unter Punkt 2.4.5.) beginne erst anschließend an den Beurteilungszeitraum. Die dann in regelmäßigen Abständen vorzunehmenden Teilzahlungen könnten - wegen des schon beendeten Beurteilungszeitraumes - nicht mehr einer Risikoberichtigung im Rahmen der Erfolgsmessung gem Z 10 der Anlage zu § 39b BWG unterzogen werden. Dies würde der Intention der CRD III-RL widersprechen und wäre mit der in den CEBS-Leitlinien (Punkte 86 ff) vorgegebenen Vorgehensweise schlicht nicht vereinbar.
[447] Anhang I Z 1.
[448] 2009/384/EG, ABl L 120, 22.
[449] ErläutRV 922 BlgBR 24. GP 6; auch 194/ME 24. GP Mat 6.
[450] Punkte 86 ff der CEBS-Leitlinien.

Rückstellungszeitraum) stützt diese Auslegung.[451] Auch, dass zwischen dem Leistungsbeurteilungszeitraum und einem kürzeren Entstehungs- bzw Abgrenzungszeitraum (*"accrual period"*) unterschieden wird, indiziert dies. Die CEBS-Leitlinien[452] sehen va vor, dass eben ein Teil der Vergütung - die kurzfristige Komponente - unmittelbar nach der Gewährung, die wiederum nach Ablauf des Abgrenzungszeitraumes erfolgt, als Belohnung für während dieses Zeitraumes erbrachte Leistungen ausgezahlt wird. Der zurückzustellende Teil der Vergütung - die langfristige Komponente - ist dann während oder nach dem Rückstellungszeitraum, während dem die Nachhaltigkeit der Leistung im Abgrenzungszeitraum zu ermitteln ist, zu gewähren.

Darüber hinaus führt auch eine systematische Betrachtung der Vergütungsvorschriften zur Annahme der Auszahlung (eines Teils) der variablen Vergütung schon während des Beurteilungszeitraumes. Müsste nämlich die Beurteilung und Zahlung erst an dessen Ende bzw nach dessen Ablauf vorgenommen werden, so wäre schon hierdurch eine langfristigere - die risikoverbundenen Folgen berücksichtigende - Ausrichtung der variablen Vergütung erreicht. Es bedürfte in Wahrheit keines zusätzlichen, daran anschließenden fünfjährigen - mangels möglicher Leistungsorientierung nur mehr die finanzielle Situation des Kreditinstituts berücksichtigenden - Rückstellungszeitraumes mehr. Eine Aneinanderreihung und nicht bloß Überlappung von Beurteilungs- und (mindestens fünfjährigem) Rückstellungszeitraum würde überdies zu dem absurden, unsachgemäßen Ergebnis führen, dass die volle variable Vergütung erst nach mindestens zehn Jahren gebührt. Dies wäre wohl überschießend und nicht mehr durch die Zwecke der CRD III-RL gerechtfertigt. Überdies wären Risikoentwicklungen bis zu diesem Zeitpunkt im Rahmen der Leistungsbewertung bereits bei der dann nur einmal vorzunehmenden Endbeurteilung berücksichtigt. Eine mehrmalige "Risikoberichtigung" (in Anwendung der Z 10 der Anlage zu § 39b BWG) bei jeder Auszahlung betreffend die konkret abgeschlossenen Geschäfte des

[451] Punkt 87 der CEBS-Leitlinien.
[452] Punkt 86 Z 2 und 3.

Mitarbeiters bzw deren Folgen, wie sie in den CEBS-Leitlinien vorgesehen ist, wäre damit - aufgrund des Vorangehens und nicht Gleichlaufens von Leistungsbeurteilungs- und Rückstellungszeitraum - nicht möglich.

Eine solche Vorgehensweise wäre schließlich mit der österreichischen Praxis einer jährlichen Betrachtung[453] am besten vereinbar.

Im Ergebnis ist die Z 7 lit a der Anlage zu § 39b BWG daher so zu verstehen, dass die variable Vergütung sukzessive über den fünfjährigen Beurteilungszeitraum verteilt ausgezahlt werden soll.[454]

2.4.1.2. Ablauf

Zu Beginn wird nach Ablauf der "accrual period" (Abgrenzungszeitraum) für das jeweils zu beurteilende vorangegangene Geschäftsjahr (Bsp: 2011) die Leistung unter Bedachtnahme auf die verbundenen Risiken[455] bewertet und die dem erreichten Zielgrad entsprechende variable Vergütung ermittelt. Diese wird nur zu einem Teil gleich ausbezahlt, der andere Teil wird über mehrere Jahre zurückgestellt.[456] Innerhalb dieses mehrjährigen Zeitraumes wird in regelmäßigen Abständen - vor dem Hintergrund des in der Praxis üblichen jährlichen Beurteilungszeitraumes[457] idealerweise in Jahresabständen[458] - eine neuerliche Bewertung der bereits beurteilten Leistung des Mitarbeiters[459] im Abgrenzungszeitraum (Bsp: im Jahr 2011) vorgenommen und anhand dieser Bewertung ein Teil der zurückgestellten, im Jahr zuvor ermittelten variablen

[453] Siehe dazu oben unter Punkt 1.3.3..
[454] So auch *Kastner/Strau* in *Dellinger*, BWG Anlage zu § 39b BWG Rz 88 ff; vgl *Marhold/Osmanovic*, ASoK 2011, 130 (135 f); *Peschek/Pöschl*, ecolex 2010, 977 (979).
[455] Gemäß Z 10 der Anlage zu § 39b BWG; siehe dazu unten unter Punkt 2.4.3..
[456] Siehe dazu unten unter Punkt 2.4.5..
[457] Siehe dazu oben unter Punkt 1.3.3..
[458] So auch Punkt 120 der CEBS-Leitlinien; vom Regelfall einer jährlichen Auszahlung geht auch Punkt 63 des Rundschreibens der FMA aus.
[459] Im Sinne der Z 10 der Anlage zu § 39b BWG.

Vergütung gegebenenfalls adjustiert und in weiterer Folge ausbezahlt.[460] So laufen die Betrachtungs- und Erdienungszeiträume der für verschiedene Geschäftsjahre (2011, 2012, 2013 etc) gebührenden variablen Vergütungen parallel nebeneinander (jener für die variable Vergütung für das Geschäftsjahr 2011 über die Geschäftsjahre 2012 bis 2016, jener für das Geschäftsjahr 2012 über die Geschäftsjahre 2013 bis 2017 usw).[461]

Es wird daher nicht erst der Beurteilungszeitraum abgewartet und nach dessen Ablauf eine Auszahlung anhand des dann bemessenen Zielerreichungsgrades getätigt. Stattdessen wird - in einem sich über mehrere Jahre erstreckenden Zeitrahmen - jährlich eine (Risiko-)Bewertung vorgenommen und daran anknüpfend ein Teilbetrag der variablen Vergütung ausbezahlt.

Dieser mehrjährige Betrachtungszeitraum kann nun so verstanden werden, dass erst nach dessen Ablauf der Anspruch auf die variable Vergütung tatsächlich (zur Gänze) entsteht und die zuvor jährlich geleisteten Zahlungen lediglich als Akontozahlungen auf diesen Anspruch zu qualifizieren sind.[462]

Es wird aber auch die Ansicht[463] vertreten, dass zu Beginn ein unbedingter Anspruch auf den bereits "fälligen" Teil der variablen Vergütung und ein bedingter Anspruch auf den restlichen, zurückzustellenden Teil entstehen. Letzterer würde dann in jährlichen Tranchen nach einer allfälligen risikoorientierten Anpassung der Höhe unbedingt erworben.

Aufgrund der Verknüpfung dieser Thematik auch mit der Rückstellungspflicht und der "ex-post-Risikoadjustierung" wird darauf weiter unten[464], nach deren Erläuterung, eingegangen.

---

[460] Siehe Punkte 86 f der CEBS-Leitlinien.
[461] Eine anschauliche Darstellung dazu findet sich bei *Kastner/Strau* in *Dellinger*, BWG Anlage zu § 39b BWG Rz 88.
[462] So *Peschek/Pöschl*, ecolex 2010, 977 (979 f).
[463] *Waldherr/Zimmermann*, ÖBA 2012, 366 (375); vgl auch *Kastner/Strau* in *Dellinger*, BWG Anlage zu § 39b BWG Rz 94 ff.
[464] Unter Punkt 2.4.5.3..

2.4.2. Verhältnis des fixen zum variablen Vergütungsanteil (Z 8)

Der Vergütungsgrundsatz der Z 8 der Anlage zu § 39b BWG bestimmt Folgendes:

> *"Bei der Gesamtvergütung stehen fixe und variable Bestandteile in einem angemessenen Verhältnis, wobei der fixe Vergütungsanteil so hoch ist, dass eine flexible Politik in Bezug auf die variablen Vergütungskomponenten uneingeschränkt möglich ist und auch zur Gänze auf die Gewährung einer variablen Vergütung verzichtet werden kann."*

Der Gesetzgeber ordnet demnach ein *"**angemessenes** Verhältnis"* der variablen zur fixen Vergütung an, legt jedoch (noch)[465] keine bestimmte Obergrenze für die variable Vergütung fest. Eine konkrete Definition oder Anhaltspunkte, wann eine variable Vergütung verhältnismäßig "angemessen" ist und wann nicht mehr, ist dem Gesetz jedoch nicht zu entnehmen. Hierzu wird jedoch in den CEBS-Leitlinien[466] Stellung genommen und kann überdies der Gesetzeszweck als Auslegungshilfe herangezogen werden.

2.4.2.1. Angemessenheit

Für die Beurteilung des angemessenen Verhältnisses sind sämtliche Leistungen bzw Vergütungen entweder dem variablen oder dem fixen Vergütungsbestandteil

[465] In den neuen Vergütungsbestimmungen der CRD IV-RL und den darauf basierenden, mit 1.1.2014 in Kraft tretenden Änderungen des BWG durch BGBl I 2013/184 sind bereits prozentuelle Beschränkungen der variablen Vergütung auf 100 % bzw in Ausnahmefällen (unter Einschaltung der Gesellschafter) bis zu 200 % der fixen Gesamtvergütung vorgesehen. Siehe dazu unten unter Punkt 3.1..

[466] Abschnitt 4.1.

zuzuordnen.[467] Alle auf Basis von Leistungskriterien gewährten Vergütungsbestandteile sind der variablen Vergütung zuzuzählen.[468]

Eine flexible Vergütungspolitik abhängig von der jeweiligen Performance des Einzelnen und des Kreditinstitutes impliziert natürlich neben der Variierung der variablen Vergütung nach "oben" oder "unten" auch die Möglichkeit des gänzlichen Entfalls der variablen Vergütung aufgrund einer schlechten Performance.[469] Dementsprechend muss die fixe Vergütung - sofern ein Kollektivvertrag im Hinblick auf die Position des betreffenden Arbeitnehmers anwendbar ist - zumindest dem kollektivvertraglichen Mindestentgelt entsprechen, damit auch bei gänzlichem Entfall der variablen Vergütung das Mindestentgelt gesichert ist.[470] Auch die Grenze der Sittenwidrigkeit von Entgeltvereinbarungen ist hier zu berücksichtigen.[471]

Es ist aber nicht nur auf die rechtliche Zulässigkeit des Entfalls abzustellen, sondern auch darauf Bedacht zu nehmen, inwieweit der mögliche gänzliche Entfall der variablen Vergütung sich praktisch auf die Leistung der Mitarbeiter auswirken kann.[472] So ist die variable Vergütung an sich ein Mittel, um Leistungsanreize zu setzen und eine gewisse Verbindung der Interessen des Mitarbeiters mit jenen des Unternehmens zu erreichen. Dieser an sich positive Effekt kann jedoch bei zu hoher variabler Vergütung ins Negative umschlagen. Durch eine zu hohe variable Vergütung und einen vergleichsweise geringen fixen Vergütungsbestandteil kann etwa eine Angewiesenheit des Mitarbeiters auf die variable Vergütung bewirkt werden, sodass die langfristigen Interessen des Arbeitgebers hinter den kurzfristigen Interessen des Arbeitnehmers an der Bonuserlangung zurücktreten.[473] Damit wird eine höhere Risikobereitschaft des

[467] Punkt 80 der CEBS-Leitlinien.
[468] ErläutRV 922 BlgBR 24. GP 6; AB 1001 BlgNR 24. GP 4.
[469] Punkt 76 der CEBS-Leitlinien; ErläutRV 922 BlgBR 24. GP 7; *Waldherr/Zimmerman*, ÖBA 2012, 366 (374).
[470] Siehe dazu oben unter 1.3.2..
[471] Näheres dazu etwa *Rebhahn/Kietaibl* in ZellKomm I^2 ABGB § 879 Rz 23 ff.
[472] Punkt 78 der CEBS-Leitlinien; *Waldherr/Zimmerman*, ÖBA 2012, 366 (374).
[473] Vgl Punkte 77 f der CEBS-Leitlinien.

Arbeitnehmers bewirkt, was nach dem Zweck der neuen Vergütungsvorschriften gerade vermieden werden soll. Der variable Vergütungsbestandteil darf daher - sowohl für sich gesehen, als auch im Verhältnis zum fixen Vergütungsbestandteil - nicht so hoch sein, dass ein Anreiz zum Eingehen unverhältnismäßiger und übermäßiger Risiken geschaffen wird und er damit dem Sinn und Zweck der neuen Vergütungsregelungen entgegensteht.[474]

Nach Ansicht der *EBA*[475] soll außerdem nicht nur das Mindestentgelt auch bei Entfall der variablen Vergütung gewährleistet sein, sondern durch den fixen Vergütungsbestandteil vielmehr ein wirklich "angemessenes" Entgelt gesichert sein. Die Höhe der fixen Vergütung soll im Hinblick auf die Art der erbrachten Leistungen unter Berücksichtigung der Ausbildung, der Berufserfahrung, der Stellung im Unternehmen, der für die Position erforderlichen Fähigkeiten und des damit verbundenen Drucks sowie des jeweiligen Geschäftsbereiches und der Region angemessen sein. Die variable Vergütung soll demgegenüber daher nur mehr die konkreten arbeitsvertraglichen Leistungen berücksichtigen.[476]

Die Höhe der variablen Vergütung hat in Anwendung der Vergütungsgrundsätze auch Auswirkungen auf die erforderliche Anwendungsstrenge der übrigen (speziellen) Grundsätze. Je höher die variable im Verhältnis zur fixen Vergütung ausfällt, desto größer ist auch meist die Risikoträchtigkeit des betroffenen Mitarbeiters. Dies führt in weiterer Folge zum Erfordernis strengerer Einhaltung der übrigen (speziellen) Vergütungsgrundsätze.[477]

---

[474] Vgl auch *Kastner/Strau* in *Dellinger*, BWG Anlage zu § 39b BWG Rz 58.
[475] Punkt 76 der CEBS-Leitlinien.
[476] Art 92 Abs 2 lit g der (neuen) CRD IV-RL bestimmt nunmehr ausdrücklich, dass der fixe Vergütungsbestandteil den Kriterien der Berufserfahrung und Verantwortung des Mitarbeiters gerecht werden und die variable Vergütung die konkret erbrachte Leistung widerspiegeln soll (zur CRD IV-RL siehe unten unter Punkt 3.1.2.). Die nationale Umsetzung erfolgte in der mit BGBl I 2013/184 kundgemachten neuen Z 6a der Anlage zu § 39b BWG, die mit 1.1.2014 in Kraft tritt.
[477] Punkt 81 der CEBS-Leitlinien.

2.4.2.2. Kriterien

Die Beurteilung, wann ein angemessenes Verhältnis zwischen der - eine gewisse Mindesthöhe erreichenden - fixen und der variablen Vergütung besteht, hat anhand verschiedener instituts- und mitarbeitergruppenspezifischer Umstände zu erfolgen. Die *EBA*[478] nennt hierfür etwa folgende Kriterien:

- die Art der Leistungsbewertung und damit verbundene Risikoanpassungsmöglichkeiten,
- die Dauer der Beurteilungs- und Zurückbehaltungszeiträume *(*"deferral and retention periods"),
- die rechtliche Struktur sowie Art und Umfang der Tätigkeiten des Kreditinstitutes,
- die Geschäftsarten und dabei involvierten Risiken (langfristige oder kurzfristige Risiken),
- die Mitarbeiterkategorie (Kontrollfunktionen sollten beispielsweise ein geringeres Verhältnis der variablen zur fixen Vergütung haben) sowie
- der Level der Position in Organisation (Hierarchie) und Verantwortung.

2.4.2.3. Höchstwerte

Eine bestimmte Höchstgrenze für das Verhältnis zwischen dem variablen und dem fixen Vergütungsbestandteil sieht das BWG (noch) nicht vor. Auch der CRD III-RL und den CEBS-Leitlinien ist ein solcher relativer Höchstwert nicht zu entnehmen wie.[479]

[478] Punkt 82 der CEBS-Leitlinien.

[479] In den neuen Vergütungsbestimmungen der CRD IV-RL und den darauf basierenden, mit 1.1.2014 in Kraft tretenden Änderungen des BWG durch BGBl I 2013/184 sind bereits prozentuelle Beschränkungen der variablen Vergütung auf 100 % bzw in Ausnahmefällen (unter Einschaltung der Gesellschafter) bis zu 200 % der fixen Gesamtvergütung vorgesehen. Siehe dazu unten unter Punkt 3.1..

Der *EBA*[480] zufolge sollen die Kreditinstitute - müssen wohl aber (zumindest bisher) nicht zwingend[481] - selbstverantwortlich institutsintern bestimmte Höchstwerte des Verhältnisses der variablen zur fixen Vergütung festlegen. Dies bestimmt auch die CRD III-RL.[482] Solche Höchstwerte sollen für die verschiedenen Mitarbeiterkategorien jeweils so bestimmt werden, dass möglichst wenige Ausnahmen erforderlich sind. Hierbei sind auch die Arten der möglichen ex-ante- und ex-post-Risikoanpassungsmaßnahmen zu berücksichtigen.[483]

Es ist durchaus nachvollziehbar, dass gerade aufgrund der notwendigen Einzelfallbezogenheit - sowohl hinsichtlich des Kreditinstitutes, als auch hinsichtlich des betroffenen Mitarbeiters - der Beurteilung der Angemessenheit starre Vorgaben und Werte durch den Gesetzgeber nicht praktikabel und sinnvoll sind. Ein Beurteilungsspielraum für die Kreditinstitute, um auf die jeweiligen Umstände eingehen zu können, ist daher jedenfalls notwendig. Das gänzliche Fehlen konkreter Anhaltspunkte im Gesetz für die Vornahme der Beurteilung macht es jedoch für die Kreditinstitute bei Anwendung der Vergütungsgrundsätze schwer abschätzbar, wann das Verhältnis der Vergütungsbestandteile noch angemessen ist und wann dem Angemessenheitserfordernis nicht mehr entsprochen wird und bereits von einer Verletzung des Vergütungsgrundsatzes auszugehen ist. Es wäre daher im Interesse der Rechtssicherheit wünschenswert, zumindest relative, prozentuell festgelegte Höchstgrenzen gesetzlich zu verankern, von denen in bestimmten begründeten Einzelfällen auch abgegangen werden kann.

[480] Punkt 79 der CEBS-Leitlinien.
[481] In den Leitlinien ist hier nur von einem "Sollen" die Rede, während andere Punkte darin im Sinne eines "Müssens" formuliert sind.
[482] Lit l Abs 2 des durch Anhang I Z 1 der CRD III-RL in die CRD-RL eingefügten Punkt 23 des Abschnittes "11. Vergütungspolitik". Ebenso ab 1.1.2014 Z 8a der Anlage zu § 39b BWG.
[483] Punkt 84 der CEBS-Leitlinien.

In diesem Punkt gab es aufgrund der bereits auf europäischer Ebene wirksam gewordenen Änderungen im Rahmen der Richtlinie 2013/36/EU (CRD IV-RL) jedoch ohnehin gesetzlichen Anpassungsbedarf und wurden bereits entsprechende, die europäischen Vorgaben der CRD IV-RL umsetzende nationale Bestimmungen im BWG beschlossen.[484]

[484] In den neuen Vergütungsbestimmungen der CRD IV-RL und den darauf basierenden, mit 1.1.2014 in Kraft tretenden Änderungen des BWG durch BGBl I 2013/184 sind bereits prozentuelle Beschränkungen der variablen Vergütung auf 100 % bzw in Ausnahmefällen (unter Einschaltung der Gesellschafter) bis zu 200 % der fixen Gesamtvergütung vorgesehen. Siehe dazu unten unter Punkt 3.1..

2.4.3. Erfolgsmessung (Z 10)

Die Erfolgsmessung im Rahmen der Leistungsbewertung gem Z 7 der Anlage zu § 39b BWG hat - als Teil der Risikosteuerungs- und -beschränkungsregelungen - ebenfalls risikoorientiert und anhand bestimmter Kriterien zu erfolgen. Dies natürlich immer in der sich aus der Anwendung des Proportionalitätsprinzips[485] ergebenden notwendigen Intensität[486]. Z 10 der Anlage zu § 39b BWG regelt dazu Folgendes:

> *"Die Erfolgsmessung, anhand derer variable Vergütungskomponenten oder Pools von variablen Vergütungskomponenten berechnet werden, schließt eine Berichtigung für alle Arten von laufenden und künftigen Risiken ein und trägt den Kosten der geforderten Eigenmittel- und Liquiditätsausstattung Rechnung. Die Verteilung der variablen Vergütungskomponenten innerhalb eines Kreditinstitutes berücksichtigt zudem alle Arten laufender und potentieller Risiken."*

Die Berücksichtigung von Risiken hat somit sowohl auf Ebene der Erfolgsmessung und der Festlegung von Bonuspools, als auch der Verteilung bzw Zuweisung der variablen Vergütung aus den Bonuspools zu erfolgen. Auch hier sind die Vorgaben wieder nur allgemein und eher offen gehalten und fehlt es an konkreten Vorgaben.

Näheres zu Kriterien und Vorgehensweise im Zuge der Erfolgsmessung kann jedoch dem Abschnitt 4.2. (*"Risk alignment of variable remuneration"*) der CEBS-Leitlinien entnommen werden.

[485] Siehe dazu oben unter Punkt 2.3.3..
[486] Punkt 94 der CEBS-Leitlinien.

2.4.3.1. Zeitlicher Aspekt

Diese beabsichtigte Risikobeschränkung hat neben einem qualitativen Faktor auch - wie bereits beschrieben[487] - eine zeitliche Komponente. So hat gem Z 7 lit a der Anlage zu § 39b BWG die Leistungsbeurteilung in einem mehrjährigen Rahmen zu erfolgen, um auch hier auf die längerfristige Leistung bzw deren langfristige Auswirkungen abstellen und den Geschäftszyklus der Kreditinstitute berücksichtigen zu können.

Eine besondere, die laufenden und künftigen Risiken berücksichtigende Erfolgsmessung gem Z 10 der Anlage zu § 39b BWG kann nur während des noch laufenden Leistungsbeurteilungszeitraumes erfolgen. Dies deshalb, weil es sich hierbei schlicht um eine besondere Ausgestaltung der Leistungsbeurteilung handelt.[488] Keinesfalls kann die Erfolgsmessung hingegen als eigenständige Beurteilungs- bzw Bemessungsform betreffend die variable Vergütung, losgelöst vom Beurteilungszeitraum gem Z 7 lit a der Anlage zu § 39b BWG, betrachtet werden.

2.4.3.2. Ebene der Erfolgsmessung

Die Erfolgsmessung erfordert zunächst ganz allgemein die Definition von Zielen für das Kreditinstitut, die Abteilung und die Mitarbeiter unter Berücksichtigung des Geschäftsmodells und der Risikobereitschaft des Kreditinstitutes. Ausgehend hiervon lassen sich in weiterer Folge die Ziele des einzelnen Mitarbeiters ableiten.[489] Die individuellen Ziele sind va an der Position und Tätigkeit des

[487] Siehe dazu oben unter Punkt 2.4.1..
[488] In Z 10 der Anlage zu § 39b BWG wird sogar ausdrücklich Bezug genommen auf die Berechnung der variablen Vergütung (*"Die **Erfolgsmessung**, anhand derer **variable Vergütungskomponenten** oder Pools von variablen Vergütungskomponenten **berechnet werden**"*).
[489] Punkt 86 Z 1 der CEBS-Leitlinien.

Mitarbeiters zu orientieren und müssen für diesen tatsächlich erreichbar sein, ohne unverhältnismäßige - eben zu vermeidende - Risiken eingehen zu müssen.[490]

Im Rahmen der Bewertung hat neben der unmittelbaren Leistungskomponente auch eine Risikoanpassung bzw -ausrichtung einzufließen - ebendies ist der Kern der Z 10 der Anlage zu § 39b BWG. Dies kann nach Ansicht der *EBA*[491] entweder bereits durch Definition risikogewichteter bzw -orientierter Leistungskriterien - also Implementierung der Risikogewichtung in die Kriterien - oder durch Anpassung der anhand "risikounbelasteter" Kriterien erfolgten Leistungsbewertung entsprechend der verbundenen laufenden und zukünftigen Risiken nachträglich erfolgen - nach der Bewertung der unmittelbaren Leistung, aber noch vor der Zuerkennung. Auch die Berechnung bzw Festlegung von Bonuspools, aus denen in weiterer Folge die den einzelnen Mitarbeitern gebührenden variablen Vergütungen abgeleitet werden, hat eine solche Risikoanpassung zu beinhalten.

2.4.3.3. Ebene der Verteilung

Laufende und auch potenzielle Risiken sind bereits im Rahmen der Definition der für die Leistungsbewertung heranzuziehenden Größen und der Erfolgsmessung an sich zu berücksichtigen.[492]

Nach Ablauf des ersten Abschnittes des Beurteilungszeitraumes, für den die variable Vergütung gebührt[493], - der "accrual period" bzw des Abgrenzungs-zeitraumes -, ist basierend auf der Leistungsbewertung die zu vergebende variable Vergütung zu ermitteln; dies bei Verwendung von Bonuspools durch Verteilung des gebührenden Anteils aus diesem Pool. Auch in diesem Stadium der

[490] Punkt 90 der CEBS-Leitlinien.
[491] Punkt 86 Z 1 der CEBS-Leitlinien.
[492] Punkt 86 Z 1 der CEBS-Leitlinien.
[493] Bei der für die im Kalenderjahr 2012 erbrachte Leistung gebührenden variablen Vergütung ist dies etwa das Kalenderjahr 2012.

Vergütungsgewährung - der Verteilung der Vergütung - ist erneut das jeweils eingegangene Risiko sowie dessen aktuelle und künftige Entwicklung unter Berücksichtigung der Ebene des Kreditinstitutes, der Abteilung und des Einzelnen zu betrachten. Dabei hat insb hinsichtlich jener Risikoaspekte und möglicher Risikoentwicklungen in der Zukunft, die nicht geeignet sind auf Ebene der unmittelbaren Leistungsbewertung selbst miteinbezogen zu werden[494], gegebenenfalls eine gesamthafte Risikoanpassung bzw -ausrichtung zu erfolgen ("ex-ante Risikoadjustierung").[495] Hierdurch soll sichergestellt werden, dass auch wirklich das aktuelle und auch potenzielle Risiko der konkreten Leistungen - soweit abschätzbar - auf sämtlichen Ebenen entsprechend seiner Gewichtung und Dauer Berücksichtigung findet.

Eine solche Risikoanpassung hat natürlich Auswirkungen auf die Höhe der an die Leistung anknüpfenden Vergütung. Dementsprechend werden hier - wie auch schon bei den unmittelbaren Leistungskriterien selbst - im Vorhinein ein transparentes Bewertungssystem und Kriterien für die Vornahme derartiger Risikoanpassungen festzulegen sein, um nicht dem Vorwurf der sittenwidrigen willkürlichen Leistungsbewertung ausgeliefert zu sein und sich im rechtlich zulässigen Rahmen von Zielvereinbarungen zu bewegen.[496]

2.4.3.4. Ebene der Auszahlung

Ein Teil der zugewiesenen variablen Vergütung wird bereits unmittelbar nach der Gewährung ausgezahlt. Der andere Teil, mindestens 40 % bzw 60 %, wird über einen Zeitraum von (mindestens) fünf Jahren zurückgestellt und nur proportional verteilt sukzessive - sinnvollerweise jährlich - ausbezahlt.[497]

---

[494] Etwa weil sie sich erst in Zusammenschau mit den von anderen Mitarbeitern eingehbaren Risiken ergeben.
[495] Punkt 86 Z 2 und Abschnitt 4.3. der CEBS-Leitlinien.
[496] Siehe dazu oben unter Punkt 1.3.4. und unten unter Punkt 2.4.3.5.; vgl Punkt 92 der CEBS-Leitlinien.
[497] Siehe dazu unten unter Punkt 2.4.5..

Jedem dieser weiteren (Teil-)Auszahlungsprozesse hat gem Z 12 lit a der Anlage zu § 39b BWG erneut eine Risikoanpassung ("ex-post-Risikoadjustierung") der ursprünglichen Leistung voranzugehen. Diese orientiert sich an der jeweils aktuellen Finanzlage des Kreditinstituts sowie an der - der variablen Vergütung zugrunde liegenden - Leistung auf den verschiedenen Ebenen (Mitarbeiter, Abteilung, Kreditinstitut).[498]

2.4.3.5. Aspekte und Maßnahmen der Risikoadjustierung

Vom zeitlichen Aspekt betrachtet hat die Risikoadjustierung sowohl gegenwärtige als auch künftige Risiken (der konkreten Leistungen) zu berücksichtigen. Dies unter Bedachtnahme auf die Geschäftsabläufe und das Geschäftsmodell des Kreditinstitutes.[499]

Der Umfang der zu berücksichtigenden Risiken (der konkreten Leistungen) erstreckt sich nicht nur auf jene auf Ebene des einzelnen Mitarbeiters, sondern auch auf jene auf Ebene der jeweiligen Abteilung sowie des Kreditinstitutes als Ganzes. Aus diesem Grunde soll sich auch die Erfolgsmessung an der Leistung bzw Performance auf allen Ebenen - nicht nur der individuellen - unter Berücksichtigung der jeweiligen Funktion und Stellung des Mitarbeiters im Kreditinstitut orientieren.[500]

Verfahrenstechnisch ist für die Berücksichtigung der Risiken eine, auf die Aufgaben und Verantwortung des betroffenen Mitarbeiters Bedacht nehmende, ausgewogene Verbindung an quantitativen und qualitativen Kriterien heranzuziehen. Zwar sind quantitative Kriterien - gerade auf Ebene der Abteilung

[498] Siehe dazu unten unter Punkt 2.4.5.2..
[499] Zu beachten ist auch Z 7 lit a der Anlage zu § 39b BWG; Punkt 87 der CEBS-Leitlinien; *Waldherr/Zimmerman*, ÖBA 2012, 366 (374).
[500] Punkte 89 f der CEBS-Leitlinien; Punkt 72 des Rundschreibens der FMA; *Waldherr/Zimmerman*, ÖBA 2012, 366 (374).

und des Kreditinstitutes - naturgemäß transparenter und deren Erfüllung im Vorhinein leichter abschätzbar[501], doch sollen diese nach Ansicht der *EBA*[502] alleine nicht geeignet sein, um auf sämtliche Risiken Bedacht zu nehmen. Dies schon aufgrund ihrer eher buchhalterischen, zifferngebundenen Orientierung. Für die Berücksichtigung konkreter Risiken ist zusätzlich die Heranziehung auch qualitativer Kriterien erforderlich.

Als Beispiele für quantitative Kriterien nennt die *EBA*[503] unter anderem etwa

- den RAROC - risk-adjusted return on capital,[504]
- den RORAC - return on risk-adjusted capital,[505]
- das betriebswirtschaftliche Ergebnis,
- den betriebswirtschaftlichen Nettogewinn oder
- rein buchhalterische Größen.

Als mögliche, zusätzliche qualitative Kriterien listet die *EBA*[506] beispielsweise

- das Erreichen strategischer Ziele,
- die Kundenzufriedenheit,
- die Einhaltung der Risikopolitik,
- die Einhaltung interner und externer Regeln,
- die Zusammenarbeit im Team sowie
- die Kreativität und Motivation.

---

[501] Punkte 91 und 95 der CEBS-Leitlinien; *Waldherr/Zimmerman*, ÖBA 2012, 366 (374).
[502] Punkte 91 und 96 f der CEBS-Leitlinien.
[503] Punkt 96 der CEBS-Leitlinien.
[504] Risikoadjustierte Eigenkapitalrendite: eine Weiterentwicklung des Return on equity (ROE), die sich mittels einer Formel unter Berücksichtigung von Erträgen abzüglich Standardrisikokosten und Verwaltungskosten sowie des ökonomischen Kapitals ergibt; http://www.wirtschaftslexikon.co/d/raroc/raroc.htm (30.10.2013).
[505] Eine Variante des RAROC, bei dem das Nettoergebnis risikoadjustiert wird; http://www.wirtschaftslexikon.co/d/raroc/raroc.htm (30.10.2013); Siehe dazu auch *Gabler Verlag*, Gabler Wirtschaftslexikon, Stichwort: Return on Risk Adjusted Capital (RORAC), abrufbar im Internet unter http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Definition/return-on-risk-adjusted-capital-rorac.html (30.10.2013).
[506] Punkt 97 der CEBS-Leitlinien.

Soweit die Kriterien nicht schlicht anhand von Zahlen messbar sind, hat im Rahmen der Beurteilung eine Wertung seitens des Kreditinstitutes bzw der zuständigen Organe zu erfolgen. Dies ist gerade bei qualitativen Kriterien vermehrt der Fall. Aufgrund der mit diesen verbundenen geringeren Transparenz und konkreten Abschätzbarkeit für die Mitarbeiter sollten bestimmte Vorgehensvoraussetzungen eingehalten werden. Dies um ungerechtfertigte und nicht nachvollziehbare Fehlentscheidungen zu vermeiden und insb - wie schon erwähnt - nicht dem Vorwurf der Willkürlichkeit und Sittenwidrigkeit ausgesetzt zu sein.[507]

Die *EBA*[508] nennt hier etwa folgende Maßnahmen:

- ein verständliches Regelwerk, in dem die der Bewertung zugrunde liegenden Parameter und die ausschlaggebenden Überlegungen festgehalten werden,
- eine klare und vollständige Dokumentation der Bewertung von Leistung und Risiko,
- die Beiziehung von Experten in Zusammenhang mit Kontrollfunktionen,
- die notwendige Einholung der Genehmigung von Mitarbeitern bzw Organen auf angemessener Unternehmensebene (wie etwa der Geschäftsführung oder des Aufsichtsrates) und
- die Berücksichtigung auch der persönlichen Anreize des die Bewertung vornehmenden Mitarbeiters im Zuge des Genehmigungsverfahrens.

Es sind sowohl absolute, nur auf das Kreditinstitut, die Abteilung oder den Mitarbeiter selbst bezogene Kriterien, als auch relative, auf einem Vergleich basierende Maßstäbe anzuwenden.[509]

[507] Punkt 92 der CEBS-Leitlinien; siehe dazu auch oben unter den Punkten 1.3.4 und 2.4.3.3..
[508] Punkt 92 der CEBS-Leitlinien.
[509] Punkte 98 ff der CEBS-Leitlinien.

Auch ein angemessenes Verhältnis zwischen internen (zB Erträgen) und externen Werten (zB Aktienkurs bzw Anteilswert) ist im Rahmen der Erfolgsmessung zu beachten.[510]

Auf Ebene der "ex-post Risikoadjustierung"[511] kann überdies zwischen impliziten und expliziten Maßnahmen unterschieden werden. Implizit erfolgt die Risikoanpassung bei jenem Teil der Vergütung, der in Finanzinstrumenten ausbezahlt wird[512] und so - solange die Instrumente aufgrund der Sperrfrist nicht veräußert werden dürfen - an den Unternehmenserfolg gekoppelt ist.[513] Bei dieser sind damit keine aktiven (Anpassungs-)Handlungen mehr erforderlich. Die explizite Risikoanpassung erfolgt hingegen in Form erneuter Betrachtung der abgeschlossenen Geschäfte sowie der Finanzlage des Kreditinstitutes.[514]

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang allerdings auch die Grenze der (aktiven) Einflussnahme des Arbeitgebers bzw des Kreditinstitutes auf das Erreichen der festgelegten Kriterien zum Nachteil des jeweiligen Arbeitnehmers. Werden nämlich aus diesem Grund die Ziele für die Erlangung der variablen Vergütung nicht erreicht, hat der betroffene Mitarbeiter aufgrund der dann zur Anwendung gelangenden Erfüllungsfiktion dennoch einen Anspruch auf die variable Vergütung.[515] Da das Kreditinstitut in einem solchen Fall idR bewusst Handlungen gesetzt hat, die zu einer Auszahlung der variablen Vergütung trotz objektiven Nichterreichens der Ziele führen, wird hier ein Verstoß des Kreditinstitutes gegen die BWG-Vergütungsbestimmungen vorliegen. Dieser hat die für Verstöße vorgesehenen Maßnahmen nach sich zu ziehen.

[510] Punkte 98 ff der CEBS-Leitlinien.
[511] Siehe dazu unten unter Punkt 2.4.5.2..
[512] Siehe dazu unten unter Punkt 2.4.4..
[513] Punkte 140 f der CEBS-Leitlinien.
[514] Punkte 134 ff der CEBS Leitlinien; siehe dazu unten unter Punkt 2.4.5.2..
[515] Siehe dazu oben unter Punkt 1.3.4..

2.4.4. Mindestanteil unbarer Finanzinstrumente (Z 11)

Die variable Vergütung von in den Anwendungsbereich der speziellen Vergütungsgrundsätze fallenden Mitarbeitern hat zu einem Teil aus unbaren Finanzinstrumenten zu bestehen. Dies jedoch dann nicht, wenn es im Zuge der Anwendung des Proportionalitätsprinzips zur Neutralisierung dieses Vergütungsgrundsatzes kommt.[516] Diesbezüglich bestimmt Z 11 der Anlage zu § 39b BWG[517] Folgendes:

> *"Ein erheblicher Anteil, der mindestens 50 vH der variablen Vergütungskomponenten beträgt, besteht aus einem angemessenen Verhältnis aus:*
>
> *a) Aktien, gleichwertigen Beteiligungen in Abhängigkeit von der Rechtsform des betroffenen Kreditinstitutes, mit Anteilen verknüpften Instrumenten oder gleichwertigen unbaren Zahlungsinstrumenten bei nicht börsennotierten Kreditinstituten, sofern die genannten Instrumente ausgegeben wurden und diese verbrieft und handelbar sind.*
>
> *b) Wandlungsfähigem hybridem Kapital gemäß § 23 Abs. 4a Z 6, das geeignet ist, die Bonität eines Kreditinstitutes hinreichend widerzuspiegeln, soweit dies angemessen ist.*
>
> *Die genannten Instrumente unterliegen einer geeigneten Zurückstellungspolitik, die darauf abstellt, die Anreize an den längerfristigen Interessen des betreffenden Kreditinstitutes auszurichten. Die FMA kann Beschränkungen hinsichtlich der Art und Gestaltung dieser Instrumente auferlegen oder, sofern dies angemessen ist, bestimmte Instrumente verbieten. Die oben genannten Grundsätze sind*

[516] Siehe dazu oben unter Punkt 2.3.3..

[517] Die zur Anpassung an die neuen Kapitalvorschriften der CRR (siehe zur CRR und der CRD IV-RL unten unter Punkt 3.1.) notwendige Änderung der Z 11 lit b der Anlage zu § 39b BWG tritt gem § 107 Abs 80 Z 1 BWG mit 1.1.2014 in Kraft. Die den aktuellen § 23 BWG ersetzenden neuen Kapital(erhaltungs)vorschriften der CRR treten gem § 107 Abs 80 Z 5 BWG mit 1.1.2016 in Kraft.

sowohl auf den Anteil der gemäß Z 12 zurückgestellten variablen Vergütung als auch auf den Anteil der nicht zurückgestellten variablen Vergütung anzuwenden."

Durch Gewährung eines großen Teils der variablen Vergütung in unbaren Finanzinstrumenten sollen die betroffenen Mitarbeiter in eine eigentümerähnliche Situation versetzt und deren Interessen an jene des Kreditinstitutes an langfristigem Erfolg gekoppelt werden. Durch diese Mitarbeiterbeteiligung wird den Mitarbeitern ein Ansporn gesetzt, sich bei ihrer Arbeit auch den langfristigen Unternehmenserfolg bzw die Erhöhung des Wertes des Kreditinstitutes nach außen zum Ziel zu setzen.[518]

Diese Vergütungsbestimmung ist sowohl auf den sofort auszahlbaren Teil, als auch auf den zurückgestellten Teil bzw die zurückgestellten Teile[519] der variablen Vergütung anzuwenden. Es sind daher mindestens 50 % der sofort ausbezahlten variablen Vergütung ebenso wie mindestens 50 % jeder Tranche der zurückgestellten variablen Vergütung in unbaren Finanzinstrumenten auszuzahlen. Der gewählte Prozentsatz muss bei jedem Teil der variablen Vergütung gleich sein. Wenn etwa ein Prozentsatz von 60 % der variablen Vergütung in unbaren Finanzinstrumenten gewährt werden soll, so haben 60 % des sofort ausbezahlten Vergütungsteils und im weiteren Verlauf jeweils 60 % der zurückgestellten und in bestimmten Zeitabständen auszuzahlenden Teile in solchen Instrumenten zu bestehen.[520]

[518] Punkt 123 der CEBS-Leitlinien; *Waldherr/Zimmerman*, ÖBA 2012, 366 (375); *Jabornegg* in *Achatz/Jabornegg/Resch*, Mitarbeiterbeteiligung - Aktienoptionen 2 f; *Resch* in *Achatz/Jabornegg/Resch*, Mitarbeiterbeteiligung 69.
[519] Siehe dazu unten unter Punkt 2.4.5..
[520] Punkt 133 der CEBS-Leitlinien; Anhang 3 der CEBS-Leitlinien enthält ein Diagramm zur Veranschaulichung der richtigen Anwendung.

2.4.4.1. Instrumente

Ein erheblicher Teil der variablen Vergütung - mindestens 50 % - hat in unbaren Finanzinstrumenten gem Z 11 lit a (Aktien und gleichwertige Instrumente) und Z 11 lit b (wandlungsfähiges hybrides Kapital gem § 23 Abs 4a Z 6)[521] der Anlage zu § 39b BWG zu bestehen. Der *EBA*[522] zufolge sind beide Arten von Instrumenten zu kombinieren, soweit dies möglich und zweckmäßig ist. Dafür spricht auch die vom österreichischen Gesetzgeber gewählte Formulierung (*"besteht aus einem **angemessenen Verhältnis** aus"*).

Dem Gesetzeswortlaut zufolge steht die Verpflichtung zur Ausgabe von Instrumenten gem Z 11 lit a der Anlage zu § 39b BWG unter dem Vorbehalt, dass solche ausgegeben wurden sowie verbrieft und handelbar sind. Kreditinstitute müssen somit zur Einhaltung dieser Bestimmung nicht eigens derartige Instrumente ausgeben.[523] Zwar enthält Z 11 lit b der Anlage zu § 39b BWG keine solche (ausdrückliche) Einschränkung, allerdings sind die darin genannten Instrumente nur zu gewähren *"soweit dies angemessen ist"*. Dieser Vorbehalt ist daher auf die Z 11 der Anlage zu § 39b BWG als Ganzes und damit auch auf Instrumente iSd Z 11 lit b der Anlage zu § 39b BWG anzuwenden. Kreditinstitute, die keine Finanzinstrumente iSd Z 11 der Anlage zu § 39b BWG ausgegeben oder keine verbrieften und/oder handelbaren Instrumente zur Verfügung haben, sind nicht verpflichtet solche eigens zur Erfüllung der Vergütungsvorschriften auszugeben.[524] Allerdings sind in diesem Fall andere geeignete Instrumente oder

[521] Die zur Anpassung an die neuen Kapitalvorschriften der CRR (siehe zur CRR und der CRD IV-RL unten unter Punkt 3.1.) notwendige Änderung der Z 11 lit b der Anlage zu § 39b BWG tritt gem § 107 Abs 80 Z 1 BWG mit 1.1.2014 in Kraft. Die den aktuellen § 23 BWG ersetzenden neuen Kapital(erhaltungs)vorschriften der CRR treten gem § 107 Abs 80 Z 5 BWG mit 1.1.2016 in Kraft.

[522] Punkt 122 der CEBS-Leitlinien.

[523] Im Ministerialentwurf war noch die Formulierung *"vorbehaltlich der rechtlichen Struktur des Kreditinstitutes"* vorgesehen. Aufgrund daran mehrfach geübter Kritik - und wohl auch der zu großen Unbestimmtheit dieser Formulierung - wurde jedoch der aktuell enthaltene Vorbehalt eingefügt. Dazu etwa: Stellungnahme des Fachverbands der Raiffeisenbanken - 9/SN-194/ME 24. GP 4; Stellungnahme des Österreichischen Raiffeisenverbandes - 10/SN-194/ME 24. GP 5; *Marhold/Osmanovic*, ASoK 2011, 130 (134 f).

[524] So auch *Kastner/Strau* in *Dellinger*, BWG Anlage zu § 39b BWG Rz 78.

Methoden zur Koppelung der variablen Vergütung an den langfristigen Erfolg des Kreditinstitutes heranzuziehen.[525]

Als Finanzinstrumente gem Z 11 lit a der Anlage zu § 39b BWG kommen verbriefte und handelbare Eigenmittelinstrumente iSd §§ 23 Abs 1 Z 1 (eingezahltes Kapital), Z 5 (Ergänzungskapital), Z 6 (nachrangiges Kapital) und Z 9 (kurzfristiges nachrangiges Kapital) BWG[526] in Frage.[527] Ob solche Finanzinstrumente ausgegeben werden können, hängt von der Rechtsform des jeweiligen Kreditinstitutes ab. So ist zu unterscheiden, ob es sich etwa um eine Aktiengesellschaft, eine Genossenschaft oder eine Sparkasse handelt.

Jedenfalls zu beachten ist, dass vor dem tatsächlichen Erwerb des jeweiligen Teiles der als variable Vergütung ausgegebenen Finanzinstrumente weder Zinsen noch Dividenden auf diese Finanzinstrumente gezahlt werden dürfen.[528]

2.4.4.1.1. Aktien

Die typischen Instrumente der Z 11 lit a der Anlage zu § 39b BWG sind Aktien börsenotierter Kreditinstitute.[529] Grundsätzlich kommen auch Aktien nicht börsenotierter Kreditinstitute in Betracht; bei diesen kann jedoch die Ermittlung des Aktienkurses mangels Marktpreis schwieiger sein und die Heranziehung

[525] AB 1001 BlgNR 24. GP 4; Punkte 123 ff der CEBS-Leitlinien; Punkt 55 des Rundschreibens; *Kastner/Strau* in *Dellinger*, BWG Anlage zu § 39b BWG Rz 68; *Waldherr/Zimmerman*, ÖBA 2012, 366 (375).

[526] Die Änderung der Kapitalvorschriften und Ersetzung des aktuellen § 23 BWG durch gänzlich neue Bestimmungen ab 1.1.2016 (gemäß § 107 Abs 80 Z 5 BWG) wird aufgrund der Änderung der Qualifizierung des Kapital entsprechende Konsequenzen auch für dessen Eignung iSd Z 12 lit a der Anlage zu § 39b BWG haben.

[527] AB 1001 BlgNR 24. GP 4; *Kastner/Strau* in *Dellinger*, BWG Anlage zu § 39b BWG Rz 69.

[528] Punkt 125 der CEBS-Leitlinien; dies ist Ausfluss des Umgehungsverbotes gem Z 12 lit d der Anlage zu § 39b BWG (siehe dazu unten unter Punkt 2.4.6.).

[529] Punkte 124 f der CEBS-Leitlinien; *Kastner/Strau* in *Dellinger*, BWG Anlage zu § 39b BWG Rz 70.

alternativer an den Unternehmenswert geknüpfter Instrumente gerechtfertigt bzw sinnvoll sein.[530]

Nicht in Frage kommen allerdings mangels Handelbarkeit vinkulierte Aktien nicht börsenotierter Aktiengesellschaften.[531]

2.4.4.1.2. GmbH-Geschäftsanteile

Geschäftsanteile einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung können nur durch Notariatsakt[532] oder Gesamtrechtnachfolge erworben und nicht in einem handelbaren Wertpapier verbrieft[533] werden.[534] Aufgrund des Fehlens des Erfordernisses der Verbriefung (und idR auch der Handelbarkeit) kommen solche Geschäftsanteile daher nicht als Finanzinstrumente gem Z 11 lit a der Anlage zu § 39b BWG in Betracht.

Überdies erscheint diese Beteiligungsform angesichts der (vorgesehenen) doch starken Position eines GmbH-Gesellschafters für die Zwecke der Beteiligung einer größeren Arbeitnehmergruppe schon grundsätzlich eher ungeeignet. Auch die Haftungsbestimmungen der §§ 70 Abs 1 und 2 (Deckungshaftung) sowie 83 Abs 1 und 2 GmbHG (Haftung für verdeckte Gewinnausschüttungen) sprechen gegen eine Eignung als Finanzinstrument iSd BWG-Vergütungsvorschriften.[535]

---

[530] Punkt 125 der CEBS-Leitlinien.
[531] *Kastner/Strau* in *Dellinger*, BWG Anlage zu § 39b BWG Rz 71.
[532] § 76 Abs 2 GmbHG.
[533] § 75 Abs 3 GmbHG.
[534] *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH Gesetz - Kommentar[3] § 75 Rz 13; *Rauter* in *Straube*, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz § 75 Rz 45 ff.
[535] Vgl *Kalss* in *Kronberger/Leitsmüller/Rauner*, Mitarbeiterbeteiligung in Österreich 120 f.

2.4.4.1.3. Genossenschaftsanteile

Geschäftsanteile an einer Genossenschaft sind zwar "ausgegeben" und können - dies ist allerdings in der Lehre strittig[536] - grundsätzlich auch verbrieft werden, doch fehlt es ihnen schon aufgrund ihrer Vinkulierung[537] an der gem Z 11 lit a der Anlage zu § 39b BWG erforderlichen Handelbarkeit.[538]

Wie *Kastner/Strau*[539] richtig anmerken, eignen sich Genossenschaftsanteile aber mangels (voller) Beteiligung am Unternehmenserfolg ohnehin nicht zur Erreichung des angestrebten Zieles der verstärkten Verknüpfung der Interessen von Arbeitnehmern und Kreditinstitut.

2.4.4.1.4. Partizipationskapital

Bei einer Beteiligung in Form von Partizipationskapital[540] handelt es sich um ein Eigenmittelinstrument gem § 23 Abs 1 Z 1 BWG, das eine Mittelstellung zwischen Aktie und Schuldverschreibung einnimmt. Da die Erträge gewinnabhängig sind[541] und mit der Beteiligung auch eine volle Beteiligung am Verlust verbunden ist[542], kommt eine Beteiligung in dieser Form an sich als - an den Unternehmenserfolg gekoppeltes - Finanzinstrument in Frage. Auch eine Verbriefung in Form von als Inhaberpapiere[543] zu qualifizierenden Partizipationsscheinen ist vorgesehen.[544] Folglich eignen sich Partizipationsscheine grundsätzlich als Finanzinstrumente iSd Z 11 lit a der Anlage zu § 39b BWG.

---

[536] Dagegen: *Kastner/Strau* in *Dellinger*, BWG Anlage zu § 39b BWG Rz 72; *Dellinger*, Genossenschaftsgesetz samt Nebengesetzen - Kommentar § 83 Rz 5.
Dafür: *Keinert*, Genossenschaftsgesetz Rz 652.
[537] § 83 Abs 1 GenG.
[538] AB 1001 BlgNR 24. GP 4; *Kastner/Strau* in *Dellinger*, BWG Anlage zu § 39b BWG Rz 72.
[539] In *Dellinger*, BWG Anlage zu § 39b BWG Rz 73.
[540] § 23 Abs 4 BWG.
[541] § 23 Abs 4 Z 3 BWG.
[542] § 23 Abs 4 Z 4 BWG.
[543] Bei solchen erfolgt die Übertragung des verbrieften Rechtes grundsätzlich durch schlichte Übereignung des Papiers (*Krejci*, Unternehmensrecht[4] 478, 484).
[544] *Krejci*, Unternehmensrecht[4] 589.

Betont wird in den Materialien[545], dass etwa Sparkassen und Genossenschaften nicht eigens zur Erfüllung der Vergütungsvorschriften Partizipationskapital ausgeben müssen, wenn ein solches noch nicht begeben ist.[546]

Sind Partizipationsscheine vinkuliert oder mit einem Vorkaufsrecht versehen, fehlt es an der notwendigen Handelbarkeit und kommen sie im Rahmen der Bonusgewährung nicht in Betracht.[547] Ist bereits Partizipationskapital in solcher (beschränkter) Form ausgegeben, besteht *Kaster/Strau*[548] zufolge auch keine Verpflichtung neue, geeignete - also handelbare - Tranchen an Partizipationskapital auszugeben oder die Bedingungen des bereits begebenen Partizipationskapitals anzupassen bzw zu ändern.

2.4.4.1.5. Ergänzungskapital

Ergänzungskapital[549] ist als nachrangiges Kapital mit Koppelung an den Nettoverlust und gewinnabhängigen Zinsen zwar stark risikogebunden.[550] Aufgrund seiner begrenzten Laufzeit[551] - vorgesehen ist eine Mindestlaufzeit von acht Jahren[552] - ist es jedoch an sich nicht geeignet, den Zweck der Z 11 der Anlage zu § 39b BWG (eigentümerähnliche Stellung) zu erfüllen.

Überdies wird diese vergleichsweise "schwache" Form von Eigenmitteln aufgrund der durch BASEL III bedingten Stärkung "stärkerer" bzw qualitativ höherwertiger

---

[545] AB 1001 BlgNR 24. GP 4.
[546] Vgl zum diesbezüglichen Anwendungsvorbehalt auch Z 11 lit a der Anlage zu § 39b BWG (*"sofern die genannten Instrumente ausgegeben wurden")* sowie oben unter Punkt 2.4.4.1..
[547] *Kastner/Strau* in *Dellinger*, BWG Anlage zu § 39b BWG Rz 74.
[548] In *Dellinger*, BWG Anlage zu § 39b BWG Rz 74.
[549] Beschrieben in § 23 Abs 7 BWG.
[550] *Dellinger/Burger/Puhm* in *Dellinger*, BWG § 23 Rz 60.
[551] Zum Vergleich: Partizipationskapital ist auf Unternehmensdauer ausgegeben (§ 23 Abs 4 Z 1 BWG).
[552] § 23 Abs 7 Z 1 BWG.

Eigenmittelbestandteile minimiert und damit an Bedeutung verlieren.[553] Man wird daher - *Kastner/Strau*[554] folgend - vom Fehlen einer Verpflichtung zum Einsatz von Ergänzungskapital als Teil der variablen Vergütung ausgehen können.

2.4.4.1.6. Nachrangiges Kapital

Zwar ist nachrangiges Kapital zwingend nachrangig[555] und damit in gewisser Weise an die wirtschaftliche Situation des Kreditinstitutes gekoppelt. Es ist jedoch nicht notwendigerweise ertragsmäßig vom Gewinn des Kreditinstitutes abhängig oder nimmt an dessen Nettoverlust teil. Derartige Gewinn- und Verlustkoppelungen können aber - aufgrund der abgesehen von den Mindesterfordernissen bestehenden Gestaltungsfreiheit - vorgesehen werden.[556] Auch die an sich sehr kurze Laufzeit dieser Beteiligungsform - nachrangiges Kapital hat eine Laufzeit von mindestens fünf Jahren[557] - macht diese in der gesetzlichen vorgesehenen "Mindestform" für eine langfristige Bindung der Arbeitnehmer an das Kreditinstitut bzw dessen Interessen eher ungeeignet.

Auf der anderen Seite wird bei dieser Beteiligungsform durch umfangreichere Regelungen zu Formerfordernissen und der Durchsetzung der Nachrangigkeit (sowie auch dem Gläubigerschutz) die Effektivität der Nachrangigkeit erhöht.

Die Beteiligung in Form nachrangigen Kapitals ist verbriefbar[558] und handelbar,[559] sodass jedenfalls diese beiden Kriterien für die Eignung als Finanzinstrumente iSd Z 11 lit a der Anlage zu § 39b BWG erfüllt sind.

---

[553] *Dellinger/Burger/Puhm* in *Dellinger*, BWG § 23 Rz 76; *Kastner/Strau* in *Dellinger*, BWG Anlage zu § 39b BWG Rz 75.
[554] In *Dellinger*, BWG Anlage zu § 39b BWG Rz 75.
[555] § 23 Abs 8 Z 2 BWG.
[556] *Dellinger/Burger/Puhm* in *Dellinger*, BWG § 23 Rz 79 f.
[557] § 23 Abs 8 Z 1 BWG.
[558] § 23 Abs 8 Z 3 BGW.
[559] *Kastner/Strau* in *Dellinger*, BWG Anlage zu § 39b BWG Rz 76.

Möglich wäre meines Erachtens[560] der Einsatz von nachrangigem Kapital, das - ähnlich wie Partizipationskapital - im Rahmen der möglichen privatautonomen Gestaltung mit seinen Erträgen (insb Zinsen und Dividenden) an den Gewinn des Kreditinstituts gekoppelt ist und mit seinem Kapital (zumindest teilweise) an dessen Verlust teilnimmt. Um auch tatsächlich dem Zweck des Verschaffens einer eigentümerähnlichen Position zu erreichen wäre überdies die Vereinbarung einer (erheblich) längeren Laufzeit als der gesetzlich vorgesehen Mindestlaufzeit erforderlich.

Nachrangiges Kapital kommt daher zwar in seiner gesetzlichen Mindestausgestaltung an sich nicht als Finanzinstrument iSd Z 11 lit a der Anlage zu § 39b BWG in Betracht. Bei Ausgestaltung in der vorstehend beschriebenen Form und somit Schaffung einer eigentümerähnlichen Position des Beteiligungsinhabers ist dessen Einsatz im Rahmen der Vergütungsbestimmungen jedoch möglich. Ob eine Verpflichtung zur Heranziehung derartiger Beteiligungen besteht, ist jedoch vor dem Hintergrund, dass es sich um sehr "schwache" Eigenmittel handelt[561] fraglich. Hiervon wird man wohl nur bei Fehlen anderer, "stärkerer" und geeigneter Instrumente und für den Fall, dass solche Instrumente überhaupt ausgegeben werden, ausgehen können.

2.4.4.1.7. Kurzfristiges Nachrangkapital

Die bereits beim nachrangigen Kapital beschriebenen Eigenschaften gelten ebenso für das kurzfristige Nachrangkapital.[562] Hier beträgt jedoch die Mindestlaufzeit nicht fünf Jahre, sondern sogar nur zwei Jahre.[563] Zusätzlich ist vertraglich zu vereinbaren, dass bei Absinken der anrechenbaren Eigenmittel des Kreditinstituts unter das Mindesteigenmittelerfordernis keine Tilgungs- und Zinszahlungen

[560] aA *Kastner/Strau* in *Dellinger*, BWG Anlage zu § 39b BWG Rz 76.
[561] *Dellinger/Burger/Puhm* in *Dellinger*, BWG § 23 Rz 77, 91, 176.
[562] § 23 Abs 8a Z 2 BWG.
[563] § 23 Abs 8a Z 1 BWG.

erfolgen dürfen.[564] Es ist folglich zumindest eine gewisse Koppelung nicht nur des Kapitalbetrages[565], sondern auch der Erträge an die wirtschaftliche Situation des Kreditinstitutes vorgesehen.

Auch hier gilt, dass eine Beteiligung in Form der gesetzlichen Mindestausgestaltung grundsätzlich nicht als Finanzinstrument iSd Z 11 lit a der Anlage zu § 39b BWG in Frage kommt. Als solches kann es jedoch wohl bei Ausgestaltung in der beim nachrangigen Kapital beschriebenen Form[566] herangezogen werden. Eine Verpflichtung wird - wie beim nachrangigen Kapital - vor dem Hintergrund der Qualifizierung als "schwache", sehr beschränkt anrechenbare Eigenmittel[567] (sogar *"minderwertigste Kategorie anrechenbarer Eigenmittel"*[568]) auch hier nur bei Nichtvorliegen anderer Möglichkeiten und für den Fall, dass solche Instrumente überhaupt ausgegeben werden, angenommen werden können.

2.4.4.1.8. Wandlungsfähiges hybrides Kapital[569]

Die Beteiligung in Form von wandlungsfähigem hybridem Kapital ist aufgrund der Nachrangigkeit und Gewinn- bzw Verlustanknüpfung dieser Kapitalform ein adäquates Mittel zur Erreichung des Ziels der Z 11 der Anlage zu § 39b BWG. Dies auch wegen des vorgesehenen Wandlungsrechts, wodurch Hybridkapital ab

---

[564] § 23 Abs 8a Z 3 BWG.
[565] Dieser ist aufgrund der zwingenden Nachrangigkeit in gewisser Weise von der wirtschaftlichen Situation des Kreditinstitutes abhängig.
[566] Siehe dazu vorstehend unter 2.4.4.1.6..
[567] *Dellinger/Burger/Puhm* in *Dellinger*, BWG § 23 Rz 177 f.
[568] *Dellinger/Burger/Puhm* in *Dellinger*, BWG § 23 Rz 97.
[569] Die in Umsetzung der Regelungen der CRD IV-RL beschlossene neue Z 11 lit b der Anlage zu § 39b BWG (BGBl I 2013/184) soll nun ab 1.1.2014 folgende Instrumente erfassen: *"Kapitalinstrumente, die den Kriterien des Art. 52 [zusätzliches Kernkapital] oder des Art. 63 [Ergänzungskapital] der Verordnung (EU)Nr. xxx/2013 [VO (EU) 575/2013] entsprechen oder andere Instrumente, die vollständig in Kapitalinstrumente gemäß Art. 52 der Verordnung (EU) Nr. xxx/2013 [VO (EU) 575/2013] umgewandelt oder wertmäßig abgeschrieben werden können und die Bonität des Kreditinstitutes hinreichend widerspiegeln sowie als variable Vergütungsinstrumente geeignet sind."*

Eintritt einer Gefährdung der angemessenen Finanz- und Eigenmittelsituation des Kreditinstitutes nach den durch Verordnung der FMA näher zu bestimmenden Rahmenbedingungen jederzeit innerhalb eines im Voraus festgelegten Umtauschverhältnisses in eingezahltes Kapital gem § 23 Abs 3 BWG in zumindest gleicher Höhe umgewandelt werden muss.[570] Wurde ein solches wandlungsfähiges hybrides Kapital bisher nicht ausgegeben, so muss es - wie auch die anderen Finanzinstrumente, nicht eigens zur Erfüllung der Z 11 lit b der Anlage zu § 39b BWG begeben werden.[571]

2.4.4.1.9. Alternative Maßnahmen

Ist eine Abgeltung in Form der oben beschriebenen Finanzinstrumente nicht möglich, etwa weil solche nicht ausgegeben werden können, so können auch alternative Instrumente und Maßnahmen zur Koppelung der variablen Vergütung an den langfristigen Erfolg des Kreditinstitutes herangezogen werden.[572]

Die CEBS-Leitlinien[573] nennen hier als Beispiel sogenannte "phantom plans"[574]. Hierbei wird tatsächlich keine Gesellschafterstellung vermittelt oder Option auf eine echte Beteiligung eingeräumt, sondern eine Beteiligung nur schuldrechtlich nachgebildet[575]; eine solche besteht damit quasi nur in "virtueller Form"[576]. Der Wert des Unternehmens und daran anknüpfend der "virtuellen" Beteiligung soll dabei von Dritten ermittelt werden - und zwar zu den verschiedenen Zeitpunkten des Gewährungs- und Auszahlungsverfahrens - um so im Ergebnis den gleichen

[570] § 23 Abs 4a Z 6 BWG.
[571] Siehe dazu oben unter Punkt 2.4.4.1..
[572] AB 1001 BlgNR 24. GP 4; Punkte 123 ff der CEBS-Leitlinien; Punkt 55 des Rundschreibens; *Kastner/Strau* in *Dellinger*, BWG Anlage zu § 39b BWG Rz 68; *Waldherr/Zimmerman*, ÖBA 2012, 366 (375).
[573] Punkt 125 der CEBS-Leitlinien.
[574] Näheres dazu auch bei *Kalss*, Aktienoptionen auf neuer gesellschaftsrechtlicher Grundlage, in *Doralt/Kalss*, GesRZ-Sonderheft AktienOptionen (2001), 2 (7).
[575] *Dehn/Wolf/Zehetner*, Aktienoptionsrecht 46.
[576] *Jabornegg* in *Achatz/Jabornegg/Resch*, Mitarbeiterbeteiligung 31.

Effekt wie eine tatsächliche gewinn- und verlustabhängige Kapitalbeteiligung zu haben.[577]

Als mögliche andere Alternative bei Kreditinstituten einer Kreditinstitutsgruppe wird auch die Vergütung in Form von Beteiligungen an Mutter- oder Tochterunternehmen des Kreditinstitutes genannt.[578]

Wesentlich ist bei sämtlichen zu erwägenden Alternativen, dass im Ergebnis die Vergütung auch nach der bereits erfolgten "Erdienung" noch an den weiteren Unternehmenserfolg - also die langfristigen Interessen des Unternehmens - gekoppelt werden soll. Dabei ist hinsichtlich des zeitlichen Aspekts auch die unten[579] beschriebene Sperr- bzw Behaltefrist unbarer Instrumente zu berücksichtigen.

2.4.4.1.10. Nichtanwendung

In Umsetzung dieser Vergütungsbestimmung ist den Kriterien der Angemessenheit und Durchführbarkeit Rechnung zu tragen.[580] Sind daher weder unbare Finanzinstrumente gem Z 11 der Anlage zu § 39b BWG ausgegeben - eine Ausgabe nur zur Erfüllung der gegenständlichen Vergütungsvorschrift ist nicht vorgesehen - noch andere Instrumente oder Maßnahmen den tatsächlichen Verhältnissen, va dem Risikoprofil des Kreditinstituts, nach angemessen, so kann es auch aus diesem Grund zur Nichtanwendung dieser Bestimmung kommen.[581] Dies neben[582] der allgemeinen - unabhängig von der Frage nach dem

[577] Punkt 125 der CEBS-Leitlinien.
[578] FN 24 zu Punkt 121 der CEBS-Leitlinien; Punkt 56 des Rundschreibens der FMA; *Waldherr/Zimmerman*, ÖBA 2012, 366 (375).
[579] Unter Punkt 2.4.4.2..
[580] *Huang/Schmatzberger*, ecolex 2011, 149 (151);
[581] Punkte 55 und 57 des Rundschreibens der FMA; vgl *Kastner/Strau* in *Dellinger*, BWG Anlage zu § 39b BWG Rz 78
[582] So auch Punkt 57 des Rundschreibens der FMA.

Vorhandensein solcher unbarer Finanzinstrumente bestehenden - Möglichkeit der Neutralisierung nach Maßgabe des Proportionalitätsprinzips.[583]

Allerdings wird man auch bei dieser Form der Nichtanwendung der Bestimmung - wie bei der allgemeinen Neutralisierung - von einer Verpflichtung zu transparenter, nachvollziehbarer und fundierter Dokumentierung der Gründe ausgehen müssen. [584]

2.4.4.2. Sperrfrist

In Z 11 der Anlage zu § 39b BWG wird den Kreditinstituten bzw deren verantwortlichen Organen die Pflicht auferlegt, *"[d]ie genannten Instrumente […] einer geeigneten Zurückstellungspolitik, die darauf abstellt, die Anreize an den längerfristigen Interessen des betreffenden Kreditinstitutes auszurichten"* zu unterstellen. Gemeint ist die Vereinbarung einer sogenannten Sperr- bzw Haltefrist für die an die Mitarbeiter ausgegebenen Instrumente, deren Eigentümer sie durch die Ausgabe bereits sind. Die als Teil der variablen Vergütung von den Mitarbeitern erworbenen Finanzinstrumente dürfen daher nicht unmittelbar nach dem Erwerb wieder verkauft werden, sondern sind an eine Sperrfrist zu koppeln, während der eine Veräußerung der Instrumente nicht möglich ist.[585] Dies gilt sowohl für den sofort ausgegeben, als auch für den zurückgestellten Teil der Finanzinstrumente.[586] Eine solche Sperrfrist ist sinngemäß auch für alternative Instrumente festzulegen, sodass etwa eine Neubewertung (des Kreditinstitutes und gegebenenfalls der Instrumente) auch vor dem Ende der Sperrfrist vorzunehmen ist.[587]

---

[583] Siehe dazu oben unter Punkt 2.3.3..
[584] Siehe dazu oben unter Punkt 2.3.3.; *Kastner/Strau* in *Dellinger*, BWG Anlage zu § 39b BWG Rz 67; Punkt 20 der CEBS-Leitlinien; Punkt 35 und 46 des Rundschreibens der FMA; AB 1001 BlgNR 24. GP 3; *Kastner/Strau* in *Dellinger*, BWG § 39b BWG Rz 3; *Waldherr/Zimmermann*, ÖBA 2012, 366 (370); vgl *Höller/Puhm* in *Dellinger*, BWG § 39 Rz 39.
[585] Punkt 128 der CEBS-Leitlinien; Punkt 58 des Rundschreibens der FMA.
[586] Punkt 128 der CEBS-Leitlinien.
[587] Vgl Punkt 125 der CEBS-Leitlinien.

Ohne die Vereinbarung einer Sperrfrist würde die Auszahlung in Finanzinstrumenten im Fall des sofort auszugebenden, nicht zurückzustellenden[588] Teils aufgrund der Möglichkeit des unmittelbar anschließenden Verkaufs einer Barauszahlung gleichkommen. Dies würde den Sinn und Zweck der Auszahlung eines Teils der variablen Vergütung in solchen Instrumenten, der Bindung an den langfristigen Erfolg bzw die Interessenangleichung zwischen Kreditinstitut und Mitarbeiter, unterlaufen und diese Bestimmung insofern sinnlos machen. Vor (unter anderem) diesem Hintergrund wurde daher die notwendige Vereinbarung einer solchen Sperrfrist vorgesehen.[589]

Durch die Sperrfrist wird somit auch ein Teil der bereits ausgezahlten und nicht (mehr) zurückgestellten variablen Vergütung an den längerfristigen Unternehmenserfolg gebunden und somit einer impliziten "ex-post Risikoadjustierung" unterzogen. Hierdurch soll die nur auf noch nicht ausgezahlte, gem Z 12 der Anlage zu § 39b BWG zurückgestellte Teile der Vergütung anwendbare explizite "ex-post Risikoadjustierung"[590] ergänzt werden und so eine angemessene Gesamtberücksichtigung des Risikos (und der Finanzlage des Kreditinstituts) über einen längeren Zeitraum erreicht werden.[591] Der wesentliche Unterschied der impliziten zur expliziten "ex-post Risikoadjustierung" liegt darin, dass bei der impliziten Variante aufgrund des bereits erfolgten Eigentumserwerbs der Mitarbeiter an den Finanzinstrumenten keine Kürzungen hinsichtlich der Zahl der Instrumente aufgrund von Malus-Vereinbarungen mehr vorgenommen werden können.[592]

Die Dauer der Sperrfrist hat - unter anderem - auch den Auszahlungs- bzw tatsächlichen Erwerbszeitpunkt des jeweiligen Teils[593] der gewährten Vergütung

[588] Zur Zurückstellung eines Teils der Vergütung und dem anteilsmäßigen, proportionalen Erwerb des zurückgestellten Teils über einen längeren Zeitraum siehe unten unter Punkt 2.4.5..
[589] Punkt 128 der CEBS-Leitlinien.
[590] Siehe dazu unten unter Punkt 2.4.5.2..
[591] Punkte 140 f der CEBS-Leitlinien; Punkt 59 des Rundschreibens der FMA.
[592] Punkt 132 der CEBS-Leitlinien.
[593] Siehe dazu unten unter Punkt 2.4.5..

in Form von Finanzinstrumenten[594] sowie die vorgesehene gesamte Rückstellungsdauer ebenso wie den Risikoeinfluss des betroffenen Mitarbeiters zu berücksichtigen. Betreffend den sofort gewährten, nicht zurückgestellten Teil hat naturgemäß eine längere Sperrfrist Anwendung zu finden, als bei den zurückgestellten erst später erworbenen Teilen. Es ist aber jedenfalls auch für jede Tranche des zurückgestellten Teiles eine Sperrfrist vorzusehen, sodass auch der letzte zur Ausgabe gelangende Teil nicht unmittelbar nach dem Erwerb veräußert werden kann.[595] In die Ermittlung der angemessenen Sperrfrist miteinzubeziehen ist auch die Länge der Abgrenzungszeiträume ("accrual periods") sowie die Genauigkeit der "ex-ante Risikoadjustierung". Bei einem in Österreich üblichen einjährigen Abgrenzungszeitraum wird dementsprechend - um letztlich eine vergleichbare Risikoberücksichtigung bzw Koppelung an den Unternehmenserfolg zu erreichen - eine längere Sperrfrist festzulegen sein, als dies bei mehrjährigen Zeiträumen notwendig wäre. Die Sperrfrist kann kürzer als der Zurückstellungszeitraum der Z 12 der Anlage zu § 39b BWG sein, bei höherrangigen Führungskräften oder ganz allgemein Mitarbeitern mit dem größten Risikoeinfluss aber auch über diesen Zeitraum hinausgehen.[596]

Die *FMA*[597] geht bei sofort übereigneten Finanzinstrumenten angesichts der vorgesehenen Zurückstellung über fünf Jahre[598]von einer idR angemessenen Sperrfrist von drei Jahren aus.

Auch der Österreichische Corporate Governance Kodex enthält - infolge der Umsetzung der Empfehlung der Europäischen Kommission vom 30.4.2009 zur Vergütungspolitik im Finanzdienstleistungssektor[599] - eine entsprechende

[594] Also ob es sich um den sofort gewährten Teil oder etwa den drei Jahre nach Ablauf der "accrual period" ausgegebenen Teil handelt.
[595] Punkte 128 ff der CEBS-Leitlinien.
[596] Punkte 129 f der CEBS-Leitlinien.
[597] Punkt 61 des Rundschreibens der FMA.
[598] Hiermit wurde ohnehin die strengst mögliche Variante der CRD III-RL-Regelung (lit p Abs 1 des durch Anhang I Z 1 der CRD III-RL in die CRD-RL eingefügten Punkt 23 des Abschnittes "11. Vergütungspolitik") umgesetzt.
[599] Abl L 2009/120, 28.

Bestimmung für Vorstandsmitglieder[600]. In Regel 28 - einer "Comply or Explain"-Regel[601] - wird die Möglichkeit festgelegt, einen Teil der Vergütung über Mitarbeiterbeteiligung zu gewähren. Hier ist - wie auch in der der Z 11 der Anlage zu § 39b BWG zu Grunde liegenden Regelung der CRD III-RL[602] - eine Mindestsperrfrist von drei Jahren vorgesehen. Die Kompetenz, eine solche Vergütung zu bestimmen, liegt hier bei der Hauptversammlung, somit den Eigentümern des Kreditinstituts.

2.4.4.3. Vorteile aus Beteiligungen bei Berechnung von Entgeltfortzahlungs- und Beendigungsansprüchen - § 2a AVRAG

Zu prüfen ist an dieser Stelle, inwieweit die durch die Vergütungsbestimmungen des BWG vorgegebenen Mitarbeiterbeteiligungen im Rahmen von Entgeltfortzahlungs- und Beendigungsansprüchen zu berücksichtigen sind.

An sich ist für die Berechnung von Entgeltfortzahlungs- und Beendigungsansprüchen (Urlaubsentgelt, Kündigungsentschädigung, Abfertigung alt) nicht nur das laufende Gehalt zu berücksichtigen, sondern vom weiteren Entgeltbegriff auszugehen. Es sind daher grundsätzlich auch alle Leistungen des Arbeitgebers an den Arbeitnehmer, die für die Zurverfügungstellung der Arbeitskraft gewährt werden, miteinzubeziehen (nicht aber schlichte Aufwandersätze).[603] Hinsichtlich Unternehmensbeteiligungen ist jedoch die

[600] Regel 28a empfiehlt als "Recommendation"-Regel auch die Anwendung der Regel 28 auf leitende Angestellte.
[601] Die Regel soll eingehalten werden. Wird sie nicht oder nur in abgewandelter bzw abgeschwächter Form eingehalten, muss dies erklärt und begründet werden, um ein kodexkonformes Verhalten zu erreichen.
[602] Lit o des durch Anhang I Z 1 der CRD III-RL in die CRD-RL eingefügten Punkt 23 des Abschnittes "11. Vergütungspolitik".
[603] Hinsichtlich der Entgeltfortzahlung: *Holzer* in *Marhold/Burgstaller/Preyer*, AngG § 8 Rz 17 f; *Melzer-Azodanloo* in *Löschnigg*, AngG[9] § 8 Rz 108.
Hinsichtlich Beendigungsansprüchen: *Grillberger* in *Löschnigg*, AngG[9] § 29 Rz 13 f; *Holzer* in *Marhold/Burgstaller/Preyer*, AngG § 23 Rz 28; *Kallab* in *Löschnigg*, AngG[9] § 17 Rz 24, 26; *Mayr* in *Löschnigg*, AngG[9] § 23 Rz 25; *Resch*, Urlaubsrecht 58; *Schrank*, Arbeits- und Sozialversicherungsrecht 306/II ff.

Sonderregelung des § 2a Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG) zu beachten.

Gemäß § 2a AVRAG sind Vorteile aus Beteiligungen am Unternehmen des Arbeitgebers oder verbundenen Konzernunternehmen sowie (Arbeitgeber-)Aktienoptionen für die Berechnung von Beendigungsansprüchen und Entgeltfortzahlung nicht zu berücksichtigen. Zweck dieser lohnnebenkostenmindernden Regelung ist die Förderung der Arbeitnehmerbeteiligung am Unternehmenserfolg mit dem Ergebnis einer stärkeren Bindung bzw Interessenangleichung und Motivation der Arbeitnehmer.[604]

Hinsichtlich der erfassten Beteiligung ist auf die Abgabe von Kapitalanteilen, also die tatsächliche Kapitalbeteiligung, abzustellen. Unter diesen Begriff sind bei Kapitalgesellschaften somit va Aktien sowie GmbH- und Genossenschaftsanteile zu subsumieren. Bei Kreditinstituten werden hier auch die unter § 23 BWG aufgezählten, den Eigenmitteln - also dem Kapital - zurechenbaren Beteiligungsformen[605], wie beispielsweise Partizipationskapital, in Betracht kommen. Fraglich ist, ob der Begriff "Beteiligungen" iSd § 2a AVRAG auch virtuelle bzw schuldrechtlich nachgebildete Kapitalbeteiligungen (zB phantom plans) erfasst. Da diese im Grunde über eine einer echten Kapitalbeteiligung vergleichbare Verknüpfung mit dem Unternehmenserfolg verfügen wird man unter Berücksichtigung des Zwecks der Bestimmung auch solche (unechten) Kapitalbeteiligungen unter § 2a AVRAG subsumieren können.[606]

---

[604] RV 358 BlgNR 21. GP 25; *Binder*, Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz[2] § 2a Rz 1 f; *Holzer/Reissner*, Arbeitsvertrags-rechts-Anpassungsgesetz[2] § 2a Rz 1; *Reissner* in ZellKomm I[2] AVRAG § 2a Rz 1.

[605] Siehe dazu oben unter Punkt 2.4.4.1..

[606] Vgl auch *Oberhofer* in *Kronberger/Leitsmüller/Rauner*, Mitarbeiterbeteiligung in Österreich 182; aA weil den Zweck des § 2a AVRAG außer Acht lassend *Preiss* in ZellKomm I[2] AngG §14 Rz 17.

Der Begriff der verbundenen Konzernunternehmen knüpft an das gesellschaftsrechtliche Konzernverständnis der §§ 15 AktG und 115 GmbHG an.[607]

Als von § 2a AVRAG genannte Vorteile aus Beteiligungen kommen unter anderem Kapitalerträge in Form von Dividenden oder Zinsen sowie Wertsteigerungen der Beteiligung, aber auch der Kapitalanteil an sich[608] in Betracht.[609]

Von § 2a AVRAG kann durch eine für den Arbeitnehmer günstigere Vereinbarung oder kollektive Regelung, wonach auch Beteiligungen (in gewissem Umfang) in die Bemessungsgrundlage für einen oder beide von dieser Bestimmung erfassten Fälle einzurechnen sind, abgegangen werden.[610]

Die in Umsetzung der Vergütungsvorschriften des BWG auszugebenden bzw ausgegebenen Mitarbeiterbeteiligungen sind daher - sofern nicht mittels Kollektivvertrag, Betriebsvereinbarung oder Arbeitsvertrag abweichendes vereinbart ist - aus der Bemessungsgrundlage für die Entgeltfortzahlung und Beendigungsansprüche grundsätzlich ausgenommen. Wird Abweichendes vereinbart ist jedoch der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz[611] zu beachten und darf nicht eine Minderheit gegenüber einer Mehrheit ohne sachliche Rechtfertigung schlechter gestellt sein.

---

[607] *Binder*, Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz[2] § 2a Rz 8; *Holzer/Reissner*, Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz[2] § 2a Rz 4; *Reissner* in ZellKomm I[2] AVRAG § 2a Rz 4.

[608] Dazu kritisch *Jabornegg* in *Löschnigg*, AngG[9] § 14 Rz 20.

[609] *Binder*, Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz[2] § 2a Rz 5; *Holzer/Reissner*, Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz[2] § 2a Rz 5; *Reissner* in ZellKomm I[2] AVRAG § 2a Rz 5.

[610] Vgl *Holzer/Reissner*, Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz[2] § 16 Rz 6; *Reissner* in ZellKomm I[2] AVRAG §§ 16,17 Rz 5; missverständlich in der Begründung, aber im Ergebnis wohl zustimmend *Binder*, Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz[2] § 16 Rz 1; *Weiss*, Die Begünstigung von Unternehmensbeteiligungen und Aktienoptionen bei Entgeltfortzahlungs- und Beendigungsansprüchen, ASoK 2001, 245 (248 f).

[611] Näheres dazu ua in *Löschnigg*, Arbeitsrecht[11] Rz 6/369 ff; *Marhold/Friedrich*, Arbeitsrecht[2] 247 ff; *Schrank*, Arbeits- und Sozialversicherungsrecht 116/II f; *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht I[7] 253 ff; siehe dazu auch unten unter Punkt 2.4.7.4..

2.4.4.4. Abgabenrechtliche Begünstigungen

Sowohl steuerlich als auch sozialversicherungsrechtlich kann die Abgabe von Beteiligungen am Unternehmen des Arbeitgebers begünstigt sein.

§ 3 Abs 1 Z 15 lit b Einkommensteuergesetz 1988 (EStG 1988) normiert dazu bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen eine Steuerbefreiung bis zu einem Betrag von € 1.460,-- jährlich. § 15 Abs 1 Z 15 lit c EStG 1988 regelt überdies eine ebenfalls an bestimmte Voraussetzungen geknüpfte Steuerbefreiung für Vorteile aus Optionen auf den Erwerb von Kapitalbeteiligungen.

In Anknüpfung an den steuerlichen Begünstigungstatbestand und das Vorliegen der darin genannten Voraussetzungen sieht § 49 Abs 3 Z 18 lit c und lit d Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG) eine entsprechende sozialversicherungsrechtliche Begünstigung vor. Diese Beträge sind im betroffenen Umfang nicht als Entgelt im sozialversicherungsrechtlichen Sinn zu werten und daher nicht in die Bemessungsgrundlage für die Sozialversicherungsbeiträge einzubeziehen.

2.4.5. Rückstellungspflicht eines Teils für mindestens fünf Jahre (Z 12)

Zusätzlich zum Erfordernis der Auszahlung eines Teils in unbaren Instrumenten sowie der damit verbundenen Sperrfristpolitik wird ein erheblicher Teil der variablen Vergütung nicht sofort ausbezahlt, sondern für einen gewissen Zeitraum zurückgestellt. Konkret bestimmt Z 12 (Abs 1) der Anlage zu § 39b BWG dazu Folgendes:

> *"Ein erheblicher Anteil der variablen Vergütung, der mindestens 40 vH beträgt, wird während eines mindestens fünfjährigen Zeitraums zurückgestellt und ordnungsgemäß auf die Art der Geschäftstätigkeit, ihre Risiken sowie auf die Tätigkeiten der betreffenden Mitarbeiter ausgerichtet. Die im Rahmen von Regelungen zur Rückstellung der Vergütungszahlungen zu entrichtende Vergütung wird nicht rascher erworben, als auf proportionaler Basis bestimmt. Macht die variable Komponente einen besonders hohen Betrag aus, so wird die Auszahlung von mindestens 60 vH des Betrags zurückgestellt."*

Wann eine variable Vergütung als erheblich gilt und daher ein größerer Betrag zurückzustellen ist oder wie lange der Zeitraum der Rückstellung - über die Mindestdauer hinaus - bemessen sein muss, erklärt das Gesetz nicht. Zur konkreteren Ermittlung ist wiederum auf die CEBS-Leitlinien zurückzugreifen.

Die Rückstellungspflicht gilt sowohl für den in bar auszuzahlenden als auch den in Finanzinstrumenten zu gewährenden Teil[612] der variablen Vergütung.[613]

[612] Hier ist die Rückstellung von der Sperrfrist gem Z 11 der Anlage zu § 39b BWG zu unterscheiden. Letztere kommt zeitlich jeweils erst nach der Rückstellung zum Tragen und knüpft an die Ausgabe bzw Verteilung der Finanzinstrumente an.
[613] Vgl Z 11 letzter Satz der Anlage zu § 39b BWG.

Sie dient der Möglichkeit der Vornahme einer "ex-post Risikoadjustierung" der Leistung im Abgrenzungszeitraum gem Z 12 lit a der Anlage zu § 39b BWG nach schon erfolgter Leistungsbeurteilung.[614]

2.4.5.1. Komponenten der Rückstellung

Die Wirkung der gem Z 12 der Anlage zu § 39b BWG vorzunehmenden Rückstellung bestimmt sich im Grunde nach dem zeitlichen Umfang, der Rückstellungsquote, der sukzessiven Zuteilung sowie der Dauer vom Ende des Abgrenzungszeitraumes - der *"accrual period"* - bis zur Auszahlung des ersten zurückgestellten Teiles.

2.4.5.1.1. Rückstellungszeitraum

Während die der Z 12 der Anlage zu § 39b BWG zugrundeliegende Richtlinienbestimmung[615] einen Rückstellungszeitraum von mindestens drei bis fünf Jahren vorgibt[616], hat sich der österreichische Gesetzgeber für die strengste Variante entschieden und einen Mindestzeitraum von fünf Jahren festgelegt.

Von diesem sehr hoch bemessenen Mindestzeitraum abgesehen hat sich die tatsächliche Dauer - in Umsetzung des Proportionalitätsprinzips[617] - an der Art der Geschäftstätigkeit, ihren Risiken und den konkreten Tätigkeiten des Mitarbeiters zu orientieren. Wesentlich ist somit die Intensität des möglichen Risikoeinflusses.[618] Für Mitglieder des Leitungsorgans des Kreditinstitutes in ihrer Managementfunktion, also etwa der Geschäftsführung bzw des Vorstandes,

---

[614] Siehe dazu unten unter Punkt 2.4.5.2..
[615] Lit p des durch Anhang I Z 1 der CRD III-RL in die CRD-RL eingefügten Punkt 23 des Abschnittes "11. Vergütungspolitik".
[616] Auch die deutsche Regelung (§ 5 Abs 2 Z 4 InstitutsVerV) normiert einen Rückstellungszeitraum von mindestens drei bis fünf Jahren.
[617] Siehe dazu oben unter Punkt 2.3.3..
[618] Punkt 116 der CEBS-Leitlinien.

empfiehlt die *EBA*[619], längere Rückstellungszeiträume als den Mindestzeitraum von drei bis fünf Jahren in Betracht zu ziehen.

Angesichts der ohnehin strengst möglichen Umsetzung der Richtlinienbestimmung in Form eines Mindestzeitraumes von fünf Jahren, wird es im Regelfall bei einer Rückstellungsdauer von fünf Jahren bleiben können und kein längerer Zeitraum erforderlich sein. Dies va auch aus wettbewerbstechnischen Erwägungen und zur Vermeidung eines Nachteils gegenüber anderen Mitgliedstaaten[620] auf dem Arbeitsmarkt.[621] *Kastner/Strau*[622] argumentieren überdies auch mit der weniger komplexen bzw risikoreichen Geschäftsstruktur der österreichischen Kreditinstitute für einen idR fünfjährigen Rückstellungszeitraum.

Der Rückstellungszeitraum beginnt mit der Auszahlung des sofort zu gewährenden Teils der variablen Vergütung.[623]

2.4.5.1.2. Rückstellungsquote

Zurückzustellen ist ein "erheblicher Anteil" der variablen Vergütung, mindestens jedenfalls 40 %. Bei variablen Vergütungen, die einen besonders hohen Betrag ausmachen, gilt hingegen eine Mindestquote von 60 % der variablen Vergütung.

Wann eine die Mindestrückstellungsquote von 60 % erfordernde variable Vergütung vorliegt, kann weder der österreichischen Bestimmung noch der zugrundeliegenden Richtlinienbestimmung entnommen werden. Auch die CEBS-Leitlinien enthalten dazu keine Hinweise. Die *FMA*[624] führt in ihrem

[619] Punkt 116 der CEBS-Leitlinien.
[620] So sieht etwa § 5 Abs 2 Z 4 deutsche InstitutsVerV einen Mindestzeitraum von nur drei (bis fünf) Jahren vor.
[621] Vgl *Kastner/Strau* in *Dellinger*, BWG Anlage zu § 39b BWG Rz 86 f.
[622] In *Dellinger*, BWG Anlage zu § 39b BWG Rz 82, 86 f.
[623] Punkt 116 der CEBS-Leitlinien.
[624] Punkt 64 des Rundschreibens der FMA.

Rundschreiben dazu aus, dass von einer solchen variablen Vergütung auszugehen ist, wenn sie verhältnismäßig den fixen Vergütungsanteil übersteigt - also mehr als 100 % davon ausmacht - oder betraglich mehr als € 150.000,-- brutto ausmacht.

Wörtlich genommen ist aber in Z 12 der Anlage zu § 39b BWG - ebenso wie in der europäischen Bestimmung[625] - nicht die Rede von einem relativen, im Verhältnis zum fixen Vergütungsbestanteil stehenden Wert. Vielmehr ist in dieser Bestimmung nur von einem bestimmten absoluten Betrag zu lesen (*"Macht die variable Komponente einen besonders hohen **Betrag** aus"*[626] bzw *"In the case of a variable remuneration component of a particularly high **amount**"*[627]). Sinn und Zweck dieser Bestimmung ist es nämlich, bei außergewöhnlich hohen Beträgen zu vermeiden, dass der bereits sofort auszahlbare Teil so hoch ist, dass dieser allein einen großen Anreiz zum Abschluss risikoreicher Geschäfte setzt.[628] Eine relative Messgröße ist demnach hier nicht notwendig.[629]

Auch der von der FMA angesetzte absolute (Jahres-)Betrag in Höhe von € 150.000,-- brutto ist mE jedenfalls zu niedrig angesetzt. Das Gesetz spricht hier nämlich von *"**besonders** hohen"* Beträgen ("***particularly** high amount"*[630]), sodass hier wohl eher an einzelne, deutlich über den (im europäischen Raum) üblichen variablen Vergütungen liegende - also außergewöhnlich hohe - Vergütungen gedacht wurde.[631] Die *EBA*[632] nennt überdies als Beispiel für den Fall, dass ein System von Kaskaden an Absolutbeträgen statt eines konkreten prozentuellen

[625] Lit p des durch Anhang I Z 1 der CRD III-RL in die CRD-RL eingefügten Punkt 23 des Abschnittes "11. Vergütungspolitik".
[626] Z 12 der Anlage zu § 39b BWG.
[627] Lit p Abs 2 des durch Anhang I Z 1 der CRD III-RL in die CRD-RL eingefügten Punkt 23 des Abschnittes "11. Vergütungspolitik".
[628] Vgl *Kastner/Strau* in *Dellinger*, BWG Anlage zu § 39b BWG Rz 84.
[629] Dieses Verständnis wird nunmehr auch durch die Einführung einer generellen Obergrenze der variablen Vergütung von 100 % der fixen Vergütung (bzw bei Gesellschafterbeschluss 200%) bestätigt (siehe dazu unten unter Punkt 3.1.3.2). Kann nämlich die variable Vergütung grundsätzlich gar nicht höher als 100 % der fixen Vergütung betragen, so macht die von der FMA angesetzte relative Grenze keinen Sinn mehr.
[630] Lit p Abs 2 des durch Anhang I Z 1 der CRD III-RL in die CRD-RL eingefügten Punkt 23 des Abschnittes "11. Vergütungspolitik".
[631] So auch *Kastner/Strau* in *Dellinger*, BWG Anlage zu § 39b BWG Rz 84.
[632] Punkt 119 der CEBS-Leitlinien.

Anteils der gesamten variablen Vergütung gewählt würde, folgende Ausgestaltung: 0 % Rückstellung für den Teil zwischen 0 und 100, 50 % für den Teil zwischen 100 und 200 und 75 % für den Teil über 200 (wobei hier wohl jeweils von Tausenderbeträgen auszugehen ist). Nach dieser Kaskade würde sich bei einer variablen Vergütung von € 150.000,-- ein rückzustellender Anteil von 16,67 % ergeben, wobei bei notwendiger Rückstellung[633] hier jedenfalls die Mindestquote von 40 % zur Anwendung käme. Erst ab einer variablen (Jahres-)Vergütung von € 670.000,-- ergibt sich in Anwendung dieses Kaskadensystems eine Rückstellquote von knapp 60 % (konkret 60,07 %). Man wird daher bei darunter liegenden variablen Vergütungen nicht von solch *"besonders hohen"* Beträgen auszugehen haben, die die Anwendung einer Mindestrückstellquote von 60 % erfordern.

Die tatsächliche Höhe oberhalb dieser Mindestgrenze(n) ist unter Anwendung des Proportionalitätsprinzips zu bestimmen und hat den Risikoeinfluss des Mitarbeiters zu berücksichtigen. *Kastner/Strau*[634] zufolge wird auch hier die vergleichsweise weniger komplexe und risikoreiche Geschäftsstruktur der österreichischen Kreditinstitute dazu führen, dass die Mindestquote jeweils ausreichend ist.[635] Dies konsequenterweise auch unabhängig von der erst nach der Proportionalitätsprüfung auf Ebene des Kreditinstituts zu beurteilenden konkreten Risikoeinflussmöglichkeit des einzelnen Mitarbeiters.

---

[633] Nach dem Proportionalitätsprinzip kann es entweder zu einer gänzlichen Neutralisierung dieser Bestimmung kommen oder ist im anderen Falle zumindest die Mindestquote einzuhalten (siehe dazu oben unter Punkt 2.3.3..

[634] In *Dellinger*, BWG Anlage zu § 39b BWG Rz 82 f.

[635] Dies zeigt sich auch aus dem Bericht der EBA über "high earners" in den Jahren 2010 und 2011 vom 15.7.2013 http://www.eba.europa.eu/documents/10180/16145/EBA-Report-High_Earner_results.pdf (30.10.2013): Während Österreich 14 bzw 10 Arbeitnehmer mit einem Jahreseinkommen ab € 1.000.000,-- hatte, waren es in einigen anderen Mitgliedstaaten deutlich mehr, nämlich in Großbritannien 2.525 bzw 2.436, in Frankreich 292 bzw 162, in Deutschland 195 bzw 170, in Spanien 133 bzw 125 usw.

2.4.5.1.3. Zuteilungsvorgang

Die zurückgestellte variable Vergütung darf nur sukzessive, *"auf proportionaler Basis"*[636] erworben werden. Bei jährlicher Auszahlung bedeutet das sohin, dass bei einem fünfjährigen Rückstellungszeitraum jedes Jahr ein Fünftel der zurückgestellten variablen Vergütung - zu gleichen Teilen in bar und in unbaren Finanzinstrumenten (sofern diese gewährt werden) - tatsächlich erworben wird. Eine jährliche Auszahlung ist bereits das Maximum an möglichen Auszahlungsterminen, eine häufigere Zuteilung - etwa im Halbjahresrhythmus - ist laut *EBA*[637] nicht zulässig.

2.4.5.1.4. Abgrenzungszeitraum und Zuteilungsbeginn

In konsequenter Fortführung der sukzessiven, proportionalen Erdienung der zurückgestellten variablen Vergütung muss - wie zwischen den Auszahlungszeiträumen - natürlich auch zwischen dem Ende des Abgrenzungszeitraumes und der Auszahlung des ersten zurückgestellten Teiles ein entsprechend langer Zeitraum liegen. Der erste Teil der zurückgestellten variablen Vergütung darf daher frühestens nach Ablauf eines Jahres nach dem Ende des Abgrenzungszeitraumes gewährt werden.[638]

2.4.5.2. Ex-post Risikoadjustierung (Z 12 lit a)

Als Ergänzung zur bereits beschriebenen "ex-ante Risikoadjustierung" erfolgt im Rahmen der Rückstellungspolitik hinsichtlich dieses noch nicht ausbezahlten Teiles der variablen Vergütung im Wege der "ex-post Risikoadjustierung" eine weitere, letzte Risikoanpassung. Darüber hinaus sind dieser Teil der Vergütung

[636] Z 12 (Abs 1) der Anlage zu § 39b BWG.
[637] Punkt 118 der CEBS-Leitlinien.
[638] Punkt 120 der CEBS-Leitlinien.

sowie der sofort auszuzahlende Teil und der der Rückstellung vorgeschaltete Anspruchserwerb betreffend den zurückzustellenden Teil an die Bedingungen der Tragbarkeit für das Kreditinstitut und dessen positive Finanz- und Ertragslage gebunden.

Die dies vorsehende Z 12 lit a der Anlage zu § 39b BWG (idF BGBl I 2011/145)[639] regelt Folgendes:

> *"Der Anspruchserwerb oder die Auszahlung der variablen Vergütung einschließlich des zurückgestellten Anteils darf nur dann erfolgen, wenn sie angesichts der Finanzlage des Kreditinstitutes insgesamt tragbar und nach der Leistung der betreffenden Geschäftsabteilung und Person gerechtfertigt ist. Unbeschadet allgemeiner Grundsätze des Zivil- und Arbeitsrechts, wird die gesamte variable Vergütung erheblich beschränkt, wenn es zu einer verschlechterten oder negativen Finanz- oder Ertragslage des Kreditinstitutes kommt. Hierbei sind sowohl aktuelle Entgelte als auch verminderte Auszahlungen kürzlich verdienter Beträge einschließlich jener aufgrund von Malus- und Rückforderungsübereinkommen zu berücksichtigen."*

Hierbei handelt es sich somit nicht um eine Berücksichtigung der mit der erbrachten Leistung verbundenen auch zukünftigen Risiken bereits bei deren Bewertung, sondern eine spätere, rückblickende Beurteilung. War die ursprüngliche Risikoeinschätzung der bereits beurteilten Leistung unrichtig und hat sich das Risiko anders als erwartet entwickelt, ist eine Korrektur vorzunehmen.

Neben dieser an sich das Risiko der Leistung des Einzelnen und dessen Abteilung[640] bzw dessen weitere Entwicklung berücksichtigenden "ex-post

[639] Zu den diesbezüglichen Änderungen - insbesondere hinsichtlich Malus. Und Rückforderungsvereinbarungen - durch die CRD IV-RL sowie BGBl I 2013/184 siehe unten unter den Punkten 3.1.2.3. und 3.1.3.3..

[640] Die zugrunde liegende Richtlinienbestimmung (Lit q Abs 1 des durch Anhang I Z 1 der CRD III-RL in die CRD-RL eingefügten Punkt 23 des Abschnittes "11. Vergütungspolitik") sieht - wie

Risikoadjustierung" im eigentlichen Sinn ist überdies ein Auszahlungsverbot in sämtlichen Zahlungs- bzw Erwerbsetappen (Auszahlung des sofort ausbezahlten Teiles und der jeweils auszuzahlenden Teile des zurückgestellten Vergütungsbestandteils sowie Erwerb des Anspruchs auf den zurückgestellten Teil) bei schlechter oder negativer Finanzlage des Kreditinstituts - ganz unabhängig von einer Ursächlichkeit des Einzelnen oder dessen Abteilung - angeordnet.

2.4.5.2.1. "Ex-post Risikoadjustierung" im eigentlichen Sinn

Schon bei der Erfolgsmessung und Ermittlung der zustehenden variablen Vergütung sind die Leistung auf den verschiedenen Ebenen des Kreditinstitutes (Mitarbeiter, Abteilung, Kreditinstitut) und die mit dieser verbundenen Risiken zu berücksichtigen ("ex-ante Risikoadjustierung"). Sodann ist ein Teil der Vergütung sofort auszuzahlen - teils bar, teils in Finanzinstrumenten - und der Rest über (mindestens) fünf Jahre zurückzustellen und nur etappenweise auszuzahlen.

Jeweils vor Auszahlung eines weiteren Teils der zurückgestellten Vergütung ist jedoch die konkrete, bereits bewertete Leistung im Abgrenzungszeitraum sowohl des Mitarbeiters als auch der Abteilung[641] und deren Risikoentwicklung erneut rückblickend zu betrachten. Die so ermittelte Risikoentwicklung der (konkreten) Leistung soll sich auf die Höhe des auszuzahlenden Betrages auswirken und allenfalls zu einer Reduktion bis hin zum gänzlichen Entfall der jeweiligen Teilvergütung führen. Von der Genauigkeit der "ex-ante Risikoadjustierung" ist das notwendige Ausmaß einer "ex-post Risikoadjustierung abhängig.[642] Sie kann

---

bei der Leistungsbewertung - überdies auch die Berücksichtigung der Leistung des Kreditinstitutes vor.

[641] Die zugrunde liegende Richtlinienbestimmung (Lit q Abs 1 des durch Anhang I Z 1 der CRD III-RL in die CRD-RL eingefügten Punkt 23 des Abschnittes "11. Vergütungspolitik") sieht - wie bei der Leistungsbewertung - überdies auch die Berücksichtigung der Leistung des Kreditinstitutes vor.

[642] Punkt 135 der CEBS-Leitlinien.

sich grundsätzlich nur auf die noch nicht ausbezahlten und bereits ins Eigentum des Arbeitnehmers übergegangenen Teile der variablen Vergütung beziehen.[643]

Kriterien für eine Risikoanpassung können wiederum - wie bei der "ex-ante Risikoadjustierung[644] - quantitativer Natur oder qualitativ und an Ermessensansätzen orientiert sein und sind auf die jeweilige Position bzw Funktion des Mitarbeiters auszurichten.[645]

Eine solche tatsächliche Risikoanpassung kann konsequenterweise (nur) solange erfolgen, als die Leistung des Mitarbeiters (sowie auch der Abteilung und des Kreditinstitutes) bewertet werden kann, also nur während des Betrachtungszeitraumes.[646] Bei einem fünfjährigen Betrachtungszeitraum (ein Jahr Abgrenzungszeitraum plus vier weitere Jahre) kann bzw muss etwa bis hin zur Auszahlung des zurückgestellten Teiles im vierten Jahr nach Ende des Abgrenzungszeitraumes jedes Mal die Entwicklung der ursprünglichen Leistung berücksichtigt werden.[647] Dies jedoch immer nur, soweit dies unter Heranziehung des Proportionalitätsprinzips erforderlich und gerechtfertigt ist. Letzteres wird in der Regel nur bei wesentlichen oder zumindest deutlich spürbaren Veränderungen bzw Abweichungen der Fall sein.

2.4.5.2.2. Finanz- und Ertragslage des Kreditinstitutes

Neben der zu erfolgenden, tatsächlichen leistungsorientierten Risikoanpassung, ist die Auszahlung bzw Gewährung der variablen Vergütung auch von der Finanzlage des Kreditinstitutes abhängig.

---

[643] Eine Ausnahme besteht bei Rückforderungsvereinbarungen, bei denen es aber in Wahrheit nicht um eine Risikoanpassung der Leistung im eigentlichen Sinn geht, sondern vielmehr die variable Vergütung bei bestimmten Handlungen zum Nachteil des Kreditinstitutes zurückzuzahlen ist.
[644] Siehe dazu oben unter Punkt 2.4.3.5..
[645] Punkte 138 f der CBS-Leitlinien.
[646] Siehe dazu oben unter Punkt 2.4.1..
[647] aA *Kastner/Strau* in *Dellinger,* BWG Anlage zu § 39b BWG Rz 95.

Wie auch Z 7 lit b und d der Anlage zu § 39b BWG zu entnehmen ist, soll die Gewährung variabler Vergütungen so erfolgen, dass das Kreditinstitut nicht daran gehindert wird, seine Eigenmittelausstattung zu verbessern oder zumindest im gesetzlichen Ausmaß zu erhalten.[648] Einer gesetzmäßigen bzw positiven Eigenmittelausstattung wird damit der Vorrang vor allfälligen Zahlungen von variablen Vergütungen eingeräumt. Ist eine solche nicht (mehr) gegeben, darf keine variable Vergütung ausgezahlt werden.[649]

Wäre die Auszahlung bzw Gewährung des jeweils zu beurteilenden Teils der variablen Vergütung zwar aufgrund der Leistung des Mitarbeiters und deren Risikoentwicklung gerechtfertigt, lässt aber die finanzielle Lage des Kreditinstitutes eine Auszahlung nicht oder nicht in der vorgesehenen Höhe zu bzw ist diese eben für das Kreditinstitut nicht oder nicht in der vorgesehenen Höhe tragbar, so ist dieser Teil soweit als notwendig zu reduzieren oder hat gegebenenfalls ganz zu entfallen. Im Falle einer verschlechterten oder negativen Finanz- und Ertragslage des Kreditinstitutes - insb wenn das erforderliche Mindesteigenmittelausmaß nicht erreicht werden kann - ist vielmehr sogar die "gesamte variable Vergütung" erheblich zu beschränken. Dies bedeutet, dass - ohne Berücksichtigung weiterer individueller Kriterien - sämtliche in den Anwendungsbereich der Z 12 lit a der Anlage zu § 39b BWG fallende[650], vom Kreditinstitut auszuzahlende variable (Teil-)Vergütungen entsprechend zu kürzen sind oder ganz zu entfallen haben.[651] Dabei ist zu beachten, dass nicht willkürlich gekürzt werden darf und einzelne Arbeitnehmer gegenüber anderen vergleichbaren schlechter gestellt werden (etwa verhältnismäßig größere Kürzungen hinnehmen müssen), sondern unter Berücksichtigung des Gleichbehandlungsgrundsatzes[652] vorgegangen wird.

---

[648] Vgl auch *Waldherr/Zimmermann*, ÖBA 2012, 366 (375).
[649] Punkt 74 des Rundschreibens der FMA.
[650] Aufgrund des Proportionalitätsgrundsatzes kann es nämlich zu einer Neutralisierung dieser Bestimmung für bestimmte Mitarbeiter (und Institute) kommen (siehe dazu oben unter Punkt 2.3.3.).
[651] Punkt 75 des Rundschreibens der FMA.
[652] Siehe dazu auch unten unter Punkt 2.4.7.4..

2.4.5.2.3. Maßnahmen

Bei den Maßnahmen für eine "ex-post Risikoadjustierung" können implizite[653] und explizite unterschieden werden. Während bei ersteren aktive Schritte zu setzen sind, erfolgt bei letzteren die Risikoanpassung aufgrund der Koppelung der Finanzinstrumente an die finanzielle Situation des Kreditinstitutes von selbst, ohne aktives Zutun. Als explizite Maßnahmen nennt das Gesetz ebenso wie die *EBA*[654] den Abschluss von Malus- und Rückforderungsvereinbarungen.

Für noch nicht ausbezahlte bzw gewährte Teile der variablen Vergütung sollen zur Umsetzung der "ex-Post Risikoadjustierung" Malusvereinbarungen abgeschlossen werden, die eine mögliche Reduzierung des Vergütungsanspruches vorsehen sollen. Im Rahmen eines Malus sollen die Leistungen auf allen Ebenen (Kreditinstitut, Abteilung, Mitarbeiter) bzw deren Risikoentwicklung Berücksichtigung finden.[655]

Um nicht sittenwidrig zu sein, haben diese Vereinbarungen natürlich konkrete Kriterien vorzusehen und klar und transparent zu regeln, in welchen Fällen eine Reduktion wie vorzunehmen ist. Als mögliche zu einer Reduktion führende Kriterien nennt die *EBA*[656] folgende:

- nachweisliches Fehlverhalten oder schwerwiegender Fehler des Mitarbeiters (zB Nichteinhaltung des Verhaltenskodex und anderer betriebsinterner Regeln, insb mit Bezug auf Risiken),
- signifikanter Rückgang der Finanzleistung des Kreditinstituts und/oder des Geschäftsbereichs bzw der Abteilung (spezifische Indikatoren erforderlich),
- folgenschweres Versagen des Risikomanagements des Kreditinstituts und/oder der Abteilung, in der der Mitarbeiter arbeitet sowie

[653] Zahlung eines Teiles der Vergütung in Finanzinstrumenten.
[654] Punkte 135 f der CEBS-Leitlinien.
[655] Punkt 136 der CEBS-Leitlinien.
[656] Punkt 137 der CEBS-Leitlinien.

- bedeutende Änderungen in der wirtschaftlichen oder regulatorischen Eigenkapitalausstattung des Kreditinstituts.

Da Malusvereinbarungen sowohl für die "ex-post Risikoadjustierung" im eigentlichen Sinn als auch für jene schlicht die Finanzlage des Kreditinstitutes berücksichtigende vorgesehen sind, finden sich unter den möglichen Kriterien einerseits leistungs- und handlungsorientierte und andererseits rein an der Finanzlage des Kreditinstitutes ausgerichtete.

Weil solche Malusvereinbarungen nur noch nicht gewährte bzw ausgezahlte oder erworbene Vergütungsbestandteile betreffen können, sollen für eine Risikoanpassung auch nach Auszahlung der gesamten variablen Vergütung Rückforderungsvereinbarungen[657] abgeschlossen werden. Diese sollen insb Fälle des erwiesenen Betrugs oder der Angabe irreführender Informationen erfassen, aber erforderlichenfalls auch weitere gerechtfertigte Fälle.[658]

Malus- und Rückforderungsvereinbarungen - also die aktiven bzw expliziten Risikoanpassungsmaßnamen - sollen nur Reduktionen der variablen Vergütung ermöglichen. Eine Erhöhung des zurückgestellten und ursprünglich betraglich bestimmten Teils darf bzw kann nicht erfolgen, ebensowenig wie eine Nachzahlung nicht gezahlter Vergütungsteile in späteren Jahren.[659]

Berücksichtigt wird vor jeder Auszahlung immer nur der auszuzahlende Teil, nicht die gesamte zurückgestellte Vergütung des betroffenen Mitarbeiters. Das bedeutet, dass die Reduktion der auszuzahlenden Vergütung in einem Jahr grundsätzlich keine Auswirkungen auf jene im nächsten Jahr hat, weil diese erst nach der dann bestehenden Leistungs- und Finanzsituation zu beurteilen ist.

[657] In Fällen von bewusst unrechtmäßigem oder schädigendem Verhalten des Arbeitnehmers kann der Rückforderung - mangels Gutgläubigkeit - nicht der gutgläubige Verbrauch der Vergütung entgegengehalten werden.
[658] Punkt 137 der CEBS-Leitlinien.
[659] Punkt 144 der CEBS-Leitlinien; Punkt 67 des Rundschreibens der FMA; *Waldherr/Zimmermann*, ÖBA 2012, 366 (376).

Unterbleibt daher die Auszahlung in einem Jahr aufgrund der Finanzlage des Kreditinstitutes, so kann dennoch im nächsten Jahr bei entsprechender besserer Finanzlage der nächste Teil der variablen Vergütung ausgezahlt werden.[660]

Richtigerweise kann natürlich ohne entsprechende Vereinbarung mit dem betroffenen Mitarbeiter nicht einfach in diesem gebührende und bereits entstandene Ansprüche eingegriffen werden.[661] Aus diesem Grund sehen sowohl der europäische als auch der österreichische Gesetzgeber den Abschluss solcher Vereinbarungen vor. Eine Reduktion einer bereits bestimmten variablen Vergütung bzw deren Rückforderung setzt daher den Abschluss einer entsprechenden Vereinbarung und damit die vertragsmäßige Einräumung eines solchen Gestaltungsrechtes zugunsten des Kreditinstitutes als Arbeitgeber voraus.[662]

Auch bei Vorliegen einer Vereinbarung sind jedoch immer die in der Judikatur entwickelten Ausübungsschranken solcher einseitiger Gestaltungsrechte zu beachten und ist somit jedenfalls mit billigem Ermessen vorzugehen.[663] Insbesondere die Grenzen der Einflussnahme auf den eine Risikoanpassung auslösenden Bedingungseintritt durch den Arbeitgeber bzw das Kreditinstitut zum Nachteil der Mitarbeiter - mit der andernfalls eintretenden Konsequenz der Erfüllungs- bzw Nichterfüllungsfiktion - sind zu beachten.[664]

---

[660] Vgl auch *Kastner/Strau* in *Dellinger*, BWG Anlage zu § 39b BWG Rz 93.

[661] Dies ergibt sich schon aus dem allgemeinen Grundsatz der Vertragstreue (vgl *Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts I[13] 98).

[662] So auch *Kastner/Strau* in *Dellinger*, BWG Anlage zu § 39b BWG Rz 97; *Marhold/Osmanovic*, ASoK 2011, 130 (135); Vgl Punkt 66 des Rundschreibens der FMA.

[663] Siehe dazu etwa *Kuras*, Möglichkeiten und Grenzen einzelvertraglicher Gestaltungen im aufrechten Arbeitsverhältnis, ZAS 2003/19 (FN 84) mwN; *Löschnigg*, Arbeitsrecht[11], 5/192; OGH 9 Ob A 512/88 RdA 1989, 132 = SZ 61/275 = ZAS 1989, 94 (Tomandl) = JBl 1989,193 (Grillberger) = RdA 1990/8 (Grillberger) = ARD 4049/9/89 ua; OGH 8 ObA 220/95 öRdA 1996, 148 (*Resch*) = ZAS 1995, 190 (*Tomandl*); RIS-Justiz OGH RS0017784.

[664] Siehe dazu oben unter den Punkten 1.3.4. und 2.4.3.5.; *Risak*, Einseitige Entgeltgestaltung im Arbeitsrecht 234; *Apathy/Riedler* in *Schwimann*, ABGB Praxiskommentar IV[3] § 897 Rz 18; *Rummel* in *Rummel*, ABGB I[3] § 897 Rz 7.

2.4.5.3. Qualifikation des Erwerbsvorgangs

Der mehrjährige Betrachtungszeitraum kann nun so verstanden werden, dass erst nach dessen Ablauf der Anspruch auf die variable Vergütung tatsächlich (zur Gänze) entsteht und die zuvor jährlich geleisteten Zahlungen lediglich als Akontozahlungen auf diesen Anspruch zu qualifizieren sind.[665]

Es wird aber auch die Ansicht[666] vertreten, dass zu Beginn ein unbedingter Anspruch auf den bereits "fälligen" Teil der variablen Vergütung und ein bedingter Anspruch auf den restlichen, zurückzustellenden Teil entstehen. Letzterer würde dann in jährlichen Tranchen nach einer allfälligen risikoorientierten Anpassung der Höhe unbedingt erworben.

Zu folgen ist der zweiten Auffassung. So spricht Z 12 lit a der Anlage zu § 39b BWG davon, dass die "ex-post Risikoadjustierung" anwendbar ist auf den *"Anspruchserwerb oder die Auszahlung der variablen Vergütung einschließlich des zurückgestellten Anteils"*. Der ausdrücklichen Trennung vom zuerst genannten - und damit implizit gedanklich vorgeschalteten - Anspruchserwerb und der erst danach genannten Auszahlung der kurzfristigen und langfristigen Teile der variablen Vergütung ist eine ebensolches Verständnis des Erwerbsvorganges zu entnehmen. Nehme man überdies an, dass der Anspruch erst nach Ablauf des gesamten mehrjährigen Betrachtungszeitraumes tatsächlich entstünde, so bedürfte es hinsichtlich des Anspruchserwerbs keiner Risikoanpassung, weil dieser ja ohnehin erst nach Ablauf des gesamten Betrachtungszeitraumes evaluiert würde und die zuvor ermittelten Beträge lediglich der Ermittlung der Akontierungen dienen würden. Hinzu kommt auch, dass es für die Umsetzung der "ex-post Risikoadjustierung" wohl nicht explizit ausdrücklicher Vereinbarungen mit den einzelnen Mitarbeitern bedürfte, weil bei tatsächlichem Entstehen des Anspruchs erst nach Ablauf des Beurteilungszeitraumes bis dahin noch nicht in einen bereits

[665] So *Peschek/Pöschl*, ecolex 2010, 977 (979 f).
[666] *Waldherr/Zimmermann*, ÖBA 2012, 366 (375); vgl auch *Kastner/Strau* in *Dellinger*, BWG Anlage zu § 39b BWG Rz 94 ff.

entstandenen Anspruch eingegriffen würde. Eine Reduzierung von schlichten Akontozahlungen auf einen erst später entstehenden Anspruch wäre schließlich ohne solche ausdrücklichen Malusvereinbarungen möglich. Hier würde es für die Möglichkeit, jährlich unterschiedlich hohe Akontozahlungen zu gewähren, ausreichen, dass diese ohne Abschluss einer Vereinbarung jeweils unter dem Vorbehalt der Freiwilligkeit und Widerruflichkeit[667] dieser Vorausleistung und mit der Erklärung, dass diese auf den letztlich entstehenden Anspruch angerechnet werden, tatsächlich bezahlt werden. Dies deshalb, weil der Mitarbeiter dann auf diese Akontozahlungen keinen Anspruch hat.

Überdies ist dem in den CEBS-Leitlinien[668] vorgesehenen Vergabe- und Auszahlungsprozess ebenfalls eine solche Qualifizierung des Erwerbvorganges zu entnehmen. So soll schon nach Ablauf des Abgrenzungszeitraumes im Rahmen des Vergabeverfahrens ("award process") die Leistung auf die dieser entsprechende variable Vergütung umgelegt werden, letztere somit festgestellt werden. Im Rahmen des Auszahlungsprozesses ("pay out process") der schon gewährten Vergütung - wobei hier von der tatsächlichen Auszahlung *(*"actual payment") die Rede ist - soll der sofort zu zahlende Teil der variablen Vergütung eben bereits eine Belohnung (nur) für die im Abgrenzungszeitraum erbrachten Leistungen sein; dies ungeachtet deren späterer Auswirkungen, die noch nicht absehbar bzw nicht bereits im Rahmen der "ex ante Risikoadjustierung" erfassbar sind. Dies spricht dafür, dass dieser Teil dem betreffenden Arbeitnehmer bereits unbedingt gebühren soll. Mit dem zurückzustellenden, später auszahlbaren Teil der variablen Vergütung soll schließlich (erst) die Nachhaltigkeit der im Abgrenzungszeitraum erbrachten Leistungen prämiert werden. Nur dieser Teil der variablen Vergütung soll damit noch nicht unbedingt gebühren, sondern nur unter der dann festgestellten Nachhaltigkeit der Leistungen.

Ein solches Verständnis des Erwerbsvorganges wird auch durch die in Anhang 1 der CEBS-Leitlinien enthaltene Terminologie gestützt. So wird hier hinsichtlich

[667] Dies um das Entstehen einer betrieblichen Übung und damit eines einzelvertraglichen Anspruches zu vermeiden.
[668] Punkte 86 ff.

des Zuteilungsprozesses ("vesting process") erläutert, dass ein Vergütungsteil erdient bzw erworben wird, wenn dessen Zahlung erfolgt. Betreffend diesen Vergütungsteil sollen nachträglich keine Berichtigungen mehr möglich sein, ausgenommen durch Rückforderungsvereinbarungen (die im Wesentlichen unrechtmäßiges bzw schädigendes Verhalten betreffen). Während des Rückstellungszeitraumes ("deferral period") zurückgestellte Vergütungen sollen hingegen nicht bzw nicht unbedingt erdient sein, sondern vielmehr unter der Bedingung der nachträglichen Anpassung stehen.

Folglich wird der unmittelbar nach Gewährung der variablen Vergütung nach Ablauf des Abgrenzungszeitraumes auszuzahlende Teil als Belohnung für die im Abgrenzungszeitraum erbrachte Leistung bereits unbedingt erworben. Der zurückgestellte Teil hingegen wird nur bedingt erworben und ist von der noch zu erfolgenden "ex post Risikoadustierung" abhängig. Erst nach deren Vornahme und mit einer (allfälligen) Auszahlung wird auch der jeweils betroffene zurückgestellte Teil unbedingt erworben. Kürzungen und Rückzahlungen können dann nur mehr über mit dem betroffenen Arbeitnehmer abgeschlossene Rückforderungsvereinbarungen erreicht werden.

2.4.5.3.1. Vorzeitiges Ausscheiden eines Arbeitnehmers

Infolge dieser Qualifizierung kann es auch nicht zu den eingangs dieser Arbeit erwähnten, möglichen Problemen bei vorzeitigem Ausscheiden kommen. Scheidet ein Arbeitnehmer während des Abgrenzungszeitraumes aus, so hat dieser - sofern nicht ohnehin vertraglich eine Aliquotierung vorgesehen ist[669] - gem § 16 AngG[670] Anspruch auf einen aliquoten Teil der variablen Vergütung.

Sinnvoll wird hier im Zeitpunkt der Beendigung die Anwendung eines pauschal festgelegten Zielerreichungsgrades, unter Heranziehung des Gesamtzieles für den

[669] Vgl etwa *Reissner* in *Tomandl/Schrammel*, Gestaltungsfreiheit 87.
[670] Siehe dazu oben unter Punkt 1.3.5..

Abgrenzungszeitraum, sein. Die Kriterien der Ermittlung haben transparent und nachvollziehbar zu sein und dieselben Anforderungen wie schon jene für die Zielfestlegung selbst (im Hinblick auf Maßstäbe, Ausrichtung und Risikoberücksichtigung) zu erfüllen. Es sind daher auch hier die in den CEBS-Leitlinien entwickelten Vorgaben zu beachten.

Auch die sich so ergebende (teilweise) Vergütung unterliegt in Anwendung des Proportionalitätsprinzips[671] dem durch die Vergütungsvorschriften vorgegebenen Verfahren betreffend bare und unbare Vergütungsteile, Rückstellung, Risikoadjustierung etc. Es ist daher - bei entsprechender Höhe der variablen Vergütung und Notwendigkeit gemäß dem Proportionalitätsprinzip - auch hier nur ein Teil sofort auszuzahlen und der Rest zum Zwecke der "ex-post Risikoadjustierung" rückzustellen. Es kann daher durch eine allenfalls vorzunehmende Rückstellung noch Jahre nach dem Ausscheiden des Arbeitnehmers zu Vergütungszahlungen kommen. Das Problem, dass man sich hierbei von Langfristigkeit und Nachhaltigkeit entferne[672], ergibt sich auf diese Weise nicht.

[671] Siehe dazu oben unter Punkt 2.3.3..
[672] Siehe *Angermair/Kinner*, Der Standard 2010/50/01.

2.4.6. Umgehungsverbot (Z 12 lit d)

Z 12 lit d der Anlage zu § 39b BWG verbietet jede Art der Umgehung der Vergütungsbestimmungen des BWG. Wörtlich bestimmt sie Folgendes:

> *"Variable Vergütungen werden nicht durch Instrumente oder Verfahren gezahlt, die eine Umgehung der Anforderungen dieses Bundesgesetzes ermöglichen."*

Hierdurch wird ausdrücklich eine Umgehung durch tatsächliche und rechtliche Konstruktionen verboten.[673] Erfasst sind etwa die Auszahlung der variablen Vergütung über den Umweg von Dividenden oder künstlich hohen Zinsen oder die Gewährung über andere - auch nicht-geldwerte - Auszahlungsformen.[674]

Ebenso unter dieses Umgehungsverbot fallen Konstruktionen bei der Anstellung der betroffenen Mitarbeiter. So ist es verboten, Arbeitnehmer bei einem an sich nicht in den Anwendungsbereich des BWG fallenden Konzernunternehmen etwa in Drittstaaten anzustellen und diesen überwiegend bei einem von diesem Gesetz erfassten Kreditinstitut für Arbeiten einzusetzen, die eine Anwendung der Vergütungsbestimmungen des BWG erfordern.[675] Auch die Auszahlung der variablen Vergütung über ein anderes Konzernmitglied zur Umgehung der Vergütungsbestimmungen ist vom Umgehungsverbot umfasst.[676]

Des Weiteren darf etwa nicht über die unrichtige und zu großzügige Anwendung des Proportionalitätsgrundsatzes versucht werden, eigentlich in den Anwendungsbereich des BWG fallende Mitarbeiter von der Anwendung der Vergütungsbestimmungen auszunehmen.[677]

---

[673] Siehe Punkt 13 der CEBS-Leitlinien; Punkt 21 des Rundschreibens der FMA.
[674] Punkte 13, 125, 136 der CEBS-Leitlinien.
[675] Siehe Punkt 21 des Rundschreibens der FMA; dazu auch oben unter Punkt 2.3.4.1.3..
[676] Vgl *Kastner/Strau* in *Dellinger*, BWG Anlage zu § 39b BWG Rz 107.
[677] *Waldherr/Zimmerman*, ÖBA 2012, 366 (371).

In gewisser Weise ist auch Z 12 lit c der Anlage zu § 39b BWG, die es den Mitarbeitern verbietet, *"auf persönliche Hedging-Strategien oder vergütungs- und haftungsbezogene Versicherungen zurückzugreifen, um die in ihren Vergütungsregelungen verankerte Ausrichtung am Risikoverhalten zu unterlaufen"*, als besonderer Fall des allgemeinen Umgehungsverbotes zu qualifizieren.[678] Auch hier soll schließlich die Erlangung finanzieller Vorteile entgegen den Vergütungsbestimmungen des BWG erreicht werden.

Zusammengefasst normiert Z 12 lit d der Anlage zu § 39b BWG ausdrücklich ein Verbot jeglicher wie auch immer gestalteter Umgehung der Bestimmungen und Ziele der Vergütungsbestimmungen des BWG. Im Falle einer solchen Umgehung richtet sich die Anwendbarkeit der Vergütungsbestimmungen bzw deren Ausmaß nach den tatsächlichen Begebenheiten.[679]

[678] *Waldherr/Zimmerman*, ÖBA 2012, 366 (377).
[679] Vgl *Kastner/Strau* in *Dellinger*, BWG Anlage zu § 39b BWG Rz 107.

2.4.7. Weitere Fragen der Umsetzung in der Praxis

Je nach der Anzahl der von den speziellen Vergütungsbestimmungen betroffenen Mitarbeiter können zur Konkretisierung der gesetzlichen Regelung verschiedene Gestaltungsmittel notwendig bzw zweckmäßig sein. In Betracht kommen für die im Rahmen der Vergütungsbestimmungen des BWG vorgesehene Form der Mitarbeiterbeteiligung, die grundsätzlich eine Kapitalbeteiligung sein soll, an sich Arbeitsvertrag und Betriebsvereinbarung.[680]

Die Regelung im Kollektivvertrag ist demgegenüber weniger sinnvoll, weil dieser gem § 2 Abs 2 Z 2 ArbVG im Grunde nur die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis regeln kann, nicht jedoch die erforderlichen gesellschaftsrechtlichen Aspekte (wie etwa die Frage, welche Beteiligung konkret in Betracht kommt oder wie eine alternative Beteiligung zu bewerten ist).[681] Überdies werden die notwendigen Ausgestaltungen von Kreditinstitut zu Kreditinstitut variieren, weshalb eine kollektivvertragliche Konkretisierung der gesetzlichen Regelung des BWG ohnedies nicht sinnvoll bzw zweckmäßig wäre.

2.4.7.1. Betriebsvereinbarung

Für die kollektive (innerbetriebliche) Regelung von Mitarbeiterbeteiligungssystemen kommt der Abschluss einer fakultativen Betriebsvereinbarung gem § 97 Abs 1 Z 16 ArbVG in Betracht.[682] Auch eine solche aufgrund einer allfälligen kollektivvertraglichen Ermächtigung ist möglich.[683]

---

[680] *Marhold/Weinmeier* in *Marhold/Burgstaller/Preyer*, AngG § 14 Rz 24; *Resch* in *Achatz/Jabornegg/Resch*, Mitarbeiterbeteiligung 71 ff; *Herzeg*, Mitarbeiterbeteiligung hat Grenzen, Die Presse 2007/37/02.

[681] *Resch* in *Achatz/Jabornegg/Resch*, Mitarbeiterbeteiligung 72 f unter Verweis auf *Krejci*, Stock Options und Beendigung des Arbeitsverhältnisses, ecolex 2001, 16 FN 3; Vgl auch *Oberhofer* in *Kronberger/Leitsmüller/Rauner*, Mitarbeiterbeteiligung in Österreich 170.

[682] Eine Unterscheidung zwischen notwendigen Betriebsvereinbarungen bei auf die individuelle Leistung abstellenden Systemen gem § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG idF vor BGBl I 2010/101 und fakultativen Betriebsvereinbarungen bei nicht auf die individuelle Leistung ausgerichteten, erfolgsabhängigen Gewinnbeteiligungssystemen gem § 97 Abs 1 Z 16 idF vor BGBl I 2010/101 ist

Betriebsvereinbarungen gem § 97 Abs 1 Z 16 ArbVG können - wie schon der in der Rangordnung höherstehende Kollektivvertrag - inhaltlich die das Arbeitsverhältnis betreffenden Teile eines Mitarbeiterbeteiligungssystems regeln - so etwa insb generelle Bemessungsgrundsätze der gebührenden variablen Vergütung und Ausübungsschranken. Hinsichtlich der gesellschaftsrechtlichen Ausgestaltung, der Mitarbeiterkapitalbeteiligung, wird jedoch eine Regelung außerhalb der Betriebsvereinbarung zu treffen sein.[684]

Der Nachteil bei Betriebsvereinbarungen ist jedoch, dass von dessen Geltungsbereich nur Arbeitnehmer iSd § 36 ArbVG, nicht jedoch die gesetzlichen Vertreter gem § 36 Abs 2 Z 1 ArbVG und leitende Angestellte iSd § 36 Abs 2 Z 3 ArbVG erfasst sind. Da diese beiden Personengruppen allerdings den Großteil der von den speziellen Vergütungsbestimmungen erfassten Mitarbeiter ausmachen, ist fraglich, ob der Abschluss einer Betriebsvereinbarung zweckmäßig ist.

2.4.7.2. Arbeitsvertrag

Je weniger Mitarbeiter tatsächlich von den speziellen Vergütungsbestimmungen erfasst sind, desto eher eignet sich die einzelvertragliche Vereinbarung betreffend die Mitarbeiterbeurteilung. Insb für jene Personen, die nicht als Arbeitnehmer iSd § 36 ArbVG[685] zu qualifizieren und daher von einer allfälligen Betriebsvereinbarung nicht erfasst sind, ist eine einzelvertragliche Regelung sinnvoll. Selbst eine kollektive Regelung erfordert allerdings idR einzelvertragliche Konkretisierungen der generellen Regelungen. Insb bei der

---

seit der ArbVG-Novelle 2010 (BGBl I 2010/101) nicht mehr vorzunehmen. Auch das Problem gemischter Betriebsvereinbarungen betreffend auf beiden Rechtsgrundlagen beruhende Systeme stellt sich dementsprechend nicht mehr.

[683] *Resch* in *Achatz/Jabornegg/Resch*, Mitarbeiterbeteiligung 73 f; vgl *Binder* in *Tomandl*, ArbVG § 97 Rz 195.

[684] *Marhold/Weinmeier* in *Marhold/Burgstaller/Preyer*, AngG § 14 Rz 37; *Resch* in *Achatz/Jabornegg/Resch*, Mitarbeiterbeteiligung 75; Vgl auch *Oberhofer* in *Kronberger/Leitsmüller/Rauner*, Mitarbeiterbeteiligung in Österreich 171 f.

[685] Gesetzliche Vertretungsorgane gem § 36 Abs 2 Z 1 ArbVG und leitende Angestellte iSd § 36 Abs 2 Z 3 ArbVG.

gegenständlich erforderlichen konkreten Beurteilung des Risikoeinflusses des einzelnen Mitarbeiters und dessen Auswirkungen auf die Bewertung und die Vergütungshöhe wird eine einzelvertragliche (zusätzliche) Vereinbarung notwendig sein.

2.4.7.3. Bucheinsicht

Die variable Vergütung hat neben leistungsbezogenen Kriterien jedenfalls auch den Unternehmenserfolg sowie die finanzielle Situation des Kreditinstitutes an sich zu berücksichtigen. Damit ist die variable Vergütung zum Teil auch vom Gewinn des Kreditinstitutes abhängig. Eine reine Kapitalbeteiligung liegt aufgrund der Kombination von Barzahlung und Beteiligung nicht vor.

Der Arbeitnehmer hat somit ein Interesse an der Richtigkeit der Höhe des Gewinns des Kreditinstitutes, um die Höhe seiner variablen Vergütung überprüfen bzw nachvollziehen zu können. Die variable Vergütung ist zwar nicht allein von buchhalterischen Werten, sondern auch abstrakten Ermessenskriterien sowie einer Risikogewichtung abhängig.[686] Aufgrund der teilweisen Verknüpfung auch mit dem Gewinn des Kreditinstitutes wird dem Mitarbeiter jedoch ein Anspruch auf Abrechnung iSd § 14 Abs 1 AngG sowie ein Bucheinsichtsrecht iSd § 14 Abs 2 AngG zuzugestehen sein.[687]

Hinsichtlich der im Rahmen der Vergütungsbestimmungen schon ausgegebenen Finanzinstrumente in Form der Mitarbeiterkapitalbeteiligung richten sich Einsichts- und Auskunftsrechte jedoch im Weiteren nicht mehr nach dem AngG, sondern aufgrund der damit verbundenen Gesellschafterstellung nach den jeweiligen gesellschaftsrechtlichen Regelungen.[688]

---

[686] Vgl Z 7 und 10 der Anlage zu § 39b BWG.
[687] Vgl *Löschnigg*, RdA 2000, 367 (369); *Marhold/Weinmeier* in *Marhold/Burgstaller/Preyer*, AngG § 14 Rz 77 ff.
[688] Vgl *Jabornegg* in *Löschnigg*, AngG[9] § 14 Rz 15.

2.4.7.4. Gleichbehandlung

In Umsetzung der Vergütungsbestimmungen sowie der Vereinbarung und Gewährung variabler Vergütungen ist zu beachten, dass ganz allgemein die Gleichbehandlungsvorschriften sowie insb der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz eingehalten werden.[689]

Es darf daher grundsätzlich nicht eine Minderheit der Arbeitnehmer ohne eine sachliche Rechtfertigung schlechter behandelt werden, als die Mehrheit vergleichbarer Arbeitnehmer. Die Bevorzugung Einzelner oder einer Minderheit gegenüber einer Mehrheit vergleichbarer Arbeitnehmer ist allerdings zulässig, sofern nicht ein generalisierendes Prinzip erkennbar ist.[690]

[689] Siehe auch *Oberhofer* in *Kronberger/Leitsmüller/Rauner*, Mitarbeiterbeteiligung in Österreich 184 f.

[690] Näheres dazu ua in *Löschnigg*, Arbeitsrecht[11] Rz 6/369 ff; *Marhold/Friedrich*, Arbeitsrecht[2] 247 ff; *Schrank*, Arbeits- und Sozialversicherungsrecht 116/II f; *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht I[7] 253 ff.

2.5. Vergütungsvorschriften im Aktiengesetz

Wirft man einen Blick in das AktG, so erkennt man, dass es hier bereits vor den Novellierungen im BWG - zumindest grundsätzliche - Regelungen über die Vergütung von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft gab. So erlaubt § 77 AktG Vorstandsmitgliedern als Vergütung eine Beteiligung am Gewinn als Anteil am Jahresüberschuss. In § 78 AktG wird der Aufsichtsrat verpflichtet, für eine Angemessenheit der Bezüge der Vorstandsmitglieder zu sorgen und ihm demgemäß die Kontrolle dieser Vergütung übertragen. Auch in § 39c BWG wurde im Rahmen der Einführung der BWG-Vergütungsvorschriften[691] dem Aufsichtsorgan des Kreditinstitutes - bei der Aktiengesellschaft demnach dem Aufsichtsrat - in ähnlicher Weise die Kontrolle der Vergütungen aufgetragen.

Die eingangs beschriebenen Probleme hinsichtlich der kurzfristigen Ausrichtung der Vergütungen, die mitunter ein Grund für die Finanzkrise (ab dem Jahr 2007) waren, haben auch ganz allgemein bei Aktiengesellschaften - nicht nur solchen, die als Kreditinstitute dem BWG unterliegen - zu einem Umdenken und Änderungen auch im Aktiengesetz geführt. So wurde insbesondere § 78 AktG durch das Zweite Stabilitätsgesetz 2012[692] novelliert.

2.5.1. § 78 AktG vor dem Zweiten Stabilitätsgesetz 2012

Bereits seit dem Inkrafttreten des (aktuellen) AktG im Jänner 1966 hat der Aufsichtsrat gemäß § 78 Abs 1 AktG dafür zu sorgen, dass *"die Gesamtbezüge der Vorstandmitglieder […] in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben des einzelnen Vorstandmitglieds und zur Lage der Gesellschaft stehen"*. Die Bezüge von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft sind damit

[691] Jedoch erst mit BGBl I 2011/145.
[692] BGBl I 2012/35.

ausdrücklich einerseits im Hinblick auf die jeweiligen Aufgaben des Vorstandmitglieds und andererseits im Hinblick auf die wirtschaftliche und finanzielle Lage der Gesellschaft begrenzt. Bedenkt man, dass sowohl Aufsichtsrat als auch Vorstand ohnehin die Interessen der Aktiengesellschaft zu wahren - und damit auch deren wirtschaftliche Lage im Auge zu behalten - haben, so ist die Anordnung in § 78 AktG an sich nur eine ausdrückliche, konkrete Ausgestaltung dieser Verpflichtung.[693]

Der Aufsichtsrat ist somit in seiner Gestaltungsfreiheit bei Abschluss der Vereinbarung betreffend die Bezüge des jeweiligen Vorstandsmitgliedes insoweit durch die vorgegebenen Grenzen beschränkt. Er ist jedoch nicht verpflichtet oder - ohne entsprechend eingeräumte Gestaltungsbefugnis - auch nur berechtigt, eine bereits festgesetzte Gesamtvergütung bei (noch so gravierender) Verschlechterung der Lage der Gesellschaft im Nachhinein einseitig herabzusetzen.[694] Die eine entsprechende gesetzlich eingeräumte Anpassungsmöglichkeit bei geänderter Lage vorsehende, noch in der Stammfassung des Aktiengesetzes 1937 enthaltene Regelung in § 78 Abs 2 wurde in unser aktuelles Aktiengesetz nicht übernommen. Um auch nach bereits vertraglich festgesetzter Vergütung noch eine Anpassung zu erlauben - was jedenfalls im Interesse der Gesellschaft ist - ist es jedoch jedenfalls möglich und sinnvoll variable Vergütungen der Vorstandsmitglieder bereits von vorneherein an die wirtschaftliche Lage widerspiegelnde Unternehmens-kennzahlen zu knüpfen und allenfalls noch ein vertragliches Anpassungsrecht mit bereits im Vorhinein bestimmten Kriterien[695] vorzusehen.[696]

Unterliegt die Aktiengesellschaft als Kreditinstitut dem BWG, so sind jedenfalls zusätzlich die Vergütungsbestimmungen des BWG zu beachten. Hier ist vor allem zu berücksichtigen, dass der Aufsichtsrat eine Anpassungsmöglichkeit der variablen Vergütung im Falle einer Verschlechterung der finanziellen Lage der

[693] So auch *Strasser* in *Jabornegg/Strasser,* AktG II[5] §§ 77-84 Rz 142.
[694] OGH 9 Ob A 513/88 RdA 1989, 417.
[695] Siehe zur Notwendigkeit transparenter Kriterien auch oben unter Punkt 1.3.4..
[696] *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss,* AktG I[2] § 78 Rz 6; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser,* AktG II[5] §§ 77-84 Rz 143.

Gesellschaft - zumindest bei neuen Verträgen; bei alten gilt die Hinwirkungsverpflichtung[697] - vorsehen muss.[698]

Verstößt eine Vergütungsvereinbarung gegen die Bestimmung des § 78 AktG, weil die Vergütung unangemessen hoch und nicht den Kriterien des § 78 AktG entsprechend ist[699], ist sie nicht (ganz oder zum Teil) nichtig, sondern rechtswirksam.[700] Da die Verpflichtung des § 78 AktG an den Aufsichtsrat gerichtet ist, ist die in einem solchen Fall eintretende Folge jedoch eine Haftung des Aufsichtsrates gegenüber der Gesellschaft - dies jedoch erst bei grobem Überschreiten des Ermessenspielraumes.[701]

Allerdings wäre vor dem Hintergrund der auch Vorstandsmitglieder treffenden erhöhten Interessenswahrungs- und Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft zu überlegen, ob in Fällen krasser Überentlohnung nicht auch diese entsprechende Haftungen treffen.

2.5.2. § 78 AktG nach dem Zweiten Stabilitätsgesetz 2012

Durch das 2. StabG 2012 wurde in § 78 AktG nunmehr - wie bereits im BWG hinsichtlich Kreditinstituten erfolgt - die Vergütung der Vorstandsmitglieder von Aktiengesellschaften im Allgemeinen an langfristige Erfolge gekoppelt, um zu hohe Risikobereitschaft auch hier zu vermeiden.[702] Im Wesentlichen fanden sich

[697] Siehe dazu oben unter Punkt 2.3.5.1..
[698] Siehe dazu oben unter Punkt 2.4.5.2.3..
[699] Ein Verstoß aufgrund einer "zu niedrigen" Vergütung ist hingegen nicht denkbar - hier käme lediglich die Grenze der Sittenwidrigkeit in Betracht.
[700] *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II[5] §§ 77-84 Rz 142; OGH 9 ObA 513/88 RdA 1989, 417; so auch *Haberer/Kraus*, Rechtsfolgen unangemessener Vorstandsvergütungen, GES 2010, 165 (165); vgl dazu auch oben unter Punkt 2.2.6..
[701] *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG I[2] § 78 Rz 13; OGH 7 Ob 58/08t ARD 5894/7/2008 = GeS 2008, 356 = GesRZ 2008, 378 = RdW 2008/593 = wbl 2008/287 = ZFR 2009/38.
[702] ErläutRV 1685 BlgNR 24. GP 30.

die so neu eingeführten Vergütungsgrundätze jedoch bereits (in nicht rechtsverbindlicher Form) im Corporate Governance Kodex.[703]

Es wird betreffend die Gesamtbezüge der Vorstandsmitglieder jetzt ausdrücklich auch auf "anreizorientierte Vergütungszusagen" und somit die als problematisch betrachteten leistungs- und risikoorientierten variablen Vergütungen Bezug genommen.

Überdies gilt nun als zusätzliches Kriterium für die Angemessenheit der Bezüge - neben den Aufgaben und der Lage der Gesellschaft - ausdrücklich die konkrete Leistung des Vorstandsmitglieds. Fehlleistungen sollen demnach explizit nicht mehr ohne Auswirkungen für die Vergütung sein dürfen, sondern haben sich in dieser niederzuschlagen. Als weitere Kriterien, die im Rahmen der Angemessenheitsgrenze bei der Höhe der Vergütung zu berücksichtigen sind, wurden auch ausdrücklich die Üblichkeit bzw Branchenüblichkeit der Vergütung sowie das Setzen langfristiger Leistungsanreize normiert. Diese Langfristigkeit soll den Erläuternden Bemerkungen[704] zufolge vor allem auch bei Aktien - durch Vorsehen von Haltefristen[705] - und "phantom stocks" sowie ähnlichen schuldrechtlichen Instrumenten zum Tragen kommen. Jedenfalls darf nicht auf nur einjährige Leistungen abgestellt werden, sondern muss - ähnlich wie bei den BWG-Vergütungsbestimmungen - die längerfristige (mehrjährige) Entwicklung der Leistungen in der Vergütung Berücksichtigung finden.[706]

Zwar hatte der Aufsichtsrat auch bisher in der Bestimmung der Vergütungen schon verschiedene Kriterien zu beachten[707] - die gesetzliche Aufzählung ist lediglich eine demonstrative[708] - und darauf basierend die Angemessenheit der Vergütung zu ermitteln, doch werden nunmehr ausdrücklich die letztlich auf eine

---

[703] Siehe dazu oben unter den Punkten 2.1.1.1. und 2.2.3.5.1..
[704] ErläutRV 1685 BlgNR 24. GP 31.
[705] Auch dies gab es bereits im Corporate Governance Kodex (ab der Fassung Jänner 2010) in Regel 28.
[706] ErläutRV 1685 BlgNR 24. GP 30.
[707] Vgl etwa *Haberer/Kraus*, GES 2010, 165.
[708] *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II[5] §§ 77-84 Rz 142; Vgl *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG I[2] § 78 Rz 4.

langfristige Orientierung hinauslaufenden, vorstehend genannten Parameter als jedenfalls relevante Kriterien festgelegt.

2.5.3. Fazit

Die Finanzkrise ab dem Jahr 2007 und die diese mitverursachende Vergütungspraxis hat nicht nur im Bankensektor zu detaillierteren und strengeren Regelungen geführt, sondern auch zu entsprechenden Änderungen betreffend Aktiengesellschaften im Allgemeinen. Auch hier wird ausdrücklich die Langfristigkeit der Erfolge als wesentlicher Faktor für die Gewährung - vor allem variabler - Vergütungen definiert. Der zuvor im Ermessen der zuständigen Organe - meist des Aufsichtsorgans - gelegenen Beurteilung der Angemessenheit werden nun vermehrt gesetzliche Grenzen gesetzt.

Angesichts der Tatsache, dass bei Aktiengesellschaften nicht pauschal - wohl aber in vielen Fällen - eine solche wesentliche Auswirkung auf die Wirtschaft bzw den Finanzsektor angenommen werden kann, wie dies bei Kreditinstituten in der Regel der Fall sein wird, ist auch nachvollziehbar, dass die im Aktiengesetz vorgesehenen Beschränkungen bei der Gestaltung der Vergütung (zumindest bisher) in ihrer Strenge und Detaillierung - sowie auch dem erfassten Personenkreis[709] - nicht an die im BWG normierten heranreichen. Dennoch lässt sich auch hier eine Tendenz in Richtung einer vermehrten Regulierung und eines verstärkten gesetzgeberischen Eingriffs in die Privatautonomie der Arbeits- bzw Anstellungsvertragsparteien zum Schutz Dritter erkennen.

[709] Von § 78 AktG sind ausdrücklich nur Vergütungen von Vorstandsmitgliedern erfasst. Die Vergütungsfestlegung hinsichtlich anderer Mitarbeiter liegt aber ohnehin nicht in der Kompetenz des Aufsichtsrates, sondern des Vorstandes.

3. Schlussbetrachtung

Die Novellierung der Vergütungsvorschriften setzte sich auch nach der CRD III-RL[710] - und deren Umsetzung in nationales Recht[711] - weiter fort. Vor einer abschließenden Beurteilung der aktuellen Vergütungsvorschriften soll daher noch ein kurzer Ausblick auf die zu erwartenden Änderungen gegeben werden.

3.1. Ausblick - Aktuelle Neuerungen

Im Rahmen der Basel III-Reformen hat das Europäische Parlament zwischenzeitig bereits weitere Maßnahmen gesetzt und - wie kurz zuvor auch der Rat - den Richtlinien- und Verordnungsvorschlag[712] der Europäischen Kommission vom Juli 2011 betreffend (unter anderem) die Vergütungsbestimmungen bei Kreditinstituten angenommen[713]. Es sollten im Interesse der Klarheit die RL 2006/48/EG und die RL 2006/49/EG aufgehoben und die Bestimmungen gemeinsam mit den neu umzusetzenden Regelungen in neuen Rechtsakten, einer Verordnung[714] und einer RL zusammengefasst werden.[715] Dies ist nun im Sommer 2013 bereits durch Erlass

- der Verordnung (EU) Nr 575/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und

[710] Abl L 2010/329, 3.
[711] BGBl I 2010/118.
[712] COM (2011) 453.
[713] Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 16. April 2013 zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Richtlinie 2002/87/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die zusätzliche Beaufsichtigung der Kreditinstitute, Versicherungsunternehmen und Wertpapierfirmen eines Finanzkonglomerats (COM(2011)0453 – C7-0210/2011 – 2011/0203(COD)) - abzurufen unter http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-20130114+0+DOC+XML+V0//DE&language=DE#top (30.10.2013).
[714] Dies um eine bessere Harmonisierung als durch mit gewissen Wahlmöglichkeiten erst national umzusetzende Richtlinien zu erreichen (8. bis 11. Erwägungsgrund der CRR).
[715] 1. und 77. Erwägungsgrund des Entwurfes der RL 2013/…/EU entsprechend der Entschließung des Europäischen Parlaments vom 16. April 2013.

Wertpapierfirmen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr 646/2012 (Capital Requirements Regulation - CRR)[716] und

- der Richtlinie 2013/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen, zur Änderung der Richtlinie 2002/87/EG und zur Aufhebung der Richtlinien 2006/48/EG und 2006/49/EG (CRD IV-RL)[717] geschehen.

Vorgesehen war im Vorschlag der Europäischen Kommission ursprünglich, dass die CRD IV-RL bereits ab 1. Jänner 2013 anwendbar ist. Aufgrund der Dauer der Verhandlungen und dadurch eingetretener Verzögerungen[718] war dies jedoch nicht möglich. Die CRD IV-RL ist nunmehr mit 17.7.2013 in Kraft getreten und von den Mitgliedstaaten bis 31.12.2013 umzusetzen. Mit 1.1.2014 treten dann die RL 2006/48/EG und die RL 2006/49/EG außer Kraft und beginnt schließlich auch die Geltung der CRR, sodass hier eine zeitliche Gleichschaltung bewirkt wird.

[716] Abl L 176, 1.
[717] Abl L 176, 338.
[718] Der Ablauf des Verfahrens kann unter http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=de&DosId=200715#412344 (30.10.2013) verfolgt werden.

3.1.1. Verordnung (EU) 575/2013 - CRR

Die CRR[719] sieht im Wesentlichen Maßnahmen für die Erhöhung der Transparenz, Verstärkung der Rechenschaftspflicht und insb Stärkung der Kapitalbasis von Kreditinstituten vor. So werden va die Kapitalerhaltungsvorschriften stark verändert.

Daneben normiert die CRR in Art 450 im Hinblick auf die Vergütungsbestimmungen umfassende Offenlegungspflichten der Kreditinstitute unter Berücksichtigung des Proportionalitätsprinzips. Diese sind im Interesse der erhöhten Transparenz[720] weit umfangreicher als die zuvor in der CRD III-RL enthaltenen Offenlegungspflichten. Bei den von den Offenlegungspflichten der CRR nunmehr erfassten Informationen handelt es sich unter anderem um folgende:

- Angaben hinsichtlich des Entscheidungsprozess sowie den bei der Vergütungsfindung beteiligten Personen und zur Rolle der maßgeblichen Interessenträger,
- Angaben zur Verknüpfung von Vergütung und Erfolg,
- Gestaltungsmerkmale des Vergütungssystems und Strategie,
- die Werte für das Verhältnis zwischen fixem und variablem Vergütungsbestandteil,
- Angaben zu den Erfolgskriterien, anhand deren über den Anspruch auf Aktien, Optionen oder variable Vergütungskomponenten entschieden wird,
- zusammengefasste quantitative Angaben zu den Vergütungen je Geschäftsbereich,
- bestimmte quantitative Angaben, aufgeschlüsselt nach Geschäftsleitung und Mitarbeitern,

[719] Abl L 176, 1.
[720] Siehe auch *Kalss/Winner*, Transparenz genügt gegen Gier der Manager, Die Presse 2013/2013/04.

- die Zahl der Personen, deren Vergütung sich im Geschäftsjahr auf eine Million Euro oder mehr beläuft, aufgeschlüsselt nach verschiedenen Vergütungsstufen sowie
- eventuell die Gesamtvergütung jedes Mitglieds des Leitungsorgans oder der Geschäftsleitung.

Von diesen der höheren Transparenz dienenden[721] Vorschriften abgesehen sind die die Vergütung der Mitarbeiter von Kreditinstituten regelnden Bestimmungen in der in nationales Recht umzusetzenden CRD IV-RL enthalten.

[721] 97. Erwägungsgrund der CRR.

3.1.2. RL 2013/36/EU - CRD IV-RL

In der CRD IV-RL[722] sind die einzelnen konkreten Vergütungsgrundsätze sowie nunmehr umfassendere Regelungen zum Vergütungsausschuss - in gewissen Punkten ergänzt - in den Art 92 bis 95 geregelt.

Überdies wurde in Art 96 der CRD IV-RL für Kreditinstitute, die eine eigene Internetseite betreiben, die (neu geschaffene) Verpflichtung normiert, auf dieser die Umsetzung der Anforderungen der Art 88 bis 95 der CRD IV-RL zu erläutern.[723]

Während seine Vorgängerregelung[724] noch bestimmte, dass die Vergütungsgrundätze *"**von** Kreditinstituten auf Ebene der Gruppe, der Muttergesellschaft und der Tochtergesellschaft angewendet [werden], einschließlich derjenigen in Offshore-Finanzzentren"*[725] und damit in Österreich zu divergierenden Ansichten bezüglich der Anwendbarkeit auch auf Tochterunternehmen, die keine Kreditinstitute sind, geführt hat[726], trifft Art 92 Abs 1 der CRD IV-RL dazu eine klarere Aussage. Dieser normiert, dass die zuständigen Behörden dafür zu sorgen haben, dass die Vergütungsbestimmungen *"**auf Institute** auf Ebene der Gruppe, des Mutterunternehmens und der Tochterunternehmen, einschließlich Unternehmen in Offshore-Finanzzentren, **angewandt werden**"*.[727] Das bedeutet, dass die Bestimmungen eben nur auf Kreditinstitute auf der jeweiligen "Gruppenebene" anzuwenden sind, nicht auch von übergeordneten Kreditinstituten bei den jeweils nachgeordneten Mitgliedern der

[722] Abl L 176, 338.
[723] Dies wieder im die CRD IV-RL durchziehenden Interesse höherer Transparenz.
[724] Der durch Anhang I Z 1 der CRD III-RL in die CRD-RL eingefügte letzte Satz des Abschnittes "11. Vergütungspolitik".
[725] Die englische Fassung lautete: *"The principles […] shall be applied **by credit institutions** at group, parent company and subsidiary levels, including those established in offshore financial centres."*
[726] Siehe dazu oben unter Punkt 2.3.2.1.2..
[727] Auch die englische Fassung sieht nunmehr Folgendes vor: *"The application […] shall be ensured by competent authorities **for institutions** at group, parent company and subsidiary levels, including those established in offshore financial centres."* Die Bestimmungen sind demnach nicht mehr "by institutions" sondern "for institutions" in der Kreditinstitutsgruppe anwendbar.

Kreditinstitutsgruppe, ungeachtet dessen, ob diese selbst Kreditinstitute sind oder nicht.

Die wesentlichsten inhaltlichen Änderungen im Hinblick auf die Vergütungsgrundsätze betreffend variable Vergütungen finden sich in Art 94 der CRD IV-RL. So gab es etwa Änderungen hinsichtlich der Finanzinstrumente, die einen Teil der variablen Vergütung ausmachen sollen[728]. Erwähnenswert im Rahmen dieser Arbeit ist an dieser Stelle die Festlegung eines relativen Höchstwertes für die variable Vergütung[729] sowie die konkretere Festlegung von Rückforderungs-vereinbarungen[730].

Die hier wesentlichsten Neuerungen werden im Folgenden kurz beschrieben.

3.1.2.1. Einschränkung der garantierten variablen Vergütung

Gemäß Art 94 Abs 1 lit d und e der CRD IV-RL sollen in Zukunft grundsätzlich keine garantierten variablen Vergütungen mehr zulässig sein. Nur wenn das Kreditinstitut über eine starke Eigenmittelausstattung verfügt, soll in Ausnahmefällen und auf das erste Jahr der Beschäftigung beschränkt die Gewährung einer solchen Vergütung möglich sein. In der CRD III-RL[731] waren solche ausnahmsweise gewährten garantierten Vergütungen noch bei allen Kreditinstituten möglich und standen nicht unter dem zusätzlichen Erfordernis der besonderen Eigenmittelausstattung. Dies regelt auch noch Z 7 lit c des Anhangs zu § 39b BWG idF BGBl I 2011/145.

[728] Art 94 Abs 1 lit l (ii) der CRD IV-RL; hierdurch wird die ursprüngliche Regelung an die strengeren Eigenkapitalvorschriften und Kapitalklassifizierungen (hartes - weiches/zusätzliches Kernkapital, Ergänzungskapital) der CRR angepasst.
[729] Art 94 Abs 1 lit g der CRD IV-RL.
[730] Art 94 Abs 1 lit n der CRD IV-RL.
[731] Lit j des durch Anhang I Z 1 der CRD III-RL in die CRD-RL eingefügten Punkt 23 des Abschnittes "11. Vergütungspolitik".

3.1.2.2. Obergrenze der variablen Vergütung

In Art 94 Abs 1 lit g der CRD IV-RL wird nunmehr eine relative Obergrenze normiert, mit der Möglichkeit im Rahmen eines vorgegebenen Verfahrens eine bestimmte, höhere Obergrenze festzulegen.

Grundsätzlich sieht Art 94 Abs 1 lit g (i) der CRD IV-RL vor, dass der variable Vergütungsbestandteil höchstens 100 % des fixen Vergütungsbestandteils ausmachen darf. Die beiden Vergütungsbestandteile sollen somit allerhöchstens im Verhältnis 1:1 stehen. Die Mitgliedstaaten können im Rahmen der Umsetzung der RL auch einen geringeren Höchstprozentsatz festlegen.

In Art 94 Abs 1 lit g (ii) der CRD IV-RL wird den Mitgliedstaaten allerdings die Möglichkeit eingeräumt, in Umsetzung der RL den Anteilseignern, Eigentümern oder Gesellschaftern (im Folgenden kurz nur: Anteilseigner) des Kreditinstituts das Recht einzuräumen, von der 100 %-Regelung abzuweichen und für die variable Vergütung einen höheren Höchstwert von bis zu 200 % (pro Mitarbeiter) festzulegen. Hierfür ist jedenfalls ein konkretes, von der CRD IV-RL vorgegebenes Verfahren einzuhalten, das im Wesentlichen wie folgt abläuft:

1. Die Anteilseigener müssen über die geplante Beschlussfassung über einen höheren Höchstwert rechtzeitig informiert werden.
2. Das Kreditinstitut gibt eine ausführliche Empfehlung an die Anteilseigener ab, unter Ausführung der Gründe und des Umfangs der Abweichung, der betroffenen Mitarbeiterzahl und deren Aufgaben sowie der Folgen für die Eigenmittelausstattung. Diese Informationen sind mit einer entsprechenden Mitteilung auch an die zuständige Behörde[732] weiterzugeben.
3. Die Anteilseigner beschließen mit einer Mehrheit von mindestens 66 % bei einer Präsenzquote von mindestens 50 %, andernfalls mit einer Mehrheit von 75 % der Anwesenden. Mitarbeiter, die von der Erhöhung

[732] In Österreich die FMA.

der Höchstwerte unmittelbar betroffen sind - die also in den Anwendungsbereich der speziellen Vergütungsbestimmungen fallen[733] - sind von der (direkten ebenso wie der indirekten) Stimmrechtsausübung ausgeschlossen.

4. Über den gefassten Beschluss und dessen Inhalt hat das Kreditinstitut unverzüglich die zuständige Behörde[734] zu informieren.[735]

Art 94 Abs 1 lit g (iii) CRD IV-RL sieht die Möglichkeit vor, für variable Vergütungsbestandteile, die in Form von für mindestens fünf Jahre zurückgestellten unbaren Instrumenten ausbezahlt werden, auf bis zu 25 % des Gesamtwertes der variablen Vergütung einen bestimmten Diskontsatz anzuwenden. Dieser ist entsprechend den von der EBA hierfür zu erarbeitenden Leitlinien festzulegen.[736]

3.1.2.3. Malus- und Rückforderungsvereinbarungen

Bereits in der CRD III-RL gab es eine Regelung[737], wonach eine schwache oder negative Leistung des Kreditinstitutes zur Absenkung von variablen Vergütungen führt und hierbei laufende Vergütungen sowie die Kürzung bereits erarbeiteter Vergütungen, auch durch Malus- oder Rückforderungsvereinbarungen, zu berücksichtigen sind. Während die englische (Stamm-)Fassung dieser Regelung auf eine Verpflichtung zum Abschluss von Malus- oder Rückforderungs-vereinbarungen schließen ließ, war die deutsche Übersetzung wesentlich offener und undeutlicher formuliert (siehe: *"in Betracht gezogen werden"*).

---

[733] Siehe dazu oben unter Punkt 2.3.2.2..
[734] In Österreich die FMA.
[735] Die Behörde hat in weiterer Folge mit den erhaltenen Informationen eine Analyse der nationalen Vergütungspraxis vorzunehmen und das Ergebnis der EBA weiterzuleiten.
[736] Diese Möglichkeit wurde - zumindest bisher bzw im Rahmen der Novellierung des BWG durch BGBl I 2013/184 - vom österreichischen Gesetzgeber nicht wahrgenommen.
[737] Lit q Abs 2 des durch Anhang I Z 1 der CRD III-RL in die CRD-RL eingefügten Punkt 23 des Abschnittes "11. Vergütungspolitik".

Art 94 Abs 1 lit n der CRD IV-RL in seiner englischen Fassung hat diese Regelung nahezu wortgleich übernommen. Die deutsche Übersetzung sieht diesbezüglich jedoch nunmehr - im Gegensatz zu ihrer Vorgängerregelung[738] - eine konkreter bzw strenger formulierte Regelung vor. Diese entspricht nunmehr besser der englischen Version.

Die Absenkung der variablen Vergütung hat ausdrücklich die aktuelle Vergütung ebenso wie schon zuvor erarbeitete Vergütungen zu treffen. Letzteres hat *"auch durch Malus- oder Rückforderungsvereinbarungen"*[739] zu erfolgen. Im Falle des Greifens dieser Bestimmung - also bei schwachem bzw negativem Finanzergebnis des Kreditinstituts - müssen Kreditinstitute folglich die (rechtliche) Möglichkeit haben, (auch) durch die Ausübung der durch solche Vereinbarungen eingeräumten Kürzungs- bzw Rückforderungsrechte die (laufende und schon erwirtschaftete) variable Vergütung entsprechend zu kürzen. Aus diesem Grund trifft die Kreditinstitute somit die Verpflichtung, sich durch die Vereinbarung solcher Malus- oder Rückforderungsvereinbarungen derartige Kürzungsrechte einzuräumen.[740] Auch Art 94 Abs 1 lit n Unterabs 3 der CRD IV-RL ist deutlich zu entnehmen, dass es sich hierbei um eine Verpflichtung und nicht lediglich eine Möglichkeit handelt (*"**shall be** subject to malus or clawback arrangements"*).

Diese verpflichteten Malus- oder Rückforderungsvereinbarungen sind für bis zu 100 % der gesamten variablen Vergütung einzuräumen. Hier besteht also an sich zumindest umfänglich ein gewisser, in Anwendung des Proportionalitätsprinzips[741] nutzbarer Spielraum. Um dem Ziel der Bestimmung gerecht werden zu können, wird jedoch kein zu geringer Teil erfasst sein dürfen. Unter Anwendung des Proportionalitätsprinzips wird man bei finanziell starken und weniger risikobelasteten Kreditinstituten einen geringeren Prozentsatz als ausreichend und zweckmäßig anerkennen können. Bei finanziell weniger starken oder sehr

[738] Lit q Abs 2 des durch Anhang I Z 1 der CRD III-RL in die CRD-RL eingefügten Punkt 23 des Abschnittes "11. Vergütungspolitik".
[739] Art 94 Abs 1 lit n Unterabs 2 der CRD IV-RL.
[740] Auch die EBA spricht nur von eben diesen beiden Methoden zur Vornahme der verpflichtenden, aktiven ex-post-Risikoadjustierung (Punkte 134 ff der CEBS-Leitlinien).
[741] Siehe dazu oben unter Punkt 2.3.3..

risikofreudigen Kreditinstituten wird sich der gerechtfertigte Prozentsatz hingegen eher gegen die 100 %-Marke bewegen.

Die Ausübung von durch Malus- oder Rückforderungsvereinbarungen eingeräumten Gestaltungsrechten kann natürlich - insb vor dem Hintergrund der möglichen Sittenwidrigkeit[742] - nicht willkürlich erfolgen, sondern ist an die Heranziehung bestimmter, im Vorhinein festzulegender und transparenter Kriterien gebunden.[743] Gem der CRD IV-RL haben diese Kriterien insb Fälle der Beteiligung an bzw Verantwortung von Verlusten des Kreditinstituts sowie der Nichterfüllung von Standards betreffend Eignung und Verhalten zu erfassen. Die konkreten Kriterien haben Kreditinstitute - nachvollziehbar begründet - eigenverantwortlich festzu-legen.

[742] Siehe dazu oben unter den Punkten 1.3.4. und 2.4.3.3..
[743] Siehe dazu auch oben unter Punkt 2.4.5.2.3..

3.1.3. Nationale Umsetzung

Um eine zeitgerechte Umsetzung der Vorschriften der CRR und der CRD IV-RL zu gewährleisten, wurde bereits am 15.5.2013 ein Ministerialentwurf[744] im Nationalrat eingereicht und nach Ablauf der Begutachtungsfrist eine Regierungsvorlage[745] erarbeitet. Am 5.7.2013 erging dazu in weiterer Folge bereits ein Nationalratsbeschluss[746]. Anschließend wurden die neuen Bestimmungen bereits am 7.8.2013 mit BGBl I 2013/184 kundgemacht.

In Umsetzung der in der CRR vorgesehenen Kapital(erhaltungs)vorschriften wird unter anderem der aktuelle § 23 BWG betreffend Eigenmittel zur Gänze durch die neu gefassten §§ 23 bis 23c BWG ersetzt. Letztere treten jedoch gem § 107 Abs 80 Z 5 BWG erst mit 1.1.2016 in Kraft.

Die an § 23 BWG anknüpfende Z 11 lit b BWG wird in Anpassung an die europäischen und in weiterer Folge nationalen Änderungen der Kapitalvorschriften umformuliert und soll nunmehr direkt an die Bestimmungen der CRR - wohl auch weil diese im BWG erst mit Wirkung 1.1.2016 in Kraft treten - anknüpfen. Gem § 107 Abs 80 Z 1 BWG tritt die neu formulierte Bestimmung am 1.1.2014 in Kraft.

In § 65a BWG wurde die gem Art 96 der CRD IV-RL bestehende Verpflichtung der Kreditinstitute, zur Erläuterung der Umsetzung der Anforderungen der Art 88 bis 95 der CRD IV-RL bzw der dies national regelnden §§ 5 Abs 1 Z 6 bis 9a, 28a Abs 5 Z 1 bis 5, 29, 39b, 39c, 64 Abs 1 Z 18 und 19 und der Anlage zu § 39b BWG in die nationale Rechtsordnung implementiert.

Die in Umsetzung des Art 92 Abs 2 lit g der CRD IV-RL erlassene Z 6a der Anlage zu § 39b BWG legt hinsichtlich des Verhältnisses des variablen zum fixen

[744] 535/ME 24. GP.
[745] RV 2438 BlgNR 24. GP.
[746] BNR 2438 BlgNR 24. GP.

Vergütungsbestandteil[747] nunmehr ausdrücklich fest, wie die Kriterien auszusehen haben. Die fixe Vergütung soll sich demnach nach Berufserfahrung und Verantwortung bzw Position des Mitarbeiters richten, die variable Vergütung hingegen die konkrete Leistung des Mitarbeiters berücksichtigen. Gem § 107 Abs 80 Z 1 BWG tritt diese Bestimmung (erst) mit 1.1.2014 in Kraft.

Im Folgenden wird auf die Umsetzung der in Punkt 3.1.2 konkret erörterten Neuerungen der CRD IV-RL eingegangen.

3.1.3.1. Einschränkung der garantierten variablen Vergütung

Die strengere Regelung zu garantierten variablen Vergütungen soll durch Einfügung eines entsprechenden lit c in Z 7 der Anlage zu § 39b BWG umgesetzt werden. Inhaltlich deckt sich diese Regelung mit dem dieser zugrundeliegenden Art 94 Abs 1 lit d und e der CRD IV-RL.[748] Lediglich das Erfordernis einer *"solide[n] und starke[n] Eigenmittelausstattung"* wurde in Z 7 lit c der Anlage zu § 39b BWG dahingehend geändert bzw abgeschwächt, dass eine *"solide und ausreichende Eigenmittelausstattung"* Voraussetzung für die ausnahmsweise Gewährung garantierter variabler Vergütung ist.

Gemäß § 107 Abs 80 Z 1 BWG tritt diese Bestimmung (erst) mit 1.1.2014 in Kraft.

3.1.3.2. Obergrenze der variablen Vergütung

Bisher ist in Z 8 der Anlage zu § 39b BWG idF BGBl I 2011/145 schlicht normiert, dass die beiden Vergütungskomponenten in einem angemessenen

[747] Siehe dazu oben unter Punkt 2.4.2..
[748] Siehe dazu oben unter Punkt 3.1.2.1..

Verhältnis zu stehen haben. Mit der Einfügung einer neuen Z 8a in die Anlage zu § 39b BWG wird den Kreditinstituten nunmehr die Verpflichtung auferlegt, ein angemessenes Verhältnis zwischen fixer und variabler Vergütung konkret festzulegen. Die so verhältnismäßig festgelegte variable Vergütung darf - in Umsetzung des von Art 94 Abs 1 lit g (i) der CRD IV-RL vorgeschrieben (bis-zu-)100 %-Verhältnisses - die fixe Vergütung betraglich nicht übersteigen[749].

Der erste Teil dieser neu geplanten Regelung betrifft jedoch in Wahrheit keine Neuerung der CRD IV-RL, sondern war bereits in der CRD III-RL[750] enthalten. Umgesetzt wurde diese konkrete Verpflichtung jedoch bisher nicht, erst mit BGBl I 2013/184.

Durch Ergänzung der Anlage zu § 39b BWG durch eine Z 8b soll die in Art 94 Abs 1 lit g (ii) der CRD IV-RL vorgesehene Möglichkeit der Billigung eines höheren Höchstwertes von bis zu 200 %[751] der fixen Vergütung umgesetzt werden. Das hierfür anzuwendende Verfahren entspricht - zumal die CRD IV-RL hier inhaltlich keinen Spielraum für (abschwächende) Abweichungen lässt - im Grunde dem in der CRD IV-RL vorgesehenen. Zuständige, im Rahmen dieses Verfahrens zu informierende Behörde ist die FMA.

Durch diese Bestimmung wird nun den - von negativen finanziellen Leistungen des Kreditinstitutes letztlich betroffenen - Gesellschaftern bzw Eigentümern des Kreditinstitutes die Kompetenz eingeräumt, in Fällen vergleichsweise hoher variabler Vergütung (von über 100 % bis zu 200 % der fixen Vergütung) über deren Zulässigkeit zu entscheiden.

Wie schon zuvor[752] beschrieben, ist die Festlegung eines relativen Höchstwertes

[749] Von der Möglichkeit, einen niedrigeren Höchstwert zu bestimmen, wurde nicht Gebrauch gemacht.
[750] Lit l Abs 2 des durch Anhang I Z 1 der CRD III-RL in die CRD-RL eingefügten Punkt 23 des Abschnittes "11. Vergütungspolitik".
[751] Auch hier wurde die Möglichkeit, einen geringeren Prozentsatz zu bestimmen, nicht genutzt.
[752] Siehe dazu oben unter Punkt 2.4.2.3..

- nicht jedoch eines festen Betrages[753] - im Interesse der Rechtssicherheit zu begrüßen. Damit wird den Kreditinstituten zumindest ein betragsmäßiger Rahmen für die Höhe der gerechtfertigten variablen Vergütungen geboten und wohl auch eine einheitlichere, den Zielen des neuen Vergütungsregimes entsprechende Anwendung dieser Bestimmung erreicht.

Gemäß § 107 Abs 80 Z 1 BWG treten Z 8a und 8b der Anlage zu § 39b BWG (erst) mit 1.1.2014 in Kraft. Anzuwenden sind diese beiden Bestimmungen dann gem § 103q Z 19 BWG erstmals auf Vergütungen, welche für Leistungen gewährt werden, die nach dem 31. Dezember 2013 erbracht werden.

3.1.3.3. Malus- und Rückforderungsvereinbarungen

Der in Art 94 Abs 1 lit n Unterabs 2 und 3 der CRD IV-RL geregelte Abschluss von Malus- und Rückforderungsvereinbarungen betreffend die variablen Vergütungsbestandteile soll durch Änderung bzw Ergänzung der Z 12 lit a der Anlage zu § 39b BWG im nationalen Recht implementiert werden.

Im Zuge der Implementierung der Bestimmungen der CRD IV-RL soll auch der bereits bestehende Teil - der dann Abs 1 von zweien sein soll - betreffend den Anspruchserwerb geringfügig geändert werden. Im Unterschied zur aktuellen Z 12 lit a der Anlage zu § 39b BWG wird im ersten, nur eine Beschränkung des Anspruchserwerbes vorsehenden Teil bzw Satz der neuen Regelung nunmehr neben der allgemeinen Finanzlage des Kreditinstitutes sowie der Leistung der Abteilung und des einzelnen Mitarbeiters auch die Leistung - also der Finanzerfolg - des Kreditinstitutes als Beurteilungskriterium festgelegt. Damit wird jedoch nicht eine Neuerung der CRD IV-RL umgesetzt, sondern vielmehr

[753] Ein solcher wäre mE unsachgemäß und würde einen erheblichen Eingriff in die Autonomie der Parteien des Beschäftigungsvertrages bedeuten, dessen Regelung gerade in Entgeltpunkten im Wesentlichen Gegenstand der Privatautonomie ist (so auch *Kalss/Winner*, Die Presse 2013/12/04).

die Umsetzung der bereits in der CRD III-RL[754] enthaltenen Regelung vervollständigt.

Der neu einzufügende Unterabsatz 2 in Z 12 lit a der Anlage zu § 39b BWG regelt konkret die Vereinbarung von Malus- und Rückforderungsvereinbarungen. Anders als die CRD IV-RL, die eine Verpflichtung zum Abschluss solcher Vereinbarungen (implizit) vorsieht[755], spricht die geplante Regelung nur davon, dass Malus- und Rückforderungsvereinbarungen *"bis zur Höhe des Gesamtbetrages der variablen Vergütungskomponente abgeschlossen werden **[können]**"*. In richtlinienkonformer Auslegung wird man dieses "Können" jedoch nicht auf die Möglichkeit, solche Vereinbarungen abzuschließen, beziehen dürfen. Man wird vielmehr eine Verpflichtung zum Abschluss der Vereinbarungen annehmen und das "Können" lediglich auf die Höhe der betroffenen Vergütung bezogen verstehen müssen. Dieses "Können" ist überdies auch insofern beschränkt, weil die Höhe der betroffenen Vergütung in Anwendung des Proportionalitätsprinzips[756] zu bestimmen sein wird.

Die Kreditinstitute haben - um nicht willkürlich bzw sittenwidrig zu handeln[757] - transparente Kriterien für die Ausübung der Malus- und Rückforderungsvereinbarungen festzulegen. Dabei sind in Umsetzung der europäischen Vorgaben das Kreditinstitut schädigende Handlungen bzw die Beteiligung daran sowie die Nichterfüllung von fachlichen Eignungs- oder persönlichen Zuverlässigkeitsanforderungen durch Mitarbeiter zu berücksichtigen.

Gemäß § 107 Abs 80 Z 1 BWG tritt diese Bestimmung (erst) mit 1.1.2014 in Kraft.

---

[754] Lit q Abs 1 des durch Anhang I Z 1 der CRD III-RL in die CRD-RL eingefügten Punkt 23 des Abschnittes "11. Vergütungspolitik".
[755] Siehe dazu oben unter Punkt 3.1.2.3..
[756] Siehe dazu oben unter Punkt 2.3.3..
[757] Siehe dazu oben unter Punkt 3.1.2.3. sowie unter Punkt 2.4.5.2.3..

3.2. Fazit

Die in Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben durch die BWG-Novelle 2010 eingeführten neuen Vergütungsbestimmungen für Risikopersonal bei Kreditinstituten erfordern insgesamt einen großen Regelungs- und Kontrollaufwand von den Kreditinstituten bzw den zuständigen Organen. Es muss in regelmäßigen Abständen geprüft werden, ob das Kreditinstitut als solches in den Anwendungsbereich fällt, welche Mitarbeiter inwiefern von den speziellen Vergütungsbestimmungen erfasst sind und in weiterer Folge ein Beurteilungs- und Kontrollsystem für diese Mitarbeiter entwickelt und regelmäßig aktualisiert werden. Zusätzlich sind besondere Berichts- und Offenlegungspflichten zu berücksichtigen.

Die Zielsetzung dieser neuen Vergütungsbestimmungen, die in weiterer Folge noch ausgebaut werden bzw wurden[758], die übermäßige und ausufernde Bonipraxis bei Banken einzudämmen und risikoorientiertes Handeln va von einflussreichen Bankmanagern zu unterbinden bzw an langfristige Erfolge zu binden, ist an sich eine zu befürwortende und bestimmt sinnvolle. Allerdings ist die Umsetzung durch zahlreiche schwammige und unscharfe Begriffe nicht ideal erfolgt. Dies ist unter anderem der sehr undifferenzierten Übernahme der europäischen Vorschriften zu verdanken. Kreditinstitute haben es in der Praxis schwer eine rechtskonforme Anwendung der Vergütungsbestimmungen zu gewährleisten und werden wohl teilweise auch durch die Erhöhung der Fixgehälter reagieren, um sich nicht mehr als unbedingt notwendig mit den speziellen Vergütungsbestimmungen auseinandersetzen zu müssen. Eine entsprechende Tendenz ist einer Studie des Wirtschaftsprüfungskonzerns Deloitte[759] zufolge bereits deutlich zu erkennen.

[758] Siehe dazu auch oben unter Punkt 3.1..
[759] Veränderung am Gehaltszettel, FONDS professionell 3/2013, 206.

Zu beobachten ist jedoch, dass mit den weiteren aus dem europäischen Recht umzusetzenden Bestimmungen[760] zumindest klarere Grenzen und Werte für die variablen Vergütungen geschaffen werden. Allerdings bleibt zu hoffen, dass durch den Gesetzgeber oder allenfalls die FMA oder die Rsp eine Konkretisierung der bisher teilweise noch sehr unscharfen Begriffe und Anwendungskriterien erfolgt.

In der Bevölkerung - nicht nur in Österreich, sondern auch in angrenzenden Ländern - wird weiterhin eine Begrenzung der Managergehälter ganz allgemein und nicht nur im Finanzsektor gefordert. Es besteht der Eindruck einer deutlichen Überbezahlung im Verhältnis zur Arbeitsleistung. Trotz der Forderung großer Teile, eine feste Obergrenze des Gehaltes gemessen am Durchschnittsgehalt gesetzlich festzulegen, ist vorerst keine solche Regelung absehbar. Es wird vielmehr - in Österreich zunächst im Bankensektor - nur versucht mittels Verstärkung des Einflusses der Gesellschafter bzw Eigentümer der Unternehmen auf die Gehälter deren relative Höhe zu beeinflussen und zu steuern.[761] Ob auch in Österreich - ähnlich wie in der Schweiz in Diskussion[762] - eine feste betragliche Begrenzung erfolgt, bleibt abzuwarten.

Abschließend ist anzumerken, dass die Einführung der Vergütungsbestimmungen neben den in der gegenständlichen Arbeit angesprochenen Thematiken auch eine Reihe anderer Fragen aufgeworfen hat bzw aufwirft - so etwa jene der Prüfung der Rechtmäßigkeit der Differenzierung anhand des Gleichheitssatzes -, deren Berücksichtigung hier entweder aus thematischen Gründen oder schlicht aufgrund des Umfanges nicht erfolgt ist. Es gibt daher weiterhin - auch hinsichtlich der ab dem 1.1.2014 in Kraft tretenden Änderungen[763] - Erörterungsbedarf betreffend die Vergütungsbestimmungen des BWG.

---

[760] Siehe dazu oben unter Punkt 3.1..
[761] *Beck*, Bosse ohne Bonus, Trend April 2013, 4.
[762] Etwa in Schweizer zanken über revolutionäres Lohnmodell, Die Welt, http://www.welt.de/wirtschaft/article116338160/Schweizer-zanken-ueber-revolutionaeres-Lohnmodell.html (30.10.2013); *Akkermann*, Feld der 1:12-Initiative wird früh beackert, SFR, http://www.srf.ch/news/schweiz/feld-der-1-12-initiative-wird-frueh-beackert (30.10.2013).
[763] Siehe dazu oben unter Punkt 3.1..

Literaturverzeichnis

- *Achatz Markus/Jabornegg Peter/Resch Reinhard*, Mitarbeiterbeteiligung - Aktienoptionen, Manz Verlag, Wien 2002
- *Akkermann Max*, Feld der 1:12-Initiative wird früh beackert, SFR, http://www.srf.ch/news/schweiz/feld-der-1-12-initiative-wird-frueh-beackert (30.10.2013)
- *Angermaier Thomas/Kinner Wolfgang*, Neue Regeln für Banker-Boni: Viele Fragen bleiben offen, Der Standard 2010/50/01
- *Beck*, Bosse ohne Bonus, Trend April 2013, 4
- *Binder Martin*, Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz, 2. Auflage, Manz Verlag, Wien 2010
- *Borns Rainer*, Das österreichische Bankrecht - Systematische Darstellung des BWG, Schulze-Delitzsch-Schriftenreihe Band 29, 2. Auflage, Österreichischer Genossenschaftsverband (Schulze-Delitzsch), Wien 2006
- *Chini Leo W./Oppitz Martin*, BWG - Bankwesengesetz, Kommentar, Linde Verlag, Wien 2011
- *Dehn Wilma/Wolf Christoph/Zehetner Jörg*, Aktienoptionsrecht, Verlag Österreich, Wien 2003
- *Dellinger Markus*, Bankwesengesetz - BWG, Kommentar, Lexis Nexis Verlag, Wien
- *Dellinger Markus*, Genossenschaftsgesetz samt Nebengesetzen - Kommentar, Lexis Nexis Verlag, Wien 2005

- *Die Welt*, Schweizer zanken über revolutionäres Lohnmodell, welt.de, http://www.welt.de/wirtschaft/article116338160/Schweizer-zanken-ueber-revolutionaeres-Lohnmodell.html (30.10.2013)
- *Doralt Peter/Nowotny Christian/Kalss Susanne*, Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Auflage, Linde Verlag, Wien 2012
- *Eypeltauer Ernst*, OGH 18. 10. 1983, 4 Ob 105/82, RdA 1984/17, 357
- *Eypeltauer Ernst*, Duplik zur Besprechung des OGH 18. 10. 1983, 4 Ob 105/82, RdA 1985, 167
- *Eypeltauer Ernst*, Änderung erfolgsabhängiger variabler Vergütungen für Mitarbeiter von Kreditinstituten, ecolex 2011, 544
- *Eypeltauer Ernst*, OGH 18.10.1983, 4 OB 105/82, RdA 1984/17
- *Felten Elias*, Rechtsfolgen einer Rahmenzielvereinbarung, wbl 2009, 116
- *Floretta Hans/Spielbüchler Karl/Strasser Rudolf*, Arbeitsrecht, Band I, Individualarbeitsrecht, 4. Auflage, Manz Verlag, Wien 1998
- *FONDS professionell*, Veränderung am Gehaltszettel, Magazin FONDS professionell 3/2013, 206
- *Gabler Verlag*, Gabler Wirtschaftslexikon, abrufbar im Internet unter http://wirtschaftlexikon.gabler.de/ (30.10.2013).
- *Haberer Thomas*, Auswirkungen der internationalen Corporate Governance-Diskussion auf das österreichische Aktienrecht, 2001
- *Haberer Thomas/Kraus Sixtus-Ferdinand*, Rechtsfolgen unangemessener Vorstandsvergütungen, GES 2010, 165
- *Herzeg Christoph*, Mitarbeiterbeteiligung hat Grenzen, Die Presse 2007/37/02

- *Holzer Wolfgang/Reissner Gert-Peter*, Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz, 2. Auflage, ÖGB Verlag, Wien 2006

- *Huang Lih-Nuo/Schmatzberger Thomas*, Neue Bestimmungen für Bonizahlungen von Kreditinstituten, ecolex 2011, 149

- *Jabornegg Peter/Resch Reinhard*, Arbeitsrecht, 4. Auflage, Manz Verlag, Wien 2011

- *Jabornegg Peter/Strasser Rudolf*, Kommentar zum Aktiengesetz, 5. Auflage, Manz Verlag, Wien 2011

- *Kalss Susanne*, Aktienoptionen auf neuer gesellschaftsrechtlicher Grundlage, in *Doralt/Kalss*, GesRZ-Sonderheft AktienOptionen (2001), 2

- *Kalss Susanne/Nowotny Christian/Schauer Martin*, Österreichisches Gesellschaftsrecht, Manz Verlag, Wien 2008

- *Kalss Susanne/Winner Martin*, Transparenz genügt gegen Gier der Manager, Die Presse 2013/2013/04

- *Kammel Armin*, Einführung in das Bank- und Kapitalmarktrecht, Linde Verlag, Wien 2011

- *Kastner Bettina*, Vergütungsbeschränkungen für "Banker-Bonifikationen", Raiffeisenblatt 1/2012

- *Kastner Bettina*, CRD III: Endlich Klarheit bei den "Banker-Bonifikationen", Raiffeisenblatt 3/2013

- *Keinert Heinz*, Österreichisches Genossenschaftsrecht, Manz Verlag, Wien 1988

- *Kietaibl Christoph*, Zur Sittenwidrigkeit im Arbeitsvertragsrecht, RdW 2006, 94

- *Kittel Jürgen*, Handbuch für Aufsichtsratsmitglieder, Verlag Österreich, Wien 2006

- *Köck Stefan*, Grenzen der Zulässigkeit des Verzichts auf schon entstandene Arbeitnehmeransprüche; ZAS 1986, 73

- *Koppensteiner Hans-Georg/Rüffler Friedrich*, GmbH Gesetz - Kommentar, 3. Auflage, Lexis Nexis Verlag, Wien 2007

- *Kornbichler Hendrik/Löw Hans-Peter/Ohmann-Sauer Ingrid/Schwarz Eckard/Ubber Thomas/Witzel Michael*, Besck'sches Formularbuch Arbeitsrecht, Verlag C.H. Beck, München 2005

- *Koziol Helmut/Welser Rudolf*, Grundriss des bürgerlichen Rechts I, 13. Auflage, Manz Verlag, Wien 2006

- *Krejci Heinz*, Braucht Österreich einen Corporate Governance Kodex?, VR 2002, 145

- *Krejci Heinz*, Stock Options und Beendigung des Arbeitsverhältnisses, ecolex 2001, 16

- *Krejci Heinz*, Unternehmensrecht mit Wertpapierrecht, 4. Auflage, Manz Verlag, Wien 2008

- *Kronberger Ralf/Leitsmüller Heinz/Rauner Alexander*, Mitarbeiterbeteiligung in Österreich, Linde Verlag, Wien 2007

- *Kuras Gerhard*, Möglichkeiten und Grenzen einzelvertraglicher Gestaltungen im aufrechten Arbeitsverhältnis, ZAS 2003/19

- *Löschnigg Günther*, Angestelltengesetz, Teil I, 9. Auflage, ÖGB Verlag, Wien 2012

- *Löschnigg Günther*, Arbeitsrecht, 11.Auflage, ÖGB Verlag, Wien 2011

- *Löschnigg Günther*, Die Vereinbarung erfolgsabhängiger Entgelte, RdA 2000, 467

- *Lutz Doris*, Leistungslohnmodelle, Lexis Nexis Verlag, Wien 2010

- *Mair Andreas/Rainer Linda*, Zielvereinbarungen im Arbeitsverhältnis - Eine rechtliche Einordnung, ÖJZ 2007/69

- *Marhold Franz/Burgstaller Gerald/Preyer Helmut*, Kommentar zum Angestelltengesetz, Manz Verlag, Wien

- *Marhold Franz/Friedrich Michael*, Österreichisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, Springer Verlag, Wien 2012

- *Marhold Franz/Osmanovic Elma*, Vergütungspolitik im Sektor Finanzdienstleistung - Erste Anmerkungen zu § 39b BWG, ASoK 2011, 130

- *Mayer-Maly Theo*, Österreichisches Arbeitsrecht, Springer Verlag, Wien 1987

- *Mazal Wolfgang/Risak Martin*, Das Arbeitsrecht - System und Praxiskommentar, Band I und II, Lexis Nexis Verlag

- *Mechtler Bernhard/Grinschgl Christian*, Managerboni bei Banken: Neueste Entwicklungen, KMPG Financial Services Newsletter, abrufbar unter http://www.kpmg.at/publikationen/newsletter/financial-services-newsletter/financial-services-newsletter-detail/945-managerboni-bei-banken-neueste-entwicklungen.html (30.10.2013)

- *Neumayr Matthias/Reissner Gert-Peter*, Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, 2. Auflage, Manz Verlag, Wien 2011

- *Neumayr Matthias/Reissner Gert-Peter*, Zeller Handbuch Arbeitsvertrags-Klauseln, Manz Verlag, Wien 2010

- *Oesterreichische Nationalbank*, Bankenaufsicht in Österreich - Folder 2008, (http://www.oenb.at/de/img/bankenaufs_oester_screen_tcm14-96879.pdf (30.10.2013)
- *Österreichischer Sparkassenverband*, http://www.sparkassenverband.at/de/Sparkassengruppe (30.10.2013)
- *Österreichischer Sparkassenverband*, http://www.sparkassenverband.at/de/Sparkassengruppe/Geschichte (30.10.2013)
- *Pacic Jasmin*, Soziale Rechtsanwendung im Arbeitsrecht - Zugleich ein Beitrag zur "Rangfrage" der Methodenlehre, ÖJZ 2010/11
- *Peschek Ralf/Pöschl Walter*, Die geplanten EU-Regeln für Bonuszahlungen in Banken, ecolex 2010, 977
- *Raiffeisen Zentralbank Österreich AG*, http://www.rzb.at/eBusiness/01_template1/831197035645054749-831197001285316293_831201177604143970-8312011 77604143970-NA-1-NA.html (30.10.2013)
- *Resch Reinhard*, Urlaubsrecht, ÖGB Verlag, Wien 2009
- *Risak Martin*, Ausgewählte Rechtsprobleme von Zielbonusvereinbarungen, Bedingung - Befristung - Entgeltfortzahlung, ZAS 2008, 196
- *Risak Martin*, Einseitige Entgeltgestaltung im Arbeitsrecht, Manz Verlag, Wien 2008
- *Risak Martin*, Notwendige Betriebsratsmitbestimmung bei Zielerreichungsprämien? RdW 2007/760

- *Rummel Peter*, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 3. Auflage, Manz Verlag, Wien 2000

- *Schima Georg*, Ein Malus für die Bonusregeln, Der Standard 2011/12/17

- *Schima Georg*, Vorstandsmitglieder - hoch bezahlte Dienstnehmer ohne rechtliche Absicherung?, GesRZ 2011, 265

- *Schrank Franz*, Arbeits- und Sozialversicherungsrecht (Stand Jänner 2013), Verlag druck & grafik, Graz

- *Schrank Franz*, Zur Zulässigkeit von "Verschlechterungsvereinbarungen" bei aufrechtem Arbeitsverhältnis, RdW 1983, 12

- *Schrank Franz/Mazal Wolfgang*, Arbeitsrecht, Ein systematischer Grundriss, 4. Auflage, WUV Universitätsverlag, Wien 2008

- *Schwimann Michael*, ABGB Praxiskommentar, Band 1, 4.Auflage, Lexis Nexis Verlag, Wien 2012

- *Schwimann Michael*, ABGB Praxiskommentar, Band 4, 3.Auflage, Lexis Nexis Verlag, Wien 2006

- *Strasser Rudolf*, Zur Problematik der sogenannten Änderungskündigung, RdA 1988, 1

- *Straube Manfred*, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz, Manz Verlag, Wien 2010

- *Szücs Christian*, Verzicht und Vergleich im österreichischen, deutschen und schweizerischen Arbeitsrecht, Springer Verlag, Wien 2006

- *Temmel Christian* Der Aufsichtsrat, Lexis Nexis Verlag, Wien 2003

- *Tomandl Theodor*, Kommentar zum Arbeitsverfassungsrecht, 7. Lieferung, Verlag Österreich, Wien

- *Tomandl Theodor/Schrammel Walter*, Arbeitsrecht 1, Gestalter und Gestaltungsmittel, 7. Auflage, Braumüller Verlag, Wien 2011

- *Tomandl Theodor/Schrammel Walter*, Arbeitsrecht 2, Sachprobleme, 7. Auflage, Braumüller Verlag, Wien 2011

- *Tomandl Theodor/Schrammel Walter*, Grenzen der Gestaltungsfreiheit der Arbeitsvertragsparteien, Braumüller Verlag, Wien 2006

- *Vögeli Galli Nicole/Hehli Hidber Christine*, Bonuszahlungen: Möglichkeiten und Risiken, SJZ 2001, 445

- *Waldherr Markus/Zimmermann Alexander*, Beschränkungen für Bonuszahlungen durch das Bankwesengesetz - Vergütungspolitik der Kreditwirtschaft am Prüfstand, ÖBA 2012, 366

- *Weiss Dieter*, Die Begünstigung von Unternehmensbeteiligungen und Aktienoptionen bei Entgeltfortzahlungs- und Beendigungsansprüchen, ASoK 2001, 245

- Wirtschaftslexikon.co, http://www.wirtschaftslexikon.co/d/raroc/raroc.htm

- *Winkler Johannes*, Aliquotierungsgebot und Jubiläumsgelder, RdW 1996, 367

Rechtsvorschriften

- Aktiengesetz - Bundesgesetz über Aktiengesellschaften (BGBl 1965/98)

- Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch - Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie (JGS 1811/946)

- Allgemeines Sozialversicherungsgesetz - Gesetz vom 9. September 1955 über die Allgemeine Sozialversicherung (BGBl 1955/189)
- Angestelltengesetz - Bundesgesetz vom 11. Mai 1921 über den Dienstvertrag der Privatangestellten (BGBl 1921/292)
- Arbeitsruhegesetz - Bundesgesetz vom 3. Feber 1983 über die wöchentliche Ruhezeit und die Arbeitsruhe an Feiertagen (BGBl 1983/144)
- Arbeitsverfassungsgesetz - Bundesgesetz vom 14. Dezember 1973 betreffend die Arbeitsverfassung (BGBl 1974/22)
- Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (BGBl 1993/459)
- Arbeitszeitgesetz - Bundesgesetz vom 11. Dezember 1969 über die Regelung der Arbeitszeit (BGBl 1969/461)
- Bankwesengesetz - Bundesgesetz über das Bankwesen (BGBl 1993/532)
- Einkommensteuergesetz 1988 - Bundesgesetz vom 7. Juli 1988 über die Besteuerung des Einkommens natürlicher Personen (BGBl 1988/400)
- Genossenschaftsgesetz - Gesetz vom 9. April 1873, über Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften (RGBl Nr 70/1873)
- GmbH-Gesetz - Gesetz vom 6. März 1906, über Gesellschaften mit beschränkter Haftung (RGBl Nr 58/1906)
- Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 (StF: dRGBl. S 219/1897)
- Kreditwesengesetz - Bundesgesetz vom 24. Jänner 1979 über das Kreditwesen (BGBl 1979/63)
- Sparkassengesetz - Bundesgesetz vom 24. Jänner 1979 über die Ordnung des Sparkassenwesens (BGBl 1979/64)
- Unternehmensgesetzbuch - Bundesgesetz über besondere zivilrechtliche Vorschriften für Unternehmen (StF: dRGBl. S 219/1897)

- 2. Stabilitätsgesetz (BGBl I 2012/35)

- deutsche Verordnung über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an Vergütungssysteme von Instituten - Instituts-Vergütungsverordnung, 6. Oktober 2010 (BGBl I S 1374)

- Verordnung (EU) Nr 575/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr 646/2012 - Amtsblatt Nr L 176 vom 27/6/2013 S 1-337

- Richtlinie 89/299/EWG des Rates vom 17. April 1989 über die Eigenmittel von Kreditinstituten, Amtsblatt Nr L 124 vom 05/05/1989 S 16-20.

- Richtlinie 89/646/EWG des Rates vom 15 Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute, Amtsblatt Nr L 386 vom 30/12/1989 S 1-13.

- Richtlinie 2006/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2006 über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute - Amtsblatt Nr L 177 vom 30/6/2006 S 1-200

- Richtlinie 2006/49/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2006 über die angemessene Eigenkapitalausstattung von Wertpapierfirmen und Kreditinstituten - Amtsblatt Nr L 177 vom 30/6/2006 S 201-255

- Richtlinie 2010/76/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. November 2010 zur Änderung der Richtlinien 2006/48/EG und 2006/49/EG im Hinblick auf die Eigenkapitalanforderungen für Handelsbuch und Wiederverbriefungen und im Hinblick auf die aufsichtliche Überprüfung der Vergütungspolitik - Amtsblatt Nr L 329 vom 14/12/2010 S 3-35

- Richtlinie 2013/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Richtlinie 2002/87/EG und zur Aufhebung der Richtlinien 2006/48/EG und 2006/49/EG - Amtsblatt Nr L 176 vom 27/6/2013 S 338-436

- Empfehlung der Europäischen Kommission vom 30. April 2009zur Ergänzung der Empfehlungen 2004/913/EG und 2005/162/EG zur Regelung der Vergütung von Mitgliedern der Unternehmensleitung börsennotierter Gesellschaften zur Vergütungspolitik im Finanzdienstleistungssektor - Amtsblatt Nr L 2009/120 S 28-31

- Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 16. April 2013 zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Richtlinie 2002/87/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die zusätzliche Beaufsichtigung der Kreditinstitute, Versicherungsunternehmen und Wertpapierfirmen eines Finanzkonglomerats (COM(2011)0453 – C7-0210/2011 – 2011/0203(COD)) - abzurufen unter http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2013-0114+0+DOC+XML+V0//DE&language=DE#top

Bundesgesetzblätter

- BGBl 1993/532
- BGBl I 2010/118
- BGBl I 2011/77
- BGBl I 2011/145
- BGBl I 2012/35
- BGBl I 2013/184

Gesetzesvorhaben, Materialien, Berichte

- ErläutRV 1130 BlgNR 18. GP
- RV 358 BlgNR 21. GP
- ME BWG-Nov 2010, 194/ME 24. GP
- 194/ME 24. GP Mat
- ErläutRV 922 BlgNR 24. GP
- AB 1001 BlgNR 24. GP
- Stellungnahme der Bundesarbeitskammer - 3/SN-194/ME 24.GP
- Stellungnahme des Fachverbands der Raiffeisenbanken - 9/SN-194/ME 24.GP
- Stellungnahme des Österreichischen Raiffeisenverbandes - 10/SN-194/ME 24.GP

- Stellungnahme der Wirtschaftskammer Österreich - 11/SN-194/ME 24.GP
- Stellungnahme des Österreichischen Rechtsanwaltskammertags - 13/SN-194/ME 24.GP
- ErläutRV 1685 BlgNR 24. GP
- 535/ME 24. GP
- RV 2438 BlgNR 24. GP
- BNR 2438 BlgNR 24. GP
- Finanzmarktaufsichtsbehörde (FMA), Rundschreiben der Finanzmarkt-aufsichtsbehörde zu §§ 39 Abs. 2, 39b und 39c BWG - Grundsätze der Vergütungspolitik und -praktiken, abrufbar unter http://www.fma.gv.at/typo3conf/ext/dam_download/secure.php?u=0&file=8854&t=1360254327&hash=d181d9aac64576928351a9c39ab622df
- Österreichischer Arbeitskreis für Corporate Governance, Österreichischer Corporate Governance Kodex, Fassung Juli 2012, abrufbar unter http://www.wienerborse.at/corporate/pdf/CG%20Kodex%20deutsch_Juli_2012.pdf
- Ausschuss der Europäischen Bankaufsichtsbehörden (CEBS), Guidelines on Remuneration Policies and Practices, abrufbar unter http://www.eba.europa.eu/documents/10180/106961/Guidelines.pdf/a3ab77c9-980f-4994-b2cd-397413b77084?version=1.0
- Basel Committee of Banking Supervisors (BCBS), Consultative Document - Range of Methodologies for Risk and Performance Alignment of Remuneration, Oktober 2010, abrufbar unter http://www.bis.org/publ/bcbs178.pdf

Entscheidungen

- OGH 4 Ob 81/58
- OGH 4 Ob 110/78
- OGH 4 Ob 105/82
- OGH 9 Ob A 512/88
- OGH 9 Ob A 513/88
- OGH 9 ObA 177/89
- OGH 9 ObA 268/89
- OGH 9 ObA 101/90
- OGH 9 ObA 234/93
- OGH 8 ObA 220/95
- OGH 8 ObA 167/98
- OGH 8 ObA 232/98w
- OGH 8 ObA 127/00k
- OGH 4 Ob 235/00p
- OGH 9 ObA 202/01y
- OGH 6 Ob 35/02
- OGH 6 Ob 35/02v
- OGH 7 Ob 58/08t
- OGH 4 Ob 57/10a

- OGH 9 ObA 34/12h

Rechtssätze

- RIS-Justiz OGH RS0017784
- RIS-Justiz OGH RS0028095
- RIS-Justiz OGH RS0028206

Zusammenfassung

In der Finanzdienstleistungsbranche, gerade bei Kreditinstituten, gehört das Eingehen von Risiken zum täglichen Geschäft. Nicht im Interesse des Kreditinstitutes liegt jedoch die viel gesehene Praxis der letzten Zeit vor und während der Finanzkrise ab dem Jahr 2007, hohe Risiken einzugehen, um kurzfristig möglichst hohe Gewinne und damit daran anknüpfende Bonuszahlungen zu lukrieren. Der langfristige Erfolg bleibt hierbei oft auf der Strecke. Dies hat mitunter zur Finanzkrise ab dem Jahr 2007 geführt. In Reaktion hierauf wurden für Kreditinstitute auf europäischer Ebene - neben strengeren Eigenmittelvorschriften - Regelungen zur Senkung der Risikobereitschaft im Rahmen der Vergütungspolitik geschaffen. Diese wurden in nationales Recht (im Bankwesengesetz) umgesetzt und stehen seit 1.1.2011 in Kraft.

Die neuen Vergütungsbestimmungen betreffen in ihrem speziellen Teil die variable Vergütung bestimmter Mitarbeiter, deren Tätigkeit den größten Einfluss auf das Risikoprofil des Kreditinstitutes hat und demnach die größten finanziellen Folgen für dieses haben kann. Die konkret notwendige Intensität der Anwendung der Bestimmungen soll durch die Prüfung anhand eines Proportionalitätsprinzips festgestellt werden. Je nach Risikoprofil des Kreditinstitutes sowie Risikoeinfluss und -neigung der Mitarbeiter sind so die anwendbaren Bestimmungen und die speziell betroffenen Mitarbeiter durch die Kreditinstitute eigenverantwortlich und nachvollziehbar begründet zu ermitteln.

Die variable Vergütung der betroffenen Mitarbeiter hat der Qualifikation und Position entsprechend zu sein und in einem angemessenen Verhältnis zur fixen Vergütung zu stehen. Ihr Entstehen ist an transparente, qualitative und quantitative Kriterien zu knüpfen, die die verbundenen langfristigen Risiken bestmöglich berücksichtigen. Die variable Vergütung wird nur zu einem Teil nach Ablauf der Leistungsperiode erworben. Ein weiterer Teil wird zurückbehalten und über mehrere Jahre sukzessive ausbezahlt. Die Folgen der zugrunde liegenden

Leistungen sind über einen mehrjährigen Zeitraum zu überwachen und können zu einer Reduzierung der noch auszuzahlenden Teile der variablen Vergütung führen. Sowohl der gleich auszuzahlende Teil der Vergütung als auch die über mehrere Jahre sukzessive auszuzahlenden Teile haben zum Teil aus unbaren - allenfalls fiktiven - Finanzinstrumenten zu bestehen, um die Vergütung des Mitarbeiters so an den längerfristigen Unternehmenserfolg zu binden. Bei schlechter Finanzlage des Kreditinstitutes soll aufgrund diesbezüglich mit den Mitarbeitern abzuschließender Vereinbarungen eine Reduzierung des auszuzahlenden Bonusteiles erfolgen.

Die im Bankwesengesetz normierten Vergütungsbestimmungen dürfen durch keine rechtlichen oder tatsächlichen Konstruktionen umgangen werden. Werden mit betroffenen Mitarbeitern Vereinbarungen abgeschlossen, die diesen Bestimmungen nicht entsprechen, sind diese jedoch rechtswirksam. In einem solchen Fall sind von der FMA die vorgesehenen gegen die Kreditinstitute gerichteten Maßnahmen zu setzen.

Auf europäischer Ebene wurden zwischenzeitig bereits weitere, strengere Regelungen in Bezug auf die Vergütung von Risikopersonal in Kreditinstituten beschlossen. Deren Umsetzung wurde auch national bereits beschlossen, die entsprechenden relevanten Bestimmungen treten überwiegend mit 1.1.2014 in Kraft.

Die Einführung von Vergütungsbestimmungen für Kreditinstitute führt aufgrund der Komplexität des geforderten Vergütungsberechnungs- und -kontrollapparates zu einem erhöhten Verwaltungsaufwand sowie Unsicherheit in der notwendigen Strenge der Anwendung. Dies hat auch dazu geführt, dass schlicht die fixen Vergütungen angehoben und die variablen Vergütung zurückgegangen sind. Dies wohl, um Verwaltungsaufwand und Unsicherheit zu vermeiden.

Abstract

In the financial services sector, in particular at credit institutions, taking risks is part of daily business. However, the recent common practice of taking high risks to achieve the highest possible short term profits and the bonuses linked thereto is not in the credit institution's best interest. Long term profits became less important in the job performance. This practice was one of the reasons for the financial crisis beginning in the year 2007. As a reaction, the European Union developed - apart from stricter capital requirement provisions - regulations to decrease the risk appetite in the context of the company's remuneration policy. These regulations have been implemented in national law and came into force on 1 January 2011.

The special part of the new remuneration provisions concerns the variable remuneration of certain employees whose work has the largest impact on the risk profile of the respective credit institution and therefore may cause the most serious financial consequences. The required intensity of implementation of the regulations has to be evaluated by application of the proportionality principle. The credit institution has to evaluate the regulations applicable and the employees falling under the scope of the special part of the regulations on its own taking into account the risk profile of the credit institution as well as the risk impact and the risk appetite of the respective employee(s). This evaluation has to be transparent and substantiated.

The variable remuneration has to match the qualification and job position of the respective employee and be adequate in relation to the fixed remuneration. Its accrual has to be conditioned on transparent, qualitative and quantitative criteria which at best take into account the related long term risks. Only a part of the variable remuneration is paid out immediately after the accrual period. A further part is deferred and paid out gradually in parts spread over several years. The consequences respectively the risk outcomes of the evaluated performance have to be monitored over several years and may lead to a reduction of the deferred parts

of the variable remuneration. The part of the variable remuneration which is paid out upfront as well as the deferred part which is paid out gradually have to be granted partly in cash and partly in the form of - if necessary fictive - financial instruments. This shall link the remuneration of the employee(s) to the long term success of the credit institution. In case of an adverse financial situation of the credit institution it shall have the contractual possibility to reduce the part of the variable remuneration which is paid out in the respective year.

The remuneration regulations laid down in the Austrian Banking Act (Bankwesengesetz) may not be circumvented through legal or actual constructions. However, if the credit institution and the employees concerned by the regulations conclude agreements which do not comply with the remuneration regulations such agreements are legally effective. In such case the FMA has to take the appropriate measures against the credit institutions (not the employee).

Meanwhile, there already have been adopted further and stricter regulations concerning the remuneration of employees of credit institutions with a high risk impact at European level. The corresponding national regulations which implement the European ones also have been adopted yet, but a large part only becomes effective on 1 January 2014.

The implementation of remuneration regulations for credit institutions leads to a higher administration effort due to the complexity of the required calculation methods for the remuneration and the internal control system. In addition, the regulations cause uncertainty concerning the necessary dimension of their implementation. These problems also led to an increase of fixed remuneration and a decrease of variable remuneration. The motive may be the avoidance of the administration effort und the uncertainty.

CURRICULUM VITAE

Mag. Patricia FISCHER

PERSÖNLICHE DATEN: geboren am 1. Dezember 1988 in Wien

BERUFLICHER WERDEGANG:

- 2006 bis 4/2009
  diverse Teilzeitbeschäftigungen
- 5/2009 bis 6/2011
  Teilzeitbeschäftigung
  Burgstaller & Preyer Rechtsanwälte GmbH
- 7/2011 bis 4/2012
  Rechtsanwaltsanwärterin
  Burgstaller & Preyer Rechtsanwälte GmbH
- 5/2012 bis 9/2012
  Gerichtspraxis
- seit 10/2012
  Rechtsanwaltsanwärterin
  Burgstaller & Preyer Rechtsanwälte GmbH

AUSBILDUNG:

- 1994 bis 1998
  Volksschule
- 1998 bis 2006
  Gymnasium mit 2. lebender Fremdsprache ab der 3. Klasse
- 2006 bis 2010
  Diplomstudium der Rechtswissenschaften
  Wahlfachkorb Unternehmensrecht
- seit 2011
  Doktoratsstudium der Rechtswissenschaften

FREMDSPRACHEN: Englisch (fließend), Französisch (gut), Spanisch (Grundkenntnisse)