



Stadtkanzlei Luzern
Hirschengraben 17
6002 Luzern

Zürich, 13., 26. und 28. Februar 2018
80-0004

Ergänzendes Gutachten zur städtischen Initiative «Verbot von Luzerner Kriegsgeschäften»

Fragen

1. Kann die Stadt Luzern der städtischen Pensionskasse PKSL als selbstständige öffentlich-rechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit und Vorsorgeeinrichtung gemäss BVG Vorschriften über die Anlage des Vermögens machen und ist die Initiative „Für ein Verbot von Luzerner Kriegsgeschäften“ hinsichtlich der grundsätzlichen Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht, insbesondere dem BVG, (teilweise) gültig?
2. Wie ist die Zulässigkeit von Anlagevorschriften zu beurteilen bei einer Pensionskasse, der mehrere Arbeitgeber angeschlossen sind?
3. Steht die Unmöglichkeit einer Mitwirkung der Versicherten einer Gültigkeit entgegen?

Erstattet von
Prof. Dr. iur. Gustavo Scartazzini
Rechtsanwalt – Ehem. na. Bundesrichter
scartazzini@vialex.ch
gustavo.scartazzini@bluewin.ch

RECHTSANWÄLTE

Reto Gyga
lic. iur., Rechtsanwalt, MBA INSEAD

Martin Kurer
Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M.

Erich Peter
Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M.

Thomas Spoerri
lic. iur., Rechtsanwalt,
Fachanwalt SAV

Daniele Graber
lic. iur., Dipl. Ing. HTL *

Daniel Kraus
Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M.

Roland Kübler
lic. iur., Rechtsanwalt,

Isabelle Thouvenin
lic. iur., Rechtsanwältin

Walter Maffioletti
lic. iur., Rechtsanwalt, MRICS

Andrea Silvio Mathis
lic. iur., Rechtsanwalt, LL.M.

Gustavo Scartazzini
Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt

Sara Zahner
MLaw, Rechtsanwältin

*nicht im kantonalen Anwaltsregister
eingetragen

VIALEX

VIALEX Rechtsanwälte AG
Pfungstweidstrasse 31
CH-8005 Zürich

+41 44 545 90 90 T
+41 44 545 90 95 F

info@vialex.ch
www.vialex.ch

MwSt.-Nr. CHE-245.536.700 MWST

Eingetragen im kantonalen Anwaltsregister

Inhaltsverzeichnis

I.	Fragestellung und Vorgehen	3
II.	Vorbemerkung	3
III.	Frage 1 A	4
IV.	Frage 1 B	7
	A. A. Die massgebenden Bestimmungen und die dazu gehörende Lehre	8
	B. Kommentar im Allgemeinen zu Art. 71 BVG	8
	C. Kommentar zu Art. 71 BVG aus der Sicht der nachhaltigen Anlagen	10
	D. Die weiteren gesetzlichen Bestimmungen mit den entsprechenden Kommentaren	12
	E. Kommentar zu Art. 50 BVG aus der Sicht der nachhaltigen Anlagen	13
	F. Kommentar zur Strukturreform	15
	G. Botschaft 2007 - BBl 2007 5669 (Strukturreform)	16
	H. Botschaft 2008 - Botschaft 19.09.2008 BBl 2008 8411, 8457 ff. und 8466 ff.	17
	I. Die Rechtsprechung	20
	J. Besprechung	21
	K. Besprechung des Standpunktes von Herrn Prof. Rütscbe hinsichtlich der grundsätzlichen Vereinbarkeit der Initiative mit höherrangigem Recht sowie hinsichtlich seiner Antworten auf die Ergänzungsfragen der PKSL	22
	L. Besprechung des Aufsatzes von Prof. Kieser und Dr. Saner in AJP 2017 S. 327	26
	M. Schlussfolgerungen	27
V.	Frage 1 C	28
	A. Schlussfolgerungen und Begründungen	31
VI.	Frage 2	32
VII.	Frage 3	34
VIII.	Zusatzthema	35

I. Fragestellung und Vorgehen

- 1 Am 27. Oktober 2017 erteilte die Stadtkanzlei von Luzern dem Unterzeichnenden den Auftrag, die voranstehenden Fragen gutachterlich zu klären.
- 2 Am 22. Dezember 2017 teilte die Stadtkanzlei von Luzern dem Unterzeichnenden mit, das Initiativkomitee beabsichtige offenbar die Initiative zurückzuziehen. Die Stadtkanzlei sei jedoch an der Abgabe des Gutachtens nach wie vor sehr interessiert, weil sich die grundsätzliche Frage zur Zulässigkeit von Anlagevorschriften für eine öffentliche Pensionskasse stelle.
- 3 Vorliegendes Gutachten behandelt in erster Linie die Gültigkeit der Volksinitiative aus der Sicht der formellen Voraussetzungen, welche nach der massgebenden Gesetzgebung des Bundes, des Kantons und der Gemeinde erfüllt sein müssen (Frage 1 A). Sodann geht es um die Besprechung der materiellen Fragen, deren Erfüllung im konkreten Fall besonders Schwierigkeiten aufweisen. Gemeint ist damit zunächst die Frage der derogatorischen Kraft des Bundesrechts (Frage 1 B). Es stellt sich sodann die Frage, ob die Gültigkeit der Initiative trotz derogatorischer Kraft des Bundesrechts gegeben ist, wegen des Vorhandenseins einer positiven Normenkonkurrenz bezüglich Anlagetechnik und Anlageethik (Frage 1 C). In der Folge ist zu prüfen, ob mit der Initiative die Interessen der Arbeitgeber gewahrt sind (Frage 2). Zudem ist zu klären, ob die Unmöglichkeit einer Mitwirkung der Versicherten einer Gültigkeit der Initiative entgegenstehen kann (Frage 3). Schliesslich wird im Gutachten aufgezeichnet, wie und mit welchen Mitteln die PKSL die Fragen der nachhaltigen Anlagepolitik auf wirksame Art und Weise meistern und umsetzen kann (Zusatzthema).

II. Vorbemerkung

- 4 Nach den Beschlüssen der Pensionskommission vom 4. Dezember 2017 traten per 01.01.2018 im Leistungs- und Organisationsreglement der PKSL neue Bestimmungen in Kraft. Das aktualisierte Reglement wird in der untenstehenden Fussnote¹ aufgeführt.

¹ 1.5 Die PKSL strebt eine nachhaltige Anlage ihres Vermögens an. Zu diesem Zweck führt sie im Verbund mit anderen Investoren einen aktiven Dialog mit den Unternehmen. Sie übt ihren Einfluss als aktive Aktionärin aus, indem sie ihre Stimmrechte wahrnimmt. Sie richtet ihr Handeln nach ökologischen und sozialen Kriterien, sowie nach Kriterien einer ethischen Unternehmensführung aus (ESG-Kriterien) und investiert in entsprechende Anlageprodukte, sofern damit eine marktgerechte Rendite erzielt werden kann. Ergänzend kann sie auch Firmen aus ihrem Anlageuniversum ausschliessen.

□□ Die PKSL lässt über externe Spezialisten einen Dialog mit Unternehmensleitungen zu den Themen Corporate Governance sowie Sozial- und Umweltstandards führen. Sie schliesst sich dafür mit anderen Investoren zusammen, um einen möglichst grossen Einfluss ausüben zu können.

- 5 Im September 2016 wurde die städtische Initiative „Für ein Verbot von Luzerner Kriegsgeschäften“ eingereicht. Diese verlangt, dass die Stadt Luzern sowie ihre Stiftungen und Anstalten kein Geld direkt oder indirekt in Unternehmen anlegen darf, die geächtete Kriegsmaterialien produzieren. Bevor die Initiative zur Abstimmung kommt, hat die PKSL ihr Anlagereglement mit den Bestimmungen der Initiative ergänzt. Das Initiativkomitee hat die Initiative in der Zwischenzeit zurückgezogen. Im Anlagereglement der PKSL heisst es neu: „Die PKSL schliesst Firmen aus, die in Bereichen tätig sind, die durch internationale und durch die Schweiz ratifizierte Konventionen oder Verträge geächtet sind (insbesondere Nuklearwaffen, bakteriologische und chemische Waffen, Streumunition und Anti-Personenminen).“
- 6 Mit Rechtswirkung ab 1. Januar 2018 wurde das Anlagereglement der PKSL abgeändert. Es wurde in Punkt 1.5 ergänzt. Es berücksichtigt somit neu praktisch die gleichen Anliegen, welche mit den Forderungen durch die Volksinitiative verlangt wurden. Die Volksinitiative wurde daraufhin zurückgezogen.

III. Frage 1 A

- 7 Kann die Stadt Luzern der städtischen Pensionskasse PKSL als selbstständige öffentlich-rechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit und Vorsorgeeinrichtung gemäss BVG Vorschriften über die Anlage des Vermögens machen?
- 8 Dies könnte die Stadt Luzern nur, wenn alle dazu notwendigen Voraussetzungen erfüllt wären, welche erlauben, die Volksinitiative als gültig zu erklären.
- 9 Es sind zunächst diese Voraussetzungen formell darzustellen, wobei sie bereits im Gutachten des ersten Gutachters korrekt illustriert wurden. Wir beschränken uns daher darauf, die wichtigsten Elemente davon hier wiederzugeben in der Absicht, die Verbindung zwischen den zwei Arbeiten herzustellen.

-
- Die PKSL übt ihre Stimmrechte aller Schweizer Aktien gemäss den bundesrechtlichen Vorgaben aus und legt darüber jährlich Bericht ab.
 - Die PKSL berücksichtigt in ihrer Anlagetätigkeit die Klimarisiken, wobei diese insbesondere durch das Führen eines Investorendialogs vermindert werden sollen.
 - Die PKSL schliesst Firmen aus, die in Bereichen tätig sind, die durch internationale und durch die Schweiz ratifizierte Konventionen oder Verträge geächtet sind (insbesondere Nuklearwaffen, bakteriologische und chemische Waffen, Streumunition und Anti-Personenminen).

- 10 Zutreffend wurde im ersten Gutachten festgehalten, dass Regelungen betreffend die Gültigkeit von Volksinitiativen sich sowohl auf nationaler als auch auf kantonaler und kommunaler Ebene finden, wobei vorliegend in erster Linie die für Volksinitiativen in Gemeinden massgebenden Vorschriften des kantonalen Rechts zu beachten sind. Diese befinden sich im Gemeindegesetz sowie im Stimmrechtsgesetz. Weiter enthält die Gemeindeordnung der Stadt Luzern Regelungen über Volksinitiativen. Ferner ist die Praxis des Bundesgerichts zur Ungültigkeitserklärung bzw. Teilungsgültigkeitserklärung von kantonalen und kommunalen Volksinitiativen zu beachten (Gutachten 1 Rz 6).
- 11 Die Prüfung von Volksinitiativen auf ihre Gültigkeit hin soll aufgrund des Gemeindegesetzes sowie des Stimmrechtsgesetzes einerseits sicherstellen, dass keine Initiativen zur Abstimmung gelangen, für welche das Gemeinwesen a) gar nicht zuständig ist, b) welche dem übergeordneten Recht widersprechen oder c) nicht umsetzbar sind. Andererseits gilt es, d) die unverfälschte Willenskundgabe der Stimmberechtigten zu wahren, indem verhindert wird, dass diesen unklare bzw. mehrdeutige, formell inkongruente oder sachlich nicht zusammenhängende Gegenstände zur Abstimmung unterbreitet werden. Insgesamt wird mit der Gültigkeitsprüfung damit die Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung sowie der grundrechtliche Anspruch der Stimmberechtigten auf freie Willensbildung und unverfälschte Stimmabgabe (Art. 34 Abs. 2 BV) gewährleistet (Gutachten 1 Rz 7).
- 12 Gemäss Gemeindegesetz können die Stimmberechtigten einer Gemeinde mittels Initiative „die Abstimmung über ein Sachgeschäft der Gemeinde verlangen, welches in ihrer Zuständigkeit liegt“ (§ 38 Abs. 1 GG). Grundsätzlich ist der Gemeinderat für die Erhaltung und Behandlung von Volksinitiativen zuständig (Art. 39 GG). In Gemeinden mit Gemeindeparlament liegt die Zuständigkeit für die Behandlung der Initiativen beim Parlament (§ 43 GG). Erweist sich eine Initiative als rechtswidrig oder eindeutig undurchführbar, ist sie ganz oder teilweise als ungültig zu erklären (§ 39 Abs. 2 lit. a GG mit Verweis auf § 145 StRG) (Gutachten 1 Rz 9).
- 13 Die einzelnen Gründe für eine Ungültigkeit von kommunalen Volksinitiativen sind im Stimmrechtsgesetz normiert. Gemäss § 145 Abs. 1 StRG ist ein Volksbegehren dann ungültig, wenn es eindeutig undurchführbar oder rechtswidrig ist. Rechtswidrigkeit ist laut § 145 Abs. 2 StRG insbesondere dann gegeben, wenn das angerufene Gemeinwesen für den Gegenstand des Volksbegehren nicht zuständig ist (lit. a), das Volksbegehren nach der Zuständigkeitsordnung des Gemeinwesens nicht zulässig ist (lit. b), der verlangte Beschluss gegen übergeordnetes Recht verstösst (lit. f) (Gutachten 1 Rz 10).
- 14 Nach der Gemeindeordnung der Stadt Luzern können Stimmberechtigte mit der Initiative die Abstimmung über einen rechtsetzenden Erlass oder ein Sachgeschäft der Gemeinde verlangen, die dem obligatorischen oder fakultativen Referendum unterliegen (Art. 6 Abs.

1 GO). Das Zustandekommen einer Initiative setzt die gültigen Unterschriften von 800 Stimmberechtigten voraus (Art. 7 GO). Der Stadtrat ist für die Erhaltung der Initiative zuständig und überweist die zustande gekommene Initiative innert zwölf Monaten seit ihrer Einreichung mit einem Bericht und Antrag dem Grossen Stadtrat (Art. 8 GO). Der Grosse Stadtrat nimmt hierzu innert sechs Monaten Stellung. Sollte sich die Initiative als eindeutig undurchführbar oder rechtswidrig erweisen, erklärt er sie als ganz oder teilweise ungültig (Art. 9 lit. a GO) (Gutachten 1 Rz 11).

- 15 Aus den genannten Vorschriften der Gemeindeordnung folgt, dass vorliegend der Grosse Stadtrat von Luzern für die Behandlung und insbesondere für die Beurteilung der Gültigkeit der Initiative „Für ein Verbot von Luzerner Kriegsgeschäften“ zuständig ist (Art. 9 GO; vgl. Auch § 43 GG). Die Beurteilung der Gültigkeit erfolgt in Anwendung der in § 145 Abs. 1 StRG genannten Kriterien der eindeutigen Undurchführbarkeit und der Rechtswidrigkeit (Gutachten 1 Rz 12).
- 16 (Auslegung von Volksinitiativen) Volksinitiativen sind grundsätzlich nach den anerkannten Interpretationsgrundsätzen auszulegen. Ziel der Auslegung ist die Ermittlung des Sinngehalts der Rechtsnorm. Auszugehen ist a) vom Wortlaut (grammatikalische Auslegung), doch kann dieser nicht allein massgebend sein. Besonders wenn der Text unklar ist oder verschiedene Deutungen zulässt, muss mithilfe der weiteren Auslegungselemente, d.h. b) der systematischen (Zusammenhang mit anderen Normen), c) teleologischen (Zweck der Norm) und d) historischen Auslegung (Entstehungsgeschichte der Norm), nach seiner wahren Tragweite gesucht werden. Das Bundesgericht lässt sich bei der Auslegung von Erlassen von einem Methodenpluralismus leiten und stellt nur dann allein auf das grammatikalische Element ab, wenn sich daraus zweifelsfrei eine sachlich richtige Lösung ergibt (Gutachten 1 Rz 13).
- 17 Dass auch ein klarer Wortlaut nicht in jedem Fall den richtigen Sinn der Rechtsnorm wiedergibt, zeigt sich darin, dass das Bundesgericht ausnahmsweise eine Auslegung gegen den Wortlaut zulässt. Vom klaren, d.h. eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut darf jedoch nur dann abgewichen werden, „wenn triftige Gründe dafür vorliegen, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung, aus ihrem Sinn und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit anderen Vorschriften ergeben“ (Gutachten 1 Rz 14).
- 18 Das Verfahren der Gültigkeitserklärung von Volksinitiativen verlangt eine abstrakte Normenkontrolle (Gutachten 1 Rz 15).
- 19 Die Gültigkeit der Initiative setzt voraus, dass sie weder eindeutig undurchführbar noch rechtswidrig ist. Die Frage, ob die Initiative rechtswidrig ist, wird gemäss den in § 145 Abs.

2 StRG aufgeführten Teilaspekten der Rechtswidrigkeit beurteilt (Unzuständigkeit des Gemeinwesens, Unzulässigkeit nach der Zuständigkeitsordnung des Gemeinwesens, keine eindeutige Erkennbarkeit des Willens der Unterzeichner, Verletzung der Einheit der Form oder der Materie sowie Verstoss gegen übergeordnetes Recht) (Gutachten 1 Rz 18).

- 20 Nach der Praxis des Bundesgerichts ist das Kriterium der Undurchführbarkeit erfüllt, wenn für die Realisierbarkeit des Volksbegehrens unüberwindbare Hindernisse bestehen, welche sowohl tatsächlicher als auch rechtlicher Natur sein können. (Gutachten 1 Rz 18).
- 21 Die vorliegend zu beurteilende Volksinitiative bezweckt die Einführung eines partiellen Anlageverbots für die Stadt Luzern und ihre selbständigen öffentlich-rechtlichen Stiftungen und Anstalten (Gutachten 1 Rz 19).
- 22 (Zuständigkeit des angerufenen Gemeinwesens) Das von der Volksinitiative vorgesehene partielle Anlageverbot soll sowohl das Vermögen der Stadt Luzern als auch jenes ihrer selbständigen öffentlich-rechtlichen Stiftungen und Anstalten erfassen. Damit stellt sich die Frage, ob die Stadt Luzern für den Erlass eines partiellen Anlageverbots für die Stadt Luzern und ihre selbständigen öffentlich-rechtlichen Stiftungen und Anstalten überhaupt zuständig ist (Gutachten 1 Rz 20).
- 23 Aus den dargelegten Erwägungen ist zu schliessen, dass bei der Prüfung der Erfüllung der Gültigkeitsvoraussetzungen der Initiative hauptsächlich folgende Voraussetzungen Rechtsprobleme aufweisen: I. Verstoss gegen übergeordnetes Recht und II. Grundrechtlicher Anspruch der Stimmberechtigten auf freie Willensbildung und unverfälschte Stimmabgabe. Diese Rechtsprobleme werden in den nachfolgenden Kapiteln **Frage 1 B**, **Frage 1 C** und **Frage 3** untersucht.
- 24 **Antwort auf Frage 1 A:** Die Stadt Luzern kann der städtischen Pensionskasse PKSL als selbstständige öffentlich-rechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit und Vorsorgeeinrichtung gemäss BVG Vorschriften über die Anlage des Vermögens nur machen, wenn alle dazu notwendigen Voraussetzungen erfüllt wären, welche erlauben, die Volksinitiative als gültig zu erklären.

IV. Frage 1 B

- 25 Es stellt sich zunächst die folgende Frage: Ist die Initiative hinsichtlich der grundsätzlichen Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht, insbesondere dem BVG (teilweise) gültig?
- 26 Die zentralen Gesetzesbestimmungen, welche im vorliegenden Fall gegenüber den verlangten neuen Bestimmungen der Volksinitiative das höherrangige Recht darstellen und mit

welchem diese vereinbar sein müssen, sind hauptsächlich die Art. 71 BVG, Art. 50 BVG und Art.51a BVG.

- 27 Konkret ist zu prüfen, ob Art. 50 Abs. 2 Satz 2 BVG aufgrund des Vorbehalts zugunsten dieser Bestimmung in Art. 51a Abs. 6 BVG eine Kompetenzgrundlage der Stadt Luzern für den Erlass eines Anlageverbots bietet. Dabei muss geprüft werden, ob ein Anlageverbot durch die Stadt Luzern eine Bestimmung über die Finanzierung im Sinne von Art. 50 Abs. 2 Satz 2 BVG darstellen kann, welche nicht nur die Finanzierung im Sinne der Beschaffung der finanziellen Mittel zum Gegenstand hat, sondern auch im Sinne von Anlageverwaltung.
- 28 Um diese Fragen zu beantworten, müssen zunächst die massgebenden Bestimmungen des Bundesrechts, die dazu gehörende Lehre, die Materialien und die bundesgerichtliche Rechtsprechung untersucht werden.

A. A. Die massgebenden Bestimmungen und die dazu gehörende Lehre

29 *Art. 71 BVG Vermögensverwaltung*

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

2. Die Verpfändung oder Belastung von Ansprüchen einer Vorsorgeeinrichtung aus Kollektivlebensversicherungsvertrag oder aus Rückversicherungsvertrag ist nicht zulässig.

B. Kommentar im Allgemeinen zu Art. 71 BVG

- 30 ²Art. 71 BVG existiert in seiner heutigen Form seit der Einführung des Gesetzes. Art. 71 BVG ist die einzige Bestimmung des Gesetzes, die die Vermögensverwaltung einer Vorsorgeeinrichtung behandelt. Die Finanzierung der beruflichen Vorsorge erfolgt hauptsächlich mittels Beiträgen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer sowie durch Kapitalerträge.
- 31 Die Anlageziele kann man mit den Stichworten Sicherheit, Ertrag, Risikoverteilung und Liquidität charakterisieren, und zwar in dieser Rangfolge³.

² Scartazzini/Hürzeler, Bundessozialversicherungsrecht, 2012, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, S.326 ff sowie S. 254.

³ Vgl. Furrer Andreas, Die Bedeutung der Immobilieninvestitionen für die berufliche Altersvorsorge, in SZS 1989, S. 142 ff.; Helbing, Personalvorsorge, S. 473 ff. und 567 ff.; Lang Bruno, Anwendung der Anlagevorschriften für Pensionskassen im

- 32 Als Vermögen gilt die in der kaufmännischen Bilanz ausgewiesene Summe der Aktiven, ohne einen allfälligen Verlustvortrag, wobei zum Vermögen auch Rückkaufswerte aus Kollektivversicherungsverträgen hinzugerechnet werden können (Art. 49 BVV2). Die VE muss ihre Vermögensanlagen sorgfältig auswählen, bewirtschaften und überwachen (Sicherheit, angemessene Risikoverteilung, Diversifikation; Art. 50 BVV2). Die VE müssen mit ihren Anlagen einen Ertrag erzielen, der dem Geld-, Kapital- und Immobilienmarkt entspricht (Art. 51 BVV2)⁴.
- 33 Die VE müssen im Hinblick auf ihre Liquidität darauf achten, dass sie die Versicherungs- und die Freizügigkeitsleistungen bei deren Fälligkeit erbringen können (Art. 52 BVV2). Art. 53 BVV2 nennt in einem Katalog die zulässigen Anlagen, z.B. Bargeld, Forderungen, die auf einen festen Geldbetrag lauten – etwa Anleiheobligationen –, ferner Wohn- und Geschäftshäuser und auch Aktien, also eigentliche Risikopapiere. Art. 54 BVV2 begrenzt jedoch die an sich erlaubten Anlagen auf bestimmte Prozentsätze. Mit dieser letzteren Bestimmung wird verhindert, dass VE wirtschaftspolitisch starken Einfluss nehmen können, indem sie z.B. Handels- oder Industrieunternehmen kontrollieren. Art. 55 BVV2 enthält zusätzlich „Gesamtbegrenzungen“. Art. 57 BVV2 regelt die heikle Frage, ob die VE ihr Vermögen beim Arbeitgeber anlegen dürfe. Art. 59 BVV2 erlaubt der VE gestützt auf das Anlagereglement Abweichungen von den Anlagemöglichkeiten nach den Art- 53-56, 56a und 57 Abs. 2 BVV2, sofern die Einhaltung der Grundsätze der Sicherheit, des Ertrags, der Risikoverteilung und der Liquidität in einem Bericht jährlich schlüssig dargetan werden kann.
- 34 Hält sich die VE nicht an die Begrenzungen und sind die Voraussetzungen für eine Erweiterung der Anlagemöglichkeiten nicht erfüllt, muss die Aufsichtsbehörde angemessene Massnahmen treffen und ggf. die Anpassung der Vermögensanlagen verlangen (Art. 60 BVV2).
- 35 Zur Frage der Verbindung zwischen VE und Aufsichtsbehörde ist Folgendes zu beachten: Entgegen der Auffassung im ersten Gutachten ist es nicht unwesentlich, was die VE in ihrem Anlagereglement festhält. Es könnte durchaus ein Problem bestehen für die Aufsichtsbehörde, wenn sie prüfen soll, ob die VE die Vermögensverwaltung korrekt, d.h. in Beachtung der BVV2-Bestimmungen betreibt. Die PKSL hat in ihrem Anlagenreglement

aktuellen Umfeld, in SZS 1990, S. 281 ff.; Riemer Hans Michael, Berührungspunkte zwischen beruflicher Vorsorge und Kapitalmarktrecht (insbesondere AFG und BEHG), in: SZS 2000, S. 56 ff.; Schneider Jacques-André, Les normes comptables IAS19 et Swiss GAAP RPC 16: périls pour la prévoyance professionnelle suisse?, in SZS 2006, S.507 ff

⁴ Die Vermögensrendite bildet gemäss Art. 15 Abs. 2 BVG auch ein massgebliches Kriterium für die Festsetzung des Mindestzinssatzes durch den Bundesrat.

mit Wirkung ab 1. Januar 2018 zusätzliche Bestimmungen aufgenommen. Würden diese hingegen in einem Erlass des Gemeinwesens enthalten sein, könnte dies zu Zuständigkeitskonflikte zwischen der BVG-Aufsichtsbehörde und der politischen Behörde führen.

- 36 Im Rahmen der Strukturreform der beruflichen Vorsorge haben neu Bestimmungen über die sog. Anlagestiftungen Aufnahme ins Gesetz gefunden. Diese sind in den Art. 53g-53k BVG sowie in der neu ins Leben gerufenen Verordnung über die Anlagestiftungen (ASV) geregelt.
- 37 Mit diesen Ausführungen wird zum Ausdruck gebracht, dass Art. 71 BVG die Fragen der Vermögensanlage auf Bundesebene vollumfänglich regelt. Was die einzelnen Zuständigkeitsbereiche der Vorsorgeeinrichtungen und des öffentlich-rechtlichen Gemeinwesens anbelangt, werden diese hauptsächlich in Art. 50 und Art. 51a BVG geregelt.

C. Kommentar zu Art. 71 BVG aus der Sicht der nachhaltigen Anlagen

- 38 ⁵Art. 71 BVG
Die Frage der nachhaltigen Anlagen und damit die Thematik der sozialen oder moralischen Verantwortung der institutionellen Investoren im Rahmen der Anlage ihres Vermögens nehmen stets an Bedeutung zu. [Fn.: Schneider, Fortune institutionelle, 5 f.].
- 39 Unter dem Titel der nachhaltigen Anlagen vereint man zwei recht unterschiedliche Problembereiche: Einerseits den Dialog mit den Unternehmen und die Ausübung der Rechte der Vorsorgeeinrichtungen in ihrer Funktion als Aktionäre und andererseits, die Anlagepolitik, die den Einbezug von Sozial- und Umweltfaktoren beinhaltet.
- 40 Im Gegensatz zu den privaten Investoren können die institutionellen Anleger durch den Dialog mit den Unternehmen, deren Aktionäre sie sind, und durch die Ausübung ihrer Stimm- und Kontrollrechte wesentlichen Einfluss nehmen, welcher sich auf gesunde Führungspraktiken innerhalb einer Gesellschaft auswirkt. Zahlreich sind denn in der Schweiz in den letzten Jahren auch die Beispiele solcher Fälle, in denen sich der positive Einfluss der institutionellen Anleger in einer Weiterentwicklung der Transparenz- und Informationspraktiken der Unternehmen gegenüber von Aktionären oder im Hinblick auf das Machtgleichgewicht zwischen Direktion und Verwaltungsrat zeigt. Zudem verpflichtet Art. 49a Abs. 2 Bst. B BVV2 die Vorsorgeeinrichtungen, die auf die Ausübung ihrer Aktionärsrechte anwendbaren Regeln festzulegen. Dabei handelt es sich um eine unübertragbare Aufgabe des paritätischen Organs [Fn 162: Müller, Haftung, 271], die darin besteht, im Anlagereglement die allgemeinen Grundsätze festzulegen [Fn 163: BSV Mitteilungen Nr. 59 vom

⁵ Yvar Mentha, in: Schneider/Geiser/Gächter, Rz 112 ff. zu Art. 71 BVG.

10.12.2001], die die Tätigkeit der Vorsorgeeinrichtung auf diesem Gebiet beschreibt und auch den Prozess und die Modalitäten für das Fassen der Stimmenscheide im konkreten Fall. Die Stimmenscheide müssen durch die Mitglieder des paritätischen Organs gefasst werden [Fn 165: BSV Mitteilungen Nr. 59...].

- 41 Die Frage nach der Zweckmässigkeit und nach dem Mehrwert von Sozial- und Umweltkriterien in der Anlagepolitik ist komplex und kontrovers. Bis dato (2010) kennt das schweizerische Recht keine Vorschriften, die die Vorsorgeeinrichtungen dazu verpflichten, derartige Kriterien bei der Anlage ihres Vermögens zu berücksichtigen. Dennoch zieht dieses Thema unaufhörlich die Aufmerksamkeit aller beteiligten Parteien (Versicherte, Vorsorgeeinrichtungen, in der institutionellen Vermögensverwaltung aktive Finanzintermediäre und Wissenschaftler) auf sich, so dass die Schweiz zu den europäischen Vorreitern auf dem Gebiet der nachhaltigen Anlagen gehört [Fn 168, Eurosif...].
- 42 Es erstaunt deshalb nicht, dass die Praxis bereits zahlreiche vielfältige Ansätze entwickelt hat, die die Kriterien der nachhaltigen Anlage berücksichtigen [Fn 169]. Vorab sind die Praktiken zu nennen, die darauf abzielen, Unternehmen aus dem Anlageuniversum auszuschliessen, die in einem als unethisch geltenden Kontext stehen (traditionell die Rüstungs-, Tabak-, Sex- und Spielindustrie etc.). An zweiter Stelle sind die Führungsmethoden zu nennen, die auf einer positiven oder negativen Selektion von Unternehmen nach Umwelt- und Sozialkriterien beruhen. Das Vorgehen kann entweder darauf abzielen, die „besten Schüler“ in Umwelt- und Sozialfragen auszuwählen oder eher danach streben, die Unternehmen auszuschliessen, die unter diesen Gesichtspunkten die höchsten Risiken darstellen. Schliesslich gehören traditionell auch die Formen der sektorbezogenen oder thematischen Anlagepolitik zu dieser Kategorie, die Umweltwerte (z.B. auf dem Gebiet der alternativen Energien) oder Sozialbelange (typisch dafür sind die Tätigkeiten im Bereich des Mikrokreditwesens) in den Vordergrund stellen. Diese verschiedenen Ansätze können in verschiedensten Graden fast beliebig kombiniert werden.
- 43 Die zentrale Frage sowohl vom Standpunkt des Regulators wie auch aus der Sicht des paritätischen Organs einer Vorsorgeeinrichtung (also nicht des Gemeinwesens) bleibt, ob der Einbezug von „Werten“ in eine Anlagepolitik die Gefahr birgt, „die Rendite der betroffenen Einrichtung „zu reduzieren“, da eine gute Vermögensverwaltung stets das prioritäre Ziel jeder Vorsorgeeinrichtung bleiben muss [Fn 170 Bruderer ...]. Diejenigen, welche den Prinzipien der nachhaltigen Anlagen ablehnend oder skeptisch eingestellt sind, vertreten die Meinung, dass jede Einengung der Anlagemöglichkeiten definitionsgemäss Rendite kosten kann. Die Anhänger dieser Lösung betonen ihrerseits, dass die Fakten diese Befürchtungen nicht bestätigen. Sie sind der Ansicht, dass die Möglichkeiten, die von den Spezialisten für nachhaltige Anlagen angeboten werden, sich in den letzten Jahren derart entwickelt haben, dass man ähnliche Renditen erhoffen und sogar erzielen kann, wenn man diese

Kriterien in die Vermögensverwaltung einbezieht (womit der „moralische Bonus“ keine finanziellen Einbussen mit sich bringt).

- 44 Nach Auffassung des Autors dieses Kommentars liegt die wesentliche Herausforderung für eine Vorsorgeeinrichtung (also nicht für das Gemeinwesen) zuerst in der Zuweisung ihrer strategischen Aktiven und im Gewicht, das sie jeder Anlageklasse verleiht. Solange man die Prinzipien einer gesunden Diversifikation beachtet, kann ein Einbezug von Umwelt- und Sozialkriterien für einen Teil oder mehrere Anlageklassen [Fn 171: Dazu Handbook Across Asset Classes] nicht kritisiert werden, ganz im Gegenteil.
- 45 In dieser Frage, wo es nicht oder nicht mehr einfach um die Anwendung der professionellen Regeln der Vermögensverwaltung geht, sondern auch um moralische und ethische Prinzipien, ist das Organ der Vorsorgeeinrichtung (und damit nicht das Gemeinwesen) in einer heiklen Position. Dies ist der Fall, wenn das Organ der Vorsorgeeinrichtung alleine über die zu befolgende Ausrichtung entscheiden muss, mit dem Risiko, dass ihre Mitglieder ihre eigenen subjektiven Überzeugungen zu diesem Thema umsetzen wollen. Ein empfehlenswerter Weg besteht darin, von Zeit zu Zeit (z.B. alle fünf Jahre) eine Befragung der Begünstigten über die von der Vorsorgeeinrichtung in dieser Frage zu befolgenden Ausrichtung durchzuführen. Wünscht eine einfache oder qualifizierte Mehrheit der Begünstigten (nach den Bestimmungen des Reglements der Vorsorgeeinrichtung), dass solche Grundsätze in die Vermögensverwaltung berücksichtigt werden, so muss dies unter strikter Beachtung der Grundsätze von Art. 71 Abs. 1 BVG geschehen. Dieses Vorgehen scheint zudem geeignet, die Bindung zwischen der Vorsorgeeinrichtung und ihren Begünstigten zu intensivieren, ohne dass die Ziele einer guten Vermögensverwaltung, wie sie im Gesetz vorgeschrieben sind, verletzt werden.
- 46 Mit diesen Ausführungen bringt der Autor des Kommentars zu Art. 71 BVG klar zum Ausdruck, dass es immer und ausschliesslich Sache des obersten paritätischen Organs ist, die Fragen zur nachhaltigen Anlagepolitik zu regeln und dass damit kein Platz besteht für anderweitige öffentlich-rechtliche Normen des Gemeinwesens.

D. Die weiteren gesetzlichen Bestimmungen mit den entsprechenden Kommentaren

47 **Art. 50 BVG** *Reglementarische Bestimmungen*

1. Die Vorsorgeeinrichtungen erlassen Bestimmungen über

- a. die Leistungen;*
- b. die Organisation;*
- c. die Verwaltung und Finanzierung;*

- d. die Kontrolle;
- e. das Verhältnis zu den Arbeitgebern, zu den Versicherten und zu den Anspruchsberechtigten.

2. Diese Bestimmungen können in der Gründungsurkunde, in den Statuten oder im Reglement enthalten sein. Bei Einrichtungen des öffentlichen Rechts können entweder die Bestimmungen über die Leistungen oder jene über die Finanzierung von der betreffenden öffentlich-rechtlichen Körperschaft erlassen werden.⁶

3. Die Vorschriften dieses Gesetzes gehen den von der Vorsorgeeinrichtung erlassenen Bestimmungen vor. Konnte die Vorsorgeeinrichtung jedoch guten Glaubens davon ausgehen, dass eine ihrer reglementarischen Bestimmungen im Einklang mit dem Gesetz stehe, so ist das Gesetz nicht rückwirkend anwendbar.

E. Kommentar zu Art. 50 BVG aus der Sicht der nachhaltigen Anlagen

- 48 ⁷Art. 50 BVG wurde auf den 1. Januar 1985 in Kraft gesetzt. Die reglementarischen Bestimmungen mussten indes von den Vorsorgeeinrichtungen erst per 31. Dezember 1989 an die gesetzlichen Vorschriften angepasst werden. Der in der bundesrätlichen Botschaft enthaltene Gesetzesentwurf wurde in den parlamentarischen Beratungen noch geändert und ergänzt. Insbesondere wurde in Abs. 3 ein genereller Vorbehalt zugunsten des guten Glaubens der Vorsorgeeinrichtung statuiert, welcher im bundesrätlichen Entwurf noch nicht vorgesehen war. Die 1. BVG-Revision hat zu keinen Änderungen und Ergänzungen von Art. 50 BVG geführt.
- 49 Unter den reglementarischen Bestimmungen im Sinn von Art. 50 BVG versteht man sämtliche für oder von privat- oder öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen erlassenen Vorschriften.
- 50 Sie sind deshalb von herausragender Bedeutung, weil das BVG nur Mindeststandards definiert und den Vorsorgeeinrichtungen einen erheblichen Selbständigkeitsbereich belässt (Art 49 Abs. 1 BVG). Ohne reglementarische Bestimmungen könnte etwa die Finanzierung und das Beitragswesen, für die sich im Gesetz nur rudimentäre Anhaltspunkte finden, nicht implementiert werden.

⁶ Fassung gemäss Ziff. I des BG vom 17. Dez. 2010 (Finanzierung von Vorsorgeeinrichtungen öffentlich-rechtlicher Körperschaften), in Kraft seit 1. Jan. 2015 (AS 2011 3385, 2013 2253; BBl 2008 8411).

⁷Yvar Mentha, in: Schneider/Geiser/Gächter, Rz 1 ff. zu Art. 50 BVG.

- 51 Bei öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen wird der Grundsatz der Beschlussfassung durch das paritätische Organ nach Art. 51 BVG, wie er für privatrechtliche Vorsorgeeinrichtungen gilt, eingeschränkt.
- 52 Die Kompetenz zum Erlass der reglementarischen Bestimmungen liegt gemäss Art. 50 Abs. 1 BVG bei der Vorsorgeeinrichtung. Gemäss Art. 62 Abs. 1 Bst. a BVG überwacht die Aufsichtsbehörde, ob diese gesetzlichen Vorschriften eingehalten werden.
- 53 Reglementänderungen können vom obersten Führungsorgan der Vorsorgeeinrichtung vorgenommen werden.
- 54 Geänderte Reglemente sind der Aufsichtsbehörde zur Kenntnis zu bringen. Diese führt eine reine Rechtskontrolle durch und prüft, ob die geänderten Bestimmungen mit der Verfassung, dem Gesetz und der Urkunde übereinstimmen. Ist eine reglementarische Bestimmung rechtswidrig, so hat die Aufsichtsbehörde sie aufzuheben bzw. die zuständigen Organe der Vorsorgeeinrichtung zu einer Korrektur zu verpflichten.
- 55 Bei öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen müssen die gesetzlichen Rechtsgrundlagen durch die entsprechenden politischen Organe geändert werden.
- 56 Gemäss Art. 50 Abs. 2 BVG sind die entsprechenden Bestimmungen bei einer Einrichtung des öffentlichen Rechts in den vom Bund, vom Kanton oder von der Gemeinde erlassenen Vorschriften enthalten. Allerdings wird dabei der Grundsatz der Beschlussfassung durch das paritätische Organ nach Art. 51 BVG, wie er für privatrechtliche Vorsorgeeinrichtungen gilt, eingeschränkt. Aus Art. 50 Abs. 2 BVG geht implizit hervor, dass für öffentlich-rechtliche Vorsorgeeinrichtungen die ordentliche verfassungsmässige Kompetenzordnung des betreffenden Gemeinwesens vorbehalten bleibt, insbesondere die Delegationsregeln, wenn eine Verordnung durch die Exekutive erlassen werden soll.
- 57 Die Einzelabreden müssen dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Destinatäre standhalten, d.h. sachlich gerechtfertigt sein.
- 58 **Art. 51a⁸** *Aufgaben des obersten Organs der Vorsorgeeinrichtung*

1. Das oberste Organ der Vorsorgeeinrichtung nimmt die Gesamtleitung der Vorsorgeeinrichtung wahr, sorgt für die Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben, bestimmt die strategischen Ziele und Grundsätze der

⁸ Eingefügt durch Ziff. I des BG vom 17. Dez. 2010 (Finanzierung von Vorsorgeeinrichtungen öffentlich-rechtlicher Körperschaften), in Kraft seit 1. Jan. 2012, mit Ausnahme von Abs. 6, in Kraft seit 1. Jan. 2015 (AS 2011 3385, 2013 2253; BBl 2008 8411).

Vorsorgeeinrichtung sowie die Mittel zu deren Erfüllung. Es legt die Organisation der Vorsorgeeinrichtung fest, sorgt für ihre finanzielle Stabilität und überwacht die Geschäftsführung.

2. Es nimmt die folgenden, unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben wahr:

a. Festlegung des Finanzierungssystems; (...)

m. Festlegung der Ziele und der Grundsätze der Vermögensverwaltung sowie der Durchführung und Überwachung des Anlageprozesses;

n. periodische Überprüfung der mittel- und langfristigen Übereinstimmung zwischen der Anlage des Vermögens und den Verpflichtungen;

(....)

6. Vorbehalten bleibt Artikel 50 Absatz 2 zweiter Satz.

F. Kommentar zur Strukturreform

59 ⁹Am 15. Juni 2007 hat der Bundesrat eine Botschaft zur Änderung des BVG verabschiedet. Im Zentrum steht dabei die Stärkung der Aufsicht in der zweiten Säule.

60 Aufgaben des obersten Organs der Vorsorgeeinrichtung (Art. 51a BVG neu)

61 Bisher enthält das BVG keine explizite Aufzählung der Aufgaben des obersten Organs der Vorsorgeeinrichtung. Es ist aber zentral, dass der Entscheidungsspielraum und damit auch die Verantwortlichkeit der verschiedenen Organe klar geregelt ist [BBl 2007 5694]. Die Aufgaben und Verantwortlichkeiten des obersten Organs sollen deshalb in einem neuen Art. 51a BVG umschrieben werden. Während Abs. 1 von Art. 51a BVG die Aufgaben des obersten Organs in Grundsätzen zusammenfasst, zählt Abs. 2 die zentralen Führungsaufgaben auf, die vom obersten Organ selber wahrgenommen werden müssen.

62 Die jüngste Teilrevision des Rechts der beruflichen Vorsorge stand unter dem Titel der Strukturreform und brachte v.a. Änderungen des Aufsichtsrechts sowie neue Regelungen über die Organisation von Vorsorgeeinrichtungen mit sich. Sie ist ebenfalls in drei Schritten per 1. Januar 2011, 1. August 2011 und 1. Januar 2012 in Kraft getreten.¹⁰

⁹ Thomas Gächter/Maya Geckeler Hunziker, in: Schneider/Geiser/Gächter, Rz 85, 86 zu Art. 51 BVG (Strukturreform).

¹⁰ Scartazzini/Hürzeler, BSVR 2012, S.253.

G. ¹¹Botschaft 2007 - BB1 2007 5669 (Strukturreform)

- 63 *Art. 51a (neu)* Aufgaben des obersten Organs der Vorsorgeeinrichtung
 Das geltende BVG enthält keine explizite Aufzählung der Aufgaben des obersten Organs der Vorsorgeeinrichtung. Die gesetzlichen Pflichten richten sich immer an die Vorsorgeeinrichtung an sich. Es ist aber zentral, dass der Entscheidungsspielraum und damit auch die Verantwortlichkeit der verschiedenen Organe klar geregelt werden. Die Aufgaben und Verantwortlichkeiten des obersten Organs sollen deshalb in einem neuen Artikel zusammengefasst werden.
- 64 Absatz 1 fasst die Aufgaben des obersten Organs in Form von Grundsätzen zusammen. Das oberste Organ bestimmt die strategischen Ziele und Grundsätze der Vorsorgeeinrichtung. Dazu gehören in erster Linie das Finanzierungssystem, die Leistungsziele und Leistungspläne sowie die Ziele und Grundsätze der Vermögensanlage. Das oberste Organ entscheidet über die Grundsätze der Anlagetätigkeit basierend auf der Risikofähigkeit der Vorsorgeeinrichtung. Es legt die Organisation der Vorsorgeeinrichtung und Mittel zur Zielerreichung fest. Ausserdem ist das oberste Organ für die Erfüllung der Aufgaben verantwortlich, welche vom Gesetz der Vorsorgeeinrichtung übertragen werden.
- 65 Bestimmte zentrale Führungsaufgaben dürfen nicht abgegeben werden, sondern müssen vom obersten Organ selbst wahrgenommen werden. Absatz 2 zählt diese Aufgaben auf. Dazu gehören die Festlegung des Finanzierungssystems (Ausgestaltung des Finanzierungssystems und Festsetzung der Beiträge), (...) Ein Vorbehalt gilt lediglich für die öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen, wenn die entsprechenden Gemeinwesen die relevanten Bestimmungen gesetzlich regeln. Sinngemäss anzuwenden sind diese Bestimmungen auch bei Vorsorgeeinrichtungen in Form der Genossenschaft.
- 66 Art.50 Abs. 5 BVG wurde mit Wirkung seit 1. Januar 2015 aufgehoben. Er lautete folgendermassen: „Erlässt nach Art. 50 Abs. 2 der Bund, der Kanton oder die Gemeinde die Bestimmungen der Vorsorgeeinrichtung, so ist das paritätisch besetzte Organ vorher anzuhören.“ Mit dieser Aufhebung, mit welcher bewirkt wurde, dass das oberste Organ nicht mehr nur angehört werden muss, wollte der Gesetzgeber eine Verstärkung der öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen gegenüber dem Gemeinwesen erzielen.

¹¹ BB1 2007 5669

H. ¹²Botschaft 2008 - Botschaft 19.09.2008 BBl 2008 8411, 8457 ff. und 8466 ff.

- 67 Unter dem Titel „1.5.9.2 Sicherstellung und Begrenzung der Einflussmöglichkeiten des Gemeinwesens“ führt der Bundesrat aus:
- 68 *Organisatorische, rechtliche und finanzielle Unabhängigkeit der Vorsorgeeinrichtung*
Die ÖrVE sollen in einem eigenen Rechtsträger verselbständigt werden, sei es in Form einer öffentlich-rechtlichen Anstalt, sei es in Form einer öffentlich-rechtlichen Stiftung. Mit der rechtlichen Verselbstständigung wird gewährleistet, dass die ÖrVE im operativen Bereich autonom und handlungsfähig ist und nicht mehr oder weniger starkem politischem Druck ausgesetzt ist.
- 69 *Kompetenzausscheidung zwischen politischem Organ und Vorsorgeeinrichtung*
Der öffentliche Arbeitgeber soll Grundzüge der Vorsorgeeinrichtung regeln können. Als politische Behörde nimmt er diese Regelung in einem Erlass vor. Dieser sollte sich grundsätzlich auf die folgenden Punkte beschränken: – Rechtsform der Vorsorgeeinrichtung;
– Arbeitgeber, welche der Vorsorgeeinrichtung angehören oder ihr beitreten können;
– Rentenalter;
– Beitrags- oder Leistungsprimat;
– entweder Finanzierung oder Leistungen;
– Umschreibung des versicherten Verdienstes;
– Abweichungen von der Beitragsparität zulasten des Arbeitgebers;
– Grundzüge der Organisation und Verhältnis zur öffentlich-rechtlichen Dienstaufsicht;
– Voraussetzungen für und Vorgehen bei Sanierungsmassnahmen;
– Umfang der Staatsgarantie, soweit eine solche vorgesehen ist.
- 70 Der Erlass grenzt gleichzeitig die Kompetenzen des Gemeinwesens von jenen des obersten Organs ab. Es gilt eine Regelung zu finden, welche einerseits der besonderen Rolle des Gemeinwesens als Garantiegeber und andererseits der Handlungsfähigkeit des obersten Organs der Vorsorgeeinrichtung Rechnung trägt. Das Gemeinwesen soll die Sicherheit haben, dass seine Verpflichtungen gegenüber der Vorsorgeeinrichtung begrenzt bleiben. Das oberste Organ soll über den Spielraum verfügen, den es braucht, um das finanzielle Gleichgewicht der Vorsorgeeinrichtung sicherzustellen. Deshalb sollen nur entweder die Leistungen oder die Finanzierung gesetzlich geregelt werden dürfen, damit das oberste Organ im Rahmen des für die volle Kapitalisierung notwendigen Massnahmenplans entweder die Leistungen an die vorhandene Finanzierungsgrundlage anpassen kann oder die Beiträge so erhöhen kann, dass die Leistungen im Rahmen des Massnahmenplans ausreichend finanziert sind. Sonderregelungen (Vorsorge von Magistratspersonen, Frühpensionierungen, Invalidisierungen auf Kosten des Arbeitgebers) einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft, die nur durch den Arbeitgeber finanziert werden, sind auf Gesetzesstufe zu regeln.

¹² BBl 2008 8411, 8457 ff. und 8466 ff.

- 71 Die Wahl der Erlassform (Gesetz im formellen Sinn, Erlass der Exekutive, Urkunde für öffentlich-rechtliche Stiftung) ist dem Gemeinwesen überlassen.
- 72 *Reglemente (kassenspezifische Aspekte)*
Die Details der Ausgestaltung der Vorsorge einer ÖrVE sollen Gegenstand des Reglements sein. Dazu gehören insbesondere:
- Verhältnis zum Arbeitgeber;
 - Versicherteneigenschaft;
 - Koordinationsregelung;
 - externe Mitgliedschaft;
 - Leistungen;
 - Invaliditätsbegriff;
 - flexibles Rentenalter;
 - Hinterlassenenleistungen (Partnerschaftsrente, Todesfallkapital);
 - Massnahmenplan zur Herstellung der vollen Kapitalisierung (Rekapitalisierungsplan);
 - Einkaufsregelung;
 - Organisation und Geschäftsführung;
 - Information;
 - Kontrolle.
- 73 Mit der Abgrenzung zwischen den Bereichen, die im Erlass und im Reglement geregelt werden, wird auch über die Kompetenzausscheidung zwischen der politischen Behörde und dem obersten Organ der Vorsorgeeinrichtung entschieden. Reglementsbestimmungen sollen nicht mehr einem Genehmigungsvorbehalt der politischen Behörde unterstehen. Sie sollen ihr aber, wie jedes Reglement dem Arbeitgeber, zur Kenntnis gebracht werden.
- 74 *Ausschliessliche operative Verantwortung des obersten Organs*
Die operative Verantwortung soll ausschliesslich beim obersten Organ der Vorsorgeeinrichtung liegen. Insbesondere soll dieses für den Anlageprozess verantwortlich sein und die Revisionsstelle sowie den Experten für berufliche Vorsorge bestimmen. Dadurch wird nicht ausgeschlossen, dass die Vorsorgeeinrichtung mit dem Gemeinwesen für bestimmte Bereiche Leistungsverträge abschliessen kann.
- 75 1.5.9.3 Zusammenfassung
Zusammenfassend soll die Unabhängigkeit der ÖrVE mit den folgenden Massnahmen verstärkt werden:
- Die Rechtsstellung der ÖrVE soll möglichst weitgehend an diejenige der privatrechtlichen Vorsorgeeinrichtungen angeglichen werden.
 - Die ÖrVE sollen rechtlich, finanziell und organisatorisch verselbstständigt werden.
 - Die für die Vorsorge der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des Gemeinwesens sowie für die Vorsorgeeinrichtung massgeblichen Grundsätze sollen in einem Erlass geregelt werden. Die Umsetzung dieser Grundsätze soll hingegen in die Kompetenz des obersten Organs der Vorsorgeeinrichtung gestellt werden, welches das entsprechende Reglement erlässt.

– Die operative Verantwortung für die Vorsorgeeinrichtung soll ausschliesslich dem obersten Organ zukommen.

76 Zu den einzelnen Artikeln führt der Bundesrat aus:

Art. 50 Abs. 2 Reglementarische Bestimmungen

Mit der rechtlichen und organisatorischen Verselbstständigung der ÖrVE (Ausgliederung aus der [Zentral-]Verwaltung) wird die Entpolitisierung der beruflichen Vorsorge bei öffentlich-rechtlichen Arbeitgebern bezweckt. Dies bedingt, dass auch bei ÖrVE das oberste Organ (und nicht das Gemeinwesen) weitgehend die Verantwortung für die finanzielle Sicherheit der Vorsorgeeinrichtung trägt.

77 Die Organisationsfreiheit der Kantone wird insofern eingeschränkt, als im Bundesrecht die Rechtsform und ein bestimmter Grad an Autonomie der ÖrVE vorgeschrieben wird. Dies erfolgt jedoch vor dem Hintergrund, dass das BVG den Beteiligten als Rahmengesetz mit Mindestvorschriften einen grossen Entscheidungs- und Organisationsspielraum beim Vollzug der beruflichen Vorsorge belässt. Dementsprechend sollen kantonale und kommunale Parlamente und Verwaltungen grundsätzlich auch weiterhin die Möglichkeit haben, mit einem öffentlich-rechtlichen Erlass (Gesetz, Verordnung oder ein von der Exekutive zu genehmigendes Reglement) finanzierungs- oder leistungsseitig einen gewissen Einfluss auf die Vorsorgeeinrichtung ihres Gemeinwesens nehmen zu können. Anders als heute sollen sich jedoch Legislative und Exekutive auf einen der beiden Parameter (Finanzierung oder Leistung) beschränken und so dem obersten Organ die Möglichkeit und Verantwortung belassen, den anderen Parameter mit Blick auf die finanzielle Sicherheit der Vorsorgeeinrichtung flexibel festzusetzen.

78 *Art. 51 Abs. 5* Paritätische Verwaltung

Mit der Ausgliederung der ÖrVE aus der Verwaltung und der Beschränkung der beitrags- oder leistungsseitigen Einflussnahme von Legislative und Exekutive wird das oberste Organ einer ÖrVE gestärkt. Dem obersten Organ kommen somit in Bezug auf reglementarische Bestimmungen künftig mehr Kompetenzen und Verantwortung zu als beim bisher vorgesehenen Anhörungsrecht. Insbesondere wird – je nach Ausgestaltung des Erlasses – das oberste Organ über die Finanzierung oder die Leistungen der Vorsorgeeinrichtung zu beschliessen haben. Artikel 51 Absatz 5 wird daher aufgehoben.

79 *Art. 51a (neu)* Aufgaben des obersten Organs

Das geltende BVG enthält keine explizite Aufzählung der Aufgaben des obersten Organs der Vorsorgeeinrichtung. Die gesetzlichen Pflichten richten sich vielmehr an die Vorsorgeeinrichtung an sich. Eine konkretere Zuweisung der Aufgaben des obersten Organs drängt sich schon deshalb auf, weil nur so dessen Verantwortlichkeiten klar von jenen des Experten für berufliche Vorsorge und der Revisionsstelle abgegrenzt werden können.

- 80 *Absatz 1 fasst die Aufgaben des obersten Organs in Form von Grundsätzen zusammen. Das oberste Organ bestimmt die strategischen Ziele und Grundsätze der Vorsorgeeinrichtung. Dazu gehören in erster Linie das Finanzierungssystem, die Leistungsziele und Leistungspläne sowie die Ziele und Grundsätze der Vermögensanlage. Das oberste Organ entscheidet, unter Berücksichtigung der Risikofähigkeit der Vorsorgeeinrichtung, über die Grundsätze der Anlagetätigkeit. Es legt die Organisation der Vorsorgeeinrichtung und die Mittel zur Zielerreichung fest. Ausserdem ist das oberste Organ für die Erfüllung der Aufgaben verantwortlich, welche vom Gesetz an die Vorsorgeeinrichtung übertragen werden.*
- 81 *Absatz 2 spezifiziert die allgemeinen Grundsätze in Absatz 1, indem die grundlegenden Bereiche genannt werden, die vom obersten Organ zu regeln sind: – der Kreis der Versicherten: soweit er einen grösseren Personenkreis (z.B. im Rahmen des Unter- oder Überobligatoriums) als die in den Artikeln 7 ff. erwähnten versicherten Personen erfasst; – die Verantwortung dafür, dass die Versicherten umfassend im Sinne von Artikel 86b BVG informiert werden, liegt beim obersten Organ; – die Regelung der Einkaufsvoraussetzungen: Sie beschlägt die Verantwortung für das finanzielle Gleichgewicht der Vorsorgeeinrichtung. Um die Vorsorgeeinrichtung vor ungenügend finanzierten Neueintritten zu bewahren, die die langfristige finanzielle Stabilität der Vorsorgeeinrichtung beeinträchtigen können, muss das oberste Organ bei Neuzugängen die Voraussetzungen eines Einkaufs festlegen können. Bei ÖrVE kann diese Kompetenz durch einen öffentlich-rechtlichen Erlass des Gemeinwesens eingeschränkt sein. In diesen Fällen obliegt es dem obersten Organ, entsprechende Anpassungen auf der Leistungsseite vorzunehmen, um die finanzielle Stabilität der ÖrVE langfristig garantieren zu können. Der hier vorgeschlagene Artikel 51a lehnt sich an die detailliertere Fassung von Artikel 51a der Botschaft zur Strukturreform an. Er wäre an die dort vorgeschlagene Formulierung anzupassen, sofern die Vorlage zur Strukturreform vorher in Kraft tritt.*

I. Die Rechtsprechung

- 82 In einem jüngeren Bundesgerichtsentscheid (BGE 142 II 369) wurde Folgendes festgehalten:
- 83 „5.4.1 Nach Art. 51a Abs. 1 BVG nimmt das oberste Organ der Vorsorgeeinrichtung die Gesamtleitung wahr. Es legt namentlich die Ziele und Grundsätze der Vermögensverwaltung und die Überwachung des Anlageprozesses fest und überwacht periodisch die mittel- und langfristige Übereinstimmung zwischen der Anlage des Vermögens und den Verpflichtungen (Art. 51a Abs. 2 lit. m und n BVG). Die mit der Geschäftsführung oder Verwaltung betrauten Personen müssen in ihrer Tätigkeit die Interessen der Versicherten wahren (Art. 51b BVG). Die von der Vorsorgeeinrichtung abgeschlossenen Rechtsgeschäfte müssen marktüblichen Bedingungen entsprechen.“

- 84 (Art. 51c Abs. 1 BVG). 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 (Art. 71 Abs. 1 BVG). Die Art. 49 ff. der Verordnung vom 18. April 1984 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVV 2; SR 831.441.1) enthalten eingehende Vorschriften über die zulässigen Vermögensanlagen. So muss die Vorsorgeeinrichtung ihre Vermögensanlagen sorgfältig auswählen, bewirtschaften und überwachen (Art. 50 Abs. 1 BVV 2). Die spezialgesetzlich vorgeschriebene Revisionsstelle prüft namentlich, ob die Vermögensanlage den gesetzlichen und reglementarischen Bestimmungen entspricht (Art. 52c Abs. 1 lit. b BVG). Die Aufsichtsbehörde sodann wacht darüber, dass die gesetzlichen Vorschriften eingehalten werden und das Vorsorgevermögen zweckmässig verwendet wird (Art. 62 Abs. 1 BVG).
- 85 5.4.2 Der Beschwerdeführerin ist insoweit zuzustimmen, dass diese Vorschriften abschliessend bundesrechtlich regeln, wie das Vermögen einer Vorsorgeeinrichtung anzulegen ist. Zutreffend ist auch, dass die Vorschriften über die Vermögensanlage und -verwaltung für öffentlich-rechtliche und private Vorsorgeeinrichtungen gleichermassen gelten (BGE 140 V 420 E. 4.2.1 S. 426 f.).“

J. Besprechung

Aus den oben dargestellten Ausführungen aus der Lehre und den Gesetzesmaterialien sowie aus der Rechtsprechung geht hervor, dass Art. 71 BVG mit den Ausführungsbestimmungen Art. 49 -59 BVV2 die Fragen der Vermögensverwaltung der Vorsorgeeinrichtungen auf Bundesebene abschliessend behandelt und dass demzufolge ein Anlageverbot, wie dieser in der Volksinitiative verlangt wird, nicht eine Bestimmung über die Finanzierung im Sinne von Art. 50 Abs. 2 Satz 2 BVG darstellen kann.

Daraus ist ferner zu schliessen, dass es sich beim Vorbehalt von Art. 50 Abs. 2 Satz 2 BVG gemäss Art. 51a Abs. 6 BVG um die Finanzierung im engeren Sinn handelt (Beschaffung von finanziellen Mitteln) und dass dieser Begriff demnach nicht die Vermögensverwaltung gemäss Art. 71 BVG betreffen kann.

Der Weg für die Einführung der Bestimmungen der Volksinitiative in das Gemeindegesetz ist somit nicht begehbar. In der Tat kann dies nicht durch den Verweis von Art. 51a Abs. 6 BVG auf den Vorbehalt von Art. 50 Abs. 2 Satz 2 BVG stattfinden, weil letztere Bestimmung und Art. 71 BVG keinen Raum lassen für eine kommunale Gesetzgebung bezüglich der Vermögensanlage und –Verwaltung von einer öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtung.

Dies kann auch nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein, wenn man beachtet, dass der Bundesrat am 15. Juni 2007 eine Botschaft zur Änderung des BVG (Strukturreform) verabschiedet hatte, dass der neue Art. 51a BVG am 1. Januar 2012, der neue Art. 50 BVG

am 1. Januar 2015 und der neue Art. 51a Abs. 6 BVG ebenfalls am 1. Januar 2015 in Kraft getreten sind.

K. Besprechung des Standpunktes von Herrn Prof. Rütscbe hinsichtlich der grundsätzlichen Vereinbarkeit der Initiative mit höherrangigem Recht sowie hinsichtlich seiner Antworten auf die Ergänzungsfragen der PKSL

- 86 Anders betrachtet diese Problematik der Autor des ersten Gutachtens:
Zur Kompetenzausscheidung zwischen politischen Organen und Vorsorgeeinrichtungen, wie sie in Art. 50 Abs. 2 Satz 2 BVG vorgesehen ist, erklärt der Gutachter, dass ein Anlageverbot eine Bestimmung über die Finanzierung im Sinne von Art. 50 Abs. 2 Satz 2 BVG darstellen könnte. Ob dem so sei, gelte es durch Auslegung dieser Rechtsnorm zu klären. Aus der Systematik des Gesetzes und der Ausführungsverordnung sei zu schliessen, dass die Verwaltung bzw. Anlage des Vermögens ein Teilaspekt der Finanzierung von Vorsorgeeinrichtungen darstelle. Die verfassungskonforme, die historische und die teleologische Auslegung von Art. 50 Abs. 2 Satz 2 BVG liessen ebenfalls den Schluss zu, dass es öffentlich-rechtlichen Körperschaften erlaubt sein soll, unter dem Titel „Finanzierung“ nicht nur Vorschriften zur Beschaffung der finanziellen Mittel von Vorsorgeeinrichtungen, sondern auch zur Vermögensverwaltung zu erlassen.
- 87 In der Botschaft (BBl 2008 8411, 8457) hat der Bundesrat allerdings ausgeführt: „Es gilt eine Regelung zu finden, welche einerseits der besonderen Rolle des Gemeinwesens als Garantiegeber und andererseits der Handlungsfähigkeit des obersten Organs der Vorsorgeeinrichtung Rechnung trägt. Das Gemeinwesen soll die Sicherheit haben, dass seine Verpflichtungen gegenüber der Vorsorgeeinrichtung begrenzt bleiben. Das oberste Organ soll über den Spielraum verfügen, den es braucht, um das finanzielle Gleichgewicht der Vorsorgeeinrichtung sicherzustellen.
- 88 Unseres Erachtens ist diese Abgrenzung der Kompetenzen des Gemeinwesens von jenen des obersten Organs klar und entspricht nicht der Auslegung des ersten Gutachters. In der Tat handelt es sich lediglich um eine Garantiefrage. Der Erlass kann daher nur Garantiefragen zum Gegenstand haben, welche das finanzielle Gleichgewicht der Vorsorgeeinrichtung im Rahmen der Beschaffung der finanziellen Mittel, aber nicht im Rahmen der Vermögensverwaltung von Vorsorgeeinrichtungen betreffen. Es kann sich dabei auch nicht um die von Herrn Prof. Ueli Kieser und Herrn Dr. Kaspar Saner in ihrer Studie „Vermögensanlage von Vorsorgeeinrichtungen“ (AJP 2017 S. 327 ff.) erwähnten „weiteren Fragen“ im Sinne der Regelung einer „ethischen Anlagenfinanzierung“ bzw. um Bestimmungen über eine ethikkonforme Anlagepolitik handeln (vgl. die nachfolgende Besprechung).
- 89 Daraus folgt, dass aus einer systematischen, insbesondere aus einer verfassungskonformen Auslegung der Bestimmung der Begriff „Finanzierung“ in Art. 50 Abs. 2 Satz 2 BVG nicht

im weiteren Sinn zu verstehen ist. Das bedeutet, dass die in dieser Bestimmung festgeschriebene Regelungskompetenz des Gemeinwesens nur die Beschaffung finanzieller Mittel für öffentlich-rechtliche Vorsorgeeinrichtungen, aber nicht auch die Verwaltung bzw. Anlage ihres Vermögens umfasst.

- 90 Damit ist festzuhalten, dass die Stadt Luzern kraft Art. 50 Abs. 2 Satz 2 BVG nicht zuständig ist, ein partielles Anlageverbot für die PKSL in Bezug auf bestimmte Unternehmungen der Rüstungsindustrie zu erlassen.
- 91 Art. 50 Abs. 2 Satz 2 besagt nur, dass bei Einrichtungen des öffentlichen Rechts entweder die Bestimmungen über die Leistungen oder jene über die Finanzierung von der betreffenden öffentlich-rechtlichen Körperschaft erlassen werden können. Entgegen der Auffassung des Gutachters kann aus einer systematischen Auslegung der Bestimmung aber nicht abgeleitet werden, dass das, was mit Art. 51a BVG am 1. Januar 2012 in Kraft gesetzt wurde (Art 51a Abs. 2. *Es [das oberste Organ] nimmt die folgenden, unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben wahr: a. Festlegung des Finanzierungssystems; (...)*), mit den neuen Art. 50 Abs. 1 BVG und Art. 51a Abs. 6 BVG ab 1. Januar 2015 in einem zweiten Schritt trotz stattgefundener Strukturreform wieder rückgängig gemacht wird, bzw. in den Zuständigkeitsbereich der öffentlich-rechtlichen Körperschaft fallen darf. Auf das würde jedoch die im ersten Gutachten vertretene Auffassung hinauslaufen, wenn der Stadt Luzern kraft Art. 50 Abs. 2 Satz 2 BVG die Regelungskompetenz zugesprochen werden würde, ein partielles Anlageverbot im Bereich der Verwaltung bzw. Anlage des Vermögens der PKSL einzuführen.
- 92 Art. 50 Abs. 2 Satz 2 besagt nur, dass die öffentlich-rechtliche Körperschaft alternativ die Bestimmungen über die Finanzierung erlassen darf. In den Bereichen, in welchen die Kompetenz gemäss Art. 50 Abs. 1 und Art. 51a Abs. 1-5 BVG ohnehin beim obersten Organ der Vorsorgeeinrichtung liegt, ist die Kompetenz des Gemeinwesens allerdings ausgeschlossen und kann auch nicht im Nachhinein wieder eingeführt werden, was zu einer widersprüchlichen Auslegung der massgebenden Normen führen würde und somit zu einer Auslegung, welche nach dem Geist des Gesetzgebers nicht gewollt sein konnte.

Nach dem Gutachter besteht nur auf den ersten Blick zwischen Art. 51a BVG (Abs. 2: „*Es [das oberste Organ der Vorsorgeeinrichtung] nimmt die folgenden, unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben wahr: a. Festlegung des Finanzierungssystems;*“) und der Volksinitiative, welche einen Aspekt der Vermögensverwaltung von Vorsorgeeinrichtungen regeln soll, ein Zuständigkeitskonflikt. Nach seiner Auffassung handelt es sich bei Art. 51a BVG um eine gesellschaftsrechtliche Bestimmung, welche das Innenverhältnis, d.h. die interne Aufgabenteilung der Organe der Vorsorgeeinrichtung betrifft. Im Unterschied dazu sei Art. 50 Abs. 2 Satz 2 BVG, wonach Kantone und Gemeinden in Bezug auf ihre Einrichtungen des öffentlichen Rechts entweder Bestimmungen über die Leistungen oder über die Finanzierung

erlassen können, eine staatsorganisatorische Norm. Der Autor führt weiter aus, Art. 51a Abs. 2 BVG könne demzufolge als gesellschaftsrechtliche Bestimmung die in Art. 50 Abs. 2 Satz 2 BVG vorgesehene Regelungskompetenz der Kantone bzw. Gemeinden nicht zurückdrängen. Dies werde bestätigt „durch Art. 51a Abs. 2 BVG, der einen ausdrücklichen Vorbehalt zugunsten von Art. 50 Abs. 2 Satz 2 BVG enthält.“ Der Gesetzgeber selber habe also das Verhältnis zwischen Art. 50 Abs. 2 Satz 2 BVG und Art. 51a Abs. 2 BVG im Sinne eines Vorrangs der ersten Bestimmung geregelt.

- 93 Diese Ausführungen sind nicht stichhaltig, sondern offensichtlich falsch. In der Tat macht es keinen Sinn zu behaupten, dass Art. 51a Abs. 2 BVG einen ausdrücklichen Vorbehalt zugunsten von Art. 50 Abs. 2 Satz 2 enthalte, wenn Art. 51a Abs. 2 folgendermassen lautet: „*Es [das oberste Organ der Vorsorgeeinrichtung] nimmt die folgenden, unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben wahr:*“; während Art. 50 Abs. 2 Satz 2 den folgenden Wortlaut aufweist: „*Bei Einrichtungen des öffentlichen Rechts können entweder die Bestimmungen über die Leistungen oder jene über die Finanzierung von der betreffenden öffentlich-rechtlichen Körperschaft erlassen werden.*“ In Wirklichkeit hat der Gutachter erst in seiner Antwort auf die ergänzenden Fragen die massgebende Bestimmung zutreffend angegeben, indem er folgendermassen korrigiert hat: „Dies wird bestätigt durch Art. 51a Abs. 6 BVG.“
- 94 Es mag zwar sein, dass Rz 50 des Gutachtens vom 31. Januar 2017 damit lediglich einen Schreibfehler aufweist, welcher in der Antwort auf die ergänzenden Fragen vom 16. März 2017 zu Recht korrigiert wurde. Immerhin wäre es bei einer im Gutachten so grundsätzlich wichtigen Frage Aufgabe des fachkundigen Gutachters gewesen, diesen Fehler in der Antwort auf die ergänzende Frage explizit aufzugreifen, um damit den für die Entscheidung bezüglich der Gültigkeit der Volksinitiative verantwortlichen Grossstadträtinnen und Grossstadträten einen verständlichen Rechtsweg aufzuzeichnen.
- 95 Der Gutachter meint: sodann „Auf den ersten Blick scheint zwischen dieser Bestimmung (Art 51a Abs. 2 BVG) und der Volksinitiative „Für ein Verbot von Luzerner Kriegsgeschäften“, welche einen Aspekt der Vermögensverwaltung von Vorsorgeeinrichtungen regelt, ein Zuständigkeitskonflikt zu bestehen. Bei Art. 51a Abs. 2 BVG handelt es sich jedoch um eine gesellschaftsrechtliche Bestimmung, welche das Innenverhältnis, d.h. die interne Aufgabenteilung der Organe der Vorsorgeeinrichtung, betrifft [Rz 35]. Im Unterschied dazu ist Art. 50 Abs. 2 Satz 2 BVG, wonach Kantone und Gemeinden in Bezug auf ihre Einrichtungen des öffentlichen Rechts entweder Bestimmungen über die Leistungen oder über die Finanzierung erlassen können, eine staatsorganisatorische Norm [Rz 35].“
- 96 Nach unserer Betrachtungsweise gibt es keinen Grund, um eine Unterscheidung zu machen zwischen „gesellschaftlichen Bestimmungen, welche das Innenverhältnis regeln“ und einer „staatsorganisatorischen Norm“. Diese Unterscheidung wird durch den Gutachter auch in

keiner Weise mittels Hinweise auf Lehre oder Rechtsprechung untermauert. Daraus ergibt sich, dass auch kein Grund besteht um zu behaupten, dass Art. 51a Abs. 2 BVG (als gesellschaftsrechtliche Bestimmung) die in Art. 50 Abs. 2 Satz 2 BVG (als staatsorganisatorische Norm) vorgesehene Regelungskompetenz der Kantone bzw. Gemeinden nicht zurückdrängen könne. Im Gegenteil ist davon auszugehen, dass Art. 51a Abs. 2 BVG vorrangig ist und dass durch die Anwendung von Art. 50 Abs. 2 Satz 2 BVG aufgrund des Verweises von Art. 51a Abs. 6 BVG ohnehin lediglich Fragen der Finanzierung im engeren Sinn (Beschaffung finanzieller Mittel für öffentlich-rechtliche Vorsorgeeinrichtungen), aber nicht im weiteren Sinn auch die der Verwaltung bzw. Anlage des Vermögens geregelt werden können.

- 97 Zu Recht hat sich die PKSL in der Ergänzungsfrage 3.1 gefragt, ob sich die Rechtsauffassung im Gutachten, dass unter den Begriff „Finanzierung“ gemäss Art. 50 Abs. 2 Satz 2 BVG auch Regelungen über die Verwaltung bzw. Anlage des Vermögens zu subsumieren sind, mit Art. 49a Abs. 2 lit. a BVV 2 vereinbaren lässt, wonach die Regelungskompetenz in Bezug auf die Vermögensanlage beim obersten Organ der Vorsorgeeinrichtung liegt. Die Antwort auf diese Frage stützt der Gutachter einerseits auf die erwähnte Unterscheidung zwischen gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen (Art. 51a Abs. 2 lit. m BVG bzw. Art. 49a Abs. 2 lit. a BVV2) und einer staatsorganisatorischen Norm (Art. 50 Abs. 2 Satz 2 BVG), wobei letztere nicht durch die gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen zurückgedrängt werden könne. Andererseits begründet der Gutachter seine Ansicht dadurch, dass das mit der Volksinitiative einzuführende Anlageverbot eine Bestimmung über die Finanzierung im Sinne von Art. 50 Abs. 2 Satz 2 BVG darstelle. Beide Begründungen sind, wie oben dargelegt, unseres Erachtens nicht stichhaltig.
- 98 Ebenfalls zu Recht hat die PKSL in seiner Ergänzungsfrage 3.2 ausgeführt, mit ethisch motivierten Anlageverboten öffne sich ein breites Feld von möglichen, insbesondere auch kumulativen Einschränkungen des obersten Organs der PKSL bei der Festlegung und Durchführung der Anlagestrategie durch die politischen Organe resp. die Stimmberechtigten. Diese (potentiell) weitgehende politische Bindung ist mit der Zuständigkeitsregelung nach Art. 51a Abs. 2 lit. m BVG sowie mit den rechtlichen Pflichten der Vorsorgeeinrichtung resp. deren oberstem Organ gemäss Art. 71 Abs. 1 BVG und Art. 49a BVV2 nicht vereinbar. In der Tat lassen Art. 71 Abs. 1 BVG und Art. 49a BVV2 keinen kantonalen oder kommunalen gesetzgeberischen Raum offen für die Einführung von ethisch motivierten Anlagegrundsätzen.
- 99 Damit ist auch die Ergänzungsfrage 3.3 der PKSL beantwortet: Es ist rechtlich zutreffend, dass das oberste Organ im Falle einer Kollision zwischen (ethisch motivierten) gesetzlichen Anlageverboten und den bundesrechtlichen Anlagegrundsätzen (insbesondere Sicherheit und Risikofähigkeit, vgl. Art. 50 BVV2, Urteil 9C 752/2015 vom 28.12.2016 [BGE 143 V

19)) letzteren den Vorrang einräumen müsste, insbesondere auch im Hinblick auf die Verantwortlichkeit nach Art. 52 BVG. Dies bedeutet aber, dass in einem konkreten Fall, trotz Vorliegens von kommunalen Bestimmungen betreffend anlage-ethische Grundsätze, diese nicht zur Anwendung gelangen könnten.

- 100 Schliesslich hat die PKSL folgende Frage (Ergänzungsfrage 1) gestellt: Ist die Feststellung im Gutachten, wonach die „politischen Organe der Stadt Luzern zuständig“ sind, die Initiative „im Falle einer Annahme umzusetzen“, rechtlich zu vereinbaren mit den Regelungen über die Zuständigkeiten der Zentralschweizer BVG- und Stiftungsaufsicht (ZBSA)? Der Gutachter hat zutreffend festgestellt, dass die ZBSA ein reines Aufsichtsorgan ist, welches in Übereinstimmung mit Art. 62 Abs. 1 BVG darüber wacht, dass die Vorsorgeeinrichtung die gesetzlichen Vorschriften einhalten und das Vorsorgevermögen zweckgemäss verwenden. Da ein Anlageverbot nicht durch die Initiative eingeführt werden kann, hat die PKSL in Erkennung ihrer eigenen Zuständigkeit die in der Initiative enthaltenen ethischen Anliegen im Sinne einer Änderung ihres Anlagereglements mit Wirkung ab 1. Januar 2018 aufgenommen, damit diese durch die PKSL eingehalten werden können. Der ZBSA als Aufsichtsbehörde steht auch zu, über die Umsetzung dieser Normen zu wachen.

L. Besprechung des Aufsatzes von Prof. Kieser und Dr. Saner in AJP 2017 S. 327

- 101 Im Aufsatz „Vermögensanlage von Vorsorgeeinrichtungen“ in AJP 2017 S. 327 führen die Autoren des Beitrags unter dem Titel „C. Einreihung der Fragestellung, 1. Bedeutung von Art. 51a Abs. 6 BVG“ aus: *„Damit ist zunächst zu klären, ob im Erlass des Gemeinwesens – ausserhalb der (alternativen) Bereiche von Leistung oder Finanzierung – auch andere Fragen geregelt werden dürfen. Art. 50 Abs. 2 Satz 2 BVG kann kaum die Bedeutung zugemessen werden, dass nur gerade einer der beiden ausdrücklich genannten Bereiche (aber sonst keine Frage) geregelt werden kann. Dieser Auffassung würden die – oben niedergegebenen – Erläuterungen in der bundesrätlichen Gesetzesbotschaft diametral entgegenstehen. Es ist davon auszugehen, dass Art. 50 Abs. 2 Satz 2 BVG einzig feststellen will, dass im Erlass des Gemeinwesens nicht beide der genannten Bereiche zugleich geordnet werden können. Im Übrigen wird damit aber noch nicht ausgeschlossen, dass weitere Fragen im Erlass geregelt werden.“*
- 102 Liest man die entsprechenden Stellen in der bundesrätlichen Gesetzesbotschaft (vgl. oben Rz 67), stellt man fest, dass die Auffassung der Autoren des Aufsatzes, wonach Art. 50 Abs. 2 Satz 2 BVG kaum die Bedeutung zugemessen werden kann, dass nur gerade einer der beiden ausdrücklich genannten Bereiche (aber sonst keine Frage) geregelt werden kann, nicht zutreffend ist. Unzutreffend ist auch die Aussage, dass dieser Auffassung die Erläuterungen in der bundesrätlichen Gesetzesbotschaft diametral entgegenstehen würden. In Wirklichkeit ist zwar davon auszugehen, dass Art. 50 Abs. 2 Satz 2 BVG einzig festlegen will, dass im Erlass des Gemeinwesens nicht beide der genannten Bereiche zugleich geordnet werden können, aber keineswegs, dass im Übrigen damit nicht ausgeschlossen wird,

dass „weitere Fragen“ im Erlass geregelt werden können. Demzufolge dürften im Erlass des Gemeinwesens Stadt Luzern, welcher Gegenstand der Gültigkeitsprüfung der besprochenen Volksinitiative wäre, ausserhalb der alternativen Bereiche von Leistung und Finanzierung im engeren Sinn keine „weitere Fragen“ geregelt werden.

- 103 Unseres Erachtens lässt sich sowohl von der genannten Botschaft als auch von der historischen Entwicklung der Gesetzgebung (vgl. Rz 83 oben) und von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (Rz 77 oben) nichts anderes ableiten. Wie könnte ansonsten das Bundesgericht im Entscheid BGE 142 II 369 zum Schluss gelangt sein, dass Art. 51a Abs. 2 BVG abschliessend ist? („Der Beschwerdeführerin ist insoweit zuzustimmen, dass diese Vorschriften abschliessend bundesrechtlich regeln, wie das Vermögen einer Vorsorgeeinrichtung anzulegen ist“, vgl. Rz.73-76 oben und BGE 142 II 369 E. 5.4.1 und 5.4.2) . Und wie müsste ansonsten der Geist der Strukturreform (vgl. Rz 57 ff. oben) verstanden werden, wenn nicht im Sinne einer klaren Absicht des Gesetzgebers, den Vorsorgeeinrichtungen eine grössere Verselbständigung gegenüber dem Gemeinwesen einzuräumen?
- 104 Es ist somit festzuhalten, dass einerseits Art. 50 Abs. 1 BVG vorschreibt, die Vorsorgeeinrichtung habe Bestimmungen zu erlassen über die Leistungen (Bst. a), die Organisation (Bst. b), die Verwaltung und die Finanzierung (Bst. c). Nach Art. 50 Abs. 2 BVG können *bei Einrichtungen des öffentlichen Rechts entweder die Bestimmungen über die Leistungen oder jene über die Finanzierung von der betreffenden öffentlich-rechtlichen Körperschaft erlassen werden*. Andererseits besagt Art. 51a Abs. 2, das oberste Organ nehme die unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben der Festlegung des Finanzierungssystems (Bst. a), und der Festlegung der Ziele und der Grundsätze der Vermögensverwaltung sowie der Durchführung und Überwachung des Anlageprozesses (Bst. m) wahr. Zudem schreibt Art. 51a Abs. 6 BVG vor, vorbehalten bleibe Art. 50 Abs. 2 Satz 2 BVG. *Schliesslich wird die* Führungsverantwortung für die Vermögensanlage dem obersten Organ der Vorsorgeeinrichtung zugeordnet (Art. 51a Abs. 2 lit. m BVG, Art. 49a Abs. 1 BVV2).
- 105 Daraus ist zu schliessen, dass in Anwendung des Bundesrechts Gemeinden oder Kantone den Vorsorgeeinrichtungen nicht vorschreiben dürfen, wie ihr Vermögen in Unternehmen angelegt wird. Denn die Vermögensanlage gehört zu den unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des obersten Organs der Vorsorgeeinrichtungen.

M. Schlussfolgerungen

- 106 Art. 50 Abs. 2 Satz 2 bietet der Stadt Luzern keine Kompetenzgrundlage für den Erlass eines Anlageverbots bzw. kann ein Anlageverbot nicht eine Bestimmung über die Finanzierung im Sinne von Art. 50 Abs. 2 Satz 2 darstellen. Die Initiative mit der Einführung

eines Anlageverbots würde in der Tat einem Verstoß gegen die grundsätzliche Vereinbarkeit mit übergeordnetem Recht entsprechen.

- 107 Synthetische Begründung:
Es erscheint aufgrund des oben Erwähnten eindeutig, dass es sich bei Art. 50 Abs. 2 Satz 2 um Finanzierung im engen Sinne von Beiträgen (Beschaffung der finanziellen Mittel für die Vorsorgeeinrichtung – namentlich mittels Beiträgen und Zuschüssen), und nicht, nach einem weiten Verständnis, um Finanzierung im Sinne von Verwaltung bzw. Anlage des Vermögens der Vorsorgeeinrichtung handelt. Dies zeigt auch, dass das oberste Organ für die Vermögensverwaltung und die Anlagestrategie allein zuständig ist.
- 108 Es kann nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein, mit dem Verweis von Art. 51a Abs. 6 BVG auf Art. 50 Abs. 2 Satz 2 BVG die mit der Strukturreform gewollte Verselbständigung des obersten Organs der Vorsorgeeinrichtungen gleich wieder zu annullieren, insbesondere nachdem in Art. 51a Abs. 2 BVG die Norm eingeführt wurde, wonach es das oberste Organ der Vorsorgeeinrichtung ist, welches die dort aufgeführten unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben wahrnimmt.
- 109 **Antwort auf Frage 1 B:** Die Initiative ist hinsichtlich der grundsätzlichen Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht, insbesondere dem BVG (teilweise), nicht gültig.

V. Frage 1 C

- 110 Es stellt sich sodann die Frage, ob eine Kompetenzgrundlage der Stadt Luzern für den Erlass eines Anlageverbots angesichts einer positiven oder kumulativen Normenkonkurrenz bzw. Normenkumulation trotzdem bestehen kann, auch wenn die derogatorische Kraft des Bundesrechts dies grundsätzlich nicht zulassen würde.
- 111 Es ist somit zu prüfen, ob das übergeordnete Bundesrecht der Gemeinde Luzern die Kompetenz belässt, Vorschriften über die Anlage des Vermögens von Einrichtungen der beruflichen Vorsorge zu erlassen, weil diese einen anderen Zweck verfolgen, der nicht die Anlagentechnik, sondern die Anlageethik zum Gegenstand haben.
- 112 Im ersten Gutachten wird vorgebracht, der Hauptfokus der erwähnten bundesrechtlichen Vorschriften liege auf der Sicherheit und dem hinreichenden Ertrag der Vermögensanlagen von Vorsorgeeinrichtungen (vgl. Art. 71 Abs. 1 BVG). Hinsichtlich dieser finanz- bzw. anlagentechnischen Zielsetzung seien die bundesrechtlichen Anlagevorschriften als abschliessend zu betrachten (Rz 44).

- 113 Der Zweck der Volksinitiative sei hingegen ein anderer: Die Initiative verfolge ethische Ziele, indem sie die Anlage von Vermögen in die Herstellung, Entwicklung oder Instandhaltung von verbotenem Kriegsmaterial verbieten wolle. Das Bundesrecht enthalte keinerlei Vorschriften zur Anlageethik. Insbesondere fänden sich keine Regelungen, welche Vermögensanlagen in bestimmte Industriezweige untersagen oder vorschreiben. Die bundesrechtlichen Vorschriften zur Anlage des Vermögens von Vorsorgeeinrichtungen und die Volksinitiative würden somit unterschiedlichen Zwecken dienen. Sie würden mithin denselben Sachverhalt (Vermögensanlage von Vorsorgeeinrichtungen) unter verschiedenen Gesichtspunkten (Anlagetechnik bzw. Anlageethik) regeln (Rz 45). Eine kantonale Regelung sei nicht ausgeschlossen, falls sie ein anderes Ziel verfolgt als dasjenige des Bundesrechts (Rz 46).
- 114 Nach dem Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts (Art. 49 Abs. 1 BV) können die Kantone in Sachgebieten, welche die Bundesgesetzgebung abschliessend geregelt hat, keine Rechtsetzungskompetenzen mehr wahrnehmen, soweit sie nicht in der einschlägigen Bundesgesetzgebung ausdrücklich vorgesehen sind. Auch wenn sich eine Bundesregelung in einem bestimmten Sachbereich an sich als abschliessend darstellt, ist eine kantonale Lösung allerdings nicht ausgeschlossen, falls sie ein anderes Ziel verfolgt als dasjenige des Bundesrechts. Die Kantone dürfen jedoch im Rahmen der ihnen zukommenden Kompetenzen nur solche Vorschriften erlassen, die nicht gegen den Sinn und Geist des Bundesrechts verstossen und dessen Zweck nicht beeinträchtigen oder vereiteln¹³
- 115 Art. 111 und 113 BV geben dem Bund eine konkurrierende, umfassende Gesetzgebungskompetenz auf dem Gebiet der beruflichen Vorsorge (BGE 130 V 369 E. 6.1 S. 373 f.). Soweit der Bund von seiner Gesetzgebungsbefugnis Gebrauch gemacht hat, dürfen die Kantone keine vom Bundesrecht abweichenden Vorschriften erlassen (vgl. BGE 135 I 28 E. 5.5 S. 41 f.). Eine Normenkollision, welche zur Nichtanwendung der einen Norm führt, liegt aber nur vor, wenn mehrere Normen denselben Sachverhalt unter identischen Gesichtspunkten unterschiedlich regeln. Wenn hingegen verschiedene Normen ein und denselben Sachverhalt nach unterschiedlichen Gesichtspunkten regeln, d.h. Rechtsfolgen an unterschiedliche Tatbestandsmerkmale anknüpfen oder unterschiedliche Ziele verfolgen, liegt eine positive oder kumulative Normenkonkurrenz bzw. Normenkumulation vor, d.h. es sind beide Normen kumulativ anwendbar (BGE 141 II 66 E. 2.4.1 S. 73 f.). Der Umstand, dass eine bestimmte Tätigkeit unter bestimmten Aspekten einer abschliessenden bundesrechtlichen Regelung unterworfen ist, schliesst deshalb nicht aus, dass diese Tätig-

¹³ BGE 142 II 369 S. 383 ff., 142 I 16 E. 6 S. 20; BGE 141 V 455 E. 6.1 S. 462; BGE 139 I 242 E. 3.2 S. 248 f.; BGE 138 I 468 E. 2.3.1 S. 470 f. und E. 2.6 S. 473 f., BGE 138 I 356 E. 5.4.2 S. 360 f.

keit unter anderen Aspekten einer kantonalen Gesetzgebung untersteht, solange das Bundesrecht keine Ausnahme vorsieht. So bleiben etwa kantonale Kompetenzen hinsichtlich der Ladenöffnungszeiten mit Blick auf Zielsetzungen ausserhalb des Arbeitnehmerschutzes zulässig (BGE 140 II 46 E. 2.5.1. S. 54 f.). Auch unterstanden zum Beispiel Kernanlagen vor dem Erlass von Art. 49 Abs. 3 KEG (SR 732.1) trotz der unter Kernenergie- und Strahlenschutzaspekten abschliessenden bundesrechtlichen Regelung dem kantonalen Bergregal- oder Baurecht (BGE 119 Ia 390 E. 6 S. 401 ff.; BGE 111 Ia 303 E. 5a S. 306 ff.).

- 116 Ebenso unterstehen Mobilfunkanlagen dem kantonalen und kommunalen Bau- und Planungsrecht. Dies obwohl der Immissionsschutz bezüglich der von ihnen ausgehenden Strahlung abschliessend durch Bundesrecht geregelt ist (BGE 142 I 26 E. 4.2 S. 35; BGE 133 II 64 E. 5.2 und 5.3 S. 66 f.), zumindest soweit damit nicht ein bundesrechtlich vorgeschriebener Zweck vereitelt oder über Gebühr erschwert wird (BGE 141 II 245 E. 7.1 S. 250 f.). Demzufolge unterstehen grundsätzlich die Bauten, welche eine Vorsorgeeinrichtung zwecks Vermögensanlage erstellt, dem kantonalen Baurecht, auch wenn sie der bundesrechtlich geregelten beruflichen Vorsorge dienen, zumindest soweit dadurch nicht die bundesrechtlich vorgeschriebene Vermögensanlage vereitelt oder über Gebühr erschwert wird; denn das Baurecht dient offensichtlich einem anderen Ziel und Zweck als das Recht der beruflichen Vorsorge.
- 117 Bei der Frage nach der abschliessenden bundesrechtlichen Regelung bei den Vermögensanlagen ist abzuklären, ob den BVG-Vorschriften zur Vermögensverwaltung abschliessender Charakter zukommt und es deshalb den Kantonen und Gemeinden untersagt ist, eigene Vorschriften mit gleicher Zweckausrichtung zu erlassen.
- 118 Bei der Prüfung der Gültigkeit der Initiative muss beachtet werden, dass sie gegen verschiedene Bestimmungen des BVG (Art. 71 BVG und Art. 49 – 59 BVV2) und damit gegen die derogatorische Kraft des Bundesrechts (Art. 49 BV) sowie gegen Art. 111 und 113 BV verstossen würde, wenn das kantonale bzw. kommunale Recht öffentlich-rechtliche Vorsorgeeinrichtungen Vorschriften unterstellen wollte, welche nicht die Anlagetechnik, sondern die Anlageethik regeln sollten. Dabei ist entscheidend, dass das Bundesrecht die berufliche Vorsorge abschliessend regelt, namentlich auch die Vermögensverwaltung der Vorsorgeeinrichtungen. Der Kanton bzw. die Gemeinde dürfen daher nach dieser Betrachtungsweise den Anlageprozess von Vorsorgeeinrichtungen nicht näher regeln, weil zur Vermögensverwaltung auch die Verwaltung in Beachtung einer ethischen und moralischen Anlagepolitik gehört.

- 119 Die erwähnten Fälle aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung weisen alle die gemeinsame Eigenschaft auf, dass sich regelmässig zwei bestimmte Rechtsgebiete mit entsprechenden Gesetzesbestimmungen gegenüberstehen. Daher kommt auch der Begriff einer positiven oder negativen kumulativen Normenkonkurrenz bzw. Normenkumulation.
- 120 Wenn aber, wie in der zu prüfenden Angelegenheit die Volksinitiative die Anlageethik zum Gegenstand hat und somit mit den mit der Volksinitiative in Frage stehenden Bestimmungen ethische Ziele verfolgt, können diese nicht als konkurrierende Normen bezeichnet werden, welche Teil eines bestimmten Erlasses oder eines normierten Rechtsgebietes sind.
- 121 Es gibt in Anbetracht dieser Rechtsprechung aus der Sicht des bundesrechtlichen Berufsvorsorgerechts keinen Grund, die bundesrechtliche Regelung nicht als grundsätzlich abschliessend zu betrachten. Somit wären kantonale oder kommunale Vorschriften nur zulässig, soweit damit ein anderer als vom Bundesrecht verfolgter Zweck im Fokus liegen würde. Zudem dürfen die kommunalen Vorschriften die Erfüllung der bundesrechtlich vorgeschriebenen Anlagetätigkeit weder vereiteln noch übermässig erschweren.

A. Schlussfolgerungen und Begründungen

- 122 Nur wenn es sich um eine effektive Normenkonkurrenz handelt, was bei einer ausschliesslichen Frage der Ethik allgemein nicht gegeben ist, kann die Rechtsprechung zur Anwendung gelangen, welche das Bestehen einer positiven oder kumulativen Normenkonkurrenz zulässt. Bei der Frage der Anlage-Ethik gibt es allerdings keine besondere bestehende kantonale oder kommunale Gesetzgebung. Demzufolge kann es auch keine positive Normenkumulation geben.
- 123 Aus den oben dargelegten Kommentierungen (Rz 30 ff., 38 ff., 48 ff. und 59 ff.) geht hervor, dass Art. 71 Abs. 1 BVG mit den dazugehörigen Verordnungsbestimmungen sowohl hinsichtlich der Anlagetechnik als auch der Anlageethik abschliessend ist, sodass in dieser Hinsicht kein Raum für übrige kantonale oder kommunale Regelungen besteht. Insbesondere befindet man sich hier nicht im Fall von zwei bestimmten Rechtsgebieten, eines auf Bundesebene und eines auf kantonaler bzw. kommunaler Ebene, mit entsprechenden Gesetzesbestimmungen. In der Tat handelt es sich bei der hier sich stellenden Frage der derogatorischen Kraft des Bundesrechts normtheoretisch um das Fehlen einer zweiten, verschiedenen kantonal bzw. kommunal parallelen rechtlichen Ordnung im Sinne der Rechtsprechung (vgl. BGE 142 II 369 S. 382-383 Erw. 5.3 und S. 384 Erw. 5.4.2 sowie BGE 141 II 66 E. 2.4.1 S. 73 f.). Eine ethisch und moralisch unhaltbare sowie juristisch korrekturbedürftige Situation der Anlagepraxis in der beruflichen Vorsorge kann somit nur über den

von der PKSL zutreffenderweise selbst gewählten Weg behoben werden (vgl. VIII. Zusatzthema, Rz 143 ff.).

- 124 Die Kompetenzgrundlage wegen kumulativer Normenkonkurrenz wäre zudem wahrscheinlich auch ausgeschlossen, weil bei der Zulässigkeit von kommunalen Vorschriften bezüglich der Anlageethik im Bereich der Anlagevorschriften in der Vermögensverwaltung der Einrichtungen des öffentlichen Rechts dadurch die Unterstellung unter die Bestimmungen der Initiative die Erfüllung der bundesrechtlich vorgeschriebenen Anlagetätigkeiten verunmöglichen, vereiteln oder übermässig erschweren würde, was nach der bundesgerichtliche Rechtsprechung die Zulassung von konkurrierenden Normen ebenfalls ausschliesst.
- 125 Daraus folgt, dass, entgegen der Auffassung des ersten Gutachters, die fraglichen Bestimmungen der Volksinitiative nicht als gültige kommunale Gesetzgebung zu betrachten wären, weil sie nicht unter dem Titel einer vorhandenen Normenkonkurrenz bzw. Normenkumulation subsumiert werden können.
- 126 Demzufolge müsste die Gültigkeit der Initiative auch mangels einer positiven oder kumulativen Normenkonkurrenz bzw. Normenkumulation zwischen den massgebenden Bestimmungen des BVG (Art. 71 BVG und die dazugehörigen Verordnungsbestimmungen) und den Bestimmungen der Volksinitiative verneint werden.
- 127 **Antwort auf Frage 1 C: Eine Kompetenzgrundlage der Stadt Luzern für den Erlass eines Anlageverbots könnte auch nicht bestehen angesichts einer positiven oder kumulativen Normenkonkurrenz bzw. Normenkumulation**

VI. Frage 2

- 128 **Wie ist die Zulässigkeit von Anlagevorschriften zu beurteilen bei einer Pensionskasse, der mehrere Arbeitgeber angeschlossen sind?**
- 129 Anlagevorschriften, welche durch das öffentliche Gemeinwesen Stadt Luzern in Kraft gesetzt werden würden, wären schwer umsetzbar, da die Zuständigkeit für den Erlass und die Umsetzung solcher Vorschriften nach jetzigem Rechtsstand im Bereich der öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtung liegt und einzig durch das oberste Organ der Vorsorgeeinrichtung zur Anwendung gelangt, wobei die Aufsichtsbehörde ihre Aufgaben weiterhin zu erfüllen hätte.
- 130 Von besonderer Bedeutung wären in diesem Zusammenhang die Bestimmungen von Art. 51 BVG betreffend die paritätische Verwaltung. Abs. 5 lautete: „Erlässt nach Artikel 50

Absatz 2 der Bund, der Kanton oder die Gemeinde die Bestimmungen der Vorsorgeeinrichtung, so ist das paritätisch besetzte Organ vorher anzuhören.“ Dieser Absatz wurde mit Wirkung seit 1. Januar 2015 im Rahmen der Strukturreform aufgehoben. Die Gesetzesrevision zielte auf eine Verselbständigung der öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen gegenüber dem Gemeinwesen ab, und mit dieser Aufhebung wurde bewirkt, dass das oberste Organ nicht mehr nur „angehört werden“ muss, sondern volles Mitentscheidungsrecht genießt. Damit wollte der Gesetzgeber mit der Strukturreform (vgl. in der oben zitierten Botschaft 2008) eine Verstärkung und Verselbständigung der öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen gegenüber dem Gemeinwesen einführen.

- 131 Bei einer Pensionskasse, der mehrere Arbeitgeber angeschlossen sind, wird sich diese Eigenschaft auf die Anzahl der Arbeitgeber auswirken (Art. 51 Abs. 1 BVG) und damit auf die Aufgaben und Entscheidungen, welche das paritätisch besetzte Organ im Bereich der Nachhaltigkeit in der Anlagetätigkeit und in der Anlagepolitik der PKSL zu treffen hat (Art. 51 Abs. 2 bis 7 BVG).
- 132 Wenn man sich das Organigramm der PKSL vor Augen führt (vgl. Anhang), wird einem bewusst, dass eine Gesetzgebung durch die politische Behörde durch Einführung der fraglichen Bestimmungen, welche durch die Initiative gefordert wird, die Zuständigkeit für die Beschlussfassung durch das oberste Organ der PKSL nicht vereinfacht werden würde. In der Tat ist an dieser Stelle an die Kommentierung von Art. 71 BVG durch Yvar Mentha zu erinnern: „In dieser Frage, wo es nicht oder nicht mehr einfach um die Anwendung der professionellen Regeln der Vermögensverwaltung geht, sondern auch um moralische und ethische Prinzipien, ist das Organ der Vorsorgeeinrichtung (und damit nicht das Gemeinwesen) in einer heiklen Position. Dies ist der Fall, wenn das Organ der Vorsorgeeinrichtung alleine über die zu befolgende Ausrichtung entscheiden muss, mit dem Risiko, dass ihre Mitglieder ihre eigenen subjektiven Überzeugungen zu diesem Thema umsetzen wollen. Ein empfehlenswerter Weg besteht darin, von Zeit zu Zeit (z.B. alle fünf Jahre) eine Befragung der Begünstigten über die von der Vorsorgeeinrichtung in dieser Frage zu befolgenden Ausrichtung durchzuführen. Wünscht eine einfache oder qualifizierte Mehrheit der Begünstigten (nach den Bestimmungen des Reglements der Vorsorgeeinrichtung), dass solche Grundsätze in die Vermögensverwaltung berücksichtigt werden, so muss dies unter strikter Beachtung der Grundsätze von Art. 71 Abs. 1 BVG geschehen. Dieses Vorgehen scheint zudem geeignet, die Bindung zwischen der Vorsorgeeinrichtung und ihren Begünstigten zu intensivieren, ohne dass die Ziele einer guten Vermögensverwaltung, wie sie im Gesetz vorgeschrieben sind, verletzt werden.“ (vgl. Rz 45 oben).

- 133 Diese Kommentierung bringt u.a. zum Ausdruck, dass sowohl die Rechtsetzung (im Anlage-Reglement) als auch die Anwendung der professionellen Regeln der Vermögensverwaltung bei öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen üblicherweise im obersten Organ der VE liegt.
- 134 **Antwort auf Frage 2: Es ist davon auszugehen, dass die Zulässigkeit von Anlagevorschriften bei einer Pensionskasse, der mehrere Arbeitgeber angeschlossen sind, zu grossen Schwierigkeiten führen würde bei der Umsetzung der Anlagevorschriften.**

VII. Frage 3

- 135 **Steht die Unmöglichkeit einer Mitwirkung der Versicherten einer Gültigkeit entgegen?**
- 136 In der Zwischenzeit wurde die Volksinitiative zurückgezogen. Damit hat eine Relativierung der Frage 3 insofern stattgefunden, als sich die Frage einer Abstimmung über das Thema der Volksinitiative nicht mehr stellt. Damit ist die Frage 3 nur zu behandeln in der Annahme, dass der Rückzug der Initiative nicht stattgefunden hätte. Dennoch soll die Frage in kurzer Fassung geprüft und beantwortet werden.
- 137 Die Prüfung von Volksinitiativen auf ihre Gültigkeit hin soll aufgrund des Gemeindegesetzes sowie des Stimmrechtsgesetzes einerseits sicherstellen, dass keine Initiativen zur Abstimmung gelangen, für welche das Gemeinwesen a) gar nicht zuständig ist, b) welche dem übergeordneten Recht widersprechen oder c) nicht umsetzbar sind. Andererseits gilt es, d) die unverfälschte Willenskundgabe der Stimmberechtigten zu wahren, indem verhindert wird, dass diesen unklare bzw. mehrdeutige, formell inkongruente oder sachlich nicht zusammenhängende Gegenstände zur Abstimmung unterbreitet werden.
- 138 Wie der Erstgutachter sich in seiner Antwort auf die Ergänzungsfrage „2. Zu Kap. C. Ziff. 2.3.1: Zuständigkeit gemäss Gemeindegesetz“ geäußert hat, soll mit der Volksinitiative „Für ein Verbot von Luzerner Kriegsgeschäften“ die Gemeindeordnung der Stadt Luzern um zwei Vorschriften ergänzt werden. Es geht um den Erlass generell-abstrakter Rechtsätze (Rechtsetzung) – und nicht etwa um konkrete Entscheide der Vermögensanlage bzw. Vermögensverwaltung. Die Ergänzung der Gemeindeordnung mit generell-abstrakten Regelungen liegt gemäss Art. 10 Abs. 1 lit. b Ziff. 1 GG in der Kompetenz der Stimmberechtigten. Es handelt sich damit um eine den Stimmberechtigten vorbehaltene Kompetenz im Sinne von § 90 GG. Nach der Kompetenzordnung des Gemeindegesetzes sind somit die Stimmberechtigten zuständig, über die Volksinitiative „Für ein Verbot von Luzerner

Kriegsgeschäften“ zu befinden. Die konkreten Anlageentscheidungen werden demgegenüber auch im Fall einer Annahme und Umsetzung der Volksinitiative nach wie vor von den zuständigen Organen der PKSL getroffen werden.

- 139 Die PKSL versichert das Personal von insgesamt 22 Arbeitgebern
- davon ist die Stadt Luzern die grösste Arbeitgeberin mit 1303 Versicherten
 - es folgen die Viva Luzern AG (994), vbl AG (452), ewl Holding (274), Kaufmännische Berufsfachschule (155) usw.
- 140 Bei der PKSL waren insgesamt 3538 Personen versichert (Aktive)
- davon waren 1303 Personen bei der Stadt Luzern angestellt (somit 36.8%)
 - davon hatten 38% ihren Wohnsitz in der Stadt Luzern (einige davon ohne Schweizer Pass und somit ohne Stimmrecht; Anzahl unbekannt).
- 141 Indem nicht alle Interessierten wegen Wohnsitz ausserhalb der Stadt Luzern die Willenskundgabe äussern könnten, wäre dies eine verfälschte Willenskundgabe der Stimmberechtigten nach Gemeindegesetz und Stimmrechtsgesetz der Stadt Luzern. Die Unmöglichkeit einer Mitwirkung und somit Teilnahme aller Versicherten an der Abstimmung stünde somit ebenfalls einer Gültigkeit der Volksinitiative entgegen.
- 142 **Antwort auf Frage 3: Die Unmöglichkeit einer Mitwirkung der Versicherten steht einer Gültigkeit entgegen.**

VIII. Zusatzthema

- 143 Im Anhang 2 wird Anhang 6 des Anlagereglements der PKSL aufgeführt mit dem Titel „Nachhaltigkeit in der Anlagetätigkeit der PKSL vom 4. Dezember 2017“. In drei Kapiteln wird zunächst die 1. Ausgangslage beschrieben, dann 2. Strategie der PKSL und 3. Umsetzung.
- 144 Damit wird aufgezeichnet, wie und mit welchen Mitteln die PKSL die komplexen Fragen der nachhaltigen Anlagepolitik auf wirksame Art und Weise betreut und umsetzt.

- 145 Insbesondere wird unter „2. Strategie der PKSL“ aufgezeichnet, dass für die PKSL folgende Massnahmen zur Umsetzung einer nachhaltigen Anlagetätigkeit im Vordergrund stehen: a) Das Führen eines Investoren-Dialogs, b) Wahrnehmung der Aktionärs-Stimmrechte und c) Nachhaltige Bewirtschaftung der direkten Immobilien-Anlagen.
- 146 Schliesslich wird in einem Absatz Folgendes erwähnt: „Im Übrigen setzt sich die Pensionskommission dafür ein, dass die Bestimmungen von Artikel 51a BVG mit den dort genannten unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des obersten Organs der Vorsorgeeinrichtung jederzeit die notwendige Beachtung finden.
- 147 Unseres Erachtens ist damit Gewähr geleistet dafür, dass die PKSL mit der Umsetzung des neuen Passus in Punkt 1.5 des Anlagereglements die Vorgaben der kommunalen Volksinitiative gegen Kriegsgeschäfte erfüllen kann.

Ich hoffe, die Fragestellung mit diesen Ausführungen klar beantwortet zu haben, und stehe bei Bedarf für weitere Ausführungen oder Unterstützung jederzeit gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

Prof. Dr. iur. Gustavo Scartazzini
Rechtsanwalt – Ehem. na. Bundesrichter
VIALEX Rechtsanwälte AG - Zürich

scartazzini@vialex.ch

gustavo.scartazzini@bluewin.ch

Beilagenverzeichnis:

Beilage 1: Anhang 6 – Nachhaltigkeit in der Anlagetätigkeit

Beilage 2: Organigramm – Organisation Pensionskasse der Stadt Luzern