



Österreichischer
Rechtsanwaltskammertag



Die österreichischen
Rechtsanwälte

Bundesministerium für Finanzen
Hintere Zollamtsstraße 2b
1030 Wien

per E-Mail: e-Recht@bmf.gv.at

ZI. 13/1 10/138

**BMF-040402/0012-III/5/2010
BG, mit dem das Bankwesengesetz geändert wird**

Referent: Hon.-Prof. Dr. Georg Schima, M.B.L.-HSG, Rechtsanwalt in Wien

Sehr geehrte Damen und Herren!

Der Österreichische Rechtsanwaltskammertag dankt für die Übersendung des Entwurfes und erstattet dazu folgende

S t e l l u n g n a h m e :

I. ALLGEMEINES	1
II. BWG-VORGABEN FÜR ERFOLGSABHÄNGIGE PRÄMIENSYSTEME IM FINANZDIENSTLEISTUNGSSEKTOR	3
1. ZUM „CRD III“-ENTWURF	3
2. LEGISTISCHE UMSETZUNG: ART 2 (ÄNDERUNG DES BANKWESENGESETZES)	5
a. <i>Allgemeines</i>	5
b. <i>Zu § 2 Z 76 (neu):</i>	6
c. <i>Zu § 39b BWG</i>	7
d. <i>Zu § 39c BWG</i>	7
e. <i>Zur Anlage 1 zu § 39b BWG</i>	8

I. ALLGEMEINES

Die geplante Änderung des BWG beruft sich auf die Umsetzung einer Richtlinie, die noch gar nicht formell beschlossen wurde. Tatsächlich liegt die Richtlinie des

Europäischen Parlamentes und des Rates zur Änderung der Richtlinien 2006/48/EG und 2006/49/EG im Hinblick auf die Eigenkapitalanforderungen für Handelsbuch und Weiterverbriefungen und im Hinblick auf die aufsichtliche Überprüfung der Vergütungspolitik (Capital Requirements Directive III, CRD III) erst im Entwurf¹ vor. Infolge der Zustimmung des Europäischen Parlaments am 7. Juli 2010 ist der Ratsbeschluss freilich in den nächsten Tagen oder Wochen zu erwarten. Inhaltlich strebt der RL-Entwurf an, Anreize für das Risikomanagement von Kreditinstituten zu schaffen, nicht unter In-Kauf-Nahme hoher Risiken kurzfristigen Gewinnen nachzustellen, und solcherart die Kreditinstitute nicht langfristig höheren potentiellen Verlusten auszusetzen.

Ob dieses Ziel durch den nunmehr vorliegenden Gesetzesentwurf erreichbar ist, wird die Zukunft zeigen, kann aber mit guten Gründen in Frage gestellt werden. Denn einerseits werden die Risikoschranken selbst durch den Gesetzesentwurf ja nicht enger gestellt. Die offenbare Erwartung ist, dass das Risikomanagement innerhalb der bestehenden Korridore nicht alle Möglichkeiten ausschöpft. Das Mittel, das zur Erreichung des Zieles in dem durch diese (die Eigenkapitalvorschriften ausklammernden) Stellungnahme vorgegebenen Zusammenhang von RL und österreichischem Umsetzungsentwurf eingesetzt wird, ist die Aufstellung von inhaltlichen Vorgaben, denen in Kreditinstituten getroffene Vereinbarungen über variable Vergütungen in Hinkunft genügen müssen. Diese Vorgaben bestehen im wesentlichen aus vier Eckpunkten: Erstens dürfen Bonifikationen nur zu einem bestimmten Teil "im voraus", dh bei Vertragsabschluss (oder auch nach Vollendung des ersten Geschäftsjahrs, wie das weitgehend üblich, in Zukunft aber nicht mehr erlaubt ist) ausbezahlt werden, zweitens müssen sie zu einem erheblichen Teil aus Anteilsrechten (insb Aktien des Kreditinstitutes) oder sonstigen "unbaren Instrumenten" bestehen, die die Bonitätssituation des Kreditinstitutes möglichst gut abbilden, drittens ist der nicht sofort ausbezahlte Teil auf fünf Jahre (BWG-Entwurf; die RL verlangt nur "drei bis fünf Jahre") zurückzustellen, muss während dieses Zeitraumes ebenfalls an die Erfüllung bestimmter Kriterien geknüpft werden und wird nur pro rata temporis erworben werden, und viertens schließlich darf die Auszahlung nur erfolgen, wenn und soweit dies im Auszahlungszeitpunkt mit der Finanzlage des Kreditinstitutes vereinbar ist.

Streicht man einmal den in gewissem Sinne "populistischen" Einfluss der im Zuge diverser Banken-(Fast-) Zusammenbrüche und im Zusammenhang mit dem Bekanntwerden teilweise exzessiver Gehaltsvereinbarungen mit sich als nicht erfolgreich oder sogar desaströs erfolglos erweisenden Bankmanagern "veröffentlichten Meinung" weg, einen Einfluss, dem auch nationale und internationale Regulatoren zweifellos in gewisser Weise ausgesetzt sind, dann erklären sich die oben angeführten Vorgaben für Bonusvereinbarungen vor dem Hintergrund, dass verhindert werden soll, dass Banken durch ihre "Risikokäufer" – wie es in der Vergangenheit geschah – Risikopositionen eingehen, deren kurzfristiger Erfolg mit hohen Bonuszahlungen prämiert wird, deren uU sehr negative Auswirkungen in darauffolgenden Perioden für die betroffenen Manager indes nur die Konsequenz ausfallender Bonuszahlungen (nicht aber eines "Malus") haben, wohingegen das Unternehmen hohe Verluste erleidet. Eine zeitliche Streckung der Anspruchsvoraussetzungen der Vergütungsregelung in Verbindung mit der

¹ Vgl KOM 2009 362 vom 13. Juli 2009.

Begrenzung der Barquote ist ceteris paribus sicher vom Grundsatz her geeignet, das angestrebte Ziel zu erreichen. Freilich darf man den Markt nicht unterschätzen: die Branche reagiert seit einiger Zeit bereits mit einer Anhebung der Festbezüge – eine Entwicklung, die die Banken bei einer neuen Krise wegen der damit gestiegenen Fixkosten noch bereuen könnten.

Was nun die österreichische Umsetzung anbelangt, so ist das, was zu erwarten war, weitestgehend eingetreten: der Gesetzgeber schreibt einen Richtlinien-Entwurf nahezu wörtlich ab, ohne die Richtlinienvorgaben an die Besonderheiten des österreichischen (Arbeits-) Vertragsrechtes anzupassen, ohne in der Richtlinie enthaltene, unbestimmte Regelungen zu konkretisieren und ohne (dabei) die Umsetzungsmöglichkeiten im Sinne eines möglichst rechtsstaatlichen – zumindest möglichst präzisen - Vorgehens auszunutzen. Die nächste Zeit wird in punkto Gestaltung neuer Bonusregelungen vor allem im Bankenbereich, aber auch in Bezug auf deren praktische Bewährung sowohl die Kreditinstitute als auch ihre (Rechts-)Berater vor neue Herausforderungen stellen, zu deren Lösung der vorliegende Gesetzesentwurf kaum etwas beiträgt.

II. BWG-VORGABEN FÜR ERFOLGSABHÄNGIGE PRÄMIENSYSTEME IM FINANZDIENSTLEISTUNGSSEKTOR

1. Zum „CRD III“-Entwurf

Da die mit dem vorliegenden Gesetzesentwurf umzusetzende Richtlinie, wie erwähnt, noch nicht endgültig verabschiedet ist, im Gesetzesentwurf jedoch nahezu wörtlich übernommen wurde, soll kurz auf die wesentlichen Inhalte des CRD III-Entwurfes kurz eingegangen werden.

a. Am 7. Juli 2010 hat das Europäische Parlament den Novellierungsvorschlag („CRD III“) der Kommission vom 30. April 2009 für die Richtlinien 2006/48/EG – Bankrechtsrichtlinie – und 2006/49/EG – Kapitaladäquanzrichtlinie (gemeinsam, als „*Capital Requirements Directive*“ oder „CRD“ oder „Basel II“), ua im Hinblick auf die Vergütungspolitik im Finanzdienstleistungssektor, mit überwältigender Mehrheit angenommen. Durch die Novellierung („Basel III“) soll die Stabilität des Finanzsystems weiter gestärkt werden. Die CRD III wird voraussichtlich ab 1. Jänner 2011 in allen 27 Mitgliedstaaten in Kraft treten. Verankert werden soll die Umsetzung von CRD III in punkto Vergütungspolitik und Vergütungen durch den vorliegenden Gesetzesentwurf im wesentlichen durch die Einfügung der neuen §§ 39b („*Grundsätze der Vergütungspolitik und -praktiken*“) und § 39c („*Vergütungsausschuss*“) sowie durch eine Anlage 1 zu § 39b betreffend die „*Grundsätze der Vergütungspolitik und -praktiken*“.

Damit hat das Europäische Parlament Regelungen für Vergütungssysteme (Bonus-Zahlungen, Gehälter und freiwillige Rentenzahlungen) an Bank-Manager zugestimmt, die sicher weltweit als eine der strengsten anzusehen sind. Diese Rahmenbedingungen sollen einen weiteren Beitrag zur Stabilisierung des Finanzsektors leisten. Das Hauptaugenmerk von CRD III liegt auf den variablen Vergütungskomponenten, von denen in Zukunft ein erheblicher Teil – zumindest 50% – unbar ausgezahlt werden muss. **Die neuen Regelungen der Richtlinie erfassen zwar alle Institute, aber nicht alle Mitarbeiter.** Es geht erstens um **Mitglieder der**

Geschäftsleitung, zweitens um Mitarbeiter, deren Tätigkeit sich wesentlich auf das Risikoprofil der Bank auswirkt („**Risikokäufer**“ und **Mitarbeiter mit Kontrollfunktionen**) sowie drittens um solche Mitarbeiter, die sich in einer **ähnlichen Einkommenskategorie** befinden wie die Geschäftsleitung und die Risikokäufer.

b. Maximal 60% einer Bonus-Zahlung dürfen im Voraus gezahlt werden; davon werden nur bis zu 30% in bar abgegolten, bei börsennotierten Kreditinstituten wird der Rest in Aktien oder Optionsscheinen (oder anderen gleichwertigen Beteiligungen) ausgegeben. Bei nicht börsennotierten Kreditinstituten hat der unbare Anteil in „*mit Anteilen verknüpften Instrumenten oder gleichwertigen unbaren Instrumenten*“ zu bestehen, die die Bonitätssituation des Kreditinstitutes möglichst gut abbilden. Die restlichen 40% der Bonussumme unterliegen nach der RL einer **Rückstellungszeit von mindestens drei bis fünf Jahren**,² entsprechend dem Geschäftsgegenstand des Instituts, seinen damit verbundenen Risiken und der Tätigkeit des Mitarbeiters. Falls die Bonuszahlung besonders hoch³ ist, müssen 60% des Betrages zurückgestellt und dürfen nur bis zu maximal 20% in bar und im Voraus gezahlt werden. Die restlichen 20% werden in Aktien oder Aktienoptionsscheinen vergütet. Damit soll sichergestellt werden, dass die Auszahlung nur erfolgt, wenn es die Eigenkapitalausstattung des Finanzdienstleistungsunternehmens erlaubt und es im Hinblick auf seine langfristige Ertragsentwicklung vertretbar ist⁴.

Entgegen der ursprünglichen Forderung des Europäischen Parlaments wird es keine gesetzliche Beschränkung hinsichtlich der Höhe von variablen Gehaltszahlungen (Bonuszahlungen), gemessen an den Fixgehältern,⁵ geben, sondern die Vergütungssysteme sollen im Verhältnis zur Größe, internen Organisation und Komplexität der Finanzinstitute stehen.

c. International abgestimmte Standards für „solide“ Vergütungspraktiken in der Finanzbranche (*Principles for Sound Compensation Practices*) müssen nun in nationales Recht der 27 Mitgliedstaaten umgesetzt werden. Die EU hat dabei versucht, die Vorschläge der G20 und des *Financial Stability Board* (FSB) vom Herbst 2009 in einen rechtlichen Rahmen – auf die variablen Vergütungsbestandteile beschränkt – zu verpacken. Diese Bestimmungen lassen den nationalen Gesetzgebern nicht allzu viel, aber doch einiges an Interpretationsspielraum offen, den der österreichische Gesetzgeber freilich nicht zu nützen im Begriff ist.

d. Schon seit 1. Jänner 2010 gelten in Österreich im Interesse der Kapitalerhaltung deutlich verschärfte *Empfehlungen* im Hinblick auf die Vergütung von Mitgliedern der Unternehmensleitung börsennotierter Unternehmen. Der österreichische Corporate-Governance-Kodex hat sich in seiner seit 1. Jänner 2010 geltenden Überarbeitung ausführlich mit dem Thema „Vorstandsvergütung“ auseinandergesetzt und die Empfehlungen der EU-Kommission vom April 2009 bereits im Kodex berücksichtigt.

² In der Anlage 1 zu § 39 b BWG-Entwurf ist von fünf Jahren die Rede. Man möchte hier also die Bedingungen gegenüber der RL verschärfen.

³ Nicht näher definiert in der RL.

⁴ Vgl zu allem Anlage 1 zu § 39b des Gesetzesentwurfes.

⁵ Vgl demgegenüber C-Regel 27 des CG-Kodex, wo es heißt, dass für variable Vergütungskomponenten „.....betragliche oder als Prozentsätze der fixen Vergütungsteile bestimmte Höchstgrenzen im Voraus festzulegen“ sind.

e. Das Gesetz eröffnet durchaus Gestaltungsspielräume⁶, und wenn es um mögliche Eingriffe in die Privatautonomie geht, ist sorgfältige Vorgangsweise ein unbedingtes rechtsstaatliches Gebot. Da freilich schon die RL explizit in bestehende Verträge eingreift, indem sie alle bereits geschlossenen Vereinbarungen erfassen möchte, aus denen ab dem 1. Jänner 2011 Auszahlungen erfolgen,⁷ scheint der der Aktionsradius des nationalen Gesetzgebers begrenzt zu sein. Nach dem Erwägungsgrund Nr 14 der Richtlinie sollen aber die „*Grundsätze des nationalen Vertrags- und Arbeitsrechts unberührt*“ bleiben, sodass es hier für den österreichischen Gesetzgeber sehr wohl die Möglichkeit der Konkretisierung, aber auch der Begrenzung von Eingriffen in bestehende Recht auftut. Wahrgenommen hat der Entwurf keine der beiden Möglichkeiten.

Jetzt schon zeichnet sich ab, dass die Branche (und zwar auf internationaler Ebene) auf die kommenden Regelungen durch Anhebung der Festbezüge reagiert. Das war in einer Marktwirtschaft nicht anders zu erwarten, wird aber von den Rechtsetzungsinstanzen auf europäischer Ebene offenbar bewusst in Kauf genommen. Denn es wird zB in der Richtlinie explizit gesagt, dass die festen Gehaltsbestandteile so hoch sein sollen, dass „*auch ganz auf die Zahlung einer variablen Vergütungskomponente verzichtet werden kann*“⁸ - mit anderen Worten: dass selbst ohne jede Auszahlung variabler Vergütungen eine angemessene Entlohnung sicher gestellt ist. Das was vor kurzem noch als geradezu rückständige Form der Entgeltgestaltung bei Managern galt (hohes Fixum und wenig Bonusphantasie) kehrt also nun unter der Flagge der Rettung des Finanzsektors vor einem erneuten Kollaps wieder. Die in sie gesetzten Erwartungen werden die neuen Regeln kaum erfüllen können, zumal sie ja auch nur die betriebswirtschaftlichen Aspekte der Vergütung, also das Verhältnis zwischen einem einzelnen Manager und seinem Unternehmen, betreffen, nicht aber die uU überaus negativen volkswirtschaftlichen (uU in ganz anderen Volkswirtschaften entstehenden) Auswirkungen kollektiver Tätigkeit risikogeneigter, aber mikroökonomisch (dh für das einzelne Finanzinstitut) möglicherweise auch nachhaltig sehr erfolgreicher Geschäfte (zB Rohstoffspekulationen, Short Selling etc) zu bekämpfen versuchen (und dies vermutlich auch gar nicht *können*).

2. Legistische Umsetzung: Art 2 (Änderung des Bankwesengesetzes)

a. Allgemeines

Am Entwurf in seiner derzeit vorliegenden Fassung fällt zuerst auf, dass in der Legistik gewisse Unklarheit über den zu ergänzenden, bzw zu ändernden Rechtsbestand geherrscht haben dürfte. So nimmt der neue § 39c BWG (betreffend den Vergütungsausschuss und seine Aufgaben) im Entwurf Bezug auf die „*Steuerung, Überwachung und Begrenzung von Risiken gemäß § 39 Abs 2b Z 1 bis 10*“. Aus welchem Grund das – gerade zuletzt in seiner Bedeutung so stark hervorgekehrte – Risiko von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung gemäß

⁶ Vgl etwa § 22g Abs 3 BWG über die Methodenwahl zur Ermittlung der Bemessungsgrundlage.

⁷ Erwägungsgrund Nr 22 der Richtlinie.

⁸ Anhang V Abschnitt 11 Z 23 lit I der RL 2006/48 EG (BankrechtsRL), eingefügt durch den am 7. Juli 2010 vom Europäischen Parlament gebilligten Novellierungsvorschlag der Kommission vom 30. April 2010 für die RL 2006/48 EG (BankrechtsRL) und 2006/49 EG (KapitaladäquanzRL).

§ 39 Abs 2b Z 11 leg cit keine Beachtung findet, erschließt sich aus dem Entwurf nicht.

Weitere Ungenauigkeiten finden sich im Entwurf des § 70 Abs 4c. Da die geltende Fassung des BWG des § 70 keinen Abs 4**b** vorsieht, liegt die Vermutung eines Redaktionsversehens hier genau so nahe, wie beim Verweis auf die – zumindest derzeit – inexistenten Bestimmungen der §§ 23 Abs 17 Z 4 und 23 Abs 4a Z 6, auf die § 70 Abs 4c verweist. Gleiches gilt für § 77c Abs 2, den das Gesetz neu einfügt, dem jedoch sein „Vorgänger“, § 77b und § 77c Abs 1, fehlen.

b. Zu § 2 Z 76 (neu):

Von den künftigen Vorgaben für die „*freiwilligen Rentenzahlungen*“, das sind Zahlungen eines Kreditinstitutes an die Mitarbeiter im Rahmen (s)eines variablen Vergütungspaketes, sollen keine Zusatzpensionen umfasst sein, **auf die im Rahmen der betrieblichen Vorsorge ein Anspruch besteht**. Der Entwurf berücksichtigt dabei nicht, dass in Österreich mehrere Kreditinstitute gibt, die Pensionsansprüche nach dem vom Bankenverband mit den Vertretern des Österreichischen Gewerkschaftsbundes abgeschlossenen Rahmen-Kollektivvertrag über Pensionsrechte („PR 61“ bzw der damit verbundene Pensionskassen-KV) erbringen. Die Bemessungsgrundlage der Pensionsleistungen sind jedenfalls neben fixen auch variable Gehaltsbestandteile. Die nunmehr vorliegende gesetzliche Bestimmung wird Unsicherheit schaffen, ob und welche variable Gehaltsbestandteile weiterhin als Bemessungsgrundlage für die Pensionsermittlung (Pensionskassenbeiträge) herangezogen werden dürfen. Sie greift in bewährte, langjährige kollektivrechtliche Regelungen ein, was im Hinblick auf den Erwartungsschutz der pensionsanwartschaftsberechtigten Mitarbeiter der Kreditinstitute besonders schwer wiegt.

Zwar spricht Art 4 Abs 49 der RL 2006/48 EG (BankrechtsRL) idF des CRD III-Entwurfes ebenfalls davon, dass die Vorgaben nicht für „*Rentensteigerungen*“ gelten, die „*einem Mitarbeiter im Rahmen der **betrieblichen**⁹ Versorgungseinrichtung gemacht werden*“, sodass kollektivvertragliche – dh in Österreich wegen der Unzulässigkeit „echter Firmentarife“ auf *Branchenebene* abgewickelte – Pensionsregelungen von der Ausnahme nicht erfasst wären, doch spricht Erwägungsgrund Nr 14 des „CRD III“-Entwurfes ausdrücklich nicht nur davon, dass von den Regelungen über die Vergütung die „*Grundsätze des nationalen Vertrags- und Arbeitsrechts*“, sondern auch die „*Rechte der Sozialpartner, gemäß den einzelstaatlichen Gesetzen und Gewohnheiten Tarifverträge abzuschließen und durchzusetzen, unberührt bleiben*“ sollen. **Der österreichische Gesetzgeber ist also nicht gehindert, für Pensions-Kollektivverträge Ausnahmen vorzusehen, und er sollte dies jedenfalls tun.**

Darüber hinaus lässt der Gesetzesentwurf außer Acht, dass in Österreich einige Kreditinstitute durch *freiwilligen* Abschluss von Betriebsvereinbarungen als *gesetzliche* Sozialversicherungsträger fungieren und gesetzliche Pensionsleistungen *ersetzende* betriebliche Versorgungsleistungen erbringen (vgl § 5 Abs 1 Z 3a ASVG). Inwieweit es sich hier nach dem vorliegenden Gesetzesentwurf um „*freiwillige*“ und

⁹ Hervorhebung durch den Verfasser der Stellungnahme.

insbesondere um „betriebliche“ Pensionsleistungen handelt, lässt der Entwurf ungeregt.

c. Zu § 39b BWG

Die neuen (in der Anlage 1 zu § 39b geregelten) Grundsätze der Vergütungspolitik und –praktiken sollen für „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“, gelten. Eine nähere Umschreibung der betroffenen Dienstnehmer(gruppen) enthält die mit dem Gesetzesentwurf umzusetzende Richtlinie nicht, und auch der Gesetzesentwurf liefert leider keine genaueren Angaben. Eine nähere, beispielsweise Umschreibung, welche Dienstnehmer tatsächlich in den Anwendungsbereich der künftigen BWG-Bestimmungen fallen, wäre aber im Hinblick auf die massiven Einschränkungen der Privatautonomie (siehe unten) sowie die bevorstehenden Eingriffe in bestehende Verträge wünschenswert, ja geboten. Von dieser (rechtsstaatlichen) Verpflichtung kann der Gesetzgeber auch nicht durch die weite Formulierung der Richtlinie entbunden werden; vielmehr müsste gerade dann der Gesetzgeber seinen Umsetzungsspielraum nutzen.

Hingegen ist die in den Erläuternden Bemerkungen erwähnte „Unsicherheit“, ob unter dem Terminus „Vergütungsgruppe“ (englische Fassung „*remuneration bracket*“) ein vergleichbares Gehaltsniveau oder die Kollektivvertragszugehörigkeit gemeint ist, nicht nachvollziehbar. Der Terminus „*derselbe Vergütungsgruppe*“ kann nur ein vergleichbares Gehaltsniveau meinen. Der Kollektivvertrag für Angestellte der Banken und Bankiers (Banken-KV) gilt nicht für leitende Angestellte, denen maßgebender Einfluss auf die Betriebsführung zusteht. Das sind jedenfalls die zur Vertretung des Kreditinstitutes berufenen Organmitglieder (Geschäftsleiter). Handelt es sich dabei um Vorstandsmitglieder, sind sie schon deswegen vom Kollektivvertrag nicht erfasst, weil diese keine Arbeitnehmer sind. Würde der Gesetzesentwurf (und der Begriff „Vergütungsgruppe“) daher auf die (selbe) Kollektivvertragszugehörigkeit (wie sie auf die „Geschäftsleiter und Risikokäufer“ zutrifft) abstellen, würde sich der Entwurf jedenfalls bei der „Geschäftsleitung“, uU aber auch bei einzelnen „Risikokäufern“ auf Personen beziehen, die keinem Kollektivvertrag (und somit auch keinem kollektivvertraglichen Vergütungsschema) unterliegen. Aus diesem Grund (weil dem Gesetzesentwurf nicht eine inhaltsleere Bestimmung unterstellt werden sollte) ist hier auf das vergleichbare Gehaltsniveau abzustellen.

d. Zu § 39c BWG

Diese Bestimmung regelt für große Kreditinstitute die Errichtung und ua die Besetzung eines Vergütungsausschusses. Dieser muss aus mindestens drei Mitgliedern des Aufsichtsrates bestehen; zumindest eine Person muss über praktische Erfahrung im Bereich der Vergütungspolitik zu verfügen. Nichts spricht dagegen, dass zB ein bestehender „Personalausschuss“ (das könnte auch ein aus zumindest drei Personene bestehendes Aufsichtsratspräsidium sein) oder „Nominierungsausschuss“ auch die Rolle des künftig gesetzliche vorgeschriebenen Vergütungsausschusses übernimmt (vgl die C-Regel 43 des Österreichischen CG-Kodex idF 2010).

e. Zur Anlage 1 zu § 39b BWG

aa. Nach der umzusetzenden CRD III-Vorgabe ist – wie schon oben erwähnt - anzustreben, dass *„der Anteil der festen Komponente so hoch (ist), dass eine flexible Politik in Bezug auf die variablen Vergütungskomponenten uneingeschränkt möglich ist und auch ganz auf die Zahlung einer variablen Vergütungskomponente verzichtet werden kann“*. Mit anderen Worten: die festen Gehaltsbestandteile sollen so hoch sein, dass selbst ohne jede Auszahlung variabler Vergütungen eine angemessene Entlohnung sicher gestellt ist.

bb. Der österreichische Gesetzgeber ist mit dem vorliegenden Entwurf – gezwungener Maßen - im Begriff, diese „Quadratur des Kreises“ zu übernehmen, wobei die in Z 8 der Anlage 1 zu § 39 b BWG verwendete Formulierung noch mit gewisser zusätzlicher Originalität angereichert ist: *„Bei der Gesamtvergütung stehen fixe und variable Bestandteile in einem angemessenen Verhältnis, wobei der fixe Vergütungsanteil **nur**¹⁰ 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.“*

Das Wort „nur“ bezieht sich dem grammatikalischen Sinn nach eindeutig auch auf den zweiten Satzteil (*„...auch zur Gänze auf die Gewährung einer variablen Vergütung verzichtet werden kann“*), gerät damit aber zur „Mogelpackung“. Denn wenn die feste Vergütung so hoch sein soll, dass der Manager auch ohne jeglichen variablen Bezug angemessen entlohnt ist, dann bedeutet das klarer Weise eine tendenzielle **Steigerung** gegenüber dem bisher üblichen Vergütungsniveau (was ja die Praxis auch bereits zeigt) und nicht etwas eine Begrenzung oder Absenkung.¹¹ Der Festbezug soll also nach dem vorliegenden Gesetzesentwurf so hoch sein, dass er auch für sich genommen, also ohne jeden Bonus, ein nach den Umständen angemessenes Gesamteinkommen bedeutet, muss aber so niedrig sein, dass mittels Bonifikationsregeln dem Manager noch ein Anreiz geboten werden kann. **Der Zielkonflikt ist mehr als offensichtlich.**

cc. Nur einzelne, nunmehr im Entwurf enthaltene und mit 1. Jänner 2011 in innerstaatliches Recht umzusetzende *Regeln für variable Vergütungen im Finanzdienstleistungssektor* gehen in punkto Konkretisierung über den Standard der Regel 27 des Corporate Governance-Kodex (hier dafür zum Teil deutlich) hinaus, was grundsätzlich zu begrüßen ist.

Inhaltlich ziemlich konkret ist dabei ua die Anordnung in Z 12 der Anlage 1 zu § 39b, wonach ein erheblicher, mindestens 40% und bei *„besonders hohen Beträgen“* mindestens 60% betragender Anteil der variablen Vergütung *„während eines mindestens fünfjährigen Zeitraumes zurückgestellt und ordnungsgemäß auf die Art*

¹⁰ Hervorhebung durch den Verfasser.

¹¹ Verwiesen sei diesbezüglich zB auf einen Vortrag von Herrn *Dr Josef Ackermann* (CEO Deutsche Bank) in Montreux am 24. September 2010 (*„Neue Spielregeln im Finanzsektor: Auswirkungen auf Wirtschaft und Gesellschaft“*) anlässlich des Alumni-Treffens der Hochschule St Gallen. Der Vortragende beklagte genau diese Entwicklung und ihre möglicher Weise negativen Auswirkungen bei künftigen Krisen.

der Geschäftstätigkeit, ihre Risiken sowie auf die Tätigkeiten der betreffenden Mitarbeiter ausgerichtet“ wird. Der Gesetzgeber hatte es aber unterlassen, zu definieren, was als „besonders hoher Betrag“ im Sinne dieser Bestimmung zu verstehen ist. Eine Klarstellung hierzu wäre wünschenswert und könnte zB durch prozentmäßige Bezugnahme auf einen Jahresfestbezug auch verhältnismäßig einfach bewerkstelligt werden.

Bei den im Entwurf enthaltenen Grenzen (40% bzw 60%) handelt es sich um Richtlinienvorgaben, die wenig Umsetzungsspielraum zuließen und im Entwurf genau übernommen wurden. Problematisch ist jedoch, dass der Gesetzgeber andere ihm durch die CRD III eingeräumten Umsetzungsspielräume (Rückstellungszeitraum von drei bis fünf Jahren) nicht in Anspruch nimmt. Der in der Richtlinie vorgegebene **Rückstellungszeit** von „*mindestens drei bis fünf Jahren*“ wird vielmehr ohne jede Begründung im Entwurf **mit fünf Jahren fixiert**. Eine Begründung dafür findet sich in den Erläuternden Bemerkungen nicht. Dem Vernehmen nach entsprang sie einem Wunsch der Sozialdemokratischen Partei Österreichs und damit einem politischen Kompromiss. Dennoch sollte das nochmals überdacht werden. Die Bestimmung bedeutet ja einen erheblichen Eingriff in die Vertragsgestaltungsfreiheit und damit auch tendenziell eine Bevormundung des Aufsichtsrates in Aktiengesellschaften, der bekanntlich exklusiv für die Vorstandsentslohnung zuständig ist. Warum der Gesetzgeber sich bei einer so sensiblen Regelung für die die Vertragsfreiheit am stärksten beschneidende Variante entscheidet, müsste er schon angemessen erklären. Das geschieht aber mit keinem Wort. Die Entwurfverfasser übersehen dabei auch, dass die Probleme betreffend die praktische Abwicklung und die Gestaltung dessen, was bei Ausscheiden des Mitarbeiters passieren soll, umso größer sind, je länger der Rückstellungszeitraum ist. Da die rückgestellten Beträge nur verdient werden dürfen, wenn und soweit die vertraglich zu vereinbarenden Parameter auch während des Rückstellungszeitraumes erreicht werden (dh es geht nicht um eine bloße „Ratenzahlung“), bedeutet das, dass für den Fall des Ausscheiden eines über eine in den Anwendungsbereich des § 39b BWG und der Anlage 1 zu § 39 b BWG fallende Bonusregelung verfügenden Mitarbeiters Vertragsklauseln vereinbar werden müssen, die die Berechenbarkeit der Vergütung sicher stellen. Um nicht fiktive Parametererfüllung oder –nichterfüllung unterstellen zu müssen, werden solche Klauseln sinnvoller Weise vorzusehen haben, dass die rückgestellten Teile mit einem pauschalen Zielerreichungsgrad angenommen werden. Ob das nach dem BWG-Entwurf zulässig und mit Z 12 der Anlage 1 zu § 39 b BWG in Einklang zu bringen ist, kann man aber bezweifeln. Der Entwurf sagt eben gar nichts zur Problematik des Ausscheidens. Die denkbare (und in Vorstandsverträgen für den Fall der unverschuldeten Abberufung oft vertraglich vorgesehene) Alternative, einfach den *Verfall* der rückgestellten Teile im Ausscheidenszeitpunkt vorzusehen, könnte zumindest für den Fall der Arbeitgeberkündigung bei Arbeitnehmern an der bestehenden (wenn auch verfehlten) Rsp scheitern, die es als problematisch ansieht, dass der Arbeitgeber bereits „erworbene“ Ansprüche des Arbeitnehmers durch einseitige Erklärung (rückwirkend) vernichten kann. Der Entwurf möchte anscheinend all diese Fragen der Kautelarpraxis und Rechtsprechung überlassen.

dd. Dem Entwurf sowie den Erläuternden Bemerkungen ist das Anliegen des Gesetzgebers zu entnehmen, durch die Rückstellung von 40% bzw 60% der insgesamt erwerbbaaren Bonusansprüche sicherzustellen, dass bei negativen

Unternehmensentwicklungen in Folgeperioden diese Anspruchsteile gar nicht erworben und bei besonders negativer Finanz- und Ertragslage des Institutes auch die rechtlich (vielleicht; ganz klar ist auch das nicht) schon erworbenen Teile nicht ausbezahlt werden dürfen. Damit kann sich in Zukunft vermehrt das Problem der Rückforderung irrtümlich bzw ungerechtfertigt ausbezahlter Vergütungsteile stellen. Da der Gesetzgeber – den 14. Erwägungsgrund der RL, wonach die „*Grundsätze des nationalen Vertrags- und Arbeitsrechts unberührt*“ bleiben sollen, vielleicht etwas zu wörtlich nehmend – keine näheren Vorschriften betreffend die (erleichterte) Rückforderung von Überbezügen etc in den Entwurf aufzunehmen plant, wird sich auch hier erst weisen müssen, wie die ganz bestimmte Ziele verfolgenden, bankwesenrechtlichen Regelungen sich mit den arbeitsrechtlichen Bestimmungen (verwiesen sei in diesem Zusammenhang insb auf die stRsp des OGH seit dem sog „Judikat 33“ [SZ XI/86] betreffend den Ausschluss der Rückforderung von gutgläubig empfangenen und zu Unterhaltungszwecken verbrauchten Überbezügen) vertragen.

ee. Wenngleich der schon mehrfach erwähnte 14. Erwägungsgrund der Richtlinie betont, dass die „*Grundsätze des nationalen Vertrags- und Arbeitsrechts unberührt bleiben*“ sollen, erkennt die Richtlinie klar das Problem der möglichen Umgehung durch den Abschluss nicht richtlinienkonformer Vereinbarungen im Umsetzungszeitraum. Dem soll dadurch vorbeugt werden, dass auch Vergütungsvereinbarungen erfasst sind, die zwar vor der Umsetzung in nationales Recht geschlossen wurden¹², bei denen die Auszahlung im Umsetzungszeitpunkt aber noch nicht erfolgt ist oder die vor dem Umsetzungszeitpunkt geschlossen wurden und die Abgeltung von Leistungen für das Jahr 2010 betreffen, sofern vor dem Inkrafttreten der nationalen gesetzlichen Vorschrift noch nicht ausgezahlt wurde. Dass setzt der österreichische Gesetzgeber mit der Übergangsbestimmung des § 103o BWG-Entwurf um: danach sind die neuen Regelungen auch schon auf für das Jahr 2010 gebührende Bonifikationen anzuwenden, die „erst“ 2011 ausgezahlt werden. Alle unter die neuen BWG-Bestimmungen fallenden Finanzdienstleistungsunternehmen dürfen bereits getroffene Bonifikationsvereinbarungen nur dann vertragsgemäß durch Auszahlung (zB nach Feststellung des Jahresabschlusses 2010) umsetzen, wenn die Auszahlung den neuen Regeln im Entwurf, dh den Vorschriften der Anlage 1 zu § 39b BWG (neu) entspricht. Insbesondere darf – wie erwähnt – nicht der gesamte Betrag schon nach Ablauf nur eines Geschäftsjahres ausbezahlt werden. Bedenkt man, dass der vorliegende Entwurf frühestens (wenn überhaupt) im Oktober 2010 verabschiedet werden wird und somit die betroffenen Mitarbeiter den Großteil der für das Jahr 2010 zustehenden variablen Vergütungen bereits „erdient“ haben, handelt es sich bei dieser Übergangsbestimmung um einen massiven und rechtsstaatlich bedenklichen – wenn auch durch das Gemeinschaftsrecht legitimierten- Eingriff in bestehende Vereinbarungen und bereits erworbene Rechte.

ff. Z 12 des Anhangs 1 zu § 39b BWG (neu) enthält in Umsetzung von CRD III noch ein weiteres Korrektiv, das mit der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens nicht vereinbaren Bonuszahlungen einen Riegel verschieben soll: „*Der Anspruchserwerb*

¹² Die RL unterscheidet dabei aber nicht zwischen Vereinbarungen, die nach Bekanntwerden des RL-Entwurfes und vor dem Umsetzungszeitpunkt geschlossen wurden (nur bei diesen kann so etwas wie eine „Umgehungsabsicht“ bestehen) und Vereinbarungen, die schon (lange) vor dem Bekanntwerden des RL-Textes getroffen wurden. Daher enthält die RL sehr wohl eine weitreichende Rückwirkung in Form des Eingriffes in bestehende Verträge.

*oder die Auszahlung der variablen Vergütung einschließlich des zurückgestellten Anteils darf nur dann erfolgen, wenn sie¹³ 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.“*

Eine nähere Ausgestaltung der unbestimmten Begriffe, dh die Bestimmung, wann eine rückgestellte Vergütung „gerechtfertigt“ ist und wann die Auszahlung für das Unternehmen „tragbar“ sei, enthält der Gesetzesentwurf aber nicht. Hier besteht ein erheblicher Interpretationsspielraum.

Der BWG-Entwurf enthält auch keine Bestimmungen darüber, wie in Fällen vorzugehen ist, in denen die Auszahlung mit der Finanzlage des Kreditinstituts nicht im Einklang steht bzw wie Derartiges verhindert werden kann. Vor allem sagt der Entwurf nicht ganz klar, ob gemeint ist, dass der Anspruch auf den noch nicht ausgezahlt variablen Vergütungsteil selbst dann erlischt, wenn der Mitarbeiter während des gesamten Rückstellungszeitraumes gemäß Z 12 der Anlage 1 zu § 39 b BWG-Entwurf die für ihn geltenden Erfolgsparameter erfüllt hat, oder ob nicht bloß eine Art Stundung gemeint ist. Eine Klarstellung wäre hier vonnöten, weil Z 12 des Anhangs 1 zu § 39 b BWG selbst in sich widersprüchlich ist. Zunächst heißt es quasi programmatisch, dass „*der Anspruchserwerb **oder**¹⁴ die Auszahlung der variablen Vergütungnur dann erfolgen darf,...*“, woraus sich klar ergäbe, dass kein endgültiges Anspruchserlöschen erfolgen muss. Gleich darauf stiftet aber die Formulierung Verwirrung, wonach die „*gesamte variable Vergütung erheblich beschränkt wird, wenn es zu einer verschlechterten oder negativen Finanz- oder Ertragslage des Kreditinstitutes kommt.*“ Dies klingt eher nach Anspruchsbegrenzung bzw Verfall. Richtiger Weise geht es aber ohne gesetzlich klare (und dann auf ihre Verfassungskonformität zu prüfende) Regelung nicht an, dass das Kreditinstitut ohne vertragliche Ermächtigung einen aufgrund Erfüllung sämtlicher Parameter und Voraussetzungen verdienten Anspruch durch einseitige Erklärung und unter bloßem Verweis auf wirtschaftliches Unvermögen des Schuldners endgültig beseitigt. Das liefe dem vom OGH im Jahr 1989 im Zusammenhang mit den VOEST-Managerpensionen bekräftigten Grundsatz der Einhaltung bestehender Verträge auch bei drastischer Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage (OGH 11.1.1989, JBI 1989, 264ff) klar zuwider. Wenn man hier möglichst weitgehenden Schutz für das Vermögen des Kreditinstitutes anstrebt, dann müsste der österreichische Gesetzgeber eine dem – erst 2009 verschärfte - § 87 Abs 2 dAktG vergleichbare Regelung implementieren¹⁵ oder – und das wäre immerhin zweckmäßig -, die Kreditinstitute gesetzlich dazu zu verpflichten, für die genannten Fälle in

¹³ Grammatikalisch bezieht sich dieses Wort nur auf „Auszahlung“, nicht aber auf den „Anspruchserwerb“.

¹⁴ Hervorhebung durch den Verfasser.

¹⁵ In diesem Zusammenhang sei daran erinnert, dass anlässlich der Erlassung des AktG 1965 der österreichische Gesetzgeber die Entfernung des in § 78 Abs 2 AktG 1937/38 vorgesehenen Herabsetzungsrechts damit begründete, dass dieses „*nicht dem rechtsstaatlichen Prinzip der Vertragstreue entspricht*“ (vgl EB RV 301 BlgNR X. GP 69). Genau darauf berief sich der OGH noch 1989 in der E über die VOEST-Managerpensionen (OGH 11.1.1989, JBI 1989, 264ff, 266).

Vereinbarungen mit den von den neuen Regeln erfassten Mitarbeitern entsprechende Zurückbehaltungs-, Kürzungs- oder auch Rückforderungsrechte vertraglich zu verankern. Auch ohne eine solche gesetzliche Anordnung wird freilich ein sorgfältig handelnder Aufsichtsrat bzw Vorstand genau das erwägen und – nach Maßgabe seiner Verhandlungsmacht auch durchzusetzen versuchen müssen.

gg. Überaus problematisch bei nicht börsennotierten Banken ist ferner Z 11 der Anlage 1 zu § 39b BWG (neu). Danach besteht ein „*erheblicher Anteil, der mindestens 50% der variablen Vergütungskomponenten beträgt, (...) aus einem angemessenen Verhältnis aus:*

a) *Aktien, gleichwertigen Eigentumsanteilen, mit Anteilen verknüpften Instrumenten oder gleichwertigen unbaren Zahlungsinstrumenten bei nicht börsennotierten Kreditinstituten, vorbehaltlich der rechtlichen Struktur des betreffenden Kreditinstituts.*

b) *Wandlungsfähigem hybridem Kapital gemäß § 23 Abs 4a Z 6 BWG, das geeignet ist, die Bonität eines Kreditinstitutes hinreichend widerzuspiegeln, soweit dies angemessen ist.“*

Sofern im Gesetzesentwurf nicht der Beistrich irrtümlich nach dem Wort „Kreditinstituten“ statt nach dem Wort „Zahlungsinstrumenten“ gesetzt wurde, und damit nicht börsennotierte Kreditinstitute doch in den Genuss einer Art „Escape-Klausel“ gelangen sollen, bleibt der Gesetzgeber (und der Entwurf) die Antwort schuldig, mit welchen „*mit Anteilen verknüpften Instrumenten*“ oder „*gleichwertigen unbaren Zahlungsinstrumenten*“ ein nicht börsennotiertes Kreditinstitut die Bonifikationen seiner Geschäftsleiter, Risikokäufer und Mitarbeiter in Kontrollfunktionen unterlegt. Darüber wird in der Praxis auch schon intensiv nachgedacht. „Phantom Stocks“ einzusetzen, setzt bei nicht börsennotierten Aktiengesellschaften eine regelmäßige, dh zumindest jährliche Bewertung voraus, durch die uU beträchtliche Kosten entstehen, ist somit alles andere als praktikabel.

Der hierdurch entstehende Zwang in Richtung der Gesellschafter bzw Eigentümer von Kreditinstituten, zwangsweise auch die Mitarbeiter „ihre“ Finanzinstitutes eine Art der Beteiligung am Finanzinstitut einzuräumen, kommt im Ergebnis einer erheblich eigentumsbeschränkenden Maßnahme gleich. Man sollte nicht börsennotierte Kreditinstitute von den Regelungen ausnehmen.

Wien, am 8. Oktober 2010

DER ÖSTERREICHISCHE RECHTSANWALTSKAMMERTAG

Dr. Gerhard Benn-Ibler
Präsident