



**Mark Pieth, Lukas Handschin, Hans-Peter Bauer, Andreas
Müller, Greta Fenner**

Verhaltensregeln für die Verwaltung von Vorsorgeeinrichtungen

GOVERNANCE

BASEL INSTITUTE ON GOVERNANCE





Basel Institute on Governance

The Basel Institute on Governance is an independent non-profit institution devoted to interdisciplinary research and policy advice in the areas of public, corporate and global governance, as well as international judicial cooperation and asset recovery. The Institute acts as a centre of competence by combining scientific methodology with hands-on practical experience to provide applied solutions to concrete problems. Based in Switzerland and associated with the University of Basel, the Institute is composed of internationally recognised academics as well as practitioners with long-standing experience in the matters at stake. It further relies on a wide network of partners from around the world and works with all stakeholder groups concerned.

Working Papers

In this working paper series the Basel Institute on Governance publishes reports by staff members and invited international experts, covering critical issues of governance theory and practice. For a list of our publications visit www.baselgovernance.org.

Thanks

Dieser Bericht wurde vom Basel Institute on Governance im Auftrag des Schweizerischen Bundesamtes für Sozialversicherungen (BSV) verfasst. Die Publikation des Berichtes geschieht mit dem Einverständnis des BSV.

Hans-Peter Bauer, Lukas Hanschin, Mark Pieth, Andreas Müller, Gretta Fenner / Verhaltensregeln für die Verwaltung von Vorsorgeeinrichtungen

February 2007

Design: Ursula Bürki, Designer, Basel (Switzerland)

Ordering information: Basel Institute on Governance, Peter Merian-Weg 8, Postfach,

4002 Basel, Switzerland

www.baselgovernance.org

info@baselgovernance.org

ISSN: 2624-9650

About the Authors

Dr Hans-Peter Bauer studied Economics and Business Administration at St. Gallen University in Switzerland and the London School of Economics. He spent his entire professional career with Swiss Bank Cooperation and, since the merger, with UBS. His major tasks included that of a Chief Operations Officer for the German subsidiary of SBC, the build-up and the management of a Global Compliance Organisation, Head of Divisional Governance (Legal, Compliance, Communications) for the Global Private Bank, the Chief Risk Officer for the Retail Bank in Switzerland and the Global Private Bank and, finally, he acted as Global Head of Regulatory Relations and Strategy for the UBS Group.

In April of 2004, after 26 years of a banking career, Peter decided to retire to have more time for strategic aspects of compliance at large and, in particular, money laundering, the fight against terrorism, corruption and financial crime as well as their impact on the reputation risk for the firm. Peter is also one of the initiators and a founding member of the Wolfsberg Group which has actively contributed to international standards against money laundering (incl. corruption) and the financing of terrorism.

Today he acts as Senior Advisor to the Wolfsberg Group and the Basel Institute of Governance as well as international organizations and banks.

Prof Dr iur Lukas Handschin is Attorney-at-law and Professor of law at the University of Basel. He has completed his PhD thesis as research associate to Prof. Karl Spiro at the University of Basel School of Law between 1986 and 1987, pursuant to which he did his clerkship at the district court of Zofingen (1987-1988). Since 1989, he practices as attorney-at-law. His preferred fields of practice include commercial and corporate law; banking law; competition law; reconstruction law; labour law; contract and tort law; real estate law, acquisitions by non-Swiss nationals; arbitration; procurement law; and private construction law. He has been an Assistant professor at the University of Basel since 1994, and a Professor at the Law School of the Basel University since 1999. Lukas Handschin has been a member of the Advisory Body of the Swiss Society for Sports Law since 1996, and a member of the Board of the Basel Institute on Governance since 2004.

Prof Dr iur Mark Pieth (born 1953) is Professor of Criminal Law and Criminology at the University of Basel, Switzerland. He completed his studies, his PhD in criminal procedure and his habilitation thesis (on sanctioning and broader criminological topics) at this University; after an extensive period abroad (most notably at the Max-Planck-Institute for Criminal Law and Criminology, Germany and the Cambridge Institute of Criminology, UK) and a time in private practice at the Bar (as Advokat). From 1989 to 1993 he was Head of Section on Economic and Organised Crime in the Swiss Federal Office of Justice (Ministry of Justice and Police). Since 1990 Prof Pieth has chaired the OECD Working Group on Bribery in International Business Transactions. He has published extensively in the field of economic and organised crime, money laundering, corruption, sanctioning and criminal procedure. He has served as Dean of the Faculty of Law at the University of Basel. From 2003 to 2005 he was Member of the Independent Inquiry Committee into the Iraq Oil-for-Food Programme by the UN Secretary General. He has also assumed various presidencies and memberships of national commissions in Switzerland (President of the Expert

GOVERNANCE

BASEL INSTITUTE ON GOVERNANCE



Group of the National Research Programme on Violence and Organised Crime, Former President of the Federal Commission on Data Protection in the Medical Profession, Member of the Swiss Federal Gaming Commission, Member of the Consultative Commission to the Federal Administration of Finances on the Prevention of Money Laundering etc.).

Mark Pieth co-founded the Basel Institute on Governance of which he is Chairman of the Board. He has been a consultant to corporations, international organisations and foreign governments on issues related to governance, participates in the Wolfsberg AML Banking Initiative as a facilitator and is Board Member of the World Economic Forum Partnering Against Corruption Initiative (PACI).

Andreas Müller Andreas F. Müller will complete his legal studies at the University of Basel, Switzerland, in April 2008. After his graduation, he will join Homburger AG, one of the leading Swiss law firms in the field of business law, as a junior associate. Prior to working for the Basel Institute on Governance as a freelancer and legal expert, he was research assistant at the chair of Swiss and International Public Law under the direction of Prof. Dr. Anne Peters at the University of Basel. He was further tutor for Swiss Public Law.

His particular interests lie in Contract and Corporate Law, M&A as well as in Public Law.

Gretta Fenner is a political scientist by training and holds a masters degree from the Otto-Suhr-Institute for political science (Otto-Suhr-Institut für Politikwissenschaften) of the Freie Universität Berlin, Germany, and a degree in political sciences from the Paris Institute for Political Science (Institut d'Etudes Politiques or "Sciences Po").

Before joining the Basel Institute on Governance as its Director in November 2005, she has worked at the Anti-Corruption Division of the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), where she was responsible for cooperation with non-OECD member countries from Asia and the Pacific. In cooperation with the Asian Development Bank, she in particular developed and accompanied the implementation of the ADB/OECD Anti-Corruption Initiative for Asia-Pacific. In this framework, she assisted countries from the region in designing and implementing legal and institutional anti-corruption and governance reform. She further oversaw capacity building programmes in such diverse areas as prosecution of corruption, prevention of corruption in public procurement, and implementation of the UN Convention against Corruption, and directed and contributed to various publications on anti-corruption reform and institutions in the Asia-Pacific region. Also at the OECD Anti-Corruption Division, she has also been involved in similar projects in Central and Eastern Europe, South-East Europe, and the Middle East-North Africa region.



Inhaltsverzeichnis

A. Zusammenfassung	7
B. Problemlage und Anlass	9
I. Heterogenität und Grösse der Branche	9
II. Vertrauensschutz und Ordnungsmässigkeit	10
III. Qualität der Mitglieder des obersten Organs	11
IV. Externer Berater	11
V. Identifikation von Interessenkonflikten	12
VI. Parallel Running	12
VII. Zusammenarbeit mit unabhängigen, externen Vermögensverwaltern	13
VIII. Der Verhaltenskodex	14
IX. Externe Kontrolle und Aufsicht	15
X. Aufsichtsrechtliche Sanktionen	16
XI. Haftung	16
C. Geltendes Recht	18
I. Rechtsquellen	18
II. Inhalte	18
1. Pflichten des obersten Organs	18
2. Pflichten der Vermögensverwalter	19
3. Haftung und Sanktionen	20
a. <i>Zivilrechtliche Haftung</i>	20
b. <i>Aufsichtsrechtliche Massnahmen und Sanktionen</i>	20
c. <i>Strafrechtliche Sanktionen</i>	22
4. Externe Kontrolle und Aufsicht	23
D. Zu regelnde Bereiche	24
I. Pflichten des obersten Organs	24
1. Verantwortung für die ordnungsgemässe Geschäftsführung	24
2. Beachtung der drei curae bezüglich der Auswahl der Vermögensverwalter	25
3. Pflicht zum Erlass eines internen Reglements	25
4. Pflicht zur internen Kontrolle der Einhaltung des internen Reglementes und der gesetzlichen Vorgaben	26
5. Anforderungen an Mitglieder des obersten Organs	26



II. Pflichten der Vermögensverwalter	28
1. Anforderungen an Vermögensverwalter	28
2. Interessenkonflikte	28
3. Finanzielle Kick Backs (Retrozessionen, Mengenrabatte usw.)	29
4. Geschenke	30
5. Mandate	30
6. Eigengeschäfte (Mitarbeitergeschäfte)	31
7. Gleichbehandlungsgrundsatz	32
III. Aufsichtsrechtliche Massnahmen und Sanktionen	33
IV. Externe Kontrolle und Aufsicht	34
1. Kontrolle durch die Revisionsstelle	34
2. Kontrolle durch die Aufsichtsbehörden	36
E. Defizite	38
I. Bezüglich oberstem Organ	38
II. Bezüglich Vermögensverwalter	38
1. Anforderungen an Vermögensverwalter	38
2. Interessenkonflikte	38
3. Finanzielle Kick Backs (Retrozessionen, Mengenrabatte usw.)	39
4. Geschenke	39
5. Mandate	39
6. Eigengeschäfte (Mitarbeitergeschäfte)	39
III. Bezüglich Haftung und Sanktionen	39
IV. Bezüglich externer Kontrolle und Aufsicht	40
F. Regelungsoptionen	41
I. Selbstregulierung durch die Vorsorgeeinrichtungen	41
II. Umfassende gesetzliche Regelung mittels einer Revision des BVG sowie der BVV 2	41
III. Zwang zur beaufsichtigten Selbstregulierung	41
G. Regelungsvorschlag	43
I. Vorbehalt	43
II. Vorbemerkung	43
III. Änderung des BVG	43
IV. Änderung des BVV2	45
H. Literatur	48

A Zusammenfassung

Eine ganze Reihe von Problemfällen hat zu einer breiten Diskussion über das Verhalten der Verantwortlichen für Vorsorgeeinrichtungen geführt, insbesondere bei der internen und externen Verwaltung der Vorsorgevermögens, und aufgezeigt, dass beachtliche Defizite bestehen, vor allem wenn Vergleiche mit anderen professionellen Vermögensverwaltern, wie Banken, gezogen werden. Im Vordergrund muss der Schutz des guten Rufs der einzelnen Vorsorgeeinrichtung sowie das Vertrauen der Begünstigten in die Integrität der mit der Verwaltung dieses Sozialkapitals Betrauten stehen. Grundsätzlich sollten deshalb an Vorsorgeeinrichtungen, was den guten Ruf ihrer obersten Organe und die Gewährleistung der Ordnungsmässigkeit angeht, vergleichbare Anforderungen gestellt werden.

Der in dieser Studie vorgeschlagene Lösungsansatz versucht diesen Problemen gerecht zu werden. Dabei berücksichtigt er die strukturellen Vorgaben, sowohl in Bezug auf die Struktur der Vorsorgeeinrichtungen, die eine Vielzahl von ganz kleinen, aber auch ganz grossen Vorsorgeeinrichtungen kennt, wie auch die Struktur der Aufsichtsbehörden, die über weniger Erfahrung und Ressourcen verfügen, als das beispielsweise im Bankenbereich der Fall ist. Der Lösungsansatz muss zielgerichtet und praktisch umsetzbar sein.

Aus diesem Grund wird eine Lösung vorgeschlagen, die am besten mit den Worten „kontrollierte dezentrale Selbstregulierung“ umschrieben werden kann. Der Gesetz- und Verordnungsgeber definiert Zielvorgaben, denen die der Vorsorgeeinrichtungen insbesondere im Rahmen der Vermögensverwaltung entsprechen muss. Die Umsetzung dieser Zielvorgaben in spezifische reglementarische Grundsätze fällt dann in die Kompetenz der einzelnen Vorsorgeeinrichtungen. Dadurch kann auf die unterschiedlichen Strukturen der Vorsorgeeinrichtungen optimal eingegangen werden. Um sicherzustellen, dass diese internen Regulierungen gesetzes- und verordnungskonform sind, müssen die entsprechenden Reglemente den Aufsichtsbehörden zur Bewilligung vorgelegt werden.

Diese Reglemente regeln insbesondere auch die Organisation der Vorsorgeeinrichtung und die Grundsätze der Vermögensanlage („Loyalität“). Die Kontrolle der Einhaltung dieser Grundsätze wird den Revisionsstellen übertragen, die bereits jetzt in das System der Aufsicht eingebunden sind. Deren Rolle wird aber gestärkt und der Prüfungsauftrag wird ausdrücklich auf die Prüfung der Qualität der Geschäftsführung und die Einhaltung der Loyalitätsgrundsätze in den Reglementen erstreckt. Dank dieser erweiterten Prüfung erhalten Aufsichtsbehörden frühzeitig Kenntnis von die Vorsorgeeinrichtung gefährdenden Entwicklungen, so dass sie intervenieren können, bevor grössere Schäden entstehen.

Schliesslich soll das Sanktionenregime gestärkt werden und die Aufsichtsbehörden sollen Mittel erhalten, die Umsetzung der Geschäftsführungs- und Vermögensverwaltungsstandards zu kontrollieren. Neben einer allgemeinen Auskunfts- und Informationspflicht der Revisionsstellen gegenüber der Aufsichtsbehörde gehört dazu auch das Recht der Aufsichtsbehörden, selbst Prüfungen vorzunehmen und Sanktionen zu ergreifen. Diese Sanktionsmöglichkeiten sollten beispielsweise das Aussprechen von Bussen umfassen, sowie das Abberufen von Stiftungsräte und Revisionsstellen, und dies in schweren Fällen auch generell auch für zukünftige Mandate, sowie

schlussendlich Mechanismen für Gewinnabführung bei schwerwiegenden Verstössen gegen die Sorgfaltspflichten etc.

Gesetzestechisch erfolgt die Änderung durch eine Anpassung des BVG, die sich weitgehend darauf beschränkt, Grundsätze festzulegen und die Verordnungskompetenz des Bundesrates im Hinblick auf die Anpassungen der BVV 2 festzulegen. Die detaillierteren Vorgaben für die Geschäftsführung und Vermögensverwaltung sollen in der BVV 2 bzw. in den gestützt darauf erlassenen internen Reglementen festgelegt werden. Um die Vorsorgeeinrichtungen nicht mit der Erstellung dieser Reglemente zu überfordern, wird empfohlen, dass, allenfalls unter Einbezug interessierter Verbände oder Organisationen, Musterreglemente für die einzelnen Typen von Vorsorgeeinrichtungen erstellt werden, so dass sich vor allem kleinere Vorsorgeeinrichtungen ohne grossen Aufwand an die neuen Strukturen anpassen können.

B Problemlage und Anlass

In letzter Zeit lenken diverse Fälle die Aufmerksamkeit der Politik und Öffentlichkeit auf die Verhaltensregeln im Umgang mit Geldern der Vorsorgeeinrichtungen. Durch die Öffentlichkeit und die Medien aber auch durch die politisch Verantwortlichen wurde die Frage aufgeworfen, in wie weit die geltenden Verhaltensregeln (so genannte „Loyalität“) ausreichen, damit die Interessen der Begünstigten aus der beruflichen Vorsorge angemessen geschützt werden und die Integrität beim Umgang mit diesem Vermögen nicht in Frage gestellt wird. Im Vergleich zum Bankenwesen sind die existierenden Verhaltensregeln generell als schwächer zu bezeichnen, und dies gilt sowohl für die geltenden gesetzlichen Bestimmungen und der Sanktionen wie auch für die durch die Branche erarbeiteten Standards. Gleichzeitig sind in der so genannten „2. Säule“ grosse Summen von Geldern (rund CHF 500 Mia) angelegt, und die Vorsorgeeinrichtungen stellen nebst der AHV die wichtigste Säule des Schweizerischen Systems der Altersvorsorge dar. Jeder/m Erwerbstätigen wird per Gesetz ein Teil ihrer/seiner Einkünfte abgezogen und einer Vorsorgeeinrichtung zugewiesen, die der/die Beschäftigte nicht frei wählen kann; diese unterliegt der Wahl des Arbeitgebers.

Es ist im Interesse der 2. Säule, der aufgekommenen Unsicherheit bezüglich der Integrität der mit der Anlage von Vorsorgegeldern betrauten Personen und der Einhaltung der Loyalität in der Verwaltung möglichst schnell mit griffigen Massnahmen entgegen zu treten, da so klare Verhältnisse geschaffen werden und das momentane Risiko eines massiven Reputationsverlustes der Branche entschärft wird. Die Problematik besteht nicht nur darin, allfälligen materiellen Schaden für die Versicherten abzuwenden, sondern insbesondere das Risiko des Reputationsverlustes für das System der Vorsorgeeinrichtungen zu vermindern.

I. Heterogenität und Grösse der Branche¹

Im Rahmen der beruflichen Vorsorge verfügt die Schweiz insgesamt über rund 3'000 Vorsorgeeinrichtungen mit 3,3 Mio. Versicherten und einem Gesamtvermögen von rund CHF 500 Mia. (Stand Ende 2004). Die Gruppe der Vorsorgeeinrichtungen ist ausserordentlich heterogen indem sich die einzelnen Vorsorgeeinrichtungen nach Grösse, Industrie und Trägerschaft wesentlich unterscheiden. Die 57 grössten Vorsorgeeinrichtungen repräsentieren zwar nur 2% aller Vorsorgeeinrichtungen, decken aber 60% der Versicherten ab. Umgekehrt entfallen auf fast 70% der Vorsorgeeinrichtungen bzw. 2'100 Vorsorgeeinrichtungen lediglich 6% der Versicherten.

Bei solchen Grössenordnungen und Unterschieden besteht die Problematik jeder Regulierung und Aufsicht darin, Grundsätze und Regeln so aufzustellen, dass sie alle Beteiligten gleichermaßen treffen. Während Aufsichtsrecht nicht Strukturpolitik zum Ziel haben sollte, lässt sich nie gänzlich vermeiden, dass Art und Umfang der Regulierung sich auf die Betroffenen unterschiedlich auswirken und damit längerfristig auch zu strukturellen Anpassungen der betreffenden Branche und der Organisation der Aufsichtsbehörden führen können.

Das aktuelle Prinzip der beruflichen Altersvorsorge kennt keine freie Wahl der Vorsorgeeinrichtungen. Damit ist auch ein Wettbewerb unter den

1 EDI/BFS, Die berufliche Vorsorge in der Schweiz, Pensionskassenstatistik 2004, Neuchatel 2006

Vorsorgeeinrichtungen quasi in-existent. Der Markt kann somit weder disziplinierend noch konsolidierend auf die derzeitige Struktur einwirken, auch dort nicht wo mangelnde Qualität oder Wettbewerbsfähigkeit vorliegen. Generell ist es für kleinere Vorsorgeeinrichtungen und ihre Organe schwieriger, die gestiegenen Anforderungen an ein zeitgemässes Vorsorgeeinrichtungsmanagement zu erfüllen. Verschiedentlich wurde von erfahrenen Experten deshalb eine Konsolidierung unter den Vorsorgeeinrichtungen gefordert. Solange der Markt nicht spielen kann, richtet sich dieser Appell vor allem an die zuständigen Behörden und die Politik. Aber auch die Ständesvertreter sollten sich mit der Problematik in konstruktiver Absicht näher befassen.

Die Überlegungen in diesem Papier haben sich jedoch zu Strukturfragen nicht zu äussern. Sie sind allerdings insofern trotzdem wichtig, als es die Empfehlungen dieses Papiers bewusst in Kauf nehmen, allenfalls längerfristig strukturelle Veränderungen zu bewirken. Es wäre genau so falsch, eine Verbesserung des regulatorischen Umfelds zu verhindern, nur weil sich nicht mehr alle Vorsorgeeinrichtungen in der Lage sehen werden, solche Anforderungen umzusetzen. Das Oberziel der betrieblichen Altersvorsorge ist der optimale Schutz der Versicherten und nicht eine Strukturhaltung für Vorsorgeeinrichtungen.

II. Vertrauensschutz und Ordnungsmässigkeit

Die Diskussion der letzten Monate hat zu einer gewissen Unsicherheit in Bezug auf die Integrität der mit der Verwaltung der Vorsorgevermögen Betrauten geführt. Solche Unsicherheit schadet dem Vertrauen der Versicherten in ihre Vorsorgeeinrichtung aber auch der Reputation der beruflichen Altersvorsorge ganz allgemein. In Anbetracht der Bedeutung, die die berufliche Altersvorsorge für jeden Einzelnen aber auch die gesamte Gesellschaft hat, muss es die Zielsetzung des Gesetzgebers und der Aufsichtsbehörden sein, das Vertrauen in das System und die einzelnen Vorsorgeeinrichtungen auch gegen Rufschaden zu schützen. Die bisherigen Regeln beschränken sich auf die Vermeidung eines finanziellen Schadens für die Vorsorgeeinrichtungen. In Zukunft sollte gleichermaßen Verhalten untersagt sein, das der Vorsorgeeinrichtung einen Schaden ihres Rufes zufügen kann, auch wenn dieses keine direkte nachteilige finanzielle Auswirkung auf die Vorsorgeeinrichtung hat. Rufschaden kann durch das Verhalten von Mitgliedern des obersten Organs, Geschäftsführern, Vermögensverwaltern aber auch externen Geschäftspartnern der Vorsorgeeinrichtung entstehen. Als Grundlage zur Beurteilung gelten ausführlichere Verhaltensregeln. Verstösse sind zu ahnden. Um einen zu nachhaltigen Einfluss auf die heutige Struktur zu vermeiden, sollte die Umsetzung so ausgestaltet werden, dass sie sich risikogerecht an der Grösse, Qualität und Komplexität einer Vorsorgeeinrichtung zu orientieren hat.

Vertrauen hat auch sehr viel mit der Qualität und Integrität der oberen Führungsorgane zu tun. Beispielsweise verlangt deshalb das Bankengesetz zur Bewilligungserteilung (und deren Aufrechterhaltung) sowohl für das Einzelinstitut wie für dessen verantwortliche Vertreter, dass „die mit der Verwaltung und Geschäftsführung der Bank betrauten Personen einen guten Ruf geniessen und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten“.² Natürlich kann diese Anforderung nicht unbesehen auf die Vorsorgeeinrichtungen übertragen werden, da die Auswahl und Ernennung ihrer obersten Organe nach anderen Prinzipien (Wahl und Parität) erfolgt und nicht der

2 Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG

Bewilligung durch eine Aufsichtsbehörde unterliegt. Die Voraussetzung eines guten Rufes der Mitglieder des obersten Organs sollte jedoch in praktisch allen Fällen auch für Vorsorgeeinrichtungen zu erfüllen sein. Die Gewährleistung kann auf das Gremium als Ganzes bezogen werden, indem man nicht wie bei Banken von der Qualifikation des Einzelnen, sondern der Gesamtheit der Mitglieder des obersten Organs ausgeht. Die Gewährleistung kann aufgrund der tatsächlichen Leistung beurteilt werden. Damit ist auch das Problem der Bewilligungsvoraussetzung hinfällig. Die Erfüllung beider Anforderungen sollte durch die Revisionsstelle in ihrem Jahresbericht überprüft und bestätigt werden.

III. Qualität der Mitglieder des obersten Organs

Die Art der Wahl bzw. Ernennung von Mitgliedern des obersten Organs in einer paritätisch zu besetzenden Organisation bringt es mit sich, dass Qualitätsvoraussetzungen insbesondere bei den Vertretern der Versicherten nur schwer zur Vorbedingung gemacht werden können. Der Gesetzgeber ist sich dessen bewusst und verlangt seit der Revision des BVG in Art. 51 Abs. 6, dass „die Erst- und Weiterbildung der Arbeitnehmer und Arbeitgebervertreter im obersten paritätischen Organ auf eine Weise zu gewährleisten (ist), dass diese ihre Führungsaufgaben wahrnehmen können.“ Wie weit es in der Praxis bereits möglich war, dieses Petitum umzusetzen, konnte nicht überprüft werden. Da jedoch in kritischen Artikeln die Qualifikation der Mitglieder des obersten Organs immer wieder in Frage gestellt wird, ist es sicher angebracht, diese wichtige Frage noch einmal näher abzuklären.

In Anbetracht der grossen Verantwortung eines Mitglieds des obersten Organs und der damit in zunehmendem Masse verbundenen Haftung wäre es in jedem Fall auch den Betroffenen gegenüber nicht zu verantworten, ihnen ein Amt zu übertragen, für das sie weder über ausreichende Vorkenntnisse noch die notwendige Ausbildung verfügen. Für grössere Vorsorgeeinrichtungen sollte noch einmal geprüft werden, ob es nicht doch sinnvoll wäre, zumindest für das Amt des Präsidenten Fachkenntnisse und Geschäftserfahrung zur Vorbedingung für die Amtsübernahme zu machen. Für alle Mitglieder des obersten Organs sollten klare inhaltliche Ziele und zeitliche Grenzen vorgegeben werden, innert derer ein angemessener Ausbildungsstand nachzuweisen ist.

IV. Externe Berater

Die oberste Verantwortung für die Verwaltung anvertrauter Vermögen zu übernehmen, dürfte selbst für Mitglieder des obersten Organs, die sich nicht professionell mit diesem Metier befassen, eine schwierige Aufgabe sein. Die aktuellen Vorkommnisse zeigen gewisse Unsicherheiten der Mitglieder des obersten Organs in der Beurteilung verschiedener Aspekte der Vermögensverwaltung. Insbesondere Vorsorgeeinrichtungen, deren Mitglieder des obersten Organs keine oder nur ungenügende Voraussetzungen zur Beurteilung der Qualität der Verwaltung der ihnen anvertrauten Vermögen mit sich bringen, sollten unabhängige externe Berater beiziehen. Die Revision müsste in jedem Fall damit beauftragt sein zu bestätigen, dass das oberste Organ selbst oder mittels beigezogener Experten über ausreichende Expertise verfügt, um eine angemessene Qualität der Vermögensverwaltung sicher zu stellen.

In diese Richtung geht auch die Empfehlung von Experten, dass Vorsorgeeinrichtungen grundsätzlich nur in Anlagen investieren dürften, für deren Beurteilung (insbesondere der Risiken) in der Geschäftsführung und im obersten

Organ genügend Sachverstand vorhanden ist. Wo dies nicht der Fall ist und auch kein unabhängiger Experte zur Unterstützung des obersten Organs zur Verfügung steht, sollte eine Einschränkung des heute möglichen Anlagespektrums auf weniger risikoreiche, diversifizierte Produkte in Erwägung gezogen werden.

V. Identifikation von Interessenkonflikten

Der Umgang mit Interessenkonflikten ist deshalb so schwierig, weil die Vorstellungen darüber, was ein Interessenkonflikt ist, grundsätzlich auseinander gehen und dieser auch nicht immer und von allen als potentiell schädlich erkannt wird.

Bei einer Vorsorgeeinrichtung sind (ohne Anspruch auf Vollständigkeit) zum Beispiel folgende Interessenkonflikte denkbar:

- Vermögenstransaktionen zwischen dem Arbeitgeber (oder dessen Eigentümer) und der Vorsorgeeinrichtung (z.B. Immobiliengeschäfte, Darlehen an Arbeitgeber),
- Investitionen in Projekte (z.B. Hotels) an denen die Arbeitgeber ein Interesse haben (Umbaufträge)
- Doppelfunktionen beim Arbeitgeber und in der Geschäftsführung oder der Vermögensverwaltung (nicht dem obersten Organ) der Vorsorgeeinrichtung,
- Vermögensverwalter (mit Mandat) als Berater des obersten Organs,
- Spekulative Einzelanlagen bei unklarer Interessenlage der Beteiligten,
- Unabhängige externe Berater mit Vermittlungsprovisionen für empfohlene Anlagen,
- Vertrieb eigener Produkte durch externe Vermögensverwalter,
- Vermittlung und Verwaltung von Immobilien durch Dritte mit konkurrierenden Eigeninteressen,
- Jegliche Form von Kick Backs, Retrozessionen, Mengenrabatten, Platzierungskommissionen und Finders' Fees, die nicht der Vorsorgeeinrichtung selbst zugute kommen,
- Mitarbeitergeschäfte, private Zuwendungen (Geschenke) und
- Mandate und Beteiligungen von Mitgliedern des obersten Organs und Mitarbeitern.

Verschiedene Schadensfälle der letzten Jahre erwecken den Eindruck, dass die Verantwortung und die grundsätzlich Vermeidung von Interessenkonflikten noch nicht so weit geregelt sind, dass potentielle Schäden für die Vorsorgeeinrichtung von vorne herein vermieden werden.

Während Art. 48f BVV2 gestützt auf Art. 53a BVG zwar Interessenkonflikte und Vermögensvorteile anspricht, so ist der Fokus auf die Eigengeschäfte der betroffenen Personen und Institutionen begrenzt. Deshalb besteht ein Handlungsbedarf in Bezug auf eine klare Regelung über den Umgang mit Interessenkonflikten, wie sie oben beispielhaft dargestellt worden sind.

VI. Parallel Running

'Parallel running' ist im Prinzip derselbe Sachverhalt wie das 'front running' nur, dass er zeitnäher zur eigentlichen Transaktion erfolgt. Da Transaktionen nie vollständig zeitgleich abgewickelt werden können, besteht für alle Beteiligten das Risiko, dass die Transaktion eines Vermögensverwalters „versehentlich“ vor derjenigen der Vorsorgeeinrichtung abgewickelt wird, womit der Tatbestand des missbräuchlichen 'front running' gegeben wäre. Zur Vermeidung des bösen Scheins, aber auch von

ungewollten Missverständnissen, ist es deshalb im Interesse aller Beteiligten, das ‚parallel running‘ dem ‚front running‘ gleich-zustellen und folglich gesetzlich zu verbieten. Im Übrigen gibt es für den Vermögens-verwalter überhaupt keinen zwingenden Grund, seine privaten Transaktionen gleichzeitig mit jenen der Vorsorgeeinrichtung aufzugeben. Er sollte ohnehin relativ strikt trennen, wann er seine Aufmerksamkeit seinem Arbeitgeber und wann seinen privaten Geschäften schuldet.

Die Regeln der Art. 48f - h BVV 2 werden vor allem unter dem Gesichtspunkt der Abwendung eines möglichen finanziellen Nachteils für die Vorsorgeeinrichtung betrachtet. Es sei deshalb daran erinnert, dass das Anlageverhalten von Vermögensverwaltern und Institutionen auch zu einem Reputationsrisiko für die Vorsorgeeinrichtung führen kann, der sich nicht direkt in einem finanziellen Schaden niederschlagen muss. Mitarbeitergeschäfte sind deshalb grundsätzlich und primär unter Reputationsgesichtspunkten und nach Interessenskonflikten zu beurteilen und nicht unter finanziellen Aspekten.

VII. Zusammenarbeit mit unabhängigen, externen Vermögensverwaltern

Die Frage des möglichen Interessenkonfliktes stellt sich bei externen Vermögensverwaltern in noch wesentlich stärkerem Mass als bei den eigenen Mitarbeitern, da es wesentlich schwieriger ist, sie solchen Massstäben zu unterstellen und vor allem deren Einhaltung zu überprüfen.

Diese Frage wird sich unter anderem dann konkret stellen, wenn die Mitglieder des obersten Organs überprüfen müssen, in wie weit sie der Entscheidung des Bundesgerichts vom 22. März 2006 bezüglich der Herausgabe von Retrozessionen und Finders' Fees (BGE 132 III 460) zur Interessewahrung der ihnen anvertrauten Vorsorgeeinrichtung zwingt, von ihren externen Geschäftspartner (Vermögensverwaltern, Brokern, Berater, Vermittler) darüber Aufschluss zu verlangen, ob sie in den letzten 10 Jahren finanzielle Vorteile erhalten haben, die nach dem BGE eigentlich der Vorsorgeeinrichtung zustehen, sofern sie auf diesen Anspruch nicht ausdrücklich verzichtet hat.

Grundsätzlich werden Mittel und Wege gesucht werden müssen, wie die Absicht des Gesetzgebers zur Loyalität in der Vermögensverwaltung auch bei externen Vermögensverwaltern nachhaltig umgesetzt werden kann. Da die Vermögensverwalter in der Schweiz im Gegensatz zum Ausland keiner fachlichen Regulierung und Aufsicht unterstehen, ist ihre Struktur und Geschäftspolitik äusserst heterogen. Zwar haben Verbände Landesregeln für ihre Mitglieder erlassen, diese gelten jedoch nicht allgemein. Eine Vorsorgeeinrichtung kann also in keinem Fall automatisch davon ausgehen, dass ein Vermögensverwalter über eine den Anforderungen von BVG und BVV2 entsprechende Qualifikation, Geschäftspolitik und Organisationsstruktur verfügt. Vielmehr kann er sich dies nur im Rahmen einer Due Diligence Prüfung bestätigen lassen und sich die Einhaltung der entsprechenden Grundsätze vertraglich ausbedingen. In Ergänzung zur heutigen Regelung sind Prüfungen und Bestätigungen dieses Sachverhalts durch die Revisionsstelle des Vermögensverwalters oder der Vorsorgeeinrichtung denkbar.

Eine Ausnahme bilden jene Institute (z.B. Banken und Versicherungen), die bereits einer Aufsicht unterstellt sind, die entsprechende Grundsätze vorschreibt und deren Einhaltung prüft und bestätigt. Sobald dies auch für unabhängige Vermögensverwalter zutrifft, könnte auch für sie auf eine entsprechende Aufsicht

abgestellt werden, was die Zusammenarbeit mit den Vorsorgeeinrichtungen wesentlich vereinfachen würde.

Generell liegt die Hauptverantwortung für die Identifizierung von möglichen Interessenkonflikten bei externen Vermögensverwaltern beim obersten Organ. Nach allgemein gültigem Grundsatz sind Interessenkonflikte auch durch den externen Vermögensverwalter wo immer möglich zu vermeiden. Wo dies nicht möglich ist, besteht die Pflicht sicherzustellen, dass sich der Interessenkonflikt nicht zum Nachteil der Vorsorgeeinrichtung auswirkt. Allfällige Konflikte sind der Vorsorgeeinrichtung durch den externen Vermögensverwalter in geeigneter Form offen zu legen.

VIII. Der Verhaltenskodex

Mehrere Standesvertreter haben als Initiative zu einer Selbstregulierung der Branche 1996 erstmals einen Verhaltenskodex in der beruflichen Altersvorsorge (Kodex) formuliert. Der Kodex umfasste Verhaltensregeln, wie sie in artverwandten Branchen und im Vorsorgeeinrichtungswesen im Ausland bereits üblich waren.³ Aufgrund zu geringer Akzeptanz - viele Adressaten waren der Ansicht, der Kodex ginge zu weit - wurde der Kodex „entschärft“ und 2000 in der heute noch gültigen Fassung verabschiedet. „Der Kodex soll dazu beitragen, dass Vorsorgevermögen ausschliesslich ihrem Zweck entsprechend eingesetzt und Missbräuche bei Anlage und Verwaltung solcher Vermögen vermieden werden. Vorsorgevermögen sollen vor Eigeninteressen der mit der Vermögensverwaltung betrauten Personen geschützt werden.“ So sind die Hauptziele des Kodex im Zweckartikel umschrieben. Art. 53a BVG verlangt vom Bundesrat in ähnlicher Weise, Bestimmungen zur Vermeidung von Interessenkonflikten zwischen Destinatären und Verwaltern von Vorsorgevermögen zu erlassen. Mit der Revision der BVV 2 (Art. 48f - h und 49a Abs. 3 und 4) hat der Bundesrat diese Vorgaben des Gesetzes umgesetzt und sich dabei im Wesentlichen von den Vorarbeiten des Kodex leiten lassen.

Der Kodex wird zwar vom Schweizerischen (ASIP) Pensionskassenverband unterstützt, aber von einer unabhängigen Stiftung herausgegeben. Trotz seiner inhaltlichen Entschärfung, massgeblicher Unterstützung durch den Verband und einer weitgehenden Umsetzung in der BVV 2 ist es jedoch bis heute nicht gelungen, bei der grossen Mehrheit der Vorsorgeeinrichtungen Unterstützung für den Kodex zu finden. Von 2000 bis Ende 2004 hatten sich 168 Vorsorgeeinrichtungen freiwillig bereit erklärt den Kodex einzuhalten. Obwohl die Kernelemente des Kodex in das Gesetz bzw. die Verordnung aufgenommen worden sind, haben sich bis heute nur ca. 250 Vorsorgeeinrichtungen zur Unterzeichnung entschlossen, was weniger als 10% aller Vorsorgeeinrichtungen entspricht.

Der Versuch zu einer zaghaften Selbstregulierung ist damit weitgehend gescheitert. Für Aussenstehende muss der Eindruck entstehen, dass viele Mitglieder keinen Sinn in einer solchen Regelung sehen und es dem Verband an Überzeugungs- und Durchsetzungskraft fehlt. Ein weiterer Grund mag auch die Tatsache sein, dass dem Verband nur 50% der Vorsorgeeinrichtungen angeschlossen sind. Damit ist es aber bis auf weiteres auch nur schlecht vorstellbar, so sehr dies zu wünschen wäre, dass der Verband in naher Zukunft eine Funktion als Selbstregulierungsorganisation übernehmen kann, wie dies zum Beispiel die Schweizerische Bankiervereinigung für

3 Als aktuelle internationale Empfehlung kann auf die *OECD Guidelines for Pension Fund Governance* (Paris 2005), verwiesen werden.

ihre Mitglieder erfolgreich praktiziert. Damit hat sich die Vorstellung, im Bereich der beruflichen Vorsorge durch einen freiwilligen Kodex staatliche Regulierung zu vermeiden, selbst in Frage gestellt.

IX. Externe Kontrolle und Aufsicht

Vergleichbar der Aufsicht über das Bankwesen ist die Aufsicht über die Vorsorgeeinrichtungen zweistufig organisiert, indem den Aufsichtsbehörden der Kantone und des Bundes eine Oberaufsicht zukommt, während die eigentliche Vorort-Kontrolle durch die Kontroll- bzw. Revisionsstellen erfolgt. Das System hat sich grundsätzlich bewährt. Wie bei der Bankenaufsicht sollte jedoch noch vermehrt betont werden, dass die Revisionsgesellschaften bei ihrer aufsichtsrechtlichen Prüfung mindestens so sehr den Aufsichtsbehörden wie den Geprüften verantwortlich sind und auch danach gehandelt werden muss.

Die Berichterstattung der Revisionsstellen kann sich nach heutiger Rechtslage auf ein Testat nach vorgegebenem Text beschränken, aus dem weder für das oberste Organ noch die Aufsichtsbehörde ersichtlich ist, welche weitergehenden Erkenntnisse die Prüfung gebracht hat. Ohne dass dafür eine gesetzliche Vorgabe besteht, verlangen deshalb manche Vorsorgeeinrichtungen von ihren Revisionsstellen bereits heute einen ausführlicheren Bericht (Letter to Management), der zum Teil auch den Aufsichtsbehörden zur Verfügung gestellt wird. In Bezug auf die Einhaltung von Verhaltensregeln beschränkt sich die Prüfung oft auf formelle Aspekte (z.B. ob die unterzeichneten Erklärungen vorhanden sind), ohne dass der zugrunde liegende Sachverhalt geprüft würde. In dem Masse, wie auch für Vorsorgeeinrichtungen operationelle Risiken und die Wahrung eines guten Rufs für wichtiger erachtet werden, sollte der Umfang des Prüfauftrags an die Revisionsgesellschaften überprüft, vom Umfang und der Aussagekraft her erweitert, und die Berichtspflicht an die Aufsichtsbehörden den im Bankwesen üblichen Standards angepasst werden.

Dass die Aufsichtsbehörden selbst keine Möglichkeit für eine Vorortprüfung haben, schwächt das heutige System weiter. Eigene Vorort-Prüfungen, wie sie heute auch die EBK vornimmt, sollten den Aufsichtsbehörden erlauben, sich generell vom Funktionieren der Aufsicht zu überzeugen, ein besseres Gefühl für die Qualität der Arbeit der Revisionsstellen zu bekommen, und schlussendlich bei Problemfällen (inkl. Sonderprüfungen) selbst rechtzeitig eigene Revisionen vorzunehmen. Dazu bedarf es jedoch einer entsprechenden Rechtsgrundlage.

Grundsätzlich ist festzuhalten, dass es keinen objektiven Grund gibt, warum Regeln und Aufsicht über den Umgang mit dem anvertrauten Vermögen der Versicherten in Vorsorgeeinrichtungen anders oder sogar weniger streng gehandhabt werden sollen als die Ver-wahrung und Verwaltung von Kundenvermögen in Banken oder Versicherungen. Im Gegenteil: wenn ein Kunde mit der Qualität, den Kosten oder der Reputation seiner Bank nicht mehr zufrieden ist, kann er diese wechseln. Das ist bei Vorsorgeeinrichtungen nicht möglich. Zusätzlich stellen Guthaben für die Altersvorsorge auch bei Banken eine Anlageform dar, die besonderer Aufmerksamkeit bedarf. Umso höher ist die Verantwortung der Politik und der Aufsichtsbehörden, um ein Regelwerk besorgt zu sein, das die Interessen der Versicherten optimal wahrt und nicht hinter jenen ökonomisch und risikomässig vergleichbaren Anlageformen, die von Banken getätigt werden, zurückbleibt.

X. Aufsichtsrechtliche Sanktionen

Der Aufsicht steht unter bestehendem Gesetz bereits eine Anzahl von Sanktionsmitteln zur Verfügung. Diese sind, allerdings nur allgemein und nicht abschliessend formuliert, hauptsächlich in Art. 62 BVG geregelt. Weiter sieht Art. 48 Abs. 3 BVG die Möglichkeit der Streichung aus dem Register vor, und zur Durchsetzung stehen das Aussprechen einer Verwarnung und Ordnungsbussen zur Verfügung (vgl. Art. 79 BVG).

Es erscheint sinnvoll, den Sanktionenkatalog zu konkretisieren und allenfalls zu ergänzen, um insbesondere die abschreckende Wirkung der Sanktionen zu verstärken, den erweiterten Loyalitätsvorschriften Rechnung zu tragen und deren Umsetzung konkret zu fördern. Weil bei Verletzungen von Loyalitätsvorschriften vielfach kein oder nur ein geringer finanzieller Schaden (sondern viel eher ein Reputationsschaden) entsteht, sind dabei insbesondere präventive Sanktionen sinnvoll.

Im Sinn einer effektiven präventiven Wirkung ist bei der Ausgestaltung der aufsichtsrechtlichen Sanktionen weiter darauf zu achten, dass Verstösse gegen die im Gesetz und im internen Reglement festgelegten Loyalitätsvorschriften wirtschaftlich nicht lohnenswert sind. Dies kann mit ausschliesslich zivilrechtlichen Sanktionen (Schadensabgeltung) nicht erreicht werden. Ein ähnliches Ziel wird mit dem Entwurf des Bundesgesetzes über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMAG) angestrebt.

Schlussendlich ist zu beachten, dass auch die Revisionsstellen bezüglich der Einhaltung der Loyalitätsvorschriften eine wichtige Rolle spielen, da ihnen diesbezüglich eine umfangreiche Kontrollfunktion zukommt. Somit sind der Aufsicht nebst Sanktionsmöglichkeiten gegen die Vorsorgeeinrichtung, deren oberstes Organ oder deren Geschäftsführung auch Mittel zur Verfügung zu stellen, um eine Revisionsstelle, die nicht befähigt ist ihre Kontrollfunktion umzusetzen, angemessen zu sanktionieren. Es ist fraglich, ob dies bereits heute in der Kompetenz der Aufsicht liegt (Möglichkeit der Anordnung von Auflagen und Weisungen; Möglichkeit Entscheidungen der Stiftung aufzuheben). Es erscheint aber aufgrund der zentralen Rolle, die der Revisionsstelle bezüglich der Kontrolle der Einhaltung von Loyalitätsvorschriften zukommt, sinnvoll, diese Sanktionsmöglichkeiten im Gesetz klar zu regeln.

XI. Haftung

Gemäss Art. 52 BVG sind alle mit der Verwaltung, Geschäftsführung oder Kontrolle der Vorsorgeeinrichtung betrauten Personen für den Schaden verantwortlich, den sie ihr absichtlich oder fahrlässig zufügen. Die Haftung nach Art. 52 BVG setzt im Einzelnen ein Vierfaches voraus: Schaden, Widerrechtlichkeit, Kausalzusammenhang, und Verschulden.

Gemäss Art. 56a Abs. 1 BVG hat der Sicherheitsfonds gegenüber Personen, die für die Zahlungsunfähigkeit der Stiftung ein Verschulden trifft, ein Rückgriffsrecht. Der Regressanspruch ist ein öffentlichrechtlicher Anspruch des Sicherheitsfonds gegenüber den Organen der Vorsorgeeinrichtung. Es geht um einen Verantwortlichkeitsanspruch für Zahlungen, die der Fonds zu leisten hatte. Im Umfang dieser Zahlungen entsteht dem Fonds ein Schaden. Dieser Schaden ist von den verantwortlichen Personen zu decken.

Da weder Stiftungs- noch Auftragsrecht Bestimmungen über die Verjährung enthalten,

verjähren Verantwortlichkeitsansprüche der Vorsorgeeinrichtung gegenüber Mitgliedern des obersten Organs und Revisionsstelle nach den allgemeinen obligationenrechtlichen Vorschriften, d.h. nach Art. 127 OR, und zwar binnen zehn Jahren (vgl. ZR 95 Nr. 32, S. 97 f.; Lanter, Stiftungen und Verantwortlichkeit, S. 201). Der Regressanspruch des Sicherheitsfonds verjährt nach einem Jahr ab Kenntnis des widerrechtlichen Verhaltens, spätestens 5 Jahre nach Zahlung.

In vielen Fällen besteht die Pflichtwidrigkeit des obersten Organs darin, dass er Anlagen beim Arbeitgeber tätigt. Die Schädigung der Stiftung geht in diesen Fällen meistens mit dem Konkurs des Arbeitgebers einher, so dass eine Korrektur dieser widerrechtlichen Anlagen durch Rückzahlung oder allenfalls auch durch eine Haftung des Arbeitgebers praktisch nicht mehr möglich ist. Es besteht in diesen Fällen nur die Möglichkeit, die Mitglieder des obersten Organs und die Revisionsstelle verantwortlich zu machen. Das Vorgehen gegen die Mitglieder des obersten Organs ist in Bezug auf die Darstellung der Haftungsvoraussetzungen, Widerrechtlichkeit, Verschulden, Schaden, Kausalzusammenhang oft relativ einfach, doch scheitern diese Verfahren meistens am Unvermögen der Mitglieder des obersten Organs, den Schaden zu ersetzen. Diese Problematik der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit lässt ein Vorgehen gegen die Revisionsstelle oft als viel versprechend erscheinen, nicht zuletzt auch deshalb, weil diese für ihre Haftung aus der Revisionsstellentätigkeit Deckung durch eine Haftpflichtversicherung geniesst. Die Deckungssummen sind allerdings unterschiedlich hoch und es gibt auch kein Obligatorium für solche Haftpflichtversicherungen, so dass es durchaus vorkommen kann, dass kleinere - beispielsweise in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft - organisierte Revisionsstellen den Konkurs der Haftung vorziehen. Es wäre allenfalls zu prüfen, ob hier ein Haftpflichtobligatorium mit bestimmten minimalen Deckungssummen vorgesehen werden müsste.

Die praktische Schwierigkeit im Vorgehen gegen die Revisionsstelle liegt meistens im Nachweis des Kausalzusammenhangs. Oft liegen die Dinge so, dass im Zeitpunkt, in dem die Revisionsstelle pflichtgemäss gegen widerrechtliche Vorgänge hätte vorgehen müssen, der Schaden bereits entstanden ist und auch ein energisches Vorgehen der Revisionsstelle den Vorgang nicht mehr hätte korrigieren können. Dieses Problem ist beispielsweise dann zu beobachten, wenn sich die Haftung der Revisionsstelle aus überbewerteten Guthaben gegenüber der Stifterfirma oder überbewerteten Liegenschaften etc. zusammensetzt. Da-durch, dass der Zeitpunkt der Pflichtverletzung (das Nichterkennen der Überbewertung im Zeitpunkt der Revision) auf der Zeitachse relativ spät ansetzt, ist der Schaden im Zeitpunkt der Pflichtverletzung durch die Revisionsstelle oft schon unwiderrufbar entstanden und somit die Pflichtverletzung der Revisionsstelle zum eingetretenen Schaden nicht mehr kausal. Abhilfe könnte hier beispielsweise dadurch geschaffen werden, indem die Prüfungs-pflichten der Revisionsstelle zeitlich vorverlegt werden, so dass diese in einem Zeitpunkt aktiv wird, in dem ihre Intervention noch das Potential hat, den Schaden zu verhindern. Die Maximallösung in Bezug auf diese Vorverlegung der Prüfungspflicht durch die Revisions-stelle läge in einem System, welches die Stiftung verpflichtet, dass kritische Transaktionen vorab durch die Revisionsstelle geprüft werden müssen. Solche vorverlegten Prüfungs-handlungen durch die Revisionsstelle kennt beispielsweise das Aktienrecht bei der Kapital-erhöhung durch Sacheinlagen (Art. 652e und 652f OR).

C Geltendes Recht

I. Rechtsquellen

Verhaltensregeln für die Verwaltung von Vorsorgeeinrichtungen finden sich im Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG) vom 25. Juni 1982 (SR 831.40). Sie werden in der Verordnung über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVV 2) vom 18. April 1984 (SR 831.441.1) konkretisiert.

Daneben wurde von der ‚Stiftung Verhaltenskodex in der beruflichen Vorsorge‘ im Jahre 2000 ein ‚Verhaltenskodex in der beruflichen Vorsorge‘ erlassen, dem sich Vorsorgeeinrichtungen und vorsorgenahe Unternehmen freiwillig unterstellen können. (cf. Kapitel A. VIII.)

Im Übrigen bestehen Reglemente der Vorsorgeeinrichtungen selbst, die teilweise Regeln bezüglich der Verhaltensregeln für die Verwaltung von Vorsorgeeinrichtungen enthalten.

II. Inhalte

1. *Pflichten des obersten Organs*

Weder im BVG noch in der BVV 2 finden sich Regeln, welche die Anforderungen an das oberste Organ sowie seine Überwachungsfunktion bezüglich der Vorsorgeeinrichtungen klar festlegen. Indirekt ergibt sich jedoch aus Art. 48h BVV 2 (Anforderungen an Vermögensverwalter), dass das oberste Organ eine Pflicht hinsichtlich einer sorgfältigen Auswahl und Überwachung der Vermögensverwalter trifft.

Nach Art. 49a Abs. 3 BVV 2 ist das oberste Organ verpflichtet, die zur Umsetzung der Mindestvorschriften von Art. 48f - 48h geeigneten organisatorischen Massnahmen zu treffen. Er muss die Anforderungen festlegen, welche Personen und Einrichtungen, die das Vermögen der Vorsorgeeinrichtung anlegen und verwalten, erfüllen müssen. Dabei kann sich das oberste Organ nach Art. 49a Abs. 4 BVV 2 auf Normen und Regelwerke von anerkannten Organisationen und Verbänden beziehen. Die Reglemente der Vorsorgeeinrichtungen sind bis 2007 anzupassen.

Art. 49a [BVV 2] Führungsaufgabe

(Art. 51 Abs. 1 und 2, 53a und 71 Abs. 1 BVG)

1 und 2 ...

3 Die Vorsorgeeinrichtung trifft die zur Umsetzung der Mindestvorschriften von Artikel 48f-48h geeigneten organisatorischen Massnahmen. Sie legt die Anforderungen fest, welche die Personen und Einrichtungen, die das Vermögen der Vorsorgeeinrichtung anlegen und verwalten, erfüllen müssen.

4 Beim Erlass der Vorschriften nach Absatz 3 kann sich die Vorsorgeeinrichtung auf Normen und Regelwerke von anerkannten Organisationen und Verbänden beziehen.

2. *Pflichten der Vermögensverwalter*

Art. 53a BVG bietet die gesetzliche Grundlage für die Verordnungskompetenz des Bundesrates bezüglich der Pflichten eines Vermögensverwalters.

Vermögensverwalter müssen Interessenkonflikte vermeiden, gewisse Anforderungen erfüllen und bestimmte Vermögensvorteile offen legen.

Art. 53a [BVG] Ausführungsbestimmungen des Bundesrates

Der Bundesrat erlässt Bestimmungen:

- a. zur Vermeidung von Interessenkonflikten zwischen den Destinatären und Personen, welche mit der Vermögensverwaltung betraut sind;
- b. über die Anforderungen, welche Personen erfüllen müssen, die mit der Anlage und Verwaltung von Vorsorgevermögen betraut sind;
- c. über die Offenlegung von Vermögensvorteilen dieser Personen, welche sie in Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit für die Vorsorgeeinrichtungen erzielt haben.

Art. 48f - h BVV 2 konkretisieren diese Pflichten.

Art. 48f BVV 2 regelt die Zulässigkeit von Eigengeschäften der Vermögensverwalter. Trotz des Titels werden Interessenkonflikte nicht oder zumindest nicht umfassend geregelt.

Art. 48f [BVV 2] Interessenkonflikte und Vermögensvorteile

(Art. 53a Bst. a BVG)

1 Personen und Institutionen, die mit der Anlage und Verwaltung von Vorsorgevermögen betraut sind, dürfen Eigengeschäfte tätigen, sofern solche Geschäfte durch die zuständigen Organe nicht ausdrücklich untersagt worden sind und nicht missbräuchlich sind.

2 Missbräuchlich sind namentlich die folgenden Verhaltensweisen, unabhängig davon, ob daraus Vermögensvorteile resultieren oder nicht:

- a. das Ausnützen eines kursrelevanten Informationsvorsprunges zur Erlangung eines Vermögensvorteils;
- b. das Handeln in einem Titel oder in einer Anlage, solange die Vorsorgeeinrichtung mit diesem Titel oder dieser Anlage handelt und sofern der Vorsorgeeinrichtung daraus ein Nachteil entstehen kann. Dem Handel gleichgestellt ist die Teilnahme an solchen Geschäften in anderer Form;
- c. das Tätigen von Anlagen in Kenntnis von geplanten oder beschlossenen Transaktionen der Vorsorgeeinrichtung («front running»).

3 Das Tätigen von Parallelanlagen («parallel running») ist erlaubt, sofern der Vorsorgeeinrichtung daraus keine Nachteile erwachsen.

Art. 48g BVV 2 normiert eine Offenlegungspflicht finanzieller Vorteile, die den Vermögensverwaltern im Zusammenhang mit der Ausübung ihrer Tätigkeit entstehen.

Art. 48g [BVV 2] Persönliche Vermögensvorteile: Offenlegung

(Art. 53a Bst. a und c BVG)

Personen und Institutionen, die mit der Anlage und Verwaltung von Vorsorgevermögen betraut sind, haben dem paritätischen Organ jährlich eine schriftliche Erklärung darüber abzugeben, ob und welche persönlichen Vermögensvorteile sie im Zusammenhang mit der Ausübung ihrer Tätigkeit für die Vorsorgeeinrichtung entgegengenommen haben. Nicht offenlegungspflichtig sind Bagatell- und übliche Gelegenheitsgeschenke. Personen und Einrichtungen, auf welche das Bankengesetz vom 8. November 1934 anwendbar ist, brauchen die jährliche schriftliche Erklärung nicht abzugeben.

Art. 48h BVV 2 statuiert indirekt gewisse Anforderungen an Vermögensverwalter, nämlich die Fähigkeit und erforderliche Organisation zur Einhaltung der in Art. 48f f. BVV 2 geregelten Pflichten.

Art. 48h [BVV 2] Anforderungen an Vermögensverwalter

(Art. 53a Bst. b BVG)

Die Vorsorgeeinrichtung darf nur Personen und Institutionen mit der Anlage und Verwaltung ihres Vorsorgevermögens betrauen, welche dazu befähigt und so organisiert sind, dass sie für die Einhaltung der Vorschriften von Artikel 48f und 48g Gewähr bieten.

3. Haftung und Sanktionen

a. Zivilrechtliche Haftung

Die Haftung des obersten Organs, der Revisionsstelle und der Vermögensverwalter ist in Art. 52 BVG geregelt. Bei Missbrauch des Vorsorgevermögens haften sie gegenüber der Vorsorgeeinrichtung persönlich für jeden absichtlich oder fahrlässig verursachten Schaden.

Neben der Haftung nach Art. 52 BVG gilt nach Art. 53 Abs. 1^{bis} BVG für die Haftung der Revisionsstelle Art. 755 OR (Revisionshaftung) sinngemäss. Im Unterschied zu Art. 52 BVG, der einzig der Vorsorgeeinrichtung einen Verantwortlichkeitsanspruch gegenüber dem schädigenden Organ einräumt, können mithin auch Dritte ein direktes Forderungsrecht gegenüber der haftbaren Revisionsstelle geltend machen.

Art. 52 [BVG] Verantwortlichkeit

1 Alle mit der Verwaltung, Geschäftsführung oder Kontrolle der Vorsorgeeinrichtung betrauten Personen sind für den Schaden verantwortlich, den sie ihr absichtlich oder fahrlässig zufügen.

2 und 3 ...

Art. 53 [BVG] Kontrolle

1 ...

1bis Für die Haftung der Kontrollstelle gelten die Bestimmungen des Aktienrechts über die Revisionsstelle sinngemäss.

2 bis 5 ...

b. Aufsichtsrechtliche Massnahmen und Sanktionen

Die Aufsichtsmittel sind hauptsächlich in Art. 62 BVG geregelt. Sie lassen sich in präventive (lit. a – c) und repressive (lit. d) Aufsichtsmittel unterteilen.⁴ Daneben ist nach Art. 48 Abs. 3 BVG auch die Streichung aus dem Register möglich, wenn die in Art. 48 Abs. 2 BVG verlangten Voraussetzungen nicht mehr gegeben sind. Zur Durchsetzung können nach Art. 79 BVG Verwarnungen ausgesprochen oder Ordnungsbussen verhängt werden.

4 Vgl. Riemer, Hans Michael / Riemer-Kafka, Gabriela, Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz, Bern 2006, § 2 Rz 108.

Bei Anordnung von aufsichtsrechtlichen Massnahmen ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten.

Bezüglich der repressiven Mittel enthält Art. 62 Abs. 1 lit. d BVG nur eine allgemeine, nicht abschliessende Umschreibung.⁵ Als Aufsichtsmittel kommen insbesondere in Frage:⁶

- die Anordnung von Auflagen oder Weisungen aller Art (vgl. z.B. auch BGE 108 II 268 ff.);
- die Aufhebung von Entscheidungen der Stiftung;
- die Suspendierung von Stiftungsorganen (vgl. BGE vom 5.2.1982 in SZS 1984, S. 57 ff.);
- die Abberufung (und nötigenfalls Ersetzung) von Stiftungsorganen (vgl. BGE 105 II 326 ff.);
- die Ersatzvornahme; sowie
- die Verhängung von Ordnungsstrafen (vgl. Art. 79 Abs. 1 BVG).

Art. 62 [BVG] Aufgaben

1 Die Aufsichtsbehörde wacht darüber, dass die Vorsorgeeinrichtung sowie die Einrichtung, die nach ihrem Zweck der beruflichen Vorsorge dient, die gesetzlichen Vorschriften einhalten, indem sie insbesondere:

- a. die Übereinstimmung der reglementarischen Bestimmungen mit den gesetzlichen Vorschriften prüft;
- b. von der Vorsorgeeinrichtung sowie von der Einrichtung, die nach ihrem Zweck der beruflichen Vorsorge dient, jährlich Berichterstattung fordern, namentlich über ihre Geschäftstätigkeit;
- c. Einsicht in die Berichte der Kontrollstelle und des Experten für berufliche Vorsorge nimmt;
- d. die Massnahmen zur Behebung von Mängeln trifft;
- e. Streitigkeiten betreffend das Recht der versicherten Person auf Information gemäss den Artikeln 65a und 86b Absatz 2 beurteilen; dieses Verfahren ist für die Versicherten in der Regel kostenlos.

2 Sie übernimmt bei Stiftungen auch die Aufgaben nach den Artikeln 84 Absatz 2, 85 und 86 des Zivilgesetzbuches.

3 Der Bundesrat kann Bestimmungen über die aufsichtsrechtliche Genehmigung von Fusionen und Umwandlungen sowie über die Ausübung der Aufsicht bei Liquidationen und Teilliquidationen von Vorsorgeeinrichtungen erlassen.

Art. 79 [BVG] Ordnungswidrigkeiten

1 Wer einer Verfügung der zuständigen Aufsichtsbehörde trotz Mahnung und Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels innert nützlicher Frist nicht nachkommt, wird von der

5 ibd.

6 Vgl. Riemer, Hans Michael / Riemer-Kafka, Gabriela, Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz, Bern 2006, § 2 Rz 110; Helbling, Carl, Personalvorsorge und BVG – Gesamtdarstellung der rechtlichen, organisatorischen und technischen Grundlagen der beruflichen Vorsorge in der Schweiz, 8., vollständige überarbeitete Auflage, Bern 2006, S. 752.

Aufsichtsbehörde mit einer Ordnungsbusse bis zu 4000 Franken bestraft. Bei geringfügigen Ordnungswidrigkeiten kann eine Verwarnung ausgesprochen werden.

2 Gegen die Bussenverfügungen kann beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde geführt werden.

c. Strafrechtliche Sanktionen

Auch wenn kein Schaden nachweisbar ist, kann die Person, die als Organ oder Funktionär ihre Stellung zu ihrem Vorteil missbraucht hat, aufgrund der spezialgesetzlichen Norm von Art. 76 BVG strafrechtlich belangt werden. Es drohen Gefängnisstrafe von bis zu sechs Monaten oder Busse bis zu 30'000 Franken.

Art. 76 [BVG] Vergehen

Wer durch unwahre oder unvollständige Angaben oder in anderer Weise für sich oder einen anderen eine Leistung der Vorsorgeeinrichtung oder des Sicherheitsfonds erwirkt, die ihm nicht zukommt,

wer sich durch unwahre oder unvollständige Angaben oder in anderer Weise der Beitragspflicht gegenüber einer Vorsorgeeinrichtung oder dem Sicherheitsfonds entzieht,

wer als Arbeitgeber einem Arbeitnehmer Beiträge vom Lohn abzieht und sie dem vorgesehenen Zweck entfremdet,

wer die Schweigepflicht verletzt oder bei der Durchführung dieses Gesetzes seine Stellung als Organ oder Funktionär zum Nachteil Dritter oder zum eigenen Vorteil missbraucht,

wer als Inhaber oder Mitglied einer Kontrollstelle oder als anerkannter Experte für berufliche Vorsorge die Pflichten nach Artikel 53 in grober Weise verletzt,

wird, sofern nicht ein mit schwererer Strafe bedrohtes Vergehen oder Verbrechen des Strafgesetzbuches vorliegt, mit Gefängnis bis zu sechs Monaten oder mit Busse bis zu 30 000 Franken bestraft.

Daneben können selbstverständlich die jeweiligen allgemeinen strafrechtlichen Normen des StGB eingreifen.

In Frage kommt insbesondere der Insidertatbestand nach Art. 161 StGB. Zu beachten ist jedoch, dass die Ziff. 1 nicht einschlägig ist, da sich nur Mitglieder und Angestellte einer Aktiengesellschaft strafbar machen können, Vorsorgeeinrichtungen in der Regel jedoch in Form der Stiftung konstituiert sind. Die Variante von Ziff. 2, das sog. Tippee-Delikt, kann jedoch auch bei Organen und Angestellten sowie Beauftragten von Vorsorgeeinrichtungen eingreifen, da keine Anforderungen an die Täterqualifikation gestellt werden.

Die Insiderstrafnorm befindet sich zurzeit in Revision. Der Bundesrat hat am 8.12.2006 die Botschaft zu Revision der Insiderstrafnorm verabschiedet. Er schlägt darin eine ersatzlose Streichung der Ziff. 3, die den Tatbestand sachlich kaum vertretbar auf bevorstehende Emissionen von Beteiligungsrechten, auf bevorstehende Unternehmensverbindungen und andere Ereignisse, welche die Struktur der Gesellschaft verändern, einschränkt. Damit wird der Tatbestand auf sämtliche vertraulichen Tatsachen, deren Bekanntgabe geeignet ist, den Kurs der betreffenden Effekten erheblich zu beeinflussen, ausgedehnt.

Bezüglich der weiteren Revision u.a. des Insidertatbestandes hat der Bundesrat am 29. September 2006 das EFD beauftragt, in Zusammenarbeit mit dem EJPD den Bedarf für eine grundsätzliche Überarbeitung der derzeitigen Regulierung im Bereich der

Börsen-delikte und des Marktmissbrauchs inklusive der Zuständigkeiten zu deren Verfolgung abzuklären.

Allenfalls kann ein Fehlverhalten von Mitgliedern des obersten Organs sowie mit der Vermögensverwaltung beauftragten Personen wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung (StGB 158) strafbar sein.

4. Externe Kontrolle und Aufsicht

Bei der Aufsicht ist zu unterscheiden zwischen der kantonalen Aufsicht, der Oberaufsicht des Bundes sowie der Kontrolle durch die Revisionsstelle und den Experten für die berufliche Vorsorge.

Die Aufgabe der Revisionsstelle entspricht ungefähr derjenigen der Revisionsstelle gemäss Art. 83b Abs. 3 ZGB und Art. 728a und 729a OR, während dem anerkannten Experten für berufliche Vorsorge namentlich die versicherungsmathematische Kontrolle obliegt.

Die Kontrolle der Vorsorgeeinrichtungsverwaltung sowie der entsprechenden Anforderungen an das oberste Organ obliegt nach Art. 53 Abs. 5 BVG der Revisionsstelle. Sie muss jährlich die Einhaltung der Vorschriften der Art. 48f - 48h sowie des Art. 49a Abs. 3 und 4 BVV 2 prüfen (Art. 35 Abs. 1 lit. c BVV 2). Die Kontrolle der ‚Einhaltung der Loyalität in der Vermögensverwaltung‘ ist dabei auf eine formelle Prüfung beschränkt, d.h. der (formelle) Nachweis der von den Vorsorgeeinrichtungen im Sinne der Art. 48f - 48h sowie des Art. 49a Abs. 3 und 4 BVV 2 getroffenen Massnahmen genügt (vgl. Plozza, Hanspeter / Christen, Bruno, Neuerungen in Prüfung und Berichterstattung der Kontrollstelle, ST 10/04, S. 805 ff.).

Art. 53 [BVG] Kontrolle

1 bis 4 ...

5 Die Kontrollstelle überwacht die Einhaltung der Loyalität in der Vermögensverwaltung.

Art. 35 [BVV 2] Aufgaben

(Art. 53 Abs. 1 und 4, 53a und 62 Abs. 1 BVG)

1 Die Kontrollstelle muss jährlich prüfen:

a. und b. ...

c. die Einhaltung der Vorschriften der Artikel 48f-48h sowie 49a Absätze 3 und 4.

D. Zu regelnde Bereiche

I. Pflichten des obersten Organs

Das oberste Organ als höchstes Organ der Vorsorgeeinrichtung ist sowohl für die Leitung der Geschäftsführung als auch für die Organisation und interne Aufsicht zuständig. Es spielt daher bei der Gewährleistung der Loyalität in der Vermögensverwaltung eine zentrale Rolle, der auch gesetzlich angemessen Rechnung zu tragen ist.

Zu regeln sind insbesondere die folgenden Bereiche:

- Die Verantwortung für die ordnungsgemässe Geschäftsführung,
- die Beachtung der drei curae bezüglich der Auswahl der Vermögensverwalter,
- die Pflicht zum Erlass eines internen Reglements,
- die Pflicht zur internen Kontrolle der Einhaltung des internen Reglements und der gesetzlichen Vorgaben, und
- die Anforderungen an Mitglieder des obersten Organs.

1. Verantwortung für die ordnungsgemässe Geschäftsführung

Die Verantwortung für die ordnungsgemässe Geschäftsführung ist ihrem Inhalt nach eine Generalklausel für die Pflichten des obersten Organs. Damit sind in abstrakter Weise seine Führungsverantwortung, seine Kontrollfunktion sowie ein generelles Missbrauchsverbot statuiert.

Zur ordnungsgemässen Geschäftsführung gehört es, das Vorsorgevermögen einzig seinem Zweck entsprechend einzusetzen, sich Missbräuchen bei Anlage und Verwaltung zu enthalten, den Nutzen der Versicherten stets und konsequent allfälligen Eigeninteressen voranzustellen und die Verwaltung der Vorsorgeeinrichtung transparent auszugestalten. Sämtliche Formen von Interessenkonflikten sind daher zu vermeiden. Selbstverständlich gehört zur ordnungsgemässen Geschäftsführung auch die Einhaltung der Gesetze und entsprechenden Standesregeln sowie des eigenen internen Reglements.

Das oberste Organ selbst muss diese Prinzipien jeglichem Handeln zu Grunde legen, und hat daher auch deren Beachtung durch interne sowie externe Vermögensverwalter sicher-zustellen.

Konkretisiert wird diese Generalklausel unter anderem durch die nachfolgenden Pflichten des obersten Organs wie auch die Pflichten der Vermögensverwalter.

Einen Sonderfall der Interessenkonflikte bilden die Rechtsgeschäfte zwischen der Vorsorgeeinrichtung auf der einen Seite und nahe stehenden Personen oder Arbeitgebern. Aufgrund ihrer Verbreitung in der Praxis und der besonderen Anfälligkeit für Interessenkonflikte und dadurch für finanziellen und Reputationsschaden der Vorsorgeeinrichtung sind sie gesetzlich zu regeln. Solche Rechtsgeschäfte bleiben grundsätzlich erlaubt, müssen jedoch strengen Schranken unterworfen werden. Geschäfte, die einen Wert von CHF 1'000.- übersteigen, sind schriftlich abzufassen. Geschäfte, die einen Wert von CHF 100'000.- oder von 0.5% des Anlagevermögens, je nachdem, was zuerst erreicht ist, übersteigen, sind von der Revisionsstelle vor Abschluss auf Ausgewogenheit zwischen Leistung und Gegenleistung und Übereinstimmung mit dem internen Reglement zu prüfen. Ein Verstoß gegen diese Regeln ist mit der Nichtigkeit des jeweiligen Rechtsgeschäfts zu sanktionieren. (cf. Art. 57a E-BVG).

2. Beachtung der drei curae bezüglich der Auswahl der Vermögensverwalter

Bezüglich der Auswahl der (internen wie externen) Vermögensverwalter muss das oberste Organ die drei curae (cura in eligendo, in instruendo und in custodiendo [Sorgfaltspflichten bezüglich der Auswahl, Instruktion und Überwachung]) beachten:

- Bei der Auswahl der Vermögensverwalter muss das oberste Organ sowohl die Ausbildung und Erfahrung wie auch den guten Ruf und die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit, die Gewissenhaftigkeit sowie die Vertrauenswürdigkeit überprüfen. Dazu gehört auch die Überprüfung allfälliger Interessenkonflikte.
- Nach Anstellung bzw. Beauftragung ist das oberste Organ verpflichtet, die Vermögensverwalter gehörig zu instruieren.
- Schliesslich ist das oberste Organ verpflichtet, die (internen oder externen) Vermögensverwalter zu überwachen. Dabei sind der genaue Umfang sowie die Intensität der Überwachungspflicht zu bestimmen.
- Der Umfang und die Intensität der Aufsicht gehen weiter bei Vermögensverwaltern, die weder der Bankenaufsicht noch der Versicherungsaufsicht unterstehen.
- Zusätzlich (bzw. als Teil der Überwachungspflicht) trifft das oberste Organ die Pflicht zur sorgfältigen Organisation (cura in organisando) der Vorsorgeeinrichtung.
- Das oberste Organ muss daher ein internes Reglement bezüglich der Anforderungen an seine Mitglieder und die Vermögensverwalter, bezüglich deren Verhaltenspflichten sowie der Anlagetätigkeit erlassen und dessen Einhaltung überprüfen. Bei grösseren Vorsorgeeinrichtungen kann die Übertragung dieser Aufgabe an eine interne unabhängige Kontrollinstanz (Compliance-Stelle) Sinn machen.

3. Pflicht zum Erlass eines internen Reglementes

Aufgrund der Pflicht zur sorgfältigen Organisation der Vorsorgeeinrichtung trifft das oberste Organ die Pflicht, ein internes Reglement zu erlassen (vgl. oben).

Inhaltlich muss das Reglement, zusätzlich zur heutigen Rechtslage, folgende Bereiche abdecken und folgenden Ansprüchen genügen:

- Das interne Reglement muss die gesetzlichen Vorgaben umsetzen und konkretisieren. Dabei ist auf die spezifischen Gegebenheiten der jeweiligen Vorsorgeeinrichtung (z.B. Grösse, Struktur, Risiken) angemessen Rücksicht zu nehmen.
- Die Pflichten des obersten Organs müssen konkret geregelt werden. Es sind allfällige Anforderungen an die Mitglieder des obersten Organs zu formulieren, insbesondere bezüglich deren guten Ruf, deren Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit und deren Ausbildung. Das Reglement muss sowohl die Wahl der Mitglieder als auch die interne Beschlussfassung genau regeln.
- Das interne Reglement muss die Grundzüge der Kontrolle der Einhaltung des internen Reglements festlegen. Insbesondere ist die Ausgestaltung und Funktionsweise des internen Kontrollsystems (IKS) zu bestimmen.
- Die Verhaltenspflichten der Vermögensverwalter müssen konkret geregelt werden. Dabei müssen genaue Verfahren festgelegt werden, um allfällige Interessenkonflikte verhindern bzw. bei deren Auftreten sie wirksam beseitigen zu können. Das Reglement muss zudem vorsehen, dass Pflichtverletzungen

- sanktioniert werden können. Dazu sind in den entsprechenden Arbeitsverträgen mit internen bzw. Aufträgen mit externen Vermögensverwaltern angemessene Sanktionen zu vereinbaren.
- Die Grundsätze der Anlagepolitik müssen festgelegt werden. Damit können schon viele Interessenkonflikte präventiv vermieden werden.

Das interne Reglement muss von der jeweils zuständigen Aufsichtsbehörde bei Erlass oder bei Änderungen auf seine Angemessenheit und Wirksamkeit sowie auf seine Übereinstimmung mit den gesetzlichen Bestimmungen überprüft und genehmigt werden.

Das Reglement ist eine Form der Selbstregulierung, die erlaubt, auf die individuellen Bedürfnisse und Möglichkeiten der einzelnen Vorsorgeeinrichtungen einzugehen. Es ist denkbar (und erwünscht), dass das Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV) in Abstimmung mit den kantonalen Aufsichtsbehörden und allenfalls durch Einbezug von Branchenverbände oder Experten Musterreglemente entwickeln und allenfalls genehmigen lassen, so dass vor allem die kleineren Vorsorgeeinrichtungen von der Last befreit werden, ein solches Reglement selber zu entwickeln.

Die Idee dabei ist es, eine beschränkte Anzahl verschiedener Typen von Musterreglementen zu erarbeiten, die auf die Bedürfnisse und spezifischen Risiken der verschiedenen Arten von Vorsorgeeinrichtungen (z.B. Sammelstiftungen; Vorsorgeeinrichtungen, die die Vermögensverwaltung weitgehend an Banken und andere streng beaufsichtigte Institutionen ausgelagert haben; Vorsorgeeinrichtungen, die die Vermögensverwaltung selber führen, etc.) eingehen. Ein Grossteil der Vorsorgeeinrichtungen wird somit die Musterreglemente relativ global und ohne grosse Modifikationen übernehmen können. Die Kosten für die einzelnen Vorsorgeeinrichtungen sinken dadurch erheblich, da keine von Grund auf neu geschriebenen Reglemente erarbeitet werden müssen. Da davon ausgegangen werden kann, dass viele Vorsorgeeinrichtungen aus praktischen Gründen auf solche Musterreglemente zurückgreifen werden, senken sie auch der Zeitaufwand und die Kosten, die den Aufsichtsbehörden für die Genehmigung der Reglemente anfallen.

4. Pflicht zur internen Kontrolle der Einhaltung des internen Reglementes und der gesetzlichen Vorgaben

Das oberste Organ ist verpflichtet, die Einhaltung des internen Reglements wie auch der gesetzlichen Vorgaben zu überwachen. Dazu muss ein ausreichendes internes Kontrollsystem (IKS) geschaffen werden, das die spezifischen Risiken der jeweiligen Vorsorgeeinrichtung angemessen berücksichtigt. Die Verantwortlichkeiten für die einzelnen Kontrollen sind zu definieren, Kontrollpläne sind zu erstellen, und die Durchführung der Kontrollen ist zu dokumentieren.

Neben der internen Kontrolle durch das oberste Organ oder eine Compliance-Stelle (neben der natürlich weiterhin bestehenden Oberaufsicht durch das oberste Organ) prüft die ex-terne Revisionsstelle die Angemessenheit des internen Kontrollsystems sowie die Einhaltung der Verhaltensregeln. Sie kann dabei, nachdem sie sich von der Zuverlässigkeit des internen Kontrollsystems genügend überzeugt hat, auf die Kontrollen abstellen, die bereits von der internen Kontrolle vorgenommen worden sind.

5. Anforderungen an Mitglieder des obersten Organs

Zu prüfen ist auch, ob an die Mitglieder des obersten Organs selbst gewisse

Anforderungen bezeichnet werden sollen (z.B. bezüglich der Ausbildung). Dabei sind allfällige Auswirkungen bzw. Spannungen mit der paritätischen Aufteilung der Sitze des obersten Organs auf Arbeitnehmer- und Arbeitgebervertreter zu beachten.

Die Verankerung der Pflicht zur Ausbildung der Mitglieder des obersten Organs in Art. 51 Abs. 6 BVG ist äusserst sinnvoll. Eine entsprechende Ausbildung ist nämlich Voraussetzung, um den oben erwähnten Pflichten überhaupt nachkommen zu können. Es gehört daher sogar zu den Pflichten des obersten Organs dafür zu sorgen, dass alle Mitglieder die erforderliche Ausbildung erfahren (vgl. Art. 51a Abs. 2 lit. h des Entwurfes zur Revision des BVG (Strukturreform): „Es [das oberste Organ] nimmt die folgenden, unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben wahr: [...] h. Erstausbildung und Weiterbildung der Arbeitnehmer- und Arbeitgebervertreter; [...]“).

Um eine qualitativ angemessene und zeitgerechte Umsetzung der Ausbildungsverpflichtung sicherzustellen, hat das oberste Organ und insbesondere dessen Vorsitzender darum besorgt zu sein, dass alle Mitglieder des obersten Organs innert maximal 6 Monaten nach ihrer Wahl eine qualifizierte Ausbildung erhalten. Diese sollte sie mit allen Aspekten ihrer Zuständigkeit vertraut machen und so gewährleisten, dass sie die ihnen übertragenen Aufgaben eigenverantwortlich übernehmen können. Dabei können Grösse und Komplexität der Vorsorgeeinrichtung berücksichtigt werden. Bei kleineren Vorsorgeeinrichtungen mit standardisierten Anlagen (z.B. Investment Fonds) und ausgegliederter Vermögensverwaltung müssen beispielsweise wesentlich geringere Anforderungen an ein Mitglied des obersten Organs gestellt werden. Über das Mass an Komplexität und Risiken kann das oberste Organ durch die Gestaltung seines Reglements und seiner Anlagepolitik selbst Einfluss nehmen. In keinem Fall (selbst bei kleinen Vorsorgeeinrichtungen) aber darf auf diese Verpflichtung verzichtet werden. Umgekehrt jedoch sollte durch den Gesetzgeber geprüft werden, ob ab einer bestimmten Grösse der Vorsorgeeinrichtung zumindest der Vorsitzende des obersten Organs nicht über eine ausreichende berufliche Vorbildung verfügen sollte, die von vorne herein Gewähr für Ordnungsmässigkeit bietet.

Neben den fachlichen Qualifikationen müssen die Mitglieder des obersten Organs auch persönliche Anforderungen erfüllen. Darunter fällt insbesondere, dass die Mitglieder einen guten Ruf geniessen und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten müssen. Diese Gewährleistung kann bei Vorsorgeeinrichtungen auch auf das Gremium als Ganzes bezogen werden (vgl. vorne, A. II.). Mit diesen persönlichen Voraussetzungen soll insbesondere ein allfälliger Reputationsschaden von den Vorsorgeeinrichtungen abgewendet werden.

Die Erfüllung dieser Anforderungen ist von der Revisionsstelle im Jahresbericht zu prüfen und zu bestätigen. Dies ergibt sich daraus, dass die Revisionsstelle die Einhaltung der nach Gesetz und internem Reglement vorgeschriebenen Loyalität prüfen und bestätigen muss, welche auch den guten Ruf sowie die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit mit umfasst (vgl. Art. 50 Abs. 1 lit. b^{bis} und Art. 53 Abs. 1 E-BVG sowie Art. 35 Abs. 1 lit. c E-BVV2).

Mitglieder des obersten Organs haben Mandate, Nebenbeschäftigungen und Beteiligungen, die einen potentiellen Interessenkonflikt mit ihrem Mandat darstellen können, gegenüber dem Vorsitzenden des obersten Organs schriftlich offen zu legen, wobei dieser entscheidet, ob diese dem obersten Organ zur Genehmigung unterbreitet werden müssen. Der Vorsitzende unterbreitet mögliche eigene Konflikte der Revisionsstelle. Die Vorsorgeeinrichtung muss ein (periodisch aktualisiertes) Inventar der

Mandatsinhaber führen.

Die Aufgaben des obersten Organs bezüglich der Vermögensverwaltung beschränken sich grundsätzlich auf das Festlegen der Anlagestrategie. Es darf grundsätzlich nicht in konkrete Anlageentscheide einbezogen sein, da es damit seiner Aufsichtspflicht nicht mehr nachkommen könnte. Dies schliesst nicht aus, dass man bei gewichtigen Einzelentscheidungen (Exceptions to Policy) gegebenenfalls gemeinsam mit den mit der Vermögensverwaltung betrauten Personen oder Institutionen entscheidet.

II. Pflichten der Vermögensverwalter

Nachfolgende Regeln für Vermögensverwalter beziehen sich sowohl auf interne als auch externe Verwalter, d.h. auf Mitarbeiter der Vorsorgeeinrichtung, die mit der Verwaltung der Vermögen betraut sind, und auf von der Vorsorgeeinrichtung beauftragte Vermögensverwalter, die in keinem Anstellungsverhältnis zu ihr stehen.

Bei internen Vermögensverwaltern ist das oberste Organ direkt für die Einhaltung und Überwachung der nachfolgenden Pflichten verantwortlich. Bei externen Verwaltern ist es verpflichtet, sich die Einhaltung der Pflichten vertraglich bestätigen zu lassen und deren Befolgung angemessen zu überprüfen. Sofern Mitglieder des obersten Organs über die Festlegung der Anlagepolitik hinaus konkrete Anlageentscheide treffen oder regelmässig daran beteiligt sind oder davon wissen, gelten diese Regeln auch für sie.

Die Sanktionierung von Pflichtverletzungen erfolgt mittels in den Arbeitsverträgen bzw. Aufträgen vereinbarten Sanktionen (vgl. vorne, D. I. c.).

Zu regeln sind die Anforderungen an die Vermögensverwalter hinsichtlich der Vermeidung von Interessenkonflikten, des Entgegennehmens von Kick Backs und Geschenken, der Ausübung von Mandaten und Nebenbeschäftigungen sowie die Abwicklung und Kontrolle ihrer Eigengeschäfte.

1. Anforderungen an Vermögensverwalter

Die Vermögensverwalter müssen zu ihrer Aufgabe befähigt sein, d.h. sie müssen die zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlichen fachlichen und persönlichen Voraussetzungen aufweisen und die notwendigen personellen und technischen Ressourcen zur Verfügung haben. Darunter fällt insbesondere auch, dass sie einen guten Ruf geniessen und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten müssen.

Es ist die Aufgabe des obersten Organs, die Befähigung der mit der Anlage und der Verwaltung des Vorsorgevermögens betrauten Personen sicherzustellen und zu überprüfen.

2. Interessenkonflikte

Interessenkonflikte können von sehr vielfältiger Natur sein und äusserst unterschiedliche Sachverhalte und Funktionen bzw. Personen betreffen. Bei der Vermeidung von Interessenkonflikten ist zu unterscheiden, ob die Vorsorgeeinrichtung durch Mitarbeiter der Vorsorgeeinrichtung selbst oder durch externe Vermögensverwalter ausgeführt wird.

Sowohl interne wie externe Vermögensverwalter müssen Interessenkonflikte dem obersten Organ schriftlich offen legen, damit dieses die erforderlichen Massnahmen

treffen kann. Externe Vermögensverwalter müssen zusätzlich die erforderlichen und zweckdienlichen organisatorischen Massnahmen treffen, um Interessenkonflikte zwischen ihnen bzw. anderen Kunden und den Vorsorgeeinrichtungen gänzlich zu vermeiden und dadurch entstehende Benachteiligungen der Vorsorgeeinrichtungen auszuschliessen (Gleichbehandlungsgrundsatz).

3. *Finanzielle Kick Backs (Retrozessionen, Mengenrabatte usw.)*

Das Grundproblem sind nicht die Retrozessionen, Mengenrabatte usw. an sich, sondern die Tatsache, dass diese nicht an den ‚Verursacher‘, sondern an Dritte ausbezahlt werden. Es muss daher in geeigneter Form sichergestellt werden, dass sämtliche Vergünstigungen an externe und interne Vermögensverwalter den wirklich Begünstigten, d.h. der Vorsorgeeinrichtung selbst zukommen und nicht irgendwelchen Dritten, insbesondere nicht denen, die für die Vorsorgeeinrichtung handeln.

Zu unterscheiden ist zwischen Hard- (Geld) und Softcommissions (Dienstleistungen). Letztere umfassen Dienstleistungen wie Research-Berichte, Abonnemente für Informationsdienste usw., d.h. anstelle einer finanziellen Leistung erfolgt eine geldwerte Leistung. Auch solche Leistungen müssen jedoch so ausgestaltet sein, dass sie zwangsläufig dem ‚richtigen‘ Begünstigten, d.h. der Vorsorgeeinrichtung, zugute kommen.

Eine Pflicht zur Ablieferung der finanziellen Vorteile (Retrozessionen, Provisionen, Mengenrabatte usw.) an die Vorsorgeeinrichtung trifft sowohl interne als auch externe Vermögensverwalter. Dies ergibt sich bei internen Verwaltern aus dem Arbeitsrecht (Art. 321b Abs. 1 OR) und bei externen Verwaltern aus dem Auftragsrecht (Art. 400 Abs. 1 OR). Dies wurde kürzlich durch ein Urteil des Bundesgerichts (BGE 132 III 460) bestätigt.

Einzigste Ausnahme der Ablieferungspflicht kann eine Vereinbarung zwischen der Vorsorgeeinrichtung und dem Vermögensverwalter bilden, wonach die Vorsorgeeinrichtung auf die Ablieferung bestimmter, auch künftig anfallender Vermögenswerte verzichtet. Im Interesse der Transparenz wird ein solcher Verzicht nicht empfohlen. Auf jeden Fall müsste eine solche Vereinbarung schriftlich geschlossen und offen gelegt werden.

Trotz der eigentlich schon bestehenden Ablieferungspflicht sollte zur Klarstellung eine gesetzliche Regelung der Offenlegung und Ablieferung sämtlicher Vermögensvorteile geschaffen werden.

Im Gegensatz zu heute, wo gemäss Art. 53 Abs. 5 BVG eine formelle Bestätigung über die Einhaltung genügt, sollte die Richtigkeit dieser Bestätigung in Zukunft durch die Revisionsstelle in geeigneter Form bei internen und externen Vermögensverwaltern geprüft werden. Die Zusammenarbeit mit Banken, Effektenhändlern, Produktvermittlern etc. sollte davon abhängig gemacht werden, dass sie in geeigneter Form bestätigen, dass sie sich der Konsequenzen von BGE 132 III 460 bewusst sind und es ihre Politik ist, grundsätzlich auf verdeckte Zahlungen an externe Vermögensverwalter oder Mitarbeiter der Vorsorgeeinrichtung zu verzichten. Zu diesem Zweck empfiehlt es sich, dass die Zusammenarbeit mit solchen Institutionen durch das oberste Organ zu bewilligen ist und diese jährlich bestätigt werden muss.

Zu beachten ist, dass sich sowohl die Personen und Institutionen, die Kick Backs ausrichten wie auch diejenigen, die sie entgegennehmen, unter Umständen nach Art. 4a

UWG strafbar machen können.

4. *Geschenke*

Einladungen, Gastlichkeit oder kleine Geschenke stellen eine häufig verbreitete Praxis dar. Geschenke an und von Vermögensverwaltern sind jedoch problematisch, wenn sich da-hinter ein Bestechungsversuch oder der Versuch der unlauteren Einflussnahme versteckt. Sie können zu sachfremden Erwägungen führen, die dadurch in deren Entscheidungen bezüglich der Verwaltung und Anlage einfließen. Geschenke der Vorsorgeeinrichtungen an Kunden und Lieferanten sind ausserdem besonders heikel, weil dafür das Vermögen der Destinatäre eingesetzt wird. Generell schaden Korruptionsskandale der Reputation der Vorsorgeeinrichtung und können strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen.

Es gehört daher heute zu einer guten Governance eines Unternehmens, eine ‚gift policy‘ zu erstellen, welche regelt, welche Geschenke an Kunden und Lieferanten gemacht werden dürfen bzw. von diesen entgegen genommen werden dürfen.

Im Vordergrund steht bei Vorsorgeeinrichtungen das Verhältnis zu den Kunden und Lieferanten wie Banken, Broker, Vermögensverwalter, Immobilienverwalter usw. Mögliche Geschenke sind Bargelder z.B. in Form von Erfolgsbeteiligungen oder Retros, Einladungen zu kulturellen oder Sportanlässen oder ins Ausland (bis hin zu grossen Reisen), Essen und Trinken, Vergünstigungen bei eigenen Bankgeschäften usw. Eine ‚gift policy‘, die das Entgegennehmen von Geschenken durch MitarbeiterInnen der Vorsorgeeinrichtung regelt, sollte folgende Elemente berücksichtigen:

- Definition erlaubter Bagatellgeschenke und Festlegung einer wertmässigen Obergrenze z.B. von CHF 200.-. Geschenke jenseits dieser Obergrenze unterstehen einer Bewilligungspflicht in Schriftform durch das oberste Organ. Die Bewilligung ist zu dokumentieren.
- Bargeldgeschenke sind grundsätzlich unzulässig.
- Sonstige Geschenke, welche die Urteilsfähigkeit beeinflussen oder zu einer Verpflichtung des Beschenkten führen könnten, sind unzulässig.

Für Geschenke der Vorsorgeeinrichtungen an Kunden und Lieferanten besteht kein offensichtlicher Grund. Eine Ausnahme bilden unter Umständen Sammelstiftungen, die ein Interesse haben, Unternehmen davon zu überzeugen, ihre Vorsorgeeinrichtung in die Sammelstiftung einzubringen. Im Allgemeinen gilt hier analog zur Regelung über das Empfangen von Geschenken, dass für Geschenke über einer festzulegenden Obergrenze die Bewilligung in Schriftform durch das oberste Organ erforderlich ist.

5. *Mandate*

Es entspricht heute üblicher Praxis, sämtliche Mandate von Arbeitnehmern im Arbeitsvertrag bewilligungspflichtig zu erklären. Dies dient einerseits der Vermeidung von Interessenkonflikten (finanzieller und zeitlicher Art), von Reputationsrisiken und einer Begrenzung der ausserberuflichen zeitlichen Belastung, und andererseits der Transparenz. Dasselbe muss auch für Vermögensverwalter gelten, gerade wegen ihrer grossen Verantwortung und öffentlichen Exponiertheit. Aus praktischen Gründen kann eine solche Offenlegungs- und Bewilligungspflicht nur internen Vermögensverwaltern auferlegt werden.

Sämtliche Mandate sind grundsätzlich offen zu legen und müssen vom obersten Organ

- immer unter Beachtung des Interesses der Vorsorgeeinrichtung und deren Begünstigten - schriftlich bewilligt werden.

Bei externen Vermögensverwaltern hat das oberste Organ aufgrund der drei curae die Pflicht, allfällige Mandate und sich daraus ergebende Interessenkonflikte abzuklären und gestützt darauf die erforderlichen Massnahmen zu treffen. Als Grundlage für den Entscheid dienen die Angaben des jeweiligen Vermögensverwalters, den also mithin auch eine Offenlegungspflicht gegenüber der Vorsorgeeinrichtung trifft. Diese Pflicht besteht aufgrund der vorvertraglichen Aufklärungspflichten. Nach Beauftragung hinzukommende Mandate, die zu einem Interessenkonflikt führen könnten, müssen vom Vermögensverwalter aufgrund seiner auftragsrechtlichen Treuepflicht dem obersten Organ gemeldet werden.

6. *Eigengeschäfte (Mitarbeitergeschäfte)*

Im Gegensatz zum gebräuchlichen Terminus ‚Mitarbeitergeschäfte‘ wird hier der Begriff ‚Eigengeschäfte‘ verwendet. Diese Ausdrucksweise soll dem Umstand Rechnung tragen, dass nicht bloss Geschäfte von Mitarbeitern auf eigene Rechnung, sondern auch solche von externen Vermögensverwaltern, die keine Mitarbeiter im engeren Sinne sind, erfasst sind. Zudem wird in Art. 48f BVV 2 ebenfalls der Begriff ‚Eigengeschäfte‘ verwendet.

Zentrales Kriterium der Eigengeschäfte ist das Tätigen von Geschäften auf eigene Rechnung, sei es direkt (auf eigenen Namen) oder indirekt (unter Zuhilfenahme Dritter) sofern es sich beim wirtschaftlich Berechtigten um den Vermögensverwalter handelt. Die Art der Geschäfte ist dabei unerheblich. Im Vordergrund stehen Handelsgeschäfte in Wertpapieren, Devisen oder Edelmetallen sowie Rechte darauf (z.B. Optionen).

Zweck der Regelung der Mitarbeitergeschäfte (Eigengeschäfte) ist, die Vorsorgevermögen vor den Eigeninteressen der mit der Anlage und Verwaltung befassten Personen sowie den guten Ruf der Vorsorgeeinrichtung zu schützen. Eigengeschäfte bedürfen daher einer klaren Regelung.

Grundsätzlich sollten folgende Geschäfte verboten sein:

- Insider-Geschäfte,
- andere Geschäfte mit Wissensvorsprung,
- ‚front running‘, und
- ‚parallel running‘.

Die „Insider“-Einschränkung („Ausnutzung eines kursrelevanten Informationsvorsprungs“) geht dabei bereits heute wesentlich weiter als der in Art. 161 StGB umschriebene Insidertatbestand und lehnt sich an international übliche Definitionen dieses Sachverhaltes an. Es ist nicht sicher, ob sich alle Beteiligten dieses Umstandes so bewusst sind und entsprechend handeln. Transaktionen als missbräuchlich zu deklarieren ohne gleichzeitig ein Kontrollumfeld zu postulieren, das in der Lage ist, den Missbrauch so weit wie möglich zu identifizieren, erscheint wenig zielführend.

Empfehlenswert und bei Banken üblich ist es, dass auch gewisse zeitliche und zahlenmässige Einschränkungen vorgenommen werden. Die Vorsorgeeinrichtung hat Anspruch darauf, dass ihre Mitarbeiter ihre Arbeitszeit und ihre Aufmerksamkeit voll der Vorsorgeeinrichtung zur Verfügung stellen. Auch besteht ein Risiko, dass allzu

intensives und aggressives Anlageverhalten eines Vorsorgeeinrichtungsmitarbeiters auf seinen Arbeitgeber zurückfällt und für diesen einen Rufschaden verursacht.

Deshalb sollten auch Tagesgeschäfte (intra day) grundsätzlich verboten sein. Empfehlenswert ist es, dass Eigengeschäfte der Mitarbeiter grundsätzlich mit einer minimalen Haltefrist versehen werden, innert deren Anlagen nicht verkauft werden dürfen, es sei denn, der Mitarbeiter stellt eine Position mit Verlust glatt. Vernünftig ist eine minimale Haltefrist von 5 Werktagen. Dies verhindert auch, dass Mitarbeiter besonders riskante, kurzfristige Spekulationsrisiken eingehen, die ihre volle Aufmerksamkeit zulasten ihrer Tätigkeit für die Vorsorgeeinrichtung verlangen. Gleichermassen sind zahlenmässige Plafonierungen von Eigengeschäften nicht unüblich. Ein Rahmen von 20-30 Transaktionen pro Monat ist ausreichend für eine aktive Bewirtschaftung eines privaten Portfolios. Sollten sich Sonder-situationen ergeben, die ausnahmsweise eine grössere Zahl von Transaktionen benötigen (Portfolieneustrukturierungen), so kann dies mittels einer Ausnahmegenehmigung genehmigt werden.

Ob eine Vorsorgeeinrichtung ihren Mitarbeitern eine Erhöhung ihres Anlagerisikos durch Belehnung von Wertpapieren, durch Wertpapierleihe oder spekulativen Einsatz von Derivaten gestatten will, muss dem Einzelentscheid überlassen bleiben. Grundsätzlich sollten sich aber Vermögensverwalter von Vorsorgeeinrichtungen in ihrem privaten Anlageverhalten nicht wesentlich von dem Verhalten unterscheiden, das an das Anlageverhalten der Vorsorgeeinrichtung selbst gestellt wird.

Das Aufstellen solcher Regeln ist nur sinnvoll, wenn deren Einhaltung auch kontrolliert wird. Alle mit der Vermögensverwaltung betrauten Personen sollten sich deshalb in ihrem Anstellungsvertrag grundsätzlich dahingehend erklären, dass sie ihrem Arbeitgeber gegenüber bereit sind, ihre sämtlichen Wertpapiertransaktionen auf Wunsch offenzulegen. Ob dies zeitnahe z.B. durch das Duplikat einer Abrechnung, in regelmässigen Abständen oder einmal pro Jahr zu erfolgen hat, kann der angemessenen individuellen Lösung vorbehalten bleiben. Gleichermassen braucht es keiner detaillierten Regelung, ob diese Offenlegung gegenüber dem obersten Organ, einer unabhängigen internen Kontrolle (Compliance) oder gegenüber der Revisionsstelle zu erfolgen hat.

Die nötigen Sanktionen sind (neben strafrechtlichen Folgen bei schweren Verstössen, z.B. bei Insider-Delikten) mittels vertraglichen Abreden zu schaffen.

7. Gleichbehandlungsgrundsatz

Der Gleichbehandlungsgrundsatz besagt, dass ein Vermögensverwalter bei Anlagen unter gleichen Umständen sämtliche Kunden gleich behandeln muss. Folglich trifft diese Pflicht der Gleichbehandlung v.a. externe Vermögensverwalter, die gleichzeitig für mehrere Vorsorgeeinrichtungen bzw. für Vorsorgeeinrichtungen und andere Unternehmen oder für eine Vorsorgeeinrichtung und sich selbst Anlagen tätigen.⁷

⁷ Vgl. hierzu Art. 9 der Verhaltensregeln für Effekthändler bei der Durchführung des Effektenhandelsgeschäftes, Richtlinien der Schweizerischen Bankiervereinigung vom 22.1.1997

III. Aufsichtsrechtliche Massnahmen und Sanktionen

Neben der zivilrechtlichen Haftung kommt den aufsichtsrechtlichen Massnahmen und Sanktionen eine grosse Bedeutung zu. Sie setzen nicht einen Schaden voraus, sondern lediglich die Verletzung gesetzlicher oder durch das interne Reglement aufgestellten Vorschriften. Gerade im Bereich der Loyalitätsvorschriften ist dieser Unterschied bedeutsam, da durch eine Verletzung dieser Vorschriften oftmals kein, oder nur ein geringer finanzieller Schaden entsteht sondern ein Reputationsschaden.

Ein weiterer Unterschied zur zivilrechtlichen Haftung ist, dass aufsichtsrechtliche Massnahmen zeitlich früher zur Anwendung kommen können, da eben noch kein Schaden entstanden sein muss. Dieser Unterschied ist sehr bedeutsam, da Haftungsansprüche oft sowohl schwer beweisbar als auch schwierig eingefordert werden können (vgl. vorne, A. XI.). Es muss also unter anderem auch daher mit allen Mitteln vermieden werden, dass überhaupt ein Schaden entsteht.

Art. 62 Abs. 1 lit. d BVG enthält eine nicht abschliessende Generalklausel für repressive Massnahmen. Darunter fallen nach herrschender Auslegung insbesondere folgende Aufsichtsmittel:

- die Anordnung von Auflagen oder Weisungen aller Art;
- die Aufhebung von Entscheidungen der Stiftung;
- die Suspendierung von Stiftungsorganen und Geschäftsführern;
- die Abberufung (und nötigenfalls Ersetzung) von Stiftungsorganen und Geschäftsführern;
- die Ersatzvornahme; sowie
- die Verhängung von Ordnungsstrafen (vgl. Art. 79 Abs. 1 BVG).

Insbesondere die Abberufung von Stiftungsorganen und Geschäftsführern, die entweder keinen guten Ruf mehr geniessen oder keine Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit mehr bieten, kann zum Zweck der Abwendung von Reputationsschaden von der Vorsorgeeinrichtung erfolgen. Dabei ist – wie bei allen aufsichtsrechtlichen Massnahmen – stets das Verhältnismässigkeitsprinzip zu wahren.

Nicht möglich ist hingegen die Absetzung von externen Vermögensverwaltern, da diese sonst indirekt unter eine Aufsicht gestellt würden. Die Aufsicht über Vermögensverwalter ist jedoch, im Gegensatz z.B. zum Finanzsektor, in der politischen Diskussion mehrheitlich abgelehnt wurde.

In der Literatur nicht erwähnt (und wohl auch in der Praxis nicht üblich) sind die Möglichkeit einer Feststellungsverfügung, die Absetzung der Revisionsstelle sowie die Gewinnabschöpfung:

Die Aufsichtsbehörde muss die Möglichkeit haben, schwerwiegende Gesetzes- oder Reglementsverletzungen der Vorsorgeeinrichtung oder deren Organe oder Geschäftsführern mittels Verfügung festzustellen.

Die Revisionsstelle spielt aufgrund der weit reichenden Kontrollaufgaben im System der Vorsorgeeinrichtungen eine wichtige Rolle. Falls sie dieser grossen Verantwortung nicht gerecht wird, muss es somit für die Aufsicht möglich sein, bezüglich der Revisionsstelle Weisungen zu erlassen und sie von der Prüfung der Vorsorgeeinrichtung, bei deren Überprüfung konkret Mängel auftraten, oder bei schwerwiegenden Verfehlungen generell von der Prüfung von Vorsorgeeinrichtungen auszuschliessen. Dabei darf keine Rolle spielen, aufgrund welcher Grundlage von Art. 33 BVV2 die Revisionsstelle zur Prüfung zugelassen wurde. Fraglich ist, ob der

Aufsicht diese Kompetenz schon heute zusteht, nämlich aufgrund der Möglichkeit, Auflagen und Weisungen anzuordnen oder Entscheidungen der Stiftung, wozu auch die Wahl der Revisionsstelle gehört, aufzuheben. Aufgrund der grossen Tragweite erscheint es aber sinnvoll, dieses Aufsichtsmittel rechtlich klar zu regeln.

Neben den strafrechtlichen Sanktionen muss schliesslich erreicht werden, dass sich gesetzes- oder reglementwidriges Verhalten wirtschaftlich nicht lohnt. Mittels der zivilrechtlichen Schadenersatzansprüchen der Geschädigten wird bloss der Schaden abgegolten, d.h. der Verursacher des Schadens steht wirtschaftlich im schlechtesten Fall gleich da, wie wenn er die gesetzes- oder reglementwidrige Handlung nicht begangen hätte. Daneben muss deshalb als aufsichtsrechtliches Mittel die Gewinnabschöpfung treten, die es der Aufsicht ermöglicht, von der sich gesetzes- oder reglementwidrig verhaltenden Person sämtlichen von ihr erzielten Gewinn herausfordern zu können. Wenn man bei der Berechnung des Gewinns auf den Bruttogewinn abstellt oder eine zwischenzeitlich allfällig wieder weggefallene Bereicherung nicht berücksichtigt bzw. an deren Stelle eine Ersatzforderung gleicher Höhe entstehen lässt, trägt die Gewinnabschöpfung sogar den Charakter einer Sanktion. Bezüglich der Gewinnabschöpfung (Einziehung) kann auf Art. 31a des Entwurfs zum FINMAG⁸ verwiesen werden, der dieselbe Stossrichtung verfolgt.

IV. Externe Kontrolle und Aufsicht

1. Kontrolle durch die Revisionsstelle

Neben der internen Kontrolle (vgl. die Ausführungen zu den Pflichten des obersten Organs) müssen die externen Revisionsstellen ebenfalls stärker in den Kontrollprozess einbezogen werden. Damit ist in jedem Fall eine professionelle Kontrolle der Einhaltung der Pflichten des obersten Organs sowie der Vermögensverwalter gewährleistet, denn das oberste Organ ist aufgrund seiner Zusammensetzung eher anfällig für Schwächen bei der Erfüllung seiner Pflichten.

Im Gegensatz zur heutigen gesetzlichen Regelung, wo eine Bestätigung über den formellen Nachweis der Einhaltung der Regeln über die Loyalität in der Vermögensverwaltung genügt (Testat), muss die Revisionsstelle verpflichtet werden, einen Bericht über die materielle Befolgung zu erstellen. Dafür ist der Prüfungsumfang auf eine materielle Prüfung zu erweitern, d.h. auf eine effektive Kontrolle der Einhaltung der Regeln über die Loyalität in der Vermögensverwaltung.

Dazu gehört die Kontrolle des internen Kontrollsystems auf seine Angemessenheit und Wirksamkeit zur Gewährleistung der Einhaltung der Regeln über die Loyalität in der Vermögensverwaltung wie auch die Kontrolle der Einhaltung sowohl des Reglements als auch der gesetzlichen Vorschriften.

Der Bericht ist - nach Kenntnisnahme des Entwurfs durch das oberste Organ - sowohl dem obersten Organ als auch direkt der entsprechenden Aufsichtsstelle zu übergeben. Die Auslegung in der Praxis, wie sie auch im Kommentar von Carl Helbling zur Personalvorsorge und BVG⁹ diskutiert wird, steht nach Ansicht der Autoren zurzeit im Widerspruch mit der entsprechenden Regelung in Art. 36 BVV 2. Es wäre deshalb

8 Sanktionen in der Finanzmarktaufsicht, II. Teilbericht der vom Bundesrat eingesetzten Expertenkommission, August 2004, mit Entwurf zum Bundesgesetz über die Finanzmarktaufsicht, Anhang II.

wünschenswert sicherzustellen, dass diese Regelung in der Praxis konsequent umgesetzt wird. Weiter ist zu prüfen, ob die Versicherten berechtigt sein sollen, auf Anfrage in den Bericht Einsicht zu nehmen oder, ob wichtige Vermerke der Revisionsstelle im Geschäftsbericht offen gelegt werden müssen.

Anstelle der Übertragung dieser Aufgabe an die Revisionsstelle könnte die Prüfung der Einhaltung des internen Reglements auch durch die entsprechende Aufsichtsstelle durchgeführt werden. Diese Lösung ist jedoch praktisch nicht gangbar, da die Aufsichtsstellen im jetzigen Zeitpunkt mehrheitlich nicht genügend personelle, organisatorische und fachliche Ressourcen aufweisen. Die Revisionsstelle hingegen ist bereits unter geltendem Recht stark in den Kontrollprozess einbezogen (vgl. deren Aufgaben nach Art. 53 BVG). Mit guten Gründen wurde ihr deshalb auch die (formelle) Prüfung der Einhaltung der Regeln über die Loyalität in der Vermögensverwaltung übertragen. Zudem übernehmen sie bei der Revision von Aktiengesellschaften sehr ähnliche Aufgaben.

Auch im Aktienrecht wurde in letzter Zeit der Prüfauftrag der Revisionsstelle erweitert. Art. 728a Abs. 1 Ziff. 3 revOR sieht neu vor, dass die Revisionsstelle prüfen muss, ob ein internes Kontrollsystem (IKS) existiert.¹⁰ Diese Gesetzesänderung wird voraussichtlich in der zweiten Hälfte 2007 in Kraft treten.

Die Pflicht des Verwaltungsrates zur Schaffung eines IKS ergibt sich aus seiner Verpflichtung, das Rechnungswesen der Gesellschaft so auszugestalten, dass die Grundsätze der ordnungsgemässen Buchführung und Rechnungslegung eingehalten werden.¹¹

Der genaue Inhalt der Kontrolle des IKS nach Art. 728a Abs. 1 Ziff. 3 revOR ist zum heutigen Zeitpunkt nicht verlässlich feststellbar. So wird vertreten, dass dieses lediglich die interne Kontrolle bezüglich der Buchführung und Rechnungslegung umfasse, nicht aber etwa der Compliance.¹² Diese Auffassung verkennt den Bezug zwischen Compliance und Rechnungslegung und ignoriert, dass Compliance-Fehler sich direkt auf die Rechnungslegung auswirken. Soweit die Compliance-Organisation auch den Zweck hat, die richtige Rechnungslegung sicherzustellen, umfasst das IKS sicher auch diese.

Noch unklar ist dabei allerdings, inwieweit über die rein formale Prüfung der Existenz auch eine Überprüfung der Qualität und Wirksamkeit zu erfolgen hat.¹³ Voraussetzung für die Bestätigung der Existenz eines IKS ist jedoch, dass es ausreichend dokumentiert und damit für einen unabhängigen Dritten nachvollziehbar ist. Die Revisionsstelle muss daher auch die Angemessenheit und mögliche Wirksamkeit prüfen (Design-Test). Eine Kontrolle der Einhaltung ist jedoch nicht vorgesehen. Ebenfalls nicht vorgesehen sind umfassende Prüfungen oder gar Vorgaben im Sinne

9 Helbling, Carl, Personalvorsorge und BVG – Gesamtdarstellung der rechtlichen, organisatorischen und technischen Grundlagen der beruflichen Vorsorge in der Schweiz, 8., vollständige überarbeitete Auflage, Haupt Verlag, 2006, S. 695.

10 Vgl. Referendumsvorlage in BBl 2005 7289, 7291.

11 Vgl. Botschaft, BBl 2004 3669, 4023.

12 Vgl. Votum von Bundesrat C. Blocher in der Wintersession des Ständerates vom 1.12.2005, abgedruckt in Nadig, Linard / Marti, Simon / Schmid, Michael, Kontrolle in mittelgrossen schweizerischen Unternehmen, ST 03/2006, S. 112.

13 Vgl. Meier-Hayoz / Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 2007, § 16 Rn 523.

der US-amerikanischen Sarbanes-Oxley Act 404 Regel, welche eigentliche Test des IKS vorschreibt.¹⁴

Nach Art. 728b revOR muss die Revisionsstelle ebenfalls einen umfassenden Bericht mit Feststellungen über das IKS zuhanden des Verwaltungsrates verfassen.

Bei der Revision der Vorsorgeeinrichtungen müsste neben dem Rechnungswesen insbesondere auch das IKS bezüglich der Gewährleistung der Loyalitätspflichten in den Prüf-umfang einbezogen werden. Zudem müsste die Revisionsstelle neben dem Design-Test auch die Einhaltung des gesetzlichen Loyalitätsvorschriften sowie des internen Reglement überprüfen.

2. Kontrolle durch die Aufsichtsbehörden

Die jeweils zuständige Aufsichtsbehörde hat das interne Reglement auf seine Angemessenheit und Wirksamkeit zur Gewährleistung der Loyalität in der Verwaltung der Vorsorgeeinrichtung sowie seine Übereinstimmung mit den gesetzlichen Bestimmungen bei Erlass oder Änderung zu überprüfen und zu genehmigen. (cf. Kapitel D. 1. c.)

Die konstitutive Genehmigung bietet die erforderliche Rechtssicherheit für die Vorsorgeeinrichtung und die Revisionsstelle. Das oberste Organ wird erheblich entlastet, wenn es ab dem Zeitpunkt der Genehmigung des Reglements weiss, dass es sich rechtmässig verhält, solange es sich an das interne Reglement (und die gesetzlichen Vorgaben) hält. Gleiches gilt für die Revisionsstelle. Wie bereits erwähnt können die durch ein solches konstitutives Genehmigungsverfahren auf beiden Seiten entstehenden Kosten und der Zeitaufwand durch die Schaffung von Musterreglementen beträchtlich gesenkt werden (vgl. vorne, D. I. c.). Allenfalls könnte die konstitutive Wirkung der Genehmigung nicht auf das ganze interne Reglement erstreckt werden, sondern nur auf die Teile, die die Gewährleistung der Loyalität in der Verwaltung der Vorsorgeeinrichtungen zum Inhalt haben. Aus dieser Aufteilung des internen Reglements in einen konstitutiv und einen deklaratorisch zu genehmigenden Teil werden sich aber zwangsläufig Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben.

Dazu kommen die sonstigen, schon nach heutiger Rechtslage bestehenden Aufsichtspflichten der Aufsichtsbehörden.

Zusätzlich sollte neben der regelmässigen Kontrolle durch die Revisionsstelle noch eine „stichprobenartige“ umfassende Kontrolle durch die Aufsichtsbehörden vorgesehen werden. Die Stichproben müssten nicht einfach zufällig, sondern anhand eines Risikorasters bezüglich der einzelnen Branchen, der Grösse und der Struktur der Vorsorgeeinrichtung gewählt werden („risk-based approach“). In Anlehnung an die Regelung im Bankenbereich sollten die Aufsichtsbehörden ermächtigt werden, bei gravierenden Regelverletzungen „Sonderprüfungen“ vorzunehmen. Der Aufsichtsbehörde müsste dafür in beiden Fällen volle Akteneinsicht zustehen.

14 Behr, Giorgio, Grundzüge des neuen Revisionsrechts, ST 05/2006, S. 308.

Eine zusätzliche Kontrolle durch die Aufsichtsbehörden hat folgende Vorteile:

- Präventivwirkung: Sowohl die Vorsorgeeinrichtungen selbst als auch die Revisionsstellen wären ständig der Möglichkeit einer Kontrolle ihrer Arbeit ausgesetzt.
- Vereinheitlichung der Rechtsanwendung: Eine breit gefächerte stichprobenartige Kontrolle würde eine uneinheitliche Praxis bezüglich der Einhaltung der Pflichten des obersten Organs und der Vermögensverwalter sowie bezüglich der Revisionspraxis der Revisionsstellen zum Vorschein bringen. Der entsprechende (auch politische) Handlungsbedarf kann dadurch rasch erkannt, auf allfällige Risikosituationen kann reagiert, und die entsprechenden Massnahmen können frühzeitig ergriffen werden.
- Kosten: Die Lösung ist relativ kostengünstig.
- Zusätzliche Legitimation der Aufsichtsbehörden: Der Branchenbezug und nahe Kontakt der Aufsichtsbehörden zu den einzelnen Vorsorgeeinrichtungen bzw. der Branche als solcher wird gestärkt. Dadurch könnten auch die Legitimation und der Ruf der Aufsichtsbehörden als effektive Aufsicht erheblich gesteigert werden.

E Defizite

Die Defizite ergeben sich aus dem Vergleich zwischen der heutigen Rechtslage und den zu regelnden Bereichen.

I. Bezüglich oberstem Organ

Es besteht keine gesetzliche Erwähnung der weit reichenden Führungsverantwortung des obersten Organs. Ebenfalls fehlt ein generelles Missbrauchsverbot. Grundsätzlich ergibt sich die Führungsverantwortung wie auch das Missbrauchsverbot bereits jetzt aus all-gemeinen Grundsätzen, doch wäre zur Verdeutlichung und als Appell eine solche Regelung wünschenswert.

Das gleiche gilt für die Sorgfaltspflichten (3 curae) des obersten Organs. Indirekt ergeben sie sich aus Art. 48h sowie aus Art. 49a Abs. 3 BVV 2. Doch auch hier fehlt eine klare und deutliche gesetzliche Regelung, die diese Pflichten unmissverständlich in Erinnerung ruft.

Die Pflicht zum Erlass eines internen Reglements zur Gewährleistung der Regeln über die Loyalität in der Vermögensverwaltung sowie über die Anlagetätigkeit ist ebenfalls zu normieren. Dazu kommt die Pflicht zur internen Kontrolle der Einhaltung des internen Reglements und der gesetzlichen Vorgaben.

Falls an die einzelnen Mitglieder des obersten Organs gewisse, über die heutige Rechtslage hinausgehende Anforderungen (z.B. bzgl. guter Ruf, Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit und Ausbildung) gestellt werden sollen, ist dafür die nötige gesetzliche Grundlage zu schaffen.

Bezüglich des internen Reglements ist die Prüfung und Genehmigung durch die jeweils zuständige Aufsichtsbehörde zu normieren.

Die Rechtsgeschäfte mit Nahestehenden oder Arbeitgebern müssen neu ins BVG aufgenommen werden.

II. Bezüglich Vermögensverwalter

1. Anforderungen an Vermögensverwalter

Es besteht keine direkte gesetzliche Regelung der Anforderungen an Vermögensverwalter von Vorsorgeeinrichtungen. Nur indirekt ergibt sich aus Art. 48h BVV 2, dass Vermögensverwalter gewisse Anforderungen aufweisen müssen. Neben diesen Anforderungen sind die Vorsorgeeinrichtungen zu verpflichten, im internen Reglement detaillierter und unter Umständen weiter gehende Anforderungen zu statuieren.

2. Interessenkonflikte

Bezüglich Interessenkonflikten besteht keine gesetzliche Regelung (trotz des Titels von Art. 48f BVV 2). Höchstens indirekt kann aus den Art. 48h und Art. 49a Abs. 3 und 4 BVV 2 abgeleitet werden, dass als Vermögensverwalter Interessenkonflikte zu vermeiden sind, weil man sonst die Anforderungen an eine korrekte Vermögensverwaltung nicht mehr erfüllen würde. Gerade bei dieser heiklen Problematik müsste eine Regelung getroffen werden.

3. *Finanzielle Kick Backs (Retrozessionen, Mengenrabatte usw.)*

Art. 48g BVV 2 regelt die Offenlegung von persönlichen Vermögensvorteilen, worunter auch finanzielle Kick Backs (Retrozessionen, Mengenrabatte usw.) fallen. Nicht geregelt ist die Ablieferungspflicht. Zwar ergibt sie sich aus Arbeits- und Auftragsrecht, doch aufgrund der heute noch immer üblichen Praxis, dass Kick Backs den Vermögensverwaltern und nicht den wirklich Begünstigten zufließen, wäre eine Klarstellung sinnvoll. Damit würde verdeutlicht, dass diese Vermögensvorteile grundsätzlich der Vorsorgeeinrichtung zustehen und dass Abweichungen von dieser Regel, selbst wenn durch Vereinbarungen mit dem obersten Organ möglich, die Ausnahme bilden.

4. *Geschenke*

Art. 48g BVV 2 regelt die Offenlegung von persönlichen Vermögensvorteilen, worunter auch Geschenke fallen. Eine gesetzliche Regelung, die den Erlass einer ‚gift policy‘ vorschreibt, besteht jedoch nicht, sodass die Grenzen der Zulässigkeit solcher Geschenke nicht geregelt sind. Die Vorsorgeeinrichtungen sind daher gesetzlich zu verpflichten, im internen Reglement eine angemessene ‚gift policy‘ zu erlassen.

5. *Mandate*

Bezüglich Mandate besteht keine gesetzliche Regelung. Höchstens indirekt kann aus den Art. 48h und Art. 49a Abs. 3 und 4 BVV 2 abgeleitet werden, dass als Vermögensverwalter gewisse Mandate niederzulegen bzw. nicht anzunehmen sind, weil man sonst die Anforderungen an eine korrekte Vermögensverwaltung nicht mehr erfüllen würde. Doch selbst bei dieser Gesetzesinterpretation würde eine Regelung der Offenlegung fehlen. Sinnvollerweise ist daher eine klare Regelung zu schaffen.

6. *Eigengeschäfte (Mitarbeitergeschäfte)*

Die Eigengeschäfte sind ziemlich umfassend in Art. 48f BVV 2 geregelt. Nicht geregelt ist bzw. sind,

- ob Eigengeschäfte vorgängig vom obersten Organ bewilligt werden müssen,
- das Verbot des ‚parallel runnings‘,
- allfällige zahlenmässige Beschränkungen oder Haltefristen für Handelsgeschäfte,
- welche Produkte an sich unzulässig sind, und
- die Offenlegungspflicht.

Art. 48f BVV 2 bzw. eine entsprechende Regelung wäre um diese Punkte zu ergänzen. Insbesondere sind die Vorsorgeeinrichtungen zu verpflichten, im internen Reglement angemessene Regeln bezüglich der Zulässigkeit und Handhabung von Eigengeschäften zu treffen.

III. **Bezüglich Haftung und Sanktionen**

Bei einer allfälligen Verschärfung und Erweiterung der Regeln über die Loyalität in der Vermögensverwaltung und durch eine Vorverlegung materiellen Prüfungspflichten durch die Revisionsstelle genügen die bisherigen zivil- und strafrechtlichen Haftungs- und Sanktionsbestimmungen weiterhin. Somit besteht in diesem Bereich kein Handlungsbedarf.

Anders ist die Lage bei den aufsichtsrechtlichen Massnahmen zu beurteilen. Wie oben dargestellt, ist nach heute herrschender Auslegung die Absetzung der Revisionsstelle sowie die Gewinnabschöpfung nicht von Art. 62 Abs. 1 lit. d BVG erfasst. Zudem ist die Formulierung sehr allgemein gehalten. Aufgrund der unter Umständen grossen Tragweite der Entscheide wäre es daher zu empfehlen, die Aufsichtsmittel gesetzlich zu konkretisieren. Damit würde sowohl für die Aufsichtsbehörden als auch für die betroffenen Vorsorgeeinrichtungen und Revisionsstellen Rechtsklarheit geschaffen, ohne jedoch (ausser der zusätzlichen Möglichkeit der Absetzung der Revisionsstelle und der Gewinnabschöpfung) die materielle Rechtslage zu ändern.

IV. Bezüglich externer Kontrolle und Aufsicht

Das zweistufige Aufsichtssystem ist als Folge der politischen Realität zu belassen.

Art. 53 Abs. 5 BVG sowie Art. 35 Abs. 1 lit. c BVV 2 bilden keine genügende Grundlage für eine umfassende Kontrolle der Einhaltung der Loyalität in der Vermögensverwaltung durch die Revisionsstelle, da sie sich lediglich auf eine formelle Kontrolle beschränken.

Die Kontrolle durch die Revisionsstelle ist jedoch auf eine materielle Prüfung der Einhaltung der Regeln über die Loyalität in der Vermögensverwaltung auszudehnen. Dabei müssen die Vorgaben an den Prüfungsumfang, die Art der Prüfung sowie die Prüfungsintensität festgelegt werden.

Die Kompetenz zu stichprobenartigen Kontrollen sowie zu voller Akteneinsicht durch die jeweils zuständige Aufsichtsbehörde müsste ebenfalls im BVG verankert werden.

F Regelungsoptionen

Beim Erlass einer Regelung zur Behebung der Defizite bestehen mehrere Möglichkeiten.

I. Selbstregulierung durch die Vorsorgeeinrichtungen

Die Regelung könnte der Selbstregulierung durch die Vorsorgeeinrichtungen überlassen werden. Die Vorsorgeeinrichtungen haben sich in der Vergangenheit aber nur teilweise bemüht, sich selbst entsprechend zu regulieren. Zudem besteht zurzeit keine Selbst-regulierungsorganisation wie z.B. im Bankenwesen. Der ‚Schweizerische Vorsorgeein-richtungsverband ASIP‘ hat nur 1'100 Mitglieder von ca. 2'500 Vorsorgeeinrichtungen insgesamt. Gleiches gilt für die ‚Stiftung Verhaltenskodex in der beruflichen Vorsorge‘ (vgl. oben). Folglich ist derzeit weder die individuelle noch die kollektive Selbstregulierung ein möglicher Weg.

Alternativ könnte eine Selbstregulierungsorganisation zwangsgeschaffen werden. Der Auf-bau einer solchen Organisation würde jedoch lange dauern. Zudem müssten auch dazu die nötigen gesetzlichen Grundlagen geschaffen werden, sodass vom Ergebnis her betrachtet auch gerade direkt die erforderlichen Regeln gesetzlich getroffen werden können.

Als weitere Möglichkeit könnte ein neuer Kodex mit dem BSV als Träger geschaffen werden. Langfristig könnte unter Umständen eine Übernahme der Trägerfunktion durch eine Selbstregulierungsorganisation (Standesorganisation) oder zumindest deren Mitsprache angestrebt werden. Auch dieser Weg wird voraussichtlich viel Zeit in Anspruch nehmen. Zudem besteht auch hier das Erfordernis der Anpassung der gesetzlichen Grundlagen.

II. Umfassende gesetzliche Regelung mittels einer Revision des BVG sowie der BVV 2

Die Regelung könnte vollständig auf Gesetzes- und Verordnungsstufe umgesetzt werden. Nachteil dieser Lösung ist, dass auf die grossen Unterschiede zwischen den Vorsorge-einrichtungen nur begrenzt Rücksicht genommen werden kann und dies daher entweder zu einer Über- oder einer Unterregulierung führt.

Alternativ könnte die Konkretisierung in der BVV 2 ganz weggelassen werden und direkt gestützt auf das geänderte BVG ein Kodex erlassen werden (z.B. durch Weisungen). Diese Variante entspräche der Lösung bezüglich der Verhaltensregeln für Effektenhändler. Art. 11 BEGH bildet die Grundlage für die ‚Verhaltensregeln für Effektenhändler bei der Durch-führung des Effektenhandelsgeschäftes‘ vom 22.1.1997, erlassen von der Schweizerischen Bankiervereinigung. Da im Vorsorgewesen jedoch keine der Schweizerischen Bankiervereinigung entsprechende Organisation besteht, müsste auch dieser Kodex oder Stan-dard vom BSV erlassen werden.

III. Zwang zur beaufsichtigten Selbstregulierung

Diese Lösung erfordert eine Änderung des BVG sowie der BVV 2, die die gesetzlichen Vorgaben konkretisiert. Eine weitergehende, detailliertere Regelung erfolgt durch die Vor-sorgeeinrichtungen selbst. Folglich gibt der Gesetzgeber lediglich den Rahmen und einen Minimal-Standard vor. Die für jede Vorsorgeeinrichtung angemessene Regelung im Detail, die selbstverständlich über die

gesetzlichen Anforderungen hinausgehen kann, schafft sich jede Vorsorgeeinrichtung, unter Umständen mit Rückgriff auf Musterreglemente, selbst. Dazu wird sie durch die entsprechenden Vorschriften im BVG und der BVV 2 gezwungen, bleibt jedoch inhaltlich immer noch relativ frei. Diese Selbstregulierung ist jedoch - im Gegensatz zur heutigen Rechtslage - nicht mehr oder weniger von einer staatlichen Kontrolle ausgenommen, sondern sowohl der Aufsicht durch die Revisionsstelle als auch der jeweils zuständigen Aufsicht unterworfen.

Diese Lösung ist vorzuziehen, da sie sehr flexibel ist, auf die grossen Unterschiede innerhalb der Vorsorgeeinrichtungen Rücksicht nehmen kann und relativ einfach neuen Gegebenheiten angepasst werden kann. Die von den Vorsorgeeinrichtungen gewünschte Eigeninitiative und -verantwortung, insbesondere des obersten Organs, wird gestärkt.

Zwischen dem BVG sowie der BVV 2 und der Selbstregulierung durch die Vorsorgeeinrichtungen könnte eine Zwischenstufe eingeschaltet werden, nämlich die Schaffung eines Standards (Kodex, interne Modellreglemente, etc.) unterhalb der BVV 2. Dieser könnte z.B. durch Weisungen des BSV erlassen werden, evtl. mit der Androhung, dass, falls die Industrie nicht selbst mindestens gleichwertige Regelungen schafft, diese gelten. Möglich wäre auch der Erlass dieser Regelung durch das BSV gemeinsam mit einem Branchenverband oder der Erlass durch einen Branchenverband mit Genehmigung durch das BSV.

Durch Weisungen durch das BSV oder die Oberaufsicht könnte auch eine Vereinheitlichung oder Korrektur der Aufsichtspraxis erreicht werden, da sie sehr konkret formuliert werden können.

G Regelungsvorschlag

I Vorbehalt

Ziel der unten dargelegten Regelungsvorschläge ist nicht ein bewusster Eingriff in die heutige Struktur des Vorsorgeeinrichtungssystems. Die Verschärfung der Anforderungen an das oberste Organ sowie die mit der Vermögensverwaltung betrauten Personen sowie die Normierung zusätzlicher Pflichten könnten allerdings aufgrund eines allfälligen Zwanges zur Professionalisierung zu einer Konzentration der heute bestehenden Vorsorgeeinrichtungen führen und dadurch die Struktur beeinflussen.

Zudem besteht zwischen der Regulierung und der Aufsicht bzw. Kontrolle ein direkter Zusammenhang. Je offener eine Norm formuliert ist, d.h. je mehr Entscheidungsspielraum sie dem jeweiligen Vermögensverwalter bzw. obersten Organ lässt, desto aufwändiger und anspruchsvoller wird die Aufsicht durch das oberste Organ bzw. durch externe Revisionsstellen und Aufsichtsbehörden.

Ebenfalls Rechnung zu tragen ist den grossen Unterschieden zwischen den verschiedenen Vorsorgeeinrichtungen bezüglich Grösse und Organisationsform.

II Vorbemerkung

Die *kursiv* verfassten Teile der vorgeschlagenen gesetzlichen Bestimmungen sind jeweils neu, die normal geschriebenen Teile entsprechen der heutigen Rechtslage.

III Änderung des BVG

Art. 50 Internes Reglement

¹ Das oberste Organ erlässt ein internes Reglement über

- a. die Leistungen;
- b. die Organisation;

b^{bis}. die Wahl des obersten Organs, die Beschlussfassung sowie über die Anforderungen an dessen einzelne Mitglieder, insbesondere bezüglich ihres guten Rufes, der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit sowie der Ausbildung;

- c. die Verwaltung und Finanzierung;

c^{bis}. die Grundlagen der Anlagetätigkeit;

- d. die Kontrolle, insbesondere das interne Kontrollsystem;

d^{bis}. die Sicherstellung der Loyalität in der Vermögensverwaltung;

d^{er}. die Vermeidung und Handhabung von Interessenkonflikten;

- e. das Verhältnis zu den Arbeitgebern, zu den Versicherten und zu den Anspruchsberechtigten.

² Diese Bestimmungen erlässt das oberste Organ in einem internen Reglement, das durch die Aufsichtsbehörden zu genehmigen ist.

³ Die Vorschriften dieses Gesetzes gehen den von der Vorsorgeeinrichtung erlassenen Bestimmungen vor. Konnte die Vorsorgeeinrichtung jedoch guten Glaubens davon ausgehen, dass eine ihrer reglementarischen Bestimmungen im Einklang mit dem Gesetz stehe, so ist das Gesetz nicht rückwirkend anwendbar.

Art. 51a Aufgaben des obersten Organs

¹ Das oberste Organ ist für die ordnungsgemässe Geschäftsführung der Vorsorgeeinrichtung verantwortlich.

² Es hat Personen und Institutionen, die mit der Anlage und Verwaltung von Vorsorgevermögen betraut sind, sorgfältig auszuwählen, anzuweisen und zu überwachen.

³ Es erlässt ein internes Reglement, das die angemessenen und erforderlichen Grundsätze für eine ordnungsgemässe Geschäftsführung und die Anlagetätigkeit festlegt.

⁴ Es überwacht die Einhaltung des internen Reglements sowie der gesetzlichen Bestimmungen. Es schafft zu diesem Zweck ein angemessenes internes Kontrollsystem.

⁵ Das Bundesamt für Sozialversicherungen kann Weisungen erlassen, insbesondere bezüglich der Ausgestaltung des internen Reglements.

Art. 53a Ausführungsbestimmungen des Bundesrates

Der Bundesrat erlässt Bestimmungen:

- a. über die Mindestanforderungen an das interne Reglement;
- b. über die Anforderungen, welche Personen und Institutionen erfüllen müssen, die mit der Anlage und Verwaltung von Vorsorgevermögen betraut sind;
- c. zur Vermeidung von Interessenkonflikten zwischen den Destinatären und den Arbeitgebern sowie mit Personen und Institutionen, welche mit der Vermögensverwaltung und deren Abwicklung betraut sind.
- d. über die Handhabung von Retrozessionszahlungen;
- e. über die Offenlegung von Vermögensvorteilen dieser Personen und Institutionen, welche sie in Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit für die Vorsorgeeinrichtungen erzielt haben;
- f. über die Zulässigkeit, Offenlegung und Bewilligungspflicht von Nebenbeschäftigungen und Mandaten sowie von Eigengeschäften dieser Personen und Institutionen.

Art. 53 Kontrolle

¹ Die Vorsorgeeinrichtung bestimmt eine Kontrollstelle für die jährliche Prüfung der Geschäftsführung, des Rechnungswesens und der Vermögensanlage sowie für die Überwachung der Einhaltung der nach Gesetz und internem Reglement vorgeschriebenen Loyalität in der Vermögensverwaltung.

⁵ ...

Art. 57a Rechtsgeschäfte mit Nahestehenden oder Arbeitgebern

¹ Rechtsgeschäfte zwischen der Vorsorgeeinrichtung und nahestehenden Personen, insbesondere Arbeitgeber, die einen Wert von CHF 1'000.- übersteigen, müssen schriftlich abgefasst werden.

² Bei Rechtsgeschäften zwischen der Vorsorgeeinrichtung und nahestehenden Personen, insbesondere Arbeitgeber, die einen Wert von CHF 100'000.- oder 0,5% des Anlagevermögens übersteigen, muss die Revisionsstelle vorab Ausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung und Übereinstimmung mit dem internen Reglement feststellen.

³ Rechtsgeschäfte, die diesen Anforderungen nicht genügen, sind nichtig.

Art. 62 Aufgaben

¹ Die Aufsichtsbehörde wacht darüber, dass die Vorsorgeeinrichtung sowie die Einrichtung, die nach ihrem Zweck der beruflichen Vorsorge dient, die gesetzlichen Vorschriften einhalten, indem sie insbesondere:

- a. *das interne Reglement auf seine Übereinstimmung mit den gesetzlichen Vorschriften und seine Tauglichkeit zur Gewährleistung der Loyalität in der Vermögensverwaltung prüft und jenes genehmigt;*
 - b. von der Vorsorgeeinrichtung sowie von der Einrichtung, die nach ihrem Zweck der beruflichen Vorsorge dient, jährlich Berichterstattung fordern, namentlich über ihre Geschäftstätigkeit;
 - c. Einsicht in die Berichte der Kontrollstelle und des Experten für berufliche Vorsorge nimmt;
 - d. die Massnahmen zur Behebung von Mängeln trifft; *sie kann insbesondere*
 1. *Weisungen und Auflagen erlassen;*
 2. *Entscheidungen der Vorsorgeeinrichtung aufheben;*
 3. *Handlungen anstelle der Vorsorgeeinrichtungen vornehmen (Ersatzvornahme);*
 4. *bei schwerwiegenden Gesetzes- oder Reglementsverletzungen eine Feststellungsverfügung erlassen;*
 5. *bei schwerwiegenden Gesetzes- oder Reglementsverletzungen Mitglieder des obersten Organs, mit der Geschäftsführung betraute Personen und die Revisionsstelle suspendieren, abberufen oder ersetzen; und*
 6. *den durch schwerwiegende Gesetzes- oder Reglementsverletzungen erzielten Gewinn einziehen.*
 - e. Streitigkeiten betreffend das Recht der versicherten Person auf Information gemäss den Artikeln 65a und 86b Absatz 2 beurteilen; dieses Verfahren ist für die Versicherten in der Regel kostenlos.
- ^{1bis} *Die Aufsichtsbehörde kann Kontrollen bezüglich einzelner Vorsorgeeinrichtungen durchführen. Sie hat volle Akteneinsicht.*
- ² Sie übernimmt bei Stiftungen auch die Aufgaben nach den Artikeln 84 Absatz 2, 85 und 86 des Zivilgesetzbuches.
- ³ Der Bundesrat kann Bestimmungen über die aufsichtsrechtliche Genehmigung von Fusionen und Umwandlungen sowie über die Ausübung der Aufsicht bei Liquidationen und Teilliquidationen von Vorsorgeeinrichtungen erlassen.

IV. Änderung der BVV 2

Art. 33 Voraussetzungen

¹ Als *Revisionsstelle* können tätig sein:

- a. Mitglieder einer der Schweizerischen Treuhand- und Revisionskammer angeschlossenen Gruppe sowie Mitglieder des Schweizerischen Verbandes akademischer Wirtschaftsprüfer;
 - b. kantonale und eidgenössische Finanzkontrollstellen;
 - c. andere Revisionsstellen, die aufgrund ihrer Befähigung vom Bundesamt anerkannt werden;
 - d. Personen, die aufgrund der bisherigen Tätigkeit als Revisionsstelle von Vorsorgeeinrichtungen von der zuständigen Aufsichtsbehörde ermächtigt werden, bestimmte Vorsorgeeinrichtungen zu kontrollieren.
- ² *Haben zugelassene Revisionsstellen ihre Pflichten in schwerwiegender Weise verletzt, kann die Aufsichtsbehörde sie von der Prüfung einzelner Vorsorgeeinrichtungen oder dieser insgesamt ausschliessen.*

Art. 35 Aufgaben

¹ Die *Revisionsstelle* muss jährlich prüfen:

- a. die Gesetzes-, Verordnungs-, Weisungs- und Reglementsconformität (Rechtmässigkeit) der Jahresrechnung und der Alterskonten;
- b. die Rechtmässigkeit der Geschäftsführung, insbesondere die Beitragserhebung und die Ausrichtung der Leistungen, sowie die Rechtmässigkeit der Anlage des Vermögens;
- c. die Einhaltung der *nach Gesetz und internem Reglement vorgeschriebenen Loyalität in der Vermögensverwaltung*.

² ...

³ Die Kontrollstelle muss dem obersten Organ der Vorsorgeeinrichtung schriftlich über das Ergebnis ihrer Prüfung berichten. Sie empfiehlt Genehmigung, mit oder ohne Einschränkung, oder Rückweisung der Jahresrechnung. Stellt die Kontrollstelle bei der Durchführung ihrer Prüfung Verstösse gegen Gesetz, Verordnung, Weisungen oder Reglemente fest, so hält sie dies in ihrem Bericht fest.

^{3bis} *Den Versicherten wird der Bericht zur Verfügung gehalten.*

⁴ Überträgt die Vorsorgeeinrichtung die Geschäftsführung oder die Verwaltung ganz oder teilweise einem Dritten, so ist auch die Tätigkeit dieses Dritten ordnungsgemäss zu prüfen.

⁵ Das Bundesamt kann gegenüber den Aufsichtsbehörden Weisungen über den Inhalt und die Form der Kontrollen erlassen.

Art. 36 Verhältnis zur Aufsichtsbehörde

¹ Die Kontrollstelle muss die jährliche Prüfung der Geschäftsführung, des Rechnungswesens und der Vermögensanlage nach den hiefür erlassenen Weisungen durchführen. Sie übermittelt der Aufsichtsbehörde ein Doppel des Kontrollberichts.

2b. Abschnitt: Loyalität in der Vermögensverwaltung**Art. 48f Anforderungen an Vermögensverwalter**

¹ Die Vorsorgeeinrichtung darf nur Personen und Institutionen mit der Anlage und Verwaltung ihres Vorsorgevermögens betrauen, welche dazu befähigt und so organisiert sind, dass sie für die Einhaltung der Vorschriften von Artikel 48g bis 48k Gewähr bieten. *Sie müssen insbesondere einen guten Ruf geniessen und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten.*

² *Das oberste Organ umschreibt im internen Reglement weitere notwendige Anforderungen.*

Art. 48g Interessenkonflikte

¹ *Personen und Institutionen, die mit der Anlage und Verwaltung von Vorsorgevermögen betraut sind, müssen die erforderlichen und zweckdienlichen Massnahmen treffen, um Interessenkonflikte zu vermeiden oder dadurch entstehende Nachteile für die Vorsorgeeinrichtung auszuschliessen.*

² *Die Grundlagen für die Offenlegung und Genehmigung von Interessenkonflikten sind im internen Reglement zu regeln.*

³ *Von der Vorsorgeeinrichtung unabhängige Personen und Institutionen, die mit der Anlage und Verwaltung von Vorsorgevermögen betraut sind, haben alle Auftraggeber fair und gleich zu behandeln.*

Art. 48h Retrozessionszahlungen

Vermögensvorteile, die Personen und Institutionen, die mit der Anlage und Verwaltung von Vorsorgevermögen betraut sind, von Dritten zufließen und der Vorsorgeeinrichtung zu-stehen (Retrozessionszahlungen), sind offen zu legen und dieser abzuliefern.

Art. 48i Persönliche Vermögensvorteile

¹ *Das oberste Organ legt im internen Reglement fest, welche persönlichen Vorteile Personen und Institutionen, die mit der Anlage und Verwaltung von Vorsorgevermögen betraut sind, annehmen dürfen.*

² *Personen und Institutionen, die mit der Anlage und Verwaltung von Vorsorgevermögen betraut sind, haben dem obersten Organ jährlich eine schriftliche Erklärung darüber abzugeben, ob und welche persönlichen Vermögensvorteile sie im Zusammenhang mit der Ausübung ihrer Tätigkeit für die Vorsorgeeinrichtung entgegengenommen haben. Nicht offenlegungspflichtig sind vom obersten Organ als Bagatell- und übliche Gelegenheitsgeschenke bezeichnete Vorteile. Personen und Einrichtungen, auf welche das Bankengesetz vom 8. November 1934 anwendbar ist, brauchen die jährliche schriftliche Erklärung nicht abzugeben.*

Art. 48j Nebenbeschäftigungen und Mandate

Mitarbeiter der Vorsorgeeinrichtung, die mit der Anlage und Verwaltung von Vorsorgevermögen betraut sind, müssen dem obersten Organ die Ausübung von Nebenbeschäftigungen und anderen Mandaten ausserhalb ihres Arbeitsverhältnisses schriftlich offen legen und bewilligen lassen.

Art. 48k Eigengeschäfte

¹ *Personen und Institutionen, die mit der Anlage und Verwaltung von Vorsorgevermögen betraut sind, dürfen Eigengeschäfte tätigen, sofern solche Geschäfte nicht missbräuchlich sind und sich im Rahmen des internen Reglements bewegen.*

² *Missbräuchlich sind namentlich die folgenden Verhaltensweisen, unabhängig davon, ob daraus Vermögensvorteile resultieren oder nicht:*

- a. *das Ausnützen eines kursrelevanten Informationsvorsprunges zur Erlangung eines Vermögensvorteils;*
- b. *das Handeln in einem Titel oder in einer Anlage, solange die Vorsorgeeinrichtung mit diesem Titel oder dieser Anlage handelt und sofern der Vorsorgeeinrichtung daraus ein Nachteil entstehen kann. Dem Handel gleichgestellt ist die Teilnahme an solchen Geschäften in anderer Form;*
- c. *das Tätigen von Anlagen in Kenntnis von geplanten oder beschlossenen Transaktionen der Vorsorgeeinrichtung («front running»);*
- d. *das Tätigen von eigenen Anlagen gleichzeitig mit Transaktionen der Vorsorgeeinrichtung («parallel running»).*

³ *Sämtliche Eigengeschäfte sind dem obersten Organ schriftlich offen zu legen.*

H. Literatur

Behr, Giorgio (2006), *Grundzüge des neuen Revisionsrechts*, Der Schweizer Treuhänder 05.

EDI/BFS (2006), *Die berufliche Vorsorge in der Schweiz, Pensionskassenstatistik 2004*, Neuchatel.

EFD/Expertenkommission Zimmerli (2004), *Sanktionen in der Finanzmarktaufsicht*, II. Teilbericht der vom Bundesrat eingesetzten Expertenkommission (abrufbar unter www.efd.admin.ch)

Helbling, Carl (2006), *Personalvorsorge und BVG – Gesamtdarstellung der rechtlichen, organisatorischen und technischen Grundlagen der beruflichen Vorsorge in der Schweiz*, 8., vollständige überarbeitete Auflage, Bern.

Meier-Hayoz, Arthur / Forstmoser, Peter (2007), *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, Bern.

OECD (2005), *Guidelines for Pension Fund Governance*, Paris (abrufbar unter www.oecd.org)

Riener, Hans Michael / Riener-Kafka, Gabriela (2006), *Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz*, Bern.

Schweizerische Bankiervereinigung (1997), *Verhaltensregeln für Effekthändler bei der Durchführung des Effektenhandelsgeschäftes - Richtlinie der Schweizerischen Bankiervereinigung*, Basel (abrufbar unter www.swissbanking.org/)