

Weitere Begrenzung von Boni in Banken *Cap on Bonus Payments of Bankers*

Aktuelle Entwicklungen auf EU-Ebene

Das Europäische Parlament, die Europäische Kommission und Vertreter der EU-Mitgliedstaaten haben sich nach monatelangen Verhandlungen Ende Februar auf eine Deckelung der Sonderzahlungen von Bank-Angestellten geeinigt. Deren Boni dürfen künftig in der Regel nicht höher ausfallen als das Grundgehalt. Nur wenn wenigstens Dreiviertel der Anteilsinhaber des Unternehmens zustimmen, darf die variable Vergütung maximal doppelt so hoch sein wie das Grundgehalt. Dieser Vorstoß trifft auf harsche Kritik aus dem Bankensektor, da gerade im Investmentbanking die variable Vergütung das entscheidende Argument im Kampf um die besten Köpfe ist. Aber auch außerhalb der Bankenviertel wird der Vorschlag bisweilen als unverhältnismäßiger Eingriff in die Privatwirtschaft kritisiert. Die neuen Vorschriften sollen bereits Anfang 2014 greifen. Das Parlament und die EU-Staaten müssen dem Vorschlag zwar noch zustimmen, dies gilt jedoch als reine Formsache.

Vor allem die arbeitsrechtliche Umsetzung der neuen Anforderungen im Hinblick auf bereits bestehende Bonusvereinbarungen stellt die Praktiker vor Probleme. Hier wird es entscheidend darauf ankommen, das begrenzte arbeitsrechtliche Instrumentarium zielführend zu nutzen, um überschießende Bonusabreden anzupassen.

Parallelen zu den Vergütungsverordnungen

Bereits seit Einführung der Institutsvergütungsverordnung (*InstitutsVergV*) und der Versicherungsvergütungsverordnung (*VersVergV*) im Oktober 2010 stehen die betroffenen Unternehmen vor der Frage, wie derartige neue Regularien auf bereits bestehende Vereinbarungen angewandt werden

Latest Developments on EU Level

After lengthy negotiations, the European Parliament, the European Commission and representatives of the EU member states agreed at the end of February to cap bonus payments of bankers. In future, their bonus payments may generally not be higher than their base salary. By way of exception to this rule, the variable remuneration may be up to twice as high as the base salary, provided that three quarters of the companies' shareholders approve such an increase. This plan has been severely criticized by the banking sector, as the variable remuneration is often the decisive argument in the "war for talent", especially in the field of investment banking. Even outside the financial districts the proposal is seen as unreasonable interference with the principle of autonomy of the individual. The new provisions are supposed to become effective at the beginning of 2014. The Parliament and the EU member states still have to finally approve the compromise, this is deemed to be a mere formality though.

The implementation of the new regulations with respect to existing bonus agreements is critical from an employment law perspective. It will be crucial to constructively use the limited tools offered by German employment law in order to adjust excessive bonus promises.

Similarity to the Implementation of Remuneration Regulations of 2010

Since the Institutions' Remuneration Regulation (Institutions' Regulation) and the Insurance Remuneration Regulation (Insurance Regulation) came into force in October 2010, the concerned companies have been facing the question, how to apply the new regulations to existing agreements. It is to be expected that similar issues will become relevant in the context of the outlined

können. Ähnliche Schwierigkeiten dürften auch die skizzierten, ab 2014 geltenden Regelungen zu Boni mit sich bringen. Es ist davon auszugehen, dass die Unternehmen nach der neuen Regelung, wie bereits bei der InstitutsVergV und der VersVergV, zumindest darauf „hinwirken“ müssen, dass bestehende Verträge, in denen zu hohe Bonuszahlungen versprochen werden, „soweit rechtlich zulässig“ angepasst werden.

Arbeitsrechtliche Möglichkeiten

Arbeitsrechtlich ist äußerst umstritten, ob und wie eine solche Anpassung durch ein betroffenes Unternehmen vorgenommen werden kann, wenn der Arbeitnehmer der Änderung nicht zustimmt. Rechtsprechung zu dieser Frage liegt soweit ersichtlich noch nicht vor, was unter anderem daran liegen mag, dass viele Unternehmen ihre Vergütungssysteme erst für das Jahr 2012 entsprechend angepasst haben dürften. Zum anderen bleibt zu hoffen, dass die Arbeitnehmer sich angesichts der eindeutigen Vorgaben in den Vergütungsverordnungen gegen eine Anpassung vorschriftswidriger Vereinbarungen nicht verwehren werden.

Neue Vereinbarungen

Auch wenn derzeit die konkrete Ausgestaltung der neuen Vorschriften noch nicht bekannt ist, ist es sehr wahrscheinlich, dass die aktuell diskutierten Höchstgrenzen ab 2014 unmittelbar gelten. Bei künftig abzuschließenden Arbeits- und Dienstverträgen sollten Unternehmen daher von vornherein darauf achten, die geforderte Deckelung von Sonderzahlungen in rechtlich zulässiger Weise abzubilden.

Ermessensabhängige variable Vergütung

Keine Probleme dürfte es ferner in den Fällen geben, in denen der Arbeits- oder Dienstvertrag oder eine Betriebsvereinbarungen lediglich pauschal bestimmt, dass der Arbeitnehmer bzw. das Organmitglied eine variable Vergütung erhält, deren konkrete Höhe jährlich von der Gesellschaft nach billigem Ermessen festgelegt wird. Bei der Ausübung ihres Ermessens hat die Gesellschaft die neuen Anforderungen an Vergütungssysteme zu berücksichtigen und kann vor diesem Hintergrund einen Bonus festsetzen, der die ab 2014 geltenden Schwellenwerte nicht übersteigt.

regulations about the capped bonus amount which will apply from 2014. It may be assumed that the companies are at least again required “to work towards” an adjustment of existing agreements that provide for excessively high bonus payments “to the extent permitted by law”, as the Institutions’ Regulation and the Insurance Regulation contain similar provisions.

Employment Law Issues

From an employment law perspective, it is highly controversial whether and how a concerned company can adjust existing agreements if the employee does not consent to the amendment. So far, there appears to be no case law regarding this question, which may be explained inter alia by the fact that most companies may only have tried to implement the new rules for the business year 2012. Furthermore, it is to be hoped that most employees would not challenge an adjustment of those agreements which do not comply with the regulations given that the Remuneration Regulations provide for clear requirements.

New Agreements

Even if the concrete wording of the new provisions has not been determined yet, it is very likely that the maximum amounts which are currently under discussion will apply as of 2014. Companies should therefore take the required bonus caps into account and insert a corresponding legally valid provision in any new employment or service agreement.

Discretionary Variable Remuneration

There should not be any issues with employment or service agreements, or a works council agreement, which merely stipulate that the employee or the management board member is entitled to a variable remuneration, but that the concrete amount is to be determined by the company in its reasonable discretion. When exercising its discretion, the company has to take into account the new requirements for remuneration schemes and may, against this background, determine a bonus payment which does not exceed the then applicable maximum cap.

Problemfälle

Problematisch ist die Situation aber dann, wenn Bonusvereinbarungen einer unmittelbaren Umsetzung der Regularien entgegenstehen, z.B. weil sie zu hohe Bonusbeträge zusagen. Sofern die neuen Regularien erwartungsgemäß wiederum eine Pflicht der Gesellschaft zur Hinwirkung auf eine vorschriftsmäßige Vergütungsabrede statuieren, kommen – neben einer einvernehmlichen Lösung mit dem Arbeitnehmer – grundsätzlich folgende Instrumente in Betracht:

Widerrufs- und Freiwilligkeitsvorbehalte

Zunächst einmal können und sollten Unternehmen Widerrufs- und Freiwilligkeitsvorbehalte nutzen, sofern sie diese im Zusammenhang mit Bonusvereinbarungen wirksam vereinbart haben. Solche Vorbehalte unterliegen jedoch einer strengen gerichtlichen Inhaltskontrolle, sodass häufig von der Unwirksamkeit dieser Klauseln auszugehen sein wird.

Änderungskündigung

Eine Änderungskündigung, also die Kündigung des Arbeitsverhältnisses unter gleichzeitiger Unterbreitung eines Angebots, das Arbeitsverhältnis zu geänderten Bedingungen fortzusetzen, dürfte in Ermangelung eines anerkanntswerten Kündigungsgrunds nicht zulässig sein. Das Bundesarbeitsgericht hält zwar eine Änderungskündigung allein zur Absenkung des Entgelts grundsätzlich für möglich, legt aber für die Zulässigkeit sehr hohe Maßstäbe an. Insbesondere ist in einer solchen Konstellation zu prüfen, ob der betroffene Arbeitnehmer die vorgeschlagene Änderung seiner Vergütung billigerweise hinnehmen muss, was sich wiederum nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz richtet. Dies wird in der Regel nur dann der Fall sein, wenn die Existenz des Unternehmens davon abhängt, also etwa durch Gehaltskürzungen eine drohende Insolvenz abgewendet werden soll. Vor diesem Hintergrund ist anzunehmen, dass eine bloße Änderung der rechtlichen Anforderungen an Vergütungssysteme nicht ausreichen wird, um eine Änderungskündigung zu rechtfertigen. Es bleibt abzuwarten, ob die für 2014 angekündigten neuen Regularien derart formuliert werden, dass hieraus ein für die Änderungskündigung notwendiger dringender betrieblicher Grund abgeleitet werden kann. Dies darf jedoch bezweifelt werden.

Problematic Cases

The situation is more complicated if the existing bonus agreement precludes the direct implementation of the new rules, e.g. if it explicitly promises too high bonus amounts. Provided that the new regulations stipulate again an obligation for the employer to work towards a bonus agreement complying with the regulations, the concerned companies should consider the following legal instruments, besides a mutual solution with the employee:

Voluntary or Revocable Bonuses

Where companies validly reserved the right to make voluntary payments only, or to revoke a bonus commitment, they should exercise such rights in order to comply with the upcoming regulations on caps for bonuses. It must be noted, though, that such clauses are subject to a strict control by German courts and they are often held to be invalid in practice.

Dismissal for Variation of Contract

A dismissal for variation of contract, i.e. the termination of the contract of employment combined with the offer to continue the employment relationship with amended terms, is likely to be invalid for lack of a sufficient ground for dismissal. The Federal Employment Court has held that a dismissal for variation of contract which merely provides for the reduction of remuneration is generally possible, but it requires the employer to meet strict standards for the validity. In such constellations, it is especially to be determined whether the proposed variation of contract is reasonable from the concerned employee's perspective, which is again to be analyzed with regard to the principle of proportionality. This will typically only be the case if the existence of the company depends on the envisaged salary reduction, e.g. in case of salary cuts in order to avoid bankruptcy. Against this background, it is to be assumed that a mere change of the legal requirements of remuneration schemes will not be sufficient to justify a dismissal for variation of contract. It remains to be seen whether the new regulations for 2014 will be phrased in such a way that the wording provides for a compelling operational ground for a dismissal for variation of contract. This is to be doubted, though.

Störung der Geschäftsgrundlage

Nach dem Grundsatz der Störung der Geschäftsgrundlage kann eine Partei die Anpassung des Vertrags verlangen, wenn sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert haben, und ihr ein Festhalten am unveränderten Vertrag daher nicht zugemutet werden kann. Es ist jedoch zweifelhaft, ob dieses Rechtsinstitut neben der grundsätzlichen Möglichkeit der Änderungskündigung im Arbeitsrecht überhaupt anwendbar ist. Im Zusammenhang mit den Vergütungsverordnungen wird die Anwendbarkeit insbesondere mit der Begründung verneint, dass die nicht verordnungskonformen Vergütungselemente nur im Rahmen des rechtlich Möglichen verändert werden dürfen und die Verordnungen gerade keine Veränderung der zivil- und arbeitsrechtlichen Rahmenbedingungen bewirken sollten.

Besonderheiten bei Organmitgliedern

Auf Organmitglieder, also GmbH-Geschäftsführer oder Vorstände von Aktiengesellschaften, finden die arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften aufgrund ihrer Organstellung keine Anwendung, so dass eine Anpassung der bestehenden Dienstverträge eher möglich sein dürfte.

In den Vergütungsverordnungen ist lediglich geregelt, dass das Verwaltungs- oder Aufsichtsorgan für die Ausgestaltung der Vergütungssysteme der Geschäftsleitung verantwortlich ist. Eine Grundlage für einen einseitigen Eingriff in bestehende Dienstverträge kann darin nicht gesehen werden. Es wird aber vertreten, dass eine Umstellung der Vergütungssysteme der Geschäftsleiter auf die allgemeine vertragliche Treuepflicht in Verbindung mit den neuen, durch die Verordnungen statuierten aufsichtsrechtlichen Maßstäben gestützt werden könnte. Diese Argumentation dürfte auf die bevorstehenden Regularien zur Begrenzung von Boni übertragbar sein. Vor diesem Hintergrund sollte stets versucht werden, mit dem jeweiligen Mitglied der Geschäftsleitung eine einvernehmliche Anpassung des Vertrages zu erreichen. Falls die „Verhandlungslösung“ mit dem Geschäftsleiter scheitert, könnte – mangels Anwendbarkeit der Kündigungsschutzvorschriften – eine Kündigung des Dienstvertrags, oder zumindest ein Auslaufenlassen eines gegebenenfalls ordentlich unkündbaren, befristeten Dienstvertrags, in Verbindung mit einem Angebot auf Fortsetzung des Vertrags zu verordnungskonformen

Legal principle of “Frustration of Contract”

According to the principle of “frustration of contract”, a party may ask for an adjustment to the contract if circumstances, which were the basis for the conclusion of the contract, have drastically changed after the conclusion of the contract, so that it cannot be reasonably expected that this party remains bound to the contract. It may already be doubted whether this principle applies besides the general possibility of a dismissal for variation of contract. The applicability is declined in the context of the Remuneration Regulations with the argument that the remuneration elements may only be altered to the extent permitted by law and that the regulation should not result in the amendment of the general conditions of civil and employment law.

Management Board Members

Due to their position as statutory company representatives, the aforementioned employment law protection does generally not apply to management board members, namely managing directors of a limited liability company (GmbH) and board members of a stock corporation (Aktiengesellschaft), so that an adjustment of their existing contracts should be easier.

The Remuneration Regulations merely provide that the administrative / supervisory body is in charge of determining the remuneration of the management. This cannot be interpreted as a basis for a unilateral modification of existing service agreements. It is argued though, that the adjustment of the management’s remuneration may be based on the general contractual principle of loyalty in connection with the new regulatory requirements stipulated in the Regulations. This argument should be transferable to the upcoming regulations about bonus caps. It should therefore be tried to achieve an amicable adjustment of the contracts of the managers on this basis. If this “negotiation solution” fails, a termination of the service agreement (the dismissal protection rules do not apply) or at least the phasing out of a fixed term agreement, which cannot be ordinarily terminated, could be considered, in connection with an offer of continuing the service agreement with terms and conditions that comply with the regulations. It remains to be seen whether

Konditionen in Betracht gezogen werden. Es bleibt abzuwarten, ob die neuen Regularien konkretere Handlungsmöglichkeiten bezüglich der Anpassung von Geschäftsleiterverträgen vorsehen.

Fazit

Die neuen Regularien können natürlich erst dann im Einzelnen auf ihre arbeitsrechtliche Umsetzbarkeit hin geprüft werden, wenn der genaue Regelungsinhalt bekannt ist. Es ist allerdings davon auszugehen, dass die betroffenen Unternehmen bei der Umsetzung der neuen Regeln mit den hier aufgezeigten Rechtsproblemen konfrontiert werden. Angesichts dessen ist daher dringend zu empfehlen, bereits heute die angekündigte Deckelung der variablen Vergütung im Bankensektor bei Neuverhandlungen von Bonusvereinbarungen zu berücksichtigen, um spätere Umsetzungsschwierigkeiten zu vermeiden.

the new regulations provide for more concrete instruments with respect to the adjustment of service agreements of managers.

Conclusion

The new regulations can, of course, only be analyzed in detail once the concrete wording has been disclosed. It may, however, be expected that the concerned companies will be confronted once again with the outlined legal issues when trying to implement the new rules. It is therefore strongly advisable to take the newly announced bonus caps in the banking sector into account already today for any upcoming negotiations about bonus agreements in order to avoid any subsequent implementation issues.

Sollten Sie zu dieser Publikation noch mehr Informationen wünschen, wenden Sie sich bitte an einen der folgenden Ansprechpartner:

If you have any questions or require specific advice on any matter discussed in this publication, please contact one of the lawyers listed below:

Dr. Guido Zeppenfeld, LL.M.

Partner, Frankfurt am Main

T +49 69 7941 2241

gzeppenfeld@mayerbrown.com

Dr. Nicolas Rößler, LL.M. (University of Notre Dame)

Partner, Frankfurt am Main

T +49 69 7941 2231

nroessler@mayerbrown.com

Mayer Brown is a global legal services organization advising many of the world's largest companies, including a significant portion of the Fortune 100, FTSE 100, DAX and Hang Seng Index companies and more than half of the world's largest banks. Our legal services include banking and finance; corporate and securities; litigation and dispute resolution; antitrust and competition; US Supreme Court and appellate matters; employment and benefits; environmental; financial services regulatory & enforcement; government and global trade; intellectual property; real estate; tax; restructuring, bankruptcy and insolvency; and wealth management.

OFFICE LOCATIONS AMERICAS: Charlotte, Chicago, Houston, Los Angeles, New York, Palo Alto, Washington DC
ASIA: Bangkok, Beijing, Guangzhou, Hanoi, Ho Chi Minh City, Hong Kong, Shanghai, Singapore
EUROPE: Brussels, Düsseldorf, Frankfurt, London, Paris

TAUIL & CHEQUER ADVOGADOS in association with Mayer Brown LLP: São Paulo, Rio de Janeiro

Please visit our web site for comprehensive contact information for all Mayer Brown offices. www.mayerbrown.com

Mayer Brown is a global legal services provider comprising legal practices that are separate entities (the "Mayer Brown Practices"). The Mayer Brown Practices are: Mayer Brown LLP and Mayer Brown Europe – Brussels LLP, both limited liability partnerships established in Illinois USA; Mayer Brown International LLP, a limited liability partnership incorporated in England and Wales (authorized and regulated by the Solicitors Regulation Authority and registered in England and Wales number OC 303359); Mayer Brown, a SELAS established in France; Mayer Brown JSM, a Hong Kong partnership and its associated entities in Asia; and Tauil & Chequer Advogados, a Brazilian law partnership with which Mayer Brown is associated. "Mayer Brown" and the Mayer Brown logo are the trademarks of the Mayer Brown Practices in their respective jurisdictions.

This Mayer Brown publication provides information and comments on legal issues and developments of interest to our clients and friends. The foregoing is not a comprehensive treatment of the subject matter covered and is not intended to provide legal advice. Readers should seek specific legal advice before taking any action with respect to the matters discussed herein.

© 2012. The Mayer Brown Practices. All rights reserved.