

**RUNDSCHREIBEN DER
FINANZMARKTAUFSICHTSBEHÖRDE
zu §§ 39 Abs. 2, 39b und 39c BWG**

**GRUNDSÄTZE DER
VERGÜTUNGSPOLITIK UND
-PRAKTIKEN¹**

¹ Das gegenständliche Rundschreiben wurde erstmals im Dezember 2011 veröffentlicht und zuletzt im Jänner 2018 aktualisiert. Es gilt die jeweils zuletzt veröffentlichte Fassung.

INHALTSVERZEICHNIS

I. VORBEMERKUNGEN	4
II. ANWENDUNGSBEREICH	6
A. KREDITINSTITUTE UND KREDITINSTITUTSGRUPPEN.....	6
B. ZUSTÄNDIGE ORGANE IM KREDITINSTITUT	7
C. UMGEHUNGSVERBOT	7
D. MITARBEITERKATEGORIEN	8
1. Generelle und spezielle Grundsätze der Vergütungspolitik	8
2. Definition der Mitarbeiterkategorien	8
3. Identifizierung der Mitarbeiterkategorien	8
III. PROPORTIONALITÄTSGRUNDSATZ	10
A. ALLGEMEINES.....	10
B. NEUTRALISIERUNG	10
C. PROPORTIONALITÄT ZWISCHEN INSTITUTEN UND ZWISCHEN MITARBEITERKATEGORIEN.....	11
1. Proportionalität zwischen Instituten.....	11
2. Proportionalität zwischen Mitarbeiterkategorien	14
D. ANWENDUNG DES PROPORTIONALITÄTSGRUNDSATZES	15
Exkurs: Erheblichkeitsschwelle	15
IV. BEZAHLUNG MIT INSTRUMENTEN.....	17
A. ANWENDBARKEIT	17
B. HALTEFRIST.....	17
V. ZURÜCKSTELLUNG	19
A. ZURÜCKSTELLUNGSZEITRAUM.....	19
B. EX-POST-RISIKOAJUSTIERUNG.....	19
VI. PERSÖNLICHE LEISTUNG UND UNTERNEHMENSERFOLG.....	20
A. ALLGEMEINES	20

B. VARIABLE VERGÜTUNG UND PERSÖNLICHE LEISTUNG	20
C. VARIABLE VERGÜTUNG UND UNTERNEHMENSERFOLG	21
VII. ÜBERGANGSBESTIMMUNG	22

I. VORBEMERKUNGEN

1. Dieses Rundschreiben der Finanzmarktaufsichtsbehörde (FMA) soll Kreditinstituten als Orientierungshilfe zur Anwendung der Bestimmungen der §§ 39 Abs. 2 iVm 39b des Bankwesengesetzes (BWG) dienen². Dieses Rundschreiben wurde im Einvernehmen mit der Oesterreichischen Nationalbank (OeNB) erarbeitet.
2. Die §§ 39 Abs. 2 iVm 39b BWG samt Anlage stellen die gesetzlichen Grundlagen für die Ausgestaltung der Vergütungspolitik und -praktiken in Kreditinstituten und Kreditinstitutsgruppen dar. Die zitierten Bestimmungen transponieren Artikel 74 iVm 92 - 95 der Richtlinie 2013/36/EU (CRD IV) in den österreichischen Rechtsbestand.
3. Falsche Anreize in der Vergütungsstruktur eines Kreditinstituts können ein effizientes und solides Risikomanagement untergraben. Wird das Erzielen kurzfristiger Gewinne belohnt und werden Mitarbeiter dazu verleitet, mit ungebührlich hohen Risiken verbundene Tätigkeiten fortzusetzen, sind Kreditinstitute dadurch langfristig höheren potentiellen Verlusten ausgesetzt. Zweck der Vergütungsbestimmungen des BWG ist es daher, dass sich Kreditinstitute Vergütungspolitiken und –praktiken geben, die ihre Mitarbeiter zu nachhaltigem und langfristigem Handeln bewegen und deren persönliche Zielsetzungen an die langfristigen Interessen des Kreditinstituts angleichen³.
4. Gemäß § 39 Abs. 2 BWG haben Kreditinstitute und Kreditinstitutsgruppen⁴ für die Erfassung, Beurteilung, Steuerung und Überwachung der bankgeschäftlichen und bankbetrieblichen Risiken sowie der Risiken aus Vergütungspolitik und –praktiken über Verwaltungs-, Rechnungs- und Kontrollverfahren zu verfügen, die der Art, dem Umfang und der Komplexität der betriebenen Bankgeschäfte angemessen sind.
5. § 39b BWG samt Anlage präzisiert, wie Vergütungssysteme auszugestalten sind: Bei Festlegung und Anwendung der Vergütungspolitik und –praktiken haben die Kreditinstitute und Kreditinstitutsgruppen, je nach Mitarbeiterkategorien und nach Berücksichtigung des Proportionalitätsgrundsatzes, die in der Anlage zu § 39b BWG genannten Grundsätze zu beachten.
6. Die Vergütungsbestimmungen des BWG regeln die gesamte Vergütungspolitik und –praxis in Kreditinstituten, umfassen daher grundsätzlich alle Bezüge der Mitarbeiter. Aus dem Sinn und Zweck der Vergütungsbestimmungen, nämlich der Steuerung des

² Hiervon zu unterscheiden sind die Bestimmungen der §§ 34 ff WAG 2007 zur Vermeidung von Interessenkonflikten bei Vergütungssystemen mit Vertriebszielen (siehe hierzu das „Rundschreiben der FMA zu Interessenkonfliktproblematik bei bestimmten Vergütungssystemen“).

³ ErläutRV 922 BlgNR 24. GP 1-3.

⁴ Vgl. § 30 Abs. 7 BWG.

Risikoverhaltens der Mitarbeiter, sowie dem konkreten Normgehalt der (meisten) Vergütungsgrundsätze der Anlage zu § 39b BWG folgt allerdings, dass der Fokus der Bestimmungen auf der Regulierung der variablen Vergütung liegt.⁵

7. Die Vergütungsbestimmungen des BWG verpflichten Kreditinstitute und Kreditinstitutsgruppen somit zum einen zur Beachtung der Risiken aus Vergütungspolitik und -praktiken im Rahmen der allgemeinen Risikosteuerung gemäß § 39 Abs. 2 BWG und regeln zum anderen in § 39b BWG samt Anlage, wie Vergütungspolitik und -praktiken konkret auszugestalten sind.
8. Das gegenständliche Rundschreiben erläutert ausgewählte Fragen der Anwendung der Vergütungsbestimmungen: den grundsätzlichen Anwendungsbereich der Bestimmungen in Kreditinstituten und in Kreditinstitutsgruppen, das Umgehungsverbot, die Definition der Mitarbeiterkategorien, den Proportionalitätsgrundsatz, die Anwendbarkeit der Z 11 und 12 der Anlage zu § 39b BWG sowie die Übergangsvorschriften. Auf Grundlage dieser Ausführungen soll den Kreditinstituten die eigenverantwortliche Beurteilung darüber erleichtert werden, in welcher Art und Weise die Vergütungsgrundsätze der Anlage zu § 39b BWG umzusetzen sind.
9. Gemäß § 69 Abs. 5 BWG hat die FMA bei der Vollziehung des BWG die von der Europäischen Bankenaufsichtsbehörde (EBA) beschlossenen Leitlinien, Empfehlungen und Standards anzuwenden. In den „Guidelines on sound remuneration policies“⁶ hat EBA die Vergütungsbestimmungen der RL 2013/36/EU umfassend erläutert. Gemäß dem zitierten § 69 Abs. 5 BWG wird das BWG durch die FMA im Sinne dieser Guidelines ausgelegt. Die „Guidelines on on sound remuneration policies“ sind daher auch von der Kreditwirtschaft als Auslegungshilfe heranzuziehen, insbesondere betreffend derjenigen Vergütungsgrundsätze, die im gegenständlichen Rundschreiben nicht behandelt werden.
10. Dieses Rundschreiben gibt die Rechtsansicht der FMA wieder. Die rechtlichen Grundlagen bleiben durch dieses Rundschreiben der FMA jedenfalls unberührt. Über die gesetzlichen Bestimmungen hinausgehende Rechte und Pflichten können aus dem Rundschreiben nicht abgeleitet werden.

⁵ Für die genaue Unterscheidung von fixer und variabler Vergütung siehe Rz 115 und 117 der EBA-Guidelines on remuneration policies vom 21.12.2015 (EBA/GL/2015/22). Vgl. aber auch Z 2 der Anlage zu § 39b BWG, deren Grundsatz auch für fixe und nicht erfolgsabhängige Vergütung gilt: Beispielsweise ist es im „langfristigen Interesse“, dass die gesamten Personalkosten (fix und variabel) keine Höhe erreichen, die eine nachhaltige wirtschaftliche Entwicklung zu untergraben geeignet ist.

⁶ „Guidelines on sound remuneration policies under Articles 74 (3) and 75 (2) of Directive 2013/36/EU and disclosure under Article 450 of Regulation (EU) No 575/2013“ vom 21.12.2015 (EBA/GL/2015/22).

II. ANWENDUNGBEREICH

A. KREDITINSTITUTE UND KREDITINSTITUTSGRUPPEN

11. Auf Einzelinstitutsebene richten sich die §§ 39 Abs. 2 sowie 39b BWG samt Anlage ausschließlich an Kreditinstitute.
12. Allerdings haben gemäß § 30 Abs. 7 BWG übergeordnete Kreditinstitute⁷ die Risikosteuerungsverfahren gemäß § 39 Abs. 2 BWG für die gesamte Kreditinstitutsgruppe⁸ umzusetzen. Des Weiteren haben gemäß Z 13 der Anlage zu § 39b BWG Kreditinstitute die dort genannten Grundsätze auch auf Ebene des Mutterunternehmens, der Tochterunternehmen und Zweigstellen, einschließlich derjenigen in Offshore-Finanzzentren, anzuwenden.
13. Übergeordnete Kreditinstitute haben folglich sicherzustellen, dass auch Gruppenunternehmen, die selbst keine Kreditinstitute sind (Finanzinstitute⁹, Wertpapierfirmen und Anbieter von Nebendienstleistungen¹⁰), in die Risikosteuerung gemäß § 39b BWG eingebunden sind sowie auch in diesen Unternehmen Vergütungspolitiken und –praktiken vorliegen, die mit der Anlage zu § 39b BWG sowie der darauf aufbauenden Vergütungspolitik der Gruppe im Einklang stehen.
14. Anzumerken ist, dass auch bei Gruppenmitgliedern, die keine Kreditinstitute sind, der Proportionalitätsgrundsatz des § 39b BWG Anwendung findet¹¹.
15. Ein übergeordnetes österreichisches Kreditinstitut ist für die Einhaltung der Vergütungsgrundsätze der Anlage zu § 39b BWG innerhalb der gesamten Kreditinstitutsgruppe, d.h. bei nachgeordneten Instituten im In- und Ausland (Mitgliedstaaten und Drittstaaten), verantwortlich. Unterschiedliche lokale Vergütungsbestimmungen eines nachgeordneten Instituts mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat gehen den österreichischen Bestimmungen allerdings vor. Die Beachtung der Vergütungsbestimmungen in anderen Rechtsordnungen liegt in der Verantwortung des jeweiligen (lokalen) Instituts.
16. Gemäß § 9 Abs. 7 BWG finden die Vergütungsbestimmungen des BWG auch auf Zweigstellen von Kreditinstituten aus Mitgliedstaaten Anwendung. Ebenso haben Zweigstellen von Kreditinstituten aus Drittstaaten die Vergütungsbestimmungen anzuwenden.

⁷ Vgl. § 30 Abs. 5 BWG.

⁸ Vgl. § 30 Abs. 1 BWG.

⁹ Vgl. Art. 4 Abs. 1 Z 26 CRR.

¹⁰ Vgl. Art. 4 Abs. 1 Z 18 CRR.

¹¹ Siehe unten „III.D. Anwendung des Proportionalitätsgrundsatzes“.

B. ZUSTÄNDIGE ORGANE IM KREDITINSTITUT

17. Gemäß Z 3 der Anlage zu § 39b BWG obliegt dem Aufsichtsrat bzw. dem sonst nach Gesetz oder Satzung zuständigen Aufsichtsorgan die Genehmigung der Vergütungspolitik, deren regelmäßige Überprüfung sowie die Überwachung ihrer praktischen Umsetzung. Somit ist der Aufsichtsrat als das für die Überwachung der Einhaltung der Vergütungsbestimmungen primär zuständige Organ normiert. In seiner Verantwortung liegt daher sowohl die inhaltliche Gesetzeskonformität der Vergütungspolitik als auch die vollständige und korrekte Umsetzung im Kreditinstitut.
18. Ist ein Vergütungsausschuss gemäß § 39c BWG eingerichtet und wurden diesem Befugnisse des Aufsichtsrates zur Entscheidung übertragen, sind der Staatskommissär des Kreditinstituts und dessen Stellvertreter zu den Sitzungen des Vergütungsausschusses gemäß § 76 Abs. 4 BWG zu laden.
19. Ist der Vergütungsausschuss nicht als entscheidungsbefugter Ausschuss eingerichtet, sind dessen Berichte bzw. Entwürfe vor Beschluss im Aufsichtsrat einer materiellen Erörterung zu unterziehen, die dem im Aufsichtsrat anwesenden Staatskommissär eine inhaltliche Wahrnehmung und etwaige Stellungnahme gestattet.
20. Die allgemeine Verantwortlichkeit der Geschäftsleiter für die Einhaltung der Bestimmungen des BWG bleibt davon freilich unberührt.

C. UMGEHUNGSVERBOT

21. Gemäß Z 12 lit. d der Anlage zu § 39b BWG wird variable Vergütung nicht durch Instrumente und Verfahren gezahlt, die eine Umgehung der Anforderungen des BWG ermöglichen. Die zitierte Bestimmung normiert ein generelles Umgehungsverbot. Die Wendung „durch Instrumente oder Verfahren“ ist dabei weit zu verstehen. Unzulässig ist jede (rechtliche) Konstruktion, mit Hilfe derer die Einhaltung einer Vergütungsbestimmung vermieden wird, obgleich sie nach dem Proportionalitätsgrundsatz und der betroffenen Mitarbeiterkategorie eigentlich anzuwenden wäre¹².

¹² Vgl. auch Rz 162 – 169 EBA-Guidelines on sound remuneration policies.

D. MITARBEITERKATEGORIEN

1. GENERELLE UND SPEZIELLE GRUNDSÄTZE DER VERGÜTUNGSPOLITIK

22. Bei den Grundsätzen der Anlage zu § 39b BWG ist zwischen generellen und speziellen Grundsätzen der Vergütungspolitik zu unterscheiden. Während die generellen Grundsätze jeweils für das gesamte Kreditinstitut bzw. alle Mitarbeiter gelten, sind die speziellen Grundsätze nur auf die in § 39b BWG angeführten Mitarbeiterkategorien (auch „identifizierte Mitarbeiter“¹³ oder „Risikokäufer i.w.S.“) anwendbar.
23. Für das gesamte Institut und alle Mitarbeiter gelten die generellen Grundsätze 1-6a, 7 lit. b - 7 lit. d, 10, 12 lit. d sowie 13. Nur für die besonderen Mitarbeiterkategorien gelten darüber hinaus die speziellen Grundsätze 7 (Absatz 1), 7 lit. a, 8 – 8b, 9 – 9a sowie 11, 12 (Absatz 1), 12 lit. a – lit. c.¹⁴

2. DEFINITION DER MITARBEITERKATEGORIEN

24. Zu den Mitarbeiterkategorien, für die auch die speziellen Grundsätze gelten, gehören gemäß § 39b BWG die Geschäftsleitung, Risikokäufer, Mitarbeiter mit Kontrollfunktion und Mitarbeiter, die derselben Vergütungsgruppe wie die Geschäftsleitung und Risikokäufer angehören und deren Tätigkeit sich wesentlich auf das Risikoprofil auswirkt. Seit 2014 normiert die **delegierte Verordnung (EU) Nr. 604/2014** zwingend nach welchen qualitativen und quantitativen Kriterien die besonderen Mitarbeiterkategorien zu identifizieren sind.¹⁵

3. IDENTIFIZIERUNG DER MITARBEITERKATEGORIEN

25. Soweit die delegierte Verordnung (EU) Nr. 604/2014 einen Ermessensspielraum einräumt, liegt es in der Verantwortung des einzelnen Kreditinstitutes eine Selbsteinschätzung darüber vorzunehmen, welche Mitarbeiter konkret als Risikokäufer i.w.S. zu identifizieren und welche den sonstigen Mitarbeitern zuzurechnen sind. Das Ergebnis ist transparent, nachvollziehbar und fundiert zu dokumentieren.

¹³ Diese in den Guidelines on sound remuneration policies verwendete Bezeichnung resultiert aus dem Umstand, dass aus der Gesamtheit aller Mitarbeiter die besonderen Mitarbeiter (gemäß § 39b BWG) zu „identifizieren“ sind, weshalb diese auch „identified staff“ genannt werden.

¹⁴ Siehe auch Annex I der EBA-Guidelines on sound remuneration policies.

¹⁵ Vgl. ebendort insb. Art. 3 (qualitative Kriterien) und Art. 4 (quantitative Kriterien).

26. Zu beachten ist, dass die Einteilung der Gesamtheit aller Mitarbeiter in Risikokäufer i.w.S. und sonstige Mitarbeiter die Proportionalitätsprüfung zwischen Mitarbeitern teilweise vorwegnimmt und somit auch für die Frage einer etwaigen Neutralisierung von Vergütungsgrundsätzen von Bedeutung ist¹⁶.

¹⁶ Siehe unten „III.C.2. Proportionalität zwischen Mitarbeitern“.

III. PROPORTIONALITÄTSGRUNDSATZ

A. ALLGEMEINES

31. Gemäß § 39b BWG haben Kreditinstitute bei der Festlegung und der Anwendung der Vergütungspolitik und –praktiken die Grundsätze der Anlage zu § 39b BWG 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. § 39b BWG normiert somit (wie bereits § 39 Abs. 2 BWG) einen Proportionalitätsgrundsatz¹⁷.
32. Der in § 39b BWG enthaltene Proportionalitätsgrundsatz findet sowohl auf die generellen als auch auf die speziellen Grundsätze der Anlage zu § 39b BWG Anwendung. Das Proportionalitätsprinzip arbeitet dabei in beide Richtungen: Einige Institute werden aufgrund ihrer erhöhten Komplexität bzw. für ihre besonders risikorelevanten Mitarbeiter anspruchsvollere Standards einzurichten haben, während andere Kreditinstitute wegen ihrer geringen Komplexität oder für ihre wenig risikorelevanten Mitarbeiter oder aus beiden Gründen einfachere Regeln vorsehen können¹⁸. Dabei müssen die Weise und der Umfang der Anwendung der Vergütungsgrundsätze immer der individuellen Risikosituation nach adäquat sein¹⁹.

B. NEUTRALISIERUNG

33. Im Rahmen der Proportionalität ist es zulässig, bestimmte Grundsätze zu „neutralisieren“, d.h. zur Gänze nicht anzuwenden, wenn es mit dem Risikoprofil, dem Risikoappetit sowie der Strategie der Bank vereinbar ist. Neutralisiert werden können die Grundsätze 11, 12 und 12 lit. a²⁰. Die verbleibenden Grundsätze können aufgrund des Proportionalitätsgrundsatzes bloß in abgeschwächter Form zur Anwendung kommen, nicht jedoch gänzlich entfallen.
34. Betreffend die in den neutralisierbaren Vergütungsgrundsätzen enthaltenen Prozentsätze und Fristen ist zu beachten, dass es sich hierbei um Minimumschwelen handelt,

¹⁷ Für die Anwendung des Proportionalitätsgrundsatzes iZm den organisatorischen Vorkehrungen des WAG 2007 siehe das „Rundschreiben der FMA betreffend die organisatorischen Anforderungen des WAG 2007 im Hinblick auf Compliance, Risikomanagement und interne Revision (Kapitel II)“.

¹⁸ Siehe unten „III.D. Proportionalität zwischen Instituten und zwischen Mitarbeiterkategorien“.

¹⁹ Vgl. auch zu § 39 BWG: Höller, Puhm in Dellinger, BWG, § 39, Rz 34.

²⁰ Z 12 lit. a kann nur in Hinblick auf die Ex-Post-Risikoberücksichtigung („Malus“) neutralisiert werden. D.h. die Beschränkung der variablen Vergütung bei schlechter Ertrags- und Finanzlage darf nicht gänzlich entfallen.

die nicht reduziert werden können. Somit sind diese Schwellen entweder zur Gänze nicht anzuwenden (Neutralisierung) oder vollständig umzusetzen.

35. Die Neutralisierung oder bloß abgeschwächte Anwendung von Grundsätzen der Anlage zu § 39b BWG ist niemals ein automatischer oder pauschaler Vorgang, sondern muss stets für den Einzelfall transparent, nachvollziehbar und fundiert begründet werden²¹.

C. PROPORTIONALITÄT ZWISCHEN INSTITUTEN UND ZWISCHEN MITARBEITERKATEGORIEN

36. Nach dem Wortlaut des § 39b BWG sind die Proportionalität zwischen Kreditinstituten (Größe, interner Organisation, Art, Umfang und Komplexität der Geschäfte) sowie Proportionalität zwischen den Mitarbeitern (Mitarbeiterkategorien, Art und der Höhe deren Vergütung sowie der Auswirkung deren Tätigkeit auf das Risikoprofil) zu unterscheiden.

1. PROPORTIONALITÄT ZWISCHEN INSTITUTEN

37. Kreditinstitute haben sich nach ihrer Größe, ihrer internen Organisation, der Art, dem Umfang und der Komplexität der Geschäfte selbst zu beurteilen. Institute mittlerer Komplexität²² werden einzelne, nicht komplexe Institute alle Vergütungsgrundsätze für das gesamte Institut neutralisieren (Z 11 bis 12 lit. a) oder im geringeren Umfang anwenden können. Diese Neutralisierung oder erleichterte Anwendung ist dann für alle Mitarbeiter des Instituts möglich, unabhängig davon, ob es sich um Geschäftsleiter, Risikokäufer oder sonstige Mitarbeiter handelt.
38. Der Übergang von komplexen zu nicht komplexen Instituten ist fließend. So werden „hochkomplexe“ Institute die Grundsätze der Z 11, 12 und 12 lit. a der Anlage zu § 39b BWG vollständig erfüllen müssen. Bei einigen Kreditinstituten von mittlerer Komplexität kann es zulässig sein, einzelne Grundsätze zu neutralisieren²³, und bei nicht komplexen Instituten kann die Neutralisierung aller dieser Anforderungen möglich sein.
39. Zum besseren Verständnis soll das Konzept der Proportionalität zwischen Instituten – in sehr schematischer Form – wie folgt dargestellt werden:

²¹ Siehe unten „III.D. Anwendung des Proportionalitätsgrundsatzes“.

²² Hierbei ist zu unterscheiden zwischen der „Komplexität“ eines Kreditinstituts als Überbegriff zur gesamthaften Beurteilung der Proportionalität zwischen Instituten („komplexe und nicht komplexe Institute“) und der „Komplexität“ (i.e.S) der betriebenen Geschäfte als Teilfrage der Proportionalitätsprüfung.

²³ Beachte aber Rz 57.

Komplexe Kreditinstitute: Hochkomplexe oder mittelkomplexe Institute

- Hochkomplexe Institute:
 - Vollständige Anwendung der Z 11 bis 12 lit. a
 - Detaillierte Anwendung der übrigen Grundsätze
- Mittelkomplexe Institute:
 - Neutralisierung vereinzelter Grundsätze der Z 11 bis 12 lit. a
 - Teilweise vereinfachte Anwendung der übrigen Grundsätze

Nicht komplexe Kreditinstitute:

- Neutralisierung aller Grundsätze der Z 11 bis 12 lit. a
- Vereinfachte Anwendung der übrigen Grundsätze

40. Kreditinstitute jedweder Rechtsform, die von erheblicher Bedeutung im Sinne des § 5 Abs. 4 BWG sind²⁴, sind dabei jedenfalls als komplexe Institute (mittel- bis hochkomplex) im Sinne des Proportionalitätsgrundsatzes des § 39b BWG zu qualifizieren²⁵. Die gänzliche Neutralisierung (Nichtanwendung) aller Vergütungsgrundsätze der Z 11, 12 und 12 lit. a der Anlage zu § 39b BWG ist in solchen Instituten somit unzulässig und es kann sogar eine umfassendere Anwendung dieser Vergütungsgrundsätze erforderlich sein²⁶.

41. Das Erfordernis einer Detailprüfung zur Beurteilung der korrekten Einstufung eines Kreditinstituts (nicht, wenig, mittel- oder hochkomplex) bleibt von obiger Abgrenzung freilich unberührt. Insbesondere in den nachfolgenden Fällen indizieren die heranzuziehenden Kriterien erhöhte Komplexität:

Größe:

- die Bilanzsumme²⁷:
 - bei Instituten mit Bilanzsumme unterhalb fünf Milliarden: die Bilanzsumme beträgt zwar unter fünf Milliarden, liegt aber auch nicht weit darunter.
bzw.

²⁴ D.h. insbesondere Institute, deren Bilanzsumme im Durchschnitt zu den jeweiligen Stichtagen der letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahre 5 Milliarden Euro erreicht.

²⁵ Vgl. die im BWG vom Gesetzgeber getroffenen Wertungen in §§ 29, 63a Abs. 4 und insb. 39c Abs. 1 BWG idF vom 3.1.2018.

²⁶ Beispielsweise müssen hochkomplexe Institute, die handelbare Aktien emittiert haben, die ZZ 11 bis 12 lit. a vollständig anwenden und gegeben falls bei deren Anwendung auch höhere Standards vorsehen (z.B. höherer Anteil der Zurückstellung, längere Zurückstellung, längere Haltefrist etc.).

²⁷ Trotz der in Rz 40 erörterten Fünfmilliardengrenze ist es bei der Detailprüfung weiter von Relevanz, ob die Bilanzsumme nur genau fünf Milliarden beträgt oder wesentlich darüber liegt bzw. – unterhalb fünf Milliarden – ob die Bilanzsumme nur knapp oder weit darunter liegt.

- bei Instituten mit Bilanzsumme über fünf Milliarden: übersteigt die Bilanzsumme zehn Milliarden liegt regelmäßig ein hochkomplexes Institut vor.
- die relative Größe: das Institut ist international klein, für den nationalen Markt aber von systemischer Bedeutung.
- die risikogewichteten Aktiva sind hoch (insb. im Vergleich zur Peer Group²⁸)
- das Institut verfügt über viele Filialen und Zweigstellen (insb. im Vergleich zur Peer Group)
- die Institut hat eine hohe Zahl an Mitarbeitern (insb. im Vergleich zur Peer Group)

Interne Organisation:

- Rechtsform der Aktiengesellschaft (insb. kapitalmarktorientiert) anstatt Sparkasse oder Genossenschaft (vor allem der dezentralen Primärstufen)
- Verwendung fortgeschrittener Ansätze zur Berechnung des Eigenmittelerfordernisses (AMA, IRB)
- eine vielgliedrige und/oder mehrstufige interne Organisationsstruktur

Art, Umfang und Komplexität der Geschäfte:

- Art:
 - Nicht nur typische Retailgeschäfte (Einlagen-, Giro- und Kreditgeschäft), sondern auch typische Investmentbank- und Großbankgeschäfte:
 - Eigenhandel gemäß § 1 Abs. 1 Z 7 und 7a BWG (insb. mit derivativen Instrumenten [Futures, Optionen, Swaps etc.] und strukturierten Produkten)
 - Garantiegeschäft (insb. der Eigenhandel mit CDS)
 - Loroemissionsgeschäft im Falle einer Übernahmegarantie
 - Kapitalfinanzierungs- und Beteiligungsgeschäft (Vielzahl bankfremder Beteiligungen)
 - der Betrieb sonstiger, bankfremder Geschäfte
- Komplexität:
 - die betriebenen Geschäfte sind weitläufig, verschachtelt und einer unmittelbaren (Risiko-)Erfassung schwer zugänglich.

Allerdings führen die bloße Berechtigung sowie die gelegentliche oder untergeordnete Durchführung der obigen Geschäfte allein in der Regel noch nicht zur Einstufung eines Kreditinstituts als komplexes Institut. Es ist ergänzend auch der Umfang zu betrachten:

²⁸ Gemeint sind Kreditinstitute mit ähnlicher Größe, Geschäftsmodell und Sektorzugehörigkeit.

- Umfang:
 - ein hoher Anteil von Investmentbankgeschäften, komplexen Geschäften und bankfremden Geschäften an der gesamten Geschäftstätigkeit (insb. im Vergleich zur Peer Group)
 - eine nicht nur regionale oder nationale, sondern internationale Tätigkeit des KI

42. Die obigen Kriterien sind dabei nicht einzeln, sondern im Rahmen eines beweglichen Systems gesamthaft zu betrachten. Ist jedoch ein Kriterium besonders ausgeprägt (z.B. Größe), kommt diesem erhöhtes oder gar entscheidendes Gewicht zu.

2. PROPORTIONALITÄT ZWISCHEN MITARBEITERKATEGORIEN

43. Nach der Proportionalitätsprüfung des Kreditinstituts („komplex oder nicht komplex“), ist in einem zweiten Schritt eine Proportionalitätsprüfung innerhalb des Kreditinstituts, zwischen den Mitarbeitern durchzuführen. D.h. es ist insbesondere abzuwägen, ob für bestimmte Mitarbeiter einzelne oder sogar alle Grundsätze der Z 11, 12 oder 12 lit. a neutralisiert werden können (oder aber für diese anspruchsvollere Standards vorzusehen sind) sowie, ob die übrigen Grundsätze vereinfacht oder umfassender anzuwenden sind. Hierbei sind nach dem Gesetzeswortlaut Kriterien wie die Art der Mitarbeiterkategorie, die Art und Höhe ihrer Vergütung sowie die Auswirkung ihrer Tätigkeit auf das Risikoprofil²⁹ zu würdigen.

44. Gemäß dem Kriterium „Art der Mitarbeiterkategorie“ ist mit der eigenverantwortlichen Einteilung der Mitarbeiter in Mitarbeiter gemäß § 39b BWG („identifizierte Mitarbeiter“, „Risikokäufer i.w.S.“) und sonstige Mitarbeiter ein wesentlicher Teil der Proportionalitätsprüfung zwischen Mitarbeitern bereits erfolgt. Mit Identifizierung eines Mitarbeiters als Risikokäufer gemäß § 39b BWG wird durch ein Kreditinstitut festgestellt, dass dieser Mitarbeiter das Risikoprofil des Instituts beeinflusst.

45. Wird innerhalb eines Kreditinstituts zuerst ein plausibler Anteil von Mitarbeitern gemäß § 39b BWG identifiziert, um im Anschluss mit Verweis auf die Proportionalität zwischen Mitarbeitern für alle oder die meisten dieser Mitarbeiter die Grundsätze der Z 11, 12 und 12 lit. a vollständig zu neutralisieren, wäre dies als Indiz für eine gemäß Z 12 lit. d der Anlage zu § 39b BWG unzulässige Umgehungs konstruktion zu werten.

²⁹ Insbesondere in Hinblick auf die Auswirkung eines Mitarbeiters auf das Risikoprofil kann die Proportionalität zwischen Mitarbeitern nicht gänzlich von der Proportionalität zwischen Instituten getrennt werden: Ist das Kreditinstitut gesamthaft nur von mittlerer Komplexität, kann die Tätigkeit eines Mitarbeiters u.U. eher als nicht risikorelevant zu qualifizieren sein, als wenn dieser in einem hochkomplexen Institut tätig ist (vgl. FN 30). Es ist dabei stets der Einzelfall in einem beweglichen System zu betrachten.

D. ANWENDUNG DES PROPORTIONALITÄTSGRUNDSATZES

46. Es liegt in der Verantwortung jedes einzelnen Kreditinstituts, sein Risikoprofil zu ermitteln und danach über die Art und Weise der Anwendung der Vergütungsgrundsätze zu entscheiden³⁰. Das Kreditinstitut hat eine Selbsteinschätzung vorzunehmen und diese transparent, nachvollziehbar und fundiert zu dokumentieren. Je mehr Grundsätze neutralisiert (d.h. gänzlich nicht angewandt) werden, desto ausführlicher ist dies zu begründen. Für die Neutralisierung aller Grundsätze von Z 11 bis 12 lit. a der Anlage zu § 39b BWG bedarf es einer besonders detaillierten Begründung, insbesondere, wenn davon die Geschäftsleiter betroffen sind.
47. Wie zuvor ausgeführt ist bei der Beurteilung des Risikogehalts eines Bankgeschäfts nicht nur die Art des Geschäfts zu betrachten, sondern auch wie dieses betrieben wird (Umfang und Komplexität). So kann beispielsweise das „einfache“ Kreditgeschäft sowohl konservativ als auch riskant (z.B. sehr expansiv) betrieben werden.
48. Auch wenn einige Geschäfte nach BWG (z.B. das Investmentfonds-, das Immobilienfonds oder das betriebliche Vorsorgekassengeschäft) oder auch nach anderen Gesetzen (z.B. WAG 2018, ZaDiG und E-Geldgesetz 2010) aus sich heraus ein grundsätzlich nur eingeschränktes Risiko für die Solvenz eines Institutes bergen, so sind bei deren Risikobeurteilung auch die möglichen operationellen, rechtlichen und Reputationsrisiken zu beachten.

EXKURS: ERHEBLICHKEITSSCHWELLE

49. Der Begriff der Erheblichkeitsschwelle³¹ bezeichnet eine Höhe variabler Vergütung, die so gering ist, dass die Z 11, 12 und 12 lit. a der Anlage zu § 39b BWG für variable Vergütungen unterhalb dieser Schwelle neutralisiert werden können³². Wenngleich der Gesetzgeber von der expliziten Normierung einer Erheblichkeitsschwelle Abstand genommen hat, ist die Verwendung einer solchen gemäß dem Proportionalitätsgrundsatzes („der Art und der Höhe ihrer Vergütung“) grundsätzlich zulässig.
50. Wie die Selbsteinschätzung hinsichtlich der Komplexität des Kreditinstituts, ist auch die Entscheidung über die Einführung einer Erheblichkeitsschwelle durch das zuständige Organ transparent, nachvollziehbar und fundiert zu dokumentieren. Dabei ist begründet darzulegen, warum nach Ansicht des zuständigen Organs unterhalb der gewählten Schwelle kein Anreiz zum Eingehen unangemessener Risiken vorliegt.

³⁰ Vgl zu § 39 BWG: Höller, Puhm in Dellinger, BWG, § 39, Rz 39.

³¹ Auch De minimis- oder Geringfügigkeitsschwelle.

³² Beachte aber FN 23.

51. Die Festlegung einer rein relativen Erheblichkeitsschwelle (d.h. z.B. bis 20% des fixen Jahresgehalts) ist dabei unzureichend, da bei höheren fixen Gehältern auch die variable Vergütung entsprechend höher ausfällt. Ab einer gewissen absoluten Höhe kann die variable Vergütung nicht allein deswegen als unwesentlich erachtet werden, nur weil sie relativ zur Gesamtvergütung gering ist. Eine etwaige, jedenfalls fundiert begründete Erheblichkeitsschwelle muss somit nicht nur relativ (als Prozentsatz des fixen Jahresgehalts), sondern auch in absoluten Beträgen formuliert sein.
52. Eine zugesprochene³³ variable Vergütung, die 25% des fixen Jahresgehalts oder 30 000 € (Brutto) übersteigt, kann dabei keinesfalls mehr als „unerheblich“ oder „geringfügig“ qualifiziert werden. Übersteigt ein Bonus oder eine Prämie für ein Geschäftsjahr eine der beiden genannten Grenzen, sind die Vergütungsgrundsätze auf den gesamten Betrag dieser variablen Vergütung vollumfänglich anwendbar³⁴. Ob eine variable Vergütung unterhalb der genannten Schwellen als unerheblich qualifiziert werden kann, ist von jedem Kreditinstitut selbständig anhand seiner konkreten Risikosituation zu beurteilen und zu beschließen.

³³ Ausschlaggebend für die Anwendbarkeit einer etwaigen Erheblichkeitsschwelle ist nur die effektiv zugesprochene, nicht die (vertraglich vereinbarte) höchstmögliche variable Vergütung.

³⁴ Es sei denn, es handelt sich nicht um einen gemäß § 39b BWG identifizierten sondern um einen sonstigen Mitarbeiter und/oder die Vergütungsgrundsätze wurden schon für das gesamte Kreditinstitut gänzlich oder teilweise neutralisiert (vgl. oben „II.D.1. Generelle und spezielle Grundsätze der Vergütungspolitik“ und „III.D.1. Proportionalität zwischen Instituten“).

IV. BEZAHLUNG MIT INSTRUMENTEN

A. ANWENDBARKEIT

53. Gemäß dem Wortlaut der Z 11 Satz 1 der Anlage zu § 39b BWG besteht ein erheblicher Anteil der variablen Vergütung, der mindestens 50% beträgt, entweder aus Instrumenten gemäß lit. a (insbesondere Aktien und gleichwertige Beteiligungen) oder gemäß lit b (insbesondere Kapitalinstrumente gemäß Art. 52 oder 63 CRR).
54. Der Grundsatz der Z 11 der Anlage zu § 39b BWG gehört zu den speziellen Vergütungsgrundsätzen. Seine Anwendung ist auf die in § 39b BWG angeführten Mitarbeiterkategorien beschränkt. Des Weiteren ist der zitierte Grundsatz gemäß dem Proportionalitätsprinzip anzuwenden. Bei sehr geringem Risiko kann es zur vollständigen Nichtanwendbarkeit (Neutralisierung) der Z 11 kommen, wobei dies transparent, nachvollziehbar und fundiert zu begründen ist.
55. Die Anwendung der Z 11 steht unter dem Vorbehalt, dass solche Instrumente ausgegeben wurden und dass diese verbrieft und handelbar sind. Nach den Bestimmungen des BWG müssen Kreditinstitute daher nicht eigens Instrumente ausgeben, um die Z 11 anzuwenden. Dies gilt sowohl für nicht komplexe als auch für komplexe Institute.
56. Es steht einem Kreditinstitut aber frei, derartige Kapitalbestandteile zu emittieren oder andere innovative Lösungen im Sinne der Z 11 zu entwickeln (z.B. „phantom plans“). Beispielsweise könnte in Kreditinstituten einer Kreditinstitutsgruppe die Vergütung der Mitarbeiter mit Aktien von Mutter- oder Tochterunternehmen erwogen werden.
57. Weiters ist zu bedenken, dass es sich bei der beschriebenen Nichtanwendung der Z 11 nicht um einen Fall der Neutralisierung handelt, dieser aber im Ergebnis gleich kommt. Die Abschwächung oder Neutralisierung weiterer Grundsätze der Vergütungspolitik (z.B. die Zurückstellung gemäß Z 12 der Anlage zu § 39b BWG) bedarf in Folge noch ausführlicherer Begründung.

B. HALTEFRIST/SPERRFRIST³⁵

58. Werden 50% oder mehr der variablen Vergütung in Instrumenten ausbezahlt, haben diese gemäß Z 11 der Anlage zu § 39b BWG einer geeigneten Zurückstellungspolitik zu unterliegen.³⁶ Zurückstellungspolitik meint hier die Vereinbarung einer Halte- oder

³⁵ Der im Fachdiskurs vielfach verwendete Begriff „Haltefrist“ ist synonym zum Begriff „Sperrfrist“, vgl. Rz 263ff EBA-Guidelines on sound remuneration policies, zu verstehen.

³⁶ Vgl. Art. 94 Abs. 1 lit. I CRD IV.

Sperrfrist, d.h. einer Frist, in der der Mitarbeiter bereits Eigentümer der Instrumente ist, diese aber noch nicht veräußern darf.

59. Damit ist die „Zurückstellungspolitik“ (vielfach auch synonym als Haltefrist oder Sperrfristpolitik bezeichnet) der Z 11 vom Begriff der Zurückstellung gemäß Z 12 der Anlage zu § 39b BWG zu unterscheiden:

Im Falle der fünfjährigen Zurückstellung gemäß Z 12 ist der Anspruch des Mitarbeiters auf den zurückgestellten Anteil der variablen Vergütung nur bedingt: Erweist sich die prämierte Leistung als nicht nachhaltig oder aber verschlechtert sich die Finanz- und Ertragslage, kann die zurückgestellte Vergütung teilweise oder ganz entfallen (explizite Ex-Post-Risikoadjustierung). Hingegen ist während der Haltefrist gemäß Z 11 der Mitarbeiter bereits Eigentümer der Instrumente, darf diese aber noch nicht veräußern. Er partizipiert weiter am Unternehmens(miss)erfolg (implizite Ex-Post-Risikoadjustierung).

60. Die Haltefrist ist im Kreditinstitut durch das zuständige Organ entsprechend dem Geschäftsmodell und Risikoprofil zu beschließen³⁷. Die Dauer muss geeignet sein, die Anreize für den Mitarbeiter mit den langfristigen Interessen des Kreditinstituts in Einklang zu bringen. Hierbei sind durch das Kreditinstitut mehrere Faktoren zu berücksichtigen, beispielsweise die Dauer des Geschäftszyklus, die Dauer des Beurteilungszeitraums (ein- oder mehrjährig) und die Länge eines – der Sperrfrist vorangehenden - Zurückstellungszeitraums gemäß Z 12 (fünf Jahre oder länger)³⁸.

61. Beispiel für die Dauer der Haltefrist/Sperrfrist: gemäß Z 11 letzter Satz der Anlage zu § 39b gilt der Grundsatz der Bezahlung mit Instrumenten sowohl für sofort ausgezahlte als auch für gemäß Z 12 zurückgestellte variable Vergütungen. In Hinblick auf die in Z 12 der Anlage zu § 39b BWG vom Gesetzgeber normierte anteilige Zurückstellung über fünf Jahre ist für Instrumente, die sofort übereignet werden, eine Haltefrist/Sperrfrist von drei Jahren im Regelfall angemessen. Für die in den nächstfolgenden Jahren innerhalb des fünfjährigen Zurückstellungszeitraums jeweils jährlich aliquot übereigneten Instrumente kann allerdings auch eine angemessene, kürzere Haltefrist/Sperrfrist ausreichend sein, wobei immer die in der vorangehenden Rz 60 angeführten Parameter zu berücksichtigen sind. Jedenfalls sollte aber auch dann für gewährte Instrumente eine Sperrfrist von mindestens einem Jahr festgesetzt werden³⁹.

³⁷ Vgl. „III. Proportionalitätsgrundsatz“.

³⁸ Vgl. Rz 263 – 267 der EBA-Guidelines on sound remuneration policies.

³⁹ Vgl. Rz 267 der EBA-Guidelines on sound remuneration policies.

V. ZURÜCKSTELLUNG

A. ZURÜCKSTELLUNGSZEITRAUM

62. Gemäß Z 12 der Anlage zu § 39b BWG sind mindestens 40% der variablen Vergütung auf fünf Jahre zurückzustellen. Die zurückgestellte Vergütung wird in diesem Mindestzeitraum nicht schneller als anteilig erworben, d.h. jedes Jahr höchstens ein Fünftel des zurückgestellten Betrages. Zulässig bleibt - zur stärkeren Angleichung der Interessen sowie als Möglichkeit zur Reduktion des Verwaltungsaufwands - einen längeren anteiligen Erwerb vorzusehen (z.B. anteilig nur alle zwei Jahre oder die Gesamtsumme erst nach fünf Jahren).
63. Macht die variable Vergütung einen besonders hohen Betrag aus, sind gemäß Z 12 dritter Satz mindestens 60% der variablen Vergütung zurückzustellen. Von einem besonders „hohen Betrag“ variabler Vergütung ist auszugehen, wenn diese 100% des fixen Jahresgehalts oder 150 000 € (Brutto) übersteigt.

B. EX-POST-RISIKOADJUSTIERUNG⁴⁰

64. Gemäß Z 12 lit. a der Anlage zu § 39b erfolgt die Auszahlung variabler Vergütung einschließlich des zurückgestellten Anteils nur dann, wenn dies angesichts der Finanzlage des Kreditinstituts tragbar und nach der Leistung der betreffenden Person und Geschäftsabteilung gerechtfertigt ist.
65. Stellt sich somit während des Zurückstellungszeitraums heraus, dass die prämierte Leistung nicht nachhaltig war (Malus), oder eine Auszahlung mit der Finanzlage des Kreditinstituts nicht (mehr) vereinbar wäre, hat die Auszahlung der zurückgestellten Anteile zu entfallen⁴¹. Das Kreditinstitut hat die organisatorischen und rechtlichen Rahmenbedingungen (insb. Vertragsgestaltung) zu schaffen, um eine effektive Anwendung dieses Vergütungsgrundsatzes zu gewährleisten.
66. Entfällt in einem oder mehreren Jahren die Auszahlung (zurückgestellter) variabler Vergütung aufgrund eines der zuvor angeführten Umstände, ist es unzulässig, deren Auszahlung in späteren Jahren (z.B. nach einer wirtschaftlichen Erholung des Instituts) nachzuholen⁴².

⁴⁰ Gemäß 10 der Anlage zu § 39b BWG sind Kreditinstitute verpflichtet, bereits bei Erfolgsmessung und Verteilung der variablen Vergütung alle laufenden, künftigen und potentiellen Risiken zu berücksichtigen (z.B. mittels RAROC). Es handelt sich um eine vorausschauende, somit „Ex-Ante-„Risikoadjustierung. Eine etwaige Reduktion gemäß Z 12 lit. a ermöglicht eine nachträgliche, somit „Ex-Post“-Risikoadjustierung.

⁴¹ Siehe auch unten „V. Persönliche Leistung und Unternehmenserfolg“.

⁴² Vgl. Rz 275 der EBA-Guidelines on sound remuneration policies.

VI. PERSÖNLICHE LEISTUNG UND UNTERNEHMENSERFOLG

A. ALLGEMEINES

67. Gemäß den Z 7, 7 lit. b sowie 12 lit. a der Anlage zu § 39b BWG muss die Gewährung oder Auszahlung variabler Vergütung zum einen durch die persönliche Leistung des Mitarbeiters sowie seiner Abteilung gerechtfertigt, zum anderen aber auch angesichts der Finanzlage des Kreditinstituts tragbar sein. Auch ist die gesamte variable Vergütung erheblich zu beschränken, wenn es zu einer verschlechterten Finanz- oder Ertragslage kommt. Variable Vergütung ist somit sowohl durch den persönlichen Erfolg des einzelnen Mitarbeiters, als auch den Erfolg des Kreditinstituts (der Kreditinstitutsgruppe) bedingt.
68. Zu beachten ist, dass die Bedingtheit variabler Vergütung durch den Unternehmenserfolg sowohl in einem generellen (alle Mitarbeiter, Z 7 lit. b) als auch in einem speziellen Vergütungsgrundsatz (identifizierte Mitarbeiter, Risikokäufer i.w.S, Z 12 lit. a) normiert wird⁴³. Gemäß dem Proportionalitätsgrundsatz ist der Unterscheidung in identifizierte Mitarbeiter gemäß § 39b BWG und sonstige Mitarbeiter insoweit Rechnung zu tragen, als sich (negative) Veränderungen in der Finanz- und Ertragslage in einem Kreditinstitut in höherem Ausmaß oder früher auf die variable Vergütung der identifizierten Mitarbeiter auswirken müssen als auf die variablen Gehaltsbestandteile sonstiger Mitarbeiter. Boni und Prämien sonstiger Mitarbeiter werden demnach erst im Falle schwerwiegender wirtschaftlicher Misserfolge⁴⁴ zu reduzieren sein oder zu entfallen haben.

B. VARIABLE VERGÜTUNG UND PERSÖNLICHE LEISTUNG

69. Im Sinne der Z 7 und Z 12 lit. a der Anlage zu § 39b BWG sollen die persönlichen Kriterien zur Beurteilung, ob variable Vergütung gewährt oder ausbezahlt wird, möglichst nah am Verantwortungsbereich des einzelnen Mitarbeiters liegen: Somit hat sich ein Geschäftsleiter das Ergebnis des gesamten Kreditinstituts zurechnen zu lassen, ein Abteilungsleiter das Ergebnis seiner Abteilung etc.
70. Unter diesem Gesichtspunkt ist variable Vergütung für Geschäftsleiter, Bereichs- und Abteilungsleiter sowie Mitarbeiter, die in ihrem Verantwortungsbereich einen Verlust vorweisen, regelmäßig unzulässig. Mögliche Ausnahmen hiervon sind Gruppenmitglieder und Organisationseinheiten, die grundsätzlich keine (unmittelbaren) Gewinne er-

⁴³ Siehe oben „II.D.1. Generelle und spezielle Grundsätze der Vergütungspolitik“.

⁴⁴ Vgl. unten Rz 75 dieses Rundschreibens.

wirtschaften (IT, Facility Management etc.), sowie solche, die Bank- oder Finanzinstitutsgeschäfte betreiben, bei denen vorab ersichtlich ist, dass keine Gewinne möglich sind und dies aus geschäftspolitischen Gründen bewusst in Kauf genommen wird (z.B. Kreditinstitut oder Geschäftsbereich in der Gründungsphase oder aber - umgekehrt - der geordnete Ausstieg aus einem Geschäftsfeld).

71. Neben der persönlichen Leistung ist aber stets auch der Erfolg/Misserfolg der jeweiligen Abteilung bzw. des gesamten Instituts zu würdigen, d.h. auch Faktoren die nicht nur von der persönlichen Leistung des einzelnen Mitarbeiters abhängen.

C. VARIABLE VERGÜTUNG UND UNTERNEHMENSERFOLG

72. Aus den Z 7, 7 lit. b sowie 12 lit. a der Anlage zu § 39b BWG folgt, dass die (zurückgestellte) variable Vergütung eines Mitarbeiters aber auch zu reduzieren ist oder gar zu entfallen hat, wenn diese zwar nach seiner persönlichen Leistung gerechtfertigt wäre, die wirtschaftliche Gesamtsituation des Kreditinstituts dem aber entgegensteht.

73. Die Grundsätze der Z 7 lit. b und 12 lit. a der Anlage zu § 39b BWG schließen dabei nicht grundsätzlich aus, dass variable Vergütung gewährt oder ausgezahlt wird, wenn in einem Jahr ein Nettoverlust erwirtschaftet wurde. Unzulässig im Sinne dieser Bestimmungen ist variable Vergütung allerdings, wenn ein substantieller Nettoverlust erwirtschaftet wird oder eine adäquate Eigenmittelausstattung nicht mehr gegeben ist oder nicht aufrechterhalten werden kann.

74. Aus dem Gesagten folgt, dass im Falle von Nettoverlusten die gesamte variable Vergütung, insb. für die besonderen Mitarbeiterkategorien gemäß § 39b BWG, dann erheblich zu reduzieren ist oder diese sogar zur Gänze zu entfallen hat, wenn die Einhaltung bzw. Erreichung eines aufsichtsrechtlich gebotenen Mindesteigenmittelerfordernisses⁴⁵ nicht mehr zweifelsfrei gewährleistet ist. Die Anwendung dieser Grundsätze ist dabei unabhängig von der Leistung des einzelnen Mitarbeiters. Einziger Maßstab ist die Eigenmittelausstattung des Kreditinstituts (bzw. der Kreditinstitutsgruppe).

⁴⁵ Umfasst hiervon sind jedenfalls das Mindesteigenmittelerfordernis nach Säule I (Artikel 92ff CRR) und nach Säule II (§ 39a und § 70 Abs. 4a und 4b BWG). Zu berücksichtigen ist freilich auch das Erfordernis, das aus der kombinierten Kapitalpuffer-Anforderung resultiert (§ 2 Z 45 BWG).

VII. ÜBERGANGSBESTIMMUNG DES BWG

75. Gemäß der Übergangsbestimmung des § 103o Abs. 1 BWG bleiben mit 31.12.2010 bestehende Verträge und Betriebsvereinbarungen vom Inkrafttreten der neuen Vergütungsbestimmungen des BWG grundsätzlich unberührt.
76. Die Kreditinstitute und ihre für den Abschluss von Verträgen und Betriebsvereinbarungen zuständigen Organe haben allerdings bei allen bestehenden Vereinbarungen mit Einfluss auf die Vergütungspolitik, seien es befristete oder unbefristete Verträge, darauf hinzuwirken, dass diese der neuen Rechtslage angepasst werden.
77. Kann keine einvernehmliche Vertragsänderung herbeigeführt werden, ist dies nachvollziehbar zu dokumentieren. Aus der Dokumentation hat das Bemühen des Kreditinstituts um eine Vertragsänderung hervorzugehen (Behandlung im Aufsichtsrat, konkreter Änderungsvorschlag an den/die Mitarbeiter, Aufzeichnungen wie viele Mitarbeiter einer Vertragsänderung zugestimmt und wie viele eine solche abgelehnt haben). Bei Vorliegen einer solchen Dokumentation (und dem Fehlen gegenteiliger Hinweise) wird vom Erfüllen der Bemühungspflicht nach § 103o Abs. 1 leg.cit. auszugehen sein.
78. Jeder neue Vertragsschluss, sei es die Änderung eines unbefristeten oder die Verlängerung eines befristeten Vertrages, muss aber jedenfalls zur Übereinstimmung mit den neuen Vergütungsbestimmungen führen.
79. Sollten bestimmte bestehende Verträge in starkem Widerspruch zu den Vergütungsbestimmungen stehen, insbesondere weil sie das Kreditinstitut einem unangemessenen hohen Risiko aussetzen, ist durch das Kreditinstitut in Einzelfällen auch die Möglichkeit einer Änderungskündigung zu erwägen.