

## **FINMA-Richtlinie stösst auf rechtliche Barrieren**

### **Variable Vergütungen für den Finanzsektor stehen im Spannungsfeld zwischen Regulierung und Zivilrecht**

*Patrik R. Peyer / Roland Schaub\**

Mephistopheles spricht in Johann Wolfgang von Goethes "Faust, der Tragödie zweiter Teil":

*"Wie sich Verdienst und Glück verketten  
Das fällt den Toren niemals ein;  
Wenn sie den Stein der Weisen hätten  
Der Weise mangelt dem Stein."*

Dieses Zitat zeigt, dass der Verdienst schon vor Jahrhunderten eine zentrale Rolle im Leben der Menschen spielte. Die Vergütung scheint einen direkten Einfluss auf das Wohlbefinden des Menschen zu haben. Goethe hat, indem er Verdienst und den Stein der Weisen – das alchemistische Geheimpräparat zur Goldherstellung – miteinander in Verbindung bringt, kaum die Lohnexzesse des 21. Jahrhunderts vorwegnehmen wollen, doch ein Analogieschluss zu den heutigen Vergütungssystemen ist dennoch reizvoll. Die Diskussion um die Ausgestaltung von Vergütungssystemen im Allgemeinen und der variablen Vergütung im Besonderen ist nicht nur von einer ausgeprägten Kreativität, sondern auch von vielen Disharmonien geprägt. Ein breiter Konsens besteht immerhin in Bezug darauf, dass sich die Höhe der variablen Vergütung am langfristigen wirtschaftlichen Erfolg eines Unternehmens zu orientieren hat und die eingegangenen Risiken mit zu berücksichtigen sind.

### **Die Vorgaben der FINMA**

Auf diesem Konsens basieren auch die Vorgaben im Rundschreiben der Schweizer Finanzmarktaufsicht FINMA. Gemäss FINMA muss die Zuteilung der variablen Vergütung auf nachvollziehbaren und somit berechenbaren Kriterien beruhen. Diese Kriterien müssen auf die konkrete Geschäftsstrategie und das Risikoprofil des Unternehmens ausgerichtet sein, wobei ein schwerwiegender Verstoss gegen Vorschriften zur Reduktion oder Verwirkung des Anspruchs führen muss. Zumindest ein Teil der Vergütung ist in aufgeschobener Form auszurichten, falls dies aufgrund des Risikoprofils des Unternehmens angezeigt ist. Für Entscheidungsträger ist ein Aufschub von mindestens drei Jahren vorgesehen. Diese aufgeschobene Vergütung ist so auszugestalten, dass sie das Risikobewusstsein der Betroffenen stärkt und dadurch verhaltenssteuernd wirkt.

---

\* Dr. iur. Patrik R. Peyer, LL.M., Rechtsanwalt bei Niederer Kraft & Frey AG, Zürich; lic.iur. Roland Schaub, Rechtsanwalt, Leiter Legal & Compliance bei Raiffeisen Schweiz Genossenschaft.

Hat der Begünstigte einen wesentlichen Einfluss auf die Geschäftsaktivitäten und die damit verbundenen Risiken, so schreibt die FINMA vor, dass ein bedeutender Teil aufgeschoben zu entrichten ist. Der internationalen Tendenz folgend schreibt die FINMA weiter vor, dass die aufgeschobene Vergütung im Falle eines Verlustes auch wieder ganz oder teilweise zurückgezogen werden können muss. Gemäss FINMA soll die Zuteilung und Auszahlung der variablen Vergütung stets auf objektiven bzw. "nachvollziehbaren" Kriterien beruhen.

Bei der Bindung der variablen Vergütung an den langfristigen wirtschaftlichen Erfolg eines Unternehmens stellen sich Herausforderungen. Erstens ist es schwierig, den langfristigen Erfolg eines Unternehmens objektiv und sachgerecht zu messen, insbesondere wenn – was zweifellos richtig ist – die gesamten Kapitalkosten, welche das Risikoprofil eines Unternehmens abbilden, vollständig einzubeziehen sind. Zweitens stehen die Vorgaben des Regulators teilweise in Konflikt mit dem geltenden Recht, insbesondere dem Arbeitsrecht. Das erstgenannte Problem wird seit Jahren in der betriebs- und finanzwirtschaftlichen Lehre und Forschung adressiert. Das Spannungsfeld zwischen Regulierung und Zivilrecht fand dahingegen bisher wenig Beachtung. Dies erstaunt, denn es könnte die zielgerichtete Umsetzung der Vorgaben der FINMA gefährden.

Beim Versuch, die von der FINMA regulierte variable Vergütung in die gesetzlichen Vergütungskategorien von Lohn und Gratifikation einzuordnen, öffnet sich ein Strauss von Fragen. Ein Anteil am Geschäftsergebnis – als Lohnbestandteil – ist spätestens innerhalb von sechs Monaten nach Feststehen des Geschäftsergebnisses auszurichten. Ein Aufschub über drei und mehr Jahre wäre bei einer Gratifikation hingegen möglich. Von einer Gratifikation wird allerdings nur ausgegangen, wenn deren Ausrichtung im Ermessen des Arbeitgebers liegt. Die Erfolgsbeteiligung soll sich aber gemäss FINMA gerade auf objektive und nachvollziehbare Kriterien stützen. Im Resultat kann somit bei einer variablen Vergütung gemäss Vorstellung der FINMA nicht von einer Gratifikation ausgegangen werden, sondern sie ist basierend auf geltendem Recht als Lohnbestandteil zu qualifizieren. Damit kann sie aber nicht länger als sechs Monate aufgeschoben werden. Gemäss Rechtsprechung besteht auf die Auszahlung einer variablen Vergütung, welche mehr als die Hälfte des Jahreseinkommens ausmacht, grundsätzlich ein nicht entziehbarer Anspruch. Dies hat zur Folge, dass es unter geltendem Recht nicht möglich sein dürfte, diese Vergütung im Falle einer Verlustsituation ganz oder teilweise zurückzuziehen. Die FINMA legt den Finanzinstituten aber gerade nahe, zuteilte variable Vergütungen bei negativem Geschäftsgang unter Umständen zurückzuziehen (Malus). Vertraglich kann eine entsprechende Rückforderung wohl nicht vorgesehen werden. Dass dies über den Umweg der entsprechenden Ausgestaltung eines Vergütungssystems zulässig ist, muss bezweifelt werden.

Dies sind nur zwei der Spannungsfelder. Sie zeigen aber, dass die in bestimmten Fällen sinnvollen Verhaltenssteuerungsinstrumente mit dem geltenden Recht in Konflikt stehen.

### **Für Gesetzesreform**

Das von der FINMA verfolgte Ziel der Schaffung von Vergütungssystemen, welche das Risikoprofil eines Unternehmens berücksichtigen, an den langfristigen Erfolg gebunden sind und dadurch ein wirksames Führungs- und Verhaltenssteuerungsinstrument darstellen, kann nicht ohne Kollision mit dem Zivilrecht erreicht werden. Dieses atmet noch immer den Geist des 20. Jahrhunderts.

Damit werden Neuerungen im Zivilrecht unumgänglich. Sollen zeitgemäss ausgestaltete Vergütungssysteme nicht primär für einzelne Gold bringend, sondern nachhaltig für die Gesamtwirtschaft „goldrichtig“ sein, ist ein möglichst rasches Handeln des Gesetzgebers zwingend. Die aktuelle parlamentarische Diskussion über einen Gegenvorschlag zur Initiative Minder wäre hiezu wohl ein geeigneter Ort.

\* \_ \* \_ \*