

Rechtsgeschäfte mit Nahestehenden

Eine Delikatesse der Pension Fund Governance

Vielfach bestehen enge persönliche Beziehungen zu den Personen, denen ein Vertragspartner günstige oder allenfalls gar allzu vorteilhafte Konditionen zugesteht. Rechtsgeschäfte mit Nahestehenden stehen unter Generalverdacht. Seit der Strukturreform bestehen Vorschriften zu ihren Voraussetzungen und Rahmenbedingungen.

IN KÜRZE

Rechtsgeschäfte mit Nahestehenden stehen wegen des Risikos der «Vetterliwirtschaft» unter Generalverdacht. Werden sie zu marktüblichen Bedingungen abgeschlossen, ist gegen sie nichts einzuwenden.

Allerdings verlangen formelle Anforderungen eine sorgfältige Vorbereitung, Dokumentation und Offenlegung gegenüber der Revisionsstelle.



Kurt C. Schweizer

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Küsnacht

«Ist zum Beispiel der Onkel der Freundin eines Stiftungsrats, welcher der Pensionskasse eine Immobilie verkauft, ein Nahestehender?», fragte Ständerat Rolf Büttiker in der parlamentarischen Beratung von Art. 51c BVG.¹

Nahestehende Personen

Die Bestimmung, die Vorsorgeeinrichtungen vor einer Übervorteilung aufgrund enger persönlicher Beziehungen schützen will, erfasst vorerst die Mitglieder des obersten Organs, angeschlossene Arbeitgeber und mit der Geschäftsführung und Vermögensverwaltung betraute natürliche und juristische Personen (engerer Kreis). Sodann gehören zum erweiterten Kreis auch Personen, die den Personen des engeren Kreises nahestehen (Art. 51c Abs. 1 BVG). Wie weit dieser Kreis ist, legt Art. 48i Abs. 2 BVV 2 fest, und zwar meines Erachtens trotz der offenen Formulierung («insbesondere») abschliessend. Demnach gelten als nahestehende Personen des erweiterten Kreises:

- die Ehepartner,
- die eingetragenen Partner oder die Lebenspartner,
- Verwandte bis zum zweiten Grad sowie
- juristische Personen, an denen eine Person des engeren Kreises eine wirtschaftliche Berechtigung hält.

Zum erweiterten Kreis der nahestehenden Personen gehört zwar die Freundin

des Mitglieds des obersten Organs als dessen Lebenspartnerin, nicht aber ihre Verwandtschaft. Zudem ist der Onkel ein Verwandter dritten Grads; auch der Onkel des Mitglieds des obersten Organs wäre damit keine nahestehende Person.²

Materielle Zulässigkeitsvoraussetzung

Zu marktüblichen Bedingungen darf eine Vorsorgeeinrichtung ein Rechtsgeschäft mit einer nahestehenden Person abschliessen (Art. 51c Abs. 1 BVG).

Mit der Vermögensverwaltung und Geschäftsführung betraute Personen sind Nahestehende. Verträge mit ihnen sowie Versicherungsverträge unterliegen einer Befristung, können doch Verträge mit einer langen Laufzeit zu einer Abhängigkeit der Vorsorgeeinrichtung führen.³ Sie müssen nach spätestens fünf Jahren ohne Nachteil für die Vorsorgeeinrichtung aufgelöst werden können (Art. 48h Abs. 2 BVV 2). Kann eine lange Vertragsdauer generell Anlass sein zu prüfen, ob ein Vertrag die Interessen beider Parteien ausgewogen wahr, so ist sie es erst recht, wenn eine nahestehende Person beteiligt ist.

Formelle Anforderungen

Bei bedeutenden Rechtsgeschäften mit Nahestehenden müssen nach Art. 48i Abs. 1 BVV 2 Konkurrenzofferten eingeholt werden und vollständige Transparenz über die Vergabe herrschen.

² Art. 20 Abs. 1 ZGB.

³ Siehe auch Votum von SR S. Sommaruga (AS 2009 S 1232).

¹ AS 2009 S 1231.

Welche Rechtsgeschäfte bedeutend sind, lässt sich nicht allgemeingültig feststellen und hängt von den konkreten Verhältnissen der Vorsorgeeinrichtung ab. Immerhin ist eine statutarische Kompetenzregelung, wonach das oberste Organ über den Abschluss eines bestimmten Rechtsgeschäfts zu befinden hat, ein Hinweis auf seine Bedeutung. Regelmässig betrifft dies die bereits erwähnten Verträge mit längerer Laufzeit und Immobilientransaktionen.

Das Erfordernis, wonach Konkurrenzofferten einzuholen sind, ist absolut formuliert und scheint keine Ausnahmen zuzulassen.⁴ So hielt das Bundesverwaltungsgericht zum Erwerb einer Liegenschaft von einer nahestehenden Person durch eine Vorsorgeeinrichtung kürzlich fest, die Bestimmung sei so zu verstehen, dass Konkurrenzofferten respektive Verkaufsofferten für Liegenschaften einzuholen sind, die mit der zum Kauf angebotenen Liegenschaft ihrer Art und Funktion nach vergleichbar sind.⁵ Ein Bewertungsgutachten eines Immobilienfachmanns, das die Marktüblichkeit des Preises bestätigt, ist demnach unzureichend,⁶ doch ist es wohl trotzdem unverzichtbar, da nur so die Vergleichbarkeit der anderen Liegenschaften mit der angebotenen belegt werden kann. Letztlich könnte ein Kauf an diesem formellen Hindernis scheitern, wenn keine Verkaufsofferten vergleichbarer Liegenschaften erhältlich gemacht werden können.

Prüfung durch Revisionsstelle

Die Vorsorgeeinrichtung muss die Rechtsgeschäfte mit Nahestehenden bei der jährlichen Prüfung der Jahresrechnung gegenüber der Revisionsstelle offenlegen (Art. 51c Abs. 2 BVG). Eine aktive Bekanntgabe ist auch geboten, wenn die Revisionsstelle die Verhältnisse und personellen Verflechtungen bestens kennt und mit Sicherheit erkennen muss, dass es sich bei einem Vertrag, den sie wegen seiner Wesentlichkeit prüfen muss, um ein bedeutendes Rechtsgeschäft mit Nahestehenden handelt. Die Vorsorgeeinrichtung ist gut beraten die Offenlegung schriftlich zu dokumentieren.

Der Revisionsstelle obliegt es sodann zu prüfen, ob in den offengelegten Rechtsgeschäften die Interessen der Vorsorgeeinrichtung gewahrt sind (Art. 51c Abs. 3 und 52c Abs. 1 lit. g BVG). Die Konkurrenzofferten und die vollständige Transparenz über die Vergabe sollen der Revisionsstelle eine einwandfreie Prüfung der Rechtsgeschäfte ermöglichen.⁷

Die Prüfung, ob ein Rechtsgeschäft mit einer nahestehenden Person die Interessen der Vorsorgeeinrichtung wahrt, besteht im Wesentlichen darin zu verifizieren, ob Konkurrenzofferten eingeholt wurden und ob diese Konkurrenzofferten die Konditionen des Rechtsgeschäfts als marktkonform erscheinen lassen. Dies ist sicher dann der Fall, wenn im Rechtsgeschäft keine für die nahestehende Person günstigeren und für die Vorsorgeeinrichtung ungünstigeren Konditionen vereinbart wurden. Die Revisionsstelle prüft allerdings nur, ob das

oberste Organ gesetzeskonform gehandelt hat; dabei soll ihr kein Ermessen zustehen, und sie hat keine Angemessenheitsprüfung vorzunehmen.⁸

Die Revisionsstelle äussert sich in ihrem jährlichen Bericht zur Prüfung der Jahresrechnung namentlich auch dazu, ob die Vorsorgeeinrichtung die Bestimmungen zu Rechtsgeschäften mit Nahestehenden eingehalten hat und vermerkt festgestellte Verstösse (Art. 52c A. 2 BVG). Sie orientiert das oberste Organ über Verstösse und gewährt ihm eine angemessene Frist zur Herstellung des ordnungsgemässen Zustands. Verstreicht diese Frist ungenutzt oder erachtet die Revisionsstelle ihre Feststellungen als geeignet, den guten Ruf oder die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit der Verantwortlichen in Frage zu stellen, so meldet sie dies sowohl dem obersten Organ wie auch der Aufsichtsbehörde (Art. 36 Abs. 1 und 2 BVV 2), die nun ihrerseits über Massnahmen zur Behebung der Mängel befindet (Art. 62 Abs. 1 lit. d BVG).

Die Revisionsstelle riskiert ihrerseits eine Untersuchung durch die Revisionsaufsichtsbehörde und Sanktionen, wenn sie Rechtsgeschäfte mit Nahestehenden nicht pflichtgemäss prüft. |

⁴ Ein in die Vernehmlassung gegebener Entwurf hatte verlangt, es seien *immer* Konkurrenzofferten einzuholen.

⁵ Nicht rechtskräftiges Urteil A-358/2018 v. 10.01.2019, E. 10.3.2.

⁶ Siehe aber Votum von SR K. Graber (AS 2008 S 570).

⁷ Bundesamt für Sozialversicherungen BSV, Erläuternder Bericht v. 12.11.2010 für die Vernehmlassung über die Änderungen der Verordnungen im Rahmen der Strukturreform in der beruflichen Vorsorge, S. 31.

⁸ Siehe Votum von SR U. Schwaller (AS 2009 S 1231).