

GUTACHTEN

erstattet dem

EIDGENÖSSISCHEN JUSTIZ- UND POLIZEIDEPARTEMENT (EJPD)

von

PROF. DR. GERHARD SCHMID

in Zusammenarbeit mit

DR. CHRISTINA RUGGLI

zu

AUFTRAG UND KOMPETENZEN DES BUNDESAMTES FÜR PRIVATVERSICHERUNGEN
(BPV)

* * *

SCHLUSSBERICHT VOM 31. OKTOBER 2002

Inhaltsverzeichnis

Frage 1 a):	Welches sind die Aufgaben, die das BPV im Rahmen seiner Aufsichtstätigkeit nach geltendem Recht wahrzunehmen hat?	4
	<i>a. Aufsicht nach dem Versicherungsaufsichtsgesetz.....</i>	<i>4</i>
	<i>b. Aufsicht nach anderen Erlassen</i>	<i>6</i>
Frage 1 b):	In welcher Tiefe und Intensität müssen die Aufgaben insbesondere gemäss Art. 10 und Art. 17 VAG wahrgenommen werden, damit der vom Gesetz vorgeschriebene Auftrag, der Schutz der Versicherten insbesondere vor Insolvenz der Versicherungsgesellschaften, erfüllt wird?	7
	<i>a. Grundzüge der schweizerischen Wirtschaftsverfassung.....</i>	<i>7</i>
	<i>b. Versicherungswesen und berufliche Vorsorge zwischen Wettbewerb und Kontrolle</i>	<i>8</i>
	<i>c. Liberalisierung des Versicherungswesens.....</i>	<i>9</i>
	<i>d. Rechtsstaatliche Grenzen der Aufsichtstätigkeit.....</i>	<i>10</i>
Frage 1 c):	Besteht eine Verpflichtung des BPV, den gesetzlichen Auftrag im Hinblick auf eine Verstärkung der Interessenwahrung der Versicherten extensiv auszulegen?	12
Frage 2 a):	Wie ist die Abgrenzung der Aufsichtszuständigkeit zwischen BPV und BSV mit Bezug auf sämtliche Vorsorgeeinrichtungen nach BVG geregelt?	13
Frage 2 b):	Welche Zuständigkeit gilt nach geltendem Recht für die von Lebensversicherungsgesellschaften errichteten Sammelstiftungen?	14
Frage 2 c):	Welche Bedeutung für die Zuweisung der Aufsichtszuständigkeit spielt die Tatsache, dass die genannten Sammelstiftungen selbst keine versicherungstechnischen Risiken tragen?	15
Frage 2 d):	Welche Bedeutung spielte in diesem Zusammenhang die VAG-Revision von 1987?	15
Frage 3 a):	Welche Pflichten hat das BPV bei der Genehmigung von Tarifen für Tod und Invalidität, die für Verträge zwischen Vorsorgeeinrichtungen und Versicherungsgesellschaften zur Anwendung kommen, zu erfüllen?	16
Frage 3 b):	Welche Bedeutung hat Art. 68 BVG im Verhältnis zu Art. 20 VAG für den Prüfungsumfang bei der Genehmigung von Tarifen?	17
Frage 3 c):	Lässt sich aus dem BVG ableiten, dass für die Genehmigung von Überschussbeteiligungen aus Zinsüberschüssen von Sparkapitalien andere Prüfungsgrundsätze zur Anwendung gelangen müssen als jene gemäss Art. 8, 17 und 19 VAG?	17

Frage 3 d):	Lässt sich aus dem BVG ableiten, dass im Bereich des BVG andere Vorschriften für die Überschusszuweisungen gelten als in der übrigen Lebensversicherung? Wer wäre allenfalls für den Erlass entsprechender Vorschriften oder Weisungen zuständig?	18
Frage 3 e):	Wer ist für die weitere Verteilung der von den Lebensversicherungsgesellschaften an die Sammelstiftungen ausgerichteten Überschüsse zuständig, und welches sind die Kriterien für die Zuteilung?	19
Frage 4:	Hat das BPV in der Vergangenheit seine Aufgaben erfüllt? Wenn nein, warum nicht? Wo lagen die Defizite?	20
	<i>a. Vorbemerkungen zur Antwort auf Frage 4</i>	<i>20</i>
	<i>b. Zur Handhabung der Aufsichtspflicht durch das BPV</i>	<i>21</i>
	<i>c. Hinweise zum "Rechtsanwendungsverständnis" des BPV</i>	<i>22</i>
	<i>d. Rascher Wandel des Umfelds und bisheriges "Aufsichtsverständnis"</i>	<i>23</i>
	<i>e. Bemerkungen zum "Verwaltungsverständnis" des BPV (und anderer Bundesämter)</i>	<i>23</i>
Frage 5:	Welcher Handlungsbedarf lässt sich daraus für die Zukunft ableiten?	24
	<i>a. Vorbemerkungen zur Antwort auf Frage 5.</i>	<i>24</i>
	<i>b. Gesetzgeberischer Handlungsbedarf im Bereich der Versicherungsaufsicht</i>	<i>25</i>
	<i>c. Handlungsbedarf innerhalb des BPV</i>	<i>26</i>
	<i>d. Ergänzende Hinweise zur Frage nach dem Handlungsbedarf</i>	<i>27</i>
Exkurs:	Handlungsbedarf im Bereich der Aufsicht über Einrichtungen der beruflichen Vorsorge	28
	<i>a. Klärung der Aufsichtszuständigkeiten zwischen dem BSV und dem BPV</i>	<i>28</i>
	<i>b. Transparenz bei der Überschussverteilung in den Lebensversicherungsgesellschaften und im Verhältnis zu den Sammelstiftungen</i>	<i>29</i>
	<i>c. Verselbständigung der Sammelstiftungen</i>	<i>29</i>
	<i>d. Weitere, mittel- oder längerfristig zu prüfende Massnahmen</i>	<i>31</i>

Gemäss Vertrag vom 30. Juli/2. August 2002 bin ich vom Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) beauftragt worden, ein Gutachten betreffend Auftrag und Kompetenzen des Bundesamtes für Privatversicherungen auszuarbeiten. Die im einzelnen zu beantwortenden Fragen sind im erwähnten Vertrag aufgelistet. Vereinbarungsgemäss hat Frau Dr. Christina Ruggli, Leiterin der Aufsichtsbehörde BVG Berufliche Vorsorge des Kantons Basel-Stadt, an diesem Gutachten mitgewirkt. Im Weiteren wurden die Gutachter durch Dr. Markus Schott, Rechtsanwalt bei Wenger Plattner, unterstützt.

Der vorliegende Schlussbericht wird gemäss dem mir unterbreiteten Fragenkatalog gegliedert.

Frage 1 a): Welches sind die Aufgaben, die das BPV im Rahmen seiner Aufsichtstätigkeit nach geltendem Recht wahrzunehmen hat?

a. Aufsicht nach dem Versicherungsaufsichtsgesetz

Der Versicherungsaufsicht nach dem Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über die privaten Versicherungseinrichtungen (Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG, SR 961.01) unterstehen gemäss Art. 3 VAG die *privaten Versicherungseinrichtungen*. Die Wesensmerkmale einer solchen Einrichtung werden im Gesetz nicht genannt und ergeben sich aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. ALFRED MAURER, Privatversicherungsrecht, 3. Aufl. Bern 1995, S. 92 ff.; BGE 107 Ib 56). Im Bereich der beruflichen Vorsorge können von vornherein nur solche Vorsorgeeinrichtungen der Aufsicht nach dem VAG unterstehen, die als Versicherungseinrichtung zu qualifizieren sind. Als Wesenselemente einer Versicherungseinrichtung gelten nach Lehre und Rechtsprechung (1) die Tragung eines Risikos welches aufgrund versicherungsmathematischer und statistischer Methoden kompensiert wird, d.h. es muss ein *planmässiger Geschäftsbetrieb* herrschen, (2) die Erhebung von *Prämien* vom Versicherungsnehmer, (3) der *Rechtsanspruch* des Versicherungsnehmers auf Leistung sowie (4) die *Selbständigkeit der Operation*, d.h. die Versicherung darf keine blosse Nebenabrede sein (vgl. dazu RENÉ RHINOW/GERHARD SCHMID/GIOVANNI BIAGGINI, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1998, S. 699; CHRISTINA RUGGLI, Die behördliche Aufsicht über Vorsorgeeinrichtungen, Basel/Frankfurt a.M. 1992, S. 45 f.).

Mit Blick auf die Frage, ob eine Vorsorgeeinrichtung der Versicherungsaufsicht untersteht, ist demnach von entscheidender Bedeutung, ob die Vorsorgeeinrichtung ein Versicherungsrisiko (Alter, Tod, Invalidität) als *autonome Vorsorgeeinrichtung* selbst trägt oder dieses als nicht-autonome bzw. teilautonome Einrichtung ganz oder teilweise durch einen

Versicherungsvertrag auf einen Dritten abwälzt (vgl. dazu MAURER, a.a.O., S. 466 f.). Grundsätzlich unterstehen lediglich diejenigen Vorsorgeeinrichtungen der Versicherungsaufsicht, die zumindest ein Versicherungsrisiko ganz oder teilweise selbst tragen. Ausserdem betrifft die Aufsicht nach dem VAG die *Lebensversicherungsgesellschaften*, bei welchen nicht-autonome oder teilautonome Vorsorgeeinrichtungen ihre Versicherungsrisiken mittels *Kollektivversicherungsverträgen* versichern. Eine solche Auslagerung des Versicherungsrisikos ist insbesondere bei Gemeinschafts- und Sammelstiftungen, denen mehrere rechtlich und wirtschaftlich unabhängige Arbeitgeber angeschlossen sind, die Regel (vgl. dazu MAURER, a.a.O., S. 470 ff. und hinten zu Frage 2 b). Die Lebensversicherungsgesellschaft ist in diesen Fällen nicht selbst eine Vorsorgeeinrichtung, doch ist die ihr angeschlossene Stiftung regelmässig personell, organisatorisch und wirtschaftlich eng mit ihr verbunden und das Versicherungsunternehmen ist (Mit-)Stifterin.

Die im Rahmen der *Versicherungsaufsicht* anfallenden Aufgaben des Bundes werden durch das VAG nahezu vollständig dem *Bundesamt für Privatversicherungen* (BPV) übertragen. Nur für diejenigen Entscheide, für welche das Gesetz ausdrücklich das *Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement* (EJPD) für zuständig erklärt, liegen die Aufsicht und die einschlägigen Befugnisse nicht beim BPV (Art. 43 Abs. 1 VAG). Solche Departementsbefugnisse sind lediglich für die Erteilung und den Entzug der Bewilligung für den Betrieb eines Versicherungszweiges (Art. 7 Abs. 1 und Art. 40 VAG) sowie für die Zustimmung zur Übertragung des Versicherungsbestandes von einer Versicherungseinrichtung auf eine andere der Aufsicht unterstellte Versicherungseinrichtung (Art. 39 VAG) vorgesehen. Die genannten Zuständigkeiten des EJPD sind abschliessend (vgl. MAURER, a.a.O., S. 85).

Das BPV hat gemäss den umfassenden Normtexten (Art. 17 und 18 VAG) den *gesamten Geschäftsbetrieb* der inländischen Versicherungseinrichtungen wie auch den Geschäftsbetrieb in der Schweiz der ausländischen Versicherungseinrichtungen zu beaufsichtigen (vgl. GERHARD SCHMID, Staatsaufsicht, Kartelle, Obligatorien und Pools im Bereich der Privatversicherung, in: *Privatrecht, öffentliches Recht, Strafrecht*, Basel/Frankfurt am Main 1985, S. 324 f.). Dabei wacht es darüber, dass die *Solvenz* erhalten bleibt, der *Geschäftsplan* beachtet und die *schweizerische Aufsichtsgesetzgebung* befolgt wird, eine Aufsichtsgesetzgebung, welche den Versicherungseinrichtungen in ganz allgemeiner Weise vorschreibt, für die Versicherten die "notwendige Garantie" zu bieten, "insbesondere in bezug auf Solvenz, Organisation und Geschäftsführung (Art. 10 VAG).

Konkretisiert werden diese Aufgaben durch das VAG insofern, als das BPV ausdrücklich den genehmigungspflichtigen Teil des *Geschäftsplans* und dessen Änderung (Art. 9 Abs. 1 i.v.m. Art. 8 und Art. 19 VAG) sowie die genehmigungspflichtigen *Tarife* (Art. 20 VAG)

zu prüfen hat. Letzere haben sich gemäss dem Gesetzeswortlaut in einem Rahmen zu halten, "der einerseits die Solvenz der einzelnen Versicherungseinrichtungen und andererseits den Schutz der Versicherten vor Missbrauch gewährleistet."

In formeller Hinsicht hat das BPV jährlich einen *Bericht* über den Stand der beaufsichtigten Versicherungseinrichtungen zu veröffentlichen (Art. 25 VAG) und zu veranlassen, dass die Bilanzen der in der Schweiz niedergelassenen Versicherungseinrichtungen im *Schweizerischen Handelsamtsblatt* publiziert werden (Art. 21 Abs. 4 VAG).

b. Aufsicht nach anderen Erlassen

Sofern das BPV eine Vorsorgeeinrichtung nach den Vorschriften des VAG beaufsichtigt, übernimmt es auch die Aufsicht nach dem *Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge* (BVG, SR 831.40) bzw. gegebenenfalls die *Stiftungsaufsicht* gemäss dem Zivilgesetzbuch (vgl. Art. 44 VAG; Art. 3 Abs. 4 der Verordnung über die Beaufsichtigung und Registrierung von Vorsorgeeinrichtungen, BVV 1, SR 831.435.1; Art. 62 Abs. 2 BVG). Vgl. dazu auch die Ausführungen zu Frage 2 a). Nach der gesetzlichen Ordnung soll jeweils nur eine einzige Behörde eine bestimmte Einrichtung beaufsichtigen und eine Doppelaufsicht ausgeschlossen sein (vgl. MAURER, a.a.O., S. 83 f.; MORITZ KUHN/R. LUKA MÜLLER-STUDER/MARTIN K. ECKERT, *Privatversicherungsrecht*, 2. Aufl. Zürich 2002, S. 86). Allerdings ist gemäss Art. 4 Abs. 1 BVV 1 dem Bundesamt für Sozialversicherung (BSV) zusätzlich die *Oberaufsicht* über die Vorsorgeeinrichtungen übertragen (vgl. KUHN ET AL., a.a.O., S. 86). Sofern das BPV eine Vorsorgeeinrichtung als direkte Aufsichtsbehörde beaufsichtigt, untersteht es somit der Oberaufsicht durch das BSV, was im Widerspruch steht zur organisationsrechtlichen Gleichrangigkeit der beiden Bundesämter.

Gewisse Aufsichtsfunktionen über den privaten Versicherungsmarkt üben ferner auch die *Wettbewerbskommission* gemäss dem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG, SR 251) sowie der *Preisüberwacher* gemäss dem Preisüberwachungsgesetz (PüG, SR 942.20) aus. Diese Behörden nehmen jedoch keine regelmässigen Prüfungen vor und werden nur aktiv, wenn Anzeichen von Beschränkungen des wirksamen Wettbewerbs bzw. von Preismissbrauch vorliegen. Die Wettbewerbskommission bzw. die Kartellkommission haben verschiedene Sektoren des Versicherungsmarkts untersucht und diesbezügliche Empfehlungen zur Gewährleistung eines wirksamen Wettbewerbs abgegeben, so 1988 zum Sachversicherungsgeschäft und 1994 zum Lebensversicherungsgeschäft (vgl. dazu GERHARD SCHMID, *Wettbewerb auf Versicherungsmärkten*, in: Peter Forstmoser et al. (Hrsg.), *Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz*,

Zürich 1999, S. 581 ff.). Die Zusammenarbeit zwischen dem Preisüberwacher und dem BPV wird im Übrigen durch Art. 15 PüG geregelt.

Frage 1 b): In welcher Tiefe und Intensität müssen die Aufgaben insbesondere gemäss Art. 10 und Art. 17 VAG wahrgenommen werden, damit der vom Gesetz vorgeschriebene Auftrag, der Schutz der Versicherten insbesondere vor Insolvenz der Versicherungsgesellschaften, erfüllt wird?

a. Grundzüge der schweizerischen Wirtschaftsverfassung

Art. 27 BV garantiert das Grundrecht der *Wirtschaftsfreiheit*, wonach Private (natürliche und juristische Personen des Privatrechts) in der Schweiz grundsätzlich uneingeschränkt eine Erwerbstätigkeit wählen und betreiben können (vgl. zur Wirtschaftsfreiheit im Einzelnen RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, a.a.O., S. 89 ff.; JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, 3. Aufl. Bern 1999, S. 632 ff., ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5. Aufl. Zürich 2001, Rz. 179 ff.). Gemäss Art. 94 Abs. 1 BV sind Bund und Kantone ferner an den *Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit* gebunden. Dieser ordnungspolitische Aspekt der Wirtschaftsfreiheit verpflichtet die Gemeinwesen nach Art. 94 Abs. 3 BV insbesondere Massnahmen zu unterlassen, welche sich gegen den *Wettbewerb* richten. Das marktwirtschaftliche Ordnungsprinzip des Wettbewerbs genießt folglich besonderen verfassungsrechtlichen Schutz (vgl. RENÉ RHINOW, Wirtschafts- und Eigentumsverfassung, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, S. 565 ff, Rz. 11).

Das marktwirtschaftliche Ordnungsprinzip des freien Wettbewerbs steht jedoch in einem Spannungsverhältnis zu verschiedenen verfassungsrechtlich verankerten Staatsaufgaben und -zielen. *Sozialstaatliche Verpflichtungen* scheinen sowohl im Zweckartikel, Art. 2 BV, als auch in der Sozialzielbestimmung, Art. 41 BV, auf. Zahlreichen Kompetenzbestimmungen der BV ermächtigen oder verpflichten den Bund ferner, in bestimmten Sachgebieten Regelung abweichend von der Wirtschaftsfreiheit zum Schutz des Publikums und insbesondere der sozial schwächeren Partei zu erlassen (vgl. RHINOW, a.a.O., Rz. 12). So kann der Bund gemäss Art. 95 Abs. 1 BV ganz allgemein Vorschriften über die Ausübung privatwirtschaftlicher Erwerbstätigkeit erlassen. Art. 98 Abs. 3 BV verpflichtet den Bund sodann ausdrücklich, das *Privatversicherungswesen* zu regeln.

b. *Versicherungswesen und berufliche Vorsorge zwischen Wettbewerb und Kontrolle*

Die soeben beschriebene Verfassungslage prägt auch die schweizerische Versicherungsaufsichtsgesetzgebung. Deren Konzept geht einerseits klarerweise davon aus, dass der Staat für den *Schutz der Versicherten* insbesondere vor Insolvenz der Versicherungsgesellschaften einerseits und vor übermässigen Prämientarifen andererseits besorgt zu sein hat. Die Versicherungsaufsicht hat aber andererseits von Verfassungs wegen in einer Weise zu geschehen, welche genügend Raum für *privatwirtschaftliche Gestaltungsfreiheit* und für *wirksamen Wettbewerb* schafft und belässt. Staatliche Kontrolle und Wettbewerb sollen in einem ausgewogenen Verhältnis zueinander stehen, so dass beide Ordnungsprinzipien zusammen für ein gesundes und zuverlässiges Versicherungswesen sorgen. Die *staatliche Aufsicht* im Bereich der beruflichen Vorsorge muss sich demzufolge im Spannungsfeld zwischen Wettbewerb und Kontrolle bewegen und das richtige Mass an Überwachung und Intervention finden.

Es ist in diesem Sinne festzuhalten, dass auch der Wettbewerbsdruck zu einer gewissen Stabilisierung des Versicherungswesens beiträgt, indem nur wirtschaftlich erfolgreiche Versicherungsunternehmen, die ihren Kunden gegenüber eine hohe Gewähr für die Erfüllung ihrer Verpflichtungen bieten, auf dem Markt bestehen können. Insofern kann der Wettbewerb als primäres Ordnungsprinzip prinzipiell durchaus den Interessen der Versicherungsnehmer dienen. Dem trägt die Praxis der Wettbewerbsbehörden im In- und Ausland Rechnung (vgl. zur Situation in der Schweiz vorne Bst. b zu Frage 1 a).

Verschiedene Besonderheiten des Lebensversicherungszweigs im Allgemeinen und der beruflichen Vorsorge im Speziellen erfordern jedoch staatliche Eingriffe, um einen genügenden Schutz der Versicherungsnehmer zu gewährleisten. Zu nennen sind einerseits das mannigfaltige *strukturelle Ungleichgewicht* zwischen Versicherungsnehmer und Versicherungs- bzw. Vorsorgeunternehmen und andererseits die *existentielle Bedeutung* der beruflichen Vorsorge für den Versicherungsnehmer (vgl. KUHN ET AL., a.a.O., S. 61). Beide Aspekte rufen nach besonderen gesetzlichen Schutzmechanismen. Dazu gehört die staatliche Aufsicht über die Vorsorgeeinrichtungen und Versicherungsunternehmen. Es bestehen jedoch darüber hinaus verschiedene weitere gesetzlich geregelte Instrumente. Mit Bezug auf den ersten Gesichtspunkt sind insbesondere die *paritätische Vertretung* der Arbeitnehmer in der Verwaltung der Vorsorgeeinrichtung gemäss Art. 51 BVG sowie die Regelung der Freizügigkeit nach dem *Freizügigkeitsgesetz* (FZG, SR 831.42) zu nennen. Aufgrund der existentiellen Bedeutung des Vorsorgeschutzes schreiben die Art. 56 ff. BVG die Einrichtung und den Unterhalt eines *Sicherheitsfonds* durch die registrierten Vorsorgeeinrichtungen vor. Ebenfalls dem Schutz der Versicherten vor Vorsorgelücken dient die Institut-

on der *Auffangeinrichtung* gemäss Art. 60 BVG. Die privaten Lebensversicherungsunternehmen haben schliesslich einen *Sicherungsfonds* nach dem Bundesgesetz über die Sicherstellung von Ansprüchen aus Lebensversicherungen (Sicherstellungsgesetz, SR 641.03) einzurichten. Dieser Erlass sieht zudem eine eigene Verfahrensordnung zur Sanierung und Liquidation von Lebensversicherungsgesellschaften vor. Eine *Konkurseröffnung* ist gemäss Art. 18 Sicherstellungsgesetz nur mit Zustimmung des EJPD möglich.

c. *Liberalisierung des Versicherungswesens*

Das europäische Versicherungswesen ist seit etwa zehn Jahren, ausgehend von Entwicklungen auf der Ebene der EU, von einer starken *Liberalisierungstendenz* geprägt (vgl. GERHARD SCHMID, Die Wirtschaftsverfassung der europäischen Gemeinschaft als Rahmen der Liberalisierung der Versicherungsmärkte, in: ZBJV 1992, S. 315 ff.; PETER PFUND, Liberalisierung der Versicherungsmärkte - Rechtliche und wirtschaftliche Aspekte, in: ZBJV 1992, S. 319 ff.). Früher geläufige kartellistische Absprachen sind durch das Wettbewerbsrecht und durch die Praxis der Wettbewerbsbehörden in zunehmendem Masse als volkswirtschaftlich schädlich erkannt und entsprechend untersagt worden (vgl. KUHN ET AL., a.a.O., S. 46 ff.).

Im Zuge der Deregulierung hat sich die staatliche Aufsicht über die Versicherungsunternehmen wesentlich verändert. Die stark regulatorischen und tendenziell wettbewerbsfeindlichen Instrumente der präventiven Tarif- und Produktkontrolle sind abgebaut worden. Der Schutz der Versicherten vor überhöhten Preisen soll demnach vermehrt durch den Wettbewerbsdruck gewährleistet werden. Es obliegt den Wettbewerbsbehörden, die Voraussetzung dazu, das Funktionieren des Wettbewerbs auf dem Versicherungsmarkt, sicherzustellen. Gewisse Absprachen zwischen Versicherungsunternehmen sind allerdings durch eine *Gruppenfreistellungsverordnung* vom 12. Dezember 1993 in der EU vom Kartellverbot ausgenommen. Das Insolvenzrisiko, welches durch den Wettbewerbsdruck eher erhöht wird, soll demgegenüber weiterhin durch die Versicherungsaufsichtsbehörden überwacht werden. Auch hier wurde die präventive Tarif- und Produktkontrolle jedoch zugunsten einer sog. *Solvenzkontrolle* abgebaut.

Die genannte Entwicklung hat zunächst lediglich die Sachversicherung bei Industrierisiken, später auch bei Massenrisiken betroffen. Der Lebensversicherungsbereich ist nun aber durch die 3. Koordinationsrichtlinie Leben im Rahmen der EU ebenfalls liberalisiert worden. Entsprechende Anpassungen des VAG sind im Revisionsentwurf des BPV enthalten (vgl. KUHN ET AL., a.a.O., S. 72 ff.).

d. *Rechtsstaatliche Grenzen der Aufsichtstätigkeit*

Die staatliche Aufsicht im Bereich der beruflichen Vorsorge, welche wie oben dargestellt, im Spannungsfeld zwischen Kontrolle und Wettbewerb definiert werden muss und die einem ausgeprägten Liberalisierungsdruck unterliegt, ist an verschiedene *rechtsstaatliche Grundsätze* gebunden. Diese Prinzipien gelten für das gesamte Staatshandeln und werden zum Teil durch den gerichtlichen Grundrechtsschutz, zum Teil durch den Gesetzgeber oder die Behördenpraxis verwirklicht. Ihre Bedeutung ist gerade im hier zu beurteilenden Bereich nicht zu unterschätzen, weil sie für das Verwaltungshandeln bei komplexen Interessenlagen und unter starken politischen Einflüssen als Leitplanken dienen.

Ausgangspunkt für die staatliche Aufsicht muss die Bindung an das Recht und insbesondere an das geschriebene Gesetz sein, welche in Art. 5 Abs. 1 BV niedergelegt ist (vgl. dazu ausführlich HÄFELIN/MÜLLER, Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. Aufl. Zürich 1998, Rz. 296 ff.). Das *Legalitätsprinzip* verlangt, dass staatliches Handeln auf hinreichend präzisen und auf der richtigen Normstufe niedergelegten Rechtsätzen beruht.

Mit Blick auf das Legalitätsprinzip ist festzuhalten, dass die Aufsicht über die Versicherungseinrichtungen im VAG nur in sehr groben Zügen definiert wird. Die genauen Befugnisse der Aufsichtsbehörde, Art und Weise sowie Intensität der Aufsichtsausübung, die Intervalle sowie die zu kontrollierenden Parameter werden nicht genannt. Die Art. 10 und 17 VAG geben in Verbindung mit den Art. 8, 19 und 20 VAG somit einen sehr weiten Rahmen für die Aufsichtstätigkeit vor. Im *Lebensversicherungsgesetz* (LeVG, SR 961.61) und in der *Lebensversicherungsverordnung* (LeVV, SR 961.611) finden sich weitere Vorschriften insbesondere zum vorgeschriebenen *Mindestkapital*, der erforderlichen *Solvabilitätsspanne*, dem *Garantiefonds* und dem *Organisationsfonds* (Art. 4 und 5 LeVG; Art. 2-10 LeVV). Schliesslich schreibt das *Sicherstellungsgesetz* die Einrichtung eines *Sicherungsfonds* vor.

Die genannten Normen fixieren jedoch lediglich gewisse *Eckpunkte* der behördlichen Aufsicht. Sie definieren bestimmte Vorgaben, welche durch die Versicherungseinrichtungen erfüllt werden müssen. Unklar bleibt jedoch zunächst, in welcher Weise die Beaufsichtigung der Versicherungseinrichtungen in Bezug auf diese Vorgaben erfolgen soll. Ausserdem bleibt offen ob, und wenn ja welche zusätzlichen Sachverhalte zu registrieren und zu kontrollieren sind und welche Instrumente den Aufsichtsbehörden dabei zur Verfügung stehen. Dementsprechend verbleibt den Aufsichtsbehörden bei der Ausgestaltung ihrer Tätigkeit im Rahmen der normativen Ordnung auf Gesetzes- und Verordnungsstufe ein *weiter Spielraum* (vgl. SCHMID, Staatsaufsicht, S. 324).

Angesichts der weitreichenden Befugnisse und der offenen Formulierung des Aufsichtsauftrags erlangen weitere Verfassungsprinzipien grosse Bedeutung bei der näheren Ausgestaltung der Versicherungsaufsicht. Die Behördenpraxis hat sich namentlich am Gebot der *Verhältnismässigkeit* zu orientieren, welches in Art. 5 Abs. 2 BV in allgemeiner Weise als Massgabe für alles staatliche Handeln niedergelegt ist (vgl. dazu im Einzelnen HÄFELIN/MÜLLER, a.a.O., Rz. 486 ff.). Im hier primär interessierenden Bereich der Privatversicherungsaufsicht muss die behördliche Aufsichtstätigkeit als Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) beurteilt werden. Demzufolge haben Aufsichtsmassnahmen gemäss Art. 36 BV den Anforderungen an einen *Grundrechtseingriff* zu genügen. Auch unter diesem besonderen Aspekt ist die Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips geboten.

Das Verhältnismässigkeitsprinzip, welches gerade bei offenen Gesetzesformulierungen und weiten Ermessensspielräumen für Rechtssicherheit und Überprüfbarkeit sorgen soll, ist seinerseits reichlich unscharf. Die klassischen Elemente des Prinzips - Eignung, Erforderlichkeit und Angemessenheit - unterliegen in hohem Masse *subjektiven Wertungen*. Es erscheint deshalb unmöglich, aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip eine präzise Anleitung für die Behördentätigkeit zu deduzieren. Vielmehr muss die Behörde sich unter Berücksichtigung ihres Auftrags und der widerstreitenden Interessen - im vorliegenden Fall: Funktionieren des Wettbewerbs, Schutz der Versicherungsnehmer vor Insolvenz der Versicherungsunternehmen einerseits und vor Übervorteilung andererseits, Freiheit der wirtschaftlichen Erwerbstätigkeit - dauernd Rechenschaft über die Ausgestaltung ihrer Praxis ablegen. Dieser permanente *Prozess der Qualitätssicherung* stellt sehr hohe Anforderungen an Führung und Organisation einer Behörde. Es darf in diesem Zusammenhang durchaus die Frage gestellt werden, ob angesichts der *verfügbaren Ressourcen* solche Aufgaben im notwendigen Masse zu erfüllen waren (vgl. dazu hinten Bst. c zu Frage 5).

Im Übrigen ist festzuhalten, dass das Verhältnismässigkeitsprinzip nicht allein als Schranke gegen zu starke Intervention des Staates in die Rechtssphäre der Privaten unter dem Aspekt der *Eingriffsverwaltung* begriffen werden darf. In dieser Blickrichtung verbietet das Verhältnismässigkeitsprinzip übermässige Aufsichtstätigkeit gegenüber den Versicherungseinrichtungen. Das Verhältnismässigkeitsprinzip kommt aber auch umgekehrt, mit Blick auf die Schutzbedürfnisse des Publikums zum Tragen. Unter diesem Aspekt fordert es eine ausreichende und zweckmässige Aufsichtstätigkeit zum Schutz der Versicherten. Eine unwirksame oder ungenügende Versicherungsaufsicht gerät demnach ebenfalls in Konflikt mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip.

Frage 1 c): Besteht eine Verpflichtung des BPV, den gesetzlichen Auftrag im Hinblick auf eine Verstärkung der Interessenwahrung der Versicherten extensiv auszulegen?

Gemäss den vorstehenden Ausführungen zu den Fragen 1 a) und 1 b) liegt die Problematik der Beaufsichtigung der Versicherungseinrichtungen in erster Linie darin, dass diese Aufsichtstätigkeit weder durch die *Erlasstexte* direkt noch durch *verfassungsrechtliche Erwägungen* klare Konturen erhält.

Angesichts dieser Ausgangslage ist es illusorisch, durch die Annahme einer *Verpflichtung zu einer extensiven Auslegung* des gesetzlichen Auftrages einen Ausweg aus dieser Problematik zu erhoffen. Das richtige Mass an Aufsicht zwischen den beiden Polen einer freiheitlichen, wettbewerbsorientierten Ordnung und einer interventionistischen staatlichen Lenkung kann nicht ohne Weiteres auf dem Wege der Auslegung aus dem gesetzlichen Auftrag gemäss Art. 17 VAG abgeleitet werden. Der Vorgang der Auslegung dient der Bestimmung von Sinn und Tragweite einer unklaren Norm (vgl. HÄFELIN/HALLER, a.a.O., Rz. 76). Die offene Formulierung des gesetzlichen Auftrags der Versicherungsaufsicht ruft jedoch weniger nach einer Konkretisierung anhand der gängigen Auslegungsregeln, als nach einer *plichtgemässen Ermessensausübung* der befassen Behörde (vgl. dazu HÄFELIN/MÜLLER, a.a.O., Rz. 344 ff.). Dazu kommt, dass die Figur einer "Verpflichtung zu extensiver Auslegung" in besonderen Konstellationen die ohnehin schon komplexe Lehre von der sachgerechten Auslegung von Rechtsnormen kaum bereichern, sondern eher mit einem weiteren potentiellen Irrweg belasten würde.

Eine gewisse Ambivalenz ist im übrigen auch darin angelegt, dass das Gebot des "Schutzes der Versicherten" oder der "Wahrung der Interessen der Versicherten" unterschiedliche Rückschlüsse für die Aufsichtstätigkeit des BPV erlaubt, also nur sehr bedingt aus der bestehenden Abwägungsproblematik herausführt. Das wird deutlich bei der Genehmigung von Tarifen gemäss Art. 20 VAG mit den beiden im Gesetzestext genannten Eckpunkten "Solvenz der einzelnen Versicherungseinrichtungen" und "Schutz der Versicherten vor Missbrauch". Wie ist zwischen der Sorge wegen einer zu tiefen, solvenzgefährdenden und einer zu hohen, missbräuchlichen Prämie abzuwägen, wenn die Festlegung der "richtigen" Prämie eigentlich der Gestaltungsfreiheit der Wettbewerber überlassen werden sollte?

Frage 2 a): Wie ist die Abgrenzung der Aufsichtszuständigkeit zwischen BPV und BSV mit Bezug auf sämtliche Vorsorgeeinrichtungen nach BVG geregelt?

Zunächst kann festgehalten werden, dass BVG selber keine eigentlichen Abgrenzungsbestimmungen betreffend die Aufsichtszuständigkeit enthält. Art. 61 BVG hält fest, dass jeder *Kanton* eine Behörde bezeichnet, „welche die Vorsorgeeinrichtungen mit Sitz auf seinem Gebiet beaufsichtigt.“ Der Bundesrat definiert im Weiteren die Voraussetzungen für die Unterstellung von Vorsorgeeinrichtungen unter *Bundesaufsicht* (Art. 61 Abs. 2 BVG). Beide Zuständigkeitszuweisungen stehen unter dem *Vorbehalt* der Gesetzgebung über die Versicherungsaufsicht (Art. 61 Abs. 3 BVG).

Der Bundesrat hat in der Folge in den Art. 1 bis 3 BVV 1 die Aufsicht über die Vorsorgeeinrichtungen so geregelt, dass bei der Bundesaufsicht das BSV zuständig sein soll für Vorsorgeeinrichtungen mit *nationalem und internationalem Charakter* (Art. 3 Bst. a BVV 1), zudem für die *Vorsorgeeinrichtungen der SBB, der Nationalbank, der SUVA und die Pensionskasse des Bundes* (Art. 3 Bst. b BVV 1).

Der Verordnung lässt sich entnehmen, dass das BPV diejenigen Vorsorgeeinrichtungen beaufsichtigt, welche dem VAG unterstehen (Art. 3 Abs. 4 BVV 1) und dass es Vorsorgeeinrichtungen gibt, welche der vereinfachten Versicherungsaufsicht unterstehen sollen und bis zur Erteilung der entsprechenden Bewilligung durch das EJPD der bisherigen Aufsichtsbehörde (dem BSV oder der kantonalen Stiftungsaufsicht) unterstellt bleiben (Art. 3 Abs. 5 BVV 1). Es bleibt zu ergänzen, dass die vereinfachte Versicherungsaufsicht gemäss der Revision des VAG vom 18. Juni 1993 ersatzlos aufgehoben worden ist, ohne dass deswegen die BVV 1 eine Anpassung erfahren hätte (vgl. AS 1993 S. 3204 ff. Die Änderung wurde in der Folge der Ablehnung des EWR-Abkommens notwendig; vgl. die Botschaft über das Folgeprogramm nach der Ablehnung des EWR-Abkommens vom 24. Februar 1993, BBl 1993 I 805 ff.).

In der Praxis unterstehen die Vorsorgeeinrichtungen zur Hauptsache den kantonalen Aufsichtsbehörden, wobei praktisch alle Sammelstiftungen mit gesamtschweizerischer Tätigkeit der Aufsicht durch das BSV unterstellt sind. Gemäss einer im Jahr 2001 durchgeführten Umfrage bei den kantonalen Aufsichtsbehörden sowie beim BSV wurde eine Gesamtzahl von 11'059 Vorsorgeeinrichtungen erhoben, wobei rund 200 Vorsorgeeinrichtungen unter Bundesaufsicht stehen sollen (vgl. auch Bundesamt für Statistik (Hrsg.), Die berufliche Vorsorge in der Schweiz, Ein Überblick über die wichtigsten Fakten zur Pensionskassenstatistik, Ausgabe 2001, S. 41 ff.).

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass gemäss BVG primär die kantonalen Aufsichtsbehörden und das BSV für die Aufsichtsführung über Vorsorgeeinrichtungen zuständig sind. Vorbehalten bleibt die Zuständigkeit des BPV für Vorsorgeeinrichtungen, welche dem VAG unterstehen.

Von der Aufsicht gemäss VAG ausgenommen sind nun aber wiederum diejenigen Vorsorgeeinrichtungen von privaten und öffentlichen Arbeitgebern und Vorsorgeeinrichtungen mehrerer Arbeitgeber, welche wirtschaftlich oder finanziell eng verbunden sind. Ebenfalls ausgenommen sind „Verbandsvorsorgeeinrichtungen“, welche keine eigenen Risiken tragen. Damit verbleiben für die Versicherungsaufsicht noch Vorsorgeeinrichtungen mehrerer Arbeitgeber ohne enge wirtschaftliche oder finanzielle Verknüpfung, die ihre Risiken selber tragen (e contrario aus Art. 4 Bst. c und c^{bis} VAG).

Frage 2 b): Welche Zuständigkeit gilt nach geltendem Recht für die von Lebensversicherungsgesellschaften errichteten Sammelstiftungen?

Ausgehend von den zu Frage 2 a) angeführten Erläuterungen, dass es sich bei Sammelstiftungen grundsätzlich um Einrichtungen der beruflichen Vorsorge im BVG-registrierten bzw. im überobligatorischen Bereich handelt (vgl. Art. 48 und 49 BVG), die keine eigenen Risiken tragen, ist die BVG-Aufsichtsbehörde nach Art. 61 BVG, mithin auf Bundesebene das BSV zuständig (Art. 3 Abs. 1 BVV 1 i.V.m. Art. 1 BVV 1; vgl. RUGGLI, a.a.O., S. 43 ff.).

Für die Beurteilung der Aufsichtszuständigkeit ist die Qualität des Stifters bzw. der Stifterin nicht wesentlich. Wesentlich ist jedoch, mit *welcher örtlichen Ausbreitung* eine Sammelstiftung tätig ist. Ist diese nur kantonal oder regional tätig, erfolgt eine Unterstellung nach dem Sitzprinzip und zwar unter die jeweilige kantonal zuständige Aufsichtsbehörde. Ist eine Sammelstiftung in allen Gebieten der Schweiz tätig, wie dies typischerweise für Sammelstiftungen von Lebensversicherungsgesellschaften zutrifft, so ist sie der Bundesaufsicht durch das BSV unterstellt (e contrario aus Art. 3 BVV 1).

In der Praxis unterstehen die von Lebensversicherungsgesellschaften errichteten Sammelstiftungen, sofern sie im ganzen Gebiet der Schweiz tätig sind oder mehrere Regionen abdecken, der Aufsicht des BSV. Gemäss Aussagen des BSV sind ihm zur Zeit rund 200 Vorsorgeeinrichtungen unterstellt. Dabei handelt es sich jedoch nicht nur um Sammelstiftungen von Lebensversicherungsgesellschaften. Dem BSV unterstellt sind zum Beispiel auch die Vorsorgeeinrichtungen des Bundespersonals, der SUVA und der Nationalbank (vgl. Art. 3 Abs. 1 BVV 1). Bei Einführung des BVG bildeten die Lebensversicherungsgesellschaften verschiedentlich regional tätige Sammelstiftungen, die der kantonalen Auf-

sicht unterstellt waren. Zum Beispiel betrieb die Basler Lebensversicherungs-Gesellschaft bis 1997 11 regionale Sammelstiftungen unter kantonaler Aufsicht. Mit der Zeit wurden diese regionalen Sammelstiftungen der Lebensversicherungsgesellschaften jedoch fusioniert und in der Folge dem Bund unterstellt.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass für die Aufsicht über Sammelstiftungen, die von Lebensversicherungsgesellschaften errichtet worden sind, das BSV zuständig ist, sofern diese Sammelstiftungen keine Risiken autonom tragen (vgl. KUHN ET AL., a.a.O., S. 85 f.).

Frage 2 c): Welche Bedeutung für die Zuweisung der Aufsichtszuständigkeit spielt die Tatsache, dass die genannten Sammelstiftungen selbst keine versicherungstechnischen Risiken tragen?

Wie zu den Fragen 2 a) und b) ausgeführt, lässt sich die Zuweisung der Sammelstiftungen unter die Aufsicht des BSV e contrario aus Art. 4 Bst. c und Bst. c^{bis} VAG ableiten. Sammelstiftungen zeichnen sich gerade dadurch aus, dass sie Vorsorgeeinrichtungen von untereinander nicht verbundenen Arbeitgebern sind. Sie lassen sich nur dann unter die Verbandsvorsorgeeinrichtungen bzw. ähnliche Institutionen einordnen, wenn sie gemäss VAG *keine versicherungstechnischen Risiken* selber tragen (vgl. auch BGE 107 Ib 56 betreffend die Definition des Begriffs Versicherung und BGE 114 Ib 244 für die weiteren Ausnahmen, welche durch das EJPD gewährt werden können). Zu den versicherungstechnischen Risiken gehören in diesem Zusammenhang nicht nur die Risiken Tod und Invalidität, sondern auch das Langleberisiko (vgl. statt vieler: CARL HELBLING, Personalvorsorge und BVG, 7. Aufl. Bern/Stuttgart/Wien 2000, S. 350).

Die Übernahme von versicherungstechnischen Risiken durch Sammelstiftungen ist mithin entscheidend für die Abgrenzung der Aufsichtszuständigkeit bzw. für die Charakterisierung als Vorsorge- oder als Versicherungseinrichtung nach den Art. 3 und 4 VAG.

Frage 2 d): Welche Bedeutung spielte in diesem Zusammenhang die VAG-Revision von 1987?

Grundsätzlich hat die VAG-Revision 1987 eine Erweiterung des Ausnahmekatalogs im Bereich der Personalvorsorgeeinrichtungen mit sich gebracht. Insbesondere sollten Vorsorgeeinrichtungen von *Verbänden*, welche die Versicherung als *Nebenaufgabe* betreiben, von der Versicherungsaufsicht ausgenommen werden. Als Abgrenzungskriterium dient einerseits der Begriff „Nebenaufgabe“ andererseits aber auch die Einschränkung betreffend die Übernahme von versicherungstechnischen Risiken. Es wurde im Weiteren klar festge-

halten, dass die uneingeschränkte „Befreiung sämtlicher Sammel- und Gemeinschaftseinrichtungen [...] nicht vertretbar erscheint“ (vgl. Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes betreffend die Aufsicht über die privaten Versicherungseinrichtungen vom 27. August 1986, BBl 138 III 121 ff., insbesondere S. 127 f.). Die VAG-Revision 1987 hat somit eine gewisse Einschränkung des Aufsichtsbereichs des BPV bewirkt, ohne jedoch die Versicherungsaufsicht über Sammelstiftungen ganz auszuschliessen.

Frage 3 a): Welche Pflichten hat das BPV bei der Genehmigung von Tarifen für Tod und Invalidität, die für Verträge zwischen Vorsorgeeinrichtungen und Versicherungsgesellschaften zur Anwendung kommen, zu erfüllen?

Art. 20 VAG hält in ganz allgemeiner Weise fest, dass das BPV bei der Prüfung der genehmigungspflichtigen Tarife zu beurteilen hat, ob sich die Prämien in einem Rahmen halten, der einerseits die *Solvenz* der einzelnen Versicherungseinrichtungen und andererseits den *Schutz der Versicherten vor Missbrauch* gewährleistet. Dass der Gesetzestext und der verfassungsrechtliche Rahmen damit dem BPV in seiner Aufsichtstätigkeit insgesamt und in seiner Tarifgenehmigungstätigkeit als Teil seiner Aufsichtstätigkeit im Besonderen einen *breiten Ermessensspielraum* einräumt, ist in den vorstehenden Antworten namentlich zu den Fragen 1 a) bis c) bereits ausgeführt worden. Dieser Befund wird durch eine Analyse der Botschaft zum VAG gestützt, wo ausdrücklich festgehalten wird, dass die entsprechende Norm "die Fortführung der bisherigen Verwaltungspraxis der Prüfung der Angemessenheit ermöglicht, zugleich aber auch zulässt, dass die Aufsichtsbehörde den Verschiedenheiten der einzelnen Versicherungszweige bei der Prüfung der Angemessenheit der Prämien Rechnung trägt." (vgl. BBl 1976 II 906).

Art. 68 Abs. 2 BVG bestimmt, dass die Aufsichtsbehörde bei der Genehmigung der Tarife nach Art. 20 VAG den "Gesichtspunkt des Obligatoriums" im Bereich der beruflichen Vorsorge berücksichtigt (vgl. zu dieser Anordnung sogleich hinten zu Frage 3 b).

Sondervorschriften für die Genehmigung von Tarifen für Tod und Invalidität, welche darüber hinaus in diesem Bereich stringentere Vorgaben setzen würden, bestehen nicht. Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass im Zuge der Liberalisierung der Versicherungsaufsicht und mit der Umsetzung der 3. Koordinationsrichtlinie Leben der EU die Tarifgenehmigungspflicht auch im Bereich der Lebensversicherungen in der Schweiz abgeschafft werden soll (vgl. vorne Bst. c zu Frage 1 b). Demgemäss sieht der Revisionsentwurf des BPV für ein neues VAG keine entsprechende Befugnis der Aufsichtsbehörden mehr vor.

Frage 3 b): Welche Bedeutung hat Art. 68 BVG im Verhältnis zu Art. 20 VAG für den Prüfungsumfang bei der Genehmigung von Tarifen?

Art. 68 Abs. 1 BVG bedeutet in der Praxis, dass beim Abschluss von Kollektivversicherungen im Bereich der beruflichen Vorsorge auch eine Lösung angeboten werden muss, welche ausschliesslich die gesetzlich (minimal) vorgeschriebenen Risiken abdeckt. Die Lebensversicherungsgesellschaften sollten verpflichtet werden, auch sogenannte „Mini-Pläne“ anzubieten, und nicht nur sogenannte „umhüllende“ Lösungen zu verkaufen und damit über den Weg des Obligatoriums ausschliesslich weitergehende und entsprechend teurere Versicherungen abzuschliessen.

In Absatz 2 von Art. 68 BVG wird die Prüfungsbefugnis hinsichtlich dieser Tarife dem BPV zugewiesen. Die Bestimmung bringt bezüglich der Prüfinhalte einzig den Zusatz, dass zu prüfen ist, ob die angewandten Tarife „auch unter dem Gesichtspunkt des Obligatoriums angebracht sind“. Dies kann im Sinne einer Schutzbestimmung zugunsten der Versicherten (vgl. auch Art. 20 VAG) so interpretiert werden, dass, wenn schon ein Versicherungsobligatorium besteht, die Tarife *nicht überhöht* sein dürfen (Vgl. Amtliches Bulletin des Ständerates vom 8. Juni 1982 (92.1982) zu Art. 64a Entwurf BVG und Amtliches Bulletin des Nationalrates vom 3. März 1982 (92.1982) zu Art. 64 Abs. 3 und 4 Entwurf BVG, insbesondere S. 212 und 213). Eine umgekehrte Auslegung, wonach wegen des Versicherungszwangs der *Insolvenzschutz* besondere Beachtung finden muss und deshalb die Tarife entsprechend anzusetzen sind, ist jedoch ebenfalls möglich.

Frage 3 c): Lässt sich aus dem BVG ableiten, dass für die Genehmigung von Überschussbeteiligungen aus Zinsüberschüssen von Sparkapitalien andere Prüfungsgrundsätze zur Anwendung gelangen müssen als jene gemäss Art. 8, 17 und 19 VAG?

Das BVG selber äussert sich nicht zur Verwendung von allfälligen Überschüssen. Art. 65 BVG hält einzig fest, dass die Vorsorgeeinrichtungen ihre Beiträge und Leistungen so ausgestalten müssen, dass sie die gesetzlichen Leistungen bei Fälligkeit erbringen können, und sie müssen im Übrigen jederzeit dafür Sicherheit bieten, dass sie die übernommenen Verpflichtungen erfüllen können. Daraus kann jedoch nicht *e contrario* abgeleitet werden, dass keine Überschüsse erwirtschaftet werden dürfen. Dies ergibt sich nicht zuletzt aus Art. 71 BVG, der die Erwirtschaftung eines *genügenden Ertrages* vorsieht (vgl. YVO FURRER, Die Vermögensanlagevorschriften gemäss BVG und BVV 2, insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Wohneigentumsförderung, Zürich 1986, S. 66 ff.).

Soweit der Begriff „Überschussbeteiligung“ verwendet wird, bezieht sich dieser in der Regel auf das Vertragsverhältnis zwischen der Sammelstiftung und der dahinter stehenden Lebensversicherungsgesellschaft aus dem *Kollektivversicherungsvertrag* bzw. auf das Verhältnis zwischen der Sammelstiftung und dem angeschlossenen Arbeitgeber. Häufig ist ein grundsätzlicher Anspruch des *Vorsorgewerks* auf eine Überschussbeteiligung im *Anschlussvertrag* geregelt. Dort ist mitunter die folgende Formulierung zu finden: „Mit dem Anschluss an die Stiftung A hat das Vorsorgewerk Anspruch auf die von der X gewährten Überschussanteile aus dem Kollektivlebensversicherungsvertrag“. Eine entsprechende Vorschrift ist gelegentlich auch im Reglement des Vorsorgewerks enthalten. Für die Bestimmung der anfallenden Überschussbeteiligungen sind die erwähnten Vertragsverhältnisse massgeblich. Ein direkter Anspruch für die im betreffenden Vorsorgewerk versicherten *Arbeitnehmenden* auf eine „bestimmte Überschussbeteiligung“ besteht aufgrund des BVG nicht. Der Anspruch der betreffenden Versicherten erschöpft sich im Anspruch auf die im Reglement festgelegten Leistungen der Sammelstiftungen.

Nach Art. 8 VAG genehmigt das BPV bei der Bewilligungserteilung den Geschäftsplan, der auch den *Überschussplan* enthält (in Art. 8 Bst. g VAG als „Gewinnbeteiligung“ bezeichnet). Im Rahmen der Prüfung der laufenden Geschäftstätigkeit der Lebensversicherungsgesellschaft genehmigt das BPV im Weiteren die konkrete Überschusszuteilung (Art. 17 VAG) und die Änderungen des Überschussplans (nach Art. 19 VAG). Ein Überschuss entsteht im Übrigen erst, wenn die Mindestverzinsung gemäss Art. 12 BVV 2 erfüllt ist. Dies ist die einzige Vorschrift aus der Gesetzgebung über die berufliche Vorsorge, welche Einfluss nimmt auf die Bestimmung des Überschusses.

Frage 3 d): Lässt sich aus dem BVG ableiten, dass im Bereich des BVG andere Vorschriften für die Überschusszuweisungen gelten als in der übrigen Lebensversicherung? Wer wäre allenfalls für den Erlass entsprechender Vorschriften oder Weisungen zuständig?

Wie zu Frage 3 c) ausgeführt, ist zu unterscheiden zwischen dem Verhältnis zwischen Lebensversicherer und Vorsorgeeinrichtung einerseits und dem Verhältnis zwischen Vorsorgeeinrichtung und ihren angeschlossenen Arbeitgebern und Versicherten andererseits. Die Zuweisung von Überschüssen an eine Sammelstiftung hat sich nach den Vorschriften betreffend die Lebensversicherungen zu richten. Die Lebensversicherungsgesellschaft muss zunächst alle Rückstellungen vornehmen, welche erforderlich sind, damit sie ihre *Leistungsversprechungen* erfüllen kann. Dazu gehört auch die im BVG vorgeschriebene *Verzinsung*, die integrierender Bestandteil der Leistungsversprechungen ist, welche mit dem Kollektivversicherungsvertrag abgedeckt werden sollen. Dazu gehören im Weiteren auch

die *bestandesspezifischen Rückstellungen* (grosser Rentnerbestand oder „überalterter“ Versichertenbestand, überproportionaler Invaliditätsverlauf, branchenspezifische Rückstellungen, u.ä.).

Dem BVG lassen sich keine spezifischen Bestimmungen betreffend die Überschusszuweisung entnehmen. Soweit es um die Überschusszuweisung aus der Lebensversicherungsgesellschaft an die Sammelstiftung geht, ist das BPV als Aufsichtsbehörde über die Lebensversicherer für die Kontrolle zuständig. In diesem Sinn wäre das BPV für den Erlass entsprechender Vorschriften in Form von Weisungen zuständig (vgl. dazu auch hinten zu Fragen 3 e) und 4).

Frage 3 e): Wer ist für die weitere Verteilung der von den Lebensversicherungsgesellschaften an die Sammelstiftungen ausgerichteten Überschüsse zuständig, und welches sind die Kriterien für die Zuteilung?

Sind die erwirtschafteten Überschüsse der Sammeleinrichtung gutgeschrieben, dann unterstehen sie der Verfügungsgewalt dieser Vorsorgeeinrichtung. Die Überschüsse wechseln ihre Bezeichnung in dem Sinne, dass im Bereich der beruflichen Vorsorge in der Regel nicht von Überschüssen gesprochen wird, sondern von *ungebundenen* bzw. von *freien Mitteln* einer Vorsorgeeinrichtung (vgl. z.B. Art. 57 BVV 2). Als gebunden werden dabei jene Mittel bezeichnet, welche zur Erfüllung der versicherungstechnisch berechneten Leistungsansprüche unter „Fortbestandsaspekten“ benötigt werden. Auf diese Mittel und nur auf diese Mittel besteht ein *direkter Rechtsanspruch der Versicherten*.

Auf die sog. freien Mittel besteht hingegen lediglich eine *Anwartschaft der Versicherten*, welche zum Beispiel bei Teil- oder Totalliquidationen einer Vorsorgeeinrichtung zu einem Rechtsanspruch werden kann (vgl. Art. 23 FZG; gemäss steter Rechtsprechung der Eidgenössischen Beschwerdekommision der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (EBK BVG) entsteht der Rechtsanspruch erst mit der Genehmigung des Verteilplanes durch die Aufsichtsbehörde; vgl. die Entscheid der EBK BVG vom 26. Juni 1998 sowie vom 9. September 1998 E. 8; JACQUES-ANDRÉ SCHNEIDER, Restructurations économiques et fonds libres d'une institution de prévoyance, in: Plädoyer 5/1995, S. 56).

Es kann somit festgehalten werden, dass nach Zuweisung der Überschüsse von der Lebensversicherungsgesellschaft an die Sammelstiftung die Bestimmungen des BVG betreffend die Mittelverwendung in Vorsorgeeinrichtungen zur Anwendung gelangen. Weitere Grundsätze wurden weitgehend in Praxis und Rechtsprechung entwickelt, wobei auch die Prinzipien des Stiftungsrechts zur Anwendung gelangen, soweit es sich bei den betroffenen Vorsorgeeinrichtungen um Stiftungen handelt. Das bedeutet einerseits, dass alle Mittel, die

der Vorsorgeeinrichtung zufließen, *zweckgemäss* zu verwenden sind. Daraus wird abgeleitet, dass sämtliche Mittel der beruflichen Vorsorge verhaftet sind und nicht etwa einseitig an den Arbeitgeber zurückfliessen dürfen, auch nicht in der Form einer Gutschrift als Arbeitgeberbeitragsreserve (vgl. Art. 331 OR), oder im Rahmen einer Verrechnung mit dem Prämienkontokorrent des Arbeitgebers, der die gesamten Prämien schuldet (vgl. Art. 66 Abs. 2 BVG). Diese Mittel sind im Weiteren nach dem Grundsatz der *Gleichbehandlung der Versicherten* zu verwenden (vgl. zu den Kriterien von Verteilplänen im Allgemeinen den Bundesgerichtsentscheid vom 10. September 2002, 2A.54/2002).

Erfolgt also eine Überschusszuwendung an eine Sammeleinrichtung, dann muss diese zunächst prüfen, ob alle Leistungen, welche sie versprochen hat, abgedeckt sind oder nicht versicherte Risiken (z.B. besondere Anlagerisiken) vorhanden sind, für welche die Sammelstiftung Rückstellungen zu bilden hätte. Die verbleibenden freien Mittel stehen dem Versichertenkollektiv zur Verfügung, wobei Sammelstiftungen aufgrund ihrer speziellen Konstruktion als Vorsorgeeinrichtung in der Regel bereits in der Urkunde, allenfalls im Reglement oder im Anschlussvertrag die Bestimmung aufweisen, dass die freien Mittel jeweils dem betreffenden (einzelnen) Vorsorgewerk (d.h. dem Versichertenkollektiv eines einzelnen Arbeitgebers) gutgeschrieben werden. Das paritätische Organ des Vorsorgewerkes entscheidet dann über die weitere Verwendung der freien Mittel innerhalb dieses Vorsorgewerkes.

Am Ende beschliesst das gemäss den Statuten der Sammelstiftung zuständige Organ, entweder der Stiftungsrat als oberstes Organ oder aber aufgrund entsprechender Kompetenzdelegationen die Vorsorgewerke bzw. die Vorsorgekommissionen als paritätisch besetzte Organe im Sinne von Art. 51 BVG über die Verteilung der zugewiesenen Überschüsse. Dabei ist sowohl der *Gleichbehandlungsgrundsatz* als auch das *Willkürverbot*, etwa bezüglich der Wahl des Stichtages der Verteilung, zu beachten (vgl. CHRISTINA RUGGLI, Die Verwendung der freien Mittel macht Sinn, in: Schweizer Personalvorsorge, Luzern 1998, S. 283 ff.).

**Frage 4: Hat das BPV in der Vergangenheit seine Aufgaben erfüllt?
Wenn nein, warum nicht? Wo lagen die Defizite?**

a. Vorbemerkungen zur Antwort auf Frage 4

Die nachfolgende Beantwortung der Frage 4 stützt sich in erster Linie auf ein eingehendes Gespräch mit den Herren Peter Pfund, damaliger Direktor des BPV, und Peter Streit, Mitglied der Amtsleitung des BPV, als Vertretern des BPV sowie auf das Studium von im

Verlauf dieses Gespräches erbetenen Unterlagen und auf den Zwischenbericht zum Bereich Lebensversicherung der Kommission Janssen vom 18. September 2002 (nachfolgend "Bericht Janssen"). Ferner fanden verschiedene Gespräche mit einzelnen Exponenten des Versicherungs- und Bankensektors statt. Daneben fliessen vor allem Erfahrungen und Einschätzungen mit ein, welche der Erstgutachter bei der Erarbeitung früherer Publikationen wie auch durch umfassende praktische Tätigkeit im Versicherungsbereich, namentlich im internationalen Industrieversicherungsmarkt, gewonnen hat.

Angesichts der beschränkten Ressourcen, welche - durchaus angebrachterweise - diesem Gutachten zugewandt werden konnten, bleibt zu ergänzen, dass eine umfassende und detaillierte Beantwortung der Frage 4 und namentlich eine einlässliche Untermauerung und Belegung der hier gegebenen Antworten nur mit erheblichem weiterem Aufwand und wohl ohne viel zusätzlichem Nutzen erbracht werden könnte. In diesem Sinne wird eine Antwort erteilt, von deren Angemessenheit die Verfasser durchaus überzeugt sind, auch wenn sie sich bewusst bleiben, dass sie die "strikten Beweise" für ihre diesbezüglichen Thesen im Rahmen dieses Gutachtens schuldig bleiben müssen.

b. Zur Handhabung der Aufsichtspflicht durch das BPV

Dem Grundsatz nach ist dem BPV zu bescheinigen, dass es die ihm im Rahmen seiner Aufsichtstätigkeit obliegenden Aufgaben (vgl. dazu im Einzelnen vorne zu den Fragen 1 a) und 1 b) erfüllt hat. Insbesondere dort, wo sich seine Pflichten mit einem erhöhten Konkretisierungs- und Detaillierungsgrad aus den Normtexten der Gesetzes- und Verordnungsstufe klar ergeben haben, sind die gebotenen Kontrollen im Rahmen von Genehmigungsakten oder Revisionen in der erforderlichen Weise vorgenommen worden (vgl. dazu auch den Bericht Janssen, S. 2, Ziff. 1.3. Abs. 1). Es darf in diesem Zusammenhang auch daran erinnert werden, dass der Internationale Währungsfonds noch im Juni 2002 in seinem „Financial System Stability Assessment“ dem Schweizerischen Versicherungswesen wie auch der Versicherungsaufsicht ein insgesamt *gutes Zeugnis* ausgestellt hat.

Dessen ungeachtet ist unverkennbar, dass die Handhabung der Aufsichtspflicht durch das BPV dem *Wandel der Versicherungslandschaft* durch das Aufbrechen der früher üblichen kartellistischen Strukturen (vgl. dazu vorne Bst. c zu Frage 1 b) nur zum Teil Rechnung getragen hat. Zwar war ein - je nach Versicherungssegment mehr oder weniger akzentuiertes - Übergehen vom System der Produktegenehmigung zum System der *Solvenzkontrolle* im Ansatz gewiss richtig, wenn nicht unabdingbar. Die Aufsichtspraxis hat aber die Risiken (und noch mehr die dynamische Entwicklung solcher Risiken), welche sich in einem stärker *wettbewerbsorientierten Markt* für die einzelnen Marktteilnehmer - und als Folge davon letztlich auch für die einzelnen Versicherten - ergeben, zu wenig systematisch

erfasst und wohl auch unterschätzt. Die von der Kommission Janssen diesbezüglich vorgebrachte Kritik zur "Aufsichtsphilosophie" des BPV ist aus diesem Grunde absolut zutreffend (vgl. Bericht Janssen, S. 3 f. und S. 10 ff.).

Gemäss diesem „Aufsichtsverständnis“ ist es versäumt worden, die von den Versicherungseinrichtungen übernommenen Risiken z. B. als Ausfluss neuer Anlagekonzepte oder von gewichtigen Übernahmeprojekten in- und ausserhalb des Versicherungsbereichs systematisch zu erfassen und kritisch zu hinterfragen. Dieses Vorgehen hätte zumindest eine gewisse *prophylaktische Wirkung* entfalten können. Die Nichtgenehmigung von Übernahmeprojekten bleibt hingegen im Rahmen der schweizerischen Verfassungsordnung nur für extreme, praktisch kaum interessierende Fälle vorstellbar (vgl. dazu vorne zu Frage 1 b). Ansonsten würden behördliche Aufsicht und Geschäftsführung in einem unzulässigen Mass miteinander vermischt.

c. *Hinweise zum "Rechtsanwendungsverständnis" des BPV*

Es ist in diesem Gutachten bereits geschildert worden, dass die Aufsicht über die Versicherungseinrichtungen im VAG teilweise nur in groben Zügen umrissen wird. Insbesondere die Art. 10 und 17 VAG geben der Aufsichtstätigkeit einen *sehr weiten Rahmen* vor, welcher erst durch rechtsstaatliche Grundsätze wie das *Legalitätsprinzip* und das *Verhältnismässigkeitsprinzip* begrenzt wird (vgl. dazu vorne Bst. d zu Frage 1 b). Die zurückhaltende und etwas zögerliche Aufsichtspraxis des BPV reflektiert dabei nicht nur ein entsprechendes "Aufsichtsverständnis", sondern ein damit parallel laufendes, dieses vielleicht sogar verstärkendes "Rechtsanwendungsverständnis".

Nach diesem expliziten oder impliziten Konzept ist im Bereich der Versicherungsaufsicht darauf verzichtet worden, die bestehenden allgemeinen Normen möglichst auszuschöpfen und einer intensiveren Aufsicht - selbstverständlich immer unter Wahrung der rechtsstaatlich gebotenen Schranken - zugänglich zu machen. Eine deutlich andere Praxis ist im Lauf der letzten Jahrzehnte im Bereich der *Bankenaufsicht* zu verzeichnen gewesen, wo die Aufsichtsbehörde ihren Spielraum oft sehr weit ausgenutzt hat. Erst nachträglich ist die so entstandene Praxis ins Gesetz übergeführt worden.

Das BPV hat hingegen - vor allem vor dem Hintergrund der intendierten Revision des VAG - gewissermassen "brav auf den Erlass neuer Normen gewartet" und die Rechtsentwicklung nicht durch präjudizierend wirkendes Vorprellen in seiner Praxis vorangetrieben, was durchaus im Rahmen des Gesetzes gelegen hätte. Vielmehr hat es etwa den Internationalen Währungsfonds bei seinem Landesbericht Schweiz im Rahmen des „Financial System Assessment“ davon überzeugt, dass die wesentlichen Verbesserungen in der Schwei-

zerischen Versicherungsaufsicht erst durch eine Revision des VAG, und nicht durch eine Änderung der zurückhaltenden Aufsichtspraxis, erzielt werden könnten (vgl. a.a.O., S. 64 f.).

d. Rascher Wandel des Umfelds und bisheriges "Aufsichtsverständnis"

Der überaus rasche Wandel des wirtschaftlichen Umfelds hat auch erstklassige Unternehmen der schweizerischen Assekuranz in schwierige Situationen gebracht. In sehr kurzer Zeit haben Schadensentwicklungen im eigentlichen Versicherungsgeschäft, überzahlte Akquisitionen, Misserfolge beim Vorstoss ins Bankgeschäft unter einer sich nicht auszahlenden Allfinanzstrategie und dramatische Einbrüche im Anlagegeschäft der Aufsicht des BPV unterstellte Versicherungseinrichtungen von traditionell grösster Solidität und mit überaus beachtlichen weltweiten Erfolgen in nur schwer vorstellbare Krisenlagen gebracht – eine für die Organe der Versicherungsaufsicht völlig neue Lage, in welcher das bisherige "Aufsichtsverständnis" gewissermassen einem *Stresstest* unterworfen wurde.

In dieser Situation einer dringenden Nachbesserung des Aufsichtsverständnisses hat sich erschwerend ausgewirkt, dass das wünschbare Umschalten von einer zurückhaltenden, statischen Aufsichtstätigkeit auf eine insistenterere, auf die wirklich grossen Risiken im gewandelten Umfeld fokussierte Aufsichtstätigkeit nicht - wie es wohl erforderlich gewesen wäre - "aus dem Stand" zu erbringen war. Nunmehr wären eingeübte Elemente der Bankenaufsichtspraxis wie vermehrtes kritisches Nachhaken, Ausnützen des von den Normen eingeräumten Spielraumes und auch das im Bankenbereich gängige dichte und stete Gespräch zwischen Aufsichtsbehörde und beaufsichtigten Unternehmen angezeigt gewesen. Das BPV hat zwar Ansätze zu solchen Reformen wie in der bereits genannten Revision des VAG oder in seinem "Projekt Controlling" von 2001/2002 richtig angesprochen und geplant, angesichts des raschen Wechsel des Umfeldes aber nicht mehr zeitgerecht umzusetzen vermocht.

Es ist in diesem Zusammenhang zu betonen, dass eine Verschärfung der Aufsichtspraxis unbedingt in angemessener Weise gegenüber den beaufsichtigten Unternehmen kommuniziert, d.h. angekündigt und erläutert werden muss, damit die Rechtsunterworfenen ihre internen Abläufe und die Berichterstattung rechtzeitig anpassen können.

e. Bemerkungen zum "Verwaltungsverständnis" des BPV (und anderer Bundesämter)

Das BPV ist im Sommer 2002 aus eigener Sicht wohl unvermittelt und unvorbereitet in den Strudel heftiger *politischer Auseinandersetzungen* geraten. Einem Bundesamt, dem

solches bisher kaum beschieden war, mag das wie ein Kulturschock vorgekommen sein. Auslöser dieser Auseinandersetzungen war die Frage der *Reduktion des BVG-Mindestzins-satzes* von bisher 4 % - eine Problematik, in welcher etwa die Kommission Janssen dem BPV keineswegs vorwirft, sich für eine Reduktion eingesetzt, sondern vielmehr, eine solche Reduktion nicht bereits früher und mit mehr Nachdruck gefordert zu haben (vgl. Bericht Janssen, S. 19 und S. 23 f.).

Die letzten Monate haben gezeigt, dass das BPV von seinem "Aufsichtsverständnis" und von seinem "Rechtsanwendungsverständnis" her als ein Bundesamt erscheint, das sich primär nicht als Motor für die Fortentwicklung einer bestimmten sektoriellen Politik (hier der Versicherungsaufsichtspolitik) sieht, sondern sich in erster Linie als mit der korrekten Anwendung des Gesetzes betraute Behörde versteht. Nun hat Verwaltung aber stets auch eine, wenn auch unterschiedlich akzentuierte *politische Funktion*. Darüber hinaus werden in der Verwaltung im allgemeinen, aber auch in der Bundesverwaltung im Besonderen, durchaus unterschiedliche "Rollenverständnisse" gehegt und gelebt. Es ist nicht zu übersehen, dass innerhalb des EJPD diesbezüglich ein legalistischerer Stil gepflegt wird, als dies in anderen Departementen der Fall ist.

Je nachdem wie man die Frage nach dem richtigen "Verwaltungsverständnis" beantwortet, wird man diesbezüglich ein Defizit oder aber gerade kein Defizit des BPV sehen wollen. Klar erscheint allerdings eines: Mit seinem "Verwaltungsverständnis", in welchem ein Bundesamt nicht vornehmlich als ein politischer Akteur mit klaren Zielen und mit Behauptungswillen in der politischen und medialen Auseinandersetzung erscheint, war das BPV für die Auseinandersetzung, in welche es geriet, schlecht gerüstet. Alles in allem darf man das als ein gewisses Defizit des BPV in der Erfüllung seiner Aufgaben ansehen, selbst wenn man es für fragwürdig erachtet, ob eine hinreichende Legitimation für aktivistisches Verwaltungsgebahren und ein ausgreifendes Verwaltungsverständnis mit weitreichenden politischen Ansprüchen denn überhaupt gegeben sei.

Frage 5: Welcher Handlungsbedarf lässt sich daraus für die Zukunft ableiten?

a. Vorbemerkungen zur Antwort auf Frage 5.

Die hier aus der eigenen Analyse abgeleiteten Folgerungen für den heute bestehenden Handlungsbedarf decken sich in mancherlei Hinsicht nicht nur mit Überlegungen, welche namentlich auch in der Kommission Janssen angestellt wurden, sondern auch mit Reformvorhaben und Rechtssetzungsprojekten, die innerhalb des BPV oder auch von Bundesrat

und Bundesversammlung bereits an die Hand genommen oder zumindest vorbereitet worden sind.

Soweit im Folgenden auch angesprochen wird, dass im Bereich der Versicherungsaufsicht ein gewisser Reformstau festzustellen ist, muss gleichzeitig betont werden, dass über weite Strecken wohl nicht so sehr weitere Reformphantasie gefragt ist. Vielmehr erscheint in erster Linie ein *stärkerer Wille und grössere Beharrlichkeit* bei der *Umsetzung und Durchführung von Reformen* erforderlich. Diesbezüglich sind neben dem BPV auch die politischen Behörden angesprochen.

b. Gesetzgeberischer Handlungsbedarf im Bereich der Versicherungsaufsicht

Unbestrittener Handlungsbedarf besteht heute bezüglich der *Revision des VAG*. Es ist zwar in diesem Gutachten bereits aufgezeigt worden, dass der Spielraum des BPV im Rahmen des geltenden VAG - auch unter Wahrung der selbstverständlich unerlässlichen rechtsstaatlichen Grundsätze - als grösser bezeichnet werden muss als vom BPV bisher explizit und implizit angenommen (vgl. dazu vorne zu Frage 4 c). Angesichts der fortgeschrittenen Arbeiten an der Revision des VAG erscheint es aber ausgesprochen sinnfällig, dieses Gesetzgebungsprojekt nun ohne Verzug dem entsprechenden politischen Willensbildungsprozess zuzuführen. Der Bundesrat sollte deshalb rasch einen Gesetzesentwurf mitsamt Botschaft vorlegen.

Für eine Reihe von Fragen, in welchen eine kohärentere und tiefer greifende Aufsichtspraxis des BPV geboten erscheint, würde die Revision des VAG einerseits - falls noch erforderlich - *grössere Klarheit* über die konkreten Aufsichtsbefugnisse des BPV schaffen und andererseits das BPV in den entsprechenden Gesetzesbestimmungen *verpflichten* (und nicht nur ermächtigen), seine Aufsichtstätigkeit entsprechend auszurichten. Es wäre in der Folge etwa nicht nur zulässig, dass das BPV sich etwa vergewissert, ob die geschäftsführenden Personen einer Versicherungsgesellschaft Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten (das wäre bei einer extensiven Auslegung wohl schon unter dem bestehenden VAG erlaubt gewesen), sondern das BPV wäre dann klarerweise von Gesetzes wegen verpflichtet, diese Kontrolle vorzunehmen.

In diesem Sinne erscheinen viele Bestimmungen des *Entwurfs für ein neues VAG* (hier nach dem Stand im Herbst 2002 zitiert) als wesentlich für eine Anpassung und Neuausrichtung der Versicherungsaufsicht, so die stärkere Konkretisierung der Vorschriften über die vorzulegenden Geschäftspläne (Art. 4), die Gewähr-Norm (Art. 14), die Verpflichtung zur Bestellung eines Aktuars oder einer Aktuarin (Art. 15), der Abschnitt über die Revision

(Art. 26-28) oder die einlässlichere Normierung von Aufgaben und Befugnissen der Aufsichtsbehörde (Art. 42-47).

Unbestrittener gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht zudem hinsichtlich der Umsetzung des Berichts der *Expertengruppe Finanzmarktaufsicht* (Bericht Zufferey). Diesbezüglich darf darauf verwiesen werden, dass der Bundesrat am 30. November 2001 eine Expertenkommission unter dem Vorsitz von Herrn Prof. Dr. Ulrich Zimmerli beauftragt hat, bis Ende Dezember 2002 einen Gesetzesentwurf samt erläuterndem Bericht zur Konkretisierung der Empfehlungen der Expertengruppe Finanzmarktaufsicht vorzulegen. Dabei soll die Schaffung einer *integrierten Finanzmarktaufsichtsbehörde* vorgeschlagen werden, welche die bisher von der Eidgenössischen Bankenkommission und dem BPV erfüllten Aufgaben zu übernehmen hätte. Ferner sollen die Instrumente der Versicherungsaufsicht überprüft und allenfalls auch die gesetzlichen Bestimmungen betreffend Allfinanz- und Konglomeratsaufsicht verfeinert werden.

c. Handlungsbedarf innerhalb des BPV

Der innerhalb des BPV bestehende Handlungsbedarf ist über weite Strecken bereits in den Empfehlungen des Berichts Janssen angesprochen worden. Diese Empfehlungen - auf welche integral verwiesen wird - gehen davon aus, dass eine *neue "Aufsichtsphilosophie"* des BPV erarbeitet werden muss, welche stärker auf die sich in einer Wettbewerbsordnung dynamisch entwickelnden Risiken der Assekuranz ausgerichtet ist und die ganze Bandbreite der international gängigen Kontrollinstrumente nutzt.

Damit dürften innerhalb des BPV Bemühungen um eine bessere Koordination und einen fokussierteren Einsatz der vorhandenen *Ressourcen* verbunden sein, welche ebenfalls bereits im Schlussbericht des Projekts Controlling des BPV als notwendig erkannt und aufgelistet worden sind. Ferner wird zu prüfen sein, inwieweit die angestrebten Verbesserungen lediglich den gezielteren Einsatz der vorhandenen Mittel bedingen, oder ob ein Ausbau der dem BPV zur Verfügung stehenden Ressourcen unumgänglich ist.

Mit Blick auf die *Rechtsanwendung* ist im Vorgriff auf das neue VAG wohl angezeigt, sich nochmals kritisch zu überlegen, inwieweit als notwendig beurteilte Aufsichtsmassnahmen nicht doch schon unter dem heutigen VAG möglich wären, und ob der Abschluss der angestrebten Revision des VAG in solchen Fällen mindestens nicht zwingend abgewartet werden muss. Dabei ist allerdings zu konzedieren, dass ab dem Zeitpunkt der Befassung der Bundesversammlung mit einem Gesetzgebungsvorhaben besonders umsichtig abgewogen werden muss, inwieweit ein präjudizierendes Vorpellen in der Rechtsanwendungspraxis nicht als unangemessen angesehen würde. Ausserdem ist auf eine klare, rechtzeitige und

gezielte Kommunikation einer Änderung der Aufsichtspraxis gegenüber den beaufsichtigten Versicherungsunternehmen von hervorragender Bedeutung, worauf bereits hingewiesen worden ist (vgl. vorne Bst. d zu Frage 4).

d. Ergänzende Hinweise zur Frage nach dem Handlungsbedarf

Die Ausführungen zum Handlungsbedarf seien hier noch mit wenigen ergänzenden Hinweisen abgeschlossen:

Die im Bericht Janssen angesprochene Frage nach dem Aufsichtsverständnis sollte insofern etwas erweitert werden, als auch das Selbstverständnis des BPV im Zusammen- und Gegenspiel mit *anderen Akteuren* als den der Aufsicht unterworfenen Versicherungen zu reflektieren ist. Wie will das BPV vor dem Hintergrund der nationalen und internationalen Entwicklungen mit anderen Bundesämtern, anderen Aufsichtsbehörden, den Medien und "der Politik" interagieren, was für ein Rollenverständnis hat es im Gesamtgefüge des Umfeldes, in welchem es sich bewegt und bewegen sollte?

Für den Bereich der Rechtssetzung hinwiederum erscheinen - durchaus in einer ausgeprägten Parallelität mit anderen Zweigen des Finanzmarktrechts - Überlegungen darüber angebracht, inwieweit das *Selbstregulierungspotential* der beaufsichtigten Branche bzw. Unternehmen sinnvoll genutzt werden könnte, wie das bei der Banken- und bei der Börsenaufsicht im Wesentlichen mit Erfolg verwirklicht werden konnte.

Angezeigt könnte des Weiteren sein, dass man das auch in diesem Gutachten geschilderte "Sicherungsnetz" (vgl. dazu vorne Bst. b zu Frage 1 b) gegen ein Kollabieren von Versicherungen und von Vorsorgeeinrichtungen in seiner Gesamtheit untersucht und im Modell gewissen "Stresstests" unterzieht, um Erkenntnisse darüber zu gewinnen, welche denkbaren Entwicklungen für die Stabilität des Systems besonders gravierend wären. In diesem Rahmen sind möglicherweise konkretere Ergebnisse als im Landesbericht Schweiz des "Financial Stability Assessment" des Internationalen Währungsfonds vom Juni 2002 dargestellt, zu gewinnen.

Die bisherigen Erfahrungen mit dem eher schleppenden Gang von Reformmassnahmen lassen es schliesslich als ratsam erscheinen, Massnahmen, mit welchem einem erkannten Handlungsbedarf begegnet werden soll, zu terminieren, und im Rahmen einer kleinen Projektorganisation zu überprüfen, wie und wann die Umsetzung der entsprechenden Massnahmen erfolgen kann.

Exkurs: Handlungsbedarf im Bereich der Aufsicht über Einrichtungen der beruflichen Vorsorge

Mit Blick auf die in Beantwortung der Fragen 2 und 3 festgestellten Unklarheiten und Lücken im Bereich der Aufsicht über Einrichtungen der beruflichen Vorsorge, insbesondere bei Sammelstiftungen von Lebensversicherungsgesellschaften, rechtfertigt es sich, an dieser Stelle einige Hinweise auf angezeigte Korrekturen anzubringen. Schwerpunktmässig sollen dabei kurzfristig etwa durch die Anpassung von wenigen Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen mögliche Verbesserungen dargestellt werden. Mittelfristig wird zu prüfen sein, ob das bisherige Aufsichtskonzept beibehalten werden soll oder ob Anpassungen von grösserer Tragweite erforderlich sind.

a. Klärung der Aufsichtszuständigkeiten zwischen dem BSV und dem BPV

Ein gewisser Klärungsbedarf besteht zunächst hinsichtlich der *Abgrenzung der Aufsichtszuständigkeiten* zwischen dem BPV und dem BSV bezüglich den Sammelstiftungen von Lebensversicherern. Wie in der Beantwortung der Frage 2 bereits ausgeführt, ist es rechtlich heute theoretisch möglich, dass im Bereich der Sammelstiftungen eine Aufsichtsführung durch das BPV vorgenommen werden kann und muss; dies betrifft diejenigen Sammelstiftungen von Lebensversicherungsgesellschaften, welche nicht sämtliche Risiken (insbesondere nicht das Risiko Langlebigkeit) vollständig bei der Versicherungsgesellschaft abdecken (Art. 4 lit.c^{bis} VAG in Verbindung mit Art. 1 VAG). Faktisch kann jedoch festgehalten werden, dass das BPV keine einzige Sammelstiftung von Lebensversicherungsgesellschaften materiell beaufsichtigt, sondern dass diese Aufsicht durch das BSV wahrgenommen wird.

Um die Rechtslage vollständig zu klären ist, unter der Annahme, dass die bisherige Aufsichtszuständigkeit im Bereich Lebensversicherer und berufliche Vorsorge nicht grundsätzlich verändert werden soll, sowohl das VAG als auch das BVG sowie die BVV 1 anzupassen. Die Änderung der BVV 1 betrifft Art. 3, wo der Vorbehalt zugunsten der Versicherungsaufsicht zu streichen wäre (Art. 3 Abs. 4 und Abs. 5 BVV 1) mit der Folge, dass auch Art. 61 Abs. 3 BVG entfallen müsste. Zuständige Aufsichtsbehörde nach BVG wäre damit in jedem Fall das BSV, soweit es sich bei Sammelstiftungen von Lebensversicherungsgesellschaften um gesamtschweizerische Vorsorgeeinrichtungen handelt (Art. 3 Abs. 1 Bst. a BVV 1), was regelmässig zutrifft. Es stellt sich in diesem Zusammenhang allerdings die weitere Frage, ob das BSV als zuständige direkte Bundesaufsichtsbehörde gleichzeitig auch Oberaufsichtsbehörde gegenüber den kantonalen Aufsichtsinstanzen sein kann. Zu dieser Frage liegt ein Schlussbericht der vom EDI eingesetzten Arbeitsgruppe "Verstär-

kung der Oberaufsicht in der beruflichen Vorsorge" vom 10. Dezember 2001 vor, der die Lösungsmöglichkeiten klar aufzeigt.

Die Anpassung des VAG betrifft die Ausnahmebestimmung von Art. 4 Bst. c^{bis} VAG. Hier wäre nunmehr vorzusehen, dass sämtliche Sammelstiftungen der BSV-Aufsicht unterstehen und diese Vorsorgeeinrichtungen keinerlei versicherungstechnische Risiken autonom tragen dürfen, d.h., dass sie über eine vollständige Versicherungsdeckung bezüglich der von ihnen getragenen Risiken verfügen müssen. Im Zusammenhang mit der aktuellen Diskussion über den BVG-Zinssatz stellt sich hier die weitere Frage, ob das Zinsrisiko ebenfalls versichert werden darf oder muss. Da das BPV immerhin für die Prüfung der Angemessenheit der Tarifierung zwischen Lebensversicherungsgesellschaft und Sammelstiftung nach Art. 68 BVG zuständig bliebe, hätte diese Behörde die Versicherung des Zinsrisikos zu kontrollieren. Es erscheint allerdings wünschbar, dass die gesetzliche Bestimmung von Art. 68 BVG diesbezüglich verdeutlicht wird.

b. Transparenz bei der Überschussverteilung in den Lebensversicherungsgesellschaften und im Verhältnis zu den Sammelstiftungen

Das BPV bleibt auch nach der oben vorgeschlagenen Klärung der Aufsichtszuständigkeit bezüglich Vorsorgeeinrichtungen zuständige Aufsichtsbehörde über die Lebensversicherungsgesellschaften. Zu seinen Aufgaben gehört auch die Prüfung der *Gewinnbeteiligung* (Art. 8 lit. g VAG). Damit *Quersubventionierungen* zwischen verschiedenen Versicherungssparten ausgeschlossen werden können, muss eine Prüfung der Gewinnbeteiligung nach Sparten erfolgen (Einzel- und Kollektivleben). Diese Prüfung muss routinemässig auch bei der Prüfung des Geschäftsbetriebes erfolgen (Art. 17 VAG). Wird ein Überschuss ausgewiesen, was erst nach Abzug der gesetzlich vorgesehenen Rückstellungen möglich ist, kann eine klare Zuweisung an die einzelnen Sparten erfolgen, was die geforderte Transparenz zumindest für die Frage der Überschusszuweisung an die Sammelstiftungen sicherstellt.

c. Verselbständigung der Sammelstiftungen

Die heute bestehende Solvenzproblematik der Lebensversicherer beruht insbesondere auf dem Umstand, dass die Sammelstiftungen derart stark in die Lebensversicherungsgesellschaft integriert sind, dass die bei den Sammelstiftungen entstehenden Unterdeckungen direkt auf die Lebensversicherungsgesellschaften durchschlagen. Rechtlich ist diese enge Verknüpfung nicht notwendig. Die *rechtliche Selbständigkeit* einer Sammelstiftungen ergibt sich vielmehr bereits aus ihrer Rechtsform mit eigener Rechtspersönlichkeit. Zusätzlich sollte die *wirtschaftliche Verselbständigung* gewährleistet werden, was in erster Linie

eine Ausgliederung der betreffenden Anlagen aus der Versicherungsgesellschaft erfordert. Die Sammelstiftung führt dann wie die Vorsorgeeinrichtung eines einzelnen Arbeitgebers eine eigene Rechnung mit Betriebsrechnung und Bilanz und weist auch den Vermögenserfolg bzw. –verlust auf den Anlagen aus. Dieser Schritt wurde offenbar in letzter Zeit gemäss Presseberichten bei einigen Sammelstiftungen von Versicherungsgesellschaften bereits vollzogen (z.B. bei der Zürich-Versicherung).

Mit der wirtschaftlichen Ausgliederung der Sammelstiftungen aus den Lebensversicherungsgesellschaften ginge auch eine *organisatorische Verselbständigung* einher, womit die bisherige faktische Beherrschung der Sammelstiftungen durch die Lebensversicherungsgesellschaften ebenfalls reduziert würde. Dies betrifft insbesondere die Bestellung des obersten Organs und die Wahrung der Paritätsbestimmungen gemäss Art. 51 BVG. Bei dieser Reorganisation ist allerdings der Aspekt der *praktischen Durchführbarkeit* nicht aus dem Auge zu verlieren. Die korrekte und professionelle Administration einer Sammelstiftung ist für ihren sicheren Bestand zwingend erforderlich. Dies kann beispielsweise über entsprechende „Verwaltungsverträge“ mit den Lebensversicherern geregelt werden, was zu einer verbesserten Transparenz im Bereich der oft ebenfalls beanstandeten Verwaltungskosten führte.

Mit der beschriebenen Verselbständigung der Sammelstiftungen kann schliesslich auch die Überschussbeteiligung insofern transparenter gestaltet werden, als eine echte Zuweisung durch den Lebensversicherer an die Sammelstiftung erfolgen muss. Die Verteilung innerhalb der Sammelstiftung wird dann durch deren Organe vorgenommen (vgl. vorne zu Frage 3 e). Die Kontrolle dieser Verteilpläne untersteht der Prüfungspflicht durch das BSV, sei es als generelle Prüfung eines abstrakten Verteilplanes und/oder durch die routinemässige Prüfung im Rahmen der jährlichen Berichterstattung nach Art. 62 Abs. 1 Bst. b und c BVG.

In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass der Nationalrat im Rahmen der 1. BVG-Revision zwei Ergänzungen des BVG vorgesehen hat, wonach die Vorsorgeeinrichtungen ihre eigenen Verwaltungskosten ausweisen müssen und von den Versicherungseinrichtungen mit den notwendigen Angaben, insbesondere einer Abrechnung über die Überschussbeteiligung und einer Aufstellung der Verwaltungskosten des Versicherers versorgt werden müssen (vgl. Art. 65a und Art. 68 E-BVG NR vom 16. April 2002).

d. *Weitere, mittel- oder längerfristig zu prüfende Massnahmen*

Als mittel- und längerfristig vorzunehmende Korrekturen des Aufsichtsregimes im Bereich der beruflichen Vorsorge erscheinen die folgenden, hier lediglich kurz angesprochenen Massnahmen prüfenswert:

- *Geeignete Rechtsform für Sammel-Vorsorgeeinrichtungen:* Aufgrund des grossen Risikopotentials bei Sammelstiftungen stellt sich die Frage, ob der in Art. 48 BVG vorgesehene Numerus clausus der möglichen Rechtsformen von Vorsorgeeinrichtungen zu erweitern sei oder ob gar für Sammeleinrichtungen eine eigene Rechtsform geschaffen werden sollte, welche sowohl der Grösse dieser Gebilde als auch aus der nicht vorhandenen Solidarität zwischen den angeschlossenen Arbeitgebern bzw. deren Versicherten besser Rechnung tragen würde. Die Wahl einer besonderen Rechtsform für Vorsorgeeinrichtungen, die von Lebensversicherungsgesellschaften und Banken errichtet worden sind, würde es erlauben, nicht nur eine klare Aufsichtsstruktur zu verankern, sie böte auch die Möglichkeit, den bisherigen Erkenntnissen aus den verschiedenen Rechtsgebieten der Versicherungs- und der Finanzmarktaufsicht besser Rechnung zu tragen.
- *Verstärkung der Aufsicht über Sammelstiftungen:* Der ganze Bereich der beruflichen Vorsorge könnte unabhängig von der Ausgestaltung der Sammelstiftungen und unabhängig vom Vorliegen einer autonomen Risikotragung als „Versicherungslösung“ bezeichnet und der Aufsicht des BPV unterstellt werden. Eine weniger weitgehende Lösung könnte darin bestehen, ausschliesslich die Sammelstiftungen der BPV-Aufsicht zu unterstellen. Will man die Aufsichtszuständigkeit nicht grundsätzlich ändern, so stellt sich immerhin die Frage nach einer Verstärkung der BVG-Aufsicht durch das BSV. Das BVG regelt die Aufsichtstätigkeit auf Gesetzesstufe lediglich in zwei Artikel (Art. 61 und 62 BVG), welche sehr knapp gehalten sind und zudem für die Rechtsträger in Stiftungsform auf das Stiftungsrecht verweisen. Weitere Bestimmungen finden sich im Verordnungsrecht, namentlich in der BVV 1 und BVV 2. Denkbar wäre hier eine strengere Regelung im Sinne einer verstärkten materiellen Aufsicht gegenüber der bisher in der Regel repressiv ausgeübten Aufsicht. Dies bedingte entsprechende Gesetzes- und Verordnungsänderungen.
- *Verstärkung der Sicherungsmechanismen:* Im Falle der Insolvenz einer Vorsorgeeinrichtung sind die Leistungen gemäss BVG durch das Auffangsystem des Sicherheitsfonds geschützt. Was die Zahlungsunfähigkeit einer Sammelstiftung insgesamt angeht, ist zu betonen, dass aufgrund der heute bestehenden engen Verknüpfung mit einem Lebensversicherungsunternehmen eine Insolvenz ohne gleichzeitige Zahlungsunfähigkeit

des betreffenden Versicherers kaum denkbar ist. Im Zentrum des Interesses steht die Frage nach der Anlagesicherheit. Wird die Leistung für die Versicherten fixiert und vorab definiert, so müssen die Parameter für die Finanzierung dieses Leistungsziels regelmässig überprüft und gegebenenfalls an die veränderten Umstände angepasst werden. Dabei ist sorgfältig zwischen dem Interesse der Versicherten an einem garantierten gesetzlichen Leistungsminimum und dem Interesse des Anbieters an seiner wirtschaftlichen Stabilität abzuwägen. Grundsätzlich ist auch die Verankerung einer gesetzlichen Sanierungsklausel für Sammelstiftungen denkbar (z.B. eine Nachschusspflicht für die Vorsorgewerke, eine Zinsreduktion im überobligatorischen Bereich, etc.).

* * *

Basel, 31. Oktober 2002

Prof. Dr. Gerhard Schmid

Dr. Christina Ruggli