

Umsetzung des FINMA-Rundschreibens «Vergütungssysteme» bei Banken

Variable Vergütungen im Spannungsfeld zwischen Regulierung und Zivilrecht

Dr. Patrik R. Peyer, Rechtsanwalt, LL.M. (Zürich), und lic. iur. Roland Schaub, Rechtsanwalt (St. Gallen)

I. Einleitung

Im Zuge der weltweiten Finanzkrise gerieten die als exzessiv erachteten Entlohnungen von Verwaltungsrats- und Geschäftsleitungsmitgliedern vermehrt nicht nur ins Visier der Aktionäre, sondern auch der Regulatoren und Gesetzgeber¹. Die Hauptkritik bestand darin, dass vorwiegend kurzfristige Gewinne belohnt, nicht aber

langfristige Erfolge eines Unternehmens berücksichtigt wurden und dies die Vergütungsempfänger dazu animierte, bei ihrer Geschäftstätigkeit überdurchschnittliche Risiken einzugehen².

Leistungs- und erfolgsabhängige Vergütungen sind dennoch zentrale Verhaltenssteuerungsinstrumente, welche aus der heutigen Wirtschafts- und Arbeitswelt kaum mehr wegzudenken sind. Ziel muss es aber sein, dass Vergütungsanreize so ausgestaltet werden, dass sie den Einzelnen «risiko-optimal motivieren»³.

In der Schweiz hat die Finanzmarktaufsicht (FINMA) als zuständiger Regulator rasch auf die Vergütungsdiskussion und die Forderung nach wirksamen Massnahmen reagiert. In der Form eines Rundschreibens (FINMA-RS 10/1) hat sie «Mindeststandards» festgeschrieben, welche bei der Ausgestaltung und Implementierung von Vergütungssystemen durch Finanzinstitute einzuhalten sind⁴.

Die folgenden Ausführungen zu den variablen Vergütungen gemäss FINMA-RS 10/1 und zum Spannungsfeld zwischen Regulierung und Zivilrecht, in welchem sie sich bewegen, fokussieren primär auf Banken, welche einen Grossteil ihrer Vergütungen in bar ausrichten, wobei die Ansätze grösstenteils *mutatis mutandis* auch für weitere Finanzinstitute bzw. andere

Die Autoren präsentieren mit ihrem Konzept der «differenzierten Akzessorietät» einen Lösungsansatz zur Festlegung der Vergütungshöhe, der grösstenteils in Einklang steht mit den im FINMA-Rundschreiben geforderten Elementen: Transparenz, Berechenbarkeit und hohe Flexibilität. Kernelement der «differenzierten Akzessorietät» ist die Einteilung der Lohnbereiche in fünf plus eine Stufe, wobei für jeden Lohnbereich ein maximal zulässiger variabler Anteil der Vergütung im Verhältnis zur Gesamtentschädigung definiert wird. Das Konzept ermöglicht, auf dynamische Entwicklungen zu reagieren. Nicht die im medialen Interesse stehende absolute Höhe der ausgerichteten Vergütung steht im Zentrum, sondern die konkrete Ausgestaltung der Vergütung, die Aufteilung in fixe und variable Bestandteile und deren Nachvollziehbarkeit. Zi.

Avec leur concept d'«accessoriété différenciée», les auteurs proposent une solution pour fixer le montant des rémunérations, qui respecte en grande partie les éléments posés par la circulaire de la FINMA: transparence, prévisibilité et grande flexibilité. Le point central de l'«accessoriété différenciée» réside dans l'échelonnement des classes de rémunération en cinq niveaux plus un. Pour chaque classe, il est prévu une part variable maximale de la rémunération, définie par rapport à l'ensemble des salaires. Le concept permet de réagir aux évolutions dynamiques. Le point central n'est ainsi pas le montant maximal absolu de la rémunération, contrairement à ce qui retient l'attention des médias, mais sa composition concrète, la distinction entre part fixe et variable, ainsi que la possibilité d'en comprendre la structure. P.P.

¹ Freilich ist die Debatte um das richtige Mass von Vergütungen alles andere als neu; vgl. bspw. Daniel Daeniker, Vergütung von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung schweizerischer Publikumsgesellschaften – Eine Bestandesaufnahme aus rechtsvergleichender Sicht, SJZ 101 (2005) 381, m.w.Verw.; s. weiter Lucian A. Bebchuk/Jesse M. Fried, Pay Without Performance, The Unfulfilled Promise of Executive Compensation, Cambridge 2004, 174 ff. et passim.

² S. anstelle vieler: Financial Services Authority (FSA), The Turner Review – A Regulatory Response to the Global Banking Crisis, London 2009, 79 ff., abrufbar unter <http://www.fsa.gov.uk/pubs/other/turner_review.pdf> (zuletzt besucht am 12. August 2010).

³ Hans Caspar von der Crone/Thomas Steininger, Corporate Governance – Zusammenspiel der Gesellschaftsorgane, ST 84 (2010) 87.

⁴ Das FINMA-RS 10/1 ist abrufbar unter <<http://www.finma.ch/d/regulierung/Documents/finma-rs-2010-01-d.pdf>> (zuletzt besucht am 1. Februar 2011).

Vergütungsarten Geltung haben dürfen⁵.

II. Regulierung im Bereich der Vergütungen

1. Regulierung vor der Wirtschaftskrise

Das Ausbalancieren der finanziellen Interessen der Unternehmensführungen mit den Interessen der Aktionäre war seit Beginn der Corporate-Governance-Diskussion eines der Kernanliegen⁶. Die Bestrebungen waren von der Idee geprägt, dass mehr Transparenz bei den Vergütungen das Problem lösen und die Entscheidungsträger zu massvollem Handeln animieren würde⁷. Die so geschaffene Vergleichsmöglichkeit bez. der Vergütungen weckte allerdings neue Begehrlichkeiten⁸ und es wurde bald offensichtlich, dass Transparenz alleine nicht die Panazee sein konnte⁹.

In chronologischer Reihenfolge wurden in der Zeit vor der Wirtschaftskrise folgende Transparenzbestrebungen unternommen:

- Richtlinie der SWX Swiss Exchange (seit Oktober 2008 SIX Swiss Exchange) betreffend Informationen zur Corporate Governance («RLCG»), in Kraft seit 1. Juli 2002;
- Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance (SCBP) der *economiesuisse*, 2002, ergänzt 2007¹⁰;
- Art. 663b^{bis} und 663c Abs. 3 OR in Kraft seit 1. Januar 2007¹¹;
- Gesetzesentwurf betreffend die sog. «grosse» Aktienrechtsrevision¹²;
- eidgenössische Volksinitiative «gegen die Abzockerei»¹³.

2. Regulierungsbestrebungen aufgrund der Wirtschaftskrise

Der gemeinsame Nenner beinahe sämtlicher vergütungsbezogener Vorstösse

seit der Wirtschaftskrise liegt darin, dass auf unterschiedliche Weise versucht wird, eine «Kongruenz zwischen Anreizen und Risiken» zu erreichen¹⁴.

Als Beispiel für die vielfältigen Bestrebungen auf internationaler Ebene sind stellvertretend die neun wegweisenden «Principles for Sound Compensation Practices» des Financial Stability Board («FSB»; damals noch Financial Stability Forum), welche anlässlich des G-20-Gipfels im April 2009 präsentiert wurden, zu erwähnen¹⁵.

In der Schweiz reagierte die FINMA schnell und erliess bereits am 11. November 2009 das FINMA-RS 10/1, mit welchem die internationalen Bestrebungen und insbesondere die Vorgaben des FSB umgesetzt wurden.

Die weiteren Regulierungsbestrebungen im Nachgang zur Wirtschaftskrise sind von der Debatte um die oben erwähnte Volksinitiative «gegen die Abzockerei» geprägt, welche noch in vollem Gange ist¹⁶.

⁵ Die «in der ersten Runde» betroffenen Finanzinstitute haben ihre Vergütungssysteme bei Publikation dieses Beitrags bereits an das FINMA-RS 10/1 angepasst; zu beachten ist aber, dass die FINMA auch den übrigen Finanzinstituten empfiehlt, die Grundsätze des Rundschreibens als Leitlinien für ihre Vergütungssysteme heranzuziehen und sie bei Bedarf auch dazu verpflichtet wird.

⁶ Yannick Hausmann/Elisabeth Bechtold-Orth, *Changing Remuneration Systems in Europe and the United States – A Legal Analysis of Recent Developments in the Wake of the Financial Crisis*, EBOR 11 (2010) 196; Max D. Amstutz, *Macht und Ohnmacht des Aktionärs – Möglichkeiten und Grenzen der Corporate Governance bei der Wahrung der Aktionärsinteressen*, Zürich 2007, 187; ausführlich hierzu a. Gion Giger, *Corporate Governance als neues Element im schweizerischen Aktienrecht*, Zürich 2003, 389 ff.

⁷ Guido Ferrarini/Niamh Moloney, *Executive Remuneration in the EU: The Context for Reform*, Oxf Rev Econ Policy 21 (2005) 323.

⁸ S. Amstutz (Fn. 6) 198 ff., der diese Entwicklung treffend als das «Referenzgruppen-Syndrom» bezeichnet.

⁹ Wissenschaftlich aufgearbeitet hat die Frage von Wirkung und Nutzen der Transparenz im Bereich der Vergütungsfragen Rashid Bahar, *Executive Compensation: Is Disclosure Enough?*, in Luc Thévenoz/Rashid Bahar (Hrsg.), *Conflicts of Interest. Corporate Governance and Financial Markets*, Genf 2007, 85 ff., insb. 103 ff.

¹⁰ Zur Entwicklung der CG in der Schweiz s. anstelle vieler: Peter Böckli, *Harte Stellen im Soft Law – Zum Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance*, ST 76 (2002) 981 ff.; Peter Forstmoser, *Corporate Governance in der Schweiz – besser als ihr Ruf*, in Peter Forstmoser/Hans Caspar von der Crone/Rolf H. Weber/Dieter Zobl (Hrsg.), *Corporate Governance, Symposium zum 80. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz*, Zürich 2002, 15 ff.

¹¹ Für eine detaillierte Erläuterung dieser Bestimmungen s. anstelle vieler Karim Maizar/Rolf Watter, *Transparenz der Vergütungen und Beteiligungen von Mitgliedern des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung (Art.663b^{bis} und 663c Abs. 3 OR) – Entstehungsgeschichte, Normzweck sowie erste praktische Anwendungsfragen*, GesKR 1 (2006) 349 ff.

¹² S. insbesondere Gesetzesentwurf zur *Botenschaft zur Änderung des OR vom 21. Dezember 2007*, BBl 2008 1751 ff.: Art. 697^{quater} Abs. 2 OR; Art. 697^{quater} Abs. 1 Ziff. 1–4 OR; Art. 697^{quinquies} OR sowie Art. 627 Ziff. 4 OR.

¹³ Der genaue Wortlaut der Initiative ist in BBl 2009 304 f., abgedruckt; die Initiative geht freilich weit über reine Transparenzbestrebungen hinaus.

¹⁴ Hausmann/Bechtold-Orth (Fn. 6) 197.

¹⁵ Die FSF Grundsätze (Principles for Sound Compensation Practices) können abgerufen werden unter: <http://www.financialstabilityboard.org/publications/r_0904b.pdf> (zuletzt besucht am 14. August 2010); s. für eine Übersicht zu den Bestrebungen in den wichtigsten G-20-Ländern Hausmann/Bechtold-Orth (Fn. 6) 195 ff.

¹⁶ S. zur Entwicklung der parlamentarischen Beratungen die «Übersicht über den Verlauf der Aktienrechtsrevision unter Berücksichtigung der Initiative gegen die Abzockerei», welche fortlaufend aktualisiert wird und auf der Webseite der Zeitschrift GesKR abrufbar ist <http://www.geskr.ch/Files/Übersicht_Verlauf_Aktienrechtsrevision.pdf> (zuletzt besucht am 1. Februar 2011).

III. Entstehung und Analyse des FINMA-RS 10/1

1. Entwurf des FINMA-RS und Anhörung

Am 3. Juni 2009 publizierte die FINMA den Entwurf für das Rundschreiben¹⁷. Dieser enthielt im Kern zehn Grundsätze, welche als Mindeststandards dazu beitragen sollten, «dass Vergütungssysteme keine Anreize für unangemessene Risiken schaffen, welche

die Stabilität von Finanzinstituten gefährden können»¹⁸. Materiell ging es der FINMA somit um Regeln zum Risikomanagement und um die Verbesserung der Transparenz¹⁹.

Eine Durchsicht der im Rahmen der Anhörung eingegangenen Stellungnahmen²⁰ zeigt, dass neben dem Geltungsbereich²¹ insbesondere die Inkonsistenz mit dem geltenden Arbeitsrecht²² kritisiert wurde.

2. Definitive Fassung des FINMA-RS

Am 11. November 2009 veröffentlichte die FINMA das definitive FINMA-RS 10/1 und setzte es auf den 1. Januar 2010 in Kraft²³. Die Bestimmungen sind von den betroffenen Instituten seit dem 1. Januar 2011 vollständig einzuhalten. Die Anpassungen bei den genannten beiden häufigsten Kritikpunkten sind in der Endfassung des Rundschreibens unterschiedlich ausgefallen.

Beim Geltungsbereich legt das FINMA-RS 10/1 einen gänzlich neu definierten Schwellenwert von mindestens 2 Milliarden Eigenmitteln fest²⁴. Diese Änderung hat zur Folge, dass bei den Banken nur sieben Institute verpflichtet sind, die Vorgaben des FINMA-RS 10/1 umzusetzen²⁵. Den übrigen Instituten wird die Einhaltung immerhin nahegelegt²⁶.

Die Frage der Inkonsistenz mit dem geltenden Arbeitsrecht adressiert die FINMA nur marginal. Trotz der kriti-

schen Anhörungsergebnisse sieht das Rundschreiben weiterhin folgenden Wortlaut vor²⁷:

«Das Finanzinstitut stellt sicher, dass die vertraglichen Vereinbarungen mit den betroffenen Personen den Anforderungen dieses Rundschreibens sowie des Vergütungsreglements entsprechen. Soweit erforderlich sind Verträge anzupassen.»

Flankiert wird diese Vorgabe von der Feststellung, wonach das Rundschreiben die Regeln des Obligationenrechts ergänze, sie aber nicht ersetze²⁸. Dies wirft die Frage nach dem Verhältnis des Rundschreibens zum Obligationenrecht auf.

3. Verhältnis FINMA-RS 10/1 zum Obligationenrecht im Allgemeinen

Die FINMA bringt in ihren Rundschreiben ihre Ansicht über gesetzeskonformes Verhalten zum Ausdruck und legt darin ihre «intendierte Praxis» dar²⁹. Die Kompetenz bezüglich des Regelungsinhalts des vorliegend relevanten FINMA-RS 10/1 stützt die FINMA soweit ersichtlich auf die für Finanzinstitute geltenden Bestimmungen zu Risikoüberwachung und Risikomanagement sowie zur internen Kontrolle³⁰. Die FINMA schreibt dazu³¹:

«Banken, [...] müssen sich so organisieren, dass sie alle wesentlichen Risiken erfassen, begrenzen und überwachen können. [...] Aus Anreiz- und Vergütungssystemen ergeben sich Risiken, welche die Finanzinstitute ebenfalls in ihr Risikomanagement einbeziehen müssen. [...] Ein angemessenes Vergütungssystem bildet im Weiteren Bestandteil eines effektiven Risikomanagements und einer angemessenen Organisation eines Finanzinstituts.»

Gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung werden die Rundschreiben als Verwaltungsverordnung qualifiziert³², welche nicht zu neuen Rechten und Pflichten führen³³.

¹⁷ Der Entwurf zum FINMA-RS 10/1 ist abrufbar unter <<http://www.finma.ch/d/regulierung/anhoeungen/Documents/rs-verguetungssysteme-20090524-d.pdf>> (zuletzt besucht am 1. Februar 2011).

¹⁸ FINMA, Erläuterungsbericht zum [Entwurf] Rundschreiben «Vergütungssysteme», Bern 2009, 6, abrufbar unter <<http://www.finma.ch/d/regulierung/anhoeungen/Documents/bericht-verguetungssysteme20090602-d.pdf>> (zuletzt besucht am 28. Oktober 2010).

¹⁹ FINMA-RS 10/1, Grundsatz 9.

²⁰ Die Anhörungsergebnisse sind abrufbar unter <<http://www.finma.ch/d/regulierung/anhoeungen/Seiten/stellungnahmen.aspx>> (zuletzt besucht am 1. Februar 2011).

²¹ S. bspw. *Schweizerischer Bankpersonalverband*, Stellungnahme, 2; *Verband Schweizerischer Kantonalbanken*, Stellungnahme, 4; *RBA Holding*, Stellungnahme, 2; *Vereinigung Schweizerischer Handels- und Verwaltungsbanken*, Anhörung, 2; sowie *AEK Bank*, Anhörung, 1.

²² S. bspw. *CVP*, Anhörung, 2; *Centre Patronal*, Anhörung, 7; umfassend auch die Stellungnahme der *Universität St. Gallen*.

²³ Das FINMA-RS 10/1 ist abrufbar unter <<http://www.finma.ch/d/regulierung/Documents/finma-rs-2010-01-d.pdf>> (zuletzt besucht am 1. Februar 2011).

²⁴ FINMA-RS 10/1, N 6; dies gilt freilich auch für Versicherungen.

²⁵ FINMA-RS 10/1, N 5–7; FINMA, Bericht, 14.

²⁶ FINMA-RS 10/1, N 8.

²⁷ FINMA-RS 10/1, N 26.

²⁸ FINMA-RS 10/1, N 3.

²⁹ *Peter Nobel*, Schweizerisches Finanzmarktrecht, 3. A., Bern 2010, §8 N 33; die Kompetenz der FINMA zum Erlass von Rundschreiben ergibt sich aus Art. 7 Abs. 1 lit. b FINMAG.

³⁰ Für Bankinstitute stützt sich die FINMA somit auf Art. 3 Abs. 2 lit. a, 3f und 3g BankG und Art. 9 Abs. 2–4 BankV.

³¹ FINMA, Erläuterungsbericht, 32 f.

³² *Dieter Zobel/Stefan Kramer*, Schweizerisches Kapitalmarktrecht, Zürich 2004, 50 f.; BVGE B-7765/2008 vom 14. Dezember 2009, Erw. 8.4.1; *Christoph Winzeler*, BSK FINMAG, 2. A., Basel 2011, N 19 zu Art. 7, bezeichnet die Rundschreiben als «eine Art Soft law».

³³ BVGE B-7765/2008 vom 14. Dezember 2009, Erw. 8.4.1.

Rundschreiben dienen der Schaffung einer einheitlichen Verwaltungspraxis³⁴. Das FINMA-RS 10/1 kann somit nicht als Rechtsgrundlage für eine Verfügung der FINMA dienen, aber die FINMA kann ihre Verfügung unter Zuhilfenahme des FINMA-RS 10/1 bzw. der darin festgehaltenen Verwaltungspraxis begründen.

Erlässt aber die FINMA eine Verfügung, welche dem Gesetz – beispielsweise dem OR – widerspricht, so kann die betreffende Verfügung beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden³⁵. Dieses ist als verwaltungsunabhängige Instanz an Verwaltungsverordnungen und somit an Rundschreiben der FINMA nicht gebunden³⁶.

4. Verhältnis des Vergütungsbegriffs im FINMA-RS 10/1 zur Terminologie im Obligationenrecht

a) Vergütungsbegriff im FINMA-RS 10/1

Im Gegensatz zum allgemeinen Sprachgebrauch und zu den Medien, in welchen der Begriff «Bonus» allgegenwärtig ist, verwendet das FINMA-RS 10/1 den Begriff «variable Vergütung»³⁷. Die FINMA versteht darunter

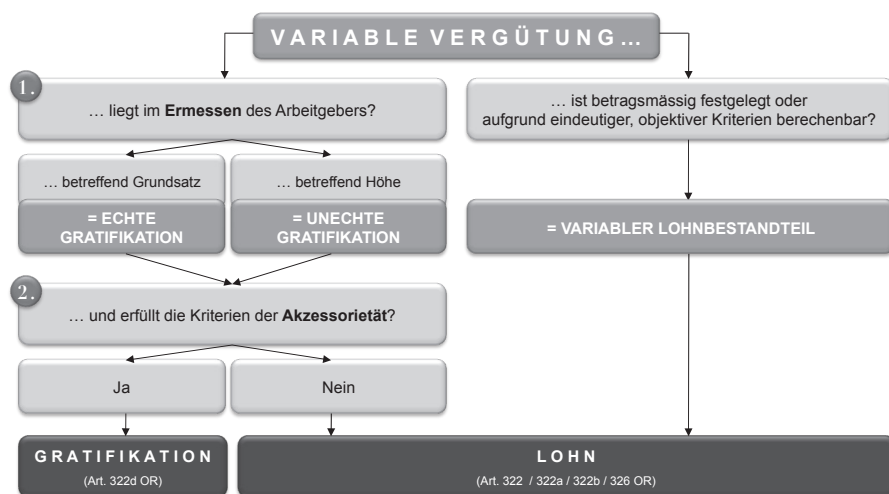
jenen Teil der Gesamtvergütung, dessen Ausrichtung oder Höhe in einem gewissen Ermessen des Finanzinstitutes steht oder vom Eintritt vereinbarter Bedingungen abhängt. Im Verständnis der FINMA fallen darunter alle leistungs- und erfolgsabhängigen Vergütungen, aber auch Antritts- und Abgangsentschädigungen³⁸.

b) Terminologie im Obligationenrecht
Die Vergütung ist arbeitsrechtlich unter der Bezeichnung «Lohn» in Art. 322 ff. OR geregelt³⁹. Als variable Lohnbestandteile kennt das Arbeitsrecht den «Anteil am Geschäftsergebnis», die «Provision», die «Gratifikation» sowie den «Akkordlohn». Freilich werden die in der (Banken-)Praxis anzutreffenden Varianten der variablen Vergütungen anderes bezeichnet und differenzierter ausgestaltet.

Als *Gratifikation* bezeichnet Art. 322d Abs. 1 OR eine Sondervergütung, die der Arbeitgeber neben dem Lohn bei bestimmten Anlässen ausrichtet. Gemäss ständiger Praxis des Bundesgerichts zeichnet sich eine Gratifikation dadurch aus, «dass sie zum Lohn hinzutritt und in einem gewissen Masse vom Willen des Arbeitgebers abhängt»⁴⁰. Dies ist anzuneh-

men, wenn dem Arbeitgeber zumindest bei der Festsetzung der Höhe ein Ermessen zusteht⁴¹.

Besteht das Ermessen bezüglich Grundsatz und Höhe der Sondervergütung wird von einer «echten», liegt das Ermessen lediglich in der Höhe, wird von einer «unechten Gratifikation» gesprochen⁴². Sind hingegen sowohl der Grundsatz wie auch die Höhe einer Sondervergütung vertraglich bestimmt oder objektiv bestimmbar, so handelt es sich um eine «Sondervergütung mit Lohncharakter» und damit um einen Lohnbestandteil⁴³. Zudem muss die Gratifikation «akzessorisch» sein. Das heisst, sie darf, «um den Charakter einer Sondervergütung zu wahren, neben dem Lohn nur eine zweitrangige Bedeutung haben»⁴⁴.



³⁴ Christoph B. Bühler, *Regulierung im Bereich der Corporate Governance*, Zürich 2009, § 9 Rz. 816.

³⁵ Art. 54 Abs. 1 FINMAG i.V.m. Art. 33 lit. e VGG; s. a. Botschaft zum FINMAG vom 1. Februar 2006, BBl 2006 2829 ff., 2892 f.

³⁶ BVGE B-7765/2008 vom 14. Dezember 2009, Erw. 8.4.1.

³⁷ FINMA-RS 10/1, passim.

³⁸ FINMA-RS 10/1, N 12.

³⁹ Manfred Rebinder/Jean-Fritz Stöckli, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bank VI, 2. Abteilung, 2. Teilband, 1. Abschnitt*, Bern 2010, N 30 ff. zu Art. 322 OR.

⁴⁰ Vgl. statt vieler: BGer-Urteil 4A_28/2009 vom 26. März 2009, Erw. 2.3.

⁴¹ BGer-Urteil 4A_28/2009 vom 26. März 2009, Erw. 2.3 m.w. Verw.

⁴² Vgl. statt vieler: *Rebinder/Stöckli* (Fn. 39) N 11 zu Art. 322d OR.

⁴³ Der wichtigste Anwendungsfall ist der 13. Monatslohn; s. *Wolfgang Portmann*, *Kommentar zu Art. 319–362 OR*, in *Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand* (Hrsg.), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, Art. 1–529 OR, 4. A., Basel 2007, N 16/17 zu Art. 322d.

⁴⁴ Vgl. statt vieler: BGer-Urteil 4A_28/2009 vom 26. März 2009, Erw. 2.3.

Variable Vergütungen, welche die beiden Elemente «Ermessen» und «Akzessorietät» nicht aufweisen, sind als *Lohn* zu qualifizieren⁴⁵. Die Abgrenzung kann grafisch wie folgt dargestellt werden⁴⁶:

IV. Spannungsfeld zwischen Regulierung und Zivilrecht bei variablen Vergütungen

1. Antinomie von Berechenbarkeit und Flexibilität als Grundproblematik

Die Finanzinstitute haben bei den variablen Vergütungen dafür zu sor-

gen, dass die Zuteilung von nachhaltigen und nachvollziehbaren Kriterien abhängt, welche ihrerseits der Geschäfts- und Risikopolitik des Finanzinstituts entsprechen⁴⁷. Schwere Verstösse gegen interne oder externe Vorschriften müssen zu einer Reduktion oder zu einer Verwirkung führen⁴⁸. Soweit aufgrund des Risikoprofils angezeigt, ist ein Teil der variablen Vergütung in aufgeschobener Form auszurichten⁴⁹.

Werden diese Vorgaben der FINMA (Transparenz und Berechenbarkeit bei gleichzeitig hoher Flexibilität) den zivilrechtlichen Instrumenten gegenüber gestellt, ist ersichtlich, dass das Arbeitsrecht diese Vorgaben nicht in Kombination vorsieht⁵⁰. Es bietet nur Transparenz und Berechenbarkeit bei hoher Starrheit des Vergütungssystems (variable Vergütung als Lohnbestandteil) oder hohe Flexibilität, gepaart mit einem sehr ausgeprägten Ermessen auf Seiten der Arbeitgeber (variable Vergütung als Gratifikation) an.

Unabhängig von der durch die FINMA verwendeten Terminologie sind die variablen Vergütungen arbeitsrechtlich in die bestehenden Vergütungskategorien *Lohn* resp. *Gratifikation* einzuordnen⁵¹.

2. Fälligkeit

Das FINMA-RS 10/1 verlangt, dass ein Teil der (variablen) Vergütung in aufgeschobener Form ausgerichtet wird, soweit dies aufgrund des Risikoprofils angezeigt ist⁵². Die minimale Aufschiebungsfrist beträgt dabei drei Jahre⁵³.

Das Arbeitsrecht sieht jedoch vor, dass dem Arbeitnehmer der *Lohn* am Ende jedes Monats⁵⁴ oder beim Anteil am Geschäftsergebnis spätestens sechs Monate nach Ablauf des Ge-

schäftsjahres auszurichten ist⁵⁵. Diese relativ zwingende Regelung kann nur zugunsten des Arbeitnehmers abgeändert werden⁵⁶. Bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses werden die Lohnforderungen fällig⁵⁷. Kommt der Arbeitgeber seiner Lohnzahlungspflicht trotz Fälligkeit nicht nach, gerät er in Schuldnerverzug⁵⁸.

Ist die Vergütung hingegen als *Gratifikation* zu qualifizieren, sind anderweitige Fälligkeitsabreden zulässig⁵⁹.

3. Lohnrückbehalt

Art. 323a Abs. 2 OR ergänzt unter der Marginalie «Lohnrückbehalt», dass vom fälligen *Lohn* einer einzelnen Lohnperiode nicht mehr als 10% und insgesamt nicht mehr als der Lohn für eine Arbeitswoche zurückbehalten werden darf.

Keine gesetzlichen Regelungen zum Rückbehalt bestehen bei einer Vergütung, die als *Gratifikation* qualifiziert wird.

4. Reduktion

Das FINMA-RS 10/1 verlangt, dass sowohl der Gesamtpool der variablen Vergütungen als auch die Ausrichtung der nicht aufgeschobenen variablen Vergütungen bei schlechtem Geschäftsverlauf, namentlich bei einem Verlust, reduziert werden oder gänzlich entfallen⁶⁰.

Grundsätzlich ist eine *Lohnreduktion* eine Vertragsänderung und bedarf der Zustimmung beider Parteien. Kürzt der Arbeitgeber den Lohn ohne Zustimmung des Arbeitnehmers, gerät er in Schuldnerverzug⁶¹. Die Rechtsprechung geht davon aus, dass eine Lohnkürzung zulässig sein kann, wenn dem Arbeitgeber dieses Recht im Arbeitsvertrag eingeräumt wurde⁶².

Ist die variable Vergütung hingegen als *Gratifikation* zu qualifizieren, ist

⁴⁵ Vgl. a. *Thomas Geiser*, Boni zwischen Privatrecht und öffentlichem Interesse, recht 27 (2009) 115 ff., 116.

⁴⁶ Eine Versicherung des Bonus in der beruflichen Vorsorge wertet das BGer lediglich als Indiz für das Vorliegen eines Lohnbestandteils, s. BGer-Urteil 4C.6/2003 vom 24. April 2003, Erw. 3.3.

⁴⁷ FINMA-RS 10/1, N 45.

⁴⁸ FINMA-RS 10/1, N 46.

⁴⁹ FINMA-RS 10/1, N 49.

⁵⁰ *Patrik R. Peyer/Roland Schaub*, FINMA-Richtlinie stösst auf rechtliche Barrieren – Variable Vergütungen für den Finanzsektor stehen im Spannungsfeld zwischen Regulierung und Zivilrecht, NZZ vom 4. Juni 2010, Nr. 126, 31.

⁵¹ *Universität St. Gallen*, Anhörung, 2.

⁵² FINMA-RS 10/1, N 49.

⁵³ FINMA-RS 10/1, Grundsatz 7 und insb. N 52.

⁵⁴ Art. 323 Abs. 1 OR.

⁵⁵ Art. 323 Abs. 3 OR.

⁵⁶ *Rehbinder/Stöckli* (Fn. 39) N 10 zu Art. 323.

⁵⁷ Art. 339 Abs. 1 OR; diese Bestimmung ist gemäss Art. 361 OR absolut zwingend.

⁵⁸ *Rehbinder/Stöckli* (Fn. 39) N 7 und N 25 zu Art. 323; zudem kann der Arbeitnehmer in analoger Anwendung von Art. 82 OR die Arbeitsleistung verweigern.

⁵⁹ *Portmann* (Fn. 43) N 10 zu Art. 322d.

⁶⁰ FINMA-RS 10/1, N 42 und N 56.

⁶¹ *Rehbinder/Stöckli* (Fn. 39) N 19 zu Art. 322; s. a. *Universität St. Gallen*, Anhörung, 3.

⁶² JAR 1981 246 ff.

eine Reduktion rechtlich möglich, liegt es doch gerade in der Natur der Gratifikation, dass ihr Bestand oder ihre Höhe im alleinigen Ermessen des Arbeitgebers liegen⁶³.

5. Rückforderung und Bedingungen

Das FINMA-RS 10/1 verlangt, dass aufgeschobene Vergütungen ganz oder teilweise zurückgezogen werden können, falls im Verantwortungsbereich der betreffenden Person Verluste erwirtschaftet werden und eine Rückforderung für das Risikobewusstsein und die Nachhaltigkeit förderlich und verhältnismässig ist⁶⁴. Diese Verfalls- und Rückzahlungsklauseln («Clawbacks»/«Malus») sind rechtlich als die Anknüpfung der definitiven Auszahlung der aufgeschobenen variablen Vergütung an eine Bedingung zu qualifizieren. Diese Klauseln stehen im Widerspruch zum Umstand, dass der Arbeitnehmer «einen vom Ergebnis unabhängigen Lohnanspruch besitzt»⁶⁵, der nicht an Bedingungen geknüpft werden darf⁶⁶, da das Betriebs- und Wirtschaftsrisiko nach Lehre und Rechtsprechung durch den Arbeitgeber zu tragen ist⁶⁷. Eine eigentliche Verlustbeteiligung kann nicht im Rahmen eines Arbeits-, sondern höchstens im Rahmen eines Gesellschaftsvertrages vereinbart werden⁶⁸.

Wird die aufgeschobene variable Vergütung jedoch als Lohn in Form eines Anteils am Geschäftsergebnis im Sinne von Art. 322a OR ausgerichtet, so ist in analoger Anwendung von Art. 349a Abs. 2 OR die Vereinbarung einer Verlustbeteiligung unter gewissen Voraussetzungen zulässig⁶⁹.

Ist die variable Vergütung als *Gratifikation* zu qualifizieren, ist eine Rückforderung rechtlich möglich, da eine Gratifikation unter der Bedin-

gung zugeteilt werden kann, dass im Zeitpunkt ihrer definitiven Auszahlung kein Verlust eingetreten ist⁷⁰.

V. Einige Lösungsansätze

1. Vorbemerkungen

Den aufgezeigten zivilrechtlichen Problemen könnte am einfachsten mit einer *Rückkehr zu rein fixen Vergütungen* begegnet werden. Diese auf den ersten Blick attraktive Variante⁷¹ führt allerdings zu unerwünschten Begleiterscheinungen: Verminderung der Anreize zur Erbringung von Höchstleistungen, Erhöhung des Risikos für die Abwerbung hochqualifizierter Mitarbeiter, etc.⁷². Zudem verliert ein Unternehmen, das auf variable Vergütungen verzichtet, ein hohes Mass an finanzieller Flexibilität, können variable Vergütungen doch auch als Puffer dienen, um in Krisenzeiten den Personalaufwand senken zu können, ohne Mitarbeiter entlassen zu müssen⁷³.

Nicht näher beleuchtet werden vorliegend die diversen Vorschläge zur analogen Anwendung der für Tantiemen geltenden Regelung auf variable Vergütungen. In diesem Zusammenhang ist lediglich festzuhalten, dass der Auffassung, diejenigen Unternehmen, welche in den Anwendungsbebereich des FINMA-RS 10/1 fallen, könnten in Zukunft keine Tantiemen mehr ausrichten⁷⁴, u.E. nicht beigepflichtet werden kann⁷⁵.

Im Folgenden werden zwei Lösungsansätze aufgezeigt, welche ohne Gesetzesänderung umsetzbar sind.

2. Qualifikation als Anwartschaft

Im Zusammenhang mit den rechtlichen Schwierigkeiten, welche sich bei der Umsetzung des Aufschubes der Auszahlung sowie des Rückforde-

rungsrechts der variablen Vergütungen stellen, hält die FINMA fest, dass

⁶³ Portmann (Fn. 43) N 10 zu Art. 322d.

⁶⁴ FINMA-RS 10/1, Rz. 55.

⁶⁵ Universität St. Gallen, Anhörung, 3.

⁶⁶ Christoph Senti, Die Abgrenzung zwischen Leistungslohn und Gratifikation, AJP 11 (2002) 669 ff., 675.

⁶⁷ Vgl. statt vieler: Thomas Geiser, Arbeitsrechtliche Aspekte im Zusammenhang mit Leistungslohn, AJP 10 (2001) 382; Senti (Fn. 66) 671; s. a. Conradin Cramer, Der Bonus als Malus – Zur Überwälzung von Geschäftsverlusten auf Arbeitnehmer, AJP 17 (2008) 535 ff., 539; Rehbindler/Stöckli (Fn. 39) N 38 ff. zu Art. 324.

⁶⁸ Geiser (Fn. 45) 123; Daniel Leu, Variable Vergütungen für Manager und Verwaltungsräte, Zürich 2005, 86 f.; vgl. auch Art. 533 Abs. 3 OR.

⁶⁹ Rehbindler/Stöckli (Fn. 39) N 5 zu Art. 322a; Geiser (Fn. 45) 123; im Resultat übereinstimmend Cramer (Fn. 67) 539, aber mit der Begründung der arbeitsrechtlichen Risikoverteilung gemäss Art. 324 OR als Grenze.

⁷⁰ In BGER-Urteil 4A_115/2007 vom 13. Juli 2007, Erw. 4.3.1, hat das BGER explizit festgehalten, dass eine Gratifikation bspw. «von der Bedingung abhängig gemacht werden» kann, dass der Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Fälligkeit noch im Betrieb arbeitet.

⁷¹ Bereits 2003 schlug dies Margit Osterloh, in Zurück zu fixen Löhnen für Manager, NZZaS vom 23. März 2003, Nr. 12, 47 f., vor.

⁷² Amstutz (Fn. 6) 220 f.; neuerdings scheint eine Art Gegenbewegung einzusetzen, indem die UBS gewissen Mitarbeitern «höhere Fixgehälter anstelle von «unsicheren» Boni zugesichert hat», um sie im Unternehmen halten zu können, vgl. Handelszeitung vom 3. November 2010, 25.

⁷³ S. a. Stefan Hostettler, Managersaläre, Zürich 2010, 45 f., für den eine vollständige Beschränkung auf Fixlöhne «ganz undenkbar» ist.

⁷⁴ Vgl. Pascal Zysset, Aktienrechtliche Aspekte von Bonuszahlungen an Verwaltungsräte, Jusletter 19. April 2010, N 32.

⁷⁵ S. als Bsp. Schaffung von bedingtem Kapital für ESOP gemäss Art. 627 Ziff. 6 i.V.m. Art. 698 Abs. 2 Ziff. 1 OR, welche – trotz grundsätzlicher VR-Kompetenz der Entschädigungen – ebenfalls vorgängig die Zustimmung der GV benötigt.

«derartige aufgeschobene Vergütungen als Anwartschaften ausgestaltet» werden⁷⁶.

Der Rechtsfigur «Anwartschaft» wurde in der schweizerischen Lehre bisher nur im Zusammenhang mit Fragen der beruflichen Vorsorge, des Zwangsvollstreckungsrechts oder im Bereich des Eigentumsvorbehalts Beachtung geschenkt⁷⁷. In der deutschen Literatur und Rechtsprechung wird von einer Anwartschaft gesprochen, «wenn von dem mehraktigen Entstehungstatbestand eines Rechts schon so viele Erfordernisse erfüllt sind, dass von einer gesicherten Rechtstellung des Erwerbers gesprochen werden kann, die der Veräusserer nicht mehr durch eine einseitige Erklärung zu

zerstören vermag»⁷⁸. Es handelt sich somit um eine Art «qualifiziertes Entwicklungsstadium auf dem Weg zum Vollrecht»⁷⁹.

Die FINMA schreibt vor, dass die begünstigte Person über aufgeschobene Vergütungen erst nach Ablauf einer Frist frei verfügen und dass der Wert der aufgeschobenen Vergütung sich während der Frist ändern kann⁸⁰. Die Wertänderungen während der relevanten Aufschiebperiode müssen «symmetrisch zur Entwicklung klar definierter und objektiver Bemessungskriterien, welche Erträge, Aufwendungen und Kapitalkosten vollumfänglich berücksichtigen oder vom Unternehmenswert abhängig sind, erfolgen»⁸¹. Es kann mithin von einer gesicherten Rechtstellung der begünstigten Person gesprochen werden, denn bei einer entlang der Vorgaben des FINMA-RS 10/1 ausgestalteten aufgeschobenen Vergütung liegt das Verhindern einer Wertänderung im Einflussbereich der begünstigten Person; insofern wird nicht die Fälligkeit der obligatorischen Forderung, sondern deren Entstehung aufgeschoben.

Werden im Verantwortungsbereich der betreffenden Person innerhalb der relevanten Frist keine Verluste erwirtschaftet, so entsteht nicht nur der obligatorische Anspruch auf die Auszahlung, sondern aus der suspensiv bedingten Tradition wird eine definitive Verfügung bzw. Auszahlung der Vergütung. Treten umgekehrt entsprechende Verluste in der massgebenden Periode auf, so entsteht kein Anspruch auf Vergütung und die bereits resolutiv bedingt tradierte Vergütung ist aufgrund der Nichterfüllung der Bedingung und somit der rechtsgrundlosen Tradition zurückzuerstatten bzw. durch den Arbeitgeber rückforderbar. Eine Vergütung, wel-

che mit einem auf diese Weise ausgestalteten Rückforderungsrecht des Arbeitgebers versehen ist, kann aus Sicht der begünstigten Person rechtlich als Anwartschaft qualifiziert werden, mit welcher sich die Vorgaben der FINMA im Einklang mit dem Zivilrecht umsetzen lassen.

3. Konzept der differenzierten Akzessorietät

a) Akzessorietät

Sind die Vorgaben im FINMA-RS 10/1 rechtlich korrekt umzusetzen, so hat ein Finanzinstitut darauf zu achten, dass die variablen Vergütungen möglichst als Gratifikation und nicht als Lohnbestandteil qualifiziert werden. Die aktuelle Bundesgerichtspraxis zeigt, dass dabei die Vorgaben zur Akzessorietät den kritischen Faktor darstellen. Zwar sind die Überlegungen des Bundesgerichtes, wonach im Fall von niedrigen Löhnen «schon ein verhältnismässig kleiner Betrag bereits einen variablen Lohnbestandteil darstellen» kann⁸², richtig. Doch bei hohen und höchsten Löhnen kann und muss «der als Gratifikation ausgerichtete Teil der Leistung prozentual zum Lohn grösser sein, als bei einem niedrigen Einkommen»⁸³ und es ist «unvermeidlich, den Begriff der Akzessorietät weit auszulegen und unter einem Akzessorium nicht [...] zwingend etwas Kleineres zu sehen, das etwas Grösserem anhängt»⁸⁴. Die bundesgerichtliche Praxis wird denn auch in der Lehre mehrheitlich kritisiert⁸⁵.

b) Struktur der differenzierten Akzessorietät

Basierend auf der Analyse der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sowie auf einer Erweiterung und Vertiefung von in der Lehre postulierten Ansätzen⁸⁶ wird anhand des Konzepts

⁷⁶ FINMA, Bericht, 27; gemäss dem Vergütungsbericht 2010 der Zürcher Kantonalbank hat diese neu sog. Langzeitanwartschaften eingeführt.

⁷⁷ Dieter Zobel, Zur Rechtsfigur der Anwartschaft und zu deren Verwendbarkeit im schweizerischen Recht, in Peter Forstmoser/Walter R. Schluep (Hrsg.), Freiheit und Verantwortung im Recht, FS Arthur Meier-Hayoz, Bern 1982, 497 f., m.w. Verw.

⁷⁸ Urteil des deutschen Bundesgerichtshofs BGHZ 49, 197, 201 f., zitiert bei Zobel (Fn. 77) 499.

⁷⁹ Zobel (Fn. 77) 499.

⁸⁰ FINMA-RS 10/1, N 50.

⁸¹ FINMA-RS 10/1, N 54.

⁸² Vgl. statt vieler: BGE 131 III 615, 621.

⁸³ BGE 129 III 276, 279.

⁸⁴ Conradin Cramer, Der Bonus im Arbeitsvertrag, Bern 2007, N 331.

⁸⁵ Rehbinder/Stöckli (Fn. 39) N 1 zu Art. 322a; Portmann (Fn. 43) N 19 zu Art. 322d; Peter Reinert, Variable Gehaltssysteme aus arbeitsrechtlicher Sicht, AJP 18 (2009) 3 ff., 7; tw.a.M. Geiser (Fn. 45) 120; unklar Beat M. Barthold/Marc Widmer, Regulierung der variablen Vergütung? Eine Bewertung der schweizerischen Regulierungsbestrebung im Vergütungsbereich, AJP 18 (2009) 1389 ff., 1396.

⁸⁶ S. insb. Cramer (Fn. 84) N 314 ff.

der differenzierten Akzessorietät nachfolgend die Frage beantwortet, welcher prozentuale Anteil der variablen Vergütung bei einer bestimmten Höhe der Gesamtvergütung die bundesgerichtlichen Vorgaben der Akzessorietät noch erfüllt und ab welchem Betrag das Prinzip der Akzessorietät seine Berechtigung verliert.

Das Konzept, welches vorliegend für die Bankbranche spezifiziert wurde, aber freilich auf jede andere Branche adaptiert werden kann, beruht auf folgender Struktur:

- es werden «fünf + 1» unterschiedliche Lohnbereiche gebildet;
- *unterster* Lohnbereich: reicht bis zum Minimalsalär gemäss Ziff. 25.1 der Vereinbarung über die Anstellungsbedingungen der Bankangestellten von derzeit CHF 50 000⁸⁷;
- *unterer* Lohnbereich: reicht vom Minimalsalär bis zum Bruttomedianlohn im Kreditgewerbe von derzeit CHF 108 012⁸⁸;
- *mittlerer* Lohnbereich: reicht vom Bruttomedianlohn bis zum Bruttomedianlohn des mittleren Kaders im Kreditgewerbe von derzeit CHF 171 432⁸⁹;
- *oberer* Lohnbereich: reicht vom Bruttomedianlohn des mittleren Kaders bis zum Bruttomedianlohn des oberen Kaders im Kreditgewerbe von derzeit CHF 281 688⁹⁰;
- *oberster* Lohnbereich: reicht vom Bruttomedianlohn des oberen Kaders bis zum maximal versicherbaren Lohn gemäss Art. 79c i.V.m. Art. 8 Abs. 1 BVG von derzeit CHF 820 080⁹¹;
- für Gesamtvergütungen *über der Betragsgrenze* von Art. 79c i.V.m. Art. 8 Abs. 1 BVG ist keine Differenzierung mehr notwendig;
- der prozentuale Anteil der variablen Vergütung wird in Relation zur Höhe der Gesamtvergütung gestellt;

- für jeden Lohnbereich wird ein maximal zulässiger Anteil der variablen Vergütung an der Gesamtvergütung definiert.

c) Eckwerte der differenzierten Akzessorietät

Der maximal zulässige Anteil der variablen Vergütung an der Gesamtvergütung wird wie folgt definiert⁹²:

- Im *untersten* Lohnbereich: 8,3%. Dieser Wert entspricht der Höhe eines (13.) Monatslohnes. Letzterer hatte am Anfang der Rechtsprechung zur Abgrenzung von Gratifikation und festem Lohnbestandteil gestanden⁹³. Eine tiefere Limite⁹⁴ erscheint im Bankenumfeld nicht angebracht, da variable Vergütungen branchenimmanent und die Mitarbeiter mit diesem Vergütungsinstrument vertraut sind⁹⁵.
- Im *unteren* Lohnbereich: 15%. Die obere Grenze des unteren Lohnbereichs beträgt rund das Doppelte der Obergrenze des untersten Lohnbereiches, was eine knappe Verdoppelung der zulässigen Gratifikationsobergrenze rechtfertigt. Darüber hinaus liegt dieser Ansatz im Rahmen dessen, was das Bundesgericht in BGE 129 III 276 ff. als zulässig erachtet hat⁹⁶.
- Im *mittleren* Lohnbereich: 25%. Im mittleren Lohnbereich befindet sich der Grossteil der Kadermitarbeitenden von Banken. Hier rechtfertigt es sich deshalb, die zulässige Bandbreite und damit den Handlungsspielraum leicht überproportional zu erhöhen, um dem Finanzinstitut die notwendige Flexibilität zu geben. Darüber hinaus orientiert sich dieser Ansatz an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung⁹⁷ und an der in der Literatur als zulässig erachteten Obergrenze von einem Drittel⁹⁸.

- Im *oberen* Lohnbereich: 33 1/3%. Im oberen Lohnbereich befindet sich – zumindest bei Banken, welche nur Barvergütungen ausrichten – nur noch eine relativ geringe Anzahl von Kadermitarbeitenden.

⁸⁷ Das Minimalsalär ist abrufbar beim Schweizerischen Bankpersonalverband (sbpv) unter <<http://www.aseb.ch/content-n80-sd.html>> (zuletzt besucht am 27. Oktober 2010).

⁸⁸ *Bundesamt für Statistik* (Hrsg.), Schweizerische Lohnstrukturerhebung 2008, Neuchâtel 2010, 10 und 23.

⁸⁹ *Bundesamt für Statistik* (Fn. 88) 24.

⁹⁰ *Bundesamt für Statistik* (Fn. 88) 24.

⁹¹ Dieser Betrag entspricht als Gesamtvergütung ziemlich genau dem Ansatz von *Cramer* (Fn. 84) N 332.

⁹² Die heute verwendeten Relationen sind einheitlich: Während das BGE in BGE 129 III 279 den «als Gratifikation ausgerichteten Teil der Leistung» prozentual mit dem Lohn vergleicht und dabei mit «Lohn» den Fixlohn meint, spricht *Cramer* einmal vom «Bonusanteil an der Gesamtvergütung» (Fn. 84, N 331) und einmal vom «Verhältnis zwischen Festlohn und Bonus» (Fn. 84, N 332). Das *Bundesamt für Statistik* berücksichtigt in den standardisierten Löhnen der Lohnstrukturerhebung 2008 ebenfalls variable Lohnbestandteile, und auch Art. 79c BVG berücksichtigt Lohn und Bonus, d.h. diese beiden Ansätze gehen von einer Gesamtvergütung aus. Soll das Konzept des BGE angewendet werden, sind die jeweiligen Prozentzahlen problemlos umzurechnen.

⁹³ *Portmann* (Fn. 43) N 4 zu Art. 322d, m.w. Verw. auf verschiedene Gerichtsurteile aus den frühen 80er-Jahren; Ausgangspunkt der Überlegungen auch bei *Cramer* (Fn. 84) N 320.

⁹⁴ *Cramer* (Fn. 84) N 321 f. will die Grenze im unteren Lohnbereich aus persönlichkeitsrechtlichen Überlegungen, d.h., um den Unsicherheitsfaktor für den Arbeitnehmer über das Jahr minimal zu halten, auf weniger als 5 % reduzieren.

⁹⁵ *Bundesamt für Statistik* (Fn. 88) 10.

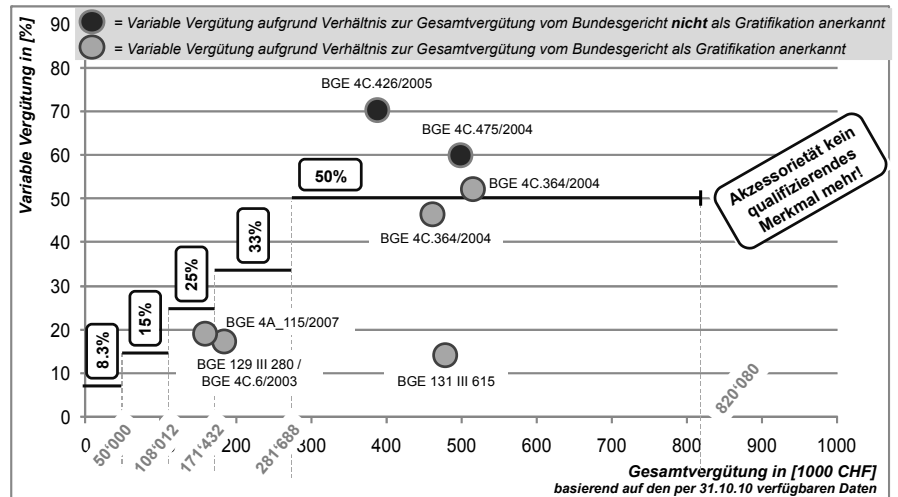
⁹⁶ Eine variable Vergütung von CHF 30 000 bei einem (festen) Jahreslohn von CHF 132 000 spricht nicht gegen eine Gratifikation.

⁹⁷ BGE 129 III 276 ff.

⁹⁸ S. anstelle vieler: *Geiser* (Fn. 45) 120.

Die zulässige Bandbreite wird daher auf einen Drittel erhöht, d.h. auf einen variablen Vergütungsanteil, der die Hälfte des festen Lohnanteils beträgt. Darüber hinaus entspricht dieser Wert einerseits einer stringenten Weiterentwicklung der Obergrenze des mittleren Lohnbereiches und orientiert sich andererseits am zulässigen Wert des obersten Lohnbereiches, welcher bei 50% liegt.

- Im obersten Lohnbereich: 50%. Der Wert von 50% besagt, dass neben einem Fixlohn nochmals dieselbe Summe als variable Vergütung ausgeschüttet werden darf, ohne dass sie dadurch ihren Charakter als Gratifikation verliert⁹⁹.
- Im Lohnbereich über der Betragsgrenze von Art. 79c i.V.m. Art. 8 Abs. 1 BVG ist die Akzessorietät nicht mehr Voraussetzungskriterium für die Annahme einer Gratifikation, da kein Mitarbeiterschutzbedarf mehr besteht¹⁰⁰. Dies hat zur Konsequenz, dass über dieser Betragsgrenze nur noch das Kriterium des Ermessens für die Qualifizierung einer variablen Vergütung als Gratifikation herangezogen wird. Das Nichterfüllen der Akzessorietät führt gemäss vorliegender Auffassung – aber entgegen der Bundesgerichtspraxis – nicht dazu, dass die gesamte variable Vergütung zum Lohnbestandteil mutiert,



sondern dass sie ihren Charakter als Gratifikation beibehält (siehe Grafik):

d) Vorteile der differenzierten Akzessorietät

Die Vorteile des dargestellten Konzeptes der differenzierten Akzessorietät liegen darin, dass es

- klar in den Aussagen, einfach nachvollziehbar, aber dennoch sinnvoll differenzierend ist;
- langfristig Bestand hat, weil es in der Lage ist, die dynamische Entwicklung des Lohnniveaus und die damit verbundene Verschiebung der einzelnen Lohnbereichsgrenzen zu absorbieren;
- spezifisch auf die Finanzindustrie ausgerichtete Werte als Lohnbereichsgrenzen verwendet und dadurch das grundsätzlich höhere Lohnniveau in der Finanzindustrie abbildet;
- prozentuale Abstufungen der Höhe der variablen Vergütung im Verhältnis zur Gesamtvergütung verwendet, welche stringent aufeinander aufbauen;
- bei den angewendeten prozentualen Abstufungen der Höhe der vari-

ablen Vergütung die neueren, in Lehre und Rechtsprechung skizzierten Konzepte aufnimmt, aber eindeutige und einheitliche Bezugspunkte verwendet;

- die heute vom Bundesgericht angewendeten Limiten massvoll erweitert;
- durch die Einführung einer absoluten Obergrenze, über welcher die Akzessorietät nicht mehr als Voraussetzungskriterium für die Annahme einer Gratifikation gilt, rechtspolitisch bedenkliche Resultate verhindert;
- die Flexibilität erhöht und damit einen liberalen, partnerschaftlichen Ansatz ins Zentrum stellt.

VI. Schlussbetrachtung

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass die im medialen Interesse stehende absolute Höhe der ausgerichteten Vergütung weder aus Sicht des Berechtigten, noch aus Sicht des Unternehmens, des Aktionärs, des Gesetzgebers oder des Regulators wirklich relevant ist. Hingegen steht die konkrete Ausgestaltung der Vergütung und somit deren Aufteilung in

⁹⁹ Solche Ansätze werden unter Fachleuten bereits diskutiert (Senti, anlässlich des Referates vom 29. September 2010 vor dem Verein St. Galler Juristinnen und Juristen), gehen aber nicht gar so weit wie Cramer (Fn. 84) N 331, der am oberen Ende der Lohnskala einen «Bonusanteil an der Gesamtvergütung» von gegen 100% zulassen will.

¹⁰⁰ Cramer (Fn. 84) N 332: «Schutz braucht nur der Schutzbedürftige.»

fixe und variable Bestandteile *aus wirtschaftlicher Sicht* im Zentrum des Interesses; denn dies sind die Hebel, mit denen «positive» Anreize geschaffen werden können, um den langfristigen Unternehmenserfolg sicherzustellen. Wird dies mit einem Vergütungssystem effektiv und unter Berücksichtigung des Risikoprofils eines Unternehmens erreicht, dann ist zwar nicht auszuschliessen, dass die absolute und für viele unvorstellbare Höhe einer Vergütung nach wie vor Neid und Unverständnis weckt, die Vergütung sich so aber zumindest objektiv rechtfertigen lässt¹⁰¹.

Die sich bei der Ausgestaltung der variablen Vergütung und insbesondere bei der Umsetzung der Vorgaben der FINMA *aus rechtlicher Sicht* stellenden Probleme sind vielfältig.

Durch die Globalisierung der (Finanz-) Märkte und die Internationalisierung der Anstellungsbedingungen hat das Schweizer Arbeitsrecht mit einer Mischung aus kontinentaleuropäischen und angloamerikanischen Rechtsinstituten zu kämpfen. Langfristig kann hier nur eine *Revision* des Arbeitsrechts adäquate Rahmenbedingungen schaffen, welche nicht nur den berechtigten Anliegen der FINMA, sondern auch den gesamten Entwicklungen in der Dienstleistungsgesellschaft des 21. Jahrhunderts Rechnung tragen.

Da ein neues Arbeitsrecht zurzeit nicht absehbar, resp. eine allfällige Revision von einem langen politischen Prozess geprägt ist, gilt es, die bestehenden Grundlagen und die Rechtsprechung weiter zu entwickeln. Ein möglicher Ansatz dazu wäre das in

diesem Beitrag vorgestellte *Konzept der differenzierten Akzessorität*. Freilich liegt auch diesem Ansatz eine Interessenabwägung zu Grunde, welche teilweise zu Lasten der Transparenz-Vorgabe der FINMA geht. Das Konzept ist aber einfach, klar und trotzdem genügend differenzierend. Es passt sich dynamisch an allfällige Wert- bzw. Entschädigungsentwicklungen an und trägt zur Versachlichung der häufig polemisch geführten Debatte bei.

¹⁰¹ Vgl. a. *Gerhard Schwarz*, Wider die Selbstbedienung von Wellenreitern – Topmanager bringen die Marktwirtschaft in Verruf, NZZ vom 28. Februar 2004, Nr. 49, 21.