

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)**

* * *

ZWISCHENBERICHT VOM 30. AUGUST 2002

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 wirkt Frau Dr. Christina Ruggli, Leiterin der Aufsichtsbehörde BVG Berufliche Vorsorge des Kantons Basel-Stadt, an diesem Gutachten mit.

Der Gutachtensauftrag sieht vor, dass bis Ende August 2002 ein Zwischenbericht mit einer ersten Aussage im Sinne einer Grobanalyse abzugeben ist. Dieser Zwischenbericht, der nun nachfolgend zunächst erstattet wird, stützt sich in erster Linie auf eine Analyse der Normtexte und der einschlägigen Literatur. Aufgrund des gesetzten Zeitrahmens mussten Abklärungen zur behördlichen Praxis weitestgehend für die Phase der Erarbeitung des Schlussberichtes vorgesehen werden. Dasselbe gilt für die Fundstellennachweise, welche im Zwischenbericht auch dort weggelassen werden, wo sie bereits vorliegen.

Der vorliegende Zwischenbericht wird gemäss dem mir unterbreiteten Fragenkatalog gegliedert. Er hält – wie gewünscht – erste Aussagen im Sinne einer Grobanalyse zu diesen Fragen fest, soweit nicht (namentlich bei den Fragen 4 und 5) vollumfänglich auf den Schlussbericht verwiesen werden muss, weil noch keine auch nur annähernd abgestützten Zwischenergebnisse vorliegen.

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

Der Versicherungsaufsicht nach dem Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über die privaten Versicherungseinrichtungen (Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG) 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. Im Bereich der beruflichen Vorsorge können von vornherein nur solche Vorsorgeeinrichtungen der Aufsicht nach dem VAG unterstehen, die als Versicherungseinrichtung zu qualifizieren sind. Von entscheidender Bedeutung ist dabei, dass die Vorsorgeeinrichtung ein Versicherungsrisiko (Alter, Tod, Invalidität) selbst trägt und nicht durch einen Versicherungsvertrag auf einen Dritten abwälzt.

Die im Rahmen der Versicherungsaufsicht anfallenden Aufgaben des Bundes werden durch das VAG nahezu vollständig dem BPV übertragen. Nur für diejenigen Entscheide, für welche das Gesetz ausdrücklich das EJPD als zuständig erklärt, liegen die Aufsicht und die einschlägigen Befugnisse nicht beim BPV (Art. 43 Abs. 1 VAG). Solche Departe

mentsbefugnisse 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.

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. 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 die dem BPV obliegende Zustimmung zum genehmigungspflichtigen Teil des Geschäftsplans und dessen Änderung (Art. 9 Abs. 1 und Art. 19 VAG) sowie durch die Prüfung der genehmigungspflichtigen Tarife (Art. 20 VAG). 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. 25 VAG).

Sofern das BPV eine Vorsorgeeinrichtung nach den Vorschriften des VAG beaufsichtigt, übernimmt es auch die Aufsicht nach BVG bzw. gegebenenfalls die Stiftungsaufsicht gemäss ZGB (Art. 3 Abs. 4 BVV 1; Art. 62 Abs. 2 BVG). Vgl. dazu auch die Ausführungen zu Frage 2 a).

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?

Dem Konzept der Versicherungsaufsicht in der Schweiz – wie auch in anderen Staaten mit einer auf Wirtschaftsfreiheit und Wettbewerb ausgerichteten Wirtschaftsverfassung – geht einerseits klarerweise davon aus, dass der Staat für den Schutz der Versicherten insbesondere vor Insolvenz der Versicherungsgesellschaften besorgt zu sein hat. Das hat aber andererseits von Verfassungs wegen in einer Weise zu geschehen, dass genügender Raum für privatwirtschaftliche Gestaltungsfreiheit und für ausreichenden Wettbewerb geschaffen und beibehalten wird. Gerade wegen diesem letzteren Anliegen sind der Versicherungswirtschaft in den letzten Jahren ja auch durch das Wettbewerbsrecht und durch die Praxis der Wettbewerbsbehörden entsprechende Schranken gegen der Assekuranz früher durchaus geläufige kartellistische Praktiken gesetzt worden. Es ist dem BPV dergestalt immer wieder die Aufgabe gestellt, in seiner Tätigkeit das richtige Mass an Kontrolle zu finden.

Diese Aufgabe wird – ein gewisses Paradoxon – eher erschwert dadurch, dass der Gesetzgeber trotz dieser erwähnten Ausgangslage des Wirtschaftsverfassungsrechts die Aufgaben und Kompetenzen des BPV in der einschlägigen Gesetzgebung kaum einschränkt. Das VAG fasst die gesamte Tätigkeit der beaufsichtigten Versicherungseinrichtungen ins Auge und schliesst aufgrund seiner offenen Formulierungen kaum irgendwelche denkbaren Instrumente der Aufsicht aus. Aufgaben und Kompetenzen des BPV werden so sowohl im einzelnen als auch in der Summe der verwendeten Instrumente kaum vom Gesetzestext eingeschränkt, wohl aber von den verfassungsrechtlichen Grundentscheiden für eine *wettbewerbsorientierte Wirtschaftsordnung* sowie für eine rechtsstaatliche Eingrenzung jedwelcher staatlicher Eingriffe (wie nicht zuletzt der wirtschaftspolizeilichen Eingriffsmöglichkeiten) namentlich durch das *Verhältnismässigkeitsprinzip*. Diese setzen den Aufgaben und Kompetenzen des BPV in seiner Aufsichtstätigkeit relevante Grenzen, selbst wenn deren genaue Verortung angesichts der offenen Normtexte in einem System der sogenannten "materiellen Staatsaufsicht" und angesichts weiter Ermessensspielräume der Aufsichtsbehörde im einzelnen als schwierig erscheint. Diese Schwierigkeit wird in der Fragestellung nach "Tiefe und Intensität" der Beaufsichtigung mit Fug angesprochen und ist zunächst als "Grobanalyse" in den vorstehend geschilderten Kontext und die dadurch geschaffenen Ambivalenzen hineinzustellen.

Mit in die Erwägungen einzubeziehen ist zudem, dass die Schweiz faktisch und rechtlich in eine Entwicklung eingebunden worden ist und bleibt, welche auf eine Liberalisierung und Internationalisierung auch der Versicherungsmärkte abzielt. Letztere führt tendentiell – wiederum rechtlich und faktisch zugleich – zu einem Wandel der Versicherungsaufsicht weg von der Produktkontrolle hin zu einer vermehrten Solvenzkontrolle, ein Gebiet, welches ja durchaus auch Raum für eine nachhaltige Aufsicht, wenn auch in anderer Ausprägung, bieten dürfte.

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 dieser Aufsichtstätigkeit Grenzen eher durch verfassungsrechtliche Erwägungen gesetzt werden als durch dem Gesetztext direkt zu entnehmende Beschränkungen. Angesichts dieser Ausgangslage ist es so illusorisch, durch die Annahme einer Verpflichtung zu einer extensiven Auslegung des gesetzlichen Auftrages einen Ausweg aus dieser Problematik zu erhoffen. Wenn man so will, ist der gesetzliche Auftrag ohnehin beinahe beliebig umfassend, muss aber doch mit einer gewissen Zurückhaltung interpretiert werden, damit die Aufsichtspraxis innerhalb des von der Verfassung gesteckten Rahmens verbleibt.

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?

Nur am Rande sei bereits jetzt hinzugefügt, dass die ohnehin schon einigermaßen komplexe Lehre von der sachgerechten Auslegung von Rechtsnormen durch die Figur einer "Verpflichtung zu extensiver Auslegung" in besonderen Konstellationen kaum bereichert, sondern eher mit einem weiteren potentiellen Irrweg belastet würde.

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 das 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 der BVV 1 die Aufsicht über Vorsorgeeinrichtungen so geregelt, dass bei der Bundesaufsicht das Bundesamt für Sozialversicherung 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 Bundesamt für Privatversicherungswesen diejenigen Vorsorgeeinrichtungen beaufsichtigt, welche dem VAG unterstehen (Art. 3 Abs. 4 BVV1) 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 Gesetzesänderung des VAG vom 18. Juni 1993 ersatzlos aufgehoben worden ist, ohne dass deswegen die BVV 1 eine Anpassung erfahren hätte.

In der Praxis unterstehen die Vorsorgeeinrichtungen zur Hauptsache den kantonalen Aufsichtsbehörden, wobei praktisch alle Sammelstiftungen mit gesamtschweizerischer Tätigkeit der Aufsicht durch das Bundesamt für Sozialversicherung unterstellt sind.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass gemäss BVG primär die kantonalen Aufsichtsbehörden und das Bundesamt für Sozialversicherung für die Aufsichtsführung über Vorsorgeeinrichtungen zuständig sind; vorbehalten bleibt die Zuständigkeit des Bundesamtes für Privatversicherungswesen für Vorsorgeeinrichtungen, welche dem VAG unterstehen.

Von der Aufsicht gemäss VAG sind nun aber wiederum diejenigen Vorsorgeeinrichtungen von privaten und öffentlichen Arbeitgebern und Vorsorgeeinrichtungen mehrerer Arbeitgeber, welche wirtschaftlich oder finanziell eng verbunden sind, ausgenommen. 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) getroffenen Erläuterungen, dass es sich bei Sammelstiftungen grundsätzlich um Einrichtungen der beruflichen Vorsorge im BVG-registrierten bzw. im überobligatorischen Bereich handelt (nach Art. 48 und 49 BVG) - in der Regel in der Rechtsform der Stiftung, die keine eigenen Risiken tragen - ist die BVG-Aufsichtsbehörde nach Art. 61 BVG, mithin auf Bundesebene das BSV, zuständig.

Für die Beurteilung der Aufsichtszuständigkeit ist die Qualität des Stifters bzw. der Stifterin nicht wesentlich. Jedoch ist wesentlich, mit welcher örtlichen Ausbreitung eine Sammelstiftung tätig ist. Ist diese nur kantonale oder regional tätig, wird eine Unterstellung nach dem Sitzprinzip erfolgen und zwar unter die jeweilige kantonale zuständige Aufsichtsbehörde. Ist eine Sammelstiftung in allen Gebieten der Schweiz tätig, wie dies typischerweise für Sammelstiftungen von Lebensversicherungsgesellschaften zutrifft, so ist sie der Bundesaufsicht unterstellt und dort konkret dem BSV, e contrario abzuleiten aus den Bestimmungen betreffend die besondere Aufsicht nach Art. 4 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. Bei Einführung des BVG bildeten die Lebensversicherungsgesellschaften verschiedentlich regional tätige Sammelstiftungen, die dann der kantonalen Aufsicht unterstellt waren. 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.

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

Wie bei 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 Verbandsvorsorgeeinrichtungen bzw. ähnliche Institutionen einordnen, wenn sie gemäss VAG keine versicherungstechnischen Risiken selber tragen. Zu den versicherungstechnischen Risiken gehören in diesem Zusammenhang nicht nur die Risiken Tod und Invalidität, sondern auch das Langleberisiko.

Die Übernahme von versicherungstechnischen Risiken durch Sammelstiftungen ist mithin entscheidend für die Abgrenzung der Aufsichtszuständigkeit bzw. der 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 festgehalten, dass die uneingeschränkte „Befreiung sämtlicher Sammel- und Gemeinschaftseinrichtungen [...] nicht vertretbar erscheint.“

Im Sinne einer vorläufigen Feststellung kann somit festgehalten werden, dass die VAG-Revision 1987 eine gewisse Beschränkung der Aufsichtsführung durch das BPV mit sich gebracht hat.

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.

Sondervorschriften für die Genehmigung von Tarifen für Tod und Invalidität, welche darüber hinaus in diesem Bereich stringendere Vorgaben setzen würden, bestehen nicht.

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 anzubieten.

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. 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 sagt nichts aus 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).

Soweit der Begriff „Überschussbeteiligung“ verwendet wird, bezieht sich dieser in der Regel auf das Vertragsverhältnis zwischen der Sammelstiftung und der dahinter stehenden Lebensversicherungsgesellschaft (mithin aus dem Kollektivversicherungsvertrag) bzw. auf das Verhältnis zwischen der Sammelstiftung und dem angeschlossenen Arbeitgeber (häufig ist ein Anrecht auf eine Überschussbeteiligung im Anschlussvertrag geregelt). Für die Bestimmung der anfallenden Überschussbeteiligungen sind die erwähnten Vertragsverhältnisse massgeblich; ein direkter Anspruch aus dem BVG für die im betreffenden Vorsorgewerk versicherten Arbeitnehmenden auf eine „bestimmte Überschussbeteiligung“ besteht nicht. Der Anspruch der betreffenden Versicherten erschöpft sich im Anspruch auf die im Reglement festgelegten Leistungen der Sammelstiftungen. Allenfalls besteht noch aufgrund der Regelung im Anschlussvertrag ein Anspruch des angeschlossenen Unternehmens auf eine Überschussbeteiligung (vertraglicher Anspruch).

Nach Art. 8 VAG genehmigt das BPV im Rahmen der Bewilligungserteilung den Geschäftsplan, der auch den Überschussplan enthält. Im Rahmen der konkreten Prüfung der Geschäftstätigkeit der Lebensversicherungsgesellschaft genehmigt das BPV im weiteren die konkrete Überschusszuteilung (Art. 17 VAG) und wohl auch die Änderungen des Überschussplanes (nach Art. 19 VAG). Ein Überschuss entsteht erst, wenn die Mindestverzinsung gemäss BVG erfüllt ist. Dies ist die einzige Einschränkung seitens des BVG betr. 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 terminologisch zu trennen zwischen dem Verhältnis zwischen Lebensversicherer und Vorsorgeeinrichtung einerseits und dem Verhältnis zwischen Vorsorgeeinrichtung und ihren angeschlossenen Arbeitgebern und Versicherten. Die Zuweisung von Überschüssen an eine Sammelstiftung muss sich nach den Bestimmungen betreffend die Lebensversicherungen richten. Die Lebensversicherungsgesellschaft muss zunächst alle Rückstellungen vornehmen, welche erforderlich sind, damit sie die Leistungsversprechungen erfüllen kann. Dazu gehört auch die im BVG vorgeschriebene Verzinsung, die integrierender Bestandteil der betreffenden 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.

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 (Art. 23 FZG).

Es kann somit festgehalten werden, dass nach Zuweisung der Überschüsse von der Lebensversicherungsgesellschaft in die Sammelstiftung die Bestimmungen des BVG betreffend die Mittelverwendung in Vorsorgeeinrichtungen zur Anwendung gelangen. Diese Grundsätze wurden weitgehend in Praxis und Rechtsprechung entwickelt, wobei auch die Grundsätze des Stiftungsrechts zur Anwendung gelangen, soweit es sich bei den betroffenen Vorsorgeeinrichtungen um Stiftungen handelt. Das bedeutet einerseits, dass alle Mittel, die der Vorsorgeeinrichtung zugeflossen sind, zweckgemäss zu verwenden sind. Daraus wird abgeleitet, dass die 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. dazu Art. 331 OR, oder im Rahmen einer Verrechnung mit dem Prämienkontokorrent des Arbeitgebers, der die gesamten Prämien schuldet, Art. 66 Abs. 2 BVG). Diese Mittel sind im weiteren nach dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Versicherten zu verwenden.

Erfolgt also eine Überschusszuwendung an eine Sammeleinrichtung, dann muss diese zunächst prüfen, ob alle Leistungen, welche sie versprochen hat, abgedeckt sind oder ob sie über nicht versicherte Risiken verfügt, für welche dann in der Sammelstiftung Rückstellungen zu bilden wären (z.B. für besondere Anlagerisiken). Die verbleibenden freien Mittel stehen dem Versichertenkollektiv zur Verfügung, wobei Sammelstiftungen aufgrund ihrer speziellen Konstruktion als „Vorsorgeversicherungseinrichtung“ 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 dieses Vorsorgewerkes entscheidet dann über die weitere Verwendung der freien Mittel innerhalb dieses Vorsorgewerkes.

Es kann damit festgehalten werden, dass das gemäss den Statuten der Sammelstiftung zuständige Organ (der Stiftungsrat als oberstes Organ oder die Vorsorgewerke bzw. die Vorsorgekommissionen im Rahmen entsprechender Kompetenzdelegationen und als paritätisch besetztes Organ im Sinne von Art. 51 BVG) für die Verteilung der zugewiesenen Überschüsse zuständig ist. Dabei ist sowohl der Gleichbehandlungsgrundsatz als auch das Willkürverbot (etwa bezüglich der Wahl des Stichtages der Verteilung) zu beachten.

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

Da die zur Beantwortung dieser Frage erforderlichen Abklärungen im zur Verfügung stehenden Zeitraum erst in die Wege geleitet werden konnten, muss diesbezüglich auf den

Schlussbericht verwiesen werden. Bereits heute ist allerdings klar, dass sich dieses Gutachten auf rechtliche Erörterungen zu konzentrieren hat. Wir werden uns dennoch bemühen, zu dieser sehr allgemeinen Frage – ohne Scheu, aber auch ohne Anmassung – im Schlussbericht einige Hinweise zu geben.

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

Eine Antwort zu dieser Frage setzt selbstverständlich voraus, dass zunächst die Ergebnisse der Abklärungen zur Frage 4 vorliegen.

* * *

Der vorliegende Zwischenbericht enthält, wie bereits einleitend festgehalten wurde, eine erste Stellungnahme zu gewissen Gutachtensfragen. Die oben festgehaltenen Aussagen sind in diesem Sinne vorläufig und können im Rahmen des Schlussberichts im Lichte weiterer Abklärungen und Erkenntnisse noch ganz oder teilweise abgeändert werden.

Prof. Dr. Gerhard Schmid