

Der verantwortliche Aktuar

Autor(en): **Raggenbass, Marc / Camponovo, Rico**

Objektyp: **Article**

Zeitschrift: **Mitteilungen / Schweizerische Aktuarvereinigung = Bulletin / Association Suisse des Actuaires = Bulletin / Swiss Association of Actuaries**

Band (Jahr): - **(2006)**

Heft 2

PDF erstellt am: **17.07.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-967366>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Der Verantwortliche Aktuar

unter besonderer Berücksichtigung regulatorischer sowie haftungs- und verantwortungsrechtlicher Fragen**

Inhaltsübersicht

Einleitende Bemerkungen

- I. Regulatorische Fragen
 1. Allgemeines
 2. Rechtsstellung des Verantwortlichen Aktuars im Versicherungsunternehmen
 - 2.1 Grundsätzliche Bemerkungen
 - 2.2 Anstellungsverhältnis
 - 2.2.1 Grundsatz
 - 2.2.2 Stellung des Verantwortlichen Aktuars als Mitarbeitender im Versicherungsunternehmen
 - 2.3 Auslagerung der Funktion des Verantwortlichen Aktuars
 - 2.3.1 Grundsatz
 - 2.3.2 Auslagerung an eine natürliche Person
 - 2.3.3 Auslagerung an eine juristische Person
- II. Haftungs- und verantwortungsrechtliche Fragen
 1. Einleitende Bemerkungen
 - 1.1 Allgemeines
 - 1.2 Differenzierung der Fragestellung
 - 1.3 Aktienrechtliche Grundfragen
 - 1.3.1 Formelle, materielle und faktische Organstellung
 - 1.3.2 Kompetenzdelegation des Verwaltungsrates (Art. 754 Abs. 2 OR)
 - 1.3.3 Anforderungen an die zulässige Kompetenzdelegation/

* Marc E. Raggenbass, Fürsprecher, Partner KPMG Legal und Rico A. Camponovo, lic. iur. et oec. publ., Stv. Direktor, KPMG Legal.

** Leicht überarbeiteter und erweiterter Text basierend auf dem Referat gehalten an der SAV-Tagung «Verantwortlicher Aktuar – Aufgaben und Tätigkeiten» vom 12. Mai 2006.

Haftungsbefreiung

2. Anwendung auf den Verantwortlichen Aktuar
 - 2.1 Verantwortlicher Aktuar als materielles Organ
 - 2.2 Kompetenzdelegation des Verwaltungsrates
 - 2.2.1 Aufgaben des Verwaltungsrates
 - 2.2.2 Was ist, wenn der Verwaltungsrat sich über die Entscheidung des Verantwortlichen Aktuars hinwegsetzt?
 - 2.2.3 Delegation an externe Dritte
 - 2.3 Haftung des Verantwortlichen Aktuars als natürliche oder juristische Person
 - 2.4 Aktienrechtliche Verantwortlichkeit im Allgemeinen

Einleitende Bemerkungen

Mit der Inkraftsetzung des neuen Versicherungsaufsichtsgesetzes (VAG)¹ per 1. Januar 2006 fiel die präventive Produktaufsicht für den grössten Teil der Versicherungsprodukte weg. Die Kontrolle für Tarife und Versicherungsbedingungen besteht heute nur noch in den Bereichen berufliche Vorsorge (Kollektiv Leben) und in der Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung.²

Im Gegenzug zum Abbau der präventiven Produktaufsicht verfügt das VAG heute über detaillierte Vorschriften zur Solvenzkontrolle und stärkt die Kompetenzen des Bundesamts für Privatversicherungen (BPV) in den Bereichen Transparenz, Konsumentenschutz und Corporate Governance. Zu einer guten Corporate Governance gehört neben einer funktionierenden und effizienten Compliance-Organisation auch die Einführung der Funktion des Verantwortlichen Aktuars (VA).

Die Funktion des VA wird im VAG, in der Aufsichtsverordnung (AVO)³ und in der

1 Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen vom 17. Dezember 2004 (SR 961.01).

2 Art. 4 Abs. 2 Bst. r VAG.

3 Verordnung über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen vom 9. November 2005 (SR 961.011).

4 Verordnung des BPV über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen vom 9. November 2005 (SR 961.011.1).

5 Art. 23 f. VAG, Art. 99 AVO, Art. 2 ff. AVO-BPV.

6 Weisung zu den Anforderungen an den VA vom 1. März 2006.

Aufsichtsverordnung BPV (AVO-BPV)⁴ definiert⁵ sowie in einer Weisung des BPV⁶ zusätzlich präzisiert. Trotz dieser relativen Regulierungsdichte bleiben viele Fragen zu den Aufgaben und zur Stellung des VA innerhalb der Unternehmung noch unbeantwortet oder bedürfen zumindest der Konkretisierung. Im Interesse einer flexiblen, marktnahen und effizienten Ausgestaltung der Funktion des VA wäre es jedoch vorteilhaft, wenn eine weitergehende Konkretisierung nicht ausschliesslich dem BPV überlassen, sondern die Möglichkeit der Selbstregulierung ausgebaut würde. Hier ist die Berufsvereinigung der Aktuarer, die Schweizerische Aktuarvereinigung (SAV), in der Pflicht, ergänzende Empfehlungen bzw. Richtlinien zu erlassen, wobei für besonders wichtige Bereiche ein Genehmigungsvorbehalt des BPV, eventuell verbunden mit einer Allgemeinverbindlicherklärung auch für Nichtmitglieder der SAV, eingebaut werden könnte.⁷

Erwähnt seien schliesslich die zur Zeit laufenden parlamentarischen Beratungen des Entwurfs zum Finanzmarktaufsichtsgesetz (E-FINMAG).⁸ Der Gesetzesentwurf beinhaltet zwar vorwiegend Organisationsnormen für die neue Finanzmarktaufsichtsbehörde FINMA.⁹ Daneben wird jedoch teilweise auch eine materielle Harmonisierung der einzelnen Finanzmarktgesetze angestrebt. Dazu gehört auch das Versicherungsaufsichtsrecht. Geht es nach dem Willen des Bundesrates, so werden Teile des VAG mit dem FINMAG bereits wieder revidiert, so zum Beispiel die geltende Strafnorm für den VA,¹⁰ die gemäss vorliegendem Gesetzesentwurf wieder ausser Kraft gesetzt würde, um einer administrativen Ahndung Platz zu machen.¹¹

7 Eine entsprechende Regelung gibt es bereits im Banken- und Börsengesetz, wo einerseits die Sorgfaltspflichtvereinbarung der schweizerischen Bankiervereinigung und andererseits die Kotierungsvorschriften der SWX Swiss Exchange, beides Selbstregulierungsorganisationen, der Eidgenössischen Bankenkommission (EBK) vor Inkraftsetzung zur Genehmigung unterbreitet werden müssen.

8 Botschaft zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht, Bundesblatt 2006 (Botschaft FINMAG), Seite 2829.

9 Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Entwurf), Bundesblatt 2006, Seite 2917.

10 Art. 87 Abs. 1 Bst. k VAG.

11 Botschaft FINMAG, Seite 2913.

I. Regulatorische Fragen

1. Allgemeines

Jedes dem VAG unterstehende Versicherungsunternehmen (VU) muss einen VA bestellen.¹² Von dieser Pflicht werden Direkt- und Rückversicherung-Gesellschaften sowie Captives mit Sitz in der Schweiz gleichermassen erfasst wie inländische Niederlassungen ausländischer VU. Anders als bei der internen Überwachung der Geschäftstätigkeit, wo das BPV in begründeten Fällen ein VU von der Bestellung eines «Inspektorats» befreien kann,¹³ sind für die Bestellung eines VA keine Ausnahmemöglichkeiten gesetzlich vorgesehen.

Die Pflicht zur Einführung der Funktion des VA hängt unter anderem damit zusammen, dass der Zweck des VAG mit der Revision stark erweitert wurde und der VA bei der Erfüllung des Schutzzwecks eine Schlüsselfunktion wahrnimmt. Das VAG dient dem Zweck, die Versicherten vor Insolvenzrisiken der Versicherungsgesellschaft und vor Missbräuchen¹⁴ zu schützen. Damit übernimmt der VA eine wichtige Funktion nicht nur im Interesse «seines» Unternehmens und deren Versicherten, sondern er dient auch dem allgemeinen Interesse an einer Stärkung der Integrität und der Vertrauenswürdigkeit der schweizerischen Versicherungswirtschaft im Allgemeinen.

Trotz dieser, mit der Neuausrichtung der Versicherungsaufsicht weit gefassten Definition der Anspruchsgruppen entschieden Bundesrat und Parlament, die Funktion des VA der Selbstregulierung auf Unternehmensebene zu überlassen. Seine Stellung im bzw. zum Unternehmen ist damit rein privatrechtlicher Natur; eine direkte Rechtsbeziehung zur Aufsichtsbehörde besteht nicht. So ist der VA weder berechtigt noch verpflichtet, der Aufsichtsbehörde über Sachverhalte innerhalb der Unternehmung direkt Bericht zu erstatten oder an diese Informationen weiterzuleiten. Der Informationsfluss erfolgt stets an das Unternehmen, konkret an die Geschäftsleitung und von dieser unter gewissen Umständen zur Aufsichtsbehörde.

12 VU deren Versicherungstätigkeit von geringer wirtschaftlichen Bedeutung ist oder nur einen kleinen Kreis von Versicherten betrifft, können unter Umständen von der Aufsichtsbehörde von der Aufsicht befreit werden (Art. 2 Abs. 2 Bst. c VAG). Bei fehlender Unterstellung unter das VAG fällt auch die Pflicht zur Bestellung eines VA dahin.

13 Art. 27 Abs. 2 VAG.

14 Art. 1 Abs. 2 VAG.

Eine Ausnahme von diesem Informationsfluss gilt lediglich bei Beendigung und Beginn des Zusammenarbeitsverhältnisses. Gemäss AVO-BPV müssen sowohl das VU als auch der VA unabhängig voneinander das BPV über die Gründe einer allfälligen Trennung, Demission oder Abberufung informieren.¹⁵ Ob für diese doppelte Informationspflicht eine genügende gesetzliche Grundlage besteht, ist zumindest fraglich, erwähnt das Gesetz doch ausschliesslich die Informationspflicht des VU und nicht auch noch eine Mitteilungspflicht des VA.¹⁶ Aus dieser einmaligen Informationspflicht zusätzliche Pflichten gegenüber dem BPV abzuleiten (z.B. Pflicht zur Information im Falle sich anbahnender Schwierigkeiten, Interview mit weiteren Mitarbeitern zur Klärung des Sachverhaltes) würde jedoch eindeutig dem Sinn und Zweck der Norm widersprechen. Dieser besteht nämlich darin, den VA aus einem potentiellen Interessenkonflikt zwischen seinem Arbeit- bzw. Auftraggeber, d.h. dem VU, und seinen aufsichtsrechtlichen Pflichten herauszuhalten.

2. *Rechtsstellung des Verantwortlichen Aktuars im Versicherungsunternehmen*

2.1 *Grundsätzliche Bemerkungen*

Gemäss VAG muss jedes VU einen VA bestellen und ihm Zugang zu allen Geschäftsunterlagen gewähren.¹⁷ Über die Art der Zusammenarbeit zwischen VU und VA äussert sich das Gesetz nicht. So kann der VA dadurch bestellt werden, dass er:

- zum VU in einem Arbeitsverhältnis steht;
- die Funktion als externer Dienstleistungserbringer wahrnimmt, wobei hier zwei Möglichkeiten denkbar sind, nämlich:
 - die Erteilung eines Auftrags an eine natürliche Person, die persönlich die Funktion des VA wahrnimmt, oder
 - die Erteilung eines Auftrags an eine juristische Person, die mit der Wahrnehmung der Funktion des VA einen Mitarbeiter bestimmt.¹⁸

Aufgrund des geltenden Rechts sind diese Einsatzmöglichkeiten gleichwertig. Zwar spricht Art. 4 AVO-BPV von der Beendigung des *Zusammenarbeitsverhältnisses*,

15 Art. 4 AVO-BPV.

16 Art. 23 Abs. 3 VAG.

17 Art. 23 Abs. 1 VAG.

18 Mangels fehlender Personifizierung wäre demgegenüber die Wahrnehmung der Funktion des VA durch die juristische Person nicht mit dem VAG vereinbar (siehe Ziffer 2.3.3 hiernach).

doch beabsichtigte der Gesetzgeber damit nicht die zwingende rechtliche Qualifikation des Rechtsverhältnisses zwischen VA und VU als Arbeitsvertrag. Vielmehr wollte er mit dem generellen Hinweis auf die Zusammenarbeit die rechtliche Ausgestaltung des Verhältnisses offen lassen. Diese Interpretation wird dadurch bestätigt, dass im gleichen Satz im Falle der Auflösung der Rechtsbeziehung nicht der Begriff «Kündigung» verwendet wird – was bei einem Arbeitsverhältnis der Fall wäre –, sondern in einer offenen Formulierung von Trennung, Demission und Abberufung gesprochen wird.

In einzelnen Fällen wird es sinnvoll sein, die Funktion des VA mit einer anderen Tätigkeit zu kombinieren. Um die Unabhängigkeit zu gewährleisten, darf der VA jedoch keiner operativen Geschäftstätigkeit nachgehen. Demgegenüber kann der VA, sofern dies der Umfang seiner Arbeitsbelastung zulässt, zum Beispiel die Funktion des Risikomanagers oder des Finanzchefs ausüben und/oder gruppenintern für ein anderes VU oder sogar für ein Drittunternehmen als VA tätig sein.¹⁹

2.2 *Anstellungsverhältnis*

2.2.1 Grundsatz

Bei grossen und mittleren VU ist der VA regelmässig Mitarbeitender des VU und steht damit in einem arbeitsrechtlichen Rechtsverhältnis. Rechte und Pflichten des VA gegenüber dem VU sowie seine Verantwortung ergeben sich aus dem Versicherungsaufsichtsrecht, dem Schweizerischen Obligationenrecht (OR)²⁰ sowie unternehmensinternen Anordnungen (Weisungen, Reglementen, Rundschreiben etc.).

Von dieser Rechtsbeziehung zwischen VU und VA ist auch der Gesetzgeber ausgegangen. Grössere VU verfügen über ganze Teams von Aktuarien und als Chef einen VA. Auch Gruppen- bzw. Konzerngesellschaften müssen einen VA je Rechtseinheit, d.h. je VU, einsetzen. Führt beispielsweise eine Versicherungsgruppe das Leben- und das Sachversicherungsgeschäft, so kann für die Gruppe ein VA bestimmt werden, sofern er über die fachliche Kompetenz im Leben- und Sachbereich verfügt, oder es kann je Versicherungsbereich ein Aktuar bestellt werden, wobei auch hier

¹⁹ Siehe dazu auch Botschaft des Bundesrates zu einem Gesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen, Bundesblatt 2003 (Botschaft VAG), Seite 3819.

²⁰ SR 220.

wieder die Möglichkeit besteht, beide Funktionen oder eine davon gruppenintern zu besetzen oder extern auszulagern. Obwohl das Gesetz dies nicht vorsieht, wird eine Versicherungsgruppe bzw. ein Versicherungskonzern die Aufgaben des VA auf Gruppenebene unter einem für die Gruppe zuständigen VA konsolidieren wollen. Auch in diesem Fall muss der für die Unternehmensgruppe zuständige VA über die erforderliche Fachkenntnis verfügen und kann sich nicht ausschliesslich auf die Berichte der VA der einzelnen Gruppengesellschaften abstützen. Mindestens muss er über die Fachkenntnis verfügen, die Berichte plausibilisieren zu können.

2.2.2 Stellung des Verantwortlichen Aktuars als Mitarbeitender im Versicherungsunternehmen

Auch über die Stellung des VA in der Unternehmung äussert sich das VAG nicht. Anders als die interne Revision (Inspektorat), die von der Geschäftsführung²¹, und anders als die externe Revisionsstelle, die vom VU unabhängig sein muss,²² kennt das VAG keine analoge Bestimmung für den VA.

Auch wenn ein Hinweis auf seine Unabhängigkeit fehlt, sollte verlangt werden, dass der VA bei Ausübung seiner Funktion gegenüber dem Verwaltungsrat und der Geschäftsleitung unabhängig ist. Die Unabhängigkeit des VA ist besonders wichtig, muss er doch auch gegen den Widerstand von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung sicherstellen, dass die Solvenz des VU jederzeit gewährleistet ist. Letztlich ist er Garant für die Sicherstellung der Rechte und Interessen der Anspruchsgruppen im Allgemeinen und der Versicherungsnehmer im Besonderen.

Diese Unabhängigkeit ist eine dreifache, nämlich eine finanzielle, eine personelle und eine institutionelle/organisatorische.

Finanzielle Unabhängigkeit bedeutet, dass der VA unabhängig vom Geschäftserfolg einzelner operativer Geschäftseinheiten, nicht aber unbedingt vom Erfolg des Gesamtunternehmens, entlohnt werden soll. Zur Sicherstellung der persönlichen Unabhängigkeit darf der VA nicht auch in die operative Geschäftstätigkeit des VU involviert sein. Die gleichzeitige Ausübung verschiedener nicht-operativer Funk-

21 Art. 27 Abs. 1 VAG.

22 Art. 28 Abs. 2 Bst. b VAG.

tionen ist demgegenüber möglich, sofern die zeitliche Belastung dies erlaubt. In Anerkennung seiner Bedeutung muss der VA schliesslich organisatorisch im VU hierarchisch richtig positioniert werden, d.h., er sollte im unmittelbaren Umfeld der Geschäftsleitung angeordnet sein (leitender Mitarbeiter, Mitglied der Direktion) und die Möglichkeit haben, im Sinne der Eskalation, direkt mit der Geschäftsleitung das Gespräch aufzunehmen. Dabei wird er vorzugsweise entweder in der Geschäftsleitung Einsitz nehmen oder direkt einem Mitglied der Geschäftsleitung (z.B. dem Chief Risk Officer oder dem Finanzchef) Bericht erstatten. Nur so ist auch gewährleistet, dass ihm die zur Ausübung seiner Funktion notwendigen Informationen jederzeit zur Verfügung gestellt werden.

Gehört der VA dem Verwaltungsrat oder der Geschäftsleitung an, behält sich das BPV vor, zur Minimierung potentieller Interessenkonflikte, dessen Ernennung an Bedingungen zu knüpfen.²³ Dies könnte unter anderem dadurch geschehen, dass im Verantwortungsbereich des VA die Kompetenzen der übrigen Geschäftsleitungsmitglieder beschränkt werden, so dass u.a. in versicherungstechnischen Fragen der VA weisungsunabhängig bleibt. Eine solche Weisungsunabhängigkeit müsste im Geschäfts- und Organisationsreglement (OGR) bzw. im Kompetenzreglement festgelegt werden, das als Bestandteil des Geschäftsplans zu Beginn der Geschäftstätigkeit des VU und anlässlich jeder Änderung dem BPV zur vorgängigen Genehmigung vorgelegt werden muss.²⁴

Die Stellung des VA und damit auch seine Unabhängigkeit gegenüber dem VU wird dadurch gestärkt, dass einerseits die Begründung der Zusammenarbeit jeweils vom BPV genehmigt werden muss.²⁵ Andererseits ist die Beendigung der Zusammenarbeit dem BPV sowohl vom VU als auch vom VA sofort mitzuteilen und zu begründen.²⁶

Strenge Berufsstandards der Selbstregulierungsorganisation stärken dem VA zusätzlich den Rücken. Erstens werden dadurch die Anforderungen an und die Aufgaben des VA konkretisiert und zweitens wird die Gefahr von Erwartungslücken (Expectation Gaps) reduziert. Drittens wirken solche «Best Practice Standards» gemäss einer verbreiteten Gerichtspraxis auch haftungsbeschränkend. Handelt der VA nämlich

23 Ziff. 5 der Weisung des BPV vom 1. März 2006.

24 Art. 4 Abs. 2 Bst. b VAG; Art. 5 Abs. 1 VAG.

25 Art. 4 Abs. 2 Bst. h VAG.

26 Art. 4 AVO-BPV.

gemäss diesen Standards, fehlt es an einer Pflichtverletzung und fehlt damit eine Voraussetzung für die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen. Die Verbindlicherklärung der SAV-Mitgliedschaft für VA durch das BPV könnte der Selbstregulierung noch zusätzliches Gewicht verschaffen. Eine Verletzung der Standards könnte dann zum Ausschluss aus dem SAV führen, was praktisch ein Berufsausübungsverbot zur Folge hätte.

2.3 *Auslagerung der Funktion des Verantwortlichen Aktuars*

2.3.1 Grundsatz

Als Alternative zu einer – insbesondere für kleinere VU – oft zu teuren arbeitsrechtlichen Anstellung eines VA kommt die Auslagerung der Funktion in Frage. In der Botschaft²⁷ findet sich der Hinweis, dass – sofern der Umfang der Tätigkeit dies rechtfertigt – der Aktuar auch andere Aufgaben, gegebenenfalls auch in anderen Unternehmen, wahrnehmen kann. Damit wird die Funktionsauslagerung (Outsourcing) explizit erwähnt und ermöglicht.

Die Auslagerung kann sowohl innerhalb einer Unternehmensgruppe – bzw. eines Unternehmenskonglomerates – als auch an externe Dritte erfolgen. Noch nicht geklärt ist damit jedoch die Frage, ob die Auslagerung nur an eine natürliche Person möglich ist oder ob mit der Funktion des VA auch eine juristische Person beauftragt werden kann.

2.3.2 Auslagerung an eine natürliche Person

Wird die Funktion des VA an eine natürliche Person ausgelagert, so betreffen die aufsichtsrechtlichen und vertraglichen Rechte und Pflichten dieselben Vertragsparteien, d.h. das VU einerseits und den VA andererseits. Ein wesentlicher Bestandteil eines solchen Vertrags ist die persönliche Erfüllung der Funktion durch den VA. Ist die persönliche Erfüllung nicht mehr möglich, kann das VU den Vertrag per sofort und fristlos auflösen und muss einen neuen VA bestellen.

27 Botschaft VAG, Seite 3819.

2.3.3 Auslagerung an eine juristische Person

Das VAG äussert sich nicht zur Frage, ob die Funktion des VA an eine juristische Person ausgelagert werden kann. Gemäss Praxis des BPV würde jedoch die Ausübung der Funktion des VA durch eine juristische Person sowohl dem Wortlaut als auch dem Sinn und Zweck des Gesetzes widersprechen.

Demgegenüber ist es zulässig, als VA einen Mitarbeiter einer juristischen Person einzusetzen. Hier sind das VU und die juristische Person die jeweiligen Vertragsparteien, und die vertraglichen Rechte und Pflichten würden zwischen diesen Parteien Wirkung entfalten. Ähnlich wie bei der Auslagerung an eine natürliche Person, besteht die Auslagerung der Funktion des VA auch in diesem Fall aus einer persönlichen Komponente. Und auch hier handelt es sich um einen wesentlichen Vertragsbestandteil. Die juristische Person kann nämlich zur Erfüllung des Vertrags nicht irgend einen Mitarbeiter einsetzen, sondern nur solche, die die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an die Qualifikation des VA erfüllen, wobei der Kreis der möglichen «Erfüllungsgehilfen» hier allenfalls weiter ist als bei einer Auslagerung an eine natürliche Person. Die juristische Person muss nämlich nicht einen bestimmten, als VA qualifizierten Mitarbeiter einsetzen, sondern nur einen, der diese Voraussetzungen erfüllt. Damit ist bei entsprechender Qualifikation eine Rotation unter mehreren Akteuren grundsätzlich möglich, es sei denn, es sei vertraglich zwischen dem VU und der juristischen Person vereinbart, dass ein namentlich erwähnter VA die Funktion ausübe.

Schliesslich stellt sich die Frage, welche Informationen zu Beginn der Funktionsausübung der Aufsichtsbehörde übermittelt werden müssen. Genügen die Informationen über die juristische Person oder muss dem BPV gemäss Art. 4 Abs. 2 Bst. h VAG auch bekannt gegeben werden, welcher Mitarbeitende die Funktion des VA ausüben wird. Dieselbe Frage stellt sich selbstverständlich auch anlässlich der Auflösung des Zusammenarbeitsvertrags.

Der VA muss hohen persönlichen und fachlichen Standards genügen. So muss er einen guten Ruf geniessen und beruflich qualifiziert sein.²⁸ Weitere Details dazu hat das BPV in seiner Weisung²⁹ geregelt. Diese Anforderungen sind personenbezogen, d.h. können nur von einer natürlichen Person und nicht von einer juristischen Person

²⁸ Art. 23 Abs. 2 VAG.

²⁹ Siehe Fussnote 6 hiervoor.

erfüllt werden. Da das BPV die gesetzlichen und regulatorischen Anforderungen an die Person des VA prüfen können muss, wird das VU der Aufsichtsbehörde den Namen des Mitarbeiters – und nicht der juristischen Person – bekannt geben müssen. Entsprechend muss sich die Standeserklärung des BPV auf den VA beziehen und von diesem und nicht von seinem Arbeitgeber unterzeichnet werden.

Wechselt das VU die mit der Ausübung der Funktion des VA beauftragte juristische Person, so muss diese das BPV über die Gründe der Beendigung der Zusammenarbeit informieren. Dasselbe muss unseres Erachtens auch dann gelten, wenn innerhalb derselben juristischen Person der die Funktion des VA ausübende Mitarbeitende ausgewechselt wird. In diesem Fall muss dem BPV der Name des neuen Mitarbeiters bekannt gegeben und zudem die Standeserklärung angepasst und von diesem unterschrieben werden.

II. Haftungs- und verantwortungsrechtliche Fragen

1. Einleitende Bemerkungen

1.1 Allgemeines

Anders als im Bundesgesetz über Banken und Sparkassen³⁰ und im Bundesgesetz über Anlagefonds³¹ finden sich im VAG und seinen Ausführungsvorschriften keine gesetzlichen Bestimmungen zur Haftung von Verwaltungsrat oder Revisionsstelle.³² Das ist allerdings auch nicht erforderlich, denn Art. 7 VAG verlangt zwingend die Rechtsform der Aktiengesellschaft (AG) oder Genossenschaft. Die folgenden Ausführungen befassen sich ausschliesslich mit der Rechtsform der AG, weil sich die Ausführungen analog auf die Genossenschaft übertragen lassen.³³ Für die Klärung der Haftungsfrage des VA ist daher das Aktienrecht massgebend. Zuerst muss einerseits die Fragestellung etwas differenzierter dargestellt werden und andererseits gilt es, die Grundlagen für die Antwort darzustellen.

30 SR 952.0, Art. 39 BankG.

31 SR 951.31, Art. 65 AFG.

32 Die strafrechtliche Haftung ist in Art. 86 f. VAG geregelt und wird hier nicht thematisiert.

33 Vgl. z.B. dazu den Basler Kommentar OR II Peter Widmer/Oliver Banz, im Folgenden «BK», Art. 916 N 1 f. und N 11 sowie Art. 918.

1.2 Differenzierung der Fragestellung

Die Funktion des VA kann eine natürliche Person sowohl als Mitarbeitender des VU als auch als externer Dritter ausüben. In beiden Fällen kann der VA gleichzeitig Mitglied des Verwaltungsrates oder der Geschäftsleitung sein. Als externer Dritter kann als VA zudem eine juristische Person bestellt werden, wobei in diesem Fall die Möglichkeit der Mitgliedschaft im Verwaltungsrat oder in der Geschäftsleitung entfällt. Bei der Bestellung einer juristischen Person als VA muss zusätzlich geklärt werden, ob der delegierte Mitarbeitende oder die juristische Person zivilrechtlich haftet. Insgesamt sind also sechs verschiedene Fälle denkbar (siehe Übersicht im Anhang).

1.3 Aktienrechtliche Grundfragen

1.3.1 Formelle, materielle und faktische Organstellung

Der aktienrechtliche Organbegriff³⁴ erfasst nicht nur formelle Verwaltungsratsmitglieder, sondern alle mit der Geschäftsführung beauftragten Personen, d.h., der Begriff wurde um materielle und faktische Organe erweitert. Materielles Organ ist eine durch gesellschaftsinternen Akt eingesetzte Person mit meist reglementarisch umschriebenen, durch Delegation übertragenen Organfunktionen, wogegen ein faktisches Organ ohne entsprechende Delegation Organaufgaben einfach usurpiert.³⁵ Organe sind daher jene Personen, die mit der Geschäftsführung betraut sind und auch Personen, die tatsächlich Organen vorbehaltenen Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmen.³⁶ Dabei ist es erforderlich, dass die entsprechende Person selbständig und eigenverantwortlich handelt. Eine blosser Mithilfe bei der Entscheidung genügt demnach nicht, um eine Organstellung zu begründen.³⁷ Zudem wird in der Lehre verlangt, dass zumindest eine dauernde Zuständigkeit für gewisse, das Alltagsgeschäft generell übersteigende Entscheide in eigener Verantwortung wahrgenommen wird, die sich spürbar auf das Geschäftsergebnis auswirken. Die Verant-

34 Art. 754 OR.

35 Vgl. BK, Art. 754 N 4 ff. oder Forstmoser, Peter/Meier-Hayoz, Arthur, Nobel, Peter: Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, im Folgenden «Forstmoser», § 37 N 2 ff.

36 BGE 117 II 442 oder BGE 128 III 29, E. 3.

37 BGE 117 II 573.

wortung des materiellen Organs erstreckt sich allerdings nur auf diejenigen Funktionen oder Bereiche, bei denen es mitwirkt.³⁸ Das heisst, dass es nicht solidarisch im Sinne von Art. 759 OR mit den formellen Verwaltungsräten mithaftet.

1.3.2 Kompetenzdelegation des Verwaltungsrates (Art. 754 Abs. 2 OR)³⁹

Mit Ausnahme der unübertragbaren Aufgaben⁴⁰ kann der Verwaltungsrat unter gewissen formellen Voraussetzungen Kompetenzen delegieren. Wird dies formell korrekt gemacht, tritt eine weitgehende Haftungsbefreiung des Verwaltungsrates ein. Der Verwaltungsrat haftet nur noch für die gebotene Sorgfalt bei der Auswahl, Unterrichtung und Überwachung der Delegationsempfänger. Eine solche Delegation sollte auch für nicht dem Unternehmen zugehörige Dritte möglich sein,⁴¹ unabhängig davon, ob es sich um natürliche oder juristische Personen handelt. In diesem Zusammenhang wird z.B. die («spiegelbildliche») Frage der Haftung der juristischen Person diskutiert, die vom Entsendungsrecht gemäss Art. 707 Abs. 3 OR Gebrauch macht und einen Vertreter in den Verwaltungsrat der Unternehmung wählen lässt. In der Literatur⁴² wird die Frage so beantwortet, dass nur die entsandte natürliche Person haftet, und zwar solange, als die entsendende Gesellschaft dieser nicht Instruktionen und Weisungen erteilt, sich also ihrerseits wie ein faktisches Organ zu verhalten beginnt.

1.3.3 Anforderungen an die zulässige Kompetenzdelegation/Haftungsbefreiung

Art. 716b OR verlangt für die zulässige Kompetenzdelegation formell dreierlei:

1. Generalversammlungsbeschluss
2. Delegationsermächtigung und deren Aufnahme in die Statuten sowie
3. Organisationsreglement als Form für die Darlegung des konkreten Delegationsinhaltes⁴³

38 Forstmoser, § 37 N 8.

39 Z.B. Forstmoser, § 30 N 22 ff.

40 Art. 716a Abs. 1 OR.

41 Forstmoser, § 37 N 39, analog Böckli, Peter: Schweizer Aktienrecht, Zürich 2004, 3.A., im Folgenden «Böckli» § 18 N 131 f.

42 Forstmoser, § 37 N 15 oder Böckli, § 18 N 141 ff.

43 Forstmoser, § 29 N 24 ff. oder Böckli, § 18 N 120 ff.

Zusätzlich muss der Verwaltungsrat als materielle Anforderung noch die drei «A» erfüllen, nämlich die Sorgfalt in der Auswahl, Anweisung und Aufsicht des Delegationsempfängers, damit die Haftungsbefreiung eintritt.

2. *Anwendung auf den Verantwortlichen Aktuar*

2.1 *Verantwortlicher Aktuar als materielles Organ*

Die Aufgaben des VA werden in Art. 24 VAG umschrieben. Die Bedeutung dieser Aufgabe deckt zweifellos die oben erörterten Anforderungen an die Organeigenschaften ab. Der VA entpuppt sich als materielles Organ i.S.v. Art 754 OR, wobei anzumerken ist, dass für ihn eine neue Unterkategorie des materiellen Organs gebildet werden muss, weil seine Aufgaben vom Gesetz und nicht gesellschaftsintern festgelegt werden.⁴⁴

2.2 *Kompetenzdelegation des Verwaltungsrates*

2.2.1 *Aufgaben des Verwaltungsrates*

Obwohl die Bestellung eines VA gesetzlich zwingend vorgeschrieben ist, stellt sich die Frage der Kompetenzdelegation, weil einerseits die Aufgabe des VA infolge ihrer Wichtigkeit eine solche des Verwaltungsrates wäre und andererseits der VA vom Verwaltungsrat «bestellt» werden muss. Das VAG ersetzt nur die drei formellen, nicht jedoch die materiellen Anforderungen an die befugte Delegation des Art. 716b OR. Zumindest das erste «A» der Auswahl ist vollumfänglich anwendbar, muss der Verwaltungsrat doch sicherstellen, dass die bestellte Person alle gesetzlichen Anforderungen erfüllt (Art. 23 VAG). Aber auch die anderen beiden «A» sind – allerdings im Vergleich zum Aktienrecht beschränkt – anwendbar. So muss der VA zumindest insoweit in die Unternehmensorganisation eingewiesen und ausgestattet werden,

⁴⁴ Die Aufgaben des verantwortlichen Aktuars sind natürlich älter als das VAG, und daher gibt es die Funktion des Aktuars seit längerem. Man könnte sich fragen, ob die Qualifizierung des VA als materielles Organ wirklich etwas Neues ist. Für eine Bejahung der Frage sprechen verschiedene Argumente: Die Aufgabe des Aktuars wurde verstärkt und präzisiert, sie wurde zudem auf Gesetzesstufe normiert und der VA wurde mit erheblicher Selbständigkeit und eigenen Kompetenzen gegenüber dem Verwaltungsrat ausgestattet. Man kann sagen, dass die Position des VA wesentlich verstärkt wurde und daher jetzt von einer materiellen Organstellung ausgegangen werden muss.

dass er seine Aufgabe erfüllen kann (z.B. Art. 23 Abs.1 VAG). Eine rudimentäre Aufsicht ist notwendig, um sicherzustellen, dass er seine Pflichten tatsächlich fristgerecht erfüllt; dazu gehört auch eine gewisse inhaltliche Kontrolle seiner Arbeit auf offensichtliche Mängel, auch wenn im VAG dazu nichts steht.

2.2.2 Was ist wenn der Verwaltungsrat sich über die Entscheidung des Verantwortlichen Aktuars hinwegsetzt?

Die Verantwortung für die Erstellung des Jahresabschlusses trägt der Verwaltungsrat. Dieser kann sich daher über die Entscheidungen des VA hinwegsetzen und die Jahresrechnung nach eigenem Gutdünken gestalten. Der Vorentwurf zum VAG sah in diesem Falle noch vor, dass der VA direkt der Aufsichtsbehörde entsprechende Mitteilung machen könnte.⁴⁵ Diese Bestimmung wurde jedoch nach der Vernehmlassung gestrichen, weil es als problematisch erachtet wurde, wenn Mitarbeiter quasi von Gesetzes wegen dazu verpflichtet werden, dem eigenen vorgesetzten Verwaltungsrat durch Meldung an die Aufsichtsbehörde «in den Rücken zu fallen». Dieser Werdegang zeigt, dass heute nicht von einer Meldepflicht oder von einem Melderecht seitens des VA an die Aufsichtsbehörde ausgegangen werden kann. Der Gesetzgeber geht davon aus, dass im Regelfall der Verwaltungsrat aus vertrauenswürdigen Personen gebildet ist, die sich an die gesetzlichen Vorschriften und damit auch an die Entscheidungen des VA halten. Was für Konsequenzen hat es aber, wenn der Verwaltungsrat sich dennoch anders verhält?

Als Erstes ist zu erwähnen, dass der Verwaltungsrat in einem solchen Fall gewiss seiner Haftungsbeschränkung im Sinne von Art. 716b OR verlustig geht. Denkbar ist auch, dass die Revisionsstelle der Gesellschaft diese Kompetenzüberschreitung des Verwaltungsrates als Gesetzesverletzung im Sinne von Art. 729b Abs. 1 OR betrachtet und einen entsprechenden Hinweis anbringt. Es ist zwar nicht Aufgabe der Revisionsstelle, nach Gesetzesverletzungen zu suchen, aber die Hinweispflicht besteht dann, wenn die Revisionsstelle «bei der Durchführung ihrer Prüfung Verstösse gegen Gesetz oder Statuten feststellt». Durch die Aufwertung der Position des VA wird die Revisionsstelle bei der Prüfung regelmässig die Berichte des VA an den Verwaltungsrat einsehen und überprüfen, ob die Weisungen des VA eingehalten wurden.⁴⁶ Da die Aufsichtsbehörde die Revisionsberichte regelmässig zur Einsicht verlangt, wird sie auf diesem indirekten Weg eine Kompetenzüberschreitung des Verwaltungsrates – zumindest in wichtigen Fällen – trotzdem erfahren.

45 Botschaft VAG, Seite 3801.

46 Sie wird den VA darüber auch mündlich befragen.

2.2.3 Delegation an externe Dritte

Schliesslich stellt sich die Frage der Delegationsmöglichkeit an Dritte. Es gibt keinen Grund, diese nicht unter denselben Voraussetzungen und mit denselben Wirkungen zuzulassen wie die unternehmensinterne Delegation. Im Bankenrecht existiert eine analoge Regelung bezüglich des Outsourcing in einer Weisung der EBK,⁴⁷ wo nur das Outsourcing der Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle des Verwaltungsrat sowie der zentralen Geschäftsführungsaufgaben verboten ist. Auch aus diesem Blickwinkel sollten die Aufgaben des VA delegierbar sein.

2.3 Haftung des Verantwortlichen Aktuars als natürliche oder juristische Person

Aus erwähnten Ausführungen folgt, dass der VA als natürliche Person – sei es als Mitarbeitender oder Dritter – ohne Mitgliedschaft im Verwaltungsrat bzw. in der Geschäftsleitung als materielles Organ i.S.v. Art. 754 OR haftet. Trotz seiner materiellen Organstellung haftet er aber nicht solidarisch i.S.v. Art. 759 OR für Fehler der Mitglieder des Verwaltungsrates. Diese Folgerung gilt auch im umgekehrten Falle, d.h., die anderen Verwaltungsräte haften nicht für Fehler des VA, sofern sie die drei A korrekt beachtet haben.⁴⁸

Ist der VA als Mitarbeitender auch Mitglied des Verwaltungsrates bzw. der Geschäftsleitung, oder sitzt er als externer Dritter auch im Verwaltungsrat,⁴⁹ so haftet er sowohl als materielles Organ für seine Tätigkeit als VA als auch ganz normal als Mitglied des Verwaltungsrates oder der Geschäftsleitung mit den anderen Verwaltungsräten oder faktischen Organen mit entsprechender Solidarität.

⁴⁷ EBK-RS 99/2 Outsourcing mit Anhang 1 und EBK-Mitteilung Nr. 23 vom 5.9.2002.

⁴⁸ Sofern der VA in einem Arbeitsverhältnis steht, haftet er gewiss auch als Arbeitnehmer im Sinne von Art. 321e OR. Ein Ausschluss der Haftung für leichtes Verschulden im Sinne von Art. 101 Abs. 3 OR für die VA typischen Tätigkeiten gegenüber Dritten kann wohl nicht vereinbart werden. Die Haftungsregeln der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit gehen hier vor. Bezüglich der Haftung des VA als Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber für seine VA typische Tätigkeit geht wohl ebenfalls die Organhaftung vor. So kann eine vereinbarte Haftungsbeschränkung für leichtes Verschulden des VA gegenüber seinem Arbeitgeber im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsfall dem Kläger nicht entgegengehalten werden. Auch der Sorgfaltsmassstab des Art. 321e Abs. 2 ist wohl nicht zu beachten, sofern er leichter ist, als der Verschuldensmassstab bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit.

⁴⁹ Als Externer kann er nicht Mitglied der Geschäftsleitung sein, sonst wäre er Mitarbeitender.

Wird eine externe juristische Person als VA bestellt, so ist die Haftungs- und Solidaritätssituation analog zu Absatz 1 hiavor. Wie dargelegt, wird die externe juristische Person einen Mitarbeiter als VA bezeichnen müssen. Analog zur Situation des Organs «Revisionsstelle», das einen leitenden Revisor bezeichnet, haftet dabei aber einzig die juristische Person.⁵⁰

2.4 *Aktienrechtliche Verantwortlichkeit im Allgemeinen*

Die Darstellung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit – an der sich also auch der VA orientieren muss – ist nicht Teil dieser Ausführungen. Kurz gesagt heisst das, dass der VA nur haftet, wenn die vier Voraussetzungen der Pflichtverletzung, des adäquaten Kausalzusammenhangs, des Verschuldens und des Schadens erfüllt sind. Anspruchsberechtigt sind die Gesellschaft, die Aktionäre oder die Gläubiger, je nachdem, ob die Gesellschaft schon im Konkurs ist oder nicht und ob es sich um einen mittelbaren oder unmittelbaren Schaden handelt.⁵¹

50 BK, Art. 755 N 5/ Urs Bertschinger schlägt allerdings vor, dass nur der leitende Revisor haften solle, in: *Der Schweizer Treuhänder* (Zürich) 1999, 914, *Schweizer Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 1999, 79 f. sowie *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, Band 124 (2005) II, S. 599 ff.

51 Siehe dazu die umfangreiche Literatur zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, z.B. Forstmoser, 8. Kapitel oder Böckli § 18.

Stellung und zivilrechtliche Haftung des Verantwortlichen Aktuars (VA)

	VA als Arbeitnehmer		VA als unternehmensexterner Dritter			
	als natürliche Person		als natürliche Person		als juristische Person	
	ohne VR/GL-Mitgliedschaft	mit VR/GL-Mitgliedschaft	ohne VR-Mitgliedschaft	mit VR-Mitgliedschaft	juristische Person allein	«delegierter» VA allein
Haftung als materielles Organ gemäss Art. 754 OR	Ja	Ja	Ja	Ja	Ja	Nein
Haftung als formeller VR oder faktisches Organ gemäss Art. 754 OR	Nein	Ja	Nein	Ja	Nein	Nein
Solidarische Haftung des VA (Art. 759 OR) mit dem formellen VR oder faktischen Organ	Nein	Ja	Nein	Ja	Nein	Nein
Solidarische Haftung des formellen VR mit dem VA (Art. 759 OR)	Nein, sofern korrekt delegiert (Art. 754 Abs. 2 OR)	Nein, sofern korrekt delegiert (Art. 754 Abs. 2 OR) Ja, bezüglich formeller VR-Stellung des VA	Nein, sofern korrekt delegiert (Art. 754 Abs. 2 OR)	Nein, sofern korrekt delegiert (Art. 754 Abs. 2 OR) Ja, bezüglich formeller VR-Stellung des VA	Nein, sofern korrekt delegiert (Art. 754 Abs. 2 OR)	Nein