

An die
Parlamentarische Untersuchungskommission BVK
des Kantonsrates des Kantons Zürich

JURISTISCHES GUTACHTEN

zur Frage der Haftung der Behörden des Kantons Zürich im Zusammenhang mit den
Ereignissen um die BVK

Erstattet durch Rechtsanwalt **Dr. Felix Schmid**, Oberer Graben 42, 9000 St. Gallen

in Zusammenarbeit mit RA lic. iur. Kurt Gemperli, Scheffelstrasse 2, 9000 St. Gallen
und MLaw Lara Brüstlein, Oberer Graben 42, 9000 St. Gallen

St. Gallen, den 15. März 2012

I.	ZUSAMMENFASSUNG DES BERICHTS	4
II.	DIE RECHTLICHEN GRUNDLAGEN	9
1.	AUFTRAG	9
1.1.	<i>Fragestellung</i>	9
1.2.	<i>Beschränkungen aus dem Auftrag</i>	9
2.	HAFTUNG NACH ART. 52 BVG.....	12
2.1.	<i>Die Entwicklung der Haftungsnorm</i>	12
2.2.	<i>Die Rechtsnatur der Haftungsbestimmung</i>	13
2.3.	<i>Die haftpflichtigen Personen.....</i>	14
2.4.	<i>Die Haftungsvoraussetzungen</i>	18
2.5.	<i>Zusammenfassung</i>	20
3.	BESONDERHEITEN BEI DER BVK ALS ÖFFENTLICH-RECHTLICHE VORSORGE-EINRICHTUNG.....	22
3.1.	<i>Die Sonderregelungen des BVG für öffentlich-rechtliche Vorsorgeeinrichtungen</i>	22
3.2.	<i>Keine besonderen Haftungsnormen für öffentlich-rechtliche Vorsorgeeinrichtungen.....</i>	23
3.3.	<i>Auswirkungen des Haftungsgesetzes des Kantons Zürich</i>	24
3.4.	<i>Die verantwortlichen Personen der BVK</i>	26
3.5.	<i>Zusammenfassung</i>	35
4.	DER ZU BERÜCKSICHTIGENDE ZEITRAHMEN	37
4.1.	<i>Die gesetzlichen Bestimmungen über die Verjährung</i>	37
4.2.	<i>Die Verjährung der Haftung für Geschäftsführungsmängel</i>	40
4.3.	<i>Die Verjährung der Haftung für mangelhafte Kontrolle</i>	40
4.4.	<i>Die Verjährung der Haftung für verjährte Schadenersatzansprüche.....</i>	40
4.5.	<i>Zusammenfassung</i>	41
5.	DER RAHMEN MÖGLICHER PFLICHTVERLETZUNGEN DES OBERSTEN ORGANES.....	42
5.1.	<i>Gesetzliche Pflichten des obersten Organes.....</i>	42
5.2.	<i>Nicht übertragbare Aufgaben des obersten Organs.....</i>	43
5.3.	<i>Art der Wahrnehmung der Führungsverantwortung</i>	46
5.4.	<i>Pflichtverletzungen auf Grund der Verletzung interner Vorschriften</i>	47
5.5.	<i>Zulässige und unzulässige Delegation</i>	48
5.6.	<i>Weitere mögliche Pflichtverletzungen.....</i>	50
5.7.	<i>Zusammenfassung</i>	52

III.	PFLICHTVERLETZUNG UND HAFTUNG BEI DER BVK.....	54
6.	DIE WESENTLICHEN PFLICHTVERLETZUNGEN	54
6.1.	<i>Der Regierungsrat hat seine Führungsfunktionen ungenügend wahrgenommen.....</i>	55
6.2.	<i>Die Vermögensverwaltung war personell ungenügend ausgestattet.....</i>	60
6.3.	<i>Der Auswahlprozess für externe Mandate war mangelhaft und kostentreibend</i>	63
6.4.	<i>Die gebotenen Asset und Liability Studien fehlten</i>	67
6.5.	<i>Auf die Unterdeckung von 2002 (88,1%) wurde ungenügend oder falsch reagiert.....</i>	69
6.6.	<i>Der Strategieprozess war mangelhaft organisiert.....</i>	73
6.7.	<i>Klare Warnzeichen wurden zu wenig wahrgenommen.....</i>	76
6.8.	<i>Diverse grössere Einzelinvestitionen waren ungenügend evaluiert</i>	79
6.9.	<i>Die Delegation zusätzlicher Aufgaben an die Finanzdirektion war gesetzes- bzw. statutenwidrig ..</i>	82
6.10.	<i>Es wurde zu stark auf den Investment Controller abgestellt</i>	84
6.11.	<i>Zusammenfassung.....</i>	88
7.	WEITERE HAFTUNGSVORAUSSETZUNGEN	90
7.1.	<i>Schaden</i>	90
7.2.	<i>Kausalität und Adäquanz</i>	97
7.3.	<i>Verschulden.....</i>	99
7.4.	<i>Wer ist haftbar?.....</i>	100
7.5.	<i>Zusammenfassung</i>	103
8.	SCHLUSSBEMERKUNG ZUM VORGEHEN.....	105
IV.	LITERATURVERZEICHNIS	106
V.	RECHTSPRECHUNGSVERZEICHNIS.....	111

I. Zusammenfassung des Berichts

- 1 *Art. 52 BVG sieht für die mit der Verwaltung, Geschäftsführung und Kontrolle der Vorsorgeeinrichtung betrauten Personen eine strenge vertragliche Verschuldenshaftung vor. Diese Personen müssen der Vorsorgeeinrichtung für den Schaden einstehen, den sie (mit) verursacht haben, weil sie die Sorgfaltspflichten eines durchschnittlichen Mitglieds eines Organs im jeweiligen konkreten Fall verletzt haben. Haftbar sind diejenigen natürlichen Personen, welche die Aufgaben des obersten Organes wahrnehmen und die natürlichen und juristischen Personen, die mit der Kontrolle der Vorsorgeeinrichtung oder in organähnlicher Weise mit der Geschäftsführung betraut sind. Dabei kommt es nicht auf die Bezeichnung, sondern auf die tatsächliche Organfunktion an. Diejenigen natürlichen oder juristischen Personen, welche die Willensbildung für die Vorsorgeeinrichtung massgeblich beeinflussen können bzw. müssen, unterliegen der Haftung.*

- 2 *Anerkannt ist, dass diese Haftungsbestimmung von Art. 52 BVG nicht nur für privatrechtliche sondern auch für öffentlich-rechtliche Vorsorgeeinrichtungen gilt. Im konkreten Fall heisst das, dass bei der BVK auch alle Regierungsräte grundsätzlich für Fehler verantwortlich und haftpflichtig sind, da sie aufgrund der gesetzlichen Bestimmungen und der Organisation der BVK das oberste Organ der Vorsorgeeinrichtung bilden. Darüber hinaus muss auch der Kanton Zürich selbst als verantwortlich angesprochen werden, weil er wesentliche, der Verwaltung und Geschäftsführung zugeordnete Aufgaben durch die Finanzdirektion und die BVK übernommen hat. Das Haftungsgesetz des Kantons Zürich ändert nichts grundsätzlich an dieser BVG-Haftung. Unklar ist aber, ob der Kanton die Regierungsräte bei einer allfälligen Haftung freistellen muss, wenn sie nicht absichtlich oder grob fahrlässig gehandelt haben. Unklar ist überdies, ob bei der Einleitung allfälliger Verantwortlichkeitsverfahren die Zuständigkeitsbestimmungen des kantonalen Haftungsgesetzes mitspielen.*

- 3 *Ein Haftungsanspruch gegen den Kanton kann solange nicht verjähren, als der Kanton gleichzeitig Träger der Vorsorgeeinrichtung und Haftungssubjekt ist. Verjährt sein können hingegen Ansprüche des Kantons als Träger der Vorsorgeein-*

richtung gegen andere Personen, die aufgrund von Art. 52 BVG selbst haftbar sind. Bei Ansprüchen gegen Mitglieder des Regierungsrats insbesondere läuft die absolute Verjährung spätestens ab faktischer Aufgabe der Organfunktion: Verjährt sind alle Ansprüche gegen ein Mitglied des Regierungsrats, das vor mindestens 10 Jahren ausgeschieden ist, und alle Pflichtverletzungen von Mitgliedern des Regierungsrats, die als störender Zustand vor mindestens 10 Jahren beseitigt worden sind. Die relative Verjährung läuft nur, falls die Hypothese zutrifft, dass der Kantonsrat für die Geltendmachung der Ansprüche zuständig ist. Gegebenenfalls tritt die Verjährung fünf Jahre nach dem Zeitpunkt ein, in dem der Kantonsrat Kenntnisse hatte, die ihm den Schluss auf einen Mitgliedern des Regierungsrats zurechenbaren Schaden erlaubten.

- 4 *Die für die Verantwortlichkeit der Mitglieder des obersten Organes der Vorsorgeeinrichtung möglichen Pflichtverletzungen liegen in erster Linie darin, dass sie die ihnen zugewiesenen nicht delegierbaren Aufgaben nicht, unvollständig oder falsch wahrnehmen. Sie werden verantwortlich, wenn sie nicht so handeln wie ein durchschnittlicher Stiftungsrat in einer vergleichbaren Vorsorgeeinrichtung handeln würde. Die Mitglieder des obersten Organes müssen sich auch die für die Aufgabe im Stiftungsrat erforderliche grundlegende Fachkenntnis verschaffen und müssen dort, wo diese üblicherweise nicht genügt, die erforderlichen externen Fachleute beiziehen, deren Aussagen studieren und verstehen, kritisch würdigen und entsprechend handeln. Sie können Aufgaben, soweit diese zu den delegierbaren gehören, an eigene Arbeitnehmer, an Fachleute oder an externe Firmen übertragen. Sie bleiben aber für die sorgfältige Auswahl, Instruktion und Überwachung verantwortlich. Darüber hinaus müssen sie auch sicherstellen, dass die von ihnen zwingend zu erlassenden Reglemente eingehalten werden. Bei zahlreichen Führungsaufgaben ist eine Delegation aber nicht zulässig. Wird trotzdem delegiert, bleibt das delegierende Organ für jeden Fehler selbst verantwortlich. Besonderheiten für öffentlich-rechtliche Kassen bestehen diesbezüglich keine.*
- 5 *Diese Pflichten gelten dem Grundsatz nach seit Inkrafttreten des BVG's im Jahre 1985. Sie wurden zwar auf Verordnungsebene präzisiert, mit Revisionsritten insbesondere 1996 und 2000. Bei den zusätzlichen Vorschriften geht es aber*

nur um die Konkretisierung der grundlegend bereits bekannten Pflichten. Mit Sicherheit waren bereits im Jahre 2000 diese grundlegenden Pflichten im Detail bekannt und wurden in den üblichen Informationsveranstaltungen für Stiftungsräte, organisiert meist durch die Aufsichtsbehörden, als einzuhaltende Standards ausführlich doziert.

- 6 Auf allen Ebenen der BVK sind zahlreiche gravierende Sorgfaltspflichtverletzungen festzustellen. Der Regierungsrat selbst hat seine allgemeinen Führungsaufgaben als oberstes Organ sowie mehrere nicht delegierbare Aufgaben nicht oder nur mangelhaft wahrgenommen (6.1.). Dabei hat er – teilweise in Verletzung der allgemeinen Sorgfaltspflicht, teilweise reglementswidrig – zu viele Aufgaben an die Finanzdirektion delegiert (6.9.) und die BVK völlig ungenügend mit dem erforderlichen Personal ausgestattet (6.2.). Den dem obersten Führungsorgan obliegenden Strategieprozess hat er vernachlässigt (6.6.). Auch in Jahren einer erheblichen bzw. anhaltenden Unterdeckung hat er keine oder nur ungenügende Massnahmen getroffen (6.5.) und die üblichen Asset Liability Studien nicht veranlasst (6.4.)*
- 7 Die Finanzdirektion hat bei Aufgaben, die an sie (zum Teil zulässigerweise, zum Teil unzulässigerweise) delegiert wurden, ebenfalls ihre Führungsfunktion selbst nicht ausreichend wahrgenommen und übermässig Aufgaben weiter delegiert. Sie hat einen mangelhaften Selektionsprozess akzeptiert (6.3.) und Verletzungen des Anlagereglements nicht erkannt oder nicht beseitigt. Zudem hat sie höchst fragwürdige Anlagen- und Selektionsentscheide trotz Warnzeichen genehmigt (6.7.) und vom Vermögensverwalter vorgeschlagene Einzelinvestitionen nicht unabhängig hat überprüfen lassen (6.8.). Zudem wurde dem ohne Konkurrenz Ausschreibung beauftragten Investment Controller kritiklos vertraut (6.10.). Die Weiterleitung der führungsrelevanten Informationen an den Regierungsrat war nicht ausreichend.*
- 8 Schlussendlich haben auch die leitenden Angestellten der BVK die ihnen anvertrauten Aufgaben teilweise zu Folge fachlicher oder führungsrelevanter Überlastung - bei einer Person vermutlich absichtlich und arglistig - nicht wahrgenommen. Und die obersten Organe – Regierungsrat und Finanzdirektion – haben dies*

nicht erkannt, weil sie ihre nicht delegierbaren Führungsaufgaben nicht ordnungsgemäss wahrgenommen haben.

- 9 *Durch die Pflichtverletzungen der Regierungsräte und der BVK selbst ist nach Auffassung des Gutachters erheblicher und adäquat kausal verursachter Schaden entstanden. Der Umfang dieses Schadens liegt – geschätzt mit Hilfe der Aussagen der Fachgutachter - in einem Bereich zwischen mindestens einigen 100 Millionen und maximal wenigen Milliarden Schweizer Franken. Einzelne Schadenspositionen im unteren Bereich dieser Spanne können als Eventualschadenspositionen gestützt auf die von der PUK aufgearbeiteten Unterlagen mit einer vertieften Darstellung genauer beziffert werden. Ob für die Schätzung des Gesamtschadens ein zusätzliches (gerichtliches) Beweis- bzw. Expertiseverfahren erforderlich ist, obliegt dem Ermessensentscheid des Richters. Ein rechtsgenügendes Verschulden der verantwortlichen Personen darf rechtlich unterstellt werden. Der den verantwortlichen Personen offen stehende Entlastungsbeweis ist angesichts des objektiven Verschuldensbegriffes kaum möglich.*
- 10 *Ausser Betracht als verantwortliche Personen fallen der Kantonsrat und seine Mitglieder. Als verantwortlich im Sinne von Art. 52 BVG sind alle Regierungsräte, die nach dem Jahr 2002 im Amt waren und zwar alle, nicht nur der Finanzdirektor bzw. die Finanzdirektorin. Darüber hinaus steht eine Haftbarkeit des Kantons selbst im Vordergrund als faktischer Träger von Verwaltungsfunktionen und als formelle Trägerin der Geschäftsführung der BVK. Darüber hinaus hat der Kanton allenfalls gestützt auf § 28 des Haftungsgesetzes für den Schaden der haftbaren Regierungsräte einzustehen.*
- 11 *Bezüglich der Verantwortlichkeit der Regierungsräte ist unklar, ob die Einleitung des Verfahrens nach dem kantonalen Haftungsgesetz erfolgen muss. In diesem Fall obliegt es dem Kantonsrat, die Verantwortlichkeitsansprüche geltend zu machen (und dann auch die Verjährung zu unterbrechen).*
- 12 *In jedem Fall gilt für diese Verantwortlichkeitsansprüche aber materiell das Recht der beruflichen Vorsorge. Die Vorsorgeeinrichtung selbst hat das Recht, die Verantwortlichkeitsansprüche geltend zu machen. Zuständig ist gestützt auf Art. 73*

BVG das Sozialversicherungsgericht. Bei einem Verfahren besteht aber die besondere Problematik darin, dass die BVK als unselbständige Anstalt ein Teil des Kantons Zürich ist und damit die Regierungsräte einerseits und der Kanton Zürich andererseits gegen sich selbst vorgehen und Verantwortlichkeitsansprüche durchsetzen müssten. Diese Problematik wird vorsorgerechtlich dadurch gelöst, dass die Aufsichtsbehörde das Recht hat, im Falle möglicher Verantwortlichkeitsansprüche die verantwortlichen Organe abzusetzen und neue Organe mit der Prüfung oder Durchführung dieser Schritte zu beauftragen. Die Aufsichtsbehörde kann aber auch lediglich für die Geltendmachung dieser Ansprüche einen Beistand oder Beauftragten einsetzen.

- 13 *Aufgrund dieser Situation ist zu prüfen, ob die PUK sich mit der BVG-Aufsichtsbehörde abspricht. Dies dürfte ab dem 1. Januar 2012 einfacher sein, da die Aufsicht verselbständigt wurde und nicht mehr direkt dem Regierungsrat untersteht.*

II. Die rechtlichen Grundlagen

1. Auftrag

1.1. Fragestellung

14 Gemäss Anhang 1 des Gutachtervertrages lautet die Aufgabe:

«Der Auftrag beinhaltet die Prüfung der im Folgenden genannten Dokumente unter dem Aspekt einer Haftung des Kantons Zürich, des Regierungsrates des Kantons Zürich, der Finanzkontrolle des Kantons Zürich sowie des Kantonsrates des Kantons Zürich resp. der Mitglieder der vorgenannten Behörden gemäss Art. 52 BVG. Der Auftragnehmer sichtet diese Dokumente im Hinblick auf mögliche Sachverhalte (insbesondere Unterlassungen betreffend Anlageorganisation der BVK und deren Vermögensverwaltung, fehlerhafte Anlagestrategie, mangelnde Überwachung der Mandatsvergabe, Reposgeschäfte betreffend BT&T), welche eine unverjährte Pflichtverletzung gemäss vorgenannter Bestimmung darstellen könnten und legt schriftlich dar, ob eine Weiterverfolgung eines möglicherweise festgestellten Haftungstatbestandes (Schaden, Kausalzusammenhang) im Hinblick auf die Geltendmachung von Schadenersatzforderungen sinnvoll ist oder nicht und begründet dies».

1.2. Beschränkungen aus dem Auftrag

15 Der Beauftragte kann sich bezüglich des Sachverhaltes auf die bereits erfolgten Abklärungen abstützen, nämlich auf die im Auftrag genannten folgenden Dokumente:

- Gutachten der PPCmetrics AG zu Handen der PUK BVK
- Protokoll der Ausführungen der PPCmetrics vom 20. September 2011 zum Gut-

achten

- Meinung(en) von Prof. Th. Hens, Prof. M. Janssen sowie J. Brechbühl zu dem Gutachten der PPCmetrics AG (schriftliche Beiträge sowie Protokoll ihrer mündlichen Erweiterungen vom 4. Oktober 2011)
- Anklageschrift Daniel Gloor der Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich vom 30. September 2011
- Bericht nach § 41 aStPO der Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich vom 10. Mai 2006
- Bericht Subkommission FIKO (Subkommission Feldmann) ohne Ferienverein Postcom vom 24. April 2006
- Bericht von Prof. Dr. G. Müller vom 20. Dezember 2010 im Rahmen der Administrativuntersuchung der Finanzdirektion
- Bericht der BDO vom 20. Dezember 2010 im Rahmen der Administrativuntersuchung der Finanzdirektion
- Bericht der balmeretienne vom 20. Dezember 2010 im Rahmen der Administrativuntersuchung der Finanzdirektion

sowie die nachträglich übergebenen Unterlagen:

- Chronologie der Ereignisse rund um die BVK vom 15. September 2010
 - Gutachten von Prof. G. Müller zur Haftung der Aufsichtskommissionen vom 17. Dezember 2008
- 16 Selbständige Sachverhaltserhebungen gehören nicht zum Begutachtungsauftrag. Der Gutachter ist aber ermächtigt, zur Erhärtung von Sachverhaltsaspekten in die Akten der PUK Einsicht zu nehmen. Das Gutachten ist als summarisches Gutachten zu bezeichnen, weil nur ein beschränkter Zeitrahmen und ein beschränktes Budget zur Verfügung standen. In einer ersten Phase sollte innert ein bis zwei Monaten im Sinne einer Plausibilisierungsprüfung abgeschätzt werden, ob und welche Haftungstatbestände vorliegen und bei welchen eine Geltendmachung von Schadenersatzforderungen sinnvoll erscheint.

- 17 Nach der Präsentation des ersten Entwurfs des Gutachtens vor der PUK am 10. Januar 2012 wurde auf eine Vertiefung des zweiten Teiles verzichtet. Dies wäre nur mit einem intensiven weiteren Aktenstudium und einer erheblichen Erweiterung des Kostenrahmens möglich gewesen. Teilweise aus denselben Gründen wurde auf die Prüfung der Verantwortlichkeit der Finanzkontrolle verzichtet.

- 18 Was die verarbeiteten juristischen Grundlagen betrifft, wurde eine breite Sichtung der einschlägigen Literatur und der eidgenössischen Rechtsprechung insbesondere seit dem Jahre 2000 vorgenommen (vgl. Literatur und Rechtsprechungsverzeichnis am Ende des Gutachtens). Angesichts der eingeschränkten vorerwähnten Randbedingungen des Gutachtens entspricht die Literatur- und Rechtsprechungsrecherche möglicherweise nicht ganz dem höchsten wissenschaftlichen Standard. Dort wo auf die überwiegende oder herrschende Lehre verweist wird, verzichtet das Gutachten auf die Angabe der verschiedenen Belegstellen – ausser wo es sich um wörtliche Zitate handelt.

- 19 Der Auftrag beschränkt sich insbesondere auf die Prüfung der Verantwortlichkeit der genannten Behörden und Behördenmitglieder des Kantons Zürich. Die mögliche Haftung aller andern mit der Pensionskasse befassten Institutionen und Personen, insbesondere Angestellte, externe Experten und der Stiftungsaufsicht wurde nicht überprüft.

Die vorläufigen Ergebnisse des Gutachters wurden der PUK am 10. Januar 2012 vorgestellt und mit dieser diskutiert. Das am 29. Februar 2012 abgelieferte Gutachten wurde anschliessend noch in 4 Randziffern (RZ 19/67/79/192) ergänzt bzw. korrigiert.

2. Haftung nach Art. 52 BVG

2.1. Die Entwicklung der Haftungsnorm

20 Art. 52 BVG steht unter dem Titel «Verantwortlichkeit» und hält im ersten Absatz fest:

«Alle mit der Verwaltung, Geschäftsführung oder Kontrolle der Vorsorgeeinrichtung betrauten Personen sind für den Schaden verantwortlich, den sie ihr absichtlich oder fahrlässig zufügen.»

21 Dieser knappe Haftungsgrundsatz gilt seit Inkrafttreten des BVG im Jahre 1985. Ursprünglich bestand der Art. 52 BVG nur aus diesem ersten Absatz. Und der Text dieses ersten Absatzes wurde bei den späteren Gesetzesrevisionen nicht verändert. Die Gesetzesentwicklung brachte aber mehrere Ergänzungen dieses Grundsatzes:

22 Mit der Gesetzesrevision per 1. Januar 1997 wurde Art. 52 BVG inhaltlich ergänzt durch den neuen Art. 56a BVG, welcher dem Sicherheitsfonds ein Rückgriffsrecht gegenüber Personen einräumt, die für die Zahlungsunfähigkeit der Vorsorgeeinrichtung ein Verschulden trifft. Gleichzeitig wurde auch mit einer Erweiterung der Rechtspflegebestimmung von Art. 73 BVG bestimmt, dass neu auch die Verantwortlichkeitsansprüche nach Art. 52 BVG (ebenso wie das Rückgriffsrecht nach Art. 56a Abs. 1 BVG) durch das für Berufsvorsorgesachen zuständige Gericht zu beurteilen sind, die in der Regel als Versicherungsgerichte bezeichneten kantonalen Instanzen. Vorher waren für Verantwortlichkeitsansprüche die ordentlichen Zivilgerichte zuständig. Diese neue Zuständigkeit bezieht sich auch auf Sachverhalte, die sich vor Inkrafttreten dieser Neuregelung verwirklicht haben (BGE 130 V 279 E. 1.2 und 128 V 126 E.2).

23 Die erste BVG-Revision per 1. Januar 2005 hat dem Art. 52 BVG zwei neue Absätze hinzu gefügt. Im neuen Absatz 2 wurde die Verjährungsfrist ausdrücklich geregelt. Statt der bisher von Lehre und Rechtsprechung anerkannten 10-

jährigen Frist nach Obligationenrecht wurde eine relative Frist von 5 und eine absolute Frist von 10 Jahren festgeschrieben. In Abs. 3 wurde eine Pflicht der schadenersatzpflichtigen Organe eingeführt, die übrigen regresspflichtigen Organe zu informieren – mit einer weiteren 5-jährigen Frist für die Geltendmachung der Regressansprüche. Mit dieser Revision wird auch der heute übliche Begriff der «verantwortlichen Organe» eingeführt.

- 24 Im gleichen Zeitpunkt – anlässlich der 1. BVG-Revision - wurde die Haftung der Kontrollstelle geändert, und zwar etwas versteckt in Art. 53 Abs. 1bis BVG: «Für die Haftung der Kontrollstelle gelten die Bestimmungen des Aktienrechtes über die Revisionsstelle sinngemäss.»
- 25 Zusammenfassend ist festzuhalten: Für die Verantwortlichkeit der Organe und Organmitglieder der Vorsorgeeinrichtung gilt – mit Ausnahme einer Veränderung für die Kontrollstelle – der unveränderte einfache Haftungsgrundsatz des BVGs von 1985.

2.2. Die Rechtsnatur der Haftungsbestimmung

- 26 Unbestritten ist in der Lehre, dass diese Haftung der verantwortlichen Organe grundsätzlich den Regeln des Privatrechtes und insbesondere den Regeln der Vertragshaftung folgt. Diskutiert wird gelegentlich, ob es sich beim zu Grunde liegenden Vertrag um einen Auftrag, einen Arbeitsvertrag oder einen Vertrag sui generis handelt. Letzteres postuliert insbesondere LANTER (S. 50ff), der von einem Organträgervertrag spricht. Dies ist allerdings im Resultat nicht von Bedeutung, weil keine dieser Vertragsarten bezüglich der Haftung besondere, abweichende Regelungen vorsieht. Mit Art. 52 BVG wurde de facto eine spezialgesetzliche, aber vertragsrechtlich konzipierte Haftung für Verantwortlichkeit eingeführt, die abschliessend ist. So ist auch einhellig anerkannt, dass eine Wegbedingung der Haftung für leichtes Verschulden nach Art. 100 OR bei der Organhaftung nach BVG ausgeschlossen ist.

- 27 In einer pointierten Urteilsanmerkung (SZS 47/2003, S. 368) unterstellt Professor RIEMER dem Bundesgericht, es habe im Entscheid BGE 128 V 124 unverständlichlicherweise die vertragliche Haftung von Art. 52 BVG in eine Deliktshaftung umgedeutet («mit einer derartigen Urteilsbegründung hat sich das BVG gründlich verhauen»). Riemer ist zuzustimmen, dass das Bundesgericht unglücklicherweise den Begriff der Widerrechtlichkeit verwendet hat, der üblicherweise in der ausserververtraglichen Haftung Anwendung findet – im Gegensatz zum Begriff der Vertragsverletzung (oder allenfalls Pflichtwidrigkeit) bei der vertraglichen Haftung. Dass das Bundesgericht aber wirklich eine ausserververtragliche Haftung postulieren will, ist nicht ersichtlich, zumal auch das Bundesgericht in diesem Urteil von Vertragsverletzung spricht. Und in einem späteren Urteil vom 30. September 2011 verwendet das Bundesgericht bei den Haftungsvoraussetzungen nebst dem Begriff der Widerrechtlichkeit auch den Begriff des pflichtwidrigen Verhaltens (Urteil vom 30.09.2011; 9C_779/2010 E.4). Somit sind kaum Zweifel möglich, dass auch das Bundesgericht auf der Basis der Vertragshaftung steht.
- 28 Die Frage, ob die Haftung vertraglicher oder deliktischer Natur sei, ist nicht bloss ein Theorienstreit. Denn bei der vertraglichen Haftung muss der Geschädigte – im Gegensatz zur ausserververtraglichen Haftung – das Verschulden nicht nachweisen. Bei Vorliegen einer Pflichtverletzung bzw. einer Vertragsverletzung wird das Vorliegen eines Verschuldens zu Gunsten des Geschädigten vermutet. Es obliegt dem Schädiger, den Entlastungsbeweis des Nichtverschuldens zu erbringen. Dieser Entlastungsbeweis ist aus verschiedenen Gründen schwierig: Eine negative Tatsache ist an sich schwierig zu beweisen und beim Verschulden nach Vertragsrecht wird ein objektivierter Verschuldensmassstab angenommen (vgl. auch unten).

2.3. Die haftpflichtigen Personen

- 29 Art. 52 Abs. 1 BVG spricht bei den Haftpflichtigen offenerweise von den verantwortlichen «Personen» und nicht generell von bestimmten Organen (wie z.B. Stiftungsrat oder Kontrollstelle). Damit sind alle in leitender Funktion bei der Vorsorgeeinrichtung tätigen Personen gemeint. Das können natürliche Personen

sein – wie typischerweise, wohl sogar ausschliesslich – beim Stiftungsrat oder aber juristische Personen, wie in der Regel bei der Kontrollstelle. Es sind diejenigen Personen, die als Organe für die Vorsorgeeinrichtung tätig werden – der Begriff der Organe wurde in den später eingefügten Abs. 2 und 3 von Art. 52 aufgenommen.

- 30 In erster Linie sind dies die formellen Organe wie der Stiftungsrat oder die Kontrollstelle. Es können aber auch bloss faktische Organe sein, wie das Bundesgericht in BGE 128 V 124 E.4a, zwar nur in einem Obiter dictum, aber doch recht klar festhält mit zahlreichen Verweisen. Faktisches Organ ist eine Institution, welcher Aufgaben «in einem Ausmass übertragen» werden, «dass sie dadurch effektiv und massgebend an den Entscheidungen in einem wesentlichen Aufgabenbereich teilhaben» (VETTER-SCHREIBER, Kommentar, S. 155f). Oder, um mit dem Bundesgericht zu sprechen «Personen, die tatsächlich Organen vorbehaltenen Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend bestimmen (BGE 102 II 359, 65 II 5E. 3). Diese Rechtsprechung, die von keiner Seite beanstandet wird, deckt sich mit der herrschenden Lehre...» (so BGE 107 II 354 – zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit mit detaillierten Verweisen auf die Lehrmeinungen).
- 31 Organe sind keine Personen, sondern bezeichnen eine Funktion. Sie handeln durch natürliche oder juristische Personen, welche allein oder gemeinsam die Organträgerschaft bilden und so die Willensbildung der Gesellschaft wahrnehmen. So wird von Organträgern gesprochen (vgl. dazu detailliert LANTER, S. 31ff). «Organträger können bei der Stiftung natürliche Personen wie auch juristische Personen des privaten oder öffentlichen Rechts sein. Es kann sich um Stifter, Destinatäre oder Personen ohne stiftungsrechtliche Beziehung zur Stiftung handeln» (LANTER, S. 41). In diesem Sinne ist die ursprüngliche Terminologie in Art. 52 BVG sehr präzise, die von Personen spricht, und nicht von Organen.
- 32 Bei Vorsorgeeinrichtungen sind, wieder gemäss Art. 52 BVG, auf drei Ebenen Organe mit Organträgern vorgesehen, nämlich auf der Ebene der Verwaltung, auf der Ebene der Geschäftsführung und auf der Ebene der Kontrolle.

- 33 Mit der «Verwaltung» ist das oberste Organ der Vorsorgeeinrichtung gemeint. Vielfach wird in verkürzter Form lediglich vom Stiftungsrat gesprochen, weil die meisten Vorsorgeeinrichtungen als Stiftung organisiert sind. Möglich ist nach Art. 48 Abs. 2 BVG nebst der Rechtsform der Stiftung auch die Rechtsform der «Genossenschaft» oder die Form einer «Einrichtung des öffentlichen Rechtes». Bei Genossenschaften ist das oberste Organ nach dem Genossenschaftsrecht die Generalversammlung der Genossenschafter gemäss Art. 879 OR – wobei in BVG-Genossenschaften aber auch die Genossenschaftsverwaltung im Sinne von Art. 890 OR Aufgaben der obersten Organschaft wahrnimmt. Bei öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen wird das oberste Organ unter dem Titel «Organisation» in den von der öffentlichen Körperschaft «erlassenen Vorschriften» definiert (vgl. Art. 50 Abs. 2 BVG).
- 34 Nicht zwingend, aber typischerweise verfügt die Vorsorgeeinrichtung nebst der Verwaltung auch über eine «Geschäftsführung», der im Sinne von Art. 52 BVG organschaftliche Funktion zukommt. Bei kleinen Vorsorgeeinrichtungen ist es möglich, dass die Verwaltung als oberstes Organ selbst die Geschäftsführung wahrnimmt. Bei grösseren Organisationen wird in der Regel eine Geschäftsführung konstituiert. Was unter der Geschäftsführung zu verstehen ist, ist weniger klar definiert, weil es sich dabei nicht um eine notwendige Organisationseinheit der Vorsorgeeinrichtung handelt.
- 35 Die Vorsorgeeinrichtung kann einzelne Personen als Arbeitnehmer anstellen und mit der Geschäftsführung betrauen. Sie kann die Geschäftsführung aber auch an spezialisierte Firmen auslagern. Gelegentlich wird die Geschäftsführung von Angestellten der Stifterfirma selbst wahrgenommen. Damit wird aber nicht jede mit der üblichen Geschäftstätigkeit der Vorsorgeeinrichtung befasste natürliche oder juristische Person automatisch Organträger, welcher der strengen Haftung von Art. 52 BVG untersteht. Wer als Angestellter solche Aufgaben wahrnimmt, ist zunächst Arbeitnehmer und nur nach den etwas leichteren Haftungsnormen dem Arbeitgeber gegenüber verantwortlich. Aus Organhaftung gestützt auf Art. 52 BVG können Geschäftsführungspersonen nur belangt werden, soweit sie Führungsfunktionen wahrnehmen, d.h. an der Willens- und Entscheidungsbildung der Vorsorgeeinrichtung teilnehmen. Die Abgrenzung zwischen den mit dem Ta-

gesgeschäft befassten Personen, der Geschäftsführung und der Verwaltung ist somit fliessend. Wer massgeblich auf die Willensbildung einwirken kann, nimmt Organfunktionen wahr und untersteht damit derselben Verantwortlichkeitsnorm wie das oberste Organ, die Verwaltung.

- 36 Die dritte Art von haftbaren Organträgern sind die mit der «Kontrolle der Vorsorgeeinrichtung betrauten» Institutionen. Das ist einerseits die Kontrollstelle, die nach Art. 53 Abs. 1 BVG zwingend von jeder Vorsorgeeinrichtung bestimmt werden muss. Sie ist für die «jährliche Prüfung der Geschäftsführung, des Rechnungswesens und der Vermögensanlage» zuständig. Seit dem Januar 2005 untersteht diese Kontrollstelle nach Abs. 1bis von Art. 53 BVG bezüglich Verantwortlichkeit «sinngemäss» (was das genau heisst, ist umstritten) den Bestimmungen des Aktienrechtes.
- 37 Als zweites mit der Kontrolle der Vorsorgeeinrichtung zwingend betrautes Organ nennt das Gesetz den «anerkannten Experten für berufliche Vorsorge» (Art. 53 Abs. 2 BVG). Dieser hat zu überprüfen, ob die Vorsorgeeinrichtung «jederzeit Gewähr dafür bietet, dass sie ihre Verpflichtungen erfüllen kann» und «ob die reglementarischen versicherungstechnischen Bestimmungen» eingehalten werden.
- 38 Gemäss Art. 50 BVG hat die Vorsorgeeinrichtung reglementarische Bestimmungen zu erlassen über «die Organisation, die Verwaltung und Finanzierung und die Kontrolle». Diese Bestimmungen können nach Absatz 2 «in der Gründungsurkunde, in den Statuten, im Reglement» oder in den von den öffentlichen Trägern «erlassenen Vorschriften enthalten sein». Jede Vorsorgeeinrichtung hat somit eine gewisse Autonomie zur Regelung ihrer internen Organisation. Dies aber nur im Rahmen der (zwingenden) gesetzlichen Bestimmungen des BVG.

2.4. Die Haftungsvoraussetzungen

- 39 Gemäss dem Text von Art. 52 BVG wird für den Schaden verantwortlich, wer solchen der Vorsorgeeinrichtung «absichtlich oder fahrlässig» zufügt. Mit Fahrlässigkeit ist ein strenger Haftungsmassstab im Rahmen der Verschuldenshaftung statuiert. Es wird ein hoher Sorgfaltsmassstab verlangt. Generell wird Fahrlässigkeit so definiert, dass sie vorliegt, «wenn der Täter den rechtswidrigen Erfolg, ohne ihn zu wollen, dadurch herbeiführt, dass er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt ausser Acht lässt» (VON THUR/PETER, S. 429). Fahrlässig handelt derjenige, welcher die Sorgfalt nicht walten lässt, welche «ein gewissenhafter und sachkundiger Beauftragter bzw. Stiftungsrat in der gleichen Lage bei der Besorgung des ihm übertragenden Geschäftes anzuwenden pflegt» (EISENRING, S. 208). Haftungs begründend ist ein Fehler, es genügt aber bereits ein leichter Fehler. Während man der groben Fahrlässigkeit den Ausdruck zuordnen kann «wiä hätt er au nur chöne so öppis mache», genügt bei leichter Fahrlässigkeit die Einschätzung «er hett's scho anderscht sölle mache» (wird Professor Alfred Keller zugeschrieben, vgl. SCHMID, Verschulden, S. 12).
- 40 Oder in Worten des Bundesgerichtes im BGE 128 V 124 E. 4e, in welchem die Verantwortlichkeit eines Stiftungsrates bejaht wurde: «Leichte Fahrlässigkeit liegt bei geringfügiger Verletzung der erforderlichen Sorgfalt vor (.....), d.h. wenn vom Sorgfaltsmassstab, den ein gewissenhafter und sachkundiger Stiftungsrat in einer vergleichbaren Lage bei der Erfüllung der ihm übertragenen Aufgaben beachten würde, abgewichen wird». Daraus ist auch ersichtlich, dass ein objektivierter Sorgfaltsmassstab zum Zuge kommt, der nicht von der besonderen persönlichen Situation ausgeht (z.B. wenig Fachkenntnis im BVG-Bereich, Überlastung mit anderen Aufgaben), sondern davon, was von einem Stiftungsrat, der seine Arbeit ernst nimmt, verlangt werden darf. So wird auch nicht ein Arbeitnehmerstiftungsrat wegen mangelnder Fachkenntnis weniger streng angefasst – nötigenfalls muss er sich eben weiterbilden oder das Amt gar nicht annehmen.

41 Damit eine (fahrlässige) Schadensverursachung angenommen werden kann, müssen die vier üblichen Elemente vorhanden sein. Es sind dies:

- Vertrags- oder Sorgfaltspflichtverletzung
- Verschulden
- Schaden
- adäquater Kausalzusammenhang

Die Elemente der Sorgfaltspflichtverletzung und des Verschuldens liegen sehr nahe beieinander, da je nach der Definition der Sorgfaltspflichtverletzung das Verschulden bereits darin mit enthalten ist.

- Vertrags- oder Sorgfaltspflichtverletzung

42 Dieser Aspekt der Haftungs begründung wird gelegentlich auch unter dem Begriff der Widerrechtlichkeit abgehandelt (vgl. dazu oben). Verantwortlich wird nur jemand, der eine ihm obliegende Pflicht verletzt hat oder wie das Bundesgericht unter dem kritisierten Begriff der «Widerrechtlichkeit» festgelegt hat, wenn jemand die «sich aus Gesetz und Verordnungen, aus der Stiftungsurkunde und den Reglementen, den Beschlüssen des Stiftungsrates, einem Vertragsverhältnis sowie den Weisungen der Aufsichtsbehörde ergebenden Pflichten, wozu auch die allgemeine Sorgfaltspflicht gehört, verletzt» hat (BGE 128 V 124 E. 4d)).

- Verschulden

43 Mit Verschulden meint man die Vorwerfbarkeit der Pflichtverletzung. Es bedeutet, dass derjenige, der pflichtwidrig handelt, anders hätte handeln können und auch anders hätte handeln müssen. Da bei dieser Haftung von einem objektivierten Verschuldensmassstab ausgegangen wird, geht es nicht um persönliches Verschulden im moralischen Sinne. Es geht vielmehr darum, dass die handelnde Person nicht so gehandelt hat, wie sonst eine durchschnittlich sorgfältige Person an gleicher Stelle gehandelt hätte. Bei der Vertragshaftung muss, wie bereits erwähnt, der Geschädigte das Verschulden des Schädigers nicht beweisen. Es ob-

liegt dem Geschädigten, das Nichtverschulden zu beweisen, was relativ schwierig ist.

- Schaden

44 Pflichtwidriges Verwalten führt nur zur Verantwortlichkeit, wenn ein finanzieller Nachteil, ein Schaden, entsteht. «Als Schaden im Sinne von Art. 52 BVG gilt jede Verminderung des Stiftungsvermögens, welche nicht zur satzungskonformen Zweckverwirklichung erfolgt. Sie kann in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder in entgangenem Gewinn bestehen und entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Stand des Vermögens und dem Stand, den das Vermögen ohne schädigendes Ereignis hätte» (BG-Urteil vom 2. August 2007 B_11/06 E. 5.1).

- Adäquater Kausalzusammenhang

45 Als Letztes erfüllt sein muss das Erfordernis des Kausalzusammenhangs, der zunächst ein natürlicher sein muss. Die Pflichtwidrigkeit muss eine direkte Ursache des Schadens sein im Sinne der naturwissenschaftlichen *Conditio sine qua non*. Das Haftungsrecht fordert darüber hinaus, dass der Kausalzusammenhang auch adäquat sein muss. Ein Ereignis hat «dann als adäquate Ursache eines Erfolges zu gelten, wenn es nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist, einen Erfolg von der Art des Eingetretenen herbei zu führen, der Eintritt dieses Erfolges also durch das Ereignis allgemein als begünstigt erscheint» (BGE 125 V 456 E. 5a, diesmal aus einem Unfallversicherungsfall).

2.5. Zusammenfassung

46 *Art. 52 BVG sieht für die mit der Verwaltung, Geschäftsführung und Kontrolle der Vorsorgeeinrichtung betrauten Personen eine strenge vertragliche Verschuldenshaftung vor. Diese Personen müssen der Vorsorgeeinrichtung für den Schaden einstehen, den sie (mit) verursacht haben, weil sie die Sorgfaltspflichten eines*

durchschnittlichen Mitglieds eines Organs im jeweiligen konkreten Fall verletzt haben. Haftbar sind diejenigen natürlichen Personen, welche die Aufgaben des obersten Organes wahrnehmen und die natürlichen und juristischen Personen, die mit der Kontrolle der Vorsorgeeinrichtung oder in organähnlicher Weise mit der Geschäftsführung betraut sind. Dabei kommt es nicht auf die Bezeichnung, sondern auf die tatsächliche Organfunktion an. Diejenigen natürlichen oder juristischen Personen, welche die Willensbildung für die Vorsorgeeinrichtung massgeblich beeinflussen können bzw. müssen, unterliegen der Haftung.

3. Besonderheiten bei der BVK als öffentlich-rechtliche Vorsorgeeinrichtung

3.1. Die Sonderregelungen des BVG für öffentlich-rechtliche Vorsorgeeinrichtungen

- 47 Für Fälle, in denen die Vorsorgeeinrichtung als Einrichtung des öffentlichen Rechtes organisiert ist, gibt es im BVG nur wenige Sonderbestimmungen. Die erste findet sich in Art. 50 BVG, welcher die Vorsorgeeinrichtung allgemein verpflichtet, Bestimmungen über Leistungen, Organisation, Verwaltung und Kontrolle zu erlassen. Dort heisst es, dass diese bei «einer Einrichtung des öffentlichen Rechtes in den vom Bund, vom Kanton oder von der Gemeinde erlassenen Vorschriften enthalten sein» können, statt in Gründungsurkunde, Statuten oder Reglement.
- 48 Des Weiteren darf in öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen die paritätische Verwaltung gestützt auf Art. 51 Abs. 5 BVG eingeschränkt sein. Auch wenn hier von einem paritätisch besetzten Organ die Rede ist, hat dieses sinngemäss auch nach der Bundesgerichtsrechtsprechung keine wirkliche Organfunktion. Denn dieses Organ hat kein Mitbestimmungs- sondern nur ein Anhörungsrecht (vgl. BGE 134 I 23 E. 6.4). Die Verletzung der Konsultationspflicht anlässlich des Erlasses von Bestimmungen hat auch keine Nichtigkeit der betreffenden Normen zur Folge, der Verfahrensmangel kann durch nachträgliche Anhörung geheilt werden (BGE 119 V 195 E. 3c)). Dieser Bundesgerichtsentscheid spricht auch bloss von einem Anhörungsrecht, das «ein Recht auf Mitsprache und nicht auf Mitbestimmung» darstellt. Wie weit dieses vom Bundesgericht auch «Konsultationsrecht» genannte Mitspracherecht im Einzelnen geht, wird auch durch die ohne Mitsprache der Arbeitnehmer zustande gekommenen Statuten oder Reglemente bestimmt.
- 49 Eine weitere, dritte Sonderbestimmung besteht noch bezüglich des finanziellen Gleichgewichtes bei autonomen Vorsorgeeinrichtungen (Art. 69 Abs. 2 BVG). Demnach kann die Aufsichtsbehörde «Vorsorgeeinrichtungen von öffentlich-

rechtlichen Körperschaften zu den vom Bundesrat festgesetzten Bedingungen ermächtigen, vom Grundsatz der Bilanzierung in geschlossener Kasse abzuweichen». Voraussetzung ist, dass die öffentlich-rechtliche Körperschaft «die Garantie für die Ausrichtung der Leistungen gemäss BVG übernimmt» (Art. 45 BVV2). (Dies gemäss der bis Ende 2011 gültigen Bestimmungen. Mit der Gesetzesrevision per 01.01.2012 wird diese Regelung aufgehoben und durch ein neues «System der Teilkapitalisierung» öffentlich-rechtlicher Kassen in einem neuen Art. 72a ff BVG ersetzt.)

3.2. **Keine besonderen Haftungsnormen für öffentlich-rechtliche Vorsorgeeinrichtungen**

- 50 Vor diesem Hintergrund ist nichts Anderes möglich als die Aussage, dass die Haftungsbestimmung von Art. 52 BVG vorbehaltlos auch für öffentlich-rechtliche Vorsorgeeinrichtungen gilt. Das wird in der Lehre auch mehrfach festgehalten. RIEMER, (Berufliche Vorsorge 2. Auflage), sagt dazu auf Seite 71: «Ihre Verantwortlichkeit» (diejenige von Organträgern öffentlich-rechtlicher Vorsorgeeinrichtungen) «gegenüber der Vorsorgeeinrichtung selbst richtet sich nach Art. 52 BVG». Er verweist auf das stenografische Bulletin im Nationalrat 1981, S. 1099/1100. Ebenso hält GEISER, Verantwortlichkeit, auf Seite 351 fest: «Während die Organe der öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen grundsätzlich Art. 52 BVG unterstehen, gilt diese Norm für die Mitglieder der Aufsichtsbehörde nicht». GULLO sagt apodiktisch auf Seite 42f: «Art. 52 BVG gilt für alle registrierten Vorsorgeeinrichtungen». Dass Gullo damit klarerweise auch die öffentlich-rechtlichen mit meint, geht daraus hervor, dass er ausdrücklich auch «nicht registrierte öffentlich-rechtliche Kassen» als dieser Haftungsnorm unterstellt erwähnt (S. 43).
- 51 Eine klare Bestätigung findet sich auch in der Botschaft zur Einführung des BVG (Bundesblatt 1976 I, S. 259): «Von der Rechtsform aus gesehen ist zwischen privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen zu unterscheiden. Bei den letzteren gelten nach Art. 52 Absatz 2 zusätzlich zu den oben erwähnten Bestimmungen über die Verantwortlichkeit noch diejenigen des Bundes und der Kantone über die Haftung der öffentlich-rechtlichen Körperschaften für

den durch ihre Beamten und Angestellten verursachten Schaden. Dies ist jedoch nur dann von Bedeutung, wenn diese Verantwortlichkeitsgesetze weiter gehen als die Vorschriften von Art. 52 BVG....». Der erwähnte Absatz 2 hat aber das Gesetzgebungsverfahren nicht überstanden.

3.3. Auswirkungen des Haftungsgesetzes des Kantons Zürich

- 52 Trotzdem stellt sich die Frage, ob das Haftungsgesetz des Kantons Zürich allenfalls von sich aus subsidiär und zusätzlich als Haftungsgrundlage beigezogen werden kann oder muss. § 5 des Haftungsgesetzes spricht dagegen: «Soweit die Haftung des Kantons und der Angestellten durch Bundesrecht oder andere kantonale Gesetze geregelt ist, findet dieses Gesetz keine Anwendung». Das gilt insbesondere dort, wo das Gemeinwesen als Subjekt des Privatrechtes auftritt, was im Bereich des BVG anzunehmen ist (das BVG ist nach herrschender Meinung, im Gegensatz zu allen andern Sozialversicherungen, Teil des Privatrechtes; deshalb ist es auch nicht dem allgemeinen Teils des Sozialversicherungsrechtes [ATSG, SR 830 1] unterstellt). Auch gemäss dem Kommentar von SCHWARZENBACH zur Zürcher Staats- und Beamtenhaftung, S. 206, geht das BVG dem kantonalen Verwaltungsrecht – und damit auch dem Haftungsgesetz – vor. Die Frage, ob das BVG öffentliches oder privates Recht sei, ist für die Haftungsfrage somit nicht von Bedeutung. SCHWARZENBACH ist in seinem Kommentar von 1985 noch von der öffentlich-rechtlichen Natur ausgegangen. Auch LANTER hat dies in seiner grundlegenden Dissertation von 1984 diskutiert (S. 57 ff). Heute – auch gemäss den Bestimmungen des ATSG, dem Gesetz über den allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechtes, dem das BVG nicht untersteht – ist die Zuordnung des Pensionskassenrechtes zum Privatrecht allgemein anerkannt. Für die Haftungsgrundlage ist allein entscheidend, dass das BVG eine spezialrechtliche Haftungsgrundlage enthält, den diskutierten Art. 52 BVG, welche das kantonale Haftungsgesetz auch dann dem Grundsatz nach verdrängt, wenn es um eine öffentlich-rechtliche Vorsorgeeinrichtung geht.
- 53 Es ist aber noch weiter zu fragen, ob das Haftungsrecht des BVGs das kantonale Haftungsgesetz vollständig verdrängt oder lediglich den Haftungsgrundsatz. Im

letzteren Fall könnte etwa die Ordnung der Zuständigkeit zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen des § 18 auch Anwendung finden, wenn ein Anspruch auf Bundesrecht beruht. Gegen diese Auslegung spricht der Wortlaut von § 5, wonach „das Gesetz“ keine Anwendung findet. Allerdings soll dies nur gelten, „soweit die Haftung des Kantons ... durch Bundesrecht ... geregelt ist“. Und man kann sich, zumal in Anbetracht von der in Art. 50 BVG vorgesehenen Organisationsfreiheit fragen, ob das BVG damit auch in die kantonale Kompetenzordnung eingreifen will. Das ist entscheidend bei der Frage, wer allenfalls Verantwortlichkeitsansprüche geltend machen muss, wenn sie sich gegen Regierungsräte als Mitglieder des obersten Organes richten. Ist es gemäss § 18 Abs. 1 Haftungsgesetz der Kantonsrat – oder ist es der Regierungsrat selbst? Jedenfalls bei Passivlegitimation sämtlicher Mitglieder des Regierungsrats wäre die Vorsorgeeinrichtung zwecks Klageerhebung als Sondervermögen zu verbeiständen (vgl. hinten Rz. 75). Ob das BVG öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen, die als unselbständige Anstalt organisiert wird, einen solchen Kompetenzkonflikt aufzwingt, obwohl er im kantonalen Recht gelöst ist, ist offen (vgl. hinten Rz. 86).

- 54 Eine ähnliche Frage stellt sich auch bezüglich des § 28 Haftungsgesetz, wo es heisst: «Haftet ein Angestellter aus amtlicher Tätigkeit persönlich, hält ihn der Kanton schadlos, sofern jener weder den Schaden vorsätzlich noch grob fahrlässig verschuldet noch nachher verschlechtert» hat. Diese Bestimmung hat naturgemäss kein Pendant im Bundesrecht und könnte daher unbeschadet des Vorbehalts in § 5 gelten. Eine andere Frage ist, ob ein kantonaler Angestellter, der während seiner Amtszeit im Rahmen des BVG tätig wird - hierbei also nicht hoheitlich handelt - in Ausübung seiner amtlichen Funktion tätig wird, wie es § 28 Abs. 1 voraussetzt. Hilfreich sein mag ein Blick auf § 28 Abs. 3, der sagt: «Diese Bestimmung findet keine Anwendung auf die Haftung des Motorfahrzeughalters». So handelt der Auto fahrende Kantonsangestellte in amtlicher Funktion, aber gewiss nicht hoheitlich. Dies spricht für die Anwendung der Enthaltungsklausel auch auf die Tätigkeit kantonaler Angestellter im Rahmen des BVG. Denn wenn es für den Fall des Auto fahrenden öffentlichen Angestellten diese Sondernorm braucht, ist anzunehmen, dass im analogen Fall des amtlich, aber nicht hoheitlich handelnden Stiftungsrates mangels einer derartigen Sonderregelung

die Enthauptungsklausel von § 28 zur Anwendung kommt.

3.4. Die verantwortlichen Personen der BVK

- 55 Bei Vorsorgeeinrichtungen, die in Form von Stiftungen organisiert sind, ist es klar, wer das oberste Organ und somit die Verwaltung darstellt: Die Stiftungsräte sind die nach Art. 52 BVG verantwortlichen Personen.
- 56 Bei einer öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtung hat im Rahmen der grundsätzlichen Organisationsfreiheit des Vorsorgerechtes, also gestützt auf Abs. 2 von Art. 50 BVG, die staatliche Körperschaft die Organisation und die Zuständigkeiten zu bestimmen. Die Organisationsform ist in der Regel eine öffentlich-rechtliche Anstalt (selbständig oder unselbständig). Es kann aber auch eine öffentlich-rechtliche Stiftung sein, wie beispielsweise bei der Personalvorsorgestiftung der Stadt Zürich.
- 57 Bei der Analyse der Organisationsform und der Suche nach dem obersten Verwaltungsorgan der BVK ist vom Gesetz über die Versicherungskasse für das Staatspersonal auszugehen. Dieses Gesetz ist mit seinen 17 Artikeln ausserordentlich kurz. Die organisatorischen Bestimmungen sind noch knapper, nämlich auf zwei Elemente beschränkt. Zum ersten wird die Versicherungskasse in § 2 als «eine im Register für berufliche Vorsorge eingetragene unselbständige Anstalt des kantonalen öffentlichen Rechts» bezeichnet. Alles Weitere auf organisatorischer Ebene wird an den Regierungsrat delegiert mit § 5 Abs. 1: «Der Regierungsrat erlässt die Statuten der Versicherungskasse, die der Genehmigung durch den Kantonsrat bedürfen».
- 58 Die weiteren organisatorischen Bestimmungen sind demnach in den Statuten der Versicherungskasse für das Staatspersonal zu suchen – aktuell die Fassung vom 22. Mai 1996 mit einigen, aber inhaltlich nicht entscheidenden späteren Änderungen (LS 177.21). Der Teil IV der Statuten regelt in den § 71 bis 79 «Verwaltung und Kontrolle der BVK». Er enthält das Organisationsrecht der Vorsorgeeinrichtung und bestimmt die Funktionen und die Kompetenzen der verschiedenen

Organe – und allfälliger weiterer Gremien.

Die Kontrolle

- 59 Die mit der Kontrolle der Vorsorgeeinrichtung betrauten Gremien stimmen mit den Kontrollorganen überein, die das BVG zwingend vorsieht. Es ist zunächst die Expertin oder der Experte für die berufliche Vorsorge gemäss § 74 der Statuten, der versicherungstechnische Fragen prüft. Seine Aufgaben sind in lit. a und b in Anlehnung an die Aufgaben des Experten gemäss Art. 53 BVG formuliert. Zudem muss der oder die Expertin prüfen, «ob Massnahmen ergriffen werden müssen, um das durchschnittliche Niveau der erwarteten Altersleistungen zu erhalten».
- 60 In § 75 wird die Aufgabe der Kontrollstelle «der kantonalen Finanzkontrolle» übertragen. Eine kantonale Finanzkontrolle kann gemäss ausdrücklicher Vorschrift von Art. 33 Abs. 2 BVV2 als Kontrollstelle einer Vorsorgeeinrichtung amtierend, wenn sie nach dem Revisionsaufsichtsgesetz zugelassen ist. Nicht in den Statuten festgehalten, aber aus BVG-Sicht zweifellos zulässig ist, dass ein Teil der Aufgaben dieser Kontrollstelle an eine aussenstehende Organisation, die PwC, delegiert wurde.

Die Verwaltung

- 61 Was dem Titelbegriff «Verwaltung» in den Paragraphen 71 bis 79 der Statuten zuzuordnen ist, ist weniger eindeutig festzustellen als bei der Kontrolle. Aus § 79 geht indes hervor, dass drei Einheiten mit Zuständigkeiten ausgestattet werden, die im weitesten Sinne die Verwaltungs- und Geschäftsführungsaufgaben ausmachen. Es sind dies
- der Regierungsrat
 - die Finanzdirektion
 - die Versicherungskasse

- 62 Im unmittelbar nachfolgenden § 80 wird auch von Organen gesprochen – wobei aber nicht klar ist, ob damit (nur) die Versicherungskasse oder auch die weiteren zuständigen Einheiten verstanden werden sollen. § 80 lautet: «Gegen Entscheide der Kassenorgane kann jede betroffene Person innert 30 Tagen bei der Finanzdirektion Einsprache erheben».

Der Regierungsrat

- 63 Diverse Zuständigkeiten stehen nach den Statuten dem Regierungsrat zu. Er hat unter anderem die «versicherungstechnischen Grundlagen» zu genehmigen, «die Wahl der Mitglieder der Verwaltungskommission», «der Vertrauensärzte» und «des Experten für die berufliche Vorsorge» vorzunehmen. Ihm obliegt insbesondere auch der «Erlass von Vollziehungsbestimmungen» und er hat Massnahmen festzulegen, «falls dies zur Erhaltung der erwarteten Altersleistungen notwendig ist oder falls der Fehlbetrag gemäss § 70 Abs. 2 überschritten wird» (was der Fall ist, wenn der versicherungstechnische Fehlbetrag 10% übersteigt). Die wichtigste Zuständigkeit des Regierungsrates ergibt sich aber nicht aus diesen Zuständigkeitsbestimmungen der Statuten, sondern bereits aus § 5 des Gesetzes über die Versicherungskasse. Hier wird dem Regierungsrat Kompetenz und Aufgabe erteilt, die Statuten der Versicherungskasse zu erlassen. Er kann somit selbst darüber entscheiden, welche Zuständigkeiten ihm selbst obliegen. Und er hat dies in § 79 gemacht und sich selbst die vermutlich wichtigsten Aufgaben zugewiesen, «den Erlass der Vollziehungsbestimmung». Wichtige andere Funktionen sind aber gemäss dieser Aufzählung nicht ausdrücklich dem Gesamtregierungsrat zugewiesen, insbesondere fehlen solche spezielle Zuweisungen im Bereiche der Vermögensverwaltung.
- 64 Aus dem Blickwinkel des BVG hat somit der Regierungsrat zweifellos Organfunktionen. Er ist, ausgestattet mit der Kompetenz zum Erlass der Statuten und der Vollziehungsbestimmungen, zweifellos das oberste Organ der Vorsorgeeinrichtung – die Verwaltung - vergleichbar mit dem Stiftungsrat in den als Stiftung organisierten Vorsorgeeinrichtungen.

- 65 Dass die in den Statuten festgeschriebene Aufgabenzuteilung an den Regierungsrat abschliessend und allein verbindlich ist, erscheint auf dem Hintergrund des BVG jedoch als äusserst fraglich. Das BVG weist nach Lehre und Rechtsprechung der Verwaltung als oberstem Organ zahlreiche unentziehbare und undelegierbare Kompetenzen zu. Ausgehend von dem Begriff unentziehbarer Kompetenzen und der Annahme, dass eine oberste Führungsfunktion unteilbar ist, ist diese statistische Kompetenzzuweisung zu ergänzen oder zumindest in diesem Sinne ausulegen, dass der Regierungsrat die unentziehbaren Kompetenzen des obersten Organes wahrzunehmen hat. Dies insbesondere auch deshalb, weil der Regierungsrat das einzige Kollegialorgan der BVK mit Führungsfunktionen ist. Ob sie einen Teil dieser Führungsfunktionen an die Finanzdirektion delegieren kann und delegiert hat, darauf ist noch zurück zu kommen.

Die Finanzdirektion

- 66 In Abs. 2 von § 79 werden zahlreiche und wichtige Aufgaben in die Zuständigkeit der Finanzdirektion gelegt – so Entscheide über das Vorhandensein und den Grad der Invalidität, Muster für Anschlussverträge, Einspracheentscheide und die Führung von Prozessen, die Festsetzung der Zinssätze und der Risikobeiträge. Insbesondere die «Festsetzung der Zinssätze» und «der Risikobeiträge». Letztere sind für die Vorsorgeeinrichtung zentrale Entscheide, die in andern Vorsorgeeinrichtungen in der Regel dem Stiftungsrat zukommen. Bereits daraus ist zu vermuten, dass die Finanzdirektion Organaufgaben wahrnimmt.
- 67 Des Weiteren hat die Finanzdirektion eine Kompetenz wahrgenommen, die ihr gemäss den Statuten der Versicherungskasse nicht zukommt: den Erlass des Anlagereglementes. Sowohl die «Richtlinien der Finanzdirektion über die Anlage der Vermögenswerte der Versicherungskasse» vom 15. Oktober 2001 als auch das «Anlagereglement der BVK» vom 2. Februar 2006 sind nicht vom Regierungsrat selbst, sondern von der Finanzdirektion erlassen und allein vom jeweiligen Finanzdirektor unterzeichnet. Kompetenzmässig verweist das Anlagereglement einerseits auf § 82 der Verordnung über die Finanzverwaltung, 2008 ersetzt durch § 60 des Gesetzes über Controlling und Rechnungswesen. Beide Paragraphen sagen aber nur aus, dass die Finanzdirektion für die «sichere und zinsgünstige

Anlage» des Finanzvermögens zuständig sei. Vorsorgerechtlich bedeutsam ist der Verweis auf § 72 der Statuten der Versicherungskasse. § 72 weist der Finanzdirektion indes keine Zuständigkeit zum Erlass dieses Reglements zu, sondern hält ausschliesslich fest, «die Anlage der Kapitalien der Versicherungskasse richtet sich nach den Vorschriften des BVG.....».

- 68 Die Regelung der Anlagetätigkeit ist eine der zentralen Führungsaufgaben des obersten Organes der Vorsorgeeinrichtung. Mit dem Erlass (und der Durchsetzung) der Anlagevorschriften nimmt die Finanzdirektion de facto wesentliche Aufgaben des obersten Organes der BVK wahr und muss somit selbst – sei es delegiert vom obersten Organ oder unter dem Titel der Geschäftsführung - als nach BVG 52 verantwortliches Organ bezeichnet werden.

Die Versicherungskasse

- 69 In den Statuten auch als zuständige Organisationseinheit erwähnt ist die Versicherungskasse. Sie hat zwar nach Abs. 3 von § 79 nur untergeordnete Exekutivfunktionen – Festsetzung von Versicherungsleistungen, Information der Versicherten, etc. Sie wird aber in § 80 offensichtlich als Kassenorgan bezeichnet. Überdies hat sie gemäss dem Anlagereglement noch viel weiter reichende Funktionen: sie ist hauptzuständig für die gesamte Vermögensverwaltung und kann die meisten Anlageentscheidungen selbst fällen, in der Fassung vom Februar 2006 ist ihr sogar die Wahl der externen Vermögensverwaltung delegiert worden. Weiter ist, bzw. war die Geschäftsleitung der BVK gemäss den Richtlinien von 2001 für Folgendes zuständig:
- Durchführung einer versicherungstechnisch fundierten Risikoanalyse, zusammen mit dem Investment Controller und dem Versicherungsexperten
 - Stellungnahme zur Risikotoleranz der BVK und zur strategischen Asset Allokation und allfälliger Anpassungen
 - Prüfung von Anträgen der Vermögensverwaltung und generell der Kassenkonformität der Vermögensstruktur

- Stellt Antrag auf den Beizug externer Berater

Für die Umsetzung des Anlagekonzeptes ist die Vermögensverwaltung zuständig. Sie muss nur in Teilbereichen (Abänderung von Richtlinien, Outsourcing und Beizug externer Berater im Bereiche der finanziellen Führung) der Finanzdirektion Antrag stellen.

- 70 Das wesentlich anders aufgebaute Anlagereglement von 2006 verweist bezüglich der Zuständigkeit und Organisation auf ein Funktionendiagramm und delegiert insbesondere auch die Wahl der Vermögensverwalter an die BVK. Gemäss dem Funktionendiagramm ist der Vermögensverwalter sowohl für Initialisierung, Planung als auch für Durchführung der Grundsätze der Anlageorganisation, des Anlagedispositivs, der Auswahl von Asset Managern, der Auswahl von Depotbanken und der Verwaltungsaufträge zuständig. Der Entscheid obliegt in allen drei Fällen der BVK – und nur in einem einzigen Fall, der Auswahl von Depotbanken, der Finanzdirektion.
- 71 In allen diesen Punkten ist der Verwaltungskommission und dem Anlageausschuss keine Funktion zugewiesen – die Kontrolle liegt nicht bei der Finanzdirektion, sondern beim Investment Controller.
- 72 Aufgrund dieser weitreichenden Kompetenzen der BVK und ihres Vermögensverwalters im Bereiche der Vermögensanlage liegt auch hier der Schluss zwingend, dass die BVK in der Funktion eines Organes an der Geschäftsführung der Vorsorgeeinrichtung teilnimmt. Der Entscheid darüber, welche Aufgaben outgesourct werden, und wer als externer Vermögensverwalter bestimmt wird, stellen zentrale Führungsentscheidungen im Bereiche der Vermögensverwaltung dar. Da die BVK und ihr Vermögensverwalter aber organisatorisch voll in die Finanzdirektion integriert sind, ist es letztlich nicht von Bedeutung, ob man der BVK selbst oder der Finanzdirektion die Geschäftsführung mit Organfunktion zuspricht. Ihre Handlungen sind der Finanzdirektion zuzurechnen.

Der Kanton Zürich selbst

- 73 Die Finanzdirektion – teilweise handelnd durch die BVK - nimmt weitgehende Organfunktionen wahr – sei es als Delegierte des obersten Organes, sei es unter dem Titel der Geschäftsführung. Sie ist deshalb im Sinne von Art. 52 BVG eine verantwortliche Person. Da der Finanzdirektion aber keine juristische Persönlichkeit zukommt, stellt sich die Frage, wem diese Verantwortlichkeit zuzurechnen ist. Die Finanzdirektion ist kein Kollegialgremium wie der Regierungsrat und die Aufgaben können auch nicht ganz bestimmten Angestellten zugeordnet werden. So ist schlussendlich als verantwortlicher Rechtsträger nicht die Finanzdirektion, sondern der Kanton Zürich selbst anzusprechen.
- 74 Diese Schlussfolgerung mag auf den ersten Blick überraschen, entspricht aber der Praxis der delegierten Geschäftsführung bei Vorsorgeeinrichtungen. Wird die Geschäftsführung entweder an eine Abteilung der Arbeitgeberfirma bzw. an eine besondere Firma in einer Holding oder einem Konzernverbund delegiert, so untersteht diese Firma auf Grund der Delegation der Verantwortlichkeitsbestimmung von Art. 52 BVG (nicht der einzelne zuständige Sachbearbeiter). Dasselbe ist anzunehmen, wenn die Pensionskassenverwaltung umfassend – nicht nur in Teilaufgaben - an eine spezialisierte Fachfirma (Pensionskassenverwaltungsfirma) delegiert wird.
- 75 Dass im Falle der Haftung des Kantons, der Träger der Vorsorgeeinrichtung ist, Aktiv- und Passivlegitimation in ein- und derselben Person zusammenfallen, schadet der Forderung nicht. Konfusion setzt das Zusammenfallen in das gleiche Vermögen voraus (BASLER KOMMENTAR, Art. 118 OR N 4). Die unselbständige öffentlichrechtliche Anstalt ist ein Sondervermögen, das bei Bedarf verbeiständet und damit prozessfähig gemacht werden kann (vgl. BGE 127 V 29) auch für Klagen gegen den Kanton.
- 76 Eine derartige «Verbeiständung» ist auch bei nicht öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen typisch für die Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen. Da das oberste Organ in der Regel nicht motiviert ist, gegen sich selbst zu klagen, hat die Aufsichtsbehörde die Befugnis, «der Vorsorgeeinrichtung eine

Weisung zu erteilen, einen Verantwortlichkeitsanspruch geltend zu machen. Gegebenenfalls ist der Anspruch durch einen Beistand oder einen Sachwalter der Vorsorgeeinrichtung zu erheben» (vgl. SCHNEIDER/GEISER/GÄCHTER, S. 799). Und solche Massnahmen galten schon vor dem Inkrafttreten des BVG als typische Eingriffsmöglichkeiten der Stiftungsaufsicht.

Weitere Gremien

- 77 Die Statuten der Versicherungskasse und das Anlagereglement nennen weitere Organisationseinheiten, die an der Verwaltung und Führung der BVK beteiligt sind. Ob auch diesen Organfunktion zukommt, ist nachfolgend zu überprüfen.
- 78 Die Versicherungskasse besitzt gemäss § 73 eine Verwaltungskommission. Sie «berät die Organe der Versicherungskasse in wichtigen Versicherungsfragen» und setzt sich zur Hälfte aus Mitgliedern zusammen, die auf Antrag der Personalverbände gewählt sind. Sie ist das paritätische Organ, das auch bei öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen nach Art. 51 BVG einzusetzen ist. Da diese Kommission aber nur beratend tätig ist – bei der BVK hat sie überhaupt keine Entscheidungsfunktionen – kann sie auch nicht Organ und nicht verantwortlich im Sinne von Art. 52 BVG sein.
- 79 Der Anlageausschuss der Verwaltungskommission (eingesetzt auf Grund des anfangs 2005 aufgehobenen Verwaltungsreglements der Versicherungskasse für das Staatspersonal vom 1. Januar 1989 [LS 177.210]) ist lediglich ein beratendes Gremium, zuständig für die «Beratung von Fragen im Zusammenhang mit den Kapitalanlagen». Es «tagt auf Einladung der Finanzdirektion, so oft es die Geschäfte erfordern, mindestens aber zweimal jährlich». Die Kommission hat statt der zwei Sitzungen bis 2005 nur eine Sitzung pro Jahr abgehalten, ab 2005 zwei Sitzungen und ab 2008 mindestens quartalweise Sitzungen (vgl. PPCmetrics, S. 17). Eine Organstellung kann auch diesem Organ wegen seiner beratenden Funktion nicht zukommen. Rein wörtlich ist auch festzuhalten, dass sie nicht die Finanzdirektion berät. Ihre Beratung hat keinen wirklichen Adressa-

ten.

- 80 Das Investment Committee wurde am 1. Januar 2007 eingesetzt und ist verantwortlich für die anlagetaktischen Entscheide. Es setzt sich zusammen aus der Geschäftsleitung der BVK, konnte aber bei Bedarf externe Finanz- und Risikoexperten beiziehen. Ab 1. Januar 2008 waren zwei externe Experten ständige Mitglieder (mit beratender Stimme), ab 2010 wurde das Organ um je einen stimmberechtigten Arbeitgeber- und Arbeitnehmervertreter ergänzt. Zumindest bis Ende 2009 waren die stimmberechtigten Mitglieder dieses Comittees ausschliesslich Angestellte der Finanzdirektion. Eine andere Funktion, als die internen Entscheide auf mehrere Personen zu verteilen, kommt diesem Gremium damit bis Ende 2009 nicht zu. Desgleichen ist die Geschäftsleitung BVK und die Abteilung Asset Management der BVK (der Vermögensverwalter) auch nur ein Teil der inneren Organisation der Finanzdirektion.
- 81 In der Studie von PPCmetrics, wie in allen andern Untersuchungen und in allen Befragungen wird bezüglich der anlagepolitischen Entscheide immer wieder auf den externen Investment Controller hingewiesen (ICO). Dieser war bei allen wesentlichen Sitzungen anwesend, hatte regelmässig Kontakt mit dem Vermögensverwalter und durfte monatlich dem Finanzdirektor bzw. der Finanzdirektorin persönlich rapportieren. Im Mandatsvertrag von 2002 mit der damit beauftragten Firma Complementa Investment-Controlling AG ist die Aufgabe des Investment Controllers als Unterstützung definiert: «CIC als Investment-Controller unterstützt durch Steuerung des Finanzierungsprozesses die BVK bei der Erreichung der definierten Finanzierungsziele». CIC unterstützt die BVK bei der finanziellen Führung, vorab durch Unterstützung bei der Zielformulierung, «der Strategiefindung und -Umsetzung, der Überwachung der Resultate auf der Basis dieser Strategien, sowie der Evaluation geeigneter Massnahmen im Hinblick auf die Zielerreichung». Die Leistungen sind im Anhang des Vertrages detailliert wieder gegeben. Das Honorar ist nebst dem Pauschalhonorar von CHF 300'000 für die Wertschriftenbuchhaltung ein vermögensabhängiges Honorar (bei Vermögen über CHF 5 Mrd. 2 Basispunkte). Es belief sich im Jahr 2002 auf insgesamt ca. 3,4 Mio CHF.

- 82 In den Statuten ist der Investment Controller nicht vorgesehen. Im Anlagereglement 2001 wird der Controller nur am Rande erwähnt als Berater und Beschaffer von Informationen. Eine Entscheidfunktion ist auch in der Anlageorganisation gemäss Anlagereglement 2006 dem Investment Controller nicht zugeordnet. Bei der Initialisierung und Planung, teilweise sogar bei der Durchführung (generelle Ziele, Führungsorganisation, Informationskonzept, Anlagereglement und dann die Kontrolle der Umsetzung) hat er praktisch auf jeder Ebene von Konzept, Planung und Umsetzung mitzuwirken. Dieses zentrale Funktionendiagramm ist gemäss Fusszeile auch Copyright geschützt (©) von der Complementa Investment-Controlling AG – es wurde per 1. Oktober 2009 ausser Kraft gesetzt.
- 83 Angesichts der intensiven Mitwirkung (und auch des hohen Honorars) des Investment Controllers stellt sich die Frage, ob er nur als Auftragnehmer tätig war oder ob ihm faktisch auch Organfunktionen delegiert wurden. Ist Zweiteres der Fall, würde das bedeuten, dass der Investment Controller auch nach Art. 52 BVG haftet. Andernfalls steht die Haftung nach Auftragsrecht zur Diskussion, die denselben Grundsätzen folgt, zumal die Complementa Investment-Controlling AG nach Ziff. 4.2. des Vertrages auch «für jedes Verschulden im Falle der Nicht- oder Schlechterfüllung» haftet.

3.5. Zusammenfassung

- 84 *Anerkannt ist, dass diese Haftungsbestimmung von Art. 52 BVG nicht nur für privatrechtliche sondern auch für öffentlich-rechtliche Vorsorgeeinrichtungen gilt. Im konkreten Fall heisst das, dass bei der BVK auch alle Regierungsräte grundsätzlich für Fehler verantwortlich und haftpflichtig sind, da sie aufgrund der gesetzlichen Bestimmungen und der Organisation der BVK das oberste Organ der Vorsorgeeinrichtung bilden. Darüber hinaus muss auch der Kanton Zürich selbst als verantwortlich angesprochen werden, weil er wesentliche, der Verwaltung und Geschäftsführung zugeordnete Aufgaben durch die Finanzdirektion und die BVK übernommen hat. Das Haftungsgesetz des Kantons Zürich ändert nichts grundsätzlich an dieser BVG-Haftung. Unklar ist aber, ob der Kanton die Regierungsräte bei einer allfälligen Haftung freistellen muss, wenn sie nicht absichtlich*

oder grob fahrlässig gehandelt haben. Unklar ist überdies, ob bei der Einleitung allfälliger Verantwortlichkeitsverfahren die Zuständigkeitsbestimmungen des kantonalen Haftungsgesetzes mitspielen.

4. Der zu berücksichtigende Zeitrahmen

4.1. Die gesetzlichen Bestimmungen über die Verjährung

85 Die Haftung von mit der Verwaltung der Vorsorgeeinrichtung betrauten Personen gemäss Art. 52 BVG verjährt nach Abs. 2 der Bestimmung in 5 Jahren von dem Tage an, an dem "der Geschädigte" Kenntnis vom Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen erlangt hat (*relative* Frist), auf jeden Fall aber in 10 Jahren, vom Tag der schädigenden Handlungen an gerechnet (*absolute* Frist). Diese Bestimmung ist am 1. Januar 2005 in Kraft getreten. Vorher wandte die Rechtsprechung Art. 127 OR an: Es galt also die 10-jährige Verjährung für Forderungen aus Vertrag. Eine Übergangsregelung wurde mit der neuen Fassung von Art. 52 BVG nicht erlassen. Das Bundesgericht (Urteil 9C_698/2009 vom 7. Juli 2010) hat die neuen Verjährungsbestimmungen als anwendbar auf alle Fälle erklärt, die am 1. Januar 2005 nicht bereits verjährt waren. Die neue *relative* Frist von 5 Jahren beginnt auch bei vorbestandenen Ansprüchen zu laufen, aber frühestens am 1. Januar 2005 (E. 4.3). Der Lauf der *absoluten* Verjährung, die unverändert nach 10 Jahren eintritt, kann demgegenüber schon vor dem 1. Januar 2005 beginnen (E. 4.1).

86 Allfälliges Haftungssubjekt sind im vorliegenden Fall zunächst die Mitglieder des Regierungsrats. Mit Bezug auf die *relative* Verjährung ist zu klären, wessen „Kenntnis vom Schaden und der Person des Haftpflichtigen“ für die Auslösung des Fristbeginns in Frage kommen. "Geschädigte" im Sinne von Art. 52 Abs. 2 BVG ist die Vorsorgeeinrichtung (Trigo Trindade, S. 144ff.). Massgebend ist die Kenntnis derjenigen Organträger, die in der Lage sind, den in Frage stehenden Anspruch der Vorsorgeeinrichtung rechtlich durchzusetzen: Die Träger des zum Handeln bestellten und fähigen Organs. Sofern § 18 des kantonalen Haftungsgesetzes anwendbar ist, sind Schadenersatzansprüche gegen Mitglieder des Regierungsrates durch den Kantonsrat geltend zu machen. Die Bestimmung steht unter der Überschrift „Haftung für Schädigung des Kantons“. Da der Kanton Zürich Träger der Vorsorgeeinrichtung ist, ist er geschädigt. Hat also der Kantonsrat Kenntnisse erlangt, die bei zumutbarer Aufmerksamkeit den unzweideutigen Schluss (KIESER, in: BVG und FZG, Art. 52 BVG N 41) auf einen Mitgliedern des

Regierungsrats zurechenbaren Schaden erlaubten, so begann die relative Verjährung zu laufen. Erforderlich ist, dass der Anspruch dem Grundsatz und dem Umfang nach sicher bekannt ist, sodass er mit Erfolg geltend gemacht werden kann. Kennen müssen reicht nicht, Unkenntnis der Rechtsgrundlagen bleibt indessen belanglos (so die Praxis zu Art. 60 OR, zitiert etwa bei DÄPPEN, Art. 60 OR N 6; zur Auslegung von Art. 52 Abs. 2 BVG kann, so TRIGO TRINDADE, S. 158 und KIESER, Verantwortlichkeit, S. 140, der im wesentlichen gleich lautende Art. 760 Abs. 1 OR und zu dessen Auslegung wiederum, so WIDMER/GERICKE/WALLER, Art 760 OR N 1, die Praxis zum fast gleich lautenden Art. 60 OR herangezogen werden). Ist ein solcher Kenntnisstand älter als 5 Jahre, so ist der Schadenersatzanspruch verjährt. Anzumerken bleibt, dass während der Dauer eines schädigenden Ereignisses keine Verjährung läuft (BGE 81 II 439 E. 4; 109 II 418 E. 3 f.).

- 87 Das soeben Gesagte gilt allerdings nur, wenn § 18 Haftungsgesetz wirklich zur Anwendung kommt. Ist dies nicht der Fall, kann die relative Verjährung so lange nicht zu laufen beginnen, bis die Vorsorgeeinrichtung als Sondervermögen verbeiständet worden ist (vorn Rz. 74/75). Im Zusammenhang mit der relativen Verjährung findet die Hypothese, wonach das BVG auch die Klagezuständigkeit regelt, durchaus eine innere Rechtfertigung, wenn man bedenkt, welche Herausforderung die Bewältigung von Missständen in einer Vorsorgeeinrichtung wie der BVK darstellt. Das ist für das Kantonsparlament mit seinen beschränkten administrativen Strukturen eine nur schwer zu bewältigende Aufgabe.
- 88 Nun zur *absoluten* Verjährung. Wie gesagt führt das Inkrafttreten von Art. 52 Abs. 2 BVG am 1. Januar 2005 nicht dazu, dass für noch nicht verjährte Fälle die zehnjährige Verjährung neu zu laufen begänne. Für die absolute Verjährung wird eine vor dem 1. Januar 2005 erlaufene Dauer berücksichtigt. Gemäss der geltenden Fassung von Art. 52 Abs. 2 BVG löst der "Tag der schädigenden Handlungen" den Lauf der Verjährung aus. Der vorherige Rechtszustand ergibt sich aus BGE 131 V 55 E. 3.2.2.: Dem Bundesgericht schien es nicht angezeigt, auf die Vornahme einzelner Handlungen abzustellen - vielmehr beginne die zehnjährige Frist im Zeitpunkt, „da die verantwortlich zu machende Person ihre Organstellung tatsächlich aufgibt“; vorbehalten bleibe allerdings „die Situation, in welcher die Pflichtverletzung vor Beendigung der Organstellung beseitigt worden

ist.“

- 89 Etwas überraschend erwägt das Bundesgericht im bereits zitierten Urteil 9C_698/2009 vom 7. Juli 2010 (E. 4.1), auch bezüglich der absoluten Verjährung beurteile sich für die am 1. Januar 2005 noch nicht verjährten Fälle der Beginn nach dem neuen Recht (mit einleuchtender Begründung für die unveränderte Anwendung der bisherigen Grundsätze TRIGO TRINDADE, a. a. O., S. 159; vgl. auch MUTZNER, Art. 49 SchIT ZGB N14 im Vergleich zur vom Bundesgericht zitierten N 9). Das Gericht stellt aber sogleich klar, dass die neue Gesetzesbestimmung in der Regel zum gleichen Ergebnis führe wie das vorherige Richterrecht. Dass auch das neue Recht nicht von einzelnen, sondern von „schädigenden Handlungen“ in der Mehrzahl spricht, relativiert die Bedeutung der Änderung (so KIESER, in: BVG und FZG, Art. 52 BVG N 42).
- 90 Nach dem Gesagten sind Ansprüche gegen Organpersonen, die ihre Organstellung vor mehr als 10 Jahren faktisch aufgegeben haben, verjährt. Ist dies nicht der Fall, bleibt im Einzelfall zu prüfen, ob „die Pflichtverletzung“ allenfalls bereits vor Preisgabe der Organstellung im Sinne des Bundesgerichts „beseitigt“ worden ist („sauf lorsque la violation des obligations avait été corrigée auparavant“: 9C_698/2009 vom 7. Juli 2010, E. 4.1). Anscheinend ist gemeint, dass zwar ein Schaden fortbesteht (sonst wäre die Verjährung kein Thema mehr), aber die Schädigung als abgeschlossen betrachtet werden kann, weil Massnahmen getroffen wurden, den pflichtwidrigen Zustand - zu verstehen als schädigenden Verhaltenskomplex (denn um Einzelhandlungen oder -unterlassungen geht es, wie gesagt nicht) - zu beseitigen. Keineswegs also beginnt die Verjährung zwingend schon deshalb zu laufen, weil eine Schadensposition im Vermögen der Vorsorgeeinrichtung (zum Beispiel durch Veräusserung eines Aktivums) realisiert wurde. Wohl aber, wenn die zugrundeliegende Pflichtverletzung eine einmalige Fehlleistung darstellt, deren Fortsetzung oder Wiederholung nicht zu erwarten ist. Der bundesgerichtliche Vorbehalt beseitigter Pflichtverletzungen stellt Pflichtverletzungen als störenden Zustand dar. Eine irrtümlich ausgelöste Doppelzahlung ist im Regelfall mit der Entdeckung des Irrtums als Pflichtverletzung beseitigt. Produziert jemand aber laufend Irrtümer, läuft nicht für jeden einzelnen eine gesonderte Verjährung. Nicht beseitigt ist natürlich auch die Pflichtverletzung des Vor-

gesetzten, der diese Person weiterhin beschäftigt.

4.2. Die Verjährung der Haftung für Geschäftsführungsmängel

91 Grundsätzlich gilt das soeben für Organträger der Verwaltung Ausgeführte auch für Geschäftsführer. Der vorliegende Fall weist indessen die Besonderheit auf, dass der Kanton Zürich selbst als Haftungssubjekt für Geschäftsführungsmängel in Betracht fällt (vorn Rz. 72f.). Gegebenenfalls kann keine Verjährung laufen, bevor die Vorsorgeeinrichtung als geschädigtes Sondervermögen Prozessfähigkeit für ein Verfahren gegen den Kanton erlangt (einen Beistand bestellt erhält). Das Nichthandeln von Personen, die zwar Organträger bei der geschädigten Vorsorgeeinrichtung sind, gleichzeitig aber auch für den schädigenden Kanton handeln, ist als pflichtwidriges und schädigendes Verhalten dem Kanton zurechenbar.

4.3. Die Verjährung der Haftung für mangelhafte Kontrolle

92 Auch für die Kontrollstelle gilt das für Mitglieder der Verwaltung Ausgeführte. Allenfalls sind hier mehr beseitigte Pflichtverletzungen anzunehmen. Gegebenenfalls beginnt diesbezüglich die absolute Verjährung, wie gesagt (Rz. 89), schon vor Aufgabe der Organstellung zu laufen.

4.4. Die Verjährung der Haftung für verjährte Schadenersatzansprüche

93 Sollte sich erweisen, dass einzelne Ersatzansprüche, die sich aus Art. 52 BVG ergeben hätten, verjährt sind, kann man sich fragen, ob auch dafür ein Schadenersatzanspruch besteht. Die Ansprüche würden sich gegen diejenigen Personen richten, die pflichtwidrigerweise die Verjährung haben eintreten lassen. Relevant würde dies namentlich, wenn sich erwiese, dass Ansprüche gegen Mitglieder des Regierungsrates verjährt sind, weil der Kantonsrat zu lange keine Unterbre-

chungshandlung vorgenommen hat.

- 94 Als Rechtsgrundlage diesbezüglich fällt Art. 52 BVG selbstredend nicht in Betracht. Und auf die Mitglieder des Kantonsrats findet das zürcherische Haftungsgesetz keine Anwendung (§ 1 Abs. 2). Seine Pflicht verletzt hätte im angenommenen Fall indessen der Kantonsrat als Gremium, das in solchen Fällen für den Staat handelt. Nach § 6 des Haftungsgesetzes haftet der Kanton für den Schaden, den ein Angestellter bzw. Mitglieder einer Behörde (§ 4) einem Dritten widerrechtlich zufügen. Auch in dieser Konstellation könnte, wie bei einer allfälligen Haftung des Kantons für Geschäftsführungsmängel, keine Verjährung laufen, bevor die Vorsorgeeinrichtung (oder in diesem Kontext allenfalls eine Versicherten-gemeinschaft) als Geschädigte Prozessfähigkeit für ein Verfahren gegen den Kanton erlangt hat (§ 24 Haftungsgesetz setzt ebenfalls Prozessfähigkeit des Geschädigten voraus).

4.5. Zusammenfassung

- 95 *Ein Haftungsanspruch gegen den Kanton kann solange nicht verjähren, als der Kanton gleichzeitig Träger der Vorsorgeeinrichtung und Haftungssubjekt ist. Verjährt sein können hingegen Ansprüche des Kantons als Träger der Vorsorgeeinrichtung gegen andere Personen, die aufgrund von Art. 52 BVG selbst haftbar sind. Bei Ansprüchen gegen Mitglieder des Regierungsrats insbesondere läuft die absolute Verjährung spätestens ab faktischer Aufgabe der Organfunktion: Verjährt sind alle Ansprüche gegen ein Mitglied des Regierungsrats, das vor mindestens 10 Jahren ausgeschieden ist, und alle Pflichtverletzungen von Mitgliedern des Regierungsrats, die als störender Zustand vor mindestens 10 Jahren beseitigt worden sind. Die relative Verjährung läuft nur, falls die Hypothese zutrifft, dass der Kantonsrat für die Geltendmachung der Ansprüche zuständig ist. Gegebenenfalls tritt die Verjährung fünf Jahre nach dem Zeitpunkt ein, in dem der Kantonsrat Kenntnisse hatte, die ihm den Schluss auf einen Mitgliedern des Regierungsrats zurechenbaren Schaden erlaubten.*

5. Der Rahmen möglicher Pflichtverletzungen des obersten Organes

- 96 Eine Verantwortlichkeit der Organträger ergibt sich gemäss Bundesgerichtsrechtssprechung daraus, dass die möglicherweise verantwortlichen Personen, «die sich aus Gesetz und Verordnungen, aus der Stiftungsurkunde, den Reglementen, den Beschlüssen des Stiftungsrates, einem Vertragsverhältnis sowie den Weisungen der Aufsichtsbehörde ergebenden Pflichten, wozu auch die allgemeine Sorgfaltpflicht gehört» (BGE 128 V 124), nicht wahrgenommen haben.

5.1. Gesetzliche Pflichten des obersten Organes

- 97 Die Aufgaben und die Funktionsweise der obersten Organe der beruflichen Vorsorge sind auf Gesetzesebene nicht systematisch und vollständig geregelt (auf der Verordnungsebene finden sich indes weitere Regelungen, die immer zahlreicher und detaillierter wurden). Die beschränkte Regelung auf Gesetzesebene ist ein Ausfluss des weitgehenden Selbstorganisationsrechtes – und der Selbstorganisationspflicht – der Vorsorgeeinrichtung. Dieses Selbstorganisationsrecht basiert auf Art. 49 BVG, der festlegt, die Vorsorgeeinrichtung sei «im Rahmen dieses Gesetzes in der Gestaltung ihrer Leistungen, in deren Finanzierung und in ihrer Organisation frei». Aufgaben werden den Vorsorgeeinrichtungen generell zugewiesen. Durch wen diese auszuführen sind, hat die Vorsorgeeinrichtung bzw. haben ihre Organe selbst zu bestimmen. So hat die Vorsorgeeinrichtung gemäss Art. 50 Abs. 1 BVG «Bestimmungen zu erlassen über die Leistungen, die Organisation, die Verwaltung und Finanzierung und die Kontrolle» (sowie, hier weniger interessierend, das Verhältnis zu den Arbeitgebern, zu den Versicherten und zu den Anspruchsberechtigten).
- 98 Zudem werden der Vorsorgeeinrichtung weitere Pflichten in Art. 51 BVG zugewiesen – die ordnungsgemässe Durchführung der paritätischen Verwaltung – und

in Art. 53 BVG die Bestimmung einer Kontrollstelle und eines anerkannten Experten für die berufliche Vorsorge, sowie neuerdings in Art. 53 b den Erlass von Regelungen über die Teilliquidation. Eine weitere zentrale Aufgabe der Vorsorgeeinrichtung ist die Pflicht zur Vermögensverwaltung gemäss Art. 71 BVG. Die Vorsorgeeinrichtung hat das Vermögen so zu verwalten, «dass Sicherheit und genügender Ertrag der Anlagen, eine angemessene Verteilung der Risiken sowie die Deckung des voraussehbaren Bedarfes an flüssigen Mitteln gewährleistet sind».

5.2. **Nicht übertragbare Aufgaben des obersten Organs**

99 Zur Frage, was nun an diesen Pflichten durch das oberste Organ selbst wahrgenommen werden muss und was delegiert werden darf, hat die Lehre den Begriff der nicht delegierbaren, d.h. der unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Stiftungsrates (bzw. im weiteren Sinne der Verwaltung als oberstem Organ) entwickelt. Diese Rechtsfigur entspricht weitgehend der für den Verwaltungsrat der Aktiengesellschaft gültigen und seit einiger Zeit im OR (Art. 716a) auch ausdrücklich fest geschriebenen Lösung. Zu diesen unentziehbaren Aufgaben werden insbesondere gezählt (vgl. dazu : MÜLLER, S. 134f, STAUFFER, S. 518; HELBLING, Personalvorsorge, 2006 , S. 139 und RIEMER, 2006, S. 45)

- Festlegung der Organisation
- Beschlussfassung über die Unterschriftenregelung und Kompetenzordnung
- Festlegen der Anlagestrategie
- Abstimmung von Vermögensanlage und Geschäftspolitik
- Ausgestaltung des Rechnungswesens und der Finanzkontrolle
- Veranlassung der Orientierung der Versicherten
- Verkehr mit der Aufsichtsbehörde
- Beschlussfassung über den Aufbau, die Entwicklung und den langfristigen Erhalt der Vorsorgeeinrichtung
- Erlass der Reglemente

- Festsetzung des Beitrags- und Leistungssystems
 - Ernennung der Kontrollstelle und des Experten
 - Verabschiedung von Jahresrechnung und Jahresbericht
 - Durchführung von Teilliquidationen
 - Ergreifen von Massnahmen bei Deckungslücken und Information der Aufsichtsbehörde (Art. 44 BVV2)
 - Wahl der Deckung der Risiken (Art. 67 BVG, Art. 43 BVV2)
- 100 Zusammenfassend führt STAUFFER (S. 518) aus, dem Stiftungsrat (bzw. dem obersten Organ) obliege «die Beschlussfassung über die strategische Ausrichtung der Vorsorgeeinrichtung, die Leistungsausgestaltung, die Anlagestrategie». «Somit kommt dem Führungsorgan die generelle und primäre Kompetenz in allen Belangen der Vorsorgeeinrichtung zu. Eine Delegation dieser Kompetenz ist nicht zulässig». Vgl. dazu auch Riemer, 2006, S. 45 „ Der Aufgabenbereich dieses Exekutivorgans umfasst einerseits die Besorgung der internen Angelegenheiten der Stiftung, andererseits die Vertretung der Stiftung nach aussen“.
- 101 Oft wird darauf hingewiesen, dass zur Vorbereitung solcher Geschäfte Ausschüsse bestimmt werden. So sagt STAUFFER (S. 519): «In zahlreichen Vorsorgeeinrichtungen existieren für Anlageentscheide spezielle Anlagekommissionen, denen nicht immer nur Mitglieder des Führungsorgans angehören, sondern auch externe Fachleute wie etwa Anlagespezialisten, Immobilienfachleute etc. Selbst wenn diesen Organen sogar eine Entscheidungsbefugnis eingeräumt wird, liegt letztlich die Verantwortung für alle Beschlüsse beim Führungsorgan» (vgl. auch MÜLLER, S. 134f. sowie MOZAR/HUBATKA, S. 54 und VETTER-SCHREIBER, Verantwortlichkeit, S. 21).
- 102 Diese nicht delegierbaren Führungsaufgaben, insbesondere im Bereiche der Vermögensanlage, wurden auf Verordnungsstufe in zwei Schritten konkretisiert (vgl. insbesondere LANG, Anlagevorschriften). Die Revision der BVV2 Anlagevorschriften führte einen neuen Artikel 49 a BVV2 ein, in Kraft seit 1. Juli 1996. Gemäss dieser Bestimmung legt die Vorsorgeeinrichtung «die Ziele und Grundsätze, die Durchführung und Überwachung der Vermögensanlage nachvollziehbar

so fest, dass das paritätische Organ seine Führungsaufgabe vollumfänglich wahrnehmen kann». Diese Neuregelung bedeute eine Verdeutlichung der «Führungsaufgabe des paritätischen Organes in der Frage der Vermögensverwaltung und des Rechnungswesens» (Mitteilung über die berufliche Vorsorge Nr. 35). In einem zweiten Schritt mit Inkrafttreten per 1. April 2000 werden nicht nur die Anlagevorschriften in zahlreichen Details (kollektive Anlagen, Erweiterung der Anlagemöglichkeiten) näher geregelt, sondern auch der Grundsatz der Anlagevorschriften von Art. 50 BVV2 wird neu umschrieben. Nicht mehr nur die Auswahl der Vermögensanlagen, sondern auch die Bewirtschaftung und Überwachung muss die Vorsorgeeinrichtung sorgfältig vornehmen. Es steht nicht allein die Sicherheit im Vordergrund, vielmehr muss die Sicherheit «in Würdigung der gesamten Aktiven und Passiven sowie der Struktur und der zu erwartenden Entwicklung des Versicherungsbestandes» Art. 50 Abs. 2 BVV2 angepasst werden (vgl. auch LANG, Anlagevorschriften, S. 776).

- 103 Keine wesentlichen Änderungen in diesem Bereich bringt die per 1. Januar 2005 in Kraft getretene erste BVG-Revision. Aber die per 2012 in Kraft tretende Strukturreform hält in einem neu eingeführten Artikel 51a BVG eine klare Umschreibung der «unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des obersten Organes der Vorsorgeeinrichtung» fest. Es ist allgemein anerkannt, dass dieser neue Artikel kein neues Recht einführt, sondern lediglich das kodifiziert, was bisher bereits Geltung hatte (vgl. ERICH PETER, Folie 8). Es wird festgehalten, dass «das oberste Organ der Vorsorgeeinrichtung die Gesamtleitung wahrnimmt», «die strategischen Ziele und Grundsätze bestimmt» und die Organisation festlegt. «Es legt die Organisation der Vorsorgeeinrichtung fest, sorgt für ihre finanzielle Stabilität und überwacht die Geschäftsführung». Im zweiten Absatz werden die unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben von a) bis n) detailliert dargestellt. Dazu gehören nebst dem zentralen Erlass und Änderungen von Reglementen u.a. die

- a) Festlegung des Finanzierungssystems
- c) Erlass und Änderung von Reglementen
- d) Genehmigung der Jahresrechnung
- e) Festlegung der Höhe des technischen Zinssatzes und der übrigen technischen

Grundlagen

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 der Vorsorgeeinrichtung

- 104 Weiter hält Art. 51a BVG in Abs. 3 fest, dass es die Vorbereitung und Ausführung seiner Beschlüsse oder die Überwachung «Ausschüssen oder einzelnen Mitgliedern zuweisen» darf. Er hat aber für eine angemessene Berichterstattung zu sorgen.
- 105 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass im Grundsatz unverändert seit Inkrafttreten des BVGs gilt: Das oberste Organ der Vorsorgeeinrichtung hat zahlreiche nicht delegierbare Aufgaben und ist insbesondere für Strategie und Überwachung zuständig. Diese unentziehbaren Aufgaben wurden zwar auf der Ebene der Anlagenvorschriften mehrfach präzisiert, entscheidend schon vor mehr als 10 Jahren. Eine grundsätzliche Änderung der Aufgaben und Pflichten oder eine Verschiebung hat nicht statt gefunden.
- 106 Der beste Beleg dafür, dass die neuen Bestimmungen in den Verordnungen und nach der Strukturreform (ab 2012 auch im Gesetz) lediglich längst Bekanntes kodifizieren, ist der Artikel von GULLO (er entspricht einem Referat am BVG-Seminar 2000 des Amtes für Sozialversicherung und Stiftungsaufsicht des Kantons Bern). Man erhält fast den Eindruck, der Gesetzgeber habe für den neuen Artikel 51a BVG hier abgeschrieben. Er listet auf einer ganzen Seite die «unübertragbaren Aufgaben» des obersten Organes auf und hält fest: «Diese Kernverantwortung kann er nicht delegieren».

5.3. Art der Wahrnehmung der Führungsverantwortung

- 107 Bezüglich der Art und Weise der Wahrnehmung der nicht delegierbaren Aufgaben durch das oberste Organ sind gelegentlich Hinweise zu finden, die in ihrer Art

banal erscheinen, aber trotzdem bedeutungsvoll sind. GULLO, S. 49f. , weist darauf hin, dass das Mitglied des Stiftungsrates Anspruch hat, die erforderlichen Unterlagen rechtzeitig zu erhalten und dass diese «Lösungsvarianten und deren Auswirkungen aufzeigen». «Sogenannte 'Tischvorlagen', d.h. die Abgabe von Entscheidungsgrundlagen zu substanziellen Vorlagen während der Sitzung» seien unzulässig. Während der Sitzung haben auch die mit der Geschäftsführung betrauten Personen uneingeschränkt zu informieren (GULLO, S. 49). Ebenso banal aber wichtig die Hinweise von MOZAR/HUBATKA, S. 54: «Es ist zudem ein vernünftiger Rhythmus von Stiftungsratsitzungen zu wählen: eine Sitzung pro Jahr genügt höchstens noch für kleine Wohlfahrtsfonds». «Selbstverständlich muss auch eine gewissenhafte Vorbereitung der Sitzungen möglich sein, was bedingt, dass den Mitgliedern die nötigen Unterlagen rechtzeitig vor der Sitzung zugestellt werden». Und dann folgt noch der Hinweis auf die Pflicht zur «systematischen kontinuierlichen Weiterbildung», inzwischen auch eine gesetzlich ausdrücklich statuierte Pflicht (vgl. Art. 51 Abs. 6 s BVG, in Kraft seit 2005).

- 108 Eine angesichts der Selbstverständlichkeit nirgends ausdrücklich vorgesehene Pflicht dürfte es auch sein, dass das oberste Organ über seine Verhandlungen ein Protokoll führt, das versandt und an der nächsten Sitzung ordnungsgemäss genehmigt wird.
- 109 Zu den üblichen Standards gehört weiter, dass das Organ nicht nur zusammen kommt, sondern auch diskutiert. Die Qualität eines Organes, das aus mehreren Personen zusammen gesetzt ist – im Gegensatz zum Entscheid durch eine Einzelperson – folgt aus der Annahme, dass mehrere Personen mehr wissen und in der Diskussion qualitativ bessere oder zumindest ausgewogenere Lösungen zu Stande bringen.

5.4. **Pflichtverletzungen auf Grund der Verletzung interner Vorschriften**

- 110 Gemäss Art. 50 BVG hat die Vorsorgeeinrichtung ihre interne Organisation und die Vermögensanlage reglementarisch festzuschreiben. Mit diesen Reglementen werden Kompetenzen festgelegt und interne Abläufe bestimmt, die ihren Zweck

nur dann erfüllen, wenn sie auch eingehalten werden. Einerseits konkretisiert die Vorsorgeeinrichtung damit Vorgaben einer pflichtgemässen Verwaltung. Sie kann sich aber auch Vorschriften auferlegen, die über das gesetzlich unbedingt Notwendige hinaus gehen. Mit dem Erlass derartiger Bestimmungen erfolgt automatisch eine Selbstverpflichtung der Vorsorgeeinrichtung, ihre eigenen Vorschriften auch einzuhalten. Die Verletzung eigener reglementarischer Vorschriften stellt somit dem Grundsatz nach ebenso eine Sorgfaltspflichtverletzung dar wie die Verletzung gesetzlicher Regeln selbst.

5.5. Zulässige und unzulässige Delegation

- 111 In der Regel präzisieren die Reglemente nicht bloss die konkreten Aufgaben, sie umschreiben auch, welche Aufgaben sie an untergeordnete Stellen wie Ausschüsse des obersten Organes, an andere Fachgremien, und insbesondere an die Geschäftsführung delegieren kann. Mit der Delegation nimmt das oberste Organ eine Beschränkung seiner Aufgaben vor und dem Grundsatz nach auch eine Haftungsbeschränkung vor. Die Möglichkeit der Beschränkung der Haftung durch Delegation ist allerdings in verschiedener Hinsicht eingeschränkt.
- 112 Eine Haftungsbeschränkung durch Delegation ist nur soweit möglich, als es sich um delegierbare Aufgaben handelt. Es entspricht dem Wesen der nicht delegierbaren Führungsaufgaben, dass diese zwingend durch das oberste Organ selbst wahrzunehmen sind. Liegt eine unzulässige Delegation vor und begeht die delegierte Stelle Fehler oder Pflichtverletzungen, muss sich diese das oberste Organ vollumfänglich anrechnen lassen. (Macht es die delegierte Stelle allerdings besser, als es die Delegierenden könnten, dann schadet die Delegation nicht – im Gegenteil).
- 113 Bei der zulässigen Delegation, wo es um abtretbare Entscheidungen geht, ist zu beachten, dass die Delegation auch formell ordnungsgemäss abläuft. Nach herrschender Lehre muss auch die Delegation von delegierbaren Aufgaben «formell auf den Statuten und dem Organisationsreglement oder einem vergleichbaren

protokollierten Beschluss des Stiftungsrates beruhen» (GULLO, S. 59).

- 114 Die Delegationen und der Beizug von Fachleuten sind eine mögliche und zweckmässige Art der Eingrenzung der Haftbarkeit. Der Beitrag solcher Spezialisten – genannt werden Anlagespezialisten, Kontrollstelle oder Global Custodian – wird sogar für gewisse Stiftungen als nötig vorausgesetzt. GULLO sagt (S. 46), der Stiftungsrat «zieht, falls er die Lage nicht selber meistern kann, einen Sachverständigen bei».
- 115 Die durch diese Delegation verbundene Enthftung ist aber nur eine beschränkte. Die delegierende Stelle ist, wie eine Firma nach Obligationenrecht, dafür verantwortlich, dass sie die delegierten Personen sorgfältig ausgewählt hat, dass sie sie sorgfältig instruiert und auch entsprechend überwacht (*diligentia in eligendo, instruendo et custodiendo*). Zudem darf er die Aussagen der Delegierten, wenn es auch Spezialisten sind, nicht unbesehen übernehmen. «Der Organträger muss bei der Auswertung der Expertenaussagen äusserst vorsichtig sein; insbesondere muss geprüft werden, ob die vom Sachverständigen zu Grunde gelegten Annahmen und Zielsetzungen tatsächlich zutreffen» (VETTER-SCHREIBER, Verantwortlichkeit, S. 23).
- 116 Die Abgrenzung, was zulässiger- oder unzulässigerweise delegiert werden kann, d.h. was delegierbare und nicht delegierbare Aufgaben sind, ist zuweilen schwierig. Es kommt auch auf die Grösse der Vorsorgeeinrichtung an. So schreibt VETTER-SCHREIBER weiter: «Die Delegierung von gewissen Organpflichten bzw. der Geschäftsführung auf eine untere Ebene ist bei grösseren Vorsorgeeinrichtungen nicht nur erlaubt, sondern im Hinblick auf eine optimale Organisation geboten. Nebst der erwähnten statutarischen Grundlage bedarf es im konkreten Fall eines Beschlusses des obersten Organes, der die Delegierung in die Tat umsetzt; die Delegierung muss im Weiteren jederzeit widerrufbar sein». Desgleichen sagt VETTER-SCHREIBER aber auch: «Nicht delegierbar ist die Kernverantwortung» (VETTER-SCHREIBER, Verantwortlichkeit, S. 22).
- 117 Zusätzlich zu diesen Delegationsfragen wird ein besonderes Gewicht im Vorsorgerecht auf den Informationsfluss gelegt. Auch diese - seit 2010 in Art. 51a BVG

festgelegte - Informationspflicht (das oberste Organ «hat für eine angemessene Berichterstattung an seine Mitglieder zu sorgen») war bereits in der alten Fassung in Art. 49a BVV2 festgelegt. Gemäss dieser Bestimmung sind die Ziele, Grundsätze und Durchführung der Vermögensanlage so festzulegen, «dass das paritätische Organ seine Führungsaufgabe vollumfänglich wahrnehmen kann». Und in der Lehre wurde schon im Jahre 2000 die Ausgestaltung und Bedeutung der Informationspflichten gegenüber dem Stiftungsrat als wesentliches Element der Verantwortlichkeitsproblematik gesehen (auch hier wieder beispielhaft GULLO, S. 40ff, insbesondere S. 47ff).

- 118 Zu einer ordentlichen Informationspflicht gehört auch eine angemessene Periodizität der Berichterstattung, die je nach Grösse und Struktur der Vorsorgeeinrichtung unterschiedlich sein kann. Bereits erwähnt wurde, dass die früher gelegentlich geübte Praxis von bloss einer Sitzung pro Jahr der heutigen Komplexität nicht mehr angemessen ist. Und in jedem Fall ist über ausserordentliche Ereignisse ausserhalb des ordentlichen Sitzungsrhythmus zu orientieren oder mit andern Worten, bei besonderen Ereignissen, «die ein Eingreifen des Stiftungsrates erfordern, ist dieser möglichst rasch zu informieren» (GULLO, S. 48).

5.6. Weitere mögliche Pflichtverletzungen

- 119 Gemäss der eingangs zitierten Umschreibung der möglichen Pflichtverletzung in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind insbesondere noch zwei weitere Punkte zu erwähnen – die Zuwiderhandlung gegenüber Auflagen der Aufsichtsbehörde und die Verletzung der allgemeinen Sorgfaltspflicht. Die Aufsichtsbehörde ist nach Art. 62 BVG verpflichtet, wenn sie auf Grund ihrer Prüfungstätigkeit Probleme erkennt, «Massnahmen zur Behebung von Mängeln» zu treffen. Die Art der Massnahmen ist weder im Gesetz noch in der Verordnung näher umschrieben. Es gelten anerkanntermassen aber die üblichen Massnahmemöglichkeiten des Stiftungsrechtes wie Erteilung von Weisungen, die Ansetzung von Fristen bis hin zur teilweisen oder gänzlichen Amtsenthebung des Stiftungsrates. Dass die Widerhandlung gegen solche Massnahmen eine Pflichtwidrigkeit darstellt, versteht sich von selbst; wenn die obersten Organe damit nicht einverstanden sind,

können sie Beschwerde erheben.

- 120 Weniger klar und auch nicht näher umschrieben ist die Pflichtverletzung durch Missachtung der allgemeinen Sorgfaltspflicht. Hierin darf ein genereller Verweis darauf gesehen werden, dass sich eine mit der Führung betraute Person dann verantwortlich macht, wenn sie nicht die Sorgfalt verwendet, die ein durchschnittlicher Stiftungsrat in einer vergleichbaren Situation anwenden würde. Im Bereiche der Anlage kann mit der allgemeinen Sorgfaltspflicht auch ein Verweis auf die dort gelegentlich zitierte «prudent man rule» verstanden werden (so MOZAR/HUBATKA, S. 54.). Der Hinweis auf die allgemeine Sorgfaltspflicht bedeutet unter diesem Blickwinkel insbesondere, dass man sich bei der Prüfung möglicher Sorgfaltspflichtverletzungen nicht nur darauf konzentrieren muss zu suchen, wo eine Gesetzes-, Verordnungs- oder Reglementsbestimmung ihrem Wortlaut nach verletzt ist, sondern den grösseren Zusammenhang sehen: Wo ein unsorgfältiges oder wenig vernünftiges Handeln beobachtet wird, das den Standards gut geführter Vorsorgeeinrichtungen widerspricht, liegt ein Haftungstatbestand nahe. Nahe bei der Pflichtwidrigkeit ist man dort, wo die Verantwortlichen sich anders verhalten, als Kollegen in ähnlicher Funktion, denen man branchenüblich ein sorgfältiges Verhalten attestiert.
- 121 Hinweise, dass die Haftungsregeln bei öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen in anderer Weise angewendet werden müssen, sind weder in der Lehre noch in den gesetzlichen Bestimmungen oder der Verordnung zu finden. Allenfalls könnte die Vorschrift von Art. 50 Abs. 2 BVG in einer bestimmten Konstellation zu einer Haftungseinschränkung führen: dort wo in den öffentlich-rechtlich erlassenen Grundlagen der Vorsorgeeinrichtung Bestimmungen stehen, die mit dem BVG nicht vereinbar sind – und an denen die Organpersonen selbst nichts ändern können. Das ist in der BVK deshalb nicht der Fall, weil das Gesetz über die Versicherungskasse für das Staatspersonal mit seinen 17 Artikeln sehr wenig konkret ist und als Rahmengesetz nirgends Bestimmungen des BVG zu verletzen scheint, zumal es auch in der grundlegenden Frage der Organisation das Meiste offen lässt. Das Gesetz delegiert das Weitere, und insbesondere auch den Erlass der Statuten an das oberste Organ der Vorsorgeeinrichtung, an den Regierungsrat.

Dieser ist damit frei, aber auch verpflichtet, eine der Vorsorgeeinrichtung angemessene und dem BVG entsprechende Lösung in den Statuten einzurichten.

- 122 Dass die Statuten der Genehmigung durch den Kantonsrat bedürfen, kann auch nicht als Einschränkung der Gestaltungsfreiheit des obersten Organes der BVK gelten. Denn Genehmigungspflicht durch den Kantonsrat heisst nur, dass er die vorgelegten Statuten, so wie sie sind, akzeptieren oder ablehnen kann; das Recht, selbst Detailänderungen vorzunehmen, fehlt. Mit der Konstituierung der Vermögensverwaltung als eigenes Amt im Jahre 1995, mit der Integration der BVK spezifischen Vermögensverwaltung per 01.01.2004 und mit der Übergabe der Hypotheken und der Liegenschaftsverwaltung an die BVK Ende 2007 hat der Regierungsrat gezeigt, dass er für allenfalls erforderliche organisatorische Änderungen zuständig ist. Das gilt sogar für das von ihm vorbereitete Gesetz über die Verselbständigung der Versicherungskasse des Staatspersonales, welches vom Kantonsrat am 10.02.2003 einstimmig beschlossen– aber bis heute durch den Regierungsrat noch nicht umgesetzt wurde.

5.7. Zusammenfassung

- 123 *Die für die Verantwortlichkeit der Mitglieder des obersten Organes der Vorsorgeeinrichtung möglichen Pflichtverletzungen liegen in erster Linie darin, dass sie die ihnen zugewiesenen nicht delegierbaren Aufgaben nicht, unvollständig oder falsch wahrnehmen. Sie werden verantwortlich, wenn sie nicht so handeln wie ein durchschnittlicher Stiftungsrat in einer vergleichbaren Vorsorgeeinrichtung handeln würde. Die Mitglieder des obersten Organes müssen sich auch die für die Aufgabe im Stiftungsrat erforderliche grundlegende Fachkenntnis verschaffen und müssen dort, wo diese üblicherweise nicht genügt, die erforderlichen externen Fachleute beiziehen, deren Aussagen studieren und verstehen, kritisch würdigen und entsprechend handeln. Sie können Aufgaben, soweit diese zu den delegierbaren gehören, an eigene Arbeitnehmer, an Fachleute oder an externe Firmen übertragen. Sie bleiben aber für die sorgfältige Auswahl, Instruktion und Überwachung verantwortlich. Darüber hinaus müssen sie auch sicherstellen, dass die von ihnen zwingend zu erlassenden Reglemente eingehalten werden. Bei*

zahlreichen Führungsaufgaben ist eine Delegation aber nicht zulässig. Wird trotzdem delegiert, bleibt das delegierende Organ für jeden Fehler selbst verantwortlich. Besonderheiten für öffentlich-rechtliche Kassen bestehen diesbezüglich keine.

- 124 *Diese Pflichten gelten dem Grundsatz nach seit Inkrafttreten des BVG's im Jahre 1985. Sie wurden zwar auf Verordnungsebene präzisiert, mit Revisionschritten insbesondere 1996 und 2000. Bei den zusätzlichen Vorschriften geht es aber nur um die Konkretisierung der grundlegend bereits bekannten Pflichten. Mit Sicherheit waren bereits im Jahre 2000 diese grundlegenden Pflichten im Detail bekannt und wurden in den üblichen Informationsveranstaltungen für Stiftungsräte, organisiert meist durch die Aufsichtsbehörden, als einzuhaltende Standards ausführlich doziert.*

III. Pflichtverletzung und Haftung bei der BVK

6. Die wesentlichen Pflichtverletzungen

- 125 Auf der Basis der aufgezeigten rechtlichen Grundlagen ist nun zu prüfen, welche Vorfälle bei der BVK als Sorgfaltspflichtverletzungen qualifiziert werden können, die zu einer zivilrechtlichen Verantwortlichkeit im Sinne von Art. 52 BVG führen. Dabei darf auf die bereits umfangreichen Fachabklärungen abgestellt werden, insbesondere auf das zentrale, von der PUK in Auftrag gegebene Gutachten von PPCmetrics. Dieses befasst sich allerdings in erster Linie mit der Organisation des Anlageprozesses und ist hierin sehr detailliert. Die nachfolgenden Ausführungen konzentrieren sich bewusst nur auf die zentralen Sachverhalte, die als Pflichtverletzungen erscheinen, ohne Anspruch auf Vollständigkeit. Da es dabei nicht um isolierte Einzelfälle geht sondern um zusammenhängende Verhaltensmuster, müssen diese Pflichtverletzungen in Gruppen zusammen gefasst werden. Eine detaillierte Schilderung der fehlerhaften Einzelhandlungen ist weder möglich noch nötig. Deshalb sind die nachfolgend aufgeführten Sachverhaltsdetails lediglich beispielhaft und nicht abschliessend.
- 126 Vorab zu bemerken ist zu allen nachfolgenden Ausführungen und Wertungen, dass sie nur die Zeitspanne von ca. 2000 bis 2009 betreffen. Nach ersten diesbezüglichen Ansätzen im Jahre 2008 ändert sich Struktur und Rhythmus der Führung der BVK rasch und nachhaltig. Insbesondere unter dem am 01.05.2009 ein tretenden neuen Amtsleiter werden zentrale Probleme rasch angegangen und gelöst (z.B. häufigere Regierungsratsentscheide zur BVK, Teilnahme des Amtsleiters an deren Sitzungen, Einstellung von zusätzlichem Personal, grundlegende Änderung des Anlageprozesses, Intensivierung des IKS-Prozesses, Beizug zusätzlicher externer Experten und kritische Würdigung der Resultate dieser Untersuchungen, etc.). Diese Änderungen bestätigen die vorstehenden Mängel nachdrücklich.
- 127 Im Sinne einer zweiten Vorbemerkung ist auf die schwierig vorstellbare Grösse der BVK hinzuweisen. Sie ist eine der grössten Vorsorgeeinrichtungen der Schweiz – nach der Publica vermutlich die zweitgrösste öffentlich-rechtliche. Und

sie wird von den privatrechtlichen an Grösse wohl nur durch die Pensionskasse der UBS übertroffen (vgl. die Zahlen bei HELBLING, Personalvorsorge 2006, S. 39, Stand 2005). Das Anlagevolumen von 20 Milliarden entspricht dem Anlagevermögen einer mittelgrossen Privatbank und übertrifft das Privatvermögen aller in der Schweiz ansässigen Milliardäre mit Ausnahme des allerreichsten Schweizer (nach der neuesten Darstellung der Zeitschrift BILANZ). Die Grössenordnung des treuhänderisch für Zehntausende von kantonalen Angestellten verwalteten Vermögens ist mit von Bedeutung für die Würdigung der eingehaltenen oder nicht eingehaltenen Standards – und für die Beurteilung der Intensität der Beschäftigung der Organe mit den Belangen der BVK.

6.1. Der Regierungsrat hat seine Führungsfunktionen ungenügend wahrgenommen

- 128 Das oberste Organ der BVK - die Verwaltung im Sinne des BVG - ist der Regierungsrat. Er ist verantwortlich für die Wahrnehmung der nicht delegierbaren Führungsfunktionen. Ausdrücklich ist das zwar in den Statuten nicht erwähnt. Für allfällige Unklarheiten, wem diese Funktion obliegt, wäre der Regierungsrat selbst verantwortlich: denn er ist es, der die Statuten und damit die Organisationsstrukturen der BVK festzulegen hat. Zweifellos gehören zu diesen nicht delegierbaren Aufgaben auch die strategische Führung und die Überwachung der Anlage des Vermögens von 20 Milliarden. Ausser dem Grundsatz von § 72, dass die «Anlage der Kapitalien» «sich nach den Vorschriften des BVG» richtet, fehlen in den Statuten jegliche weiteren Bestimmungen zur Vermögensanlage. Mit dieser – seit 1996 unveränderten – mangelhaften Regelung (und der später zu behandelnden stillschweigenden Kompetenzdelegation an die Finanzdirektion) hat der Regierungsrat seine wichtigste Aufgabe mangelhaft wahrgenommen. Dies wäre die Pflicht, auch die für die Vermögensanlage der BVK massgeblichen Grundlagen in den internen Vorschriften, den Statuten, allfällige Reglemente mit der erforderlichen und üblichen Detaillierung zu umschreiben.
- 129 Wie lange der Regierungsrat an seinen Sitzungen sich mit der Verwaltung der BVK befasst hat, ist nur sehr schwierig festzustellen. Die Verhandlungen des Re-

gierungsrates werden nicht protokolliert. Ob an Beschlussvorlagen Änderungen vorgenommen wurden, ist auch nicht nachvollziehbar. Offensichtlich wurden auch keine besonderen Traktandenlisten oder ein Sitzungsrhythmus für die BVK eingehalten. Es wurden – gemäss der Chronologie («Vermögensverwaltung BVK: Umfeld, Ereignisse, Aktivitäten») - sehr unregelmässig Regierungsratsbeschlüsse zur BVK gefasst. Der grössere Teil der Beschlüsse betrifft personelle Ereignisse (z.B. Amtsantritt eines neuen Regierungsrates, Mutationen in der Geschäftsleitung) sowie Antwort auf parlamentarische Anfragen. Nebst dem bis 2007 alljährlichen Regierungsratsbeschluss zu Anlagepolitik und Anlagekonzept fehlen weitere Beschlüsse zu Anlagefragen vollständig (mit Ausnahme der in der nachfolgenden Ziffer erwähnten Diskussionen über alternative Anlagen). Dies zumindest soweit die Zusammenstellung in der Chronologie zuverlässig ist. Auch die Jahresrechnungen der BVK werden vom Regierungsrat bis 2008 nicht beschlussmässig verabschiedet und somit offensichtlich auch nicht behandelt und diskutiert.

- 130 Dieser Sitzungsrhythmus und die Protokollierung widersprechen grundlegend dem, was bei Personalvorsorgeeinrichtungen – auch bei kleinen und mittelgrossen - üblich ist. Die Auflistung der BVG-bezogenen Regierungsratsbeschlüsse führt zum Schluss, dass die durch den Regierungsrat für die BVK aufgewendete Zeit nur einem Bruchteil derjenigen einer anderen vergleichbaren Vorsorgeeinrichtung entspricht. Bezeichnend ist, dass auch nur sehr selten externe Fachleute an solche Sitzungen beigezogen wurden. Und als einmal neue Anlageformen dem Regierungsrat präsentiert wurden, machte dies der in Anlagefragen wenig versierte BVK-Chef (zusammen mit dem Investment-Controller) und nicht der Anlageverantwortliche der BVK (PPCmetrics, S. 83, und im Anhang Befragung Gloor, S. 3). Ansonsten hat der Investment Controller auch immer nicht dem Regierungsrat, sondern dem bzw. der Finanzdirektorin rapportiert.
- 131 Mit der Vermögensanlage hat sich der Regierungsrat in der Regel nur einmal jährlich befasst. Auf Grund eines Berichtes der BVK und ihres Vermögensverwalters wurde jährlich die Strategie, d.h. die strategischen Zielwerte der Asset Allokation, beschlossen (die Festlegung der Bandbreiten oblag der Finanzdirektion). Das dem Regierungsrat alljährlich vorgelegte Papier bietet einen breiten, aber nicht sehr attraktiven Überblick über die Entwicklung der Anlagemärkte im ver-

gangenen Jahr mit einem tabellarischen Vorschlag bezüglich der Asset Allokation. Vorgelegt wurde das Papier von der Finanzdirektorin, verfasst war es vom Vermögensverwalter der BVK. Dieser Antrag wurde dann offensichtlich unverändert als Regierungsratsbeschluss genehmigt. Darstellung und Aufbau dieser Beschlussvorlagen stellen keine Einladung zur Diskussion dar. Insbesondere enthalten die Anträge auch keine Handlungsalternativen mit Hinweis auf die Vor- und Nachteile derselben. Dass der Regierungsrat einlässlich und fachkompetent über die Anlagestrategie beraten hat, erscheint auf Grund dieser Beschlussvorlage – und auch weil in der Regel keine Fachleute beigezogen wurden – unwahrscheinlich. Das Eine oder das Andere bleibt indes mangels Protokollen unbeweisbar.

- 132 Aber auch wenn hier ein kontinuierlicher Beschlussrhythmus eingehalten wurde: Jährlich über die Strategie zu beschliessen, ist sehr unüblich (erst ab dem Jahre 2007 wurde die Anlagestrategie auf einen längeren Horizont festgelegt, am 09.05.2007 für die Jahre 2007 bis 2011, dann aber doch schon wieder am 22.10.2008 für 2008 bis 2012). Gemäss Meinung HENS (Beitrag S. 2) ist der Rhythmus für Strategiebestimmungen eher fünf statt drei Jahre. Nach der Meinung JANSSEN sollte man die Strategie vielleicht alle zwei, drei Jahre überprüfen oder, etwas überpointiert, «vielleicht gar nie» (Protokoll, S. 25).
- 133 Beispielhaft, vielleicht gar typisch, ist die Tatsache, dass gemäss der erwähnten CHRONOLOGIE der Ereignisse im Jahre 2003 auf der Ebene der Finanzdirektion und Regierungsrat nur drei Ereignisse erwähnt sind – nebst dem Kantonsratsbeschluss über die Verselbständigung der Versicherungskasse die zwei folgenden Regierungsratsbeschlüsse: Der Beschluss vom 23.04.2003 (Anlagepolitik 2002 und Anlagekonzept 2003) und der Beschluss vom 20.08.2003 (Antwort auf parlamentarische Anfrage wegen verzögerter Verselbständigung der Beamtenversicherungskasse). Die Beschäftigung des Regierungsrates mit der BVK war marginal (sogar wenn man annimmt, dass die Tabelle hier bezüglich der Ebene Finanzdirektion vielleicht unvollständig ist). Dies trotz des Umstandes, dass im Jahre 2003 auf Grund der Jahresrechnung 2002 bekannt wurde, dass die Versicherungskasse in eine Unterdeckung von 88,1% gefallen war. Dass sich der Regierungsrat in dieser höchst alarmierenden Situation nicht sofort und intensiv mit möglichen Massnahmen befasst hat, stellt eine gravierende Missachtung der Füh-

rungsverantwortung dar. Die in § 79 der Statuten ausdrücklich vorgesehene Pflicht zur Festlegung von Massnahmen bei einem Fehlbetrag von mehr als 10% wurde offenbar weder diskutiert noch wahrgenommen. Bei anderen Vorsorgeeinrichtungen wäre es üblich, dass das oberste Organ, nebst den mehrmaligen ordentlichen Sitzungen mit Traktanden und Unterlagen, in Krisensituationen –eine solche ist sicher ein Deckungsgrad unter 90% - Sitzungen mit externen Fachleuten einberuft und darauf gestützt Massnahmen beschliesst.

- 134 Mit den Abläufen der Vermögensverwaltung und der Kontrolle hat sich der Gesamregierungsrat gemäss den bekannten Beschlüssen gar nicht selbst befasst. Das ist bereits dadurch belegt, dass – trotz seiner Kompetenz zum Erlass von Vollzugsbestimmungen – die Anlagerichtlinien nicht von ihm, sondern von der Finanzdirektion erlassen wurden. Dies ist als Pflichtverletzung zu bezeichnen, die nicht nur materiell bedeutsam, sondern auch formell klar erscheint. Dieser Umstand legt – nebst anderen – den Schluss nahe, dass sich der Regierungsrat gar nicht bewusst war, dass er als oberstes Organ der Versicherungskasse gemäss den Bestimmungen des BVG für die Oberleitung der Verwaltung des Milliardenvermögens der BVK zuständig und verantwortlich zeichnet.
- 135 Dass die Regierungsräte dafür auf Grund ihrer grossen Belastung nicht genügend Zeit aufbringen konnten, kann sie ebenso wie andere Stiftungsräte nicht entschuldigen. Es fehlte offenbar ein Grundverständnis über diese Pflicht jedes Regierungsrates als Mitglied des obersten Organs der BVK. Noch unverständlicher ist, dass dies nicht bloss die in anderen Departementen eingebundenen Regierungsräte betrifft, sondern offensichtlich auch den für die BVK zuständigen Finanzdirektor. So hat a. Regierungsrat Huber auf die Frage, ob er die ALM-Studie von Ecofin kenne, geantwortet: «An die Studie über Asset Liability Management kann ich mich im Einzelnen nicht mehr erinnern. Es wäre mir allerdings angesichts meines gesamten Aufgabenportfolios als Finanzdirektor auch nicht möglich gewesen, eine solche Studie vertieft zu studieren» (PPCmetrics, Anhang S. 5 der Befragung RR Huber). Anzunehmen ist auch, dass die Regierungsräte die in der BVG-Welt üblichen Fortbildungsseminare für Stiftungsräte - die unter anderem auch jährlich von den Aufsichtsbehörden angeboten werden – kaum je besucht haben. Unwahrscheinlich auch, dass sie sich in anderer Weise ähnlich intensiv

über die Entwicklung auf dem komplexen Gebiet der beruflichen Vorsorge weitergebildet haben.

- 136 Das Gutachten PPCmetrics spricht zwar an verschiedenen Orten für einen ungenügenden Strategieprozess (so z.B. S. 17) – äussert sich aber nicht ausdrücklich zu den Aufgaben und Arbeiten des Regierungsrates, obwohl die Strategieraufgaben zu den unentziehbaren Aufgaben des obersten Organes gehören. Auch in den Meinungen JANSSEN, HENS und BRECHBÜHL sind wenig konkrete qualifizierende Aussagen über die Tätigkeit des Regierungsrates als oberstes Organ zu finden. Das spiegelt wohl eine dem Rang der Betroffenen angepasste Zurückhaltung wider. Offensichtlich ist aber das, was JANSSEN gemäss Protokoll auf Seite 9 und 10 gesagt hat, auch auf den Regierungsrat gemünzt: «Ich behaupte, man könnte nachweisen, wie Milliarden in den Sand gesetzt worden sind mit Unverstand, Arroganz und Überheblichkeit. Ich finde das unerhört, wirklich unerhört, und bin entsetzt. Ich habe viel gesehen in meinem Leben an Pensionskassen, aber was hier abging, das entsetzt mich». Und «Ich finde es eine Katastrophe, was in der BVK passiert ist, und das entspricht nicht der Norm. So ist die Welt nicht».
- 137 BRECHBÜHL benennt Problematiken auf politischer Ebene. «Die Quintessenz in einem solchen Konstrukt ist die, dass man viele überschneidende Zuständigkeiten hat mit dem Ergebnis einer Ent-Verantwortlichung der verschiedenen Gremien. Es gab eine politische Kontrolle, die zu wenig Ressourcen hatte, eine Anlagekommission, die nichts zu sagen hatte, und zuletzt einen, der die Kompetenzen an sich zog. Das war der Anlagechef der BVK» (BRECHBÜHL, Protokoll S. 22). Er verortet die Grundproblematik auch beim Fehlen der Parität: «Das Fehlen einer echten paritätischen Führungsstruktur birgt immer die Gefahr in sich, dass es nicht möglich ist, die Verantwortung und die Verantwortlichkeit klar zuzuweisen» (BRECHBÜHL, Beitrag S. 2). Und weiter: «Der Bericht hält fest, dass dafür nicht genügend politische Ressourcen bereit standen. Auf die Risiken einer derartigen Vermischung von politischen Führungsaufgaben und Aufgaben der Kassenführung wurde oben hingewiesen». Dazu auch noch die Auffassung HENS im Beitrag auf S. 3 (er hat deklariert, dass er selbst als Angestellter des Kantons mit betroffen ist), «Insgesamt muss ich sagen, dass ich den Bericht der PPCmetrics AG erschreckend finde. Ich habe mir nicht vorstellen können, dass mit dem Altersver-

mögen von hunderttausend Angestellten des Kantons Zürich so unprofessionell umgegangen wurde» .

138 Diese mangelhafte Wahrnehmung der dem obersten Organ der BVK obliegenden Führungsaufgabe ist der Hauptgrund für alle weiteren festzustellenden Pflichtverletzungen. Insbesondere der Tatsachen

- dass die mangelhafte Personalausstattung der Vermögensverwaltung und die schwache Führung der BVK nicht wahrgenommen wurde;
- dass zu viele Führungsaufgaben an die Finanzdirektion delegiert wurden, welche neben den zu überwachenden Angestellten der BVK über keine im Bereiche der beruflichen Vorsorge besonders qualifizierte Personen verfügte;
- dass die erkennbaren Warnzeichen gar nicht bis zum obersten Führungsorgan gelangten;
- dass auch in Krisensituationen wie der Unterdeckung von 88,1% nicht angemessen reagiert wurde.

6.2. Die Vermögensverwaltung war personell ungenügend ausgestattet

139 Das Amt für Vermögensverwaltung der Finanzdirektion war bis Ende 2003 eine Abteilung der Finanzverwaltung. Es bestand im Jahre 1995 aus sieben Mitarbeitern, davon drei Portfoliomanagern. Zwei der später ausgeschiedenen Portfoliomanager wurden nicht ersetzt. Per 1. Januar 2004 wurde das Amt für Vermögensverwaltung aufgelöst. Der Amtschef (Leiter Vermögensverwaltung (VV)) sowie eine Rechnungssekretärin wechselten zur BVK um hier das Vermögen der BVK weiter zu verwalten. Damit bestand die Vermögensverwaltung der BVK aus zwei Personen, dem Leiter Vermögensverwaltung und seiner administrativen Assistentin. Die bis im Jahre 2004 tätige Assistentin antwortet auf die Frage «Hätten Sie die Stellvertretung übernehmen können?»: «Nei, bigoscht. Nein, nie im

Leben» (Befragung durch die PUK).

- 140 Die Nachfolgerin dieser Assistentin machte gemäss Aussage des Vermögensverwalters später auch Geldmarktanlagen nach seinen Vorgaben. Eine Fachfunktion nahm sie indes nicht wahr. Zudem war der Leiter der Vermögensverwaltung nebenbei noch als Vermögensverwalter der Witwen-, Waisen- und Pensionskasse der Professoren der Universität Zürich tätig (PPCmetrics, S. 30).
- 141 Diese Vermögensverwaltung war zuständig für die Anlage von Liquidität und Obligationen in CHF und Fremdwährungen, sowie Beteiligungen in der Schweiz und im Ausland inklusive Private Equity von rund 7,5 Milliarden CHF. Weitere Vermögensanlagen etwa in gleicher Grössenordnung waren extern vergeben. Die Vorbereitung und ab 2006 faktisch (theoretisch war die Geschäftsleitung der BVK zuständig) auch die Auswahl der externen Vermögensverwalter wurde durch den Vermögensverwalter der BVK vorgenommen (vgl. im Detail PPCmetrics, insbesondere S. 17ff). Diese Vermögensverwaltung mit zwei Personen war somit direkt und indirekt zuständig für die Anlage des Wertschriftenvermögens der BVK von rund 15 Milliarden CHF.
- 142 Im Jahre 2008 wurden – auf Grund einer Empfehlung einer Studie der ZHAW – zwei neue Stellen für die Vermögensverwaltung durch den Regierungsrat bewilligt (die Studie war von der Finanzdirektion in Auftrag gegeben worden nach dem Bericht der Subkommission BVK der Finanzkommission des Kantonsrats [Suko Fiko] zur Untersuchung von Organisation und einzelnen Vorfällen in der BVK vom 24. April 2006; eventuell war diese Studie auch mit veranlasst durch den Bericht der Staatsanwaltschaft III vom 10. Mai 2006). Auf Wunsch des Leiters der Vermögensverwaltung wurde aber zu Beginn nur eine Stelle ausgeschrieben (und besetzt). Der Leiter der Vermögensverwaltung war also selbst mit verantwortlich (mit Absicht?), dass seine Personalausstattung ungenügend war. So ist das bezeichnende Detail verständlich, dass der Leiter Vermögensverwaltung dem Anlageausschuss der Verwaltungskommission an der Sitzung vom 21.04.2008 mitteilte, es sei der Vermögensverwaltung nicht mehr möglich, das Protokoll der Sitzungen zu schreiben.

- 143 Das Gutachten von PPCmetrics führt dazu aus: «Aus unserer Sicht war die geringe Personaldecke angesichts der Aufgabenfülle des Leiters VV nicht vertretbar». Die beigezogenen Obergutachter sind noch pointierter. HENS sagt: «Die personelle Ausstattung der Abteilung Asset Management der BVK war viel zu gering, und vielleicht auch deshalb hat der ehemalige Leiter dieser Abteilung eine viel zu dominante Rolle in der BVK gespielt». Auf Befragen hin erklärt HENS weiter: «Bei der Stadt gibt es 30 Leute oder so, die sich darum kümmern». JANSSEN widerspricht dem, sagt aber «Vielleicht 6 oder 7» (Meinung HENS und JANSSEN in Protokoll S. 15).
- 144 Auch das Gutachten BDO von 2010 - von der Finanzdirektion in Auftrag gegeben - hält zusammenfassend fest, dass im Bereich Asset Management ein Personalbestand von fünf bis 6 Mitarbeitenden als angemessen erscheine (S. 50).
- 145 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Abteilung Vermögensverwaltung krass unterbesetzt war und über fast ein Jahrzehnt von einer einzigen Person, dem inzwischen fristlos entlassenen Vermögensverwalter, absolut dominiert wurde. Diese mangelhafte Personalausstellung ist mit Sicherheit der Hauptgrund dafür,
- dass das Anlageergebnis insgesamt schlechter war als von vergleichbaren, gut geführten Vorsorgeeinrichtungen;
 - dass überhöhte Kosten für die externen Vermögensverwalter bezahlt wurden;
 - dass die Anlage von erheblichen Mitteln ohne Konkurrenzofferten in Auftrag gegeben wurde, oft bei nahen Bekannten des Vermögensverwalters, welche oft auch nicht über ausreichende Referenzen verfügten;
 - dass es dazu kommen konnte, dass Bestechungsgelder versprochen wurden, gefordert wurden und bezahlt wurden.

6.3. **Der Auswahlprozess für externe Mandate war mangelhaft und kosten-treibend**

- 146 Das PPCmetrics Gutachten hält im Summary S. 4 fest: «1995 bis 2002 wurden Mandate mit einem klaren Selektionsprozess und Mandatsausschreibung unter Wettbewerbsbedingungen vergeben». «Im Zeitraum 2003 bis 2006 entsprechen die Mandatsvergaben weder dem institutionellen Standard noch den Bestimmungen des Anlagereglements». Es wurden «Mandate unter Ausschluss des Wettbewerbs direkt von der VV vergeben». «Im September 2006 fand die letzte Mandatsvergabe statt. Der Selektionsprozess ist dokumentiert, strukturiert und berücksichtigt mehrere Anbieter». Zu den früheren Vergaben heisst es: «Einige dieser Mandatsvergaben erfolgten an Einzelpersonen, neu gegründete Firmen und kleine Firmen mit wirtschaftlicher Abhängigkeit von der BVK». «Einzelne Entschädigungsstrukturen der Mandatnehmer sind branchenunüblich und mit Anreizstrukturen versehen, die nicht im Interesse der BVK liegen» (PPCmetrics, Summary S. 5).
- 147 Die Studie BALMER-ETIENNE (Zusammenfassung S. 3) hält zum Mandat SCM zwar fest, dass die Vergabe ohne Verletzung interner Richtlinien erfolgte, die Geschäftsbeziehung zur BVK aber geprägt war durch eine massive Funktionenkumulation, das Honorar auf einem effektiv nicht getätigten Volumen errechnet wurde und der Firma hinter dem Rücken eine Gebührenstudie eines externen Fachmanns zur Verfügung gestellt wurde (die unten erwähnte Gebührenanalyse Kohlberg & Associates von 2009). Deshalb sei das Mandat kritisch zu hinterfragen. Eine weitere Geschäftsbeziehung, diejenige zu DLIP, bezeichnet die Studie als «für uns nicht nachvollziehbar», da es sich um eine neu gegründete kleine Firma handelt, da kein formaler Entscheid vorlag und da das Mandat dem Anlagereglement widerspricht und bereits im ersten Halbjahr ein Beraterhonorar von CHF 900'000 ausbezahlt wurde.
- 148 Zur finanziellen Grössenordnung der ohne Konkurrenzofferte vergebenen Mandate: Die Honorare an SCM als Beraterin im Bereiche Private Equity inklusive der durch sie zu 100% beherrschten Tochter Global Private Equity beliefen sich im Jahre 2005 auf CHF 602'000 und stiegen dann auf einen Betrag von ca. 2,7 Mio

CHF für 2008 und 2009. Dies auch weil am 1. Januar 2008 eine neue Gebührenstruktur eingeführt wurde, mit welcher die Honorare «geradezu "explodiert" sind, obwohl sich das Anlagevolumen nicht merklich erhöht hat» (BALMER-ETIENNE, S. 8).

- 149 Ähnlich entwickelte sich das Honorarvolumen für das Mandat an DL Investment Partner, in welchem der früher bei Complementa Investment Controlling tätige Thomas Leupin eine dominierende Rolle besetzte. Die Firma erhielt den Auftrag der Beratung der BVK in der Manager Selektion, der Evaluation neuer Aufgabengebiete und der Überwachung des Reportings. Betreut wurde ein Volumen an Währungsanlagen, Commodities und am Schluss auch in Hedge Funds von ursprünglich 1 Milliarde, das dann bis auf 3 Milliarden CHF anwuchs. Das Honorarvolumen entwickelte sich von CHF 896'000 im Jahre 2006 auf 3,4 Millionen 2007/2008, sank dann 2009 aber wieder auf 2,5 Millionen (BALMER-ETIENNE, S. 20). Zur Vergabe schreibt BALMER-ETIENNE (S. 21): «Es ist nicht nachvollziehbar, wie man seitens BVK dazu kam, einen Millionenauftrag an eine Gesellschaft zu vergeben, die nachweislich erst in Gründung war». Zudem war es «zu jenem Zeitpunkt mehr als fraglich, ob die relevanten Personen bei der DLP über die notwendige Erfahrung und Fachkompetenz ... verfügten». Ähnlich kritisch würdigt auch PPCmetrics diese Vergaben (S. 95/96 und 104 + 105).
- 150 Eine weitere ähnlich kritisch zu würdigende Mandatsvergabe aus dem Jahre 2003 war die an Herrn Chandiramani persönlich, bzw. an die von ihm mitgegründete neue Argus Finanz AG. Ohne Ausschreibungsverfahren erhielt die Firma ein Mandat für Schweizer Aktien Small and Mid caps mit einem Startvolumen von 50 Mio CHF – obwohl schon vier derartige Mandate bei Banken liefen. Kurz darauf wurde derselben Firma – wieder ohne Ausschreibungsverfahren - ein Beratungsmandat für Aktien SMI-Depot mit einem Startvolumen von 1,8 Milliarden CHF (entsprechend rund 10% des Gesamtvermögens der BVK) erteilt. Als unverständlich bezeichnet wird die Entschädigung von Bewirtschaftung und Beratung «ausschliesslich» über Retrozessionen und Handelskonditionen, die «unverhältnismässig hoch» waren (PPCmetrics, S. 97 – 100).

- 151 Bei diesem und ähnlichen Mandaten zeigen sich auch unübliche und unprofessionelle Aspekte, wo die Vergabe teilweise formell richtig und an bekanntere Firmen gelaufen ist. Beim ersten Mandat Chandiramani/Argus lag ein detaillierter schriftlicher Antrag vor, in welchem darauf hingewiesen wurde, dass sich die Kosten auf etwa 0,5% des investierten Kapitals beziehen und den Kosten bei ähnlichen Mandaten durch vier weitere Banken entsprechen, nämlich Management fees von 0,43 bis 0,75%. Unverständlich ist aber nicht nur, dass bei vier solchen Mandaten noch ein fünftes vergeben werden muss und dass die Entschädigungen je nach Bank bis zu mehr als 50% auseinander liegen können; (dass bei Mandaten in solchen Grössenordnungen mittels Konkurrenzausschreibungen die Kosten ohne Schwierigkeiten erheblich reduziert werden können, zeigt dieses eher unbedeutende Beispiel exemplarisch – und die Studie von Kohlberg & Associates von 2009 in weiteren Fällen).
- 152 Dass unüblich hohe Honorare bezahlt wurden, steht im Bericht PPCmetrics noch an verschiedenen Stellen. Den Versuch einer Quantifizierung macht der Oberexperte JANSSEN, der zur Entschädigung externer Experten sagt: «Man zahlte ihnen Entschädigungen, die mindestens Faktor 10 zu hoch waren». Weiter führt er aus, es werde gesagt, dass «die Entschädigung für Währungstransaktionen zwischen 0,2 und 0,8 %-Punkte pro Transaktion betragen haben. Das ist unglaublich. Üblicherweise finden Entschädigungen für Währungstransaktionen an der dritten Stelle hinter dem Komma statt, Faktor 10 ist wahrscheinlich noch vorsichtig geschätzt» (Meinung JANSSEN, Protokoll S. 30)
- 153 Wie eine Auftragsvergabe *lege artis*, d.h. nach aktuellen branchenüblichen Standards, abläuft, hat Oberexperte BRECHBÜHL gemäss Protokoll Seite 31 beispielhaft dargelegt: «Ich kann aus meiner Erfahrung mit der Liechtensteinischen Pensionskasse sagen, dass es für eine Mandatsvergabe zuerst eine Vorselektion durch den externen Berater braucht, und am Schluss kommt die Auswahl in den Stiftungsrat und es gibt Präsentationen. Solche "freihändigen" Mandatsvergaben an nicht arrivierte Firmen wären dort ausgeschlossen». Per 1. Oktober 2009 hat die BVK mit einem Anhang zum Anlagereglement – unter Aufhebung des Funktionsendiagramms von 2006 – einen ähnlich strukturierten, detailliert geregelten Se-

lektionsprozess unter Mitwirkung unabhängiger Selektionsberater eingeführt.

154 Zusammenfassend ist zu den Pflichtwidrigkeiten und den Auswirkungen in diesem Bereich festzuhalten:

- Mehrfach wurden die Vorschriften der internen Anlagereglemente verletzt. Von 2002 bis 2006 waren Verletzungen üblich und diese Verletzungen wurden offensichtlich gar nicht festgestellt.
- Hinzu kommt, dass trotz unüblicher Vergabeabläufe im neuen Anlagereglement 2006 die Vorschriften zur Vergabe noch gelockert und dem Vermögensverwalter und der BVK zusätzliche Kompetenzen erteilt wurden.
- Zahlreiche Mandate wurden ohne Konkurrenzofferten vergeben – mit der Folge entsprechend übersetzter Kosten (und das bei der öffentlichen Hand, welche in vielen anderen Bereichen an Submissionsverfahren gebunden ist).
- Die Vergabe ohne Konkurrenzofferten hatte systembedingt nicht nur Einfluss auf die Kosten, sondern auch auf die Qualität. Wenn nicht zwischen verschiedenen und renommierten Anbietern verglichen wird, ist es unausweichlich, dass in der Regel nicht einer der Besten gefunden und ausgewählt wird.
- Die Vergabe ohne Konkurrenzofferten an unbekannte Personen und neu gegründete Firmen erhöht die vorerwähnte Gefahr einer schlechten Selektion und produziert Abhängigkeiten, welche auch das Korruptionsrisiko erhöhen.
- Dass ab 2006 keine Vergaben mehr erfolgten, ist kein Qualitätszeichen – im Gegenteil: Vergaben unter Konkurrenzbedingungen müssen gelegentlich wiederholt werden. Parallele Mandate (wie bei Small und Mid Caps) sind eine gute Methode der Effizienzsteigerung, aber nur, wenn sie regelmässig überprüft und die teuersten oder schlechtesten Anbieter wieder von ihren Aufgaben entlastet werden.

6.4. Die gebotenen Asset und Liability Studien fehlten

- 155 Asset Liability Studien sind seit schätzungsweise Ende der 90er Jahre üblich. Insbesondere bei Vorliegen einer Unterdeckung werden sie in Auftrag gegeben. Der Oberexperte BRECHBÜHL führt aus (Protokoll S. 12), er wisse nicht genau, seit wann ALM-Studien Standard seien. «Hingegen weiss ich, dass Ende der 90-er Jahre Artikel 50 der BVV2 eingeführt worden ist. Er schreibt den Pensionskassen ALM-Studien vor». Und weiter: «Die Aussage von Herrn Huber im Bericht – was soll ich mit einer ALM-Studie, ich weiss, dass wir ein zu hohes Risiko fahren – hat mich im Übrigen schockiert». Oberexperte HENS sagt (Protokoll S. 12): «Die Pensionskassen, die ich kenne, fällen keine Entscheidungen ohne eine vernünftige ALM-Studie».
- 156 Die Aufgabe, die erforderlichen Experten beizuziehen, liegt beim obersten, mit der Strategie befassten Führungsorgan. Dass weder der Regierungsrat noch der Finanzdirektor bis ins Jahr 2008 einen derartigen Auftrag herausgegeben haben – und das trotz der Unterdeckung in den Jahren 2002 bis 2005 (im Jahre 2002 unter 90%, in den Jahren 2003 und 2004 nur knapp über 90%) - stellt einen eindeutigen Führungsfehler dar. Dass auch das Investment Controlling dies nicht klar postuliert hat, ist nicht verständlich (vgl. unten). Die primäre Führungsaufgabe liegt aber beim obersten Organ. Wenn ein Mitglied eines derartigen Führungsgremiums nicht um die Notwendigkeit einer derartigen Analyse weiss, entspricht er nicht dem Typus eines durchschnittlichen Stiftungsrates und handelt sorgfaltswidrig.
- 157 Allerdings hat der Chef der BVK Mitte 2003 der Firma Ecofin den Auftrag erteilt, eine Asset Liability Management Studie auszuarbeiten. Die Ablieferung der Studie erfolgte nicht zeitgerecht (ob sie auch von der BVK entsprechend abgemahnt wurde, ist nicht ersichtlich). Vorgelegt wurde die Studie am 13. Dezember 2004, präsentiert offenbar ausschliesslich dem Chef der BVK. Sie ist wohl auch in der BVK Geschäftsleitung besprochen worden, nicht aber im Anlageausschuss (PPCmetrics, Befragung im Anhang, Rolf Huber, S. 2). Der damalige Finanzdirektor kann sich an diese Studie «nicht genau erinnern» und hält weiter fest: «Es wäre mir allerdings angesichts meines gesamten Aufgabenportfolios als Finanzdi-

rektor auch nicht möglich gewesen, eine solche Studie vertieft zu studieren» (PPCmetrics, Befragung Christian Huber, S. 2). Diese Aussage des Finanzdirektors lässt keinen andern Schluss zu, als dass dem Gesamregierungsrat diese Studie nicht vorgelegt wurde.

- 158 Der Inhalt der Studie wird auch nicht berücksichtigt. Gemäss dem BVK-Chef (Befragung Rolf Huber im Anhang von PPCmetrics S. 2) aus folgenden Gründen: «Die Studie hat mich auch inhaltlich nicht überzeugt Weil die Studie veraltet war und ohnehin eine neue ALM-Studie in naher Zukunft erstellt werden sollte, hatte die Studie von Ecofin keine hohe Bedeutung für mich».
- 159 Die angekündigte neue Studie lässt Jahre auf sich warten. Das Thema taucht 2008 im Anlageausschuss auf, der nun häufiger tagt. Am 19. Mai hält die Finanzdirektorin gemäss Protokoll zusammenfassend fest, «dass man sich einig ist, die Asset Liability Studie erstellen zu lassen». Die BVK und die Arbeitgebervertreter möchten diese per Ende 2008 machen lassen, die Arbeitnehmervertreter per sofort. Mit Stichtentscheid der Regierungsrätin wird beschlossen, die Asset Liability Studie per Ende 2008 in Auftrag zu geben. Die Studie von C-alm datiert dann vom 26. Mai 2009 – also ein Jahr später. Dies weil angesichts des Beschlusses zuerst die Jahresendzahlen 2008 abgewartet werden mussten.
- 160 Diese Studie kommt bezüglich der Anlagestrategie zu ähnlichen Schlüssen wie die Studie von Ecofin: «Die C-alm AG erachtet die derzeitige Anlagestrategie als eher aggressiv. Der Entscheid über eine «vernünftige» Anlagestrategie ist aber primär von der Risikoneigung der Führungsorgane (und nicht der C-alm AG) abhängig». Und gemäss dieser Studie «werden Sanierungsmassnahmen empfohlen» (Empfehlung im Fazit).
- 161 Zum Umstand und zu den Folgen des Fehlens einer Assey Liability Studie ist festzuhalten:
- Dass das oberste Führungsorgan der Verwaltung bis 2008 keine Asset Liability Studie in Auftrag gegeben hat, widerspricht den üblichen Standards und muss – angesichts der gleichzeitigen teilweise erheblichen Unterdeckung - als Pflichtver-

letzung bezeichnet werden.

- Dass auch die Leitung der BVK dem Instrument einer Asset Liability Studie kaum Gewicht zumass, ist ebenso ein Führungsfehler der Geschäftsführung.
- Dass die Asset Liability Studie der Firma Ecofin von 2003 mit warnenden Schlussfolgerungen nicht beachtet und den zuständigen Organen (Regierungsrat als oberstes Organ und Anlageausschuss) nicht weiter geleitet wurde, ist ebenso unüblich und als Pflichtverletzung einzustufen.
- Bei einer fundierten Auseinandersetzung mit einer (oder vielleicht auch mehreren) Asset Liability Studien wäre die Entwicklung der BVK höchst wahrscheinlich anders verlaufen. Man hätte gestützt auf die Würdigung der Empfehlungen die Strategie fachmännisch überprüft, die Risikoallokation geändert und umfassende Sanierungsmassnahmen schon 2003 (also unmittelbar nach der Unterdeckung von 2002) eingeleitet.
- Zu einem Paket von Sanierungsmassnahmen hätte mit grösster Wahrscheinlichkeit auch ein Kostensenkungsprogramm gehört, das die kostentreibenden und unprofessionellen Abläufe in der Vermögensverwaltung beseitigen und die Resultate und die Anlagequalität hätte verbessern können.

6.5. Auf die Unterdeckung von 2002 (88,1%) wurde ungenügend oder falsch reagiert

- 162 Gemäss dem Jahresabschluss 2002 lag der Deckungsgrad per Stichtag bei 88,1%, was gemäss der aktuellen BVG-Terminologie nicht eine leichte, sondern eine erhebliche Unterdeckung darstellt. Die Grenze ist auch gemäss den Statuten der Versicherungskasse von Bedeutung, da es in § 70 Abs. 2 unter dem Titel finanzielles Gleichgewicht heisst: «Der versicherungstechnische Fehlbetrag darf 10% der Verpflichtungen der Versicherungskasse nicht übersteigen». Gemäss § 79 Abs. 1k ist der Regierungsrat zuständig für «die Festlegung der Massnahmen,

falls der Fehlbetrag gemäss § 70 Abs. 2 überschritten wird».

- 163 Besondere Massnahmen des Regierungsrates in dieser Situation sind keine erkennbar. Wie bereits oben dargelegt, hat der Regierungsrat trotz der erheblichen Unterdeckung im Jahre 2003 nur zwei, bzw. drei Beschlüsse bezüglich der BVK erlassen und keinen speziell zur Problematik der Unterdeckung. Es macht sogar den Anschein, dass nicht nur der Regierungsrat, sondern auch der zuständige Finanzdirektor nicht erkannte, wie problematisch eine derartige Unterdeckung ist. Bei der Befragung gemäss Gutachten PPCmetrics sagt der damalige Finanzdirektor auf Seite 2 auf die Frage «Welche Sanierungsmassnahmen wurden auf Grund einer Unterdeckung ergriffen?»: «Zu meiner Zeit bestand keine Unterdeckung, welche Sanierungsmassnahmen nötig gemacht hätten».
- 164 Im publizierten Geschäftsbericht der BVK schreibt der Finanzdirektor zu dieser erheblichen Unterdeckung: «Trotz dieser Unterdeckung besteht für die Versicherten kein Anlass zur Sorge. Die Beamtenversicherungskasse darf wie alle Vorsorgeeinrichtungen der Kantone und des Bundes eine Unterdeckung aufweisen». Innerhalb der Leitung der BVK wurde diese Unterdeckung zwar zur Kenntnis genommen, aber ohne dass auf Grund der Situation dem Regierungsrat besondere Massnahmen vorgeschlagen worden wären. Die im Revisionsbericht erwähnten und nachfolgend genannten Massnahmen beruhen nicht auf einem eigentlichen Massnahmenplan, zu dessen Erlass eindeutig das oberste Organ zuständig wäre.
- 165 Die Finanzkontrolle hat im Prüfungsbericht 2002 festgehalten, dass der Deckungsgrad noch 88,1% betrage und der Regierungsrat deshalb verschiedene Massnahmen getroffen habe (Verzicht auf Anpassung der Renten an die Teuerung, Reduktion Aktienquote im Anlagekonzept 2003, Beschluss über die Verzinsung der Altersguthaben erst Ende Jahr und Auftrag auf Änderung der statutari-schen Voraussetzungen für die Verzinsung). Wer diese Beschlüsse gefasst hat, ist unklar – insbesondere fehlt, ausser für das Anlagekonzept, ein Regierungs-ratsbeschluss. Und der Chef der BVK hat an der Anlageausschusssitzung vom 4. April 2003 gemäss Protokoll ausgeführt: «Die Unterdeckung der BVK reduziert zwar deren Risikofähigkeit. Die Unterdeckung hat bei der BVK als öffentliche Vor-

sorgeeinrichtung aber einen ganz anderen Stellenwert als bei privatrechtlichen, da sie nach dem Grundsatz der offenen Kasse geführt werden kann». «Die BVK darf deshalb – auch über längere Zeit – eine Unterdeckung aufweisen». Zu dieser Aussage widerspricht an der Sitzung niemand, obwohl die BVK im Sinne von Art. 45 BVG von der Aufsichtsbehörde keine Bewilligung hat, als offene Kasse geführt zu werden und auch die dafür erforderliche Garantie des Staates nicht vorhanden ist.

- 166 Die fehlende Diskussion und mangelhafte Reaktion auf diese Unterdeckung durch den Regierungsrat und die Finanzdirektion ist erstaunlich auf dem Hintergrund der sehr intensiven Diskussion über die damals häufiger auftretenden Unterdeckungen von Vorsorgeeinrichtungen. Diese Diskussion der möglichen Massnahmen zeigen sich beispielhaft im Bericht in der Zeitschrift «SCHWEIZER PERSONALVORSORGE» vom Dezember 2003 (S. 12) über ein Referat des Chefs des Amtes für berufliche Vorsorge und Stiftungen des Kantons Zürich. «Nach seinen Angaben, wiesen im Kanton Zürich per Ende 2002 9,3% aller Vorsorgeeinrichtungen, die dem Freizügigkeitsgesetz unterstehen, eine Unterdeckung auf. Bei den Vorsorgeeinrichtungen, die ihre Risiken selbst tragen, waren es 16%». «Erich Peter versicherte, dass bei Vorsorgeeinrichtungen mit einer Unterdeckung in der Regel ein schlüssiger Sanierungsplan vorliegt», wobei als Sanierungsmassnahmen im Vordergrund stehen: der Einsatz von Arbeitgeberbeitragsreserven, Zuschüsse aus Wohlfahrtsfonds und die Senkung des Zinssatzes.
- 167 Obwohl die heute sehr detaillierten Bestimmungen im BVG und in der Verordnung bezüglich der Unterdeckung im Jahre 2003 noch nicht in Kraft waren, bestanden schon damals klare Vorgaben für solche Fälle. Nämlich die Bestimmung von Art. 50 BVV2, die lautet: «Bei der Anlage des Vermögens einer Vorsorgeeinrichtung steht die Sicherheit im Vordergrund». Zudem hat Art. 44 BVV2 schon damals bezüglich Deckungslücken vorgeschrieben: «Die Vorsorgeeinrichtung muss Deckungslücken selbst beheben. Der Sicherheitsfonds tritt erst dafür ein, wenn sie zahlungsunfähig ist». Und für die BVK bestand die zusätzliche statutarische Vorschrift, die bei einem Deckungsgrad von unter 90% den Beschluss von Massnahmen vorschrieb.

- 168 PPCmetrics (S. 78 und 79) hält dazu fest: «Ende 1999 ist die BVK mit einem sehr hohen Aktienanteil in die Aktienkrise geraten. Der Aktienanteil wurde nicht reduziert, sodass die BVK im Zuge der Börsenkrise im Jahre 2000 bis 2003 in eine Unterdeckung geriet». Und später heisst es: «Die Verantwortlichen wollten anschliessend die BVK ausschliesslich über die Rendite sanieren. Das hatte zur Folge, dass die Anlagestrategie primär auf eine entsprechend (hohe) Sollrendite ausgerichtet wurde».
- 169 Ob der vorgenannte Strategiewechsel im Jahre 2003 schon damals als falsch erkannt werden konnte, stellt PPCmetrics in Frage. Hier wird PPCmetrics aber von JANSSEN kritisiert; er teile diese Meinung nicht, zumindest sei der Strategiewechsel ohne die Erarbeitung genügender Grundlagen vorgenommen worden (JANSSEN, Beitrag S. 2 und Protokoll S. 10). In jedem Fall ist in diesem Zeitpunkt der Unterdeckung als Pflichtwidrigkeit festzustellen, dass nicht auf Grund einer einlässlichen Diskussion eine Analyse durch das oberste Organ und ein eigentlicher Massnahmenplan mit Sanierungszielen diskutiert und beschlossen wurde. Trotz der kritischen Situation fehlten jegliche Vorgaben und eine Führung der BVK durch das oberste Organ.
- 170 Dazu sagt HENS im Protokoll auf Seite 7 mit Hinweis darauf, dass die Darstellung des Gutachtens PPCmetrics in diesem Punkt zu zurückhaltend sei: «Ein klassischer Fehler aus meiner Sicht ist, dass man 2002 die Strategie auf eine risikoreichere – und damit auf eine höhere Rendite – ausgerichtet hat, weil die Kasse in eine Unterdeckung geraten war. Ich finde, so etwas sollte man gerade nicht machen». Und zur Frage was klassisch heisst (HENS, S. 7): «Klassisch – das steht in meinem Lehrbuch. Damit ist Nick Leeson berühmt geworden, der die Barings Bank damit zerstört hat, Jérôme Kerviel die Société Générale und vor Kurzem Kuzku Adoboli die UBS. Das sind typische Fehler: Man kommt in die Verlustzone und anstatt, dass man sagt, man müsse sich beschränken und oder sanieren, sagt man: Wir schalten den Turbo ein und gehen auf Risiko».
- 171 Die mangelnde, bzw. fehlende Reaktion auf die gravierende Unterdeckung von 2002 zeigt:

- dass der Regierungsrat als oberstes Organ der BVK offenkundig nicht in der Lage war zu erkennen, dass eine Unterdeckung von mehr als 10% eine gravierende Situation für eine Vorsorgeeinrichtung darstellt;
- dass sich der Regierungsrat nicht bewusst war, dass eine solche Unterdeckung nach den eigenen Statuten zu Massnahmen verpflichtete;
- dass der Regierungsrat weder eine Geschäftsführung besass noch unabhängige Experten, die auf die Problematik und den Handlungsbedarf hingewiesen hätten;
- dass ausschliesslich die Revisionsstelle von Sanierungsmassnahmen sprach und solche im Bericht aufführte, ohne dass erkenntlich ist, wer diese mit welchen Zielvorgaben beschlossen hatte.

6.6. **Der Strategieprozess war mangelhaft organisiert**

- 172 Das Gutachten PPCmetrics hält fest: «Die FD hat es unterlassen, ein Gremium einzusetzen, welches sie in der strategischen Führung und der Überwachung der BVK kompetent unterstützt und die Machtfülle beim Leiter VV reduziert». Unterschätzt worden sei «die dominante Stellung des Leiters VV und die ungenügende Trennung von Strategie, Umsetzung und Kontrolle. Entsprechende organisatorische Massnahmen wie die Bildung und Stärkung des IOC sowie der Ausschluss des Leiters VV von strategischen Angaben hätten bereits nach der Revision der BVV2 im Jahre 2000 ergriffen werden müssen, jedoch spätestens nach Vorliegen des Berichtes StA III im Jahre 2006» (PPCmetrics, Summary, S. 2/3).
- 173 Besonders problematisch ist die Tatsache, dass die vom Regierungsrat - entgegen jeder Usanz alljährlich - beschlossene Anlagestrategie vom Vermögensverwalter selbst vorbereitet wurde. Da auf Grund aller Umstände angenommen werden muss, dass der Regierungsrat in der Regel in seinen Beschlüssen die ihm von unten vorgelegten Strategieentwürfe unkorrigiert genehmigt hat, heisst das, dass der Vermögensverwalter selbst für alle Stufen des Anlageprozesses schluss-

endlich entscheidend war.

- 174 Dazu sagt der Obergutachter HENS (Protokoll S. 26): «Da kommen wir wieder auf das Prinzip der Gewaltenteilung – die gibt es in der Politik auch. Bei den Kassen braucht es zwingend eine Teilung zwischen denjenigen, welche die Strategie ausarbeiten, umsetzen und kontrollieren. Das war hier nicht gegeben». JANSSEN dazu in seinem schriftlichen Beitrag: «Die Anlageorganisation der BVK ist entgegen dem Gutachten (vgl. S. 2) nicht mit jener anderer institutioneller Anleger vergleichbar; sie ist völlig anders. Bei der BVK wurde das zentrale Prinzip der Trennung von Strategiebestimmung, Management und Kontrolle, das in anderen Pensionskassen dominant ist, massiv verletzt». Diese Konzentration nicht nur der Umsetzung, sondern auch der Strategie hat dazu geführt, dass der Vermögensverwalter das, was er machen wollte (oder bereits eingeleitet hatte), in der jährlichen Strategievorlage an den Regierungsrat einbauen und sich so genehmigen lassen konnte.
- 175 Zur rechtlichen Einordnung der fehlenden Trennung von Strategie und Umsetzung einmal mehr ein Zitat (JANSSEN, Bericht S. 2): «Diese Fakten stehen nicht nur im Widerspruch mit dem Bundesrecht (z.B. BVV2 Art. 49a und 50), sondern verstossen in Einzelfällen auch gegen reglementarische Bestimmungen des Kantons Zürich».
- 176 Das Gutachten PPCmetrics legt auf Seite 83 mit Zitaten aus den Regierungsratsbeschlüssen nahe, dass der Regierungsrat tatsächlich über die Strategie reflektiert und sich mit Begründung für ihren Strategiewechsel ausgesprochen hatte. Bei den Zitaten handelt es sich aber nicht um Resultate einer Diskussion im Regierungsrat, sondern um Zitate aus den vom Vermögensverwalter der BVK in den Entwürfen zu den Regierungsratsbeschlüssen enthaltenen Aussagen vom Vermögensverwalter selbst. Besonders bei der Investition in alternativen Anlagen zeigt sich die Problematik des Strategieprozesses, da hier angesichts der besonderen Eigenschaften dieser Anlagekategorien besondere Anforderungen an die Sorgfaltspflicht und eine spezielle Ausbildung der verantwortlichen Personen gefordert werden. Der Regierungsrat hat sich gemäss den Unterlagen nur einmal am 16. Mai 2006 unter Beratung des Chefs BVK und des Investment Controllers

mit Anlagen in Commodities auseinandergesetzt – und dann auch sofort den Aufbau einer Commodity Quote von 4% beschlossen (Regierungsratsbeschluss 748/2006 bezüglich Ablagekonzept 2006). Bezüglich anderer alternativer Anlagen ist das auf der Ebene des Regierungsrates nicht ersichtlich; indes hat sich der Anlageausschuss damit befasst, allerdings nach Auffassung von PPCmetrics «unserer Einschätzung nach zu wenig vertieft» (PPCmetrics, S. 88). Trotzdem hat der Regierungsrat kurz danach eine massive Verstärkung der alternativen Anlagen genehmigt, aber ohne die entsprechenden Richtlinien auch sorgfältig anzupassen. PPCmetrics sagt dazu: «Die notwendige Überarbeitung der Anlage Richtlinien mit Vorgaben für die Umsetzung der alternativen Anlagen wurden im Anlageausschuss nicht vorgängig einer Investition besprochen». Auch nicht besprochen wurde der Umstand, dass diese Investitionen «stets zu Lasten der Liquidität, resp. der Obligationen getätigt wurden, was sich in der Tendenz risik erhöhend auf das Gesamtportfolio auswirkte». Mangels entsprechender Ausbildung und Diskussion handelt es sich bei diesen Entscheiden nicht wirklich um Beschlüsse des obersten Organes, sondern des Vermögensverwalters und der von ihm ohne ordnungsgemässen Selektionsprozess zugezogenen Berater.

- 177 Typisch ist dieser Ablauf bei Beschluss von 2007, in Hedge Funds zu investieren. In den Regierungsratsbeschlüssen 559/2003, 608/2004 und 621/2005 wird eine «negative Haltung», bzw. «unverändert hohe Skepsis» gegenüber Hedge Funds festgehalten. Dann werden aber in RRB 681/2007 vom 09.05.2007 Hedge Funds als Erweiterung des Anlagespektrums mit einer Zielquote von 3% beschlossen und auf die Zusammenarbeit mit DL Investment Partners hingewiesen. Es ist bezeichnend, dass die Strategieänderung bezüglich Hedge Funds ganz parallel läuft zum Aufbau der am 17. März 2006 gegründeten DLIP, welche dieses lukrative Mandat unter Ausschluss der Konkurrenz bereits am 19.06.2006 erhalten hatte. BALMER-ETIENNE bezeichnete dieses Mandatsvergabe als «nicht nachvollziehbar» (S. 3).
- 178 Beim Strategieprozess ist insbesondere festzuhalten:
- dass der Leiter der Vermögensverwaltung sowohl bei der Festlegung der Strategie, wie auch bei der Umsetzung entscheidend war;

- dass damit das Prinzip der Trennung von Strategiebestimmung und Umsetzung verletzt wurde;
- dass sowohl der Anlageausschuss und in verstärktem Masse der Regierungsrat die erforderlichen Fachkenntnisse für den Einsatz alternativer Anlageinstrumente nicht sich beschaffte;
- und dass die vom Leiter der Vermögensverwaltung vorgeschlagenen Strategieentscheide offensichtlich in direktem Zusammenhang mit den von ihm ohne Transparenz und ohne Ausschreibung vergebenen kostspieligen Beratungsmandaten an Firmen mit ihm bekannten Personen (insbesondere DLIP und SCM) standen.
- Dass der Regierungsrat pflichtwidrig diese Zusammenhänge nicht erkannte und nicht verhinderte.

6.7. Klare Warnzeichen wurden zu wenig wahrgenommen

- 179 Das Gutachten PPCmetrics hält beim Anlageprozess fest: «Die AN-Vertreter und die beiden externen Experten haben verschiedentlich kritisch auf die bestehenden organisatorischen Schwachstellen in der Anlageorganisation hingewiesen. Die verantwortlichen Stellen haben diese berechtigten Kritikpunkte jedoch nicht aufgenommen» (PPCmetrics, S. 3). Von den Oberexperten weist BRECHBÜHL auch pointiert auf diesen Zusammenhang hin, wenn er sagt: «Wenn man den Bericht der PPCmetrics in Bezug auf die Complementa liest, so wurden die Arbeitnehmervertreter einfach "heruntergeputzt", und das, was sie mit Recht sagten, nahm man gar nicht richtig zur Kenntnis, sondern verschob es auf einen späteren Zeitpunkt. Die Warnleuchten hätten meines Erachtens – trotz Complementa – auch bei der Regierung leuchten müssen. Was diese sagte oder nicht sagte, ist auch umstritten, wenn man die entsprechenden Aussagen liest» (Meinung BRECHBÜHL, Protokoll S. 16).

- 180 Als weiteres selbständiges Warnzeichen ist anzufügen, dass der Oberexperte Janssen einmal persönlich Frau Regierungsrätin Gut und seiner Aussage nach mehrmals den Chef BVK auf Probleme hingewiesen hat. «Ich habe x-mal mit Herrn Rolf Huber gesprochen, x-mal. Er sagte mir immer, ich sei viel zu strikt und zu streng» (Meinung JANSSEN, Protokoll S. 21) (wobei bei diesen Aussagen natürlich mit zu berücksichtigen ist, dass Herr Janssen auch ein gewisses Interesse an Aufträgen für 'seine' Firma Ecofin gehabt haben dürfte).
- 181 Ein anderes und wohl das bedeutsamste Warnzeichen wäre die Jahresrechnung 2002 gewesen mit einer Unterdeckung von 88,1%. Wie oben dargestellt, ist nicht ersichtlich, dass der Regierungsrat darauf überhaupt reagiert hat. Der Regierungsrat hat ja die Jahresrechnungen nicht selbst entgegen genommen, geprüft und genehmigt. Der Finanzdirektor hat dies sicher nicht zum Thema gemacht, wie seine oben zitierten Bemerkungen aus dem Jahresbericht belegen. Es fehlen im Jahre 2003, aber auch in den folgenden Jahren, besondere Beschlüsse zu dieser Thematik.
- 182 Als Warnzeichen könnte auch der Bericht der Subkommission BVK an die Finanzkommission vom 24. April 2006 gelten. Dieser Bericht hat zwar bezüglich Organisation und interner Kontrolle die Auskünfte von Regierung und BVK als zufriedenstellend bezeichnet (Bericht S. 10). Das Engagement der BVK in der BT&T-Gruppe beurteilte die Subkommission aber klar «als verfehlt». Es hält allerdings fest, dass sie «keine Hinweise finden konnten, welche auf eine ungetreue Geschäftsführung oder andere strafbare Handlungen» schliessen lassen. Und sie erklärt sich davon überzeugt, dass in der Folge solche Engagements vermieden werden. Die Finanzdirektion wusste allerdings spätestens kurz nach diesem Bericht – auf Grund des Berichts der Staatsanwaltschaft III – dass die von der Subkommission untersuchten Vorfälle nicht die einzigen derartigen Vorfälle waren. Der Regierungsrat wurde nicht orientiert und konnte so auch nicht reagieren. Seitens der Finanzdirektion wurde auf diese Ereignisse reagiert, indem eine Studie der ZHAW Winterthur zur Organisation des BVK in Auftrag gegeben wurde. Die Resultate wurden aber nur teilweise umgesetzt. Zu dieser Frage der Umsetzung wurde ein Bericht Werren in Auftrag gegeben, der aber – wohl auch mit bescheidenem Budget ausgestattet – nicht sehr tief geht. Die Reaktion auf diese

alarmierenden Vorfälle blieb sehr bescheiden.

- 183 Auch die Ecofin ALM-Studie 2004 enthielt eine klare Warnung – nämlich die Schlussfolgerung, dass die Anlagestrategie nicht der eingeschränkten Risikofähigkeit der BVK entspreche. Der Chef der BVK setzte sich über die Expertenmeinung hinweg. Ein Zweitgutachten wurde nicht eingeholt und eine breitere Präsentation der Studie – z.B. beim Anlageausschuss zusammen mit dem Investment Controller – wurde nicht vorgenommen. Ebenso wurde die Studie nicht an den Gesamtregierungsrat weiter geleitet. Sie war vermutlich dem Finanzdirektor bekannt, wurde von diesem aber nicht studiert. Dadurch wurden weder er noch die BVK sich der Bedeutung bewusst (vgl. oben RZ 134).
- 184 Auch der Bericht (Beobachtungen zur BVK) der zwei fachkundigen Mitglieder der Anlagekommission, der Herren Hinder und Walter vom 7. Juli 2008 scheint keinen Alarm bei der Finanzdirektorin oder des Gesamtregierungsrates ausgelöst zu haben. Dies obwohl der Bericht die nun von PPCmetrics aufgezeigten Mängel fast vollständig auflistet, nämlich: unscharfe Trennung zwischen Strategieweisetzung / Taktik sowie Umsetzung und Portfoliomanagement / Governance / Transparenz bezüglich Vergabe externer Mandate ist verbesserungsfähig / aktiverer Einbezug des Investment Committees in die anlagepolitischen Entscheidungen / Vermeidung personeller Klumpenrisiken / ausgewogene gut balancierte Entscheidungsgremien mit offener Diskussionskultur.
- 185 Die in diesem Bereich vorgefundenen Pflichtwidrigkeiten und ihre Auswirkungen liegen insbesondere in Folgendem:
- Das nicht Weiterleiten von Informationen von grundlegender Bedeutung an den Gesamtregierungsrat als oberstes Führungsorgan, stellt bei mit Organfunktionen betrauten Institutionen – BVK als Geschäftsführung Finanzdirektion - eine klare Verletzung des Delegationsauftrages dar.
 - Die nicht adäquate Reaktion auf diese Informationen – keine oder ungenügende Massnahmen und nicht zumindest eine unabhängige Überprüfung der Alarmzeichen durch weitere Abklärungen oder Zweitmeinungen – stellt eine Verletzung

der allgemeinen Sorgfaltspflicht durch die Geschäftsführung und die Finanzdirektion dar.

- Die Folge dieser Mängel war, dass der Regierungsrat als oberstes Organ mangels Informationen gar nicht in der Lage gewesen wäre, auf diese Alarmzeichen angemessen zu reagieren.
- Dem Regierungsrat ist als Pflichtwidrigkeit anzulasten, dass er derartige Informationen nicht systematisch angefordert hat.

6.8. **Diverse grössere Einzelinvestitionen waren ungenügend evaluiert**

186 Das Engagement der BVK bei den Firmen BT&T TIMELIFE in den Jahren 1995 bis 2003 ist die am intensivsten untersuchte problematische Investition der BVK. Sowohl Pricewaterhouse Coopers als auch die Subkommission BVK der Finanzkommission haben diese Investition überprüft und in verschiedenen Punkten als höchst problematisch erachtet. Der Verlust von 274 Mio CHF ist absolut und mit 1,59% des Gesamtvermögens ausserordentlich. Die BVK hat zwischen 2001 und 2004 noch in vergleichbarer Art in wenig bekannte und renommierte Firmen investiert. Diese Investments kamen über persönliche Kontakte der Investoren mit dem Vermögensverwalter der BVK zu Stande. Es waren Investitionen in den Firmen ProgressNow Invest AG (Kurzfassung PRON) und der Firma Pendragon Medical AG – beide zu Stande gekommen über den Kontakt zum ehemaligen im Anlagebereich der BVK Angestellten Herrn Straub. Es war die Beiteiligung in Think Tools AG und die New Venturetec AG von Peter Friedli (bei zweiter waren auch bekanntere Namen wie Zurich Financial Services und CS Pensionskasse beteiligt). Bei allen diesen Firmen ging das gesamte oder doch der allergrösste Teil der investierten Mittel in der Regel pro Investment in zweistelliger Millionenhöhe in Verlust. Ähnlich problematisch und verlustreich war die Investition in die Firmen Schweiter Technologies AG und Pro KMU Invest AG.

187 Bekannt wurden diese fragwürdigen und verlustreichen Investments über den Bericht der Staatsanwaltschaft III vom 10. Mai 2006 an den damaligen Vorsteher

der Justizdirektion. Gemäss § 41 aSTPO meldeten Untersuchungsbeamte dem Regierungsrat, dass ihre Untersuchungen «die Notwendigkeit oder Wünschbarkeit allgemeiner vorbeugender Massnahmen auf dem Wege der Gesetzgebung oder der Verwaltung angezeigt» haben. Dieser Bericht wollte ausdrücklich nicht bekannte Kritiken an der BVK «nochmals abhandeln», sondern «Hinweise auf mögliche Probleme der Entscheidungsfindung wegen personeller Verknüpfungen und damit verbundener Risiken» geben. Es ging bei diesem Bericht nicht um Straftaten, aber doch um Namen und Vorfälle, die der Staatsanwaltschaft III (Wirtschaftsdelikte) im Rahmen ihrer Untersuchungen bekannt wurden und mit der BVK in Verbindung standen.

- 188 Das Grundproblem bei all diesen Anlagen war, dass die Investitionen in Risikokapitalfirmen offensichtlich nur durch den Leiter der Vermögensverwaltung abgeklärt wurden. Auch dort, wo die Investitionen formell vom Regierungsrat genehmigt wurden (Engagement BT&T) ist kein strukturierter Evaluationsprozess und kein Einbezug von weiteren Fachleuten feststellbar. Dass ein Investment im Umfange von zwei- bis dreistelligen Millionenbeträgen, die nicht bereits an Hauptbörsen kotiert und von unabhängigen Anlagefachleuten analysiert waren, ohne eine breitere abgestützte Evaluation und z.B. die Meinungsäusserung von Fachleuten abläuft, verletzt die Grundsätze einer sorgfältigen Vermögensanlage.
- 189 Als Konsequenz dieser problematischen Engagements wurde danach von der BVK in der Anlagestrategie festgehalten, dass Private Equity und Hedge Funds Anlagen ab 2006 durch externe Beratungsfirmen evaluiert wurden. Das waren dann insbesondere die DL Investment Partner und die SCM (Strategic Capital Management AG). Doch gerade auch diese zentralen Mandate wurden ohne Konkurrenzofferten, ohne Ausschreibung und damit ohne objektives Auswahlverfahren vergeben. Bei der SCM lag bei dieser Vergabe zwar keine Verletzung interner Richtlinien und Reglemente vor – bei der Geschäftsbeziehung DL Investment Partner ist indes kein formeller Entscheid zu finden, womit eine Verletzung des Anlagereglementes vorliegt. Beide Geschäftsbeziehungen wurden von Balmer-Etienne unter dem Blickwinkel der Funktionenkumulation wie auch der Gebührenstruktur und der Gebührenhöhe sehr kritisch gewürdigt (BALMER-ETIENNE, Zu-

sammenfassung S. 2 und 3).

- 190 Eine Analyse dieser problematischen Einzelengagements unter dem Gesichtspunkt der möglichen Haftbarkeit der verantwortlichen Organe ist im Rahmen dieses (summarischen) Gutachtens nicht möglich. Die Anzahl der Fälle und die Höhe der Verluste sind allerdings ungewöhnlich. Ein durchgängig ordnungsgemässer Vergabeprozess und der Einbezug unabhängiger Zweitmeinungen bei diesen Vergaben hätten zwar möglicherweise nicht alle, aber doch einzelne dieser Engagements und einen Teil der realisierten Verluste verhindert.
- 191 Bezüglich dieser Einzelengagements ist festzuhalten:
- dass die Anzahl und die Höhe der Engagements in riskanten Einzelfirmen, die in der Regel über Personen zu Stande kamen, die mit dem Vermögensverwalter persönlich bekannt waren, ungewöhnlich war;
 - der Umstand, dass die Staatsanwaltschaft III von sich aus derartige Engagements kritisch meldete, grosse Fragen zur Angemessenheit dieser Investitionen aufwarf;
 - dass die Kompetenzen des Vermögensverwalters bei derartigen Engagements ungewöhnlich gross und die Vergabeprozesse ungenügend strukturiert waren und auch teilweise nicht den reglementarischen Vorgaben entsprechend durchgeführt wurden;
 - dass die von der BVK gezogenen und dem Regierungsrat vorgeschlagenen Konsequenzen aus diesen verlustbringenden Engagements nur scheinbar effiziente Massnahmen darstellten: Es wurden zwar externe und damit theoretisch unabhängige Beraterfirmen beigezogen – diese aber in einem nicht transparenten Vergabeprozess ohne Konkurrenzsituation ausgewählt, womit dem Leiter der Vermögensverwaltung nahestehenden Personen mit mangelhafter Reputation ausgewählt wurden.

6.9. Die Delegation zusätzlicher Aufgaben an die Finanzdirektion war gesetz- bzw. statutenwidrig

- 192 § 79 der Statuten der Versicherungskasse verteilt die Aufgaben zwischen Regierungsrat, Finanzdirektion und der Versicherungskasse selbst. Die wichtigsten Führungsaufgaben liegen beim Regierungsrat, wobei die Finanzdirektion einerseits für Einzelentscheide und Streitfälle (Prozesse) zuständig ist – allerdings auch Zinssätze und Risikobeiträge festlegen muss. Letzteres stellt eine Führungsaufgabe dar, die ausdrücklich der Finanzdirektion zugewiesen ist. Bemerkenswert bei § 79 ist allerdings, dass die finanziellen Kompetenzen, insbesondere auch bezüglich des Anlageprozesses, nicht detailliert umschrieben sind. De facto war die Vermögensverwaltung vollständig in die Finanzdirektion integriert. Diese Kompetenzzuweisung, zumal in den Statuten gar nicht geregelt, widerspricht den Führungsgrundsätzen des BVG. Die Zuständigkeitsvorschrift von § 60 des Gesetzes über Controlling und Rechnungswesen (bzw. vorher § 82 der Verordnung über die Finanzverwaltung) kann in ihrer völligen Unbestimmtheit die vorsorgerechtlichen Grundsätze nicht ersetzen.
- 193 Dass die Statuten der Versicherungskasse die Zuständigkeiten bei der Vermögensverwaltung überhaupt nicht regeln, verletzt die im BVG vorgesehene Pflicht zur transparenten internen Organisation der Vorsorge-Einrichtung. Mit der praktisch vollständigen Delegation der Durchführung und Überwachung des Anlageprozesses – ausser des einmal jährlichen Strategiebeschlusses durch den Regierungsrat – hat dieser auch de facto die Pflicht zur Wahrnehmung der nicht delegierbaren Führungsaufgaben im finanziellen Bereich verletzt.
- 194 Es ist zwar rechtlich nicht generell unzulässig, dass einzelne Führungsaufgaben an einzelne Mitglieder des obersten Organes delegiert werden. Unüblich ist allerdings in Vorsorgeeinrichtungen die Funktion eines «Delegierten des Stiftungsrates» wie im Bereiche der Aktiengesellschaften, wo einem einzigen Delegierten des Verwaltungsrates eine Gesamtsumme von Aufgaben zugewiesen wird, womit er funktional sowohl dem obersten Organ als auch der Geschäftsleitung angehört. Eine Besonderheit der Delegation bei der BVK ist es, dass diese Delegation nicht ausdrücklich an ein Mitglied des Regierungsrates, an den oder die Finanzdi-

rektorin, erfolgt, sondern an die Finanzdirektion. Ist wirklich gemeint, dass die Verantwortung auf die Finanzdirektion insgesamt übergeht, ist die Delegation als Delegation von Geschäftsführungsaufgaben an eine juristische Person zu verstehen. Diese Unterscheidung ist von Bedeutung für die Frage, ob den oder die Finanzdirektorin eine besondere Verantwortung trifft – oder ob eher der Kanton Zürich selbst als delegierte Geschäftsführung bei der Frage der Verantwortlichkeit im Vordergrund steht. Dem Wortlaut der Statuten nach ist Zweiteres anzunehmen.

- 195 Problematisch an der Delegation ist überdies, dass die Finanzdirektion selbst, bzw. die in den fraglichen Zeitspannen tätigen Regierungsräte dem Informationsfluss ans oberste Organ, an den Gesamtregierungsrat, viel zu wenig Beachtung geschenkt haben. Die praktisch vollständige Delegation aller finanziellen Aspekte wurde so verstanden, dass auch kein regelmässiges (unterjähriges) Reporting nötig sei. Wie oben dargelegt, wurde das oberste Organ, der Gesamtregierungsrat, nicht einmal über ausserordentliche und besonders problematische Aspekte zeitgerecht orientiert. Das ist einerseits eine Verletzung der mit der Delegation verbundenen Pflichten, die dem mit den delegierten Aufgaben betrauten Organ obliegen und von umso grösserer Bedeutung sind, je wichtiger die delegierten Aufgaben sind. Der Fehler mit dem Umgang dieser Delegation liegt aber auch beim delegierenden Organ, dem Gesamtregierungsrat selbst, der die aus der Delegation fliessenden Informations- und Kontrollrechte und -pflichten auch nachfragen muss.
- 196 Zusammenfassend ist festzuhalten,
- Dass die Finanzdirektion immer autonom die Anlagereglemente erlassen hat, stellt eine klare Verletzung der Statuten dar, die die Zuständigkeit des Regierungsrates zum «Erlass der Vollziehungsbestimmungen».
 - Dass die statutarischen Bestimmungen der BVK bezüglich der Zuständigkeiten bei der Vermögensverwaltung absolut ungenügend waren und nicht den Anforderungen des BVGs entsprachen.

- Möglicherweise war dieser grundlegende Mangel auf statutarischer Ebene mit ein Hauptgrund, dass der Regierungsrat seine diesbezüglich nicht delegierten Führungsaufgaben nicht wahrnahm – wofür er aber, selbst zuständig für den Erlass der Statuten, auch selbst verantwortlich zeichnet.
- Die Wahrnehmung der delegierten Aufgaben durch die Finanzdirektion war insofern ungenügend, als sie den Informationsrückfluss an das für die Delegation zuständige Organ Regierungsrat praktisch vollständig vernachlässigte.
- Die praktisch vollständige Delegation der finanziellen Aufgaben verletzt die gesetzliche Pflicht zur Wahrnehmung nicht delegierbarer Führungsaufgaben durch das oberste Organ selbst.

6.10. **Es wurde zu stark auf den Investment Controller abgestellt**

- 197 Als Investment Controller war die Firma Complementa Investment Controlling AG seit 1991 für die BVK tätig. Im Jahre 2002 wurde der Vertrag neu abgeschlossen – mit einem Honorarvolumen von gegen 4 Millionen CHF jährlich. Die Mandatsvergabe erfolgte ohne die Einholung von Konkurrenzofferten. Der Aufgabenbeschrieb im Mandatsvertrag ist recht ausführlich. Er gibt aber nicht wieder, welche personellen Ressourcen für das Mandat zur Verfügung gestellt werden (für 4 Millionen CHF könnten mehrere qualifizierte Controller und mehrere Mitarbeiter auf Assistenzstufe zu 100% eingesetzt werden). Vom Honorarvolumen her betrachtet muss man annehmen, dass für das Controlling ein Mehrfaches des Personalbestandes der Abteilung Vermögensverwaltung der BVK hätte eingesetzt werden können.
- 198 Gemäss dem Gutachten PPCmetrics (S. 34 bis 43) war der Investment Controller «in den gesamten Vermögensverwaltungsprozess, Strategiebearbeitung, Umsetzung, Überwachung der BVK involviert» (so Summary, S. 2). Das geht insbesondere auch aus dem Funktionendiagramm des Anlagereglementes 2006 hervor. Der Controller hat an den Sitzungen der Beratungsorgane (Anlageausschuss und Versicherungskommission) teilgenommen, an den Sitzungen des Investment

Committee wahlweise. Rapportiert hat er monatlich und persönlich der Finanzdirektorin und ihrem Sekretär (ohne Anwesenheit von Personen der BVK). Schriftlich hat er monatlich und jährlich einen Bericht abgeliefert.

- 199 Das Gutachten PPCmetrics hält zusammenfassend fest: «Aufgrund der ungenügenden Auftragserfüllung gerade im Kernbereich des Investment Controllings hat der IC dazu beigetragen, dass sich bei der BVK organisatorische Schwachpunkte und mangelhafte Prozesse etablieren und über längere Zeit halten konnten» (Summary, S. 3). Auf offensichtliche Mängel in der Anlageorganisation und der Einhaltung der Reglemente bei Mandatsvergaben sei in den Berichten nicht hingewiesen worden (die Ampel stand dreimal auf grün). Es gab keine eindeutigen Hinweise auf die übermässige Machtkonzentration beim Vermögensverwalter, obwohl der Investment Controller es zuliess, dass der Vermögensverwalter «die Controlling Tätigkeit stellenweise erschwert» hatte und die Audit-Berichte von ihm «zunehmend zensuriert wurden». (PPCmetrics, S. 43). Ob der Controller an den Controller-Audienzen dies mündlich gerügt hat, ist umstritten und somit nicht belegbar.
- 200 Bei der Detailanalyse des Investment Controllers kritisiert PPCmetrics weiter, dass Complementa - trotz Aussage des zuständigen Herrn Gautschi, Complementa habe keine Strategieberatung für die BVK erbracht - , «an der Strategieentwicklung in Form von Empfehlungen massgeblich mitgewirkt hat». Insbesondere kritisiert wird, dass bis 2008 «nie die Durchführung einer umfassenden ALM-Analyse empfohlen» wurde, dies obwohl sie die Risikofähigkeit bereits 2002 sowie erneut 2005 als «ungenügend» beurteilt hat (PPCmetrics, S. 38). Weiter kritisiert das Gutachten, dass der Investment Controller auch taktische Empfehlungen gab, z.B. den Vorschlag, Currency Management einzuführen und insbesondere, dass er keine Hinweise auf die ungenügende Führungs- und Anlageorganisation der BVK machte und diese immer mit dreimal grün kennzeichnete (s. 39).
- 201 Die Frage nach den Schlussfolgerungen dieser Problematik auf die Verantwortlichkeitsfrage ist in zweierlei Hinsicht zu beantworten:

Was die Arbeit des Investment Controllers selbst betrifft, liegen nach allen Beur-

teilungen gravierende Schwachpunkte offen. Daraus resultierender Schaden bei der BVK wäre auf Grund einer Haftung aus Auftragsrecht einforderbar. Dass der Investment Controller angesichts seiner umfassenden Aufgaben auch als verantwortliche Person im Sinne von Art. 52 BVG gesehen werden kann, ist nicht auszuschliessen. In der Regel ist das nicht der Fall, vorliegend aber auf Grund der umfassenden Aufgaben des Controllers zumindest zu überlegen.

- 202 Bezüglich der üblichen verantwortlichen Organe erscheinen die Schwachstellen der Beratung durch den Investment Controller zunächst als entlastendes Element. Sie «wähten sich in einer falschen Sicherheit, da die Berichterstattung das zentrale Führungsinstrument» war (so PPCmetrics, S. 3). Andererseits obliegt es aber auch den Führungsorganen, auch die Resultate der beigezogenen Fachleute kritisch zu prüfen. Das ist im vorliegenden Fall aber nicht geschehen. Es konnte auch nicht geschehen, weil das oberste Führungsorgan selbst sich gar nie mit dem Reporting-Prozess und dem Resultat des Reportings auseinander gesetzt hat. Auch die Tatsache, dass im Jahre 2001 der bereits während 10 Jahren tätige Controller ohne Konkurrenzofferten erneut beauftragt wurde, zeigt die mangelhafte kritische Überprüfung der Abläufe und Aufträge durch die verantwortlichen Organe, bzw. die dafür mit delegierter Kompetenz ausgestattete Finanzdirektion. Auch eine Plausibilitätskontrolle des Reporting-Honorars – es war wesentlich höher als die Kosten der überwachten internen Vermögensverwaltung - belegt klar einen mangelhaften kritischen Blick der Führungsorgane.
- 203 Alle drei Oberexperten beurteilen die Analyse von PPCmetrics bezüglich dem Investment Controller als aufschlussreich, indes aber in den Schlussfolgerungen eher als zu zurückhaltend. JANSSEN sagt (Bericht S. 3): «Die Rolle des Investment Controllers erscheint im Gutachten von PPCmetrics AG in einem besonders schlechten Lichtpunkt». Es «wurde so ziemlich gegen alles verstossen, was ein Investment Controller machen, respektive nicht machen sollte,» z.B. sich vom Vermögensverwalter zensurieren lassen, taktische und strategische Marktprognosen erteilen und Aussagen zum Deckungsgrad machen, die «ein ungenügendes Verständnis eines zentralen Sachverhaltes» belegen. Auch gemäss BRECHBÜHL (Bericht S. 2) hat das Anlagecontrolling «seine Kernaufgabe, die Versorgung der zuständigen Gremien mit führungsrelevanten Informationen nicht er-

füllt». «Dass der Controller Zensurierungen seiner Berichte akzeptiert, ist nicht nachvollziehbar». Dasselbe bezeichnet HENS in der Befragung (S. 7) als «unmöglich».

- 204 Die Pflichtwidrigkeiten und Auswirkungen bezüglich des Investment Controllings sind insbesondere (seitens des Controllers und der Führungsorgane der BVK):
- die mangelhaften Hinweise durch den Investment Controller auf Organisationsmängel und unübliche Strategieentscheide;
 - dass Zulassen der Einflussnahme des Vermögensverwalters auf seine Berichte;
 - die Monopolisierung der Beratungsfunktion in einem Unternehmen, insbesondere unter Verzicht auf den Hinweis, dass ALM-Studien üblich sind (aber durch Complementa nicht angeboten);
 - dass von Complementa offenbar nicht – sicher nicht mit der nötigen Klarheit - darauf hingewiesen wurde, dass bei Mandatsvergaben unter Konkurrenzbedingungen massive Kostenreduktionen erzielbar sind.
 - Die BVK und die Finanzdirektion haben es offenbar während 20 Jahren unterlassen, das Controlling Mandat einer kritischen Prüfung zu unterziehen (bezüglich Aufgaben und Kosten).
 - BVK und Finanzdirektion haben auch die Kosten des Controllings keiner Plausibilitätskontrolle unterzogen (es kostet ein Mehrfaches des überprüften internen Bereiches!!).
 - Das Hauptproblem bezüglich des Mandats an die Complementa liegt darin, dass die Finanzdirektion und indirekt auch der Regierungsrat offenbar völlig auf die Complementa vertraut und nicht realisiert haben, dass diese Aufgaben nicht vollumfänglich delegierbar ist. Die kritische unverzichtbare Überprüfung der Expertenaussagen hat das oberste Organ mit System unterlas-

sen.

6.11. Zusammenfassung

- 205 *Auf allen Ebenen der BVK sind zahlreiche gravierende Sorgfaltspflichtverletzungen festzustellen. Der Regierungsrat selbst hat seine allgemeinen Führungsaufgaben als oberstes Organ sowie mehrere nicht delegierbare Aufgaben nicht oder nur mangelhaft wahrgenommen (6.1.). Dabei hat er – teilweise in Verletzung der allgemeinen Sorgfaltspflicht, teilweise reglementswidrig – zu viele Aufgaben an die Finanzdirektion delegiert (6.9.) und die BVK völlig ungenügend mit dem erforderlichen Personal ausgestattet (6.2.). Den dem obersten Führungsorgan obliegenden Strategieprozess hat er vernachlässigt (6.6.). Auch in Jahren einer erheblichen bzw. anhaltenden Unterdeckung hat er keine oder nur ungenügende Massnahmen getroffen (6.5.) und die üblichen Asset Liability Studien nicht veranlasst (6.4.)*
- 206 *Die Finanzdirektion hat bei Aufgaben, die an sie (zum Teil zulässigerweise, zum Teil unzulässigerweise) delegiert wurden, ebenfalls ihre Führungsfunktion selbst nicht ausreichend wahrgenommen und übermässig Aufgaben weiter delegiert. Sie hat einen mangelhaften Selektionsprozess akzeptiert (6.3.) und Verletzungen des Anlagereglements nicht erkannt oder nicht beseitigt. Zudem hat sie höchst fragwürdige Anlagen- und Selektionsentscheide trotz Warnzeichen genehmigt (6.7.) und vom Vermögensverwalter vorgeschlagene Einzelinvestitionen nicht unabhängig hat überprüfen lassen (6.8.). Zudem wurde dem ohne Konkurrenz-ausschreibung beauftragten Investment Controller kritiklos vertraut (6.10.). Die Weiterleitung der führungsrelevanten Informationen an den Regierungsrat war nicht ausreichend.*
- 207 *Schlussendlich haben auch die leitenden Angestellten der BVK die ihnen anvertrauten Aufgaben teilweise zu Folge fachlicher oder führungs-mässiger Überlastung - bei einer Person vermutlich absichtlich und arglistig - nicht wahrgenommen. Und die obersten Organe – Regierungsrat und Finanzdirektion – haben dies*

nicht erkannt, weil sie ihre nicht delegierbaren Führungsaufgaben nicht ordnungsgemäss wahrgenommen haben.

7. Weitere Haftungsvoraussetzungen

7.1. Schaden

- 208 Eine Pflichtwidrigkeit führt nur dann zu einem Verantwortlichkeitsanspruch, wenn daraus Schaden entstanden ist. Der Begriff des Schadens ist relativ einfach zu umschreiben. Einzelne Definitionen des Schadens – Schaden ist ein Vermögensnachteil – erscheinen gar banal. In einem Entscheid des Bundesgerichtes zur Verantwortlichkeit der Stiftungsräte heisst es (übereinstimmend wie in Entscheiden zum Schaden in andern Rechtsgebieten), der Schaden sei die «Differenz zwischen dem gegenwärtigen Stand des Vermögens und dem Stand, den das Vermögen ohne schädigendes Ereignis hätte» (B 11/06 vom 2. August 2007, Erwägung 5.1.). Etwas BVG-spezifischer heisst es in denselben Entscheiden «Als Schaden im Sinne von Art. 52 BVG gilt jede Verminderung des Stiftungsvermögens, welche nicht zur satzungskonformen Zweckverwirklichung erfolgt».
- 209 Die Schwierigkeit bei der Frage des Schadens beginnt bei der Schadensberechnung, besonders wenn es sich nicht um einzelne genau bestimmbare Pflichtverletzungen handelt, sondern um mehrere schadensstiftende Pflichtverletzungen in einem längeren zeitlichen Zusammenhang. Hinzu kommt im vorliegenden Fall die Schwierigkeit, dass es nicht in erster Linie um fehlerhafte Handlungen, sondern überwiegend um pflichtwidrige Unterlassungen geht. Deren Folgen lassen sich nicht direkt sondern nur indirekt über die Frage, welches denn die pflichtgemässen Handlungen und deren (positiven) Folgen gewesen wären, erschliessen. Und es geht beim Schaden nicht nur um die durch die pflichtwidrigen Handlungen entstandenen Verluste, sondern - noch wichtiger - um die entgangenen Gewinne. Allenfalls vom Schaden abgezogen werden müssen Kosten, die bei pflichtgemässer Führung an anderen Orten entstanden wären, da eine pflichtgemässe Führung der Vorsorgeeinrichtung allenfalls auch zusätzliche Kosten mit sich gebracht hätte.
- 210 Einen rechtlichen Ausweg aus der Schwierigkeit, den Schaden nachzuweisen, findet sich in Art. 42 Abs. 2 OR, der im ganzen Schadenersatzrecht Beachtung findet: «Der nicht ziffernmässig nachweisbare Schaden ist nach Ermessen des Rich-

ters mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge und auf die vom Geschädigten getroffenen Massnahmen abzuschätzen». Und die Rechtsprechung sagt auch weiter, dass sich dieser Artikel «nicht nur auf die Höhe, sondern auch auf das Vorhandensein des Schadens bezieht». Der Schaden gilt als nachgewiesen, «wenn die Akten genügend Anhaltspunkte bieten, die nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge auf sein Vorhandensein schliessen lassen». Diese Schlussfolgerung muss sich dem Richter jedoch «mit einer gewissen Überzeugungskraft» aufdrängen (zitiert nach GAUCH/AEPLI/STÖCKLI zu Art. 41).

- 211 Wenn man im Gutachten PPCmetrics die Aussagen zu den negativen Folgen der Fehler in der Anlagetätigkeit sucht (um den Begriff des Schadens vorerst noch zu vermeiden), scheinen zwei ausführlichere Zitate angebracht: «Der Strategieprozess der BVK muss damit als ungenügend bezeichnet werden, auch im Vergleich mit anderen Pensionskassen. Strategieentscheide wie bspw. die Strategiewechsel 2003 und 2007 wurden ohne die Erarbeitung ausreichender Entscheidungsgrundlagen, d.h. bspw. einer A&L-Studie vorgenommen. Auf Grund der Marktentwicklung haben sich die Strategiewechsel im Nachhinein als falsch erwiesen. Der BVK ist dadurch im Zeitraum 2003 – 2010 ein Betrag in der Grössenordnung von CHF 470 Mio. bis CHF 2'400 Mio. entgangen, berechnet als Differenz zwischen der Benchmark BVK und den Pictet BVG-Indizes mit einem Aktienanteil von 25%, 40% und 60%. Im Zeitraum 2000 – 2010, d.h. der gesamten zur Verfügung gestellten Datenreihe, lag die Ertragsdifferenz zwischen der Benchmark BVK und den Pictet BVG-Indizes bei CHF 700 Mio. bis CHF 3'300 Mio. Allerdings kann festgehalten werden, dass die Anlagestrategie der BVK im Vergleich mit anderen Pensionskassen mit Ausnahme einer überdurchschnittlich hohen Liquiditätsquote keine wesentlichen Unterschiede in Bezug auf die Gewichtung der Anlagekategorien aufweist» (Management Summary, S. 4 und vgl. dazu im Detail S. 81 und S. 156).
- 212 Weiter führt das Gutachten PPCmetrics aus, dass die Anlageergebnisse der BVK in den verschiedenen Segmenten unterschiedlich waren und es auch bei den marktüblichen Benchmarks grosse Unterschiede gab. Die Schlussergebnisse lauten aber doch, «dass das Resultat im Vergleich der BVK aus der Vermögensanlage mit der Peer Group unterdurchschnittlich ausfällt» (PPCmetrics, Summary S. 5).

Die Entwicklung des Gesamtvermögens zeigt, dass die Renditen der BVK zwischen 1995 bis 1999 über dem Median lagen. Dann kommen schlechtere Jahre, bis 2004 deutlich unter dem Median, zwischen 2005 und 2009 nahe beim Median, 2010 wieder deutlich darunter. Die Resultate waren in den 2000er Jahren verglichen mit der Peer Group schlecht bis mittelmässig.

- 213 Bei der Schätzung des Schadens machen die Obergutachter auf Grund ihrer nur summarischen Sichtung der Untersuchungsergebnisse auch nur sehr summarische Aussagen. Sie tendieren aber zu einer strengeren Beurteilung und einer höheren Schätzung des entstandenen Schadens und kritisieren einzelne relativierende Aussagen von PPCmetrics in diesem Punkt – trotz generell sehr grossen Lobes für das Gutachten PPCmetrics (Meinung JANSSEN, HENS S. 19). Der Oberexperte JANSSEN sagt auf die Frage nach einer Summe nach einigen Bemerkungen zur Komplexität und Wahrscheinlichkeit: «Man kann Bereiche angeben zwischen zwei Beträgen. Die Untergrenze liegt im Fall BVK bei einer Milliarde CHF, die Obergrenze wahrscheinlich bei über 15 Milliarden. So schockierend das erscheint, es weicht im Resultat nicht grundlegend davon ab, was HENS sagt: «Zum Glück ging der Deckungsgrad nicht auf 50% hinunter, das hätte auch passieren können. Ich glaube man hatte noch Glück mit den schlechten Entscheidungen. Natürlich kennt man den Vergleich mit der Pensionskasse Stadt Zürich, doch um es 100%-ig genau sagen zu können, müsste man viele Jahre lang vergleichen und nicht nur 15 Jahre lang».
- 214 Sowohl PPCmetrics als auch die Oberexperten gehen somit davon aus, dass die Fehler in der Anlagestrategie und im Anlageprozess zu einem Resultat geführt haben, dass mehrere hundert Millionen, vermutlich sogar 1 bis 3 Milliarden unter dem liegt, was bei einer analogen Vorsorgeeinrichtung ohne diese fehlerhaften Prozesse und Entscheidungen möglich, bzw. zu erwarten gewesen wäre. Die extrem grosse Spanne der Schätzungen zeigt auch die grosse Schwierigkeit derartiger Schlussfolgerungen. Sie ist aber auch Zeichen für die ausserordentliche Überwindung, die es braucht, den Vorwurf zu äussern, dass die festgestellten Pflichtwidrigkeiten – von fast allen Akteuren ohne böse Absicht – zu einem derart immensen Schaden geführt haben. Das ist eine Schwierigkeit, die selbstverständlich

auch beim unterzeichneten Gutachter immer wieder präsent wird.

- 215 Diese Schwierigkeit geht auch aus dem zweitletzten Satz der Zusammenfassung des Gutachtens PPCmetrics hervor, der ausführt: «Dass die von uns beigezogenen Indizes übertroffen oder verfehlt wurden, kann in diesem Sinne der BVK nicht vorgeworfen werden, resp. ein Kausalzusammenhang mit den in andern Kapiteln angeführten Mängeln lässt sich nicht ohne weitere Abklärungen herstellen» (Summary S. 5).
- 216 Allenfalls müsste die Schätzung der aus den Pflichtwidrigkeiten entstandenen Schäden noch differenzierter vorgenommen werden, indem expertisemässig die Entwicklung der BVK simuliert wird (wie sie sich dargestellt hätte, wenn die zahlreich gerügten Fehler von Verwaltung und Geschäftsführung nicht stattgefunden hätten). Die Fragestellung würde beispielsweise lauten: Wie hätte sich das Vermögen der BVK entwickelt, wenn man im Zeitpunkt der Unterdeckung von 88,1% auf Grund von Asset Liability Studien die üblichen Sanierungsmassnahmen (z.B. mit Zuschüssen des Staates mit Nullverzinsung der Destinatäre und mit einer sorgfältigen Reduktion der Risikoexposition) getroffen hätte? Und weiter: Wie hätten sich die Anlageresultate entwickelt, wenn der Stiftungsrat mit einer transparenten Mandatsvergabe unter Konkurrenzbedingungen und einer für den Umfang der Vermögensanlage personell genügend ausgestatteten Vermögensverwaltung und einem wirklich unabhängigen Investment Controlling gehandelt hätte? Und wie hätte sich der Deckungsgrad entwickelt, wenn die in den Jahren 2009 und 2010 von der neuen Führung der BVK ergriffenen Massnahmen bereits vor 5 oder vor 10 Jahren eingeleitet worden wären? (und somit auf einem höheren als dem aktuellen Deckungsgrad (86,5% am 31.12.2010, bzw. 82,6% im Oktober 2011) hätten ausgehen können).
- 217 Diese hypothetischen Fragestellungen zeigen - ebenso wie die bei der Frage des Schadens sehr zurückhaltenden Äusserungen der Experten- dass eine präzise Berechnung des Gesamtschadens nicht möglich ist. Der Schaden ist abzuschätzen, so wie er «nach Ermessen des Richters mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge» angenommen würde. Der Experte dieses Gutachtens findet aber - auch abgestützt auf die beigezogenen Gutachter- und Expertenmeinungen -

keine zureichenden Argumente für eine andere Auffassung als die, dass durch die dargestellten Pflichtwidrigkeiten Schaden bei der BVK in einer Grössenordnung von mehreren hundert Millionen, bis hin zu wenigen Milliarden Franken entstanden ist.

- 218 Eine weitere, etwas weniger differenzierte Variante der Schadensschätzung ist die, auf Grund von Benchmarks und generellen Indizes für Pensionskassen abzuklären, inwiefern sich der Deckungsgrad der BVK unterhalb des Durchschnittes vergleichbarer Vorsorge-Einrichtungen entwickelt hat. Wie würde unter der Annahme einer durchschnittlichen Entwicklung der heutige Deckungsgrad aussehen? Und um wie viel höher müsste dann das Vermögen bei dieser Durchschnittsentwicklung im Verhältnis zum aktuellen Gesamtvermögen der BVK – oder einzelner Anlagekategorien – sein? Diese Variante der Schadensschätzung unterstellt, dass bei einer ordnungsgemässen Geschäftsführung eine durchschnittliche Entwicklung mittelfristig möglich ist und ist damit natürlich unpräziser als die oben erwähnte Möglichkeit der Simulation.
- 219 Diese Ausführungen zeigen, dass die Frage des durch die Pflichtwidrigkeiten verursachten Schadens im Sinne eines Gesamtschadens keinem wirklich schlüssigen Beweis zugänglich ist. Der Schaden ist nur über die von Art. 42 Abs. 2 OR vorgesehene Möglichkeit der Abschätzung des Schadens nach dem Ermessen des Richters und mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erreichen.
- 220 Das Gutachten der PPCmetrics und die Aussagen der Obergutachter haben ebenso wie der unterzeichnete Gutachter gravierende Pflichtverletzungen bei allen Organen der BVK festgestellt. Und alle stellen eine über alles betrachtet schlechte Entwicklung der Anlageresultate bzw. eine ebenfalls schlechte Entwicklung des Deckungsgrades der BVK fest. Und alle diese Fachleute unterstellen auch, dass die Pflichtverletzung und die negative Vermögensentwicklung in einem engen Zusammenhang stehen. Eine gegenteilige Schlussfolgerung, dass die finanzielle Entwicklung der BVK und die Verluste in Milliardenhöhe auch ohne die gerügten Fehler zu Stande gekommen wären, ist nicht zu plausibilisieren. Sie würde ja auch heissen: Ob eine Pensionskasse gut, mittelgut oder schlecht geführt wird, ändert im Resultat sowieso nichts. Ob diese Einschätzung der Experten auch von

einem Richter geteilt wird und dieser das Vorhandensein eines Schadens auf Grund dieser Pflichtwidrigkeiten im Sinne von Art. 42 OR bejaht, kann natürlich durch den Gutachter nicht beantwortet werden.

- 221 Im Sinne einer Eventualforderung kann bezüglich einzelner Pflichtverletzungen ein direkter Schaden einfacher dargestellt oder gar berechnet werden. So insbesondere der Schaden wegen unprofessioneller Mandatsvergabe oder Schaden aus einzelnen Anlagen – wie die im Bericht der Staatsanwaltschaft III geschilderten und der Suko Fiko untersuchten.
- 222 Der mangelhafte Vergabeprozess – Vergabe von Mandaten ohne Konkurrenzofferten – und der Verzicht der regelmässigen Überprüfung von vergebenen Mandaten bezüglich Erfolg und Kosten hat dazu geführt, dass die BVK in verschiedenen Bereichen erheblich überhöhte Verwaltungsentschädigungen bezahlt hat. Und dies nicht nur an externe Firmen und Personen, die dem Vermögensverwalter der BVK persönlich bekannt waren, sondern auch an andere Partner und Banken, bei denen die Mandate ohne Konkurrenzofferten vergeben wurden. Das Gutachten PPCmetrics hat an verschiedenen Stellen festgehalten, dass zahlreiche Entschädigungsansätze übersetzt und branchenunüblich waren und mit Anreizstrukturen versehen (z.B. Retrozessionen), die nicht im Interesse der BVK lagen. Die BVK hat auch im Jahre 2009 eine Gebührenanalyse bei Kohlberg & Associates in Auftrag gegeben, welche erhebliche Kostenersparnisse bei diversen Partnern nachgewiesen hat, die nachträglich auch umgesetzt wurden. So hat diese Analyse in den untersuchten Bereichen dargestellt, dass bei der State Street Bank Zürich jährliche Kostenersparnisse von 1,5 bis 1,9 Mio USD zu erwarten sind und bei elf analysierten externen Investment Management Mandaten Kostenersparnisse von total 2,1 bis 2,9 Mio CHF möglich sind. Eine derartige Gebühreneinsparung von 4 bis 5 Mio pro Jahr ergibt über 10 Jahre gerechnet doch eine bei ordentlicher Geschäftsführung mögliche Einsparung von 40 bis 50 Mio.
- 223 Ein weiteres Beispiel ist das Mandat an den Investment Controller, das ohne Konkurrenzofferten vergeben wurde und dessen Honorarvolumen von ca. 4 Mio im Jahre 2009 auf fast die Hälfte reduziert wurde, was über 10 Jahre berechnet auch eine Kostenersparnis von ca. 20 Mio ausmacht. Hinzu kommt die mögliche

Ersparnis, dass externe Mandate generell eingespart werden können mit einem personellen Ausbau der internen Vermögensverwaltung.

- 224 Analog zu diesen Beispielen könnte für die gesamte Vermögensverwaltungsstruktur eine Nachkalkulation vorgenommen werden, was die Kosten bei konkurrenzfähigen Preisen gewesen wären. Das Nachrechnen des Schadens in dieser Detailgenauigkeit bedarf aber des Arbeitsaufwandes mehrerer Wochen oder Monate. Mit Rückgriff auf die Resultate der in den letzten zwei Jahren bei der BVK diesbezüglich getroffenen Massnahmen wäre eine recht genaue Berechnung aber möglich. Man kann jedoch auch pauschal schätzen, um wie viele Basispunkte die Vermögensanlagekosten insgesamt zu hoch waren. Geht man von einer Größenordnung von 30 Basispunkten Ersparnispotential, also 3‰ pro Jahr auf das ganze Vermögen gerechnet aus, sind das 45 Millionen pro Jahr und auf 10 Jahre gerechnet 450 Millionen, oder doch eine halbe Milliarde.
- 225 Ein weiterer konkret nachrechenbarer Schadensbereich sind die fragwürdigen Einzelengagements 2000 bis 2004. Fragwürdig waren diese Investitionen, weil sie faktisch allein durch den Vermögensverwalter empfohlen wurden ohne kritische Überprüfung und Second Opinion, und zwar an Personen, die ihm persönlich bekannt oder durch persönliche Freunde empfohlen wurden. Alle dieser Engagements endeten praktisch in einem Totalverlust. Im grössten derartigen Engagement, BT&T, wurden 270 Millionen CHF investiert und verloren. Die weiteren kleineren Engagements, bzw. Verluste in diesem Segment, belaufen sich auf eine unbekannte Summe bei Progress Now Investment AG, ca. 9 Millionen bei Think Tools, 20 Millionen bei New Venturetec, 20 Millionen bei Schweitzer Technologie, 12,5 Millionen bei Pro KMU Invest AG (so gemäss dem Bericht der StA III). Diese Gesamtengagements und die Gesamtverluste bei den guten Freunden oder Kollegen (Straub, Friedli) beliefen sich demnach etwa auf 350 Millionen. Dass bei einer ordnungsgemässen Anlageorganisation alle diese Engagements nicht getätigt oder vor dem Totalverlust beendet worden wären, soll nicht behauptet werden. Mit praktischer Sicherheit wäre der Umfang dieser Engagements aber kleiner gewesen und insbesondere das Klumpenrisiko eines Engagements von 270 Mio bei der wenig renommierten BT&T – entsprechend 1,5% der gesamten Vermögensanlage der BVK - nicht erfolgt. Der haftpflichtrechtlich zu schätzende

Schaden dieser Engagements dürfte in einem Bereich von 100 bis 200 Mio CHF zu schätzen sein. Ob nach 2004 weitere ähnliche und ähnlich verlustreiche unkritische Anlagen bei unbekanntem und nicht renommierten Firmen abgewickelt wurden, bedürfte noch der näheren Prüfung.

- 226 Die vorgenannten Schäden - übermässige Kosten und übermässige Verluste einzelner problematischer Anlagen - von einigen hundert Millionen CHF sind als Eventualschadensposition zu verstehen. Das heisst, wenn man den Schaden insgesamt schätzt, um wie viel besser sich das Gesamtvermögen der BVK bei ordnungsgemässer Überwachung und Verwaltung entwickelt hätte, sind diese Eventualschadenspositionen darin enthalten.

7.2. **Kausalität und Adäquanz**

- 227 Ein aus Sorgfaltspflichtverletzung entstandener Schaden kann dem Schädiger nur zugerechnet werden, wenn die beiden Elemente von Schaden und Pflichtverletzung in einem Kausalzusammenhang stehen, der sowohl natürlich als auch adäquat kausal sein muss. Natürliche Kausalität wird definiert als «conditio sine qua non». «Nach der Rechtsprechung ist ein (pflichtwidriges) Verhalten im natürlichen Sinn kausal, wenn es nicht weggedacht werden kann, ohne dass auch der eingetretene Erfolg entfiel». «Für Schädigung in Folge einer Unterlassung kann sich eine Haftpflicht nicht aus der natürlichen Kausalität ergeben, sondern nur dadurch, dass eine Garantienpflicht verletzt wurde» (zitiert nach GAUCH/AEPLI/STÖCKLI, Note 17 zu Art. 41; zu Letzterem vgl. insbesondere BGE 123 II 583). Die Beurteilung, ob eine natürliche Kausalität vorliegt, «muss nicht mit wissenschaftlicher Genauigkeit und in zwingender Weise nachgewiesen werden. Es genügt, wenn der Richter in Fällen, in denen der Natur der Sache nach ein direkter Beweis nicht geführt werden kann, die Überzeugung gewinnt, dass nach den Erfahrungen des Lebens und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge die überwiegende Wahrscheinlichkeit für den einen bestimmten (hypothetischen) Kausalverlauf spricht» (zitiert nach GAUCH/AEPLI/STÖCKLI, Note 18 zu Art. 41).

- 228 Adäquat ist der Kausalzusammenhang, wenn die Ursache eines Schadens «nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist, einen Erfolg von der Art des Eingetretenen herbei zu führen, der Eintritt dieses Erfolges also durch das Ereignis allgemein als Begünstigter scheint» (zitiert nach GAUCH/AEPLI/STÖCKLI, zu Art. 41). «Im Falle der Unterlassung bestimmt sich der Kausalzusammenhang danach, ob der Schaden auch bei Vornahme der unterlassenen Handlung eingetreten wäre; es geht um einen hypothetischen Kausalverlauf, für den nach den Erfahrungen des Lebens gewöhnlichen Lauf der Dinge eine überwiegende Wahrscheinlichkeit sprechen muss» (zitiert nach GAUCH/AEPLI/STÖCKLI, Note 18 und 21 zu Art. 41).
- 229 Diese zusammenfassenden Kernsätze aus der Juridikatur zeigen, dass die Bejahung oder Verneinung des adäquaten Kausalzusammenhanges nicht nach detaillierten Kriterien wie bei der Frage der einzelnen Pflichtverletzungen vorgenommen werden kann, sondern aus einer wertenden Würdigung von Pflichtverletzung und Schaden folgt. In der Regel ist indes zu vermuten, dass pflichtwidriges Handeln für einen festgestellten negativen Erfolg verantwortlich ist. Denn es ist ja Sinn und Zweck der Vorschriften zu pflichtgemäßem Handeln – insbesondere hier, wo es um detailliert entwickelte gesetzliche und reglementarische Vorschriften zur ordnungsgemässen Verwaltung und Geschäftsführung geht – einen negativen Erfolg, einem Schaden zu verhindern. Schlussendlich ist es aber die Einschätzung der verschiedenen (möglichst mit unvoreingenommener Fachkunde ausgestatteten) Beobachter – sei es ein Gutachter oder ein Richter – den Kausalzusammenhang zu bejahen oder zu verneinen.
- 230 Im vorliegenden Fall, in welchem es nicht um einzelne zufällige und nebensächliche, sondern um zahlreiche und teilweise sehr gravierende Pflichtverletzungen geht und im Umfeld derselben massive finanzielle Verluste festzustellen sind (welche durch die verletzten Vorsichtsmassnahmen verhindert werden sollten), ist eine Bejahung einer natürlichen wie auch einer adäquaten Kausalität nach Auffassung des Gutachters schwerlich von der Hand zu weisen. Mag der Umfang des adäquat kausal verursachten Schadens schwierig zu bestimmen sein, ist es doch mit grösster Wahrscheinlichkeit auszuschliessen, dass die Summe der festgestellten Pflichtverletzungen in finanzieller Hinsicht völlig folgenlos geblieben

ist.

- 231 Zu prüfen ist in diesem Zusammenhang allenfalls noch die Frage der Unterbrechung des adäquaten Kausalzusammenhanges durch höhere Gewalt, grobes Verschulden des Geschädigten oder eines Dritten. Hiezu gehört in erster Linie die Frage, ob die mutmasslich korrupten Handlungen des Vermögensverwalters und der ihn bestechenden Auftragnehmer als haftungsunterbrechendes grobes Drittverschulden zu würdigen sind. Für die Unterbrechung des Kausalzusammenhangs genügt es nicht, dass das Verschulden des Dritten dasjenige der schädigenden pflichtverletzenden Person übersteigt. Vielmehr ist zu fragen, ob auch ohne die geschilderten Pflichtverletzungen (der obersten Organe) die Schädigung möglich gewesen wäre. Das ist gerade nicht zu vermuten. Eine transparente und mit Kontrollmechanismen versehene Anlageorganisation hat u.a. auch den Zweck, Korruption zu verhindern oder doch mindestens ihr vorzubeugen. Wo mehrere Personen an einem Entscheid beteiligt sind, wo nach qualitativen Kriterien vorgegangen wird, fallen gerade diejenigen Auftragnehmer ausser Betracht, die nicht wegen Leistung, sondern wegen «Nebenleistungen» berücksichtigt werden. Im konkreten Fall sind es auch – zumindest gemäss der Anklageschrift – Auftragnehmer, die ohne Konkurrenzofferten und ohne transparentes Vergabeverfahren zu lukrativen Aufträgen gekommen sind.

7.3. Verschulden

- 232 Das Verschulden als zusätzliches Element der Haftungsvoraussetzung besteht darin, dass man der verantwortlichen Person den Vorwurf machen kann, sie habe nicht so wie ein normaler, gewissenhafter und sachkundiger Beauftragter in gleicher Lage gehandelt. Der Verschuldensmassstab ist objektiviert, es geht nicht um das persönliche Können, sondern es wird ein genereller, typisierter Massstab angelegt. Es geht aber nicht um einen durchschnittlichen Jedermann, sondern um das «sogenannte berufsspezifische Durchschnittsverhalten» (vgl. ROMAN BAUMANN LORANT, Der Stiftungsrat, S. 355).

233 Da die vorgenannten Pflichtverletzungen Handlungen und Unterlassungen sind, die gemäss dem Gutachten von PPCmetrics und/oder den Obergutachtern als untypisch in der aktuellen Landschaft der Vorsorgeeinrichtung bezeichnet werden, erscheint das Verschulden klarerweise gegeben. Hinzu kommt die Rechtspraxis bei der vertraglichen Haftung. Hier wird das Verschulden bei Vorhandensein der übrigen Haftungsvoraussetzungen vermutet. Es bleibt an der verantwortlichen Person, das Nichtverschulden nachzuweisen, was allerdings bei dem gültigen objektivierten Verschuldensbegriff in der Regel unmöglich ist.

7.4. **Wer ist haftbar?**

- Der Kantonsrat

234 Der Kantonsrat ist weder an der Leitung noch an der Geschäftsführung der Vorsorgeeinrichtung beteiligt. Und seine Aufsichtsbefugnis über die Regierung generell und in besonderem Masse im Rahmen einer Untersuchung wie der PUK kann nicht der Kontrolltätigkeit zugeordnet werden. Es ist eine Aufsichtstätigkeit, eher noch eine Oberaufsichtstätigkeit, welche nicht mit der Arbeit einer Kontrollstelle sondern eher mit der der Aufsichtsbehörde verglichen werden könnte. Und auch die Tätigkeit der Aufsichtsbehörde untersteht nicht den Haftungsbestimmungen von Art. 52 BVG. Eine Haftung des Kantonsrates gestützt auf diesen Artikel ist nicht gegeben. Ebenso ist keine Haftung des Kantonsrates auf Grund des Staatshaftungsgesetzes möglich. Dort heisst es in § 1 ausdrücklich, dass es keine Anwendung findet auf Mitglieder des Kantonsrates.

235 Auch insofern, als der Kantonsrat das Gesetz über die Versicherungskasse für das Staatspersonal erlassen hat, ist eine Haftpflicht daraus schwerlich denkbar. Der Kantonsrat ist bei Erlass dieses Gesetzes kaum als Teil der Vorsorgeeinrichtung tätig geworden, sondern hat eher die vorsorgetypische Aufgabe des Arbeitgebers wahrgenommen, für seine Angestellten eine Personalvorsorge zu organisieren. Und für diese Wahl untersteht der Arbeitgeber – zusammen mit seinem Personal, das mitbestimmend sein müsste – nicht den Haftungsbestimmungen des BVGs. Soweit er eine registrierte und damit anerkannte Vorsorgeeinrichtung

für seine Angestellten wählt – und in der Führung derselben nicht mehr aktiv mitwirkt – hat er seine Pflicht als Arbeitgeber erfüllt.

- Die Regierungsräte

236 Wie oben bereits dargelegt, nimmt auf Grund des Gesetzes über die BVK und der Statuten der Regierungsrat die wesentlichen Funktionen des obersten Organes wahr. Zentral dabei ist die vom sehr summarischen Gesetz über die BVK dem Regierungsrat zugewiesene Pflicht zum Erlass der Statuten. Mit dieser Kompetenz ist der Regierungsrat das entscheidende Gremium über die ordnungsgemässe und gesetzeskonforme Durchführung des BVG. Der Regierungsrat hat damit die Pflicht aber auch die Möglichkeit, die gesetzeskonforme, zweckmässige und effiziente Organisation der Vorsorgeeinrichtung zu regeln. Ob und wie weit ihm damit auch die Möglichkeit offen steht, die Pflichten des obersten Organes der Vorsorgeeinrichtung Dritten zu übertragen, kann offen bleiben. Er hat dies nicht getan und die entscheidenden Funktionen sich selbst vorbehalten. Die Regierungsräte stehen deshalb als verantwortliche Personen im Sinne von Art. 52 BVG eindeutig im Vordergrund. Sie haben die Aufgabe des obersten Organes, der Verwaltung, nicht an aussenstehende Personen delegiert und sind deshalb selbst verantwortlich. Dass sie in erster Linie als Regierungsräte gewählt werden und allenfalls nicht über den erforderlichen Bezug zur Thematik der beruflichen Vorsorge und die übliche Fachkenntnisse von Stiftungsräten von Vorsorgeeinrichtungen verfügen, kann sie nicht entlasten. Der Fall ist vergleichbar mit dem sogenannten Übernahmeverschulden jedes Stiftungsrates. Wer der Aufgabe als Stiftungsrat nicht gewachsen ist, kann sich der Verantwortung nur entziehen, indem er sich nicht wählen lässt.

- Insbesondere der Finanzdirektor/die Finanzdirektorin

237 Im Rahmen der Organisation der BVK werden wichtige Aufgaben an die Finanzdirektion delegiert. Es stellt sich die Frage, ob diese Delegation eine Delegation an die Finanzdirektion insgesamt als Einheit der staatlichen Verwaltung zu verste-

hen ist oder an den Finanzdirektor, bzw. die Finanzdirektorin persönlich als das wichtigen Aufgaben der BVK am nächsten stehende Regierungsratsmitglied. Wird Ersteres bejaht, folgt daraus, dass die Haftung in erster Linie den – nachfolgend erwähnten – Kanton betrifft und weniger das jeweilige Regierungsratsmitglied. Im zweiten Fall stellt sich die Frage, ob dem oder der Finanzdirektion eine weitergehende verstärkte Verantwortlichkeit gegenüber den übrigen Mitgliedern des Regierungsrates zugeschrieben werden muss. Soweit die Delegation unentziehbare Aufgaben des obersten Organes darstellt, kann diese die anderen Regierungsräte nicht entlassen, weil sie dann für das Verhalten des Delegierten wie für eigenes verantwortlich sind.

- 238 Aber auch dann, wenn eine zulässige Delegation an den oder die Finanzdirektorin angenommen wird, bleibt der delegierende Regierungsrat für Auswahl, Instruktion und Überwachung zuständig. Angesichts der beschriebenen mangelhaften Information des Gesamtregierungsrates über Durchführung und Kontrolle des Anlage- und Strategieprozesses, die vom Regierungsrat auch nicht nachgefragt wurde, ist eine nachhaltige Entlastung der andern Regierungsräte damit nicht anzunehmen. Möglich ist es allerdings, dass im Rahmen der Bemessung der Höhe des Verschuldens – soweit dieses für die interne Schadensverteilung von Bedeutung ist - dasjenige des Finanzdirektors schwerer wiegt.
- 239 Wesentlich bedeutsamer bezüglich der Haftung der Regierungsräte ist die Frage, ob § 28 des Haftungsgesetzes zur Anwendung kommt, mit welchem der Kanton die Angestellten und mithin auch die Mitglieder des Regierungsrates schadlos zu halten hat, wenn sie nicht grob fahrlässig gehandelt haben. Unter der Annahme, dass Grobfahrlässigkeit nicht gegeben ist, würde das zu einer generellen Entlastung aller betroffenen Regierungsräte führen – aber zu einer entsprechenden vollen Belastung des Kantones selbst zur Deckung des durch die Pflichtwidrigkeit entstandenen Schadens.

- Der Kanton selbst

240 Nebst dieser möglichen Belastung des Kantones selbst auf Grund von § 28 des Haftungsgesetzes an Stelle der Regierungsräte, stellt sich aber auch die Frage, ob der Kanton auch als faktischer Geschäftsführer der BVK nach Art. 52 BVG haftbar ist.

241 Die Aufgabe der Geschäftsführung der BVK obliegt offenkundig dem Kanton Zürich selbst. Da die BVK als unselbständig öffentliche Anstalt organisiert ist, ist und bleibt sie ein Teil der kantonalen Verwaltung. Daran ändert auch die im Jahre 2002 erfolgte Ausgliederung aus der Finanzverwaltung nichts. Die BVK bleibt trotzdem ein Teil der staatlichen Verwaltung. Und der BVK sind bereits gemäss den Statuten zahlreiche Aufgaben zugeordnet. Durch das Anlagereglement ist die BVK auch weitgehend mit der Durchführung der Vermögensverwaltung beauftragt – mit Kompetenzen bis hin zur Vergabe von Beratungsmandaten. Diese Aufgaben sind extrem weitgehend, verglichen mit anderen Vorsorgeeinrichtungen. Hinzu kommt noch die faktische Delegation von Aufgaben. Die BVK und ihr Vermögensverwalter haben teilweise – das typische Beispiel ist die Erarbeitung der Anlagestrategie – Aufgaben wahrgenommen, die eigentlich zu den unentziehbaren Aufgaben des obersten Organes gehören. Das sind Aufgaben, die der Verwaltung, dem obersten Organ der Vorsorgeeinrichtung obliegen. Das Personal der BVK – Geschäftsführer und insbesondere Vermögensverwalter – haben zweifellos Funktionen wahrgenommen, die den Organfunktionen entsprechen. Damit ist davon auszugehen, dass auch der Kanton selbst für die bei der BVK vorgefallenen Pflichtwidrigkeiten und den daraus entstandenen Schaden mithaftbar ist.

7.5. Zusammenfassung

242 *Durch die Pflichtverletzungen der Regierungsräte und der BVK selbst ist nach Auffassung des Gutachters erheblicher und adäquat kausal verursachter Schaden entstanden. Der Umfang dieses Schadens liegt – geschätzt mit Hilfe der Aussagen der Fachgutachter - in einem Bereich zwischen mindestens einigen 100 Millionen und maximal wenigen Milliarden Schweizer Franken. Einzelne Schadenspo-*

sitionen im unteren Bereich dieser Spanne können als Eventualschadenspositionen gestützt auf die von der PUK aufgearbeiteten Unterlagen mit einer vertieften Darstellung genauer beziffert werden. Ob für die Schätzung des Gesamtschadens ein zusätzliches (gerichtliches) Beweis- bzw. Expertiseverfahren erforderlich ist, obliegt dem Ermessensentscheid des Richters. Ein rechtsgenügendes Verschulden der verantwortlichen Personen darf rechtlich unterstellt werden. Der den verantwortlichen Personen offen stehende Entlastungsbeweis ist angesichts des objektiven Verschuldensbegriffes kaum möglich.

- 243 *Ausser Betracht als verantwortliche Personen fallen der Kantonsrat und seine Mitglieder. Als verantwortlich im Sinne von Art. 52 BVG sind alle Regierungsräte, die nach dem Jahr 2002 im Amt waren und zwar alle, nicht nur der Finanzdirektor bzw. die Finanzdirektorin. Darüber hinaus steht eine Haftbarkeit des Kantons selbst im Vordergrund als faktischer Träger von Verwaltungsfunktionen und als formelle Trägerin der Geschäftsführung der BVK. Darüber hinaus hat der Kanton allenfalls gestützt auf § 28 des Haftungsgesetzes für den Schaden der haftbaren Regierungsräte einzustehen.*

8. Schlussbemerkung zum Vorgehen

Bezüglich der Verantwortlichkeit der Regierungsräte ist unklar, ob die Einleitung des Verfahrens nach dem kantonalen Haftungsgesetz erfolgen muss. In diesem Fall obliegt es dem Kantonsrat, die Verantwortlichkeitsansprüche geltend zu machen (und dann auch die Verjährung zu unterbrechen).

In jedem Fall gilt für diese Verantwortlichkeitsansprüche aber materiell das Recht der beruflichen Vorsorge. Die Vorsorgeeinrichtung selbst hat das Recht, die Verantwortlichkeitsansprüche geltend zu machen. Zuständig ist gestützt auf Art. 73 BVG das Sozialversicherungsgericht. Bei einem Verfahren besteht aber die besondere Problematik darin, dass die BVK als unselbständige Anstalt ein Teil des Kantons Zürich ist und damit die Regierungsräte einerseits und der Kanton Zürich andererseits gegen sich selbst vorgehen und Verantwortlichkeitsansprüche durchsetzen müssten. Diese Problematik wird vorsorgerechtlich dadurch gelöst, dass die Aufsichtsbehörde das Recht hat, im Falle möglicher Verantwortlichkeitsansprüche die verantwortlichen Organe abzusetzen und neue Organe mit der Prüfung oder Durchführung dieser Schritte zu beauftragen. Die Aufsichtsbehörde kann aber auch lediglich für die Geltendmachung dieser Ansprüche einen Beistand oder Beauftragten einsetzen.

Aufgrund dieser Situation ist zu prüfen, ob die PUK sich mit der BVG-Aufsichtsbehörde abspricht. Dies dürfte ab dem 1. Januar 2012 einfacher sein, da die Aufsicht verselbständigt wurde und nicht mehr direkt dem Regierungsrat untersteht.

IV. Literaturverzeichnis

AMMANN DOMINIQUE, Auswirkungen der Strukturreform auf den Anlagebereich, Infotage BVS 2008

BASLER KOMMENTAR, OR I, 4. Auflage, Gonzenbach Rainer zu Art. 118

BAUMANN LORANT ROMAN, Der Stiftungsrat, Diss. Zürich 2009, (HSG Bilbiothek: HSG Obergeschoss PD 3240 B347)

BRECHBÜHL JÜRIG, Unterdeckung und Handlungsbedarf in Aufsicht und Gesetzgebung (Schweizer Personalvorsorge 02/03, S. 51ff.)

EISENRING MARTIN TH. MARIA, Die Verantwortlichkeit für Vermögensanlagen von Vorsorgeeinrichtungen, Zürich 1999 (eigene Bibliothek I.2.17)

GÄCHTER THOMAS, Outsourcing von Pensionskassenaufgaben (AJP 1/2003)

GEISER THOMAS, Zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Stiftungsrates in der 2. Säule, S. 337 (SZS 49/2005)

GEISER THOMAS, Haftung für Schäden der Pensionskassen, in: Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Duc, Lausanne 2001, S. 71 ff., (eigene Bibliothek: K.O.12)

GAUCH PETER/AEPLI VIKTOR/STÖCKLI HUBERT, Präjudizienbuch zum OR, Rechtsprechung des Bundesgerichts, Zürich 2002

GULLO DOMENICO, Die Verantwortlichkeit des Stiftungsrates in der Vorsorgeeinrichtung und die Delegation von Aufgaben, (SZS 45/2001, S. 40–42)

GUMANN MARIA/AMMANN DOMINIQUE, Die BVG-Strukturreform, Handout Ausbildung für Stiftungsräte, Zürich 8. Juni 2011

HELBLING CARL, Personalvorsorge und. BVG, 6. Auflage, Bern/Stuttgart/Wien, 1995 (eigene Bibliothek I.2.9)

HELBLING CARL, Personalvorsorge und BVG, Auflage, Bern/Stuttgart/Wien 2006, 8. Auflage, (eigene Bibliothek: I.2.9)

HELBLING CARL, Unterdeckungen bei öffentlich-rechtlichen Pensionskassen (Der Schweizer Treuhänder 9/05, S. 680 ff.)

KIESER UELI, ART. 52 BVG, in: SCHNEIDER/THOMAS GEISER/THOMAS GÄCHTER (Hrsg.), Kommentar BVG und FZG, Bern 2010, (eigene Bibliothek: I.2.23) (*Kieser, in BVG und FZG*)

KIESER UELI, Verantwortlichkeit nach Art. 52 BVG – eine Auslegeordnung. In: Schaffhauer, René (Hrsg.) ; Stauffer, Hans Ulrich (Hrsg.): BVG-Tagung 2007 : Aktuelle Fragen der beruflichen Vorsorge. St. Gallen : Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis (IRP-HSG), 2008, S. 125-146 (*Kieser, Verantwortlichkeit*)

KOLLER ALFRED, Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1995, Tagungsbeiträge, Universität St. Gallen 1995

LANG BRUNO, Die Rolle der Beteiligten an der Teilliquidation von Pensionskassen (Der Schweizer Treuhänder 5/00, S 489 ff)

LANG BRUNO, Griffigere Vorgaben für Führung und Prüfung von Pensionskassen (Der Schweizer Treuhänder 7-8/96, S. 607 ff.)

LANG BRUNO, Die neuen Anlagevorschriften nach BVV2 (Der Schweizer Treuhänder 8/00, S. 775 ff.)

LANTER MARCO, Die Verantwortlichkeit von Stiftungsorganen - unter Berücksichtigung der Vorschriften des BVG, Diss. Zürich 1984 (eigene Bibliothek: I.2.12)

MOSER MARKUS, Die betriebliche Personalvorsorge als Führungsaufgabe: Was Sie als Stiftungsrat oder Mitglied eines paritätischen Verwaltungsorgans vom rechtlichen Umfeld wissen sollten (SZS 46/2002 S. 15)

MOZAR/HUBATKA, Organisation und Haftung des Stiftungsrats, in: Schweizer Personalvorsorge 2004 Sondernummer S. 54

MÜLLER ROLAND, Die Verantwortlichkeit der Stiftungsräte von Vorsorgeeinrichtungen (AJP 2004 S. 131ff.)

PAUL MUTZNER, Art. 49 SchIT ZGB in: Berner Kommentar, ZGB, Schlusstitel, 2. Aufl. 1926

PETER ERICH, Die geplanten Neuerungen der Strukturreform - Stiftungsrat, Kontrollstelle, Experte und Aufsicht, Informationstage 2008 zur beruflichen Vorsorge

PFITZMANN HANS J., Die öffentlich-rechtlichen Pensionskassen im BVG-Obligatorium (SZS 29 (1985) S. 233 ff.)

POLEDNA TOMAS/ PETER ERICH, Staatsgarantie bei öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen – Übergang vom alten zum neuen Recht (SZS 55/2011)

RIEMER HANS MICHAEL, Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz, 1. Auflage, Bern 1985, (eigene Bibliothek: I.2.1 (a))

RIEMER HANS MICHAEL/RIEMER-KAFKA GABRIELE, Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz, 2. Auflage, Bern 2006, (eigene Bibliothek: I.2.1)

RIEMER HANS MICHAEL, Urteilsanmerkung zu BGE 128 V 124-134, (SZS 2003 S. 368)

RIEMER HANS MICHAEL, Paritätische Verwaltung privat- und öffentlichrechtlicher Personalvorsorgeeinrichtungen gemäss BVG (SZS 29 (1985) S. 16 ff.)

RIEMER HANS MICHAEL, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, 3. Abteilung: Die juristischen Personen, Dritter Teilband: Die Stiftungen, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 80-89bis ZGB, 3. Aufl., Bern 1975 (eigene Bibliothek B.1.1.3.3)

ROBERT K. DÄPPEN, Art. 60 OR in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegang Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 4. Auflage, Basel 2007

SCHMID FELIX, Grobes und leichtes Verschulden, in: KOLLER ALFRED (Hrsg.), Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1995, St. Gallen 1995

SCHMID FELIX, Die Verantwortlichkeit der Stiftungsorgane, 1997

SCHWEIZER PERSONALVORSORGE, Heft 12/2003, Bericht Aktuell, S. 12

STÄGER HANS-PETER, Sorgfaltspflichten des Stiftungsrates, (Schweizer Personalvorsorge, Heft 5/2005, S. 33 - 35)

STAUFFER HANS-ULRICH, Berufliche Vorsorge, 2005, Zürich/Basel/Genf

STUFETTI DANIEL, Die Aufgaben des Stiftungsrates in: Stiftungsräte in Vorsorgeeinrichtungen: Seminar vom 18. September 1997, Universität St. Gallen. Weiterbildungsstufe. Seminar, 1997

SCHWARZENBACH-HANHART HANS RUDOLF, Die Rechtspflege nach dem BVG (SZS 27 (1983) S. 169 ff.)

SCHWARZENBACH-HANHART HANS RUDOLF/ STAUFFER HANS-ULRICH/ SALAMONE GRAZIELLA, Berufliche Vorsorge in Text und Tafeln, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2005 (eigene Bibliothek I.2.8)

SCHWARZENBACH-HANHART HANS RUDOLF, Die Staats- und Beamtenhaftung in der Schweiz mit Kommentar zum zürcherischen Haftungsgesetz, 2. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Zürich 1985

TRIGO TRINIDADE RITA, Fondations de prévoyance et responsabilité, développements récents, in TRIGO TRINIDADE RITA/ANDERSON MARTIN, Institutions de prévoyance: devoirs et responsabilité civile, Genf 2006, S. 141 ff. (HSG Bibliothek: HSG Obergeschoss PQ 538 T828)

TRUNIGER CHRISTOF/ALEXANDRA ZEITER, Der Anlageentscheid – die Verantwortlichkeit des Stiftungsrates (SZS 48/2004)

VETTER MEINRAD, Der verantwortlichsrechtliche Organbegriff gemäss Art. 754 Abs. 1 OR, Diss. Zürich 2007, (HSG Bibliothek: HSG Obergeschoss PE 3800 V591)

VETTER-SCHREIBER ISABELLE, Berufliche Vorsorge - BVG Kommentar, Zürich 2009, 2. Auflage (eigene Bibliothek I.2.22)

Vetter-Schreiber Isabelle, Aufsicht über die berufliche Vorsorge Haftungsfragen (Vortrag 2008 unter www.sghvr.ch)

VETTER-SCHREIBER ISABELLE, Staatliche Haftung bei mangelhafter BVG-Aufsichtstätigkeit, Diss. Zürich 1996, (eigene Bibliothek I.2.16)

VETTER-SCHREIBER ISABELLE, Verantwortlichkeit gegenüber einer Vorsorgeeinrichtung (Schweizer Personalvorsorge 04/03, S. 21ff.)

VETTER-SCHREIBER ISABELLE, Rechte und Pflichten von Mitgliedern der Vorsorgekommission, Fachbeitrag (TREX Der Treuhandexperte 5/2005, S. 292 f.)

VON TUHR ANDREAS/PETER HANS, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band 1, 3. Auflage, Zürich 1979

WALSER HERMANN, Das neue Verantwortlichkeitsrecht (Art. 52 BVG) in: Das neue Recht der beruflichen Vorsorge: Seminar vom 7. Februar 2005, Universität St. Gallen 2005

WIDMER PETER/GERICKE DIETER/WALLER STEFAN, Art. 760, Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530–1186 OR, 3. Auflage, Basel 2008

WIEGAND WOLFGANG, Art. 99 N 1ff., Basler Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht I 2007, Basel/Bern/Zürich

Erläuterungen zur Änderung der Verordnung über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 18. April 1984 (BVV 2)

Bundesamt für Sozialversicherung, Faktenblatt 1, Strukturreform der Beruflichen Vorsorge, 14. Juni 2011

Bundesblatt, 128. Jahrgang Band 1, Nr. 4: Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge

Mitteilungen über die berufliche Vorsorge Nr. 35 vom 20. Mai 1996

Swiss-American Chamber of Commerce, Swiss Pension Fund Law, Zürich 1983

