



Dokument	AJP 2017 S. 327
Autor	Ueli Kieser, Kaspar Saner
Titel	Vermögensanlage von Vorsorgeeinrichtungen
Seiten	327-333
Publikation	Aktuelle Juristische Praxis
Herausgeber	Arnold F. Rusch
Frühere Herausgeber	Ivo Schwander
ISSN	1660-3362
Verlag	Dike Verlag AG

AJP 2017 S. 327

Vermögensanlage von Vorsorgeeinrichtungen

Zur Zulässigkeit kommunaler und kantonaler Restriktionen bei der Vermögensanlagen



Ueli Kieser*



Kaspar Saner**

Die Vermögensanlage von Vorsorgeeinrichtungen ist zentral. Sie wird durch Bestimmungen des Bundesrechts gesteuert. Daneben haben die Anlagereglemente der Vorsorgeeinrichtungen grosse Bedeutung. Der Beitrag thematisiert die Frage, ob Gemeinden oder Kantone den Vorsorgeeinrichtungen vorschreiben dürfen, dass das

* Ueli Kieser, Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich.

** Kaspar Saner, Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich.



Vermögen nicht in Unternehmen angelegt wird, welche Kriegsmaterial herstellen. Lässt das Bundesrecht solche Regelungen zu? Gehört die Vermögensanlage zu den unentziehbaren Aufgaben des obersten Organs der Vorsorgeeinrichtung?

La question du placement de fortune des institutions de prévoyance occupe une place centrale. Elle est régie par des dispositions de droit fédéral. A côté de cela, les règlements de placement des institutions de prévoyance revêtent une grande importance. La contribution aborde la question de savoir si les communes ou les cantons peuvent interdire aux institutions de prévoyance d'effectuer des placements auprès d'entreprises fabriquant du matériel de guerre. Le droit fédéral autorise-t-il de telles réglementations? Le placement de fortune relève-t-il des attributions inaliénables de l'organe suprême de l'institution de prévoyance?

I. Gegenstand des Beitrags

Die Vermögensanlage von Vorsorgeeinrichtungen wird häufig thematisiert und hat eine eminente praktische Bedeutung. Die bei der Vermögensanlage zu beachtenden Vorschriften ergeben sich aus dem Bundesrecht, den Anlagereglementen der Vorsorgeeinrichtungen und – allenfalls – aus kantonalen und kommunalen Regelungen. Der Beitrag thematisiert die Frage, ob Bestimmungen von öffentlich-rechtlichen Körperschaften (Gemeinden, Städte etc.) zulässig sind, welche (beispielsweise) vorsehen, dass ihre Vorsorgeeinrichtungen das Vermögen nicht in Unternehmen anlegen, die Kriegsmaterial herstellen.

II. Mögliche kantonale bzw. kommunale Regelungen mit Blick auf die bundesrechtliche Zielsetzung bei der Vermögensanlage

A. Ausgangslage

1. Gesetzgebungskompetenz des Bundes

Nach Art. 111 und Art. 113 BV obliegt die gesetzliche Regelung der Berufsvorsorge dem Bund. Der Gesetzgebungskompetenz folgend hat der Bund die diesbezügliche Hauptkodifikation, das BVG, erlassen.

Betreffend den vorliegend interessierenden Bereich der Vermögensanlage enthält Art. 71 BVG (mit Gültigkeit auch in der weitergehenden Vorsorge; Art. 49 Abs. 2 Ziff. 21 BVG) nur die Grundvorgabe, dass die Vermögensverwaltung in jener Art zu geschehen hat, dass Sicherheit und genügender Ertrag sowie Liquidität gewährleistet sind. Dabei regeln die zugehörigen Verordnungsnormen in Art. 49 ff. BVV 2 die Einzelheiten. Die Führungsverantwortung für die Vermögensanlage wird dem obersten Organ der Vorsorgeeinrichtung zugeordnet (Art. 51a Abs. 2 lit. m BVG; Art. 49a Abs. 1 BVV 2). We-

AJP 2017 S. 327, 328

der das Gesetz noch die Verordnung enthalten konkrete Handlungsanweisungen, wie die Vorsorgeeinrichtung das Vermögen anzulegen hat.¹

¹ Vgl. Isabelle Vetter-Schreiber, BVG/FZG-Kommentar, 3. A., Zürich 2013, Art. 71 BVG N 2.



2. Derogatorische Kraft der Bundesrechts und Normenkonkurrenz

Hat der Bund aufgrund der verfassungsmässigen Kompetenzzuteilung in einem Bereich legiferiert, so sind in Nachachtung des Grundsatzes der derogatorischen Kraft des Bundesrechts (Art. 49 BV) widersprechende kantonale oder kommunale Rechtsnormen ungültig. Weil das BVG nicht alle Belange der beruflichen Vorsorge in abschliessender Weise regelt, ist jeweils zu prüfen, ob dieses Gesetz für kantonale oder kommunale Berufsvorsorgenormen Raum lässt. So belässt das BVG den Kantonen und Gemeinden beispielsweise Freiheiten bei der Gestaltung der Rechtspersönlichkeit der Vorsorgeeinrichtung ihres Personals (Art. 48 Abs. 2 BVG), wohingegen die in Art. 11 BVG festgelegte Wahlfreiheit des Arbeitgebers unter Zustimmung des Personals im Hinblick auf den Anschluss an eine Vorsorgeeinrichtung nicht durch kantonale Rechtsnormen beschnitten werden darf.²

Selbst bei einer grundsätzlich abschliessenden bundesrechtlichen Regelung sind kantonale oder kommunale Vorschriften zulässig, soweit damit ein anderer als vom Bundesrecht verfolgter Zweck im Fokus liegt; es geht hier um Normen, welche einen Sachverhalt nach unterschiedlichen Gesichtspunkten regeln, das heisst, Rechtsfolgen an unterschiedliche Tatbestandsmerkmale anknüpfen oder unterschiedliche Ziele verfolgen. Man spricht in dieser Situation von positiver oder kumulativer Normenkonkurrenz bzw. Normenkumulation.³ Solche Vorschriften auf kantonaler bzw. kommunaler Ebene haben indessen stets den Sinn und Geist des Bundesrechts zu respektieren und dürfen das bundesrechtlich angestrebte Ziel nicht beeinträchtigen.⁴

3. Abschliessende bundesrechtliche Regelung bei den Vermögensanlagen?

Zunächst ist abzuklären, ob den BVG-Vorschriften zur Vermögensverwaltung abschliessender Charakter zukommt und es deshalb den Kantonen und Gemeinden untersagt ist, eigene Vorschriften mit gleicher Zweckausrichtung zu erlassen. In einem jüngeren Bundesgerichtsentscheid (BGE 142 II 369) wurde Folgendes festgehalten:⁵

5.4.1. Nach Art. 51a Abs. 1 BVG nimmt das oberste Organ der Vorsorgeeinrichtung die Gesamtleitung wahr. Es legt namentlich die Ziele und Grundsätze der Vermögensverwaltung und die Überwachung des Anlageprozesses fest und überwacht periodisch die mittel- und langfristige Übereinstimmung zwischen der Anlage des Vermögens und den Verpflichtungen (Art. 51a Abs. 2 lit. m und n BVG). Die mit der Geschäftsführung oder Verwaltung betrauten Personen müssen in ihrer Tätigkeit die Interessen der Versicherten wahren (Art. 51b BVG). Die von der Vorsorgeeinrichtung abgeschlossenen Rechtsgeschäfte müssen marktüblichen Bedingungen entsprechen (Art. 51c Abs. 1 BVG). Die Vorsorgeeinrichtungen verwalten ihr Vermögen so, dass Sicherheit und genügender Ertrag der Anlagen, eine angemessene Verteilung der Risiken sowie die Deckung des voraussehbaren Bedarfs an flüssigen Mitteln gewährleistet sind (Art. 71 Abs. 1 BVG). Die Art. 49 ff. der Verordnung vom 18. April 1984 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVV 2, SR 831.441.1) enthalten eingehende Vorschriften über die zulässigen Vermögensanlagen. So muss die Vorsorgeeinrichtung ihre Vermögensanlagen sorgfältig auswählen, bewirtschaften und überwachen (Art. 50 Abs. 1 BVV 2). Die spezialgesetzlich vorgeschriebene Revisionsstelle prüft namentlich, ob die Vermögensanlage den gesetzlichen und reglementarischen Bestimmungen entsprechen (Art. 52c Abs. 1 lit. b BVG). Die Aufsichtsbehörde sodann wacht darüber, dass die gesetzlichen Vorschriften eingehalten werden und das Vorsorgevermögen zweckmässig verwendet wird (Art. 62 Abs. 1 BVG).

² Vgl. BGE 135 I 28 E. 5.5.

³ BGE 141 II 66 E. 2.4.1 m.H.

⁴ BGE 142 I 16 E. 6 m.H.

⁵ BGE 142 II 369.

5.4.2. Der Beschwerdeführerin ist insoweit zuzustimmen, dass diese Vorschriften abschliessend bundesrechtlich regeln, wie das Vermögen einer Vorsorgeeinrichtung anzulegen ist. Zutreffend ist auch, dass die Vorschriften über die Vermögensanlage und -verwaltung für öffentlich-rechtliche und private Vorsorgeeinrichtungen gleichermaßen gelten (BGE 140 V 420 E. 4.2.1 S. 426 f.).

B. Zweck der bundesrechtlichen Anlagevorschriften

Wie bereits erwähnt, enthalten die bundesrechtlichen Vorschriften zur Vermögensanlage lediglich Rahmenvorgaben, bei welchen der Anlagensicherheit grosse Bedeutung zukommt. Art. 71 Abs. 1 BVG konkretisiert insoweit die Grundnorm von Art. 65 Abs. 1 BVG.⁶ Nach dieser Grundnorm zur Finanzierung muss eine Vorsorgeeinrichtung jederzeit Sicherheit dafür bieten, dass die übernommenen Vorsorgeverpflichtungen gewährleistet sind.

Mittels Verordnung hat der Bundesrat den der Sicherheit dienenden Grundsatz der Risikodiversifikation als weitere Leitlinie normiert, d.h. die Verteilung der Mittel auf verschiedene Anlagekategorien, Regionen und Wirt-

AJP 2017 S. 327, 329

schaftszweige (Art. 50 Abs. 3 BVV 2). Im Sinne dessen existieren Vorgaben mit Maximalquoten für Forderungen gegenüber einem einzelnen Schuldner (Art. 54 BVV 2) bzw. die Investition in eine einzelne Immobilie (Art. 54b BVV 2). Zudem bestehen für Anlagekategorien mit erhöhtem Risikoprofil (und gleichzeitig höheren Ertragschancen) prozentuale Begrenzungen (Art. 55 BVV 2).

Aus diesen Ausführungen geht mit Deutlichkeit hervor, dass die Normen des Bundesrechts darauf abzielen, unter Berücksichtigung des Risiko-Ertrag-Profiles der einzelnen Anlagekategorien optimale Vermögenssicherheit zu garantieren.⁷

C. Zielrichtung der allfälligen kantonal- bzw. kommunalrechtlichen Vermögensanlagebeschränkung im Bereich des Rüstungssektors

Zu klären ist, ob auf kantonaler bzw. kommunaler Ebene den Vorsorgeeinrichtungen vorgeschrieben werden könnte, bestimmte Unternehmen, definiert mit Bezug auf deren Geschäftstätigkeit, aus dem Anlagenuniversum auszuschliessen. Nachdem das Bundesrecht die Thematik der Vermögensanlage der Vorsorgeeinrichtungen grundsätzlich abschliessend regelt, ist zu klären, ob eine Erlassbefugnis auf Stufe Kanton oder Gemeinde mit Blick auf den Regelungszweck gerechtfertigt werden kann.

Der Ausschluss von Gesellschaften, die im Rüstungssektor tätig sind, beschlägt weniger eine anlagentechnische, sondern mehr eine moralische, ethische Frage.⁸ Mit einer entsprechenden Entscheidung werden – da der Rüstungssektor bei den Finanzprodukten nur einen sehr geringen Anteil ausmacht – die Anlagemöglichkeiten nicht in einer solchen Weise beschränkt, dass die bundesrechtlichen (Rahmen-)Vorgaben nicht mehr zu erfüllen wären. Auch scheint kein überzeugender Nachweis zu bestehen, dass eine Anlageauswahl nach ethischen Kriterien systematisch renditeschmälernd wirken würde.⁹

⁶ BGE 140 V 420 E. 4.2.1.

⁷ Vgl. auch BGE 142 II 369 E. 5.4.3.

⁸ Vgl. Yvar Mentha, in: Jacques-André Schneider/Thomas Geiser/Thomas Gächter (Hrsg.), BVG und FZG, Bern 2010, Art. 71 BVG N 119.

⁹ Vgl. Mentha (FN 8), Art. 71 BVG N 118.



D. Zwischenfazit: Normenkumulation von Bundesrecht und kantonalem bzw. kommunalem Recht

Vorgehend ist gezeigt worden, dass bei den bundesrechtlichen BVG-Vorschriften für die Vermögensanlage die Anlagesicherheit, nebst Aspekten der angemessenen Rendite und Liquiditätsgewährleistung, im Zentrum steht. Demgegenüber soll mit der hier zu würdigenden Regelung (Ausschluss des Rüstungssektors) ein ethisch-moralisches Anliegen umgesetzt werden. Da sich die unterschiedlichen Regelungszielrichtungen miteinander vereinbaren lassen, haben die angestrebten Vorschriften auf kommunaler oder kantonaler Ebene auch keine Beeinträchtigung des Zwecks des Bundesrechts zur Folge. Es besteht somit eine rechtlich zulässige positive oder kumulative Normenkonkurrenz bzw. Normenkumulation. Dieses Ergebnis gilt für alle Vorsorgeeinrichtungen, d.h. sowohl für private wie auch für öffentlich-rechtliche Einrichtungen.

III. Organisation der Vorsorgeeinrichtung

A. Gesetzliche Bestimmungen

Art. 48 BVG legt – mit dem Randtitel «Grundsätze» (bezogen auf die Vorsorgeeinrichtungen) – u.a. Folgendes fest:

Art. 48 Abs. 2 BVG

Registrierte Vorsorgeeinrichtungen müssen die Rechtsform einer Stiftung haben oder eine Einrichtung des öffentlichen Rechts mit eigener Rechtspersönlichkeit sein. Sie müssen Leistungen nach den Vorschriften über die obligatorische Versicherung erbringen und nach diesem Gesetz organisiert, finanziert und verwaltet werden.

Art. 49 BVG umschreibt den «Selbständigkeitsbereich» (so der Randtitel der Bestimmung) und führt u.a. Folgendes aus:

Art. 49 Abs. 1 BVG

Die Vorsorgeeinrichtungen sind im Rahmen dieses Gesetzes in der Gestaltung ihrer Leistungen, in deren Finanzierung und in ihrer Organisation frei [...].

Art. 50 BVG bezieht sich auf die «Reglementarische Bestimmungen» (so der Randtitel) und hält in der Folge die massgebenden Grundsätze fest:

Art. 50 BVG

¹ Die Vorsorgeeinrichtungen erlassen Bestimmungen über

- a. die Leistungen;
- b. die Organisation;
- c. die Verwaltung und Finanzierung;
- d. die Kontrolle;
- e. das Verhältnis zu den Arbeitgebern, zu den Versicherten und zu den Anspruchsberechtigten.

² Diese Bestimmungen können in der Gründungsurkunde, in den Statuten oder im Reglement enthalten sein. Bei Einrichtungen des öffentlichen Rechts können entweder die Bestimmungen über die Leistungen oder jene über die Finanzierung von der betreffenden öffentlich-rechtlichen Körperschaft erlassen werden.

AJP 2017 S. 327, 330

Art. 51a BVG umschreibt nach seinem Randtitel die «Aufgaben des obersten Organs der Vorsorgeeinrichtung» und hat folgenden Inhalt:

Art. 51a BVG



¹ Das oberste Organ der Vorsorgeeinrichtung nimmt die Gesamtleitung der Vorsorgeeinrichtung wahr, sorgt für die Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben, bestimmt die strategischen Ziele und Grundsätze der Vorsorgeeinrichtung sowie die Mittel zu deren Erfüllung. Es legt die Organisation der Vorsorgeeinrichtung fest, sorgt für ihre finanzielle Stabilität und überwacht die Geschäftsführung.

² Es nimmt die folgenden, unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben wahr:

- a. Festlegung des Finanzierungssystems;
- b. Festlegung von Leistungszielen und Vorsorgeplänen sowie der Grundsätze für die Verwendung der freien Mittel;
- c. Erlass und Änderung von Reglementen;

[...]

m. Festlegung der Ziele und der Grundsätze der Vermögensverwaltung sowie der Durchführung und Überwachung des Anlageprozesses;

n. periodische Überprüfung der mittel- und langfristigen Übereinstimmung zwischen der Anlage des Vermögens und den Verpflichtungen;

[...]

p. bei Vorsorgeeinrichtungen öffentlich-rechtlicher Körperschaften Festlegung des Verhältnisses zu den angeschlossenen Arbeitgebenden und der Voraussetzungen für die Unterstellung weiterer Arbeitgeber.

[...]

⁶ Vorbehalten bleibt Artikel 50 Absatz 2 zweiter Satz.

B. Auslegung der gesetzlichen Bestimmungen

1. Zusammengefasster Inhalt der gesetzlichen Bestimmung

Auszugehen ist davon, dass die im vorliegenden Zusammenhang massgebenden Vorsorgeeinrichtungen in der Regel Vorsorgeeinrichtungen einer öffentlich-rechtlichen Arbeitgeberin sind. Nach Art. 49 BVG ist die Vorsorgeeinrichtung in der Gestaltung ihrer Leistungen, in deren Finanzierung und in ihrer Organisation frei. Um die vorgenannten Fragen zu regeln, erlässt die Vorsorgeeinrichtung die notwendigen Bestimmungen (dazu Art. 50 Abs. 1 BVG). Bei Einrichtungen des öffentlichen Rechts kann die betreffende öffentlich-rechtliche Körperschaft – hier die Gemeinde oder die Stadt bzw. der Kanton – Bestimmungen über die Leistungen oder Bestimmungen über die Finanzierung erlassen.

Einschränkend legt Art. 51a Abs. 2 BVG fest, dass das oberste Organ der Vorsorgeeinrichtung verschiedene unübertragbare und unentziehbare Aufgabe wahrnimmt. Immerhin behält Art. 51a Abs. 6 BVG bezogen auf die Aufgaben des obersten Organes der Vorsorgeeinrichtung den Erlass von Bestimmungen durch die öffentlich-rechtliche Körperschaft vor, mit welcher die Vorsorgeeinrichtung verbunden ist.

Es ist offensichtlich, dass das Verständnis dieser gesetzlichen Regelung eine Auslegung erfordert. Darauf ist in der Folge einzugehen.

2. Botschaft des Bundesrats

Im vorliegenden Zusammenhang ist insbesondere auf die bundesrätlichen Ausführungen in der Gesetzesbotschaft einzugehen. Dabei wird vorerst aufzuzeigen sein, welche Bestimmungen der Bundesrat dem Parlament vorschlug, bevor in der Folge die Erläuterung dieser Bestimmungen in der Botschaft wiederzugeben ist.



Der Bundesrat schlug dem Parlament bezogen auf die Gesetzesvorlage zur Finanzierung von Vorsorgeeinrichtungen öffentlich-rechtlicher Körperschaften folgende Bestimmungen vor:¹⁰

Art. 50 Abs. 2 E-BVG

Diese Bestimmungen können in der Gründungsurkunde, in den Statuten oder im Reglement enthalten sein. Bei Einrichtungen des öffentlichen Rechts können entweder die Bestimmungen über die Leistungen oder jene über die Finanzierung durch Vorschriften der betreffenden öffentlich-rechtlichen Körperschaft geregelt werden.

Art. 51a E-BVG Aufgaben des obersten Organs

¹ Das oberste Organ der Vorsorgeeinrichtung nimmt die Gesamtleitung der Vorsorgeeinrichtung wahr, sorgt für die Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben, bestimmt die strategischen Ziele und Grundsätze sowie die Mittel zu deren Erfüllung. Es legt die Organisation der Vorsorgeeinrichtung fest, sorgt für ihre finanzielle Stabilität und überwacht die Geschäftsführung.

² Es regelt insbesondere:

- a. den Kreis der Versicherten und deren Information;
- b. die Voraussetzungen für den Einkauf in die Leistungen unter Vorbehalt von Artikel 50 Absatz 2 zweiter Satz;
- c. bei Vorsorgeeinrichtungen öffentlich-rechtlicher Körperschaften das Verhältnis zu den angeschlossenen Arbeitgebern und die Voraussetzungen für den Anschluss weiterer Arbeitgeber.

Erläuternd wird in der bundesrätlichen Botschaft bezogen auf die hier interessierende Frage Folgendes festgehalten:¹¹

AJP 2017 S. 327, 331

1.5.9.2 Sicherstellung und Begrenzung der Einflussmöglichkeiten des Gemeinwesens

Organisatorische, rechtliche und finanzielle Unabhängigkeit der Vorsorgeeinrichtung

Die ÖRVE sollen in einem eigenen Rechtsträger verselbständigt werden, sei es in Form einer öffentlich-rechtlichen Anstalt, sei es in Form einer öffentlich-rechtlichen Stiftung. Mit der rechtlichen Verselbständigung wird gewährleistet, dass die ÖRVE im operativen Bereich autonom und handlungsfähig ist und nicht mehr oder weniger starkem politischem Druck ausgesetzt ist.

Kompetenzausscheidung zwischen politischem Organ und Vorsorgeeinrichtung

Der öffentliche Arbeitgeber soll Grundzüge der Vorsorgeeinrichtung regeln können. Als politische Behörde nimmt er diese Regelung in einem Erlass vor. Dieser sollte sich grundsätzlich auf die folgenden Punkte beschränken:

- Rechtsform der Vorsorgeeinrichtung;
- Arbeitgeber, welche der Vorsorgeeinrichtung angehören oder ihr beitreten können;
- Rentenalter;
- Beitrags- oder Leistungsprimat;
- entweder Finanzierung oder Leistungen;
- Umschreibung des versicherten Verdienstes;
- Abweichungen von der Beitragsparität zulasten des Arbeitgebers;

¹⁰ Vgl. BBl 2008 8484.

¹¹ Vgl. Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (Finanzierung von Vorsorgeeinrichtungen öffentlich-rechtlicher Körperschaften) vom 19. September 2008, BBl 2008 8411 (zit. BVG-Botschaft), 8457 ff.



- Grundzüge der Organisation und Verhältnis zur öffentlich-rechtlichen Dienstaufsicht;
- Voraussetzungen für und Vorgehen bei Sanierungsmassnahmen;
- Umfang der Staatsgarantie, soweit eine solche vorgesehen ist.

Der Erlass grenzt gleichzeitig die Kompetenzen des Gemeinwesens von jenen des obersten Organs ab. Es gilt eine Regelung zu finden, welche einerseits der besonderen Rolle des Gemeinwesens als Garantiegeber und andererseits der Handlungsfähigkeit des obersten Organs der Vorsorgeeinrichtung Rechnung trägt. Das Gemeinwesen soll die Sicherheit haben, dass seine Verpflichtungen gegenüber der Vorsorgeeinrichtung begrenzt bleiben. Das oberste Organ soll über den Spielraum verfügen, den es braucht, um das finanzielle Gleichgewicht der Vorsorgeeinrichtung sicherzustellen. Deshalb sollen nur entweder die Leistungen oder die Finanzierung gesetzlich geregelt werden dürfen, damit das oberste Organ im Rahmen des für die volle Kapitalisierung notwendigen Massnahmenplans entweder die Leistungen an die vorhandene Finanzierungsgrundlage anpassen kann oder die Beiträge so erhöhen kann, dass die Leistungen im Rahmen des Massnahmenplans ausreichend finanziert sind. Sonderregelungen (Vorsorge von Magistratspersonen, Frühpensionierungen, Invalidisierungen auf Kosten des Arbeitgebers) einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft, die nur durch den Arbeitgeber finanziert werden, sind auf Gesetzesstufe zu regeln. Die Wahl der Erlassform (Gesetz im formellen Sinn, Erlass der Exekutive, Urkunde für öffentlich-rechtliche Stiftung) ist dem Gemeinwesen überlassen.

Reglemente (kassenspezifische Aspekte)

Die Details der Ausgestaltung der Vorsorge einer ÖrVE sollen Gegenstand des Reglements sein. Dazu gehören insbesondere:

- Verhältnis zum Arbeitgeber;
- Versicherteneigenschaft;
- Koordinationsregelung;
- externe Mitgliedschaft;
- Leistungen;
- Invaliditätsbegriff;
- flexibles Rentenalter;
- Hinterlassenenleistungen (Partnerschaftsrente, Todesfallkapital);
- Massnahmenplan zur Herstellung der vollen Kapitalisierung (Rekapitalisierungsplan);
- Einkaufsregelung;
- Organisation und Geschäftsführung;
- Information;
- Kontrolle.

Mit der Abgrenzung zwischen den Bereichen, die im Erlass und im Reglement geregelt werden, wird auch über die Kompetenzausscheidung zwischen der politischen Behörde und dem obersten Organ der Vorsorgeeinrichtung entschieden. Reglementsbestimmungen sollen nicht mehr einem Genehmigungsvorbehalt der politischen Behörde unterstehen. Sie sollen ihr aber, wie jedes Reglement dem Arbeitgeber, zur Kenntnis gebracht werden.

Ausschliessliche operative Verantwortung des obersten Organs

Die operative Verantwortung soll ausschliesslich beim obersten Organ der Vorsorgeeinrichtung liegen. Insbesondere soll dieses für den Anlageprozess verantwortlich sein und die Revisionsstelle sowie den Experten für berufliche Vorsorge bestimmen. Dadurch wird nicht ausgeschlossen, dass die Vorsorgeeinrichtung mit dem Gemeinwesen für bestimmte Bereiche Leistungsverträge abschliessen kann.

1.5.9.3 Zusammenfassung



Zusammenfassend soll die Unabhängigkeit der ÖrVE mit den folgenden Massnahmen verstärkt werden:

- Die Rechtsstellung der ÖrVE soll möglichst weitgehend an diejenige der privatrechtlichen Vorsorgeeinrichtungen angeglichen werden.
- Die ÖrVE sollen rechtlich, finanziell und organisatorisch verselbstständigt werden.
- Die für die Vorsorge der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des Gemeinwesens sowie für die Vorsorgeeinrichtung massgeblichen Grundsätze sollen in einem Erlass geregelt werden. Die Umsetzung dieser Grundsätze soll hingegen in die Kompetenz des obersten Organs der Vorsorgeeinrichtung gestellt werden, welches das entsprechende Reglement erlässt.
- Die operative Verantwortung für die Vorsorgeeinrichtung soll ausschliesslich dem obersten Organ zukommen.

Rekapitulierend wird in der bundesrätlichen Botschaft Folgendes festgehalten:¹²

Die Organisationsfreiheit der Kantone wird insofern eingeschränkt, als im Bundesrecht die Rechtsform und ein bestimmter Grad an Autonomie der ÖrVE vorgeschrieben wird. Dies erfolgt jedoch vor dem Hintergrund, dass das BVG den Beteiligten als Rahmengesetz mit Mindestvorschriften einen grossen

AJP 2017 S. 327, 332

Entscheidungs- und Organisationsspielraum beim Vollzug der beruflichen Vorsorge belässt. Dementsprechend sollen kantonale und kommunale Parlamente und Verwaltungen grundsätzlich auch weiterhin die Möglichkeit haben, mit einem öffentlich-rechtlichen Erlass (Gesetz, Verordnung oder ein von der Exekutive zu genehmigendes Reglement) finanzierungs- oder leistungsseitig einen gewissen Einfluss auf die Vorsorgeeinrichtung ihres Gemeinwesens nehmen zu können. Anders als heute sollen sich jedoch Legislative und Exekutive auf einen der beiden Parameter (Finanzierung oder Leistung) beschränken und so dem obersten Organ die Möglichkeit und Verantwortung belassen, den anderen Parameter mit Blick auf die finanzielle Sicherheit der Vorsorgeeinrichtung flexibel festzusetzen. Das Gemeinwesen kann jedoch auf die Festsetzung von Beitrags- oder Leistungsparametern verzichten und dem obersten Organ auf diese Weise die volle Autonomie und Verantwortung bezüglich der finanziellen Sicherheit gewähren.

3. Zwischenergebnis

Den bundesrätlichen Erläuterungen kann entnommen werden, dass bei der Vorsorgeeinrichtung von öffentlich-rechtlichen Körperschaften insbesondere eine Abgrenzung der Zuständigkeit des Gemeinwesens von der Zuständigkeit der Vorsorgeeinrichtung erforderlich ist. Der Bundesrat führt aus, dass die «politische Behörde» (also die Gemeinde oder die Stadt) eine Regelung erlässt, welche sich auf bestimmte Punkte bezieht. Diese Regelung kann dabei «entweder Finanzierung oder Leistungen» erfassen, offensichtlich also nicht beide Teilbereiche. Das oberste Organ der entsprechenden Vorsorgeeinrichtungen setzt die in der Regelung des Gemeinwesens festgelegten Grundsätze um und ist insoweit operativ selbständig.

Bei der Klärung der Frage, ob im Erlass des Gemeinwesens eine Festlegung betreffend die Art der Vermögensanlage zulässig ist, muss bei dieser Ausgangslage darauf abgestellt werden, ob der Inhalt einer solchen Bestimmung bereits eine operative Frage betrifft oder noch nicht.

¹² BVG-Botschaft (FN 11), 8466.

C. Einreihung der Fragestellung

1. Bedeutung von Art. 51a Abs. 6 BVG

Art. 51a Abs. 6 BVG behält mit Blick auf die unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des obersten Organs der Vorsorgeeinrichtung Art. 50 Abs. 2 BVG vor. Es ist also zentral, wie die letztgenannte Bestimmung auszulegen ist.

Es könnte argumentiert werden, dass nach Art. 50 Abs. 2 BVG bei Einrichtungen des öffentlichen Rechts nur entweder die Bestimmungen über die Leistungen oder jene über die Finanzierung von der betreffenden öffentlich-rechtlichen Körperschaft erlassen werden könnten. Dann wäre die zu prüfende Bestimmung nur unter engen Voraussetzungen zulässig. Es müsste nämlich geklärt werden, ob im betreffenden Erlass des Gemeinwesens Bestimmungen über die Leistungen enthalten sind. Bei dieser Ausgangslage dürfte in der Folge nicht zugleich eine Bestimmung über die Finanzierung aufgenommen werden. Dabei müsste zudem geklärt werden, ob eine Regelung eines (schmalen) Teilbereichs der Vermögensanlage zum Bereich der «Finanzierung» gehört oder nicht.

Damit ist zunächst zu klären, ob im Erlass des Gemeinwesens – ausserhalb der (alternativen) Bereiche von Leistung oder Finanzierung – auch andere Fragen geregelt werden dürfen. Art. 50 Abs. 2 Satz 2 BVG kann kaum die Bedeutung zugemessen werden, dass nur gerade einer der beiden ausdrücklich genannten Bereiche (aber sonst keine Frage) geregelt werden kann. Dieser Auffassung würden die – oben wiedergegebenen – Erläuterungen in der bundesrätlichen Gesetzesbotschaft diametral entgegenstehen. Es ist davon auszugehen, dass Art. 50 Abs. 2 Satz 2 BVG einzig festlegen will, dass im Erlass des Gemeinwesens nicht beide der genannten Bereiche zugleich geordnet werden können. Im Übrigen wird damit aber noch nicht ausgeschlossen, dass weitere Fragen im Erlass geregelt werden.

2. Regelung der Vermögensanlage als Regelung im Bereich der «Finanzierung»?

Es muss geklärt werden, ob eine Regelung der Vermögensanlage als Teilbereich der «Finanzierung» verstanden werden muss. Sollte es sich so verhalten, würde dies mit sich bringen, dass im betreffenden Erlass des Gemeinwesens nicht zugleich eine Regelung der «Leistungen» vorgenommen werden kann. Wenn es sich anders verhält (und deshalb die Regelung der Vermögensanlage ausserhalb der «Finanzierung» stehen würde), könnte eine entsprechende Regelung jedenfalls aufgenommen werden, d.h. unabhängig davon, ob der Erlass daneben den Bereich der Finanzierung regelt oder nicht.

Wie oben aufgezeigt wurde, wird mit dem Anliegen, dass die Vorsorgeeinrichtungen das Vermögen nicht in Unternehmen angelegen, die Kriegsmaterial herstellen, eine ethisch-moralische Frage geordnet und nicht primär eine anlagentechnische Festlegung getroffen.¹³ Bei diesem Ergebnis kann bei Vorsorgeeinrichtungen von öffentlich-rechtlichen Arbeitgebenden unabhängig davon, ob zugleich das Gemeinwesen eine Regelung der «Leistungen» vornimmt, eine Festlegung zu dieser Art der Vermögensanlage getroffen werden.

AJP 2017 S. 327, 333

Soweit das Gemeinwesen eine Regelung der Leistungen nicht vornimmt, kann – gestützt auf Art. 50 Abs. 2 Satz 2 BVG – jedenfalls eine Regelung der «Finanzierung» aufgenommen werden.

¹³ Vgl. oben II.



IV. Zusammenfassung

1. *Grundsatz*: Die Festlegung, dass die Vorsorgeeinrichtungen das Vermögen nicht in Unternehmen angelegen, die Kriegsmaterial herstellen, ordnet eine ethisch-moralische Frage. Es wird damit nicht primär eine anlagetechnische Festlegung getroffen.

2. *Allgemeines Ergebnis für private und für öffentlich-rechtliche Vorsorgeeinrichtungen*: Soweit das Bundesrecht die Vermögensanlage von Vorsorgeeinrichtungen regelt, wird damit nicht ausgeschlossen, dass auf kantonaler oder kommunaler Ebene aus ethisch-moralischen Gründen eine bestimmte Anlage vorgenommen bzw. nicht vorgenommen wird. Dies gilt jedenfalls, wenn die betreffende Anlage bezogen auf die Sicherheit der Vermögensanlage nicht wesentlich ins Gewicht fällt.

3. *Besonderes Ergebnis für öffentlich-rechtliche Vorsorgeeinrichtungen*: Bei Vorsorgeeinrichtungen von öffentlich-rechtlichen Arbeitgebenden lässt Art. 50 Abs. 2 BVG zu, dass das Gemeinwesen Vorschriften entweder über die Leistungen oder über die Finanzierung erlässt. Bei solchen Vorsorgeeinrichtungen (etwa solchen von Kantonen oder von Gemeinden) kann eine Regelung über den Ausschluss der Vermögensanlage in Unternehmen, die Kriegsmaterial herstellen, jedenfalls dann vorgenommen werden, wenn das betreffende Gemeinwesen keine Vorschriften über die Leistungen festlegt.

Wenn bei Vorsorgeeinrichtungen von öffentlich-rechtlichen Arbeitgebenden das Gemeinwesen Vorschriften über die Leistungen erlassen hat, kann eine Regelung zum Ausschluss der Vermögensanlage in Unternehmen, die Kriegsmaterial herstellen, trotzdem vorgenommen werden. Die entsprechende Regelung ist nämlich als ethisch-moralisch begründete Regelung und nicht als anlagetechnische Regelung zu verstehen.