



Der Spagat vom Incentive zum Clawback

Dezember 2017

Die öffentliche Diskussion verfolgt die Vergütung bei Banken auch 10 Jahre nach der Finanzkrise mit ungebrochener Sensibilität.

Dabei sorgen auch Fälle für besondere Aufmerksamkeit, in denen Top Manager für vermeintliche Erfolge hohe Bonuszahlungen einstreichen, deren Berechtigung dann im Nachhinein aber fragwürdig wird (z. B. durch Schadensfälle, hohe Risikokosten, Rechtsstreitigkeiten). Der Ruf der Medien nach Rückzahlung der bereits erhaltenen Boni blieb bisher ungehört, auch da die Vergütungsvereinbarungen keine entsprechende Grundlage bieten.

Die Novelle der Institutsvergütungsverordnung 2017 knüpft hier an und zwingt die großen Institute, künftig entsprechende Rückzahlungsvereinbarungen (so genannte Clawbacks) mit ihren Geschäftsleitern und allen sonstigen Risk Takern zu schließen.

Was zunächst von vielen Vergütungs- und Rechtsexperten im Hinblick auf die vergütungspolitischen und arbeitsrechtlichen Implikationen nur mit Kopfschütteln quittiert wurde, wird mit Beginn des Vergütungsjahres 2018 Wirklichkeit.

In unserem aktuellen Newsletter fassen wir die wesentlichen Neuerungen zum Clawback zusammen und beschreiben die inhaltlichen Problemfelder bei der Ausgestaltung und Umsetzung des Clawback in der aktuellen Praxis.

Im Hinblick auf die heikle inhaltliche und arbeitsrechtliche Umsetzung der neuen Clawback-Vereinbarungen benötigen die Experten in den Compensation & Benefits-Teams eine besondere fachliche Expertise. Daher finden Sie im Anhang auch eine Übersicht von aus unserer Sicht geeigneten Fortbildungsmaßnahmen.

Ich wünsche Ihnen wie immer eine interessante Lektüre und stehe gerne für Ihre Rückmeldungen und einen weiteren Gedankenaustausch zur Verfügung.

Ihr
Werner Klein

compgovernance

Erneute Verschärfung der Vergütungsregeln

Schon am 1. Januar 2017 sind die von der Europäischen Bankenaufsichtsbehörde (EBA) überarbeiteten Leitlinien für eine solide Vergütungspolitik (EBA/GL/2015/22 vom 21. Dezember 2015) in Kraft getreten.

Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) hat im Einvernehmen mit der Deutschen Bundesbank deren Umsetzung in nationales Recht vorgenommen. Nach einigen Verzögerungen ist die Änderungsverordnung zur Institutsvergütungsverordnung (InstitutsVergV) am 4. August 2017 in Kraft getreten.

Neben einem breiten Grundrauschen von Konkretisierungen und Detaillierungen zu fast allen Regelungssachverhalten hat die Novelle erneut Verschärfungen für die Risk Taker-Vergütungsmodelle der bedeutenden Institute gebracht.

Risk Taker-Vergütung im Fokus

Neben der Ausdehnung der Mindest-Aufschubungszeiträume bei der Auszahlung der variablen Vergütung für das Top Management (§ 20 Abs. 2 InstitutsVergV) werden auch die Vorschriften zur so genannten Ex-post-Risikoadjustierung verschärft: Die Kriterien für eine zwingende Reduzierung der variablen Vergütung (bis auf null) werden erweitert und um eine Rückforderungspflicht ergänzt, nach der das Institut künftig auch bereits ausgezahlte variable Vergütungsanteile zurückfordern muss, sofern die vom Gesetzgeber hierfür definierten Kriterien erfüllt werden (§ 20 Abs. 6 InstitutsVergV).

Hieraus ergibt sich Handlungsbedarf für die etwa 80 bedeutenden Institute in Deutschland, die nicht nur mit ihren Geschäftsleitern, sondern auch mit allen weiteren als Risk Taker identifizierten Mitarbeitern entsprechende Vereinbarungen treffen müssen. Durch die seitens der EU-Kommission bereits avisierte deutliche Absenkung der Einstufungsgrenze für die Einstufung als bedeutendes Institut werden perspektivisch sogar deutlich mehr Institute und Mitarbeiter betroffen sein.

Verpflichtende Clawbacks

Bereits bisher sind die Anteile der variablen Vergütung von Risk Takern, die im Rahmen der nachhaltigen Vergütungsmodelle aufgeschoben und in Teilbeträgen zur Auszahlung kommen, nochmals unter Risiko- und Nachhaltigkeitsaspekten zu prüfen und ggf. (bis auf null) zu reduzieren (Malus-

Prüfung, § 18 Abs. 5 und § 20 Abs. 4 Nr. 3 InstitutsVergV).

Ab 2018 wird die Ex-post-Risikoadjustierung in der variablen Vergütung der Risk Taker erheblich ausgeweitet indem zusätzlich eine Rückgriffsmöglichkeit auch auf bereits ausgezahlte Teilbeträge zu vereinbaren ist. Nicht nur die Rückforderungsklausel an sich geht weit über die bisherige Regelung hinaus. Im Unterschied zum Malus führt der Clawback im Anwendungsfall immer zwingend zum vollständigen Wegfall der variablen Vergütung – und auch zum Erlöschen der Teilbeträge in Folgejahren (§ 20 Abs. 6 InstitutsVergV).

Die Clawback-Regel findet nur Anwendung, wenn die variable Vergütung des Risk Takers tatsächlich aufgeschoben ausgezahlt wird. Hieraus folgt, dass der Clawback nicht auf Risk Taker-Boni angewandt wird, die die Freigrenze von 50.000 Euro nicht überschreiten und deshalb sofort und in voller Höhe ausgezahlt werden können.

Die Rückforderung durch das bedeutende Institut ist zwingend, wenn der betreffende Mitarbeiter an einem Verhalten, das für die Bank zu erheblichen Verlusten oder einer regulatorischen Sanktion geführt hat, maßgeblich beteiligt oder dafür verantwortlich war oder relevante externe oder interne Regelungen in Bezug auf Eignung und Verhalten in schwerwiegendem Maße verletzt hat.

Die Rückforderung muss sich auf bis zu 100% der bereits ausgezahlten variablen Vergütungen erstrecken.

Relevante Clawback-Sachverhalte sind periodengerecht auf die korrespondierenden Vergütungsbeträge des jeweiligen Jahres anzuwenden, d. h. sie betreffen nur die Vergütung, die in diesem Jahr gewährt wurde, aufgeschobene variable Vergütungen aus anderen Gewährungs Jahren sind nicht betroffen.

Der Clawback-Zeitraum beträgt – abhängig vom implementierten Deferral-System (§ 20 Abs. 1 und 2 InstitutsVergV) – mindestens fünf bis sieben Jahre.

Arbeitsrechtlich schwierige Ausgestaltung

Eine bisher nur im internationalen Rechtsraum verbreitete Praxis hält damit Einzug in die Vergütung der deutschen Risk Taker.

Unklar erscheint den Arbeitsrechts-Experten wie die Arbeitsgerichte die regulatorisch geforderten

Rückzahlungsklauseln in Anstellungsverträgen bewerten werden. Die überwiegende Einschätzung ist, dass diese arbeitsrechtlich nur sehr schwer rechtssicher umzusetzen sind. KPMG titelt im Rahmen einer Veröffentlichung sogar: „Die aufsichtsrechtliche Aufforderung zur arbeitsrechtlich (unwirksamen) Ausgestaltung?“

Die Umsetzung des Clawbacks erfordert die Anpassung der bestehenden arbeitsvertraglichen Grundlagen und ist inhaltlich anspruchsvoll. Derartige individuelle Vereinbarungen unterliegen der gesetzlichen AGB-Kontrolle (§§ 305 ff. BGB) und damit dem Inhalts- und Transparenzgebot, die das Bundesarbeitsgericht in seiner Rechtsprechung zur Reduzierung von Bonuszahlungen restriktiv anwendet. Wird der Clawback in einer Betriebs- bzw. Dienstvereinbarung umgesetzt, haben die Betriebsparteien die gesetzlichen Billigkeitsanforderungen zu beachten.

Vereinbarung durch Hinwirkung

Nicht nur die Vereinbarung mit den Betroffenen und die arbeitsrechtlich belastbare Ausgestaltung, sondern auch die Umsetzung des Clawback im Anwendungsfall wird schwierig werden.

Die Vereinbarung ist im Rahmen der Hinwirkungspflicht (§ 14 InstitutsVergV) vorzunehmen und wird regelmäßig eher unproblematisch beim Abschluss neuer Anstellungsverträge und der Verlängerung befristeter Verträge sein.

Im unbefristeten Arbeitsverhältnis besteht hingegen kein Anspruch des Arbeitgebers auf Zustimmung zu einer Vertragsänderung, auch nicht aufgrund einer Gesetzesänderung.

Unsichere Anwendung der Klausel

Auch selbst wenn eine Rückforderungsklausel Vertragsbestandteil geworden ist, dürfte es schwer werden, auf dieser Basis Bonuszahlungen zurückzufordern.

Die vom Ordnungsgeber vorgegebenen Voraussetzungen „Verantwortung für oder Beteiligung an einem Verhalten, das zu erheblichen Verlusten geführt hat“ und „Verstöße gegen relevante externe oder interne Regelungen in Bezug auf Eignung und Verhalten“ sind gänzlich unbestimmt. Somit sind sie durch Konkretisierungen oder Beispiele auszufüllen. Dabei ist insbesondere die Konkretisierung von relevanten Verlusten problematisch (fallen z. B. auch Verluste aus Geschäften unter den Clawback, bei denen sich alle Beteiligten streng an die interne Risk Governance

gehalten haben und die Transaktion dennoch im Nachhinein notleidend wird? Wie werden allgemeine Geschäftsrisiken berücksichtigt?).

Die tatsächliche Anwendung der Rückforderungsklausel im Clawback-Fall erfolgt im Spannungsfeld mit anderen rechtlichen Bestimmungen, z. B. der Verjährung von Lohn- und Gehaltsforderungen (Verjährungsfrist von 3 Jahren, § 195 BGB) und dem Leistungsverweigerungsrecht bei Entreichung falls der Mitarbeiter die Summe nicht mehr in seinem Vermögen befindet und dieses auch nicht zur Rückzahlung ausreicht (§§ 812 ff. BGB).

Es ergeben sich zudem diverse Fragen zur technischen Umsetzung: Die Rückerstattung hat auf Brutto-Basis zu erfolgen – wie sind die damit verbundenen steuerlichen und sozialversicherungsbezogenen Fragen zu lösen? Wie sind Instrumente zu bewerten, die im Auszahlungspaket enthalten waren?

Stand der Praxis und Bewertung

Da es in Deutschland bislang keinerlei Rechtsprechung zu derartigen Rückforderungsklauseln in Anstellungsverträgen gibt, ist davon auszugehen, dass künftige Rückforderungsfälle mit hoher Wahrscheinlichkeit einer arbeitsgerichtlichen Prüfung ausgesetzt sein werden. Auf dem Prüfstand stehen dabei nicht nur die Wirksamkeit der Rückforderungsklausel per se, sondern auch die tatsächliche Umsetzung des Rückzahlungsanspruchs bis zum tatsächlichen Zahlungseingang.

Insgesamt scheint der Aufwand für die Einführung und die Risiken in der Anwendung in einem umgekehrten Verhältnis zur Bedeutung der Regelung zu stehen. Es ist zu erwarten, dass der Clawback nur in seltenen Fällen greifen wird, und die Umsetzung dieser Einzelfälle aufgrund der rechtsunsicheren Rahmenbedingungen nur schwer gelingen wird. Das bestätigen im Übrigen auch die Erfahrungen aus dem angelsächsischen Marktumfeld, in dem es den Clawback schon gibt.

Regulierungsgeschwindigkeit erfordert Qualifizierung

Die Neuerungen aus der novellierten InstitutsVergV und ihrer umfangreichen Auslegungshilfe sowie die diversen EBA-Initiativen bescheren den Vergütungspraktikern für das neue Jahr wieder einen hohen Informations- und Weiterbildungsbedarf. Nachfolgend finden Sie einen Überblick über zielgruppenbezogene externe Tagungen bzw. Seminarveranstaltungen.

InstitutsVergV 3.0 – Neuerungen und arbeitsrechtliche Umsetzung in der Praxis

Vertiefungsseminar
FORUM Management Institut, Heidelberg
Termin: 22.Januar 2018 in Frankfurt

[Mehr Informationen](#)

Bei einer Anmeldung über compgovernance gewährt der Veranstalter einen Rabatt von 20% auf die Teilnahmegebühr

InstitutsVergV 3.0 – Umsetzung der regulatorischen Anforderungen an die Vergütungssysteme

Grundlagenseminar
Academy of Finance, Bonn
Termine: 13./14.März 2018 in Bonn, 26./27.September 2018 in Frankfurt

[Mehr Informationen](#)

Ausgewählte regulatorische Handlungsfelder in der Vergütungspraxis von Banken

Vertiefungsseminar
Academy of Finance, Bonn
Termine: 18./19.April 2018 in Bonn, 7./8.November 2018 in Frankfurt

[Mehr Informationen](#)

Comp meets Risk – Risikorelevante Anknüpfungspunkte der Vergütungssysteme

Vertiefungsseminar
Academy of Finance, Bonn
Termine: 18.Mai 2018 in Bonn, 25.September 2018 in Frankfurt

[Mehr Informationen](#)

Unabhängigkeit des Vergütungsbeauftragten bei Banken

Vertiefungsseminar
Academy of Finance, Bonn
Termine: 8.März 2018 in Bonn, 20.September 2018 in Frankfurt

[Mehr Informationen](#)

Performance- und Compensation Management bei Banken im Wandel

Grundlagenseminar
Academy of Finance, Bonn
Termine: 18.Mai 2018 in Bonn, 25.September 2018 in Frankfurt

[Mehr Informationen](#)

Über compgovernance

Compensation Governance Werner Klein & Partner (compgovernance) ist eine unabhängige und inhabergeführte Unternehmensberatung mit Sitz in Düsseldorf. Der Schwerpunkt der Beratungstätigkeit liegt im Performance und Compensation Management von Banken und anderen Finanzdienstleistern.

Die besondere Fachexpertise liegt in der personalwirtschaftlichen Gestaltung von regulatorisch konformen Vergütungssystemen und -prozessen. Dabei werden die Anforderungen des Unternehmens auf der Grundlage der geschäfts- und risikostrategischen Intentionen sowie branchenspezifischen regulatorischen Rahmenbedingungen umgesetzt.

Die Berater von compgovernance verfügen über langjährige Berufs- und Branchenerfahrung und sind bevorzugte Ansprechpartner für Mitglieder von Aufsichts- und Geschäftsleitungsgremien sowie der Führungskräfte und Experten in den Fachabteilungen der Unternehmen.

compgovernance erbringt keine Rechtsdienstleistungen nach dem Rechtsdienstleistungsgesetz. Sofern solche im Rahmen unserer Beratungstätigkeit gewünscht oder erforderlich werden, arbeiten wir projekt-bezogen mit instituts-internen Rechtsabteilungen oder erfahrenen Kooperationspartnern zusammen.

Ihr Kontakt

Werner Klein

compgovernance

Gudastraße 33
40625 Düsseldorf
Phone 0211 1674219
Mobile 0151 40534773
Email werner.klein@compgovernance.de