

DR. IUR. HERMANN WALSER

RECHTSANWALT

Mitglied des
Schweiz. Anwaltsverbandes
Eingetragen im Anwaltsregister
8610 Uster, Paulstrasse 5
Telefon 044 211 44 71
Telefax 044 211 44 78
E-mail hermannwalser@bluewin.ch

Schweizerische Kammer der
Pensionskassen-Experten, SKPE
Herr Urs Bracher

Uster, 9. Oktober 2015

Verantwortung des Experten im Lichte des Urteils des Bundesgerichts vom 18. Dezember 2014, 9C_248/2014 = BGE 141 V 71 ff.

Wie von der SKPE gewünscht, nehme ich nachstehend gerne Stellung zum obgenannten Urteil des Bundesgerichts, dies im Sinne einer juristischen Analyse.

1. Auszugehen ist von folgendem, stark verkürzt dargestellten Sachverhalt, wie er auch in der Fachmitteilung Nr. 102 des ASIP vom 24. August 2015 dargestellt worden ist. Bei einer neu gegründeten Sammelstiftung wurde für die administrative Verwaltung sowie die Vermögensanlage und Vermögensverwaltung ein komplexes Firmenkonglomerat geschaffen, bei welchem die nötige Transparenz und Klarheit fehlten. Geschäftsführung und Vermögensbewirtschaftung wurden an Gesellschaften ausgelagert, in denen einzelne Stiftungsräte gleichzeitig als Verwaltungsräte amtierten. Im Rahmen dieser komplexen Strukturen kam es zu verschiedenen Vermögenstransfers zwischen der Sammelstiftung, den beauftragten Gesellschaften und den Stiftungsräten und schliesslich zu rechtswidrigen Vermögensabflüssen.

Dem beigezogenen Experten war das vorgelegte Konzept der Anlage des Vermögens bei zugelassenen Banken mit Garantien betreffend Substanzerhalt und Zins nicht klar, weshalb er die Stiftung um Dokumentation mit den konkreten Verträgen ersuchte. Diese Unterlagen erhielt der Experte in der Folge aber nicht. Darauf sah er von weiteren Schritten ab. Er hat nicht abgeklärt, ob es die Bankgarantie überhaupt gab, von wem sie abgegeben wurde, worauf sie sich bezog und wie sie ausgestaltet war. Effektiv existierte diese Bankgarantie nicht.

Sowohl das Verwaltungsgericht des Kantons Zug (als erste Instanz) als auch das Bundesgericht werfen dem Experten vor, er hätte unter dem Aspekt der Anlageorganisation die (angebliche) Bankgarantie prüfen müssen, mit welcher die Vorsorgegelder und die Verzinsung hätten abgesichert werden sollen (E.6). Beide Instanzen werten die Passivität des Experten in dieser Hinsicht als grobfahrlässiges und schuldhaftes Verhalten (E. 7). Das Bundesgericht bestätigte die schon von der Vorinstanz festgestellte Schadenersatzpflicht des Experten und verurteilte diesen in solidarischer Haftung mit anderen Beteiligten zu einer Schadenersatzleistung von rund 9 Mio. Franken.

2. Bei der Beurteilung der gerichtlichen Feststellungen muss vorweg unterstrichen werden, dass ein ganz spezieller Fall vorliegt. Die komplexe und undurchsichtige Verwaltungsorganisation, die damit verbundenen personellen Verflechtungen und die doch ungewöhnliche Vermögensanlage bei Banken

mit angeblichen Bankgarantien müssten einen Experten von Anfang an hellhörig machen und zu besonderer Vorsicht und zusätzlichen Abklärungen veranlassen. Es ist in der Tat unverständlich, wenn der Experte darauf verzichtete, sich insbesondere den Vertrag bzw. die Verträge über die angebliche Bankgarantie vorlegen zu lassen, obwohl er feststellen musste, dass ihm dieses Konzept unklar war. Man mag es in der Konsequenz als hart empfinden, aber in dieser Unterlassung und Passivität eine Missachtung der Pflichten des Experten zu sehen und bezüglich des Verschuldens sogar eine grobfahrlässige, erscheint im konkreten Fall als vertretbar, ja verständlich.

Die Bedeutung des Urteils liegt denn auch nicht in der Beurteilung des Verhaltens des Experten in diesem konkreten Fall, sondern darin, dass das Bundesgericht in den Urteilerwägungen Feststellungen macht, welche sich ganz allgemein auf die Tätigkeit und die Pflichten des Experten beziehen und zum Teil Akzente setzen, die neu sind, aber wiederum Fragen aufwerfen.

3. In den E. 6.1.2, 6.1.3 und 6.1.5 befasst sich das Bundesgericht mit dem Charakter des Auftragsverhältnisses bei einem üblichen Mandatsvertrag zwischen einer Vorsorgeeinrichtung und einem Pensionsversicherungsexperten. Es geht von der Überlegung aus, dass es auch Sinn und Zweck des früheren Art. 53 Abs. 2 lit. a BVG und heutigen Art. 52e Abs. 1 lit. a BVG ist, die finanzielle Sicherheit der Vorsorgeeinrichtung fortlaufend zu verfolgen. Deshalb bestehe zwischen der Vorsorgeeinrichtung und dem Experten ein Dauerverhältnis. Es genügt deshalb nicht, dass der Experte mindestens alle drei Jahre ein Expertengutachten oder eine Expertenbestätigung einreicht und sich dann bis zum nächsten Gutachten bzw. bis zur nächsten Bestätigung nicht mehr weiter um die Vorsorgeeinrichtung kümmert. Liegen Anhaltspunkte dafür vor, dass die Vorsorgeeinrichtung ihre Verpflichtungen unter Umständen nicht erfüllen könnte, darf der Experte nicht untätig bleiben. Selbstbestimmte zusätzliche Kontrollen sind bei einer solchen Situationen geboten. Der Experte darf nicht passiv bleiben. Sonst kann er für einen allfälligen Schaden verantwortlich werden.

Eine andere Betrachtungsweise ergibt sich wohl nur dann, wenn dem Experten ausdrücklich nur eine ganz spezielle, punktuelle Aufgabe übertragen wird, etwa im Sinne der Abgabe einer Second Opinion. In allen anderen Fällen ist aufgrund des Positionsbezugs des Bundesgerichts von einem Dauerverhältnis auszugehen, das die laufende Überwachung der finanziellen Sicherheit der Vorsorgeeinrichtung zum Inhalt hat.

4. In E. 6.1.4 stellt das Bundesgericht selber fest, dass sich der Experte in den ersten 15 Jahren nach Einführung des BVG weitgehend auf die Beurteilung der Verpflichtungen der Vorsorgeeinrichtung und damit auf die Passivseite der Bilanz konzentrierte. Die Veränderung auf den Anlagemärkten anfangs 2000 hätten jedoch gezeigt, dass die dem Experten vom Gesetzgeber übertragene Prüfungsfunktion zwingend eine gesamtheitliche und dynamische Betrachtung von Aktiv- und Passivseite der Bilanz verlange. Zur Stützung dieser Ansicht beruft sich das Gericht auf einen Aufsatz von Theo Keller über die Rolle des Experten im Wandel der Zeit, der in der SPV 9/2010 S. 34 f. erschienen ist. Weiter ist den Erwägungen des Bundesgerichts zu entnehmen, dass es gestützt auf die soeben dargestellten Überlegungen davon ausgeht, dass der Experte das Anlagekonzept der Vorsorgeeinrichtung zu prüfen hat.

5. Welches konkret die Pflichten des Experten bei der Prüfung des Anlagekonzepts sind, wird vom Bundesgericht nicht weiter ausgeführt. Es bleibt hier unbestimmt. Ebenso wenig wird auf die sich hier stellende Frage der Abgrenzung der Pflichten der Revisionsstelle und des Experten eingegangen. Immerhin lässt sich wohl Folgendes sagen:

- Das Bundesgericht zitiert in E. 6.1.4 ausdrücklich aus den Grundsätzen und Richtlinien der Kammer der Pensionskassenexperten (GR 2000). Nach Ansicht des Gerichts sprechen die GR 2000 dafür, dass der Experte die Anlagen und die Anlagestrategie einer Vorsorgeeinrichtung zu beachten hat. Er hat auf die Beziehung zwischen den Kapitalanlagen und den entsprechenden Verpflichtungen zu achten. Dabei hat er die Struktur der Kapitalanlagen und die Fristigkeit aus den Vorsorgeverpflichtungen zu

berücksichtigen. Insbesondere hat er das Vorhandensein und die Höhe einer Wertschwankungsreserve zur Absicherung der von der Vorsorgeeinrichtung gewählten Anlagestrategie in seine Überprüfung einzubeziehen. Diese, aus der Sicht des Bundesgerichts dem Experten obliegenden Pflichten entsprechen weitestgehend denjenigen, die heute in der Ziff. 3.1, 4.1 und 4.4 der FRP 5 festgehalten sind. Ergänzend ist noch darauf hinzuweisen, dass Ziff. 4.5 der FRP 5 vorsieht, dass der Experte dem obersten Organ der Vorsorgeeinrichtung aufgrund seiner Feststellungen allfällige zu ergreifende Massnahmen empfiehlt. Werden diese nicht befolgt und erscheint dadurch die Sicherheit der Vorsorgeeinrichtung gefährdet, meldet er dies der Aufsichtsbehörde. Im vorliegend beurteilten Fall hätte der Experte nicht für den Schaden gehaftet, wenn er auf der Vorlage der Bankgarantie bestanden und es dann der Aufsichtsbehörde gemeldet hätte, wenn ihm diese Einsichtnahme verweigert wurde oder wenn er aufgrund eines vorgelegten Dokuments selber gesehen hätte, dass gar keine solche Garantie existierte.

- Die Prüfung, ob die Vermögensanlage den gesetzlichen und reglementarischen Bestimmungen, insbesondere den Bestimmungen des Anlagereglements, entspricht, ist gemäss Art. 52c Abs. 1 lit. b BVG ausdrücklich Aufgabe der Revisionsstelle. Dazu gehört auch die Beurteilung der Bewertung der Aktiven in der Bilanz und auch die Beurteilung der Bonität der Aktiven.

- Allerdings muss offen bleiben, wie das Bundesgericht die Pflichten des Experten beurteilt, der im Rahmen seiner Prüfungstätigkeit feststellt oder doch bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit hätte feststellen können, dass die Bonität gewisser Vermögensteile nicht (mehr) gegeben ist oder krasse Bewertungsfehler vorliegen. Kann sich der Experte hier auf den Bericht der Revisionsstelle verlassen, wenn diese keine Vorbehalte anbringt, oder muss der Experte selber aktiv werden? Ich gehe davon aus, dass der Experte derartige Feststellungen in sein Prüfungsergebnis gemäss den Ziff. 4.1 und 4.4 der FRP 5 einbezieht und nach Ziff. 4.5 vorgeht, und dies bis zur Meldung an die Aufsichtsbehörde, wenn ihm die Sicherheit der Vorsorgeeinrichtung dadurch gefährdet erscheint.

6. In E. 6.2.2. hält das Bundesgericht fest, dass die Deckung der Risiken resp. ihre Überprüfung einen Teilaspekt der vom Experten zu beurteilenden finanziellen Sicherheit gemäss Art. 52e Abs. 1 lit. a darstellen. Dazu gehöre bei einer halbautonomen Stiftung primär die Frage nach Art und Umfang der Rückdeckung für die Risiken Tod und Invalidität. Aber auch eine Bankgarantie diene der Risikodeckung, vordergründig für das Anlage- und Volatilitätsrisiko, hintergründig aber der Deckung des Risikos Alter. Als Sicherungsgeschäft sei die Bankgarantie wesentliches Element des ausschliesslich vom Experten zu überprüfenden Anlagekonzepts (vgl. dazu E. 6.2.3.2 Abs. 2).

Aus diesen Feststellungen ist doch klar zu schliessen, dass es Pflicht des Experten ist, selber Einsicht in alle Verträge zu nehmen, mit denen die Risiken Alter, Tod und/oder Invalidität ganz oder teilweise rückgedeckt werden. Und dies gilt klar auch für Bankgarantien, mit denen ein Substanzerhalt und/oder eine bestimmte Verzinsung zugesichert werden. Es genügt nicht, wenn die Vorsorgeeinrichtung darauf verweist, diese Verträge seien der Aufsichtsbehörde eingereicht worden. Der Experte hat sie selber einzusehen und zu beurteilen.

Das Bundesgericht hat es in E. 6.2.4 ausdrücklich offen gelassen, ob der Experte neben dem Bestand der Bankgarantie auch die Bonität des Garantiegebers hätte überprüfen müssen. Es ist daher sicher empfehlenswert, bei allen Verträgen, mit denen Risiken rückgedeckt oder abgesichert werden, einen Blick auf die Bonität des Versicherers oder Garanten zu werfen und bei Zweifeln die Massnahmen gemäss Ziff. 4.5 der FRP 5 zu ergreifen.

7. Weitere Empfehlungen aufgrund des Urteils:

- Bei gut organisierten und geführten Vorsorgeeinrichtungen bringt das Urteil kaum Neuerungen bezüglich der Tätigkeit des Experten, wenn diese gemäss den Vorgaben der FRP 5 ausgeführt wird.

Gemäss Art. 52c Abs. 1 lit b BVG ist es an sich Aufgabe der Revisionsstelle, zu prüfen, ob die Organisation und die Geschäftsführung den gesetzlichen und reglementarischen Bestimmungen entsprechen. Der Experte tut aber sicher gut daran, auch einen Blick auf die Organisation und Führung der von ihm betreuten Vorsorgeeinrichtungen zu werfen, im besonderen auf die Unabhängigkeit der massgebenden Akteure und auf mögliche Interessenbindungen. Besondere Vorsicht ist geboten, wenn persönliche Verflechtungen bei den im Stiftungsrat, der technischen Verwaltung und der Vermögensverwaltung handelnden Personen bestehen. Das gilt ganz besonders bei der Übernahme von neuen Mandaten und, noch nachhaltiger, wenn es um neu errichtete Vorsorgeeinrichtungen geht.

- Um den Anforderungen des in der Regel vorliegenden Dauerverhältnisses zwischen Vorsorgeeinrichtung und Experten gerecht zu werden, ist es sicher unabdingbar, dass der Experte regelmässig Einblick in die Jahresberichte, Jahresrechnungen und Berichte der Revisionsstelle nimmt und diese auch sorgfältig durchgeht, damit er allfällige Probleme erkennen kann. Bei gut organisierten und geführten Vorsorgeeinrichtungen dürfte es im Normalfall genügen, einmal jährlich diese Unterlagen einzusehen und zu prüfen. Zu empfehlen ist auch, von den Vorsorgeeinrichtungen die Zustellung der Unterlagen für die Stiftungsratssitzungen und die Protokolle dieser Sitzungen zu verlangen.

- Zu prüfen ist, ob es nicht mit Blick auf die Anforderungen von FER 26 nicht angezeigt oder sogar eigentlich gefordert wäre, dass der Experte jedes Jahr das Deckungskapital berechnen sollte, das dann in die Jahresrechnung übernommen wird.

- Bei der Prüfung des Anlagekonzepts ist es empfehlenswert, abzuklären, ob die Anlagestrategie und Anlagepolitik professionell und unter Berücksichtigung der wesentlichen Rendite- und Risikobeurteilungen erstellt worden ist. Ebenso ist darauf zu achten, ob die Vorsorgeeinrichtung regelmässig ihre finanzielle Lage und ihre Risikostruktur mittels einer professionellen ALM-Studie überprüft.

- Wie ausgeführt, ist es offen, wie weit der Experte bei der Prüfung des Anlagekonzepts zu gehen hat. Dieses ist sicher auf der Basis der Prüfungstätigkeit gemäss den Ziff. 3.2, 4.1 und 4.4 der FRP 5 auf seine Plausibilität hin anzusehen. Besondere Vorsicht ist indessen geboten, wenn ungewöhnliche Vermögensanlagen oder eine ungewöhnliche Anlagestruktur festgestellt werden.

- Es sollten keine Aussagen gemäss Ziff. 4.1 der FRP 5 zur finanziellen Sicherheit einer Vorsorgeeinrichtung gemacht werden, ohne dass bezüglich der betroffenen Jahresrechnung ein Revisionsbericht vorliegt.

- Es wäre noch zu prüfen, inwieweit es sinnvoll sein könnte, in den eigenen Berichten des Experten Vorbehalte bezüglich der Richtigkeit und Vollständigkeit von Angaben zu machen, die von Drittpersonen erstellt worden sind.

- Es könnte sinnvoll sein, mit Blick auf das vom Bundesgericht als Dauerverhältnis qualifizierte Verhältnis zwischen Experten und Vorsorgeeinrichtungen zu prüfen, ob die Kammer Musterverträge für verschiedene mögliche Mandatstypen ausarbeiten sollte, dies mit Blick auf die bestmögliche Vermeidung von Haftungstatbeständen.

- Und schliesslich ist eine angemessene und genügende Berufshaftpflichtversicherung zu empfehlen. Es wäre abzuklären, ob es der Kammer möglich ist, mit einer Versicherungsgesellschaft einen Rahmenvertrag mit möglichst günstigen Bedingungen und möglichst maximaler Deckung zugunsten ihrer Mitglieder auszuarbeiten.

Mit freundlichen Grüssen
Hermann Walser