

Interessenkonflikte und Geschäfte mit Nahestehenden

Ein Dauerbrenner mit Klärungsbedarf

Das Thema Interessenkonflikte und Geschäfte mit Nahestehenden ist im grösseren Kontext der Pension Fund Governance zu sehen. Die relevanten Grundsätze lassen sich aus der treuhänderischen Sorgfaltpflicht ableiten. Dazu gehört insbesondere die Pflicht zur Wahrung der Interessen der Destinatäre.

IN KÜRZE

Alles, was den Interessen der Stiftung zuwider laufen könnte, ist zu unterlassen, beziehungsweise zu unterbinden. Sich dabei nur auf die Einhaltung der Vorschriften der BVV 2 zu berufen, genügt nicht.

Obwohl die vorsorgerechtlichen Bestimmungen zu Interessenkonflikten und Geschäften mit Nahestehenden zunächst klar daher kommen, stellen sich im Einzelfall plötzlich viele Fragen, wie folgende Beispiele zeigen.

Eine Sammelstiftung hält eine Mehrheitsbeteiligung an einer Immobilien-AG, die mit Mitteln der Sammelstiftung und Dritter in Immobilienanlagen investiert. Die Immobilien-AG unterhält Dienstleistungsverträge mit Dritten, beispielsweise betreffend Geschäftsführung, Suche nach geeigneten Investitionen und Projektbegleitung. Der wirtschaftlich Berechtigte eines der beauftragten Dritten steht einem Mitglied des Stiftungsrats der Sammelstiftung nahe. Muss nun die Sammelstiftung diese Interessenverbindung offenlegen, obwohl sie selbst keine vertragliche Beziehung zum beauftragten Dritten hat? Auf den ersten Blick scheint der geschilderte Fall von Art. 48l Abs. 1 BVV 2 nicht erfasst. Bedeutet das nun, dass keine Pflicht zur Offenlegung besteht?

Ein anderes Beispiel: Mehrere Stiftungen sind um eine Verwaltungsgesellschaft herum entstanden. Müssen diese Stiftungen den Geschäftsführungs- und Verwaltungsvertrag, den sie mit der Verwaltungsgesellschaft unterhalten, ausschreiben, obwohl weder die Stiftungsräte noch die Stiftungen selbst an der Verwaltungsgesellschaft beteiligt sind? Diesen und ähnlichen Sachverhalten ist gemeinsam, dass das Gesetz keine eindeutige Antwort enthält. Trotzdem sind mögliche Interessenkonflikte offensichtlich.

Nachfolgend wird aufgezeigt, wie eine Stiftung mit solchen Fragestellungen umgehen kann.

Rechtlicher Rahmen

Mit der Strukturreform wurden per 1. August 2011 Art. 51b BVG über die Integrität und Loyalität und Art. 51c BVG über Rechtsgeschäfte mit Nahestehenden ins BVG aufgenommen. Die beiden Gesetzesbestimmungen wurden im Abschnitt «Integrität und Loyalität der Verantwortlichen» in Art. 48f–48l BVV 2 konkretisiert. Die Grafik (Seite 97) gibt einen Überblick über die einzelnen Bestimmungen (nachfolgend «Governance-Bestimmungen»).

Hintergrund dieser Bestimmungen waren verschiedene Vorfälle in der Vergangenheit, unter anderem die Ereignisse um den First Swiss Pension Fund und Gerüchte über die Entgegennahme von Retrozessionen durch PK Verantwortliche im Zusammenhang mit der Fusion der Bellevue Bank und der Swissfirst zur Swissfirst Bank im Herbst 2006.¹ Leider haben diese Vorfälle dazu geführt, dass die eingeführten Bestimmungen sich stark an diesen Einzelfällen orientieren: Sie regeln gewisse Sachverhalte sehr detailliert, während andere (mitunter ähnlich brisante) Konstellationen



Laurence Uttinger
Partnerin,
Niederer Kraft & Frey AG,
Zürich



Evelyn Schilter
Counsel,
Niederer Kraft & Frey AG,
Zürich

¹ Vgl. dazu Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (Strukturreform) vom 15. Juli 2007, BBl. 2007, 5669 ff., 5691, 5696 ff.; Hans-Ulrich Stauffer, BVG-Revision – Pensionskassen-Governance gestärkt, HAVE 2012, S. 329 ff.

tionen nicht geregelt werden. Dies führt bei der Rechtsanwendung zu Problemen.

Auslegung der rechtlichen Regelung

In vielen Publikationen, Hinweisen und Vorlagen werden vor allem die Bestimmungen der BVV 2 abgebildet. Eine aktive Auseinandersetzung mit den im BVG festgelegten Grundsätzen findet selten statt. Dies ist aus Praktikabilitätsgründen zwar verständlich. Ein solches Vorgehen ist jedoch gefährlich, denn die Verordnung konkretisiert das Gesetz nur und ersetzt es keinesfalls. Alleine die Verordnungsbestimmungen einzuhalten, genügt nicht: Massgeblich ist immer die Einhaltung des Gesetzes.²

Mit anderen Worten können auch Personen als der Vorsorgeeinrichtung nahestehend gelten, die nicht in der Aufzählung von Art. 48i Abs. 2 BVV 2 aufgeführt sind, und es müssen unter Umständen auch Interessenkonflikte offengelegt werden, die nicht auf einer direkten wirtschaftlichen Berechtigung (vergleiche Art. 48l Abs. 1 BVV 2) beruhen.

Dies ist für die Stiftung und deren Protagonisten zugegebenermassen

schwierig umzusetzen. Wie soll man also vorgehen, wenn zu klären ist, ob ein Interessenkonflikt besteht oder das Geschäft mit einem Nahestehenden abgeschlossen wurde?

1. Zunächst ist zu prüfen, ob die fragliche Konstellation ausdrücklich geregelt ist (zum Beispiel in der BVV 2 oder im Reglement der Stiftung). Die Verordnungsbestimmungen sind hinlänglich bekannt und sollen hier nicht weiter kommentiert werden. Für diesen Schritt sind Publikationen, die sich auf die Regeln in der BVV 2 beschränken, sehr nützlich.
2. Ist der fragliche Sachverhalt nicht ausdrücklich geregelt, ist zu prüfen, ob auch die übergeordneten gesetzlichen Grundsätze eingehalten werden.

Einhaltung der übergeordneten Grundsätze

Bezüglich Integrität und Loyalität ist vor allem folgender Grundsatz zu beachten: Die mit der Geschäftsführung, Verwaltung oder Vermögensverwaltung einer Vorsorgeeinrichtung betrauten Personen unterliegen der treuhänderischen Sorgfaltspflicht und müssen in ihrer Tätigkeit die Interessen der Versicherten der Vorsorgeeinrichtung wahren. Zu diesem Zweck sorgen sie dafür, dass aufgrund ihrer persönlichen und geschäftlichen Verhältnisse kein Interessenkonflikt entsteht (Art. 51b Abs. 2 BVG).

Alle rechtlichen Bestimmungen sind vor dem Hintergrund ihrer Zwecksetzung zu «lesen». So muss man sich bei der Interpretation der Governance-Bestimmungen immer vor Augen halten, dass sie der Kernaufgabe einer Vorsorgeeinrichtung, das heisst der Sicherung der Altersvorsorge und damit den langfristigen wirtschaftlichen Interessen der Destinatäre, dienen sollen. Sie sollen verhindern, dass fremde Interessen oder falsche Anreize berücksichtigt werden, welche die langfristigen wirtschaftlichen Interessen der Destinatäre beeinträchtigen könnten. Es ist also zu prüfen, ob eine Konstellation vorliegt, welche die handelnde Person dazu verleiten könnte, andere als nur die Interessen der Stiftung und ihrer Versicherten wahrzunehmen. Dazu sind die rechtlichen und faktischen Verhältnisse näher zu untersuchen, insbesondere die Besitzes- und Beherrschungsverhältnisse und die rechtlichen und faktischen Einflussmöglichkeiten.

Bei der ersten, eingangs geschilderten Konstellation wäre damit zu prüfen, ob der beauftragte Dritte aufgrund der tatsächlichen wirtschaftlichen und sonstigen Verhältnisse wirklich als «Dritter» im Sinne des Gesetzes gelten kann, also als unabhängige natürliche oder juristische Person, oder nicht doch eher als «Nahestehender» zu qualifizieren ist. Ist der beauftragte Dritte in diesem Sinne als Nahestehender zu qualifizieren, wäre

² Dies zeigt sich auch immer wieder in der Rechtsprechung, für ein Beispiel vgl. BGE 143 V 19 (Einhaltung von Art. 71 BVG verneint, obwohl sämtliche Grenzwerte der BVV 2 eingehalten waren).



Asset- & Liability Management Ziele *erreichen* durch eine optimierte Anlagestrategie

- Berücksichtigung der individuellen Bedürfnisse und Faktoren
- Hohe Flexibilität bezüglich Simulationen der Aktiv- und Passivseite
- Gezielte Ausbildung des verantwortlichen Gremiums

Rufen Sie uns an, gerne sind wir für Sie da.

BVG	BVV 2
Integrität und Loyalität Art. 51b BVG – guter Ruf und Gewähr für einwandfreie Geschäftsführung (Abs. 1) (= Integrität) – treuhänderische Sorgfaltspflicht, Wahrung der Interessen der Versicherten, kein Interessenkonflikt aufgrund persönlicher und geschäftlicher Verhältnisse (Abs. 2) (= Generalklausel/Loyalität)	Art. 48f – Anforderungen an Geschäftsführung und Vermögensverwaltung (insbesondere Fachkenntnisse) Art. 48g – Prüfung der Integrität und Loyalität der Verantwortlichen Art. 48h – Vermeidung von Interessenkonflikten (Unvereinbarkeit, Verbot übermässiger Bindung) Art. 48j – Eigengeschäfte Art. 48k – Umgang mit Vermögensvorteilen Art. 48l – Offenlegung
Rechtsgeschäfte mit Nahestehenden Art. 51c BVG – alle Rechtsgeschäfte von VE zu marktüblichen Bedingungen (Abs. 1) – Offenlegung von Rechtsgeschäften mit SR, Arbeitgebern, Geschäftsführung, Vermögensverwaltung beziehungsweise mit diesen nahestehenden Personen an Revisionsstelle, diese prüft, ob Interessen der VE gewahrt sind (Abs. 2, 3) – Offenlegung von Experten, Anlageberatern und -managern im Jahresbericht (Abs. 4)	Art. 48i – Rechtsgeschäfte mit Nahestehenden (Konkurrenzofferten bei bedeutenden Rechtsgeschäften; Transparenz über Vergabe; Begriff «Nahestehende») Art. 48l – Offenlegung

eine Beziehung zu diesem auch dann offenzulegen, wenn er keine direkte vertragliche Beziehung zur Sammelstiftung hätte. Im Lichte der übergeordneten Grundsätze kann es nicht darauf ankommen, ob eine oder mehrere juristische Personen dazwischen geschaltet sind. Zum selben Ergebnis führt die Auslegung von Art. 48l Abs. 1 BVV 2, der im zweiten Satz mit dem Begriff «insbesondere» signalisiert, dass die beschriebenen Konstellationen nicht abschliessend zu verstehen sind.

Beim zweiten Beispiel muss der Stiftungsrat sicherstellen, dass die Verträge marktüblich sind. Auch wenn mangels Qualifikation als «Nahestehender» keine Pflicht besteht, Konkurrenzofferten einzuholen, muss sich der Stiftungsrat fragen, wie er ohne Konkurrenzofferte die Marktüblichkeit belegen soll.

Anpassung der rechtlichen Regelung erwünscht

Die Governance-Bestimmungen sind einerseits sehr detailliert und andererseits lückenhaft und wenig systematisch aus-

gefallen, weil sie von gewissen Einzelfällen geprägt worden sind. Überdies sind sie teilweise zu kompliziert formuliert, entsprechend unklar und verursachen in der Praxis grossen Aufwand. Es wäre wünschenswert und würde die Rechtsanwendung erleichtern, wenn die Governance-Bestimmungen klarer strukturiert und, wo erforderlich, neu formuliert würden.

Empfehlungen an den Stiftungsrat

Wir empfehlen dem Stiftungsrat, die Bestimmungen zur Loyalität und Integrität in einem Reglement zu konkretisieren und dabei darauf zu achten, dass die Regelung sich nicht nur an formalen Kriterien (zum Beispiel Ehepartner, Beteiligung von mehr als 5 Prozent) orientiert, sondern vor allem am Grundsatz der treuhänderischen Sorgfaltspflicht sowie der Verhinderung aller Arten von Interessenkonflikten. Dabei können diese Grundsätze auf die individuelle Situation der Kasse zugeschnitten und damit auch anwendbar gemacht werden. Darüber hinaus ist festzuhalten, wie die

Bestimmungen umgesetzt und wirksam kontrolliert werden. Nur die Fokussierung auf die übergeordneten gesetzlichen Grundsätze, die konsequente Umsetzung und wirksame Kontrolle führen dazu, dass der Stiftungsrat seinen Pflichten nachkommen kann. Dies gilt sowohl beim Erlass von konkretisierenden Regelungen wie auch bei der Beurteilung von Einzelfällen. |