

**Weisungsbefugnis der OAK BV  
gemäss Art. 64a Abs. 1 lit. f BVG**

**Rechtsgutachten**

**zuhanden des**

**Bundesamtes für Sozialversicherungen (BSV)  
Bereich Recht Berufliche Vorsorge**

**erstattet von**

**Prof. Dr. iur. Thomas Gächter**

**Rechtswissenschaftliches Institut der Universität Zürich,  
Lehrstuhl für Staats-, Verwaltungs- und Sozialversicherungsrecht**

**und**

**MLaw Michael E. Meier**

**Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Staats-, Verwaltungs- und  
Sozialversicherungsrecht, Rechtswissenschaftliches Institut der Universität Zürich**

**Zürich, 12. Juli 2017**

## Inhaltsübersicht

Zusammenfassung .....	1
Einleitung.....	2
1. Ausgangslage .....	2
2. Auftrag und Fragestellung und Aufbau.....	2
Teil 1: Befugnisse der OAK BV .....	3
3. Schaffung der OAK BV: Übersicht über Aufgaben und Aufsichtsmittel .....	3
4. Mögliche Formen des Verwaltungshandelns der Aufsichtsbehörde .....	4
a) Verwaltungshandlungen mit Aussenwirkung .....	4
(1) (Rechts-)Verordnungen und Verordnungsbefugnis .....	4
(2) Verfügung und Verfügungsbefugnis.....	5
b) Verwaltungshandlungen ohne Aussenwirkung.....	6
(1) Verwaltungsverordnungen und Befugnis zum Erlass .....	6
(2) Weisungen und Weisungsbefugnis .....	6
c) Zwischenergebnis .....	7
5. Erlass von Standards i.S.v. Art. 64a Abs. 1 lit. c BVG .....	8
6. Erteilen von Weisungen i.S.v. Art. 64a Abs. 1 lit. f BVG .....	11
a) Weisung im verwaltungsrechtlichen Sinn?.....	11
b) Weisungen als Verfügung?.....	11
c) Weisungen im Sinne einer Rechtsverordnung? .....	11
d) Zwischenergebnis .....	14
Teil 2: Weisungsentwurf OAK BV W-xx/2015.....	15
1. Einhaltung der Delegationsvoraussetzungen .....	15
2. Mindestanforderungen an die Unabhängigkeit .....	15
3. Mindestanforderungen an die Erfahrung aus praktischer Tätigkeit .....	16
Literatur .....	18
Materialien.....	18
Abkürzungsverzeichnis.....	19

## Zusammenfassung

*Zu beantworten sind die Fragen, ob die OAK BV befugt ist, Weisungen über Anforderungen an die Revisionsstellen in der beruflichen Vorsorge zu erlassen, und ob der Weisungsentwurf W-xx/2015 problematische Weisungsinhalte enthält.*

*Die Auslegung von Art. 64a Abs. 2 lit. f BVG ergibt, dass es sich beim Weisungsrecht mangels Unterstellung der Revisionsstellen unter die Aufsicht oder Hierarchie der OAK BV nicht um innerdienstliche Verwaltungsverordnungen oder Weisungen (im dienstlichen Sinne) handeln kann. Eine Verfügungsbefugnis kann aufgrund der Materialien ebenfalls ausgeschlossen werden, da explizit festgehalten wird, dass die OAK BV den Revisionsstellen im Einzelfall – und genau dieses Element zeichnet die Verfügung aus – keine Anordnungen machen darf. Dies ist Aufgabe der Direktaufsicht.*

*Die umfassende Auslegung der Systematik, der Materialien und der ratio legis legt den Schluss nahe, dass mit dieser Norm auch keine Verordnungsbefugnis geschaffen werden sollte. Stattdessen handelt es sich beim Weisungsrecht im Sinne von Art. 64a Abs. 2 lit. f BVG um die Möglichkeit, mittels Informations- und Empfehlungsschreiben in tatsächlicher Hinsicht Einfluss zu nehmen.*

*Der Weisungsentwurf W-xx/2015 könnte sich damit nicht auf eine hinreichende gesetzliche Grundlage stützen. Selbst wenn man das Bestehen einer solchen Grundlage im Grundsatz bejahen würde, wären verschiedene – erst mit dem Weisungsentwurf neu eingefügte – Voraussetzungen rechtlich problematisch, da sich im geltenden Recht der beruflichen Vorsorge keine Grundlagen für entsprechend weitgehende Einschränkungen finden lassen. Namentlich die Voraussetzung, dass ein Revisionsunternehmen mindestens 1'000 Revisionsstunden pro Jahr aufweisen muss, wobei pro Mitarbeiter höchstens 100 Stunden angerechnet werden dürfen, geht nach unserer Einschätzung deutlich über das im Rahmen der beruflichen Vorsorge Vorgesehene und Mögliche hinaus und würde die Wirtschaftsfreiheit der (kleineren) Revisionsunternehmen in ungerechtfertigter Weise einschränken.*

# Einleitung

## 1. Ausgangslage

- 1 Ausgangspunkt dieses Gutachtens bildet der Weisungsentwurf der OAK BV «W-xx/2015» (nachfolgend: Weisungsentwurf), mit dem die OAK BV Mindestanforderungen für Revisionsstellen in den Bereichen Unabhängigkeit und praktischer Tätigkeit festlegen will. Sie stützt sich dabei auf Art. 64a Abs. 1 lit. f BVG, gemäss welcher Bestimmung die OAK BV den Experten für berufliche Vorsorge und den Revisionsstellen Weisungen erteilen kann. Weisungsentwurf  
W-xx/2015
- 2 Mit Postulat Nr. 16.3733 vom 28. September 2016, eingereicht von Ständerat Erich Ettlín, wird der Bundesrat mit der Prüfung beauftragt, ob die OAK BV anzuweisen sei, *keine* Weisung mit neuen Anforderungen an die Revisionsstelle zu erlassen. In seiner Stellungnahme zum Postulat vom 2. Dezember 2016 zeigte der Bundesrat auf, dass er gegenüber der OAK BV kein Weisungsrecht besitze. Er kläre jedoch ab, ob der Weisungsentwurf dem geltenden rechtlichen Rahmen entspreche.<sup>1</sup> Das vorliegende Gutachten bildet Teil dieser Abklärungen. Postulat Ettlín  
vom 28.09.2016
- 3 Mit der Weisung W-03/2016 vom 20. Oktober 2016 («Qualitätssicherung in der Revision nach BVG») hat die OAK BV bereits eine Weisung zur selben Thematik erlassen, die über das Entwurfsstadium hinausgekommen ist. Die Weisung stützt sich ebenfalls auf Art. 64a Abs. 1 lit. f BVG und befasst sich gleichermassen mit Mindestanforderungen an die Revisionsstellen in den Bereichen Unabhängigkeit und Erfahrung aus praktischer Tätigkeit.<sup>2</sup> Sie weist jedoch einen im Vergleich zum Weisungsentwurf stark abweichenden Inhalt auf. Weisung:  
W-03/2016

## 2. Auftrag und Fragestellung und Aufbau

- 4 Der Gutachtensauftrag des BSV<sup>3</sup> bezieht sich auf die Rechtmässigkeit und den Umfang der Weisungsbefugnis der OAK BV gegenüber den Revisionsstellen. Auftrag
- Die Fragestellungen kann direkt dem Gutachtensauftrag entnommen werden: Fragestellung
1. Ist die OAK BV befugt, Weisungen über Anforderungen an die Revisionsstellen in der beruflichen Vorsorge zu erlassen?
  2. Enthält der Weisungsentwurf W-xx/2015 problematische Weisungsinhalte?
- 5 Wie sich zeigen wird, ist zur Beantwortung der Fragestellung nicht nur der Gehalt von Art. 64a Abs. 1 lit. f BVG, sondern auch jener von Art. 64a Abs. 1 lit. c BVG zu ermitteln. Weiter muss definiert werden, was unter dem Begriff «Weisung(en)» im Sinne des Gesetzes zu verstehen ist. Das BVG verwendet den Begriff an verschiedenen Stellen, ohne sich dabei einer einheitlichen Terminologie zu bedienen. Eine Abgrenzung ist namentlich zum «Weisungsrecht» gegenüber den kantonalen Aufsichtsbehörden gemäss Art. 64 Abs. 1 lit. a BVG erforderlich. Aufbau

<sup>1</sup> Vgl. die Curia Vista: <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20163733>.

<sup>2</sup> Weisung OAK BV W-03/2016, 3.

<sup>3</sup> Gutachtensauftrag vom 28. März 2017, Referenznummer: 164000262.

## Teil 1: Befugnisse der OAK BV

### 3. Schaffung der OAK BV: Übersicht über Aufgaben und Aufsichtsmittel

- 6 Die OAK BV wurde im Zug der Strukturreform geschaffen, die das gesamte Aufsichtssystem in der beruflichen Vorsorge neu ordnete. Die seit dem 1. Januar 2012 bestehende OAK BV löste den Bundesrat und das BSV als Oberaufsichtsbehörden über die kantonalen Aufsichtsbehörden im Bereich der beruflichen Vorsorge ab.<sup>4</sup> Strukturreform
- 7 Die OAK BV soll sicherstellen, dass das System der beruflichen Vorsorge als Ganzes sicher und zuverlässig funktioniert. Sie sorgt für eine einheitliche Aufsichtspraxis der kantonalen bzw. regionalen Aufsichtsbehörden. Zu diesem Zweck erlässt sie Verfügungen, Standards und Weisungen.<sup>5</sup> Letztlich soll eine nicht mehr vorwiegend repressiv ausgerichtete, sondern auch präventiv tätige Oberaufsicht sichergestellt werden, die auch künftige Entwicklungen aufnimmt.<sup>6</sup> Allg. Zielsetzung
- 8 Mit der Strukturreform wurde Art. 64 BVG bzgl. die Oberaufsicht geändert und wurden die Art. 64a–64c BVG eingefügt. Art. 64a BVG trägt die Überschrift «Aufgaben» und zählt in Abs. 1 lit. a–g die Aufgabenbereiche der OAK BV auf: Aufgaben gemäss BVG
- lit. a und b: regeln das Verhältnis der OAK BV zur kantonalen Direktauf-sicht;
  - lit. c verleiht der OAK die Kompetenz zur Ausarbeitung von Standards, sofern eine gesetzliche Grundlage vorhanden ist;
  - lit. d und e befassen sich mit der Zulassung der Experten für die berufliche Vorsorge sowie der diesbezüglichen Registerführung;
  - lit. f räumt der OAK BV ein allgemeines Weisungsrecht gegenüber den Revisionsstellen ein;<sup>7</sup>
  - lit. g bezieht sich auf die selbstständige Regelung der Organisation der OAK BV.
- 9 Während bei der kantonalen Direktauf-sicht die Aufgaben in Art. 62 BVG und die dafür vorgesehenen Aufsichtsmittel in Art. 62a BVG sauber getrennt geregelt werden, fallen für die Oberaufsicht Aufgaben und Mittel in Art. 64a BVG zusammen. Es findet keine Trennung statt, weshalb häufig in einem Buchstaben zunächst die Aufgabe und sodann das oder die Mittel genannt werden. Bisweilen werden die eigentlichen Mittel zur Erfüllung der Aufgabe auch nicht genannt (bspw. lit. c) oder es wird umgekehrt das Mittel genannt, ohne dass daraus die zu erfüllende Aufgabe direkt ersichtlich würde (bspw. lit. f). Keine Trennung von Aufgaben und Aufsichtsmitteln
- 10 Um nachfolgend die eingangs gestellte Frage beantworten zu können, muss vorab aufgezeigt werden, wie die unterschiedlichen Massnahmen verwaltungsrechtlich einzuordnen sind. Diese allgemeine Aufzählung dient später als Orientierungshilfe, um die konkreten Aufsichtsmittel der OAK BV treffender qualifizieren zu können. Verwaltungsrechtlicher Hintergrund

<sup>4</sup> BBl 2007 5687.

<sup>5</sup> BBl 2007 5687 f.; Erläuternder Bericht, 6 f.

<sup>6</sup> Erläuternder Bericht, 7.

<sup>7</sup> BBl 2007 5707.

#### 4. Mögliche Formen des Verwaltungshandelns der Aufsichtsbehörde

##### a) Verwaltungshandlungen mit Aussenwirkung

##### (1) (Rechts-)Verordnungen und Verordnungsbefugnis

- 11 Verordnungen sind generell-abstrakte Rechtsnormen, die normhierarchisch unterhalb des formellen Gesetzes angesiedelt sind.<sup>8</sup> In der Lehre wird darauf hingewiesen, dass die Terminologie uneinheitlich ist. In der Praxis werden Verordnungen denn auch gelegentlich als «Richtlinien, Dekrete, Reglemente, Ordnungen oder Weisungen» bezeichnet.<sup>9</sup> Begriff
- 12 Verordnungen treten in verschiedensten Formen auf und können unterschiedlich typisiert werden. Gemeinsam ist allen Verordnungen, dass sie sich an eine Vielzahl von Adressaten richten (d.h. generell ausgerichtet sind) und sich nicht auf einen Einzelfall beziehen, sondern für eine Vielzahl von Fällen gelten (d.h. abstrakte, vom Einzelfall losgelöste Geltung beanspruchen). Die hier kurz umrissene Rechtsverordnung zeichnet sich demnach dadurch aus, dass sie gegenüber jedermann (auch gegenüber Dritten) dieselbe Rechtswirkung entfaltet. Bezüglich ihrer Wirkung ist sie damit einem formellen Gesetz gleichgestellt.<sup>10</sup> Je nachdem, ob ein Gesetz für den Adressaten neue Rechte und Pflichten begründet oder nur bereits im formellen Gesetz vorgesehene Rechtswirkungen präzisiert und ausführt, spricht man von einer gesetzesvertretenden oder lediglich von einer vollziehenden Verordnung.<sup>11</sup> Wirkung
- 13 Im Bund kommt in erster Linie dem Bundesrat eine Verordnungsbefugnis zu. Für reine Vollzugsverordnungen kann er sich direkt auf Art. 182 Abs. 2 BV stützen. Für gesetzesvertretende Verordnungen benötigt er eine Delegationsnorm in einem formellen Gesetz, die sich auf eine genau umschriebene Materie beschränken muss sowie die Grundzüge der zu delegierenden Materie regelt.<sup>12</sup> Im Bereich der beruflichen Vorsorge hat der Bundesrat bspw. mit dem Erlass der BVV1 oder der BVV2 von einer entsprechenden Kompetenz Gebrauch gemacht. Verordnungsbefugnis:
- 14 Der Bundesrat ist auch befugt, eine an ihn delegierte Verordnungsbefugnis an nachgelagerte Verwaltungseinheiten zu übertragen. Diese «Subdelegation» ist allgemein an die Departemente zulässig (Art. 48 Abs. 1 RVOG). Gemäss Art. 48 Abs. 2 RVOG ist für eine Subdelegation auf Gruppen und Ämter eine spezialgesetzliche Grundlage in einem Gesetz (oder in einem allgemeinverbindlichen Bundesbeschluss) erforderlich. Das Bundesgericht fordert, dass die allgemeinen Voraussetzungen einer Gesetzesdelegation auch bei der Subdelegation erfüllt sein müssen.<sup>13</sup> Subdelegation
- 15 Betreffend die Übertragung einer Verordnungskompetenz an eine dezentrale oder weisungsfreie Verwaltungseinheit hält der Bundesrat zu Recht fest, dass «verselbst-
- Übertragung an eine verselbständigte Verwal-

<sup>8</sup> Statt vieler, TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 14 Rz. 1 f.

<sup>9</sup> Z.B. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 2 Rz. 70

<sup>10</sup> TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 14 Rz. 12.

<sup>11</sup> Z.B. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 2 Rz. 96.

<sup>12</sup> Z.B. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 6 Rz. 368.

<sup>13</sup> BGE 118 Ia 245 E. 3c S. 248 f.; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 1877; ausführlich TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 15 Rz. 7 f.

ständige Einheiten nur in Ausnahmefällen und aufgrund einer gesetzlichen Delegationsnorm die Befugnis zum Erlass generell-abstrakter Normen mit Aussenwirkung erhalten. Diese Rechtsetzungskompetenz ist beschränkt auf den Erlass von Bestimmungen fachtechnischen Inhalts von untergeordneter Bedeutung.»<sup>14</sup>

tungseinheit

## (2) Verfügung und Verfügungsbefugnis

- 16 Eine Verfügung ist ein individuell-konkreter Hoheitsakt, durch den gestützt auf öffentliches Recht eine Rechtsbeziehung begründet, aufgehoben oder festgestellt wird. Die sich aus der Verfügung ergebenden Rechte und Pflichten sind verbindlich und (notfalls) erzwing- bzw. durchsetzbar.<sup>15</sup>
- 17 Im nachfolgend interessierenden Kontext ist bei der Wirkung der Verfügung hervorzuheben, dass sich diese immer nur gegen einzelne Adressaten richtet (d.h. dass sie individuell adressiert wird). Zudem regelt eine Verfügung jeweils nur einen ganz bestimmten abgrenzbaren Lebenssachverhalt (d.h. eine konkrete Rechtsfrage). In diesen Punkten grenzt sich die Verfügung von der Verordnung ab.<sup>16</sup>
- 18 Allen Verfügungen gemein ist, dass sie vom Adressaten in einem formellen Rechtsmittelverfahren angefochten werden können müssen. Verfügung und Rechtsschutz sind untrennbar miteinander verbunden.<sup>17</sup> Die Verfügung stellt das Anfechtungsobjekt dar, um ein konkretes Verwaltungshandeln letztlich bei einem Gericht anfechten zu können (vgl. Art. 29a BV). Aus diesem Grund müssen Verfügungen eine Rechtsmittelbelehrung enthalten, um formell korrekt eröffnet worden zu sein.<sup>18</sup>
- 19 In der beruflichen Vorsorge stellen bspw. die meisten Aufsichtsmittel der kantonalen Direktaufsicht gemäss Art. 62a Abs. 2 BVG Verfügungen dar.<sup>19</sup> Exemplarisch für die auch hier nicht einheitliche Terminologie ist Art. 62a Abs. 2 lit. b. BVG, der festhält, dass die Aufsichtsbehörde im Einzelfall dem obersten Organ, der Revisionsstelle oder dem Experten für berufliche Vorsorge «Weisungen» erteilen kann. Diese «Weisungen» der Direktaufsicht (d.h. hoheitliche Akte), bedürfen keiner Mitwirkung des Adressaten (d.h. sie sind einseitig), beziehen sich – wie der Wortlaut der Norm festhält – auf einen Einzelfall (d.h. sind individuell-konkret) und sollen Rechte und Pflichten des Adressaten verbindlich begründen.<sup>20</sup> Unabhängig von der Terminologie «Weisung», handelt es sich klarerweise um Verfügungen im Rechtssinne, die gemäss Art. 74 Abs. 1 BVG mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden können.
- Begriff
- Wirkung
- Rechtsmittel (-belehrung)
- Beispiel: Direktaufsicht

<sup>14</sup> BBl 2006 8275, insbesondere 13. Leitsatz.

<sup>15</sup> Im Bund vgl. Art. 5 VwVG; statt vieler, TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 28 Rz. 1 ff.

<sup>16</sup> TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 28 Rz. 24; vgl. vorn Rz. 12.

<sup>17</sup> Z.B. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 28 Rz. 24.

<sup>18</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 14 Rz. 1080.

<sup>19</sup> CAMINADA, 93.

<sup>20</sup> CAMINADA, 93.

## b) Verwaltungshandlungen ohne Aussenwirkung

### (1) Verwaltungsverordnungen und Befugnis zum Erlass

- 20 Verwaltungsverordnungen sind generell-abstrakte Dienstanweisungen, die eine übergeordnete Behörde verbindlich für (eine) untergeordnete Behörde(n) erlässt.<sup>21</sup> In der Praxis werden sie häufig «Weisungen, Wegleitungen oder Kreisschreiben» genannt. Begriff
- 21 Die Besonderheit der Verwaltungsverordnungen besteht darin, dass sie grundsätzlich nur für die hierarchisch unterstellten Behörden gelten (reine Innenwirkung). Die Verbindlichkeit ist Ausfluss der Verwaltungshierarchie und der damit zusammenhängenden (Dienst-)Aufsichtskompetenz der übergeordneten Behörde.<sup>22</sup> *Für aussenstehende Private vermögen sie grundsätzlich keine Rechte und Pflichten zu begründen (keine Aussen- oder Drittwirkung).*<sup>23</sup> Verwaltungsverordnungen dienen somit als «innerbetriebliches Führungsmittel» und zur Organisation der Behörde (Selbststeuerung). Ihre Hauptfunktion besteht darin, eine einheitliche, gleichmässige und sachrichtige Praxis des Gesetzesvollzugs sicherzustellen.<sup>24</sup> Wirkung
- 22 Die Befugnis zum Erlass von Verwaltungsverordnungen wird meistens gesetzlich nicht speziell geregelt.<sup>25</sup> Die Lehre bejaht aber die Kompetenz zum Erlass von Verwaltungsverordnungen, um innerhalb einer hierarchischen Behördenstruktur eine administrative Führung- und Vollzugspolitik aufzubauen und sicherzustellen.<sup>26</sup> Befugnis

### (2) Weisungen und Weisungsbefugnis

- 23 Die Weisung – wie sie verwaltungsrechtlich verstanden wird – ist eine hoheitliche, einseitige, verbindliche und erzwingbare Anordnung, die sich auf Verwaltungsrecht stützt.<sup>27</sup> Als dienstliche oder organisatorische Anordnung wird sie von der vorgesetzten Behörde erlassen und richtet sich immer an eine ihr unterstellte Behörde. Im Unterschied zur Verwaltungsverordnung richtet sie sich auf einen *Einzelfall* und gegen eine bestimmte Behörde (d.h. sie ist in ihrer Zielrichtung individuell-konkret). Begriff
- 24 Die Weisung weist damit viele Bezugspunkte zur Verfügung auf. Wie die Verwaltungsverordnung ist sie aber auch Ausfluss der vom Gesetzgeber gewählten Behördenhierarchie, weshalb sie im Unterschied zur Verfügung *keine Wirkung gegenüber Privaten bzw. Dritten* entfalten kann. Die Weisung regelt somit Rechte und Pflichten lediglich im Innenverhältnis.<sup>28</sup> Gegenüber nicht unterstellten Behörden oder (mit öffentlichen Aufgaben versehenen) Privaten besteht somit keine Weisungsbefugnis. Wirkung

<sup>21</sup> Z.B. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 1854.

<sup>22</sup> TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 14 Rz. 10.

<sup>23</sup> BGE 121 II 473 E. 2b; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 1854.

<sup>24</sup> Sehr ausführlich, BIAGGINI, 4; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 2 Rz. 84.

<sup>25</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 2 Rz. 81.

<sup>26</sup> Z.B. BIAGGINI, 9

<sup>27</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 13 Rz. 874.

<sup>28</sup> BGE 121 II 473 E. 2b S. 478 f.; Z.B. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 41 Rz. 3.

c) *Zwischenergebnis*

---

- 25
- Um die Rechtswirkungen und v.a. die Voraussetzungen für die Befugnis zum Erlass einer Anordnung eruieren zu können, muss die Anordnung anhand verschiedener Merkmale verwaltungsrechtlich qualifiziert werden.
  - Anordnungen, die für Adressaten ausserhalb der Behördenstruktur Geltung entfalten sollen, sind Rechtsverordnungen oder Verfügungen. Diesfalls ist zu prüfen, ob dem Träger die Verordnungs- bzw. Verfügungsbefugnis zukommt.
  - Anordnungen, die nur im Innenverhältnis gegenüber hierarchisch untergeordneten Stellen wirksam werden, sind Verwaltungsverordnungen oder Weisungen. Diesfalls ist zu prüfen, ob der Adressat der entsprechenden Behörde unterstellt ist.
-

## 5. Erlass von Standards i.S.v. Art. 64a Abs. 1 lit. c BVG

- 26 Die OAK BV ist gemäss Art. 64a Abs. 1 lit. c BVG befugt, bei Vorliegen einer gesetzlichen Grundlage und vorheriger Anhörung der interessierten Kreise die für die Aufsichtstätigkeit notwendigen Standards zu erlassen. Gesetzliche Grundlage
- 27 Im vorliegenden Kontext ist die Befugnis zur Schaffung von für die Aufsichtstätigkeit notwendigen Standards deshalb von Interesse, weil der Gesetzgeber darunter auch Standards für die Revisoren im Bereich der beruflichen Vorsorge verstand.<sup>29</sup> In der Botschaft zur Strukturreform hält der Bundesrat dazu fest, dass die Oberaufsichtsbehörde zum Zweck der Qualitätssicherung Standesregeln für Revisoren und Experten für die berufliche Vorsorge als allgemein verbindlich erklären *oder selber entsprechende Standards erlassen soll*.<sup>30</sup> Bezug zu den Revisionsstellen
- 28 Verwaltungsrechtlich existiert die Terminologie «Standard» nicht. Es handelt sich dabei um eine der vorgennannten Formen des Verwaltungshandelns. Standards sollen für Revisoren und Experten für die berufliche Vorsorge verbindlich sein. Bei den Adressaten handelt es sich allerdings nicht um hierarchisch der OAK BV unterstellte Behörden oder Aufgabenträger, weshalb es sich bei den Standards nicht bloss um Verwaltungsverordnungen oder Weisungen handeln kann.<sup>31</sup> Standards haben vielmehr den Zweck, rechtliche Aussenwirkung für Private zu entfalten. Gleichzeitig richten sich die Standards an alle Experten für die berufliche Vorsorge bzw. an alle Revisionsgesellschaften (d.h. an eine Vielzahl von nicht genau bestimmten Adressaten) und regeln verschiedene Bereiche ihrer Tätigkeit (d.h. eine Vielzahl von Sachverhalten). Als verwaltungsrechtliche Qualifikation der «Standards» kommt damit einzig die oben beschriebene Form der Rechtsverordnung in Frage. Es ist dabei auch zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Delegation der Verordnungskompetenz an die OAK BV eingehalten worden sind. Standard als Form der Rechtsverordnung
- 29 Wie bereits ausgeführt (vgl. vorn Rz. 15) benötigt der Bundesrat eine spezialgesetzliche Grundlage, wenn er die grundsätzlich ihm zukommende Verordnungsbefugnis an eine dezentrale oder weisungsunabhängige Verwaltungseinheit delegieren will. Eine solche Delegationsnorm in einem Spezialgesetz stellt Art. 64a Abs. 1 lit. c BVG dar.<sup>32</sup> Weiter beschränkt sich die Verordnungskompetenz auf den Erlass von Bestimmungen fachtechnischen Inhalts von untergeordneter Bedeutung.<sup>33</sup> Auch die bundesgerichtlichen Delegationsvoraussetzungen werden eingehalten: die Bundesverfassung schliesst eine Delegation in diesem Bereich nicht aus, es besteht mit Art. 64a Abs. 1 lit. c BVG eine eindeutige Delegationsnorm in einem formellen Gesetz, die Delegation bezieht sich auf eine eng umschriebene Materie und die Grundzüge werden bereits im Gesetz geregelt (für die Revisionsstelle Art. 52a–52c BVG, für die Experten für die berufliche Vorsorge Art. 52d–52e BVG). Voraussetzungen der Delegation
- 30 Art. 64a Abs. 1 lit. c BVG bildet keine «Blankovollmacht» zum Erlass jeglicher Verordnungen im Bereich der Aufsichtstätigkeit der OAK BV. Vielmehr hält Art. Gesetzliche Grundlage gemäss lit. c

<sup>29</sup> CAMINADA, 99; BBI 2007 5687.

<sup>30</sup> BBI 2007 5687.

<sup>31</sup> CAMINADA, 99.

<sup>32</sup> CAMINADA, 99; GÄCHTER, 57.

<sup>33</sup> BBI 2006 8275, insbesondere 13. Leitsatz; vgl. vorn Rz. 15.

64a Abs. 1 lit. c BVG explizit fest, dass die OAK BV nur dort Standards erlassen darf, wo eine (spezielle) gesetzliche Grundlage sie ausdrücklich dazu ermächtigt.<sup>34</sup>

- 31 Gemäss Art. 64a Abs. 1 lit. c BVG müssen interessierte Kreise vor dem Erlass der Standards angehört werden. Das ist deshalb zu begrüssen, weil mit der Delegation und Regelung der Standards auf Verordnungsstufe keine Möglichkeit besteht, gegen die (zusätzlichen) Regelungen ein Referendum zu ergreifen.<sup>35</sup> Der Gesetzgeber wollte hier u.a. dieses Defizit an demokratischer Legitimation mit einer vorgängigen Anhörungspflicht teilweise ausgleichen, darüber hinaus aber auch den Einbezug der fachlich kompetenten Kreise gewährleisten.
- 32 Eine spezialgesetzliche, ausdrückliche Ermächtigung findet sich etwa in Art. 52d Abs. 3 BVG für den Erlass von Standards für die Experten für die berufliche Vorsorge.<sup>36</sup> Gemäss Art. 52d Abs. 3 BVG kann die OAK BV die Voraussetzungen für die Zulassung näher umschreiben, nachdem die groben Voraussetzungen in Art. 52 Abs. 2 lit. a–c BVG festgehalten werden. Diese Verordnungskompetenz erscheint sinnvoll, da die OAK BV gemäss Art. 52d Abs. 1 BVG für die Zulassung der Experten für die berufliche Vorsorge zuständig ist. Die Oberaufsichtskommission erklärt Qualitätsstandards von Fachverbänden für verbindlich, wenn sie mit diesen inhaltlich einverstanden ist. Es können mehrere Fachverbände für die Erarbeitung eines solchen Qualitätsstandards kompetent sein. Können sich diese nicht auf einen einheitlichen Qualitätsstandard einigen oder ist die OAK BV mit einem unterbreiteten Qualitätsstandard nicht einverstanden, so setzt sie die Zulassungskriterien selber fest.<sup>37</sup>
- 33 Die von der OAK BV im Weisungsentwurf vorgesehenen «Anforderungen an die Revisionsstelle» könnte als Standard i.S.v. Art. 64a Abs. 1 lit. c BVG qualifiziert werden. Die Revisionsstellen unterstehen nicht der Aufsicht der OAK BV und sind nicht Teil einer der OAK BV hierarchisch untergeordneten Verwaltungseinheit. Sollen die festgelegten Anforderungen somit nicht bloss Empfehlungscharakter haben, sondern rechtsverbindlich sein, handelt es sich um eine Rechtsverordnung. Damit die OAK BV im Bereich der Revisionsstellen einen solchen Standard erlassen dürfte, müssten gemäss Art. 64a Abs. 1 lit. c BVG sowie gemäss den allgemeinen Delegationsvorschriften eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage bestehen. Eine solche – analog Art. 52d Abs. 3 BVG ausgestaltete – Ermächtigung findet sich im BVG allerdings nicht.<sup>38</sup> Dies erklärt sich daraus, dass im Bereich der Zulassung und dem Erlass von Standards mit der Eidgenössischen Revisionsaufsichtsbehörde (RAB) bereits eine spezialisierte Zulassungsbehörde und mit dem Revisionsaufsichtsgesetz (RAG) eine umfassende Gesetzgebung besteht.<sup>39</sup> Nach Art. 52b BVG regelt neu das RAG die Zulassung von Revisionsgesellschaften und Revisoren.<sup>40</sup> Diese Bestimmung wurde ebenfalls im Zuge der Strukturreform eingeführt und dokumentiert die Aufgabenteilung zwischen RAB und OAK BV. Die OAK BV ist somit für die Zulassung der Experten für berufliche Vorsorge zuständig, wogegen die RAB diese Aufgabe für

Vorgängige Anhörung

Standards für Experten für berufliche Vorsorge

Standards für Revisionsstellen:

keine gesetzliche Grundlage

Zulassung durch RAB geregelt

<sup>34</sup> CAMINADA, 99.

<sup>35</sup> SCARTAZZINI/HÜRZELER, § 6 Rz. 2.

<sup>36</sup> CAMINADA, 100; GÄCHTER, 57.

<sup>37</sup> BBI 2007 5701.

<sup>38</sup> CAMINADA, 100; GÄCHTER, 57.

<sup>39</sup> CAMINADA, 100; BBI 2007 5684.

<sup>40</sup> BBI 2007 5698.

die Revisionsstellen wahrnimmt. Mit Inkrafttreten der Revisionsaufsichtsverordnung per 1. Januar 2008 wurden auch die in Art. 33 lit. a, c und d BVV2 verankerten Voraussetzungen für die Revisionsstellen gestrichen.<sup>41</sup>

- 33 Bekanntermassen hat Art. 52b BVG keine Absätze. Im Entwurf des Bundesrates war Art. 52b BVG allerdings noch in zwei Absätze gegliedert. Abs. 2 hielt fest, dass *der Bundesrat* für die Prüfung von Sammel- und Gemeinschaftseinrichtungen sowie anderer Einrichtungen, die nach ihrem Zweck der beruflichen Vorsorge dienen, zusätzliche Zulassungsvoraussetzungen festlegen kann.<sup>42</sup> Dieser Abs. 2 wurde in der parlamentarischen Beratung mit dem Hinweis gestrichen, dass falls es zusätzliche Zulassungsvoraussetzungen im Bereich der Revisionsstellen brauche, diese gestützt auf das Revisionsaufsichtsgesetz erlassen werden könnten.<sup>43</sup> Art. 52b Abs. 2
- 34 Mangels gesetzlicher Grundlage gemäss Art. 64a Abs. 1 lit. c BVG und aufgrund dessen, dass mit der RAB bereits eine andere Spezialbehörde die Aufsicht über die Revisionsgesellschaften umfassend wahrnimmt, besteht kein Raum für zusätzliche Standards durch die OAK BV im Bereich der Revisionsstellen. Standards (in Form von Rechtsverordnungen) der OAK BV wären in diesem Bereich nicht durch eine Delegationsnorm im formellen Gesetz gedeckt; was dazu führen würde, dass das zuständige Gericht im Zuge einer akzessorischen Normenkontrolle der Verordnung die Anwendbarkeit versagen und eine darauf basierende Verfügung der OAK BV im Einzelfall gerichtlich aufheben könnte. Aus den Materialien ist zudem ersichtlich, dass sich das Parlament gegen zusätzliche Kompetenzen des Bundesrates bei der Zulassung von Revisionsstellen, die Vorsorgeeinrichtungen prüfen, ausgesprochen hat. Abgesehen von der fehlenden Rechtssetzungskompetenz ist es deshalb sehr unwahrscheinlich, dass es der Wille des Gesetzgebers war, dass die OAK BV nun im Bereich der Revisionsstellen legiferieren können soll. Kein Raum für neue Standards

---

<sup>41</sup> BBl 2007 5699; AS 2004 4279 4653.

<sup>42</sup> BBl 5007 5730.

<sup>43</sup> Amtl. Bull. SR 2008 572.

## 6. Erteilen von Weisungen i.S.v. Art. 64a Abs. 1 lit. f BVG

### a) Weisung im verwaltungsrechtlichen Sinn?

- 35 Die OAK BV ist gemäss Art. 64a Abs. 1 lit. f BVG befugt, den Experten für berufliche Vorsorge und den Revisionsstellen Weisungen zu erteilen. Sowohl der Weisungsentwurf als auch die Weisung W-03/2016 stützen sich auf diese Norm.<sup>44</sup> Gesetzliche Grundlage
- 36 Der Wortlaut von Art. 64a Abs. 1 lit. f BVG spricht von Weisungen. Naheliegend wäre somit eine Weisungsbefugnis im verwaltungsrechtlichen Sinn (vorn Rz. 23 f.). Eine solche kommt der OAK BV gemäss Art. 64a Abs. 1 lit. a BVG gegenüber den kantonalen Direktaufsichtsbehörden denn auch zu.<sup>45</sup> Allerdings sind die Revisionsstellen als privatrechtliche Unternehmen – anders als die kantonalen Aufsichtsbehörden als Anstalten des öffentlichen Rechts – der OAK BV hierarchisch nicht unterstellt. Auch die Aufsicht über die Revisionsgesellschaften wird nicht durch die OAK BV, sondern durch die RAB sichergestellt. Es besteht somit kein dienstliches Innen- oder Aufsichtsverhältnis zwischen der OAK BV und den einzelnen Revisionsgesellschaften.<sup>46</sup> In Frage kommen damit nur Mittel, die eine Aussenwirkung zeitigen, um die Revisionsgesellschaften verbindlich zu verpflichten. Weisung = Weisung ?

### b) Weisungen als Verfügung?

- 37 Zu prüfen ist, ob der Gesetzgeber in Art. 64a Abs. 1 lit. f BVG der OAK BV allenfalls eine allgemeine Verfügungsbefugnis gegenüber Revisionsstellen einräumen wollte. Nachdem sich der Gesetzgeber in Art. 62a Abs. 1 lit. b BVG bereits bei der Direktaufsicht den Begriff Weisung verwendet hatte, damit aber eine Verfügung meinte (vgl. vorn Rz. 19), erscheint diese Möglichkeit nicht direkt abwegig. Uneinheitliche Terminologie
- 38 Ein Blick in die Materialien klärt diese Frage aber eindeutig dahingehend, dass der OAK BV *keine* Weisungsbefugnis im Einzelfall zukommen soll.<sup>47</sup> Eine solche verbindliche Weisungsbefugnis im Einzelfall (verwaltungsrechtlich Verfügungsbefugnis) ist gerade den kantonalen Direktaufsichtsbehörden vorbehalten.<sup>48</sup> Damit steht fest, dass es sich beim Weisungsrecht gemäss Art. 64a Abs. 1 lit. f BVG nicht um eine eigentliche Verfügungsbefugnis gegenüber den Revisionsstellen handeln kann. Eindeutige Materialien:  
Keine Verfügung

### c) Weisungen im Sinne einer Rechtsverordnung?

- 39 Die vorgängig ausgeschlossene Qualifikation des Weisungsrechts als Verfügungsbefugnis würde auch nicht wirklich der Intention der OAK BV entsprechen, die sich nicht an eine bzw. jede einzelne Revisionsstelle in einem spezifischen Prüffall richten möchte. Mit ihrem Weisungsentwurf sollten vielmehr allgemein verbindliche Regeln für sämtliche involvierte Revisionsstellen geschaffen werden. In den Materialien wird ebenfalls festgehalten, dass der OAK BV eine Weisungsbefugnis «allgemeiner Art

<sup>44</sup> Weisungsentwurf, 3; Weisung OAK BV W-03/2016, 3.

<sup>45</sup> CAMINADA, 98; BBI 2007 5706 f.; Hier wird die Terminologie «Weisungen» korrekt verwendet.

<sup>46</sup> CAMINADA, 101.

<sup>47</sup> BBI 2007 5682, 5702, 5707 (im Verhältnis zur kantonalen Aufsichtsbehörde).

<sup>48</sup> CAMINADA, 101; BBI 2007 5682.

meiner Art»<sup>49</sup> bzw. «allgemeiner Natur»<sup>50</sup> zukommen soll.

- 40 Das einzige konkret genannte Beispiel für eine allgemeine Weisung der OAK an die Revisionsstellen betrifft sogenannte «Prüfungsschwerpunkte bei der Revision der Vorsorgeeinrichtungen in einem bestimmten Jahr».<sup>51</sup> In der Lehre wird vereinzelt festgehalten, dass auch Prüfungsschwerpunkte zu bestimmten Loyalitäts- oder Integritätsvorschriften vorgeschrieben werden könnten.<sup>52</sup> Anwendungsbeispiel
- 41 Der im Raum stehende Weisungsentwurf wäre verwaltungsrechtlich klarerweise als Rechtsverordnung zu qualifizieren (vgl. vorn Rz. 28); unabhängig davon, ob man ihn Standard oder allgemeine Weisung nennt. Wie bereits ausgeführt, kommt der OAK BV keine Verordnungskompetenz gemäss Art. 64a Abs. 1 lit. c BVG zu. Es muss aber geprüft werden, ob Art. 64a Abs. 1 lit. f BVG eine Delegationsgrundlage für eine Verordnungskompetenz der OAK BV bilden kann. Verordnungsbefugnis der OAK BV
- 42 In der Lehre wird dies an einer Stelle bejaht. In diesem Sinne würde Art. 64a Abs. 1 lit. f BVG eine Delegationsnorm darstellen, gestützt auf welche die OAK BV Rechtsverordnungen erlassen dürfte.<sup>53</sup> Es ist nachfolgend durch Auslegung zu ermitteln, ob Art. 64a Abs. 1 lit. f BVG dieser Normgehalt tatsächlich zukommt. Lehrmeinungen
- 43 Der Wortlaut von Art. 64a Abs. 1 lit. f BVG gibt keinen Aufschluss darüber, was genau mit «Weisungen» gemeint ist. Insbesondere weil – wie bereits mehrfach erwähnt – der Weisungsbegriff im BVG in unterschiedlichster Art und Weise verwendet wird. Wortlaut
- 44 Systematisch betrachtet besteht mit Art. 64a Abs. 1 lit. c BVG bereits eine Norm, gestützt auf welche die OAK BV grundsätzlich ermächtigt wäre, Rechtsverordnungen (Standards genannt) im Bereich der Revisionsgesellschaften zu erlassen (vgl. vorn Rz. 25 ff.). Allerdings fehlt ihr unter diesem Titel die geforderte gesetzliche Grundlage. Dieses Erfordernis der gesetzlichen Grundlage sowie die Pflicht zur vorgängigen Anhörung wären weitestgehend ihres Sinnes entleert, wenn die OAK BV bereits gestützt auf Art. 64a Abs. 1 lit. f BVG – ohne gesetzliche Grundlage und ohne vorgängige Anhörung – Rechtsverordnungen (Weisungen genannt) erlassen könnte. Aus Sicht der Gesetzessystematik drängt sich deshalb die Sichtweise auf, dass mit den Weisungen in lit. f etwas anderes gemeint ist als mit den Standards in lit. c. Diese Betrachtung spricht gegen die vorerwähnte Meinung (Rz. 42), Art. 64a Abs. 1 lit. f BVG stelle eine (zweite) Delegationsgrundlage zum Erlass von Rechtsverordnungen dar. Systematik
- 45 In den Materialien findet sich bezüglich Art. 64a Abs. 1 lit. f BVG keine Anhaltspunkte dafür, dass diese Bestimmung eine (weitere) Delegationsnorm für eine Verordnungsbefugnis darstellen sollte.<sup>54</sup> Das in der Botschaft angesprochene Beispiel der Prüfungsschwerpunkte ist kein taugliches Beispiel für eine Rechtsverordnung, da eine solche Anordnung auf ein bestimmtes Jahr befristet wäre, was gegen eine rechtsetzende Bestimmung in Form einer Verordnung spricht. Ohnehin ist fraglich, ob das Wille des Gesetzgebers

<sup>49</sup> BBI 2007 5682, 5687; vgl. die Ausführungen bei CAMINADA, 101.

<sup>50</sup> BBI 2007, 5707.

<sup>51</sup> BBI 2007 5707.

<sup>52</sup> CAMINADA, 102.

<sup>53</sup> CAMINADA, 102.

<sup>54</sup> GÄCHTER, 57.

Beispiel noch Geltung hat. Im Entwurf des Bundesrates war ein Art. 52c Abs. 4 BVG vorgesehen, demgemäss der Bundesrat das Verhältnis der Revisionsstellen und ihrer Fachverbände zu den Aufsichtsbehörden und der Oberaufsichtskommission regeln hätte können.<sup>55</sup> Darunter verstand der Bundesrat insbesondere den Aspekt, dass die OAK BV spezielle Prüffelder definieren können sollte, welche die Revisionsstellen in einem bestimmten Zeitraum zu prüfen haben (z.B. die Umsetzung der Parität im obersten Organ nach Inkrafttreten der 1. BVG Revision).<sup>56</sup> In der parlamentarischen Beratung wurde dieser Abs. 4 von Art. 52c BVG allerdings ersatzlos gestrichen; dies, obwohl der damals zuständige Bundesrat Couchepin auf die Wichtigkeit der Prüfungsschwerpunkte hinwies.<sup>57</sup> Es kann somit noch nicht einmal als vollständig gesichert gelten, dass der Gesetzgeber der OAK BV den Erlass derartiger Vorschriften gestatten wollte.

- 46 Sinn und Zweck der Weisungsbefugnis sind vor diesem Hintergrund damit nicht einfach zu eruieren.<sup>58</sup> Die Auslegung von Art. 64a Abs. 1 lit. f BVG zeigt v.a. negativ auf, welche Kompetenzen der OAK BV *nicht* zukommen sollen: nämlich jene zum Erlass verbindlicher Anordnungen in Form einer Rechtsverordnung oder einer Verfügung gegenüber den Revisionsstellen. Als Oberaufsichtsbehörde wacht die OAK BV gewissermassen über sämtliche kantonalen Direktaufichtsbehörden. Diesen gegenüber verfügt sie über verschiedene Aufsichtsmittel. Im heutigen System der dezentralisierten Direktauficht kommt es der Direktaufichtsbehörde zu, im Einzelfall den Revisionsstellen Anordnungen zu machen. Mit der RAB nimmt sodann eine andere Stelle die Aufgabe wahr, für alle Revisionsgesellschaften verbindliche Weisungen zu erlassen. Weder im Verhältnis zur kantonalen Direktauficht noch zur eidgenössischen Revisionsaufsicht erschiene eine Zweigleisigkeit sinnvoll und vom Gesetzgeber gewollt.

Ratio legis

- 47 Da sowohl die Verfügung als auch die Verordnung ausgeschlossen wurden, verbleibt als letzte Möglichkeit der(weit verstandene) «Realakt».<sup>59</sup> Mit Realakten werden im Verhältnis zu den Einzelnen keine Rechte und Pflichten begründet, vielmehr zählt der Taterfolg. Unter die Realakte im weit verstandenen Sinn fallen namentlich Auskünfte, Empfehlungen, Warnungen und informelle Absprachen.<sup>60</sup> Solche Realakte können – trotz fehlender rechtlicher Verbindlichkeit – grossen Einfluss auf Private haben. Soll das Verhalten von Privaten gelenkt werden, benötigen sie deshalb eine Grundlage in einem formellen Gesetz.<sup>61</sup> U.E. handelt es sich bei den Weisungen i.S.v. Art. 64a Abs. 1 lit. f BVG um exakt solche Informations- und Empfehlungshandlungen, ähnlich den regelmässig publizierten Mitteilungen über die berufliche Vorsorge des BSV.<sup>62</sup> Das Fehlen der rechtlichen Verbindlichkeit und der Durchsetzbarkeit darf dabei nicht darüber hinwegtäuschen, welche eminente Bedeutung solchen Empfehlungen in der Praxis zukommt. Wenn die Oberaufsichtsbehörde ein

Realakt: Information, Empfehlung

<sup>55</sup> BBl 2007 5731.

<sup>56</sup> BBl 2007 5701.

<sup>57</sup> Amtl. Bull. SR 2008 573.

<sup>58</sup> CAMINADA, 101.

<sup>59</sup> Statt vieler TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 38 Rz. 6 ff.; zur gleichen Schlussfolgerung kam CAMINADA, 101, im Ergebnis aber ablehnend.

<sup>60</sup> Z.B. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 38 Rz. 10 ff.

<sup>61</sup> TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 39 Rz. 5.

<sup>62</sup> GÄCHTER, 57.

gewisses Vorgehen als «empfehlenswert» publiziert oder vor einem gewissen Vorgehen explizit «warnt», dürfte dies eine massgebliche Leitwirkung auf die betroffenen Adressaten haben. Weichen sie von der Empfehlung ab oder halten an ihrem Vorgehen trotz Warnung fest, werden sie gegenüber dem obersten Organ der Vorsorgeeinrichtung, dem Experten für berufliche Vorsorge und evtl. gegenüber der kantonalen Direktaufsichtsbehörde erklärungsbedürftig. Im Zweifelsfall dürfte der Empfehlung deshalb gefolgt werden.

*d) Zwischenergebnis*

---

- 48
- Die Auslegung von Art. 64a Abs. 1 lit. f BVG hat gezeigt, dass es sich beim Weisungsrecht mangels Unterstellung der Revisionsstellen unter die Aufsicht oder Hierarchie der OAK BV nicht um innerdienstliche Verwaltungsverordnungen oder Weisungen (im dienstlichen Sinne) handeln kann.
  - Eine Verfügungsbefugnis kann aufgrund der Materialien ausgeschlossen werden, da explizit festgehalten wird, dass die OAK BV den Revisionsstellen im Einzelfall – und genau dieses Element zeichnet die Verfügung aus – keine Anordnungen machen darf. Dies ist Aufgabe der Direktaufsicht. Es ist davon auszugehen, dass die OAK BV auch nicht anstrebt, jeder einzelnen Revisionsstelle für jeden Einzelfall eine Verfügung zuzustellen.
  - Für eine (nebst Art. 64a Abs. 1 lit. c BVG zweite) Verordnungsbefugnis findet sich in der Lehre denn auch nur eine vereinzelte Stimme. Die umfassende Auslegung der Systematik, der Materialien und der ratio legis lassen u.E. den klaren Schluss zu, dass mit dieser Norm keine Verordnungsbefugnis geschaffen werden sollte. Stattdessen handelt es sich beim Weisungsrecht im Sinne von Art. 64a Abs. 1 lit. f BVG um die Möglichkeit, mittels Informations- und Empfehlungsschreiben in tatsächlicher Hinsicht Einfluss zu nehmen.
-

## Teil 2: Weisungsentwurf OAK BV W-xx/2015

### 1. Einhaltung der Delegationsvoraussetzungen

- 49 Selbst wenn man – entgegen der vorgängigen Auslegung – Art. 64a Abs. 1 lit. f BVG als eine Delegationsgrundlage in einem formellen Gesetz betrachten würde, müssten die weiteren Delegationsvoraussetzungen gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts beachtet werden, da diese (auch) bei der Delegationen an eine dezentrale oder weisungsfreie Verwaltungsbehörde erfüllt sein müssen (vgl. vorn Rz. 15). Bei der Frage, ob eine gestützt auf Art. 64a Abs. 1 lit. f BVG erlassene Verordnung durch diese Delegationsgrundlage gedeckt wäre, müssen zudem die Voraussetzungen der Beschränkung auf eine genau umschriebene Materie sowie die Regelung der Grundzüge der zu delegierenden Materie im formellen Gesetz selber erfüllt sein. Delegationsvoraussetzungen
- 50 Das Erfordernis der Beschränkung auf eine genau umschriebene Materie erscheint u.E. bereits fraglich, da sich dem Gesetz nicht entnehmen lässt, welche Bereiche bezüglich der Revisionsstellen mittels Weisung konkretisiert oder präzisiert werden sollen und in welchem Umfang dies geschehen soll. Zumindest geht aus den Materialien nichts Aufschlussreiches dazu hervor. Die Einengung auf die Adressaten (Experten für berufliche Vorsorge und Revisionsstellen) erscheint uns als Beschränkung jedenfalls nicht zu genügen.<sup>63</sup> Insbesondere kann ein allgemeines Weisungsrecht deutlich weiter gefasst verstanden werden als die Befugnis, bei Vorliegen einer gesetzlichen Grundlage Standards zu erlassen. Zumal in diesem Zusammenhang die Materialien aufzeigen, was darunter zu verstehen ist (vgl. vorn Rz. 29 f.). Ein so verstandenes, allgemeines Weisungsrecht der OAK BV wäre eine kaum zu kontrollierende «Blanko-Vollmacht», die nach der herrschenden Lehre und Praxis abzulehnen wäre. Beschränkung auf eine Materie
- 51 Das zweite Erfordernis, wonach die Grundzüge der delegierten Materie im Gesetz enthalten sein müssen, erweist sich als nicht minder strittig. Einerseits werden im BVG die grundsätzlichen Aufgaben der Revisionsstellen genannt. Andererseits ist der strittige Weisungsentwurf der OAK BV nachfolgend genauer zu betrachten, um zu prüfen, ob die darin vorgesehenen Regelungen ihre Grundzüge im BVG finden. Grundzüge im formellen Gesetz

### 2. Mindestanforderungen an die Unabhängigkeit

- 52 Der Weisungsentwurf sieht vor, dass die Person, welche die Revision leitet, das Mandat längstens während sieben Jahren ausführen darf. Sie darf das gleiche Mandat erst nach einem Unterbruch von drei Jahren wieder aufnehmen.<sup>64</sup> Gemäss den Erläuterungen möchte die OAK BV diese Regelung im BVG einführen, um damit erkannten Gefahren und Bedenken hinsichtlich der Vertrautheit des Prüfers mit der Unternehmung und deren Entscheidungsträger zu begegnen.<sup>65</sup> Begrenzte Maximaldauer
- 53 Das BVG und die BVV2 regeln die Anforderungen an die Unabhängigkeit der Revisionsstelle in Art. 52a Abs. 1 i.V.m. Art. 34 BVV2. Art. 34 BVV2 übernimmt den Grundzüge in Art. 730a OR

---

<sup>63</sup> A.M. CAMINADA, 102.

<sup>64</sup> Weisungsentwurf, 3.

<sup>65</sup> Weisungsentwurf, 5.

Inhalt von Art. 728 OR und adaptiert die dortigen Formulierungen für die 2. Säule.<sup>66</sup> Das Erfordernis der begrenzten Amtsdauer einer Revisionsstelle entspricht Art. 730a OR. Dieses Erfordernis findet im Recht der beruflichen Vorsorge allerdings keine eigenständige Stütze. Auch ist weder im BVG noch in der BVV2 in den Grundzügen eine maximale Amtsdauer oder das Erfordernis einer solchen hinterlegt. Bei dieser Ausgangslage würde der Inhalt des Weisungsentwurfes in jedem Fall – d.h. selbst bei gegebener Verordnungsbefugnis – den Delegationsrahmen sprengen.

### 3. Mindestanforderungen an die Erfahrung aus praktischer Tätigkeit

- 54 Die obigen Ausführungen gelten a fortiori auch für das Erfordernis, mindestens 1'000 Prüfstunden pro Kalenderjahr vorweisen zu können, wobei pro Person maximal 100 Stunden angerechnet werden können. Dieses völlig neue Erfordernis hat keinerlei Grundlage in einem formellen Gesetz. Auch der «Schweizer Standard zur Qualitätssicherung 1 (QS 1)» scheint dieses Erfordernis nicht vorzuschreiben.<sup>67</sup> Die RAB hat die Anwendbarkeit der QS 1 in ihrem Rundschreiben 1/2014 für Revisionsstellen im Bereich der beruflichen Vorsorge als verbindlich vorgeschrieben.<sup>68</sup> Wäre die Anforderung der 1'000 Prüfstunden pro Revisionsunternehmen Teil der QS 1, wäre es somit Sache der RAB, dies durchzusetzen. In diesem Fall hätte der Weisungsentwurf nur deklaratorischen Charakter. Keine Grundzüge in einem Gesetz
- 55 Ist dies nicht Teil des Prüfstandards, würde das Erfordernis eine gänzlich neue Regelung im Bereich der beruflichen Vorsorge darstellen, deren Grundzüge nirgends eine Stütze fänden. Zudem ist zu beachten, dass das Erfordernis von 1'000 Stunden und der Anrechenbarkeit von 100 Stunden pro Person die Wirtschaftsfreiheit von kleineren Revisionsunternehmen stark einschränkt. Regelt der Staat die Ausübung einer privatwirtschaftlichen Tätigkeit, ist der sachliche Schutzbereich von Art. 27 BV tangiert.<sup>69</sup> Der Staat tut dies in mannigfaltiger Weise. Entscheidend ist, ob der Eingriff rechtmässig erfolgte. Dafür ist zunächst eine gesetzliche Grundlage erforderlich. Bei schweren Grundrechtseingriffen muss die gesetzliche Grundlage in einem Gesetz im formellen Sinn enthalten sein. Qualifizierte Anforderungen an die Berufsausübung im Sinne von Fähigkeitszeugnissen und Voraussetzungen für Bewilligungen gelten gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung als schwere Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit.<sup>70</sup> Vorliegend werden neue Anforderungen an die Revisoren gestellt, ohne deren Erfüllung sie ihren Beruf im Bereich der beruflichen Vorsorge nicht mehr ausüben könnten. Es handelt sich damit nach unserer Einschätzung um ein eigentliches Berufsausübungserfordernis, mithin um eine zusätzliche Voraussetzung für die Zulassung als Revisor im Bereich der beruflichen Vorsorge. Eine solche Regelung bedürfte einer Grundlage in einem formellen Gesetz, z.B. im BVG oder im OR. Bereits an dieser Stelle würde eine diesbezügliche Regelung auf Verordnungsstufe (sofern denn der OAK BV eine solche Kompetenz zukommen sollte) scheitern. Zudem müsste eine Regulierung stets verhältnismässig, d.h. geeignet, erforderlich und Keine neue Regelung im BVG

<sup>66</sup> Erläuternder Bericht, 23.

<sup>67</sup> Die Schweizer Prüfstandards sind nicht öffentlich publiziert.

<sup>68</sup> RAB 1/2014 vom 24. November 2014, Rz. 8 lit. c.

<sup>69</sup> Z.B. BIAGGINI, N 9 zu Art. 27 BV, je nachdem ob die Regelung den Zugang zum Beruf oder dessen Ausübung einschränkt oder übermässig erschwert, ist ein anderer Teilgehalt der Wirtschaftsfreiheit tangiert; UHLMANN, BSK-BV, N 36 zu Art. 27.

<sup>70</sup> BGE 125 I 322 E. 3b.

zumutbar sein. Es fragt sich bereits bei der Eignung, ob die geplante Regelung überhaupt tauglich ist, die angestrebte Qualitätssicherung herbeizuführen. Gemäss der geplanten Regelung verhält es sich nämlich so, dass ein grösseres Revisionsunternehmen mit bspw. 10 Revisoren, von denen jeder 100 Prüfstunden beisteuert, die Qualitätsanforderung erfüllt; ein kleines, spezialisiertes, Ein-Mann-Prüfunternehmen, bei dem der Revisor 950 Prüfstunden absolviert, jedoch nicht. Aus Sicht der Qualitätssicherung ergibt es keinerlei Sinn, in diesem Beispiel dem erfahreneren Revisor die Tätigkeit staatlich zu verbieten.

- 56 Letztlich muss bei staatlichen Eingriffen in die Wirtschaftsfreiheit der Grundsatz der «Gleichbehandlung der Konkurrenten» beachtet werden.<sup>71</sup> Eine staatliche Massnahme darf dabei nicht dazu führen, dass der Wettbewerb unter Konkurrenten verzerrt wird. Die Massnahme muss somit wettbewerbsneutral ausgestaltet sein.<sup>72</sup> Da die 1000 Prüfstunden nicht personenbezogen, sondern Unternehmensbezogen ausgestaltet sind, hätten grössere Revisionsgesellschaften einen klaren Vorteil, ohne dass dadurch gesichert wäre, dass deren einzelne Mitarbeiter über mehr Erfahrung verfügen. Einem kleineren Unternehmen oder einer Einzelfirma wäre es dagegen nicht mehr möglich, Revisionen bei Vorsorgeeinrichtungen durchzuführen, obwohl der Prüfer u.U. mehr praktische Erfahrung aufweisen könnte, als dies in einem grossen Revisionsunternehmen der Fall ist. Die Massnahme wäre u.E. deshalb wettbewerbsverzerrend und daher rechtswidrig. Faktisch würde sie höchstwahrscheinlich zu einer «Marktbereinigung» führen, von der v.a. grössere Revisionsgesellschaften profitieren würden, was nicht mit der geforderten Wettbewerbsneutralität vereinbar wäre.
- 57 Wichtig ist zu wiederholen, dass eine solche Regelung – wenn sie denn nicht als sachfremd erachtet wird – u.E. zumindest in den Grundzügen klarerweise einer Verankerung in einem formellen Gesetz bedürfte. Die OAK BV ist u.E. diesbezüglich weder funktional zuständig noch nach der geltenden Rechtslage legitimiert, eine solche Regelung in der Form einer Rechtsverordnung zu erlassen. Zuständig für den Erlass von Zulassungsvoraussetzungen für Revisionsgesellschaften im Bereich der beruflichen Vorsorge ist gemäss Art.52b BVG die RAB.
- 58 Anzumerken ist, dass in der Anhörung zum konkreten Weisungsentwurf ähnliche Befürchtungen und Reaktionen zu Tage gefördert hat, weshalb die OAK BV vorläufig auf das Inkraftsetzen verzichtet hat und den Entwurf überarbeiten will.<sup>73</sup>

Gleichbehandlung der Konkurrenten

Unzuständigkeit der OAK

Überarbeitung

Prof. Dr. iur. Thomas Gächter

MLaw Michael E. Meier

**Prof. Dr. iur. Thomas Gächter**

Treichlerstrasse 10  
CH-8032 Zürich  
044 634 30 62

[thomas.gaechter@rwi.unizh.ch](mailto:thomas.gaechter@rwi.unizh.ch)

<sup>71</sup> UHLMANN, BSK-BV, N 62 ff. zu Art. 27.

<sup>72</sup> Vgl. BIAGGINI, N 26 zu Art. 27 BV.

<sup>73</sup> Vgl. z.B. die Stellungnahme von Expert-Suisse (ehemalige Treuhandkammer Schweiz) vom 31. August 2015, 3, in der auf die wirtschaftspolitische Tragweite einer solchen Regelung hingewiesen wird.

## Literatur

- BIAGGINI GIOVANNI: Handkommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2007 (zitiert: Biaggini, N xx zu Art. yy BV)
- BIAGGINI GIOVANNI: Die vollzugslenkende Verwaltungsverordnung: Rechtsnorm oder Faktum? Reflexionen über ein juristisches Chamäleon, ZBI 1/1997, 1 ff.
- CAMINADA PETRA: Staatliche Aufsicht in der beruflichen Vorsorge, Neuregelung in Folge der Strukturreform, Diss., Zürich/Basel/Genf 2012
- GÄCHTER THOMAS: Prüfen, weisen, mitteilen, Aufsichtsinstrumente der OAK BV und ihre Wirkungsweisen, SPV 5/2014, 57
- HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN/THURNHERR DANIELA: Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX: Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, Zürich/St. Gallen 2016.
- SCARTAZZINI GUSTAVO/HÜRZELER MARC: Bundessozialversicherungsrecht, 4. Auflage, Basel 2012
- TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS: Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Bern 2014
- WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.): Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015 (zitiert: BEARBEITER, BSK-BV, N xx zu Art. yy)

## Materialien

- BOTSCHAFT DES BUNDESRATES zur Änderung des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 15. Juni 2007 (Strukturreform), BBl 2007 5669 ff.
- BUNDESAMT FÜR SOZIALVERSICHERUNGEN BSV, Erläuternder Bericht für die Vernehmlassung über die Änderung der Verordnungen im Rahmen der Strukturreform in der beruflichen Vorsorge vom 12. November 2010.

## Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
Art.	Artikel
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BV	Schweizerische Bundesverfassung
bzw.	beziehungsweise
Fn.	Fussnote
i.V.m.	in Verbindung mit
f./ff.	Folgende
i.S.v.	im Sinne von
lit.	Litera
Rz.	Randziffer
S.	Seite
v.a.	vor allem
vgl.	Vergleiche
z.B.	zum Beispiel
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht, Zeitschrift (Zürich)
Ziff.	Ziffer