



FMA-RUNDSCHREIBEN zu §§ 39 Abs. 2, 39b und 39c BWG

GRUNDSÄTZE DER VERGÜTUNGSPOLITIK UND -PRAKTIKEN

Dokumentenummer: 05/2022

Veröffentlichungsdatum: 15.06.2022

INHALT

1	Einleitung.....	3
2	Grundlagen	4
3	Anwendungsbereich.....	5
3.1	Fixe und variable Vergütung.....	5
3.2	Kreditinstitute und Kreditinstitutsgruppen	6
3.3	Zuständige Organe im Kreditinstitut	7
3.4	Umgehungsverbot.....	8
3.5	Mitarbeiterkategorien.....	9
3.5.1	Generelle und spezielle Grundsätze der Vergütungspolitik.....	9
3.5.2	Definition der Mitarbeiterkategorien	9
3.5.3	Identifizierung der Mitarbeiterkategorien.....	10
4	Proportionalitätsgrundsatz.....	10
4.1	Allgemeines	10
4.2	Proportionalität zwischen Instituten und zwischen Mitarbeitern	11
4.2.1	Proportionalität zwischen Instituten.....	11
4.2.2	Proportionalität zwischen Mitarbeiterkategorien	14
4.3	Anwendung des Proportionalitätsgrundsatzes	14
	Exkurs: Ausnahmebestimmung.....	15
5	Bezahlung mit Instrumenten	16
5.1	Anwendbarkeit	16
5.2	Haltefrist/Sperrfrist	17
6	Zurückstellung	18
6.1	Zurückstellungszeitraum	18
6.2	Ex-Post-Risikoadjustierung.....	18
7	Persönliche Leistung und Unternehmenserfolg.....	19
7.1	Allgemeines	19
7.2	Variable Vergütung und persönliche Leistung	20
7.3	Variable Vergütung und Unternehmenserfolg.....	20
8	Leistungskriterien	21
9	Übergangsbestimmung des BWG.....	22
	Exkurs: Vergütungsbestimmungen und Vertragsrecht.....	22

1 EINLEITUNG

- (1) Dieses Rundschreiben richtet sich an alle von der Finanzmarktaufsichtsbehörde (FMA) beaufsichtigten Kreditinstitute gemäß § 1 Abs. 1 Bankwesengesetz (BWG), auf welche § 39b BWG und die Anlage zu § 39b BWG anwendbar sind.¹ Es soll als erste Orientierungshilfe zur Anwendung der Bestimmungen der §§ 39 Abs. 2 iVm 39b BWG dienen und damit den Einstieg in diese Regelungsmaterie erleichtern.² Zu diesem Zweck gibt das Rundschreiben Rechtsauffassungen der FMA wieder. Dieses Rundschreiben ersetzt allerdings nicht das Selbststudium der gesetzlichen Bestimmungen sowie der diesbezüglichen Leitlinien der EBA.
- (2) Dieses Rundschreiben stellt keine Verordnung dar. Die rechtlichen Grundlagen bleiben durch dieses Rundschreiben der FMA jedenfalls unberührt. Über die gesetzlichen Bestimmungen hinausgehende Rechte und Pflichten können aus diesem Rundschreiben nicht abgeleitet werden.
- (3) Das gegenständliche Rundschreiben erläutert ausgewählte Fragen der Anwendung der Vergütungsbestimmungen: den grundsätzlichen Anwendungsbereich der Bestimmungen in Kreditinstituten und in Kreditinstitutsgruppen, die Definition fixer und variabler Vergütung, das Umgehungsverbot, die Definition der besonderen Mitarbeiterkategorien, den Proportionalitätsgrundsatz, die Anwendbarkeit der Z 11 und 12 der Anlage zu § 39b BWG, die Kriterien zur Leistungsmessung 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.
- (4) 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 „Leitlinien für solide Vergütungspolitik gemäß Richtlinie 2013/36/EU“ vom 2.7.2021 (EBA/GL/2021/04) hat die EBA die Vergütungsbestimmungen der Richtlinie 2013/36/EU (CRD) umfassend erläutert. Gemäß dem zitierten § 69 Abs. 5 BWG wird das BWG durch die FMA im Sinne dieser Leitlinien ausgelegt. Gemäß Art. 16 Abs. 3 der Verordnung (EU)

¹ So gelten für manche Sonderkreditinstitute speziellere Vergütungsbestimmungen (z.B. für Verwaltungsgesellschaften gemäß § 1 Abs. 1 Z 13 BWG die Bestimmungen der §§ 17a ff InvFG 2011; vgl. aber auch § 39b Abs. 3 und 4 BWG).

² Von den prudentiellen Vergütungsbestimmungen des §§ 39 Abs. 2 iVm 39b BWG zu unterscheiden sind auch die Wohlverhaltensbestimmungen des § 33 Abs. 3 BWG sowie der §§ 45, 46 und § 47 Abs. 4 WAG 2018, jeweils zur Vermeidung von Interessenkonflikten bei Vergütungssystemen für Vertriebsmitarbeiter (mit Vertriebszielen): Zielen prudentielle Bestimmungen vornehmlich auf den Schutz des Kreditinstituts (und damit dessen Gläubiger), so fokussieren genannte Wohlverhaltensbestimmungen auf den Schutz der Kunden und somit nur indirekt des Kreditinstitutes (vgl. auch Art 27 und 34 Abs. 3 lit c DelV (EU) 2017/565 sowie ESMA-Leitlinien "Vergütungsgrundsätze und -verfahren [MiFID]" vom 3.6.2013 [ESMA/2013/606] und EBA-Leitlinien "Vergütungspolitik und -praktiken im Zusammenhang mit dem Verkauf und der Erbringung von Bankprodukten und -dienstleistungen im Privatkundengeschäft" vom 13.12.2016 [EBA/GL/2016/06]).

Nr. 1093/2010 (EBA-VO) haben überdies auch Kreditinstitute alle erforderlichen Anstrengungen zu unternehmen, um den Leitlinien der EBA nachzukommen. Die EBA/GL/2021/04 sind daher auch von der Kreditwirtschaft als Auslegungshilfe heranzuziehen.

- (5) Bei allen personenbezogenen Bezeichnungen gilt die gewählte Formulierung für beide Geschlechter.

2 GRUNDLAGEN

- (6) 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 CRD in den österreichischen Rechtsbestand.
- (7) Gemäß § 39 Abs. 2 iVm 30 Abs. 7 BWG haben Kreditinstitute und Kreditinstitutsgruppen 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.
- (8) 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 angleichen (ErläutRV 922 BlgNR 24. GP 1-3; Z 1 und 2 der Anlage zu § 39b BWG).
- (9) Im Kern folgt aus den Vergütungsbestimmungen des BWG, dass Gewährung und Auszahlung³ variabler Vergütung (Boni, Prämien, Erfolgshonorare etc.) in Kreditinstituten an zwei grundlegende Bedingungen geknüpft sind: Der variablen Vergütung muss stets **1.) eine nachhaltige Leistung** zu Grunde liegen, und deren Höhe muss **2.) nach der Finanzlage des Kreditinstituts für dieses tragbar sein** (siehe unten 7 Persönliche Leistung und Unternehmenserfolg).

³ Gewährung meint den Erwerb des grundsätzlichen Anspruchs auf variable Vergütung. Auszahlung meint deren effektive Übereignung. Beide Zeitpunkte können auseinanderfallen, beispielsweise, wenn nur 60% des Bonus sofort ausbezahlt und 40% auf 5 Jahre zurückgestellt werden. Während des Zurückstellungszeitraums ist der Anspruch ein vorerst nur bedingter (siehe unten Abschnitt 6. Zurückstellung).

- (10) § 39b BWG samt Anlage präzisiert, wie Vergütungssysteme auszugestalten sind, um die obigen Ziele umzusetzen: 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.
- (11) 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.

3 ANWENDUNGSBEREICH

3.1 FIXE UND VARIABLE VERGÜTUNG

- (12) 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 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, d.h. Vergütung, die für das Erzielen besonderer Leistung gewährt wird und die daher das Risikoverhalten der Mitarbeiter beeinflusst.⁴
- (13) Das BWG regelt Vergütung entweder als fix oder als variabel, weshalb bei Anwendung des § 39b BWG samt Anlage jede Vergütung entweder der einen oder der anderen Kategorie zuzuordnen ist. In Hinblick auf den genannten Fokus des Gesetzes auf variable Vergütung ist vorrangig, insbesondere jede variable Vergütung in einem Kreditinstitut, unabhängig von deren konkreter Bezeichnung, auch als solche zu identifizieren. Zu verweisen ist in diesem Hintergrund auch auf das Umgehungsverbot der Z 12 lit. d der Anlage zu § 39b BWG (siehe unten 3.4. Umgehungsverbot).

⁴ 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.

(14) Vergütungskomponenten stellen vor obigem Hintergrund, grundsätzlich⁵nur dann keine variable Vergütung dar, wenn die nachfolgenden Bedingungen erfüllt sind:⁶

1. auf vorab festgelegten Kriterien beruhend
2. ermessensunabhängig
3. transparent
4. dauerhaft
5. unwiderruflich
6. nicht verringerbar, aussetzbar oder annullierbar
7. keine Anreize für Risikoübernahme bietend
8. leistungsunabhängig

(vgl. Z 12 lit. d der Anlage zu § 39b BWG; Rz 131-133 sowie 183-190 EBA/GL/2021/04)

3.2 KREDITINSTITUTE UND KREDITINSTITUTSGRUPPEN

(15) Auf Einzelinstitutsebene richten sich die §§ 39 Abs. 2 sowie 39b BWG samt Anlage ausschließlich an Kreditinstitute.

(16) Allerdings hat das verantwortliche Unternehmen iSd § 30 Abs. 6 BWG (das ist in der Regel das übergeordnete Kreditinstitut) gemäß § 30 Abs. 7 BWG die Risikosteuerungsverfahren gemäß §§ 39 Abs. 2 und 39b BWG für die gesamte Kreditinstitutsgruppe umzusetzen. Die Vergütungsgrundsätze der Anlage zu § 39b BWG sind daher grundsätzlich auch auf Ebene der gesamten Kreditinstitutsgruppe⁷ anzuwenden (Rz 75 ff EBA/GL/2021/04).

(17) Übergeordnete Kreditinstitute haben folglich sicherzustellen, dass auch Gruppenunternehmen, die selbst keine Kreditinstitute sind (Wertpapierfirmen, Anbieter von Nebendienstleistungen und sonstige Finanzinstitute; vgl. Art. 4 Abs. 1 Z 2, 18 und 26 CRR), in die Risikosteuerung gemäß § 39b BWG eingebunden sind, sowie dass 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.

(18) Anzumerken ist, dass auch bei Gruppenmitgliedern, die keine Kreditinstitute sind, der Proportionalitätsgrundsatz des § 39b BWG Anwendung findet (siehe auch unten 4.3 Anwendung des Proportionalitätsgrundsatzes).

⁵ Es bedarf letztendlich immer einer konkreten Einzelfallbeurteilung, ob einer Vergütungskomponente der fixen oder der variablen Vergütung zuzuordnen ist.

⁶ Die Kriterien sind im Sinne der Ziele der Vergütungsbestimmungen zu erfüllen. Beispielsweise ist eine Zulagenerhöhung aufgrund der vertretungsweisen (und damit befristeten) Übernahme einer Leitungsfunktion nicht „dauerhaft“ im engen Wortsinn, kann aber idR dennoch als fix qualifiziert werden (weil „dauerhaft“ für die Ausübung der Funktion).

⁷ Die Kreditinstitutsgruppe des BWG entspricht der aufsichtlichen Konsolidierung gemäß CRR.

(19) Ein übergeordnetes österreichisches Kreditinstitut ist für die Einhaltung der Vergütungsgrundsätze der Anlage zu § 39b BWG innerhalb der gesamten Kreditinstitutsgruppe, d.h. somit auch 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, wenn diese strenger sind (Rz 79 EBA/GL/2021/04). Die Verantwortung einzelner Gruppenmitglieder für die Einhaltung ihrer lokalen Vergütungsbestimmungen bleibt unberührt.

(20) Ausgenommen von der Anwendung der Vergütungsgrundsätze des BWG sind allerdings jene Institute der Gruppe, die

1. nicht den Bestimmungen des BWG oder der CRD unterliegen und denen die Befolgung der Vergütungsgrundsätze des BWG aufgrund gesetzlichen Bestimmungen im Drittstaat, in dem das Gruppenmitglied seinen Sitz hat, nicht möglich ist (wenn das übergeordnete Kreditinstitut dies nachweisen kann) (siehe § 30 Abs. 7 dritter Satz BWG) oder
2. besondere Vergütungsanforderungen außerhalb des BWG bzw. der CRD anzuwenden haben oder anzuwenden hätten, so sie ihren Sitz in der Europäischen Union hätten (z.B. KAGs, Wertpapierfirmen oder AIFMs) (siehe § 39b Abs. 3 BWG).

(21) Zu beachten ist hier allerdings auch die „Ausnahme von der Ausnahme“ des § 39b Abs. 4 BWG, nach der die Vergütungsgrundsätze der Anlage zu § 39b BWG jedenfalls auf jene Mitarbeiter der Kreditinstitutsgruppe anzuwenden sind, die

- in Instituten arbeiten, die eine Vermögensverwaltungsgesellschaft gemäß Art. 4 Abs. 1 Nr. 19 CRR sind oder, die die in Anhang I Abschnitt A Nr. 2, 3, 4, 6 und 7 der Richtlinie 2014/65/EU aufgeführten Wertpapierdienstleistungen⁸ erbringen, und
- deren berufliche Tätigkeit sich direkt und wesentlich auf das Risikoprofil oder die Geschäftstätigkeit der Institute in der Gruppe auswirkt (siehe § 39b Abs. 4 Z 1-3 BWG).

3.3 ZUSTÄNDIGE ORGANE IM KREDITINSTITUT

(22) 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

⁸ Ausführung von Aufträgen im Namen von Kunden, Handel für eigene Rechnung, Portfolio-Verwaltung, Übernahme der Emission von Finanzinstrumenten und/oder Platzierung von Finanzinstrumenten mit oder ohne fester Übernahmeverpflichtung.

zuständige Organ normiert. In seiner Verantwortung liegt sowohl die inhaltliche Gesetzeskonformität der Vergütungspolitik als auch die Überwachung deren vollständiger und korrekten Umsetzung im Kreditinstitut.

- (23) Zu beachten ist überdies, dass der Aufsichtsrat gegenüber den Geschäftsleitern des Kreditinstituts die Vergütungspolitik nicht nur überwacht, sondern auch selbst unmittelbar umsetzt (Vertragsabschluss, Leistungsmessung und Bonusgewährung). Betreffend die Vergütung der Geschäftsleiter trifft den Aufsichtsrat somit eine unmittelbare Verantwortung für die korrekte Umsetzung der Vergütungspolitik bzw. für Einhaltung der Vergütungsbestimmungen.
- (24) Die allgemeine Verantwortlichkeit der Geschäftsleiter für die Einhaltung der Bestimmungen des BWG, darunter auch die Vergütungsbestimmungen, bleibt davon freilich unberührt.
- (25) 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.
- (26) 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.

3.4 UMGEHUNGSVERBOT

- (27) 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 oder der CRR 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 wäre.
- (28) Eine Umgehung liegt insbesondere dann vor, wenn die Vergütungsgrundsätze in einem engen formalen Sinne befolgt, deren Ziel und Zweck aber augenscheinlich nicht erreicht oder gar hintertrieben werden (siehe ausführlich und mit Beispielen Rz 183 - 190 EBA/GL/2021/04).

3.5 MITARBEITERKATEGORIEN

3.5.1 GENERELLE UND SPEZIELLE GRUNDSÄTZE DER VERGÜTUNGSPOLITIK

- (29) 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 genannten, besonderen Mitarbeiterkategorien (auch „identifizierte Mitarbeiter⁹“ oder „Risikokäufer i.w.S.“) anwendbar.
- (30) Die besonderen Mitarbeiterkategorien sind solche, deren Tätigkeit sich wesentlich auf das Risikoprofil des Kreditinstituts bzw. der Kreditinstitutsgruppe auswirkt (siehe zugleich unten) und auf deren variable Vergütung daher auch die aufwendigeren speziellen Vergütungsgrundsätze anzuwenden sind.
- (31) Für das gesamte Institut und alle Mitarbeiter gelten die generellen Grundsätze Z 1 bis 6a, Z 7 lit. b bis lit. d, Z 10 sowie Z 12 lit. d der Anlage zu § 39b BWG. Nur für die besonderen Mitarbeiterkategorien gelten darüber hinaus die speziellen Grundsätze Z 7 (Einleitungsteil), 7 lit. a, 8 bis 8b, 9 bis 9a sowie 11, 12 (Absatz 1), 12 lit. a bis lit. c (Annex 1 zu EBA/GL/2021/04).

3.5.2 DEFINITION DER MITARBEITERKATEGORIEN

- (32) Zu den Mitarbeiterkategorien, deren Tätigkeit sich wesentlich auf das Risikoprofil des Kreditinstituts bzw. der Kreditinstitutsgruppe auswirkt, gehören gemäß § 39b Abs. 2 BWG jedenfalls (aber nicht nur)
1. die Geschäftsleiter,
 2. die Mitglieder des Aufsichtsrates,
 3. die Mitglieder des höheren Managements,
 4. Mitarbeiter mit Managementverantwortung für Kontrollaufgaben oder wesentliche Geschäftsbereiche sowie
 5. Mitarbeiter, deren Vergütung im Vorjahr mindestens EUR 500 000 betrug, wenn diese Vergütung der durchschnittlichen Vergütung der Geschäftsleitung, des Aufsichtsrates und der Mitglieder des höheren Managements entsprach und der Mitarbeiter eine Tätigkeit in einem wesentlichen Geschäftsbereich ausübt, die sich erheblich auf das Risikoprofil des Geschäftsbereichs auswirkt.

⁹ Diese in den EBA/GL/2021/04 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.

- (33) Darüber hinaus sind alle weiteren Mitarbeiter zu identifizieren, deren Tätigkeit sich wesentlich auf das Risikoprofil auswirkt ("sonstige Risikokäufer" oder "Risikokäufer i.e.S.").
- (34) Mit der delegierten Verordnung (EU) Nr. 2021/923 (DelV (EU) 2021/923) wird zusätzlich geregelt, wie die Begriffe in § 39b Abs. 2 BWG zu verstehen sind (Managementverantwortung, Kontrollaufgaben, wesentlicher Geschäftsbereich und erhebliche Auswirkung) und nach welchen Kriterien weitere, sonstige Risikokäufer zu erfassen sind.

3.5.3 IDENTIFIZIERUNG DER MITARBEITERKATEGORIEN

- (35) Soweit die DelV (EU) 2021/923 einen Ermessensspielraum einräumt, liegt es in der Verantwortung des einzelnen Kreditinstitutes zumindest einmal jährlich eine Selbsteinschätzung darüber vorzunehmen, welche Mitarbeiter konkret als Risikokäufer i.w.S. zu identifizieren und welche den sonstigen Mitarbeitern zuzurechnen sind (vgl. Erwägungsgründe 4 und 8 sowie Art. 6 Abs. 1 DelV (EU) 2021/923, Rz 98 EBA/GL/2021/04). Sowohl der abstrakt vorgesehene Identifizierungsprozess als auch dessen konkrete jährliche Durchführung und dessen Ergebnis sind transparent, nachvollziehbar und fundiert zu dokumentieren (vgl. § 39 Abs. 2 dritter Satz BWG; Rz 33 und 102 ff EBA/GL/2021/04).¹⁰
- (36) Zu beachten ist, dass die Einteilung der Gesamtheit aller Mitarbeiter in besondere Mitarbeiterkategorien (auch „identifizierte Mitarbeiter“ oder „Risikokäufer i.w.S.“) und sonstige Mitarbeiter die nachfolgende Proportionalitätsprüfung zwischen Mitarbeitern teilweise vorwegnimmt und somit auch für die Frage nach der Art und Weise der Anwendung der Vergütungsgrundsätze von Bedeutung ist: Aus der Identifizierung als Risikokäufer i.w.S. folgt bereits die Anwendbarkeit der speziellen Vergütungsgrundsätze bzw. eine umfassendere Anwendung der generellen Grundsätze als bei sonstigen Mitarbeitern. Insbesondere stellt ein Kreditinstitut mit der Identifizierung eines Mitarbeiters bereits fest, dass dieser Mitarbeiter das Risikoprofil des Instituts wesentlich beeinflusst (siehe oben 3.5.1. Generelle und spezielle Grundsätze der Vergütungspolitik und unten 4. Proportionalitätsgrundsatz).

4 PROPORTIONALITÄTSGRUNDSATZ

4.1 ALLGEMEINES

- (37) 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

¹⁰ Im Sinne des Proportionalitätsgrundsatzes kann sich die jährliche Beurteilung in kleinen und mittleren Instituten bzw. für überschaubare Organisationseinheiten in großen Instituten auch auf die Würdigung neuer Sachverhalte (neue Mitarbeiter, neue Zuständigkeiten) bzw. auf eine Feststellung, dass es zum Vorjahr keine Änderungen gab, beschränken.

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 Proportionalitätsgrundsatz.

- (38) 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 wirkt dabei in beide Richtungen: Einige Institute werden aufgrund ihrer Größe und erhöhten Komplexität bzw. für ihre besonders risikorelevanten Mitarbeiter anspruchsvollere Standards einzurichten haben, während andere Kreditinstitute wegen ihrer geringen Größe oder Komplexität oder für ihre wenig risikorelevanten Mitarbeiter oder aus beiden Gründen einfachere Regeln vorsehen können. Dabei müssen die Weise und der Umfang der Anwendung der Vergütungsgrundsätze immer der individuellen Risikosituation nach adäquat sein.

4.2 PROPORTIONALITÄT ZWISCHEN INSTITUTEN UND ZWISCHEN MITARBEITERN

- (39) 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 Auswirkung deren Tätigkeit auf das Risikoprofil) zu unterscheiden.

4.2.1 PROPORTIONALITÄT ZWISCHEN INSTITUTEN

- (40) Kreditinstitute haben ihre Größe, ihre interne Organisation, sowie die Art, den Umfang und die Komplexität ihrer Geschäfte selbst zu beurteilen und die Vergütungsgrundsätze auf dementsprechend angemessener Weise anzuwenden (§ 39b Abs. 1 iVm 39b BWG).
- (41) So werden sehr große bzw. komplexe Institute die Grundsätze der Anlage zu § 39b BWG umfassend und detailliert erfüllen, gegebenenfalls sogar über die dortigen Anforderungen hinausgehen müssen (vgl. z.B. Z 11 und 12 der Anlage zu § 39b BWG: "mindestens"). Institute mittlerer Größe bzw. Komplexität¹¹ werden einzelne Vergütungsgrundsätze, kleine bzw. nicht komplexe Institute alle Vergütungsgrundsätze auf vereinfachte Weise anwenden, d.h. sich auf die Erfüllung der Mindestanforderungen der Anlage zu § 39b BWG beschränken können (sofern nicht die Ausnahmebestimmungen zur Anwendung kommen, siehe unten Exkurs:

¹¹ 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.

Ausnahmebestimmungen). Diese vereinfachte Anwendung ist dann für alle Mitarbeiter des Instituts möglich, unabhängig davon, ob es sich um identifizierte Mitarbeiter (Risikokäufer i.w.S.) oder sonstige Mitarbeiter handelt. Der Übergang von großen, komplexen zu kleinen, nicht komplexen Instituten ist fließend. Auch bei vereinfachter Anwendung sind allerdings konkrete gesetzliche Vorgaben als Minimum zu beachten (z.B. Ist Z 11 der Anlage zu § 39b BWG anwendbar, dann haben mindestens 50% der variablen Vergütung aus Instrumenten zu bestehen. Die 50% können nicht mit Verweis auf den Proportionalitätsgrundsatz unterschritten werden. Für eine gänzliche Nichtanwendung gemäß Z 13 der Anlage zu § 39b BWG siehe unten Exkurs: Ausnahmebestimmung).

(42) Zum besseren Verständnis soll das Konzept der Proportionalität zwischen Instituten – in sehr schematischer Form – wie folgt dargestellt werden:

- Sehr große und komplexe Kreditinstitute:
 - Umfassende und detaillierte Anwendung der Vergütungsgrundsätze
- Mittelgroße bzw. mittelkomplexe Kreditinstitute:
 - Teilweise vereinfachte Anwendung der Vergütungsgrundsätze
 - Etwaig gänzliche Nichtanwendung der Grundsätze zu Bezahlung mit Instrumenten, Zurückstellung und Ex-Post-Risikoadjustierung sowie freiwilligen Rentenzahlungen (Z 13 der Anlage zu § 39b BWG, siehe unten Exkurs: Ausnahmebestimmung).
- Kleine und nicht komplexe Kreditinstitute:
 - Vereinfachte Anwendung aller Vergütungsgrundsätze
 - IdR gänzliche Nichtanwendung der Grundsätze zu Bezahlung mit Instrumenten, Zurückstellung und Ex-Post-Risikoadjustierung sowie freiwilligen Rentenzahlungen (Z 13 der Anlage zu § 39b BWG, siehe unten Exkurs: Ausnahmebestimmung).

(43) Das Erfordernis einer eigenen, detaillierten Beurteilung der Größe, der internen Organisation sowie der Art, des Umfangs und der Komplexität der Geschäfte in jedem Kreditinstitut bleibt von obiger überblicksartiger Abgrenzung freilich unberührt. Insbesondere die nachfolgenden Kriterien indizieren eine erhöhte Komplexität (vgl. auch Rz 85 ff EBA/GL/2021/04):

Größe:

- die Bilanzsumme (insb. über/unter EUR 5 Mrd. und über/unter EUR 15 Mrd. vgl. Z 13 lit. a der Anlage zu § 39b BWG)
- 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 Group¹²)
- das Institut verfügt über viele Filialen und Zweigstellen (insb. im Vergleich zur Peer Group)
- das 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 interner 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:

- 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

¹² Gemeint sind Kreditinstitute mit ähnlicher Größe, Geschäftsmodell und Sektorzugehörigkeit.

(44) 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), kann diesem in der Gesamtschau freilich erhöhtes oder gar entscheidendes Gewicht zukommen.

4.2.2 PROPORTIONALITÄT ZWISCHEN MITARBEITERKATEGORIEN

(45) Nach der Proportionalitätsprüfung des Kreditinstituts („groß/komplex“ oder „klein/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 Vergütungsgrundsätze umfassender oder vereinfacht 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 Risikoprofil zu würdigen (§ 39b Abs. 1 BWG).

(46) Gemäß dem Kriterium „Art der Mitarbeiterkategorie“ ist mit der in der Eigenverantwortung des Instituts liegenden Einteilung der Mitarbeiter in besondere 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 besonderer Mitarbeiter gemäß § 39b BWG („identifizierte Mitarbeiter“ oder „Risikokäufer i.w.S.“) wird durch ein Kreditinstitut festgestellt, dass dieser Mitarbeiter das Risikoprofil des Instituts wesentlich beeinflusst.

(47) Auch bei der Proportionalität zwischen Mitarbeitern gilt, dass diese wohl zu einer vereinfachten Anwendung einiger oder aller Vergütungsgrundsätze führen kann, die gesetzlich geforderten Mindestanforderungen aber dennoch erfüllt sein müssen (für eine gänzliche Nichtanwendung gemäß Z 13 der Anlage zu § 39b BWG siehe unten).

4.3 ANWENDUNG DES PROPORTIONALITÄTSGRUNDSATZES

(48) Es liegt in der Verantwortung jedes einzelnen Kreditinstituts, sein Risikoprofil zu ermitteln und danach über die Art und Weise der Anwendung der Vergütungsgrundsätze zu entscheiden. Das Kreditinstitut hat eine Selbsteinschätzung vorzunehmen und diese transparent, nachvollziehbar und fundiert zu dokumentieren (§ 39 Abs. 2 dritter Satz iVm 39b Abs. 1 BWG).

(49) 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.

(50) 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: AUSNAHMEBESTIMMUNG

- (51) Dem Proportionalitätsgrundsatz folgend, hat der Gesetzgeber in Z 13 der Anlage zu § 39b BWG eine explizite Befreiung von der Anwendung der speziellen Vergütungsgrundsätze der Z 11 (Bezahlung mit Instrumenten und Sperrfrist), Z 12 Einleitungsteil (Zurückstellung und damit weitgehend¹³ die Ex-Post-Risikoadjustierung) sowie Z 12 lit. b zweiter und dritter Satz (freiwillige Rentenzahlungen) für „kleine“ Kreditinstitute bzw. „kleine“ Boni normiert:
- (52) Zum einen sind Institute unterhalb einer gewissen Größe und Komplexität gänzlich von der Anwendung der genannten Vergütungsgrundsätze befreit. Im Wesentlichen betrifft dies Institute, die keine großen CRR-Institute sind und deren Bilanzsumme im Durchschnitt der letzten vier Jahre höchstens EUR 5 Mrd. beträgt bzw., sofern weitere Voraussetzungen¹⁴ erfüllt sind, Institute mit Bilanzsumme bis höchstens EUR 15 Mrd. (siehe für alle Anforderungen im Detail Z 13 lit. a sublit. aa und sublit. bb der Anlage zu § 39b BWG).
- (53) Zum anderen müssen die genannten Vergütungsgrundsätze nicht auf Mitarbeiter angewandt werden – gleich ob in kleinen oder großen Instituten –, deren jährliche variable Vergütung EUR 50 000 nicht übersteigt und nicht mehr als ein Drittel der Gesamtjahresvergütung¹⁵ des jeweiligen Mitarbeiters ausmacht¹⁶ (siehe auch hier Z 13 lit. b der Anlage zu § 39b BWG).
- (54) Unbeschadet obiger gesetzlicher Ausnahmebestimmungen und ihrer behördlichen Befugnis gemäß Z 13 letzter Absatz der Anlage zu § 39b BWG empfiehlt die FMA Kreditinstituten, bei hoher variabler Vergütung oder risikoreichen Geschäften im Interesse nachhaltiger Unternehmensführung dennoch die Anwendung der Vergütungsgrundsätze gemäß Z 11 (Bezahlung mit Instrumenten und Sperrfrist) und Z 12 (Zurückstellung und Ex-Post-Risikoadjustierung) in Betracht zu ziehen.

¹³ Die Ex-Post-Risikoadjustierung entfällt insofern, als eine variable Vergütung, die nicht zurückgestellt wird, auch grundsätzlich nicht mehr ex post reduziert werden kann. Allerdings ist das etwaige Erfordernis einer Rückforderung auch nach Auszahlung („Clawback“) nicht von der Ausnahmebestimmung erfasst (zur Unterscheidung von Malus und Clawback siehe unten 6.2. Ex-Post-Risikoadjustierung).

¹⁴ Insbesondere keine oder vereinfachte Sanierungs- und Abwicklungspläne, geringe Handelsbuchtätigkeit und geringe Derivatepositionen (vgl. Art. 4 Abs. 1 Z 145 lit. c, d und e CRR).

¹⁵ Ein Drittel der Gesamtjahresvergütung entspricht 50% der fixen Jahresvergütung.

¹⁶ Ausschlaggebend für die Anwendbarkeit der Ausnahme ist nur die effektiv zugesprochene, nicht die (vertraglich vereinbarte) höchstmögliche variable Vergütung.

5 BEZAHLUNG MIT INSTRUMENTEN

5.1 ANWENDBARKEIT

- (55) 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).
- (56) 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. Haben weniger großen und weniger komplexen Institute die Z 11 anzuwenden (vgl. unten Rz 57 bzw. oben Rz 51-54), kann es genügen nur 50% der variablen Vergütung mit Instrumenten zu bezahlen. In größeren und komplexeren Kreditinstituten bzw. bei höherrangigen Risikokäufern kann, insofern die Z 11 anwendbar ist, ein höherer Anteil erforderlich sein.
- (57) 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.
- (58) 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.
- (59) Weiters ist zu bedenken, dass es sich im Fall der Nichtanwendung der Z 11 mangels Instrumenten - anders als bei Anwendung der Ausnahmebestimmung der Z 13 der Anlage zu § 39b BWG –weiterhin um ein großes oder komplexes Kreditinstitut handeln kann. Die bloß vereinfachte Anwendung weiterer Grundsätze der Vergütungspolitik bedarf in solchem Fall einer noch ausführlicheren Begründung.

5.2 HALTEFRIST/SPERRFRIST¹⁷

- (60) 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.
- (61) Zurückstellungspolitik meint hier die Vereinbarung einer Halte- oder Sperrfrist, d.h. einer Frist, in der der Mitarbeiter bereits Eigentümer der Instrumente ist, diese aber noch nicht veräußern darf.
- (62) 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).
- (63) Die Haltefrist ist im Kreditinstitut durch das zuständige Organ entsprechend dem Geschäftsmodell und Risikoprofil zu beschließen. 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 (§ 39b Abs. 1 iVm Z 11 der Anlage zu § 39b BWG; Rz 285-289 EBA/GL/2021/04).
- (64) Das Minimum für eine Haltefrist beträgt grundsätzlich ein Jahr. Erfolgt die Ex-Post-Risikoadjustierung ausschließlich aufgrund der Schwankungen des Wert der Instrumente (insbesondere, weil diese zuvor nicht zurückgestellt, sondern sofort übereignet wurden) sind längere Haltefristen vorzusehen. 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 von drei Jahren im Regelfall angemessen. Für die in den nächstfolgenden Jahren innerhalb des fünfjährigen Zurückstellungszeitraums jeweils aliquot übereigneten Instrumente kann dann auch eine kürzere Haltefrist/Sperrfrist ausreichend sein, wobei die in der vorangehenden Rz 60 angeführten Parameter zu berücksichtigen sind. Im Falle von Instrumenten, die für zumindest fünf Jahre zurückgestellt wurden, kann die

¹⁷ Der im Fachdiskurs vielfach verwendete Begriff "Haltefrist" ist synonym zum Begriff "Sperrfrist", vgl. Rz 285ff EBA/GL/2021/04, zu verstehen.

Haltefristen für Mitarbeiter, die nicht dem Vorstand und den höheren Management angehören, auf sechs Monate reduziert werden (Rz 289 EBA/GL/2021/04).

- (65) 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.

6 ZURÜCKSTELLUNG

6.1 ZURÜCKSTELLUNGSZEITRAUM

- (66) 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).
- (67) 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 175 000 € (Brutto) übersteigt.

6.2 EX-POST-RISIKOAJUSTIERUNG¹⁸

- (68) 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.
- (69) Stellt sich somit während des Zurückstellungszeitraums heraus, dass die prämierte Leistung nicht nachhaltig war, oder eine Auszahlung mit der Finanzlage des Kreditinstituts nicht (mehr) vereinbar wäre, hat die Auszahlung der zurückgestellten Anteile zu entfallen (Malus, siehe auch unten 7 Persönliche Leistung und Unternehmenserfolg). Das Kreditinstitut hat die organisatorischen und rechtlichen Rahmenbedingungen (insb. Vertragsgestaltung) zu schaffen, um eine effektive Anwendung dieses Vergütungsgrundsatzes zu gewährleisten (§ 39 Abs. 2 iVm § 39b Abs. 1 BWG).

¹⁸ Gemäß Z 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.

- (70) 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) nachzuholen. Auch eine nachträgliche Auszahlung würde den Anforderungen der Z 12 lit. a leg.cit. widersprechen und damit effektiv eine Umgehung darstellen (Z 12 lit. a und lit. d der Anlage zu § 39b BWG; Rz 127 lit. c EBA/GL/2021/04).
- (71) Für besonders schwere Fälle nicht nachhaltiger Leistung (insbesondere Betrug sowie vorsätzliche oder grob fahrlässige Schädigung des Instituts) ist ergänzend zum Malus noch die Möglichkeit einer Rückforderung (Clawback) zu vereinbaren. Beschränkt sich der Malus nur auf zurückgestellte variable Vergütung, d.h. solche, die zugesprochen, aber noch nicht übereignet ist, so erfasst ein etwaiger Clawback auch Boni und Prämien, die bereits in das Eigentum des Mitarbeiters übergegangen sind (vgl. auch Rz 290-297 EBA/GL/2021/04).

7 PERSÖNLICHE LEISTUNG UND UNTERNEHMENSERFOLG

7.1 ALLGEMEINES

- (72) Gemäß den Z 6a lit. b sublit. bb, 7, 7 lit. b, 10 sowie 12 lit. a der Anlage zu § 39b BWG muss die Gewährung oder Auszahlung variabler Vergütung zum einen durch eine persönliche, nachhaltige 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 (vgl. oben Rz 9 dieses Rundschreibens).
- (73) 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 wird (siehe oben 3.5.1. Generelle und spezielle Grundsätze der Vergütungspolitik). 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 Misserfolge zu reduzieren sein oder zu entfallen haben.

7.2 VARIABLE VERGÜTUNG UND PERSÖNLICHE LEISTUNG

- (74) 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.
- (75) 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 erwirtschaften (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).
- (76) 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.

7.3 VARIABLE VERGÜTUNG UND UNTERNEHMENSERFOLG

- (77) 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 der Gewährung oder Auszahlung aber entgegensteht.
- (78) Die Grundsätze der Z 7 lit. b und 12 lit. a der Anlage zu § 39b BWG schließen dabei nicht grundsätzlich aus, dass an diejenigen Mitarbeiter, die ihre Leistungsziele erreicht haben, variable Vergütung gewährt oder ausgezahlt wird, obgleich in einem Jahr ein Nettoverlust erwirtschaftet wurde. Unzulässig im Sinne dieser Bestimmungen ist variable Vergütung allerdings, wenn ein substantieller Nettoverlust erwirtschaftet wird bzw. eine adäquate Eigenmittelausstattung nicht mehr gegeben ist oder nicht aufrechterhalten werden kann.

(79) Aus dem Gesagten folgt, dass im Falle von Nettoverlusten die gesamte variable Vergütung, insb. für die besonderen Mitarbeiterkategorien gemäß § 39b BWG („identifizierte Mitarbeiter“ oder „Risikokäufer i.w.S.“), dann erheblich zu reduzieren ist oder diese sogar zur Gänze zu entfallen hat, wenn die Einhaltung bzw. Erreichung eines aufsichtsrechtlich gebotenen Mindesteigenmittelerfordernisses¹⁹ 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).

8 LEISTUNGSKRITERIEN

(80) Variable Vergütung ist in dem Maße zu gewähren, in dem die hierfür vorgesehenen Ziele (Leistungen des Mitarbeiters sowie Erfolge seiner Abteilung oder des gesamten Kreditinstitutes) erreicht wurden (vgl. Z 6a lit. b, 7, 7 lit. a, 10 und 12 lit. a der Anlage zu § 39b BWG).

(81) Für die Bewertung von Leistung und Erfolg sind quantitative und qualitative, eingeschlossen finanzielle und nicht-finanzielle²⁰, Kriterien heranzuziehen (ZZ 6a und 7 der Anlage zu § 39b BWG; Rz 225 ff EBA/GL/2021/04). Es gilt allerdings auch hier der Proportionalitätsgrundsatz.

(82) Insbesondere bei variabler Vergütung der Geschäftsleiter und des höheren Managements sowie bei hoher variabler Vergütung ist wie folgt zu beachten:

1. Die Leistungskriterien müssen für den überwiegenden Teil der variablen Vergütung hinreichend bestimmt sein, um die Zielerreichung objektiv feststellen zu können.
2. Die Leistungskriterien müssen vorab, d.h. spätestens am Anfang der Leistungsperiode, festgelegt und nachvollziehbar dokumentiert werden.
3. Leistungskriterien können im Nachhinein grundsätzlich nicht geändert oder ergänzt werden.²¹
4. Zuletzt muss der Prozess der Leistungsmessung gleichfalls nachvollziehbar dokumentiert sein.

Obige Anforderungen folgen schlüssig aus dem Wortlaut des Gesetzes, welches zum einen die Gewährung variabler Vergütung zwingend an Leistung und diesbezügliche, vorab festgelegte

¹⁹ 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 (§ 22a BWG).

²⁰ Bei nicht-finanziellen Zielen ist zum einen an die Tätigkeit von Marktfolgebereiche zu denken (Back-Office; Risikomanagement, Compliance, IR etc.). Zum anderen können Kreditinstitut sowohl für Markt- als auch für Marktfolgebereiche – unbeschadet ihrer grundsätzlichen Gewinnerorientiertheit – auch Ziele aus dem Bereich der Social and Economic Governance vorsehen (Ökologische Nachhaltigkeit, Diversität, etc.).

²¹ Im Falle ausnahmsweise nachträglicher Änderungen oder Ergänzung von Leistungskriterien wäre deren Notwendigkeit und Angemessenheit schlüssig und dokumentiert zu begründen. Jedenfalls unzulässig wäre die Honorierung besonderer Leistungen zur Überwindung einer Krise, welche vom Leistenden durch vorangehenden Entscheidungen selbst verursacht wurde.

Leistungskriterien knüpft und zum anderen jedwede Umgehungshandlung untersagt (vgl. ZZ 6a, 7 Einleitungsteil, 7 lit. a, 10 und 12 lit. a und d der Anlage zu § 39b BWG; Rz 20, 32 - 33, 74, 183 - 190 EBA/GL/2021/04).

9 ÜBERGANGSBESTIMMUNG DES BWG

- (83) 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.
- (84) 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.
- (85) 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.
- (86) 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.
- (87) 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.

EXKURS: VERGÜTUNGSBESTIMMUNGEN UND VERTRAGSRECHT

- (88) Bei den Vergütungsbestimmungen des BWG handelt es sich um Verwaltungs- und nicht um Zivilrecht. BWG-widrig abgeschlossene Verträge sind grundsätzlich gültig.
- (89) Wie allerdings bereits zuvor ausgeführt (Rz 86), sind Kreditinstitute verpflichtet, Verträge mit ihren Organen und Mitarbeitern inhaltlich so abzuschließen, dass diese die Anforderungen des § 39b BWG samt Anlage erfüllen bzw. dem Kreditinstitut ein Vorgehen nach den Vergütungsgrundsätzen möglich ist (z.B. Ex-Post-Risikoadjustierung oder Clawback). Etwaig

gesetzeswidrig abgeschlossene Vergütungsverträge stellen eine Verletzung des Aufsichtsrechtes dar und ziehen die entsprechenden Aufsichtsmaßnahmen nach sich (z.B. Aufforderung zur Herstellung des rechtmäßigen Zustands, SREP-Kapitalaufschlag oder gar Untersagung der Geschäftsführung, vgl. § 70 Abs. 4 – 4b BWG).²²

²² In diesem Zusammenhang ist auf den Sonderfall der Vergütungsverträge der Geschäftsleiter zu verweisen: Da Geschäftsleiter für die Einhaltung der Bestimmungen des BWG unmittelbar verantwortlich sind, werden diese im Falle gesetzeswidriger Vereinbarungen regelmäßig nicht auf deren Erfüllung beharren können (z.B. mangels Gutgläubigkeit). Jedenfalls können seitens des Kreditinstituts Schadenersatzansprüche zu prüfen sein.