

Bonus als Risiko – Zur Regulierung der variablen Vergütung von Bankorganen

Christoph B. Bühler*

The experience with the Credit Suisse crisis of confidence has once again shown that compensation systems are of considerable importance for the risk management of financial institutions. Inappropriate risks and wrong incentives can endanger the substance and profitability of a bank and thus its stability. This article focuses on the regulation of variable compensation of bank boards and analyzes the relationship between bonus and risk. It first shows which compensation principles de lege lata have

to be observed in the bank's «going concern» situation and which basic guidelines have to be followed according to FINMA's requirements when designing a financial institution's compensation system. In the following, we will take a closer look at the existing and the now revised regulations on the compensation of executive management in the event of a crisis situation of a systemically important bank.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Zum «Bonus»-Begriff und dessen Spannungsverhältnis zum arbeitsrechtlichen «Lohn»
- III. Funktion der variablen Vergütung und deren Verhältnis zum Risiko
 - 1. Funktion der variablen Vergütung
 - 2. Verhältnis der variablen Vergütung zum Risiko
- IV. Bestehender Regulierungsrahmen für variable Vergütungen von Bankorganen
 - 1. Regulierung der Vergütungen in der «Going Concern»-Situation der Bank
 - 2. Regulierung der Vergütungen für den Krisenfall systemrelevanter Banken
- V. Fazit

I. Einleitung

Vergütungsfragen sind vor allem nach der Finanz- und Wirtschaftskrise von 2007 und nun wieder in Zusammenhang mit dem Untergang der *Credit Suisse* ins Zentrum der politischen und öffentlichen Aufmerksamkeit gerückt.

Das am 19. März 2023 vom Bundesrat beschlossene Massnahmenpaket¹ zur Unterstützung der Übernahme der *Credit Suisse* durch die *UBS* enthält neben

den Garantien des Bundes für die Liquiditätshilfe der *SNB* an die *CS* und zur staatlichen Absicherung allfälliger Verluste der *UBS* auch Massnahmen im Bereich der *Vergütungen*. Das Eidgenössische Finanzdepartement wurde beauftragt, alle ausstehenden variablen Vergütungen bei den obersten drei Führungsebenen der *Credit Suisse* zu streichen bzw. um 50 oder 25 Prozent zu kürzen. Die *Credit Suisse* musste zudem prüfen, ob bereits ausbezahlte variable Vergütungen zurückgefordert werden können, und dem Eidgenössischen Finanzdepartement und der *FINMA* darüber Bericht erstatten. Die *UBS* wurde verpflichtet, in ihrem Vergütungssystem für die zuständigen Personen die möglichst gewinnbringende Verwertung der von der staatlichen Verlustgarantie erfassten *Credit Suisse*-Aktiven als Kriterium festzulegen und allgemein das Risikobewusstsein weiterhin angemessen zu berücksichtigen.²

Die Erfahrungen mit der Vertrauenskrise der *Credit Suisse* haben erneut gezeigt, dass Vergütungssysteme für das *Risikomanagement von Finanzinstituten* eine erhebliche Bedeutung haben. Unangemessene Risiken und falsche Anreize können die Substanz und Ertragskraft einer Bank und damit deren Stabilität gefährden.³

Der vorliegende Beitrag widmet sich der Regulierung der variablen Vergütung von Bankorganen und analysiert das Verhältnis des Bonus zum Risiko. Es wird zuerst aufgezeigt, welche Vergütungsgrundsätze

* Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt in Basel; Titularprofessor für Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich.

¹ Verordnung über zusätzliche Liquiditätshilfe-Darlehen und die Gewährung von Ausfallgarantien des Bundes für Liquiditätshilfe-Darlehen der Schweizerischen Nationalbank an systemrelevante Banken vom 16. März 2023 (SR 952.3) mit Änderung vom 19. März 2023 und Erläuterungen (Fassung vom 19. März 2023).

² Art. 10a BankG. Medienmitteilung des Bundesrates vom 5. April 2023 «Bundesrat trifft Entscheide zu variablen Vergütungen bei *Credit Suisse* und *UBS*», abrufbar unter <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-94150.html>>.

³ So bereits *FINMA*, Rundschreiben «Vergütungssysteme», Kernpunkte, vom 11. November 2009, 2.

de lege lata in der «Going-concern»-Situation der Bank zu beachten sind und welche grundlegenden Leitlinien nach den Vorgaben der FINMA bei Ausgestaltung des Vergütungssystems eines Finanzinstituts zu beachten sind. In der Folge werden die bestehenden und die nun revidierten Regulierungen zu den Vergütungen der Organe und Mitarbeitenden für den Fall einer *Krisensituation* einer systemrelevanten Bank näher beleuchtet.

II. Zum «Bonus»-Begriff und dessen Spannungsverhältnis zum arbeitsrechtlichen «Lohn»

Der Begriff des «Bonus» existiert im schweizerischen Obligationenrecht nicht. Das Aktienrecht spricht in Art. 732 ff. OR hingegen von «Vergütungen» und erwähnt in Art. 734a OR immerhin die «Bonifikation» als eine der Vergütungskategorien. Das Arbeitsrecht kennt demgegenüber nur den «Lohn» gemäss Art. 322 OR und die «Gratifikation» gemäss Art. 322d OR, welche auch «Sondervergütung» genannt wird.⁴ Zu diesen variablen Lohnbestandteilen nach Arbeitsrecht tritt der «Bonus» bzw. die variable Vergütung nach Aktienrecht in ein Spannungsverhältnis. Leitet sich der Bonus nämlich direkt aus vorab festgesetzten Vereinbarungen ab («Bonus» als bestimmter Anteil vom Geschäftsergebnis) und macht dieser regelmässig mehr aus als der Fixlohn, so gilt dieser nach der arbeitsrechtlichen Rechtsprechung⁵ als Lohn, auf den der Arbeitnehmer Anspruch hat.⁶ Sobald also – wie das in der Praxis üblich ist – eine variable Vergütung im Voraus für den Fall der Erfüllung bestimmter objektiv messbarer Geschäftsergebnisse versprochen wird, gilt diese nicht mehr als eine «Gratifikation», deren Ausrichtung im Ermessen des Arbeitgebers liegt. Es wird argumentiert, dass eine Verlagerung des Betriebsrisikos von der Arbeitgeberin auf die Arbeitnehmer nur in beschränktem Mass statthaft sein

könne.⁷ Entsprechend kann der Arbeitgeber einen Bonus wegen krisenbedingt schlechten Geschäftsgangs an sich nur kürzen oder auf null reduzieren, wenn dieser rechtlich als Gratifikation zu qualifizieren ist. Bildet der Bonus dagegen Teil des variablen Lohns, setzt eine solche Kürzung eine arbeitsvertraglich vereinbarte Ermächtigung voraus. In Ermangelung einer solchen kann der Arbeitgeber den Bonus allenfalls ausnahmsweise kürzen, wenn die Voraussetzungen der *clausula rebus sic stantibus* erfüllt sind.⁸

Vorliegend wird auf den Bonusbegriff abgestellt, den die FINMA in ihrem Rundschreiben zu den Vergütungssystemen verwendet. Demgemäss ist die variable Vergütung *Teil der Gesamtvergütung, dessen Ausrichtung oder Höhe im Ermessen der Bank steht oder vom Eintritt vereinbarter Bedingungen abhängt, einschliesslich leistungs- oder erfolgsabhängiger Vergütungen wie Provisionen und Kommissionen, Antritts- oder Abgangsentschädigungen.*⁹

III. Funktion der variablen Vergütung und deren Verhältnis zum Risiko

1. Funktion der variablen Vergütung

Das Vergütungssystem einer Bank ist ein wesentlicher Bestandteil ihrer Governance und Organisation; es kann nicht nur deren Kapital-, Liquiditäts- und Risikosituation massgeblich beeinflussen, sondern begründet auch *Anreize* für das Verhalten der Bankorgane.¹⁰

Variable Vergütungen schaffen Anreize für die Mitarbeitenden, die *Ziele* und Interessen der Bank zu verfolgen, indem sie die Mitarbeitenden am Erfolg

⁴ Vgl. René Hirsiger, Die Zielvereinbarung im Einzelarbeitsverhältnis – Gleichzeitig ein Beitrag zu erfolgs- und leistungsabhängigen Vergütungssystemen und Bonuszahlungen im schweizerischen Arbeitsrecht, Bern 2011, N 452; Conradin Cramer, Der Bonus im Arbeitsvertrag, Bern 2007, N 48; Andreas Lienhard, Arbeitsrechtliche Herausforderungen in Krisen, AJP 2020, 1264 ff., 1271.

⁵ BGE 129 III 276, E. 2.3; BGE 131 III 61; BGE 4A_115/2007 vom 13. Juli 2007.

⁶ Art. 319 Abs. 1 OR.

⁷ Cramer (Fn. 4), 59.

⁸ Lienhard (Fn. 4), 1272; Wolfgang Wiegand, Die Finanzmarktkrise und die *clausula rebus sic stantibus* dargestellt am Beispiel der Bonuszahlungen, Jusletter vom 9. Februar 2009, N 2 f.; Hirsiger (Fn. 4), N 821 ff.; a.M. Thomas Geiser, Boni zwischen Privatrecht und öffentlichem Interesse, recht 2009, 115 ff., 126.

⁹ FINMA-RS 2010/1 Vergütungssysteme vom 21. Oktober 2009, Rz. 12. So auch Definition gemäss EFD, Erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens zur Änderung des Bankengesetzes – Gewährung von Ausfallgarantien des Bundes für Liquiditätshilfe-Darlehen der Schweizerischen Nationalbank an systemrelevante Banken vom 25. Mai 2023, 25.

¹⁰ FINMA-Rundschreiben 2010/1 (Fn. 9), Rz. 1.

beteiligen. Zudem erlauben sie den Banken eine grössere *Kostenflexibilität*.

Die variablen Vergütungen verfolgen aber auch das Ziel der *Wettbewerbsfähigkeit*.¹¹ Regelt man Vergütungsfragen, so darf man nicht vergessen, dass man es immer mit zwei Parteien zu tun hat: Der juristischen Person, die zahlt, und denen, die bezahlt werden. Es ist grundsätzlich anzustreben, dass die Besten ans Ruder kommen, und die haben ihren Preis und handeln diesen auch aus. Sicherlich findet man immer Leute, aber der «Fortschritt des Mittelstandes», wie wir ihn teilweise in Geschäftsbereichen mit einem tiefen Vergütungsniveau erleben, ist nicht das, was primär anzustreben ist.¹²

Solange sie das nachhaltige Unternehmensinteresse berücksichtigen und nicht zu unangemessenen Risiken verleiten, können variable Vergütungen also durchaus für alle Anspruchsgruppen einer Bank von Vorteil sein und wesentliche Funktionen erfüllen.¹³

2. Verhältnis der variablen Vergütung zum Risiko

Die Vergütung stellt also nicht einfach einen Marktlohn dar; sie ist vielmehr ein *wichtiges Anreizsystem des Unternehmens*, das zusammen mit anderen internen Kontrollmechanismen die Mitarbeitenden veranlasst, sich entsprechend der Unternehmenspolitik zu verhalten und deren Ziele zu verfolgen.

Vergütungssysteme können aber auch *falsche Anreize* setzen. Die *Principles for Sound Compensation Practices*, die der Financial Stability Board am 2. April 2009 im Nachgang zur Finanzkrise erlassen hat, beginnen mit der Feststellung, dass die Vergütungspraktiken grosser Finanzinstitute einen Faktor darstellen, welcher zur Finanzkrise beigetragen hat. Hohe kurzfristig angelegte Gewinne hätten zu grosszügigen Bonuszahlungen geführt, ohne dass damit die für das Unternehmen auf längere Frist verbundenen Risiken angemessen berücksichtigt worden seien. Solche falsch angesetzten Anreize hätten eine über-

mässige Risikobereitschaft gefördert, welche schliesslich einzelne Finanzinstitute und die gesamte Finanzbranche in eine Krise geführt hätte:¹⁴

«*Compensation practices at large financial institutions are one factor among many that contributed to the financial crisis that began in 2007. High short-term profits led to generous bonus payments to employees without adequate regard to the longer-term risks they imposed on their firms. These perverse incentives amplified the excessive risk-taking that severely threatened the global financial system and left firms with fewer resources to absorb losses as risks materialised*».¹⁵

In der Diskussion über die staatlichen Eingriffe zur Rettung der Grossbanken wird insbesondere auf die Schwächen von einzelnen Entschädigungsmodellen hingewiesen, die im Investment Banking und in der Vermögensverwaltung angewendet werden. So wurden etwa die Leistungen von Angestellten und Managern allein an den Volumen ihrer Geschäftsabschlüsse gemessen. Weiter berücksichtigten Bonusysteme oft nicht das mittel- bis langfristige Risiko, welches die eigene Bank oder die Gegenparteien eingehen. Zum Teil seien die Mitarbeitenden und Organisationseinheiten anhand blosser Umsatzzahlen entschädigt worden. Die Entschädigungsmodelle hätten sich an kurzfristigen, rein finanziellen Zielen orientiert, kurzfristige Gewinne belohnt und dabei längerfristig bestehende Verlustrisiken ignoriert. Schliesslich seien diese Modelle auch *nicht transparent* genug gewesen; sie seien weder kritisch hinterfragt noch rechtzeitig korrigiert worden.¹⁶

Im Kern konzentriert sich die Kritik an der Ausgestaltung der Vergütungssysteme auf die folgenden Aspekte:¹⁷

- das Risiko wird in den *Bemessungsgrundlagen* für die variable Vergütung zu wenig berücksichtigt;
- die Bemessungszeiträume für die variable Vergütung sind nicht auf die Risiken abgestimmt, und die *Fristigkeit* der eingegangenen Risiken wird nicht adäquat abgebildet;

¹¹ Michael H. Kramarsch/Dirk Filbert, Erfolgsabhängige Vergütung im Bankgeschäft, in: Klaus J. Hopt/Gottfried Wohlmannstetter (Hrsg.), Handbuch Corporate Governance von Banken, München 2011, 493 ff., 494.

¹² Peter Nobel, Notwendigkeit einer Bonusregelung?, SZW 2009, 448 ff., 451.

¹³ FINMA, Rundschreiben «Vergütungssysteme», Kernpunkte, vom 11. November 2009, 4.

¹⁴ Nobel (Fn. 12), 458.

¹⁵ FSF Principles for Sound Compensation Practices of 2 April 2009, Introduction, 1; vgl. auch FSF Implementation Standards of 25 September 2009, <www.financialstabilityboard.org>.

¹⁶ Botschaft zu einem Massnahmenpaket zur Stärkung des schweizerischen Finanzsystems vom 5. November 2008, BBl 2008 8943 ff., 8971.

¹⁷ Vgl. Kramarsch/Filbert (Fn. 11), 495.

- die variable Vergütung hat einen zu hohen Anteil an der Gesamtvergütung, was zum Eingehen zu hoher Risiken verleitet;
- es fehlt eine *symmetrische Beteiligung an Gewinnen und Verlusten*.

Die Berücksichtigung dieser Aspekte und die Implementierung risikoadjustierter Vergütungssysteme bedingt eine *enge Verknüpfung zwischen Vergütungspolitik und Risikomanagement*. Es ist eine gut abgestimmte Zusammenarbeit zwischen der Risikomanagement-Funktion, insbesondere dem CRO, der Compliance, der internen Revision, dem Vergütungsausschuss, dem Prüfungs- und Risikoausschuss und dem Verwaltungsrat erforderlich, damit die Risikopolitik angemessen in den Vergütungssystemen abgebildet und einheitliche Massstäbe zur Ausgestaltung der Vergütungssysteme für den Verwaltungsrat und die Mitarbeitenden sichergestellt werden.¹⁸

Daraus folgt, dass *Vergütung und Risikomanagement* im Grunde nicht zwei voneinander unabhängige Dinge sind, sondern dass das Vergütungssystem letztlich *Teil eines ganzheitlichen Risikomanagements* ist.¹⁹ Dieses muss sicherstellen, dass die Parameter zur Ausrichtung der Vergütung auf das Risiko bei der Ausgestaltung der Vergütungssysteme beachtet, die Vergütungsstrukturen und Vergütungen *offengelegt* und unter Einbezug sämtlicher Stakeholder wirksam überwacht werden.

IV. Bestehender Regulierungsrahmen für variable Vergütungen von Bankorganen

1. Regulierung der Vergütungen in der «Going Concern»-Situation der Bank

1.1 Vergütungsgrundsätze gemäss FIDLEG

Art. 21 FIDLEG verpflichtet Finanzdienstleister, durch interne Vorschriften und eine angemessene Betriebsorganisation die Erfüllung der Verhaltenspflichten aus dem Finanzdienstleistungsgesetz sicherzustellen. Aus der Pflicht zur Sicherstellung einer angemessenen Betriebsorganisation wird implizit auch das Erfordernis abgeleitet, dass die Modalitäten der Vergütung von Mitarbeitenden und Beauftragten keine

Anreize setzen dürfen, die zu Konflikten mit den Verhaltensregeln des FIDLEG führen können.²⁰ Art. 25 lit. e FIDLEG konkretisiert sodann die Bestimmung in Art. 25 Abs. 1 FIDLEG, welche organisatorische Vorkehrungen zur Verhinderung von Interessenkonflikten vorschreibt, und hält fest, dass Finanzdienstleister mit den Vergütungen an ihre Mitarbeitenden keine Anreize zur Missachtung der gesetzlichen Pflichten oder für schädigendes Verhalten gegenüber Kunden schaffen dürfen. Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass falsche Anreize bei den Modalitäten der Vergütung insbesondere die Gefahr bergen, dass sie zu Konflikten der eigenen Interessen der Mitarbeitenden des Finanzdienstleisters mit jenen der Kunden führen können. Die richtige Anreizsetzung der Vergütungssysteme soll jedoch nicht nur zur Verhinderung von Interessenkonflikten, sondern generell der *Compliance* mit den Verhaltenspflichten gemäss FIDLEG dienen.²¹

Interessenkonflikte sollen vor allem durch die konkrete Ausgestaltung der Vergütung und des Verhältnisses von variablen und fixen Vergütungselementen vermieden werden. Der Zusammenhang des Vergütungssystems zur angemessenen Organisation gemäss Art. 21 FIDLEG und der erforderlichen Fachkompetenz der Mitarbeitenden gemäss Art. 22 FIDLEG besteht darin, dass durch geeignete organisatorische Vorkehrungen und eine angemessene Bezahlung der Mitarbeitenden sichergestellt werden soll, dass keine Anreize zu Veruntreuungen oder Insiderhandel bestehen²² sowie dass qualitativ hochstehende Mitarbeitende rekrutiert werden können, welche über die für ihre Tätigkeit notwendigen Fähigkeiten, Kenntnisse und Erfahrungen verfügen.²³

¹⁸ Kramarsch/Filbert (Fn. 11), 512.

¹⁹ Nobel (Fn. 12), 458.

²⁰ Botschaft zum Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und zum Finanzinstitutsgesetz (FINIG) vom 4. November 2015, BBl 2015 8901 ff., 8963; Lukas Fahrländer, in: Rolf Sethe/René Bösch/Olivier Favre/Stefan Kramer/Ansgar Schott (Hrsg.), Kommentar zum Finanzdienstleistungsgesetz FIDLEG, Zürich 2021, Art. 21 N 166; Sandro Abegglen, in: Rashid Bahar/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar Finanzdienstleistungsgesetz – Finanzinstitutsgesetz, Basel 2023, Art. 21 FIDLEG N 18.

²¹ Die Pflicht zur Festlegung von angemessenen Vergütungsgrundsätzen basiert also nicht nur auf Art. 25 FIDLEG, sondern auch auf Art. 21 und 22 FIDLEG. Vgl. Fahrländer (Fn. 20), Art. 21 N 166; BSK FIDLEG/FINIG–Abegglen (Fn. 20), Art. 21 FIDLEG N 18.

²² Vgl. Rolf Sethe, Anlegerschutz im Recht der Vermögensverwaltung, Habil. Köln 2005, 628.

²³ Fahrländer (Fn. 20), Art. 21 N 168.

1.2 Vergütungsgrundsätze gemäss FINMA-Rundschreiben 2010/1

1.2.1 Rechtsgrundlage

Das FINMA-Rundschreiben 2010/1 Vergütungssysteme, welches die FINMA im Zuge der Finanzkrise herausgegeben hat und am 1. Januar 2010 in Kraft getreten ist, stützt sich auf die Bestimmung in Art. 7 Abs. 1 Bst. b FINMAG, welche die FINMA legitimiert, Rundschreiben über die Anwendung der Finanzmarktgesetze zu erlassen. Es soll dazu beitragen, dass Vergütungssysteme bei Finanzinstituten keine Anreize für das Eingehen unangemessener Risiken schaffen.²⁴

1.2.2 Geltungsbereich

Unter den Geltungsbereich dieses Rundschreibens von 2010 fielen zunächst *sämtliche* von der FINMA beaufsichtigten Finanzinstitute, wobei grosse Banken und Versicherungen zu einer zwingenden Umsetzung verpflichtet waren. Das revidierte Vergütungsroundschreiben, welches am 1. Juli 2017 in Kraft getreten ist, war nur noch für die beiden Grossbanken verbindlich, welche den Schwellenwert von CHF 10 Mia. an erforderlichen Eigenmitteln erreichten. Dennoch wird auch den übrigen Finanzinstituten weiterhin empfohlen, die im Rundschreiben enthaltenen Grundsätze als Leitlinien für ihre Vergütungssysteme heranzuziehen.²⁵

Zu beachten ist dabei, dass das Vergütungsroundschreiben nicht nur Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung, sondern *alle Personen* erfasst, die bei einem Finanzinstitut *in einem Arbeitsverhältnis* stehen und für eine dem Finanzinstitut erbrachte Arbeitsleistung vergütet werden.²⁶ Es gilt aber nicht für unbeschränkt haftende Teilhaber einer Privatbank und auch nicht für Personen, die direkt oder indirekt mindestens 10% des Kapitals halten.²⁷

Das Vergütungsroundschreiben konkretisiert die neun «FSF Principles for Sound Compensation Practices»

und den ergänzenden «Implementation Standard»²⁸, die der Financial Stability Board im Nachgang zur Finanzkrise veröffentlicht hat.

1.2.3 Grundsätze für die Ausgestaltung von Vergütungssystemen

Das FINMA-Rundschreiben stellt zehn Grundsätze im Sinne von Mindeststandards für die Ausgestaltung, Umsetzung und Offenlegung von Vergütungssystemen bei Finanzinstituten auf. Es schreibt nicht nur allgemeine Anforderungen an Vergütungssysteme vor, wie etwa deren langfristige Ausrichtung, sondern regelt auch die Gesamtvergütung, die variable Vergütung und die aufgeschobene Vergütung im Einzelnen.²⁹

Grundsatz 1: Die Ausgestaltung und Umsetzung der Vergütungspolitik ist *Sache des Verwaltungsrates*. Dieser genehmigt jährlich die Vergütungen der Geschäftsleitung, der Leiter der Kontrollfunktionen und den Gesamtpool für das Finanzinstitut und erlässt ein Vergütungsreglement.³⁰

Grundsatz 2: Das Vergütungssystem muss *einfach, transparent und umsetzbar ausgestaltet* sein.³¹ Falsche Anreize sind zu vermeiden. Das Vergütungssystem ist daher *langfristig auszurichten*, sodass es unabhängig vom Geschäftsgang des Finanzinstituts sinnvoll und tragbar ist.³²

Grundsatz 3: Bei der Ausgestaltung und Anwendung des Vergütungssystems sind unabhängige Funktionen (wie die Risikokontrolle oder Compliance) und Spezialisten beizuziehen und der Verwaltungsrat lässt dieses in angemessenen Zeitabständen durch die interne Revision überprüfen.³³

Grundsatz 4: Die Gesamtvergütungen müssen hinsichtlich Höhe und Struktur mit der Risikopolitik des Instituts übereinstimmen und das Risikobewusstsein fördern.³⁴

Grundsatz 5: Variable Vergütungen sind *in die Kapital- und Liquiditätsplanung einzubeziehen*;³⁵ sie dür-

²⁴ Valentin Jentsch, Die Rolle der FINMA bei Vergütungen in Banken und Versicherungen, SZW 2021, 556 ff., 562; Nobel (Fn. 12), 455 f.; Patrick R. Peyer/Roland Schaub, Umsetzung des FINMA-Rundschreibens «Vergütungssysteme» bei Banken, SJZ 2011, 149 ff.

²⁵ FINMA-RS 2010/1 (Fn. 9), Rz. 8.

²⁶ FINMA-RS 2010/1 (Fn. 9), Rz. 10. Vgl. Fahrländer (Fn. 20), Art. 21 N 168.

²⁷ FINMA-RS 2010/1 (Fn. 9), Rz. 10.

²⁸ FSF Principles und FSB Implementing Standards (Fn. 15).

²⁹ Jentsch (Fn. 24), 562; vgl. Susan Emmenegger/Regula Kurzbein, Finanzmarktkrise und neue Corporate Governance von Banken, GesKR 2010, 462 ff., 472 ff.

³⁰ FINMA-RS 2010/1 (Fn. 9), Grundsatz 1, Rz. 16 ff.

³¹ FINMA-RS 2010/1 (Fn. 9), Grundsatz 2, Rz. 23 f.

³² FINMA-RS 2010/1 (Fn. 9), Grundsatz 2, Rz. 25.

³³ FINMA-RS 2010/1 (Fn. 9), Grundsatz 3, Rz. 28 f.

³⁴ FINMA-RS 2010/1 (Fn. 9), Grundsatz 4, Rz. 30 ff.

³⁵ FINMA-RS 2010/1 (Fn. 9), Grundsatz 5, Rz. 39 ff.

fen nur entsprechend dem langfristigen wirtschaftlichen Erfolg anhand nachhaltiger und nachvollziehbarer Kriterien ausgeschüttet werden.

Grundsatz 6: Variable Vergütungen müssen Mitarbeiter *symmetrisch* an der zukünftigen Entwicklung und den Risiken des Finanzinstituts beteiligen.³⁶

Grundsatz 7: *Aufgeschobene Vergütungen* sollen an die zukünftige Entwicklung von Erfolg und Risiken angebunden sein; sie sind mit einer Sperrfrist zu versehen, welche den Zeithorizont der Risiken berücksichtigt, mindestens aber drei Jahre betragen soll.³⁷ Das Risikobewusstsein und der Anreiz zum nachhaltigen Wirtschaften soll dadurch gestärkt werden. Mitarbeitende profitieren so einerseits von einer positiven Entwicklung des Instituts, z.B. wenn der Kurs der Aktien des Instituts steigt. Andererseits tragen sie auch das Risiko negativer Entwicklungen mit, so bei fallendem Aktienkurs oder bei Eintritt von Risiken wie Kreditausfällen oder Verlusten auf Handelspositionen. Wichtig ist dabei, dass der «Hebel» zwischen Unternehmenserfolg, Risiken und Wert der aufgeschobenen Vergütung verhältnismässig ist und die Mitarbeitenden gleichsam positiven und negativen Entwicklungen angemessen aussetzt.³⁸ Ergänzend begrüsst die FINMA den Mechanismus eines «Clawback» bzw. «Malus». Hier behält sich das Finanzinstitut vor, bereits vorgenommene Zuteilungen ganz oder teilweise zurückzuziehen, falls negative Ereignisse eintreten. «Clawbacks» haben den Vorteil, dass sie an konkrete, dem Verantwortungsbereich eines Mitarbeitenden zuzuordnende Risiken geknüpft werden können.³⁹

Aufgeschobene Vergütungen, «Clawbacks» und «Malus» können allerdings wie erwähnt zu den zwingenden Bestimmungen des Arbeitsrechts, insbesondere zur Lohnzahlungspflicht gemäss Art. 322 Abs. 1 OR, in einen Konflikt treten. Die FINMA anerkennt, dass die Finanzinstitute bei der Umsetzung des Rundschreibens mit «allfälligen rechtlichen Herausforderungen» konfrontiert werden, geht jedoch davon aus, dass eine rechtskonforme Umsetzung des Rundschreibens dennoch möglich ist, zumal den Fi-

nanzinstituten auch ein gewisser Anpassungsspielraum verbleibe.⁴⁰

Grundsatz 8: Die *Vergütungen der Kontrollfunktionen*, wie Risikokontrolle, Compliance und interne Revision, dürfen sodann *keine Interessenkonflikte* begründen. Die Bemessung der variablen Vergütung dieser Funktionen darf mithin nicht direkt vom Resultat der zu überwachenden Geschäftseinheiten abhängen.⁴¹

Grundsatz 9: Die Finanzinstitute werden aufgefordert, ihre Vergütungspolitik in einem *Vergütungsbericht* gegenüber dem Markt bzw. ihren Eigentümern offenzulegen. Die Ausgestaltung der Vergütungssysteme soll von Dritten wie Aktionären und Analysten beurteilt werden können und ihnen ermöglichen, die Entwicklung der variablen Vergütungen mit der Entwicklung des Unternehmenserfolgs zu vergleichen.⁴²

Grundsatz 10: Eine Abweichung von diesen Vergütungsgrundsätzen gemäss Rundschreiben ist in begründeten Fällen möglich, muss jedoch offengelegt werden («*comply or explain*»-Prinzip).⁴³

1.2.4 Leitlinien für die Zuteilung variabler Vergütungen

Aus diesen Grundsätzen sind konkret die folgenden *Leitlinien für die Zuteilung der variablen Vergütungen* abzuleiten:⁴⁴

- Die variablen Vergütungen sind *nicht durch einen bestimmten Maximalbetrag nach oben begrenzt*.
- Sie sind jedoch *in die Kapital- und Liquiditätsplanung einzubeziehen*.⁴⁵
- Die Modelle und Prozesse, die ein Institut zur Bestimmung der variablen Vergütung einsetzt, müssen *im Einklang mit der Geschäftsstrategie und der Risikopolitik* des Instituts stehen.⁴⁶
- Die Zuteilung der variablen Vergütungen ist abhängig von *nachhaltigen und nachvollziehbaren*

³⁶ FINMA-RS 2010/1 (Fn. 9), Grundsätze 5 und 6, Rz. 42 ff.; FINMA, Kernpunkte (Fn. 13), 4.

³⁷ FINMA-RS 2010/1 (Fn. 9), Grundsatz 7, Rz. 48 ff.

³⁸ FINMA, Kernpunkte (Fn. 13), 5.

³⁹ FINMA, Kernpunkte (Fn. 13), 5.

⁴⁰ FINMA, Kernpunkte (Fn. 13), 6.

⁴¹ FINMA-RS 2010/1 (Fn. 9), Grundsatz 8, Rz. 57 ff.

⁴² FINMA-RS 2010/1 (Fn. 9), Grundsatz 9, Rz. 61 ff.; FINMA, Kernpunkte (Fn. 13), 6.

⁴³ FINMA-RS 2010/1 (Fn. 9), Grundsatz 10, Rz. 73 f.

⁴⁴ Olivier Favre, in: Dieter Zobl/Renate Schwob/Rolf H. Weber/Christoph Winzeler/Christine Kaufmann/Stefan Kramer (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, Zürich 2015, Art. 10a N 1 ff., N 13.

⁴⁵ FINMA-RS 2010/1 (Fn. 9), Rz. 40.

⁴⁶ FINMA-RS 2010/1 (Fn. 9), Rz. 43.

Kriterien, die der Geschäfts- und Risikopolitik des Instituts entsprechen.⁴⁷

- Antritts- und Abgangsentschädigungen sollen nur in begründeten Fällen geleistet und im Vergütungsreglement geregelt werden.⁴⁸
- Ein Teil der variablen Vergütungen ist in aufgeschobener Form zu leisten, wobei die Sperrfrist für Mitglieder der Geschäftsleitung mindestens drei Jahre betragen soll.⁴⁹

1.3 Weitere Rechtsgrundlagen für die Ausgestaltung des Vergütungssystems der Banken

In Bezug auf die konkrete Ausgestaltung des Vergütungssystems von Finanzdienstleistern sind neben den Vorgaben des FIDLEG und des Bankengesetzes je nach Rechtsform weitere Rechtsgrundlagen zu beachten. So ergeben sich Vorschriften in Bezug auf die Vergütung der Organe von börsenkotierten Aktiengesellschaften aus den *aktienrechtlichen Vorschriften in Art. 732 ff. OR*, welche mit dem Inkrafttreten der Aktienrechtsrevision per 1. Januar 2023 im Wesentlichen den bisher geltenden Gehalt der Vergütungsverordnung übernommen haben.

Publikumsgesellschaften haben auch die Leitlinien des im Februar 2023 überarbeiteten *Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance* zur Festlegung der Vergütungen von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung, zu den Grundsätzen der Vergütungspolitik und des Vergütungssystems sowie zum Vergütungsbericht und zur Transparenz⁵⁰ zu beachten. Demgemäss ist das Vergütungssystem grundsätzlich so auszugestalten, dass es auf der Grundlage transparenter und nachvollziehbarer Kriterien die Ausrichtung von Vergütungen im Einklang mit dem *nachhaltigen Unternehmensinteresse* gewährleistet.⁵¹ Es soll in der Regel fixe und

variable Teile enthalten und Leistungen belohnen, die auf eine mittel- und langfristige Zielerreichung ausgerichtet sind mit erst später verfügbaren Entschädigungselementen.⁵²

Die Banken sind schliesslich auch verpflichtet, bei der Ausgestaltung ihrer Vergütungssysteme das *private Arbeitsrecht* zu beachten.⁵³ Darauf ist hier nicht näher einzugehen.

2. Regulierung der Vergütungen für den Krisenfall systemrelevanter Banken

2.1 Massnahmen im Bereich der Vergütungen gemäss Art. 10a BankG

Im Nachgang zur Finanzkrise musste die Grossbank UBS vom Staat gerettet werden. Im November 2008 wurde auf dem Weg eines dringlichen Bundesgesetzes ein Massnahmenpaket zur Stärkung des schweizerischen Finanzsystems verabschiedet.⁵⁴ Dieses Massnahmenpaket wurde mit der Auflage verknüpft, dass die variablen Vergütungen der UBS im Geschäftsjahr 2008 durch die Finanzmarktaufsichtsbehörde genehmigt werden müssen.

Im Rahmen der Gesetzesvorlage zur Stärkung der Stabilität im Finanzsektor wurde für systemrelevante Banken Art. 10a BankG über Massnahmen im Bereich der Vergütungen erlassen, welcher kumulativ zu Art. 21 FIDLEG gilt.⁵⁵ Sofern einer systemrelevanten Bank staatliche Beihilfen aus Bundesmitteln gewährt werden, ordnet der Bundesrat für die Dauer der beanspruchten Unterstützung *Massnahmen im Bereich der Vergütungen* an.⁵⁶ Die Formulierung in Art. 10a Abs. 1 BankG stellt klar, dass bei Gewährung von staatlicher Hilfe Massnahmen hinsichtlich der Vergütungssysteme der betroffenen Finanzinstitute angeordnet

⁴⁷ FINMA-RS 2010/1 (Fn. 9), Rz. 45.

⁴⁸ FINMA-RS 2010/1 (Fn. 9), Rz. 47.

⁴⁹ FINMA-RS 2010/1 (Fn. 9), Rz. 48 ff.

⁵⁰ Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance, in der Fassung vom Februar 2023, insbesondere Ziff. 35–42 zur Festlegung der Vergütungen von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung, vorher Anhang 1 zu SCBP in der Fassung von 2014/2016. Vgl. zum revidierten Swiss Code *Christoph B. Bühler*, Neuausrichtung des «Swiss Code of Best Practice» auf den Wandel der Zeit, SZW 2023, 548 ff. und *Peter Böckli*, Schweizer Aktienrecht, 5. Aufl., Zürich/Genf 2022, § 12 N 90 ff.

⁵¹ Ziff. 40 SCBP.

⁵² Ziff. 41 SCBP.

⁵³ Vgl. diesbezüglich den in den Arbeitsverträgen mit den Bankmitarbeitenden anzubringenden Vorbehalt gemäss Art. 10a Abs. 2 BankG. Dazu nachstehend Abschnitt IV.2.1. Botschaft Massnahmenpaket (Fn. 16), 8960 ff., 8971 ff.

⁵⁴ Botschaft vom 20. April 2011 zur Änderung des Bankengesetzes (Stärkung der Stabilität im Finanzsektor, too big to fail), BBl 2011 4717 ff., 4717 ff., 4763 f. Vgl. *Hans Caspar von der Crone/Lukas Beeler*, Regelung systemrelevanter Banken aus wirtschaftsrechtlicher Sicht, ZSR 2011 I, 177 ff., 199 ff.; *Jentsch* (Fn. 24), 561; *Favre* (Fn. 44), Art. 10a BankG N 1 ff.

⁵⁶ Art. 10a Abs. 2 BankG. Vgl. *Rashid Bahar/Martin Peyer*, in: *Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Thomas Bauer/Christoph Winzeler*, Basler Kommentar Bankengesetz, 2. Aufl., Basel 2013, Art. 10a N 11 ff.; *Favre* (Fn. 44), Art. 10a N 32 ff.

werden müssen. Es handelt sich also nicht um eine Kann-Vorschrift. Die Massnahmen müssen zudem für die gesamte Zeitspanne der staatlichen Unterstützung greifen.⁵⁷

Als mögliche bundesrätliche Massnahmen werden in Art. 10a Abs. 2 BankG zwei Massnahmen genannt: Zum einen kann der Bundesrat umgehend die *Auszahlung vereinbarter variabler Lohnanteile gänzlich oder teilweise verbieten*, solange die betroffene Bank Staatshilfe beansprucht;⁵⁸ zum anderen kann er aber auch eine *Anpassung des Vergütungssystems anordnen*.⁵⁹ Es können beispielsweise die Berechnungsgrundlagen für die variablen Vergütungen geändert oder variable Vergütungen auf bestimmte Empfängergruppen limitiert werden. Die Auszahlung variabler Vergütungen kann aber auch an eine längerfristige Entwicklung der wirtschaftlichen Lage des betroffenen Finanzinstituts geknüpft werden.

Die Bestimmung verdeutlicht, dass der Umfang der zur Verfügung gestellten staatlichen Mittel und die Auszahlung von Vergütungen aneinandergekoppelt sind: Die betroffenen Finanzinstitute sollen variable Vergütungen nicht mit staatlichen Mitteln finanzieren können. Der gesetzlich legitimierte Eingriff der öffentlichen Hand in das Vergütungssystem soll also einerseits verhindern, dass die mit Bundesmitteln unterstützten Systemically Important Banks (SIBs) Steuergelder zur Finanzierung zu exzessiver variabler Vergütungen einsetzen.⁶⁰ Andererseits soll dadurch auch das «Moral Hazard»-Problem etwas entschärft werden, indem die durch die Aussicht auf eine staatliche Beihilfe grundsätzlich erhöhte Risikobereitschaft der Bankangestellten durch die damit einhergehenden möglichen Einbussen bei den Vergütungen wieder gedämpft wird.⁶¹ Kommt hinzu, dass die Vergütungspolitik von Banken, die auf staatliche Beihilfe angewiesen sind, einem erhöhten öffentlichen Druck ausgesetzt ist. Die Öffentlichkeit und die Politik erwarten, dass in einem solchen Fall mit den staatlichen Mitteln haushälterisch umgegangen wird; sie zeigen in der Regel kein Verständnis für Bo-

nuszahlungen in erheblicher Höhe, die aus staatlichen Mitteln finanziert werden.⁶²

Gemäss Art. 10a Abs. 3 BankG sind die SIBs und ihre Konzernobergesellschaften verpflichtet, in ihren Vergütungssystemen verbindlich einen *Vorbehalt* anzubringen, wonach im Fall staatlicher Unterstützung nach diesem Artikel der Rechtsanspruch auf eine variable Vergütung beschränkt werden kann. Dieser Vorbehalt soll sicherstellen, dass die betroffenen Finanzinstitute den bundesrätlichen Massnahmen nicht vertragliche Vereinbarungen zu variablen Vergütungen entgegenhalten können, die sie vorgängig mit ihren Mitarbeitenden abgeschlossen haben.⁶³ Dieser Vorbehalt ist allerdings im Hinblick auf die Lohnzahlungspflicht gemäss Art. 322 Abs. 1 OR, die an keine Bedingungen geknüpft werden darf, und die Unverzichtbarkeit der Lohnforderung für bereits geleistete Arbeit⁶⁴ nicht ganz unproblematisch.⁶⁵

Die gemäss Art. 10a BankG getroffenen Massnahmen sind *Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit*⁶⁶ und beschränken auch die *Vertragsfreiheit*.⁶⁷ Soweit die Vergütungsmassnahmen in Konflikt stehen mit einer privatrechtlichen Berechtigung der Empfänger variabler Vergütungen, stehen sie auch in Konflikt mit der *Eigentumsgarantie*, die auch vertragliche Rechte schützt.⁶⁸ Solche Einschränkungen sind grundsätzlich zulässig, sofern der Eingriff im Einklang mit den Anforderungen von Art. 36 BV steht, d.h., sie bedürfen einer *gesetzlichen Grundlage*, müssen durch das *öffentliche Interesse* gerechtfertigt und *verhältnismässig* sein; diese Anforderungen dürften vorliegend erfüllt sein.⁶⁹

2.2 Anpassung von Art. 10a BankG gemäss «Public Liquidity Backstop»-Vorlage

2.2.1 Inhalt der Vorlage

Aufgrund des eintretenden Vertrauensverlustes in die Credit Suisse und ihren drohenden Ausfall hat der

⁵⁷ Botschaft TBTF (Fn. 55), 4763.

⁵⁸ Art. 10a Abs. 2 lit. a BankG.

⁵⁹ Art. 10a Abs. 2 lit. b BankG.

⁶⁰ Botschaft TBTF (Fn. 55), 4803; BSK BankG-Bahar/Peyer (Fn. 56), Art. 10a N 2; Favre (Fn. 44), Art. 10a N 2.

⁶¹ Botschaft TBTF (Fn. 55), 4803; BSK BankG-Bahar/Peyer (Fn. 56), Art. 10a N 2.

⁶² Botschaft TBTF (Fn. 55), 4763; BSK BankG-Bahar/Peyer (Fn. 56), Art. 10a N 2.

⁶³ Botschaft TBTF (Fn. 55), 4764.

⁶⁴ Art. 341 Abs. 1 OR.

⁶⁵ BSK BankG-Bahar/Peyer (Fn. 56), Art. 10a N 24; von der Crone/Beeler (Fn. 55), 201.

⁶⁶ Art. 27 BV.

⁶⁷ Botschaft TBTF (Fn. 55), 4802; BSK BankG-Bahar/Peyer (Fn. 56), Art. 10a N 4; Favre (Fn. 44), Art. 10a N 49.

⁶⁸ Art. 26 BV.

⁶⁹ BSK BankG-Bahar/Peyer (Fn. 56), Art. 10a N 4; von der Crone/Beeler (Fn. 55), 200; Favre (Fn. 44), Art. 10a N 49.

Bundesrat am 11. März 2022 beschlossen, mit einer staatlichen Liquiditätssicherung für *systemrelevante Banken* (sog. «*Public Liquidity Backstop*») ein neues Instrument zur Stärkung der Stabilität des Finanzsektors einzuführen und das Eidgenössische Finanzdepartement beauftragt, bis Mitte 2023 eine entsprechende Vernehmlassungsvorlage zu erarbeiten. Als sich im März 2023 der seit längerer Zeit bestehende Vertrauensverlust in die Credit Suisse verschärfte, hat der Bundesrat am 16. März 2023 mit der *Notverordnung über zusätzliche Liquiditätshilfe-Darlehen und die Gewährung von Ausfallgarantien des Bundes für Liquiditätshilfe-Darlehen der SNB an systemrelevante Banken*⁷⁰ das Instrument des «*Public Liquidity Backstop*» gestützt auf Art. 184 Abs. 3 und Art. 185 Abs. 3 BV eingeführt und unmittelbar in Kraft gesetzt.

Die am 25. Mai 2023 veröffentlichte Vernehmlassungsvorlage zum «*Public Liquidity Backstop*» sieht im Wesentlichen vor, dass die SNB in ihrer Funktion als «*Lender of last resort*» temporär Liquidität in Form eines Liquiditätshilfe-Darlehens, das durch den Bund mittels Ausfallgarantie gesichert ist, bereitstellen kann.

Es versteht sich, dass die Gewährung von Liquiditätshilfe-Darlehen mit Ausfallgarantie an eine systemrelevante Bank auch Fehlanreize («*Moral Hazard*») setzen kann, indem die betreffenden Banken durch die staatliche Absicherung erst recht zum Eingehen höherer Risiken veranlasst werden. Dem soll dadurch entgegengewirkt werden, dass die systemrelevanten Banken ihre Liquiditätsrisiken angemessen abdecken und während der Beanspruchung einer Ausfallgarantie für Liquiditätshilfe-Darlehen *diverse Auflagen* einhalten müssen.

Zu diesen gehören auch die in Art. 10a BankG vorgesehenen und bereits dargelegten *Massnahmen im Bereich der Vergütungen*. Neu soll es gemäss Art. 10a Abs. 2 und 3 E-BankG 2023 möglich sein, dass unter gewissen Voraussetzungen *bereits ausbezahlte variable Vergütungen zurückgefordert* werden können.⁷¹ Der Bundesrat bzw. das Eidgenössische Finanzdepartement⁷² soll die Bank konkret gestützt auf eine Verfügung verpflichten können, bereits ausbezahlte Vergütungen an gegenwärtige und ehemalige Personen in leitender Stellung einzufordern, soweit diese eine

Verantwortung für die Situation tragen, welche zur Notwendigkeit der staatlichen Beihilfe geführt hat.

Um den Zusammenhang zwischen der finanziellen Notlage und den verantwortlichen Personen zu eruieren, wird die betroffene Bank in einem solchen Fall eigene *interne Untersuchungen* durchführen müssen. Im verwaltungsrechtlichen Verfahren wird sodann unter Mitwirkung der betroffenen systemrelevanten Bank zu ermitteln sein, welche variablen Vergütungen gegenwärtiger oder ehemaliger Personen in leitender Stellung, welche für die finanzielle Lage der SIB mitverantwortlich sind, tangiert sind. Von dieser neuen Regelung nicht erfasst sind die *aufgeschobenen variablen Vergütungen*, deren Auszahlung bereits gemäss Art. 10a Abs. 2 Bst. a BankG verboten werden kann.⁷³

2.2.2 Exkurs: Beurteilung der Vorlage

Allein die Existenz der Möglichkeit zur Gewährung von zusätzlichen Liquiditätshilfe-Darlehen und von Liquiditätshilfe-Darlehen mit Ausfallgarantie soll im Markt präventiv wirken und gegebenenfalls einen Ansturm der Einleger auf die Banken verhindern. Dadurch kann durchaus Vertrauen bei Investoren und Kunden in die durch diesen Absicherungsmechanismus geschützte SIB geschaffen werden. Bereits die Möglichkeit der Gewährung einer Ausfallgarantie als auch deren tatsächliche Gewährung haben jedoch auch einen Einfluss auf die Kreditwürdigkeit des betroffenen Instituts, wodurch sich die Möglichkeit der *Refinanzierung am Markt* unmittelbar verbessert und die Refinanzierungskosten sinken. Es ist auch davon auszugehen, dass die Kunden in einem Krisenfall ihre Gelder bei den systemrelevanten Banken, welche durch Ausfallgarantien abgesichert sind, tendenziell weniger abziehen. Dies kann allerdings nicht nur im Krisenfall, sondern auch ausserhalb eines solchen zu einer *unerwünschten Wettbewerbsverzerrung* führen, welche etwa die von der «*Public Liquidity Backstop*»-Regulierung nicht erfassten Regional- und Privatbanken benachteiligen würde.⁷⁴ Denn alle übrigen Banken, nämlich die als systemrelevant eingestuften Banken (UBS, Raiffeisenbanken, PostFinance, ZKB) und die Kantonalbanken, würden damit künftig über eine faktische oder formelle Staatsgarantie verfügen.

⁷⁰ Liquiditätshilfeverordnung 2023 (Fn. 1).

⁷¹ EFD, Erläuternder Bericht PLB-Vorlage 2023 (Fn. 9), 22.

⁷² Art. 10 Liquiditätshilfeverordnung 2023 (Fn. 1).

⁷³ EFD, Erläuternder Bericht PLB-Vorlage 2023 (Fn. 9), 25.

⁷⁴ EFD, Erläuternder Bericht PLB-Vorlage 2023 (Fn. 9), 50.

Die «*Public Liquidity Backstop*»-Vorlage steht schliesslich auch in einem gewissen Widerspruch zur Zielsetzung der Bestimmungen zu den systemrelevanten Banken im fünften Abschnitt des Bankengesetzes, die gemäss Art. 7 Abs. 2 BankG gerade «*staatliche Beihilfen vermeiden und damit im Interesse der freiheitlichen Marktordnung eine allfällige faktische Staatsgarantie beseitigen*» sollen.⁷⁵

V. Fazit

Das Vergütungssystem hat eine wesentliche Bedeutung für das Risikomanagement einer Bank; es ist letztlich *Teil eines ganzheitlichen Risikomanagements*. Dieses muss sicherstellen, dass die *Parameter* zur Ausrichtung der Vergütung auf das Risiko (Bemessungsgrundlagen, Fristigkeit, Anteil an der Gesamtvergütung, symmetrische Beteiligung an Gewinn und Verlust) bei der Ausgestaltung des Vergütungssystems beachtet sowie die Vergütungsstrukturen und Vergütungen *offengelegt* und laufend überwacht werden.

Das Vergütungssystem muss *einfach, transparent und umsetzbar* ausgestaltet und auf das *nachhaltige Unternehmensinteresse* ausgerichtet sein; es muss mit der *Risikopolitik* des Finanzinstituts übereinstimmen und das *Risikobewusstsein* fördern.

Variable Vergütungen sind in die *Kapital- und Liquiditätsplanung* der Bank einzubeziehen; sie sind den

Mitarbeitenden entsprechend der Geschäftsstrategie und dem *langfristigen wirtschaftlichen Erfolg* der Bank zuzuteilen, wobei die Mitarbeitenden *symmetrisch* an der zukünftigen Entwicklung und an den Risiken des Finanzinstituts partizipieren sollten.

In Art. 10a BankG besteht *de lege lata* bereits eine *Rechtsgrundlage für staatliche Eingriffsmassnahmen* im Bereich der Vergütungen, wenn einer systemrelevanten Bank direkt oder indirekt staatliche Beihilfe aus Bundesmitteln gewährt wird. *De lege ferenda* ist bei der vorgesehenen Neuregelung der staatlichen Liquiditätssicherung für systemrelevante Banken («*Public Liquidity Backstop*») im Auge zu behalten, dass

- die Möglichkeit zur Rückforderung von variablen Vergütungen zum *arbeitsrechtlichen Lohnanspruch* in ein Spannungsverhältnis tritt und
- die Vorlage in einem gewissen *Widerspruch* zu dem in Art. 7 Abs. 2 BankG festgehaltenen Ziel der *Vermeidung staatlicher Beihilfen im Interesse einer freiheitlichen Marktordnung* steht und
- diese auch den *Wettbewerb* unter den Banken weiter *verzerrt*, weil von der staatlichen Ausfallgarantie und der damit einhergehenden Verbesserung der Refinanzierungsmöglichkeiten am Markt künftig praktisch nur noch die Regional- und die Privatbanken ausgeschlossen wären.

⁷⁵ Botschaft TBTF (Fn. 55), 4745. So auch BSK BankG-Bahar/Peyer (Fn. 56), Art. 10a N 1.