

Klima-Allianz Schweiz
 Herr Christian Lüthi
 Herr Sandro Leuenberger
 Rue de Fribourg 3
 1200 Genève

PD Dr. Sandro Abegglen
 Eingetragen im Anwaltsregister

10. November 2022 (mit Wirkung per 2. November 2022)
 SAA/46319

Klimarisiken in der Vermögensverwaltung bei Pensionskassen: Haftung

Sehr geehrte Damen und Herren

Sie haben uns gebeten, die unter A. hiernach aufgeführten Fragen in Form eines kurzen Rechtsgutachtens zu beantworten. Unsere Rechtsauffassung, die sich ausschliesslich auf das aktuell geltende schweizerische Recht stützt und auf der Annahme basiert, dass es sich bei den Gegenstand des Gutachtens bildenden Klimarisiken und -chancen um *rechtlich relevante* Anlagerisiken und -chancen handelt (vgl. B unten), lautet wie folgt:

A.	FRAGEN.....	2
B.	ANNAHME, EINGRENZUNG UND BESCHRÄNKUNG AUF SCHWEIZERISCHES RECHT	3
C.	RECHTLICHE BEURTEILUNG UND ANTWORTEN.....	3
I.	FRAGE 1	3
	1. Fragestellung	3
	2. Antwort.....	3
	3. Begründung	5
	3.1 Treuhänderische Sorgfaltspflicht.....	5
	3.1.1 Art. 51b Abs. 2 BVG	5
	3.1.2 Insbesondere: Pflicht zur Befolgung der Grundsätze der Vermögensverwaltung (Art. 71 Abs. 1 BVG)	7
	3.1.3 Auftragsrecht	8
	3.2 Verteilung der Aufgaben und Verantwortlichkeiten in Bezug auf die Verwaltung des Vermögens von Vorsorgeeinrichtungen	9
	3.2.1 Stiftungsrat	9
	3.2.2 Interne und externe Vermögensverwalter	11
	3.3 Subsumption: Pflicht zur Berücksichtigung von Klimarisiken im Rahmen der Verwaltung des Vermögens von Vorsorgeeinrichtungen?.....	12
	3.4 Prüfung möglicher Haftungsgrundlagen.....	15
	3.4.1 Verantwortlichkeit nach Art. 52 Abs. 1 BVG	15

3.4.2 Vertragliche Haftung nach Art. 97 Abs. 1 OR	21
3.4.3 Ausservertragliche Haftung	21
II. FRAGE 2	23
1. Frage.....	23
2. Antwort.....	23
III. FRAGE 3	24
1. Frage.....	24
2. Antwort.....	24
2.1 Zivilrechtliche Folgen	24
2.2 Aufsichtsrechtliche Folgen.....	24
2.3 Strafrechtliche Folgen.....	25
IV. FRAGE 4	25
1. Frage.....	25
2. Antwort.....	26
2.1 Anlagereglement.....	26
2.2 Festlegung der Anlagestrategie (strategische Asset Allocation).....	26
2.3 Grundsätze bei der Umsetzung der Anlagestrategie (taktische Asset Allocation).....	26
2.4 Überwachung und Kontrolle der Anlagen.....	26
2.5 Aus- und Weiterbildung	27
2.6 Interne Vermögensverwalter	27
2.7 Externe Vermögensverwalter	27

A. FRAGEN

1. *"Welche Bestimmungen des Schweizer Rechts zur treuhänderischen Sorgfaltspflicht führen im Falle von Unterlassungen im allgemeinen Risikomanagement der Vorsorgeeinrichtung zu einer Einklagbarkeit durch betroffene Destinatäre infolge von erlittenen oder absehbar eintretenden Schäden in Form von finanziellen, klimabedingten Verlusten oder nicht wahrgenommenen Opportunitäten?"*

2. *"Welche Rolle spielt die Nichtbeachtung von Branchenempfehlungen für die Einklagbarkeit?"*

3. *"Welches sind die rechtlichen Folgen von Unterlassungen im Management der finanziellen Klimarisiken im Lichte der treuhänderischen Sorgfaltspflicht für die verantwortlichen Organe der Pensionskassen (oberstes Organ, einzelne Beauftragte mit Zuständigkeit für die Aufsicht über die Vermögensverwaltung, Verantwortliche für die Durchführung der Vermögensanlage)?"*

4. *"Welche Vorkehrungen sind auf jeder Stufe der Verantwortlichkeit geboten, um das Risiko von Unterlassungen mit Rechtsfolge nach allgemein anerkannten Prinzipien zu beherrschen?"*

B. ANNAHME, EINGRENZUNG UND BESCHRÄNKUNG AUF SCHWEIZERISCHES RECHT

- 1 Bei der Beantwortung der von der Klima-Allianz Schweiz gestellten Fragen wird von der Annahme ausgegangen, dass es sich bei den in den Fragen erwähnten "finanziellen Klimarisiken" und "Opportunitäten" um *rechtlich relevante*, d.h. im Rahmen einer sorgfältigen Vermögensanlage mitzubewertende Anlagerisiken bzw. -chancen handelt.
- 2 Entsprechend behandelt dieses Gutachten die Frage, *ob (bzw. unter welchen Voraussetzungen)* Klimarisiken und -chancen *tatsächlich* relevante Anlagerisiken/-chancen darstellen, *nicht*.
- 3 Die Fragen werden ausschliesslich auf Grundlage des geltenden schweizerischen Rechts beurteilt.

C. RECHTLICHE BEURTEILUNG UND ANTWORTEN

I. FRAGE 1

1. Fragestellung

"Welche Bestimmungen des Schweizer Rechts zur treuhänderischen Sorgfaltspflicht führen im Falle von Unterlassungen im allgemeinen Risikomanagement der Vorsorgeeinrichtung zu einer Einklagbarkeit durch betroffene Destinatäre infolge von erlittenen oder absehbar eintretenden Schäden in Form von finanziellen, klimabedingten Verlusten oder nicht wahrgenommenen Opportunitäten?"

2. Antwort

- 4 Wie bereits im Rechtsgutachten vom 12. Oktober 2018 erläutert, gebietet die treuhänderische Sorgfaltspflicht der verantwortlichen Organe bzw. des Vermögensverwalters einer Vorsorgeeinrichtung, Klimarisiken und -chancen unter Beachtung der Grundsätze der Vermögensverwaltung von Art. 71 Abs. 1 BVG bei der Verwaltung des Vermögens einer Vorsorgeeinrichtung (was die Festlegung der Anlagestrategie im Anlagereglement, die Wahl der einzelnen Anlagen und die Diversifikation derselben beinhaltet) genauso wie alle anderen Anlagerisiken und -chancen mitzubewertigen, soweit es sich dabei um relevante Risiken bzw. Chancen handelt.¹
- 5 Nach Art. 52 Abs. 1 BVG haften unter anderem alle mit der Verwaltung oder Geschäftsführung der Vorsorgeeinrichtung betrauten Personen, wozu insbesondere die Mitglieder des Stiftungsrats² gehören, der Vorsorgeeinrichtung für den Schaden, den sie ihr absichtlich oder fahrlässig zufügen. Dabei handelt es sich nach herrschender Lehre um

¹ Vgl. NKF-Gutachten 2018, 3.

² Zumal die meisten Vorsorgeeinrichtungen als Stiftung organisiert sind, wird im vorliegenden Gutachten vereinfachend vom «Stiftungsrat» anstatt vom «obersten Organ» der Vorsorgeeinrichtung gesprochen.

eine vertragliche Haftung. Die Nichtbeachtung eines anlagerelevanten Klimarisikos bzw. einer anlagerelevanten Klimachance stellt aufgrund des im vorangehenden Absatz Gesagten eine Verletzung der treuhänderischen Sorgfaltspflicht dar, womit eine Haftung der betreffenden Person gegenüber der Vorsorgeeinrichtung begründet wird, sofern die übrigen Voraussetzungen der vertraglichen Haftung vorliegen, namentlich ein relevanter Vermögensschaden, ein Verschulden der haftpflichtigen Person (d.h. Vorsatz oder – in der Praxis wesentlich relevanter – Fahrlässigkeit) und ein natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden gegeben sind.

- 6 Personen, welche hierarchisch unter der oberen Führungsebene anzusiedeln sind, worunter i.d.R. insbesondere mit der Vermögensverwaltung betraute interne und externe Vermögensverwalter fallen, haften nicht nach Art. 52 BVG. Diese Personen können jedoch nach der allgemeinen Vertragshaftung haftbar werden, da sie mit der Vorsorgeeinrichtung in einem Vertragsverhältnis stehen. Je nach Art des Vertrages stützt sich die Haftung dabei auf das Arbeitsrecht (Art. 97 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 321e OR; i.d.R. bei internen Vermögensverwaltern) oder auf das Auftragsrecht (Art. 97 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 398 OR; i.d.R. bei externen Vermögensverwaltern). Die Haftungsvoraussetzungen sind die gleichen wie bei Art. 52 BVG.
- 7 Als "Schaden" wird in diesem Zusammenhang eine unfreiwillige Vermögensverminderung, die in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder im entgangenen Gewinn bestehen kann, verstanden. Der Schaden entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte. Eine Vermögens*gefährdung* gilt als Schaden, sofern die Gefährdung in einem Ausmass vorliegt, in welchem nach einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise bereits von einer Vermögensminderung auszugehen ist, was dann zutrifft, wenn der Gefährdung im Rahmen der sorgfältigen Bilanzierung durch Wertberichtigung oder Rückstellung Rechnung getragen werden muss.
- 8 Zu beachten ist, dass die Verantwortlichkeitsklage nach Art. 52 Abs. 1 BVG nur der Vorsorgeeinrichtung selber zusteht. Insbesondere **die Destinatäre können keine Forderungen gestützt auf Art. 52 BVG geltend machen**. Zumal die Destinatäre in **keiner Vertragsbeziehung** zu den Mitgliedern des Stiftungsrats bzw. weiteren für die Vermögensverwaltung verantwortlichen internen oder externen Personen und Institutionen stehen, **scheidet auch eine vertragliche Haftung gestützt auf das Obligationenrecht (Art. 97 ff. OR) aus**.
- 9 Eine **ausservertragliche Haftung** der Personen, welche durch ihre Unterlassungen im allgemeinen Risikomanagement *den Destinatären* schuldhaft einen Schaden im oben genannten Sinne verursacht haben, würde erstens einen direkten, beim Destinatär (und

Möglich ist nach Art. 48 Abs. 2 BVG nebst der Rechtsform der Stiftung auch die Rechtsform der Genossenschaft oder die Form einer Einrichtung des öffentlichen Rechtes. Bei Genossenschaften ist das oberste Organ nach dem Genossenschaftsrecht die Generalversammlung der Genossenschafter gemäss Art. 879 OR – wobei in BVG-Genossenschaften aber auch die Genossenschaftsverwaltung im Sinne von Art. 890 OR Aufgaben der obersten Organschaft wahrnimmt. Bei öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen wird das oberste Organ unter dem Titel «Organisation» in den von der öffentlichen Körperschaft «erlassenen Vorschriften» definiert (vgl. Art. 50 Abs. 2 BVG).

nicht bloss bei der Vorsorgeeinrichtung) eingetretenen Schaden voraussetzen und zweitens das Vorliegen einer *Widerrechtlichkeit*. Reine Vermögensschäden sind dabei nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts nur ersatzfähig, wenn sich die Widerrechtlichkeit aus dem Verstoss gegen eine Norm ergibt, die den Geschädigten vor Schädigungen in der Art der eingetretenen schützen soll. Solche Schutznormen lassen sich gemäss Bundesgericht aus der Gesamtheit der schweizerischen Rechtsordnung herleiten, insbesondere aus dem Privat-, Verwaltungs- und Strafrecht. Bei den vorliegend relevanten vorsorgerechtlichen Normen (insb. Art. 51b Abs. 2 und Art. 71 Abs. 1 BVG) handelt es sich unseres Erachtens eher nicht um Schutznormen zugunsten der Destinatäre, da diese Pflichten nicht das individuelle Vermögen der einzelnen Destinatäre, sondern das Vermögen der Vorsorgeeinrichtung in seiner Gesamtheit im Interesse der Versicherten schützen sollen. Soweit ersichtlich existiert jedoch keine Rechtsprechung oder Literatur zu dieser Frage, weshalb es nicht ausgeschlossen ist, dass ein Gericht diese Normen als Schutznormen qualifizieren wird.

- ¹⁰ Eine Schutznorm zugunsten der Destinatäre dürfte der Straftatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung gem. Art. 158 StGB darstellen, sofern er im Einzelfall erfüllt ist.

3. Begründung

3.1 Treuhänderische Sorgfaltspflicht

3.1.1 Art. 51b Abs. 2 BVG

(a) *Persönlicher Anwendungsbereich*

- ¹¹ Gemäss Art. 51b Abs. 1 BVG müssen die mit der "Geschäftsführung", "Verwaltung" oder "Vermögensverwaltung" einer Vorsorgeeinrichtung betrauten Personen einen guten Ruf geniessen und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten. Sie unterliegen der **treuhänderischen Sorgfaltspflicht** und müssen in ihrer Tätigkeit die Interessen der Versicherten der Vorsorgeeinrichtungen wahren und dafür sorgen, dass aufgrund ihrer persönlichen und geschäftlichen Verhältnisse kein Interessenkonflikt entsteht (Art. 51b Abs. 2 BVG).

- ¹² Unter den mit der "Geschäftsführung" und "Verwaltung" der Vorsorgeeinrichtung betrauten Personen sind einerseits die Führungsorgane der Vorsorgeeinrichtung zu verstehen, d.h. insbesondere die Mitglieder des Stiftungsrats sowie die Geschäftsführung, andererseits aber auch Personen in leitender Stellung ausserhalb dieser formellen Organe.³ Die mit der "Vermögensverwaltung" betrauten Personen umfassen u.E. sowohl die mit der Vermögensverwaltung betrauten externen Personen und Institutionen i.S.v. Art. 48f Abs. 4 BVV 2 als auch allfällige interne Vermögensverwalter. Von Art. 51b Abs. 2 BVG nicht erfasst sind demgegenüber *reine Anlageberater*. Im Unterschied zum Anlageberater, welcher der Vorsorgeeinrichtung (oder allenfalls deren externem Vermögensverwalter) nur Anlagevorschläge unterbreitet, über deren Umsetzung diese

³ In diesem Sinne wohl zu verstehen BSK Berufliche Vorsorge-Bloch-Riemer, 2020, Art. 51b BVG N 6, wonach auch "Teamverantwortliche sowie deren Stellvertreter" erfasst sein sollen.

dann selbst entscheidet, verfügt der Vermögensverwalter über weitergehende Kompetenzen, indem er selbst – im Rahmen der durch das oberste Organ vorgegebenen Anlagestrategie – Investitionsentscheide treffen darf und muss.⁴

(b) *Anforderungen im Zusammenhang mit der Vermögensanlage*

¹³ Die Sorgfaltspflicht ist in jedem Einzelfall im Hinblick auf die Erfüllung der konkreten Aufgabe zu definieren. Ganz allgemein gilt, dass das zu tun ist, was erfahrungsgemäss nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge geeignet und erforderlich ist, um den Erfolg herbeizuführen, und das zu unterlassen, was erfahrungsgemäss zu Misserfolg führt.⁵

¹⁴ Die erforderliche Sorgfalt wird anhand von objektiven Kriterien bestimmt.⁶ Es wird jene Sorgfalt verlangt, die eine gewissenhafte und sachkundige Person in der gleichen Lage bei der Erfüllung der ihr übertragenen Aufgaben anwenden würde.⁷

¹⁵ Die treuhänderische Sorgfaltspflicht beinhaltet im Zusammenhang mit der Vermögensanlage insbesondere die Erarbeitung nachvollziehbarer Entscheidungsgrundlagen, das Verständnis der eingesetzten Anlagen in Bezug auf Risiken und erwartete Erträge sowie die sorgfältige Auswahl, Instruktion und Überwachung von Beauftragten.⁸ Die Vermögensanlage ist, ausgehend von einer durchschnittlich zu erwartenden Sorgfalt und unter Beachtung der konkreten Verhältnisse, nach anerkannten Regeln vorzunehmen, was Sachkompetenz, Engagement und Umsicht sowie ein fachlich angemessenes Vorgehen, Transparenz und Nachvollziehbarkeit voraussetzt.⁹

¹⁶ Ein Hauptelement der allgemeinen Sorgfaltspflicht des Stiftungsrats bildet die **Beachtung der Grundsätze der Vermögensverwaltung von Vorsorgeeinrichtungen nach Art. 71 Abs. 1 BVG** (dazu 3.1.2), wobei die Vorschriften der BVV 2 zur Vermögensanlage bloss der Konkretisierung dieser Pflicht dienen.¹⁰

¹⁷ Die Mitglieder des Stiftungsrats haben gegenüber der Vorsorgeeinrichtung auch eine *Treuepflicht*, aufgrund derer sie bei ihrem Handeln die Interessen der Vorsorgeeinrichtung bestmöglich zu vertreten und dabei die eigenen Interessen hintenanzustellen haben.¹¹ An die Treuepflicht der Stiftungsratsmitglieder ist ein strenger Massstab anzulegen.¹²

⁴ BSK Berufliche Vorsorge-Bloch-Riemer, 2020, Art. 51b BVG N 9. Reine Anlageberater unterstehen jedoch – wie auch externe Vermögensverwalter – der auftragsrechtlichen Sorgfaltspflicht (Art. 398 Abs. 2 OR; vgl. C.I.3.1.3 unten).

⁵ Stauffer, Berufliche Vorsorge, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019, Rz. 2009.

⁶ OFK BVG-Vetter-Schreiber, 4. Aufl. 2021, Art. 52 N 9.

⁷ OFK BVG-Vetter-Schreiber, 4. Aufl. 2021, Art. 52 N 9.

⁸ BSK Berufliche Vorsorge-Bloch-Riemer, 2020, Art. 51b BVG N 44.

⁹ Stauffer (FN 5), Rz. 2141; BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge 50 (2000), Rz. 301, Ziff. 3.1.

¹⁰ *Mentha*, in: Schneider/Geiser/Gächter (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Sozialversicherungsrecht, BVG und FZG, 2. Aufl., Bern 2019, Art. 71 BVG N 42.

¹¹ OFK BVG-Vetter-Schreiber, 4. Aufl. 2021, Art. 52 N 11.

¹² BGE 138 V 235 E. 4.2.2.

3.1.2 Insbesondere: Pflicht zur Befolgung der Grundsätze der Vermögensverwaltung (Art. 71 Abs. 1 BVG)

¹⁸ Art. 71 Abs. 1 BVG lautet wie folgt:

Die Vorsorgeeinrichtungen verwalten ihr Vermögen so, dass Sicherheit und genügender Ertrag der Anlagen, eine angemessene Verteilung der Risiken sowie die Deckung des voraussehbaren Bedarfs an flüssigen Mitteln gewährleistet sind.

¹⁹ Demnach haben Vorsorgeeinrichtungen bei der Vermögensanlage die folgenden vier **Grundsätze** ("Kardinalsgrundsätze"¹³) zu beachten:

- a. Sicherheit der Anlagen;
- b. angemessene Risikoverteilung;
- c. Erzielung eines genügenden Ertrags;
- d. Deckung des voraussehbaren Bedarfs an flüssigen Mitteln.

²⁰ Das in Art. 71 Abs. 1 BVG genannte Erfordernis der **Sicherheit der Anlage** hat nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung **erste Priorität**.¹⁴ Art. 65 Abs. 1 BVG verpflichtet Vorsorgeeinrichtungen sodann explizit, jederzeit dafür Sicherheit zu bieten, die übernommenen Verpflichtungen erfüllen zu können.

²¹ Zu beachten ist aber, dass die vier Grundsätze von Art. 71 Abs. 1 BVG **komplementär** sind.¹⁵ So bildet die Diversifizierung nach den erkannten Risiken eines der Hauptmittel, um die Sicherheit der Verwaltung von Vorsorgevermögen sicherzustellen, während die Erzielung eines guten Ertrags ihrerseits zur Deckung der Liquiditätsbedürfnisse und der Erfüllung der Vorsorgezwecke beiträgt. Die Aufteilung des Vermögens nach Handelbarkeit der Instrumente wiederum garantiert die Deckung des Liquiditätsbedarfs und bestätigt sich als zusätzlicher Sicherheitsfaktor.¹⁶

²² Die Grundsätze der Vermögensverwaltung werden in Art. 50 ff. BVV 2 konkretisiert. So bestimmt Art. 50 Abs. 1 BVV 2, dass Vorsorgeeinrichtungen ihre Vermögensanlagen *sorgfältig auswählen, bewirtschaften und überwachen* müssen. Ausgangspunkt für eine sorgfältige Anlage ist der Katalog der zulässigen Anlagen gemäss Art. 53 BVV 2 sowie die Anlagebeschränkungen gemäss Art. 54–55 BVV 2. Gemäss Art. 50 Abs. 2 BVV 2 müssen Vorsorgeeinrichtungen bei der Anlage des Vermögens darauf achten, dass die Sicherheit der Erfüllung der Vorsorgezwecke gewährleistet ist, wobei die Beurteilung der Sicherheit insbesondere in Würdigung der gesamten Aktiven und Passiven sowie der Struktur und der zu erwartenden Entwicklung des Versichertenbestandes zu erfolgen hat. In Bezug auf den Grundsatz der angemessenen Risikoverteilung sieht Art. 50

¹³ *Mentha*, in: Schneider/Geiser/Gächter (FN 10), Art. 71 BVG N 13.

¹⁴ BGE 132 II 144 E 2.2.

¹⁵ *Mentha*, in: Schneider/Geiser/Gächter (FN 10), Art. 71 BVG N 43.

¹⁶ *Mentha*, in: Schneider/Geiser/Gächter (FN 10), Art. 71 BVG N 43.

Abs. 3 BVV 2 vor, dass die Mittel der Vorsorgeeinrichtung im Rahmen der Vermögensanlage "insbesondere auf verschiedene Anlagekategorien, Regionen und Wirtschaftszweige" verteilt werden müssen. Die Diversifikation muss einerseits durch Verteilung der Anlagen auf verschiedene Anlagekategorien und andererseits innerhalb der jeweiligen Anlagekategorie erfolgen.¹⁷

- ²³ Der Begriff des "genügenden Ertrags" ist im Lichte des Kardinalsgrundsatzes der Sicherheit zu betrachten: Die Vorsorgeeinrichtung muss eine Performance anstreben, die verhindert, dass sie dauerhaft in Unterdeckung fällt, d.h. der Ertrag muss mindestens mittelfristig den technischen Zinssatz und die Vergütung des Kapitals der aktiven Versicherten decken.¹⁸ Art. 51 BVV 2 verlangt konkret, dass Vorsorgeeinrichtungen "einen dem Geld-, Kapital- und Immobilienmarkt entsprechenden Ertrag anstreben [müssen]". Der Ermessensspielraum des Vermögensverwalters einer Vorsorgeeinrichtung wird daher auch in dem Sinne eingeschränkt, dass er angehalten ist, keine insgesamt zu ertragsarmen – oder gar ertragslosen – Anlagen zu tätigen.¹⁹

3.1.3 Auftragsrecht

- ²⁴ Zur Bestimmung des Masses der erforderlichen Sorgfalt sowie bei der Bestimmung der Pflichten, deren Verletzung zur Verantwortlichkeit führen kann, ist subsidiär das Auftragsrecht anwendbar.²⁰

- ²⁵ Nach der Praxis des Bundesgerichts gelangen auf den Vermögensverwaltungsvertrag die auftragsrechtlichen Regeln betreffend die Sorgfaltspflicht des Beauftragten und dessen Haftung für getreue und sorgfältige Geschäftsführung zur Anwendung.²¹ Das Auftragsrecht ist auch zur Bestimmung des Masses der erforderlichen Sorgfalt der Mitglieder des Stiftungsrats bzw. der mit der Vermögensverwaltung betrauten Personen subsidiär massgebend.

- ²⁶ Durch die Annahme des Vermögensverwaltungsmandats verpflichtet sich der Beauftragte, die ihm übertragenen Geschäfte oder Dienste vertragsgemäss zu besorgen (Art. 394 Abs. 1 OR).²² Er haftet der Auftraggeberin für **getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäfts** (Art. 398 Abs. 2 OR).²³ Der Vermögensverwalter hat grundsätzlich nicht für den Erfolg seiner Tätigkeit einzustehen.²⁴ Ihn trifft

¹⁷ Stauffer (FN 5), Rz. 2142.

¹⁸ *Mentha*, in: Schneider/Geiser/Gächter (FN 10), Art. 71 BVG N 19.

¹⁹ Vgl. Stauffer (FN 5), Rz. 2143.

²⁰ Vgl. Stauffer (FN 5), Rz. 1998.

²¹ BGE 132 III 460 E. 4.1; BGE 124 III 155 E. 2b; BGE 115 II 62 E. 1; BGer, 27.6.2011, 4A_140/2011, E. 2.1; BGer, 10.11.2006, 4C.158/2006, E. 3.1; BGer, 3.12.2004, 4C.18/2004, E. 1.1.

²² BGer, 3.12.2004, 4C.18/2004, E. 1.1; HGer ZH, 10.06.2016, HG110230, E. 3.2.

²³ BGer, 27.6.2011, 4A_140/2011, E. 2.1; BGer, 10.11.2006, 4C.158/2006, E. 3.1; BGer, 3.12.2004, 4C.18/2004, E. 1.1.

²⁴ BGE 144 III 43 E. 3.1.2; BGE 127 III 328 E. 2c; BGE 115 II 62 E. 3a; BGer, 27.6.2011, 4A_140/2011, E. 2.1; BGer, 10.11.2006, 4C.158/2006, E. 3.1; BGer, 3.12.2004, 4C.18/2004, E. 1.1.

jedoch gemäss Art. 398 Abs. 2 OR eine Sorgfaltspflicht, die als Qualitätsmassstab hinsichtlich seiner Haupt- und Nebenpflichten dient.²⁵ Aus der Treuepflicht des Beauftragten ergibt sich, dass er bei der Ausführung des Auftrags die Interessen des Auftraggebers umfassend zu wahren und deshalb alles zu unterlassen hat, was diesem Schaden zufügen könnte.²⁶

²⁷ Das Mass der vom Vermögensverwalter geschuldeten Sorgfalt bestimmt sich nach objektiven Kriterien.²⁷ Erforderlich ist die Sorgfalt, welche ein gewissenhafter Beauftragter in der gleichen Lage bei der Besorgung der ihm übertragenen Geschäfte anzuwenden pflegt.²⁸ Dabei ist nach der Art des Auftrags zu differenzieren und auch den besonderen Umständen des Einzelfalls Rechnung zu tragen.²⁹

²⁸ Unsorgfältiges Tätigwerden ist eine nicht gehörige Erfüllung einer Leistungs- oder Nebenpflicht und damit eine Vertragsverletzung, was im Sinne von Art. 398 OR zur Haftung des Beauftragten führt, sofern auch die übrigen Voraussetzungen eines Schadenersatzanspruches erfüllt sind.³⁰

3.2 Verteilung der Aufgaben und Verantwortlichkeiten in Bezug auf die Verwaltung des Vermögens von Vorsorgeeinrichtungen

3.2.1 Stiftungsrat

(a) *Pflichten des Stiftungsrats im Allgemeinen*

²⁹ Die Pflichten des Stiftungsrats ergeben sich aus den einschlägigen Gesetzen und Verordnungen (d.h. in erster Linie aus BVG, BVV 2 und dem Stiftungsrecht nach Art. 80 ff. ZGB), aus den Satzungen der Vorsorgeeinrichtung (Statuten/Stiftungsurkunde, Reglemente), den Beschlüssen des Stiftungsrats sowie aus dem Auftragsverhältnis.³¹ Sodann hat der Stiftungsrat die gestützt auf Art. 62a Abs. 2 BVG ergangenen Weisungen der Aufsichtsbehörde zu befolgen.

³⁰ Der Stiftungsrat nimmt die **Gesamtleitung der Vorsorgeeinrichtung** wahr, sorgt für die Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben, bestimmt die strategischen Ziele und Grundsätze der Vorsorgeeinrichtung sowie die Mittel zu deren Erfüllung, legt die Organisation der Vorsorgeeinrichtung fest, sorgt für ihre Stabilität und überwacht die Geschäftsführung (Art. 51a Abs. 1 BVG).

²⁵ OGer ZH, 7.6.2017, LB150057, E. 6.2.

²⁶ BGE 115 II 62 E. 3a.

²⁷ BGE 127 III 328 E. 3; BGE 115 II 62 E. 3a; BGer, 3.12.2004, 4C.18/2004, E. 1.1.

²⁸ BGE 115 II 62 E. 3a; BGer, 27.6.2011, 4A_140/2011, E. 2.1.

²⁹ BGE 115 II 62 E. 3a; BGer, 27.6.2011, 4A_140/2011, E. 2.1.

³⁰ OGer ZH, 7.6.2017, LB150057, E. 6.2.

³¹ *Gullo*, Die Verantwortlichkeit des Stiftungsrats in der Vorsorgeeinrichtung und die Delegation von Aufgaben, SZS 2001, 40 ff., 45.

³¹ Zu den **unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Stiftungsrats** gehören gemäss **Art. 51a Abs. 2 BVG** unter anderem der Erlass und die Änderung von Reglementen (lit. c), die Festlegung der Organisation (lit. f), die Ernennung und Abberufung der mit der Geschäftsführung betrauten Personen (lit. j), die Festlegung der Ziele und der Grundsätze der Vermögensverwaltung sowie der Durchführung und Überwachung des Anlageprozesses (lit. m).

³² Diese zentralen strategischen Bereiche der Führung der Vorsorgeeinrichtung können weder statutarisch noch reglementarisch anderen Personen oder Gremien übertragen werden (was sich auch in Art. 51a Abs. 3 BVG reflektiert, wonach das oberste Organ lediglich die Vorbereitung, Ausführung und Überwachung seiner Beschlüsse, nicht aber die Beschlussfassung über seine Geschäfte selbst an Ausschüsse oder einzelne Mitglieder delegieren kann).³²

(b) *Führungsverantwortung im Rahmen der Vermögensanlage (Art. 49a BVV 2)*

³³ Die Führungsverantwortung des Stiftungsrats im Bereich der Vermögensanlage wird durch **Art. 49a BVV 2** konkretisiert. Demnach ist der Stiftungsrat verantwortlich für die **Führung der Vermögensverwaltung**.

³⁴ Im Rahmen dieser Führungsaufgabe hat der Stiftungsrat die ertrags- und risikogerechte Vermögensbewirtschaftung in nachvollziehbarer Art und Weise zu gestalten, zu überwachen und zu steuern (Art. 49a Abs. 1 BVV 2). Unter anderem hat er eine Anlagestrategie und eine Organisation für den Anlageprozess zu gestalten sowie umzusetzen, wobei sicherzustellen ist, dass der gesamte Anlageprozess laufend überwacht wird.³³

³⁵ Der Stiftungsrat hat im Rahmen der Vermögensanlage insbesondere die folgenden **Aufgaben** (Art. 49a Abs. 2 BVV 2):

- Festlegen der Ziele und Grundsätze, der Organisation und des Verfahrens für die Vermögensanlage in einem Reglement;
- Aufstellen der Regeln, die bei der Ausübung der Aktionärsrechte der Vorsorgeeinrichtung zur Anwendung gelangen;
- Treffen der zur Umsetzung der Art. 48f–48j BVV 2 geeigneten organisatorischen Massnahmen;
- Festlegen der Anforderungen, welche die Personen und Einrichtungen erfüllen müssen, die das Vermögen der Vorsorgeeinrichtung anlegen und verwalten.

³² BSK Berufliche Vorsorge-Bloch-Riemer, 2020, Art. 51a BVG N 8.

³³ BSV, Mitteilungen für berufliche Vorsorge 108 (2008), Rz. 665, Ziff. 2.1.

³⁶ Das im ersten Lemma erwähnte Reglement (das **Anlagereglement**) soll, basierend auf den gesetzlichen und verordnungsmässigen Vorschriften, auf die besonderen Bedürfnisse der jeweiligen Vorsorgeeinrichtung abgestimmt sein.³⁴

³⁷ Im Anlagereglement sind unter anderem die folgenden Punkte festzuhalten:³⁵

- die auf den Versichertenbestand und das Leistungsreglement ausgerichtete Ertragsvorstellungen (z. B. wird grundsätzlich eine ehrgeizige oder vorsichtige Renditeperspektive angestrebt);
- Prinzipien zur Sicherstellung eines ausgeglichenen Verhältnisses von Vermögen und Verbindlichkeiten (z. B. Richtlinien für die Anwendung der Erweiterungsmöglichkeiten, Verhaltenstoleranz bei Unter- oder Überdeckung, Prioritäten für anlagepolitische, leistungsseitige oder beitragsseitige Massnahmen);
- Zulässigkeit von Anlagekategorien und -formen;
- Grundsätze zur Liquidität und Zahlungsfähigkeit;
- Grundsätze zur Risikofähigkeit und -bereitschaft des Stiftungsrats;
- Verantwortlichkeiten der verschiedenen Organe der Vorsorgeeinrichtung;
- Verwaltungs- und Verfahrensgrundsätze (z.B. aktive oder passive Vermögensverwaltung);
- Diversifikationsgrundsätze;
- Grundsätze zur Reporting und Überwachung.

³⁸ Basierend auf diesen grundsätzlichen Zielen und Verhaltensrichtlinien kann die **Anlagestrategie** (strategische *Asset Allocation*) definiert werden. Es gilt dabei die kurz-, mittel und langfristigen Ertragsziele, Risikobegrenzungen und Liquiditätsanforderungen sowie die dazu anvisierte Aufteilung des Vermögens in verschiedene Anlagekategorien und -portfolios soweit als möglich quantitativ zu definieren. Die Anlagestrategie ist periodisch zu überprüfen und allenfalls anzupassen.³⁶

3.2.2 Interne und externe Vermögensverwalter

³⁹ Die mit dem Treffen von Anlageentscheiden betrauten internen und externen Vermögensverwalter haben die einzelnen Anlagen unter Einhaltung der gesetzlichen, reglementarischen und vertraglichen (interner Vermögensverwalter: Arbeitsvertrag; externer Vermögensverwalter: Auftrag) Vorgaben sorgfältig auszuwählen und das von ihnen verwaltete Portfolio laufend zu überwachen.

⁴⁰ Eine sorgfältige Durchführung des Portfoliomanagements einer Vorsorgeeinrichtung erfordert die Beschaffung und Bewertung der relevanten Entscheidungsgrundlagen, was

³⁴ BSV, Mitteilungen für berufliche Vorsorge 108 (2008), Rz. 665, Ziff. 2.1.

³⁵ BSV, Mitteilungen für berufliche Vorsorge 108 (2008), Rz. 665, Ziff. 2.1.

³⁶ BSV, Mitteilungen für berufliche Vorsorge 108 (2008), Rz. 665, Ziff. 2.1.

wiederum insbesondere ein angemessenes Risikomanagement voraussetzt, mit welchem die Identifikation, Bewertung, Steuerung und Überwachung der mit den einzelnen Anlagen verbundenen wesentlichen, finanziellen Risiken sichergestellt wird (so explizit Art. 12 Abs. 4 FINIV für Verwalter von Kollektivvermögen; s. Rz. 44 unten), worunter auch relevante Klimarisiken fallen.

3.3 Subsumption: Pflicht zur Berücksichtigung von Klimarisiken im Rahmen der Verwaltung des Vermögens von Vorsorgeeinrichtungen?

41 Wie in 3.1 oben dargestellt, sind der Stiftungsrat sowie weitere interne und externe Personen, die mit der Vermögensverwaltung einer Vorsorgeeinrichtung betraut sind, aufgrund ihrer treuhänderischen Sorgfaltspflicht zu einem sorgfältigen Tätigwerden im Interesse der Vorsorgeeinrichtung verpflichtet. Die Vermögensanlage der Vorsorgeeinrichtung hat an den in Art. 71 Abs. 1 BVG genannten Grundsätzen (Sicherheit der Anlagen, angemessene Risikoverteilung, Erzielung eines genügenden Ertrags, Deckung des voraussehbaren Bedarfs an flüssigen Mitteln) auszurichten. Die Führungsverantwortung bei der Vermögensanlage kommt dabei dem Stiftungsrat zu, der die unübertragbare Aufgabe hat, die gesamten Vermögensverwaltung in dokumentierter, strukturierter und transparenter Weise optimal zu organisieren, wobei das durch den Stiftungsrat zu erlassende Anlagereglement die Festlegung einer Anlagestrategie, das Verfahren und das Vorgehen bei der Ausführung und Kontrolle der Anlage formalisiert.³⁷

42 Eine sorgfältige Vermögensanlage setzt u.E. zwingend voraus, dass dabei sämtliche wesentlichen Risiken und Chancen berücksichtigt werden. Dies gilt für sämtliche Stufen des Anlageprozesses, d.h. sowohl für die Festlegung der Anlagestrategie als auch für deren Umsetzung und Überwachung. Wie bereits im Rechtsgutachten vom 12. Oktober 2018 erläutert, gebietet die treuhänderische Sorgfaltspflicht der verantwortlichen Organe bzw. des Vermögensverwalters einer Pensionskasse u.E., Klimarisiken und -chancen **unter Beachtung der Grundsätze der Vermögensverwaltung von Art. 71 Abs. 1 BVG** bei der Verwaltung des Vermögens einer Vorsorgeeinrichtung (was die Festlegung der Anlagestrategie im Anlagereglement, die Wahl der einzelnen Anlagen und die Diversifikation derselben beinhaltet) genauso wie alle anderen relevanten Anlagerisiken und -chancen mitzubedenken, wenn es sich bei solchen Klimarisiken und -chancen um relevante Anlagerisiken/-chancen handelt.³⁸

43 Dieses Ergebnis wird bestätigt durch zahlreiche Stellungnahmen in der Literatur, welche aus der Sorgfaltspflicht eine Pflicht zur Berücksichtigung von Klimarisiken und -chancen herleiten, soweit es sich bei diesen um finanziell relevante Risiken und Chancen handelt:

— *Weber/Hösli* stellen fest, Klimarisiken seien "aus heutiger Warte als *finanziell relevante, wesentliche Anlagerisiken* einzustufen". Entsprechend liege der Schluss nahe, "dass Klimarisiken (bzw. auch -chancen) heutzutage bei der

³⁷ *Mentha*, in: Schneider/Geiser/Gächter (FN 10), Art. 71 BVG N 45.

³⁸ Vgl. NKF-Gutachten 2018, 3.

Vermögensanlage zwingend von Vorsorgeeinrichtungen angemessen zu berücksichtigen sind". Gemäss diesen Autoren handelt es sich bei Klimarisiken "aus Sicht von institutionellen Investoren akzentuiert um finanzielle Risikofaktoren". "Umso mehr" sei "die Berücksichtigung von Klimarisiken einer Vorsorgeeinrichtung nicht freigestellt, sondern von ihr zu erwarten". Klimarisiken seien insofern "graduell zu unterscheiden von wertebezogenen 'sozialen', 'moralischen', 'ideellen' oder 'ethischen' Kriterien".³⁹

- *Bertschinger* führt aus, "fassbare Klimarisiken" sollten "zweifelloos auch im Rahmen der allgemeinen gesetzlichen Sicherheitsvorgabe für Anlagen in die Portfolio-Selektion einer Pensionskasse einfließen". Demgegenüber seien "beabsichtigte positive Klimawirkungen von Vermögensanlagen derzeit kein gesetzliches Anlagekriterium für Pensionskassen".⁴⁰
- Nach *Teves/Lauper/Eckert* ergibt sich aus der Pflicht zur sorgfältigen Informationsbeschaffung des Finanzdienstleisters sowie zur Wahrung des Kundeninteresses die Pflicht, klimabedingte (finanzielle) Risiken im Anlageprozess zu berücksichtigen. Um der gebotenen Sorgfalt nachzukommen, seien alle im Hinblick auf die Vermögensanlage relevanten Anlagechancen und –risiken zu identifizieren, zu bewerten und entsprechend zu berücksichtigen und zu diversifizieren. Klimarisiken (d.h. physische Risiken, regulatorische Risiken, Haftungsrisiken, Reputationsrisiken) seien während der Geschäftsbeziehung zu überwachen und im Rahmen des Risikomanagement zu berücksichtigen.⁴¹
- *Konrad/Lauener* halten fest, die treuhänderische Sorgfaltspflicht des obersten Organs einer Vorsorgeeinrichtung umfasse unter anderem die Erarbeitung von nachvollziehbaren Entscheidungsgrundlagen, das sorgfältige Auswählen, Instruieren und Überwachen von Beauftragten und im Fall von Anlageentscheiden das Verständnis der eingesetzten Anlagen in Bezug auf Risiken und erwartete Erträge nach Kosten und den Einbezug von Nachhaltigkeitsaspekten.⁴²
- Gemäss *Eggen/Stengel* ist die Frage nach der Berücksichtigung von Klimarisiken vor dem Hintergrund der allgemeinen Vorschriften zur Vermögensverwaltung durch Vorsorgeeinrichtungen zu beantworten, wie etwa Art. 50 Abs. 3 BVV 2, wonach bei der Vermögensanlage eine angemessene Risikoverteilung einzuhalten ist. Zumal sich Klimarisiken auf die einzelnen Positionen im Anlageuniversum von Vorsorgeeinrichtungen ganz unterschiedlich auswirken können, seien sie für die Wahrung einer angemessenen Risikoverteilung zu berücksichtigen. Ebenso erfordere die Einhaltung der weiteren Grundsätze,

³⁹ *Weber/Hösl*, Der Klimawandel und die Finanzmärkte, Berücksichtigung von Klimarisiken und -chancen durch institutionelle Anleger in der Schweiz, GesKR 2019 574 ff., 587 ff.

⁴⁰ *Bertschinger*, Das Finanzmarktaufsichtsrecht vom vierten Quartal 2019 bis ins vierte Quartal 2020, SZW 2020 702 ff., 709.

⁴¹ *Teves/Lauper/Eckert*, Nachhaltigkeit und Finanzmarktrecht, GesKR 2020 411 ff., 421 f.

⁴² *Konrad/Lauener*, Das oberste Organ als sorgfältiger Treuhänder der Versicherten – höchste Professionalität durch sozialpartnerschaftliche Miliz-Führung, in: Kahil-Wolff Hummer/Wyler (Hrsg.), Piliers du droit social, Mélanges en l'honneur de Jacques-André Schneider, Bern 2019, 136 f.

die gemäss Art. 71 BVG bei der Verwaltung des Vorsorgevermögens einzuhalten sind, z.B. die Sicherheit der Anlagen, die Berücksichtigung von Klimarisiken: Der Einbezug von Klimarisiken sei "somit insoweit erforderlich, als die in Art. 71 BVG genannten Grundsätze nur unter Berücksichtigung sämtlicher wesentlichen Risiken eingehalten werden können". Vorsorgeeinrichtungen seien "deshalb bereits unter geltendem Recht verpflichtet, Klimarisiken in ihre Verwaltungsentscheide einzubeziehen".⁴³

- Gemäss *Spillmann* könne eine Vorsorgeeinrichtung auch zum Schluss kommen, dass Investments in nachhaltige und/oder ethische Anlagen generell sicherer und profitabler seien, in welchem Falle die Vorsorgeeinrichtung "geradezu verpflichtet" wäre, in solche und nicht andere Beteiligungen zu investieren.⁴⁴

⁴⁴ Dass auch der Gesetzgeber die Berücksichtigung sämtlicher relevanter Risiken als zentralen Bestandteil einer sorgfältig durchgeführten Anlagetätigkeit ansieht, lässt sich etwa auch an den organisatorischen Anforderungen an Verwalter von Kollektivvermögen (welche gemäss Art. 48f Abs. 4 lit. f BVV 2 mit der Vermögensverwaltung von Vorsorgeeinrichtungen betraut werden dürfen) erkennen. So haben Verwalter von Kollektivvermögen für die ihnen anvertrauten Vermögenswerte neben der Portfolioverwaltung auch das Risikomanagement sicherzustellen (Art. 26 Abs. 1 FINIG). Das Risikomanagement muss dabei funktional und hierarchisch von den operativen Geschäftseinheiten, insbesondere vom Portfoliomanagement getrennt (Art. 41 Abs. 3 FINIV) und so organisiert sein, dass sich **alle wesentlichen Risiken** feststellen, bewerten, steuern und überwachen lassen (Art. 12 Abs. 4 FINIV). Art. 11 Abs. 1 FINIV-FINMA verlangt von Verwaltern von Kollektivvermögen, dass sie angemessene Risikomanagement- und Risikokontrollgrundsätze sowie die Organisation des Risikomanagements und der Risikokontrolle in internen Richtlinien festzulegen, wobei auch jene Risiken einzubeziehen sind, denen die von ihnen verwalteten Kollektivvermögen (was die verwalteten Vermögen von Vorsorgeeinrichtungen einschliesst) ausgesetzt sind oder sein könnten (Art. 11 Abs. 2 FINIV-FINMA). Die internen Richtlinien haben dabei u.a. die Risikoarten auf der Ebene der Kollektivvermögen sowie die Verfahren und Systeme zur Bewertung und Verwaltung aller wesentlicher Risiken der Kollektivvermögen, insbesondere (aber nicht ausschliesslich) von deren Markt-, Liquiditäts- und Gegenpartierisiko, festzulegen (Art. 11 Abs. 3 lit. b und c FINIV-FINMA). Für die Wahrnehmung der Risikokontrolle müssen Verwalter von Kollektivvermögen über ausreichend fachlich qualifiziertes Personal verfügen (Art. 14 Abs. 1 FINIV-FINMA). Es sind u.a. die Risiken jeder einzelnen Position der von Vorsorgeeinrichtungen verwalteten Vermögenswerte und deren Gesamtrisiko festzustellen, zu bewerten und zu überwachen (Art. 14 Abs. 2 lit. c FINIV-FINMA).

⁴³ *Eggen/Stengel*, Rechtliches Gutachten «Berücksichtigung von Klimarisiken und -wirkungen auf dem Finanzmarkt» (Teil 1: Grundlagen) im Auftrag des BAFU, Oktober 2019, Rz 28 f.

⁴⁴ *Spillmann*, Institutionelle Investoren im Recht der (echten) Publikumsgesellschaften, Zürich/Basel/Genf 2004 (= SSHW 232), 94 ff.

3.4 Prüfung möglicher Haftungsgrundlagen

⁴⁵ Nachfolgend soll geprüft werden, gestützt auf welche gesetzlichen Haftungsgrundlagen die Destinatäre klimabedingte Vermögensschäden einklagen können, die infolge von Unterlassungen im allgemeinen Risikomanagement der Vorsorgeeinrichtung eingetreten sind oder absehbar eintreten werden.

3.4.1 Verantwortlichkeit nach Art. 52 Abs. 1 BVG

(a) Übersicht

⁴⁶ Gemäss **Art. 52 Abs. 1 BVG** sind alle mit der Verwaltung oder Geschäftsführung der Vorsorgeeinrichtung betrauten Personen sowie die Experten für berufliche Vorsorge für den Schaden verantwortlich, den sie der Vorsorgeeinrichtung absichtlich oder fahrlässig zufügen.

⁴⁷ Mit der Einführung von Art. 52 BVG sollte "eine Lücke, die im Stiftungsrecht seit jeher bestanden hat," geschlossen werden.⁴⁵ Wie aus dem Entwurf des Bundesrats hervorgeht,⁴⁶ war ursprünglich beabsichtigt, sowohl der Vorsorgeeinrichtung als auch den Versicherten und Gläubigern eine Anspruchsgrundlage für die durch die Verwaltung, Geschäftsführung oder Kontrolle der Vorsorgeeinrichtung verursachten Schaden zu geben. Die Klagemöglichkeit der Versicherten und Gläubiger wurde jedoch im Rahmen der parlamentarischen Beratungen gestrichen,⁴⁷ weshalb die Klage gestützt auf Art. 52 BVG **nur der Vorsorgeeinrichtung selber** offensteht (s. Rz. 50 unten).

⁴⁸ Nach herrschender Lehre handelt es sich bei der Haftung nach Art. 52 BVG um eine **vertragliche Haftung**,⁴⁸ wobei das Bundesgericht einen deliktischen Charakter von Art. 52 BVG nicht per se ausschliessen zu wollen scheint:⁴⁹ So hat es in BGE 128 V 124 eine *Widerrechtlichkeit* (wie sie im Rahmen der deliktischen Haftung gemäss Art. 41 OR zum Tragen kommt) und nicht eine *Vertragsverletzung* geprüft.

⁴⁹ Weitere Normen zur vertraglichen Haftung haben subsidiären Charakter und sind insbesondere für das Mass der geschuldeten Sorgfalt und bei der Bestimmung von Pflichten, deren Verletzung zur Verantwortlichkeit nach Art. 52 BVG führen kann, heranzuziehen.⁵⁰ Abzustellen ist dabei – je nach Sachverhalt – auf die Bestimmungen aus dem Arbeitsrecht (Art. 321e OR), dem Auftragsrecht (Art. 398 OR) oder dem allgemeinen Vertragsrecht (Art. 97 ff. OR).

⁴⁵ Botschaft Revision BVG, BBI 1976 I 275.

⁴⁶ BBI 1976 I 303.

⁴⁷ BSK Berufliche Vorsorge-Bloch-Riemer, 2020, Art. 52 BVG N 4.

⁴⁸ Kieser, in: Schneider/Geiser/Gächter (FN 10), Art. 52 BVG N 8; BSK Berufliche Vorsorge-Bloch-Riemer, 2020, Art. 52 BVG N 1; Stauffer (FN 5), Rz. 2000.

⁴⁹ BSK Berufliche Vorsorge-Bloch-Riemer, 2020, Art. 52 BVG N 2.

⁵⁰ Kieser, in: Schneider/Geiser/Gächter (FN 10), Art. 52 BVG N 10; Gullo (FN 31), 42.

(b) *Aktivlegitimation (anspruchsberechtigte Person)*

50 **Die Verantwortlichkeitsklage steht nur der Vorsorgeeinrichtung selber zu, d.h. die Destinatäre können keine Forderungen gestützt auf Art. 52 BVG geltend machen.**⁵¹

51 Die Pflicht, allfällige Verantwortlichkeitsansprüche abzuklären und gegebenenfalls im Namen der Vorsorgeeinrichtung geltend zu machen, obliegt dem Stiftungsrat als oberstem Organ.⁵² Diese Pflicht folgt aus der Pflicht zur Geltendmachung von Forderungen, welche sich wiederum aus der Pflicht zur zweckgemässen Vermögensverwendung ergibt.⁵³ Da die Vorsorgeeinrichtung während der Dauer des Vertrags- bzw. Organverhältnisses regelmässig in einer engen Beziehung zur potenziell haftpflichtigen Person steht, werden Verantwortlichkeitsansprüche nach Art. 52 BVG in der Praxis meist erst geltend gemacht, wenn die betreffende vertragliche Beziehung beendet wurde (d.h. das betreffende Stiftungsratsmitglied aus dem Stiftungsrat ausgetreten ist oder der Vermögensverwaltungsvertrag beendet wurde etc.); dies ist allerdings nicht Voraussetzung für die Geltendmachung einer Verantwortlichkeit.⁵⁴

(c) *Passivlegitimation (potenziell haftpflichtige Personen)*

52 Als **Passivlegitimierte** nennt Art. 52 Abs. 1 BVG ausdrücklich drei Kategorien von Personen:

- die mit der Verwaltung der Vorsorgeeinrichtung betrauten Personen;
- die mit der Geschäftsführung der Vorsorgeeinrichtung betrauten Personen;
und
- die Experten für berufliche Vorsorge.

53 Haftpflichtig ist zum einen, wer als **formelles Organ** in einer vertraglichen Beziehung mit der Vorsorgeeinrichtung steht, wobei sich diese vertragliche Beziehung gemäss dem Wortlaut von Art. 52 Abs. 1 BVG auf den Bereich der Verwaltung, der Geschäftsführung oder der Kontrolle beziehen kann.⁵⁵ Erfasst werden jedoch auch bloss **faktische Organe**:⁵⁶ Es reicht, dass faktisch eine Verwaltungs-, Geschäftsführungs- oder Kontrollfunktion vorliegt.⁵⁷ Unter dem Begriff der "Verwaltung" ist die Tätigkeit des Leitungsorgans (des Stiftungsrats) zu verstehen.⁵⁸ Es handelt sich dabei um die Personen

51 *Kieser*, in: *Schneider/Geiser/Gächter* (FN 10), Art. 52 BVG N 17; *Stauffer* (FN 5), Rz. 2020; BSK Berufliche Vorsorge-Bloch-Riemer, 2020, Art. 52 BVG N 12; OFK BVG-Vetter-Schreiber, 4. Aufl. 2021, Art. 52 N 2.

52 BVGer, 4.9.2013, C-3698/2011, E. 6.3.2.

53 *Gullo* (FN 31), 54 f.

54 *Kieser*, in: *Schneider/Geiser/Gächter* (FN 10), Art. 52 BVG N 18; BSK Berufliche Vorsorge-Bloch-Riemer, 2020, Art. 52 BVG N 13.

55 BSK Berufliche Vorsorge-Bloch-Riemer, 2020, Art. 52 BVG N 15.

56 BGE 143 V 19 E. 3.1.2; *Kieser*, in: *Schneider/Geiser/Gächter* (FN 10), Art. 52 BVG N 22.

57 BSK Berufliche Vorsorge-Bloch-Riemer, 2020, Art. 52 BVG N 17.

58 *Kieser*, in: *Schneider/Geiser/Gächter* (FN 10), Art. 52 BVG N 24; BSK Berufliche Vorsorge-Bloch-Riemer, 2020, Art. 52 BVG N 20.

oder Gremien, welche für die strategischen Aufgaben in der Vorsorgeeinrichtung zuständig und verantwortlich sind, wohingegen rein administrative Tätigkeiten nicht umfasst sind.⁵⁹ Die mit der "Geschäftsführung" betrauten Personen umfassen eine obere Führungsschicht, welche Weisungen erteilt.⁶⁰ Untergeordnete, administrative Tätigkeiten unterliegen nicht der Verantwortlichkeit nach Art. 52 BVG, da unter Geschäftsführungsaufgaben im Sinne dieser Bestimmung nur Aspekte der eigentlichen Geschäftsführung zu subsumieren sind.⁶¹

54 Passivlegitimiert sind somit insbesondere **Mitglieder des Stiftungsrats** (Arbeitgeber wie auch Arbeitnehmervertreter), die Geschäftsführer oder Sekretäre, die Revisionsstelle und die Experten.⁶² Diese Personen haften mit ihrem ganzen Vermögen für den Schaden (s. (d)(bb) unten), den sie durch eine Vertragsverletzung (s. (d)(cc) unten) vorsätzlich oder fahrlässig (s. (d)(dd) unten) verschulden.⁶³

55 Die vom Stiftungsrat mit der Durchführung der Vermögensverwaltung (basierend auf den Vorgaben des Stiftungsrats) betrauten internen bzw. externen Vermögensverwalter dürften hingegen in der Regel *nicht* unter Art. 52 BVG passivlegitimiert sein, da sie nicht mit der «Verwaltung» oder «Geschäftsführung» der Vorsorgeeinrichtung betraut sind, sondern eben nur mit der Vermögensverwaltung (in diesem Sinne wird z.B. auch in Art. 51b Abs. 1 BVG begrifflich unterschieden zwischen den mit der «Geschäftsführung» und «Verwaltung» betrauten Personen einerseits und den mit der «Vermögensverwaltung» betrauten Personen andererseits). Die vertragliche Haftung von internen und externen Vermögensverwaltern richtet sich somit u.E. nach den Bestimmungen des allgemeinen Teils des Obligationenrechts zur vertraglichen Haftung (Art. 97 ff. OR) in Verbindung mit den auf das betreffende Vertragsverhältnis anwendbaren besonderen Bestimmungen, d.h. bei internen Vermögensverwaltern jenen des Arbeitsrechts [Art. 319 ff. OR] und bei externen Vermögensverwaltern jenen zum Auftrag [Art. 394 ff. OR] (s. 3.4.2 unten).

(d) *Haftungsvoraussetzungen*

(aa) *Übersicht*

56 Eine vertragliche Haftung, wie sie gemäss herrschender Lehre in Art. 52 BVG vorgesehen ist, setzt voraus, dass kumulativ **folgende vier Elemente** gegeben sind:⁶⁴

1. ein Schaden (dazu (bb) unten);

⁵⁹ BSK Berufliche Vorsorge-Bloch-Riemer, 2020, Art. 52 BVG N 20.

⁶⁰ Kieser, in: Schneider/Geiser/Gächter (FN 10), Art. 52 BVG N 29; BSK Berufliche Vorsorge-Bloch-Riemer, 2020, Art. 52 BVG N 21.

⁶¹ Kieser, in: Schneider/Geiser/Gächter (FN 10), Art. 52 BVG N 30; BSK Berufliche Vorsorge-Bloch-Riemer, 2020, Art. 52 BVG N 22.

⁶² BSK Berufliche Vorsorge-Bloch-Riemer, 2020, Art. 52 BVG N 17.

⁶³ BSK Berufliche Vorsorge-Bloch-Riemer, 2020, Art. 52 BVG N 17.

⁶⁴ BSK Berufliche Vorsorge-Bloch-Riemer, 2020, Art. 52 BVG N 30; OFK BVG-Vetter-Schreiber, 4. Aufl. 2021, Art. 52 N 5; Gullo (FN 31), 43.

2. eine Pflichtverletzung (dazu (cc) unten);
3. ein Verschulden (dazu (dd) unten); und
4. ein natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden (dazu (ee) unten).

(bb) *Schaden*

57 Nach dem allgemeinen Schadensbegriff, wie er in der Praxis des Bundesgerichts verwendet wird, ist der Schaden eine **unfreiwillige Vermögensverminderung**, der in einer **Verminderung der Aktiven**, einer **Vermehrung der Passiven** oder im **entgangenen Gewinn** bestehen kann.⁶⁵ Der Schaden entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte.⁶⁶

58 Was die in der Fragestellung erwähnten «absehbar eintretenden Schäden» angeht, so lässt sich sagen, dass auch eine **reine Vermögensgefährdung** als Schaden qualifiziert, sofern die Gefährdung in einem Ausmass vorliegt, in welchem nach einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise bereits von einer Vermögensminderung auszugehen ist,⁶⁷ was dann zutrifft, wenn der Gefährdung im Rahmen der sorgfältigen Bilanzierung durch Wertberichtigung oder Rückstellung Rechnung getragen werden muss.⁶⁸

59 Der so definierte Schadensbegriff muss im Einzelfall konkretisiert werden: Im Zusammenhang mit Anlagegeschäften kann eine Schädigung einerseits aufgrund sorgfaltswidriger Verwaltung eines gesamten Portfolios (durch Verfolgung einer pflichtwidrigen Anlagestrategie) erwachsen. Andererseits kann sich das sorgfaltswidrige Verhalten aber auf einzelne und damit bestimmbare pflichtwidrige Anlagen beschränken: Im ersten Fall ist auf das gesamte zur Verwaltung übergebene Vermögen abzustellen, im zweiten Fall dagegen bloss auf den Teil des Vermögens, der für die sorgfaltswidrigen Anlagen eingesetzt wurde.⁶⁹

60 Für den Fall, dass das **gesamte Portfolio** sorgfaltswidrig verwaltet worden ist, bildet Grundlage der Schadensberechnung der Vergleich zwischen dem tatsächlichen Stand des verwalteten Vermögens (effektives Portfolio) und dem Vermögensstand, der bestünde, wenn das Vermögen in der gleichen Periode unter Beachtung der vertraglichen Sorgfaltspflichten verwaltet worden wäre (hypothetisches Portfolio).⁷⁰ Diesfalls kann der Schaden bzw. das hypothetische Vergleichsportfolio nur geschätzt werden (Art. 99 Abs. 3 i.V.m. Art. 42 Abs. 2 OR). Bei der Vergleichshypothese ist im Regelfall auf die

⁶⁵ BGE 139 V 176 E. 8.1; BGE 132 III 186 E. 8.1; BGE 129 III 331 E. 2.1; OFK BVG-*Vetter-Schreiber*, 4. Aufl. 2021, Art. 52 N 6; BSK *Berufliche Vorsorge-Bloch-Riemer*, 2020, Art. 52 BVG N 31.

⁶⁶ BGE 144 III 155 E. 2.2; BGE 142 III 23 E. 4.1; BGE 139 V 176 E. 8.1; BGE 132 III 186 E. 8.1; BGE 132 III 321 E. 2.2.1; BGE 129 III 331 E. 2.1.

⁶⁷ BSK *Berufliche Vorsorge-Bloch-Riemer*, 2020, Art. 52 BVG N 31; OFK BVG-*Vetter-Schreiber*, 4. Aufl. 2021, Art. 52 N 6.

⁶⁸ BGE 122 IV 279 E. 2a.

⁶⁹ BGE 144 III 155 E. 2.2.

⁷⁰ BGer, 7.2.2017, 4A_436/2016, E. 5.1; BGer, 5.3.2014, 4A_364/2013, E. 7.1; BGer, 15.1.2008, 4A_351/2007, E. 3.2.2; BGer, 10.11.2006, 4C.158/2006, E. 4.3.

Sorgfalt eines durchschnittlich erfolgreichen Vermögensverwalters während der gleichen Periode abzustellen.⁷¹

- 61 Falls hingegen nur **einzelne Anlagen** vertragswidrig getätigt worden sind, beschränkt sich die Schadensberechnung auf die Ermittlung der Differenz zwischen dem tatsächlichen Wert der einzelnen pflichtwidrigen Anlagen und dem hypothetischen Wert, den das konkret pflichtwidrig investierte Kapital bei vertragskonformer Anlage hätte.⁷² Als Vergleichsmaßstab kommen hier passende Alternativanlagen in Betracht, die der vertraglichen Anlagestrategie entsprechen und pflichtgemäss vom Vertragspartner oder einem durchschnittlich erfolgreichen Vermögensverwalter bzw. Anlageberater getätigt worden wären.⁷³

(cc) *Pflichtverletzung*

- 62 Die vertragliche Haftung setzt die **Verletzung einer vertraglichen Pflicht** voraus: Die relevanten Pflichten ergeben sich aus Gesetz und Verordnungen (im Kontext der Vermögensanlage insbesondere aus Art. 71 Abs. 1 BVG und Art. 50 ff. BVV 2; s. 3.1.2 oben), aus der Stiftungsurkunde und den Reglementen, den Beschlüssen des Stiftungsrats, dem Vertragsverhältnis (namentlich dem Auftragsverhältnis zwischen der Vorsorgeeinrichtung und den einzelnen Mitgliedern des Stiftungsrats) sowie den Weisungen der Aufsichtsbehörde.⁷⁴

- 63 Die Missachtung der speziellen Anlagevorschriften von Art. 53 ff. BVV 2 gilt in jedem Falle als pflichtwidrig.⁷⁵ *Darüber hinaus* wird aber stets auch die Einhaltung der allgemeinen Sorgfaltspflichten und namentlich der allgemeinen Sicherheitsanforderungen von Art. 71 BVG verlangt.⁷⁶

- 64 Die Sorgfaltspflicht ist in jedem Einzelfall im Hinblick auf die Erfüllung der konkreten Aufgabe zu definieren. Es ist jene Sorgfalt verlangt, die ein gewissenhafter und sachkundiger Stiftungsrat in der gleichen Lage bei der Erfüllung der ihm übertragenen Aufgaben anwenden würde.⁷⁷ Ein Mitglied des Stiftungsrats darf sich nicht ohne Weiteres auf die Meinung anderer Mitglieder, welche Fachexperten sind, verlassen; vielmehr hat sich jedes Mitglied um die Gegebenheiten hinter den Zahlen zu kümmern und sich etwa mit der Anlagestrategie zu befassen.⁷⁸

⁷¹ BGE 144 III 155 E. 2.2.1; BGer, 5.3.2014, 4A_364/2013, E. 7.1; BGer, 10.11.2006, 4C.158/2006, E. 4.4.3.

⁷² BGE 144 III 155 E. 2.2.2; BGer, 10.10.2016, 4A_280/2016, E. 4.2; BGer, 10.11.2006, 4C.158/2006, E. 4.2.

⁷³ BGE 144 III 155 E. 2.2.2.

⁷⁴ Vgl. BGE 128 V 124 E. 4d; *Stauffer* (FN 5), Rz. 2007; OFK BVG-*Vetter-Schreiber*, 4. Aufl. 2021, Art. 52 N 8.

⁷⁵ BGE 128 V 124 E. 4d/aa; OFK BVG-*Vetter-Schreiber*, 4. Aufl. 2021, Art. 52 N 12.

⁷⁶ BGE 132 II 144 E. 1.3; BGer, 31.5.2010, 9C_997/2009, E. 5; vgl. zur Einhaltung der gesetzlichen und reglementarischen Limiten auch BGE 143 V 19 E. 6.1.6.

⁷⁷ OFK BVG-*Vetter-Schreiber*, 4. Aufl. 2021, Art. 52 N 9.

⁷⁸ BGE 141 V 51 E. 6.2.3.

(dd) *Verschulden*

65 Art. 52 Abs. 1 BVG spricht von *absichtlicher oder fahrlässiger* Zufügung des Schadens.

66 Von **Absicht** ist auszugehen, wenn die betreffende Person **mit Wissen und Willen** handelt (vgl. Art. 12 Abs. 2 StGB). Dies dürfte im Anwendungsbereich von Art. 52 BVG die Ausnahme bilden.

67 Praktisch relevanter sind Fälle der Fahrlässigkeit. Eine fahrlässige Zufügung des Schadens kann in den beiden Formen der leichten und der groben Fahrlässigkeit erfolgen:

- Eine **leichte Fahrlässigkeit** wird angenommen, wenn das betreffende Verhalten eine geringfügige Abweichung vom Sorgfaltsmassstab darstellt, welcher von einer gewissenhaften und sachkundigen Person in einer vergleichbaren Lage bei der Erfüllung der betreffenden Aufgabe angelegt worden wäre.⁷⁹
- Demgegenüber gilt als **grobe Fahrlässigkeit**, wenn das ausser Acht gelassen wird, was jedem verständigen Menschen in gleicher Lage und unter den gleichen Umständen als beachtlich hätte einleuchten müssen.⁸⁰

(ee) *Kausalzusammenhang*

68 Zur Begründung einer Haftung muss zwischen der pflichtwidrigen Handlung und dem eingetretenen Erfolg ein natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang bestehen:

- Der **natürliche Kausalzusammenhang** ist gegeben, "wenn ein Handeln Ursache im Sinn einer *conditio sine qua non* für den Eintritt des Erfolgs ist"⁸¹, d.h. eine Handlung nicht weggedacht werden kann, ohne dass auch deren Erfolg entfiel.⁸²
- Von einem **adäquaten Kausalzusammenhang** wird gesprochen, wenn die entsprechende Verhaltensweise nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizufügen, wenn also der Eintritt dieses Erfolgs durch das Verhalten allgemein als begünstigt erscheint.⁸³

69 Im Falle einer Unterlassung bestimmt sich der Kausalzusammenhang nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung danach,

⁷⁹ Vgl. BGE 128 V 124 E. 4e; *Kieser*, in: Schneider/Geiser/Gächter (FN 10), Art. 52 BVG N 46; BSK Berufliche Vorsorge-Bloch-Riemer, 2020, Art. 52 BVG N 41.

⁸⁰ *Kieser*, in: Schneider/Geiser/Gächter (FN 10), Art. 52 BVG N 47; BSK Berufliche Vorsorge-Bloch-Riemer, 2020, Art. 52 BVG N 41.

⁸¹ BGE 141 V 51 E. 8.1.

⁸² Vgl. BGE 119 V 335 E. 1.

⁸³ BGE 125 V 456 E. 5a.

"ob der Erfolg auch bei Vornahme der unterlassenen Handlung eingetreten wäre. Er geht um einen hypothetischen Kausalverlauf, für den nach den Erfahrungen des Lebens und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge eine überwiegende Wahrscheinlichkeit sprechen muss"⁸⁴.

⁷⁰ Die Rechtsprechung unterscheidet grundsätzlich auch bei Unterlassungen zwischen natürlichem und adäquatem Kausalzusammenhang. Während bei *Handlungen* die wertenden Gesichtspunkte erst bei der Beurteilung der Adäquanz zum Tragen kommen, spielen diese Gesichtspunkte bei Unterlassungen in der Regel schon bei der Feststellung des hypothetischen Kausalverlaufs eine Rolle. Es ist daher bei Unterlassungen in der Regel nicht sinnvoll, den hergestellten oder angenommenen hypothetischen Geschehensverlauf auch noch auf seine Adäquanz zu prüfen.⁸⁵

3.4.2 Vertragliche Haftung nach Art. 97 Abs. 1 OR

⁷¹ Wie gezeigt, sind bei der Haftung gem. Art. 52 BVG ausschliesslich formelle und faktische Organe der Vorsorgeeinrichtung passivlegitimiert (s. 3.4.1(c) oben). Personen, welche hierarchisch unter der oberen Führungsebene anzusiedeln sind, worunter i.d.R. insbesondere mit der Vermögensverwaltung betraute interne und externe Vermögensverwalter fallen, haften somit nicht nach Art. 52 BVG. Diese Personen können jedoch nach der allgemeinen Vertragshaftung haftbar werden, da sie mit der Vorsorgeeinrichtung in einem Vertragsverhältnis stehen. Je nach Art des Vertrages stützt sich die Haftung dabei auf das Arbeitsrecht (Art. 97 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 321e OR; i.d.R. bei internen Vermögensverwaltern) oder auf das Auftragsrecht (Art. 97 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 398 OR; i.d.R. bei externen Vermögensverwaltern).

⁷² Die Haftungsvoraussetzungen sind die gleichen wie bei Art. 52 BVG: Es braucht einen Schaden, eine Pflichtverletzung, ein Verschulden sowie einen natürlichen und adäquaten Kausalzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden (s. dazu oben 3.4.1(d) oben). Auch bei der allgemeinen Vertragshaftung ergeben sich die relevanten vertraglichen Pflichten im Einzelfall neben dem Vertrag selbst aus Gesetz und Verordnungen, aus der Stiftungsurkunde und den Reglementen, den Beschlüssen des Stiftungsrats sowie den Weisungen der Aufsichtsbehörde (s. dazu 3.4.1(d)(cc) oben). Im Resultat haften somit interne und externe Vermögensverwalter gegenüber der Vorsorgeeinrichtung gestützt auf die vertragliche Haftung – bei Vorliegen sämtlicher Haftungsvoraussetzungen – gleich wie die Organe der Vorsorgeeinrichtung gestützt auf Art. 52 BVG.

3.4.3 Ausservertragliche Haftung

⁷³ Nach dem Gesagten scheidet die Geltendmachung einer vertraglichen Haftung (Art. 52 BVG; Art. 97 ff. OR) durch die Destinatäre aus, da diese in keiner vertraglichen Beziehung zu den Mitgliedern des Stiftungsrats und allfälligen mit der Vermögensverwaltung betrauten internen oder externen Vermögensverwaltern stehen.

⁸⁴ BGE 141 V 51 E. 8.1; BGE 124 III 155 E. 3d.

⁸⁵ BGE 141 V 51 E. 8.1.

74 Zu prüfen sind somit die Voraussetzungen der **ausservertraglichen Haftung**. Die Destinatäre können einerseits gegen die Vorsorgeeinrichtung selbst (Art. 55 Abs. 2 ZGB) oder gestützt auf Art. 55 Abs. 3 ZGB auch gegen die einzelnen Mitglieder des Stiftungsrats direkt vorgehen, wenn diese schuldhaft gehandelt haben (was vor allem dann infrage kommen wird, wenn die Stiftung selbst kein – oder nur ungenügendes – Vermögen aufweist).⁸⁶ Die ausservertragliche Haftung richtet sich nach **Art. 41 OR**:

Art. 41 OR

¹ Wer einem andern widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, wird ihm zum Ersatze verpflichtet.

² Ebenso ist zum Ersatze verpflichtet, wer einem andern in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise absichtlich Schaden zufügt.

75 Haftungsvoraussetzungen der ausservertraglichen Haftung sind somit (1) der Eintritt eines Schadens, (2) rechtswidriges Verhalten, (3) adäquat kausale Verursachung und (4) Verschulden. In Bezug auf das Verschulden und den adäquaten Kausalzusammenhang kann auf das oben in 3.4.1(d)(dd) und (ee) oben Gesagte verwiesen werden.

76 Was den **Schaden** angeht, ist Folgendes zu beachten: Der betroffene Destinatär muss einen direkten Schaden erleiden. In der Praxis wird der Schaden in aller Regel bei der Vorsorgeeinrichtung selbst auftreten und – als Folge daraus – nur indirekt beim Destinatär. Erleidet die Vorsorgeeinrichtung einen Schaden, bedeutet dies noch nicht, dass die Destinatäre direkt zu Schaden kommen.⁸⁷ Die Destinatäre erleiden erst dann einen konkreten Schaden, wenn die Vorsorgeeinrichtung ihren Ansprüchen nicht mehr gerecht werden kann.⁸⁸

77 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist eine Schadenszufügung dann als widerrechtlich anzusehen, wenn sie gegen eine allgemeine gesetzliche Pflicht verstösst, indem entweder ein absolutes Recht des Geschädigten beeinträchtigt wird oder – im vorliegenden Kontext relevant – eine reine Vermögensschädigung durch Verstoss gegen eine einschlägige **Schutznorm** bewirkt wird. Die Widerrechtlichkeit besteht nicht, wenn eine Schädigung reiner Vermögensrechte stattgefunden hat, dabei jedoch keine Verhaltensnorm verletzt worden ist, die nach ihrem Zweck vor derartigen Schädigungen schützen soll.⁸⁹

78 Der Lehre und Rechtsprechung ist – soweit ersichtlich – nichts zur Frage zu entnehmen, ob es sich bei den vorliegend relevanten vorsorgerechtlichen Normen um Schutznormen *zugunsten der Destinatäre* handelt. Zwar gibt es in der Lehre Stimmen, welche

⁸⁶ *Burkart/Kieser*, Die Verantwortlichkeit des Stiftungsrats, ST 4/13, 209 ff., 212.

⁸⁷ BSK Berufliche Vorsorge-*Bloch-Riemer*, 2020, Art. 52 BVG N 14.

⁸⁸ Was wohl selten der Fall sein dürfte, da der Sicherheitsfonds bis zu einer gewissen Höhe für den Schaden aufkommen muss (Art. 56 BVG); BSK Berufliche Vorsorge-*Bloch-Riemer*, 2020, Art. 52 BVG N 14; *Stauffer* (FN 5), Rz. 2020.

⁸⁹ BGE 119 II 127 E. 3.

eine ausservertragliche Haftung bejahen,⁹⁰ was implizit das Vorliegen einer Schutznorm voraussetzt. Diese Lehrmeinungen äussern sich jedoch nur zur ausservertraglichen Haftung der Stiftungsräte gegenüber der Vorsorgeeinrichtung und nicht gegenüber den Destinatären.

⁷⁹ Bei den vorliegend relevanten vorsorgerechtlichen Normen (insb. Art. 51b Abs. 2 und Art. 71 Abs. 1 BVG) handelt es sich unseres Erachtens eher nicht um Schutznormen zugunsten der Destinatäre, da diese Pflichten nicht das individuelle Vermögen der einzelnen Destinatäre, sondern das bei der Vorsorgeeinrichtung liegende Vermögen in seiner Gesamtheit im Interesse der Versicherten schützen sollen. Es ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass ein Gericht diese Normen als Schutznormen qualifizieren wird. Solange diese Frage nicht gerichtlich geklärt ist, ist daher keine abschliessende Stellungnahme möglich, ob die Destinatäre eine ausservertragliche Haftung wegen einer Verletzung der vorsorgerechtlichen Normen geltend machen können.

⁸⁰ Eine Schutznorm zugunsten der Destinatäre dürfte der Straftatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung gem. Art. 158 StGB darstellen, sofern er im Einzelfall erfüllt ist (s. dazu unten III.2.3).

II. FRAGE 2

1. Frage

"Welche Rolle spielt die Nichtbeachtung von Branchenempfehlungen für die Einklagbarkeit?"

2. Antwort

⁸¹ Bei Branchenempfehlungen handelt es sich nicht um objektives Recht, weshalb ihre Nichtbeachtung weder eine Pflichtverletzung noch eine Widerrechtlichkeit im Sinne der ausservertraglichen Haftung darstellt.

⁸² Die Nichtbeachtung spielt jedoch eine Rolle bei der Konkretisierung der im Einzelfall objektiv gebotenen Sorgfalt. Bestehen für eine Berufsart oder ein bestimmtes Gewerbe *allgemein befolgte Verhaltensregeln und Usanzen*, so können diese gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts nämlich bei der **Bestimmung des Sorgfaltsmasses** herangezogen werden.⁹¹ Sofern einer Branchenempfehlung der Charakter solcher allgemein befolgten Verhaltensregeln oder Usanzen zukommt, kann sich ihre Nichtbeachtung somit dahingehend auswirken, dass ein Gericht zum Schluss gelangt, dass das für die Vermögensverwaltung zuständige Organ (bzw. die mit der Vermögensverwaltung

⁹⁰ *Kieser*, in: *Schneider/Geiser/Gächter* (FN 10), Art. 52 BVG N 11; *Müller*, Die Verantwortlichkeit der Stiftungsräte von Vorsorgeeinrichtungen, AJP 2004, 131, 133.

⁹¹ BGE 115 II 62 E. 3a.

betrachten interne oder externe Personen) ihrer Sorgfaltspflicht nicht oder nur ungenügend nachgekommen sind, was – bei Vorliegen der übrigen Haftungsvoraussetzungen – zu einer Haftung führt.

83 Ob die bestehenden Branchenempfehlungen im Bereich der Vermögensverwaltung bei Pensionskassen (insb. ASIP, ESG-Wegleitung für Schweizer Pensionskassen vom Juli 2022; ASIP, Leitfaden für die Vermögensanlage von Vorsorgeeinrichtungen vom Juli 2018) solche *allgemein befolgte Verhaltensregeln und Usancen* darstellen, können wir nicht abschliessend beurteilen, würden das aber tendenziell bejahen. Es besteht dazu – soweit ersichtlich – bisher keine Rechtspraxis.

III. FRAGE 3

1. Frage

"Welches sind die rechtlichen Folgen von Unterlassungen im Management der finanziellen Klimarisiken im Lichte der treuhänderischen Sorgfaltspflicht für die verantwortlichen Organe der Pensionskassen (oberstes Organ, einzelne Beauftragte mit Zuständigkeit für die Aufsicht über die Vermögensverwaltung, Verantwortliche für die Durchführung der Vermögensanlage)?"

2. Antwort

2.1 Zivilrechtliche Folgen

84 In Bezug auf die zivilrechtliche Haftung der verantwortlichen Organe der Pensionskassen (oberstes Organ, einzelne Beauftragte mit Zuständigkeit für die Aufsicht über die Vermögensverwaltung, Verantwortliche für die Durchführung der Vermögensanlage) kann auf die Ausführungen oben verwiesen werden (s. C.I.3.4).

2.2 Aufsichtsrechtliche Folgen

85 Vorsorgeeinrichtungen sowie deren Organe unterstehen – mit Ausnahme der Personen, die als Verwalter von Kollektivvermögen qualifizieren (s. dazu sogleich Rz. 87 f.) – nicht der Aufsicht der FINMA. Vorsorgeeinrichtungen werden jedoch von den kantonalen Aufsichtsbehörden nach Art. 61 BVG (BVG- und Stiftungsaufsicht) beaufsichtigt. Diese wachen darüber, dass die Vorsorgeeinrichtungen die gesetzlichen Vorschriften einhalten und dass das Vorsorgevermögen zweckgemäss verwendet wird (Art. 62 Abs. 1 BVG). In diesem Rahmen prüfen die kantonalen Aufsichtsbehörden u.a. die Übereinstimmung der statutarischen und reglementarischen Bestimmungen der Vorsorgeeinrichtungen mit den gesetzlichen Vorschriften (Art. 62 Abs. 1 lit. a BVG) und sie treffen die nötigen Massnahmen zur Behebung von Mängeln (Art. 62 Abs. 1 lit. d BVG). Zur Erfüllung dieser Aufgaben stehen den kantonalen Aufsichtsbehörden verschiedene Aufsichtsmittel zur Verfügung (vgl. die Aufzählung in Art. 62a Abs. 2 BVG). So können sie bei Bedarf u.a. im Einzelfall dem Stiftungsrat Weisungen erteilen, Entscheide des Stiftungsrats aufheben sowie den Stiftungsrat oder einzelne seiner Mitglieder ermahnen, warnen oder abberufen.

⁸⁶ Solche Aufsichtsmittel können von den kantonalen Aufsichtsbehörden im Grundsatz bei Unterlassungen im Management der finanziellen Klimarisiken ergriffen werden. Dies dürfte zumindest dann der Fall sein, wenn die Unterlassungen schwere Verstösse gegen die Treue- und Sorgfaltspflicht darstellen oder auf Stufe Institut ein organisatorischer Mangel (z.B. mangelhaftes Risikomanagement) vorliegt.

⁸⁷ Personen, die gewerbsmässig Vermögenswerte im Namen und für Rechnung von Vorsorgeeinrichtungen verwalten, benötigen eine Bewilligung der FINMA als Verwalter von Kollektivvermögen (Art. 24 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 2 Abs. 1 lit. c i.V.m. Art. 5 Abs. 1 FINIG). Bei ihnen können Unterlassungen im Management der finanziellen Klimarisiken somit (auch) aufsichtsrechtliche Massnahmen der FINMA nach sich ziehen. Bei Gewährsträgern könnte u.U. die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit infrage stehen (Art. 11 Abs. 1 FINIG), was im Falle schwerer bzw. systematischer Verstösse gegen die Treue- und Sorgfaltspflicht relevant sein dürfte. Auf Stufe Institut könnte ein organisatorischer Mangel (z.B. mangelhaftes Risikomanagement) gerügt werden, was relevant ist für die Erfüllung der Bewilligungsvoraussetzung der angemessenen Organisation (Art. 9 FINIG).

⁸⁸ Als Massnahme würde die FINMA insbesondere primär die Herstellung des ordnungsgemässen Zustands anordnen (Art. 31 FINMAG). Bei schweren Verstössen könnte sie auch ein Berufsverbot gegen die verantwortlichen Personen verhängen (Art. 33 FINMAG).

2.3 Strafrechtliche Folgen

⁸⁹ Aus strafrechtlicher Sicht ist der Tatbestand der **ungetreuen Geschäftsbesorgung** zu beachten. **Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB** lautet wie folgt:

"Wer aufgrund des Gesetzes, eines behördlichen Auftrages oder eines Rechtsgeschäfts damit betraut ist, Vermögen eines andern zu verwalten oder eine solche Vermögensverwaltung zu beaufsichtigen, und dabei unter Verletzung seiner Pflichten bewirkt oder zulässt, dass der andere am Vermögen geschädigt wird, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft."

⁹⁰ Falls im Einzelfall neben den objektiven Tatbestandsmerkmalen auch der subjektive Tatbestand ([Eventual-]Vorsatz, vgl. Art. 12 StGB) erfüllt ist, kommt bei Unterlassungen im Management der finanziellen Klimarisiken eine Strafbarkeit wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung infrage.

IV. FRAGE 4

1. Frage

"Welche Vorkehrungen sind auf jeder Stufe der Verantwortlichkeit geboten, um das Risiko von Unterlassungen mit Rechtsfolge nach allgemein anerkannten Prinzipien zu beherrschen?"

2. Antwort

2.1 Anlagereglement

⁹¹ Die Führungsverantwortung für die Vermögensanlage der Vorsorgeeinrichtung liegt gemäss Art. 51a BVG und Art. 49a BVV 2 beim Stiftungsrat. Nach Art. 51a Abs. 2 lit. m BVG gehört die "Festlegung der Ziele und der Grundsätze der Vermögensverwaltung sowie der Durchführung und Überwachung des Anlageprozesses" zu den unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Stiftungsrats. Art. 49a Abs. 2 lit. a BVV 2 konkretisiert, dass der Stiftungsrat "in einem Reglement die Ziele und Grundsätze, die Organisation und das Verfahren für die Vermögensanlage" festlegen muss. Aus diesen Bestimmungen resultiert die unübertragbare Aufgabe des Stiftungsrats, in einem Anlagereglement die Festlegung einer Anlagestrategie (2.2 unten) sowie das Vorgehen bei deren Umsetzung (2.3 unten) und Überwachung (2.4 unten) zu formalisieren.⁹²

2.2 Festlegung der Anlagestrategie (strategische Asset Allocation)

⁹² Die Festlegung der Anlagestrategie (strategische Asset Allocation) ist eine unübertragbare Aufgabe des Stiftungsrats (Art. 49a, 50 BVV 2). Zwar können für die Entscheidungsfindung Experten beigezogen werden; der Entscheid über die geeignete Anlagestrategie ist jedoch nicht delegierbar.⁹³ Der Stiftungsrat muss mithin im Anlagereglement bei der Definition der Anlagestrategie u.a. ausdrücklich die Handhabung der relevanten Klimarisiken adressieren (s. dazu bereits Rz. 42 oben).⁹⁴

2.3 Grundsätze bei der Umsetzung der Anlagestrategie (taktische Asset Allocation)

⁹³ Bei der Umsetzung der Anlagestrategie (taktische *Asset Allocation*) ist eine Delegation an interne und/oder externe Vermögensverwalter (s. dazu auch 2.6 und 2.7 unten) möglich, wobei der Stiftungsrat gemäss Art. 49a Abs. 2 lit. a BVV 2 für die Organisation und das Verfahren zur Vornahme der Anlagen verantwortlich bleibt und diese im Anlagereglement festlegen muss. Der Stiftungsrat ist bei einer Delegation mithin für die sorgfältige Auswahl, Instruktion und Überwachung der Beauftragten verantwortlich.⁹⁵ Insbesondere bei der Instruktion der Vermögensverwalter ist unter anderem auf die Handhabung der relevanter Klimarisiken einzugehen (s. dazu auch 2.6 und 2.7 unten).

2.4 Überwachung und Kontrolle der Anlagen

⁹⁴ Schliesslich gehört es zu den unübertragbaren Aufgaben des Stiftungsrats, die Vermögensverwaltung zu überwachen (Art. 51a Abs. 2 lit. m BVG, Art. 49a Abs. 1 BVV 2). Die Überwachung muss sowohl auf der Ebene der Definition der Anlagestrategie (2.2 oben)

⁹² *Mentha*, in: Schneider/Geiser/Gächter (FN 10), Art. 71 N 44.

⁹³ *Müller*, Die Verantwortlichkeit der Stiftungsräte von Vorsorgeeinrichtungen, AJP 2004, 131 ff., 134.

⁹⁴ Vgl. auch ASIP, Fachmitteilung Nr. 112, Leitfaden für die Vermögensanlage von Vorsorgeeinrichtungen, Neuauflage vom Juli 2018, S. 13: "ESG-Risiken und Klimarisiken sind [...] Teil der ökonomischen Risiken und müssen im Rahmen der Definition der Anlagestrategie entsprechend analysiert werden."

⁹⁵ *Mentha*, in: Schneider/Geiser/Gächter (FN 10), Art. 71 N 53.

als auch auf der Ebene ihrer Umsetzung (2.3 oben) erfolgen und entsprechend auf beiden Ebenen auch die korrekte Handhabung relevanter Klimarisiken beinhalten.

⁹⁵ Die Organisation des Überwachungsprozesses, sein Umfang und seine Intensität hängen von der Art der vorgenommenen Delegation ab. In der Regel wird aber eine interne Compliance-Struktur nötig sein, die punktuelle Kontrollen vornimmt und dem Stiftungsrat darüber berichtet.⁹⁶ Die Grundsätze über die Organisation der Überwachung, die vorgeschriebenen Verfahren und die Erstellung von Berichten sind ebenfalls im Anlagereglement der Vorsorgeeinrichtung festzuhalten. Dies folgt im Übrigen auch aus der unübertragbaren Pflicht des Stiftungsrats zur Festlegung der Organisation der Vorsorgeeinrichtung (Art. 51a Abs. 2 lit. f BVG).

2.5 Aus- und Weiterbildung

⁹⁶ Gemäss Art. 51a Abs. 2 lit. i BVG ist es eine unübertragbare Aufgabe des Stiftungsrats, die Erstausbildung und Weiterbildung der Arbeitnehmer- und Arbeitgebervertreter sicherzustellen. Diese Aus- und Weiterbildung sollte auch die Handhabung relevanter Klimarisiken beinhalten. Über den Wortlaut von Art. 51a Abs. 2 lit. i BVG hinaus folgt aus der Gesamtverantwortung des Stiftungsrats sowie aus den Voraussetzungen an eine Delegation der Umsetzung der Anlagestrategie (s. dazu 2.3 oben), dass auch interne Vermögensverwalter angemessen geschult werden müssen.

2.6 Interne Vermögensverwalter

⁹⁷ Interne Vermögensverwalter müssen einerseits im Hinblick auf die Beachtung relevanter Klimarisiken angemessen geschult werden. Andererseits sind sie bei der Delegation der Umsetzung der Anlagestrategie auch in Bezug auf die Handhabung relevanter Klimarisiken zu instruieren und in der Folge diesbezüglich zu überwachen.

2.7 Externe Vermögensverwalter

⁹⁸ Bei der Auswahl externer Vermögensverwalter ist darauf zu achten, dass sie genügend Kenntnisse in Bezug auf relevante Klimarisiken haben. Zudem sind sie bei der Delegation der Umsetzung der Anlagestrategie, mithin bei der Erteilung eines entsprechenden Vermögensverwaltungsmandates, auch in Bezug auf die Handhabung der relevanten Klimarisiken zu instruieren und in der Folge diesbezüglich zu überwachen.

Mit freundlichen Grüssen


Sandro Abegglen


Yannick Wettstein


Lukas Fahrländer

⁹⁶ *Mentha*, in: Schneider/Geiser/Gächter (FN 10), Art. 71 N 59.