

Auszug aus dem Protokoll des Regierungsrates des Kantons Zürich

Sitzung vom 7. November 2012

1132. Bericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission «Korruptionsfall, BVK Personalvorsorge des Kantons Zürich, Politische Aufarbeitung», Stellungnahme

Der Kantonsrat hat am 13. September 2010 eine Parlamentarische Untersuchungskommission (PUK BVK) eingesetzt mit dem Auftrag, insbesondere zu untersuchen, ob es in der Versicherungskasse für das Staatspersonal (BVK) bzw. innerhalb der Finanzdirektion sowie bei der externen Kontrolle organisatorische oder strukturelle Versäumnisse gab, die das Begehen von Verfehlungen begünstigten, und ob innerhalb der BVK bzw. der Finanzdirektion sowie bei der externen Kontrolle Aufsichtspflichten vernachlässigt wurden.

Die PUK BVK hat ihren Bericht vom 11. September 2012 am 28. September 2012 dem Regierungsrat übergeben und am 2. Oktober 2012 der Öffentlichkeit vorgestellt.

Gestützt auf § 34m Abs. 2 des Kantonsratsgesetzes nimmt der Regierungsrat zuhanden des Kantonsrates zum Schlussbericht Stellung.

Auf Antrag der Staatskanzlei

b e s c h l i e s s t d e r R e g i e r u n g s r a t :

I. Schreiben an den Kantonsrat:

Der Kantonsrat hat am 13. September 2010 eine Parlamentarische Untersuchungskommission (PUK BVK) eingesetzt mit dem Auftrag, insbesondere zu untersuchen, ob es in der Versicherungskasse für das Staatspersonal (BVK) bzw. innerhalb der Finanzdirektion sowie bei der externen Kontrolle organisatorische oder strukturelle Versäumnisse gab, die das Begehen von Verfehlungen begünstigten, und ob innerhalb der BVK bzw. der Finanzdirektion sowie bei der externen Kontrolle Aufsichtspflichten vernachlässigt wurden.

Die PUK BVK hat ihren Bericht vom 11. September 2012 am 28. September 2012 dem Regierungsrat übergeben und am 2. Oktober 2012 der Öffentlichkeit vorgestellt.

Gestützt auf § 34m Abs. 2 des Kantonsratsgesetzes nimmt der Regierungsrat zuhanden des Kantonsrates zum Schlussbericht wie folgt Stellung:

1. Vorbemerkung

Die PUK BVK hatte die Aufgabe, die Verantwortung für die Entwicklung der BVK in der Vergangenheit zu untersuchen und Verbesserungen vorzuschlagen. Mit dem vorgelegten Bericht hat sie diese Aufgabe erfüllt. Die politische Aufarbeitung heikler Entwicklungen ist eine wichtige Aufgabe in einem demokratischen Rechtsstaat. Der Regierungsrat nimmt die Beurteilung der PUK BVK zur Kenntnis, ohne ihr in allen Teilen zuzustimmen. Der Regierungsrat anerkennt die gründliche Arbeit der PUK BVK und dankt ihr dafür.

Der Bericht hält fest, die BVK habe erhebliche Mängel in der Organisation und Struktur aufgewiesen. Sie sei ein historisch aus der Verwaltung gewachsenes Gebilde. Es sei verpasst worden, sie den sich ab 2000 ändernden gesetzlichen Strukturen und Bedingungen für Pensionskassen anzupassen. Der Kern der Vorwürfe im Bericht zielt somit auf die grundlegende institutionelle Ausgestaltung der BVK und ihrer Führung- und Kontrollmechanismen ab. Dabei weist der Bericht die Hauptverantwortung dem Regierungsrat zu. Diese Schlussfolgerung der PUK BVK teilt der Regierungsrat nicht.

Der Regierungsrat verkennt seine Verantwortung nicht. Er ist aber der Ansicht, dass die PUK BVK die Verantwortung zu Unrecht einseitig dem Regierungsrat zuweist. Richtig ist, dass die Verantwortung für die BVK als unselbstständige Anstalt auf verschiedenste Akteure verteilt war. Das soll nachfolgend unter den Ziff. 3 und 4 dargelegt werden.

Die PUK BVK hält an mehreren Stellen fest, dass die juristische Haftungsfrage Neuland und sehr komplex sei. Sie verweist hierzu auf den Bedarf nach vertieften Abklärungen, was Aufgabe des neuen Stiftungsrates der BVK sein werde. Mit Blick auf mögliche Haftungsklagen mit entsprechenden Kostenfolgen für den Kanton erscheint es angezeigt, dass der Regierungsrat bereits in dieser Stellungnahme auf einige wesentliche haftungsrelevante Fragen eingeht, ohne abschliessend zu allen Einzelheiten Stellung zu nehmen.

2. Unterdeckung ist nicht mit Schaden gleichzusetzen

Der Bericht beleuchtet die Führung und Verwaltung der BVK während einer längeren Phase in der Vergangenheit. Die PUK BVK anerkennt zwar die in den letzten Jahren schrittweise eingeleiteten wesentlichen Massnahmen zur besseren Steuerung der BVK einerseits und zur Sanierung andererseits (vgl. Vorlage 4851 betreffend Sanierung der Versicherungskasse für das Staatspersonal), für die politische Aufarbeitung der Vergangenheit ist es jedoch wichtig, zwei Themenbereiche klar zu trennen.

- Der eine Themenbereich ist die seit Jahren bestehende und auch allgemein bekannte Unterdeckung der BVK. Diese Unterdeckung hat ihre Gründe weitgehend in politischen Entscheiden der Vergangenheit, die allesamt rechtmässig und demokratisch legitimiert, wenn auch aus heutiger Sicht teilweise nicht nachhaltig waren.
- Der andere Themenbereich sind die jedenfalls teilweise zugestandenen strafbaren Handlungen des ehemaligen Anlagenchefs der BVK und Dritter. Der durch die strafbaren Handlungen direkt verursachte Schaden ist gemäss Strafanlagen in absoluten Millionenbeträgen sehr hoch, ist aber von den Milliardenbeträgen der aufgelaufenen Unterdeckung getrennt zu beurteilen. Die entsprechenden Strafverfahren laufen derzeit noch. Bis heute wurden Einigungen mit Schädigern über die Leistung von Schadenersatz im Betrag von etwas mehr als 20 Mio. Franken erzielt. Abschliessende Aussagen sind jedoch noch nicht möglich. Immerhin sei darauf hingewiesen, dass der aus den strafbaren Handlungen herrührende Schaden schwierig zu quantifizieren ist.

Die Annahme hypothetischer Alternativszenarien, die zu den tatsächlich getätigten Anlagen in Vergleich gesetzt werden könnten, mag aus der Rückschau zwar plausibel erscheinen, war zur Zeit der getroffenen Entscheidungen bzw. allfälligen Unterlassungen aber kaum jemals in einer bestimmten Weise zwingend.

Weitgehend ausgeblendet wird im Bericht, dass die Unterdeckung der Pensionskasse nicht mit einem Schaden gleichzusetzen ist. Die Unterdeckung ergibt sich im Wesentlichen aus geringeren, in der Vergangenheit gesparten Beiträgen der Arbeitgeber und der Arbeitnehmenden. Das ist kein Schaden im Rechtssinne. Der Bericht nimmt diese Trennung nur ungenügend vor. Der Bericht spricht von einem Schaden bis 1,5 Mrd. Franken. Das ist nach Ansicht des Regierungsrates unzutreffend und lässt sich nicht belegen. Ein solcher Betrag übersteigt den allenfalls rechtswidrig verursachten Schaden mit Sicherheit. Der Regierungsrat hat bereits in der Vorlage 4851 im Detail aufgezeigt, wie sich der Deckungsgrad von 1994 bis 2010 entwickelt hat und welches die Gründe dafür waren. Der Deckungsgrad war immer auch der publizierten Jahresrechnung der BVK zu entnehmen. Die in der Vorlage 4851 geschilderten politischen Entscheide und Rahmenbedingungen werden im Bericht zwar erwähnt, jedoch nur ungenügend gewertet. Die bestehende Unterdeckung ist im Wesentlichen durch diese Entscheidungen zustande gekommen – nicht durch rechtswidrige Handlungen des ehemaligen Anlagechefs oder durch eine falsche Anlagestrategie.

Die Historie zeigt, dass Ende der 90er-Jahre, ausgehend von einem Deckungsgrad von knapp 130%, die Verwendung von Mitteln der BVK von insgesamt 3,6 Mrd. Franken für verschiedene politische Zwecke beschlossen wurde: Rund 1 Mrd. Franken wurden aufgrund einer sozialpartnerschaftlichen Vereinbarung vom 21. April 1998 verwendet. Gestützt auf § 65a der BVK-Statuten (LS 177.21), der vom Kantonsrat am 25. Mai 1998 genehmigt wurde, wurden Beitragssenkungen und Beitragsferien gewährt.

Rund 1,2 Mrd. Franken wurden für Teuerungszulagen an Rentnerinnen und Rentner verwendet. Diese Finanzierung der Teuerungszulagen hatte eine gesetzliche und statutarische Grundlage. Rund 1,4 Mrd. Franken wurden im Rahmen der Statutenrevisionen von 2000 und 2002 für die Erhöhung der Sparguthaben beim Wechsel zum Beitragsprimat einerseits und zur Erhöhung der Sparguthaben aufgrund der Herabsetzung der Umwandlungssätze und der Spargutschriften anderseits verwendet.

Alle diese Mittelverwendungen waren politisch gewollt und rechtlich korrekt. Sie standen im Zusammenhang mit der damals schlechten Finanzlage des Kantons. Will man die erwähnten Massnahmen als eine Verkürzung legitimer Interessen der BVK qualifizieren, so ist anderseits anzuerkennen, dass die Steuerzahlenden und der Kanton als Beitragszahler davon profitiert haben.

Der Bericht berücksichtigt diese politischen und rechtlichen Rahmenbedingungen, und damit jene Faktoren, die zum dramatischen Sanierungsbedarf der BVK geführt haben, zu wenig. Die Unterdeckung ist im Wesentlichen nicht das Ergebnis individuellen Fehlverhaltens, sondern rechtlich zulässiger politischer Entscheidungen der Vergangenheit, an denen auch der Kantonsrat massgeblich beteiligt war. Diese Entscheidungen erweisen sich im Rückblick zwar als nicht nachhaltig, sie können aber nicht als Verfehlungen oder Unterlassungen allein dem Regierungsrat vorgeworfen werden.

Es ist darauf hinzuweisen, dass ohne die vorgenannten Mittelverwendungen zwischen 1995 und 2002 die BVK heute einen Deckungsgrad von etwas über 100% aufweisen würde (vgl. dazu auch NZZ am Sonntag vom 7. Oktober 2012, S. 33).

3. BVK als unselbstständige öffentlich-rechtliche Anstalt

Der Bericht erkennt gestützt auf das eingeholte Gutachten Schmid die rechtlichen und führungsmässigen Besonderheiten, die sich (zwingend) daraus ergeben, dass die BVK – bis heute – als unselbstständige öffentlich-rechtliche Anstalt organisiert ist.

Den unselbstständigen öffentlich-rechtlichen Anstalten kommt keine eigene Rechtspersönlichkeit zu. Sie sind nicht rechtsfähig und können keine Haftungssubjekte sein (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Rz. 1323). Die BVK ist, mangels eigener Rechtspersönlichkeit, Teil der Kantonsverwaltung und ihre Führung ist in die allgemeine Behördenorganisation eingegliedert. Sie kann aufgrund ihrer Rechtsform über keine eigenen Organe im rechtlichen Sinne verfügen.

Die Organisation als unselbstständige Anstalt ist für öffentliche Kassen die traditionelle Organisationsform. Sie ist bis heute bundesrechtlich zulässig, auch wenn seit einiger Zeit gewisse strukturelle Mängel dieser Organisationsform anerkannt sind. Der Bundesgesetzgeber schreibt nun neu ab 1. Januar 2014 vor, dass registrierte Vorsorgeeinrichtungen die Rechtsform einer Stiftung haben oder eine Einrichtung des öffentlichen Rechts mit eigener Rechtspersönlichkeit sein müssen (BBl 2010, 8979; AS 2011, 3385). Im Rahmen einer Motion zur Verselbstständigung der Versicherungskasse, die der Kantonsrat bereits 1999 an den Regierungsrat überwiesen hatte (Motion KR-Nr. 243/1999 betreffend Verselbstständigung der Beamtenversicherungskasse des Kantons Zürich), wurde eine entsprechende Gesetzesvorlage erarbeitet, welche die Überführung der Versicherungskasse in eine Vorsorgeeinrichtung in Form einer privatrechtlichen Stiftung vorsah (Vorlage 3974 betreffend Gesetz über die Verselbstständigung der Versicherungskasse für das Staatspersonal). Dieses Gesetz wurde am 10. Februar 2003 vom Kantonsrat beschlossen und vom Regierungsrat auf den 1. Mai 2007 in Kraft gesetzt (191. KR-Protokoll vom 10. Februar 2003, 15596 ff.). Die Überführung der Versicherungskasse in die privatrechtliche Stiftung konnte indessen bisher nicht erfolgen, weil das Gesetz vorsieht, dass dies erst geschehen kann, wenn der Deckungsgrad der Versicherungskasse aus eigenen Mitteln mindestens 100% beträgt (§ 7 Gesetz über die Verselbstständigung der Versicherungskasse für das Staatspersonal, LS 177.201.1). Zur Umsetzung der obgenannten bundesrechtlichen Verpflichtung hat der Regierungsrat mit Beschluss vom 1. Februar 2012 ein Projekt zur Überführung der BVK in eine privatrechtliche Stiftung beschlossen (RRB Nr. 117/2012).

Der bisherige Verzicht des kantonalen Gesetzgebers auf die Schaffung rechtlicher Selbstständigkeit ist sowohl in Bezug auf die Willensbildung als auch auf die Verantwortlichkeit der BVK entscheidend. Der Verzicht auf rechtliche Selbstständigkeit bedeutet zwingend auch, dass keine Organe einen selbstständigen Willen bilden können oder sollen. Der Zweck eines Organs ist die Bildung des eigenständigen Willens und die Vornahme eigenständiger Handlungen für die selbstständige juristische Person. Für eine unselbstständige Anstalt gibt es definitionsgemäss

keinen Raum für eine eigenständige – vom Kanton getrennte – Willensbildung, somit auch keinen Raum für Organe, die eigenständig einen – vom Kanton getrennten – Willen bilden oder Handlungen vornehmen müssten oder könnten.

In diesem Zusammenhang ist die Tragweite von Art. 52 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG, SR 831.40) im Umfeld einer unselbstständigen Anstalt zu verstehen. Art. 52 BVG ist vom Gesetzgeber bewusst der Verantwortlichkeit der Verwaltungsräte einer Aktiengesellschaft nachgebildet. Der Verwaltungsrat hat die Oberleitung – im Sinne der Bildung eines selbstständigen Willens für die Gesellschaft – inne. Er ist dabei in erster Linie dem Wohl der Gesellschaft als rechtlich verselbstständigte juristische Person verpflichtet. Daraus leitet sich ab, dass der Verwaltungsrat zwingende – nicht übertragbare und nicht entziehbare – Aufgaben hat und nicht weisungsgebunden ist. Die Mitglieder von Verwaltungsräten haften dementsprechend persönlich mit ihrem Privatvermögen für rechtswidrige Handlungen und Unterlassungen, die sie in ihrer Organfunktion begehen.

Diese unabhängige Organstellung gibt es bei der unselbstständigen Anstalt definitionsgemäss nicht. Die unabhängige Willensbildung ist gerade nicht vorgesehen. Vielmehr ist die unselbstständige Anstalt in die allgemeine Verwaltung eingegliedert und Teil der hierarchischen Struktur, die beispielsweise Weisungen und politisch-gesetzgeberische Einflussnahme auf vielfältige Weise systemimmanent zulässt und voraussetzt.

Die Mitglieder des Regierungsrates sind vorliegend nicht in das Leitungsorgan einer selbstständigen Unternehmung delegiert, sondern die Führung der unselbstständigen Anstalt obliegt ihnen (nur) als Teil der umfassenden und allgemeinen Regierungsverantwortung. Unter Art. 52 BVG haftet für rechtswidrige Schädigung daher allenfalls das Gemeinwesen, nicht aber der Regierungsrat im Sinne einer direkten persönlichen Haftung.

Die PUK nimmt dazu zwar nicht klar Stellung, sieht – zu Recht – aber immerhin die Möglichkeit, dass der Kanton als Rechtsträger angesprochen sein könnte (vgl. Bericht S. 178 und S. 179 unter dem Titel Haftung des Kantons).

4. Organisation der BVK im Einzelnen

Die bestehende Organisation der BVK macht deutlich, dass der Regierungsrat nicht mit dem «obersten Organ der Vorsorgeeinrichtung» nach Art. 51 BVG gleichgesetzt werden kann. Das ergibt sich exemplarisch insbesondere aus dem Folgenden:

- Nach Art. 51 BVG haben Arbeitnehmende und Arbeitgeber das Recht, die gleiche Zahl von Vertreterinnen und Vertretern in das oberste Organ der Vorsorgeeinrichtung zu entsenden. Das trifft auf den Regierungsrat offensichtlich nicht zu; er wird vom Volk gewählt. Die paritätische Verwaltungskommission der BVK hat nur ein Anhörungsrecht (§ 73 BVK-Statuten in Verbindung mit Art. 51 Abs. 5 BVG).
- Art. 51a Abs. 2 BVG legt verschiedene unübertragbare und unentziehbare Aufgaben des obersten Organs fest. Dazu gehört u.a. die Genehmigung der Jahresrechnung (lit. d). Die Jahresrechnung der BVK wird aber weder von der paritätischen Verwaltung noch vom Regierungsrat, sondern vom Kantonsrat im Rahmen der Staatsrechnung genehmigt (Art. 56 Abs. 1 lit. c Kantonsverfassung [LS 101]: Der Kantonsrat beschliesst mit einfachem Mehr über die Genehmigung der Staatsrechnung; vgl. dazu auch Hauser, Kommentar zur Zürcher Kantonsverfassung, Art. 56 N. 31).

Dem Regierungsrat fehlen entscheidende Kompetenzen und Eigenschaften, die nach Art. 51 und 52 BVG für das oberste Organ einer Pensionskasse gefordert werden. Dies übersieht der Bericht der PUK BVK, der sich auf diesbezüglich unzutreffende Aussagen des Gutachters abstützt.

Der Regierungsrat ist nicht die Unternehmensführung der BVK, sondern die Exekutive des Kantons. In dieser Eigenschaft ist seine oberste Aufgabe die Wahrung der Interessen des Kantons. Lediglich als Teilbereich der Kantonsinteressen – aber eben nicht verselbstständigt – hat er auch die Interessen der unselbstständigen Anstalten wahrzunehmen. Aus den gegenläufigen Interessen können sich Interessenkonflikte ergeben, was ein Grund dafür ist, dass heute die Ausgliederung der öffentlichen Pensionskassen in eine selbstständige Rechtsform verlangt wird. In dieser Frage hat in den letzten Jahren ein Kulturwandel stattgefunden. Im Rahmen der neueren Public-Corporate-Governance-Diskussion wird zunehmend versucht, solche Doppelrollen zu entflechten. In der Vergangenheit – und weit in den Untersuchungszeitraum hinein – wurde das noch weit weniger kritisch betrachtet. Es zeigt sich bei der traditionellen Aufgabenzuteilung bei einer unselbstständigen Anstalt ein strukturelles Defizit, für dessen negative Auswirkungen nicht der Regierungsrat verantwortlich gemacht werden kann. Die bisherige Struktur gründet auf der irrtümlichen Annahme, zwischen den Kantonsinteressen und den Interessen der kantonseigenen Betriebe und ihrer Benefiziarie könne es gar keinen relevanten Konflikt geben, da sich die sachgerechten Lösungen immer irgendwie unter dem Dach eines einzigen und allgemeinen öffentlichen Interesses finden liessen.

Damit ist nicht gesagt, die BVK in der bisherigen Struktur sei führungslos gewesen. Was hingegen gefehlt hat, war ein spezialisiertes, ausschliesslich auf die Interessenwahrung der BVK und ihrer Versicherten ausgerichtetes Leitungsorgan im Sinne von Art. 51 BVG. Der Bericht tut den involvierten Behörden des Kantons unrecht, wenn er deren Mitglieder im Nachhinein als Personen qualifiziert, die einem BVG-Organ angehört haben sollen, das es in Wirklichkeit nicht gegeben hat. Der Regierungsrat widerspricht daher der Auffassung der PUK BVK, die ihm obliegenden Leitungsaufgaben bezüglich der BVK seien nicht delegierbar gewesen. Dies zeigt sich auch darin, dass die Statuten der BVK (§ 79) dem Regierungsrat längst nicht alle im BVG (Art. 51a) dem Stiftungsrat vorbehaltenen Aufgaben zuteilt. Daraus muss geschlossen werden, dass die übrigen Aufgaben gemäss der allgemeinen Kompetenzordnung zu erfüllen waren. Die Frage der Delegation konnte sich in der gegebenen Struktur gar nicht so stellen, wie dies von der PUK BVK angenommen wird. Solange die BVK einer Kantonsregierung, nicht einem BVG-Leitungsorgan unterstand, war die Delegierbarkeit von BVG-Obliegenheiten im Rahmen der erwähnten Kompetenzordnung zulässig (vgl. auch Art. 65 Abs. 4 Kantonsverfassung). Diese Kompetenzordnung ist bis zum Bericht der PUK BVK nie beanstandet worden.

Mit diesem Ergebnis deckt sich, dass der PUK-Bericht zur Bundespersonalkasse ebenfalls zum Ergebnis gelangte, dass weder der Chef des Eidgenössischen Finanzdepartements noch die übrigen Mitglieder des Bundesrates einer Verantwortlichkeit gemäss Art. 52 BVG unterstehen (Bericht der parlamentarischen Untersuchungskommission über die Organisations- und Führungsprobleme bei der Pensionskasse des Bundes [PKB] und über die Rolle des Eidgenössischen Finanzdepartements in Bezug auf die PKB vom 7. Oktober 1996, Parl 95.067, S. 235).

5. Einseitige Zuweisung von Verantwortung an den Regierungsrat

Der Bericht weist die «Hauptverantwortung» für die Vorkommnisse dem Regierungsrat zu. Zwar steht der Regierungsrat als Exekutive des Kantons in der Pflicht, die BVK als unselbstständige Anstalt zu beaufsichtigen. Dies hat der Regierungsrat im Rahmen seiner Zuständigkeit getan. Zu beachten ist indessen, dass die BVK nicht durch den Regierungsrat allein, sondern durch eine Vielzahl von Behörden überwacht wird. Der Bericht stellt die verschiedenen Zuständigkeiten nicht mit der erforderlichen Vollständigkeit dar und setzt sich nicht mit der teilweise wenig klaren Abgrenzungen dieser Zuständigkeiten und den daraus entstehenden strukturellen Defiziten auseinander (vgl. Bericht, S. 41 ff.).

So ergibt sich beispielsweise aus dem Bericht, dass die Frage, wer das oberste Organ der BVK sei, von den verschiedenen involvierten Stellen im Verlaufe des Untersuchungszeitraums unterschiedlich beurteilt wurde. Der Bericht wirft dem Regierungsrat vor, dass er sich seiner angeblichen Rolle als «oberstes Organ» zwar bewusst gewesen sei, dass er sich aber über die damit zusammenhängenden vielfältigen Aufgaben nicht im Klaren gewesen sei (Bericht S. 67). Dieser Vorwurf geht fehl. Im Rahmen der geltenden Struktur ist der Regierungsrat richtigerweise die Kantonsregierung – und nur das – und er ist nicht parallel dazu auch noch ein BVG-Organ. Diesem Verständnis seiner Aufgabe entsprach auch das Verständnis anderer Behörden. Bezeichnenderweise hat beispielsweise die Finanzkontrolle ihren jährlichen Bericht erstmals im Jahr 2011 an den Gesamtregierungsrat adressiert (vgl. Bericht, S. 105). Insgesamt würdigt der Bericht die Rolle der Finanzkontrolle nur knapp. Auffällig ist jedenfalls, dass im Bericht keine Warnungen oder einschlägigen Feststellungen in den Berichten der Finanzkontrolle im Untersuchungszeitraum aufgeführt sind. Solche Warnungen wären aber gerade die Aufgabe der Finanzkontrolle gewesen.

Ebenfalls wird im Bericht (S. 148 ff.) die Rolle der Finanzkommission und deren Subkommission weitgehend beschreibend abgehandelt. Während der Bericht gegenüber dem Regierungsrat verhältnismässig schwerwiegende Vorwürfe von Pflichtverletzungen erhebt, begnügt er sich gegenüber der Finanzkommission mit der zurückhaltenden Feststellung, die Oberaufsicht in den Jahren 2000 bis 2007 sei nicht optimal verlaufen. Hier wäre eine kritischere Auseinandersetzung wünschbar gewesen.

Sodann werden dem Regierungsrat Mängel bei der Mandatsvergabe vorgeworfen (vgl. Bericht, S. 84 f.). Aus dem Bericht ergibt sich indessen, dass auch die Finanzkontrolle das zentrale Mandat der Revision ununterbrochen von 1998 bis 2010 bei PricewaterhouseCoopers (PwC) beliess, ohne es neu auszuschreiben (vgl. Bericht, S. 107). Ebenso wird dem Regierungsrat vorgeworfen, Anpassungen mit Hinweis auf die bevorstehende Ausgliederung unterlassen zu haben (vgl. Bericht, S. 49). Die Tatsache, dass die Finanzkontrolle 2003 überlegte, das Mandat an PwC neu auszuschreiben, darauf aber ihrerseits im Hinblick auf die bevorstehende Ausgliederung verzichtete (vgl. Bericht, S. 105), wird vergleichsweise zurückhaltend gewürdigt. Dabei war die abwartende Haltung hier wie dort aus dem damaligen Gang der Ereignisse nachvollziehbar. Es war damals eben nicht bekannt, dass die Verselbstständigung noch während Jahren auf sich warten lassen würde. Die Hoffnung, der Schritt könne bald erfolgen, war aus damaliger Sicht begründet und ist im Übrigen in den publizierten Geschäftsberichten der BVK dokumentiert.

Die vermeintlich baldige Verselbstständigung liess den kurzfristigen Verzicht auf einschneidende Massnahmen, die mit der Verselbstständigung unnötig werden oder in dieser aufgehen, geboten erscheinen.

6. Zu ausgewählten Fragen

6.1. Würdigung des Strategieprozesses durch die PUK BVK

In den Jahren von etwa 2002 bis 2007 ist die BVK bewusst ein verhältnismässig hohes Risiko eingegangen: Treiber für die Zielrendite war der Wille der involvierten Gremien, einschliesslich der Vertretungen der Versicherten, den für die Verselbstständigung der BVK notwendigen Deckungsgrad von 110% aus eigener Kraft und ohne Leistungsanpassungen – geschweige denn Sanierungsbeiträge – zu erreichen. Eine Reduktion der Anlagerisiken und damit der Performanceerwartungen und letztlich des technischen Zinssatzes waren damals kein ernsthaftes Thema. Hierbei hat die Investment-Controllerin Complementa mit ihren verhältnismässig hohen Renditeerwartungen – ohne Darstellung der damit verbundenen Risiken – die Entscheidungsträger auf diesem Weg bestärkt.

Es ist eine der anerkannten Grundregeln im Bereich von Finanzanlagen, dass eine (potenziell) bessere Performance in aller Regel mit einem höheren Risiko einhergeht. Die Risikofähigkeit einer Pensionskasse ist indessen nicht unbeschränkt. Es ist essenziell, bei der Beurteilung der Performance einer Pensionskasse auch die hierzu eingegangenen Risiken mit einzubeziehen (Notwendigkeit einer risikoadjustierten Betrachtungsweise).

Die im PUK-Bericht unter dem Titel «Schaden durch Pflichtverletzungen (Strategiewahl und deren Umsetzung)» erörterten Schadensposten liegen somit zu einem wesentlichen Teil in damals politisch gewollten und rechtlich korrekten Entscheiden begründet. Das Ziel war es, einen Deckungsgrad von 110% aus eigener Kraft ohne Leistungsanpassungen und ohne Sanierungsbeiträge zu erreichen.

Unerwähnt lässt der Bericht im Zusammenhang mit den Strategieanpassungen, dass die bis 2007 jährlich durchgeführten Anlagestrategiewechsel vonseiten der Investment-Controllerin nicht beanstandet wurden.

6.2. Würdigung der Stiftungsaufsicht durch die PUK BVK

Es fehlt im Bericht ein Hinweis, dass – neben der Complementa – das Amt für berufliche Vorsorge und Stiftungen (heute BVS) über einen breiten Marktüberblick verfügte. Das Amt hat aber offenbar weder Hinweise zu einer allenfalls bestehenden Sanierungspflicht noch zur

personell knappen Situation im Asset Management und zu den teilweise während Jahren unveränderten Vermögensverwaltungs- und Kontroll-Mandaten angebracht.

6.3. Sanierungsprogramm San04

Die PUK BVK will nicht anerkennen, dass im Zusammenhang mit dem Vorwurf, die BVK hätte bereits 2003 sofort saniert werden müssen, das finanzpolitische Umfeld des Kantons 2003 zu berücksichtigen ist (Bericht S. 52). Mit dem «Konsolidierten Entwicklungs- und Finanzplan (KEF) 2003–2006» zeichnete sich bereits 2002 ab, dass der mittelfristige Ausgleich um rund 812 Mio. Franken verfehlt würde. Der Regierungsrat war daher verpflichtet, das Sanierungsprogramm San04 vorab für die Sanierung der Kantonsfinanzen in die Wege zu leiten (RRB Nr. 1882/2002). Im Frühjahr 2003 legte er die entsprechenden Sparmassnahmen vor, u. a. war ein Stellenabbau von 1200 Stellen verbunden mit einem Sozialplan (Frühpensionierungen usw.) vorgesehen. Vor diesem Hintergrund ist auch zu verstehen, dass damals einstweilen von Sanierungsmassnahmen für die BVK abgesehen wurde. Der damalige Verzicht auf sofortige Sanierungsmassnahmen für die BVK und der Entscheid, eine solche Sanierung vorerst aufzuschieben, erscheinen im Kontext der Sanierung der Kantonsfinanzen als vertretbar, zumal man damals von einer raschen Besserung des Deckungsgrades ausging, die vorübergehend auch tatsächlich eintrat. An diesem Beispiel zeigt sich geradezu exemplarisch, dass der Regierungsrat eben nicht – wie von der PUK BVK dargestellt – ein unabhängiges Organ der BVK ist, das einseitig und ausschließlich die Interessen der BVK verfolgen kann. Der Regierungsrat hat seine Entscheidungen unter Wahrung der Gesamtinteressen des Kantons zu treffen.

6.4. BVK-Rendite besser als die Benchmarkperformance

Die PUK BVK kommt zum Schluss, dass bezüglich der Umsetzung der einzelnen Anlagekategorien ein Vergleich der branchenüblichen Marktindizes mit den von der BVK verwendeten Benchmark-Renditen über die einzelnen Anlagekategorien keine grössere Ertragsdifferenz ergab (Bericht S. 88). Die jährliche Abweichung des Portfolios der BVK zur sogenannten Strategierendite (Benchmark) schwankt zwischen –1,64% und +2,51%-Punkten.

Als Annäherungswerte für die Quantifizierung des Schadens vergleicht die PUK BVK die Benchmark-Renditen mit den Indexentwicklungen des Pictet-25-Indexes bzw. des Pictet-40-Indexes. Dieser Vergleich von Renditen ist für die Ermittlung eines Schadens im Rechtssinne ungeeignet. Ein Benchmark gibt von vornherein keinen Aufschluss darüber, welches Alternativverhalten einer rechtswidrigen Handlung

oder Unterlassung im konkreten Einzelfall zu welcher Rendite geführt hätte. Für die Ermittlung eines Schadens im Rechtssinne müsste für jede angeblich rechtswidrige Handlung oder Unterlassung ermittelt werden, welche alternative Handlung geboten gewesen wäre und inwieweit sie konkret einen Schaden in welcher Höhe hätte vermeiden können. Ein Benchmark, wie auch immer zusammengesetzt, kann diesen konkreten Nachweis nicht ersetzen.

Die Tabelle auf Seite 61 des Berichts illustriert, wie sich mit einer konsequenten Umsetzung einer Anlagestrategie mit einem Aktienanteil von 25% oder 40% über den Zeitraum 2003 bis 2010 ein besseres Resultat ergeben hätte. Die PUK BVK verzichtet jedoch auf eine differenzierte Berechnung der Ertragsdifferenzen in Abhängigkeit der Strategien.

Für die Beurteilung der Strategie ist dieser Vergleich mit den Benchmark-Renditen grundsätzlich nachvollziehbar, rechtlich aber für die Ermittlung eines angeblichen Schadens ungeeignet. Ohnehin wäre aber ein Vergleich mit der tatsächlich erzielten Portfoliorendite der BVK aussagekräftiger und für die Berechnung einer möglichen Underperformance besser geeignet. Eine Underperformance ist aber für sich jedenfalls noch kein Schaden im Rechtssinne.

Zu den konkreten Renditen lässt sich Folgendes sagen: Die BVK hat die Benchmark von 2003 bis 2010 um 172 Mio. Franken übertroffen (2007 bis 2010 sogar um 296 Mio. Franken). Nimmt man die Erträge (berechnet aus dem jeweiligen Vermögen per Jahresanfang und den Jahresrenditen) und vergleicht diese mit den von der PUK herangezogenen Indizes Pictet-25 und Pictet-40, so ergibt sich für die Periode 2003–2010 im Vergleich zum Pictet-25-Index eine (negative) Ertragsdifferenz von 294 Mio. Franken, was relativ betrachtet in einem marktüblichen und vertretbaren Rahmen liegt. Der analoge Vergleich mit dem Pictet-40-Index ergäbe eine (negative) Ertragsdifferenz von 1076 Mio. Franken, wobei hier festzuhalten ist, dass für die Jahre 2007–2010 sich sogar eine positive Differenz von rund 200 Mio. Franken ergeben würde.

Die Underperformance der BVK reduziert sich damit unter den getroffenen Annahmen mindestens von 467 Mio. Franken bzw. von 1,25 Mrd. Franken (gemäss Annäherungs-Rechnung der PUK BVK) auf noch rund 300 Mio. Franken gegenüber dem Pictet-25-Index, bzw. auf noch rund 1 Mrd. Franken gegenüber dem Pictet-40-Index. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass für eine Institution wie die BVK eher von einem tieferen Aktienanteil von rund 25–30% auszugehen ist (vgl. dazu auch die auf S. 60 des PUK-Berichts erwähnte Empfehlung Ecofin für eine Aktienquote von 25%).

Somit läge im Endeffekt eine Ertragsdifferenz über den Acht-Jahres-Zeitraum von 2003–2010 von 294 Mio. Franken vor, was relativ betrachtet – wie bereits erwähnt – in einem marktüblichen und vertretbaren Rahmen liegt. Zu betonen bleibt, dass die Differenz der Rendite im Vergleich zu einem wie auch immer gewählten Benchmark keinen Schaden im Rechtssinne darstellt. Ein Schaden im Rechtssinne wäre die Differenz des Vermögens nach einer rechtswidrigen Handlung oder Unterlassung im Vergleich zum Vermögen nach einer konkret als Alternative gebotenen Handlung im Einzelfall. Im Nachhinein lässt sich kaum mit genügender Bestimmtheit ermitteln, welche Alternative zur Berechnung heranzuziehen wäre. Es dürfte immer eine Vielzahl zulässiger Alternativen mit jeweils unterschiedlicher Performance gegeben haben (vgl. dazu auch nachstehend zum Kausalzusammenhang).

6.5. Adäquater Kausalzusammenhang

6.5.1. Allgemeines

Die PUK BVK sieht grosse Probleme im Nachweis der adäquaten Kausalität, vor allem weil die Pflichtverletzungen fast nur in einem Unterlassen und nicht in aktivem Tun bestanden hätten und weil der Schaden kaum einzelnen pflichtverletzenden Unterlassungen zugeordnet werden könnte. Dementsprechend lässt die PUK BVK (wie schon die dem Bericht zugrunde liegenden Gutachten) die wesentliche Frage weitgehend offen, wie denn – im Vergleich zu den etwas pauschal behaupteten Pflichtverletzungen – ein realistisches rechtmässiges Alternativverhalten ausgesehen hätte und inwieweit ein solches Verhalten (welches für die korrekte Beurteilung der Haftungsfrage sodann einzelnen Personen zuzuordnen wäre) den behaupteten Schaden hätte geringer ausfallen lassen.

6.5.2. ALM-Studien im Besonderen

Mehrfach wird für die Zeit ab Mai 2007 der Vorwurf erhoben, dass man zu lange mit der Veranlassung einer sogenannten ALM-Studie zugewartet habe. Hierzu ist vorab nochmals klarzustellen, dass solche ALM-Studien keineswegs zum «state of the art» im Pensionskassenwesen gehörten und dass damals keine der Fachpersonen die Notwendigkeit der ALM-Studie als vordringlich bezeichnete. Eine entsprechende Gesetzesvorschrift bestand nicht. Die einschlägigen Branchen (Banken, Controller, ALM-Ersteller) haben dafür gesorgt, dass seit dem 1. Januar 2009 (also nach 2007) eine Bestimmung in die BVV 2 aufgenommen wurde, wonach Vorsorgeeinrichtungen bei der Anlage darauf achten müssen, dass die Sicherheit der Erfüllung der Vorsorgezwecke gewährleistet ist. Die Beurteilung der Sicherheit soll dabei insbesondere in Würdigung der gesamten Aktiven und Passiven sowie der Struktur

und der zu erwartenden Entwicklung des Versichertenbestandes erfolgen (Art. 50 Abs. 2). Ein mögliches Mittel zur Vornahme dieser seit 2009 gesetzlich vorgeschriebenen Beurteilung können ALM-Studien sein. Unter anderem auch die von der PUK BVK für die Beurteilung der Bedeutung von ALM Studien beigezogenen Beratungsunternehmen ECOFIN und PPCmetrics bieten ALM-Studien als Paketlösungen an.

Die Markteinbrüche 2002 und 2008 haben gezeigt, dass kein erkennbarer Unterschied bestand in der Betroffenheit und im Meistern der Herausforderungen zwischen jenen Vorsorgeeinrichtungen, die eine ALM-Studie hatten, und jenen, die keine hatten. Letztendlich haben die meisten Vorsorgeeinrichtungen die anhand einer ALM-Studie festgelegte Strategie kurzfristig zugunsten von taktischen, wenn auch im Endeffekt nicht erfolgreichen Massnahmen verlassen.

ALM-Studien sind Modellberechnungen und beruhen auf Annahmen. Es gibt unterschiedlich feine und intelligente Modellierungen; alle kranken sie aber am Umstand, dass sie auf durch die Anbieter oder Kunden selbstgesetzten (willkürliche) Annahmen beruhen, die einen erheblichen, wenn nicht gar die Studie vernichtenden Prognosefehler haben können.

Was wäre denn nun anders gewesen, wenn eine solche ALM-Studie bereits ein paar Monate früher (im Frühsommer 2008) gemacht worden wäre? Hierzu sind die konkreten, realistischen Umstände eines solchen Ausstiegs vor Augen zu führen. Ein Ausstieg aus den Hedge-Funds-Anlagen hätte damals wenig gebracht: Hedge Funds können nicht wie z. B. eine Nestlé-Aktie täglich zu Marktpreisen verkauft werden. Falls die BVK beispielsweise bereits in der Sitzung des Anlageausschusses vom 31. März 2008 beschlossen hätte, aus Hedge Fonds auszusteigen, so hätte eine entsprechende Umsetzung dieses Ausstiegsentscheids in Anbetracht der operativ notwendigen Vorlaufzeit und den üblichen vertraglichen Rücknahmefristen im Rahmen dieser Hedge-Funds-Anlagen (sogenannte «Redemption»-Fristen) wohl frühestens per Ende des dritten Quartals 2008 («Q3/2008») oder – wohl realistischer – per Ende viertes Quartal 2008 («Q4/2008») umgesetzt werden können. Zumindest auf der Grundlage des sogenannten HFRX-Indexes wäre ein Ausstieg im 4. Quartal 2008 kein guter Zeitpunkt gewesen (Performance von –23,25% seit Jahresbeginn). Das Jahr 2009 hat dann allgemein und auch im Bereich von Hedge Fonds wieder bessere Renditen gebracht (+13,4%).

Die Verluste der BVK erfolgten vor allem im Q3/2008 und im Q4/2008. Oft sind Hedge Fonds auf das Ende eines Quartals kündbar, wobei die Bewertung dann ein Quartal später erfolgt. Bei einem Ausstieg im April nach der Sitzung Anlageausschuss hätte die Rücknahme per Ende Juni aufgegeben werden können, wobei die Bewertung dann per September (Q3/2008) stattgefunden hätte. Ebenso gut möglich wäre auch gewesen,

dass angesichts der reduzierten Liquidität der Märkte wohl verschiedene Fonds-Rücknahmen per Q3/2008 nicht oder nur teilweise akzeptiert hätten (Fachbegriff «Gating», d. h. Rücknahmen werden nur teilweise bedient im Rahmen der vorhandenen Liquidität im Dachfonds selber). Schon unter diesem Aspekt hätte eine etwas frühere Vornahme einer ALM-Studie kaum spürbare Vorteile gebracht.

Fazit: Aus dem angeblich etwas verzögerten Veranlassen einer ALM-Studie lässt sich kein Schaden ableiten bzw. ein früheres Veranlassen einer solchen Studie hätte kaum positive Auswirkungen auf die Vermögenslage der BVK gehabt. Hinzu kommt, dass ein ganz wesentlicher Faktor, nämlich der drastische Kurssturz sämtlicher Anlagemärkte im 2. Halbjahr 2008 (untechnisch ausgedrückt der «Ausfall des dritten Beitragszahlers») eine allfällige (bestrittene) Kausalität zwischen behaupteten Pflichtverletzungen und behauptetem Schaden ohnehin unterbrochen hätte.

7. Zu den Empfehlungen der PUK BVK

Die PUK BVK hält einleitend zu ihren Empfehlungen fest, dass sich für sie mit den eingeleiteten Massnahmen, der kommenden Verselbstständigung sowie dem Sanierungspaket die drängenden Fragen gelöst hätten (Bericht S. 186). Dieser Schlussfolgerung ist nichts beizufügen.

Die an die BVK gerichteten Empfehlungen bezüglich der Vermögensanlagen werden ebenso rasch geprüft werden, wie die an den Regierungsrat gerichteten Empfehlungen bezüglich Nebenbeschäftigungen, Mandatsvergaben und Informationen an den Kantonsrat.

8. Gesamtbeurteilung

Zusammenfassend ist festzustellen, dass der Bericht eine Tendenz erkennen lässt, die Geschehnisse um die BVK insbesondere aus dem Fehlverhalten des Regierungsrates herzuleiten. Der Bericht übersieht die in der Kausalitätskette viel wesentlichere Konditionierung des Geschehenen durch die politisch wirksamen Kräfte einschliesslich des Kantonsrates, welche die bisherigen Strukturen ebenso gewollt haben wie die Sparmassnahmen, aus denen die Deckungslücke im Wesentlichen entstanden ist. Dabei wird verkannt, dass aufgrund der Organisation der BVK als unselbstständige Anstalt die Aufgabe der Aufsicht und Kontrolle vielfältig auf Behörden verteilt war. Diese Behörden hatten jeweils nicht nur die Aufgabe der Überwachung der BVK, sondern unterschiedliche öffentliche Aufgaben zu erfüllen. Aus den unterschiedlichen Aufgaben ergaben sich Interessenkonflikte. All das sind strukturelle Mängel, die erst mit der inzwischen beschlossenen Ausgliederung der BVK in eine selbstständige Stiftung behoben werden können.

Weiter übersieht der Bericht, dass der Untersuchungszeitraum von 1995 bis 2010 sehr lange ist. In diesem Zeitraum haben sich die Corporate Governance und später die Public Corporate Governance erst schrittweise entwickelt. Der Bericht wendet auf den ganzen Untersuchungszeitraum die heutigen Massstäbe an, was unzulässig ist. Im Übrigen lässt sich die Governance einzig mit der Ausgliederung befriedigend umsetzen. Das wird letztlich auch von der PUK BVK anerkannt.

Wichtig ist, dass die unterschiedlichen Ursachen der Unterdeckung sauber auseinandergehalten werden. Der Bericht ist in diesem Punkt wenig differenziert. Der wesentliche Teil der Unterdeckung beruht auf politisch getragenen Entscheidungen (z. B. «Beitragsferien»). Der direkt auf strafbare Handlungen zurückzuführende Schaden ist davon getrennt zu betrachten.

Aus dem Bericht geht deutlich hervor, dass in den letzten rund fünf Jahren zahlreiche gewichtige Anpassungen in Richtung einer zeitgemässen Governance erfolgten. So wird im Bericht z. B. festgestellt, dass die schon früher erkannte, knappe personelle Ausstattung in Realisierung der Empfehlungen der ZHAW-Studie tatkräftig angepackt und der Stellenplan der BVK auf eine mit anderen Pensionskassen vergleichbare Grösse aufgestockt wurde. Auch wird das rasche Handeln der Finanzdirektorin im Fall Gloor und die daran anschliessende Veranlassung einer Administrativuntersuchung positiv gewürdigt. Der Regierungsrat teilt sodann die Auffassung der PUK BVK, dass der neue Chef BVK, Thomas Schönbächler, zielstrebig Veränderungen an die Hand genommen hat. Ebenfalls pflichtet der Regierungsrat der PUK BVK bei, dass mit der vom Kantonsrat am 2. April 2012 beschlossenen Sanierung und der Ausgliederung der BVK in eine privatrechtliche Stiftung auf 2014 viele offene Fragen gelöst sind. Die Weichen sind richtig gestellt.

II. Mitteilung an die Mitglieder des Regierungsrates und den Staatsschreiber.



Vor dem Regierungsrat
Der Staatsschreiber:

Husi