

GUTACHTEN

zuhanden

FINANZDEPARTEMENT DES KANTONS BASEL-STADT

betreffend

**GELTUNG DER PUBLIC CORPORATE GOVERNANCE-RICHTLINIEN
FÜR DIE PENSIONSKASSE BASEL-STADT SOWIE
RECHTSFRAGEN ZUR EINSITZNAHME VON MITGLIEDERN DES
GROSSEN RATES IM VERWALTUNGSRAT DER PENSIONSKASSE
BASEL-STADT**

erstellt von

**PROF. DR. FELIX UHLMANN, LL.M., ADVOKAT
PROFESSOR AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH
KONSULENT IM ADVOKATURBÜRO WENGER PLATTNER**

Datum: 5. Mai 2020

INHALTSVERZEICHNIS

I.	AUSGANGSLAGE UND GUTACHTENSAUFTRAG	3
II.	RECHTSTELLUNG DER PENSIONSKASSE BASEL-STADT	5
1.	Bundesrechtliche Grundlagen	5
2.	Kantonales Recht	6
III.	AUFSICHT UND OBERAUFSICHT ÜBER DIE PENSIONSKASSE BASEL-STADT	8
1.	Aufsichtsbefugnisse des Regierungsrates.....	8
a)	Selbstständigkeit der Pensionskasse Basel-Stadt	8
b)	Wahl des Verwaltungsrates.....	8
c)	Austausch des Regierungsrates mit der Aufsichtsbehörde.....	10
2.	Oberaufsicht des Grossen Rates.....	10
3.	Public Corporate Governance-Richtlinien.....	12
IV.	MITGLIEDER DES GROSSEN RATES ALS VERWALTUNGSRÄTINNEN UND VERWALTUNGSRÄTE DER PENSIONSKASSE BASEL-STADT	14
1.	Beurteilung unter dem Blickwinkel von Aufsicht und Oberaufsicht sowie den Grundsätzen guter Public Corporate Governance.....	14
a)	Grundlagen.....	14
b)	Mitglied des Grossen Rates und Vertreterin oder Vertreter der Arbeitgeber	14
c)	Mitglied des Grossen Rates und Vertreterin oder Vertreter der Arbeitnehmer	15
2.	Regelung in Reglementen der Pensionskasse Basel-Stadt	16
3.	Regelung im Wahlgesetz Basel-Stadt	17
4.	Regelung im Pensionskassengesetz.....	18
V.	ZUSAMMENFASSUNG (BEANTWORTUNG DER GUTACHTENSFRAGEN) ...	20

I. AUSGANGSLAGE UND GUTACHTENSAUFTRAG

- 1 Der Grosse Rat hat in seiner Sitzung vom 20. Februar 2019 die Motion Nr. 18.5419.02 von David Jenny und Konsorten betreffend "Anpassung der Corporate Governance der Pensionskasse Basel-Stadt an diejenige anderer öffentlich-rechtlicher Anstalten des Kantons Basel-Stadt" (im Folgenden: "Motion Jenny") dem Regierungsrat zur Stellungnahme überwiesen.
- 2 In der Motion Jenny wird im Wesentlichen vorgebracht, dass der Einsitz von Mitgliedern des Grossen Rates in den obersten Leitungsgremien von kantonalen Anstalten zunehmend eingeschränkt wurde, dies aber nicht für die Pensionskasse Basel-Stadt ("PK BS") gelte, obwohl auch dort die gleichzeitige Mitgliedschaft im Verwaltungsrat der PK BS und im Grossen Rat zu Interessen- und Rollenkonflikten führen könne. Zur Vermeidung von Interessenkonflikten sollten Mitglieder des Grossen Rates keinen Einsitz im Verwaltungsrat (oder in der Vorsorgekommission) der PK BS haben.
- 3 Der Regierungsrat erachtet die Motion als rechtlich unzulässig (Regierungsratsbeschluss vom 14. Mai 2019). Nach Auffassung des Regierungsrates regelt das Bundesrecht die Wahl der Vertretung der Versicherten abschliessend. Nach Art. 48 Abs. 2 Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 25. Juni 1982 (BVG, SR 831.40) unterstünden öffentlich-rechtliche Vorsorgeeinrichtungen den abschliessenden bundesrechtlichen Vorgaben (Regierungsratsbeschluss vom 14. Mai 2019, S. 3). Es stehe der Vorsorgeeinrichtung grundsätzlich frei, wie sie sich organisiere und im Verwaltungsrat sei eine paritätische Verwaltung zu gewährleisten (Art. 51 Abs. 2 BVG). Weitere Anforderungen im Bundesrecht bestünden nicht, so dass der Kanton keine Einschränkungen für die Wählbarkeit der Mitglieder des Verwaltungsrates erlassen könne, die über die Bundesvorgaben hinausgehen (Regierungsratsbeschluss vom 14. Mai 2019, S. 3).
- 4 An der Sitzung vom 27. Juni 2019 hat der Grosse Rat mit 42 Ja- zu 40 Nein-Stimmen bei einer Enthaltung beschlossen, den entsprechenden Anzug zu überweisen (vgl. dazu und nachfolgend Protokoll des Grossen Rates, 20.-22. Sitzung, Amtsjahr 2019/2020, S. 711 ff.). Vom Hauptmotionär wurde im Wesentlichen vorgetragen, es möge zwar sein, dass das Pensionskassengesetz die Einsitznahme von Mitgliedern des Grossen als Arbeitnehmervertreter im Verwaltungsrat der PK BS nicht verbieten könne. Nicht geklärt habe der Regierungsrat indessen die Frage, ob ein Einsitz als Arbeitgebervertreter verboten werden könne. Es fehle auch eine Diskussion der Frage, ob der Kanton die Doppelvertretung von Seiten der Vereinbarkeiten des Grossen Rates regeln könne.

Seitens der SVP und der LDP wurde der Antrag gestellt, die Motion als Anzug zu überweisen. Regierungsrätin Eva Herzog trat dafür ein, den Anzug aus formellen und materiellen Gründen nicht zu überweisen. Wie einleitend ausgeführt, wurde der Vorstoss anschliessend als Anzug überwiesen.

5 Das Finanzdepartement Basel-Stadt hat den Unterzeichnenden Ende November 2019 um eine gutachterliche Einschätzung angefragt. Geklärt sollten insbesondere folgende Fragen werden:

1. Welche Aufgaben haben Regierungsrat und Grosser Rat bei der PK BS?
2. Wie sind Aufsicht und Oberaufsicht bei der PK BS geregelt?
3. Was sind die Unterschiede und Gemeinsamkeiten bei den Aufgaben von Regierungsrat und Grosser Rat zu anderen Beteiligungen des Kantons (BVB, IWB, BKB)?
4. Besteht von Seiten des Kantons bezüglich Public Corporate Governance bei der PK BS Regelungsbedarf? Wenn ja, welcher?
5. Wie ist die in der Debatte des Grossen Rates aufgeworfene Idee, den Einsitz der Mitglieder des Grossen Rates als Arbeitgebervertreter im Verwaltungsrat der PK BS zu verbieten, rechtlich zu beurteilen?
6. Wie ist die in der Debatte im Grossen Rat aufgeworfene Idee über die Organisation des Grossen Rates, die Unvereinbarkeit mit dem Mandat als Verwaltungsrat der PK BS zu regeln, rechtlich zu beurteilen?

6 Der Unterzeichnende hat dem Finanzdepartement am 6. Februar 2020 einen ersten Entwurf übermittelt. Nach einer Besprechung vom 30. April 2020 wurde das Gutachten in die vorliegende Form gebracht, ohne dass materielle Änderungen am Entwurf vorgenommen wurden.

II. RECHTSTELLUNG DER PENSIONS-KASSE BASEL-STADT

1. Bundesrechtliche Grundlagen

- 7 Die PK BS ist eine Vorsorgeeinrichtung nach Art. 48 ff. BVG. Art. 49 Abs. 1 weist ihr einen eigenen "Selbständigkeitsbereich" (oder "Autonomiebereich", vgl. HANS-ULRICH STAUFFER, Berufliche Vorsorge, 2. Aufl., Zürich 2012, vor Rz. 1537 ff.) zu; sie ist im Rahmen des BVG "in der Gestaltung ihrer Leistungen, in deren Finanzierung und ihrer Organisation frei" (Art. 49 Abs. 1 Satz 1 BVG). Vorsorgeeinrichtungen erlassen Bestimmungen namentlich über die Leistungen, die Organisation, die Verwaltung und Finanzierung sowie die Kontrolle (Art. 50 Abs. 1 lit. a-d BVG). Die entsprechenden Bestimmungen können in der Gründungsurkunde, in den Statuten oder im Reglement enthalten sein (Art. 50 Abs. 2 BVG). Das Gesetz fährt an dieser Stelle fort (Art. 50 Abs. 2 Satz 2 BVG): "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." Eingriffe des Gesetzgebers dürfen damit nur entweder leistungsseitig oder finanzierungsseitig erfolgen (vgl. dazu THOMAS GÄCHTER, Vorsorgeeinrichtungen des Öffentlichen Rechts: Sicherstellung und Begrenzung der Einflussmöglichkeiten des Gemeinwesens im Rahmen von Art. 50 Abs. 2 Satz 2 BVG, in: Bettina Kahil-Wolff Hummer/Rémy Wyler [Hrsg.], Piliers du droit social, Mélanges en l'honneur de Jacques-André Schneider, Bern 2019, S. 207 ff.).
- 8 Eine Vorsorgeeinrichtung muss *paritätisch* zusammengesetzt sein; die paritätische Verwaltung ist "ein organisatorisches Grundprinzip" (MARC HÜRZELER/JÜRIG BRÜHWILER, Obligatorische berufliche Vorsorge, in: Ulrich Meyer [Hrsg.], Soziale Sicherheit, SBVR XIV, 3. Aufl., Basel 2016, S. 2029 ff., Rz. 39). Dies bedeutet, dass Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sowie Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber das Recht haben, "in das oberste Organ der Vorsorgeeinrichtung die gleiche Zahl von Vertretern zu entsenden" (Art. 51 Abs. 1 BVG). Art. 51 Abs. 2-4 BVG enthalten weitere Bestimmungen zur Organisation der paritätischen Verwaltung in einer Vorsorgeeinrichtung. Für Personen in den Leitungsgremien von Vorsorgeeinrichtungen (sowie für weitere Personen) gilt eine Schweigepflicht (Art. 86 BVG).
- 9 Vorsorgeeinrichtungen unterstehen einer kantonalen Aufsichtsbehörde (Art. 61 Abs. 1 BVG). Es handelt sich dabei um eine "Direktaufsicht" (HÜRZELER/BRÜHWILER, a.a.O., Rz. 74). Sachlich ist die Aufsicht im Wesentlichen auf die Frage gerichtet, ob die Vorsorgeeinrichtung die gesetzlichen Vorschriften einhält und das Vorsorgevermögen zweckgemäss verwendet (Art. 62 Abs. 1 BVG). Die Aufsichtsbehörde ist ihrerseits ei-

ne öffentlich-rechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit, welche in ihrer Tätigkeit keinen Weisungen unterliegt (Art. 61 Abs. 3 BVG). Umstritten ist, ob in der Aufsichtsbehörde kantonale Magistratspersonen vertreten sein dürfen oder nicht (vgl. dazu Oberaufsichtskommission Berufliche Vorsorge [OAK BV], Tätigkeitsbericht 2017, Bern 2018, S. 14). Die kantonale Aufsicht ist ihrerseits der Oberaufsichtskommission des Bundes unterstellt (Art. 64a Abs. 1 BVG).

2. Kantonales Recht

10 Die PK BS beruht auf dem Gesetz betreffend die Pensionskasse Basel-Stadt vom 4. Juni 2014 (Pensionskassengesetz, PKG, SG 166.100). Sie ist eine selbständige öffentlich-rechtliche Anstalt (§ 1 PKG). Sie führt die berufliche Vorsorge der Mitarbeitenden des Kantons Basel-Stadt, kann aber auch Anschlussvereinbarungen mit Arbeitgebern schliessen, welche Aufgaben im öffentlichen Interesse erfüllen oder dem Kanton Basel-Stadt aus anderen Gründen nahestehen (§ 2 Abs. 1 und 2 PKG). Für die PK BS besteht eine (in verschiedener Hinsicht beschränkte) Staatsgarantie (vgl. § 6 PKG).

11 Organe der PK BS sind insbesondere der Verwaltungsrat und die Vorsorgekommissionen (§ 9 lit. a und b PKG). Der Verwaltungsrat besteht aus zwölf Mitgliedern, wobei sechs davon als Vertreterinnen und Vertreter der Arbeitgeber vom Regierungsrat bestimmt werden, während die übrigen sechs Vertreterinnen und Vertreter der Arbeitnehmer von den Versicherten gewählt werden (§ 10 Abs. 1 PKG). Gemäss § 10 Abs. 3 PKG sollen die "Mitglieder des Verwaltungsrates die erforderlichen Fähigkeiten für die Wahrnehmung ihres Amtes haben, einen guten Ruf geniessen und jederzeit Gewähr für eine einwandfreie Geschäftsführung bieten." In seiner Wahl achtet der Regierungsrat auf eine angemessene Vertretung der verschiedenen Arbeitgeber (§ 10 Abs. 2 PKG) sowie die Vertretung von Frauen und Männern mindestens zu einem Drittel (§ 10 Abs. 4 PKG); bezüglich der Wahl der Vertreterinnen und Vertreter der Arbeitnehmer setzt sich der Regierungsrat dafür ein, dass Männer und Frauen angemessen vertreten sind (§ 10 Abs. 4 PKG).

12 Die Aufgaben des Verwaltungsrates sind in § 11 PKG geregelt. Dabei bestimmt er namentlich die strategischen Ziele und Grundsätze der PK BS, soweit nicht der Gesetzgeber dafür zuständig ist (§ 11 Abs. 1 PKG). Die Vertreterinnen und Vertreter sind auf 4 Jahre gewählt (§ 10 Abs. 5 PKG). "In begründeten Fällen kann der Regierungsrat einzelne oder alle der von ihm bestimmten Mitglieder innerhalb der Amtsdauer abberufen und durch neue Mitglieder ersetzen" (Art. 10 Abs. 5 Satz 3 PKG). Der Ratschlag zu einem Gesetz betreffend die Pensionskasse Basel-Stadt vom 3. September 2013 (Geschäft Nr. 12.1065.01; im Folgenden "Ratschlag Pensions-

kassengesetz") führt dazu aus, dass eine Abberufung beispielsweise dann möglich sei, "falls Massnahmen zur Wiederherstellung des finanziellen Gleichgewichts nicht oder nur zögerlich eingeleitet werden" (Ratschlag Pensionskassengesetz, S. 34). Ansonsten enthält der Ratschlag nur wenige Bemerkungen zu den organisatorischen Bestimmungen (vgl. Ratschlag Pensionskassengesetz, S. 33 ff.).

- 13 Die PK BS untersteht der BVG- und Stiftungsaufsicht beider Basel (BSABB) (vgl. § 2 Vertrag zwischen den Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft über die BVG- und Stiftungsaufsicht beider Basel vom 14. Juni 2011, BVG- und Stiftungsaufsichtsvertrag, SG 833.100). Der BSABB wird durch übereinstimmende Beschlüsse der Regierungen der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft ein Leistungsauftrag erteilt (§ 11 Abs. 2 BVG- und Stiftungsaufsichtsvertrag). Mitglieder des Verwaltungsrates werden durch die Regierungen der Vertragskantone gewählt (§ 5 Abs. 2 BVG- und Stiftungsaufsichtsvertrag). Im Übrigen richten sich die Aufgaben der BSABB nach Art. 61 ff. BVG (vgl. oben Ziffer 9).

III. AUFSICHT UND OBERAUFSICHT ÜBER DIE PENSIONS-KASSE BASEL-STADT

1. Aufsichtsbefugnisse des Regierungsrates

a) *Selbstständigkeit der Pensionskasse Basel-Stadt*

14 Die PK BS verfügt nach Art. 49 BVG über einen gesetzlich geschützten "Selbständigkeitsbereich", d.h. sie ist "im Rahmen dieses Gesetz in der Gestaltung ihrer Leistungen, in deren Finanzierung und ihrer Organisation frei" (Art. 49 Abs. 1 BVG). In fachlicher Hinsicht ist die PK BS der BSABB unterstellt. Zwischen PK BS und Regierungsrat bestehen keine direkten Einsichts- und Weisungsmöglichkeiten. Angestrebt wird eine "grösstmögliche Selbständigkeit" der Vorsorgeeinrichtungen (STAUFFER, a.a.O., Rz. 1537). Das heutige Recht strebt die "Entpolitisierung" der beruflichen Vorsorge an, mit der Folge, "dass auch bei [der öffentlich-rechtlichen] Vorsorgeeinrichtung das oberste Organ, und nicht mehr das Gemeinwesen, weitgehend die Verantwortung für die finanzielle Sicherheit trägt" (THOMAS GÄCHTER/MAYA GECKELER HUNZIKER, Art. 50, in: Jacques-André Schneider/Thomas Geiser/Thomas Gächter [Hrsg.], BVG und FZG, Kommentar zum Schweizerischen Sozialversicherungsrecht (KOSS), 2. Aufl., Bern 2019, Rz. 16).

b) *Wahl des Verwaltungsrates*

15 Die Selbständigkeit der PK BS zeigt sich auf bei den Wahlbefugnissen des Regierungsrates. Das oberste Organ der PK BS ist ein paritätisch zusammengesetzter Verwaltungsrat im Sinne von Art. 51 BVG. Auf die Wahl der Vertreterinnen und Vertreter der Arbeitnehmer hat der Regierungsrat keinen Einfluss; die gesetzliche Regelung sieht in § 10 Abs. 4 PKG lediglich vor, dass sich der Regierungsrat für eine ausgewogene Vertretung von Frauen und Männer einsetzen soll. Der Regierungsrat ist diesbezüglich auf "Überzeugungsarbeit" beschränkt (Ratschlag Pensionskassengesetz, S. 34).

16 Zuständig ist der Regierungsrat hingegen für die Wahl der sechs Vertreterinnen und Vertreter der Arbeitgeber (§ 10 Abs. 1 PKG). Er beachtet hier die entsprechenden fachlichen Voraussetzungen (§ 10 Abs. 3 PKG) sowie die angemessene Vertretung von Frauen und Männern (§ 10 Abs. 4 PKG). Gegenüber seinen eigenen Vertreterinnen und Vertretern kommt dem Regierungsrat ein Abberufungsrecht zu (§ 10 Abs. 5 PKG; vgl. oben Ziff. 12).

17 Der Regierungsrat kann aber auch seinen Vertreterinnen und Vertretern nicht eigentliche Instruktionen erteilen. Dies wäre mit der Selbständigkeit einer Vorsorgeeinrich-

tung nicht vereinbar. Verwaltungsrätinnen und Verwaltungsräte der PK BS sind in erster Linie den Interessen der Versicherten verpflichtet. Die Kernkompetenzen des Verwaltungsrates sind nicht delegierbar und unentziehbar (HÜRZELER/BRÜHWILER, a.a.O., Rz. 34) und dessen Befugnisse wurden bewusst "gestärkt" (THOMAS GÄCHTER/MAYA GECKELER HUNZIKER, Art. 51, in: Jacques-André Schneider/Thomas Geiser/Thomas Gächter [Hrsg.], BVG und FZG, Kommentar zum Schweizerischen Sozialversicherungsrecht (KOSS), 2. Aufl., Bern 2019, Rz. 78). Verwaltungsrätinnen und Verwaltungsräte sind für den Schaden persönlich verantwortlich, den sie der Vorsorgeeinrichtung absichtlich oder fahrlässig zufügen (Art. 52 Abs. 1 BVG; vgl. dazu UELI KIESER, Art. 52, in: Jacques-André Schneider/Thomas Geiser/Thomas Gächter [Hrsg.], BVG und FZG, Kommentar zum Schweizerischen Sozialversicherungsrecht (KOSS), 2. Aufl., Bern 2019, Rz. 37 ff.).

- 18 Rein praktisch ergeben sich die Grenzen des Austausches und damit der Einflussmöglichkeiten des Regierungsrates auch über die *Schweigepflicht* der Verwaltungsrätinnen und Verwaltungsräte (Art. 86 BVG). Die Reichweite der Schweigepflicht ist in Lehre und Praxis umstritten (vgl. etwa THOMAS GÄCHTER, Schweigepflicht schützt auch die Vorsorgeeinrichtungen, Schweizerische Personalvorsorge 5/16, S. 88 ff. m.w.H.). Vertreten wird etwa (GÄCHTER, a.a.O., S. 89):

"Stiftungsräte dürfen sich demnach – straf und sanktionslos – nur dann mit Dritten über konkrete Geschäftsvorgänge austauschen, wenn Tatsachen bereits bekannt sind, Daten und Informationen auf der Grundlage von Art. 86a und Art. 86b BVG weitergegeben werden oder eine ausdrückliche Ermächtigung durch den Stiftungsrat vorliegt."

Daraus wird gefolgert, dass Verwaltungsrätinnen und Verwaltungsräte in ihrer Tätigkeit gegenüber der Regierung grundsätzlich unabhängig sind (GÄCHTER, a.a.O., S. 88):

"[Dabei wird verkannt], dass es die Stiftungsräte als gewählte Vertreter sind, welche die berechtigten Interessen zu wahren haben, nicht die – ausserhalb der Vorsorgeeinrichtung stehenden – Arbeitnehmerorganisationen oder Arbeitgeber. Die Stiftungsräte sind nicht Delegierte von Verbänden und Arbeitgebern, sondern deren Vertreter. Sie sind gesetzlich zu eigenständigem und unabhängigem Verhalten verpflichtet, verfügen über gesetzlich zugewiesene unübertragbare Pflichten und sind für ihr Handeln persönlich verantwortlich."

- 19 Der Regierungsrat muss allerdings auch sicherstellen, dass seine Vertreterinnen und Vertreter die Anforderungen an Integrität und Fachkompetenz erfüllen, die sich einerseits im kantonalen Recht finden (§ 10 Abs. 3 PKG; vgl. oben Ziff. 11), andererseits zum Teil in Art. 51b BVG niedergelegt sind. Der Regierungsrat ist oberster Arbeitgeber für die Mitarbeitenden der Kantonsverwaltung. Besondere finanzielle Interessen des Kantons bestehen im Hinblick auf die mögliche Auslösung der Staatsgarantie

nach § 6 PKG. Gemäss Ratschlag Pensionskassengesetz (S. 34) ist eine Abberufung der Vertreterinnen und Vertreter ins Auge zu fassen, "falls Massnahmen zur Wiederherstellung des finanziellen Gleichgewichts nicht oder nur zögerlich eingeleitet werden" (Ratschlag Pensionskassengesetz, S. 34). In diesem Sinne dürfen die Anforderungen an die Unabhängigkeit der Vertreterinnen und Vertreter der Arbeitgeber nicht überspannt werden und ein gewisser Austausch muss möglich sein. Die rechtlichen Rahmenbedingungen setzen der Einflussnahme des Regierungsrates aber deutliche Schranken.

20 Insgesamt ergibt sich, dass die Aufsicht des Regierungsrates über die PK BS beschränkt ist und im Wesentlichen nur über die Vertreterinnen und Vertreter der Arbeitgeber stattfinden kann. Auch bei letzteren bestehen Einschränkungen.

c) *Austausch des Regierungsrates mit der Aufsichtsbehörde*

21 Eine indirekte Möglichkeit der Einflussnahme auf die PK BS besteht über den Umweg der Befugnisse des Regierungsrates hinsichtlich der Aufsichtsbehörde BSABB. Der Regierungsrat darf zwar nicht direkt in den Geschäftsgang der BSABB eingreifen, da diese nicht dem Regierungsrat, sondern der eidgenössischen Obergerichtskommission untersteht. Einfluss nehmen auf die BSABB kann der Regierungsrat über die Wahl und Auswahl der Verwaltungsrätinnen und Verwaltungsräte; auch formuliert er den Leistungsauftrag der BSABB, beides zusammen mit dem Kanton Basel-Landschaft (vgl. oben Ziff. 9). Im Gegensatz zu anderen Kantonen (vgl. oben Ziff. 9) nehmen im Verwaltungsrat der BSABB aber keine Regierungsrätinnen und Regierungsräte Einsitz.

22 Der Regierungsrat hat über die Geschäftsvorgänge bei der BSABB mehr Einfluss und Einsicht als aussenstehende Dritte. Er kann aber der BSABB keine Weisungen erteilen, wie sie ihre Aufsicht gegenüber der PK BS auszuüben hat. Seine Einflussnahme auf die PK BS über den Umweg der BSABB muss dementsprechend als begrenzt bezeichnet werden.

2. *Oberaufsicht des Grossen Rates*

23 Oberaufsicht im Sinne von § 80 Abs. 1 KV und § 90 KV bedeutet die "Kontrolle, ob die Verwaltung und die Justiz ordnungsgemäss arbeiten und ihren Verpflichtungen nachkommen" (DENISE BUSER, Grosser Rat, Regierungsrat, Verwaltung und Ombudsstelle, in: Denise Buser [Hrsg.], Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, S. 347 ff., S. 366 m.V.a. die Selbstbeschreibung des Grossen Rates; vgl. zu den gesetzlichen Grundlagen § 65 u. § 67 ff. Gesetz über die Geschäftsordnung des Grossen Rates vom 29. Juni 2006, GO,

SG 152.100). Bei ausgelagerten Verwaltungseinheiten ist regelmässig umstritten, wie weit die Oberaufsicht des Parlaments durch die Aufsicht, d.h. Leitung und Steuerung der Exekutive, begrenzt ist, also ob die Oberaufsicht gegenüber der ausgelagerten Einheit direkt und umfassend ausgeübt oder ob die Oberaufsicht nur indirekt über die Exekutive wahrgenommen werden kann (vgl. FELIX UHLMANN, Oberaufsicht über die eidgenössische Finanzmarktaufsichtsbehörde (FINMA) – Gutachten zu Handen der Geschäftsprüfungskommissionen des Stände- und des Nationalrates (GPK), SVVOR 2015, S. 71 ff., Rz. 25 ff.). Die Frage kann hier offen gelassen werden, da dem Grossen Rat gegenüber der PK BS keine direkten Oberaufsichtsbefugnisse zukommen.

24 Bei der PK BS kollidiert die (direkte) Oberaufsicht des Parlaments wie die Aufsicht des Regierungsrats an der *Selbständigkeit der PK BS* (vgl. oben Ziff. 14). Dementsprechend wird die Berichterstattung über die Pensionskasse Basel-Stadt dem Grossen Rat jeweils zur Information zugestellt. Der Regierungsrat führt in den entsprechenden Schreiben zwar aus, dass "Geschäftsbericht und Jahresrechnung der Pensionskasse Basel-Stadt [...] sämtliche Angaben [enthalten], die geeignet sind, dem Grossen Rat im Rahmen seiner Oberaufsicht den gewünschten Überblick zu verschaffen" (vgl. Schreiben vom 20. August 2019, Geschäft Nr. 19.1093.01), doch finden sich soweit ersichtlich keine Angaben, wie diese Oberaufsicht konkret auszuüben wäre. In den letzten Jahren hat der Grosse Rat die Berichterstattung der PK BS jeweils stillschweigend zur Kenntnis genommen.

25 Zu denken ist meines Erachtens an eine indirekte Oberaufsicht. Oberaufsichtsbefugnisse kommen dem Grossen Rat gegenüber dem Regierungsrat zu. Die Oberaufsicht kann die Frage betreffen, wie der Regierungsrat seine Verpflichtungen bezüglich der Auswahl der Vertreterinnen und Vertreter der Arbeitgeber vornimmt, etwa ob er deren Befähigungen und Integrität in hinreichendem Masse abgeklärt hat. Ist eine Regierungsrätin oder ein Regierungsrat selbst Mitglied in der PK BS, könnte es praktisch schwierig sein, den der Oberaufsicht unterstehenden Bereich der Tätigkeit als Mitglied des Regierungsrates vom dem nicht der Oberaufsicht unterstehenden Bereich der Tätigkeit als Mitglied des Verwaltungsrates der PK BS sauber zu trennen. Dem Wesen der Oberaufsicht entsprechend darf es zwar in aller Regel nicht um einzelne Geschäftsvorgänge gehen (vgl. UHLMANN, a.a.O., Rz. 31), so dass auch hier eine potentielle Einflussnahme der Grossen Rates auf die PK BS qua Oberaufsicht nur indirekt und relativ schwach erscheint. Es könnte immerhin sein, dass der Grosse Rat im Rahmen der Oberaufsicht Einblick in den Austausch zwischen Regierungsrat und Vertreterinnen und Vertreter der Arbeitgeber erhält bzw. das Handeln einer Regie-

rungsrätin oder eines Regierungsrates in der PK selbst Gegenstand der Oberaufsicht wird.

3. Public Corporate Governance-Richtlinien

26 Die Public Corporate Governance-Richtlinien vom 12. Dezember 2018 (Beteiligungsmanagement Basel-Stadt: Public Corporate Governance-Richtlinien, 4. überarbeitete Version, Basel, 12. Dezember 2018) äussern sich soweit ersichtlich nicht direkt zur Frage, ob sie auf die PK BS Anwendung finden, bzw. der Regierungsrat die Richtlinien im Zusammenhang mit der PK BS zu beachten hat. Die Public Corporate Governance-Richtlinien definieren als Beteiligungen "alle rechtlich selbstständigen Institutionen des öffentlichen Rechts und des Privatrechts [...], die ganz oder teilweise im Eigentum des Kantons stehen – unabhängig davon, ob sie im Verwaltungs- oder Finanzvermögen geführt werden" (Public Corporate Governance-Richtlinien, S. 4). Beteiligungen können sich einerseits aufgrund der Leistungsauftragsfunktion oder der Finanzbeteiligungsfunktion ergeben (Public Corporate Governance-Richtlinien, S. 4).

27 Für die PK BS kann meines Erachtens weder das eine noch das andere unterstellt werden. Die rechtlichen Grundlagen machen klar, dass ein Leistungsauftrag mit der Selbständigkeit der PK BS nicht vereinbar wäre. Eigentliches Eigentum des Kantons oder eine Finanzbeteiligung liegen nicht vor. Guthaben bei der PK BS gehören in erster Linie den Versicherten.

Allerdings gibt es in der PK BS Arbeitgeberbeitragsreserven (vgl. PK BS, Geschäftsbericht und Jahresrechnung 2018, S. 39). Finanzielle Interessen des Kantons bestehen auch insofern, als der Kanton als Arbeitgeber massgeblich die entsprechenden Beiträge an die PK BS leistet. Das Gesetz sieht eine beschränkte Staatsgarantie nach § 6 PKG vor. Der kantonale Gesetzgeber kann entweder die Leistungsseite oder die Finanzierungsseite der PK BS regeln (Art. 50 Abs. 2 Satz 2 BVG). Finanzielle Interessen des Kantons gegenüber der PK BS sind damit durchaus gegeben.

28 Allerdings stehen die typischen Führungsinstrumente zur Steuerung der Beteiligung, namentlich eine Eigentümerstrategie, nicht oder nur sehr eingeschränkt zur Verfügung, weil sie mit der gesetzlich garantierten Selbständigkeit der PK BS nicht vereinbar sind. Diese Teile der Public Corporate Governance-Richtlinien sind auf die PK BS nicht anwendbar.

Zu überlegen ist die Anwendung der Public Corporate Governance-Richtlinien in Teilbereichen. Dies gilt etwa für den Abschnitt zu den vom Regierungsrat gewählten Kantonsvertretungen (Public Corporate Governance-Richtlinien, S. 38 ff.). Der Regierungsrat wählt die Vertreterinnen und Vertreter der Arbeitgeber. Hier finden sich

auch gesetzliche Grundlagen, die bezüglich Anforderungen und Auswahl sowie der ausgewogenen Vertretung von Frauen und Männern bereits auf Gesetzesstufe wesentliche Grundzüge festhalten, die über die Richtlinien konkretisiert werden könnten. Auch hier ist aber den Besonderheiten einer Einsitznahme in der PK BS, etwa betreffend Vertraulichkeit (vgl. oben Ziffer 17 ff.), gebührend Rechnung zu tragen.

Denkbar ist schliesslich, dass gewisse Grundideen der Public Corporate Governance-Richtlinien auch von der PK BS selbst herangezogen werden. Dies gilt etwa für die Frage von Interessenkonflikten. Auf diesen Punkt ist zurückzukommen (vgl. unten Ziffer Ziff. 37 ff.).

IV. MITGLIEDER DES GROSSEN RATES ALS VERWALTUNGSRÄTINNEN UND VERWALTUNGSRÄTE DER PENSIONS-KASSE BASEL-STADT

1. Beurteilung unter dem Blickwinkel von Aufsicht und Oberaufsicht sowie den Grundsätzen guter Public Corporate Governance

a) Grundlagen

29 Die vorstehenden Abklärungen sind im Wesentlichen durch einen politischen Vorstoss ausgelöst worden, welcher die Unvereinbarkeit eines Mandats im Grossen Rat mit der Vertretung im Verwaltungsrat der PK BS fordert. Einzugehen ist zunächst auf die Frage, wie eine solche Vereinbarkeit bzw. Unvereinbarkeit unter dem Blickwinkel von Aufsicht und Oberaufsicht sowie den Grundsätzen guter Public Corporate Governance zu beurteilen ist (unten, Ziff. 32 ff.). In einem zweiten Schritt sind die rechtlichen Möglichkeiten aufzuzeigen, wie die Unvereinbarkeit festgeschrieben werden könnte (unten, Ziff. 37 ff., 40 ff. u. 44 ff).

30 Aus den gesetzlichen Grundlagen ergibt sich, dass weder das Bundesrecht noch das kantonale Recht eine grundsätzliche Unvereinbarkeit zwischen einem Parlamentsmandat und der Einsitznahme in einer Vorsorgeeinrichtung nach Art. 48 ff. BVG indizieren. Die bundesrechtlichen Vorschriften stellen diesbezüglich keine Unvereinbarkeitsvorschriften auf. Auch im kantonalen Recht finden sich keine Bestimmungen.

31 Sachlich kann man sich fragen, ob die Kombination der beiden Funktionen zu möglichen *Interessenkonflikten* führen könnte (vgl. zum Begriff DAMIAN FISCHER, *Interessenkonflikte im Schweizer Privat- und Wirtschaftsrecht*, Habil, Zürich 2019, S. 33 ff.). Zu denken ist insbesondere an eine *Mehrfachbefassung* mit der gleichen Angelegenheit in unterschiedlichen Rollen (vgl. FISCHER, a.a.O., S. 55 f.), was unter Corporate Governance-Gesichtspunkten grundsätzlich nicht erwünscht ist.

b) Mitglied des Grossen Rates und Vertreterin oder Vertreter der Arbeitgeber

32 Zu unterscheiden ist zwischen den Vertreterinnen und Vertretern der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer. Hinsichtlich der Vertreterinnen und Vertreter der Arbeitgeber ist der Regierungsrat grundsätzlich frei, ein Mitglied des Grossen Rates in den Verwaltungsrat der PK BS zu wählen. Eine solche Wahl erscheint nicht ideal.

33 Der Regierungsrat hat gewisse Aufsichtsfunktionen gegenüber seinen Vertreterinnen und Vertretern im Verwaltungsrat der PK BS (vgl. oben Ziff. 12 u. 19). Gleichzeitig würde das entsprechende Mitglied Oberaufsichtsfunktionen gegenüber dem Regierungsrat ausüben. Konkrete Interessenkonflikte lassen sich durch den Ausstand im Einzelfall zwar vermeiden (vgl. dazu BUSER, a.a.O., S. 357), doch erscheint es wenig

wünschbar, wenn der Regierungsrat eine Vertreterin oder einen Vertreter wählt, der in einer anderen Rolle an der Oberaufsicht gegenüber dem Regierungsrat teilnimmt.

34 Hier bestehen mögliche Rollenkonflikte zwischen Aufsicht und Oberaufsicht. Rein praktisch dürften sich indessen kaum Schwierigkeiten stellen, da es dem Regierungsrat freisteht, diesen Interessenkonflikt bei seiner Wahl zu vermeiden. Zu denken wäre immerhin an eine spätere Wahl eines Mitgliedes des Verwaltungsrates der PK BS in den Grossen Rat; diesen Konflikt kann der Regierungsrat aber mit einem Verzicht auf Wiederwahl, allenfalls auch mittels Abberufung, beheben.

c) *Mitglied des Grossen Rates und Vertreterin oder Vertreter der Arbeitnehmer*

35 Schwieriger zu beurteilen ist die Doppelrolle einer Vertreterin oder eines Vertreters der Arbeitnehmer im Verwaltungsrat der PK BS. Gegenüber diesen Mitgliedern bestehen von Seiten des Regierungsrates nur sehr eingeschränkte Einflussmöglichkeiten. Potentielle Interessenkonflikte sind aber denkbar, wenn im Rahmen der Oberaufsicht ein Mitglied des Grossen Rates Einsicht in die Auswahl, den Austausch zwischen Regierungsrat und Arbeitgebervertreterinnen oder Arbeitgebervertreter oder direkt das Handeln einer Regierungsrätin oder eines Regierungsrates in der PK BS hätte. Es könnte der Fall eintreten, dass via Oberaufsicht über den Regierungsrat eine Arbeitnehmervertreterin oder ein Arbeitnehmervertreter Informationen erlangt, die für die Arbeitgeberseite von besonderer Bedeutung sind. Solche Zusatzkenntnisse stünden im Spannungsverhältnis zur Idee der paritätischen Verwaltung einer Vorsorgeeinrichtung; die Vertreterinnen und Vertreter der Arbeitgeber würden möglicherweise befürchten, dass ihre Mitverwaltungsrätinnen und -räte über den Regierungsrat Zusatzkenntnisse erlangen könnten. Ebenso würde via Oberaufsicht des Grossen Rates eine gewisse Beaufsichtigung derjenigen Institution stattfinden, nämlich der BSABB, welche ihrerseits für die direkte Aufsicht über die PK BS zuständig ist.

36 Mögliche Mehrfachbefassungen sind auch in diesem Fall sicher nicht alltäglich und können mit dem Ausstand im Einzelfall begrenzt werden. Mehrfachbefassungen sind aber nicht ganz auszuschliessen und in Fragen des Ausstandes gilt bereits der *Anschein* einer Befangenheit als problematisch, nicht erst die konkrete Befangenheit. Dementsprechend bestehen aus meiner Sicht zwar nicht vordringliche, aber doch sachliche Gründe, eine Mehrfachbetätigung als Mitglied des Grossen Rates und als Verwaltungsrätin oder Verwaltungsrat in der PK BS zu verhindern. Dabei darf durchaus beachtet werden, dass das Recht der beruflichen Vorsorge zwar nicht für diesen, aber generell für Interessenskonflikte sensibler geworden ist (vgl. Art. 51b Abs. 2 u. Art. 51c BVG).

Es liegt meines Erachtens eine "Interessenberührung" (vgl. zum Begriff FISCHER, a.a.O., S. 43) vor, nicht ein eigentlicher Interessenskonflikt. Es besteht kein rechtlicher Handlungsbedarf, sondern es ist primär eine politische Frage, ob der Kanton eine solche Mehrfachrolle verhindern will oder nicht.

2. Regelung in Reglementen der Pensionskasse Basel-Stadt

37 Die PK BS ist im Rahmen ihrer Organisation grundsätzlich frei. Ihr kommt eine "weitgehende Organisationsautonomie" zu (THOMAS GÄCHTER/KASPAR SANER, Art. 49, in: Jacques-André Schneider/Thomas Geiser/Thomas Gächter [Hrsg.], BVG und FZG, Kommentar zum Schweizerischen Sozialversicherungsrecht (KOSS), 2. Aufl., Bern 2019, Rz. 8). Der Grad an Autonomie von Vorsorgeeinrichtungen ist "erstaunlich hoch" (GÄCHTER/SANER, a.a.O., Rz. 6); sie sind "weitgehend frei, sich eine organisatorische Struktur zu geben" (GÄCHTER/SANER, a.a.O., Rz. 7).

38 Aus meiner Sicht wäre es zulässig, dass die PK BS in ihrem Wahlreglement vorsehen würde, dass Mitglieder des Grossen Rates nicht gleichzeitig Verwaltungsrätinnen oder Verwaltungsräte der Pensionskasse Basel-Stadt sein könnten. Hinsichtlich der wählbaren Personen ist es grundsätzlich die Vorsorgeeinrichtung, welche die entsprechenden Vorschriften aufstellen kann. Anerkannt ist, dass das Wahlreglement die Wählbarkeit als Verwaltungsrätinnen und Verwaltungsräte auf aussenstehende Dritte sowie auf Rentnerinnen und Rentner ausdehnen kann (HÜRZELER/BRÜHWILER, a.a.O., Rz. 38; vgl. auch GÄCHTER/ GECKELER HUNZIKER, Art. 51, a.a.O., Rz. 24 ff.). Ob auch Einschränkungen möglich sind, wurde soweit ersichtlich rechtlich nicht geklärt, ist aber aus meiner Sicht im Lichte der Autonomie der Vorsorgeeinrichtung zu bejahen. Rechtlich problematisch werden solche Vorschriften, wenn sie die Wahl der Vertreterinnen und Vertreter im Verwaltungsrat übermässig einschränken und dadurch die paritätische Verwaltung der Vorsorgeeinrichtung beeinträchtigen. Für ein Mandat im Grossen Rat trifft dies aber kaum zu, da die Auswahl an Vertreterinnen und Vertretern offensichtlich immer noch gross genug ist. Die Einschränkung lässt sich wie dargelegt auch sachlich begründen. Die Problemstellung kann also durch die PK BS selbst angegangen werden.

39 Rechtlich heikler wäre, die Einschränkung nur für Vertreterinnen und Vertreter der Arbeitnehmer oder der Arbeitgeber vorzusehen. Richtet sich die Vorschrift allein gegen die Vertreterinnen und Vertreter der Arbeitnehmer, wäre möglicherweise die paritätische Vertretung verletzt, welche relativ zwingenden Charakter hat und Abweichungen zulasten der Arbeitnehmer nicht zulässt (THOMAS GÄCHTER/MAYA GECKELER HUNZIKER, Art. 51, a.a.O., Rz. 14 f.). Die einseitige Beschränkung der Arbeitgebervertretung wirft immerhin Fragen der Gleichbehandlung auf.

3. Regelung im Wahlgesetz Basel-Stadt

- 40 Unvereinbarkeitsvorschriften, welche die betreffenden Personen vor die Wahl stellen, entweder das eine oder andere Mandat anzunehmen (vgl. dazu BUSER, a.a.O., S. 355), können naturgemäss sowohl in den Wahlvorschriften für das eine wie auch für das andere Mandat festgelegt werden. Eine Unvereinbarkeit kann sich sowohl in den Grundlagen der Pensionskasse oder dem Pensionskassengesetz finden (soweit letzteres zulässig, vgl. unten Ziff. 44 ff.) oder auch in den Bestimmungen über die Wahl in den Grossen Rat. Zieht man letzteres in Betracht, wäre eine Änderung des Gesetzes über Wahlen und Abstimmungen vom 21. April 1994 (Wahlgesetz, SG 132 100) näher zu prüfen.
- 41 Für die Unvereinbarkeit eines Mandates im Grossen Rat mit anderen Mandaten ist zunächst einmal die Kantonsverfassung heranzuziehen. § 71 KV regelt die Unvereinbarkeit. Dabei sieht § 71 Abs. 1 KV eine Unvereinbarkeit der Mitglieder des Grossen Rates mit Funktionen in der Exekutive und in der Judikative vor. § 71 Abs. 2 bestimmt, dass auch Personen, die in leitender Stellung in der Verwaltung tätig sind, dem Grossen Rat nicht angehören können. § 71 Abs. 3 sieht schliesslich vor, dass das Gesetz das Nähere bestimmt und "weitere Unvereinbarkeiten für andere Behörden festlegen" kann. An welche weiteren Fälle bei dieser Auffangbestimmung gedacht wurde, ist nicht ersichtlich (vgl. BUSER, S. 355 ff.)
- 42 Der Grosse Rat hat auf Gesetzesstufe die Verfassungsbestimmung konkretisiert und in § 46a Wahlgesetz die Unvereinbarkeit von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des Kantons weiter präzisiert. Weitere Unvereinbarkeiten mit Ämtern in Institutionen ausserhalb der Verwaltung des Kantons sind nicht vorgesehen. Die Verfassung sieht diese Möglichkeit aber vor. Eine Unvereinbarkeit des Amtes eines Mitglieds des Grossen Rates mit der Tätigkeit als Verwaltungsrätin oder Verwaltungsrat der PK BS erscheint daher nicht ausgeschlossen.
- 43 Für eine solche Vorschrift besteht wie dargelegt kein zwingender, aber doch ein sachlicher Grund. Da die Einschränkung nur einen sehr kleinen Teil der passiv Wahlberechtigten betrifft und sich sachlich begründen lässt, dürfte sie einer Kontrolle unter der Kantonsverfassung standhalten. Überdies ist die Wählbarkeit nicht gänzlich ausgeschlossen, sondern zwingt die Betroffenen nach der Wahl zur Entscheidung zwischen den beiden Ämtern (BUSER, a.a.O., S. 355). Die Einschränkung könnte wiederum für Vertreterinnen und Vertreter der Arbeitgeber und Arbeitnehmer festgelegt werden; das Gleichbehandlungsgebot legt nahe, dass eine Einschränkung beide Kategorien von Vertreterinnen und Vertretern betreffen würde.

4. Regelung im Pensionskassengesetz

44 Die Frage der Unvereinbarkeit kann allenfalls im Pensionskassengesetz geregelt werden. Für die Vertreterinnen und Vertreter der Arbeitgeber scheint dies möglich, da der Regierungsrat in seiner Auswahl nur geringfügig eingeschränkt würde und es unter der paritätischen Verwaltung "keinen speziellen Schutz" der Vertreterinnen und Vertreter der Arbeitgeber gibt (GÄCHTER/GECKELER HUNZIKER, Art. 51, a.a.O., Rz. 15).

45 Fragen kann man sich, ob das kantonale Recht überhaupt Fragen der Organisation regeln darf. Der Regierungsrat geht von weitgehend abschliessenden Bundesrecht aus, das keinen Raum für kantonales Recht lässt (vgl. oben Ziff. 3). Allerdings regelt das Bundesrecht nicht die Grundfragen der "Einrichtung des öffentlichen Rechts mit eigener Rechtspersönlichkeit" (Art. 48 Abs. 2 BVG), da diese dem kantonalen öffentlichen Organisationsrecht (ausnahmsweise: Organisationsrecht des Bundes) entspringen (vgl. zu den möglichen Rechtsformen THOMAS GÄCHTER/MAYA GECKELER HUNZIKER, Art. 48, in: Jacques-André Schneider/Thomas Geiser/Thomas Gächter [Hrsg.], BVG und FZG, Kommentar zum Schweizerischen Sozialversicherungsrecht (KOSS), 2. Aufl., Bern 2019, Rz. 19 ff.). Art. 50 Abs. 2 Satz 2 BVG schränkt die kantonalen Gesetzgebungskompetenzen insofern ein, dass bei Einrichtungen des öffentlichen Rechts Eingriffe des Gesetzgebers nur entweder leistungsseitig oder finanzierungsseitig erfolgen dürfen. Daraus kann aber kein Verbot von Bestimmungen über die Organisation gefolgert werden (vgl. die Übersicht der gesetzgeberischen Kompetenzen bei GÄCHTER, a.a.O., S. 214 f.).

Das Grundlagendokument einer Vorsorgeeinrichtung, bei einer öffentlich-rechtlichen Einrichtung das Gesetz oder die Verordnung, muss "die wesentlichen Grundlagen der Vorsorgeeinrichtung enthalten, also Zweck, Organisation und Finanzierung" (STAUFFER, a.a.O., Rz. 1554). Dazu gehören auch die wesentlichen Organe der Vorsorgeeinrichtung und elementare Regeln zu deren Bestellung (STAUFFER, a.a.O., Rz. 1612) – die öffentlich-rechtliche Vorsorgeeinrichtung kann ja keine autonomen Befugnisse ausüben, wenn gar nicht geklärt ist, welchem Organ innerhalb der Vorsorgeeinrichtung diese Befugnisse überhaupt zukommen. Dementsprechend hat das Pensionskassengesetz die Organe und die Anzahl der Verwaltungsrätinnen und Verwaltungsräte festgelegt (§ 10 Abs. 1 PKG; vgl. zur Mindestanzahl gemäss Bundesrecht Art. 33 Verordnung über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 18. April 1984, BVV 2, SR 831.441.1). Das Gesetz sieht auch bei den Vertreterinnen und Vertretern der Arbeitgeber eine ausgewogene Berücksichtigung beider Geschlechter vor, während bei den Vertreterinnen und Vertretern der Arbeitnehmer die Formulierung viel weicher ist. Diese Zurückhaltung ist aber nicht einem generellen Verbot organisatorischer Bestimmungen zuzuschreiben, sondern der Berücksichtigung der pa-

ritätischen Verwaltung (Art. 51 BVG) und damit letztlich dem "Arbeitnehmerschutzgedanken" (HÜRZELER/BRÜHWILER, a.a.O., Rz. 35).

46 Aus diesem Grund scheint mir fraglich, ob das Bundesrecht diese Fragen wirklich abschliessend regelt. Eine Einschränkung der Wählbarkeit der Vertreterinnen und Vertreter der Arbeitgeber scheint mir zulässig – und findet sich bereits heute in der Form von fachlichen Anforderungen sowie der Vorschrift einer ausgewogenen Berücksichtigung von Frauen und Männern (vgl. oben Ziff. 11). Das Bundesrecht steht einer solchen – milden – Einschränkung nicht entgegen, weil der Kanton organisatorische Grundfragen regeln darf; Gleiches gilt für den ebenfalls milden Ausschluss von Mitgliedern des Grossen Rates als Vertreterinnen und Vertreter der Arbeitgeber.

Die Einschränkung der Wählbarkeit der Vertreterinnen und Vertreter der Arbeitnehmer ist strenger zu beurteilen, weil der kantonale Gesetzgeber unter dem (arbeitnehmerfreundlichen) Grundsatz der paritätischen Verwaltung allenfalls nicht befugt ist, hier Einschränkungen vorzunehmen. Aus meiner Sicht spricht aber auch hier Einiges für die Zulässigkeit, weil die Einschränkung gering und sachlich begründet ist. Klare Präjudizien für diese Fragen finden sich aber nicht.

47 Insgesamt ist dem Regierungsrat aber sicher zuzustimmen, dass bei einer Regelung im Pensionskassengesetz rechtliche Risiken bestehen. Dies gilt insbesondere für Eingriffe in die Wählbarkeit der Vertreterinnen und Vertreter der Arbeitnehmer. Rechtlich sicherer erscheint eine Regelung in den Grundlagen der PK BS oder im Wahlgesetz, sollte eine solche Einschränkung ins Auge gefasst werden.

V. ZUSAMMENFASSUNG (BEANTWORTUNG DER GUTACHTENSFRAGEN)

1. *Welche Aufgaben haben Regierungsrat und Grosser Rat bei der PK BS?*

48 Die PK BS ist eine Vorsorgeeinrichtung nach Art. 48 ff. BVG (vgl. oben Ziff. 7 ff.). Der Grosse Rat regelt als Gesetzgeber im Pensionskassengesetz die organisatorische Grundstruktur der PK BS (vgl. oben Ziff. 10 ff. u. 45). Der Regierungsrat wählt die Vertreterinnen und Vertreter der Arbeitgeber (vgl. oben Ziff. 11 f.).

2. *Wie sind Aufsicht und Oberaufsicht bei der PK BS geregelt?*

49 Der PK BS kommt eine erhebliche *Selbständigkeit* zu (Art. 49 f. BVG). Sie untersteht der Aufsicht der BSABB (vgl. oben Ziff. 13).

50 Der Regierungsrat darf der PK BS weder Weisungen noch einen Leistungsauftrag erteilen (vgl. oben Ziff. 14 f.). Seine Befugnisse beschränken sich im Wesentlichen auf die Wahl der Vertreterinnen und Vertreter der Arbeitgeber im Verwaltungsrat. Auch diesen kann der Regierungsrat aber nicht einfach Instruktionen erteilen. Die Vertraulichkeit setzt einem Austausch zwischen Regierungsrat und Vertreterinnen und Vertretern der Arbeitgeber Grenzen. Bei Pflichtverletzungen ist eine Abberufung möglich (vgl. oben Ziff. 15 ff.).

51 Dem Grossen Rat stehen keine direkten Oberaufsichtsbefugnisse gegenüber der PK BS zu. Gegenstand der Oberaufsicht kann allenfalls sein, wie der Regierungsrat seine – beschränkten – Aufsichts- und Leitungsbefugnisse gegenüber der PK BS wahrnimmt (vgl. oben Ziff. 15 ff.).

3. *Was sind die Unterschiede und Gemeinsamkeiten bei den Aufgaben von Regierungsrat und Grosser Rat zu anderen Beteiligungen des Kantons (BVB, IWB, BKB)?*

52 Zwischen PK BS und anderen Beteiligungen des Kantons (BVB, IWB, BKB) bestehen nur wenig Gemeinsamkeiten, weil der PK BS von Bundesrechts wegen Selbstständigkeit zukommt (vgl. oben Ziff. 14). Die PK BS kann nicht oder nur zu einem sehr eingeschränkten Teil als Eigentum des Kantons betrachtet werden (vgl. oben Ziff. 26 f.). Es bestehen aber finanzielle Interessen des Kantons, was eine gewisse Ähnlichkeit zu anderen Beteiligungen schafft (vgl. oben Ziff. 27). Auch bei der Wahl der Vertreterinnen und Vertreter der Arbeitgeber durch den Regierungsrat lassen sich Parallelen ziehen (vgl. oben Ziff. 28).

4. *Besteht von Seiten des Kantons bezüglich Public Corporate Governance bei der PK BS Regelungsbedarf? Wenn ja, welcher?*

53 Verwaltungsrätinnen und Verwaltungsräte der PK BS, die gleichzeitig Mitglieder des Grossen Rates sind, können aufgrund ihrer Oberaufsichtsbefugnisse in eine unerwünschte Doppelrolle gelangen. Da die Oberaufsichtsbefugnisse aber insgesamt schwach sind, ist es im Wesentlichen eine politische Frage, ob man die mögliche Mehrfachrolle angehen will oder nicht (vgl. oben Ziff. 29 ff.).

5. *Wie ist die in der Debatte des Grossen Rates aufgeworfene Idee, den Einsitz der Mitglieder des Grossen Rates als Arbeitgebervertreter im Verwaltungsrat der PK BS zu verbieten, rechtlich zu beurteilen?*

54 Eine Einschränkung der Wählbarkeit der Vertreterinnen und Vertreter sowohl von Arbeitgebern wie auch von Arbeitnehmern in einem Wahlreglement der PK BS ist meines Erachtens möglich (vgl. oben Ziff. 37 ff.).

55 Auch im Pensionskassengesetz sollten solche Einschränkungen möglich sein; hier bestehen aber bei der Einschränkung der Vertreterinnen und Vertreter der Arbeitnehmer ernst zu nehmende rechtliche Risiken (paritätische Verwaltung), weniger bei der Einschränkung der Vertreterinnen und Vertreter der Arbeitgeber (vgl. oben Ziff. 44 ff.).

6. *Wie ist die in der Debatte im Grossen Rat aufgeworfene Idee über die Organisation des Grossen Rates, die Unvereinbarkeit mit dem Mandat als Verwaltungsrat der PK BS zu regeln, rechtlich zu beurteilen?*

56 Die Kantonsverfassung sieht die Möglichkeit der Einführung weiterer Unvereinbarkeiten auf Gesetzesstufe vor. Da von der Einschränkung nur sehr wenige Personen betroffen sind und sich die Einschränkung sachlich rechtfertigen lässt, erscheint eine solche Regelung zulässig (vgl. oben Ziff. 40 ff.).

* * *



Prof. Dr. Felix Uhlmann