Die Rolle der FINMA bei Vergütungen in Banken und Versicherungen

Vergütungsrundschreiben und Aufsichtspraxis in harmonischer Dissonanz?

Valentin Jentsch*

Compensation and remuneration schemes in financial institutions always have been, and still are, a hot potato. The past decade has been particularly eventful in terms of both regulation and supervision, not only in Switzerland, but also abroad. Against this backdrop, this article aims to discuss the role of the Swiss Financial Market Supervisory Authority, FINMA, with regard to compensation in banks and insurance companies, in particular, whether or not FINMA actually fulfills this role. From this perspective, it may well be observed that FINMA's supervisory practice has a focus on financial market law and a focus on corporate law. Based on FINMA's tasks and supervisory instruments, this article basically argues that FINMA meets expectations regarding financial market law, but should show greater restraint when dealing with questions of corporate law. The article therefore concludes that the interplay between FINMA's regulation and supervision in the area of compensation is only partially harmonious. To call a spade a spade, FINMA's continuous transformation from «gatekeeper» to «governor» is certainly not unproblematic.

Inhaltsübersicht

I. Ausgangslage und Problemstellung

II. Zwei glorreiche Halunken – Vergütungsprivatrecht und Vergütungsaufsichtsrecht

1. **Polarstern: Bundesverfassung, Übergangsverordnung und Obligationenrecht**
2. **Regulatorischer Norden: Finanzmarktgesetzgebung und Vergütungsrundschreiben**

III. The Good – Aufsichtspraxis der FINMA mit finanzmarktrechtlichem Schwerpunkt

1. **UBS (2009): Massnahmenpaket zur Stabilisierung einer systemrelevanten Grossbank**
2. **UBS (2014): Devisenmarktmanipulation unter Beteiligung zahlreicher Finanzinstitute**
3. **BSI (2016): Geldwäscherei bei Korruptionsaffäre im Umfeld des malaysischen Staatsfonds**
4. **CS (2018): Geldwäscherei bei Korruptionsaffäre von Ölkonzernen und Fussballverband; PEP**
5. **Julius Bär (2020): Geldwäscherei bei Korruptionsaffäre von Ölkonzern und Fussballverband**

IV. The Bad – Aufsichtspraxis der FINMA mit gesellschaftsrechtlichem Schwerpunkt

1. **KPT (2012): Mitarbeiterbeteiligungsprogramm im Vorfeld einer geplanten Kassenfusion**
2. **Groupe Mutuel (2015): Corporate Governance im Krankenzusatzversicherungsgeschäft**
3. **Raiffeisen (2018): Corporate Governance in einer genossenschaftlich organisierten Bank**
4. **UBS/CS (2020): Dividendenstreit der Schweizer Grossbanken in Zeiten von Covid-19**
5. **CS (2021): Corporate Governance im Rahmen der Beschattungsaffäre einer Grossbank**

V. The Ugly – Vergütungsrundschreiben und Aufsichtspraxis in harmonischer Dissonanz?

1. **Aufgaben der FINMA: Aufsichtstätigkeit zwischen Gesellschafts- und Finanzmarktrecht**
2. **Aufsichtsinstrumente der FINMA: Abklärungen und Sanktionen im dualistischen System**

VI. Fazit und Ausblick

I. Ausgangslage und Problemstellung

Ein mysteriöser Fremder (der «Blonde»), ein skrupelloser Söldner und ein schlitzohriger Bandit sind auf der Jagd nach einer Geldkassette; Inhalt: USD 200 000. Die drei gesetzlosen «Desperados» haben untereinander nichts gemeinsam, werden aber zu Komplizen, wenn es die Situation erfordert. Doch jeder verfolgt nur ein Ziel, die Geldkassette, und keiner von ihnen ist bereit zu teilen.

In den wesentlichen Grundzügen lautet so die Ausgangslage in einem 1966 erschienenen Klassiker des Italowestern aus der Feder von *Sergio Leone*.[1] Der Film spielt in der Zeit des amerikanischen Bürgerkriegs (April 1861 bis Mai 1865), genauer gesagt: während des New-Mexico-Feldzugs (Februar bis Ap-

* Dr. iur. *Valentin Jentsch,* LL.M., Rechtsanwalt. Für wertvolle Hinweise und Anregungen danke ich den Teilnehmerinnen und Teilnehmern der Zürcher Tagung für den wissenschaftlichen Nachwuchs im Gesellschaftsrecht vom 5. und 6. Februar 2021, insbesondere Dr. iur. *Simon Bühler,* LL.M., Rechtsanwalt. Für den Inhalt dieses Beitrags, einschliesslich allfälliger Fehler oder Ungenauigkeiten, ist allein der Autor verantwortlich.

[1] Originaltitel: «Il buono, il brutto, il cattivo». Englische Übersetzung: «The Good, the Bad and the Ugly». Deutsche Übersetzung: «Zwei glorreiche Halunken».

ril 1862) unter General *Henry Hopkins Sibley* im Südwesten der Vereinigten Staaten.

Auf die heutige Zeit lässt sich diese Geschichte allerdings nur bedingt übertragen; so meint man zumindest auf den ersten Blick. Denn: Ungebrochen ist der Wunsch eines jeden Produzenten und einer jeden Dienstleisterin nach einem möglichst hohen Preis für die gefertigten Waren und erbrachten Dienstleistungen. Im Anstellungsverhältnis wünschen sich Mitarbeitende dementsprechend einen möglichst hohen Lohn für die geleistete Arbeit.[2] Das ist auch bei Banken und Versicherungen nicht anders.[3]

Banken und Versicherungen zählen zu den regulierten Unternehmen, die einer staatlichen Aufsicht unterstehen.[4] In der Schweiz werden Banken und Versicherungen von der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA) beaufsichtigt.[5] Die Aufsichtstätigkeit der FINMA basiert auf drei Säulen, der Bewilligung (Authorisation), Überwachung (Supervision) und Durchsetzung (Enforcement).[6] Die Vergütungen von Banken und Versicherungen werden von der FINMA ebenfalls reguliert und beaufsichtigt.[7]

Zugleich unterstehen die Vergütungen der obersten Führungskräfte von börsenkotierten Aktiengesellschaften, wozu auch Banken und Versicherungen gehören, den Regeln des Obligationenrechts.[8] Die Eidgenössische Volksinitiative «gegen die Abzockerei» hat einen verfassungsrechtlichen Gesetzgebungsauftrag ins Leben gerufen, der zunächst in einer Übergangsverordnung und demnächst im Kerngesellschaftsrecht verankert wird.[9] Die Praxis hat sich diesbezüglich schon gut eingespielt.[10]

Die hier zu thematisierende Problemstellung besteht darin, was die Rolle der FINMA bei Vergütungen in Banken und Versicherungen ist, insbesondere auch, ob sie dieser Rolle gerecht wird oder nicht. Wegweisend mag dabei die Erkenntnis sein, dass die Aufsichtspraxis der FINMA im Vergütungsbereich teils einen finanzmarktrechtlichen und teils einen gesellschaftsrechtlichen Schwerpunkt hat.

In diesem Beitrag werden die privat- («Polarstern») und aufsichtsrechtlichen («regulatorischer Norden») Rahmenbedingungen für Vergütungen in Banken und Versicherungen aufgezeigt, zehn wichtige Leitentscheide mit Vergütungsbezug aus der bisherigen Aufsichtspraxis der FINMA besprochen und das Zusammenspiel von Regulierung und Aufsicht der FINMA kritisch beurteilt.

2 Für die Schweiz: *Urs Bertschinger,* Wie die Arbeit, so der Lohn – Vergütung in privaten und kotierten Gesellschaften, SZW 2018, 393 ff. Für Deutschland: *Klaus J. Hopt,* Erwartungen an den Verwaltungsrat in Aktiengesellschaften und Banken, SZW 2008, 235 ff., 243 ff.

3 Vgl. dazu etwa *Franziska Bächler,* Vergütungen von Verwaltungsräten und Geschäftsleitungsmitgliedern in Banken, Diss., 2012, Rz. 79 ff. (organisatorische Problematik bei der Vergütungsfestsetzung), Rz. 182 ff. (Modalitäten der Vergütung).

4 Vgl. Art. 3 lit. a FINMAG i.V.m. Art. 3 BankG (Banken) und Art. 2 Abs. 1 lit. a und lit. b und Abs. 2 lit. a VAG (Versicherungen). Siehe hierzu BSK FINMAG-*du Pasquier/Rayroux,* Art. 3 N 18 und N 21.

5 Im Einzelnen *Peter Nobel,* Schweizerisches Finanzmarktrecht, 4. Aufl., 2019, § 5 N 1 ff. Zur Institutsaufsicht SGHB-Finanzmarktrecht I-*Blöchinger,* § 11 N 55 ff.

6 Vgl. Art. 6 FINMAG. Siehe hierzu BSK FINMAG-*Winzeler,* Art. 6 N 1 ff. (Aufsicht nach den Finanzmarktgesetzen) und N 6 ff. (internationale Aufgaben). Siehe auch die Kernaufgaben der FINMA, verfügbar unter <*https://www.finma.ch/de/finma/ziele/aufgaben*> und <*https://finma.ch/de/finma/taetigkeiten*> (bewilligen, überwachen, durchsetzen, regulieren).

7 Grundlegend FINMA-RS 10/1 «Vergütungssysteme». Aus der bisherigen Aufsichtspraxis: Verfügung der FINMA vom 3. Februar 2009; Verfügung der FINMA vom 11. November 2014. Für die Schweiz: SGHB Finanzmarktrecht I-*Perren/Oberholzer,* § 19 N 34 ff. Für Deutschland: *Hans-Joachim Böcking/Laura Bundle,* in: Hopt/Binder/Böcking (Hrsg.), Handbuch Corporate Governance von Banken und Versicherungen, 2. Aufl., 2020, § 11 N 21 ff.

8 Zum Verhältnis zwischen Vergütungsrundschreiben und Obligationenrecht FINMA-RS 10/1 «Vergütungssysteme», Rz. 3.

9 Grundlegend Art. 95 Abs. 3 BV. Bisher: Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften, vor allem Art. 13 bis Art. 17 (Vergütungsbericht), Art. 18 und Art. 19 (Abstimmungen über Vergütungen), Art. 20 und Art. 21 (unzulässige Vergütungen) VegüV. Neu: Art. 732 bis Art. 735*d* OR.

10 Vgl. dazu etwa *Rolf Watter/Ivo von Büren,* VegüV: Erste Erfahrungen, GesKR 3/2014, 302 ff.; *Andreas Müller/David Oser,* VegüV – Quo vadis?, GesKR 1/2015, 98 ff.; *Andreas Müller,* VegüV – Business as Usual?, GesKR 2/2015, 206 ff.

II. Zwei glorreiche Halunken – Vergütungsprivatrecht und Vergütungsaufsichtsrecht

Es gibt zwei Arten von Regeln und Regulierungen im Vergütungsbereich: Vergütungsprivatrecht und Vergütungsaufsichtsrecht.[11] Beide Normkomplexe basieren auf grundverschiedenen Regelungsansätzen und verfolgen ganz unterschiedliche Zielsetzungen. Dies gilt es stets zu beachten.

1. Polarstern: Bundesverfassung, Übergangsverordnung und Obligationenrecht

Das Vergütungsprivatrecht zielt auf die Interessenkonflikte der obersten Führungskräfte in Publikumsgesellschaften ab, die erfahrungsgemäss oftmals besonders hohe Vergütungen beziehen. Adressat dieser Regeln sind demnach die Mitglieder von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung in börsenkotierten Aktiengesellschaften. Damit soll der Agenturkonflikt zwischen den Aktionären (Prinzipal) und der eingesetzten Unternehmensleitung (Agent) entschärft werden. Die privatrechtlichen Vergütungsregeln können als «Polarstern» bezeichnet werden, der nicht nur Seeleuten den Weg zum Nordpol angibt.

1.1 Gesetzgebungsauftrag der Eidgenössischen Volksinitiative «gegen die Abzockerei»

Die Eidgenössische Volksinitiative «gegen die Abzockerei» wurde am 3. März 2013 mit qualifizierter Mehrheit von Volk und Ständen angenommen. 5 Jahre zuvor, am 26. Februar 2008 wurde diese Volksinitiative von einem Initiativkomitee rund um *Thomas Minder* eingereicht. Mit Zusatzbotschaft vom 5. Dezember 2008 hatte der Bundesrat einen indirekten Gegenvorschlag zur Initiative ausgearbeitet.[12] Daraufhin folgten lange Beratungen im Parlament.[13] Hervorzuheben ist der von National- und Ständerat am 16. März 2012 verabschiedete indirekte Gegenvorschlag, über den zugleich abgestimmt wurde.[14]

Durch die Annahme der Eidgenössischen Volksinitiative «gegen die Abzockerei» wurde Art. 95 Abs. 3 BV per 3. März 2013 geltendes Verfassungsrecht. Der Einleitungssatz dieser Verfassungsbestimmung enthält ausdrücklich einen Gesetzgebungsauftrag und ist somit nicht unmittelbar anwendbar. Dieser Gesetzgebungsauftrag wurde in zwei Schritten umgesetzt. Der Bundesrat und die Verwaltung, das Bundesamt für Justiz (BJ), waren verpflichtet, innert Jahresfrist eine Übergangsverordnung zu erlassen und in Kraft zu setzen.[15] In der Folge war das Parlament dafür verantwortlich, die Volksinitiative auf Gesetzesstufe umzusetzen, was die eidgenössischen Räte im Rahmen der im Juni 2020 verabschiedeten Aktienrechtsrevision auch getan haben.[16]

Art. 95 Abs. 3 BV schreibt mehrere Grundsätze zur Vergütung der Unternehmensleitung in börsenkotierten Gesellschaften vor.[17] Dazu gehört vor allem die jährliche Abstimmung über die Gesamtsumme aller Vergütungen des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und eines Beirats (lit. a). Zudem dürfen Organmitglieder keine Abgangs- oder andere Entschä-

[11] In Anlehnung an den Blonden aus Zwei glorreiche Halunken, der einst – seinen zwielichtigen Gefährten im Staub vor sich liegend – die Zeile von sich gab: «Es gibt zwei Arten von Menschen: Die einen haben einen geladenen Revolver und die anderen buddeln.»

[12] Botschaft vom 5. Dezember 2008 zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei» und zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), BBl 2009, 299 ff.

[13] Vgl. dazu etwa *Christoph B. Bühler,* Vergütungen an Verwaltungsrat und Geschäftsleitung: Volksinitiative «gegen die Abzockerei» und Gegenentwürfe, in: Watter (Hrsg.), Die «grosse» Schweizer Aktienrechtsrevision, 2010, 247 ff., 251 ff.; *Christoph B. Bühler,* Showdown in der Vergütungsfrage: Volksinitiative «gegen die Abzockerei» oder indirekter Gegenentwurf des Parlaments, GesKR Online-Beitrag 1/2012, 2 f. Siehe auch SGK BV-*Häusermann,* Art. 95 N 24 ff.

[14] Siehe hierzu etwa *Daniel M. Häusermann,* Auf dem Weg zur Aktionärsbürokratie?, Jusletter vom 19. März 2012, Rz. 5 ff.; *Hans Caspar von der Crone/Valentin Jentsch,* Aktuelle Entwicklungen in der Vergütungslandschaft des Finanzplatzes Schweiz, SZW 2012, 377 ff., 398 ff.

[15] Zum Anhörungsverfahren: Erläuternder Bericht des BJ vom 14. Juni 2013, Vorentwurf zur Verordnung gegen die Abzockerei (VgdA); Bericht des BJ vom 4. September 2013, Zusammenfassung der Stellungnahmen zum Vorentwurf der Verordnung gegen die Abzockerei. Zum Inkraftsetzungsverfahren: Zusatzbericht des BJ vom 8. Oktober 2013, Entwurf zur Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV).

[16] Änderung vom 19. Juni 2020 des Obligationenrechts (Aktienrecht), AS 2020, 4005 ff., 5612 ff.

[17] Vgl. dazu SGK BV-*Häusermann,* Art. 95 N 40 ff. Siehe hierzu auch *Hans Caspar von der Crone/Adriano Huber,* Festlegung von Vergütungen in Publikumsgesellschaften, SJZ 109 (2013), 297 ff.; *Hans-Ueli Vogt/Manuel Baschung,* Wie weiter im Aktienrecht nach der Annahme der Volksinitiative «gegen die Abzockerei»?, GesKR 1/2013, 5 ff., 6 ff.

digung, keine Vergütung im Voraus, keine Prämie für Firmenkäufe und -verkäufe und keinen zusätzlichen Berater- oder Arbeitsvertrag von einer anderen Gesellschaft der Gruppe erhalten (lit. b). Die Höhe der Kredite, Darlehen und Renten an Organmitglieder, deren Erfolgs- und Beteiligungspläne sowie weitere Punkte sind in den Statuten zu regeln (lit. c). Abgerundet wird dieser Katalog durch Strafbestimmungen bei Widerhandlungen (lit. d).

1.2 Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften

Die Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften ist am 1. Januar 2014 in Kraft getreten. Diese Übergangsverordnung wurde schnell und relativ eng am Wortlaut des Initiativtexts umgesetzt.[18] Mit dem Inkrafttreten der Änderung vom 19. Juni 2020 des Obligationenrechts (Aktienrecht) wird die Übergangsverordnung aufgehoben.

Der Geltungsbereich der Übergangsverordnung umfasst nach schweizerischem Recht organisierte, an einer Börse im In- oder Ausland kotierte Aktiengesellschaften (Art. 1 VegüV). In allgemeiner Hinsicht enthält die Übergangsverordnung verschiedene Vorschriften für die Generalversammlung, den Verwaltungsrat, den Vergütungsausschuss und den unabhängigen Stimmrechtsvertreter.[19] Neben einer Regelung über Statutenbestimmungen, der Stimm- und Offenlegungspflicht für Vorsorgeeinrichtungen und Strafbestimmungen sind auch Übergangsbestimmungen und das Inkrafttreten Teil der Übergangsverordnung.[20] Im vorliegenden Kontext von besonderer Bedeutung sind aber die Vorschriften über den Vergütungsbericht (Art. 13 bis Art. 17 VegüV), die Abstimmung der Generalversammlung über die Vergütungen (Art. 18 und Art. 19 VegüV) und unzulässige Vergütungen (Art. 20 und Art. 21 VegüV).

1.3 Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften nach der Aktienrechtsrevision

Das revidierte Aktienrecht, das einen eigenen Abschnitt über die Vergütung von börsenkotierten Aktiengesellschaften enthält (Art. 732 bis Art. 735*d* OR), wird demnächst in Kraft treten. Mit Grundsatzentscheid vom 4. Dezember 2015 hat sich der Bundesrat für eine der Übergangsverordnung nahe Umsetzung der Vorgaben von Art. 95 Abs. 3 BV ausgesprochen.[21] Im neuen Recht ebenso bedeutsam sind drei vergütungsspezifische Elemente: die Transparenz, die Mitsprache der Aktionäre und das Verbot unzulässiger Vergütungen. Dieses Dreigestirn ist hier kurz darzustellen.

Transparenz schafft der Vergütungsbericht.[22] Im Vergütungsbericht sind alle Vergütungen des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und eines Beirats anzugeben (Art. 734*a* OR), ebenso gewährte und noch ausstehende Darlehen und Kredite (Art. 734*b* OR). Nicht marktübliche Vergütungen sowie Darlehen und Kredite zu nicht marktüblichen Bedingungen an nahestehende Personen sind im Vergütungsbericht gesondert anzugeben (Art. 734*c* OR). Zudem enthält der Vergütungsbericht Angaben über Beteiligungsrechte und Optionen auf solche Rechte (Art. 734*d* OR) sowie über Tätigkeiten bei anderen Unternehmen (Art. 734*e* OR). Die Geschlechterquote ist ebenfalls Teil des Vergütungsberichts (Art. 734*f* OR).

Die Mitsprache der Aktionäre erfolgt im Rahmen der Abstimmungen über die Vergütungen des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und eines Beirats an der Generalversammlung (Art. 735 OR). Es sind mehrere Abstimmungsmodelle denkbar, prospektive und retrospektive.[23] Nach den gesetzlichen Mindest-

[18] Bericht des BJ vom 4. September 2013, Zusammenfassung der Stellungnahmen zum Vorentwurf der Verordnung gegen die Abzockerei, 2 f.: «Schnelles Inkrafttreten und Auslegung eng am Wortlaut». Siehe auch *Florian Zihler,* Verordnung gegen übermässige Vergütungen, ST 1–2/2014, 46 ff.

[19] Vgl. Art. 2 (Generalversammlung), Art. 3 bis Art. 6 (Verwaltungsrat), Art. 7 (Vergütungsausschuss), Art. 8 bis Art. 11 (unabhängiger Stimmrechtsvertreter) VegüV.

[20] Vgl. Art. 12 (Statutenbestimmungen), Art. 22 und Art. 23 (Stimm- und Offenlegungspflicht für Vorsorgeeinrichtungen), Art. 24 und Art. 25 (Strafbestimmungen), Art. 26 bis Art. 32 (Übergangsbestimmungen) und Art. 33 (Inkrafttreten) VegüV.

[21] Botschaft vom 23. November 2016 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), BBl 2017, 399 ff., 584: «Der vorliegende Entwurf enthält deshalb entsprechend dem Beschluss des Bundesrats vom 4. Dezember 2015 eine der VegüV nahe Umsetzung der Vorgaben von Artikel 95 Absatz 3 BV.»

[22] Aus den Materialien: BBl 2017, 587 ff. Aus der Literatur: *Remo Schmid,* Der Vergütungsbericht nach VegüV, ST 12/2014, 1153 ff.; *Marc Seematter,* Umsetzung der VegüV in den Vergütungsberichten, EF 12/2015, 1028 ff.

[23] Aus den Materialien: BBl 2017, 592 ff. Aus der Literatur: *Peter Forstmoser,* «Say-on-Pay»: Die Volksinitiative «gegen

voraussetzungen müssen solche Abstimmungen der Generalversammlung jährlich stattfinden, gesondert den Gesamtbetrag der Vergütungen von Verwaltungsrat, Geschäftsleitung und Beirat betreffen sowie bindende Wirkung haben.[24] Bei einer prospektiven Abstimmung über variable Vergütungen untersteht der Vergütungsbericht einer Konsultativabstimmung der Generalversammlung.[25] Wie bis anhin ist es auch künftig möglich, einen Zusatzbetrag für die Geschäftsleitung (Art. 735*a* OR) vorzusehen.

Das Verbot unzulässiger Vergütungen ist wie bisher für Vergütungen in der Gesellschaft (Art. 735*c* OR) und solche im Konzern (Art. 735*d* OR) separat geregelt. In der Gesellschaft sind Abgangsentschädigungen, Vergütungen im Voraus und Provisionen für die Übernahme oder Übertragung von Unternehmen oder Teilen davon vollständig verboten, Entschädigungen aufgrund eines Konkurrenzverbots oder Antrittsprämien sind nur unter bestimmten Voraussetzungen unzulässig.[26] Im Konzern sind grundsätzlich unzulässige Vergütungen unter drei kumulativen Voraussetzungen als zulässig zu betrachten.[27]

2. Regulatorischer Norden: Finanzmarktgesetzgebung und Vergütungsrundschreiben

Das Vergütungsaufsichtsrecht hat aber auch gar nichts mit dem Agenturkonflikt zwischen Aktionären und Unternehmensleitung zu tun, es wurde aus der Finanzkrise geboren. Heute ist weitgehend anerkannt, dass Vergütungssysteme bei Banken (und Versicherungen), insbesondere die von ihnen ausgehenden Anreize, eine Teilursache der Finanzkrise waren.[28] Der Zweck all dieser Regulierungen liegt darin, keine unangemessenen Risiken einzugehen und nachhaltig zu wirtschaften. Die aufsichtsrechtlichen Vergütungsregulierungen zeigen auf dem Kompass der FINMA den «regulatorischen Norden».

2.1 Aufgaben und Aufsichtsinstrumente der FINMA gemäss Finanzmarktaufsichtsgesetz

Die Aufgaben und Aufsichtsinstrumente der FINMA sind im Finanzmarktaufsichtsgesetz geregelt. In diesen Vorschriften werden die Zuständigkeiten und Werkzeuge der FINMA verbindlich vorgegeben.

Die Aufgaben der FINMA sind in Art. 6 FINMAG definiert.[29] Einerseits übt die FINMA die Aufsicht nach den Finanzmarktgesetzen i.S.v. Art. 1 Abs. 1 FINMAG – etwa das Bankengesetz oder das Versicherungsaufsichtsgesetz – und dem Finanzmarktaufsichtsgesetz aus (Abs. 1). Für eine Aufsichtstätigkeit über gesellschaftsrechtlich relevante Sachverhalte und Rechtsfragen besteht keine gesetzliche Grundlage. Dennoch lassen sich im Nachgang an Asienkrise, grosse Unternehmensskandale und Finanzkrise auch im Aufsichtsbereich dahingehende Entwicklungsschübe feststellen, die unter dem Begriff der «prudentiellen» Corporate Governance zusammengefasst werden können.[30] Andererseits nimmt die FINMA internationale Aufgaben wahr, die mit ihrer Aufsichtstätigkeit zusammenhängen (Abs. 2).

Die Aufsichtsinstrumente der FINMA werden in gesetzessystematischer Hinsicht unterteilt in die Prüfung (Art. 24 bis Art. 28*a* FINMAG) und weitere Aufsichtsinstrumente (Art. 29 bis Art. 37 FINMAG).[31] Eine Prüfung kann die FINMA entweder selbst ausführen oder durch Prüfgesellschaften oder Prüfbe-

die Abzockerei» und der Gegenvorschlag des Parlaments, SJZ 108 (2012), 337 ff.; *Mark Montanari,* Nach Inkrafttreten der VegüV – Ausgewählte Fragen aus der Rechtsberatung, AJP 2015, 51 ff., 52 ff.

24 Vgl. Art. 735 Abs. 3 Ziff. 1 bis Ziff. 3 OR. Siehe hierzu etwa *Angela Kummer,* Statutarische Gestaltungsmöglichkeiten im Bereich von «Say on Pay», Diss., 2019, Rz. 482 ff. (jährliche Abstimmung), Rz. 853 ff. (gesonderte Abstimmung), Rz. 900 ff. (bindende Abstimmung).

25 Vgl. Art. 735 Abs. 3 Ziff. 4 OR. Grundlegend *Martina Isler,* Konsultativabstimmung und Genehmigungsvorbehalt zugunsten der Generalversammlung, Diss., 2010, 37 ff.

26 Aus den Materialien: BBl 2017, 595 ff. Aus der Literatur: *Martin L. Müller,* Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV): Lösungsansätze für die arbeitsrechtliche Umsetzung, AJP 2014, 477 ff., 481 ff.

27 Aus den Materialien: BBl 2017, 598 f.

28 Stellvertretend, mit Brille des Regulators, aber in persönlicher Kapazität, *Gabe Shawn Varges,* Governing Remuneration, in: Emmenegger (Hrsg.), Corporate Governance, 2011, 49 ff.

29 Vgl. dazu BSK FINMAG-*Winzeler,* Art. 6 N 1 ff. und N 6 ff.

30 Grundlegend und tonangebend *Susan Emmenegger,* Prudentielle Corporate Governance, in: Emmenegger (Hrsg.), Corporate Governance, 2011, 1 ff., 10: «Wer bei Google […] ‹Prudential Corporate Governance› sucht, stösst bislang einzig auf die Schweizerische Bankrechtstagung 2011.»

31 Siehe hierzu schon *Peter Nobel,* Sanktionen gemäss FINMAG, GesKR 1/2009, 59 ff., 61 ff. Im Überblick *Andreas Abegg/Harald Bärtschi,* in: Abegg/Bärtschi/Dietrich (Hrsg.), Prinzipien des Finanzmarktrechts, 3. Aufl., 2019, Rz. 382 ff.; *Nobel* (Fn. 5), § 5 N 122 ff.

auftragte i.S.v. Art. 24*a* FINMAG ausführen lassen.[32] Die weiteren Aufsichtsinstrumente der FINMA lassen sich vor allem danach unterscheiden, ob ein aufsichtsrechtlich relevanter Sachverhalt abgeklärt oder eine Sanktion ausgesprochen werden soll. Neben der Auskunfts- und Meldepflicht gemäss Art. 29 FINMAG dienen insbesondere Untersuchungsbeauftragte i.S.v. Art. 36 FINMAG dazu, den Sachverhalt abzuklären. Bei einer Verletzung von Finanzmarktrecht oder «sonstigen Missständen» ist die FINMA verpflichtet, den ordnungsgemässen Zustand wiederherzustellen.[33] Von praktischer Bedeutung ist auch die Gewinneinziehung nach Art. 35 FINMAG. Besonders gegen Einzelpersonen gerichtete Aufsichtsinstrumente sind das Berufsverbot und das Tätigkeitsverbot, das äusserste gegen Banken und Versicherungen gerichtete Aufsichtsinstrument ist der Bewilligungsentzug.[34]

2.2 Massnahmen bei Vergütungen in systemrelevanten Banken gemäss Bankengesetz

Die Finanzmarktgesetzgebung sieht auch Massnahmen im Bereich der Vergütungen vor. Rechtsgrundlage ist das Bankengesetz, insbesondere der fünfte Abschnitt über systemrelevante Banken. Besonders interessant ist aber der historische Hintergrund, wie es überhaupt zu dieser Regelung gekommen ist.

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.[35] Dieses Massnahmenpaket wurde mit der Auflage verknüpft, dass die variablen Vergütungen der UBS im Geschäftsjahr 2008 durch die Finanzmarktaufsichtsbehörde genehmigt werden müssen. In der damaligen Zeit war dieser Schritt durchaus einzigartig.

Im Rahmen der Gesetzesvorlage zur Stärkung der Stabilität im Finanzsektor *(too big to fail)* wurde für systemrelevante Banken neu Art. 10*a* BankG über Massnahmen im Bereich der Vergütungen erlassen.[36] 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 (Abs. 1).[37] Diese Massnahmen beinhalten insbesondere ein Verbot der Auszahlung variabler Vergütungen, entweder ganz oder teilweise, oder die Anordnung einer Anpassung des Vergütungssystems (Abs. 2).[38] Systemrelevante Banken und ihre Konzerngesellschaften sind ausserdem verpflichtet, in ihren Vergütungssystemen verbindlich einen Vorbehalt anzubringen, wonach im Fall staatlicher Unterstützung der Rechtsanspruch auf variable Vergütung beschränkt werden kann (Abs. 3).[39]

2.3 Mindeststandards für Vergütungssysteme bei Finanzinstituten von der FINMA

Das Vergütungsrundschreiben der FINMA ist ein Kind der Finanzkrise. Mit dem Vergütungsrundschreiben soll im Wesentlichen ein Beitrag geleistet werden, dass Vergütungssysteme keine Anreize für unangemessene Risiken schaffen. In der Literatur wurde bereits früh und zu Recht insbesondere das dadurch bewirkte Spannungsverhältnis zum Arbeitsrecht kritisiert.[40]

[32] Für Banken: Art. 18 Abs. 1 (Grundsatz: Prüfgesellschaft) und Art. 23 (Ausnahme: FINMA) BankG. Für Versicherungen: Art. 28 (Grundsatz: Prüfgesellschaft) und Art. 47 Abs. 1 (Ausnahme: FINMA) VAG.

[33] Vgl. Art. 31 FINMAG. Richtungsweisend BGE 137 II 431 E. 2.3 (keine umfassende polizeiliche Generalklausel). Siehe auch Art. 32 FINMAG (Feststellungsverfügung [«Rüge»] und Ersatzvornahme).

[34] Vgl. Art. 33 (Berufsverbot), Art. 33*a* (Tätigkeitsverbot) und Art. 37 (Bewilligungsentzug) FINMAG. Zum Berufsverbot SGHB Finanzmarktrecht I-*Friedmann/Kuhn/Schönknecht,* § 12 N 91 ff.

[35] Botschaft vom 5. November 2008 zu einem Massnahmenpaket zur Stärkung des schweizerischen Finanzsystems, BBl 2008, 8943 ff., 8960 ff., 8971 ff. Kritisch *Andreas Kley,* Die UBS-Rettung im historischen Kontext des Notrechts, ZSR 130 (2011) I, 123 ff.

[36] Botschaft vom 20. April 2011 zur Änderung des Bankengesetzes (Stärkung der Stabilität im Finanzsektor; *too big to fail*), BBl 2011, 4717 ff., 4763 f. Kritisch *Hans Caspar von der Crone/Lukas Beeler,* Regelung systemrelevanter Banken aus wirtschaftsrechtlicher Sicht, ZSR 130 (2011) I, 177 ff., 199 ff.

[37] Vgl. dazu BSK BankG-*Bahar/Peyer,* Art. 10*a* N 11 ff.; SK BankG-*Favre,* Art. 10*a* N 32 ff. Siehe hierzu auch *Peter V. Kunz,* Too Big to Fail (TBTF): Konzept der Gefahrenabwehr sowie der Rettung von systemrelevanten Finanzinstituten, Jusletter vom 21. November 2016, Rz. 67 f.

[38] Siehe hierzu etwa BSK BankG-*Bahar/Peyer,* Art. 10*a* N 17 ff.

[39] Vgl. dazu BSK BankG-*Bahar/Peyer,* Art. 10*a* N 23 f.; SK BankG-*Favre,* Art. 10*a* N 16 f.

[40] *Peter Nobel,* Notwendigkeit einer Bonusregelung?, SZW 2009, 448 ff., 455 f.; *Patrik R. Peyer/Roland Schaub,* Umsetzung des FINMA-Rundschreibens «Vergütungssys-

Das Vergütungsrundschreiben ist am 1. Januar 2010 in Kraft getreten, nach einjähriger Übergangsfrist war es ab dem 1. Januar 2011 vollumfänglich einzuhalten.[41] Unter den Geltungsbereich des Vergütungsrundschreibens fielen zunächst sämtliche von der FINMA beaufsichtigten Finanzinstitute, wobei grosse Banken und Versicherungen zu einer zwingenden Umsetzung verpflichtet waren. Das Vergütungsrundschreiben definiert Mindeststandards für die Ausgestaltung, Umsetzung und Offenlegung von Vergütungssystemen bei Finanzinstituten. Das Vergütungsrundschreiben schreibt nicht nur allgemeine Anforderungen an Vergütungssysteme vor, etwa deren langfristige Ausrichtung, sondern regelt darüber hinaus auch die Gesamtvergütung, variable Vergütung und aufgeschobene Vergütung im Einzelnen.[42]

Das revidierte Vergütungsrundschreiben ist am 1. Juli 2017 in Kraft getreten.[43] Neu ist das Vergütungsrundschreiben nur noch für die beiden Grossbanken und die grössten Versicherungskonzerne verbindlich, der Geltungsbereich wurde also enger gefasst.[44] Zudem wird im Vergütungsrundschreiben explizit darauf hingewiesen, dass es ergänzend zu den Regeln des Obligationenrechts und den börsenrechtlichen Offenlegungsvorschriften zu Vergütungen anwendbar ist.[45] Ebenfalls neu ist das Verbot von Absicherungsgeschäften, also Transaktionen, welche der Wirksamkeit des Vergütungssystems zuwiderlaufen.[46] Ausserdem hat die FINMA insbesondere auf die Einführung einer «Clawback»-Klausel verzichtet, eine Klausel, die sich im internationalen Vergleich inzwischen auf breiter Front durchgesetzt hat.[47]

III. The Good – Aufsichtspraxis der FINMA mit finanzmarktrechtlichem Schwerpunkt

Ein Schwerpunkt der Aufsichtspraxis der FINMA im Vergütungsbereich, und das ist relativ naheliegend, ist finanzmarktrechtlicher Natur. Anknüpfungspunkt ist hier vor allem das Vergütungsrundschreiben der FINMA, in einem besonders gelagerten Fall aber auch die – damals noch nicht gesetzlich verankerten – Massnahmen bei Vergütungen in systemrelevanten Banken. Der thematische Fokus dieser Fälle liegt in der Geldwäschereibekämpfung, einem strategischen Ziel der FINMA.

1. UBS (2009): Massnahmenpaket zur Stabilisierung einer systemrelevanten Grossbank

Am 15. Oktober 2008 haben der Bundesrat, die Schweizerische Nationalbank und die Eidgenössi-

teme» bei Banken, SJZ 107 (2011), 149 ff.; *Julien Waeber,* Circulaire FINMA 2010/1 sur les systèmes de rémunération: des obstacles en droit civil?, SZW 2012, 119 ff.; *von der Crone/Jentsch* (Fn. 14), 398 ff.

41 Zum Anhörungsverfahren: Erläuterungsbericht der FINMA vom 3. Juni 2009, Rundschreiben Vergütungssysteme; Medienmitteilung der FINMA vom 10. November 2009, Eröffnung der Anhörung zum FINMA Rundschreiben Vergütungssysteme, verfügbar unter <*https://www.finma.ch/de/news/2009/06/mm-rs-verguetungssysteme-20090603*>. Zum Inkraftsetzungsverfahren: Anhörungsbericht der FINMA vom 10. November 2009, Rundschreiben Vergütungssysteme; Medienmitteilung der FINMA vom 10. November 2009, FINMA veröffentlicht Rundschreiben zu Vergütungssystemen, verfügbar unter <*https://www.finma.ch/de/news/2009/11/mm-rs-verguetungssysteme-20091111*>.

42 Vgl. FINMA-RS 10/1 «Vergütungssysteme», Grundsatz 2 (langfristige Ausrichtung), Grundsatz 4 (Gesamtvergütung), Grundsätze 5 und 6 (variable Vergütung) und Grundsatz 7 (aufgeschobene Vergütung). Siehe hierzu etwa *Susan Emmenegger/Regula Kurzbein,* Finanzmarktkrise und neue Corporate Governance von Banken, GesKR 4/2010, 462 ff., 465, 472 ff.

43 Zum Anhörungsverfahren: Erläuterungsbericht der FINMA vom 1. März 2016, Rundschreiben 2017/1, 21 f.; Medienmitteilung der FINMA vom 1. März 2016, FINMA strafft und modernisiert Anforderungen zur Corporate Governance bei Banken, verfügbar unter <*https://www.finma.ch/de/news/2016/03/20160301-mm-rs-corporate-governance-bei-banken*>. Zum Inkraftsetzungsverfahren: Anhörungsbericht der FINMA vom 22. September 2016, Rundschreiben 2017/01, 2008/21 und 2010/1, 30 f.; Medienmitteilung der FINMA vom 1. November 2016, FINMA setzt Leitplanken zur Corporate Governance bei Banken, verfügbar unter <*https://www.finma.ch/de/news/2016/11/20161101-mm-rs-corporate-governance-bei-banken*>.

44 Vgl. FINMA-RS 10/1 «Vergütungssysteme», Rz. 6 (CHF 10 Mrd.), Rz. 7 (CHF 15 Mrd.).

45 Vgl. FINMA-RS 10/1 «Vergütungssysteme», Rz. 3, derzeit noch mit Verweis auf Übergangsverordnung.

46 Vgl. FINMA-RS 10/1 «Vergütungssysteme», Rz. 24 (Absicherungsgeschäfte).

47 Für eine Fundamentalkritik: *Johanna Stark,* Clawback Provisions in Executive Compensation Contracts, ECFR 4/2021, 669 ff.; *Johanna Stark,* Clawback Provisions in Executive Compensation Contracts, Oxford Business Law Blog, 25. August 2020, verfügbar unter <*https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2020/08/clawback-provisions-executive-compensation-contracts*>.

sche Bankenkommission (EBK) ein Massnahmenpaket beschlossen, um das Schweizer Finanzsystem zu stabilisieren und das Vertrauen in den Schweizer Finanzmarkt nachhaltig zu stärken.[48] Die Grossbank UBS hat von diesem Massnahmenpaket Gebrauch gemacht, nicht aber die CS. Die staatliche Unterstützung der UBS wurde insbesondere mit Auflagen zum Vergütungssystem verbunden und der Kontrolle durch die Aufsichtsbehörde unterstellt.[49] Die FINMA, welche als Nachfolgeorganisation der EBK am 1. Januar 2009 ihre Tätigkeit aufgenommen hatte, wurde in diesem Zusammenhang damit beauftragt, die variablen Vergütungen der UBS für das Jahr 2008 zu genehmigen.[50]

Mit Verfügung vom 3. Februar 2009 hatte die FINMA der UBS gestützt auf diesen Auftrag gestattet, für das Jahr 2008 variable Vergütungen in der Höhe von CHF 1.8 Mrd. zuzuteilen, entsprechend garantierte Vergütungen von CHF 1.0 Mrd., davon CHF 0.7 Mrd. in bar, und frei zuteilbare Barvergütungen von CHF 1.2 Mrd.[51] Der Betrag der frei zuteilbaren Vergütungskomponenten war pro Funktionsstufe limitiert, von der Begrenzung waren vor allem Mitarbeitende im mittleren und oberen Salärsegment betroffen. Die Grössenordnung dieser Zahlen und deren Bedeutung erschliessen sich erst durch den Gesamtkontext: Im Vergleich zum Vorjahr wurde der in bar an die Mitarbeitenden ausbezahlte Betrag um über 80% gekürzt, bei der Investmentbank betrug die Reduktion gar 95%.

Mit sichtlichem Stolz liess die damals noch junge FINMA in einer ihrer ersten Medienmitteilungen verkünden, dass sie «die einzige Aufsichtsbehörde weltweit» sei, welche derart einschneidend in das Vergütungssystem einer Bank eingreift.[52] Das waren ja wohl noch Zeiten. Deutlich gemässigter war demgegenüber die Stellungnahme von *Mark Branson,* dem langjährigen Direktor der FINMA, anlässlich der 12. Zürcher Aktienrechtstagung vom 18. März 2015, wonach ein wichtiges Augenmerk der Aufsicht im Bereich der Corporate Governance auf der Vergütungspolitik liegt, mit dem Hinweis darauf, dass die Schweiz im Vergleich zum Ausland eine liberale Haltung in Vergütungsfragen einnimmt.[53] Das ist auch gut so.

2. UBS (2014): Devisenmarktmanipulation unter Beteiligung zahlreicher Finanzinstitute

In der soeben erwähnten Stellungnahme anlässlich der 12. Zürcher Aktienrechtstagung hat *Mark Branson* zugleich klargestellt, dass die FINMA auch anders kann: Im Zusammenhang mit den Verfehlungen im Devisenhandel hat die FINMA – nicht zum ersten Mal – ihre liberale Haltung abgelegt und variable Vergütungen im Devisenbereich der UBS direkt begrenzt.[54] Gegenstand der Aufsichtstätigkeit der FINMA war ein Enforcementverfahren gegen die Grossbank UBS zum Devisenhandel der Bank in der Schweiz.[55] Hierbei handelt es sich um den Leitentscheid der FINMA unter dem Vergütungsrundschreiben schlechthin. Auf der internationalen Ebene, etwa im Vereinigten Königreich durch die Financial Conduct Authority, wurden in diesem Kontext gegen diverse andere Banken Untersuchungen eröffnet.

Mit Verfügung vom 11. November 2014 stellte die FINMA fest, dass Mitarbeitende der UBS in Opfikon (Zürich) wiederholt und über eine längere Zeit-

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

49 Aus den Materialien: BBl 2008, 8975 ff. (Auflagen an UBS und Kontrolle durch EBK).

50 Aus den Materialien: BBl 2008, 8977: «[UBS] wird die Höhe des konzernweiten Pools für leistungsabhängige Vergütungen des Jahres 2008, dessen Zusammensetzung und Verteilung mit der [EBK/FINMA] abstimmen und von dieser genehmigen lassen.»

51 Kurzbericht der FINMA vom 10. Februar 2009, UBS – Variable Vergütungen 2008; Medienmitteilung der FINMA vom 9. Februar 2009, Einschneidende Reduktion der variablen Vergütungen 2008 bei UBS, verfügbar unter <*https://www.finma.ch/de/news/2009/02/mm-ubs-variable-verguetungen-20090210*>.

52 Medienmitteilung der FINMA vom 9. Februar 2009, Einschneidende Reduktion der variablen Vergütungen 2008 bei UBS, verfügbar unter <*https://www.finma.ch/de/news/2009/02/mm-ubs-variable-verguetungen-20090210*>.

53 *Mark Branson,* Referat vom 18. März 2015, Corporate Governance aus der Sicht der FINMA, 12. Zürcher Aktienrechtstagung, verfügbar unter <*https://www.finma.ch/de/dokumentation/finma-publikationen/referate-und-artikel*>.

54 Siehe hierzu *Branson* (Fn. 53).

55 Bericht der FINMA vom 12. November 2014, Devisenhandelsgeschäft der UBS AG: Untersuchung der FINMA; Medienmitteilung der FINMA vom 12. November 2014, FINMA stellt bei UBS Manipulationen im Devisenhandel fest, verfügbar unter <*https://www.finma.ch/de/news/2014/11/mm-ubs-devisenhandel-20141112*>.

periode hinweg zumindest versucht hatten, Devisenreferenzwerte zu manipulieren. Zudem haben sich Mitarbeitende der Bank nach den Feststellungen der FINMA entgegen den Interessen eigener Kunden verhalten. Die FINMA konnte ausserdem feststellen, dass Risikomanagement, Kontrollen und Compliance im Devisenhandel der UBS ungenügend waren. Aufgrund des Fehlverhaltens ihrer Mitarbeitenden und der Verletzung von Organisationsvorschriften verstiess die UBS gemäss FINMA schwer gegen die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit.

Neben weiteren Massnahmen, ebenfalls mit Verfügung vom 11. November 2014, zieht die FINMA bei der UBS einen Betrag von insgesamt CHF 134 Mio. ein. Im Bereich der variablen Vergütung hat die FINMA besonders einschneidende Massnahmen vorgesehen. Für den globalen Devisen- und Edelmetallhandel beschränkte sie die maximale jährliche variable Vergütung für die Dauer von 2 Jahren auf 200% des Grundgehalts. Bei anderen «Grossverdienern» der Bank in der Schweiz, die eine variable Vergütung von mehr als 200% des Grundgehalts zugesprochen erhalten, musste diese Vergütung einen besonderen Überprüfungs- und Genehmigungsprozess durchlaufen.

Im Übrigen hat die FINMA im November 2014 gegen elf involvierte Personen ein Enforcementverfahren eröffnet. Ein Jahr später, im Dezember 2015 hat die FINMA mitgeteilt, dass sie gegen sechs ehemalige Manager und Händler des Devisen- und Edelmetallgeschäfts der UBS Berufsverbote verhängt hat.[56] Die Dauer der einzelnen Berufsverbote liegt zwischen 12 Monaten und 5 Jahren.

3. BSI (2016): Geldwäscherei bei Korruptionsaffäre im Umfeld des malaysischen Staatsfonds

Ein – wenn auch untergeordneter, so doch nicht völlig irrelevanter – Vergütungsbezug ergibt sich aus dem Enforcementverfahren der FINMA in Sachen BSI vom Mai 2016, wo wegen einer schweren Verletzung der Geldwäschereibestimmungen die Auflösung der Bank verfügt wurde.[57] Hintergrund waren Geschäftsbeziehungen und Transaktionen der Bank im Umfeld des malaysischen Staatsfonds 1MDB.

Mit Verfügung vom 23. Mai 2016 stellte die FINMA fest, dass die BSI ihre Sorgfaltspflicht bei der Geldwäschereibekämpfung verletzt hatte, indem die Weiterführung der wirtschaftlich sehr attraktiven Kundenbeziehungen rund um den malaysischen Staatsfonds 1MDB auf höchster Managementebene bewusst und wiederholt thematisiert und genehmigt worden ist. Die festgestellten Mängel stellen nach Ansicht der FINMA nicht nur schwere Verletzungen der gesetzlichen Sorgfaltspflichten zur Geldwäschereibekämpfung, sondern auch schwere Verstösse gegen den Grundsatz des adäquaten Risikomanagements und der angemessenen Organisation dar, womit die BSI in schwerer Weise gegen die Anforderungen an die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit verstossen haben soll. Unter Vergütungsaspekten besonders interessant sind die Feststellungen der FINMA, wonach das Fehlverhalten des für diese Kundenbeziehung verantwortlichen Kundenberaters im Hinblick auf Bonuszahlungen offenbar keinerlei Folgen hatte, im Gegenteil: Der Kundenberater war «einer der Spitzenverdiener der Bank».

Ebenfalls mit Verfügung vom 23. Mai 2016 ergriff die FINMA neben Massnahmen, die der Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands dienten, insbesondere die Einziehung unrechtmässiger Gewinne in der Höhe von CHF 95 Mio. Die Berechnung der Gewinneinziehung wurde vor Bundesverwaltungsgericht erfolgreich angefochten.[58] In der Folge hat die FINMA die Gewinneinziehung im Fall BSI neu bestimmt.[59] Massnahmen im Bereich der Vergütungen hat die FINMA in diesem Fall offenbar keine ergriffen, auch wenn dies unter dem Vergütungsrundschreiben möglich gewesen wäre.

Im Übrigen hat die FINMA seit Mai 2016 insgesamt vier Enforcementverfahren gegen natürliche Personen eröffnet, welche inzwischen abgeschlossen

[56] Medienmitteilung der FINMA vom 17. Dezember 2015, Manipulationen im Devisenhandel: FINMA verhängt sechs Berufsverbote, verfügbar unter <*https://www.finma.ch/de/news/2015/12/20151217-mm-devisenhandel*>.

[57] Medienmitteilung der FINMA vom 24. Mai 2016, BSI verletzt Geldwäschereibestimmungen schwer, verfügbar unter <*https://www.finma.ch/de/news/2016/05/20160524-mm-bsi*>.

[58] BVGer B-3930/2016 vom 25. November 2019 E. 13.

[59] Medienmitteilung der FINMA vom 22. Oktober 2020, FINMA bestimmt Gewinneinziehung im Fall BSI neu, verfügbar unter <*https://www.finma.ch/de/news/2020/10/20201022-mm-bsi-gewinneinziehung*>.

sind. In zwei dieser Fälle hat die FINMA mehrjährige Berufsverbote verhängt. In einem dieser Fälle, der durch alle Instanzen prozessiert wurde, hat das Bundesverwaltungsgericht das Berufsverbot aufgehoben, welches vom Bundesgericht daraufhin aber wiederum als rechtmässig erklärt wurde.[60] In einem anderen Fall hat die FINMA das Verfahren rechtskräftig mit einer Feststellung der Aufsichtsrechtsverletzung, aber ohne weitere Massnahmen abgeschlossen. In einem weiteren Fall wurde das Verfahren beendet, nachdem die betreffende Person glaubwürdig erklärt hatte, künftig auf Führungspositionen bei einem beaufsichtigten Finanzinstitut zu verzichten.

4. CS (2018): Geldwäscherei bei Korruptionsaffäre von Ölkonzernen und Fussballverband; PEP

Im September 2018 hat die FINMA zwei Enforcementverfahren gegen die CS abgeschlossen.[61] Das erste Verfahren stand im Kontext von mutmasslichen Korruptionsfällen rund um den internationalen Fussballverband FIFA, den brasilianischen Ölkonzern Petrobras und den venezolanischen Ölkonzern PDVSA. Das zweite Verfahren hat eine für die Bank bedeutende Geschäftsbeziehung mit einer politisch exponierten Person (PEP) betroffen. Dieses Verfahren hatte am Rand auch einen Vergütungsbezug.

In diesem Zusammenhang stellte die FINMA im ersten Verfahren Mängel bei der Einhaltung der Sorgfaltspflichten im Bereich der Geldwäschereibekämpfung fest. Im zweiten Verfahren hat die FINMA ebenfalls Mängel im Geldwäschereidispositiv festgestellt, insbesondere im Kontrollsystem und im Risikomanagement der Bank. Der mit dieser Kundenbeziehung betraute – inzwischen strafrechtlich verurteilte – Kundenberater verletzte über mehrere Jahre hinweg wiederholt und aktenkundig Compliance-Vorschriften der Bank. Aus Vergütungssicht besonders pikant erscheint der Umstand, dass die Bank den Kundenberater mit hohen Entschädigungen und positiven Mitarbeiterbeurteilungen honoriert hatte, anstatt ihn wegen der Verstösse rechtzeitig und angemessen zu disziplinieren. Der Sonderstatus des Kundenberaters führte auch dazu, dass dieser ungenügend kontrolliert wurde.

Mit Verfügung vom 3. September 2018 ordnete die FINMA Massnahmen zur weiteren Verbesserung des Geldwäschereidispositivs und zur beschleunigten Umsetzung von seitens der Bank ergriffenen Schritten an und setzte zudem einen unabhängigen Prüfbeauftragten ein, der die Umsetzung und die Wirkung dieser Massnahmen überprüft hatte. Auch in diesen Verfahren hat die FINMA jedoch offenbar keine Massnahme im Vergütungsbereich ergriffen, zumindest ist dies nicht öffentlich bekannt.

Die Verfügung der FINMA vom 3. September 2018 wurde nicht angefochten und ist rechtskräftig.

5. Julius Bär (2020): Geldwäscherei bei Korruptionsaffäre von Ölkonzern und Fussballverband

Im Februar 2020 hat die FINMA schliesslich ein Enforcementverfahren gegen die Bank Julius Bär abgeschlossen, das ebenfalls im Kontext der mutmasslichen Korruptionsfälle rund um den Ölkonzern PDVSA und den Fussballverband FIFA steht.[62] Der Vergütungsaspekt war hier deutlich ausgeprägter.

Mit Verfügung vom 31. Januar 2020 stellte die FINMA fest, dass es bei Julius Bär zu schweren Mängeln in der Geldwäschereibekämpfung gekommen ist. Das Verfahren der FINMA hat insbesondere gezeigt, dass organisatorische Mängel und Fehlanreize die Verletzung der geldwäschereirechtlichen Pflichten begünstigten: «Das Vergütungsmodell der Bank stellte fast ausschliesslich auf monetäre Aspekte ab und berücksichtigte die Einhaltung der Regeln und das Risikomanagement nur sehr punktuell.» Beispielhaft wies die FINMA darauf hin, dass ein für venezo-

[60] BVGer B-488/2018 vom 17. Januar 2019 E. 5 (Grundsatz der Verhältnismässigkeit, insbesondere Zumutbarkeit); BGer 2C_192/2019 vom 11. März 2020 E. 5.4, E. 5.4.2: «In Würdigung sämtlicher Elemente, die bei der Auslegung des Begriffs der schweren Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen zu berücksichtigen sind […], erweist sich das von der FINMA […] ausgesprochene Berufsverbot im Sinne von Art. 33 FINMAG in seiner Dauer von zwei Jahren […] als der Schwere der individuell zurechenbaren Aufsichtsrechtsverletzung angemessen und damit als rechtmässig.»

[61] Medienmitteilung der FINMA vom 17. September 2018, FINMA stellt bei Credit Suisse AG Mängel bei der Geldwäschereibekämpfung fest, verfügbar unter <*https://www.finma.ch/de/news/2018/09/20180917-mm-gwg-cs*>.

[62] Medienmitteilung der FINMA vom 20. Februar 2020, Schwere Mängel in der Geldwäschereibekämpfung bei Julius Bär, verfügbar unter <*https://finma.ch/de/news/2020/02/20200220-mm-jb*>.

lanische Kunden zuständiger Kundenberater in den Jahren 2016 und 2017 Boni und Entschädigungen in Millionenhöhe erhielt, er in dieser Zeit sogar einen Sonderbonus als «Top Performer» zugesprochen bekam (2016) und die Bank seinen Bonus daraufhin bloss um 2,5% kürzte (2017), sodass er in der kritischen Zeit die höchsten Entschädigungen seiner Karriere bei der Bank erzielte. Daraufhin reagierte die Bank Bär prompt: Presseberichten zufolge will sie ihren Managern aufgeschobene Boni nicht auszahlen.[63]

Ebenfalls mit Verfügung vom 31. Januar 2020 hat die FINMA die Bank angewiesen, wirkungsvolle Massnahmen zur Durchsetzung der geldwäschereirechtlichen Pflichten zu ergreifen und bereits eingeleitete Massnahmen rasch umzusetzen. Zudem musste die Bank die Prozesse bei der Rekrutierung und beim Management von Kundenberatern sowie in der Vergütungs- und Sanktionspolitik anpassen und im Verwaltungsrat den Fokus auf die Geldwäschereibekämpfung erhöhen. Im Einzelnen verfügte die FINMA, dass die Bank ihre Vergütungs- und Sanktionspolitik so anpassen muss, «dass diese keine Anreize mehr bietet, unter Inkaufnahme unangemessener Risiken oder fehlender Compliance möglichst hohe Erträge zu generieren». Bis zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands war es der Bank ausserdem untersagt, grosse und komplexe Firmenakquisitionen durchzuführen.

Im Januar 2021 hat die FINMA bekannt gegeben, dass sie ein Verfahren gegen Einzelpersonen eröffnet hat und in einem weiteren Fall nach einer Verzichtserklärung von einer Verfahrenseröffnung abgesehen hat.[64] Zudem hat die FINMA zwei Personen, angeblich die beiden ehemaligen CEOs, *Boris Collardi* und *Bernhard Hodler,* schriftlich gerügt.

IV. The Bad – Aufsichtspraxis der FINMA mit gesellschaftsrechtlichem Schwerpunkt

Ein weiterer Schwerpunkt der Aufsichtspraxis der FINMA im Vergütungsbereich, und hier wird es schon deutlich schwieriger, ist gesellschaftsrechtlicher Natur. Der Anknüpfungspunkt dieser Überlegungen liegt gerade nicht im Vergütungsrundschreiben, sondern im Gesellschaftsrecht – in den Sorgfalts- und Treuepflichten des Verwaltungsorgans, insbesondere dem Umgang mit Interessenkonflikten – begründet, das freilich zumindest teilweise vom Aufsichtsrecht überlagert wird. Der thematische Fokus dieser Fälle liegt vor allem im Bereich der Corporate Governance.

1. KPT (2012): Mitarbeiterbeteiligungsprogramm im Vorfeld einer geplanten Kassenfusion

Die FINMA hat die geplante Fusion zwischen KPT und Sanitas im November 2011 grundsätzlich genehmigt, jedoch an strenge Auflagen geknüpft.[65] Neben der aufsichtsrechtlichen Prüfung des Fusionsgesuchs hat die FINMA zugleich ein Enforcementverfahren gegen KPT wegen der Ausgestaltung eines Mitarbeiterbeteiligungsprogramms fortgeführt und im Januar 2012 abgeschlossen.[66] Die Vergütung des Verwaltungsrats war hier Thema, wohlgemerkt: unter einem gesellschaftsrechtlichen Blickwinkel.

Mit Verfügung vom 6. Januar 2012 hat die FINMA im Rahmen des Enforcementverfahrens gegen KPT und drei Führungspersonen schwere Pflichtverletzungen festgestellt. Die Pflichtverletzungen der Führungspersonen haben insbesondere die Festsetzung des Preises von Aktien, die im Rahmen der geplanten Fusion mit Sanitas hätten zurückgekauft werden sollen, sowie Zahlungen aus Mandatsverträgen an Verwaltungsräte betroffen. In beiden Fällen wurden die aufsichtsrechtlichen Regeln über den Umgang mit Interessenkonflikten unzureichend beachtet. Beim geplanten Rückkauf von Aktien aus einem Mitarbei-

63 Aus der Presse: SZ vom 23. Februar 2020, Bank Bär sperrt Boni der Ex-Chefs, verfügbar unter *<https://www.tagesanzeiger.ch/sonntagszeitung/bank-baer-sperrt-boni-der-exchefs/story/23131768>;* FT vom 23. Oktober 2020, Julius Baer withhold millions in bonuses from two former CEOs, verfügbar unter *<https://www.ft.com/content/2453287f-3287-42b6-809a-57dea1f0a7f0>*.

64 Medienmitteilung der FINMA vom 21. Januar 2021, Verstösse gegen Geldwäschereibestimmungen: FINMA klärte Verantwortlichkeiten von Julius Bär Managern ab, verfügbar unter *<https://www.finma.ch/de/news/2021/01/20210121-mm-jb>*.

65 Medienmitteilung der FINMA vom 19. November 2010, FINMA setzt Rahmen für Fusion zwischen KPT und Sanitas, verfügbar unter *<https://www.finma.ch/de/news/2010/11/mm-fusion-kpt-sanitas-20101119>*.

66 Medienmitteilung der FINMA vom 11. Januar 2012, Sanktionen im Fall KPT, verfügbar unter *<https://www.finma.ch/de/news/2012/01/mm-kpt-20120111>*.

terbeteiligungsprogramm der KPT im Zusammenhang mit der geplanten Fusion zwischen KPT und Sanitas haben einzelne Verwaltungsratsmitglieder der KPT sowohl beim Prozess der Preisfestsetzung als auch bei den Aktienrückkäufen ihre aktienrechtlichen Sorgfalts- und Treuepflichten verletzt. Das Bundesverwaltungsgericht hat daraufhin bestätigt, dass der ehemalige Präsident und der ehemalige Vizepräsident ihre Sorgfalts- und Treuepflichten schwer verletzt haben.[67] Darüber hinaus hat die FINMA auch die teils substanziellen Zahlungen aus Mandatsverträgen gerügt, welche die Verwaltungsratsmitglieder der KPT über die vereinbarten festen Verwaltungsratshonorare und Boni hinaus bezogen haben.

Ebenfalls mit Verfügung vom 6. Januar 2012 hat die FINMA dem ehemaligen Präsidenten und dem ehemaligen Vizepräsidenten während 4 Jahren eine leitende Tätigkeit im Finanzbereich verboten und die Einziehung ihrer ungerechtfertigten Bezüge aus den separaten Mandatsverträgen angeordnet. Das daraufhin angerufene Bundesverwaltungsgericht hat die auferlegten Berufsverbote vollumfänglich und die angeordnete Einziehung unrechtmässiger Bezüge weitgehend bestätigt.[68] Zudem ordnete die FINMA die Suspendierung der drei weiteren in diese Vorgänge involvierten Verwaltungsräte an. In der Folge hat die FINMA einen Untersuchungsbeauftragten (mit Organstellung) eingesetzt.

Die FINMA hatte auch Strafanzeige wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung eingereicht. Im März 2015 hat das Berner Wirtschaftsstrafgericht den ehemaligen Präsidenten, *Walter Bosch,* und den ehemaligen Vizepräsidenten, *Bernhard Liechti,* der ungetreuen Geschäftsbesorgung für schuldig befunden. Nachdem diese die dagegen erhobenen Berufungen zurückgezogen haben, wurde dieses Urteil rechtskräftig.

2. Groupe Mutuel (2015): Corporate Governance im Krankenzusatzversicherungsgeschäft

Bereits im Juli 2014 hatte die FINMA bei der Groupe Mutuel eine Korrektur widerrechtlich erhobener Prämien angeordnet sowie personelle Wechsel im Verwaltungsrat bewirkt.[69] Im Juli 2015 hat die FINMA sodann ein Enforcementverfahren gegen die im Krankenzusatzversicherungsgeschäft tätigen Gesellschaften der Groupe Mutuel abgeschlossen.[70] Das Verfahren hat ergeben, dass die betreffenden Gruppengesellschaften über eine ungenügende Corporate Governance verfügten und sich nicht an aufsichtsrechtlich verbindliche Geschäftspläne hielten. Dieser Fall steht bezüglich Vergütungen und Vergütungssystemen zwischen Gesellschafts- und Finanzmarktrecht, wenn auch mit einem etwas stärkeren gesellschaftsrechtlichen Bezug, weshalb sich die vorliegende Einordnung rechtfertigt.

Mit Verfügung vom 26. Juni 2015 hat die FINMA erhebliche Mängel bei der Corporate Governance der einzelnen Gruppengesellschaften sowie der ganzen Gruppe einschliesslich der Eigentümer-Stiftungen im Bereich des Krankenzusatzversicherungsgeschäfts festgestellt. Insbesondere hinsichtlich der Angemessenheit des Vergütungssystems wurden erhebliche Mängel geortet. Die FINMA hat diesbezüglich festgestellt, dass das Vergütungssystem für das Management nicht am nachhaltigen Erfolg der Gesellschaft ausgerichtet war und in der Folge überproportional die Interessen von Einzelnen begünstigte. Zudem war der Vergütungsprozess kompliziert und undurchschaubar.

Ebenfalls mit Verfügung vom 26. Juni 2015 ordnete die FINMA verschiedene Massnahmen an. Sie erliess unter anderem ein Akquisitionsverbot von 18 Monaten und führte eine neue aufsichtsrechtliche Überprüfung sämtlicher Tarife ein. Das Bundesverwaltungsgericht hatte dieses Akquisitionsverbot geschützt.[71] Insbesondere aber forderte die FINMA die Groupe Mutuel auf, unangemessene Abgangsentschädigungen an ehemalige Gewährsträger zu verhindern. Die Massnahmen im Umgang mit Abgangs-

[67] BVGer B-798/2012 vom 27. November 2013 E. 8; BVGer B-19/2012 vom 27. November 2013 E. 8.

[68] BVGer B-798/2012 vom 27. November 2013 E. 9; BVGer B-19/2012 vom 27. November 2013, in: BVGE 2013/59, E. 9.

[69] Medienmitteilung der FINMA vom 24. Juli 2014, FINMA verlangt Prämienrückzahlungen bei Groupe Mutuel, verfügbar unter <*https://www.finma.ch/de/news/2014/07/finmaverlangtprämienrückzahlungenbeigroupemutuel*>.

[70] Medienmitteilung der FINMA vom 2. Juli 2015, Abschluss FINMA-Verfahren: Groupe Mutuel verletzte Aufsichtsrecht schwer, verfügbar unter <*https://www.finma.ch/de/news/2015/07/mm-groupe-mutuel-2015-07-02*>.

[71] BVGer B-5264/2015 vom 31. Oktober 2016 E. 8 (Kompetenz der FINMA zur Anordnung von sichernden Massnahmen unter der Generalklausel von Art. 51 Abs. 1 VAG, öffentliches Interesse, Grundsatz der Verhältnismässigkeit, Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 Abs. 1 BV).

entschädigungen wurden vor Bundesverwaltungsgericht ebenfalls beanstandet, das allerdings auch diese Massnahmen als rechtmässig eingestuft hatte.[72]

Die FINMA hat ausserdem bei den zuständigen Behörden Strafanzeige erstattet, da sich Hinweise auf mögliche Straftaten ergeben haben. Ob diese Anzeigen *Pierre-Marcel Revaz, Daniel Overnay* und/oder *Pierre-Angel Piasenta* betroffen haben, konnte aufgrund öffentlich verfügbarer Informationen nicht in Erfahrung gebracht werden.

3. Raiffeisen (2018): Corporate Governance in einer genossenschaftlich organisierten Bank

Im Dezember 2017 hat die FINMA das Enforcementverfahren gegen *Pierin Vincenz*, den ehemaligen CEO von Raiffeisen Schweiz, beendet, nachdem dieser entschieden hatte, von seinen Führungsfunktionen bei beaufsichtigten Finanzinstituten zurückzutreten und auch künftig auf solche Funktionen zu verzichten.[73] Im Juni 2018 hat die FINMA sodann ihr Enforcementverfahren gegen Raiffeisen Schweiz zu Corporate-Governance-Themen abgeschlossen.[74] Einen gewissen Vergütungsbezug gab es auch hier.

Mit Verfügung vom 12. Juni 2018 hat die FINMA festgestellt, dass die Bank Interessenkonflikte ungenügend gehandhabt hat. Zudem hat die FINMA festgestellt, dass der Verwaltungsrat der Bank die Aufsicht über den ehemaligen CEO vernachlässigt hat, wodurch diesem zumindest potenziell ermöglicht wurde, eigene finanzielle Vorteile auf Kosten der Bank zu erzielen. Dies betrifft einerseits ein ungenügendes Risikomanagement bei Kreditvergaben, andererseits eine mangelnde Kontrolle der Ausgaben des ehemaligen CEO. So hat der ehemalige CEO etwa über Jahre hinweg hohe und pauschale Mandatshonorare an einen ihm nahestehenden Berater bezahlt und dabei das ihm als CEO zustehende Budget teils erheblich überschritten.

Ebenfalls mit Verfügung vom 12. Juni 2018 hat die FINMA, zusätzlich zu den von Raiffeisen bereits ergriffenen Massnahmen, weitere Massnahmen zur Verbesserung der Corporate Governance angeordnet. Unter anderem ordnete sie an, den Verwaltungsrat von Raiffeisen Schweiz zu erneuern und fachlich zu verstärken. Zudem wurde Raiffeisen Schweiz verpflichtet, die Vor- und Nachteile einer Umwandlung von der Rechtsform der Genossenschaft in eine Aktiengesellschaft vertieft zu prüfen. Diese Idee wurde aber inzwischen wieder verworfen, zumal Grossgenossenschaften auch ihre Berechtigung haben mögen, sofern genossenschaftsspezifische Anforderungen an die Corporate Governance erfüllt sind.[75]

Diese Verfügung wurde nicht angefochten und ist rechtskräftig. Der Fall rund um *Pierin Vincenz* liegt derzeit bei der Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich und wird voraussichtlich Ende Januar 2022 vor dem Bezirksgericht Zürich verhandelt.

4. UBS/CS (2020): Dividendenstreit der Schweizer Grossbanken in Zeiten von Covid-19

Die Covid-19-Pandemie hat im Frühjahr 2020 grosse Unsicherheiten verursacht, auch und insbesondere an den Finanzmärkten. Die FINMA hat sich im Rahmen ihrer Aufsichtstätigkeit vor allem dafür eingesetzt, dass Banken ihre Eigenmittel im Unternehmen behalten und nicht an die Aktionäre ausschütten, um so die Realwirtschaft nötigenfalls mit Liquidität zu versorgen. Eine Massnahme war eine umsichtige Ausschüttungspolitik, eine andere der Verzicht auf Aktienrückkaufprogramme. Während offenbar alle Unternehmen des Finanzsektors in der Schweiz ihre Aktienrückkaufprogramme ausgesetzt hatten, machte sich unter den Banken bei der Ausschüttung von Dividenden zunächst Widerstand bemerkbar.

[72] BVGer B-5264/2015 vom 31. Oktober 2016 E. 6, E. 6.3: «Ces éléments suffisent à établir des violations des principes de gouvernance en matière de rémunération incompatibles avec les exigences légales en matière de gestion des risques; le système de rémunération manquait de clarté, rétribuait certaines prestations à double et s'avérait apte à pousser les dirigeants à prendre des décisions défavorables aux sociétés.»

[73] Medienmitteilung der FINMA vom 21. Dezember 2017, FINMA beendet Verfahren gegen Pierin Vincenz, verfügbar unter <*https://www.finma.ch/de/news/2017/12/20171221-mm-pv*>.

[74] Medienmitteilung der FINMA vom 14. Juni 2018, Raiffeisen mit schwerwiegenden Mängeln bei Corporate Governance, verfügbar unter <*https://www.finma.ch/de/news/2018/06/20180614-mm-raiffeisen*>.

[75] Aus der Presse: FuW vom 15. Januar 2019, Raiffeisen wird wohl keine AG, verfügbar unter <*https://www.fuw.ch/article/raiffeisen-wird-nicht-zur-aktiengesellschaft*>. Weiterführend *Franco Taisch/Alexander Jungmeister/Nadja Fabrizio,* Corporate Governance von Genossenschaftsunternehmen, 2017, 57 ff., 175.

Am 25. März 2020 hat die FINMA die Schweizer Finanzinstitute im Rahmen einer Medienmitteilung zu einer umsichtigen Ausschüttungspolitik aufgerufen und einen Verzicht auf Aktienrückkaufprogramme gefordert.[76] Zugleich hat *Mark Branson*, damaliger Direktor der FINMA, in der Neuen Zürcher Zeitung dafür plädiert, dass Unternehmen die Ausschüttung von Dividenden kritisch prüfen sollten.[77] Am 31. März 2020 hat die FINMA sodann im Rahmen einer Aufsichtsmitteilung wiederholt, dass die durch die Erleichterung bei der «Leverage Ratio» freigesetzten Eigenmittel nicht auszuschütten sind.[78]

Die beiden Grossbanken, UBS und CS, liessen sich davon zunächst nicht beeindrucken, haben dann aber doch eingelenkt, nachdem die FINMA die Verwaltungsräte der beiden Grossbanken schriftlich um eine Wiedererwägung ihrer Ausschüttungspläne ersucht hatte. In der Folge hatten sich Grossbanken und FINMA dahingehend geeinigt, dass die Grossbanken die Hälfte ihrer geplanten Dividendenausschüttung für das Jahr 2019 auf einen Zeitpunkt im vierten Quartal des Jahres 2020 verschoben haben.[79] Da sich die Situation im Herbst 2020 vorerst beruhigt hatte, konnte auch die zweite Dividendentranche vollumfänglich ausbezahlt werden. Auch in Europa wurden die Massnahmen sodann allmählich gelockert.[80]

In diesem Zusammenhang besonders erwähnenswert ist jedoch, dass die FINMA – zumindest vordergründig – keine Anordnungen im Vergütungsbereich getroffen hat. Die europäischen Regulatoren, insbesondere *Andrea Enria,* Vorsitzender des Aufsichtsgremiums der Europäischen Zentralbank, der in der Financial Times bereits im März 2020 zu extremer Zurückhaltung («extreme moderation») bei den Boni aufgefordert hat, sind hier deutlich weiter gegangen.[81] Daher lässt sich zumindest nachträglich feststellen, dass die FINMA sich klar auf die Seite der Bankleitung und gegen die Aktionäre gestellt hat. Immerhin haben die Grossbanken von sich aus, vielleicht aber auch auf Druck der FINMA (man weiss es nicht), dem Ruf nach Solidarität der Bankleitung mit den Aktionären nachgegeben. Die UBS hat bereits damals Massnahmen im Bereich der Vergütungen von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung in Aussicht gestellt, sofern die zweite Dividendentranche nicht vollständig ausbezahlt werden sollte. Die CS ist zwar zunächst still geblieben, hat dann aber doch auch laut über Opfer nachgedacht.

5. CS (2021): Corporate Governance im Rahmen der Beschattungsaffäre einer Grossbank

Im Dezember 2019 hat die FINMA im Kontext der Beschattungsaffäre einen unabhängigen und sachkundigen Prüfbeauftragten i.S.v. Art. 24*a* FINMAG bei der CS eingesetzt.[82] Die FINMA bezweckt damit die Aufklärung aufsichtsrechtlich relevanter Fragen der Corporate Governance bei der Bank. Das Bundesverwaltungsgericht wie auch das Bundesgericht haben die seitens der CS beanstandete Unabhängigkeit des Prüfbeauftragten bestätigt.[83] Im September 2020 hat

[76] Medienmitteilung der FINMA vom 25. März 2020, FINMA unterstützt das Liquiditätspaket des Bundesrats und rollt weitere Massnahmen aus, verfügbar unter <*https://www.finma.ch/de/news/2020/03/20200325-mm-garantiepaket*>.

[77] NZZ vom 25. März 2020, Corona-Krise: Unternehmen sollten die Ausschüttung von Dividenden kritisch prüfen, verfügbar unter <*https://www.nzz.ch/meinung/corona-krise-unternehmen-sollten-die-ausschuettung-von-dividenden-kritisch-pruefen-ld.1548394*>.

[78] Aufsichtsmitteilung der FINMA vom 31. März 2020, FINMA-Aufsichtsmitteilung: Befristete Erleichterungen für Banken infolge der Covid-19-Krise, verfügbar unter <*https://www.finma.ch/de/news/2020/03/20200331-meldung-finma-aufsichtsmitteilung-02-2020*>.

[79] Medienmitteilung der FINMA vom 9. April 2020, FINMA begrüsst Dividenden-Schritt der Grossbanken, verfügbar unter <*https://www.finma.ch/de/news/2020/04/20200409-mm-dividende*>.

[80] Aus der Presse: NZZ vom 16. Dezember 2020, Banken der Euro-Zone dürfen trotz Pandemie-Risiken unter Auflagen wieder Dividenden zahlen und Aktien zurückkaufen, verfügbar unter <*https://www.nzz.ch/wirtschaft/banken-duerfen-wieder-dividenden-zahlen-und-aktien-zurueckkaufen-ld.1592345*>.

[81] FT vom 31. März 2020, ECB financial supervisor urges banks to cut back on bonuses, verfügbar unter <*https://www.ft.com/content/24740ddb-7cc8-4a3a-8fbe-616ea9b4ac7d*>.

[82] Medienmitteilung der FINMA vom 20. Dezember 2019, Credit Suisse «Beschattungsaffäre»: FINMA setzt Prüfbeauftragten ein, verfügbar unter <*https://finma.ch/de/news/2019/12/20191220-mm-cs*>. Aus der Presse: NZZ vom 2. September 2020, Beschattungsaffäre: Finanzmarktaufsicht durchleuchtet die Credit Suisse, verfügbar unter <*https://www.nzz.ch/wirtschaft/finma-eroeffnet-verfahren-gegen-credit-suisse-ld.1574536*>.

[83] BVGer B-589/2020 vom 6. April 2020 E. 3, E. 4, E. 5; BGer 2C_399/2020 vom 28. Dezember 2020 E. 7, E. 8.

die FINMA in demselben Kontext ein Enforcementverfahren gegen die CS eröffnet.[84] Im Oktober 2021 hat die FINMA ihr Verfahren gegen die CS im Zusammenhang mit der Beschattungsaffäre abgeschlossen.

In der entsprechenden Verfügung hat die FINMA festgestellt, dass bei der CS im Zusammenhang mit Observationstätigkeiten gravierende organisatorische Mängel bestanden. Die FINMA attestiert der CS eine mangelhafte Corporate Governance und organisatorische Mängel, welche die Weisungsebene, das Verhalten von Teilen der Geschäftsleitung, die Dokumentation, die Aufarbeitung von risikorelevanten Ereignissen sowie die interne Kommunikation erfassen. Nach Ansicht der FINMA verfügte die CS im betroffenen Sicherheitsbereich über keine angemessene Organisation im Sinne des Schweizer Bankengesetzes und bot diesbezüglich im massgeblichen Zeitpunkt auch keine Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit.

In diesem Zusammenhang hat die FINMA Massnahmen gegen die Bank verfügt, zwei Personen gerügt und ein Enforcementverfahren gegen drei weitere Personen eröffnet. Die CS wird durch die FINMA verpflichtet, ein neues internes Reporting aufzubauen, mit dem die Geschäftsleitung den Verwaltungsrat oder einen seiner Ausschüsse kontinuierlich über wichtige Governance-Themen informiert. Zudem müssen allfällige Observationen neu von der obersten Führungsebene (CEO und VR-Präsidium) genehmigt werden und die CS muss weitere Massnahmen ergreifen, um geschäftsrelevante Kommunikation nachvollziehbar zu dokumentieren. Schliesslich hat die FINMA zwei Personen schriftlich gerügt sowie gegen drei weitere Personen Enforcementverfahren eröffnet.

Aus Vergütungssicht besonders interessant ist, dass der bisherige CEO der CS wegen der Beschattungsaffäre eine Lohneinbusse hinnehmen musste.[85] Die Gesamtvergütung von *Tidjane Thiam* in seiner Rolle als CEO der CS war im Jahr 2019 15% geringer als im Vorjahr ausgefallen, da er die nicht finanziellen Ziele des Vergütungssystems bloss zu 50% erfüllt haben soll.[86] Es lässt sich daher feststellen, dass der Markt und das Vergütungssystem der Bank offenbar doch zu funktionieren scheinen. Falls die weiteren Untersuchungen der FINMA jedoch tatsächlich zeigen sollten, dass der bisherige CEO von den Beschattungen gewusst hatte, könnte er ausserdem seinen Anspruch auf die langfristig gesperrten Lohnanteile verlieren.

V. The Ugly – Vergütungsrundschreiben und Aufsichtspraxis in harmonischer Dissonanz?

Das Zusammenspiel von Regulierung und Aufsicht bezüglich Vergütungssystemen von Finanzinstituten eröffnet interessante Perspektiven, insbesondere im Hinblick auf die gesetzlich verankerten Aufgaben und Aufsichtsinstrumente der FINMA. Ausgehend davon und unter Berücksichtigung der vorstehend besprochenen Aufsichtspraxis liegt die Schlussfolgerung nahe, dass die FINMA Finanzmarktrecht zugegebenermassen relativ gut kann, bei der Beurteilung von gesellschaftsrechtlichen Fragestellungen aber grössere Zurückhaltung ins Werk setzen sollte.

1. Aufgaben der FINMA: Aufsichtstätigkeit zwischen Gesellschafts- und Finanzmarktrecht

Neben internationalen Aufgaben, die vorliegend nicht im Vordergrund stehen, liegt die Aufgabe der FINMA gemäss Art. 6 FINMAG einzig und allein in der Ausübung der Aufsicht nach den Finanzmarktgesetzen – bei Banken das Bankengesetz, bei Versicherungen das Versicherungsaufsichtsgesetz – und dem Finanzmarktaufsichtsgesetz. Daraus abzuleiten, dass die FINMA nur Finanzmarktrecht, nicht aber Gesellschaftsrecht durchsetzen darf, ist daher naheliegend.

[84] Medienmitteilung der FINMA vom 2. September 2020, Credit Suisse «Beschattungsaffäre»: FINMA eröffnet Enforcementverfahren, verfügbar unter <*https://finma.ch/de/news/2020/09/20200902-mm-cs-verfahrenseroeffnung*>.

[85] Medienmitteilung der FINMA vom 19. Oktober 2021, Credit Suisse «Beschattungsaffäre»: FINMA stellt schwere Aufsichtsrechtsverletzungen fest, verfügbar unter <*https://www.finma.ch/de/news/2021/10/20211019---mm---obs*>. Aus der Presse: NZZ vom 19. Oktober 2021, Die Finma lanciert in der Credit-Suisse-Beschattungsaffäre ein Verfahren gegen drei Einzelpersonen, verfügbar unter <*https://www.nzz.ch/wirtschaft/credit-suisse-beschattungsaffaere-verfahren-und-ruege-der-finma-ld.1651086*>.

[86] Geschäftsbericht 2019 der CS vom 25. März 2020, 255 ff., 263: «Die nicht finanzielle Komponente betrug in der Beurteilung des Vergütungsausschusses angesichts der Vorkommnisse rund um die Beschattungen 50% seiner maximalen Opportunität, verglichen mit 100% für das vorhergehende Jahr.»

So einfach ist es aber auch nicht. Bei vielen Themen an der Schnittstelle zwischen Gesellschafts- und Finanzmarktrecht ist nämlich nicht ohne Weiteres klar, ob diese nun tatsächlich privat- oder aufsichtsrechtlicher Natur sind.

Ein Beispiel hierfür sind etwa finanzmarktrechtliche Organisationspflichten, welche das gesellschaftsrechtliche Organisationsrecht ergänzen und erweitern.[87] Das Bankengesetz und die Bankenverordnung kennen verschiedene Organisationsvorschriften für Banken, welche insbesondere im Rahmen der Bewilligungserteilung, darüber hinaus aber auch während der laufenden Aufsicht gegeben sein müssen.[88] Das Versicherungsaufsichtsgesetz und die Versicherungsaufsichtsverordnung enthalten ebenfalls entsprechende Organisationsvorschriften für Versicherungen.[89] In diesem Zusammenhang lässt sich sagen, dass die durch das Vergütungsrundschreiben bezweckte Kontrolle von Vergütungssystemen, damit keine unangemessenen Risiken geschaffen werden, durchaus von diesen Organisationsvorschriften gedeckt sind. Die Aufsichtstätigkeit der FINMA in diesem Bereich ist daher nicht zu beanstanden.

Viel schwieriger stellt sich demgegenüber die Situation dar, wonach es im Kern um den Umgang mit Interessenkonflikten zwischen der Unternehmensleitung und den Aktionären geht. Auf diesem Feld mutet es oft seltsam an, wenn die FINMA im Rahmen der laufenden Aufsicht tätig wird, auch wenn diese Themen inzwischen zumindest ansatzweise im Aufsichtsrecht gespiegelt sind.[90] Denn dadurch ändert sich nichts, dass es sich hierbei um genuines Gesellschaftsrecht handelt, das nötigenfalls von den Mitgliedern eines körperschaftlich organisierten Zweckverbands vor den Zivilgerichten – und nicht von der Aufsichtsbehörde mit Schutzwirkung zugunsten aller Marktteilnehmer – durchgesetzt werden muss. Ein Vorbehalt mag für besonders krasse Fallkonstellationen gelten, in denen weitere Behörden und Stellen, insbesondere Strafbehörden, auf den Platz gerufen werden. Aber mehr als Stein des Anstosses darf die FINMA auch hier nicht sein.

Möglicherweise aufschlussreich, sicherlich aber interessant, ist die Praxis der Übernahmekommission (UEK) zur Absteckung ihres eigenen Zuständigkeitsbereichs. Anknüpfungspunkt sind die unzulässigen Abwehrmassnahmen i.S.v. Art. 37 UEV, wonach die UEK auch offensichtliche Verletzungen des Gesellschaftsrechts prüfen kann.[91] Nach Ansicht der UEK «muss die Verletzung des formellen oder materiellen Gesellschaftsrechts qualifizierter Art und aufgrund einer summarischen Prüfung relativ leicht erkennbar sein».[92] Für offenlegungsrechtliche Fragestellungen ist die UEK demgegenüber klarerweise und zu Recht nicht zuständig.[93] Mit Vorsicht zu geniessen und keinesfalls auf die Aufsichtspraxis der FINMA zu übertragen sind jedoch die dahingehenden Ausführungen der UEK, dass übermässig hohe Bonuszahlungen auch ausserhalb einer Übernahmesituation und daher nicht nur als Abwehrmassnahme eine offensichtliche Verletzung von Gesellschaftsrecht darstellen.[94] Für eine Aussage in dieser Allgemeinheit fehlt es

87 Für die Schweiz: *Beat Stöckli,* Die Organisation von Banken, Diss., 2008, 74 ff. (allgemeine Organisationspflichten), 102 ff. (besondere Organisationspflichten); *Beat Stöckli,* Die Organisation von Banken, ST 8/2008, 584 ff., 585 f. Für Deutschland: *Rolf Sethe,* Erweiterung der bank- und kapitalmarktrechtlichen Organisationspflichten um Reporting-Systeme, ZBB 19 (2007), 421 ff.

88 Vgl. Art. 3 Abs. 2 lit. a und Art. 3*f* Abs. 2 BankG, Art. 9 bis Art. 14 BankV. Zur Innovationsförderung (FinTech) Art. 1*b* Abs. 3 lit. a BankG, Art. 14*a* bis Art. 14*g* BankV. Siehe auch FINMA-RS 17/1 «Corporate Governance – Banken».

89 Vgl. Art. 4 Abs. 2 lit. b VAG, Art. 78 Abs. 1 lit. c, Art. 105, Art. 164 und Art. 191 AVO. Für das Risikomanagement Art. 22 Abs. 1 VAG, Art. 96 bis Art. 98*a* AVO. Siehe auch FINMA-RS 17/2 «Corporate Governance – Versicherer».

90 Für Banken: Art. 11 BankV; FINMA-RS 17/1 «Corporate Governance – Banken», Rz. 9 ff. (Oberleitungsorgan), Rz. 47 ff. (Geschäftsleitung). Für Versicherungen: FINMA-RS 17/2 «Corporate Governance – Versicherer», Rz. 16 ff. (Verwaltungsrat).

91 Zur gesetzlichen Grundlage Art. 132 Abs. 3 lit. b FinfraG. Aus der Literatur: SK UEV-*Gericke/Wiedmer,* Art. 37 N 17 ff.

92 Grundlegend Empfehlung 249/05 der UEK vom 23. August 2005, E. 1.3.2, bestätigt in: Empfehlung 343/03 der UEK vom 20. Dezember 2007, E. 2.1.1.4; Verfügung 408/01 der UEK vom 2. April 2009, Rz. 5; Verfügung 410/02 der UEK vom 16. Juni 2009, Rz. 22; Verfügung 540/01 der UEK vom 25. Juli 2013, Rz. 56; Verfügung 600/01 der UEK vom 22. April 2015, Rz. 36.

93 Siehe hierzu Empfehlung 358/03 der UEK vom 30. April 2008, Rz. 35, wonach «offenlegungsrechtliche Fragen […] grundsätzlich nicht in die Zuständigkeit der Übernahmekommission fallen».

94 Empfehlung 294/14 der UEK vom 5. März 2007, E. 2.4.1, mit dem Ergebnis, «dass übermässig hohe Bonuszahlungen nicht nur eine gesetzwidrige Abwehrmassnahme […], sondern wegen ihrer offensichtlichen Verletzung von Gesellschaftsrecht auch eine unzulässige Abwehrmassnahme […] darstellen».

nicht nur an einer gesetzlichen Grundlage, sondern auch an konzeptioneller Schärfe.

Einen Exkurs wert ist auch die Kognitionsbefugnis der UEK bezüglich Art. 659 OR bei der Beurteilung von Aktienrückkaufprogrammen. Zunächst hat die UEK einen Verstoss gegen diese aktienrechtliche Vorschrift als unbedenklich eingestuft, solange dieses Vorgehen auf einem Beschluss der Generalversammlung beruht.[95] Sodann hat sie solche Verstösse als unbedenklich betrachtet, wenn die entsprechende Anzahl Aktien innert angemessener Frist zwecks Kapitalherabsetzung vernichtet wird.[96] In einem nächsten Entwicklungsschritt hat die UEK betont, dass gesellschafts- und finanzmarktrechtliche Normkomplexe klar voneinander zu trennen und die gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen stets einzuhalten sind, wobei ein Generalversammlungsbeschluss und die bisherige Aktienvernichtung noch nicht hinreichend sind.[97] In einem kurzen Intermezzo hat sich die UEK sodann dazu verleiten lassen, eine Verletzung von Art. 659 Abs. 1 OR nicht nur zu tolerieren, sondern auch abzusegnen, sofern gewisse Verfahrensschritte erfolgen und das Schutzkonzept der Kapitalherabsetzung vorgängig eingehalten wurde.[98] Nachdem die UEK die Einhaltung dieser Vorschrift generell als offensichtliche Verletzung von Gesellschaftsrecht qualifiziert hatte, ist sie mit gutem Grund wieder zur früheren Praxis zurückgekehrt und weist seither bloss auf die Pflicht zur Einhaltung dieser Vorschrift hin.[99]

2. Aufsichtsinstrumente der FINMA: Abklärungen und Sanktionen im dualistischen System

Die Aufsichtsinstrumente der FINMA, welche im dritten Kapitel des Finanzmarktaufsichtsgesetzes (Art. 24 bis Art. 37 FINMAG) geregelt werden, sind zwar «fachübergreifend» konzipiert, aber vor allem auf finanzmarktrechtliche Sachverhalte und Rechtsfragen ausgelegt.[100] Dies zeigt sich in der gesetzlichen Umschreibung des Anwendungsbereichs der Aufsichtsinstrumente, wo jeweils von einer («schweren») «Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen» gesprochen wird.[101] Zur Auflösung von gesellschaftsinternen Interessenkonflikten ist dieses Instrumentarium nicht oder nur bedingt geeignet. Immerhin verwendet das Gesetz vereinzelt den unbestimmten Rechtsbegriff der («schweren» oder «sonstigen») «Missstände», worunter auch gesellschaftsrechtliche Problemkreise subsumiert werden können.[102]

Der FINMA steht höchstens gestützt auf die Generalklausel von Art. 31 Abs. 1 FINMAG (Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands) eine Sanktionskompetenz für gesellschaftsrechtlich begründete Missstände zu. Der FINMA wird in diesem Zusammenhang ein relativ weiter Ermessensspielraum zugestanden.[103] In rechtsstaatlicher Hinsicht ist das nicht unbedenklich, zumal so Tür und Tor geöffnet werden für Kompetenzattraktionen ohne voraussehbare Grenzen. Das Bundesgericht hat immerhin entschieden, dass es sich hierbei um keine umfassen-

95 Empfehlung 127/01 der UEK vom 15. April 2002, E. 2; Empfehlung 129/01 der UEK vom 17. Mai 2002, E. 3.

96 Empfehlung 289/01 der UEK vom 2. August 2006, E. 2; Empfehlung 342/01 der UEK vom 9. November 2007, E. 2.5.

97 Empfehlung 355/01 der UEK vom 25. Februar 2008, E. 2.3; Empfehlung 366/01 der UEK vom 27. März 2008, Rz. 15; Empfehlung 361/01 der UEK vom 17. April 2008, Rz. 14, Rz. 15; Empfehlung 367/01 der UEK vom 9. Mai 2008, Rz. 14, Rz. 15; Empfehlung 374/01 der UEK vom 24. Juni 2008, Rz. 14, Rz. 15; Empfehlung 388/01 der UEK vom 21. Oktober 2008, E. 4; Empfehlung 390/01 der UEK vom 28. Oktober 2008, E. 4; Empfehlung 404/01 der UEK vom 26. September 2008, Rz. 28.

98 Grundlegend Verfügung 408/01 der UEK vom 2. April 2009, E. 2 (Revisionsbericht, Kapitalherabsetzungsbeschluss der Generalversammlung, dreimaliger Schuldenruf), bestätigt in: Verfügung 414/01 der UEK vom 29. Mai 2009, E. 4; Verfügung 420/01 der UEK vom 4. September 2009, E. 3.2.

99 Änderung der Praxis mit Verfügung 435/02 der UEK vom 24. Februar 2010, E. 2: «Die Tragweite von Art. 659 Abs. 1 OR ist nach wie vor umstritten», bestätigt in: Verfügung 451/01 der UEK vom 11. November 2011, Rz. 10.

100 Siehe hierzu etwa *Nobel* (Fn. 5), § 5 N 122, wonach die Aufsichtsinstrumente «fachübergreifend» sind.

101 Vgl. Art. 27 Abs. 2 und Abs. 3 (Prüfung), Art. 30 (Verfahrenseröffnung), Art. 31 Abs. 1 (Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands), Art. 32 Abs. 1 (Feststellungsverfügung), Art. 33 (Berufsverbot), Art. 34 (Verfügungsveröffentlichung), Art. 35 Abs. 1 und Abs. 2 (Gewinneinziehung), Art. 36 Abs. 1 (Untersuchungsbeauftragte) und Art. 37 Abs. 1 (Bewilligungsentzug) FINMAG.

102 Vgl. Art. 27 Abs. 2 und Abs. 3 (Prüfung) und Art. 31 Abs. 1 (Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands) FINMAG. Zum Begriff BSK FINMAG-*Pfiffner,* Art. 27 N 77 (sonstige Missstände) und N 89 (schwere Missstände); BSK FINMAG-*Roth Pellanda/Kopp,* Art. 31 N 4 ff.

103 Aus der Literatur: *Urs Zulauf/David Wyss/Kathrin Tanner/Michael Kähr/Claudia M. Fritsche/Patric Eymann/Fritz Ammann,* Finanzmarktenforcement, 2. Aufl., 2014, 225; *Jean-Baptiste Zufferey/Franca Contratto,* FINMA, 2009, 114; BSK FINMAG-*Roth Pellanda/Kopp,* Art. 31 N 5.

de polizeiliche Generalklausel handelt.[104] Im Übrigen ist die bundesgerichtliche Praxis eher dünn gesät und nur wenig aufschlussreich.[105]

Die Prüfgesellschaft untersteht im Rahmen der Prüfung gestützt auf Art. 27 Abs. 2 und Abs. 3 FINMAG neben der vorausgehenden Pflicht zur Fristansetzung einer Informationspflicht, welche auch bei im Gesellschaftsrecht angelegten Missständen zum Zug kommen kann. Der Stellhebel der Prüfgesellschaft ist allerdings sehr begrenzt, da ihr bloss eine Meldepflicht gegenüber der FINMA zusteht, nicht aber weitere Kompetenzen. Für Sachverhaltsabklärungen im Rahmen des dualistischen Aufsichtssystems ist dieses Aufsichtsinstrument der FINMA dennoch nicht zu unterschätzen.[106]

Prüfbeauftragte i.S.v. Art. 24*a* FINMAG sind von der FINMA beauftragte, unabhängige und fachkundige Personen, welche beim beaufsichtigten Finanzinstitut Prüfungen durchführen.[107] Die Aufgaben eines Prüfbeauftragten werden in der Einsetzungsverfügung umschrieben. Bei der CS wurden bereits zweimal Prüfbeauftragte eingesetzt, einmal in einem finanzmarktrechtlichen Fall, einmal in einem gesellschaftsrechtlichen Fall.[108] Die bisherigen Erfahrungen mit Prüfbeauftragten sind durchaus positiv zu werten, insbesondere wegen deren umfassenden Einsichts- und Auskunftsrechten. Die Durchschlagskraft von Prüfbeauftragten dürfte sich im Gesamtkontext dennoch in Grenzen halten, zumal sie sich auf Informations- und Berichterstattungspflichten gegenüber der FINMA zu beschränken haben.

Untersuchungsbeauftragte i.S.v. Art. 36 FINMAG sind von der FINMA beauftragte, unabhängige und fachkundige Personen, welche einen aufsichtsrechtlich relevanten Sachverhalt abklären oder von ihr angeordnete aufsichtsrechtliche Massnahmen umsetzen.[109] Bei den Sanktionen im Fall KPT wurde beispielsweise ein Untersuchungsbeauftragter mit Organstellung eingesetzt, um die Bestellung des Verwaltungsrats durch das zuständige Wahlgremium vorzubereiten und das Versicherungsunternehmen bis dahin auf Stufe Verwaltungsrat zu führen.[110] Dieses Rechtsinstitut hat auch für gesellschaftsrechtliche Themen viel Potenzial, selbst wenn viele Fragen bei der praktischen Umsetzung noch offen sind, etwa das Verhältnis der Befugnisse und Pflichten des Untersuchungsbeauftragten zu den organschaftlichen Sorgfalts-, Treue- und Gleichbehandlungspflichten nach Art. 717 OR.

VI. Fazit und Ausblick

Die Rolle der FINMA bei Vergütungen in Banken und Versicherungen ist diffus und nur schwer fassbar. Dieser Umstand hängt zunächst damit zusammen, dass die rechtlichen Rahmenbedingungen für solche Vergütungen keine klare Zielfunktion vorgeben, sondern bereits im Ansatz grundverschieden sind. Der «Polarstern» rund um Vergütungen von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung börsenkotierter Gesellschaften, der im Verlauf der vergangenen Dekade in den Himmel hochgestiegen ist und dort für solche Vergütungsfragen Orientierung bietet, ist tatsächlich ein Doppelstern, bestehend aus Mitsprache der Aktionäre (Polaris Aa) und Transparenz (Polaris Ab), flankiert von einem Begleitstern, dem Verbot unzulässiger Vergütungen (Polaris B). Dieses Dreifachsternsystem entschärft den Agenturkonflikt zwischen Aktionären und Unternehmensleitung. Der «regulatorische Norden», der auch dem Vergütungsrundschreiben der FINMA zugrunde liegt, zeigt demgegenüber auf eine andere Position am Himmelszelt, die nicht minder wichtig ist. Die von Vergütungssystemen bei Finanzinstituten ausgehenden Anreize, unter Inkaufnahme übermässiger Risiken zulasten der Arbeitgeberin möglichst hohe Entschädigungen für den geleisteten Arbeitseinsatz zu erzielen, können ebenso krisentreibend und schädlich für die Volksgesundheit sein wie das kurzfristige Denken am Finanzmarkt. Diese Überlagerung einer vielschichtigen Materie im Raum-Zeit-Gefüge macht es der

104 BGE 137 II 431 (Zulässigkeit der Herausgabe von Bankkundendaten der UBS an die amerikanischen Behörden durch die FINMA im Februar 2009), E. 2.3: «Auch in diesem Rahmen muss die FINMA – trotz des ihr eingeräumten technischen Ermessens – gesetzeskonform handeln.»

105 BGE 143 II 162 (Umfang der aufsichtsrechtlichen Kompetenzen der FINMA gegenüber den geldwäschereirechtlichen Selbstregulierungsorganisationen), E. 4.3.2.

106 Ähnlich BSK FINMAG-*Pfiffner,* Art. 27 N 70 f.

107 Zu Funktion und Einsatzbereich von Prüfbeauftragten BSK FINMAG-*Pfiffner,* Art. 24 N 7 ff.

108 Siehe hierzu vorne unter III.4 (Geldwäscherei) und IV.5 (Beschattungsaffäre).

109 Näheres bei BSK FINMAG-*Maurenbrecher/Terlinden,* Art. 36 N 12 ff. (Aufgaben) und N 38 ff. (Einsatzbereiche).

110 Siehe hierzu vorne unter III.1.

FINMA natürlich nicht einfach, Banken und Versicherungen den Weg durch die Vergütungslandschaft des Finanzplatzes Schweiz zu weisen.

Besonders problematisch ist aber die dahingehende Entwicklung der Aufsichtspraxis der FINMA, neben ihrem angestammten Bereich, dem Finanzmarktrecht, auch in weiteren Gebieten des Wirtschaftsrechts, insbesondere im Gesellschaftsrecht, regulierend einzugreifen. Was gut gemeint ist, um Rechtsdurchsetzungsdefiziten im Wirtschaftsrecht entgegenzuwirken, wird sich in Tat und Wahrheit als Risiko entpuppen. So lässt etwa der Pandemieausweis der FINMA durchaus zu wünschen übrig. Nachdem eine Nulltoleranz bei der Aktienrückkaufpolitik vorgegeben und ein Mittelweg bei der Dividendenpolitik gefunden wurde, überzeugt die «Laissez-faire»-Haltung bei der Lohnpolitik für einmal nicht: Das letztjährige Pandemiebekämpfungsdispositiv der FINMA hat, aus einem gesellschaftsrechtlichen Blickwinkel betrachtet, den Konflikt zwischen Aktionären und Unternehmensleitung bei Finanzinstituten nicht entschärft, sondern zusätzlich befeuert. Vor diesem Hintergrund zeigt sich das Standbild, dass die FINMA im Rahmen der Corporate Governance von Banken und Versicherungen von der Rolle eines «Gatekeeper» in die Rolle des «Governor» emporgestiegen ist, da sie zunehmend in die gesellschaftsinternen Geschicke eines Unternehmens eingreift und das Kräftegleichgewicht aller beteiligten Anspruchsgruppen unter Rückgriff aus das ihr zustehende technische Ermessen nach eigenem Empfinden neu verteilt. Ob diese Entwicklung nun «gut», «böse» oder «hässlich» ist, will, kann und muss ich hier nicht abschliessend beurteilen. Eine gelungene Sinfonie hört sich in meinen Ohren jedenfalls anders an.