

Rolf Kuhn / Myriam Jäger

Stimmenbindung bei Einrichtungen der beruflichen Vorsorge

Für Einrichtungen der beruflichen Vorsorge gilt das Paritätsprinzip. Arbeitnehmer und Arbeitgeber haben das Recht, in das oberste Organ der Vorsorgeeinrichtung die gleiche Anzahl von Vertretern zu entsenden. Das oberste Organ nimmt die Gesamtleitung wahr und definiert die strategischen Ziele. In Zeiten tiefer Renditen kommt eine Vorsorgeeinrichtung kaum umhin, Leistungssenkungen zu prüfen, was den Interessen der Arbeitnehmer entgegensteht. Damit deren Interessen nicht vernachlässigt werden, besteht oft das Bedürfnis, Einfluss auf die Tätigkeit der Vertreter zu nehmen. Dies ist rechtlich problematisch und führt zu Interessenkonflikten.

Kategorie: Beiträge

Rechtsgebiete: Privatrecht; Gesellschaftsrecht; Sozialversicherungsrecht; Kranken-, Unfall- und Invalidenversicherung; Berufliche Vorsorge

Zitiervorschlag: Rolf Kuhn / Myriam Jäger, Stimmenbindung bei Einrichtungen der beruflichen Vorsorge, in: Jusletter 5. März 2018

Inhaltsübersicht

1. Ausgangslage
 - 1.1. Das Paritätsprinzip in der beruflichen Vorsorge
 - 1.2. Kontroll- und Instruktionsbedürfnis der Vertretenen
2. Ähnliche Interessenslagen im Gesellschaftsrecht
 - 2.1. Aktionärsbindungs-, Stimmrechtsbindungs- und Treuhandverträge
 - 2.2. Keine Bindung gegenüber der Gesellschaft
3. Bindungsverträge für Mitglieder des obersten Organes einer Vorsorgeeinrichtung
 - 3.1. Übertragung des Modells von Stimmbindungsverträgen auf Vorsorgeeinrichtungen
 - 3.2. Zulässigkeit von Stimmbindungsverträgen für Mitglieder des obersten Organs von Vorsorgeeinrichtungen?
 - 3.2.1. Problematik im Aktienrecht gilt grundsätzlich auch im Bereich der beruflichen Vorsorge
 - 3.2.2. Besonderheiten im Recht der beruflichen Vorsorge
 - 3.2.2.1. Regelung zum Problem der Interessenskonflikte gemäss Art. 51b Abs. 2 BVG
 - 3.2.2.2. Auslegung von Art. 51b Abs. 2 BVG
 - 3.2.2.3. Schlussfolgerungen
 - 3.2.2.4. Eingriff in das Haftungsregime
 - a. Organhaftung
 - b. Trennung von Vermögen und Haftungssubstrat
 - 3.2.2.5. Eingriff in die Kompetenzordnung
 - a. Aufsichtsrecht
 - b. Stiftungsrecht
4. Konsequenzen

1. Ausgangslage

1.1. Das Paritätsprinzip in der beruflichen Vorsorge

[Rz 1] Art. 51 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (nachfolgend: BVG) sieht vor, dass Arbeitnehmer und Arbeitgeber die gleiche Anzahl von Vertretern in das oberste Organ einer Vorsorgeeinrichtung entsenden dürfen (Paritätsprinzip). Die Vorsorgeeinrichtung hat die ordnungsgemässe Durchführung der paritätischen Verwaltung zu gewährleisten. Hierfür hat die Vorsorgeeinrichtung namentlich die Wahl der Vertreter der Versicherten, eine angemessene Vertretung der verschiedenen Arbeitnehmerkategorien, die paritätische Vermögensverwaltung und das Verfahren bei Stimmgleichheit zu regeln. Die Bestimmung sieht weiter vor, dass die Versicherten ihre Vertreter unmittelbar oder durch Delegierte wählen (vgl. Art. 51 Abs. 2 und 3 BVG).

[Rz 2] Sinn und Zweck des Paritätsprinzips ist es, dass die Interessen der Arbeitnehmerschaft angemessen vertreten werden. Die Bestimmung bezweckt den Schutz der Arbeitnehmenden und wird als Minimalvorschrift zugunsten der Arbeitnehmerschaft verstanden.¹ Allein die Wahl von Vertretern in das oberste Organ vermag aber noch keine Gewähr dafür zu bieten, dass die Interessen der Arbeitnehmenden tatsächlich hinreichend berücksichtigt werden. Der Schutz der Arbeitnehmenden und ihrer Interessen wird letztlich massgebend dadurch geprägt, ob und wie

¹ Vgl. THOMAS GÄCHTER, MAYA GECKLER HUNZIKER, in: Stämpfli Handkommentar BVG und FZG, Bundesgesetze über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung sowie über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung, Bern 2010, N 12 zu Art. 51 BVG.

die gewählten Vertreter Einfluss im obersten Organ der Vorsorgeeinrichtung nehmen. Eine angemessene Interessensvertretung läge nicht vor, wenn die gewählten Vertreter im Gremium Positionen vertreten, welche sich mit den Interessen der Versicherten nicht in Einklang bringen lassen.

1.2. Kontroll- und Instruktionsbedürfnis der Vertretenen

[Rz 3] Um eine effektive Vertretung der Interessen der Versicherten sicherzustellen, besteht bei den Arbeitnehmer(-verbänden) oftmals ein weitgehendes Bedürfnis nach Kontroll- und Instruktionsmöglichkeiten ihrer Vertreter; auch sollen diese Rechenschaft ablegen und Auskunft über ihre Tätigkeit erteilen.

[Rz 4] Diese Bedürfnisse sind zwar verständlich, doch rechtlich problematisch. Bis zu einem gewissen Grad kann ihnen dadurch Rechnung getragen werden, dass vor Wahlen in das oberste Organ mögliche Kandidatinnen und Kandidaten ihre Positionen in der Regel offenlegen (müssen). Weiter stellen sich häufig Mitglieder eines Personalverbands bzw. einer Gewerkschaft zur Verfügung; als deren Mitglied sind die Kandidaten gehalten, die Interessen des Verbandes zu wahren. Dennoch zeigt sich, dass in der Praxis das weitergehende Bedürfnis besteht, auch nach der Wahl auf die Tätigkeit der Vertreter im obersten Organ weitreichend Einfluss nehmen zu können. Dies ist rechtlich problematisch:

[Rz 5] Dem obersten Organ einer Vorsorgeeinrichtung kommt die Befugnis zu das Finanzierungssystem festzulegen, die Leistungsziele und Vorsorgepläne zu definieren sowie den Erlass und die Änderung von Reglementen vorzunehmen. Das oberste Organ bestimmt die Ausgestaltung der Vorsorgeeinrichtung und demzufolge massgebend die gestützt auf Erlasse und Reglemente erbrachten Leistungen an die Arbeitnehmenden. Ändert das oberste Organ die Ausgestaltung der Vorsorgeeinrichtung oder werden Erlasse oder Vorsorgepläne abgeändert, kann dies erhebliche Auswirkungen auf die Ansprüche und Leistungen der Versicherten haben. Dies gilt in den heutigen Zeiten umso mehr, in denen das schweizerische Altersvorsorgesystem in grossen Umbrüchen begriffen ist. Die demographischen Veränderungen und ein verändertes wirtschaftliches Umfeld stellen Vorsorgeeinrichtungen vor grosse Herausforderungen. Leistungssenkungen und die Änderung von Reglementen und Erlassen sind deshalb kaum vermeidbar. Wie diesen Herausforderungen konkret entgegen getreten wird, ist innerhalb des obersten Organs zu überlegen und zu entscheiden. Welche Fragen für eine Vorsorgeeinrichtung in Zukunft anstehen und welche Gruppierung welche Interessen haben wird, ist zu Beginn einer Amtsperiode der Mitglieder des obersten Organs oftmals nicht ersichtlich. Es besteht daher ein Bedürfnis der Personalverbände und Gewerkschaften, ihre Vertreter laufend instruieren und kontrollieren zu können. Die Vertreter sollen Rechenschaft über ihre Tätigkeit ablegen müssen, damit sichergestellt ist, dass den Interessen der Arbeitnehmer im obersten Organ auch tatsächlich Rechnung getragen wird.

2. Ähnliche Interessenslagen im Gesellschaftsrecht

2.1. Aktionärsbindungs-, Stimmrechtsbindungs- und Treuhandverträge

[Rz 6] In der Praxis ist eine ähnliche Interessenslage häufig bei Aktiengesellschaften mit unterschiedlichen Investorengruppen anzutreffen. Jede Aktionärsgruppe will auf die Geschicke der Aktiengesellschaft in ihrem Sinne Einfluss nehmen können. Es besteht das Bedürfnis, gewisse

Grundsätze und Richtlinien für die strategische und operative Ausrichtung der Gesellschaft sowie für die Ausübung der Gesellschaftsführung verbindlich zu vereinbaren.

[Rz 7] In Aktiengesellschaften wird hierfür häufig der Abschluss eines Aktionärsbindungsvertrages gewählt. Vertragsparteien sind einige oder alle Aktionäre. Ein Aktionärsbindungsvertrag enthält meist Bestimmungen, die einerseits die Aktionäre verpflichten, ihre Stimmen in der Generalversammlung in einem bestimmten Sinne abzugeben, und andererseits die aus ihrem Kreis gestellten Verwaltungsratsmitglieder zu veranlassen, ihre Stimme in Verwaltungsratssitzungen nach bestimmten Grundsätzen abzugeben.

[Rz 8] Ähnliche in der Praxis anzutreffende Instrumente sind beispielsweise Verwaltungsratsbindungsverträge oder Treuhandverträge, die mit einer Person abgeschlossen werden, die Einsitz in den Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft nimmt. Auch diese Verträge sollen sicherstellen, dass der Verwaltungsrat in einem bestimmten Sinne und namentlich aufgrund der Instruktionen des Vertragspartners bzw. des Weisungsgebers stimmt.

2.2. Keine Bindung gegenüber der Gesellschaft

[Rz 9] Soweit derartige Verträge überhaupt als zulässig erachtet werden, ist daran zu erinnern, dass sie lediglich unter den Vertragsparteien Rechtswirkung entfalten, nicht aber gegenüber der Gesellschaft, welche nicht Vertragspartei ist. Ihr gegenüber vermögen derartige Verträge insofern keine Wirkung zu entfalten, als dass die in Verletzung einer gültigen Stimmbindungsvereinbarung abgegebene Stimme des Aktionärs an der Generalversammlung oder des Verwaltungsratsmitglieds an der Verwaltungsratssitzung aufgrund der strikten rechtlichen Trennung von vertrags- und körperschaftsrechtlicher Ebene jedenfalls gültig ist. Für die Gesellschaft ist allein die «tatsächlich abgegebene Stimme» massgebend. In solchen Fällen besteht jedoch auf der vertraglichen Ebene die Möglichkeit vorzusehen, dass die Vertragspartner der Stimmbindungsvereinbarung von demjenigen, der vorsätzlich gegen die gültige Vereinbarung stimmte und dadurch schuldhaft einen Schaden verursachte, Schadenersatz verlangen zu können.² Für den Verletzungsfall vertraglich vorgesehene Konventionalstrafen sind auch ohne Schadensnachweis durchsetzbar.

3. Bindungsverträge für Mitglieder des obersten Organes einer Vorsorgeeinrichtung

3.1. Übertragung des Modells von Stimmbindungsverträgen auf Vorsorgeeinrichtungen

[Rz 10] Bekanntermassen besteht bei Personalverbänden und Gewerkschaften ein grosses Interesse, die (rechtliche) Situation ihrer Mitglieder laufend zu verbessern. Ihnen stehen verschiedene Instrumentarien zur Verfügung, um ihre Ziele zu verfolgen. Mittels Gesamtarbeitsverträgen, also mit dem Abschluss von Verträgen zwischen Arbeitnehmerverbänden einerseits und einem Arbeitgeber oder Arbeitgeberverbänden andererseits, werden u.a. die Arbeitsbedingungen der

² PETER NOBEL, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht (Berner Kommentar), Das Obligationenrecht, Das Aktienrecht: Systematische Darstellung, Bern 2017, N 169.

Arbeitnehmer einer Branche einheitlich und verbindlich geregelt. Mit dem Abschluss eines Gesamtarbeitsvertrages wird eine Besserstellung der Ansprüche der Arbeitnehmer gegenüber den ansonsten geltenden arbeitsrechtlichen Bestimmungen nach dem Schweizerischen Obligationenrecht (OR) sichergestellt. In der Praxis ist zu beobachten, dass bei Personalverbänden und Gewerkschaften das weitergehende Bedürfnis besteht, (auch) im Bereich der beruflichen Vorsorge ihre Einflussmöglichkeiten auszudehnen und Bindungsverträge abzuschliessen. Es wird nach Instrumentarien gesucht, die sicherstellen sollen, dass (nicht nur die Arbeitsbedingungen, sondern auch) die berufliche Vorsorge ihrer Mitglieder anhand ihrer Vorstellungen beeinflusst werden kann. Es soll sichergestellt werden, dass die Vorsorgeeinrichtung Reglemente erlässt, bzw. Leistungen gewährt, welche die Bedürfnisse der Arbeitnehmenden soweit möglich abdecken. Das in Art. 51 Abs. 1 BVG vorgesehene Paritätsprinzip und das damit zusammenhängende Recht der Arbeitnehmer, die gleiche Anzahl von Vertretern in das oberste Organ entsenden zu dürfen, wird in diesem Zusammenhang häufig als nicht ausreichend empfunden. Es wird nach Einflussmöglichkeiten auf die Stimmabgabe der von den Arbeitnehmer(-verbänden) entsandten Vertretern gesucht. Die Frage nach der Zulässigkeit des Abschlusses von Bindungsverträgen im Bereich der beruflichen Vorsorge wird immer häufiger angesprochen.

[Rz 11] Gemäss Art. 48 Abs. 2 BVG müssen registrierte Vorsorgeeinrichtungen die Rechtsform einer Stiftung haben oder müssen eine Einrichtung des öffentlichen Rechts mit eigener Rechtspersönlichkeit sein; demzufolge werden – gerade was die Rechtsform der Stiftung betrifft – keine Gesellschafterversammlungen durchgeführt. Eigentliche Bindungsverträge in Bezug auf die Stimmabgaben der Vertragsparteien selbst dürften zum vornherein kein Thema sein, da Stiftungen keine Gesellschafterversammlungen, wie dies bspw. bei Aktiengesellschaften der Fall ist, durchführen.

[Rz 12] Denkbar wäre es hingegen, das im Aktienrecht praktizierte Modell mit Aktionärsbindungsverträgen in Bezug auf das Stimmverhalten der jeweiligen Vertreter partiell auf Vorsorgeeinrichtungen zu übertragen. Dies wäre insbesondere in Branchen denkbar, in denen Gesamtarbeitsverträge (GAV) bestehen. Der GAV ist ein Vertrag mit weitreichenden Konsequenzen. Deshalb werden an die vertragsschliessenden Arbeitnehmerverbände gewisse Voraussetzungen gestellt: Um als tariffähiger Verband (Koalition) anerkannt zu werden, müssen gewisse Mindestbedingungen erfüllt sein, wie u.a. eine Konstituierung als juristische Person, Unabhängigkeit vom Sozialpartner und von Dritten und ein gewisses politisches Gewicht aufgrund der Anzahl der Mitglieder³. Hier bestehen bereits Strukturen, welche die Umsetzung der im GAV vorgeschriebenen Arbeitsbedingungen für eine Branche verbindlich regeln. Denkbar wäre es, das im Aktienrecht praktizierte Modell mit Aktionärsbindungsverträgen in Verträgen zu regeln, die zwischen der Vorsorgeeinrichtung angeschlossenen Arbeitgebern einerseits und den Personalverbänden andererseits abgeschlossen werden. In ihnen werden den von der jeweiligen Vertragspartei gestellten Vertretern Vorgaben für die Stimmabgaben im obersten Organ der Vorsorgeeinrichtung erteilt, bzw. die Parteien werden verpflichtet, die von ihnen bzw. ihren Mitgliedern gewählten Vertreter entsprechend verbindlich zu instruieren. In Bereichen, in denen die Versicherten nicht in einem gewissen Grade (gewerkschaftlich) organisiert sind, dürfte ein solches Vertragsmodell

³ ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Auflage, Zürich 2012, Art. 356 N 2; CHRISTIAN BRUCHEZ, in: Handbuch zum kollektiven Arbeitsrecht, Schriftenreihe Schweizerischer Gewerkschaftsbund SGB, Basel 2009, F/Rz. 25 f.; THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER, Sjl Arbeitsrecht in der Schweiz, 3. Auflage, Bern 2015, Rz. 759 ff.

allein aus praktischen Überlegungen zum vornherein nicht in Frage kommen. Soll ein Stimmbindungsvertrag abgeschlossen werden, so muss auf Seite der Arbeitnehmerschaft eine juristische Person (bspw. ein Verein) als Vertragspartei vorhanden sein, die (wiederum) die Arbeitnehmer vertritt.

[Rz 13] Doch auch bei solchen Vertragsmodellen ist daran zu erinnern, dass die Vorsorgeeinrichtung nicht Vertragspartei eines derartigen Vertrages ist. Analog zur Situation bei einer Aktiengesellschaft können die Bindungsverträge für die Vorsorgeeinrichtung keine Wirkung zeitigen. Die von den Vertretern im obersten Organ der Vorsorgeeinrichtung abgegebene Stimme ist auf jeden Fall gültig, selbst bei Verstoss gegen die Vorgaben einer Stimmabgabe im Bindungsvertrag. Die Parteien können allfällige Verletzungen eines Stimmbindungsvertrages und deren Rechtsfolgen, wie z.B. eine Konventionalstrafe, (nur) unter sich vertraglich regeln.

[Rz 14] Fraglich, und nachfolgend zu prüfen, ist jedoch, ob der Abschluss solcher Stimmbindungsverträge, deren Zulässigkeit bereits im Aktienrecht kontrovers diskutiert wird, wie namentlich der Verwaltungsratsbindungsverträge, im Bereich der beruflichen Vorsorge überhaupt denkbar ist. Klar ist, dass die rechtlichen Fragen, die sich diesbezüglich im Aktienrecht stellen, sich im Grundsatz auch im Bereich der beruflichen Vorsorge stellen.

3.2. Zulässigkeit von Stimmbindungsverträgen für Mitglieder des obersten Organs von Vorsorgeeinrichtungen?

3.2.1. Problematik im Aktienrecht gilt grundsätzlich auch im Bereich der beruflichen Vorsorge

[Rz 15] Bindet man die Mitglieder des obersten Organs einer Vorsorgeeinrichtung in Stimmbindungsverträge ein, so entspricht dies bei der Aktiengesellschaft der Konstellation, dass ein Verwaltungsrat mit einem «Verwaltungsratsbindungsvertrag» an Weisungen eines Dritten (Weisungsgeber) gebunden wird. Als Verwaltungsratsbindungsverträge werden vertraglich eingegangene Verpflichtungen einzelner oder sämtlicher Mitglieder des Verwaltungsrates bezeichnet, wonach diese ihre Einwirkung oder Stellungnahme bei der Beratung und/oder ihre Stimmabgabe anlässlich der Beschlussfassung im Verwaltungsrat dem Willen und den Weisungen eines Dritten (bspw. eines Aktionärs) unterwerfen. Solche Verträge werden auf Seiten der betreffenden Verwaltungsratsmitglieder in ihrer Eigenschaft als Verwaltungsratsmitglieder abgeschlossen. Dabei ist die Rede vom fiduziarisch gebundenen Verwaltungsratsmitglied. Von diesem wird gesagt, er sei eingebunden in einen «doppelten Pflichtenexus»⁴. Die Zulässigkeit solcher Verwaltungsratsbindungsverträge wird in der Lehre kontrovers diskutiert:

[Rz 16] Kritik in Bezug auf die Zulässigkeit solcher Verwaltungsratsbindungsverträge wird insbesondere von PETER BÖCKLI⁵ geäussert, welcher Mandatsverträge, die den Verwaltungsrat konkreten Weisungen einer anderen Person unterwerfen, für problematisch hält. Es wird angeführt, dass diese in einem Spannungsverhältnis mit der Pflicht, die Interessen der Gesellschaft gemäss Art. 717 OR in guten Treuen zu wahren, stehen. Sie seien insoweit unvereinbar mit dem zwingenden

⁴ LORENZO TOGNI, Standstill Agreements nach U.S.-amerikanischem und schweizerischem Recht, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 293, Zürich/St. Gallen 2010, Rz 1000.

⁵ PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht mit Fusionsgesetz, Börsengesellschaftsrecht, Konzernrecht, Corporate Governance, Recht der Revisionsstelle und der Abschlussprüfung in neuer Fassung – unter Berücksichtigung der angelaufenen Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts, 4. Auflage, Zürich 2009, N 624.

Aktienrecht, als sich der Verwaltungsrat dadurch im Bereich der Hauptaufgaben, die dem Verwaltungsrat gemäss Art. 716a OR unübertragbar und unentziehbar zustehen, unmittelbar einem fremden Willen unterwirft. Der Verwaltungsrat handle im Bereich seiner Hauptaufgaben gemäss Art. 716a OR zwingend unter eigener Verantwortung. Die Unterwerfung des Verwaltungsrates einem Weisungsgeber übersehe die Inkompatibilität mit dem Konzept der Unentziehbarkeit und Unübertragbarkeit des Art. 716a OR. Weiter wird auf die Thematik der faktischen Organschaft als Unrechtstatbestand hingewiesen. Unterwirft sich der Verwaltungsrat den Weisungen eines Dritten in den für die Gesellschaft bedeutsamen Entscheidungen in der Führung der Geschäfte, so wird der Weisungsgeber, wenn er entsprechend organotypisch handelt, zum faktischen Organ. Diese Konstellation sei unrechtmässig. Die Person, welche ein Verwaltungsratsmandat führe, dürfe nicht Verträge abschliessen, die einem Dritten in Exekutivbelangen eine faktische Organstellung verschaffen.

[Rz 17] Auf der anderen Seite finden sich – übersichtlich dargestellt von LORENZO TONIG⁶ – zahlreiche Meinungen zur Zulässigkeit von Verwaltungsratsbindungsverträgen. Dafürgehalten wird, dass der Abschluss eines solchen Vertrages nicht dazu führen könne, dass die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates gemäss Art. 754 OR berührt werde. Es führe der Abschluss eines solchen Vertrages allenfalls gar zu einer Ausdehnung der Haftung. Sofern der betreffende Verwaltungsrat Weisungen zu befolgen habe, welche zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates führen, sei dem weisungsgebundenen Verwaltungsratsmitglied ein zwingendes Recht einzuräumen, sich solchen Weisungen zu widersetzen. Der Verwaltungsrat dürfe zwar die unübertragbaren und unentziehbaren Pflichten gemäss Art. 716a OR nicht übertragen, könne dies aber unter Inkaufnahme von Haftungsrisiken dennoch tun. Die Vereinbarung eines Weisungsrechts sei grundsätzlich zulässig. Schranken ergäben sich jedoch aus dem zwingenden Recht, der Sittenwidrigkeit, dem Gesellschaftsinteresse und den Statuten. Der fiduziarische Verwaltungsrat sei nur, aber immerhin, dort zur Befolgung der Weisungen des Fiduzianten berechtigt, wo ihm im Rahmen seiner Organpflicht ein Ermessen zukomme. Aus Art. 717 Abs. 1 OR ergebe sich, dass den der Gesellschaft geschuldeten Pflichten gegenüber den vertraglichen Weisungen des Weisungsgebers grundsätzlich Vorrang gebühre. Wo immer die Ausführung der erteilten Weisung ausserhalb des ihm zustehenden Ermessens liege, komme dem Verwaltungsratsmitglied daher nicht nur ein vertraglich zwingendes Widersetzungsrecht zu, sondern auch eine (gesellschaftsrechtliche) Widersetzungspflicht. Im Übrigen, also innerhalb des ihm zukommenden Ermessensspielraums, habe sich das handelnde Verwaltungsratsmitglied in erster Linie vom Gesellschaftsinteresse leiten zu lassen, wobei zwecks Bestimmung desselben nach einem Minimalkonsens zwischen den verschiedenen Interessen der jeweiligen Interessensgruppen zu suchen und alsdann eine Interessensabwägung der inkompatiblen Interessen vorzunehmen sei.

[Rz 18] Ein zentrales Problem in Bezug auf die Zulässigkeit von Stimmbindungsverträgen im Aktienrecht liegt darin, dass diese zu Interessenskonflikten führen können. Wie vorstehend erläutert wird in der Lehre postuliert, dass diese Problematik dadurch gelöst werden soll, dass in denjenigen Fällen, in denen Diskrepanzen zwischen den Gesellschaftsinteressen und den Interessen des Weisungsgebers bestehen, dem weisungsgebundenen Verwaltungsratsmitglied ein «Verweigerungsrecht» gegenüber dem Weisungsgeber zukommen soll.

⁶ Togni (Fn. 4), Rz 1003 ff.

3.2.2. Besonderheiten im Recht der beruflichen Vorsorge

3.2.2.1. Regelung zum Problem der Interessenskonflikte gemäss Art. 51b Abs. 2 BVG

[Rz 19] Das vorstehend erläuterte Problem von Interessenskonflikten stellt sich ebenso für weisungsgebundene Mitglieder des obersten Organs einer Vorsorgeeinrichtung. Hingegen enthalten die Loyalitätsvorschriften des BVG einschlägige Bestimmungen mit Regelungen zu dieser Thematik. Es ist deshalb zu prüfen, ob das BVG derartige Verträge, die zu Interessenskonflikten führen können, im Bereich der beruflichen Vorsorge im Grundsatz zulässt oder gänzlich ausschliesst.

[Rz 20] Die mit der Geschäftsführung oder Verwaltung der Vorsorgeeinrichtung oder mit der Vermögensverwaltung betrauten Personen müssen einen guten Ruf geniessen und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten (Art. 51b Abs. 1 BVG). Sie 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 Interessenskonflikt entsteht (Art. 51b Abs. 2 BVG).

[Rz 21] Absatz 2 der vorerwähnten Bestimmung hält gemäss bundesrätlicher Botschaft zur Änderung des BVG fest, dass das Interesse der Vorsorgeeinrichtung den Privatinteressen der mit der Geschäftsführung oder Verwaltung betrauten Personen stets vorzugehen hat, unabhängig davon, ob diese Person Organ oder Angestellter der Vorsorgeeinrichtung ist. Auch externe Beauftragte wie z.B. ein Geschäftsführer oder Vermögensverwalter müssen die erforderlichen und zweckdienlichen organisatorischen Massnahmen treffen, um Interessenskonflikte zwischen ihnen bzw. anderen Kunden und den Vorsorgeeinrichtungen zu vermeiden und dadurch entstehende Benachteiligungen der Vorsorgeeinrichtungen auszuschliessen (Gleichbehandlungsgrundsatz). Dem obersten Organ einer Vorsorgeeinrichtung obliegt die Verpflichtung, für die Einhaltung dieser Grundsätze besorgt zu sein.⁷

[Rz 22] Die Bestimmung von Art. 51b BVG normiert explizit die Pflicht, Interessenskonflikte zu meiden. Gemäss dem Wortlaut der Bestimmung erweist sich der Abschluss eines Stimmbindungsvertrages von vornherein als problematisch. Dem Wortlaut zufolge müssen bereits mögliche Konstellationen vermieden werden, die Interessenskonflikte überhaupt entstehen lassen können.

[Rz 23] Der Abschluss eines Bindungsvertrages kann zu einem Interessenskonflikt führen. Es könnte demzufolge die Ansicht vertreten werden, dass das Eingehen eines Stimmbindungsvertrages durch eine mit der Geschäftsführung oder Verwaltung betraute Person einer Vorsorgeeinrichtung per se einen Verstoss gegen die Pflicht zur Vermeidung von Interessenskonflikten darstelle und der Vertrag als solcher wegen Verstosses gegen Art. 51b BVG einen widerrechtlichen Inhalt aufweise.

3.2.2.2. Auslegung von Art. 51b Abs. 2 BVG

[Rz 24] Der Wortlaut von Art. 51b BVG mutet auf den ersten Blick eigenartig an. Er besagt, dass «die Interessen der Versicherten der Vorsorgeeinrichtung» zu wahren sind. Die Bestimmung stellt nicht die Treue- und Sorgfaltspflicht gegenüber der Vorsorgeeinrichtung in den Vordergrund, sondern die Interessen der Versicherten. Wenn nun die Versicherten mit einem Mitglied

⁷ Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge, BBl 2007 5669, 5696.

des obersten Organs einen Bindungsvertrag abschliessen, der zu einer Diskrepanz zwischen den Interessen der weisungsgebenden Versicherten und den Interessen der Vorsorgeeinrichtung führen kann, so scheint Art. 51b BVG für einen solchen Fall vorzusehen, dass die Interessen der Vorsorgeeinrichtung hinter die Interessen der Versicherten zurückzutreten haben.

[Rz 25] Ob dies tatsächlich der Sinn von Art. 51b BVG sein soll, wird unter Verweis auf Art. 52 BVG in Frage gestellt. Art. 52 BVG sieht eine Schadenersatzpflicht der Organe für die der Vorsorgeeinrichtung entstehenden Schäden vor. Dem bundesrätlichen Entwurf von Art. 52 BVG lag noch ein anderes Konzept zugrunde, indem auch die Versicherten als anspruchsberechtigte Personen genannt wurden. Der heutige Wortlaut von Art. 52 BVG bezieht sich ausschliesslich auf den der Vorsorgeeinrichtung zugefügten Schaden. Folglich ist klar, dass etwa versicherte Personen nicht gestützt auf Art. 52 BVG anspruchsberechtigt sein können.⁸

[Rz 26] Es scheint zwischen der Regelung von Art. 51b BVG und derjenigen von Art. 52 BVG ein Widerspruch vorzuliegen: Nach Art. 51b BVG sollen die Interessen der Versicherten zu wahren sein. Nach Art. 52 BVG greift die Haftung der Organe allerdings nur dann, wenn der Vorsorgeeinrichtung ein Schaden entsteht. Im Resultat würde dies bedeuten, dass die Organe der Vorsorgeeinrichtung die Interessen der Versicherten zu wahren haben, welche jedoch von den Interessen einer Vorsorgeeinrichtung abweichen können. Interessenskollisionen können insbesondere bei Fragen der Finanzierung und Leistungskürzungen eintreten. Würden die Organe der Vorsorgeeinrichtung bei Interessenskollisionen vorrangig im Interesse der Versicherten handeln und führt dies zu einem Schaden für die Einrichtung, so träte eine unbefriedigende Situation ein: Die Organe würden gemäss Art. 52 BVG haften, weil bzw. obwohl sie ihrer Pflicht nach Art. 51b Abs. 2 BVG nachgekommen sind. Dieses Resultat ist höchst unbefriedigend und liesse sich wohl nur über die Bejahung eines Rechtfertigungsgrunds lösen. Bevorzugen hingegen die Organe bei Interessenskollisionen die Interessen der Vorsorgeeinrichtung, um die Vorsorgeeinrichtung vor Schaden zu bewahren, so wäre Art. 51b Abs. 2 BVG zwar in seinem Wortlaut verletzt, doch könnten die Versicherten diesfalls keine Ansprüche gestützt auf Art. 52 BVG gegen die Organe geltend machen, da die Versicherten nicht anspruchsberechtigt gestützt auf Art. 52 BVG sind.

[Rz 27] Der Wortlaut von Art. 51b Abs. 1 BVG scheint daher wenig aufschlussreich. Bei Art. 52 BVG handelt es sich um eine vertragliche Haftung, bei der nur die Vorsorgeeinrichtung berechtigt ist, Schadenersatzansprüche geltend zu machen, nicht hingegen der einzelne Versicherte. Art. 52 BVG setzt ein vertragliches Verhältnis des Organmitglieds mit der Vorsorgeeinrichtung voraus. Hingegen besteht kein vertragliches Verhältnis zwischen den Versicherten und dem Organmitglied. Sieht nun aber Art. 51b Abs. 2 BVG vor, dass die Organe die Interessen der Versicherten zu wahren haben, zu denen sie in gar keinem vertraglichen Verhältnis stehen, so scheint Art. 51b Abs. 2 BVG geradezu zu gebieten, dass die Organe mit den Versicherten Bindungsverträge abschliessen. Zumindest scheint die Bestimmung dem Abschluss solcher Verträge nicht entgegenzustehen. Damit ist hingegen das Problem allfälliger Interessenskonflikte zwischen den Interessen der Versicherten und derjenigen der Vorsorgeeinrichtung nicht gelöst, sondern wird im Gegenteil durch Art. 51b Abs. 2 BVG erst begründet. Dies kann kaum die gesetzgeberische Absicht hinter Art. 51b BVG gewesen sein.

⁸ UELI KIESER, in: Stämpfli Handkommentar BVG und FZG, Bundesgesetze über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung sowie über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung, Bern 2010, N 8 zu Art. 52 BVG.

[Rz 28] Art. 52 BVG begründet einen Schadenersatzanspruch, wenn die Organe die Interessen der Vorsorgeeinrichtung schuldhaft missachten und dadurch adäquat kausal ein Schaden bei der Vorsorgeeinrichtung entsteht. Die Regelung schützt die Vorsorgeeinrichtung und nicht die Versicherten. Der Widerspruch zwischen Art. 52 und 51b Abs. 2 BVG lässt sich lösen, indem Art. 51b Abs. 2 BVG sinngemäss dahingehend ausgelegt wird, dass die Organe die Interessen der Vorsorgeeinrichtung und damit *indirekt* die Interessen der Versicherten zu wahren haben. Im Falle eines Interessenskonflikts gehen die Interessen der Vorsorgeeinrichtung vor.

3.2.2.3. Schlussfolgerungen

[Rz 29] Die Regelung in Art. 51b Abs. 2 BVG ist nicht klar und sie scheint in einem Widerspruch zu Art. 52 BVG zu stehen. Es lässt sich nicht schlussfolgern, dass ein Abschluss von Bindungsverträgen zwischen Mitgliedern des obersten Organs der Vorsorgeeinrichtung und Dritten, namentlich Arbeitnehmerverbänden und den Versicherten, aufgrund von Art. 51b Abs. 2 BVG ausgeschlossen ist.

[Rz 30] Nach Art. 51b Abs. 2 BVG sind die Interessen der Versicherten zu wahren, sprich sämtlicher Versicherten. Bindungsverträge zwischen einem Arbeitnehmerverband oder einer beschränkten Gruppe von Versicherten einerseits und einem Mitglied des obersten Organs andererseits bergen insofern ein Risiko, einen Interessenskonflikt hervorzurufen, als dass die Interessen dieser bzw. einiger Versicherten sich nicht zwingend mit den Interessen *sämtlicher* Versicherten decken müssen. Art. 51b Abs. 2 BVG könnte dahingehend ausgelegt werden, dass die Pflicht zur Wahrung der Interessen (sämtlicher) Versicherten dem Abschluss eines Bindungsvertrages mit nur einer Gruppe von Versicherten entgegensteht.

[Rz 31] Der Abschluss eines solchen Bindungsvertrages birgt die ständige Gefahr von Interessenskonflikten zwischen den Interessen der vertretenen Gruppe und den Interessen aller Versicherten in sich. Ein Organmitglied ist gemäss Art. 51b Abs. 2 BVG gehalten, die Entstehung von Interessenskonflikten zum vornherein zu vermeiden. Mit anderen Worten sind die mit der Geschäftsführung und Verwaltung der Vorsorgeeinrichtung betrauten Personen nach dieser Bestimmung gehalten, Abstand vom Eingehen von Verpflichtungen zu nehmen, die das Risiko eines möglichen Interessenskonflikts beinhalten.

[Rz 32] Unter dem Gesichtspunkt der soeben erläuterten Überlegungen kann die Ansicht vertreten werden, dass der Abschluss von Stimmbindungsverträgen als Verstoss gegen Art. 51b Abs. 2 BVG gewertet werden kann. Vertritt man diese Ansicht und berücksichtigt man, dass in der Botschaft erwähnt wird, dass das oberste Organ eine Verpflichtung habe, für die Einhaltung des Grundsatzes zur Vermeidung von Interessenskonflikten besorgt zu sein, so ist das oberste Organ einer Vorsorgeeinrichtung angehalten, darauf hinzuwirken, dass dessen Mitglieder Abstand vom Abschluss solcher Bindungsverträge mit Personalverbänden und Gewerkschaften, die nicht sämtliche Versicherten der Vorsorgeeinrichtung vertreten, nehmen.

3.2.2.4. Eingriff in das Haftungsregime

a. Organhaftung

[Rz 33] Ähnlich der Bestimmung von Art. 716a OR, welche die unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrates regelt, regelt Art. 51a BVG die unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des obersten Organes einer Vorsorgeeinrichtung. Geht ein Organmit-

glied einen Bindungsvertrag ein und unterwirft sich den Weisungen eines Dritten, kann dies als Eingriff in diese Kompetenzordnung und damit auch in die Verantwortlichkeitsregelung betrachtet werden. Faktisch wird eine Aufgabe des Organs und damit auch die Verantwortung an einen Dritten delegiert. In Bezug auf Verwaltungsratsbindungsverträge wird in der Lehre vorgebracht, dass der Abschluss eines solchen Vertrages an der Verantwortlichkeit und der Haftung des Verwaltungsrates nichts ändere, sondern die Haftung gar noch ausdehne.

[Rz 34] Art. 52 BVG definiert den Kreis der haftpflichtigen Personen. Darunter fallen insbesondere die Organe der Vorsorgeeinrichtung, wie bspw. der Stiftungsrat. Die Organeigenschaft kann im Rahmen der Verantwortlichkeitsvorschrift von Art. 52 des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG) auch eine bloss faktische sein.⁹ Insofern kann auch im Bereich der beruflichen Vorsorge argumentiert werden, der Abschluss von Bindungsverträgen sei möglich, da ein solcher Vertrag an der Haftung des betreffenden Organmitglieds nichts ändere, sondern darüber hinaus noch eine weitere Haftung gegenüber der Vorsorgeeinrichtung begründe, nämlich die Haftung des Weisungsgebers als faktisches Organ. Es ist nachfolgend zu prüfen, ob eine derartige Ausdehnung der Haftung im Bereich der beruflichen Vorsorge gewollt ist.

b. Trennung von Vermögen und Haftungssubstrat

[Rz 35] In diesem Zusammenhang ist u.a. an folgende Bestimmungen im Bereich der beruflichen Vorsorge zu erinnern:

- Registrierte Vorsorgeeinrichtungen müssen die Rechtsform einer Stiftung haben oder eine Einrichtung des öffentlichen Rechts mit eigener Rechtspersönlichkeit sein (Art. 48 Abs. 2 BVG).
- Macht der Arbeitgeber Zuwendungen für die Personalvorsorge oder leisten die Arbeitnehmer Beiträge daran, so hat der Arbeitgeber diese Zuwendungen und Beiträge auf eine Stiftung, eine Genossenschaft oder eine Einrichtung des öffentlichen Rechtes zu übertragen (vgl. Art. 331 OR).
- Ungesicherte Anlagen und Beteiligungen beim Arbeitgeber dürfen zusammen 5 Prozent des Vermögens nicht übersteigen (Art. 57 Abs. 2 der Verordnung über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge [BVV 2]).

[Rz 36] Diese Vorschriften bezwecken letztlich, dass das zu verwaltende Vermögen der Vorsorgeeinrichtung weitgehend unabhängig vom Vermögen des Arbeitgebers angehäuft und verwaltet wird. Beiträge, die der Arbeitgeber leistet, sind an einen anderen Rechtsträger zu leisten, was zu einem Vermögensübergang führt. Es kommt zur Trennung des Vermögens des Arbeitgebers und des Vermögens des Vorsorgeträgers.

[Rz 37] Weiter wird mit diesen Vorschriften auch in haftungsrechtlicher Hinsicht eine Trennung zwischen dem Arbeitgeber und der Vorsorgeeinrichtung bezweckt. Art. 48 Abs. 2 BVG hält in Bezug auf Einrichtungen des öffentlichen Rechts fest, dass die berufliche Vorsorge nur durch Einrichtungen betrieben werden darf, denen eine eigene Rechtspersönlichkeit zukommt. Auch hier zeigt sich der gesetzgeberische Wille zur haftungsrechtlichen Trennung zwischen einer öffentlichen Einrichtung wie bspw. einer Gemeinde, einem Kanton oder der Eidgenossenschaft einerseits, und der Einrichtung der beruflichen Vorsorge andererseits. Letztlich soll damit sicherge-

⁹ Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichtes B 99/05 vom 12. Juni 2006.

stellt werden, dass eine Verschlechterung der finanziellen Situation des Arbeitgebers nicht zu Auswirkungen auf das Vermögen des Vorsorgeträgers führt und umgekehrt. Ebenso dient die Begrenzung der Höhe ungesicherter Anlagen beim Arbeitgeber diesem Zweck.

[Rz 38] Der Gesetzgeber beabsichtigte klar, die Vermögen des Arbeitgebers und des Vorsorgeträgers zu trennen. Bindungsverträge können zu einer Haftung des Arbeitgebers als Weisungsgeber und faktisches Organ gegenüber der Vorsorgeeinrichtung führen. Diese Haftungsausdehnung würde der gesetzgeberisch beabsichtigten Trennung von Vermögen und Haftung zwischen dem Arbeitgeber und der Vorsorgeeinrichtung zuwiderlaufen.

[Rz 39] Die erwähnten Bestimmungen des BVG und des OR bezwecken primär eine Trennung des Haftungssubstrats der Vorsorgeeinrichtung und des Haftungssubstrats des Arbeitgebers. Weiter soll der Einfluss des Arbeitgebers auf die Geschicke der Vorsorgeeinrichtung eingeschränkt werden.

[Rz 40] Ein gesetzgeberischer Willen einer Trennung zwischen Vorsorgeeinrichtung und Versicherten, sowohl hinsichtlich des Haftungssubstrats wie auch hinsichtlich der Einflussmöglichkeiten, ist den Bestimmungen der genannten Bundesgesetze nicht unmittelbar zu entnehmen. Folge der Zulassung von Bindungsverträgen im Bereich der beruflichen Vorsorge wäre eine Ausdehnung der Haftung für Fehlentscheidungen des obersten Organs einer Vorsorgeeinrichtung auf die Versicherten. Eine Ausdehnung der Haftung gegenüber der Vorsorgeeinrichtung auf die Versicherten als Weisungsgeber und faktisches Organ dürfte kaum in deren Interesse liegen. Insofern kann davon gesprochen werden, dass Art. 51b Abs. 2 BVG einer Ausdehnung der Haftung auf die Versicherten entgegensteht und folglich der Abschluss solcher Verträge, die zu einer faktischen Organschaft der Versicherten führen, vor dem Hintergrund von Art. 51b Abs. 2 BVG nicht erwünscht ist. Auf der anderen Seite verhält es sich jedoch so, dass Art. 51b Abs. 2 BVG – wie bereits vorstehend erwähnt – die Pflicht zur Wahrung der Interessen der Versicherten normiert und die Auffassung vertreten werden kann, dass die Bestimmung es geradezu erheischt, dass die Vertreter der Versicherten sich einer Stimmenbindung unterwerfen und sich verpflichten, ihre Stimmen nach den Instruktionen der Versicherungen abzugeben. Dann aber muss – konsequenterweise – auch darauf abgestellt werden, dass dann auch der Weisungsgeber in die Verantwortung zu nehmen ist und er folglich auch haften muss, wenn seine Weisungen zu einer Schädigung führen.

[Rz 41] Zusammengefasst scheint es unter haftungsrechtlichen Überlegungen somit nicht unzulässig, Bindungsverträge abzuschliessen, welche zu einer Haftung des Weisungsgebers als faktisches Organ führen können.

3.2.2.5. Eingriff in die Kompetenzordnung

a. Aufsichtsrecht

[Rz 42] Wie bereits vorstehend erwähnt sieht Art. 51a BVG vor, dass dem obersten Organ einer Vorsorgeeinrichtung gewisse Aufgaben, darunter insbesondere die Festlegung des Finanzierungssystems, die Festlegung von Leistungszielen und Vorsorgeplänen, der Erlass und die Änderung von Reglementen und die Festlegung der Organisation unentziehbar zukommen. Diese Aufgaben können nicht delegiert werden.

[Rz 43] Im Aktienrecht wird im Zusammenhang mit unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrates die Auffassung vertreten, dass die Schaffung eines faktischen Organs unrechtmässig und die Delegation von Entscheiden mit dem Konzept der Unentziehbarkeit und

der Unübertragbarkeit nicht kompatibel sei. Dies muss nach der hier vertretenen Auffassung in Bezug auf Vorsorgeeinrichtungen umso eher gelten:

[Rz 44] Berufliche Vorsorgeeinrichtungen unterliegen im Gegensatz zu Aktiengesellschaften (mit Ausnahme solcher, die in einem staatlich beaufsichtigten Bereich tätig sind) einer staatlichen Aufsicht. Delegiert das oberste Organ der Vorsorgestiftung die ihm obliegenden Aufgaben an Dritte, die keiner Aufsicht unterliegen, wird die staatliche Beaufsichtigung unterlaufen. Nach Art. 51b Abs. 1 BVG müssen mit der Verwaltung oder Geschäftsführung betraute Personen Gewähr für eine einwandfreie Geschäftsführung bieten. Wenn sich auch diese Bestimmung wohl nur an Führungspersonen und Vermögensverwalter¹⁰ richtet, muss doch hieraus und aus der Pflicht, die Erstausbildung und Weiterbildung der Arbeitnehmer- und Arbeitgebervertretung sicherzustellen (vgl. Art. 51a Abs. 2 lit. i BVG), gefolgert werden, dass der Gesetzgeber davon ausging, dass die Tätigkeit im obersten Organ persönlich von bestimmten (gewählten) Personen wahrzunehmen ist und nicht delegiert werden kann. Würde eine Delegation bspw. an Personen, die über keine entsprechende Ausbildung verfügen erlaubt, würden die Vorgaben in Art. 51a BVG ohne Weiteres unterlaufen werden.

[Rz 45] Auch die zur Verfügung stehenden Aufsichtsmittel gemäss Art. 62a Abs. 2 BVG sind darauf ausgerichtet, dass die dem obersten Organ obliegenden Aufgaben von diesem persönlich wahrgenommen werden. Nach Art. 62a Abs. 2 lit. a BVG ist das oberste Organ auskunftspflichtig. Die Aufsichtsbehörde kann das oberste Organ oder einzelne Mitglieder ermahnen, verwarnen oder abberufen. Dritte, die Weisungen erteilt haben, unterliegen nicht diesen Aufsichtsmassnahmen. Es würde daher gegen das System der Beaufsichtigung verstossen, wenn Dritte die Geschicke einer Vorsorgeeinrichtung faktisch beeinflussen. Vor diesem Hintergrund ist darauf zu schliessen, dass Bindungsverträge nicht nur die gesetzlich vorgesehene Kompetenzordnung gemäss Art. 51a BVG unterlaufen, sondern auch die staatlich vorgesehene Beaufsichtigung. Der Abschluss von Bindungsverträgen mit Mitgliedern des obersten Organs ist demzufolge nicht statthaft; wegen Verstosses gegen zwingende Bestimmungen des BVG weisen sie einen widerrechtlichen Inhalt auf. Immer vorausgesetzt natürlich, dass die dem Organmitglied im konkreten Fall auferlegten Pflichten tatsächlich so weit gehen, dass das Organ lediglich noch als «verlängerter Arm» des Weisungsgebers handelt und der Weisungsgeber (faktisches) Organ ist.

b. Stiftungsrecht

[Rz 46] Nach Art. 48 Abs. 2 BVG müssen registrierte Vorsorgeeinrichtungen die Rechtsform einer Stiftung haben. Nach Art. 83 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB) sind die Organe und die Art der Verwaltung durch die Stiftungsurkunde festzulegen. Das Mandat des Stiftungsrates ist ad personam zu verstehen und lässt – jedenfalls ohne gegenteilige Anordnung in der Stiftungsurkunde – eine Vertretung, eine Delegation oder eine Substitution nicht zu.¹¹ Art. 83d ZGB sieht vor, dass die Aufsichtsbehörde die erforderlichen Massnahmen ergreifen muss, wenn eines der Organe der Stiftung nicht rechtmässig zusammengesetzt ist.

[Rz 47] Auch vor dem Hintergrund dieser Bestimmungen erweisen sich Bindungsverträge als problematisch. Sind diese dahingehend ausgestaltet, dass das Organisationsmitglied umfassend

¹⁰ Vgl. Fn. 7, 5696.

¹¹ HAROLD GRÜNINGER, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 5. Auflage, Basel 2014, N 5a zu Art. 83 ZGB.

an die Weisungen des Weisungsgebers gebunden ist, sodass faktisch der Weisungsgeber als Mitglied des Organs agiert und als faktisches Organ zu qualifizieren ist, so führt dies dazu, dass ein Organ der Stiftung – nämlich der Stiftungsrat – nicht rechtmässig zusammengesetzt ist. Mitglied des obersten Organs ist dann nämlich in faktischer Hinsicht nicht (nur) diejenige Person, die im Stiftungsrat Einsitz nimmt, sondern (auch) der Weisungsgeber. Die Schaffung eines faktischen Organes dürfte (zumindest im Regelfall) in der Stiftungsurkunde gerade nicht vorgesehen sein. Ist das oberste Organ sowohl mit formellen wie auch mit faktischen Organmitgliedern besetzt, kommt dies einer nicht rechtmässigen Zusammensetzung gleich, was ein Eingreifen der Aufsichtsbehörde erforderlich macht.

[Rz 48] Hinzu kommt, dass eine Änderung der Organisation einer Stiftung nur auf Antrag der Aufsichtsbehörde durch die zuständige Bundes- oder Kantonsbehörde möglich ist (vgl. Art. 85 ZGB). Werden mittels Abschlusses von Bindungsverträgen faktische Organe geschaffen, käme dies letztlich einer Änderung der Organisation gleich, was Art. 85 ZGB zuwiderläuft.

[Rz 49] Auch vor diesem Hintergrund erweist sich der Abschluss von Bindungsverträgen als problematisch, zumindest insoweit, als dass solche Verträge dem Weisungsgeber die Stellung eines eigentlichen faktischen Organes einräumen.

4. Konsequenzen

[Rz 50] Aus dem Gesagten folgt, dass Verträge, die eine strikte Bindung eines Mitglieds des obersten Organs einer Vorsorgeeinrichtung an Instruktionen des Weisungsgebers vorsehen, im Bereich der beruflichen Vorsorge kein taugliches Instrument sein können, um die Vertreter der Arbeitnehmenden und Versicherungsnehmer zu verpflichten, die Interessen der Arbeitnehmenden zu wahren und bei Abstimmungen im obersten Organ in einem bestimmten Sinne zu stimmen.

[Rz 51] Dieses Resultat vermag nicht vollständig zu befriedigen, soll doch das Paritätsprinzip dazu dienen, dass die Interessen der Arbeitnehmenden angemessen vertreten werden. Soll aber eine angemessene Vertretung erfolgen, so wäre zumindest auch sicherzustellen, dass die Vertreter an gewisse Vorgaben derjenigen, die die Vertretung delegieren, gebunden sind und Instruktionen nicht einfach unbeachtet lassen können. Dies muss umso mehr gelten, als dass Art. 51 BVG ein Recht normiert, Vertreter zu entsenden, aber kein Recht umfasst, die gewählten Vertreter abzuberufen; dies im Unterschied bspw. zum Aktienrecht. Bei der Aktiengesellschaft kann jederzeit eine Generalversammlung durchgeführt werden, welche den Beschluss fassen kann, ein oder mehrere Verwaltungsratsmitglieder abzuwählen und neue Mitglieder zu wählen. Selbst Minderheitsaktionäre, die mindestens 10 Prozent des Aktienkapitals vertreten, können die Einberufung einer Generalversammlung verlangen und auf die Zusammensetzung des Verwaltungsrates – auch ausserhalb einer Amtsperiode – einwirken. Ein solches Abberufungsrecht ist im BVG nicht vorgesehen.

[Rz 52] Aufgrund der derzeitigen Regelung scheint die einzige Möglichkeit der Arbeitnehmer(-verbände) in Bezug auf die von ihnen gestellten Vertreter diejenige zu sein, bei der Aufsichtsbehörde vorstellig zu werden, um eine Absetzung des von ihnen gewählten Organs bzw. der von ihnen gewählten Organmitglieder zu erwirken.

[Rz 53] Um hier einen effektiveren Schutz der Versicherten zu schaffen – und letztlich auch vor dem Hintergrund von Art. 51b Abs. 2 BVG – wären Bindungsverträge insoweit zuzulassen, als

die Vertreter zumindest einer Pflicht unterliegen müssen, auf erstes Verlangen der Arbeitnehmer hin aus dem obersten Organ zurückzutreten; soweit sie überhaupt zuzulassen sind.

[Rz 54] Hinzu kommt, dass das oberste Organ gemäss Art. 51b Abs. 2 BVG die Interessen der Versicherten zu wahren hat. Die Interessen der Versicherten werden durch diese selbst definiert. Es überzeugt daher wenig, wenn Art. 51b Abs. 2 BVG die Organe verpflichtet, die Interessen der Versicherten wahrzunehmen, es den Versicherten aber nicht möglich ist, Einfluss zu nehmen und Bindungsverträge (zumindest mit den von ihnen gewählten Organen) abzuschliessen, die ihre Vertreter verpflichten sollen, bei Abstimmungen oberster Organe der Vorsorgeeinrichtung in einem bestimmten Sinne zu stimmen. Hingegen ist hier an obige Diskussion zu erinnern, dass die Interessen der Versicherten nach Art. 51b Abs. 2 OR nur von sämtlichen Versicherten definiert werden können. Bindungsverträge, die mit (nur) einer Gruppe von Versicherten abgeschlossen werden sollen, bergen das ständige Risiko eines Interessenskonflikts in sich. Vom Abschluss von Bindungsverträgen mit Personalverbänden und Gewerkschaften, die nicht sämtliche Versicherten der Vorsorgeeinrichtung vertreten, ist zum vornherein Abstand zu nehmen.

[Rz 55] Wie vorstehend aufgezeigt erweist sich der Abschluss von Bindungsverträgen namentlich dann als problematisch, wenn der Vertreter durch die eingegangenen Verpflichtungen derart eingebunden wird, dass ihm keinerlei Ermessen mehr zusteht und er sich den Weisungen der Weisungsgeber vollständig unterwirft. Immerhin dürfte es aber zulässig sein, mit dem Vertreter einen Vertrag abzuschliessen, in dem (lediglich) *gewisse Grundsätze* seiner Tätigkeit im Organ und bei der Ausübung seines Stimmrechts festgelegt werden, die vom Vertreter *nach Möglichkeit* zu wahren sind. Wird dies mit der Pflicht des Vertreters auf erstes Verlangen des Weisungsgebers aus dem Organ zurückzutreten kombiniert, so dürfte eine ähnliche Wirkung erzielbar sein, wie mit einem weitergehenden (jedoch rechtlich problematischen) Bindungsvertrag.

ROLF KUHN ist als Rechtsanwalt und Partner bei der Kanzlei Lutz und Partner Rechtsanwälte AG in Zürich tätig.

MYRIAM JÄGER, lic. iur. HSG, ist als Rechtsanwältin und Partnerin bei der Kanzlei Jäger Legal Anwaltskanzlei in Uster tätig.