



Findling GmbH
Legal & Financial Solutions

16. Juli 2009

FINMA		
ORG	17. JULI 2009	SB
G		
Bemerkung:		Fre

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA
Herrn Dr. Oliver Wünsch
Einsteinstrasse 2
CH-3003 Bern

Zusätzlich per Email an: oliver.wuensch@finma.ch

Stellungnahme zum Entwurf für das FINMA-Rundschreiben 2009 / ... betreffend
Mindeststandards für Vergütungssysteme bei Finanzinstituten

Sehr geehrter Herr Dr. Wünsch,

Die Findling GmbH ist ein schweizerisches Beratungsunternehmen, welches vorab in den Bereichen schweizerisches und ausländischen Finanzmarktaufsichtsrecht und Finanzanlagen tätig ist. Zum Kundenkreis der Findling GmbH gehören dementsprechend sowohl Selbstregulierungsorganisationen (SRO) als auch unabhängige bzw. externe Vermögensverwalter (EVV), Trustgesellschaften, Stiftungen, Institutionelle Anleger und Private.

Als Geschäftsführer der Findling GmbH nehme ich zum Entwurf für das FINMA-Rundschreiben 2009/... betreffend Mindeststandards für Vergütungssysteme bei Finanzinstituten nachfolgend gerne Stellung.

Mit freundlichen Grüssen

Thomas Burkhard

lic. oec. et lic. iur. HSG

Geschäftsführer Findling GmbH

Allgemeine Bemerkungen:

Grundsätzlich erachte ich den Entwurf des Rundschreibens der FINMA als **weitgehend gelungen**. Deutlich spürt man den Willen der Aufsichtsbehörde die wirtschaftlich und politisch heiklen Themen „Variable Vergütungssysteme“ und „Sonderzahlungen“ sachlich nüchtern aus verschiedenen Perspektiven heraus zu betrachten und adäquate Regulierungslösungen zu entwickeln.

Dass die FINMA hierbei v.a. mit offenen Grundsätzen arbeitet anstelle von starren und allzu detaillierten Bestimmungen erachte ich als richtig. Allerdings dürfte dies an der einen oder anderen Stelle doch dazu geführt haben, dass sich **zu weite Auslegungsspielräume** öffnen, was dem gesamten Entwurf leider etwas die Griffigkeit nimmt.

Aufgefallen ist mir sodann, dass der **Begriff „Bonus“ im Entwurf leider weder explizit erwähnt noch definiert**, sondern lediglich indirekt unter dem Oberbegriff „Variable Vergütung“ im Sinne von Rz. 15 abgehandelt wird. Angesichts der intensiv geführten Bonus-Polemik der letzten Monate hat mich dies etwas überrascht. Erhofft hätte ich mir zumindest eine klarere Abgrenzung zu anderen variablen Vergütungsformen wie insbesondere „Provisionen“.

Anmerkungen zu den einzelnen Bestimmungen:

Rz. 7: Die Bestimmung, wonach dieses Rundschreiben auf Zweigniederlassungen von gleichwertig regulierten ausländischen Unternehmen keine Anwendung finden soll, betrachte ich aus folgenden zwei Gründen als problematisch:

- **Bereits im Geldwäschereigesetz (vgl. Art. 2 Abs. 4 lit. d GwG) hat sich gezeigt, dass verbindliche Aussagen über die Gleichwertigkeit von ausländischen Aufsichtssystemen politisch problematisch sind und deshalb gemieden werden.** Es ist deshalb nicht verwunderlich, dass sich meines Wissens bislang weder die frühere GwG-Kontrollstelle, noch die damalige EBK noch die GwG-Selbstregulierungsorganisationen (SRO), noch die Schweizerische Bankiervereinigung in den VSB und auch kein anderer Branchenverband der Finanzbranche zu diesem heiklen Thema in klarer Weise geäußert hat. Es dürfte also kaum zu erwarten sein, dass sich mit diesem Rundschreiben hieran etwas ändern wird. Die Gleichwertigkeit ausländischer Regelungssysteme dürfte damit tendenziell wohl eher bejaht als verneint werden, was zu Wettbewerbsverzerrungen innerhalb der Schweiz führen könnte.
- **In den Materialien zu diesem Rundschreiben wird vermerkt, dass die Schweiz inhaltlich weiter gegangen sei als das Ausland** (vgl. Erläuterungsbericht Seite 10 zweiter Absatz: *„Die FINMA geht mit ihren Vorschlägen weiter als die bisher bekannten Initiativen ausserhalb der Schweiz“*). **Gleichwertigkeit** zwischen der schweizerischen Vergütungsregelung und einer ausländischen **dürfte damit, rein logisch betrachtet, gar nicht oder nur partiell möglich sein.**

Rz. 8-10: Auch hier hat sich möglicherweise ein **logischer Denkfehler** in den Entwurf eingeschlichen: **Um von der Umsetzung des Rundschreibens befreit zu werden, darf es m.E. nicht genügen, zwei der drei in den Rz. 8, 9 und 10 genannten Bedingungen zu erfüllen, sondern es müssen kumulativ alle drei Bedingungen erfüllt werden.** Ansonsten könnte dies dazu führen, dass sehr viele Einzelunternehmen oder Töchtergesellschaften (mit weniger als 100 Mitarbeitern) nach wie vor „brisant hohe“ (regelungswürdige) Boni auszahlen dürften, ohne diesem Rundschreiben unterstellt zu sein.

Anhand von zwei Beispielen lässt sich dies gut verdeutlichen:

- Wenn ein Finanzinstitut mit 100 oder weniger Mitarbeitern (Bedingung in Rz. 10 ist erfüllt) einzelnen Mitarbeitern Fixlöhne in der Höhe von beispielsweise CHF 4 Mio. zahlen würde, wären Boni bis zu CHF 1 Mio. (max. 20% der Gesamtvergütung von CHF 5 Mio. gemäss Rz. 8) möglich, obwohl das Rundschreiben die „brisante“ (regelungsrelevante) nominale Bonusobergrenze in Rz. 9 eigentlich bei CHF 800'000 festlegt.
- Wenn ein Finanzinstitut mit weniger als 100 Mitarbeitern (Bedingung in Rz. 10 ist erfüllt) einzelnen Mitarbeitern Fixlöhne in der Höhe von beispielsweise CHF 200'000 zahlen würde, wären Boni bis zu knapp CHF 600'000 möglich (CHF 800'000 als Grenzwert für die Gesamtvergütung gemäss Rz. 9) möglich, was ca. 300% des Fixlohnes entspräche, obwohl das Rundschreiben die „brisante“ (regelungsrelevante) prozentuale Bonusobergrenze in Rz. 8 eigentlich bei 20% festlegt.

Rz. 15 und 16: Die in Rz. 15 gewählte Formulierung, wonach die Ausrichtung und die Höhe von „variablen Vergütungen“ im Ermessen des Finanzinstituts steht oder vom Eintritt vereinbarter Bedingungen abhängig gemacht werden kann ist m.E. äusserst problematisch. **Damit wird nämlich zum Ausdruck gebracht, dass alle Formen von variablen Vergütungen, wozu insbesondere auch Boni gehören, entweder vertraglicher Art** (die Bedingungen für die Ausrichtung und Höhe der variablen Vergütungen bzw. Boni werden vertraglich festgelegt) **oder nicht vertraglicher Art** (die Entscheidung über Ausrichtung und Höhe der variablen Vergütungen bzw. Boni liegt im alleinigen Ermessen des Finanzinstituts) **sein können. Aus der Formulierung von Rz. 16 ergibt sich sodann, dass „Sonderzahlungen“, wozu insbesondere auch Abgangsentschädigungen gehören, auf vertraglicher Grundlage beruhen** und damit in jedem Fall geschuldet sind. **Im Rechtsempfinden des Volkes ist jedoch der Gedanke, dass ein vertraglicher Anspruch auf Boni und Abgangsentschädigungen bestehen kann nur sehr schwer erträglich**, was mit ein Grund für die erfolgreich lancierte Abzocker-Initiative von Thomas Minder gewesen sein dürfte. **Vom Souverän mehrheitlich akzeptiert werden dürften demgegenüber solche vertraglichen Ansprüche auf variable Vergütungen, welche in einer klaren und eindeutig messbaren Relation zur Leistung des einzelnen Mitarbeiters stehen, wie insbesondere Provisionszahlungen** (im Sinne von Art. 322b OR) für jedes erfolgswirksam abgeschlossene Geschäft.

Aus diesen Überlegungen heraus schlage ich vor, bei „Variablen Vergütungen“ und „Sonderzahlungen“ jeweils zu unterscheiden, ob sie „vertraglich regelbar“ sind und damit vertraglich geschuldet (wie insbes. Provisionszahlungen) oder ob sie „vertraglich nicht regelbar“ sind und damit vertraglich auch nicht geschuldet (wie insbes. Boni und Abgangsentschädigungen).

Möglicherweise liesse sich **mittels einer abschliessenden Liste** festhalten, welche Formen von variablen Vergütungen und Sonderzahlungen vertraglich geregelt werden dürfen und welche nicht. (Anm.: Die grundlegende Unterscheidung zwischen vertraglich regelbaren bzw. vertraglich nicht regelbaren variablen Vergütungen und Sonderzahlungen findet sich in Ansätzen bereits in den Rz. 18, 28 und 47 des Entwurfs.)

Rz. 28: Die Formulierung dieser Bestimmung ist verwirrtlich und passt nicht in die Dogmatik unseres Rechtssystems. Es sollte schliesslich selbstverständlich sein, dass vertragliche Vereinbarungen zwischen den Mitarbeitern und dem jeweiligen Finanzinstitut durchgesetzt werden können, ansonsten ein zentraler Grundsatz des Rechtssystems (pacta sunt servanda) verletzt würde. **Auch hier zeigt sich sehr deutlich, wie wichtig die Unterscheidung wäre, zwischen variablen Vergütungen und Sonderzahlungen, welche Gegenstand einer vertraglichen Vereinbarung sein dürfen (und damit durchsetzbar sind) und solchen, welche vertraglich nicht geregelt werden dürfen (und damit gänzlich im freien Ermessen des Finanzinstituts stehen).**

Rz. 41-43: Auch bzgl. dieser Bestimmungen vertrete ich die Ansicht, dass nicht alle variablen Vergütungsformen und Sonderzahlungen über den gleichen Kamm geschert werden dürfen: **Von den Bestimmungen in den Rz. 41-43 sollten m.E. nur jene variablen Vergütungsformen und Sonderzahlungen betroffen sein, welche gänzlich vom Ermessen des Finanzinstituts abhängen bzw. vertraglich nicht geregelt werden dürfen** (wie insbesondere Boni und Abgangsentschädigungen). Von den Bestimmungen in den Rz. 41-43 nicht betroffen sein sollten demgegenüber die vertraglich regelbaren Vergütungsformen (wie insbesondere Provisionen).

Die im freien Ermessen des Finanzinstituts stehenden Vergütungen sollten zudem nicht nur abhängig sein vom langfristig erzielten Unternehmenserfolg sondern sie sollten hierzu auch in einem wirtschaftlich angemessenen und stabilen Verhältnis stehen. Die gegenwärtige Polemik um zu hohe Bonuszahlungen entstand nämlich nicht nur aufgrund von als unangemessen hoch betrachteten Bonuszahlungen, sondern auch aufgrund der Tatsache, dass viele Boni von Jahr zu Jahr überproportional stark gegenüber dem Gewinnwachstum der Unternehmen anstiegen. Solche Abweichungen sollten m.E. zukünftig begründet werden müssen. (Anm.: Vgl. hierzu die ähnlich lautende Bestimmung von Rz. 55 mit Bezug auf aufgeschobene Vergütungen.)