

Der Anlagescheid – die Verantwortlichkeit des Stiftungsrates

Von Dr. CHRISTOF TRUNIGER, LL.M./Dr. ALEXANDRA ZEITER*

Résumé

D'après les estimations, le taux d'institutions présentant un découvert était d'environ 50% au 30 septembre 2002. Le conseil de fondation est tenu d'observer dans sa politique de placement une relation optimale entre un degré de sécurité le plus élevé possible et un rendement maximal. Si une institution de prévoyance professionnelle ne parvient pas à se tenir aux prescriptions de la LPP, la question de la responsabilité des organes se pose. Les personnes chargées de la gestion des affaires, du contrôle de l'institution de prévoyance répondent du dommage qu'elles causent intentionnellement ou par négligence. Si le dommage a pour conséquence l'incapacité de payer de l'institution de prévoyance, le fonds de garantie LPP assume les prestations. Le fonds de garantie dispose, à concurrence des prestations garanties, d'un droit de recours contre des personnes responsables de l'insolvabilité de l'institution de prévoyance ou du collectif d'assurés, demeurent réservées les dispositions sur la prescription.

I. Einleitung

Vorsorgeeinrichtungen haben in letzter Zeit viel von sich reden gemacht. Die Medien berichten täglich von neuen Ereignissen. Viele weisen – oft erhebliche – Unterdeckungen auf¹. Gemäss Schätzungen dürfte die Zahl der Vorsorgeeinrichtungen in Unterdeckung per 30. September

* Autorin und Autor sind Rechtsanwälte in Baden und Zürich.

¹ Die aktuelle finanzielle Situation der Vorsorgeeinrichtungen hat das Bundesamt für Sozialversicherung denn auch veranlasst, ein Änderung der BVV 2 (in Kraft seit 1. Juli 2003) mit der Definition und der genauen Berechnung der Unterdeckung vorzunehmen. Der neue Art. 44 Abs. 1 BVV 2 lautet: «Eine Unterdeckung besteht, wenn am Bilanzstichtag das nach anerkannten Grundsätzen durch den Experten für berufliche Vorsorge berechnete versicherungstechnisch notwendige Vorsorgekapital nicht durch das dafür verfügbare Vorsorgevermögen gedeckt ist.» Die sich im Anhang zum BVV 2 befindende Berechnungsformel lau-

2002 rund 50% ausmachen². Vorsorgeeinrichtungen stehen vor der schwierigen Frage, wie sie das Vorsorgevermögen anlegen und die kas-senspezifische Anlagestrategie definieren sollen (II/1). Auf der einen Seite bietet der Markt eine breite Palette von Anlagemöglichkeiten (II/3). Auf der anderen Seite haben Vorsorgeeinrichtungen die Vorschriften des BVG zu erfüllen (II/2): Erstens hat die Vorsorgeeinrichtung ihr Vermögen so zu verwalten, dass Sicherheit und genügender Ertrag der Anlagen, eine angemessene Verteilung der Risiken sowie Deckung des voraussehbaren Bedarfes an flüssigen Mitteln gewährleistet ist (Art. 71 BVG). Zweitens muss die Vorsorgeeinrichtung eine stabile Rentabilität von mindestens 3,25% erwirtschaften (Art. 15 Abs. 2 BVG i.V.m. Art. 12 BVV 2)³. Der Stiftungsrat ist gehalten, in seiner Anlagepolitik einen optimalen Ausgleich zwischen grösstmöglicher Sicherheit und maximaler Rendite zu finden.

Ist es einer Vorsorgeeinrichtung nicht möglich, die Vorschriften des BVG einzuhalten, stellt sich die Frage nach der Verantwortlichkeit der Organträger (III). Die mit der Verwaltung, Geschäftsführung oder Kontrolle der Vorsorgeeinrichtung betrauten Personen haften für den Schaden, den sie ihr absichtlich oder fahrlässig zufügen (Art. 52 BVG). Führt der Schaden zur Zahlungsunfähigkeit der Vorsorgeeinrichtung, stellt der Sicherheitsfonds BVG die gesetzlichen Leistungen sicher (Art. 56 BVG). Dabei steht dem Sicherheitsfonds gegenüber Personen, die für die Zahlungsunfähigkeit ein Verschulden trifft, ein Rückgriffsrecht im Umfang der sichergestellten Leistungen zu (Art. 56a BVG), wobei die Vorschriften über die Verjährung besonders zu beachten sind (IV).

tet: $V_v \times 100 : V_k = \text{Deckungsgrad in Prozent}$ (V_v = die gesamten Aktiven per Bilanzstichtag zu Marktwerten bilanziert, vermindert um Verbindlichkeiten, passive Rechnungsabgrenzung und Arbeitgeberbeitragsreserven; V_k = versicherungstechnisch notwendiges Vorsorgekapital per Bilanzstichtag [Spar- und Deckungskapitalien] einschliesslich notwendiger Verstärkungen [z.B. für steigende Lebenserwartung]). Vgl. Mitteilungen über die berufliche Vorsorge Nr. 68 vom 10. Juni 2003, insbesondere S. 5.

² Vgl. RUGGLI-WÜEST, 37 ff., sowie BRECHBÜHL, 51.

³ Der Zinssatz wurde am 1.1. 2003 von 4% auf 3,25% gesenkt. Zur Diskussion steht heute die Senkung auf 2%. Vgl. NZZ am Sonntag vom 4. Mai 2003, 45; vgl. auch Medienmitteilung des Bundesamtes für Sozialversicherung vom 22. Mai 2003 (www.bsv.admin.ch/aktuell/presse/2003/d/03052201.htm) sowie Medienmitteilung des Bundesamtes für Sozialversicherung vom 28. Mai 2003 (www.bsv.admin.ch/aktuell/presse/2003/d/03052804.htm).

II. Der Anlageentscheid

Die Vermögensanlage einer Vorsorgeeinrichtung ist eine der wichtigsten und zugleich heikelsten Aufgaben des Stiftungsrates. Die Erhaltung des Vermögens von Personalvorsorgestiftungen ist von eminenter sozialer Bedeutung. Vorsorgeeinrichtungen versichern den grössten Teil der arbeitenden Gesellschaft⁴ vor den Risiken Unfall, Krankheit und Alter und sichern dieser beim Eintritt des versicherten Risikos eine (zumindest minimale) finanzielle Existenz. Gemäss Art. 71 BVG verwaltet die Vorsorgeeinrichtung ihr Vermögen so, dass Sicherheit und genügender Ertrag der Anlagen, eine angemessene Verteilung der Risiken sowie die Deckung des voraussehbaren Bedarfes an flüssigen Mitteln gewährleistet ist.

1. Kassenspezifische Anlagestrategie

Zu den Aufgaben des Stiftungsrates gehört die strategische Führung, namentlich die Festlegung und die Umsetzung einer kassenspezifischen Anlagestrategie sowie deren Überwachung. Die Anlagestrategie richtet sich nach den Bedürfnissen und der Risikofähigkeit der Vorsorgeeinrichtung. Der Stiftungsrat hat sich mit der Frage auseinanderzusetzen, wie er das Vermögen sicherstellt, wie er die Liquidität plant, welche Risiken er im Rahmen seiner Anlagestrategie eingehen darf, wie die Investitionen zu diversifizieren sind, welche Renditeziele gesetzt werden und wie die langfristige Anlagestruktur aussehen soll⁵.

Ist die Anlagestrategie definiert, ist deren zielkonforme Umsetzung organisatorisch sicherzustellen. Der Stiftungsrat übt im Hinblick auf die Befolgung von Gesetz, Verordnung, Stiftungsurkunde, Reglemente, Beschlüsse und Weisungen eine Oberaufsicht aus. Gemäss Art. 49a BVV 2 gehört es zu den Führungsaufgaben des Stiftungsrates, ein Anlagereglement zu erlassen

⁴ Betroffen waren im Jahr 2000 über 3,2 Mio. Berufstätige und Rentner; vgl. www.statistik.admin.ch/stat-ch/ber13/pk/pk/dcp01-intro.htm.

⁵ Vgl. zu den Entscheidungsgrundlagen KILLER/SCHAFFNER, 6 ff. Zur Risikofähigkeit vgl. EISENRING, 188 sowie 199: Riskantere Anlagen sind zu wählen, je höher der Deckungsgrad der Vorsorgeeinrichtung ist. Je nach Vorsorgeeinrichtung hat der Stiftungsrat deshalb die Pflicht, den Aktienanteil des Portfolios bis zur gesetzlichen Maximalgrenze zu erhöhen und ist allenfalls gehalten, alternative Anlagen ins Portfolio der Vorsorgeeinrichtung aufzunehmen. Ansonsten kann ihm vorgeworfen werden, er habe die vorhandenen Chancen nicht genutzt, und der Vorsorgeeinrichtung seien substantielle Gewinne entgangen, d.h., es liege ein Opportunitätsschaden vor (vgl. dazu unter III/3 a).

und die notwendigen Anweisungen für die Vermögensanlage zu geben. Im Anlagereglement sind die Ziele und Grundsätze der Anlage, die Festlegung, Umsetzung und Überwachung der Anlagestrategie, die Ablauforganisation⁶, das Reporting und das Controlling⁷ zu regeln. Im Rahmen der Qualitätssicherung muss der Stiftungsrat ein Anlage-Controlling durchführen.⁸

2. Grundsätze der Vermögensanlage gemäss BVG

Die Grundsätze der Vermögensanlage werden in den Art. 50 ff. BVV 2 näher umschrieben. Gemäss Art. 50 BVV 2 muss der Stiftungsrat die Vermögensanlage sorgfältig auswählen, bewirtschaften und überwachen. Die Sicherheit der Anlage hat dabei Priorität. Die Sicherheit der Erfüllung des Vorsorgezweckes ist zu gewährleisten (Art. 71 BVG i.V.m. Art. 50 Abs. 2 BVV 2); die Bonität des Schuldners und eine angemessene Risikoverteilung bei der Vermögensanlage sind zu beachten; Investitionen sind hinsichtlich Branche, Land und Währung zu diversifizieren (Art. 71 BVG i.V.m. Art. 50 Abs. 3 BVV 2)⁹, wobei im Bereich des ungebundenen Ka-

⁶ Der Stiftungsrat ist gehalten, ein Organisationsreglement zu erstellen und dieses durch Pflichtenhefte, Organigramme, Funktionsdiagramme und Stellenbeschreibungen zu konkretisieren. Tut er dies nicht, verletzt er seine Sorgfaltspflicht. Vgl. LANTER, Haftung, 195 f. sowie zum Organisationsreglement SPRECHER/VON SALIS-LÜTOLF, N 149.

⁷ Der Stiftungsrat hat für eine angemessene Berichterstattung zu sorgen. Er regelt, wer, wann, was prüft und an wen er seine Erkenntnisse rapportiert. Ebenso überprüft der Stiftungsrat die Opportunität der Geschäftsführung, wobei er davon ausgehen darf, dass die ihm unterstellten Personen ihre Aufgaben korrekt erfüllen. Der Stiftungsrat kontrolliert sodann die Einhaltung der Anlagerichtlinien und die Erreichung der Anlageziele, analysiert die Ergebnisse und trifft allenfalls notwendige Massnahmen. Der Stiftungsrat muss sicherstellen, dass die Anlagestruktur jederzeit der Risikofähigkeit der Vorsorgeeinrichtung entspricht. Die Investitionen müssen jederzeit dokumentiert und überprüfbar sein. Dabei ist allerdings zu beachten, dass nicht jede richtlinienkonforme Anlage sorgfältig bzw. jede nicht richtlinienkonforme Anlage unsorgfältig ist. Entscheidend ist stets der konkrete Einzelfall. Je riskanter jedoch die Anlage ist, desto strenger sind die Sorgfaltspflichten der Stiftungsräte. Sie erfordern eine entsprechende Organisation und Überwachung. Vgl. EISENRING, 199; HEPP/BISCHOFF, 57 f.; KILLER/SCHAFFNER, 8.

⁸ Vgl. Amt für berufliche Vorsorge des Kantons Zürich, 101 f.

⁹ Das Gesamtrisiko eines Portfolios verringert sich, wenn die Volatilität, die Renditeerwartung und die gegenseitigen Abhängigkeiten von Kursschwankungen berücksichtigt werden. Deshalb sind Anlagekategorien mit unterschiedlichen Schwankungsmustern zu kombinieren. Vorsichtige Risikoverteilung heisst unter anderem auch, voneinander unabhängige, auf verschiedene Kategorien, Regionen und Wirtschaftszweige ausgerichtete Anlagen zu tätigen und die Bildung von Klumpenrisiken zu vermeiden. Zentral ist eine konsequente zeitliche, geografische und sektorielle Diversifikation. Vgl. EISENRING, 64 f.; HEPP/BISCHOFF, 59.

pitals unter Umständen von der Diversifikationspflicht abgewichen werden kann. Die Vorsorgeeinrichtung ist sodann, wie bereits einleitend erwähnt, verpflichtet, neben der Realwerterhaltung eine stabile Rentabilität von mindestens 3,25% zu erwirtschaften (Art. 71 BVG i.V.m. Art. 51 BVV 2 i.V.m. Art. 12 lit. b BVV 2). Schwankungsreserven schützen vor der Volatilität der Anlagen (Art. 47 Abs. 2 BVV 2). Die Vorsorgeeinrichtung muss darauf achten, dass sie über genügend liquide Mittel verfügt und Versicherungs- und Freizügigkeitsleistungen jederzeit bei deren Fälligkeit erbringen kann (Art. 71 BVG i.V.m. Art. 52 BVV 2).

3. Zulässige Anlagen

Die Verordnung zählt in Art. 53 BVV 2 die einzelnen zulässigen Anlagen auf und legt deren Begrenzung fest (Art. 54 und Art. 55 BVV 2). Von Gesetzes wegen können folgende Anlagen Bestandteil eines Portfolios bilden: Bargeld, Liegenschaften, Forderungen auf einen festen Geldbetrag, Beteiligungen an Immobiliengesellschaften sowie Aktien, Partizipations- und Genussscheine und ähnliche Wertpapiere und Beteiligungen, Genossenschaftsanteilscheine sowie Beteiligungen an Gesellschaften.

Alternative Anlagen werden in der Verordnung nicht explizit genannt. Mit der Revision vom 20. März 2000 (in Kraft seit 1. Januar 2001) wurde neu Art. 59 BVV 2 geschaffen, wonach Erweiterungen der oben aufgezählten Anlagemöglichkeiten (Art. 53 ff. BVV 2) möglich sind, sofern sie mit den oben erwähnten Grundsätzen (Art. 49a ff. BVV 2)¹⁰ vereinbar sind und die besonderen Verhältnisse eine Abweichung vom Anlagekatalog in Art. 53 ff. BVV 2 rechtfertigen. Durch die Erweiterung der Anlagemöglichkeiten in Art. 59 BVV 2 wurde die Möglichkeit einer flexibleren Handhabung der Anlagestrategie geschaffen. Der Gesetzgeber eröffnete damit dem Stiftungsrat die Möglichkeit, die auf dem Kapitalmarkt angebotenen Anlagemöglichkeiten zu nutzen.¹¹ Zu solch «neuen» Anlagen gehören mitunter auch alternative Anlagen. Alternative Anlagen sind generell Investitionen in andere als die traditionellen Anlagemedien (Aktien und Obligationen).¹² Neben Beteiligungsformen an

¹⁰ Vgl. unter II/2.

¹¹ Vgl. hierzu eingehend RUF, 23 ff.

¹² Gemäss einer Untersuchung von Bilanz/Schweizer Personalvorsorge haben bereits 14 % der befragten Vorsorgeeinrichtungen der Schweiz in Private-Equity-Anlagen investiert. Die Investitionen betragen in den Jahren 2000 und 2001 gemäss Schätzungen über eine Milliarde. Seit 1995 wurden schätzungsweise 19 Milliarden in

beschränkt handelbaren Assets (z.B. Private Equity¹³ oder Kunstgegenständen) gehören die nichtklassischen Anlagefonds (sog. Hedge Funds¹⁴) dazu.

III. Die Verantwortlichkeit

1. Gesetzliche Grundlagen

Das Stiftungsrecht kennt keine spezielle Haftungsnorm für Organträger. Eine analoge Anwendung der gesellschaftsrechtlichen Haftungsnormen wird von Lehre und Rechtsprechung abgelehnt¹⁵. Massgebend sind deshalb die allgemeinen obligationenrechtlichen Haftungsregeln: Bestellte Organträger haften gegenüber der Stiftung aus Vertrag (Art. 97 ff. OR) und aus unerlaubter Handlung (Art. 41 ff. OR); gegenüber den Destinatären der Stiftung und Dritten aus unerlaubter Handlung (Art. 41 ff. OR). Faktische Organträger haften gegenüber der Stiftung aus Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 419 ff. OR) und aus unerlaubter Handlung (Art. 41 ff. OR); gegenüber den Destinatären und Dritten aus unerlaubter Handlung (Art. 41 ff. OR)¹⁶. Im Bereich der beruflichen Vorsorge besteht Art. 52 BVG als Sondernorm.

diese Anlagekategorie investiert. Vgl. HEPP/BISCHOFF, 55, sowie die Grafik auf 57. Der prozentuale Anteil von alternativen Anlagen im Portefeuille der Vorsorgeeinrichtungen beträgt allerdings gemessen am Gesamtvermögen der Vorsorgeeinrichtungen lediglich 0,6%. Vgl. Schweizerische Personalvorsorge 2003, 61 oder www.csam.ch/gir/de/global-custody-de.htm.

¹³ Private-Equity-Anlagen sind in der Regel Fonds mit Beteiligungspapieren verschiedener noch nicht börsenkotierter Gesellschaften. Der Gewinn wird erzielt, wenn eine der Gesellschaften public geht. Private-Equity ist ein langfristiges Geschäft mit einem Anlagehorizont von durchschnittlich zehn Jahren. Nach einer Subskription dauert es ungefähr vier Jahre, bis das Kapital vollständig investiert ist. Die Gewinnrealisation findet erst nach der vollständigen Investition statt, namentlich zwischen vier und zehn Jahren nach der Subskription. Vgl. HEPP/BISCHOFF, 59.

¹⁴ Hedge Funds sind nicht regulierte, hauptsächlich in Offshore-Zentren domizillierte Investment-Partnerschaften, die nicht nur ihre eigenen Mittel einsetzen, sondern versuchen, mit geliehenem Geld die Performance aus der Anlagetätigkeit zu verbessern und das Portfolio durch die Aufnahme von kurzfristigen, spekulativen Positionen gegen Kursverluste abzusichern.

¹⁵ KÜNZLE, 540.

¹⁶ Gegenstand der folgenden Ausführungen bildet lediglich die Verantwortlichkeit des Stiftungsrates gegenüber der Vorsorgeeinrichtung, nicht jedoch gegenüber Destinatären oder Dritten.

2. Art. 52 BVG

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. Art. 52 BVG geht den allgemeinen vertragsrechtlichen Bestimmungen vor. Der Stiftungsrat haftet gemäss Art. 52 BVG, sofern er die ihm obliegenden Pflichten missacht. Ob materiell eine Pflichtverletzung vorliegt, beurteilt sich nach dem konkreten Rechtsverhältnis zwischen Vorsorgeeinrichtung und Stiftungsrat¹⁷.

Zwischen Stiftung und Stiftungsratsmitglied besteht ein Vertrag. In der Regel besteht ein Arbeits- oder Auftragsverhältnis. Die Haftung des Stiftungsrates richtet sich dementsprechend nach Art. 398 ff. OR bzw. Art. 321 ff. OR und subsidiär nach Art. 97 ff. OR. Die Delegation von Aufgaben ist beschränkt zulässig¹⁸ und bedarf einer ausdrücklichen Grundlage in der Stiftungssatzung¹⁹. Ist die Delegation zulässig, so beschränkt sich die Haftung auf die sorgfältige Auswahl, Instruktion und Überwachung²⁰.

¹⁷ Vgl. auch EISENRING, 175.

¹⁸ Während RIEMER von der grundsätzlichen Zulässigkeit der Delegation ausgeht, unterscheidet BRÜHWILER zwischen der Verwaltungstätigkeit im engeren Sinne (zentrale Verwaltungsbefugnisse) und der Geschäftsführung (laufende Geschäfte), wobei die Verwaltungstätigkeit im engeren Sinne nicht delegiert werden kann. Delegierbar ist mithin das Tagesgeschäft, nicht aber die strategische Führung. Vgl. hierzu GÄCHTER, 37 f. mit Verweisen, GULLO, 59 ff., SPRECHER/VON SALIS-LÜTOLF, N 143.

¹⁹ Es ist allerdings darauf hinzuweisen, dass die Stiftungsurkunde nicht jederzeit abgeändert werden kann. Rein organisatorische Fragen werden deshalb zweckmässigerweise im Organisationsreglement festgehalten. Vgl. GÄCHTER, 45 f. mit Verweis auf RIEMER, Berufliche Vorsorge, 65.

²⁰ Der Stiftungsrat ist – sofern er nicht selber über fachspezifisches Know-how verfügt – verpflichtet, sachverständige Spezialisten beizuziehen. Zieht der Stiftungsrat keinen Fachmann bei, so haftet er allenfalls auf Grund eines Übernahmeverschuldens. Die sorgfältige Auswahl bedingt, dass sich der Stiftungsrat über Ausbildung, Erfahrung, Gewissenhaftigkeit und Vertrauenswürdigkeit des Spezialisten Rechenschaft gibt. Im Rahmen der sorgfältigen Instruktion ist der Stiftungsrat insbesondere verpflichtet, mandatspezifische Zielsetzungen, Vergleichsgrössen und Richtlinien festzulegen und zu kontrollieren. Die Pflicht zur Instruktion besteht grundsätzlich auch bei sehr erfahrenen Spezialisten. Ebenso ist eine sorgfältige Überwachung stets unerlässlich. Vgl. HELBLING/WYLER-SCHMELZER, 12 bzw. 16 ff.; GÄCHTER, 47.

3. Voraussetzungen der Verantwortlichkeit

Die Verantwortlichkeit setzt ein Vierfaches voraus: Schaden (a); Widerrechtlichkeit (b); Verschulden (c); Kausalzusammenhang (d).

a) Schaden

Für eine Stiftung bedeutet Schaden jede Verminderung ihres Vermögens, die nicht zur satzungskonformen Zweckverwirklichung erfolgt²¹. Der Schaden kann in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder in entgangenem Gewinn bestehen und entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Stand des Vermögens und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte²². Ein Schaden bei der Vorsorgeeinrichtung bedeutet nicht gleichzeitig ein Schaden der Destinatäre²³.

Im Zusammenhang mit der Vermögensanlage interessiert auch der sog. Opportunitätsschaden. Ein solcher Schaden liegt vor, wenn Chancen, die ein verantwortungsvoller Organträger erkannt hätte oder hätte erkennen können, nicht genutzt wurden und der Vorsorgeeinrichtung dadurch Gewinn entgangen ist. Der Schaden besteht in der Differenz zwischen der von der Vorsorgeeinrichtung erzielten und der von ihr erzielbaren hypothetischen Rendite²⁴.

b) Widerrechtlichkeit

Widerrechtlichkeit liegt vor, wenn die sich aus Gesetz und Verordnung, aus der Stiftungsurkunde und den Reglementen, den Beschlüssen des Stiftungsrats, einem Vertragsverhältnis oder den Weisungen der Aufsichtsbehörde ergebenden Pflichten, wozu auch die allgemeine Sorgfaltspflicht gehört, verletzt werden²⁵.

²¹ Vgl. LANTER, Haftung, 192.

²² BGE 127 III 403 ff. (404), E. 4a. Unter Umständen liegt ein Schaden bereits bei einer erheblichen Gefährdung des Vermögens vor. Dies gilt insbesondere dann, wenn Wertberichtigungen oder Rückstellungen getätigt werden müssen. Vgl. hierzu GULLO, 43.

²³ Vgl. LANTER, Diss., 185. Zur Kasuistik vgl. KÜNZLE, 542.

²⁴ Vgl. EISENRING, 187.

²⁵ BGE 128 V 124 ff. (128), E. 4d. Eine andere Meinung vertritt RIEMER: Verstöße gegen die rechtsgeschäftlichen Grundlagen einer Stiftung stellen keine Widerrechtlichkeit dar, da diese einen Verstoss gegen objektives Recht voraussetzt. Die rechtsgeschäftlichen Grundlagen bilden aber Bestandteil des Arbeitsverhältnisses zwischen

Ein Stiftungsrat hat alles zu tun, was erfahrungsgemäss nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge notwendig ist, um den angestrebten Erfolg herbeizuführen. Die Sorgfaltspflicht ergibt sich aus der vom Organ übernommenen Aufgabe. Die Prüfung der Frage, ob der Stiftungsrat seine Sorgfaltspflicht verletzt hat, erfolgt anhand des konkreten Einzelfalls. Bei dieser Prüfung muss das Gericht den unternehmerischen Entscheid des Stiftungsrates inhaltlich beurteilen, obschon es weder Unternehmer noch Manager ist. Das Gericht mischt sich in unternehmerische Entscheidungen ein. Um dieser Gefahr zu begegnen, hat das amerikanische Recht im Zusammenhang mit der gesellschaftsrechtlichen Verantwortlichkeit die sogenannte «business judgement rule» entwickelt, die sich bei der Überprüfung einer Entscheidung auf die Art der formalen Entscheidungsfindung beschränkt. Entscheidet das Organ in gutem Glauben daran, dass der Entscheid im Interessen der Gesellschaft geboten ist, erfolgt dieser Entscheid gestützt auf einen adäquaten Informations- und Verarbeitungsprozess und sind die Mitglieder des Organs nicht befangen, ist die richterliche Kognition auf die Willkürprüfung beschränkt²⁶. Zumal sich die Führung einer Vorsorgeeinrichtung nicht grundsätzlich vom Management eines Unternehmens unterscheidet, würde sich die Anwendung der «business judgement rule» allenfalls auch im Bereich der Verantwortlichkeit von Stiftungsräten rechtfertigen.

Die Widerrechtlichkeit liegt im objektiven Normenverstoss und ist zu bejahen, wenn sich der Stiftungsrat eine Pflichtverletzung zu Schulde kommen lässt. Im Zusammenhang mit der Vermögensanlage handelt demnach insbesondere widerrechtlich, wer die Anlagevorschriften gemäss Art. 49a ff. BVV 2 missachtet²⁷.

Organ und Stiftung. Der Verstoss gegen die rechtsgeschäftlichen Grundlagen ist deshalb als Vertragsverletzung zu qualifizieren. Vgl. RIEMER, Urteilsanmerkung, 369.

²⁶ Vgl. ISLER, 4; KUNZ, § 6 N 115 ff.

²⁷ Im Zusammenhang mit der Sorgfaltspflicht des Stiftungsrates beim Anlageentscheid sind insbesondere zwei Punkte speziell: Erstens kann ein Vermögensschaden aufgrund nicht bestimmbarer Parameter eintreten. Darunter fallen grundsätzlich auch die geringen Erträge. Das Risiko solcher Verluste ist bei alternativen Anlagen besonders hoch. Zweitens ist die Vermögensanlage der Vorsorgeeinrichtung grundsätzlich ein Ermessensentscheid des Stiftungsrats. Durch die Möglichkeit einer Abweichung vom Anlagekatalog in Art. 59 BVV 2 räumt der Gesetzgeber dem Stiftungsrat einen Ermessenspielraum ein und überträgt damit dem Stiftungsrat die primäre Verantwortung. Das eingeräumte Ermessen macht die Überprüfung, ob ein Stiftungsrat seine Pflicht zur sorgfältigen Anlagepolitik erfüllt hat, zwar schwierig, es entbindet ihn jedoch nicht von seinen erhöhten Pflichten. Vgl. EISENRING, 193 ff. Zur Kasuistik vgl. KÜNZLE, 542.

c) Verschulden

Der Organträger haftet für jedes Verschulden, mithin für Vorsatz und Fahrlässigkeit. Im Rahmen von Art. 52 BVG genügt leichte Fahrlässigkeit²⁸. Leichte Fahrlässigkeit liegt bei geringfügiger Verletzung der erforderlichen Sorgfalt vor, das heisst, wenn vom Sorgfaltsmassstab, den ein gewissenhafter und sachkundiger Stiftungsrat in einer vergleichbaren Lage bei der Erfüllung der ihm übertragenen Aufgaben beachten würde, abgewichen wird²⁹. Fahrlässigkeit erfordert, dass das schädigende Ereignis für den Schädiger voraussehbar gewesen ist. Der Schadenseintritt muss nicht sicher sein. Voraussehbar muss lediglich die konkrete Gefahr der Schädigung sein. Das Mass der anzuwendenden Sorgfalt beurteilt sich nach Arbeitsvertragsrecht (Art. 321e Abs. 2 OR).

Grundsätzlich spielt die subjektive Entschuldbarkeit, namentlich Unfähigkeit, fehlende Kenntnis oder Zeitmangel, keine Rolle. Allerdings führt die Objektivierung des Sorgfaltsmassstabes dazu, dass die konkreten Umstände, wie beispielsweise die Notwendigkeit, besondere Risiken einzugehen, berücksichtigt werden. Dabei wird gefragt, wie sich ein ordnungsgemäss handelndes oberstes Organ der Vorsorgeeinrichtung in einer vergleichbaren Situation verhalten würde bzw. verhalten hätte³⁰.

An die Sorgfalt sind umso höhere Anforderungen zu stellen, je risikoreicher die Vermögensanlage ist³¹. Der Stiftungsrat einer Vorsorgeeinrichtung trägt eine grosse Verantwortung. Von seinem Anlageentscheid hängt letztlich die finanzielle Sicherheit und Existenz sämtlicher Arbeitnehmer der an der Vorsorgeeinrichtung angeschlossenen Firmen und Gesellschaften ab. Nach der Gerichtspraxis verhält sich beispielsweise pflichtwidrig, wer sich trotz Unerfahrenheit oder Interessenkollision in den Stiftungsrat wählen lässt³²; wer der Stiftung Vermögenswerte entzieht, ohne sicherzustellen, dass diese eine entsprechende Gegenleistung erhält³³; wer das Stiftungsvermögen in hoch spekulative Anlagen inves-

²⁸ SPRECHER/VON SALIS-LÜTOLF, N 166.

²⁹ BGE 128 V 124 ff. (132), E. 4e. Gemäss RIEMER ist von einer vertraglichen Haftung auszugehen und das Verschulden des Organs im Sinne von Art. 321e OR bzw. Art. 398 OR in Verbindung mit Art. 97 Abs. 1 OR zu vermuten. Vgl. RIEMER, Urteilsanmerkungen, 368 f.

³⁰ EISENRING, 197.

³¹ GULLO, 46.

³² BGE 97 II 403 ff. (411), E. 5b; BGE 119 V 401 ff. (408), E. 4d.

³³ ZR 59 Nr. 130, 337.

tiert (dies selbst dann, wenn er sich auf den Rat von Fachleuten verlässt)³⁴; wer das Stiftungsvermögen – soweit es nicht zur Abwicklung anderer Geschäfte benötigt wird – nicht zinstragend anlegt³⁵ oder wer eine ordnungsgemässe Buchführung und Finanzplanung unterlässt³⁶.

d) *Kausalzusammenhang*

Zwischen dem Verhalten des Stiftungsrates und dem eingetretenen Schaden muss ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen. Es gelten die allgemeinen vertrags- und haftpflichtrechtlichen Grundsätze. Als rechtserhebliche Ursache eines Schadensereignisses ist eine Handlung dann anzusehen, wenn sie nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet ist, einen Erfolg in der Art des eingetretenen Schadens herbeizuführen³⁷.

IV. Verjährungsrechtliche Fragen

1. *Verjährung der Verantwortlichkeitsansprüche*

Da weder Stiftungs- noch Auftragsrecht Bestimmungen über die Verjährung enthalten, verjähren Verantwortlichkeitsansprüche der Stiftung gegenüber Stiftungsräten nach den allgemeinen obligationenrechtlichen Vorschriften, d.h. nach Art. 127 OR, und zwar binnen zehn Jahren³⁸. Art. 760 OR ist aus mehreren Gründen nicht anwendbar. Zum einen bedarf die Übernahme dieser Vorschrift aufgrund der Beschränkung des allgemeinen vertraglichen Schadenersatzanspruches von zehn Jahren durch die relative Verjährungsfrist von fünf Jahren einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage³⁹. Zum anderen wurde die Übernahme der aktienrechtlichen Bestimmung vom Parlament ausdrücklich abgelehnt⁴⁰.

³⁴ BGE 99 II 176 ff. (179), E. 1.

³⁵ BGE 99 II 176 ff. (184), E. 4.

³⁶ ZR 99 Nr. 22, S. 73 sowie ZR 83 Nr. 57, 151 ff.

³⁷ BGE 126 V 353 ff. (361), E. 5c.

³⁸ Vgl. ZR 95 Nr. 32, 97 f.; LANTER, Aufgaben und Verantwortlichkeit, 34; LANTER, Haftung, 201.

³⁹ Vgl. EISENRING, 178 mit Verweis auf ZR 95 Nr. 32.

⁴⁰ Vgl. EISENRING, 178 mit Verweis auf BBl 1976 I 257 f., Amtl.Bull. SR 1981 296 und Amtl.Bull. NR 1981 1100.

Die Verjährungsfrist beginnt mit der Fälligkeit der vertraglich geschuldeten Leistung, d.h. mit der ungehörigen Vornahme bzw. der Unterlassung der geschuldeten Erfüllungshandlung, zu laufen (Art. 130 OR)⁴¹. Sie beginnt mit jeder widerrechtlichen Handlung neu. Die einzelnen Stiftungsratsmitglieder haften solidarisch⁴².

2. Verjährung des Regresses

Gemäss Art. 56a Abs. 1 BVG hat der Sicherheitsfonds gegenüber Personen, die für die Zahlungsunfähigkeit der Vorsorgeeinrichtung ein Verschulden trifft, ein Rückgriffsrecht. Der Regressanspruch ist ein öffentlich-rechtlicher 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.

Die Verjährung des Rückgriffsrechts nach Art. 56a Abs. 1 BVG ist im Gesetz nicht geregelt⁴³. Beginn und Dauer der Verjährungsfrist sind deshalb anhand vergleichbarer Regelungen oder – wenn auch solche fehlen – nach allgemeinen Rechtsprinzipien festzulegen⁴⁴. Ausgangspunkt bei der analogen Anwendung von Verjährungsbestimmungen über verwandte Ansprüche ist die Wahrscheinlichkeit, dass der Gesetzgeber, hätte er die Verjährung für den fraglichen Anspruch geregelt, sich für diejenige Lösung entschieden hätte, deren analoge Anwendung in Aussicht genommen wird. Zusätzlich muss aber auch der Forderungsberechtigte die Lösung erwartet haben⁴⁵. Aus letzterem Grund können deshalb bei Fehlen ausdrücklicher Bestimmungen gemäss Bundesgericht einjährige Verjährungsfristen grundsätzlich nicht auf öffentlich-rechtliche Schadenersatzansprüche übertragen werden. Forderungsberechtigte müssen nicht mit einer derart kurzen Frist rechnen. Die analoge Anwendung einer einjährigen Verjährungsfrist würde dem Grundsatz von Treu und Glauben widersprechen. Mit Rücksicht auf das Gebot der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes sei bei der Lückenfüllung eine längere Frist zu

⁴¹ EISENRING, 178; LANTER, Haftung, 201.

⁴² ZR 95 Nr. 32, 97 ff.; HELBLING/WYLER-SCHMELZER, 11.

⁴³ Art. 56a Abs. 3 BVG bezieht sich ausdrücklich nur auf den Rückforderungsanspruch gemäss Art. 56a Abs. 2 BVG, d.h. auf unrechtmässig bezogene Leistungen.

⁴⁴ BGE 126 II 54 ff. (61), E. 7; BGE 116 Ia 461 ff. (464 f.), E. 2.

⁴⁵ BGE 98 Ib 351 ff. (356), E. 2a.

wählen und in der Regel von einer Verjährungsfrist von fünf Jahren auszugehen⁴⁶. Die Dauer von fünf Jahren scheint sich als adäquate Lösung durchgesetzt zu haben⁴⁷.

Im AHVG findet sich im Zusammenhang mit der Abgabe von Arbeitnehmerbeiträgen durch den Arbeitgeber eine verjährungsrechtliche Vorschrift: Fügt der Arbeitgeber der Versicherung wegen Missachtung der Vorschriften einen Schaden zu, haftet er. Der Schadenersatzanspruch verjährt gemäss Art. 52 Abs. 3 AHVG innert zwei Jahren, nachdem die zuständige Ausgleichskasse vom Schaden Kenntnis erhalten hat, jedenfalls aber fünf Jahre nach Eintritt des Schadens. Obschon Art. 52 AHVG kein Regressverhältnis betrifft, hält die Praxis die Anwendung einer Fünfjahresfrist für angemessen⁴⁸. Der Anspruch entsteht mit der Leistung des Sicherheitsfonds. Der Fristenlauf beginnt mit der letzten Zahlung zu laufen, wobei mehrere Ersatzpflichtige dem Sicherheitsfonds solidarisch haften⁴⁹.

V. Fazit

Die Anforderungen an den Stiftungsrat sind hoch. Der Stiftungsrat trägt eine grosse sozial-, vorsorge- und unternehmenspolitische Verantwortung. Er ist verpflichtet, sich weiterzubilden und rechtzeitig Spezialisten beizuziehen. Zeitmangel, Fernbleiben von Sitzungen oder Stimmenthaltung vermögen den Stiftungsrat nicht zu schützen. Schutz bietet lediglich die sorgfältige Mandatsannahme und Mandatserfüllung. Die sorgfältige Erfüllung ist durch organisatorische Massnahmen, sprich Organisations-, Geschäfts- und Anlagereglement, sicherzustellen. Alternative Anlageformen ändern an diesen Grundregeln der Verantwortlichkeit der Stiftungsräte nichts. Als Folge der mit alternativen Anlageformen allenfalls verbundenen naturgemäss erhöhten Anlagerisiken riskiert der Stiftungsrat allerdings den Vorwurf, der Vorsorgeeinrichtung – zumal das schädigende Ereignis voraussehbar gewesen sei – fahrlässig einen Schaden zugefügt zu haben. Der Stiftungsrat muss sich deshalb bewusst sein, dass

⁴⁶ Vgl. BGE 126 II 54 ff. (61), E. 7; BGE 122 II 26 (32 f.), E. 5; BGE 105 Ib 6 ff. (13 f.), E. 3c.

⁴⁷ Vgl. HÄFELIN/MÜLLER, N 790 ff. sowie MOOR, 85.

⁴⁸ LGVE 2000 Nr. 40, S. 304 ff. (307), E. 4d.

⁴⁹ LGVE 2000 Nr. 40, S. 304 ff. (307 und 309), E. 4d und E. 7.

risikoreichere Anlagen stets auch eine sorgfältigere Kontrolle verlangen. Bei der Prüfung der Frage, ob der Stiftungsrat durch seinen Anlageentscheid seine Sorgfaltspflicht verletzt hat, rechtfertigt sich allenfalls eine analoge Anwendung der «business judgment rule». Die Regel steht im Einklang mit Art. 59 BVV 2 und scheint auch in Anbetracht von Art. 56a BVG gerechtfertigt, der den Stiftungsrat einem ausserordentlich langandauernden Risiko eines Rückgriffs, d.h. einem Rückgriffsrecht von fünf Jahren nach Zahlung des Sicherheitsfonds, aussetzt.

Literaturverzeichnis

- Amt für berufliche Vorsorge des Kantons Zürich, Anlagereglement, SZS 1998 101 f.
- BRECHBÜHL JÜRIG, Unterdeckung und Handlungsbedarf in Aufsicht und Gesetzgebung, Schweizer Personalvorsorge 2003 51 ff.
- EISENRING MARTIN TH. MARIA, Die Verantwortlichkeit für Vermögensanlagen von Vorsorgeeinrichtungen, Diss., Zürich 1999
- GÄCHTER THOMAS, Übertragung von Pensionskassenaufgaben an Dienstleistungsunternehmen (Outsourcing), Rechtliche Möglichkeiten und Grenzen, AJP 2003, 33 ff.
- GULLO DOMENICO, Die Verantwortlichkeit des Stiftungsrates in der Vorsorgeeinrichtung und die Delegation von Aufgaben, SZS 2001 40 ff.
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Zürich 2002
- HELBLING CARL, Personalvorsorge und BVG, 7. Auflage, Bern 1999
- HELBLING CHRISTOF/WYLER-SCHMELZER CARMELA, Zur Verantwortlichkeit des Stiftungsrates, Die Haftung des Stiftungsrates von Personalvorsorgestiftungen, Der Schweizer Treuhänder 2002 11 ff.
- HEPP STEFAN/BISCHOFF THOMAS, Private-Equity-Anlagen auf dem Prüfstand, Schweizerische Personalvorsorge 2003, 55 ff.
- ISLER PETER R., Sorgfalt und Haftung des Verwaltungsrates, in: ROLF H. WEBER (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht, Zürich 2003, 1 ff.
- KILLER ROLF/SCHAFFNER URS, Wie bewältigt ihre Vorsorgeeinrichtung die aktuellen Herausforderungen? Unternehmerische Führung von Pensionskassen, KPMG, Publications Service, 1. Auflage, Zürich 2002
- KUNZ PETER, Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Bern 2001

- KÜNZLE HANS RAINER, Die Verantwortung des Stiftungsrates, Krisenfälle weisen auf Regelungslücken hin, *Der Schweizer Treuhänder* 2000 593 ff.
- LANTER MARCO, Stiftungen und Verantwortlichkeit (Haftung), in: HANS MICHAEL RIEMER (Hrsg.), *Die Stiftung in der juristischen und wirtschaftlichen Praxis*, Zürich 2001, 187 ff. (zit.: Haftung)
- LANTER MARCO, Aufgaben und Verantwortlichkeit in der Stiftung, *AGES* Nr. 6, Basel 1998 (zit.: Aufgaben und Verantwortlichkeit)
- LANTER MARCO, *Die Verantwortlichkeit von Stiftungsorganen*, Diss., Zürich 1984 (zit.: Diss.)
- MOOR PIERRE, *Droit administratif II, Les actes administratifs et leur contrôle*, deuxième édition, Berne 2002
- RIEMER HANS MICHAEL, *Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz*, Bern 1985 (zit.: Berufliche Vorsorge)
- RIEMER HANS MICHAEL, Urteilsanmerkung zu BGE 128 V 124–134, *SZS* 2003 368 f. (zit.: Urteilsanmerkung)
- RUF JÜRIG, *Anlagevorschriften für Lebensversicherer und Pensionskassen*, Veröffentlichungen aus dem Nachdiplomstudium Internationales Wirtschaftsrecht der Universität Zürich, Band 30, Zürich 2002
- RUGGLI-WÜEST CHRISTINA, *Vorsorgeeinrichtungen mit Unterdeckung, – Ist eine Sanierung zwingend?* in: SCHAFFHAUSER RENÉ/STAUFFER HANS-ULRICH (Hrsg.), *Berufliche Vorsorge 2002 – Probleme, Lösungen, Perspektiven*, 37 ff., Schriftenreihe des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, St. Gallen 2002
- SPRECHER THOMAS/VON SALIS-LÜTOLF ULYSSES, *Die Schweizerische Stiftung*, Zürich 1999