



## Urteil vom 27. November 2013

Besetzung

Richter Philippe Weissenberger (Vorsitz),  
Richter Ronald Flury,  
Richterin Eva Schneeberger,  
Gerichtsschreiberin Patricia Egli.

Parteien

**A.**\_\_\_\_\_,  
vertreten durch Rechtsanwälte Dr. Andreas Rüd und  
Dr. Dimitri Santoro, Rüd Winkler Partner AG,  
Gartenstrasse 11, 8002 Zürich,  
Beschwerdeführer,

gegen

**Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA,**  
Einsteinstrasse 2, 3003 Bern,  
Vorinstanz.

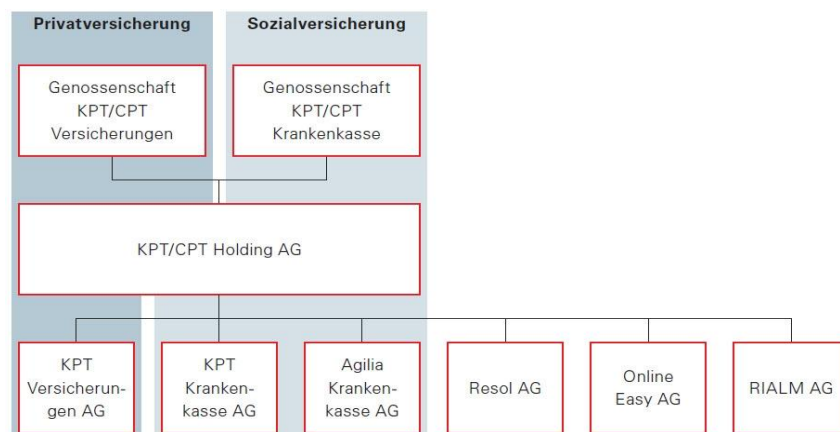
Gegenstand

KPT-Mitarbeiterbeteiligungsprogramm - Gewähr.

## Sachverhalt:

### A.

**A.a** Die KPT Versicherungen AG (nachfolgend: KPT VAG) ist eine Aktiengesellschaft nach Schweizer Recht mit Sitz in Bern und ein von der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA (nachfolgend: Vorinstanz) beaufsichtigter Krankenzusatzversicherer. Das Aktienkapital beträgt CHF 10 Mio. und besteht aus 1 Mio. (vinkulierten) Namenaktien zu einem Nennwert von CHF 10.-. Die KPT VAG bezweckt den Betrieb des Versicherungsgeschäfts, mit besonderer Berücksichtigung der Versicherungszweige Unfall und Krankheit. Die KPT VAG ist Teil der Krankenversicherungsgruppe KPT. Die Struktur der Krankenversicherungsgruppe KPT ist geprägt durch die beiden Genossenschaften KPT/CPT Versicherungen und KPT/CPT Krankenkasse, welche die KPT/CPT Holding AG halten. Während der vorliegend massgebenden Zeitperiode hielt die KPT/CPT Holding AG ihrerseits die Gesellschaften KPT Krankenkasse AG, Agilia Krankenkasse AG, Resol AG, Online Easy AG und RIALM AG zu 100 %. Diese Gesellschaften sind – im Unterschied zur KPT VAG – nicht der Aufsicht der Vorinstanz unterstellt. An der KPT VAG ist die KPT/CPT Holding AG mit 91 % beteiligt. Die weiteren 9 % stehen im Eigentum der Mitarbeitenden.



**A.b** Die beiden Versicherungsgruppen KPT und B.\_\_\_\_\_ informierten am 10. Mai 2010 an einer gemeinsamen Medienkonferenz über ihren geplanten Zusammenschluss. Gleichentags wurde die Vorinstanz darüber per E-Mail in Kenntnis gesetzt. Mit Schreiben vom 20. Mai 2010 zeigte die Vorinstanz der KPT VAG an, dass das geplante Zusammengehen als

Beteiligungswechsel im Sinne von Art. 21 des Versicherungsaufsichtsgesetzes vom 17. Dezember 2004 (VAG, SR 961.01) betrachtet werde und dies eine geschäftsplanmässige Änderung von wesentlichem Ausmass darstelle, welche ordnungsgemäss angemeldet und bewilligt werden müsse. Die KPT/CPT Holding AG nahm die entsprechende Meldung mit Schreiben vom 14. Juni 2010 vor.

**A.c** Auf Grund der Feststellungen des Aufsichtsbereichs Versicherungen und Hinweisen in den Medien eröffnete die Vorinstanz am 19. Juli 2010 ein eingreifendes Verwaltungsverfahren. Vor dem Hintergrund des geplanten Zusammenschlusses bestand insbesondere Unklarheit darüber, ob es im Rahmen der Handhabung des Mitarbeiterbeteiligungsprogrammes der KPT VAG und der diesbezüglichen Informationen zu Unregelmässigkeiten gekommen war. Mit Schreiben vom 22. Juli 2010 informierte die Vorinstanz die KPT VAG über das Verfahren und die Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten.

**A.d** Die Vorinstanz unterrichtete die KPT-Gruppe an einer Sitzung vom 18. November 2010 darüber, dass sie der geplanten Fusion mit B.\_\_\_\_\_ und den damit verbundenen wechselseitigen Beteiligungen zustimme, verschiedene technische Auflagen dazu aber erfüllt werden müssten.

**A.e** Mit Schreiben vom 23. November 2010 zeigte die Vorinstanz A.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Beschwerdeführer) an, dass das laufende Verfahren auf ihn ausgeweitet und sein Verhalten als Funktionsträger aus aufsichtsrechtlicher Sicht untersucht werde. Der Beschwerdeführer ist diplomierter Wirtschaftsprüfer, gehörte seit dem 22. Januar 1999 als Mitglied dem Verwaltungsrat der KPT VAG an und amtierte seit 24. Januar 2007 als dessen Vizepräsident. Zudem war der Beschwerdeführer seit 24. Januar 2007 Verwaltungsratsmitglied und Vizepräsident des Verwaltungsrates der KPT/CPT Holding AG. Der Beschwerdeführer war weiter Mitglied und bis Juni 2009 Vorsitzender des für die Festsetzung von Entschädigungen zuständigen Nominierungs- und Entschädigungsausschusses (NEA) des Verwaltungsrates der vorgenannten Gesellschaften, Mitglied und von Juni 2009 bis September 2010 Vorsitzender des Anlage- und Risikoausschusses sowie bis Ende April 2011 Präsident des Audit Committees (AC). Der Beschwerdeführer gehörte schliesslich in der vorliegend relevanten Zeitperiode den Verwaltungsräten sämtlicher übrigen KPT-Gruppengesellschaften an.

**A.f** In der Folge fanden von Januar 2011 bis Juni 2011 im Rahmen des Verfahrens vor Vorinstanz insgesamt zehn Einvernahmen statt, wobei auch der Beschwerdeführer am 31. März 2011 und am 20. Juni 2011 einvernommen wurde. Weiter nahm der Beschwerdeführer am 28. März 2011, am 25. Juli 2011 und am 28. Juli 2011 Stellung zu verschiedenen Eingaben und einzelnen Sachverhaltselementen. Schliesslich reichte der Beschwerdeführer am 19. September 2011 eine Stellungnahme zum Sachverhalt und allfälligen aufsichtsrechtlichen Massnahmen der Vorinstanz ein.

**A.g** Am 25. Januar 2011 stellte der Beschwerdeführer ein Ausstandsbegehren gegen den Leiter Aufsicht Krankenversicherung der FINMA. Mit Verfügung vom 18. Februar 2011 wies die Vorinstanz dieses Begehren ab. Dieser Entscheid wurde am 8. Juni 2011 vom Bundesverwaltungsgericht und am 25. Oktober 2011 vom Bundesgericht bestätigt.

**A.h** Mit Schreiben vom 15. Dezember 2010 teilte B.\_\_\_\_\_ mit, dass sie den Zusammenschluss mit der KPT/CPT Holding AG nicht weiter verfolgen werde.

**A.i** Am 2. Januar 2012 informierte der Beschwerdeführer mit einem Mediencommuniqué darüber, dass er per sofort von seinen Ämtern bei der KPT-Gruppe zurücktrete.

## **B.**

Mit Verfügung vom 6. Januar 2012 stellte die Vorinstanz unter anderem fest, dass die KPT VAG aufsichtsrechtliche Pflichten schwer verletzt habe (Ziff. 1 des Dispositivs). Als vorsorgliche Massnahmen, die zudem als sofort vollstreckbar erklärt wurden, verfügte die Vorinstanz unter anderem, dass die dem Beschwerdeführer und anderen Mitgliedern des Verwaltungsrates der KPT VAG zustehenden Befugnisse auf einen Beauftragten der Vorinstanz übertragen und ihre Zeichnungsberechtigung für die KPT VAG gelöscht werde. Gleichzeitig wurde den Betroffenen unter Androhung der Strafe nach Art. 48 FINMAG verboten, die KPT VAG weiterhin im Geschäftsverkehr zu vertreten (Ziff. 6.1 des Dispositivs). Das Handelsregisteramt des Kantons Bern wurde weiter angewiesen, die vorgenannte Anordnung bei der KPT VAG einzutragen, die sich daraus ergebenden Änderungen im Handelsregister nachzuführen und im SHAB zu veröffentlichen (Ziff. 7 des Dispositivs).

Die Vorinstanz stellte weiter fest, der Beschwerdeführer habe in seiner Rolle als Vizepräsident des Verwaltungsrats der KPT VAG seine aufsichtsrechtlichen Pflichten in schwerer Weise verletzt (Ziff. 9 des Dispositivs). In Anwendung von Art. 33 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes vom 22. Juni 2007 (FINMAG, SR 956.1) wurde dem Beschwerdeführer für die Dauer von 48 Monaten unter Androhung der Strafe nach Art. 48 FINMAG im Widerhandlungsfall verboten, eine Funktion als Organ oder eine leitende Funktion unterhalb der Gewährsträgerschwelle bei einem von der FINMA Beaufsichtigten im Sinn von Art. 3 FINMAG zu übernehmen; ebenfalls für die Dauer von 48 Monaten wurde ihm zudem jede weitere Versicherungstätigkeit verboten (Ziff. 10 des Dispositivs). Weiter wurden die vom Beschwerdeführer zwischen Januar 2009 und Ende November 2011 gestützt auf Mandatsverträge mit Gruppengesellschaften der KPT-Gruppe bezogenen Geldleistungen im Umfang von CHF 818'084.- zugunsten der geschädigten Gesellschaften der KPT-Gruppe eingezogen (Ziff. 11 des Dispositivs). Dem Beschwerdeführer wurden schliesslich Verfahrenskosten von CHF 30'000.- auferlegt (Ziff. 13 Bst. b des Dispositivs).

Die Vorinstanz stellte in der umfangreichen Begründung ihrer Verfügung im Wesentlichen in vier Teilbereichen schwere aufsichtsrechtliche Pflichtverletzungen fest. Erstens habe der Beschwerdeführer bei der Handhabung des Mitarbeiterbeteiligungsprogrammes der KPT VAG im Rahmen der geplanten Fusion mit B.\_\_\_\_\_ seine gewährsrelevante Sorgfalts- und Treuepflicht als Vizepräsident des Verwaltungsrates verletzt, da er keine geeigneten Massnahmen zur Vermeidung von Interessenkonflikten ergriffen habe. Im Wissen um die geplante Fusion und der dadurch notwendigen Auflösung des Mitarbeiterbeteiligungsprogrammes habe er noch im April 2010 Aktien der KPT VAG zu CHF 34.- pro Stück erworben. Bei der Preisfestsetzung für den Rückkauf der Aktien im Zeitraum zwischen Mai und Juli 2010 auf CHF 600.- pro Stück habe er daher erhebliche persönliche Vermögensinteressen gehabt, denen die Interessen der Gesellschaft und der Versicherten entgegengestanden hätten. Zudem sei die Festsetzung des Rückkaufpreises der Mitarbeiteraktien auf Grund ungenügender Entscheidungsgrundlagen zu Stande gekommen. Zweitens habe der Beschwerdeführer mit der Gewährung eines nicht in einem schriftlichen Vertrag geregelten, unverzinslichen Darlehens von CHF 70 Mio. von der KPT VAG an die KPT/CPT Holding AG, ohne dass dafür eine Sicherheit oder ein wirtschaftlicher Gegenwert bestanden hätte, gegen die gewährsrelevante Sorgfalts- und Treuepflicht des Verwaltungsrates verstossen. Drittens beurteilte die Vorinstanz die zusätzlich zu den Verwaltungsratshonoraren erfolgten Zahlungen an Verwaltungsratsmitglieder aus

Mandatsverträgen mit Gesellschaften der KPT-Gruppe, die ausgerichteten Bonuszahlungen und die Zahlungen unter dem Titel "Besitzstandwahrung" mit Blick auf die Fusion als Verletzungen der Sorgfalts- und Treuepflicht des Verwaltungsrates. Viertens erfolgten nach Darstellung der Vorinstanz Verletzungen von versicherungsaufsichtsrechtlichen Bestimmungen, insbesondere bezüglich des gebundenen Vermögens, der Solvabilitätsvorschriften, der versicherungstechnischen Rückstellungen und der ihr gegenüber bestehenden Informationspflichten.

### C.

Der Beschwerdeführer erhob gegen den Entscheid der Vorinstanz am 10. Januar 2012 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und stellte unter anderem folgende Rechtsbegehren, die superprovisorisch auszusprechen seien:

- "3. Das Handelsregisteramt des Kantons Bern sei sofort per Fax anzuweisen, keine die KPT Versicherungen AG betreffenden Einträge vorzunehmen.
4. Der FINMA sei unter Androhung von Strafe nach Art. 292 StGB im Unterlassungsfall zu verbieten, die für den 11. Januar 2012, 11.00 Uhr, geplante Medienmitteilung zu veröffentlichen.
5. Der FINMA sei unter Androhung von Strafe nach Art. 292 StGB im Unterlassungsfall zu verbieten, bis zum rechtskräftigen Abschluss des vorliegenden Verfahrens den Beschwerdeführer direkt oder indirekt betreffende Medienmitteilungen zu veröffentlichen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MWST von 8 % zu lasten der Beschwerdegegnerin."

Der Beschwerdeführer ersuchte weiter mit einem als "Verfahrensantrag" betitelten Begehren darum, das Verbot gemäss Ziff. 4 seiner Anträge sei der Vorinstanz spätestens bis am 11. Januar 2012, um 10.00 Uhr, mitzuteilen. Der Beschwerdeführer ersuchte schliesslich um eine Frist von 30 Tagen zur Ergänzung der Beschwerde.

### D.

Mit Verfügung vom 11. Januar 2012 überwies der Instruktionsrichter die Beschwerde des Beschwerdeführers, soweit die Medienmitteilung betreffend, zuständigkeitshalber zum Entscheid nach Art. 25a Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) an die Vorinstanz. Mit Zwischenverfügung vom 11. Januar 2012 wurde weiter festgestellt, dass der Beschwerde in Bezug

auf die Ziff. 9, 10 und 11 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung zukommt. Der Antrag des Beschwerdeführers auf superprovisorische Erteilung der aufschiebenden Wirkung seiner Beschwerde und die Anträge auf superprovisorische Anordnung vorsorglicher Massnahmen wurden abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden konnte. Dem Beschwerdeführer wurde weiter bis Ablauf der Rechtsmittelfrist Zeit zur Verbesserung seiner Beschwerde eingeräumt.

#### **E.**

Innert erstreckter Frist reichte der Beschwerdeführer am 23. Februar 2012 eine Beschwerdeverbesserung ein. Er stellte dabei folgende Rechtsbegehren:

- "1. Die Verfügung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA vom 6. Januar 2012 sei aufzuheben und das Verfahren sei an die Vorinstanz zurückzuweisen;
2. Eventualiter sei die Verfügung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA vom 6. Januar 2012 aufzuheben.
3. Subeventualiter seien die Ziff. 6.1; 7.; 8.; 9.; 10.; 11. und 13 lit. b der Verfügung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA vom 6. Januar 2012 aufzuheben und das Verfahren sei an die Vorinstanz zurückzuweisen.
4. Subsubeventualiter seien die Ziff. 6.1; 7.; 8.; 9.; 10.; 11. und 13 lit. b der Verfügung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA vom 6. Januar 2012 aufzuheben.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MWST von 8 % zu lasten der Beschwerdegegnerin."

In verfahrensrechtlicher Sicht stellte der Beschwerdeführer zudem den Antrag, es sei ein Gutachten einer unabhängigen Revisionsgesellschaft über den Verkehrswert der Aktien der KPT VAG per 1. Juni 2010 einzuholen. Weiter beantragt der Beschwerdeführer die Zeugenbefragung einer Reihe von Personen zu unterschiedlichen Fragen. Zudem seien die Akten des Verfahrens B-1583/2011 beizuziehen und das vorliegende Verfahren sei mit dem pendenten Beschwerdeverfahren i.S. C.\_\_\_\_\_/FINMA zu vereinigen.

Die Rügen des Beschwerdeführers in seiner einlässlichen Beschwerdebegründung beziehen sich im Wesentlichen auf folgende Bereiche: Die

Vorinstanz habe seinen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, da sie seine Beweisanträge ohne genügende Begründung abgelehnt und ihm die Akteneinsicht verweigert habe. Zudem sei die Verfügung in bestimmten Punkten ungenügend begründet. Die Sache sei zur Behebung dieser Mängel und zum neuen Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen. Betreffend die Behandlung des Mitarbeiterbeteiligungsprogrammes im Hinblick auf den Zusammenschluss mit B.\_\_\_\_\_ bringt der Beschwerdeführer vor, er sei lediglich in unterstützender Funktion involviert gewesen. Die entsprechenden Beschlüsse des Verwaltungsrates seien sorgfältig vorbereitet und nach intensiven Diskussionen und nach Einholung externer Gutachten gefällt worden. Es liege daher keine Verletzung seiner Treue- und Sorgfaltspflichten vor. In Bezug auf das Darlehen von CHF 70 Mio. der KPT VAG an die KPT/CPT Holding AG führt der Beschwerdeführer sodann aus, dieses sei korrekt beschlossen worden und werthaltig gewesen. Im Übrigen seien alle mit dem Mitarbeiterbeteiligungsprogramm verbundenen Transaktionen unter dem Vorbehalt der Zustimmung der Vorinstanz gestanden. Weiter liegt nach seiner Argumentation in Bezug auf die Entschädigung der Verwaltungsratsmitglieder auf Grund von Mandatsverträgen mit Gesellschaften der KPT-Gruppe keine Verletzung des Gewährserfordernisses vor, da für die bezogenen Entschädigungen entsprechende Arbeit geleistet worden sei. Schliesslich bringt der Beschwerdeführer vor, ihm könne kein individueller Vorwurf für die von der Vorinstanz vorgebrachten schweren Verletzungen aufsichtsrechtlicher Bestimmungen gemacht werden.

#### **F.**

Mit Verfügung vom 27. März 2012 wies das Bundesverwaltungsgericht den Antrag auf Vereinigung des vorliegenden Verfahrens (Verfahrensnummer B-19/2012) mit dem Verfahren i.S. C.\_\_\_\_\_/FINMA (Verfahrensnummer B-798/2012) ab und folgte damit dem Antrag des Beschwerdeführers in der Beschwerdesache B-798/2012.

#### **G.**

Mit Eingabe vom 13. April 2012 reichte der Beschwerdeführer weitere Unterlagen ein, die der Vorinstanz am 16. April 2012 zur Kenntnis gebracht wurden.

#### **H.**

Die Vorinstanz beantragt innert erstreckter Frist mit Vernehmlassung vom 23. April 2012 die Abweisung der Beschwerde vom 10. Januar 2012, verbessert mit Beschwerdeschrift vom 23. Februar 2012, soweit darauf ein-



getreten werden könne. Die Beschwerdebeilagen 2 und 4 seien zudem aus den Akten zu weisen. Die Verfahrensanhträge des Beschwerdeführers seien abzulehnen. Zur Begründung verweist sie vorwiegend auf den angefochtenen Entscheid.

# I.

Mit Replik vom 25. Juni 2012 stellte der Beschwerdeführer die nachfolgenden, modifizierten Rechtsbegehren:

- "1. Die Verfügung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA vom 6. Januar 2012 sei mit Ausnahme der Ziff. 3.2 und 8 aufzuheben und das Verfahren sei an die Vorinstanz zurückzuweisen;
2. Eventualiter sei die Verfügung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA vom 6. Januar 2012 mit Ausnahme der Ziff. 3.2. und 8 aufzuheben.
3. Subeventualiter seien die Ziff. 6.1; 7.; 9.; 10.; 11. und 13 lit. b der Verfügung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA vom 6. Januar 2012 aufzuheben und das Verfahren sei an die Vorinstanz zurückzuweisen.
4. Subsubeventualiter seien die Ziff. 6.1; 7.; 9.; 10.; 11. und 13 lit. b der Verfügung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA vom 6. Januar 2012 aufzuheben.
5. Das Handelsregister des Kantons Bern sei anzuweisen, den Eintrag Ref 35, TR-Nr. 714, TR-Datum 12.01.2012 betreffend die KPT Versicherungen AG zu löschen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MWST von 8 % zu lasten der Beschwerdegegnerin."

Gleichzeitig stellte er die folgenden zusätzlichen Verfahrensanhträge:

- "1. Es sei ein gerichtliches Gutachten über die Bonität der KPT Holding AG im Mai/Juni 2010 einzuholen, welches sich insbesondere zur Frage der Finanzierbarkeit des Aktienrückkaufprogrammes über Bankkredite äussert.
2. Die Verfügung vom 6. Januar 2012 in Sachen Geschäftsplanänderung der KPT Versicherungen AG sei von der FINMA zu edieren und dem Beschwerdeführer sei Frist zur Stellungnahmen anzusetzen.
3. Es sei mit Blick auf den im vorliegenden Verfahren geltenden Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen sämtliche im Verfahren B-798/2012 vorgebrachten tatsächlichen und rechtlichen Argumente gegen

die Verfügung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA vom 6. Januar 2012 zur Entscheidungsfindung im vorliegenden Verfahren heranzuziehen."

**J.**

In ihrer Duplik vom 2. Juli 2012 beantragte die Vorinstanz erneut die vollumfängliche Abweisung der zur Sache gestellten Anträge und der prozessualen Anträge. Die Beschwerdebeilagen 2 und 4 seien zudem aus den Akten zu weisen.

**K.**

Der Beschwerdeführer reichte am 27. Juli 2012 eine weitere Stellungnahme ein, in der er zur Duplik der Vorinstanz vom 2. Juli 2012 weitere Ausführungen anbrachte. Diese Stellungnahme wurde der Vorinstanz mit Schreiben vom 30. Juli 2012 zur Kenntnis gebracht.

**L.**

Am 30. Oktober 2013 reichte der Beschwerdeführer eine Noveneingabe ein, um Erkenntnisse aus dem von der Vorinstanz angestrebten Strafverfahren gegen ihn in das vorliegende Beschwerdeverfahren einzubringen. Die Eingabe, die zunächst an die alte Adresse des Bundesverwaltungsgerichts gesandt wurde, ging schliesslich am 4. November 2013 beim Gericht ein. Sie wurde am 5. November 2013 der Vorinstanz zur allfälligen Stellungnahme zugestellt.

**M.**

Mit Stellungnahme vom 11. November 2013 hielt die Vorinstanz an ihren Anträgen und Vorbringen vollumfänglich fest. Gleichzeitig betonte sie, dass die Noveneingabe nichts an der aufsichtsrechtlichen Beurteilung des Verhaltens des Beschwerdeführers ändere. Der Beschwerdeführer habe seine eigenen persönlichen Vermögensinteressen unter krasser Pflichtverletzung über diejenigen der Versicherten gestellt, weshalb er als Organ eines von ihr beaufsichtigten Instituts oder auch für die Übernahme einer leitenden Funktion bei einem Beaufsichtigten unterhalb der Gewährsträgerschwelle ungeeignet sei.

**N.**

Der Beschwerdeführer hielt in seiner Eingabe vom 20. November 2013 vollumfänglich an seinen Anträgen und Vorbringen fest.

**O.**

Auf die erwähnten und weiteren Vorbringen der Parteien wird – soweit sie

sich für den Entscheid als rechtserheblich erweisen – in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

## **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

### **1. Eintretensvoraussetzungen**

Das Bundesverwaltungsgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob die Prozessvoraussetzungen vorliegen und auf eine Beschwerde einzutreten ist.

**1.1** Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig für die Beurteilung von Beschwerden gegen Entscheide der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA (Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32] i.V.m. Art. 5 VwVG und Art. 33 Bst. e VGG i.V.m. Art. 54 Abs. 1 FINMAG). Ein Ausschlussgrund (Art. 32 VGG) liegt nicht vor. Der Entscheid der Vorinstanz bildet dabei in sachlicher Hinsicht die äussere Grenze des Streitgegenstandes. Da dieser sich nicht über eine allfällige öffentliche Bekanntmachung der Verfügung oder eine Medienmitteilung äussert, fehlt es diesbezüglich an einem Beschwerdeobjekt und somit an einer Sachurteilsvoraussetzung (vgl. BGE 133 II 35 E. 2).

**1.2** Gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 37 VGG ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Das Erfordernis des besonderen Berührtseins ist beim Adressaten einer Verfügung in der Regel gegeben; erhebt jedoch ein Dritter zu Gunsten des Verfügungsadressaten Beschwerde, ist dies nur zulässig, wenn der Dritte ein unmittelbares Rechtsschutzinteresse an der Beschwerdeführung geltend machen kann (BGE 130 V 560 E. 3.5). Ein Interesse ist grundsätzlich nur dann schutzwürdig, wenn es im Urteilszeitpunkt aktuell und praktisch ist, weil der mit der angefochtenen Verfügung verbundene strittige Nachteil noch besteht (BGE 133 II 81 E. 3, BGE 131 II 361 E. 1.2).

Der Beschwerdeführer hat vor der Vorinstanz am Verwaltungsverfahren teilgenommen. Allerdings ist er nicht Adressat aller Ziffern des Dispositivs der angefochtenen Verfügung. Insoweit, als er auch die Rückweisung resp. Aufhebung oder Änderung derjenigen Ziffern des Dispositivs der angefochtenen Verfügung beantragt, die sich gegen die KPT VAG oder Dritte richten (Ziff. 1-5, 6.2), ist er nicht in eigenen schutzwürdigen Inte-

ressen betroffen, weshalb er auch nicht zur Beschwerde legitimiert ist (BGE 131 II 306 E. 1.2.2, Urteil des Bundesgerichts 2A.721/2006 vom 19. März 2007 E. 2.1 und 2.2; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-605/2011 vom 8. Mai 2012 E. 1.4, B-701/2008 vom 15. Dezember 2008 E. 1.5). Gleiches gilt in Bezug auf diejenigen Ziffern des Dispositivs, die sich auf die Übertragung der ihm als Organ der KPT VAG zustehenden Befugnisse auf einen Beauftragten der Vorinstanz beziehen, auf die Löschung seiner Zeichnungsberechtigung, das Vertretungsverbot (Ziff. 6.1) und die entsprechende Anweisung an das Handelsregister des Kantons Bern (Ziff. 7). Abgesehen davon, dass es sich dabei lediglich um Nebenfolgen von den die KPT VAG betreffenden, unangefochten gebliebenen Anordnungen handelt (vgl. BGE 131 II 306 E. 1.2.2), ist der Beschwerdeführer nach eigenen Angaben bereits am 2. Januar 2012 mit sofortiger Wirkung von allen seinen Ämtern bei der KPT-Gruppe zurückgetreten. Da er im Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung daher nicht mehr Organ der KPT VAG war, fehlt es ihm diesbezüglich ohnehin am aktuellen und praktischen Interesse zur Anfechtung der entsprechenden Dispositivziffern der Verfügung.

Der Beschwerdeführer ist Adressat der Ziff. 9, 10, 11 und 13 Bst. b des Dispositivs der angefochtenen Verfügung und ist insoweit vom angefochtenen Entscheid besonders berührt. Der Beschwerdeführer hat überdies ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der Feststellung der schweren Verletzung seiner aufsichtsrechtlichen Pflichten (Ziff. 9), der Anordnung der Einziehung von CHF 818'084.- (Ziff. 11) und der Kostenaufgabe von CHF 30'000.- (Ziff. 13 Bst. b). Mit Blick auf die Ausführungen des Beschwerdeführers in seiner Replik, er übe keine Tätigkeit im Aufsichtsbereich der FINMA aus und beabsichtige auch nicht die Aufnahme einer derartigen Tätigkeit (vgl. hierzu E. 9.2), erscheint allerdings fraglich, ob das aktuelle praktische Interesse an der Überprüfung des in Ziff. 10 des Dispositivs auferlegten Berufsverbots besteht. Diesbezüglich gilt es zu beachten, dass sich die in der genannten Dispositivziffer getroffene Anordnung negativ auf den geschäftlichen Ruf des Beschwerdeführers – mitunter auch in anderen Berufsfeldern – auswirken kann (vgl. dazu BGE 136 II 304 E. 3.2.1; BVGE 2012/33 E. 1.2, Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-789/2011 vom 2. September 2013 E. 1.3 mit Hinweisen). Diese negativen Auswirkungen bestehen nach wie vor und könnten durch eine Gutheissung der Beschwerde in diesem Punkt behoben werden. Es besteht somit auch ein aktuelles und praktisches Interesse an der Überprüfung der Ziff. 10 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung. Daher

ist die Beschwerdelegitimation in Bezug auf die Ziff. 9, 10, 11 und 13 Bst. b des Dispositivs der angefochtenen Verfügung zu bejahen.

**1.3** Die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerde sind gewahrt (Art. 52 Abs. 1 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG), der Vertreter hat sich rechtsgenügend ausgewiesen und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 44 ff. VwVG). Auf die Vorbringen des Beschwerdeführers ist daher insoweit einzutreten, als sie sich gegen diejenigen Teile der angefochtenen Verfügung richten, welche ihn selbst betreffen und er ein schutzwürdiges Interesse an der Beschwerdeführung hat.

## **2.**

**2.1** Der Beschwerdeführer bringt zunächst vor, die Vorinstanz habe seinen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, indem sie seine in der Eingabe vom 19. September 2011 zum Entwurf des Sachverhalts gestellten Beweisanträge ohne ausreichende Begründung abgewiesen und damit auch den Sachverhalt nicht rechtsgenügend ermittelt habe. Zur Beurteilung allfälliger Pflichtverletzungen wäre durch Befragen der übrigen Mitglieder des Verwaltungsrates festzustellen gewesen, welche Aussagen die Geschäftsleitung gegenüber dem Verwaltungsrat hinsichtlich des Kontakts mit der Vorinstanz getätigt habe. Die vom Verwaltungsrat vorgenommene Marktpreisbewertung der KPT VAG sei zudem vertretbar. Wenn die Vorinstanz dies verneine, hätte sie diese Frage gutachterlich beurteilen lassen müssen. Zur Beurteilung der individuellen Vorwerfbarkeit allfälliger Pflichtverletzungen und der Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen wäre auch abzuklären gewesen, welche Ratschläge der Verwaltungsrat und/oder die Geschäftsleitung der KPT VAG seitens D.\_\_\_\_\_ erhalten hätten, der den Fusionsprozess als Anwalt der Kanzlei E.\_\_\_\_\_ begleitet habe. Schliesslich wäre auch F.\_\_\_\_\_ zu seiner schriftlichen Behauptung, dass er dem Verwaltungsrat der KPT VAG, insbesondere C.\_\_\_\_\_ und dem Beschwerdeführer, seine Bedenken hinsichtlich der Höhe des geplanten Rückkaufpreises mitgeteilt habe, zu befragen gewesen.

Die Vorinstanz habe zudem das Gesuch des Beschwerdeführers vom 15. Februar 2012 um Einsicht in die am 6. Januar 2012 eröffnete Verfügung betreffend Änderung des Geschäftsplans der KPT VAG mit Schreiben vom 17. Februar 2012 abgelehnt. Diese Verfügung sei vorliegend relevant, da es um die künftige Behandlung der in der Vergangenheit von

der KPT VAG aus zurückbehaltenen Gewinnen gebildeten Reserven und deren Anerkennung als Eigenkapital der KPT VAG gehe.

Im Weiteren macht der Beschwerdeführer eine Verletzung des rechtlichen Gehörs insoweit geltend, als er eine ungenügende Begründung seiner individuellen Verantwortlichkeit in der angefochtenen Verfügung rügt. Die Vorinstanz äussere sich zu seiner individuellen Verantwortlichkeit gerade mal auf einer halben Seite, was den rechtlichen Anforderungen nicht zu genügen vermöge. Zudem habe die Vorinstanz die Bemessung des Berufsverbots und die Qualifizierung seines Verhaltens als schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen ungenügend begründet.

**2.2** Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]) dient einerseits der Sachverhaltsaufklärung und stellt andererseits ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht der Parteien dar. Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör ergibt sich eine Reihe von Verfahrensgarantien, insbesondere das Recht des Betroffenen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und Einsicht in die Akten zu nehmen (vgl. BGE 135 II 286 E. 5.1 mit weiteren Hinweisen). Diesen Garantien entspricht eine behördliche Berücksichtigungspflicht der parteilichen Vorbringen (Art. 32 VwVG).

## **2.3**

**2.3.1** Gemäss dem in Art. 12 VwVG verankerten Untersuchungsgrundsatz stellt die Behörde den Sachverhalt von Amtes wegen fest. Der Grundsatz auferlegt der Behörde die Pflicht, von Amtes wegen den rechtserheblichen Sachverhalt vollständig und richtig zu ermitteln (vgl. BGE 135 II 161 E. 3, BGE 119 V 347 E. 1.; PATRICK L. KRAUSKOPF/KATRIN EMMENEGGER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], VwVG, Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/Basel/Genf 2009 [hiernach: Praxiskommentar VwVG], Art. 12 N. 16, 28; CHRISTOPH AUER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Zürich 2008, Art. 12 N. 6). Im Rahmen der Sachverhaltsabklärung nimmt die Behörde gemäss Art. 33 Abs. 1 VwVG die ihr angebotenen Beweise ab, wenn diese für den Entscheid erheblich und zur Abklärung des Sachverhalts tauglich erscheinen. Die urteilende Behörde kann von einem beantragten Beweismittel allerdings absehen, wenn der Sachverhalt, den eine Partei beweisen will, nicht rechtserheblich ist, wenn bereits Feststehendes bewie-

sen werden soll, wenn zum Voraus gewiss ist, dass der angebotene Beweis keine wesentlichen Erkenntnisse zu vermitteln vermag, oder wenn die verfügende Behörde den Sachverhalt auf Grund eigener Sachkunde ausreichend würdigen kann (vgl. BGE 131 I 153 E. 3, BGE 122 V 157 E. 1d; BERNHARD WALDMANN/JÜRG BICKEL, Praxiskommentar VwVG, Art. 33 N. 21 ff.). Der Verzicht auf die Durchführung beantragter Beweisabnahmen ist auch zulässig, wenn die Behörde auf Grund bereits abgenommener Beweise oder gestützt auf die Aktenlage ihre Überzeugung gebildet hat und ohne Willkür annehmen kann, dass diese Überzeugung durch weitere Beweiserhebungen nicht mehr geändert würde (sog. antizipierte Beweiswürdigung; vgl. BGE 136 II 304 E. 3.3, BGE 134 I 140 E. 5.3, BGE 122 III 219 E. 3c; WALDMANN/BICKEL, a.a.O., Art. 33 N. 22). Als Beweismittel über erhebliche Tatsachen kann auch ein Parteigutachten herangezogen werden. Die Beweiskraft eines solchen Gutachtens ist zwar nicht dieselbe wie bei einem von der Behörde eingeholten Sachverständigengutachten; es ist aber in die Beweiswürdigung einzubeziehen, sofern es als schlüssig erscheint, nachvollziehbar begründet sowie in sich widerspruchsfrei ist und keine Indizien gegen seine Zuverlässigkeit bestehen (BERNHARD WALDMANN/PHILIPPE WEISSENBERGER, Praxiskommentar VwVG, Art. 19 N. 16).

Der in Art. 12 VwVG verankerte Untersuchungsgrundsatz wird dadurch gemildert und relativiert, dass den Parteien auf Grund von Art. 13 VwVG gewisse Mitwirkungspflichten bei der Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts obliegen (vgl. CHRISTOPH AUER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Zürich 2008, Art. 13 N. 1 ff.). Eine Mitwirkungspflicht besteht im Verwaltungsrecht allgemein für Tatsachen, die eine Partei, die das Verfahren durch eigenes Begehren einleitet oder die eigene Rechte geltend macht, besser kennt als die Behörde und die ohne ihre Mitwirkung gar nicht oder nicht ohne vernünftigen Aufwand erhoben werden können (BGE 128 II 142 E. 2b). Im Beschwerdeverfahren wird der Untersuchungsgrundsatz schliesslich insofern relativiert, als die Parteien die ihre Rügen stützenden Tatsachen darzulegen und allfällige Beweismittel einzureichen haben (Art. 52 VwVG).

Im Verwaltungsverfahren gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 40 des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess [BZP, SR 273]). Frei ist die Beweiswürdigung darin, dass sie nicht an bestimmte, starre Beweisregeln gebunden ist, welche der Behörde genau vorschreiben, wie ein gültiger Beweis zu-

stande kommt und welchen Beweiswert die einzelnen Beweismittel im Verhältnis zueinander haben. Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung verlangt, dass sich die urteilende Instanz sorgfältig, gewissenhaft und unvoreingenommen ihre Meinung darüber bildet, ob der zu beweisende Sachumstand als wahr zu gelten hat oder nicht. Der Beweis ist geleistet, wenn der Richter gestützt auf die Beweiswürdigung zur Überzeugung gelangt ist, dass sich der rechtserhebliche Sachumstand verwirklicht hat (vgl. BVGE 2008/23 E. 4.1 f. mit Hinweisen).

**2.3.2** Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 BV ergibt sich weiter die Pflicht der entscheidenden Behörde, ihre Verfügungen zu begründen. Dabei ist es nicht erforderlich, dass sie sich mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Die Begründung ist so abzufassen, dass der Betroffene den Entscheid sachgerecht anfechten kann. Hierzu müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sie ihren Entscheid stützt (vgl. BGE 136 I 229 E. 5.2, BGE 134 I 83 E. 4.1, BGE 129 I 232 je mit Hinweisen).

**2.3.3** Gemäss Art. 54 VwVG geht die Behandlung der Sache, die Gegenstand der mit Beschwerde angefochtenen Verfügung bildet, mit Einreichung der Beschwerde auf die Beschwerdeinstanz über. Zugleich verliert die Vorinstanz die Befugnis, sich mit der Sache zu befassen. Der Devolutiveffekt betrifft auch die Befugnis, den Parteien rechtliches Gehör zu gewähren, namentlich Akteneinsicht zu gewähren oder zu verweigern (HANSJÖRG SEILER, Praxiskommentar VwVG, Art. 54 N. 9).

**2.4** Soweit der Beschwerdeschrift überhaupt substantiierte Ausführungen dazu entnommen werden können, bleibt unklar, inwiefern die vom Beschwerdeführer in seiner Stellungnahme vom 19. September 2011 zum Entwurf des Sachverhalts der Vorinstanz beantragten Beweise für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein sollten. In Bezug auf den Antrag, Mitglieder des Verwaltungsrates zur Frage der Äusserungen der Geschäftsleitung betreffend Kontakt mit der Vorinstanz einzuvernehmen, hielt der Beschwerdeführer selber im Schreiben vom 25. Juli 2011 an die Vorinstanz fest, dass zwischen ihm und der Geschäftsleitung Einigkeit darüber bestehe, dass betreffend den Rückkaufpreis der Aktien und des Darlehens an die KPT/CPT Holding AG über CHF 70 Mio. offenbar keine speziellen Gespräche mit der FINMA geführt worden seien (Dossier



1064551 A pag. 216). Auf Grund dieses Schreibens durfte die Vorinstanz den Beweisantrag des Beschwerdeführers mangels Erkenntniswert ablehnen. Gleiches gilt für den Antrag des Beschwerdeführers auf Erstellung eines Gutachtens über den Verkehrswert der Aktien der KPT VAG per 1. Juni 2010. Der zentrale Vorwurf der Vorinstanz in Bezug auf die Handhabung des Mitarbeiterbeteiligungsprogrammes bezieht sich darauf, dass sich der Beschwerdeführer bei den Entscheidungen betreffend Ausgabe und Festsetzung des Rückkaufpreises der Aktien in einem wesentlichen Interessenkonflikt befand und es pflichtwidrig unterlassen hat, die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen (vgl. vorstehend B). Da sich der Vorwurf auf den Prozess der Entscheidungsfindung im Interessenkonflikt richtet, ist nicht ersichtlich, inwieweit ein ex post erstelltes Gutachten zum Verkehrswert der Aktien Erkenntnisse zum vorliegend rechtserheblichen Sachverhalt vermitteln könnte. Schliesslich hat der Beschwerdeführer auch nicht dargelegt, welche zusätzlichen wesentlichen Erkenntnisse von der Befragung von D.\_\_\_\_\_ – der im Übrigen nur für den geplanten Zusammenschluss der KPT-Gruppe mit B.\_\_\_\_\_ und nicht auch mit der Beratung der KPT VAG bezüglich des Mitarbeiterbeteiligungsprogrammes mandatiert war (Dossier 1049280 A pag. 2803) – und F.\_\_\_\_\_ zu erwarten wären. Letzterer soll gemäss einem Schreiben von G.\_\_\_\_\_ vom 26. Mai 2011 an die Vorinstanz dem Verwaltungsratspräsidenten der KPT VAG am 27. Mai 2010 telefonisch Bedenken hinsichtlich der Bewertung der Minderheitsanteile mitgeteilt und diese am 28. Mai 2010 telefonisch gegenüber dem Beschwerdeführer wiederholt haben (Dossier 1049280 A pag. 2523-2522). Nachdem der Beschwerdeführer jedoch anlässlich seiner Einvernahme vom 20. Juni 2011 vor Vorinstanz angegeben hatte, dass ihm kein solches Telefonat vom 28. Mai 2010 bewusst sei (Dossier 1064551 A pag. 234-233), hat die Vorinstanz das angebliche Telefonat von F.\_\_\_\_\_ in ihrer Verfügung offensichtlich als nicht bewiesene Tatsache behandelt. Dementsprechend hat sie die angeblich telefonisch geäusserten Bedenken auch nicht zur Begründung ihrer Verfügung und insbesondere der in Bezug auf den Beschwerdeführer festgestellten Pflichtverletzungen herangezogen (Verfügung, Rz. 123-130, 196-209, 255-260). Aus den Vorbringen des Beschwerdeführers sind zusammengefasst keine Gründe zu erkennen, weshalb die Vorinstanz bei dem vorliegend komplexen Sachverhalt und den bereits vertieft abgeklärten Umständen die Beweisanträge des Beschwerdeführers in antizipierter Beweiswürdigung nicht hätte ablehnen dürfen. Eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör liegt daher nicht vor.

Da auch aus den Eingaben des Beschwerdeführers im vorliegenden Verfahren nicht ersichtlich ist, inwieweit die erneut beantragten Beweise für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein sollten, sind sie mit Blick auf das Vorstehende in antizipierter Beweiswürdigung abzuweisen. Gleiches gilt für den beantragten Beizug der Akten des Verfahrens B-1583/2011 und der im Verfahren B-798/2012 vorgebrachten tatsächlichen und rechtlichen Argumente gegen die Verfügungen der Vorinstanz vom 6. Januar 2012. Es ist in keiner Weise substantiiert geltend gemacht und auch nicht erkennbar, inwiefern diese Akten und Argumente für die vorliegend relevanten Rechtsfragen von Belang sind. Über weitere Beweisanträge des Beschwerdeführers ist im Übrigen nicht in allgemeiner, von konkreten Sachfragen losgelöster Weise zu befinden, sondern bezogen auf die relevanten Fragestellungen.

Schliesslich ist festzuhalten, dass mit Blick auf den Untersuchungsgrundsatz (Art. 12 VwVG) und die behördliche Berücksichtigungspflicht (Art. 32 VwVG) die Beilagen 2 und 4 zur verbesserten Beschwerdeschrift des Beschwerdeführers, die im Übrigen nicht verspätet vorgebracht wurden, nicht aus den Akten zu weisen sind. Der entsprechende Antrag der Vorinstanz ist abzuweisen.

**2.5** Insoweit der Beschwerdeführer geltend macht, die Vorinstanz habe seinen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, indem sie sein Gesuch um Einsicht in die am 6. Januar 2012 eröffnete Verfügung betreffend Änderung des Geschäftsplans der KPT VAG abgewiesen habe, ist zunächst darauf hinzuweisen, dass auf Grund des Devolutiveffektes (vgl. vorstehend E. 2.2.3) nach Einreichung der Beschwerde am 10. Januar 2012 das Bundesverwaltungsgericht – und nicht die Vorinstanz – zur Behandlung des Gesuchs um Akteneinsicht zuständig ist. Insoweit kann keine Verletzung des rechtlichen Gehörs der Vorinstanz vorliegen.

Im Übrigen ist der Antrag des Beschwerdeführers um Beizug der Verfügung der Vorinstanz i.S. KPT VAG vom 6. Januar 2012 betreffend Geschäftsplanänderung und Fristansetzung zur Stellungnahme abzulehnen. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist zunächst die Frage, ob die Vorinstanz zu Recht festgestellt hat, dass der Beschwerdeführer in seiner Rolle als Mitglied und Vizepräsident des Verwaltungsrates der KPT VAG seine aufsichtsrechtlichen Pflichten in schwerer Weise verletzt hat. Weiter gilt es zu prüfen, ob das von der Vorinstanz verfügte Berufsverbot von 48 Monaten und die Einziehung von CHF 818'084.- zu Recht erfolgt sind (vgl. vorstehend B). Zur rechtlichen Beurteilung dieser Fragen ist mass-

gebend, ob der Beschwerdeführer mit seinem Verhalten bei der Handhabung des Mitarbeiterbeteiligungsprogrammes der KPT VAG im Zeitraum zwischen April und Juli 2010, bei der Gewährung eines Darlehens von CHF 70 Mio. an die KPT/CPT Holding AG im Mai 2010 und bei den Entschädigungen aus Mandatsverträgen mit Gesellschaften der KPT-Gruppe die gewährsrelevante Sorgfalts- und Treuepflicht des Verwaltungsrates verletzt hat. Die von der Vorinstanz festgestellten Verletzungen von versicherungsaufsichtsrechtlichen Bestimmungen sind zudem insoweit zu prüfen, als sie das gewährsrelevante Verhalten des Beschwerdeführers betreffen. In Bezug auf diese vorliegend zu beurteilenden Fragen ist die Verfügung der Vorinstanz vom 6. Januar 2012, mit der über die von der KPT VAG beantragte Geschäftsplanänderung betreffend versicherungstechnischer Rückstellungen entschieden wurde, nicht rechtserheblich. Dies ergibt sich auch daraus, dass die Vorinstanz zur Begründung der von ihr festgestellten Pflichtverletzungen die besagte Verfügung vom 6. Januar 2012 betreffend Geschäftsplanänderung nicht herangezogen hat. Der Beschwerdeführer hat denn auch nicht substantiiert dargetan, dass und weshalb die von ihm genannte Verfügung vom 6. Januar 2012 an die KPT VAG betreffend Geschäftsplanänderung für die Beurteilung seines Verhaltens als Mitglied und Vizepräsident des Verwaltungsrates der KPT VAG im Zeitraum zwischen April und Juli 2010 relevant sei bzw. sein könnte. Insbesondere ist unbestritten, dass in der vorliegend massgebenden Zeitperiode die beantragte Geschäftsplanänderung der KPT VAG von der Vorinstanz noch nicht beurteilt worden war und daher vom genehmigten Geschäftsplan der KPT VAG vom 24. Juni 1996 und den darin ausgewiesenen versicherungstechnischen Rückstellungen auszugehen ist. Vor diesem Hintergrund erscheint das vom Beschwerdeführer angerufene Beweismittel insgesamt als nicht entscheidrelevant und daher als nicht geeignet, an der vorliegend gestützt auf die umfangreichen Akten vorgenommenen Beurteilung der konkreten Rechtsfragen etwas zu ändern. Die Abnahme dieses Beweises würde lediglich zu einem ungerechtfertigten prozessualen Mehraufwand und zu einer unnötigen zeitlichen Verzögerung führen. Dem Beweisantrag des Beschwerdeführers ist folglich mangels prozessualer Erforderlichkeit und mit Blick auf die Prozessökonomie nicht stattzugeben.

**2.6** Inwiefern der angefochtene Entscheid in Bezug auf die individuelle Verantwortlichkeit des Beschwerdeführers für die festgestellten aufsichtsrechtlichen Verletzungen, die Bemessung des Berufsverbots und die Qualifizierung seines Verhaltens als schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen ungenügend begründet sein sollte, ist im Weiteren

nicht ersichtlich. Die Vorinstanz hat in den Ziff. 123-130 der Verfügung unter Hinweis auf die einschlägigen Akten die Stellung und Aufgaben des Beschwerdeführers im Verwaltungsrat der KPT VAG und der unterschiedlichen Ausschüsse detailliert dargelegt. Im Weiteren hat sie seine Verantwortlichkeiten und Funktionen erläutert und seine Beiträge im Rahmen der vorliegend relevanten Handhabung des Mitarbeiterbeteiligungsprogrammes, der Gewährung des Darlehens über CHF 70 Mio. an die KPT/CPT Holding AG, den Entschädigungen aus Mandatsverträgen und der versicherungsaufsichtsrechtlichen Verletzungen dargelegt und einlässlich auf seine Aussagen und Stellungnahmen Bezug genommen. Zudem hat die Vorinstanz unter explizitem Hinweis auf die Sachverhaltsfeststellungen in den Ziff. 255-258 der Verfügung ihre rechtliche Würdigung des Verhaltens des Beschwerdeführers dargelegt. In diesem Zusammenhang hat die Vorinstanz in Ziff. 265 der Verfügung auch unter Verweis auf die ausführlichen tatsächlichen Erwägungen in Kapitel C 3 (Ziff. 196 ff.) die Qualifizierung der entsprechenden Handlungen des Beschwerdeführers als schwere Verletzungen aufsichtsrechtlicher Bestimmungen begründet. Die Vorinstanz hat weiter die Voraussetzungen zur Anordnung eines Berufsverbotes eingehend dargelegt und die wesentlichen Gesichtspunkte zur Bemessung der konkreten Massnahme gegen den Beschwerdeführer erläutert (Ziff. 273-277). Aus dem angefochtenen Entscheid ergibt sich daher mit genügender Klarheit, welche Handlungen des Beschwerdeführers die Vorinstanz als schwere Verletzungen aufsichtsrechtlicher Pflichten qualifiziert und daher ein Berufsverbot im Umfang von 48 Monaten angeordnet hat. Der Beschwerdeführer konnte der angefochtenen Verfügung alle wesentlichen Argumente entnehmen, auf welche die Vorinstanz ihren Entscheid in diesen Punkten stützt. Er vermochte die Verfügung denn auch diesbezüglich durchaus sachgerecht anzufechten und seine Rügen detailliert zu begründen.

**2.7** Aus dem Vorstehenden folgt, dass keine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör vorliegt, weshalb sich die Beschwerde in diesem Punkt als unbegründet erweist.

### **3. Leitsätze betreffend Gewähr und Sorgfalts- und Treuepflicht**

**3.1** Das Versicherungsaufsichtsgesetz bezweckt gemäss Art. 1 Abs. 2 VAG insbesondere den Schutz der Versicherten vor den Insolvenzrisiken der Versicherungsunternehmen und vor Missbräuchen. Darüber hinaus schützt das Versicherungsaufsichtsgesetz auch das ordnungsgemässe Funktionieren des Versicherungswesens (BGE 136 I 197 E. 4.1, Urteil

des Bundesgerichts 2C\_94/2012 vom 3. Juli 2012 E. 2.7) und damit zusammenhängend das Vertrauen des Publikums in die Institutionen des Versicherungsmarktes (Botschaft zu einem Gesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen [Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG] und zur Änderung des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag vom 9. Mai 2003, BBl 2003 3807 f.; MONICA MÜLLER, in: Hsu/Stupp [Hrsg.], Basler Kommentar zum Versicherungsaufsichtsgesetz, Basel 2013 [hiernach: BSK VAG], Art. 1 N. 44 ff.; ROLF H. WEBER/PATRICK UMBACH, Versicherungsaufsichtsrecht, Bern 2006, S. 43; MORITZ KUHN, in: Müller-Studer/Eckert [Hrsg.], Privatversicherungsrecht, 3. Aufl., Zürich 2010, Rz. 162, 179; VINCENT BRULHART, Droit des assurances privées, Berne 2008, S. 84).

Zur Erfüllung dieser Zwecke unterstellt das VAG bestimmte Versicherungsunternehmen der Bewilligungspflicht (Art. 3 VAG). Die versicherungsaufsichtsrechtliche Bewilligung wird erteilt, wenn die gesetzlichen Anforderungen erfüllt sind (Art. 6 Abs. 1 VAG), wozu auch die in Art. 14 VAG geforderte Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit zählt (HANSJÜRG APPENZELLER, BSK VAG, Art. 14 N. 1 ff.; WEBER/UMBACH, a.a.O., S. 79). Gemäss dieser Bestimmung müssen die für die Oberleitung, die Aufsicht und die Kontrolle sowie die für die Geschäftsführung verantwortlichen Personen einen guten Ruf geniessen und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten (Art. 14 Abs. 1 Bst. a VAG). Zudem müssen sie über gewisse berufliche Fähigkeiten verfügen (Art. 14 Abs. 2 VAG). Der Begriff der "Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit" ist ein unbestimmter Rechtsbegriff. Inhaltlich analog lautende Voraussetzungen statuieren etwa Art. 3 Abs. 2 Bst. c des Bankengesetzes vom 8. November 1934 (BankG, SR 952.0), Art. 10 Abs. 2 Bst. d des Börsengesetzes vom 24. März 1995 (BEHG, SR 954.1) und Art. 14 Abs. 1 Bst. a des Kollektivanlagengesetzes vom 23. Juni 2006 (KAG, SR 951.31; für weitere Beispiele vgl. GREGOR T. CHATTON, La garantie d'une activité irréprochable et l'intérêt actuel du dirigeant revisités, AJP 2011, S. 1196 f). Aus systematischen Überlegungen sind daher bei der Auslegung des Gewährserfordernisses von Art. 14 Abs. 1 Bst. a VAG auch Rechtsprechung und Lehre zum Banken-, Börsen- und Kollektivanlagenrecht zu berücksichtigen.

Die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit erfordert zunächst ein korrektes Verhalten im Geschäftsverkehr. Darunter ist in erster Linie die Beachtung der Rechtsordnung, d.h. der Gesetze und der Verordnungen, namentlich im Versicherungsaufsichtsrecht, aber auch im Zivil- und

Strafrecht sowie der Statuten und des internen Regelwerkes der Versicherungsunternehmen sowie die Beachtung des Grundsatzes von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr zu verstehen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.261/2004 vom 27. Mai 2004 E. 1; BVGE 2012/33 E. 10, BVGE 2010/39 E. 4.1.3, BVGE 2008/23 E. 3.1). Mit anderen Worten ist mit dem Gebot einwandfreier Geschäftstätigkeit nicht zu vereinbaren, wenn das Geschäftsgebaren gegen einschlägige Rechtsnormen, internes Regelwerk, Standesregeln oder vertragliche Vereinbarungen mit Kunden verstösst (APPENZELLER, a.a.O., Art. 14 N. 26 ff.; BEAT KLEINER/RENATE SCHWOB, in: Bodmer/Kleiner/Lutz [Hrsg.], Kommentar zum schweizerischen BankG, Art. 3 N. 191 ff. [Ausgabe April 2005]; CHRISTOPH WINZELER, in: Watter/Vogt/Bauer/Winzeler [Hrsg.], Basler Kommentar zum Bankengesetz, Basel/Genf/München 2005, Art. 3 N. 16 und 25; PHILIPPE A. HUBER/PETER HSU, in: Watter/Vogt [Hrsg.], Basler Kommentar zum Börsengesetz, 2. Aufl., Basel 2011, Art. 10 Abs. 1-4 N. 60, je mit Hinweisen). Gewährsrelevant sind dabei nicht nur die beruflichen Tätigkeiten der für die Oberleitung, die Aufsicht und die Kontrolle sowie für die Geschäftsführung verantwortlichen Personen für das der Aufsicht unterstehende Unternehmen; vielmehr können auch darüber hinausgehende berufliche Aktivitäten, etwa in einem freien Beruf oder als Organ dritter Gesellschaften, geeignet sein, aufsichtsrechtlich relevante Tatbestände zu schaffen (vgl. BGE 108 Ib 196 E. 2b/aa, Urteil des Bundesgerichts 2A.352/2000 vom 9. März 2001 E. 4a/cc; MARCEL LIVIO AELLEN, Die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. c des Bankengesetzes, Bern 1990, S. 178).

**3.2** Zu den gewährsrelevanten Normen zählt unter anderem die zivilrechtliche Treue- und Sorgfaltspflicht (grundlegend dazu AELLEN, a.a.O., S. 179 ff.; APPENZELLER, a.a.O., Art. 14 N. 32; CHATTON, a.a.O., S. 1200 f.). Die Sorgfalts- und Treuepflicht des Verwaltungsrates einer der Versicherungsaufsicht unterstellten Unternehmung in der Gesellschaftsform einer Aktiengesellschaft ist in Art. 717 Abs. 1 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220) verankert. Art. 717 Abs. 1 OR bestimmt, dass die Mitglieder des Verwaltungsrates ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren müssen.

**3.2.1** Die Sorgfaltspflicht nach Art. 717 Abs. 1 OR verlangt von jedem Mitglied des Verwaltungsrates, den Bereich seiner Aufgaben zu bestimmen und diesen sorgfältig sowie unter Aufwendung der notwendigen Zeit zu erfüllen. Die Sorgfaltspflicht umfasst dabei insbesondere die umsichti-

ge Wahrnehmung der Oberaufsicht (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR), welche die kritische Verfolgung der Geschäftsführung bedingt (BGE 97 II 403 E. 5b, BGE 114 V 219 E. 4a). Im Rahmen der Überwachungspflicht sind die erhaltenen Berichte sorgfältig und kritisch zu lesen. Die Sorgfaltspflicht kann in bestimmten Situationen nur durch das Einleiten von zusätzlichen Abklärungen oder durch den Beizug von Sachverständigen erfüllt werden (BGE 114 V 219 E. 4a, BGE 97 II 403 E. 5b, Urteil des Bundesgerichts 4C.358/2005 vom 12. Februar 2007 E. 5.2.1). Der Verwaltungsrat hat insbesondere bei der Beschaffung seiner Entscheidungsgrundlagen, bei deren Evaluation und Umsetzung sorgfältig vorzugehen (HANS CASPAR VON DER CRONE, Verantwortlichkeit, Anreize und Reputation in der Corporate Governance der Publikumsgesellschaft, ZSR NF 119 (2000), II. Halbband, S. 249). Jedes Verwaltungsratsmitglied muss sich weiter um die finanziellen Belange der Gesellschaft kümmern, wobei der regelmässigen Überwachung der Liquidität und der Erhaltung des Vermögens der Gesellschaft eine besondere Bedeutung zukommen (BGE 132 III 564 E. 5.1, BGE 113 II 52 E. 3, Urteil des Bundesgerichts 4A\_467/2010 vom 5. Januar 2011 E. 3.3). Auf Grund der Sorgfaltspflicht wird vom Verwaltungsrat verlangt, dass er bei einer Investitionsentscheid auf einen angemessenen "return on investment" achtet, dass er das Bonitätsrisiko von Gegenparteien mit hohen Verbindlichkeiten abschätzt und Gelder der Gesellschaft zinstragend anlegt (BGE 99 II 176 E. 4). Zahlungen innerhalb eines Konzerns dürfen zudem nicht ohne gültigen Grund getätigt werden (BGE 110 Ib 127 E. 3b/cc). Überhaupt ist jedes Eingehen eines Geschäfts ohne adäquate und in der Zeit der Vornahme als vertretbar nachvollziehbare Gegenleistung als Verstoß gegen die Sorgfaltspflicht zu werten (PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 13 Rz. 569a; ROLF WATTER/KATJA ROTH PELLANDA, in: Honsell/Vogt/Watter [Hrsg.], Basler Kommentar zum Obligationenrecht II, 4. Aufl., Basel 2012 [hiernach: BSK OR II], Art. 717 N. 12). Als Massstab für die Sorgfaltspflicht gilt dabei das Verhalten, das billigerweise von einer abstrakt vorgestellten, ordnungsgemäss handelnden Person in einer vergleichbaren Situation erwartet werden kann (BGE 139 III 24 E. 3.2, BGE 122 III 195 E. 3, BGE 99 II 176 E. 1). Verfügt ein Verwaltungsratsmitglied in einem Fachbereich über überdurchschnittliche Kenntnisse und ist dies der Gesellschaft bekannt, so ist für ihn in diesem Bereich ein höherer Massstab anzulegen (Urteil des Bundesgerichts 4C.201/2001 vom 19. Juni 2002 E. 2.1.1).

**3.2.2** Die ebenfalls in Art. 717 Abs. 1 OR verankerte Treuepflicht verlangt, dass die Mitglieder des Verwaltungsrates ihr Verhalten am Geschäftsinter-

resse ausrichten und eigene Interessen gegebenenfalls zurückstellen. Besteht die Gefahr eines Interessenkonflikts, hat der betroffene Verwaltungsrat mittels geeigneter Massnahmen sicherzustellen, dass die Interessen der Gesellschaft gebührend berücksichtigt werden (BGE 130 III 213 E. 2.2.2, Urteil des Bundesgerichts 4A\_524/2011 vom 16. Februar 2012 E. 2.1). Je nach Art und Intensität des Interessenkonflikts können diese Massnahmen beispielsweise den Ausstand des vom Interessenkonflikt betroffenen Mitglieds des Verwaltungsrates bei der Beschlussfassung, die Bestimmung des Wertes einer Transaktion durch Anwendung eines objektiven Beurteilungsmassstabes, damit eine Geschäftsabwicklung wie mit einem Dritten gewährleistet ist ("arm's length principle"), das Einholen einer externen Bewertung ("fairness opinion") oder die Genehmigung durch ein über- oder nebengeordnetes Organ (BGE 127 III 332 E. 2b/aa, BGE 126 III 361 E. 3a) erfordern. Wesentlich ist somit die Struktur des Prozesses, in der ein Entscheid zustande gekommen ist. Verletzt ein Entscheid diese Struktur, liegt ein Verstoß gegen die Treupflicht des Verwaltungsrates vor, unabhängig vom Inhalt des Entscheides (LUKAS HANDSCHIN, Treupflicht des Verwaltungsrates bei der gesellschaftsinternen Entscheidungsfindung, in: von der Crone et al. [Hrsg.], Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Peter Forstmoser, Zürich/Basel/Genf 2003, S. 171). Der korrekte Umgang mit entstehenden Interessenkonflikten stellt den Kern der Treupflicht des Verwaltungsrates dar (BÖCKLI, a.a.O., § 13 Rz. 649; VON DER CRONE, a.a.O., S. 244 f.). Das Bundesgericht betont mithin, es seien strenge Massstäbe anzulegen, wenn Verwaltungsräte nicht im Interesse der Gesellschaft, sondern im eigenen Interesse, in demjenigen von Aktionären oder von Drittpersonen handeln würden (BGE 113 II 52 E. 3a, BGE 130 III 213 E. 2.2.2).

**3.2.3** Gestützt auf Art. 7 Abs. 1 Bst. b FINMAG hat die Vorinstanz im Rundschreiben 2008/32 "Corporate Governance Versicherer" die gesetzlichen Anforderungen gemäss Versicherungsaufsichtsgesetz und der Aufsichtsverordnung (Verordnung vom 9. November 2005 über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen [AVO, SR 961.011]) weiter konkretisiert. In Rz. 10 des Rundschreibens wird unter anderem festgehalten, dass die Mitglieder des Verwaltungsrates ihre persönlichen und geschäftlichen Verhältnisse so ordnen, dass Interessenkonflikte mit dem Unternehmen möglichst vermieden werden.

Zu beachten gilt es, dass es sich dabei um eine Verwaltungsverordnung handelt. Als solche ist sie für das Bundesverwaltungsgericht nicht bindend. Soweit sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende



Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Vorschriften zulässt, kann sie gleichwohl mitberücksichtigt werden (vgl. BGE 132 V 200 E. 5.1.2, BGE 130 V 163 E. 4.3.1, BGE 115 V 4 E. 1b).

**3.2.4** Die gesetzliche Treuepflicht des Verwaltungsrates wird gesellschaftsintern oftmals dahingehend konkretisiert, dass Verhaltensregeln für den Umgang mit Interessenkonflikten im Organisationsreglement verankert werden. Das Organisationsreglement der KPT-Gruppe vom 5. Februar 2009 (ORG) hält Folgendes zum Umgang mit Interessenkonflikten fest:

"Art. 20 Ausstand

Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung haben bei der Behandlung von Geschäften, welche ihre eigenen Interessen oder diejenigen von ihnen nahestehenden natürlichen oder juristischen Personen berühren, in den Ausstand zu treten."

#### **4. Zuständigkeit der Vorinstanz**

**4.1** Der Beschwerdeführer bestreitet zunächst in einigen Punkten die Zuständigkeit der Vorinstanz. Da nur die KPT VAG der Aufsicht der Vorinstanz unterstehe, könnten einzig Handlungen des Beschwerdeführers bei der KPT VAG Gegenstand einer Untersuchung und Prüfung sein. Die von der Vorinstanz beanstandete Ausgabe und beabsichtigte Rücknahme der Mitarbeiteraktien der KPT VAG sei über die KPT/CPT Holding AG, nicht über die KPT VAG erfolgt. Zudem sei die Vorinstanz zur Beurteilung der Mandatsverträge des Beschwerdeführers nicht zuständig, da die KPT VAG darin nicht involviert gewesen sei.

**4.2** Die Reichweite der Zuständigkeit der Vorinstanz richtet sich nach den Bestimmungen der verschiedenen Finanzmarktgesetze, zu denen auch das Versicherungsaufsichtsgesetz zählt (Art. 6 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 Bst. g FINMAG). Voraussetzung für die Bewilligungserteilung nach VAG ist unter anderem, dass die für die Oberleitung, die Aufsicht und die Kontrolle sowie die für die Geschäftsführung verantwortlichen Personen einen guten Ruf geniessen und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten (Art. 6 Abs. 1 i.V.m. Art. 14 Abs. 1 Bst. a VAG). Der FINMA kommt nach Art. 46 Abs. 1 Bst. b VAG explizit die Aufgabe zu, die Einhaltung des Gewährserfordernisses durch die Versicherungsunternehmen zu prüfen. Die FINMA kontrolliert dabei nicht nur beim Einreichen des Bewilligungsgesuchs, sondern laufend, ob das Gewährserfordernis erfüllt ist (BGE

108 Ib 196 E. 2b; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5535/2009 vom 6. Mai 2010 E. 4.1.2; APPENZELLER, a.a.O., Art. 14 N. 13; SHELBY DU PASQUIER/FRANÇOIS RAYROUX, in: Watter/Vogt [Hrsg.], Basler Kommentar zum Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. Aufl., Basel 2011 [hiernach: BSK FINMAG], Art. 3 N. 12 f.). Die Überprüfung des Gewährserfordernisses betrifft dabei vornehmlich eine personenbezogene Verhaltenskontrolle (WEBER/UMBACH, a.a.O., S. 202; APPENZELLER, a.a.O., Art. 14 N. 18 f.). Gewährsrelevant sind nicht nur die beruflichen Tätigkeiten der Personen mit Gewährsstellung für das der Aufsicht unterstehende Unternehmen, sondern auch darüber hinausgehende berufliche Aktivitäten, die geeignet sind, aufsichtsrechtlich relevante Tatbestände zu schaffen (vgl. vorstehend E. 3.1).

**4.3** Die KPT VAG unterliegt unbestrittenermassen der Aufsicht der Vorinstanz und untersteht der Bewilligungspflicht (Art. 2 Abs. 1 Bst. a i.V.m. Art. 3 VAG). Indem die Vorinstanz gestützt auf Art. 46 Abs. 1 Bst. b VAG zu prüfen hat, ob das Versicherungsunternehmen Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bietet, wird auch das Verhalten der Verwaltungsratsmitglieder von der Aufsicht der Vorinstanz mittelbar erfasst (Art. 14 Abs. 1 Bst. a VAG). Die Vorinstanz ist daher berechtigt, das Geschäftsverhalten des Beschwerdeführers – und zwar sowohl für die KPT VAG als auch in seiner Funktion als Organ anderer KPT-Gruppengesellschaften – mit Blick auf das Gewährserfordernis zu überprüfen.

Im Übrigen gilt es darauf hinzuweisen, dass die KPT VAG durchaus in die von der Vorinstanz beanstandeten Handlungen involviert war. So beschloss der Fusionsausschuss – dem auch der Beschwerdeführer angehörte – am 11. Mai 2010, dass die KPT VAG der KPT/CPT Holding AG für den Rückkauf der Mitarbeiteraktien ein Darlehen von CHF 70 Mio. gewähren solle. Weiter hat sich der Beschwerdeführer in den mit der Online Easy AG und der RIALM AG geschlossenen Mandatsverträgen verpflichtet, "der KPT Versicherungsgruppe und den übrigen Gesellschaften Online Easy AG und RIALM AG" Leistungen im Umfang von 30 Arbeitstagen zur Verfügung zu stellen (Dossier 1049280 A pag. 3322-3317, 3314-3309). Darüber hinaus gelten die im Mandatsvertrag mit der Resol AG definierten Aufgaben des Beschwerdeführers "sowohl für die Gesellschaften der KPT Versicherungsgruppe wie auch der KPT Mitarbeiterstiftung" (Dossier 1049280 A pag. 3316-3315). Der Beschwerdeführer verpflichtete sich in den Mandatsverträgen daher nicht nur zu Beratungsleistungen an die Online Easy AG, die RIALM AG und die Resol AG, sondern für die

KPT Versicherungsgruppe – und damit auch für die KPT VAG, die unbestrittenermassen der Aufsicht der Vorinstanz untersteht. Die Vergütungen an den Beschwerdeführer aus den Mandatsverträgen waren denn auch in der Vergütungsaufstellung der KPT VAG vom Januar 2011 vorhanden und wurden vom VR-GL-Konto der KPT VAG überwiesen. Das Vorbringen des Beschwerdeführers, an den vorliegend relevanten Handlungen in Bezug auf das Mitarbeiterbeteiligungsprogramm und den Mandatsverträgen sei kein von der Vorinstanz Beaufsichtigter beteiligt gewesen, ist daher unzutreffend. Die Rüge der fehlenden Zuständigkeit der Vorinstanz erweist sich somit als unbegründet.

## **5. Rückkauf der Mitarbeiteraktien**

### **5.1 Übersicht**

**5.1.1** Die KPT Mitarbeiterstiftung wurde im Jahre 2006 von der Genossenschaft KPT/CPT Krankenkasse und der KPT VAG errichtet, unter anderem mit dem Zweck, Mitarbeitenden der zur KPT-Gruppe gehörenden Gesellschaften den Erwerb von Aktien der KPT VAG zu ermöglichen. Gemäss dem Mitarbeiterbeteiligungsreglement in der Fassung vom 1. Mai 2007 erfolgt die Mitarbeiterbeteiligung durch die entgeltliche Abgabe von Namenaktien der KPT VAG aus dem Aktienbestand der Stiftung (Ziff. 1.2). In Bezug auf die Rückgabepflicht der Aktien hält das Reglement fest, dass die Mitarbeiteraktionäre verpflichtet sind, ihre Aktien auf erstes Anfordern des Stiftungsrats zum massgebenden Rückkaufpreis gemäss Ziff. 6.3 an die Stiftung zu verkaufen, unter anderem jederzeit im Falle eines Kontrollwechsels bei der KPT VAG. Als Kontrollwechsel gilt der direkte oder indirekte Erwerb von mind. 50 % der Aktien der KPT VAG durch eine nicht mit der KPT-Gruppe verbundene natürliche oder juristische Person (Ziff. 6.2). Zum massgebenden Rückkaufpreis führt das Reglement in Ziff. 6.3 aus, dass der Stiftungsrat den aktuellen Rückkaufpreis pro Aktie gemäss dem Bewertungsschema in Anhang 1 festlegt, welcher integrierender Bestandteil des Reglements bildet. Gemäss der in Anhang 1 dargestellten Berechnungsmethode berechnet sich der Rückkaufpreis wie folgt:

$$\text{zweimal Ertragswert} + \text{einmal Substanzwert} : \text{drei} = \text{Unternehmenswert}$$
$$: \text{Anzahl Aktien} = \text{Wert pro Aktie}$$

In Ziff. 6.4 des Reglements wird weiter festgehalten, dass der Stiftungsrat bezüglich des Rückkaufs der Mitarbeiteraktien unter Wahrung der Gleich-

behandlung aller Mitarbeiteraktionäre jederzeit und ohne Angabe von Gründen Restriktionen erlassen oder weitergehende Vereinbarungen abschliessen kann.

**5.1.2** Im Rahmen des vorerwähnten Mitarbeiterbeteiligungsprogrammes hat die KPT Mitarbeiterstiftung zwischen 2006 und 2009 in fünf Ausgaben insgesamt 81'219 Aktien der KPT VAG zu einem Preis pro Aktie zwischen CHF 30.- und CHF 34.- abgegeben. Während die ersten fünf Mitarbeiterbeteiligungsprogramme über die KPT Mitarbeiterstiftung lanciert wurden, erfolgte die sechste Ausgabe im April 2010 von 23'865 Aktien zu einem Preis von CHF 34.- pro Aktie über die KPT/CPT Holding AG und unterstand dem Aktionärsbindungsvertrag vom 13. April 2010, der in Bezug auf die Rückgabepflicht und den Rückkaufpreis mit den vorerwähnten Bestimmungen im Mitarbeiterbeteiligungsreglement übereinstimmt.

**5.1.3** Im März 2010 fanden mit Blick auf eine mögliche Fusion zwischen KPT und B.\_\_\_\_\_ Gespräche zwischen den jeweiligen Verwaltungsratspräsidenten statt. In diesem Zusammenhang wurden von der H.\_\_\_\_\_ mehrere Power-Point-Präsentationen erstellt, die detaillierte Informationen hinsichtlich eines möglichen Zusammenschlusses umfassten. Am 28. März 2010 schickte H.\_\_\_\_\_ einen aktualisierten Präsentationsentwurf ("Projekt Power – Blueprint") an den Verwaltungsratspräsidenten der KPT/CPT Holding AG und den Verwaltungsratspräsidenten der B.\_\_\_\_\_ mit dem Hinweis, dass fast alle von ihnen aufgeworfenen Punkte bereits eingeflossen seien.

**5.1.4** Am 1. April 2010 wurde den Verwaltungsräten der KPT/CPT Holding AG ein Zirkularbeschluss zur Ausgabe von Aktien der KPT VAG (Mitarbeiterbeteiligung 2010 [sog. "Dreistufenplan"]) unterbreitet. Der Beschluss kam am 6. April 2010 zustande und ermächtigte die Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung, die Delegierten und die Mitarbeiter, eine bestimmte Anzahl Aktien der KPT VAG zum Preis von CHF 34.- pro Aktie zu kaufen.

**5.1.5** Am 7. April 2010 fand erneut ein Gespräch zwischen dem Verwaltungsratspräsidenten der KPT/CPT Holding AG, dem Verwaltungsratspräsidenten der B.\_\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_\_ betreffend Fusion statt. In der Folge übermittelte der Verwaltungsratspräsident der B.\_\_\_\_\_ dem Verwaltungsratspräsidenten der KPT/CPT Holding AG vereinbarungsgemäss am 11. April 2010 ein Diskussionspapier "Fusion B.\_\_\_\_\_ und KPT/CPT Holding AG". Das Papier (sog. Grundsatzpapier) legte die we-

sentlichen Eckpunkte der geplanten Fusion fest. Zwischen dem 11. und 22. April 2010 wurde die Ursprungsversion des Papiers gegenseitig diskutiert und teilweise kleinen Anpassungen unterworfen. In der ersten Version vom 11. April 2010 stand, dass die Beteiligung der Mitarbeiter an der KPT VAG im Zuge der Fusion bar ausgekauft werde. Mit zwei E-Mails vom 12. April 2010 sandte der Beschwerdeführer seine Inputs zu diesem Grundsatzpapier an den Verwaltungsratspräsidenten der KPT/CPT Holding AG. Der Beschwerdeführer hatte seine Inputs grün markiert und ergänzte das Grundsatzpapier dahingehend, dass die Beteiligungen der Mitarbeiter an der KPT VAG "im Zuge der Fusion zum Verkehrswert von ca. 65 Mio. Franken bar ausgekauft" würden.

**5.1.6** Mit Schreiben vom 13. April 2010 und 15. April 2010 wurden den berechtigten Mitarbeitern der KPT-Gruppe – insbesondere auch den Mitgliedern des Verwaltungsrates der KPT VAG – das Kaufangebot für die Mitarbeiteraktien der KPT VAG zu CHF 34.- pro Aktie mitgeteilt und Frist bis zum 20. April 2010 bzw. bis zum 28. April 2010 für die Aktienzeichnung gesetzt. Der Beschwerdeführer zeichnete am 14. April 2010 150 Aktien der KPT VAG zum Preis von CHF 34.- pro Aktie. Auch die anderen Mitglieder des Verwaltungsrates der KPT VAG zeichneten sämtliche ihnen angebotenen Aktien zum Preis von CHF 34.- pro Aktie.

**5.1.7** Am 22. April 2010 unterzeichneten der Verwaltungsratspräsident der KPT/CPT Holding AG und der Verwaltungsratspräsident der B.\_\_\_\_\_ das Grundsatzpapier betreffend die Fusion von KPT und B.\_\_\_\_\_. Sodann erfolgte am 7. Mai 2010 die Unterzeichnung der Zusammenschlussvereinbarung B.\_\_\_\_\_ – KPT, die unter gewissen eng formulierten Vollzugsbedingungen eine Pflicht zum Zusammenschluss stipulierte. Am 10. Mai 2010 erfolgte die Medienmitteilung, dass sich B.\_\_\_\_\_ und KPT zur neuen Gruppe "Z.\_\_\_\_\_" zusammenschliessen würden.

**5.1.8** Am 11. Mai 2010 beschloss der für die Fusion zuständige Ausschuss, dem neben dem Beschwerdeführer der Verwaltungsratspräsident und ein weiteres Verwaltungsratsmitglied angehörten, dass die KPT VAG der KPT/CPT Holding AG ein Darlehen über CHF 70 Mio. zur Finanzierung des Rückkaufs der Mitarbeiteraktien gewähren solle. Die CHF 70 Mio. wurden nach einer Aktennotiz des Beschwerdeführers vom 12. Oktober 2010 wie folgt ermittelt: "113'865 Aktien zu Fr. 600 ergibt 68,319 Mio. Franken" (Dossier 1049280 B pag. 452). Das entsprechende Darle-

hen wurde am 26. Mai 2010 auf das Konto der KPT/CPT Holding AG bei der I.\_\_\_\_\_ überwiesen.

**5.1.9** Der Beschwerdeführer und J.\_\_\_\_\_ erstellten im Auftrag des Verwaltungsratspräsidenten zwischen dem 25. Mai und dem 1. Juni 2010 das Dokument "Festsetzung des Rückkaufpreises für die von den Mitarbeitern im Rahmen des Aktienbeteiligungsprogrammes gehaltenen Aktien der KPT Versicherungen AG". In diesem einseitigen Dokument wurde abschliessend festgehalten, dass ein Rückkaufpreis von mindestens CHF 600.- pro Aktie der KPT VAG (bei total 1'000'000 ausgegebenen Aktien und einem Unternehmenswert von CHF 600 Mio.) als angemessen zu betrachten sei. Der Beschwerdeführer versandte das Dokument im Auftrag des Verwaltungsratspräsidenten mit E-Mail vom 1. Juni 2010 mit dem Antrag zur Festsetzung des Aktienpreises auf CHF 600.- an den Verwaltungsrat der KPT/CPT Holding AG. Der Beschwerdeführer empfahl, dem Antrag mit Mail an den Präsidenten zuzustimmen, damit das Rückkaufsprogramm sofort umgesetzt werden könne.

**5.1.10** Obwohl zu diesem Zeitpunkt noch kein Beschluss des Verwaltungsrates vorlag, liess der Verwaltungsratspräsident am 2. Juni 2010 ein Schreiben an die Mitarbeiteraktionäre verschicken, worin sie darüber informiert wurden, dass sie ihre Aktien auf Grund der bevorstehenden Fusion zwischen KPT und B.\_\_\_\_\_ zu einem Preis von CHF 600.- pro Aktie zurückverkaufen müssten. Die Aktionäre wurden gebeten, das beigelegte "Formular (Aktienverkaufvertrag und Zahlungsinstruktion)" bis spätestens am 11. Juni 2010 an die für die Abwicklung beauftragte I.\_\_\_\_\_ zurückzusenden.

**5.1.11** Dem Antrag auf Festsetzung des Rückkaufpreises auf CHF 600.- pro Aktie stimmten alle Mitglieder des Verwaltungsrates mit Ausnahme von K.\_\_\_\_\_ und L.\_\_\_\_\_ zu. Mit Schreiben vom 3. Juni 2010 an den Verwaltungsratspräsidenten und die Mitglieder des Verwaltungsrates der KPT/CPT Holding AG teilte L.\_\_\_\_\_ mit, dass er dem gestellten Antrag nicht zustimme und dass das Vorgehen der Rückabwicklung "in einer derart heiklen Angelegenheit befremdet (rückdatierter Zirkularbeschluss und vordatiertes Schreiben der I.\_\_\_\_\_)". An den Sitzungen des Verwaltungsrates der KPT/CPT Holding AG vom 11. Juni und 5. Juli 2010 wurden sodann die von L.\_\_\_\_\_ gestellten Anträge und Fragen diskutiert. An letzterer Sitzung beschloss der Verwaltungsrat – mit einer Gegenstimme von L.\_\_\_\_\_ – den Rückkaufpreis von CHF 600.- pro Aktie. An der Sitzung des Verwaltungsrates der KPT/CPT Holding AG vom

24. August 2010 wurden wiederum Fragen im Zusammenhang mit der Fusion B.\_\_\_\_\_-KPT diskutiert. L.\_\_\_\_\_\_ hielt dabei fest, dass er und der Rechtsdienst der M.\_\_\_\_\_\_ zu anderen Schlüssen als der von der KPT beauftragte Gutachter gekommen seien und der Aktienrückkaufpreis nicht haltbar sei. Er stellte deshalb den – nicht traktandierten – Antrag, dass der Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung – eventuell auch die Delegierten – ihre Aktien freiwillig zu CHF 34.- zurückverkaufen sollten. Nach Konsultation von Art. 6 OGR stellte der Verwaltungsratspräsident fest, dass alle Mitglieder des Verwaltungsrates einem Eintreten auf einen nicht traktandierten Antrag zustimmen müssten. Da er selbst dagegen sei, könne keine Abstimmung über den Antrag von L.\_\_\_\_\_\_ erfolgen.

## **5.2 Beurteilung der Vorinstanz**

**5.2.1** Die Vorinstanz führt im Wesentlichen aus, die Mitglieder des Verwaltungsrates hätten sich bei der Festsetzung des Rückkaufpreises der Mitarbeiteraktien im Zeitraum von Mai bis Juli 2010 in einem für das Unternehmen und die Versicherten bedeutenden Interessenkonflikt befunden. Die Art und Weise, wie mit diesem Interessenkonflikt umgegangen worden sei, stelle eine schwere Verletzung von aufsichtsrechtlichen Bestimmungen dar. Der Beschwerdeführer und der Verwaltungsratspräsident hätten spätestens Anfang April 2010 gewusst, dass das Mitarbeiterbeteiligungsprogramm vor Vollzug der geplanten Fusion mit der B.\_\_\_\_\_\_ aufgelöst werden müsste. Die involvierten Organe hätten dennoch im April 2010, im vollen Wissen um die geplante Fusion, zum Teil erhebliche Stückzahlen von Mitarbeiteraktien der KPT VAG zum Preis von CHF 34.- pro Aktie zugekauft. Im Zeitpunkt der definitiven Beschlussfassung betreffend Festsetzung des Rückkaufpreises auf CHF 600.- pro Aktie im Juni-August 2010 hätten daher die Organe erhebliche persönliche Vermögensinteressen gehabt, denen die Interessen der Gesellschaft und der Versicherten entgegengestanden hätten. Für den Beschwerdeführer und den Verwaltungsratspräsidenten sei aktenkundig, dass sie sich auf einen Rückkauf der Beteiligungen aus dem Mitarbeiterbeteiligungsprogramm zu einem Verkehrswert von CHF 65 Mio. (ausmachend einen Stückpreis von CHF 600.- pro Aktie) bereits am 12. April 2010 verständigt hätten.

**5.2.2** Der Preisfestsetzungsprozess sei im Übrigen in verschiedener Hinsicht problematisch verlaufen und entbehre über weite Strecken jeglicher Sorgfalt und Umsicht. So sei einerseits bei der Preisfestsetzung im Verwaltungsrat auf Grund erkennbar ungeeigneter Kriterien entschieden worden, soweit einzelne Entscheidungsträger überhaupt ausreichend über

diese informiert gewesen seien. Andererseits sei bei berechtigterweise aufgeworfenen Bedenken oder Rückfragen bezüglich der Entscheidungsgrundlagen oder Hinweisen auf noch abzuklärende Umstände in unverständlicher Weise nicht auf diese eingegangen worden. Exemplarisch hierfür stünden die von L.\_\_\_\_\_ mehrfach geäußerten, begründeten Zweifel am Preis und am Vorgehen überhaupt, die in keiner Weise angemessen erörtert worden seien.

**5.2.3** Im Rahmen der Festsetzung des Rückkaufpreises der Mitarbeiteraktien seien zwar verschiedene Bewertungen vorgenommen worden. Diese seien aber entweder als Entscheidungsgrundlage nicht oder nicht alleine geeignet gewesen. Die dem Verwaltungsrat und der Geschäftsleitung vorgelegten Berichte und Gutachten hätten zudem deutlich warnende Hinweise oder Empfehlungen enthalten, die vom Verwaltungsrat pflichtwidrig unbeachtet geblieben seien. Als schwerer Verstoß gegen die Sorgfalts- und Treuepflicht sei insbesondere der Umstand zu werten, dass der Beschwerdeführer auf den Warnhinweis der aufsichtsrechtlichen Prüfgesellschaft vom 10. Juni 2010 nicht reagiert habe, wonach in Bezug auf die Position "übrige technische Rückstellungen CHF 311.7 Mio." allfällige stille Reserven auf den versicherungstechnischen Rückstellungen in Übereinstimmung mit dem VAG nicht in die aktienrechtlichen stillen Reserven einzubeziehen und demzufolge durch die Revisionsstelle nicht zu prüfen und zu bestätigen seien. Für den Beschwerdeführer hätte unter diesen Umständen klar sein müssen, dass der eingeschlagene Weg einer vertiefteren Risikoanalyse bedurft hätte.

**5.2.4** Schliesslich seien bei der Beschlussfindung betreffend Höhe des Rückkaufpreises Verwaltungsräte beteiligt gewesen, die selbst vom Mitarbeiterbeteiligungsprogramm profitiert hätten. Es habe sich keine der in die Beschlüsse involvierten Personen im Verwaltungsrat im Ausstand befunden, obwohl dies auf Grund von Art. 20 ORG angezeigt gewesen wäre. Der Beschwerdeführer müsse sich daher vorwerfen lassen, in seiner Stellung als Vizepräsident des Verwaltungsrates unter Missachtung seiner Sorgfalts- und Treuepflicht seine eigenen Interessen vor die Interessen des Unternehmens und der Versicherten gestellt zu haben und damit in schwerer Weise gegen das aufsichtsrechtliche Gewährserfordernis verstossen zu haben.



### 5.3 Einwände des Beschwerdeführers

**5.3.1** Der Beschwerdeführer betont, dass er sich beim Kauf der Aktien im Rahmen des Mitarbeiterbeteiligungsprogrammes 2009/2010 in keinem Interessenkonflikt befunden habe. Die Aktienausgabe im April 2010 sei bereits anlässlich der Verwaltungsratssitzung der KPT/CPT Holding AG vom 13. Dezember 2009 beschlossen worden, und der Beschluss vom 6. April 2010 habe lediglich noch der Ausführung dieses Beschlusses gedient. Zum ersten Zeitpunkt seien noch keine Gespräche mit potentiellen Fusionspartnern geführt worden, und zum zweiten Zeitpunkt habe der Beschwerdeführer noch nicht gewusst, dass es bereits zu einem Kontakt zwischen den jeweiligen Verwaltungsratspräsidenten der KPT und B.\_\_\_\_\_ gekommen sei. Er habe grundsätzlich an den Verhandlungen mit der B.\_\_\_\_\_ nicht teilgenommen und sei lediglich punktuell bei der Frage des Austauschverhältnisses involviert gewesen, wobei der CFO der KPT VAG die wesentlichen Berechnungen gemacht habe. Als er am 14. April 2010 die Mitarbeiteraktien zu CHF 34.- pro Aktie gezeichnet habe, sei noch höchst unsicher gewesen, ob der Zusammenschluss mit B.\_\_\_\_\_ überhaupt zustande kommen würde. Er habe zu diesem Zeitpunkt lediglich einen Entwurf einer nicht bindenden Grundsatzvereinbarung gesehen.

**5.3.2** Weiter bringt der Beschwerdeführer vor, für die Beschlüsse in Bezug auf die Handhabung des Mitarbeiterbeteiligungsprogrammes sei der Gesamtverwaltungsrat und nicht einzelne Mitglieder verantwortlich. Der Verwaltungsrat habe denn auch die Frage des Rückkaufpreises intensiv diskutiert und dabei verschiedenste Berechnungen herangezogen. Die H.\_\_\_\_\_ habe eine Bewertung der KPT VAG im Marktvergleich erstellt. Weiter sei von der N.\_\_\_\_\_ eine rechtliche und finanzielle Due Dilligence durchgeführt worden, welche die Richtigkeit der Zahlen zur Berechnung des Beteiligungsverhältnisses an der neuen Gesellschaft bestätigt habe. Der Hinweis auf Reputationsrisiken im Due Dilligence Bericht habe der Verwaltungsrat nicht ignoriert, sondern seinen Entscheid im Bewusstsein dieser Risiken getroffen. G.\_\_\_\_\_ habe sodann mit Schreiben vom 10. Juni 2010 bestätigt, dass das Eigenkapital der KPT VAG per 31. Dezember 2009 CHF 424.7 Mio. betragen habe. Auf Grund der Bedenken von L.\_\_\_\_\_ habe der Verwaltungsrat zudem ein Gutachten von O.\_\_\_\_\_ erstellen lassen, das zu einem ähnlichen Ergebnis gelangt sei. Über dieses Ergebnis sei der Verwaltungsrat vor seiner Sitzung vom 11. Juni 2010 informiert gewesen. Weiter seien P.\_\_\_\_\_ und Q.\_\_\_\_\_ in ihrem Gutachten vom 6. Oktober 2010 zum Schluss ge-

kommen, dass das Vorgehen des Verwaltungsrates der KPT/CPT Holding AG bei der Umsetzung des Mitarbeiterbeteiligungsprogrammes 2010 und der Festsetzung des Rückkaufpreises nicht zu beanstanden sei. Schliesslich habe die KPT/CPT Holding AG im Verwaltungsrat und in der Geschäftsleitung über ausgewiesene Fachspezialisten verfügt. Dem Beschwerdeführer sei denn auch in Bezug auf die Erstellung der Berechnung des Rückkaufpreises der Mitarbeiteraktien und der Vorbereitung des Zirkularbeschlusses vom 2. Juni 2010 lediglich unterstützende Funktion zugekommen. Die Führung habe klar beim Verwaltungsratspräsidenten und einem weiteren Verwaltungsratsmitglied gelegen. Insbesondere sei nicht der Beschwerdeführer, sondern der CFO von der Ausschüttbarkeit der technischen Rückstellungen ausgegangen.

**5.3.3** Wesentlich sei weiter, dass der Rückkauf der Mitarbeiteraktien durch das Zustandekommen des Zusammenschlusses bedingt und damit u.a. auch von der Zustimmung der Vorinstanz abhängig gewesen sei. Die Vorinstanz sei zudem bereits am 9. Juni 2012 über die mit dem Beteiligungswechsel verbundenen Transaktionen informiert gewesen.

## **5.4 Rechtliche Leitsätze**

**5.4.1** Gemäss Art. 715a Abs. 1 OR kann jedes Mitglied des Verwaltungsrates Auskunft über alle Angelegenheiten der Gesellschaft verlangen. Dieses unbeschränkte Auskunftsrecht stellt sicher, dass jedes Mitglied des Verwaltungsrates über ausreichende und zeitgerechte Informationen verfügt. Dem Recht auf Auskunft entspricht auf der anderen Seite die Pflicht jedes Mitglieds des Verwaltungsrates, bei Vorliegen von Anhaltspunkten für wichtige, die Gesellschaft betreffende Tatsachen die erforderlichen Informationen auch aktiv zu verlangen (MARTIN WERNLI/MARCO A. RIZZI, BSK OR II, Art. 715a N. 3; BÖCKLI, a.a.O., § 13 Rz. 168).

**5.4.2** Der Verwaltungsrat kann gemäss Art. 716a Abs. 2 OR die Vorbereitung und die Ausführung seiner Beschlüsse oder die Überwachung von Geschäften Ausschüssen oder einzelnen Mitgliedern zuweisen. Ist die Vorbereitung eines Beschlusses einem Ausschuss oder einem einzelnen Mitglied zugewiesen worden, so ist für eine angemessene Berichterstattung an den Gesamtverwaltungsrat zu sorgen, bevor dieser den Beschluss fasst. Die im Ausschuss nicht vertretenen Mitglieder des Verwaltungsrates haben dabei Grundannahmen trotz Vorarbeiten in Frage zu stellen. Wird auf Rückfragen jedoch ausgeführt, diese Annahmen seien sorgfältig verifiziert worden, dürfen sich die Mitglieder auf diese Auskunft

verlassen (ROLF WATTER, Verwaltungsratsausschüsse und Delegierbarkeit von Aufgaben, in: von der Crone et al. (Hrsg.), Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Peter Forstmoser, Zürich/Basel/Genf 2003, S. 189). Fehler in der Entscheidvorbereitung in einem Ausschuss können den nichtbeteiligten Mitgliedern des Verwaltungsrates nicht entgegen gehalten werden, wenn sie diese Fehler nicht erkennen konnten (ROLF WATTER/KATJA ROTH PELLANDA, BSK OR II, Art. 716a N. 37).

## **5.5 Gerichtliche Beurteilung**

**5.5.1** Es ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer im Rahmen des KPT Mitarbeiterbeteiligungsprogrammes bereits bei früheren Ausgaben zwischen 2006 und 2009 Mitarbeiteraktien erworben und auch bei der letzten Ausgabe im April 2010 Aktien der KPT VAG zum Preis von CHF 34.- pro Aktie gekauft hat. Auf Grund der erworbenen Mitarbeiteraktien bestand für den Beschwerdeführer beim Entscheid über die Festsetzung des Rückkaufpreises dieser Aktien zwischen Mai und Juli 2010 offensichtlich die Gefahr eines Interessenkonflikts, da er ein persönliches, finanzielles Interesse an einem möglichst hohen Rückkaufpreis hatte. Diesem persönlichen, finanziellen Interesse standen die Interessen der KPT/CPT Holding AG und letztlich der ganzen KPT-Gruppe gegenüber, für welche die Festlegung eines im Unterschied zum Ausgabepreis deutlich höheren Rückkaufpreises zu einem Reputationsrisiko führte. Zudem bewirkte die beschlossene Finanzierung des Aktienrückkaufs mittels eines ungesicherten, unverzinslichen Darlehens der KPT VAG an die KPT/CPT Holding AG über CHF 70 Mio. einen bedeutenden Mittelabfluss und eine finanzielle Benachteiligung der KPT VAG (vgl. dazu nachfolgend E. 6). Der Abfluss dieser Mittel, die rund 12 % der Bilanzsumme resp. 161 % des statutarisch ausgewiesenen Eigenkapitals der KPT VAG ausmachten, führte sogar zu einer Gefährdung der Solvabilität der Gesellschaft und damit zu einem beträchtlichen Risiko für die Versicherten (vgl. nachfolgend E. 8.1.2). Bei der Gefahr eines solchen Interessenkonflikts zwischen persönlichen, finanziellen Interessen einerseits und den Interessen der Gesellschaft und der Versicherten andererseits gebietet die Treuepflicht nach Art. 717 Abs. 1 OR, mittels geeigneter Massnahmen sicherzustellen, dass die Interessen der Gesellschaft gebührend berücksichtigt werden. Vorliegend hat es jedoch der Beschwerdeführer unterlassen, solche geeigneten Massnahmen zu ergreifen. Weder wurden bei der Entscheidfindung die – auch von Art. 20 ORG vorgeschriebenen – Ausstandsvorschriften befolgt, noch wurden bei der Festsetzung des Rückkaufpreises andere zielführende Massnahmen ergriffen. Insbesondere wurde keine

objektive Beurteilung von externen, nicht in einem Interessenkonflikt stehenden Personen eingeholt (vgl. dazu nachfolgend E. 5.5.6). Von besonderer Bedeutung ist vorliegend, dass der Beschwerdeführer trotz Bestehens eines offensichtlichen Interessenkonfliktes bei der Festsetzung des Rückkaufpreises der Mitarbeiteraktien nicht an erster Stelle die Berechnungsvorgaben des Mitarbeiterreglementes (Ziff. 6.3) resp. des gleichlautenden Aktionärsbindungsvertrages (Ziff. 12c) konsultierte und zur Anwendung brachte. Eine Festsetzung des Rückkaufpreises der Mitarbeiteraktien nach den entsprechenden Berechnungsvorgaben hätte einen Betrag von CHF 34.- pro Aktie ergeben und entsprach dem Preis der Mitarbeiteraktien, die im Rahmen des Mitarbeiterbeteiligungsprogrammes noch im April 2010 den Mitgliedern des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung, den Delegierten und den Mitarbeitern zum Kauf angeboten worden waren. Ein Rückkauf der Mitarbeiteraktien zu diesem gemäss Mitarbeiterreglement resp. Aktionärsbindungsvertrag bestimmten Preis wäre mit Blick auf Art. 717 Abs. 1 OR unproblematisch gewesen. Der Stiftungsrat resp. der Verwaltungsrat der KPT/CPT Holding AG kann bezüglich des Rückkaufs von Mitarbeiteraktien zwar gemäss Ziff. 6.4 des Mitarbeiterreglementes resp. Ziff. 12d des Aktionärsbindungsvertrages Restriktionen erlassen oder weitergehende Vereinbarungen abschliessen. Mit Hinweis auf diese Regelungen kann der Beschwerdeführer jedoch nicht die ihm als Vizeverwaltungsratspräsident zukommende Treue- und Sorgfaltspflicht gemäss Art. 717 Abs. 1 OR umgehen. Vielmehr sind auch diese Regelungen mit Blick auf die bundesrechtlichen Anforderungen an die Wahrung der Treue- und Sorgfaltspflicht des Verwaltungsrates auszulegen. Dabei sind vorliegend strenge Massstäbe anzulegen, da bei der Festlegung des Rückkaufpreises der Mitarbeiteraktien offensichtlich persönliche finanzielle Interessen des Beschwerdeführers vorlagen (BGE 113 II 52 E. 3a, BGE 130 III 213 E. 2.2.2). Ein Abweichen von der Berechnungsmethode nach dem Mitarbeiterreglement resp. dem Aktionärsbindungsvertrag wäre daher mit besonderer Sorgfalt zu prüfen und zu begründen gewesen. Dieses Vorgehen drängte sich umso mehr auf, als der Beschwerdeführer bereits mit Mail vom 12. April 2010 dem Verwaltungsratspräsidenten mitteilte, dass die Mitarbeiteraktien zum Verkehrswert von ca. CHF 65 Mio. – was einem Rückkaufpreis von CHF 600.- pro Aktie entspricht – zurück zu kaufen seien. Die persönlichen finanziellen Vorteile bei der vom Beschwerdeführer geplanten Handhabung des Mitarbeiterprogrammes und der Festsetzung des Rückkaufpreises waren daher offensichtlich. Unter diesen Umständen hätte es für den Beschwerdeführer auf der Hand liegen müssen, dass die Mitarbeiteraktien, die noch im April 2010 zu CHF 34.- pro Stück ausgegeben worden waren,

nicht bzw. nicht ohne vorgängige Bewertung durch einen externen, unabhängigen Gutachter und vertiefte Prüfung seiner Schlüsse wenige Wochen später zu CHF 600.- pro Stück zurück gekauft werden konnten. Mit Blick auf diesen zeitlichen Ablauf und unter Berücksichtigung dessen, dass der Beschwerdeführer zur Realisierung des Rückkaufs der Mitarbeiteraktien und damit zur Realisierung seiner eigenen finanziellen Vorteile als Mitglied des Fusionsausschusses im Mai 2010 ein Darlehen in der Höhe von CHF 70 Mio. beschloss (vgl. nachfolgend E. 6), liegt eine qualifizierte Verletzung seiner Sorgfalts- und Treuepflicht vor.

**5.5.2** Im Weiteren erweist sich die Vorgehensweise des Beschwerdeführers bei der Handhabung des Mitarbeiterbeteiligungsprogrammes mit Blick auf die geplante Fusion – wie die Vorinstanz zu Recht ausführt – in mehrerer Hinsicht als im Widerspruch zur Sorgfaltspflicht von Art. 717 Abs. 1 OR. In Bezug auf den Massstab der Sorgfaltspflicht ist vorliegend zunächst festzuhalten, dass der Beschwerdeführer diplomierter Wirtschaftsprüfer ist. Auf Grund seiner Kenntnisse war er auch Mitglied und von Juni 2009 bis September 2011 Präsident des Audit Committees, das den Verwaltungsrat aller KPT-Gruppengesellschaften unterstützt bei der Aufsicht über die Finanzen, das interne Kontrollsystem sowie die internen Steuerungs- und Führungsprozesse (Governance) und der Überwachung von internen und externen Vorschriften und rechtlichen Vorgaben (Compliance). Vor diesem Hintergrund entspricht es nicht einem nach Art. 717 Abs. 1 OR geforderten sorgfältigen Vorgehen, dass der Beschwerdeführer, der spätestens auf Grund seiner Ergänzung des Grundsatzpapiers am 12. April 2010 davon ausging, dass alle Aktien zum Verkehrswert von ca. CHF 65 Mio. zurück zu kaufen seien (Dossier 1064477 A 334-321, insb. 329) – was einem Rückkaufpreis von CHF 600.- pro Aktie entspricht – der Frage der Ausgabe neuer Aktien noch im April 2010 zu einem Preis von CHF 34.- keine weitere Beachtung schenkte und entsprechende weitere Informationen und Abklärungen forderte (Art. 715a Abs. 1 OR). Gerade auch mit Blick auf die vom Beschwerdeführer geltend gemachten Unsicherheiten bezüglich des Fusionsprozesses hätte er vor der Mitteilung des entsprechenden Kaufangebots zu CHF 34.- pro Aktie an die Berechtigten mit Schreiben vom 13. April 2010 und 15. April 2010 und der eigenen Zeichnung von Aktien am 14. April 2010 weitere einlässliche Abklärungen – insbesondere mit Blick auf einen Verzicht auf eine Ausgabe oder mögliche Alternativen – verlangen müssen. Angesichts der ausserordentlich hohen Differenz zwischen Ausgabe- und dem von ihm bereits am 12. April 2010 im Grundsatzpapier festgehaltenen Rückkaufpreis hätte eine sorgfältig handelnde Person mit dem Wissen eines dip-

lominierten Wirtschaftsprüfers erkennen müssen, dass zu dieser Frage weitere Entscheidungsgrundlagen unerlässlich waren. Gleiches gilt für die Erarbeitung des Dokumentes "Festsetzung des Rückkaufpreises für die von den Mitarbeitern im Rahmen des Aktienbeteiligungsprogrammes gehaltenen Aktien der KPT Versicherungen AG". Bei der Erstellung dieses Dokumentes hätte der Beschwerdeführer auf die Erarbeitung und Überprüfung verschiedener Alternativen drängen müssen. Vorliegend wäre insbesondere die naheliegende Alternative eines Rückkaufs zu CHF 34.- pro Aktie gemäss dem Berechnungsmodell des Mitarbeiterbeteiligungsreglements resp. des gleichlautenden Aktionärsbindungsvertrages zu prüfen gewesen. In den Akten finden sich jedoch keinerlei Hinweise, dass bei Erstellung dieses Dokumentes zwischen dem 25. Mai 2010 und dem 1. Juni 2010 neben der Begründung des Rückkaufpreises von CHF 600.- pro Aktie diese Alternative geprüft oder ein externes Gutachten zur Frage des Rückkaufpreises eingeholt worden wäre. Beachtlich ist insbesondere, dass die KPT/CPT Holding AG den Mandatsvertrag mit der O.\_\_\_\_\_ für eine externe Bewertung der KPT VAG erst am 9. Juni 2010 unterzeichnete – zu einem Zeitpunkt, in dem der Beschwerdeführer seine Berechnungen und Begründungen des Rückkaufpreises von CHF 600.- bereits abgeschlossen hatte. Die Berechnungen und Bewertungen von O.\_\_\_\_\_ konnten daher in die massgebend vom Beschwerdeführer erarbeiteten Dokumente zur Festsetzung des Rückkaufpreises, die dem Verwaltungsrat mit E-Mail vom 1. Juni 2010 zugesandt wurden, nicht einfließen. Der Beschwerdeführer kann daher aus dem Vorbringen, O.\_\_\_\_\_ habe ihre Arbeiten sehr sorgfältig ausgeführt, nichts zu seinen Gunsten ableiten. Das Gutachten von O.\_\_\_\_\_ datiert denn auch vom 18. Juni 2010 und lag den Mitgliedern des Verwaltungsrates in der Sitzung vom 11. Juni 2010 nicht schriftlich vor. Ein am 10. Juni 2010 stattgefundenes Telefongespräch zwischen dem Verwaltungsratspräsidenten und O.\_\_\_\_\_, in welchem das Resultat des Bewertungsgutachtens kommuniziert wurde, kann eine ausführliche schriftliche Dokumentation der Verwaltungsratsmitglieder in dem so wesentlichen Punkt der Festsetzung des Rückkaufpreises nicht ersetzen. In diesem Zusammenhang ist bezeichnend, dass L.\_\_\_\_\_ an der Sitzung vom 11. Juni 2010 festgehalten hat, er wolle den Bericht von O.\_\_\_\_\_ sehen, bevor er einen Entscheid fälle (Dossier 1049280 B pag. 462).

**5.5.3** Die Notwendigkeit von Abklärungen verschiedener Varianten erscheint umso dringender, als auch in den zur Fusion erstellten Dokumenten entsprechende Hinweise vorhanden waren. Wie der Beschwerdeführer selbst ausführt, wurde in der Draft-Version der Due Diligence der

N.\_\_\_\_\_ vom 2. Juni 2010 in den Key Findings unter anderem festgehalten, dass in Verbindung mit der genehmigten Ausgabe von Mitarbeiteraktien vom März/April 2010, welche kurz oder gar während den Verhandlungen über die Fusion umgesetzt worden sei, das Haftungs- und Reputationsrisiko für die beteiligten KPT-Organe besonders hoch erscheine. Die N.\_\_\_\_\_ gab daher die Empfehlung ab, den Rückkaufpreis mit grosser Sorgfalt unter Berücksichtigung des Reglements festzulegen und ein detailliertes Argumentarium zur Begründung des Rückkaufpreises zu erarbeiten (Dossier 1049280 B pag. 2030-2063, insb. 2037). Die entsprechenden Feststellungen finden sich auch in der endgültigen Fassung der Due Diligence vom 4. Juni 2010 und der Zusammenfassung der Due-Diligence-Berichte vom 23. Juni 2010 (Dossier 1049280 A pag. 617-585, insb. 611; 671-658, insb. 664). Wie die Vorinstanz zu Recht festhält, wurde zudem der Rückkaufpreis von CHF 600.- pro Aktie von der Due Diligence der N.\_\_\_\_\_ weder überprüft noch plausibilisiert. Es handelte sich um eine rein finanzielle und rechtliche Due Diligence auf den definierten Themen und gerade nicht um eine eigenständige Bewertung der Preisfestsetzungsmethodik oder die Abgabe einer "fairness opinion". Gleichwohl hat es der Beschwerdeführer im Prozess der Festsetzung des Rückkaufpreises unterlassen, auf die Erstellung eines von der N.\_\_\_\_\_ empfohlenes detailliertes Argumentarium – insbesondere unter Einbezug einer Evaluation des Rückkaufs gemäss Mitarbeiterbeteiligungsreglement resp. Aktionärsbindungsvertrag – zu drängen. Vielmehr sandte der Beschwerdeführer mit E-Mail vom 1. Juni 2010 lediglich das Dokument "Festsetzung des Rückkaufpreises für die von den Mitarbeitern im Rahmen des Aktienbeteiligungsprogrammes gehaltenen Aktien der KPT Versicherungen AG" den Mitgliedern des Verwaltungsrates zu und empfahl, dem Antrag auf Festsetzung des Aktienpreises auf CHF 600.- pro Aktie mit Mail an den Präsidenten zuzustimmen (Dossier 1049280 B pag. 1512-1513). Als L.\_\_\_\_\_ gegen dieses Vorgehen opponierte, wurde an der Sitzung des Verwaltungsrates vom 11. Juni 2010 die Preisfestsetzung erläutert. Der Verwaltungsratspräsident führte dabei aus, dass ein Reputationsrisiko bestehe, wenn die Schere zwischen Kauf- und Verkaufspreis öffentlich bekannt werde. Er wies jedoch darauf hin, dass es "keine Alternative als die Ermittlung des Verkehrswertes" gebe und der angenommene Wert von CHF 600.- je Aktie realistisch sei (Dossier 1049280 B pag. 458-466, insb. 459, 461). Diesen Ausführungen hat der Beschwerdeführer nicht widersprochen. Vielmehr führte er weiter zur Thematik Aktienwert und Reputationsschaden aus, der Aktienwert für die Abgabe der Aktie sei ursprünglich von der R.\_\_\_\_\_ festgehalten worden, wobei die nicht versteuerten Reserven unberücksichtigt geblieben

seien. Unter Berücksichtigung der Reserven würden sich je nach Betrachtungsweise ein Kaufpreis zwischen CHF 400.- und CHF 1'700.- ergeben. Die KPT VAG habe 15 Jahre lang Reserven gebunkert und nie Steuern bezahlt. Das durch die Revisionsstelle bestätigte Eigenkapital betrage CHF 424 Mio. Diese Angaben konnte der Beschwerdeführer jedoch nicht auf dem Verwaltungsrat vorliegende Unterlagen stützen und waren zudem lückenhaft. So hat G.\_\_\_\_\_ in ihrem Schreiben an den Beschwerdeführer vom 10. Juni 2010 wichtige Vorbehalte zur Bestimmung des Eigenkapitals der KPT VAG gemacht. Nur unter Einbezug der Position "übrige technische Rückstellungen" von CHF 311,787 Mio. ergibt sich aus der Zusammenstellung der Revisionsgesellschaft ein Eigenkapital – wie vom Beschwerdeführer an der Verwaltungsratssitzung erläutert – von rund CHF 424 Mio. Zur Position "übrige technische Rückstellungen CHF 311,787 Mio." führte G.\_\_\_\_\_ jedoch explizit aus:

"Während wir die aktienrechtlichen stillen Reserven sowie die Reserven auf den Kapitalanlagen im umfassenden Bericht an den Verwaltungsrat und die FINMA bestätigt haben, halten wir fest, dass allfällige stille Reserven auf den versicherungstechnischen Rückstellungen in Übereinstimmung mit dem VAG nicht in die aktienrechtlichen stillen Reserven einzubeziehen und demzufolge durch die Revisionsstelle nicht zu prüfen und zu bestätigen sind. In diesem Sinne steht die vorstehende Aufstellung unter der Prämisse, dass die übrigen technischen Rückstellungen auch unter aktuarieller Betrachtung effektiv als ungebunden und demzufolge als stille Reserve bezeichnet werden können."

Entsprechend wurde auch bei der tabellarischen Zusammenstellung auf Beilage 1 die Position der übrigen technischen Rückstellungen von CHF 311,787 Mio. mit zwei Sternen versehen und vermerkt, dass es der aktuariellen Beurteilung obliege, ob dieser Betrag stille Reserven seien oder nicht (Dossier 1049280 B pag. 1758-1760). Die Angaben des Beschwerdeführers bei der Information des Gesamtverwaltungsrates waren daher diesbezüglich unvollständig. Unvollständig waren auch die Informationen des Gesamtverwaltungsrates in Bezug auf die mit der Festsetzung des Aktienpreises verbundenen Reputationsrisiken. Der Verwaltungsratspräsident teilte den Anwesenden nämlich mit, die N.\_\_\_\_\_ erwähne in ihrer Due Diligence den Sachverhalt, ohne diesen aber als grosses Risiko darzustellen (Dossier 1049280 B pag. 458-466, insb. 461). Trotz dieser unvollständigen Informationen wurde schliesslich an der Sitzung des Verwaltungsrates vom 5. Juli 2010 beschlossen, die Mitarbeiteraktien zum Preis von CHF 600.- je Aktie zurück zu kaufen. Auf einen – nicht traktandierten – Rückkommensantrag von L.\_\_\_\_\_ an der Sitzung des Verwaltungsrates der KPT/CPT Holding AG vom 24. August 2010 wurde



in der Folge auf Grund der Gegenstimme des Verwaltungsratspräsidenten nicht eingetreten, obwohl L.\_\_\_\_\_ mit Verweis auf Abklärungen der Rechtsabteilung der M.\_\_\_\_\_ den Aktienrückkaufpreis als nicht haltbar bezeichnete. L.\_\_\_\_\_ verfügte – auch nach den Vorbringen des Beschwerdeführers – über langjährige operative und strategische Erfahrung im Versicherungsgeschäft und konnte daher als Versicherungsspezialist gelten. Bei seiner Stellungnahme handelte es sich daher um gestützt auf rechtliche Einschätzungen erhobene Zweifel an der Festsetzung des Rückkaufpreises, die genauerer Erörterung bedurft hätten. Dem Gesamtverwaltungsrat waren daher trotz Rückfragen nicht alle relevanten Sachverhalte für die Entscheidungsfindung bekannt. Vor diesem Hintergrund geht das Vorbringen des Beschwerdeführers, der Gesamtverwaltungsrat allein sei für die Beschlüsse in Bezug auf die Handhabung des Mitarbeiterbeteiligungsprogrammes verantwortlich – und nicht einzelne in die Vorbereitung des Beschlusses involvierte Mitglieder – ins Leere.

**5.5.4** Aus dem Vorstehenden ergibt sich zusammenfassend, dass die Vorinstanz zu Recht festgestellt hat, dass der Beschwerdeführer bei der Festsetzung des Rückkaufpreises der Mitarbeiteraktien und der Handhabung des Mitarbeiterbeteiligungsprogrammes die in Art. 717 Abs. 1 OR verankerte Treue- und Sorgfaltspflicht und damit auch das Gewährserfordernis im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Bst. a VAG verletzt hat.

**5.5.5** Was der Beschwerdeführer gegen diese Beurteilung vorbringt, vermag nicht zu überzeugen. Zunächst kann der Beschluss zur Ausgabe weiterer Mitarbeiteraktien vom 6. April 2010 nicht lediglich als Umsetzung eines "Grundsatzbeschlusses" vom 13. Dezember 2009 gesehen werden. Inhalt des Letzteren war lediglich die Gleichstellung der neuen im Jahr 2009 gewählten zwei Mitglieder des Verwaltungsrates und des im Jahre 2009 neu ernannten Mitglieds der Geschäftsleitung mit den bisherigen Verwaltungsräten resp. den bisherigen Geschäftsleitungsmitgliedern beim Erwerb von Mitarbeiteraktien der KPT VAG (Dossier 1049280 B pag. 1671-1677). Damit unterscheidet sich der Beschluss vom 13. Dezember 2009 jedoch wesentlich vom am 6. April 2010 beschlossenen "Dreistufenplan" zur Aktienausgabe, bei dem nicht nur neue Mitglieder des Verwaltungsrates resp. der Geschäftsleitung zwecks Gleichstellung Aktien erwerben konnten, sondern auch bisherige Mandatsträger und Mitarbeitende der KPT-Gruppe. Im Übrigen gilt es darauf hinzuweisen, dass die Sorgfalts- und Treuepflicht nach Art. 717 Abs. 1 OR nicht nur im Zeitpunkt eines Beschlusses des Verwaltungsrates gilt, sondern auch bei der Umsetzung eines bereits getroffenen Beschlusses samt den allenfalls not-

wendigen Korrekturen. Auch wenn also der Beschluss zur Ausgabe der Mitarbeiteraktien vom 6. April 2010 als Umsetzung eines früheren Beschlusses verstanden werden könnte, hätte ein sorgfältiges Vorgehen zu diesem Zeitpunkt vor dem Hintergrund der laufenden Verhandlungen betreffend Fusion und des dadurch notwendigen Rückkaufs der Mitarbeiteraktien dennoch weitere Abklärungen zu möglichen Alternativen vorausgesetzt. Allfällige Unklarheiten des Beschwerdeführers über den Stand der Verhandlungen hätte er gestützt auf sein unbeschränktes Auskunftrecht nach Art. 715a Abs. 1 OR klären müssen.

**5.5.6** Das Vorbringen des Beschwerdeführers, der Verwaltungsrat habe sich bei seiner Entscheidung zur Festsetzung des Rückkaufpreises der Mitarbeiteraktien auf renommierte Berater und auf mehrere externe Berechnungen gestützt, vermag ebenso wenig durchzudringen. Zunächst gilt es festzuhalten, dass einzig solche Berater in Betracht gezogen werden können, die mit dem vorliegenden Streitgegenstand befasst waren und sich spezifisch dazu geäußert haben. Unbeachtlich sind daher die vom Beschwerdeführer angeführten Rechtsberater, die in Bezug auf das Zusammenschlussverfahren als solches, aber nicht für die vorliegend relevanten Rechtsfragen mandatiert waren (vgl. auch vorstehend E. 2.3). Weiter führt die Vorinstanz zu Recht aus, dass die externen Bewertungen nicht oder nicht alleine als Entscheidungsgrundlage geeignet waren und Hinweise enthielten, die genauerer Abklärung bedurft hätten. Weder durch die Aufstellungen der H.\_\_\_\_\_ noch durch die Due Diligence der N.\_\_\_\_\_ wurden die gelieferten Zahlen der KPT-Gruppe oder der Aktienrückkaufpreis überprüft oder plausibilisiert. Der Beschwerdeführer selber wies im Übrigen darauf hin, dass kein Zusammenhang zwischen der Festsetzung des Rückkaufpreises und den Ergebnissen der Due Diligence hergestellt werden solle (Dossier 1049280 A pag. 2783). Das erst nach dem Antrag vom 1. Juni 2010 auf Festsetzung des Rückkaufpreises auf CHF 600.- pro Aktie erstellte Gutachten von O.\_\_\_\_\_ vom 18. Juni 2010 hält zudem explizit fest, es enthalte keine Beurteilung der bei der Berechnung des Beteiligungsverhältnisses im Rahmen der geplanten Fusion zur Anwendung gekommenen Faktoren und sei nicht als "fairness opinion" zu verstehen. Das Gutachten setze weiter die Richtigkeit und Vollständigkeit der von der KPT-Gruppe erhaltenen Finanzdaten und sonstigen Informationen voraus. Die Vorinstanz weist schliesslich zu Recht darauf hin, dass das Gutachten zur Bilanzposition "übrige technische Rückstellungen CHF 311.8 Mio." in einer Fussnote auf das Rundschreiben 2010/3 der FINMA hinweist, welches zu einer (teilweisen) Zweckbindung dieser Rückstellung und der entsprechenden Nichtaus-

schüttbarkeit führen könne (Dossier 1049280 B pag. 1950-1977, insb. 1962). Explizite Vorbehalte zu dieser Position brachte auch G.\_\_\_\_\_ in einem an den Beschwerdeführer gesandten Schreiben vom 10. Juni 2012 an (vgl. vorstehend E. 5.5.3). Dem Beschwerdeführer hätte daher – auch mit Blick auf seine Fachkenntnisse – bewusst sein müssen, dass die technischen Rückstellungen nicht ohne weitere Abklärungen als ungebunden und ausschüttbar hätten qualifiziert werden können. Der Beschwerdeführer kann daher aus dem Hinweis, dass nicht er, sondern der CFO in einer Besprechung mit O.\_\_\_\_\_ am 9. Juni 2010 von der Ausschüttbarkeit der technischen Rückstellungen in Kenntnis des FINMA RS 2010/3 ausgegangen sei, nichts zu seinen Gunsten ableiten. Das vom Beschwerdeführer genannte Parteigutachten (vgl. dazu vorstehend E. 2.2.1) zum Mitarbeiterbeteiligungsprogramm datiert vom 6. Oktober 2010 und lag daher dem Verwaltungsrat bei der Entscheidungsfindung über den Rückkaufpreis der Aktien nicht vor. Im Übrigen weist das Gutachten darauf hin, dass die Grundlagen der Bewertung des von O.\_\_\_\_\_ erstellten Gutachtens sowie die Richtigkeit der darin getroffenen Annahmen und die Ermittlung des Unternehmenswertes der KPT VAG an sich nicht beurteilt werden könnten (Dossier 1049280 B pag. 532-555, 543). Die vom Beschwerdeführer angeführten Berechnungen und Gutachten erweisen sich daher als Entscheidungsgrundlage für die Festsetzung des Rückkaufpreises der Mitarbeiteraktien als unzureichend. Dies hätte dem Beschwerdeführer auf Grund der darin enthaltenen klaren Hinweise und auf Grund seiner Fachkenntnisse im Finanzbereich bewusst sein müssen.

**5.5.7** Zudem kann der Beschwerdeführer aus der von ihm geltend gemachten lediglich unterstützenden Funktion im Prozess der Festlegung des Rückkaufpreises nichts zu seinen Gunsten ableiten. Unabhängig von seiner konkreten Funktion hätte eine sorgfältig handelnde Person mit seinen überdurchschnittlichen Fachkenntnissen und Erfahrungen im Finanzbereich mit Blick auf die mehrfach geäußerten, warnenden Hinweise die Notwendigkeit weiterer Abklärungen und einlässlicher Entscheidungsgrundlagen erkennen müssen. Im Übrigen ist gestützt auf die vorliegenden Akten davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer einen wesentlichen Anteil an der Festsetzung des Rückkaufpreises hatte. Bereits beim Studium und der Ergänzung des Grundsatzpapiers zur Fusion am 12. April 2010 ist der Beschwerdeführer davon ausgegangen, dass die Mitarbeiteraktien zu einem Preis von CHF 600.- pro Aktie zurück zu kaufen seien (Dossier 1064477 A 334-321, insb. 329). Weiter beschloss der Beschwerdeführer als Mitglied des Fusionsausschusses am 11. Mai 2010, dass die KPT

VAG der KPT/CPT Holding AG ein Darlehen über CHF 70 Mio. gewähren solle, wobei sich dieser Betrag nach einer Notiz von ihm aus der Anzahl Mitarbeiteraktien zu CHF 600.- ergeben würde (Dossier 1049280 B pag. 452). Der Beschwerdeführer hielt sodann mit E-Mail vom 28. Mai 2010 an den Verwaltungsratspräsidenten und ein weiteres Verwaltungsratsmitglied (mit Cc. an den CFO der KPT VAG) Folgendes fest: "Bin der Meinung, dass wir genug Informationen verfügen, um den Preis von Fr. 600 für eine Aktie der KPT Versicherungen AG zu definieren. (...) Ich schlage vor, dass der VR den Preis mittels Zirkulationsverfahren über das Wochenende beschliesst, und dass die Briefe an die Aktionäre am nächsten Montag verschickt werden" (Dossier 1049280 A pag. 2783-2782). Das Argumentarium für den Zirkularbeschluss wurde in der Folge vom Beschwerdeführer mit E-Mail vom 1. Juni 2010 versandt, wobei der Beschwerdeführer darauf hinwies, dass er – und nicht der Verwaltungsratspräsident oder andere Verwaltungsrats- oder Geschäftsführungsmitglieder – für Fragen gerne zur Verfügung stehe (Dossier 1049280 B pag. 1512). Schliesslich war es auch der Beschwerdeführer, der im Rahmen der Sitzung des Verwaltungsrates vom 11. Juni 2010 das Argumentarium zur Festsetzung des Rückkaufpreises der Mitarbeiteraktien genauer erläuterte (Dossier 1049280 B pag. 458-466, insb. 459-460).

**5.5.8** Da sich der Vorwurf der Vorinstanz darauf bezieht, dass der Beschwerdeführer bei der Handhabung des Mitarbeiterbeteiligungsprogrammes und im Prozess der Entscheidungsfindung in Bezug auf den Rückkaufpreis im vorliegend massgebenden Zeitraum von Mai bis Juli 2010 naheliegende Alternativen nicht abgeklärt und notwendige externe Bewertungen nicht eingeholt hat, ist auch der Hinweis unbehelflich, dass das Abweichen vom Berechnungsmodell des Mitarbeiterbeteiligungsreglements resp. des Aktionärsbindungsvertrages – ex post – vom Parteigutachten vom 6. Oktober 2010 als zulässig bewertet worden sei. Die Verletzung der Sorgfalts- und Treuepflicht ist aufsichtsrechtlich unabhängig davon zu prüfen und gegebenenfalls zu sanktionieren, ob sich ein Entscheid im Nachhinein als nicht rechtswidrig erweisen mag. Die Verletzung der erwähnten Pflichten setzt mithin keinen Erfolg im Sinne z.B. einer Schädigung der betroffenen Gesellschaft voraus. Es erübrigen sich somit weitere Ausführungen hierzu.

**5.5.9** Im Übrigen gilt es darauf hinzuweisen, dass die Sorgfalts- und Treuepflicht nach Art. 717 Abs. 1 OR bei der Erfüllung jeder Aufgabe und beim Fällen jeder Entscheidung des Verwaltungsrates zu wahren ist. Unbeachtlich ist daher, ob der Rückkauf der Mitarbeiteraktien zu CHF 600.-

pro Stück durch das Zustandekommen des Zusammenschlusses bedingt und damit indirekt von der Zustimmung der Vorinstanz abhängig gewesen wäre. Unbeachtlich ist weiter, ob die Vorinstanz über den Rückkauf der Mitarbeiteraktien zu CHF 600.- pro Stück informiert wurde, untersteht doch der Rückkauf der Aktien selbst nicht der Genehmigung durch die Vorinstanz (Art. 4 i.V.m. Art. 5 VAG). Im Übrigen wurde die Vorinstanz nicht – wie der Beschwerdeführer geltend macht – umfassend über die Thematik des Rückkaufs der Mitarbeiteraktien informiert und dokumentiert (vgl. dazu nachstehend E. 6.5.5).

**5.5.10** Auf Grund der vorstehenden Ausführungen erhellt, dass sich das Gericht gestützt auf die bereits abgenommenen Beweise und der umfassenden Aktenlage seine Überzeugung schlüssig bilden kann. Die Abnahme weiterer Beweise – insbesondere weiterer Zeugeneinvernahmen – würde lediglich zu einem ungerechtfertigten prozessualen Mehraufwand und zu einer unnötigen zeitlichen Verzögerung führen, weshalb die entsprechenden Anträge abzuweisen sind.

## **6. Darlehensgewährung an die KPT/CPT Holding AG**

### **6.1 Übersicht**

Am 11. Mai 2010 beschloss der für die Fusion zuständige Ausschuss, bestehend aus dem Beschwerdeführer, dem Verwaltungsratspräsidenten und einem weiteren Verwaltungsratsmitglied, dass die KPT VAG der KPT/CPT Holding AG ein Darlehen über CHF 70 Mio. gewähren solle. Gemäss Protokoll des Beschlusses diene das Darlehen zur Umsetzung des Aktienrückkaufprogramms und zur Deckung weiterer Fusionskosten. Der Auftrag für die entsprechende Überweisung von CHF 70 Mio. auf das Konto der KPT/CPT Holding AG bei der I.\_\_\_\_\_ wurde am 26. Mai 2010 erteilt. Ein Darlehensvertrag zwischen der KPT/CPT Holding AG und der KPT VAG sollte gemäss Beschluss vom 11. Mai 2010 erstellt werden, sobald die genauen Zahlen für das Programm und die weiteren Aufwendungen feststehen würden. Der Verwaltungsrat der KPT/CPT Holding AG genehmigte erst an seiner Sitzung vom 5. Juli 2010 die Aufnahme des Darlehens von CHF 70 Mio. bei der KPT VAG. Im entsprechenden Protokoll wurde festgehalten, dass "der VR der KPT Versicherungen AG (...) diesem Vorgehen mit seinen Beschlüssen vom 29.04.2010 i.S. 'Fusion' bereits implizit zugestimmt (Personalunion VR)" habe.

## 6.2 Beurteilung der Vorinstanz

**6.2.1** Die Vorinstanz bringt im Wesentlichen vor, mit der Gewährung eines nicht in einem schriftlichen Vertrag geregelten, unverzinslichen Darlehens in der Höhe von CHF 70 Mio. an die KPT/CPT Holding AG, ohne dass dafür Sicherheit geleistet worden wäre oder ein wirtschaftlicher Gegenwert als Haftungssubstrat gedient hätte, habe der Beschwerdeführer gegen grundlegende Sorgfalts- und Treuepflichten verstossen. Durch die Gewährung des Darlehens sei zudem die Solvabilitätsspanne I verletzt worden (vgl. dazu nachstehend E. 8.1.2). Das Darlehen sei blanko gewährt worden, obwohl klar gewesen sei, dass die KPT/CPT Holding AG zu einer Rückzahlung nicht in der Lage gewesen wäre. Das Eigenkapital der KPT/CPT Holding AG habe per 31. Dezember 2009 lediglich CHF 13 Mio. betragen, sie habe über keine flüssigen Mittel und kein Geschäftsvolumen verfügt. Zudem könne sie weder aus der KPT VAG noch aus der KPT Krankenkasse AG Sicherheiten beanspruchen (Art. 13 Abs. 2 Bst. a des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung vom 18. März 1994 [KVG, SR 832.10], Art. 9 i.V.m. Art. 19 VAG sowie Art. 84 Abs. 2 AVO; FINMA-Rundschreiben 2008/18 "Anlagerichtlinien Versicherer"). Der Betrag des Darlehens wäre zudem für den Rückkauf der Mitarbeiteraktien und die Besitzstandswahrung eingesetzt worden, was zu einem Vermögensabfluss geführt hätte. Die KPT/CPT Holding AG wäre daher nicht in der Lage gewesen, das Darlehen an die KPT AG zurückzuzahlen. Mit Blick auf die finanzielle Lage der KPT/CPT Holding AG sei auch fraglich, ob eine Rückzahlung mittels Fremdfinanzierung möglich gewesen wäre. Zudem könne keine Werthaltigkeit durch Finanzierung mittels möglicher zukünftiger Dividenden geschaffen werden. Zukünftig bereits vorgesehene Dividenden müssten im Übrigen von der anrechenbaren Solvabilitätsspanne der KPT VAG abgezogen werden (Art. 37 Abs. 3 Bst. e AVO), womit die aufgetretene Solvenzgefährdung nicht geheilt werde. Das Darlehen habe weiter keinen Investmentcharakter. Der Vermögensabfluss von insgesamt CHF 75 Mio. ohne Sicherheiten stelle aus Sicht der KPT VAG und deren Versicherten ein untragbares Klumpenrisiko dar (12 % der Bilanzsumme; 161 % des statutarisch ausgewiesenen Eigenkapitals).

**6.2.2** Darüber hinaus sei die Darlehensgewährung auch in Verletzung von Art. 9 und Art. 17 ORG erfolgt. Die Genehmigung betreffend Aufnahme eines Darlehens bei der KPT VAG sei erst an der Sitzung des Verwaltungsrates der KPT/CPT Holding AG vom 5. Juli 2010 beschlossen worden, ohne dass ihm ein schriftlicher Vertrag vorgelegen habe. Eine entsprechende Genehmigung für die Erteilung des Darlehens seitens des

Verwaltungsrates der KPT VAG fehle gänzlich. Der protokollarisch per 5. Juli 2010 festgehaltene "implizite Verwaltungsratsbeschluss vom 29. April 2010" sei eine nachträglich eingefügte Kaschierung des Umstands, dass bezüglich der Darlehensgewährung und Auszahlung der für die Fusion zuständige Ausschuss eigenmächtig gehandelt habe.

### **6.3 Einwände des Beschwerdeführers**

**6.3.1** Der Beschwerdeführer weist zunächst darauf hin, dass durch den Beschluss des für die Fusion zuständigen Ausschusses vom 11. Mai 2010 ein Darlehensvertrag rechtswirksam zustande gekommen sei. Das Darlehen stelle eine vorbereitende Handlung dar, die in die grundsätzliche Kompetenz des für die Fusion zuständigen Ausschusses gehört habe. Daher sei unerheblich, dass der Gesamtverwaltungsrat das Darlehen erst anlässlich der Sitzung vom 5. Juli 2010 genehmigt habe. Unschädlich sei zudem, dass die Konditionen selbstverständlich noch – marktgerecht – zu definieren gewesen wären bzw. dass man sich über diese formal noch nicht geeinigt habe. Das Fehlen eines schriftlichen Darlehensvertrags bei der Übertragung der Mittel sei zwar nicht als bester Praxis entsprechend zu bewerten, das Darlehen sei jedoch formfrei gültig. Ferner weist der Beschwerdeführer darauf hin, dass der Darlehensvertrag lediglich bedingt abgeschlossen worden sei und die Zahlung von der KPT VAG an die KPT/CPT Holding AG in Form eines resolutiv bedingten Darlehens erfolgt sei, das von der Genehmigung der Fusion durch die Vorinstanz abhängig gewesen sei. Die Vorinstanz sei zudem bereits mit Schreiben vom 9. Juni 2010 über diese Transaktion informiert gewesen.

**6.3.2** Der Beschwerdeführer bringt weiter vor, es liege keine Pflichtverletzung durch die Gewährung eines ungesicherten Darlehens vor. Zu beachten sei zunächst, dass das Darlehen gruppenintern gewährt worden sei. Die Bonität des Darlehensgläubigers sei zudem durch den sofort ausschüttbaren Bilanzgewinn per 31. Dezember 2009 von CHF 20,476 Mio. und den Beteiligungsertrag von CHF 15 Mio. pro Jahr im Moment der Darlehensgewährung gewährleistet gewesen. Die KPT/CPT Holding AG hätte eine Rückzahlung bis spätestens zum Abschluss des Geschäftsjahres 2012 gewährleisten können. Die Auflösung stiller Reserven hätte die Rückzahlung noch beschleunigt. Zudem hätte das Darlehen jederzeit durch die Aufnahme eines Bankkredites zurückbezahlt werden können. Weiter führt der Beschwerdeführer an, das Darlehen an die KPT/CPT Holding AG sei jederzeit werthaltig gewesen.

**6.3.3** Die Überweisung des Darlehens sei schliesslich vom CFO der KPT VAG ausgelöst worden, der den Verwaltungsratsausschuss auf allfällige Verletzungen aufsichtsrechtlicher Bestimmungen hätte aufmerksam machen müssen. Da dies nicht erfolgt sei, habe er davon ausgehen dürfen, dass die Darlehensgewährung mit den aufsichtsrechtlichen Bestimmungen im Einklang stehe. Ebenfalls habe er davon ausgehen dürfen, dass eine allenfalls notwendige Meldung an die Vorinstanz vorgenommen werde.

## **6.4 Rechtliche Leitsätze**

**6.4.1** Die Besonderheit des Darlehens (Art. 312 OR) in konzerninternen Verhältnissen liegt im Umstand begründet, dass Borger und Darleiher zum selben Konzern gehören (LUKAS GLANZMANN, Der Darlehensvertrag mit einer Aktiengesellschaft aus gesellschaftsrechtlicher Sicht: Ein Beitrag zur Finanzverantwortung des Verwaltungsrates unter Berücksichtigung des konzerninternen Darlehens, Bern etc. 1996, S. 11 f.). Dabei wird von einer Darlehensgewährung "up-stream" gesprochen, wenn die Darlehensvaluta einem Konzernglied zufliesst, das im hierarchischen Konzerngefüge die Leitungsmacht über die Darleiherin direkt oder indirekt ausübt (vgl. PETER V. KUNZ, Unternehmensfinanzierung sowie Konzernfinanzierung, in: Kunz/Jörg/Arter [Hrsg.], Entwicklungen im Gesellschaftsrecht V, Bern 2010, S. 88; BARBARA BRAUCHLI ROHRER/ANDREAS HÜNERWADEL, Cash Pooling im Konzern aus der Sicht des Zivil- und Steuerrechts, GesKR 2010, S. 154). Bei solchen Darlehen ist der für die konzerninterne Rechtsgeschäftsgestaltung wesentliche Grundsatz des Abschlusses zu Drittbedingungen ("dealing at arm's length") zu beachten (THOMAS REUTER/CLAUDIO BAZZI, Konzerninnenfinanzierung, in: Kunz/Jörg/Arter [Hrsg.], Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VIII, Bern 2013, S. 210; KUNZ, a.a.O., S. 83 f.; vgl. auch vorstehend E. 3.2.2). Dabei kann eine Verletzung der Sorgfalts- und Treuepflicht im Sinne von Art. 717 Abs. 1 OR insbesondere vorliegen, wenn der Verwaltungsrat das Gebot vernünftiger Risikoverteilung missachtet oder nicht die für Darlehen dieser Art unter Dritten üblichen Gestaltungen und Konditionen einhält, wie dies grundsätzlich bei fehlender schriftlicher Festhaltung, Zinslosigkeit, fehlender Bonitätsprüfung und mangelnder Besicherung der Fall ist (BÖCKLI, a.a.O., § 12 Rz. 545). Bei der Beurteilung von Sorgfaltspflichtverletzungen ist dabei auf die Informationen abzustellen, über die das Verwaltungsratsmitglied im Zeitpunkt der Pflichtverletzung verfügte oder hätte verfügen können (BGE 139 III 24 E. 3.2, Urteile des Bundesgerichts



4A\_74/2012 vom 18. Juni 2012 E. 5.1 und 4A\_467/2010 vom 5. Januar 2011 E. 3.3).

**6.4.2** Das schweizerische Recht kennt – mit Ausnahme einzelner Bestimmungen – kein eigentliches Konzernrecht und behandelt jede Gesellschaft eines Konzernverbunds als ein rechtlich selbständiges Gebilde mit eigenen Organen, welche die Geschäfte im Interesse der besagten Gesellschaft und nicht in demjenigen des Konzerns oder anderer Konzerngesellschaften zu tätigen haben. Rechtsgeschäfte zwischen solchen Gesellschaften sind deshalb zu den gleichen Bedingungen abzuwickeln, wie sie auch mit aussenstehenden Dritten vereinbart würden (BGE 138 II 57 E. 4.1). Auf Grund der rechtlichen Selbständigkeit der Gesellschaften in einem Konzernverbund hat das Bundesgericht denn auch festgehalten, dass die von einem Verwaltungsrat ausgelösten Zahlungen der Tochtergesellschaft, die zwar den Geschäftsinteressen der Muttergesellschaft oder anderer Konzerngesellschaften dienen, jedoch nicht im eigenen Interesse der Tochtergesellschaft seien, im Widerspruch zur Sorgfalts- und Treuepflicht des Verwaltungsrates nach Art. 717 Abs. 1 OR stehen würden (BGE 130 III 213 E. 2.2.2, BGE 110 Ib 127 E. 3b/cc, Urteil des Bundesgerichts 4C.252/2000 vom 5. Dezember 2000 E. 3b-c). Eine pauschale wirtschaftliche Betrachtungsweise unter Berücksichtigung des Konzernverbunds hat das Bundesgericht erst jüngst wieder abgelehnt und dabei die juristische Selbständigkeit von Konzerngesellschaften betont (BGE 138 III 755 E. 8.3).

**6.4.3** Wird die Gesellschaft beim Abschluss eines Vertrages durch diejenige Person vertreten, mit der sie den Vertrag abschliesst, so muss nach Art. 718b OR der Vertrag schriftlich abgefasst werden. Ausgenommen sind lediglich Verträge des laufenden Geschäfts, bei denen die Leistung der Gesellschaft den Wert von CHF 1'000.- nicht übersteigt. Das Schriftlichkeitserfordernis nach Art. 718b OR erfasst insbesondere auch Fälle der Doppelvertretung, d.h. wenn ein Verwaltungsrat im Namen und für Rechnung der Gesellschaft mit einer anderen Gesellschaft, für die er gleichzeitig vertretungsbefugt ist, einen Vertrag abschliesst (ROLF WATTER/KATJA ROTH PELLANDA, BSK OR II, Art. 718b N. 2; CHRISTA SOMMER, Die Treuepflicht des Verwaltungsrates gemäss Art. 717 Abs. 1 OR, Zürich 2010, S. 133; BETTINA STUTZ/HANS CASPAR VON DER CRONE, Kontrolle von Interessenkonflikten im Aktienrecht, SZW 2003, S. 102 ff.). Ein solcher Vertrag ist zu seiner Gültigkeit schriftlich abzufassen, wobei auch eine Protokollierung des Beschlusses des zuständigen Organs genügen kann (WATTER/ROTH PELLANDA, a.a.O., Art. 718b N. 4; ROLAND MÜLLER,

Honorierung von Verwaltungsräten aus rechtlicher Sicht, ZBJV 147/2011, S. 126).

**6.4.4** Die Zuständigkeiten der Gesellschaftsorgane der KPT-Gruppe wurde durch ein Organisationsreglement konkretisiert. Das ORG bestimmt, dass der Verwaltungsrat in allen Angelegenheiten Beschluss fasst, welche nicht durch Gesetz, Statuten oder das Organisationsreglement ausdrücklich einem anderen Organ übertragen sind. Der Verwaltungsrat entscheidet gemäss Art. 9 Bst. o ORG insbesondere über die Aufnahme oder Gewährung von Krediten. Art. 17 ORG konkretisiert die Aufgaben der Geschäftsleitung und bestimmt unter anderem, dass ihr der Vollzug der Beschlüsse des Verwaltungsrates obliegt.

## **6.5 Gerichtliche Beurteilung**

**6.5.1** Die Vorinstanz erblickt vorliegend zu Recht im Umstand, dass ein unverzinsliches Darlehen in der Höhe von CHF 70 Mio. an die KPT/CPT Holding AG ohne schriftlichen Vertrag gewährt wurde und ohne dass dafür Sicherheit geleistet worden wäre oder ein wirtschaftlicher Gegenwert als Haftungssubstrat gedient hätte, eine Verletzung der in Art. 717 Abs. 1 OR verankerten Sorgfalts- und Treuepflicht. Beim Entscheid über die Gewährung eines Darlehens in dieser Höhe hätte ein sorgfältig handelnder Verwaltungsrat die Kreditwürdigkeit der Schuldnerin eingehend abklären und gestützt darauf die wesentlichen Konditionen des Darlehens bestimmen und schriftlich festhalten müssen. Entsprechende elementare Angaben lagen jedoch gemäss Akten weder im Zeitpunkt des Beschlusses des Fusionsausschusses vom 11. Mai 2010, noch im Zeitpunkt des Überweisungsauftrags vom 26. Mai 2010 oder bei der Sitzung des Verwaltungsrates vom 5. Juli 2010 vor. Der Verwaltungsrat hätte mit Blick auf seine Sorgfaltspflicht insbesondere im Interesse der KPT VAG beim Entscheid über die Darlehensgewährung eine adäquate, marktübliche Gegenleistung und in Anbetracht der von der Vorinstanz korrekt dargestellten finanziellen Situation der KPT/CPT Holding AG eine entsprechende Sicherung verlangen müssen. Darlehen in dieser Höhe werden nach Geschäftsübung nur erteilt, wenn die Risiken auf das Nichtvorhersehbare beschränkt werden, insbesondere wenn genügend Sicherheiten vorhanden sind (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.201/2001 vom 19. Juni 2002 E. 2.2.1) und zudem die Darlehensgeberin einen Vorteil aus dem Geschäft zieht, der in der Regel jedenfalls in einer marktüblichen Verzinsung besteht. Die Sorgfaltspflicht des Verwaltungsrates gebietet zudem eine nachvollziehbare Abklärung der Risiken im Zeitpunkt der Vornahme des

Geschäfts. Insoweit der Beschwerdeführer nun ex post Spekulationen über mögliche zukünftige der Kreditnehmerin zukommende Mittel zur Rückzahlung des Darlehens in Form von Bankkrediten oder anderer Massnahmen vorbringt, kann ihm daher nicht gefolgt werden. Vorliegend gilt es weiter zu beachten, dass die Anforderungen an die Beachtung der Sorgfalts- und Treuepflicht umso strenger zu handhaben sind, als das Darlehen grossmehrheitlich zum Rückkauf der Mitarbeiteraktien zu CHF 600.- pro Aktie eingesetzt worden wäre, wovon der Beschwerdeführer direkt profitiert hätte. Beim Beschluss über die Gewährung des Darlehens in der Höhe von CHF 70 Mio. an die KPT/CPT Holding AG waren daher persönliche, finanzielle Interessen des Beschwerdeführers betroffen, was zu einer eingehenden Prüfung und einem besonders sorgfältigen Vorgehen Anlass hätte geben müssen.

Da auf Grund der von der Vorinstanz bereits abgenommenen Beweise und der umfangreichen Akten in Bezug auf die Darlehensgewährung das Gericht seine Überzeugung schlüssig bilden kann, ist auf weitere Beweisabnahmen zu verzichten und insbesondere der Antrag auf Einholung eines gerichtlichen Gutachtens über die Bonität der KPT/CPT Holding AG abzulehnen.

**6.5.2** Mit der Sorgfalts- und Treuepflicht nicht vereinbar ist weiter, dass die Verwaltungsräte im Fusionsausschuss – wie der Beschwerdeführer vorbringt – die Gewährung des Darlehens von der KPT VAG an die KPT/CPT Holding AG in Personalunion am 11. Mai 2010 beschlossen, ohne die bei einer solchen Doppelvertretung für die Gültigkeit des Vertrags notwendige Schriftform von Art. 718b OR zu wahren. Die Protokollierung des Beschlusses des Fusionsausschusses vom 11. Mai 2010 allein vermag die Schriftform nicht zu ersetzen, da der Fusionsausschuss für die Gewährung des Darlehens nicht das zuständige Organ war (vgl. dazu nachfolgend E. 6.5.3).

**6.5.3** Die Vorinstanz hat weiter zu Recht eine Verletzung des Organisationsreglements der KPT-Gruppe festgestellt. Der Auftrag für die Überweisung des Darlehens von CHF 70 Mio. auf das Konto der KPT/CPT Holding AG bei der I. \_\_\_\_\_ wurde am 26. Mai 2010 erteilt. Zu diesem Zeitpunkt lag allerdings erst der Beschluss des Fusionsausschusses betreffend Darlehen vom 11. Mai 2010 vor. Ein nach dem klaren Wortlaut von Art. 9 Bst. o ORG geforderter Entscheid des Verwaltungsrates der KPT VAG über die Gewährung des Darlehens sowie der ebenfalls geforderte Beschluss der KPT/CPT Holding AG über die Aufnahme des Darle-

hens über CHF 70 Mio. lag hingegen nicht vor. Ein entsprechender Beschluss des Verwaltungsrates der KPT/CPT Holding AG in Bezug auf die Aufnahme des Darlehens wurde am 5. Juli 2010 zwar nachgeholt, ein expliziter Entscheid des Verwaltungsrates der KPT VAG über die Gewährung des Darlehens fehlt jedoch. Dem Vorbringen des Beschwerdeführers, dem Fusionsausschuss sei die Kompetenz zum Abschluss und zur Ausrichtung eines gruppeninternen Darlehens übertragen worden, kann nicht gefolgt werden. Die Übertragung einer solchen Kompetenz an den Fusionsausschuss hätte gemäss dem Organisationsreglement einer ausdrücklichen Regelung bedurft.

**6.5.4** Im Übrigen gehen die Einwände des Beschwerdeführers, der CFO der KPT VAG habe ihn nicht über eine allfällige Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmung informiert und er habe davon ausgehen dürfen, dass die Vorinstanz informiert worden sei, ins Leere. Wie gezeigt (vgl. E. 6.5.3) ist der Verwaltungsrat für die Aufnahme oder Gewährung von Krediten und die dafür mit Blick auf die Sorgfalts- und Treuepflicht nach Art. 717 Abs. 1 OR notwendigen Abklärungen verantwortlich. Dieser Verantwortung kann er vorliegend durch das Handeln des CFO nicht enthoben werden. Falls in Bezug auf die Zulässigkeit der Darlehensgewährung, die Konditionen und die entsprechenden Mitteilungen an die Vorinstanz Unklarheiten bestanden, hätte der Beschwerdeführer in seiner Funktion als Vizeverwaltungsratspräsident ergänzende Auskünfte einholen müssen (BGE 114 V 219 E. 4a, BGE 97 II 403 E. 5b, Urteil des Bundesgerichts 4C.358/2005 vom 12. Februar 2007 E. 5.2.1). Zudem hielt der Beschwerdeführer selber im Schreiben vom 25. Juli 2011 an die Vorinstanz fest, dass zwischen ihm und der Geschäftsleitung Einigkeit darüber bestehe, dass betreffend des Darlehens an die KPT/CPT Holding AG über CHF 70 Mio. offenbar keine speziellen Gespräche mit der FINMA geführt worden seien (Dossier 1064551 A pag. 216). Schliesslich gilt es darauf hinzuweisen, dass die Sorgfalts- und Treuepflicht nach Art. 717 Abs. 1 OR vom Verwaltungsrat jederzeit zu beachten ist. Unbeachtlich ist daher das Vorbringen des Beschwerdeführers, dass die Zahlung der KPT VAG an die KPT/CPT Holding AG in der Form eines resolutiv bedingten Darlehens erfolgt sei, das von der Genehmigung der Fusion abhängig gewesen sei. Es erübrigen sich somit weitere Ausführungen hierzu.

**6.5.5** Weiter trifft es nicht zu, dass die Vorinstanz über das Darlehen informiert gewesen wäre. Nach der Information über den geplanten Zusammenschluss erläuterte die Vorinstanz mit Schreiben vom 20. Mai 2010 an die KPT VAG die Anforderungen an das noch einzureichende

Gesuch um Bewilligung des Beteiligungswechsels. Das Gesuch müsse auch eine "[t]ransparente Darlegung aller Verpflichtungen aus bestehenden und geplanten finanziellen Verflechtungen zwischen allen Gruppengesellschaften (inkl. Holding)" enthalten (Dossier 1049280 A pag. 205-203, insb. 204). Anlässlich einer Besprechung am 8. Juni 2010 mit Vertretern von KPT und B.\_\_\_\_\_ wurde der Vorinstanz auf einer Foliensammlung erklärt, dass der Zusammenschluss ohne finanzielle Belastung der beiden Unternehmensgruppen erfolgen würde, dass der Zusammenschluss keinen Einfluss auf Versicherungsleistungen sowie geäußerte Reserven und Rückstellungen der einzelnen Carrier/Rechtsträger habe und aus der Zusammenführung keine unmittelbaren zusätzlichen operativen Risiken resultieren würden (Dossier 1049280 A pag. 3463-3449). Mit Schreiben vom 14. Juni 2010 erfolgte die Meldung der KPT/CPT Holding AG zum geplanten Beteiligungswechsel. Dabei wurde jedoch die am 26. Mai 2010 vollzogene Überweisung von CHF 70 Mio. von der KPT VAG an die KPT/CPT Holding AG nicht erwähnt oder dokumentiert (Dossier 1049280 A pag. 583-521). Auf Grund von Presseberichten in Bezug auf die Auflösung des Mitarbeiterbeteiligungsprogrammes und damit verbundenen Transaktionen hielt die Vorinstanz in einem E-Mail vom 29. Juni 2010 an den CEO der KPT VAG fest, dass sie nach wie vor davon ausgehe, dass keine Finanzströme ausgelöst würden, weder Darlehenstransaktionen noch Ausschüttungen. In seiner Antwort vom 30. Juni 2010 ging der CEO der KPT VAG auf die Nachfrage betreffend Finanzströme nicht ein, sondern verwies lediglich auf die eingereichten Dokumente, darunter auch den Due Diligence Bericht der N.\_\_\_\_\_ (Dossier 1049280 A pag. 3482-3481). Dem Due Diligence Bericht der N.\_\_\_\_\_ vom 4. Juni 2010 ist auf der Folie 22 allerdings lediglich zu entnehmen, es sei geplant, dass die Holding die Mitarbeiteraktien zurückkaufe und dazu ein Darlehen der KPT VAG erfolgen solle. Dieser Hinweis kann bereits auf Grund seines Wortlautes nicht als verbindliche Information über die erfolgte Gewährung und Überweisung des Darlehens qualifiziert werden (Dossier 1049280 A pag. 617-585, insb. 595). Vielmehr hatte die Vorinstanz erst am 7. Juli 2010 volle Kenntnis von der Transaktion bzw. deren Überweisung in der Höhe von CHF 70 Mio., worauf sie die sofortige Rücküberweisung anordnete.

**6.5.6** Mit Blick auf das Vorstehende folgt zusammenfassend, dass die Vorinstanz zu Recht festgestellt hat, dass der Beschwerdeführer bei der Vergabe des Darlehens über CHF 70 Mio. an die KPT/CPT Holding AG die ihm als Organ der KPT VAG obliegende Sorgfalts- und Treuepflicht

gemäss Art. 717 Abs. 1 OR und damit auch das Gewährserfordernis von Art. 14 Abs. 1 Bst. a VAG verletzt hat.

## **7. Entschädigungen**

### **7.1 Übersicht**

**7.1.1** Der Beschwerdeführer hat am 30. April 2009 eine mit "VR-Mandatsvertrag" betitelte Vereinbarung mit der KPT Versicherungsgruppe (laut Ziff. 5 des Vertrags bestehend aus den Auftraggeberinnen Genossenschaft KPT/CPT Krankenkasse, Genossenschaft KPT/CPT Versicherungen, KPT/CPT Holding AG, KPT Krankenkasse AG, KPT Versicherungen AG, Resol AG, RIALM AG und Online Easy AG) geschlossen. Die Aufgaben des Verwaltungsrates sowie des Vizepräsidenten des Verwaltungsrates sind gemäss Ziff. 3 des VR-Mandatsvertrages in den Statuten der jeweiligen Auftraggeberinnen und im Obligationenrecht geregelt. Die in Art. 15 der Statuten der KPT VAG vom 17. Juli 2006 (revidiert am 21. Januar 2009) geregelten Befugnisse des Verwaltungsrates entsprechen dabei den gesetzlichen Regelungen in Art. 716 OR und Art. 716a OR. Zu den unübertragbaren Aufgaben des Verwaltungsrates zählen insbesondere die Oberleitung der Gesellschaft und die Erteilung der nötigen Weisungen, die Festlegung der Organisation, die Ausgestaltung des Rechnungswesens, der Finanzkontrolle sowie der Finanzplanung, sofern diese für die Führung der Gesellschaft notwendig ist (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1-3 OR). In Bezug auf die Aufgaben des Verwaltungsrates ist zudem in Art. 9 ORG festgehalten, dass der Verwaltungsrat für die Führung des Konzerns und seiner Tochtergesellschaften und für die Festlegung der unternehmenspolitischen Grundsätze und der Unternehmensstrategie zuständig ist. Dem Vizepräsidenten des Verwaltungsrates kommt nach Art. 5 ORG zudem die Aufgabe zu, bei Verhinderung des Präsidenten die Sitzungen des Verwaltungsrates einzuberufen, bei denen er bei Verhinderung des Präsidenten auch den Vorsitz zu führen hat.

Gemäss dem VR-Mandatsvertrag verpflichtet sich der Beauftragte, seine Mandate als Verwaltungsrat und Vizepräsident des Verwaltungsrates der Auftraggeberinnen im Einklang mit den gesetzlichen und statutarischen Bestimmungen auszuüben (Ziff. 8.1), wobei er diejenige Zeit zur Verfügung zu stellen hat, die zur pflichtgemässen Erfüllung der Aufgaben erforderlich ist (Ziff. 4). Die Entschädigung für die Erfüllung dieser Aufgaben für alle Auftraggeberinnen zusammen wird unter Ziff. 5 des VR-Mandatsvertrages auf jährlich CHF 75'000.- netto festgelegt.

**7.1.2** Zusätzlich zum oben genannten VR-Mandatsvertrag verfügte der Beschwerdeführer – wie auch die anderen Verwaltungsräte der KPT VAG mit Ausnahme von L.\_\_\_\_\_ – über Mandatsverträge mit unterschiedlichen KPT-Gruppengesellschaften. Der Beschwerdeführer schloss am 30. April 2009 mit der Online Easy AG einen Mandatsvertrag, gemäss dem er der KPT Versicherungsgruppe und den Gesellschaften Online Easy AG und RIALM AG pro Jahr zur Bewältigung der unter Art. 1 des Vertrages festgehaltenen Aufgaben 30 Arbeitstage fest zur Verfügung zu stellen hat (Ziff. 2), wobei die Tagespauschale CHF 4'000.- beträgt (Ziff. 3.1). Die Abrechnung erfolgte über die Auftraggeberin, welche für die interne Verrechnung besorgt ist. Die in Art. 1 des Mandatsvertrages bezeichneten Aufgaben des Beauftragten, die sowohl für die Gesellschaften der KPT Versicherungsgruppe wie auch für die KPT Mitarbeiterstiftung gelten, umfassen:

- "- Strategie- und Managementberatung für die Online Easy AG
- Konzipierung und Umsetzung des Projektes Gesundheitsplattform Vitaclic
- Definition und Realisierung strategischer Partnerschaften
- die Konsolidierung der strategischen Ausrichtung der KPT Versicherungsgruppe Classic – Online;
- die Pflege der Beziehungen zu anderen Versicherungsgesellschaften wie Kranken-, Personen- und Haftpflichtversicherern wie auch Personalvorsorgeeinrichtungen im Hinblick auf eine mögliche Zusammenarbeit oder Kooperation unter Berücksichtigung der sich anbahnenden Veränderungen in der Krankenversicherungslandschaft;
- die Vorbereitung der KPT Versicherungsgruppe und ihrer Gesellschaften auf die neue per 2012 zu erwartende Situation, mit dem Ziel, im neuen Umfeld erfolgreich zu bestehen, falls dies die gesetzlichen Rahmenbedingungen erlauben und falls die KPT Versicherungsgruppe entscheidet, unabhängig zu bleiben;"

Der Vertrag wurde ab dem 1. Mai 2009 für eine feste Dauer von 4 Jahren geschlossen. Bei einer vorzeitigen Beendigung des Vertrages war die Entschädigung für die fest vereinbarten 30 Arbeitstage für ein weiteres Jahr nach Beendigung geschuldet (Ziff. 5). Der Beschwerdeführer verpflichtete sich darüber hinaus in einem Vertrag zwischen der Online Easy AG und der S.\_\_\_\_\_ vom 22. Februar 2010 zur Erledigung der gleichen Aufgaben für die Gesellschaften der KPT Versicherungsgruppe und der KPT Mitarbeiterstiftung 40 Arbeitstage zu einer Tagespauschale von

CHF 3'000.- zur Verfügung zu stellen (Ziff. 2, 3.1). Der Vertrag wurde für eine feste Dauer vom 1. Januar 2010 bis am 30. April 2013 geschlossen, wobei auch hier bei einer vorzeitigen Beendigung des Vertrages eine Entschädigung für die fest vereinbarten 40 Arbeitstage für ein weiteres Jahr geschuldet war.

Der Beschwerdeführer hat zudem Mandatsverträge mit der RIALM AG geschlossen. Die Aufgaben des Beschwerdeführers gemäss dem Vertrag vom 30. April 2009, die für die Gesellschaften der KPT Versicherungsgruppe wie auch der KPT Mitarbeiterstiftung gelten (Ziff. 1), sind im Wesentlichen die gleichen wie die oberwähnten im Mandatsvertrag mit der Online Easy AG vom 30. April 2009. Der Vertrag umfasst zudem die gleichen Bestimmungen betreffend Einsatz (Ziff. 2), Entschädigung (Ziff. 3), Vertragsdauer und Entschädigung bei vorzeitiger Beendigung (Ziff. 5). Im Mandatsvertrag vom 22. Februar 2010 zwischen der RIALM AG und der S.\_\_\_\_\_ verpflichtete sich der Beschwerdeführer zudem zur Erledigung der gleichen Aufgaben für die Gesellschaften der KPT Versicherungsgruppe wie auch der KPT Mitarbeiterstiftung 40 Arbeitstage zu einer Tagespauschale von CHF 3'000.- zur Verfügung zu stellen (Ziff. 2, 3.1). Der Vertrag wurde für eine feste Dauer vom 1. Januar 2010 bis am 30. April 2013 geschlossen, wobei auch hier bei einer vorzeitigen Beendigung des Vertrages eine Entschädigung für die fest vereinbarten 40 Arbeitstage für ein weiteres Jahr geschuldet war.

Weiter verpflichtete sich der Beschwerdeführer in einem Vertrag zwischen der Resol AG und der S.\_\_\_\_\_ vom 22. Februar 2010, Aufgaben für die Gesellschaften der KPT Versicherungsgruppe wie auch der KPT Mitarbeiterstiftung zu übernehmen. Der Beschwerdeführer hatte insbesondere zwölf Arbeitstage zu einer Tagespauschale von CHF 3'000.- für die Strategie- und Managementberatung der Gesellschaft, die Konzipierung und Umsetzung des Projektes "Captive" und die Definition und Realisierung strategischer Reservepositionen zur Verfügung zu stellen (Ziff. 2, 3.1). Der Vertrag wurde für eine feste Dauer vom 1. Januar 2010 bis am 30. April 2013 geschlossen. Bei einer vorzeitigen Beendigung des Vertrags war die Entschädigung für die fest vereinbarten 12 Arbeitstage pro Jahr für ein weiteres Jahr nach Beendigung geschuldet (Ziff. 5).

**7.1.3** Neben den obgenannten Zahlungen aus Mandatsverträgen wurden den Verwaltungsräten der KPT VAG zudem Bonuszahlungen ausgerichtet. Gestützt auf entsprechende Beschlüsse des Verwaltungsrates schüt-



tete die KPT VAG im Jahre 2009 total CHF 1'089'921.- und im Jahre 2010 total CHF 1'775'030.- an Bonuszahlungen aus. Der Beschwerdeführer erhielt davon für das Jahr 2009 einen Betrag von CHF 100'000.- und für das Jahr 2010 eine Summe von CHF 219'504.-.

**7.1.4** Auf Antrag des Verwaltungsratspräsidenten hiess der Nominierungs- und Entschädigungsausschuss (NEA), dem auch der Beschwerdeführer angehörte, am 10. Juni 2010 eine "Besitzstandswahrung" für den Verwaltungsrat im Hinblick auf die Fusion mit B.\_\_\_\_\_ gut und beauftragte den Beschwerdeführer und ein weiteres Verwaltungsratsmitglied mit deren Umsetzung. Hintergrund der "Besitzstandswahrung" war nach den Angaben des Verwaltungsratspräsidenten, dass nach der Fusion der KPT mit der B.\_\_\_\_\_ einige bisherige Verwaltungsratsmitglieder in der neuen Gesellschaft kein Verwaltungsratsmandat mehr gehabt hätten. Die "Besitzstandswahrung" sollte diesen bisherigen Mitgliedern gewährleisten, dass sie durch die Fusion keinen finanziellen Verlust erleiden würden. Diese Massnahme zielte auf die Vermeidung jeglicher Interessenkollision auf Grund eigener finanzieller Interessen bei einem Entscheid für eine Fusion. Um die auf Grund der "Besitzstandswahrung" geschuldeten Beträge zu errechnen, wurde zunächst das Total der unter den damaligen Verträgen bis 2013 (Ende der Vertragsdauer) zu erwartenden Zahlungen, bestehend aus VR-Honorar, Sozialleistungen, Pensionskasse, Boni pro rata und Zahlungen aus Mandatsverträgen, errechnet. Von diesem Betrag wurden die bereits bis Juni 2010 erhaltenen Zahlungen abgezogen. Gestützt auf diese Berechnungen ergaben sich für die Mitglieder des Verwaltungsrates folgende Ansprüche aus Besitzstandswahrung:

C._____	CHF 2'326'187.-
A._____	CHF 1'865'177.-
K._____	CHF 1'427'093.-
T._____	CHF 1'427'093.-
L._____	CHF 738'333.-
J._____	CHF 943'933.-
U._____	CHF 806'867.-

Am 11. Juni 2010 informierte der Verwaltungsratspräsident an der Verwaltungsratssitzung der KPT/CPT Holding AG unter "Diverses" über seinen entsprechenden Antrag auf "Besitzstandswahrung". Im Protokoll der Sit-

zung des Verwaltungsrates vom 11. Juni 2010 wird darauf verwiesen, dass der NEA diesen Antrag bewilligt habe, was jetzt vom anwesenden Verwaltungsrat bestätigt werde. Auf Grund der angestellten Berechnungen zur Umsetzung der "Besitzstandswahrung" veranlassten der Beschwerdeführer und ein weiteres Verwaltungsratsmitglied am 11. Juni 2010 und am 14. Juni 2010 die entsprechenden Zahlungen von einem Konto der KPT VAG auf die privaten Konten der Verwaltungsräte. Dem Beschwerdeführer wurde im Rahmen der "Besitzstandswahrung" am 14. Juni 2010 CHF 1'573'177.- und am 16. Juni 2010 CHF 292'000.- (total CHF 1'865'177.-) überwiesen.

## **7.2 Beurteilung der Vorinstanz**

**7.2.1** In der angefochtenen Verfügung führt die Vorinstanz im Wesentlichen an, die Mitglieder des Verwaltungsrates der KPT VAG hätten beim Abschluss der zusätzlichen Mandatsverträge und beim Beschluss von Bonuszahlungen an den Verwaltungsrat aufsichtsrechtlich relevante Sorgfalts- und Treuepflichten verletzt. Besonders dann, wenn die Gefahr einer finanziellen Benachteiligung für die Gesellschaft bestehe, wie beim Abschluss von zusätzlichen Mandatsverträgen der Verwaltungsräte mit der Gesellschaft oder mit Gruppengesellschaften oder beim Beschluss von Bonuszahlungen, habe der Verwaltungsrat nachzuweisen, dass er zweckmässige Massnahmen zum Umgang mit Interessenkonflikten getroffen habe. Solche Massnahmen seien im vorliegenden Fall jedoch nicht ergriffen worden. Der Beschwerdeführer habe zudem keinen tauglichen Beweis für effektiv über einen langen Zeitraum erbrachte, substantielle und gemessen an den Bezügen erforderliche, qualitativ hoch stehende Leistungen unter den Mandatsverträgen erbringen können, die nicht bereits mit der im VR-Mandatsvertrag vereinbarten festen Vergütung abgegolten worden seien. Der Beschwerdeführer sei damit auch den im Rahmen von Aufträgen erforderlichen Nachweis für die erbrachten Leistungen schuldig geblieben. Zudem hätten die zusätzlichen Mandatsverträge der Natur des Auftragsrechts widersprechende Bestimmungen enthalten, wie die feste Vertragsdauer und die bei vorzeitiger Beendigung des Mandats weiterhin für ein Jahr geschuldeten Leistungen. Die Mandatsverträge würden daher auch versteckte Abgangsentschädigungen enthalten.

**7.2.2** Weiter entbehren nach Auffassung der Vorinstanz die unter dem Titel "Besitzstandswahrung" erfolgten Zahlungen der KPT VAG an die Mitglieder des Verwaltungsrates jeglicher Grundlage. Solche Zahlungen könnten aus gesellschaftsrechtlicher Sicht ausnahmsweise Sinn machen,

wenn in einer schwierigen Phase die weitere Mitarbeit wichtiger Organe gesichert oder Mitarbeiter beim Unternehmen gehalten werden sollten, um einen verfrühten Abgang von Schlüsselpersonen zu verhindern. Der Entscheid über einen solchen "Durchhaltebonus" hätte aber einen Interessenkonflikt bedeutet und wäre daher unter Ausstand der involvierten Entscheidsträger, evtl. unter Beizug eines unbeteiligten Fachmanns und unter Wahrung voller Transparenz zu beschliessen gewesen. Diesem Umstand habe der Verwaltungsrat der KPT VAG pflichtwidrig keine Rechnung getragen.

### **7.3 Einwände des Beschwerdeführers**

**7.3.1** Der Beschwerdeführer weist zunächst darauf hin, dass das System der VR-Mandatsverträge und der zusätzlichen Mandatsverträge als eine aufgeteilte Gesamtvergütung zu verstehen sei. Das Konzept der zusätzlichen Mandatsverträge habe zudem bereits unter dem alten Verwaltungsratspräsidenten bestanden. Der Beschwerdeführer bringt weiter vor, seine Arbeitsbelastung sei in keiner Weise mit der gewöhnlichen Tätigkeit eines Verwaltungsrates vergleichbar gewesen. In der relevanten Zeitperiode im Jahre 2009 habe er rund 51 Arbeitstage, im Jahre 2010 rund 170 Arbeitstage und im Jahre 2011 rund 128 Arbeitstage für die KPT-Gruppe aufgewendet. Auf Grund des zeitlichen Umfangs seiner Tätigkeit müsse von einem faktischen Arbeitsverhältnis ausgegangen werden. Den mit der Online Easy AG, der RIALM AG und der Resol AG abgeschlossenen Mandatsverträgen würden im Übrigen entsprechende Gegenleistungen gegenüberstehen. Bei der Online Easy AG hätten die umfangreichen Vertragswerke und die Definition der zu entwickelnden Lösungen für Informatikdienstleistungen einen grossen Zeitaufwand verursacht. Die RIALM AG hätte zu einer unabhängigen Vermögensverwaltungsgesellschaft – eventuell mit Banklizenz – aufgebaut werden sollen, was entsprechende Vorbereitungs- und Konzeptarbeiten erfordert habe. Mit der Resol AG hätte eine interne Rückversicherungsgesellschaft in der KPT-Gruppe geschaffen werden sollen. Auch hier seien umfangreiche Arbeiten erforderlich gewesen, bis das Gesuch um Betriebsbewilligung dem damaligen Bundesamt für Privatversicherungen habe unterbreitet werden können. Im Zuge der Vorbereitungen des Zusammenschlusses mit der B.\_\_\_\_\_ habe sich abgezeichnet, dass die RIALM AG, die Online Easy AG und die Resol AG innerhalb der neuen Gruppe keine Funktion mehr haben würden. In der hektischen Phase der Vorbereitung des Zusammenschlusses mit der B.\_\_\_\_\_ sei es allerdings versäumt worden, die Mandatsverträge den geänderten Gegebenheiten anzupassen. Dies ändere jedoch

nichts an der Tatsache, dass er insgesamt mehr geleistet habe, als er unter der Gesamtheit der Mandatsverträge zu leisten verpflichtet gewesen sei. Dass sich seine Leistungen nicht immer zweifelsfrei der einen oder anderen Gesellschaft zuordnen liessen, sei offensichtlich. Vor diesem Hintergrund sei eine Gesamtbetrachtung der erbrachten Leistungen auf Gruppenebene sowohl zweckmässig als auch zulässig. Die Beratungsverträge würden ihn zudem ausdrücklich von der Pflicht einer detaillierten Abrechnung befreien. Im Übrigen habe er mit seinen Stellungnahmen zu den unter den Mandatsverträgen erbrachten Leistungen den Nachweis von Zweifeln an der Richtigkeit des Vorwurfs der Vorinstanz erbracht.

**7.3.2** In Bezug auf die "Besitzstandswahrung" betont der Beschwerdeführer, der Gesamtverwaltungsrat habe diese an seiner Sitzung vom 29. April 2010 besprochen und grundsätzlich als wünschenswert betrachtet. Ein entsprechender Beschluss sei nicht gefasst worden, weshalb die Diskussion auch nicht protokolliert worden sei. Bei der "Besitzstandswahrung" sei es darum gegangen, jegliche Interessenkonflikte der Verwaltungsräte bei einer möglichen Entscheidung für oder gegen die Fusion auszuschliessen.

**7.3.3** Schliesslich führt der Beschwerdeführer in Bezug auf die Bonuszahlungen aus, dabei handle es sich nicht um ein Entgelt für geleistete Arbeit, sondern um eine übliche, diskretionäre und vom Unternehmenserfolg abhängige Beteiligung am Unternehmensergebnis. Der Verwaltungsrat sei in Ermangelung der Zuständigkeit eines andern Organs zur entsprechenden Beschlussfassung befugt.

## **7.4 Rechtliche Leitsätze**

**7.4.1** Der Inhalt des Rechtsverhältnisses zwischen dem Verwaltungsratsmitglied und der Aktiengesellschaft ist weitgehend durch die zwingenden Normen des Gesellschaftsrechts bestimmt, weist jedoch auch schuldrechtliche Komponenten auf. Es handelt sich daher um ein organchaftliches Rechtsverhältnis mit gesellschaftsrechtlicher und vertragsrechtlicher Doppelnatur (BÖCKLI, a.a.O., § 13 Rz. 88; MARTIN WERNLI/MARCO A. RIZZI, BSK OR II, Art. 710 N. 9; GEORG KRNETA, Praxiskommentar Verwaltungsrat, Bern 2001, Rz. 276). Denkbar ist insbesondere, dass die vertragliche Bindung ein arbeitsvertragliches oder ein auftragsrechtliches Verhältnis zur Gesellschaft begründet, wobei die Beurteilung des Rechtsverhältnisses stets auf Grund der Besonderheiten des konkreten Falles vorzunehmen ist. Entscheidend ist dabei, ob die betroffene

Person in dem Sinne in einem Abhängigkeitsverhältnis steht, dass sie Weisungen empfängt. Ist dies zu bejahen, liegt ein arbeits- und gesellschaftsrechtliches Doppelverhältnis vor (BGE 130 III 213 E. 2.1, BGE 128 III 129 E. 1a/aa).

**7.4.2** Die unterschiedlichen Rechtsverhältnisse sind in Bezug auf Entstehung, Wirkung und Auflösung voneinander zu unterscheiden, selbst wenn sie in einer engen Wechselbeziehung zueinander stehen (BGE 130 III 213 E. 2.1, BGE 128 III 129 E. 1a/aa). Das gesellschafts- und schuldrechtliche Doppelverhältnis hat mithin zur Folge, dass das in einem Auftragsverhältnis stehende Organ sowohl die gesellschaftsrechtlichen als auch die auftragsrechtlichen Bestimmungen beachten muss. Im Rahmen des Auftragsrechts trifft den Beauftragten insbesondere nach Art. 400 OR eine Rechenschaftsablegungspflicht, die durch Vertrag nicht wegbedungen werden kann (ROLF H. WEBER, Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, 5. Aufl., Basel 2011, Art. 400 N. 2; WALTER FELLMANN, Berner Kommentar VI/2/4, Bern 1992, Art. 400 N. 58). Zur Erfüllung dieser Pflicht hat der Beauftragte einen einlässlichen Bericht über seine wesentlichen Tätigkeiten mit den entsprechenden Belegen vorzulegen, die eine sachgerechte Kontrolle ermöglichen (FELLMANN, a.a.O., Art. 400 N. 27 f.; WEBER, a.a.O., Art. 400 N. 7 f.). Für die Beendigung des Auftrags ist schliesslich das jederzeitige Widerrufs- und Kündigungsrecht gemäss Art. 404 Abs. 1 OR zu beachten, das nach ständiger Rechtsprechung zwingender Natur ist (BGE 117 II 387 E. 2d, BGE 115 II 464 E. 2a). Das Widerrufs- und Kündigungsrecht darf auch nicht indirekt eingeschränkt werden; insbesondere ist die Erschwerung der jederzeitigen Auflösbarkeit des Auftrags durch finanzielle Verpflichtungen ungültig (BGE 110 II 380 E. 3, BGE 109 II 462 E. 4, Urteil des Bundesgerichts 4C.43/2003 vom 24. April 2003 E. 2.1).

## **7.5 Gerichtliche Beurteilung**

**7.5.1** Zu prüfen ist zunächst, ob der Beschwerdeführer beim Abschluss der zusätzlichen Mandatsverträge mit der Online Easy AG, der RIALM AG und der Resol AG, in denen er mit Beratungstätigkeiten für die ganze KPT Versicherungsgruppe beauftragt wurde, gewährsrelevante Sorgfalts- und Treuepflichten verletzt hat. Solche zusätzlichen Beraterverträge sind zwar grundsätzlich zulässig. So bestimmt denn auch Ziff. 9 des VR-Mandatsvertrages, dass zur Nutzung des besonderen professionellen Know-how einzelner Mitglieder des Verwaltungsrates Beraterverträge (sog. Sonderverträge) geschlossen werden können. Da der VR-

Mandatsvertrag jedoch das Aufgabengebiet des Beschwerdeführers als Verwaltungsratsmitglied und als Vizepräsident des Verwaltungsrates umfassend regelt und dafür eine fixe Entschädigung von insgesamt CHF 75'000.- netto bestimmt, kann Gegenstand dieser Sonderverträge nur ein zusätzlicher, vom VR-Mandatsvertrag unterschiedlicher Auftrag sein, für dessen Erledigung es der besonderen beruflichen Fähigkeiten des Beschwerdeführers bedarf. Ein Vergleich der in den Mandatsverträgen umschriebenen Aufgaben mit den bereits gemäss dem VR-Mandatsvertrag übertragenen Aufgaben zeigt jedoch, dass es gerade an dieser Unterschiedlichkeit fehlt. Die vom Beschwerdeführer geschlossenen Mandatsverträge übertragen dem Beschwerdeführer allgemein formulierte Aufgaben, die bereits durch die vom VR-Mandatsvertrag bestimmten Aufgaben als Verwaltungsrat und Vizepräsident des Verwaltungsrates erfasst waren. So gehörten beispielsweise die "Strategie- und Managementberatung" der Gesellschaften, die "Definition und Realisierung strategischer Partnerschaften", die "Konsolidierung der strategischen Ausrichtung der KPT Versicherungsgruppe Classic - Online", die "Pflege der Beziehungen zu anderen Versicherungsgesellschaften im Hinblick auf eine mögliche Zusammenarbeit oder Kooperation" und die "Vorbereitung der KPT Versicherungsgruppe und ihrer Gesellschaften auf die neue per 2012 zu erwartende Situation" zu der dem Verwaltungsrat obliegenden strategischen Unternehmensführung (Dossier 1049280 A pag. 3333-3329, 3322-3320, 3319-3317, 3316-3315, 3314-3312, 3311-3309). Für die Erfüllung dieser bereits vom VR-Mandatsvertrag erfassten Aufgaben als Verwaltungsratsmitglied und Vizepräsident des Verwaltungsrates wurde der Beschwerdeführer jedoch mit dem fixen Betrag von CHF 75'000.- netto pro Jahr entschädigt. Der Abschluss zusätzlicher Mandatsverträge, die Entschädigungen für die bereits unter dem VR-Mandatsvertrag fix abgegoltenen Aufgaben vorsehen, steht somit im offensichtlichen Widerspruch zu den Interessen der an den Verträgen beteiligten Gesellschaften, die dadurch einen bedeutend höheren finanziellen Aufwand zu tragen gehabt haben. Unerheblich ist dabei, dass gewisse Mandatsverträge mit der S.\_\_\_\_\_ geschlossen wurden, da mangels Rechtspersönlichkeit der Einzelunternehmung der Einzelkaufmann Vertragspartei ist (FLORIAN S. JÖRG, Die Einzelunternehmung, in: Kunz/Jörg/Arter [Hrsg.], Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VII, Bern 2012, S. 88). Der Beschwerdeführer hätte daher beim Abschluss der zusätzlichen Mandatsverträge erkennen müssen, dass diese eine erhebliche Gefahr einer finanziellen Benachteiligung für die Gesellschaften bedeuteten, deren Organ er gleichzeitig war. Dem daraus resultierenden klaren Interessenkonflikt wurde jedoch mit keinen geeigneten Massnah-

men begegnet. Vielmehr hat der Beschwerdeführer sein Verhalten beim Abschluss der zusätzlichen Mandatsverträge nicht am Interesse der Gesellschaften, sondern an seinem eigenen finanziellen Interesse ausgerichtet, womit er die organschaftliche Treuepflicht nach Art. 717 Abs. 1 OR verletzt hat.

**7.5.2** Was der Beschwerdeführer gegen diese Beurteilung vorbringt, vermag nicht zu überzeugen. So widerspricht die Interpretation der aus dem VR-Mandatsvertrag und den zusätzlichen Mandatsverträgen erhaltenen Summe als Gesamtvergütung für seine Tätigkeit für die KPT-Gruppe bereits dem Wortlaut und der Systematik der Verträge, die klar zwischen VR-Mandatsvertrag mit fixer Entschädigung einerseits und zusätzlichen Mandatsverträgen mit einer Entschädigung auf der Basis von Arbeitstagen zu einer bestimmten Tagespauschale andererseits unterscheiden (vgl. vorstehend E. 7.1.2). Der Umstand, dass das Konzept der zusätzlichen Mandatsverträge bereits unter dem alten Verwaltungsratspräsidenten bestanden hat, ändert zudem nichts an der vom Beschwerdeführer in seiner Funktion ständig zu wahrenden gewährsrelevanten gesetzlichen Sorgfalts- und Treuepflicht gemäss Art. 717 Abs. 1 OR. Das Vorbringen des Beschwerdeführers, er habe nach seinen Berechnungen im Jahre 2009 rund 51 Arbeitstage, im Jahre 2010 rund 170 Arbeitstage und im Jahre 2011 rund 128 Arbeitstage für die KPT-Gruppe geleistet, was nicht mit einer gewöhnlichen Tätigkeit eines Verwaltungsrates vergleichbar gewesen sei, geht zudem ins Leere. Zunächst gilt es festzuhalten, dass sich der Beschwerdeführer in seinem VR-Mandatsvertrag dazu verpflichtet hat, diejenige Arbeitszeit zur Verfügung zu stellen, die zur pflichtgemässen Erfüllung seiner Aufgaben als Verwaltungsratsmitglied und Vizepräsident des Verwaltungsrates erforderlich ist. Eine Beschränkung auf eine bestimmte Anzahl Arbeitstage findet sich im VR-Mandatsvertrag jedoch nicht (vgl. vorstehend E. 7.1.1). Weiter wird auch von der Vorinstanz nicht in Frage gestellt, dass der Beschwerdeführer im Rahmen des VR-Mandatsvertrages Arbeitsleistungen erbracht hat; der von der Vorinstanz erhobene Vorwurf zielt vielmehr darauf, dass der Beschwerdeführer im Rahmen der zusätzlichen Mandatsverträge keine Arbeitsleistungen erbracht hat, die über die bereits vom VR-Mandatsvertrag mit einer fixen Entschädigung abgegoltenen Leistungen hinausgehen (vgl. vorstehend E. 7.2.1).

**7.5.3** Im Übrigen kann dem Vorbringen des Beschwerdeführers, es handle sich vorliegend um ein faktisches Arbeitsverhältnis, nicht gefolgt werden. Für diese Qualifikation des Rechtsverhältnisses zwischen dem Be-

schwerdeführer und den Gesellschaften der KPT-Gruppe fehlt es an einem für den Arbeitsvertrag charakteristischen Subordinationsverhältnis in dem Sinne, dass der Beschwerdeführer bei seiner Tätigkeit Weisungen empfangen hätte (vgl. vorstehend E. 7.4.1). Anhaltspunkte für ein entsprechendes Unterordnungsverhältnis sind vom Beschwerdeführer nicht substantiiert vorgebracht worden und sind auch den Akten nicht zu entnehmen. Vielmehr ist davon auszugehen, dass mit Blick auf die vorliegende Tätigkeit des Beschwerdeführers ein gesellschafts- und auftragsrechtliches Doppelverhältnis vorliegt. Im Übrigen hätte der Beschwerdeführer auch bei Vorliegen eines Arbeitsvertrages gegenüber dem Arbeitgeber die Sorgfalts- und Treuepflicht zu befolgen (Art. 321a OR).

**7.5.4** Weiter vermag das Vorbringen des Beschwerdeführers, den Mandatsverträgen mit der Online Easy AG, der RIALM AG und der Resol AG stünden entsprechende Gegenleistungen gegenüber, nicht zu überzeugen. In Bezug auf die Online Easy AG hat der Beschwerdeführer geltend gemacht, die umfangreichen Vertragswerke und die Definition der zu entwickelnden Lösungen hätten einen grossen Zeitaufwand erfordert. Der dazu eingereichte Rahmenvertrag betreffend die Entwicklung und den Betrieb der Nachfolgelösung von Carelife vom 1. Januar 2009 (Beilage 5) hat der Beschwerdeführer jedoch in seiner Funktion als Verwaltungsrat der KPT VAG unterzeichnet. Der Vertragsschluss liegt zudem zeitlich vor dem Abschluss und der Vertragsdauer der vorliegend relevanten Mandatsverträge mit der Online Easy AG. Die entsprechende Ausarbeitung des Vertrages fiel dementsprechend in seinen Aufgabenbereich als Verwaltungsrat der KPT VAG und kann nicht als Beratungsleistung unter den später geschlossenen zusätzlichen Mandatsverträgen für die Online Easy AG qualifiziert werden. Gleiches gilt für den vom Beschwerdeführer eingereichten Projektvertrag betreffend die Entwicklung einer neuen Portalösung Easy 2.0 vom 6. Dezember 2006 (Beilage 6), den Nachtrag zu diesem Projektvertrag vom 1. Januar 2009 (Beilage 7), den Betriebsvertrag betreffend den Betrieb und die Wartung von h-cockpit vom 1. Januar 2009 (Beilage 8) und das Service Level Agreement betreffend den Betrieb von h-cockpit vom 1. Januar 2009 (Beilage 9). Es handelt sich bei allen Dokumenten um Verträge, in denen der Beschwerdeführer nur als Verwaltungsrat der KPT VAG erwähnt wird und zudem zeitlich vor den vorliegend relevanten Mandatsverträgen mit der Online Easy AG geschlossen wurden. Sie können daher nicht als Belege für allfällige Gegenleistungen des Beschwerdeführers unter den Mandatsverträgen mit der Online Easy AG herangezogen werden. Für die Beratungsleistungen aus den Mandatsverträgen mit der RIALM AG reichte der Beschwerdeführer ein Grob-



konzept (1. Entwurf) vom 3. Juni 2009 mit 17 Folien ein, das von C.\_\_\_\_\_ und ihm erstellt wurde (Beilage 10). Allerdings ist nicht ersichtlich und substantiiert geltend gemacht, welchen Anteil der Beschwerdeführer an der Erarbeitung dieses Grobkonzepts hatte und inwieweit dieser über die dem Verwaltungsrat obliegende strategische Führung der RIALM AG hinausgeht. Das als Beleg für seine Leistungen für die Resol AG eingereichte Schreiben betreffend Geschäftsplanänderung KPT Versicherungen AG (Beilage 11) datiert vom 4. September 2008 und wurde daher zeitlich vor dem vorliegend relevanten Mandatsvertrag des Beschwerdeführers vom 22. Februar 2010 geschlossen. Zudem ist nicht ersichtlich, inwiefern der Beschwerdeführer an der Verfassung des Schreibens beteiligt war, da als Bearbeiter V.\_\_\_\_\_ und als Unterzeichner W.\_\_\_\_\_ und X.\_\_\_\_\_ vermerkt sind. Aus den Akten ergibt sich zudem, dass die Resol AG im Jahre 2010 praktisch keinerlei Aktivitäten mehr entfaltet hat und schliesslich mit Beschluss der Generalversammlung vom 30. Mai 2011 aufgelöst wurde (Dossier 1049280 A pag. 3794-3792; 3791-3790; 3780-3777). Aus der Aufstellung der Leistungen des Beschwerdeführers in den Jahren 2010 und 2011 (Beilage 3) und dem Arbeitsrapport des Beschwerdeführers vom 20. April 2009 - 31. Dezember 2009 (Beilage 12) sind ebenfalls keine spezifischen für die Online Easy AG, die RIALM AG und die Resol AG erbrachten Arbeitsleistungen ausgewiesen, die über die normalen Tätigkeiten des Beschwerdeführers als Verwaltungsrat resp. Vizeverwaltungsratspräsident der entsprechenden Gesellschaften hinausgehen. Der Beschwerdeführer konnte somit vor Vorinstanz und auch im vorliegenden Verfahren für die geltend gemachten Leistungen für die Online Easy AG, RIALM AG und Resol AG keine der zwingenden Rechenschaftsablegungspflicht nach Art. 400 OR entsprechenden Berichte oder Belege vorweisen. Die Einreichung solcher Belege wäre aber mit Blick auf die Mitwirkungspflicht des Beschwerdeführers – insbesondere bei Tatsachen, die er besser kennt als die Behörden und die ohne seine Mitwirkung gar nicht oder nicht ohne vernünftigen Aufwand erhoben werden können (vgl. vorstehend E. 2.2.1) – notwendig, um Zweifel an der gestützt auf die umfangreichen Akten erfolgte vorinstanzliche Feststellung und Würdigung des Sachverhalts zu wecken. Da auf Grund der Aktenlage – insbesondere gestützt auf die Analyse der in Frage stehenden Mandatsverträge selbst – und der von der Vorinstanz bereits abgenommenen Beweise das Gericht seine Überzeugung schlüssig bilden kann, ist auf weitere Beweisabnahmen zu verzichten.

**7.5.5** Das sinngemässe Vorbringen des Beschwerdeführers, die Vorinstanz handle widersprüchlich, weil sie das neue Vergütungssystem bean-

standungslos akzeptiert habe, vermag ebenso wenig durchzudringen. Zunächst ist festzuhalten, dass das Vergütungssystem nicht Gegenstand eines Bewilligungsverfahrens der Vorinstanz darstellt (Art. 3 i.V.m. Art. 4 VAG) und daher aus dem Verhalten der Vorinstanz keine rechtserhebliche Genehmigung abgeleitet werden kann. Zudem zielt der Vorwurf der Vorinstanz – wie dargelegt – nicht auf die nach neuem Vergütungssystem vergleichbare Höhe der Gesamtentschädigung des Beschwerdeführers, sondern darauf, dass der Beschwerdeführer im Rahmen der zusätzlichen Mandatsverträge keine Arbeitsleistungen erbracht hat, die über die bereits durch den VR-Mandatsvertrag mit einer fixen Entschädigung abgegoltenen Leistungen hinausgehen (vgl. vorstehend E. 7.2.1). In diesem Zusammenhang gilt es darauf hinzuweisen, dass unter dem neuen Vergütungssystem nur noch je ein Vertrag mit den einzelnen Verwaltungsratsmitgliedern mit einem Pauschalhonorar für die Tätigkeit als Verwaltungsrat in der KPT-Gruppe besteht. Weitere Verträge, wie z.B. Mandatsverträge zwischen einzelnen Verwaltungsratsmitgliedern und der Online Easy AG oder der RIALM AG, gibt es künftig nicht mehr, "ausser es würde sich um Leistungen handeln, die klar ausserhalb der Tätigkeit als Verwaltungsrat liegen" (Dossier 1049280 A pag. 3591). Im vorliegend relevanten, von der Vorinstanz gerügten Punkt unterscheidet sich daher das neue Vergütungssystem wesentlich vom alten System, weshalb dem Einwand des Beschwerdeführers nicht gefolgt werden kann.

**7.5.6** Im Weiteren hat die Vorinstanz zu Recht festgestellt, dass die zusätzlichen Mandatsverträge, die dem Auftragsrecht unterstehen, dem zwingenden Recht widersprechende Regelungen enthalten. So ist die feste Laufzeit der Verträge und die bei einer vorzeitigen Beendigung der Verträge für ein weiteres Jahr geschuldete Entschädigung der vereinbarten Arbeitstage zu einem bestimmten Tagessatz mit dem in Art. 404 Abs. 1 OR zwingend vorgesehenen jederzeitigen Widerrufsrecht nicht vereinbar. Die vorgesehenen Zahlungen bei vorzeitiger Beendigung der Verträge sind daher als versteckte Abgangsentschädigungen zu werten.

**7.5.7** In Bezug auf die unter dem Titel "Besitzstandswahrung" ausbezahlten Gelder an die Verwaltungsräte gilt es darauf hinzuweisen, dass die Mitglieder des Verwaltungsrates auf Grund der gesetzlichen Sorgfalts- und Treuepflicht von Art. 717 Abs. 1 OR verpflichtet sind, einen Entscheid über eine allfällige Fusion des Unternehmens sorgfältig und mit Blick auf das Geschäftsinteresse zu fällen und sich dabei nicht von eigenen finanziellen Interessen leiten zu lassen. Das umsichtige Handeln im Interesse der Gesellschaft in einem Fusionsfall gehört somit bereits zur gesetz-

konformen Wahrnehmung der Aufgaben der Verwaltungsräte, für welche sie auch im Rahmen von VR-Mandatsverträgen entsprechend finanziell entschädigt werden. Im Übrigen ist äusserst fraglich, ob die "Besitzstandswahrung" überhaupt – wie vom Beschwerdeführer geltend gemacht – eine geeignete Massnahme zur Verhinderung von Interessenkonflikten der Verwaltungsräte in Bezug auf die Fusionsentscheidung darstellte. Die mit Blick auf einen Fusionsentscheid ausbezahlten Gelder könnten sich auf Grund ihrer sofortigen Verfügbarkeit vielmehr als kontraproduktiv erweisen, indem sie die Fusion im Unterschied zum Alleingang als finanziell attraktiver erscheinen lassen und dadurch die Entscheidung unsachgemäss beeinflussen könnten. Der Verwaltungsrat hätte daher bei der – nach Auffassung des Beschwerdeführers bestehenden Gefahr von Interessenkonflikten – auf Grund der Treuepflicht gemäss Art. 717 Abs. 1 OR mit anderen geeigneten Massnahmen versuchen müssen, die gebührende Berücksichtigung der Interessen der Gesellschaft sicherzustellen. Insbesondere hätte eine objektive Beurteilung der "Besitzstandswahrung" durch Personen erfolgen sollen, die von den dadurch ausgelösten Zahlungen nicht begünstigt worden wären und daher in keinem Interessenkonflikt gestanden hätten. Solche Massnahmen wurden jedoch unterlassen. Als unbehelflich erweist sich zudem das Vorbringen, die "Besitzstandswahrung" sei durch den Gesamtverwaltungsrat anlässlich der Sitzung vom 29. April 2010 als wünschenswert erachtet worden. Unbestrittenemassen wurde vom Verwaltungsrat an dieser Sitzung betreffend "Besitzstandswahrung" kein Beschluss gefasst; ebenso ist dem Protokoll der Verwaltungsratssitzung vom 11. Juni 2010 kein solcher Beschluss zu entnehmen. Unter Ziff. 7a "Diverses" wird lediglich vermerkt, dass der Verwaltungsratspräsident darüber informiert, dass er einen Antrag an den NEA zur Wahrung des Besitzstandes des Verwaltungsrates im Falle des Vollzugs der Fusion gestellt habe, um jegliche Interessenkollision auszuschliessen. Schliesslich wird festgehalten: "Der NEA hat diesen Antrag bewilligt, dies wurde jetzt vom anwesenden Verwaltungsrat bestätigt." Im Protokoll der Sitzung ist jedoch weder ein Antrag an den Verwaltungsrat auf Genehmigung der "Besitzstandswahrung", noch ein entsprechend gekennzeichnete Beschluss oder ein Abstimmungsergebnis wiedergegeben, wie dies für ein inhaltlich korrektes Protokoll im Sinne von Art. 713 Abs. 3 OR erforderlich wäre (Dossier 1049280 A pag. 1906-1898, insb. 1898). Es ist im Übrigen davon auszugehen, dass eine finanziell weitreichende Entscheidung wie die "Besitzstandswahrung" nicht unter "Diverses" ohne weitere Diskussionen des Verwaltungsrates getroffen wird bzw. werden kann.

**7.5.8** Schliesslich ist festzuhalten, dass beim Beschluss des Verwaltungsrates über Bonuszahlungen an die eigenen Mitglieder offensichtlich ein Interessenkonflikt auf Grund von eigenen finanziellen Interessen der Mitglieder des Verwaltungsrates bestand. Vorliegend ist nicht ersichtlich, dass der Verwaltungsrat geeignete Massnahmen ergriffen hätte, um sicher zu stellen, dass den Interessen der Gesellschaft angemessen Rechnung getragen wird (vgl. vorstehend E. 3.2.2). Der Beschwerdeführer hat auch nicht substantiiert vorgebracht, dass solche Massnahmen vorgekehrt worden wären. Diesbezüglich hat die Vorinstanz daher zu Recht eine Verletzung der in Art. 717 Abs. 1 OR verankerten Treuepflicht des Verwaltungsrates festgestellt. Es gilt zudem festzuhalten, dass für die Beurteilung, ob den bezogenen Entschädigungen angemessene Arbeitsleistungen gegenüberstanden, die Bonuszahlungen von der Vorinstanz nicht berücksichtigt wurden.

**7.5.9** Zusammenfassend ist daher als Zwischenergebnis festzuhalten, dass die Vorinstanz zu Recht festgestellt hat, dass der Beschwerdeführer beim Abschluss der zusätzlichen Mandatsverträge, beim Beschluss über die "Besitzstandswahrung" und beim Entscheid von Bonuszahlungen an den Verwaltungsrat seine gewährsrelevante Sorgfalts- und Treuepflicht gemäss Art. 717 Abs. 1 OR verletzt hat.

## **8. Verletzung versicherungsaufsichtsrechtlicher Bestimmungen**

### **8.1 Übersicht**

Die Vorinstanz hat im angefochtenen Entscheid verschiedene Verletzungen von versicherungsaufsichtsrechtlichen Bestimmungen, insbesondere bezüglich des gebundenen Vermögens, der Solvabilitätsvorschriften, der versicherungstechnischen Rückstellungen und der Informationspflichten festgestellt. Nachfolgend soll auf diese Vorwürfe und die Vorbringen des Beschwerdeführers dazu nur insofern eingegangen werden, als sie das gewährsrelevante Verhalten des Beschwerdeführers betreffen.

**8.1.1** Die Vorinstanz hielt in der angefochtenen Verfügung fest, im Zeitraum zwischen September 2010 und dem 3. November 2010 habe bei der KPT VAG eine Unterdeckung des Sollbetrags des gebundenen Vermögens bestanden, was ein schwerwiegender Verstoss gegen die Pflicht der jederzeitigen Bedeckung des Sollbetrags durch zulässige Werte darstelle. Weiter sei durch die Übernahme der Verwaltung des gebundenen Vermögens der KPT VAG durch die RIALM AG, die es in ihrem Namen

bei Y.\_\_\_\_\_ angelegt habe, das gebundene Vermögen vollumfänglich an eine Vermögensverwaltungsgesellschaft übergegangen, welche zwar der KPT-Gruppe angehöre, der KPT VAG hingegen den direkten Zugriff auf das gebundene Vermögen nicht ermöglicht habe. Es sei kein zulässiger Fall von Fremdverwahrung vorgelegen, weil als Verwahrerin grundsätzlich lediglich eine Bank in der Schweiz in Frage komme. Gemäss FINMA-Rundschreiben 2008/18 "Anlagerichtlinien Versicherer" sei es nicht zulässig, das gebundene Vermögen oder Werte daraus bei Konzerngesellschaften anzulegen. Das gebundene Vermögen sei daher falsch bestellt worden, was ein schwerer Verstoss gegen Versicherungsaufsichtsrecht darstelle. Im Übrigen sei für den Beschwerdeführer erkennbar gewesen, dass die RIALM AG treuhänderisch als Inhaberin der Depots und Konti eingesetzt worden sei. Mit dem gewählten vertraglichen Konstrukt seien erhebliche Rechtsrisiken bei einem allfälligen Konkursfall der RIALM AG geschaffen worden, da ein direkter Zugriff der KPT VAG auf ihre Vermögenswerte in der RIALM AG ausgeschlossen gewesen wäre. Damit habe die KPT VAG gegen den Hauptzweck der Sicherstellung des gebundenen Vermögens, nämlich die korrekte Aussonderungsmöglichkeit und den direkten Zugriff auf Vermögenswerte bei der Fremdverwahrung, verstossen und die aufsichtsrechtlichen Bestimmungen schwer verletzt.

**8.1.2** Die Vorinstanz kam in der angefochtenen Verfügung sodann zum Schluss, dass in Folge des Mittelabflusses von CHF 75 Mio. im Mai 2010 der KPT VAG eine verfügbare Solvabilitätsspanne von noch CHF 29 Mio. verblieb. Bei einer geforderten Solvabilitätsspanne von CHF 46.8 Mio. habe daraus eine Unterdeckung von CHF 17 Mio. bzw. 37 % resultiert. Da die KPT VAG über die an die KPT/CPT Holding AG transferierten Mittel durch das Verhalten der Muttergesellschaft, welche die Mittel zum verbindlichen Rückkauf der Mitarbeiteraktien habe einsetzen wollen, nicht mehr frei habe verfügen können, hätten sie die Anforderungen von Art. 9 VAG nicht mehr erfüllt und seien deshalb von der verfügbaren Solvabilitätsspanne in Abzug zu bringen gewesen. Zudem seien die Mittel als Abfluss der Substanz der KPT VAG zu werten, da die KPT/CPT Holding AG nicht in der Lage gewesen sei, die Mittel aus eigener Kraft zurückzuführen. Zu berücksichtigen sei zudem das Gegenparteiisiko. Die Empfängerin der Transaktion sei die KPT/CPT Holding AG gewesen, welche zu einem wichtigen Teil aus der Substanz der KPT VAG bestehe. Damit habe sich das Risiko durch den sog. "Double-Gearing"-Effekt erhöht. Wenn es der KPT VAG finanziell schlecht gehen sollte, betreffe dies auch die KPT/CPT Holding AG in besonderem Mass, was auf die Kreditwürdigkeit

der KPT/CPT Holding AG einen negativen Einfluss habe. Bei Solvenzschwierigkeiten der KPT VAG wäre das Darlehen an die KPT/CPT Holding AG unmittelbar wertlos, was die Solvenzschwierigkeiten der KPT VAG massiv verstärken würde. Zu erwähnen sei im Zusammenhang mit der Berechnung des Substanzwerts zudem, dass die KPT VAG selbst, aber auch die N.\_\_\_\_\_, die bereits bestehenden Darlehen der KPT VAG an die KPT/CPT Holding AG im Betrag von CHF 8 Mio. abziehen würden. Es sei nicht ersichtlich, weshalb sie bei der Frage hinsichtlich der Transaktion über CHF 70 Mio. nicht gleich hätte verfahren sollen.

**8.1.3** Im angefochtenen Entscheid führt die Vorinstanz weiter aus, bei der Berechnung des Rückkaufpreises der Mitarbeiteraktien von CHF 600.- pro Aktie seien versicherungstechnische Rückstellungen dem Eigenkapital der KPT VAG zugerechnet worden. Diese Vorgehensweise verstosse in schwerer Weise gegen aufsichtsrechtliche Bestimmungen. Gemäss dem von der Vorinstanz genehmigten Geschäftsplan der KPT VAG vom 24. Juni 1996 seien aus Prämienzahlungen der Versicherten versicherungstechnische Rückstellungen gebildet worden. Diese Rückstellungen gehörten demnach keineswegs ins Eigenkapital der KPT VAG und stünden nach Aufsichtsrecht nicht zur freien Verfügung der KPT VAG (Art. 26 Abs. 1 VAG). Der Geschäftsplan vom 24. Juni 1996 sehe zudem keine Verwendung der in der Vergangenheit gebildeten Rückstellungen zugunsten von freien Reserven, von Eigenmitteln oder zugunsten von Aktionären vor. Darüber hinaus wäre diese Verwendung auch nicht gesetzeskonform, da nicht mehr benötigte versicherungstechnische Rückstellungen gestützt auf einen Verwendungsplan zu Gunsten der Versicherten verwendet werden müssten (Art. 54 Abs. 3 AVO; FINMA-Rundschreiben 2010/3 "Krankenversicherung nach VVG", Rz. 24).

## **8.2 Einwände des Beschwerdeführers**

**8.2.1** Der Beschwerdeführer macht zunächst geltend, nicht der Verwaltungsrat, sondern die Geschäftsleitung der KPT VAG sei für allfällige Verletzungen von versicherungsaufsichtsrechtlichen Verpflichtungen verantwortlich, insbesondere für Verletzungen in Bezug auf die Einhaltung der Vorschriften zur Solvabilität, zur Verwaltung des gebundenen Vermögens und zur Bildung und Auflösung von versicherungstechnischen Rückstellungen. In Bezug auf das RIALM Setup hält der Beschwerdeführer weiter fest, er habe keine Kenntnis davon gehabt, dass das Konto der RIALM AG bei Y.\_\_\_\_\_ zur Anlegung des gebundenen Vermögens der KPT VAG hätte benutzt werden sollen. Im Übrigen entspreche der RIALM Se-

tup zwar nicht unbedingt "best industry practice". Jedoch sei fraglich, ob der Fremdverwahrer im Sinne von Art. 86 Abs. 3 AVO eine Bank sein müsse. Der RIALM Setup habe zudem nicht zu einer Gefährdung des gesetzlichen Sicherstellungscharakters des gebundenen Vermögens geführt. Auf Grund der Personalunion des Verwaltungsrates der involvierten Gesellschaften könne eine effektive Gefährdung des gebundenen Vermögens praktisch ausgeschlossen werden.

**8.2.2** Es könne zudem nicht von einer Verletzung der Solvabilitätsvorschriften ausgegangen werden. Die durch die Zustimmung der Vorinstanz bedingten Entscheidungen und Rechtshandlungen im Zusammenhang mit dem Darlehen der KPT VAG an die KPT/CPT Holding AG bzw. dem Rückkaufangebot an die Mitarbeiteraktionäre seien materiell vertretbar gewesen. Sie seien auch im Rahmen von Art. 5 Abs. 1 VAG zulässig gewesen, hätten die Organe der KPT VAG doch ungeachtet der laufenden Prüfung der beantragten Geschäftsplanänderung vom 6. Januar 2010 mangels gegenteiliger Anzeichen oder Mitteilungen der Vorinstanz davon ausgehen dürfen, dass CHF 77 Mio. frei verfügbar seien. Dies habe genügend Grundlage für einen bedingten Entscheid in Bezug auf das Darlehen der KPT VAG an die KPT/CPT Holding AG über CHF 70 Mio. geboten, so dass keine (materielle) Solvabilitätsverletzung vorliege.

**8.2.3** Beim Vorwurf der Verstösse im Umgang mit versicherungstechnischen Rückstellungen und Reserven handle es sich schliesslich um Aufgaben, für die nicht der Beschwerdeführer, sondern der Aktuar und der CFO der KPT VAG zuständig gewesen seien. Dass man die Rückstellungen für die Berechnung des Austauschverhältnisses berücksichtigt habe, stelle zudem keinen regulatorischen Verstoss und erst recht keine Zweckentfremdung dar, zumal die auf Basis dieser Berechnung vorgesehene Transaktion unter der Bedingung der Zustimmung der Vorinstanz gestanden sei. Zutreffend sei, dass sich KPT und B. \_\_\_\_\_ für die Bestimmung des Austauschverhältnisses für die Fusion auf den Standpunkt stellten, dass Teile der Rückstellungen in betriebswirtschaftlicher und aktuarieller Hinsicht als sogenannte freie Mittel zu betrachten seien und für die Berechnung des Substanzwerts der beiden Unternehmen berücksichtigt werden könnten. Die Bemessung sei rein virtuell erfolgt, d.h. ohne jegliche Absicht, diese sogenannten freien Mittel effektiv auszuscheiden, auszuschütten, einem anderen Zweck zuzuführen, eine Änderung des Geschäftsplans zu vollziehen oder in einer anderen Art und Weise die einschlägigen Bestimmungen des VAG und der zugehörigen Weisungen der Vorinstanz zu umgehen.

### 8.3 Rechtliche Leitsätze

**8.3.1** Art. 716a Abs. 1 OR bestimmt die unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrates. Dazu gehören die Oberleitung der Gesellschaft und die Erteilung der nötigen Weisungen (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR). Ebenfalls zur Oberleitung gehören die Implementierung eines internen Kontrollsystems sowie das Risikomanagement (BÖCKLI, a.a.O., § 13 Rz. 306 ff.; WATTER/ROTH PELLANDA, BSK OR II, Art. 716a N. 6). Zu den unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrates zählt weiter die Ausgestaltung des Rechnungswesens, der Finanzkontrolle sowie der Finanzplanung, sofern diese für die Führung der Gesellschaft notwendig ist (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR). Der Verwaltungsrat hat sich dementsprechend um das finanzielle Gleichgewicht des Unternehmens – namentlich um die Eigenmittel und Liquidität – zu kümmern. Dazu braucht der Verwaltungsrat systematische und zeitnahe Informationen, und er muss die Finanzvorgänge überwachen (BÖCKLI, a.a.O., § 13 Rz. 340 ff.; WATTER/ROTH PELLANDA, BSK OR II, Art. 716a N. 17; ROLAND MÜLLER/LORENZ LIPP/ADRIAN PLÜSS, Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für die Praxis, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007, S. 150 ff.).

**8.3.2** Das Versicherungsunternehmen muss gemäss Art. 9 Abs. 1 VAG über ausreichende freie und unbelastete Eigenmittel bezüglich seiner gesamten Tätigkeit verfügen (Solvabilitätsspanne). Bei der Festsetzung der Solvabilitätsspanne ist insbesondere den Risiken, denen das Versicherungsunternehmen ausgesetzt ist, den Versicherungszweigen, dem Geschäftsumfang, dem geografischen Wirkungsbereich und den international anerkannten Grundsätzen Rechnung zu tragen (Art. 9 Abs. 2 VAG). Die Festlegung der anrechenbaren Eigenmittel wird vom Gesetzgeber an den Bundesrat delegiert. Dieser Delegation ist der Bundesrat durch Erlass der Art. 37-39 AVO nachgekommen. In Art. 37 Abs. 1 und 2 AVO werden dabei die anrechenbaren Eigenmittel und in Art. 37 Abs. 3 AVO die von den anrechenbaren Eigenmitteln abzuziehenden Positionen genannt. In Art. 38 AVO werden zudem besondere Fälle geregelt und in Art. 39 AVO die Voraussetzungen festgelegt, unter denen hybride Instrumente als Eigenmittel anrechenbar sind (vgl. VÉRONIQUE BESSON/PATRICK FRIGO, BSK VAG, Art. 9 N. 67 ff.).

**8.3.3** Art. 16 Abs. 1 VAG verpflichtet das Versicherungsunternehmen, für die gesamte Geschäftstätigkeit ausreichende versicherungstechnische Rückstellungen zu bilden. Diese Rückstellungen stellen einen Bilanzposten auf der Passivseite der Bilanz dar (STEFANIE GEY, BSK VAG, Art. 17



N. 34; WEBER/UMBACH, a.a.O., S. 53). Die Bedingungen der Bildung und der Auflösung der versicherungstechnischen Rückstellungen hat das Versicherungsunternehmen im Geschäftsplan zu nennen (Art. 54 Abs. 3 AVO). Änderungen des Geschäftsplans betreffend Rückstellungen sind der FINMA mitzuteilen und gelten nur dann als genehmigt, sofern die FINMA nicht innert vier Wochen eine Prüfung des Vorgangs einleitet (Art. 5 Abs. 2 VAG; vgl. auch HANS-JÜRGEN WOLTER, BSK VAG, Art. 16 N. 11). Die FINMA regelt zudem die Einzelheiten bezüglich Art und Umfang der versicherungstechnischen Rückstellungen (Art. 16 Abs. 2 Satz 2 VAG i.V.m. Art. 54 Abs. 4 AVO). In Rz. 24 des FINMA-Rundschreibens 2010/3 "Krankenversicherung nach VVG" wird konkretisierend festgehalten, dass das Versicherungsunternehmen vor der Auflösung nicht mehr benötigter versicherungstechnischer Rückstellungen einen Verwendungsplan unterbreitet, sofern die Verwendung nicht bereits im Geschäftsplan geregelt ist. In diesem Plan ist darzulegen, wie die Verteilung der nicht mehr benötigten versicherungstechnischen Rückstellungen an die Versicherten erfolgt, welche diese Rückstellungen finanziert haben.

**8.3.4** Gemäss Art. 17 Abs. 1 VAG muss das Versicherungsunternehmen die Ansprüche aus Versicherungsverträgen durch ein gebundenes Vermögen sicherstellen. Der Sollbetrag des gebundenen Vermögens entspricht dabei den versicherungstechnischen Rückstellungen und einem angemessenen Zuschlag (Art. 18 VAG). Dieser Sollbetrag muss jederzeit durch Aktiven gedeckt sein (Art. 74 i.V.m. Art. 79 AVO). Stellt das Versicherungsunternehmen eine Unterdeckung fest, so hat es das gebundene Vermögen unverzüglich zu ergänzen (Art. 74 Abs. 2 AVO). Als allgemeiner Grundsatz hält Art. 76 Abs. 1 AVO zudem fest, dass das Versicherungsunternehmen das gebundene Vermögen durch Zuweisung von Vermögenswerten bestellt. Es hat diese Werte zu erfassen und so zu kennzeichnen, dass es jederzeit ohne Verzug nachweisen kann, welche Werte zum gebundenen Vermögen gehören und dass der Sollbetrag des gebundenen Vermögens gedeckt ist. Die dem gebundenen Vermögen zugewiesenen beweglichen Vermögenswerte können in Fremdverwahrung gegeben werden, wobei es sich regelmässig um ein Bankinstitut handelt (GEY, a.a.O., Art. 17 N. 99). Der Fremdverwahrer hat ein Verzeichnis dieser Werte zu führen und sie als zum gebundenen Vermögen gehörend zu kennzeichnen (Art. 86 Abs. 1 und 3 AVO). Das Versicherungsunternehmen meldet der FINMA Verwahrungsort, Hinterlegungsstelle und Verwahrungsart sowie deren Änderungen. Die Fremdverwahrung ist nur zulässig, wenn der Verwahrer in der Schweiz gegenüber dem Ver-

sicherungsunternehmen für die Erfüllung der Verwahrerpflichten haftet (Art. 87 AVO).

**8.3.5** In Rechtsprechung und Doktrin ist anerkannt, dass eine Rechtsmittelinstanz, die nach der gesetzlichen Ordnung mit freier Prüfung zu entscheiden hat, ihre Kognition einschränken darf, wenn die Natur der Streitsache dies sachlich rechtfertigt bzw. gebietet. Das ist regelmässig dann der Fall, wenn die Rechtsanwendung technische Probleme oder Fachfragen betrifft, zu deren Beantwortung und Gewichtung die verfügende Behörde auf Grund ihres Spezialwissens besser geeignet ist, oder wenn sich Auslegungsfragen stellen, welche die Verwaltungsbehörde auf Grund ihrer örtlichen, sachlichen oder persönlichen Nähe sachgerechter zu beurteilen vermag als die Beschwerdeinstanz. Im Rahmen des so genannten "technischen Ermessens" darf der verfügenden Behörde bei der Beurteilung von ausgesprochenen Fachfragen daher ein gewisser Ermessens- und Beurteilungsspielraum belassen werden, soweit sie die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend durchgeführt hat. Die Rechtsmittelinstanz weicht in derartigen Fällen nicht ohne Not von der Auffassung der Vorinstanz ab und stellt im Zweifel nicht ihre eigene Einschätzung an die Stelle der für die kohärente Konkretisierung und Anwendung des Gesetzes primär verantwortlichen Vorinstanz (vgl. BGE 135 II 384 E. 2.2.2, BGE 135 II 296 E. 4.4.3, BGE 131 II 680 E. 2.3.2 mit Hinweisen). Die FINMA ist eine Vorinstanz mit besonderem Sachverstand und Beurteilungsnähe im vorerwähnten Sinne (vgl. BGE 133 II 81 E. 5.3).

## **8.4 Gerichtliche Beurteilung**

**8.4.1** Die von der Vorinstanz festgestellte Unterdeckung des Sollbetrags des gebundenen Vermögens im Zeitraum vom 30. September 2010 bis 3. November 2010 wird vom Beschwerdeführer nicht bestritten. Da gemäss Art. 74 Abs. 1 AVO der Sollbetrag jederzeit durch Aktiven (Art. 79 AVO) gedeckt sein muss, hat die Vorinstanz diesbezüglich zu Recht eine Verletzung aufsichtsrechtlicher Verpflichtungen festgestellt. Die Vorinstanz hat weiter schlüssig dargelegt, dass mit dem Übergang des gebundenen Vermögens der KPT VAG an die Konzerngesellschaft RIALM AG – die es in ihrem Namen bei Y.\_\_\_\_\_ anlegte – der direkte Zugriff auf das gebundene Vermögen nicht mehr möglich war. Mit dem Vermögensübertrag an die RIALM AG ist das gebundene Vermögen mithin nicht im Sinne von Art. 17 Abs. 1 VAG von der Versicherungsgesellschaft bestellt worden, was eine Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen darstellt.

Der Umstand, dass die zur Bestellung des gebundenen Vermögens hinterlegten Vermögenswerte zudem nicht im Namen der KPT VAG, sondern namens der RIALM AG bei Y.\_\_\_\_\_ gehalten wurden, widerspricht weiter der aufsichtsrechtlich geforderten korrekten Aussonderungsmöglichkeit und des direkten Zugriffs des Versicherungsunternehmens auf die dem gebundenen Vermögen zugewiesenen Vermögenswerte (vgl. Art. 86 Abs. 3 i.V.m. Art. 87 AVO). Die von der Vorinstanz diesbezüglich vertretene Auslegung der einschlägigen Bestimmungen entspricht Sinn und Zweck des in Art. 17 Abs. 1 VAG geforderten gebundenen Vermögens zur Sicherstellung der Ansprüche aus Versicherungsverträgen sowie der allgemeinen Zwecksetzung des Versicherungsaufsichtsgesetzes, welches die Versicherten vor den Insolvenzrisiken der Versicherungsunternehmen und vor Missbräuchen schützen soll (Art. 1 Abs. 1 VAG). Dabei ist besonders zu beachten, dass die volle Bedeckung des Sollbetrags und die nötige Qualität der Vermögenswerte im gebundenen Vermögen sowie die Möglichkeit des direkten Zugriffs für die Sicherung der Versichertenansprüche von entscheidender Bedeutung sind (vgl. TOM LUDESCHER, Das gebundene Vermögen gemäss Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG), Zürich/St. Gallen 2007, S. 149 ff., 163 ff.; HANS-PETER GSCHWIND, Ombudsmann oder FINMA?, in: Fuhrer/Chappuis [Hrsg.], Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Bern 2012, S. 184; WEBER/UMBACH, a.a.O., S. 111 ff.). Vor diesem Hintergrund und der rechtlichen Selbständigkeit der Gesellschaften ist daher auch unerheblich, dass dem Verwaltungsrat der RIALM AG und der KPT VAG die gleichen Personen angehörten.

Die Vorbringen des Beschwerdeführers, er habe keine Kenntnis davon gehabt, dass das Konto der RIALM AG bei Y.\_\_\_\_\_ zur Anlegung des gebundenen Vermögens der KPT VAG verwendet worden sei, überzeugt nicht. Der Beschwerdeführer hat am 26. Mai 2008 den Kontoeröffnungsantrag bei Y.\_\_\_\_\_ eigenhändig unterschrieben, der als Kunde ausdrücklich und einzig die RIALM AG nennt (Dossier 1049280 A pag. 3391-3380). Er hat weiter als Vizeverwaltungsratspräsident der RIALM AG den Rahmenvertrag zum Vermögensverwaltungsauftrag vom 16. April 2008 unterzeichnet, aus dem klar ersichtlich wird, dass die RIALM AG ermächtigt wird, in eigenem Namen und auf eigene Rechnung für die Verwahrung von Vermögenswerten Verträge zu schliessen (Ziff. 2 Rahmenvertrag; Dossier 1049280 A pag. 3528-3525). Ein sorgfältig handelnder Vizeverwaltungsratspräsident mit den Fachkenntnissen des Beschwerdeführers hätte daher beim Lesen des unterzeichneten Dokuments die durch den RIALM Setup resultierenden Verstösse gegen das Versicherungsaufsichtsrecht erkennen müssen.

**8.4.2** Aus den in E. 6 enthaltenen Ausführungen folgt, dass der Beschwerdeführer bei der Vergabe des Darlehens von CHF 70 Mio. an die KPT/CPT Holding AG gegen die ihm obliegende gesetzliche Sorgfalts- und Treuepflicht verstossen hat. Insoweit die Vorinstanz darüber hinaus geltend macht, der Beschwerdeführer habe bei der Vergabe des Darlehens an die KPT/CPT Holding AG in Bezug auf die Wahrung der Solvabilität im Sinne von Art. 9 Abs. 1 VAG unsorgfältig gehandelt, ist ihr zuzustimmen. Der Beschwerdeführer hätte bei einem Abfluss von Mitteln aus der KPT VAG, die rund 12 % der Bilanzsumme resp. 161 % des statutarisch ausgewiesenen Eigenkapitals ausmachen, die Auswirkungen dieses Mittelabflusses auf die Solvabilität der Gesellschaft abklären müssen. Die Wahrung des finanziellen Gleichgewichts einer Gesellschaft und die dadurch bedingte Überwachung der ausreichenden Eigenmittel und Liquidität der Gesellschaft gehören zu den unentziehbaren gesetzlichen Aufgaben des Verwaltungsrates (vgl. vorstehend E. 8.3.1). Die entsprechenden Abklärungen betreffend Solvabilität bei der Gewährung eines Darlehens im Umfang von CHF 70 Mio. sind daher von einem sorgfältig handelnden Vizeverwaltungsratspräsident – der im Übrigen als diplomierter Wirtschaftsprüfer über entsprechende Fachkenntnisse verfügt – zu erwarten. Dies muss vorliegend umso mehr gelten, als der Beschwerdeführer und die anderen Mitglieder des Fusionsausschusses am 11. Mai 2010 die Transaktion in der Höhe von CHF 70 Mio. beschlossen haben, ohne die Geschäftsführung oder den Aktuar der KPT VAG in diese Entscheidung vorab zu involvieren.

Im Übrigen gilt es darauf hinzuweisen, dass die Vorinstanz die verfügbare Solvabilität der KPT VAG korrekt berechnet hat. Dem vom Beschwerdeführer geltend gemachte Einbezug von weiteren Positionen der versicherungstechnischen Rückstellungen im Umfang von CHF 77 Mio. steht der Umstand entgegen, dass das Verfahren der Genehmigung der diesbezüglich beantragten Geschäftsplanänderung unbestrittenermassen noch nicht abgeschlossen und somit keine definitive Entscheidung der Vorinstanz vorlag. Zudem ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die an die KPT/CPT Holding AG transferierten Mittel von der verfügbaren Solvabilitätsspanne in Abzug gebracht hat. Die von ihr dazu angeführte Begründung der mangelnden freien Verfügbarkeit im Sinne von Art. 9 Abs. 1 VAG und die weiter erläuterten Risiken (Art. 9 Abs. 2 VAG) sind mit Blick auf ihren Beurteilungsspielraum und die zentrale Bedeutung der Solvabilität zur Wahrung der aufsichtsrechtlichen Zwecksetzung (Art. 1 Abs. 1 VAG) schlüssig und überzeugend. So hat denn auch die KPT VAG in ihrem Schreiben an die Vorinstanz vom 6. Juli 2010, das vom Beschwerdefüh-

rer und dem Verwaltungsratspräsidenten unterzeichnet wurde, anerkannt, dass die Überweisung des Darlehens zur Finanzierung der Aktienrückkäufe auf das Konto der KPT/CPT Holding AG "ein solvenzrelevanter Tatbestand ist" (Dossier 1049280 A pag. 1204-1197, insb. 1198).

**8.4.3** Wie vorstehend erläutert (vgl. E. 5), hat der Beschwerdeführer bei der Festsetzung des Rückkaufpreises der Mitarbeiteraktien nicht mit genügender Sorgfalt und unter Beachtung seiner Treuepflicht gehandelt und daher Art. 717 Abs. 1 OR verletzt. In diesem Zusammenhang hat er pflichtwidrig auch nicht abgeklärt, ob der Einbezug von versicherungstechnischen Rückstellungen bei der Bestimmung des Eigenkapitals der KPT VAG zulässig war und dadurch die aufsichtsrechtlichen Vorschriften und der Geschäftsplan gemäss Art. 4 und 5 VAG gewahrt wurden. Der Beschwerdeführer hat insbesondere trotz warnender Hinweise die zur korrekten Bestimmung des Eigenkapitals der KPT VAG notwendigen Abklärungen unterlassen. Bereits im Rahmen des Workshops vom 24. Februar 2010 schätzte H.\_\_\_\_\_ den Wert der KPT VAG auf CHF 520 Mio., brachte jedoch den Hinweis an, dass die freien Mittel von ca. CHF 280-300 Mio. von der FINMA noch nicht genehmigt seien (Dossier 1049280 B pag. 353-424, insb. 363 f.). In einem Schreiben vom 10. Juni 2010 an den Beschwerdeführer brachte G.\_\_\_\_\_ zudem zur Position "übrige technische Rückstellungen CHF 311,787 Mio." explizit den Hinweis an, dass diese in Übereinstimmung mit dem VAG nicht in die aktienrechtlichen stillen Reserven einzubeziehen und demzufolge durch die Revisionsstelle nicht zu prüfen und zu bestätigen seien. Entsprechend wurde auch bei der tabellarischen Zusammenstellung auf Beilage 1 die Position der übrigen technischen Rückstellungen von CHF 311,787 Mio. mit zwei Sternen versehen und vermerkt, dass es der aktuariellen Beurteilung obliege, ob dieser Betrag stille Reserven seien oder nicht (Dossier 1049280 B pag. 1758-1760). Der verantwortliche Aktuar der KPT VAG hat ebenfalls in seinem Bericht vom 14. Juni 2010 an die Geschäftsleitung darauf hingewiesen, dass die neue Geschäftsplaneingabe vom 6./7. Januar 2010 von der Vorinstanz noch nicht genehmigt sei. Zudem verwies er darauf, dass inzwischen das FINMA-Rundschreiben 2010/3 über die Krankenversicherung in Kraft gesetzt worden sei (Dossier 1049280 A pag. 579-564, insb. 577 und 571). Auch das Gutachten von O.\_\_\_\_\_ vom 18. Juni 2010 weist zur Bilanzposition "übrige technische Rückstellungen CHF 311.8 Mio." in einer Fussnote auf das Rundschreiben 2010/3 der FINMA hin, welches zu einer (teilweisen) Zweckbindung dieser Rückstellung und der entsprechenden Nichtausschüttbarkeit führen könne (Dossier 1049280 B pag. 1950-1977, insb. 1962). Zudem lag unbestrittenermassen noch kei-

ne Genehmigung der Änderung des Geschäftsplans der KPT VAG vor, die ja auch nach den Vorbringen des Beschwerdeführers unabdingbare Voraussetzung für die Auflösung oder andere Allokation von Reserven auf versicherungstechnischen Rückstellungen darstellte (Art. 4 Abs. 2 Bst. d i.V.m. Art. 5 Abs. 2 VAG). Vor diesem Hintergrund hätte eine sorgfältig handelnde Person in der Funktion des Beschwerdeführers im Rahmen der Festsetzung des Rückkaufpreises für die Mitarbeiteraktien weitere Abklärungen zur Handhabung der versicherungstechnischen Rückstellungen in die Wege leiten müssen. Das Darlehen unterstand zudem nicht der Genehmigung der Vorinstanz, weshalb der diesbezügliche Verweis des Beschwerdeführers unbehelflich ist.

**8.4.4** Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz zu Recht festgestellt hat, dass das Verhalten des Beschwerdeführers in Bezug auf die vorerwähnten Sachverhalte im Widerspruch zur Sorgfalts- und Treuepflicht gemäss Art. 717 Abs. 1 OR steht.

## **9. Unzulässigkeit und Unverhältnismässigkeit der verfügten Massnahmen**

### **9.1 Beurteilung der Vorinstanz**

Die Vorinstanz stellte in der angefochtenen Verfügung eine Vielzahl von schweren Verletzungen von aufsichtsrechtlichen Bestimmungen fest. Auf Grund der Schwere der festgestellten Verstösse sei es gerechtfertigt, gegen den Beschwerdeführer gestützt auf Art. 33 Abs. 1 FINMAG ein Berufsverbot von 48 Monaten zu verhängen und gestützt auf Art. 35 Abs. 1 FINMAG einen Gewinn von CHF 818'084.- einzuziehen. Wie die Vorinstanz erläutert, handle es sich bei den der Einziehung unterliegenden Summen um Nettobeträge, welche die Sozialabgaben nicht enthalten würden. Der rechtliche Charakter des Berufsverbots spreche zudem dafür, ein Verfahren auch dann noch durchzuführen, wenn der Betroffene erkläre, im entsprechenden Bereich nicht mehr tätig sein zu wollen. Der general-präventive Charakter des Berufsverbots würde offensichtlich geschwächt, wenn sich der Betroffene durch Aufgabe der Berufstätigkeit einem Berufsverbot entziehen könnte. Im Übrigen liege der Entscheid, ob auf ein Berufsverbot gänzlich verzichtet werden solle, wenn der Betroffene nie mehr im Finanzsektor tätig sein werde, im Ermessen der Vorinstanz.

## 9.2 Einwände des Beschwerdeführers

In Bezug auf das von der Vorinstanz gestützt auf Art. 33 Abs. 1 FINMAG verfügte Berufsverbot bringt der Beschwerdeführer vor, die gesetzlichen Voraussetzungen seien nicht erfüllt. Er habe in Bezug auf das Fusionsprojekt und die damit verbundenen Entscheidungen keine Sonderstellung inne gehabt. Es könne auch nicht behauptet werden, dass von ihm eine Gefahr für die Versicherten oder den Finanzplatz ausgehe. Schliesslich erscheine die angeordnete Dauer des Berufsverbots unangemessen und willkürlich. Bei der Bemessung hätte die Vorinstanz seine effektive Funktion innerhalb des Verwaltungsrates, seinen ungetrübten Leumund, die fehlende Wiederholungsgefahr, die individuelle Strafeempfindlichkeit sowie die Tatsache, dass keinerlei Schaden entstanden sei, berücksichtigen müssen. Er sei zudem aus dem Verwaltungsrat der KPT VAG und der übrigen Gesellschaften der KPT-Gruppe zurückgetreten und übe auch keine anderen Tätigkeiten im Aufsichtsbereich der FINMA aus, noch beabsichtige er die Aufnahme einer derartigen Tätigkeit. Art. 33 FINMAG sei im Übrigen als strafrechtliche Anklage zu qualifizieren, so dass die Grundsätze des Strafverfahrens auf das Verfahren vor Vorinstanz Anwendung finden würden. Die Vorinstanz sei jedoch den entlastenden Indizien nicht nachgegangen und ihre Sachverhaltsdarstellung gehe jeweils von der für den Beschwerdeführer schlechtesten Variante aus.

Der Beschwerdeführer führt weiter aus, in Bezug auf die Anordnung der Einziehung sei nicht ersichtlich, inwiefern eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen vorliege und er aus dieser Verletzung einen Gewinn erzielt habe. Die von der Vorinstanz beanstandeten Mandatsverträge seien mit Gesellschaften abgeschlossen worden, welche nicht der Aufsicht der Vorinstanz unterstehen würden. Es könne deshalb per se kein Gewinn aus einer schweren Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen vorliegen, welcher eingezogen werden könnte.

Schliesslich stellten die gegen ihn verfügten Massnahmen eine Ungleichbehandlung gegenüber den übrigen Verwaltungsräten und Organen der KPT VAG dar. Sämtliche untersuchten Vorgänge würden auf Beschlüssen des gesamten Verwaltungsrats der KPT VAG beruhen. Obwohl jedes einzelne Verwaltungsratsmitglied für jeden Beschluss die gleiche Verantwortung trage, seien nur gegen den Verwaltungsratspräsidenten und ihn Massnahmen verfügt worden. Zudem sei gegen den Verwaltungsratspräsidenten und ihn ein gleich langes Berufsverbot verhängt worden, was vor dem Hintergrund der unterschiedlichen Stellung und Funktion nicht zu

rechtfertigen sei. Die öffentliche Bekanntmachung der angefochtenen Verfügung durch die Vorinstanz vor Eintritt der Rechtskraft sei im Übrigen in keiner Weise verhältnismässig gewesen.

### 9.3 Rechtliche Leitsätze

**9.3.1** Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) stützt sich zur Bestimmung des Begriffs "strafrechtliche Anklage" im Sinne von Art. 6 Abs. 1 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) in ständiger Rechtsprechung auf drei grundsätzlich alternativ anzuwendende Kriterien (sog. "Engel-Kriterien" nach dem grundlegenden Urteil EGMR, Urteil *Engel gegen die Niederlande* vom 8. Juni 1976, Serie A Bd. 22; vgl. auch BGE 139 I 72 E. 2.2.2 mit Hinweisen). Als erstes Kriterium wird geprüft, ob die (angeblich) verletzte Regelung landesintern dem Strafrecht oder einem anderen Rechtsbereich zugeordnet wird. Als zweites Kriterium wird die Natur der Zuwiderhandlung untersucht, wobei für die Beurteilung, ob es sich um ein Vergehen mit strafrechtlicher oder disziplinarischer Natur handelt, insbesondere auf den Regelungsgegenstand und den Kreis der Adressaten abgestellt wird. Richtet sich eine Regelung (zumindest potentiell) an die Allgemeinheit, spricht das für deren strafrechtlichen Charakter (Urteil des Bundesgerichts 8C\_417/2010 vom 6. September 2010 E. 4.2.2 mit Hinweisen). Bezieht sich eine Regelung demgegenüber auf einen beschränkten Adressatenkreis – wie eine Disziplinarnorm im Bereich der staatlichen Aufsicht über die freien Berufe – spricht dies für einen disziplinarrechtlichen Charakter (in Bezug auf Disziplinar massnahmen bei Anwälten vgl. BGE 128 I 346 E. 2.2 f., Urteil des Bundesgerichts 2C\_344/2007 vom 22. Mai 2008 E. 1.3). Das dritte Kriterium bezieht sich auf die Natur und Schwere der angedrohten Strafe, wobei jeweils auf die theoretisch höchstmögliche Sanktion abzustellen ist (vgl. JOCHEN ABR. FROWEIN/WOLFGANG PEUKERT, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl., Kehl 2009, Rz. 26 ff. zu Art. 6 EMRK; CHRISTOPH GRABENWARTER/KATHARINA PABEL, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl., München/Basel/Wien 2012, § 24 Rz. 20). Liegt eine strafrechtliche Anklage vor, hat der Betroffene Anspruch auf die spezifischen in Art. 6 EMRK verankerten Verfahrensgarantien.

**9.3.2** Kommt ein Versicherungsunternehmen den Vorschriften des VAG, einer Verordnung oder Anordnungen der FINMA nicht nach oder erscheinen die Interessen der Versicherten anderweitig gefährdet, so trifft die FINMA die sichernden Massnahmen, die ihr zur Wahrung der Interessen



der Versicherten erforderlich erscheinen und sorgt für die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes (Art. 31 FINMAG i.V.m. Art. 51 Abs. 1 VAG). Als sichernde Massnahme kann sie gestützt auf Art. 51 Abs. 2 Bst. f VAG insbesondere die Abberufung der mit der Oberleitung betrauten Personen verlangen und ihnen die Ausübung jeder weiteren Versicherungstätigkeit für höchstens fünf Jahre untersagen. Bei schweren Verletzungen aufsichtsrechtlicher Bestimmungen kann sie nach Massgabe des FINMAG zusätzliche Massnahmen anordnen.

**9.3.3** Nach Art. 33 Abs. 1 FINMAG kann die FINMA der verantwortlichen Person die Tätigkeit in leitender Stellung bei einer oder einem von ihr Beaufsichtigten untersagen, wenn sie eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen feststellt. Dieses Berufsverbot kann gemäss Art. 33 Abs. 2 FINMAG für eine Dauer von bis zu fünf Jahren ausgesprochen werden. In Bezug auf das Berufsverbot spricht die Botschaft von einem verwaltungsrechtlichen Instrument, das die Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte sicherstellen und den Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger, der Anlegerinnen und Anleger und der Versicherten gewährleisten soll (Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 1. Februar 2006 [hiernach: Botschaft FINMAG], BBl 2006 2829 ff., 2849). Der Funktionsschutz der Finanzmärkte und der Schutz der Marktteilnehmer stehen bei Art. 33 FINMAG – insbesondere im Unterschied zum strafrechtlichen Berufsverbot (vgl. Art. 67 des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937, SR 311.0) – nach der gesetzgeberischen Konzeption somit im Vordergrund (Botschaft FINMAG, BBl 2006 2882). Dies schliesst jedoch gewisse repressive Aspekte des Berufsverbots nicht aus, das sowohl künftige Rechtsverletzungen des Pflichtigen als auch solche anderer Akteure im Finanzmarktbereich verhindern will (Botschaft FINMAG, BBl 2006 2882; FELIX UHLMANN, Das Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG, SZW 2011, S. 446; PETER CH. HSU/RASHID BAHAR/DANIEL FLÜHMANN, BSK FINMAG, Art. 33 N. 6). Diesem Charakter der Massnahme entsprechend kann ein Berufsverbot auch ausgesprochen werden, wenn der Betroffene nicht mehr im betreffenden Bereich der Finanzmarktaufsicht tätig werden möchte (UHLMANN, a.a.O., S. 448; GUILLAUME BRAIDI, L'interdiction d'exercer selon l'art. 33 LFINMA: étendue, délimitations et qualification, RSDA 2013, S. 205).

**9.3.4** Liegt eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen vor, so kann die FINMA gestützt auf Art. 34 Abs. 1 FINMAG ihre Endverfügung nach Eintritt der Rechtskraft unter Angabe von Personendaten in

elektronischer oder gedruckter Form veröffentlichen. Die Veröffentlichung ist in der Verfügung selber anzuordnen (Art. 34 Abs. 2 FINMAG).

**9.3.5** Gemäss Art. 35 Abs. 1 FINMAG kann die FINMA den Gewinn einziehen, den eine Beauftragte, ein Beauftragter oder eine verantwortliche Person in leitender Stellung durch schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen erzielt hat. Die Einziehung zielt auf die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes durch Gewinnabschöpfung und trägt damit zur Fairness unter den Finanzinstituten bei (Botschaft FINMAG, BBl 2006 2848 f., 2883). Die Nichteinziehung von Gewinnen würde zu einer Wettbewerbsverzerrung im Finanzmarkt führen, indem Beauftragte, die sich rechtmässig verhalten, einen Nachteil erleiden, während die anderen von ihrer Regelverletzung profitieren würden. Der Einziehung kommt somit in erster Linie ein ausgleichender, nicht aber ein pönaler Charakter zu (Botschaft FINMAG, BBl 2006 2849, 2883). Die Einziehung nach Art. 35 FINMAG hat zudem rein verwaltungsrechtlichen Charakter und dient nicht der Beurteilung strittiger Zivilansprüche (Urteil des Bundesgerichts 2C\_119/2013 vom 9. Mai 2013 E. 4.3.3).

Bei der Bestimmung des Umfangs der Einziehung ist zu berücksichtigen, dass der erzielte Gewinn kausal aus der schweren Verletzung der aufsichtsrechtlichen Bestimmung hervorgehen muss, wobei es sich bei den aufsichtsrechtlichen Bestimmungen um die Finanzmarkterlasse gemäss Art. 1 FINMAG handelt; nur im Rahmen dieser Erlasse steht der FINMA die Aufsichts- und Überwachungskompetenz zu (RAOUL SIDLER, Die Einziehung nach Art. 35 FINMAG, Zürich 2009, S. 19 ff.; RENÉ BÖSCH, BSK FINMAG, Art. 35 N. 14). Weiter gilt es zu beachten, dass unter "Gewinn" im Sinne von Art. 35 Abs. 1 FINMAG die positive Differenz zwischen den Erträgen und Aufwendungen zu verstehen ist. Vom Ertrag dürfen daher die konkreten Aufwendungen in Abzug gebracht werden, die zum Zwecke der Verletzung von aufsichtsrechtlichen Bestimmungen angefallen sind (SIDLER, a.a.O., S. 24; BÖSCH, a.a.O., Art. 35 N. 21).

**9.3.6** Der Ausdruck "schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen" in Art. 35 Abs. 1 und Art. 33 Abs. 1 FINMAG bildet einen unbestimmten Rechtsbegriff, dessen Auslegung und Anwendung als Rechtsfrage grundsätzlich ohne Beschränkung der richterlichen Kognition zu überprüfen ist (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-4066/2010 vom 19. Mai 2011 E. 8.3.1 und B-5121/2011 vom 31. Mai 2012 E. 8.1.1). Nach konstanter Praxis und Doktrin ist indes Zurückhaltung auszuüben und der rechtsanwendenden Behörde ein gewisser Beurteilungsspielraum zuzu-

gestehen, wenn diese den örtlichen, technischen oder persönlichen Verhältnissen näher steht oder über spezifische Fachkenntnisse verfügt. Das Gericht hat nicht einzugreifen, solange die Auslegung der Verwaltungsbehörde als vertretbar erscheint (vgl. dazu vorstehend E. 8.3.5). Bezüglich der Frage, ob die Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen schwer ist, ist der FINMA daher ein gewisser fachtechnischer Beurteilungsspielraum einzuräumen (vgl. HSU/BAHAR/FLÜHMANN, a.a.O., Art. 33 N. 17).

**9.3.7** Das Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG stellt eine erhebliche Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) des Betroffenen dar und muss als solche – auch mit Bezug auf die Dauer – den in Art. 36 Abs. 3 BV verankerten Grundsatz der Verhältnismässigkeit wahren. Ebenso ist bei der Einziehung nach Art. 35 FINMAG darauf zu achten, dass sie nicht zu einer unverhältnismässigen Härte führt, was insbesondere dann zu bejahren wäre, wenn der betroffenen Person der Konkurs drohen würde (Botschaft FINMAG, BBl 2006 2883).

Bei der vorzunehmenden Verhältnismässigkeitsprüfung ist insbesondere das Verschulden des Betroffenen zu berücksichtigen (vgl. HSU/BAHAR/FLÜHMANN, a.a.O., Art. 33 N. 17). Zudem ist zu beachten, dass das Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG und die Einziehung nach Art. 35 FINMAG im Vergleich zur Feststellungsverfügung im Sinne von Art. 32 FINMAG einschneidendere Sanktionen darstellen und dementsprechend höhere Anforderungen an die Schwere der Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen gelten (HSU/BAHAR/FLÜHMANN, a.a.O., Art. 33 N. 17). Insofern sind die Massnahmen nach Art. 33 und Art. 35 FINMAG mit der Veröffentlichung der aufsichtsrechtlichen Verfügung nach Art. 34 FINMAG vergleichbar (BVGE 2012/10 E. 8.1.2). Zu letzterer Vorschrift hat das Bundesgericht ausgeführt, mit Blick auf die wirtschaftlichen Persönlichkeitsrechte des Betroffenen genüge es für die Veröffentlichung eines Werbeverbotes nicht, wenn eine einmalige, punktuelle und untergeordnete Verletzung finanzmarktrechtlicher Pflichten vorliege. Hingegen rechtfertige sich eine Publikation zum Schutz des Publikums namentlich dann, wenn die Wiederholung schweren Fehlverhaltens als wahrscheinlich erscheine (Urteile des Bundesgerichts 2C\_359/2012 vom 1. November 2012 E. 3.2 und 2C\_71/2011 vom 26. Januar 2012 E. 5.3.1). Die Regelungszwecke des FINMAG – die Sicherstellung der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte (Funktionsschutz) einerseits bzw. die Gewährleistung des Schutzes der Gläubiger, der Anleger und der Versicherten andererseits (Individualschutz) – müssten die Sanktion rechtfertigen und die dem

Betroffenen daraus entstehenden Nachteile in seinem wirtschaftlichen Fortkommen mit Blick auf die Schwere der aufsichtsrechtlichen Verletzung überwiegen (Urteile des Bundesgerichts 2C\_30/2011 und 2C\_543/2011 vom 12. Januar 2012 E. 5.2.1 und 2C\_929/2010 vom 13. April 2011 E. 5.2).

Die im Folgenden zitierten Vorschriften der Enforcement-Policy konkretisieren den hier zu beachtenden Grundsatz der Verhältnismässigkeit (vgl. zu den beim Entscheid über die Eröffnung eines eingreifenden Verfahrens zu berücksichtigenden Kriterien auch URS ZULAUF/DAVID WYSS/DANIEL ROTH, Finanzmarktenforcement, Bern 2008, S. 108 f.):

### **"Grundsatz 3 Enforcement mit Augenmass**

Am Ende eines „eingreifenden Verwaltungsverfahrens“ der FINMA kann ein schwerer Eingriff in Rechtspositionen der Parteien stehen. Bevor die FINMA ein solches Verfahren eröffnet, wägt sie deshalb sorgfältig alle wesentlichen Umstände ab und prüft alternative Handlungsmöglichkeiten.

Sie prüft Kriterien wie die Gefahr für Anleger, Versicherte, Gläubiger, Investoren, Beaufsichtigte und die Reputation des Finanzplatzes, Schwere und Zeitpunkt der in Frage stehenden Verletzungen des Aufsichtsrechts und die Funktion der für die Verletzung Verantwortlichen. Wesentlich sind aber auch Elemente wie die vorhandenen Ressourcen, öffentliche Erwartungen und (Korrektur-)Massnahmen der Parteien. [...]

### **Grundsatz 8 Abgewogener Einsatz von Berufsverboten**

Die FINMA „kann“ den für „schwere Verletzungen aufsichtsrechtlicher Bestimmungen“ „verantwortlichen Personen“ ein „Berufsverbot“ auferlegen und ihnen damit die „Tätigkeit in leitender Stellung“ bei „einem von ihr Beaufsichtigten“ für bis zu fünf Jahre untersagen (Art. 33 FINMAG). Die FINMA wägt den Einsatz dieses für die Betroffenen sehr einschneidenden Instrumentes im Rahmen des ihr vom Gesetz auferlegten Beurteilungsspielraums sorgfältig ab. Sie berücksichtigt dabei zum einen die für die nach Grundsatz 3 für die Eröffnung von Verfahren geltenden Kriterien. Eine besondere Bedeutung hat die Funktion der betroffenen Personen. Die FINMA schätzt das Gefahrenpotential höher ein, wenn Vertreter der obersten Hierarchiestufen für eine schwere Verletzung verantwortlich sind. Die Verantwortung muss ihnen aber konkret und rechtsgenügend nachgewiesen werden können, was ein sorgfältiges Abwägen der Beweislage bedingt. [...]"

Zu beachten ist dabei, dass es sich bei der Enforcement-Policy um eine Verwaltungsverordnung handelt. Als solche ist sie für das Bundesverwaltungsgericht nicht bindend. Soweit sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Vor-

schriften zulässt, kann sie gleichwohl mitberücksichtigt werden (vgl. BGE 132 V 200 E. 5.1.2, BGE 130 V 163 E. 4.3.1, BGE 115 V 4 E. 1b).

**9.3.8** Das Rechtsgleichheitsgebot in Art. 8 Abs. 1 BV gebietet den Behörden, Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln. Der allgemeine Gleichheitssatz verbietet den Behörden bei der Rechtsanwendung, zwei gleiche tatsächliche Situationen ohne sachlichen Grund unterschiedlich zu behandeln (vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, N. 507 ff.). Unterscheidungen dürfen demnach nur getroffen werden, wenn dafür ein vernünftiger Grund in den tatsächlichen Verhältnissen gefunden werden kann (vgl. REGINA KIENER/WALTER KÄLIN, Grundrechte, Bern 2007, S. 352).

**9.3.9** Willkür im Sinne von Art. 9 BV liegt bei der Auslegung und Anwendung von Gesetzesnormen nicht schon vor, wenn eine andere Auslegung ebenfalls vertretbar oder sogar zutreffender erscheint, sondern erst, wenn ein Entscheid offensichtlich unhaltbar ist. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Entscheid zur tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft (vgl. BGE 127 I 54 E. 2b, BGE 127 I 60 E. 5a, BGE 123 I 1 E. 4a je mit weiteren Hinweisen).

## **9.4 Gerichtliche Beurteilung**

**9.4.1** Vorab ist auf die verfahrensrechtliche Rüge des Beschwerdeführers im Zusammenhang mit dem verfügten Berufsverbot einzugehen. Er bringt vor, die Vorinstanz sei den entlastenden Indizien nicht nachgegangen und sei in ihrer Sachverhaltsdarstellung von der für ihn schlechtesten Variante ausgegangen, obwohl es sich bei Art. 33 FINMAG um eine strafrechtliche Anklage handle.

In Anwendung der Engel-Kriterien (vgl. vorstehende E. 9.3.1) ist in Bezug auf die landesrechtliche Qualifikation der verletzten Regelung festzuhalten, dass Art. 33 FINMAG systematisch im Kapitel der Aufsichtsinstrumente (vgl. dazu Art. 24 ff. FINMAG) und nicht im Kapitel der Strafbestimmungen (vgl. dazu Art. 44 ff. FINMAG) eingeordnet ist. Diese rechtli-

che Konzeption qualifiziert Art. 33 FINMAG nicht als Strafbestimmung, sondern als eine Art Disziplinarnorm (vgl. BVGE 2012/10 E. 5.3).

Weiter gilt es im Zusammenhang mit der Natur der Zuwiderhandlung festzustellen, dass ein Berufsverbot gemäss Art. 33 FINMAG nur einer Person auferlegt werden kann, die für eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen verantwortlich ist. Sowohl der sachliche als auch der persönliche Anwendungsbereich der Norm ist daher beschränkt. Art. 33 FINMAG findet nur im Aufsichtsbereich der FINMA Anwendung und richtet sich nicht an die Allgemeinheit, sondern an Personen, die beruflich in einem speziellen Status im von der FINMA beaufsichtigten Bereich tätig sind. Insofern ist der mögliche Adressatenkreis beschränkt, was für die Qualifikation als eine Art Disziplinarnorm spricht (in Bezug auf Art. 34 FINMAG vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4066/2010 vom 19. Mai 2011 E. 8.2.1.2; in Bezug auf Art. 51 SBG Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4830/2011 vom 26. Juni 2013 E. 4.2). Im Rahmen des vorliegend betroffenen Versicherungsaufsichtsrechts ist zudem zu beachten, dass ein Versicherungsunternehmen der FINMA mit dem Bewilligungsgesuch einen Geschäftsplan einzureichen hat, der unter anderem die namentliche Bezeichnung der mit der Oberleitung betrauten Personen enthalten muss. Änderungen dieses Geschäftsplans müssen von der FINMA genehmigt werden (Art. 4 Abs. 2 Bst. g i.V.m. Art. 5 VAG). Auf Grund dieser spezifischen Bewilligungs- und Genehmigungspflicht in Bezug auf die mit der Oberleitung eines beaufsichtigten Versicherungsunternehmens betrauten Personen ist es naheliegend, vorliegend – analog zu Disziplinarverfahren bei der Ausübung von bewilligungspflichtigen freien Berufen – von einer Zuwiderhandlung mit disziplinarrechtlichem Charakter auszugehen (in Bezug auf eine Busse gegen einen Rechtsanwalt vgl. BGE 128 I 346 E. 2.2, Urteil des Bundesgerichts 2C\_344/2007 vom 22. Mai 2008 E. 1.3). Für die disziplinarrechtliche Natur der Zuwiderhandlung spricht weiter der primäre Zweck der Norm. Die Bestimmung zielt auf die Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte und den Schutz des Publikums und dessen Vertrauen (vgl. Botschaft FINMAG, BBl 2006 2882). Diese Zielsetzung unterscheidet Art. 33 FINMAG denn auch von dem in Art. 67 StGB vorgesehenen Berufsverbot, das eine eigentliche strafrechtliche Sanktion darstellt. Im Unterschied zu Art. 67 StGB, der allein ein repressives Ziel verfolgt, wird in der Botschaft explizit betont, dass bei der Finanzmarktaufsicht "Schutzgüter wie die Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte, der Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger, der Anlegerinnen und Anleger und der Versicherten im Vordergrund stehen" (Botschaft FINMAG, BBl 2882). Mit dem aufsichtsrechtlichen Verfah-

ren einerseits und dem möglichen Strafverfahren andererseits werden somit unterschiedliche Ziele verfolgt. Es bestehen zwei verschiedene, je anderen Prozessgrundsätzen gehorchende Verfahren, die sich gegenseitig nicht präjudizieren. Diese gegenseitige Unabhängigkeit spricht eher gegen eine Anwendung von Art. 6 EMRK auf Art. 33 FINMAG (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-4066/2010 vom 19. Mai 2011 E. 8.2.1.3 und B-4830/2011 vom 26. Juni 2013 E. 4.3).

Mit Blick auf die Art der Sanktion ist festzuhalten, dass nach der Rechtsprechung des EGMR insbesondere Sanktionen in der Form von Freiheitsstrafen oder hohen Bussen geeignet sind, eine staatliche Massnahme als "strafrechtliche Anklage" im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK zu qualifizieren (JENS MEYER-LADEWIG, EMRK, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl., Baden-Baden 2011, Art. 6 N. 26). Vorliegend kann gestützt auf Art. 33 FINMAG weder eine Freiheitsstrafe noch eine Busse ausgesprochen werden. Vielmehr sieht Art. 33 FINMAG einzig das Verbot einer Tätigkeit in leitender Stellung bei einer oder einem von der FINMA Beaufsichtigten für eine Dauer von maximal fünf Jahren vor. Ein solches Berufsverbot betrifft indes in erster Linie die zivilen Rechte einer Person, in leitender Stellung im von der FINMA beaufsichtigten Bereich für eine zeitlich beschränkte Zeit nicht mehr beruflich tätig zu sein. Die Sanktion bezweckt primär, das Vertrauen in die Finanzmärkte wieder herzustellen, ihre Funktionsfähigkeit aufrechtzuerhalten und das Publikum vor schwerem beruflichem Fehlverhalten und den damit verursachten Störungen der Märkte zu schützen. Das vorrangige Ziel des Berufsverbots nach Art. 33 FINMAG ist somit ein präventives. Auf Grund einer solchen vorwiegend präventiven Zielsetzung hat der EGMR denn auch die Streichung eines Anwaltes aus dem Anwaltsregister – was einem faktischen Berufsverbot gleichkommt – trotz der Schwere der Massnahme nicht als "strafrechtliche Anklage" im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK qualifiziert. Der EGMR hat in diesem Zusammenhang auch darauf hingewiesen, dass es sich dabei – wie vorliegend – nicht um eine permanente Massnahme handle, sondern der Anwalt nach drei Jahren eine Wiederaufnahme ins Register beantragen könne (EGMR, *Müller-Hartburg gegen Österreich*, Urteil vom 19. Februar 2013, § 37 ff., § 48).

Die landesrechtliche Qualifikation, die Natur der Zuwiderhandlung sowie die Art und Schwere der Sanktion sprechen vorliegend dagegen, Art. 33 FINMAG als "strafrechtliche Anklage" im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK einzustufen (vgl. auch UHLMANN, a.a.O., S. 441 ff.; HSU/BAHAR/FLÜHMANN, a.a.O., Art. 33 N. 10; a.A. BRAIDI, a.a.O., S. 218;

CHATTON, S. 1214). Die Frage kann indessen vorliegend offen gelassen werden, da die Rügen des Beschwerdeführers auch bei einer anderen rechtlichen Qualifikation nicht durchdringen würden (vgl. nachfolgend E. 9.4.2).

**9.4.2** Der Beschwerdeführer bringt vor, die Vorinstanz sei den entlastenden Indizien nicht nachgegangen und ihre Sachverhaltsdarstellung gehe jeweils von der für den Beschwerdeführer schlechtesten Variante aus. Der Beschwerdeführer verkennt dabei, dass nach dem Untersuchungsgrundsatz gemäss Art. 12 VwVG auch im verwaltungsrechtlichen Verfahren die Vorinstanz von Amtes wegen den rechtserheblichen Sachverhalt vollständig und richtig zu ermitteln hat (vgl. vorstehend E. 2.2.1). Die aus Art. 12 VwVG abzuleitende Beweisführungspflicht bedeutet dabei, dass die Behörde nicht nur die Abklärung der für die betroffenen Parteien belastenden Umstände vornimmt, sondern auch die für die Parteien entlastenden Tatsachen richtig und vollständig abzuklären hat (KRAUSKOPF/EMMENEGGER, a.a.O., Art. 12 N. 22, 27 mit Hinweisen). Die Vorinstanz hat dem Untersuchungsgrundsatz entsprechend im vorliegenden Fall umfangreiche tatsächliche Abklärungen vorgenommen, mehrere Befragungen durchgeführt und die Argumente des Beschwerdeführers einlässlich geprüft. Welche entlastenden Indizien nicht berücksichtigt worden wären oder bei welchen Sachverhalten die Vorinstanz von einer für den Beschwerdeführer schlechteren Variante ausgegangen wäre, ist nicht ersichtlich und wird vom Beschwerdeführer auch nicht substantiiert vorgebracht. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass nach der Rechtsprechung des EGMR die Verwaltung im Verwaltungsverfahren Massnahmen mit strafrechtlichem Charakter aussprechen kann, wenn im nachfolgenden Gerichtsverfahren die Vorgaben von Art. 6 EMRK eingehalten werden (vgl. BGE 139 I 72 E. 4.4 f. mit Hinweisen). Insoweit gehen die Rügen des Beschwerdeführers in Bezug auf das Verfahren vor Vorinstanz ins Leere. Mit seinen verfahrensrechtlichen Rügen im Zusammenhang mit Art. 33 FINMAG vermag der Beschwerdeführer somit nicht durchzudringen.

**9.4.3** Weiter sind die materiellen Rügen in Bezug auf die von der Vorinstanz verfügten Massnahmen gestützt auf Art. 33 und Art. 35 FINMAG zu prüfen. Vorliegend ist zu Recht unbestritten, dass der Beschwerdeführer als während der hier relevanten Zeitperiode amtierender Vizepräsident des Verwaltungsrates der KPT VAG in den persönlichen Anwendungsbezug von Art. 35 Abs. 1 und Art. 33 Abs. 1 FINMAG fällt. Der Beschwerdeführer macht jedoch geltend, es liege keine schwere Verletzung auf-



sichtsrechtlicher Bestimmungen im Sinne von Art. 35 Abs. 1 und Art. 33 Abs. 1 FINMAG vor. Überdies seien die gegen ihn gestützt auf diese Bestimmungen verfügten Massnahmen unverhältnismässig und willkürlich. Festzuhalten bleibt, dass der Beschwerdeführer keine substantiierte Rüge in Bezug auf das gestützt auf Art. 51 Abs. 2 Bst. f VAG verfügte Verbot der Ausübung jeder weiteren Versicherungstätigkeit für 48 Monate vorbringt. Weiter ist darauf hinzuweisen, dass die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung keine Veröffentlichung ihres Inhalts im Sinne von Art. 34 FINMAG anordnete und eine solche auch nicht vornahm. Sie veröffentlichte lediglich eine Medienmitteilung, was als Realakt zu qualifizieren ist (vgl. vorstehend D). Die diesbezüglichen Vorbringen des Beschwerdeführers liegen daher ausserhalb des Streitgegenstandes (vgl. vorstehend E. 1.1). Nachfolgend sind daher nur die gestützt auf das FINMAG verfügten Massnahmen auf ihre Zulässigkeit hin zu überprüfen, wobei das Berufsverbot (E. 9.4.4) und die Einziehung (E. 9.4.5) separat zu betrachten sind.

**9.4.4** In Bezug auf das Berufsverbot ist zunächst zu prüfen, ob eine nach Art. 33 Abs. 1 FINMAG geforderte schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen vorliegt. Wie aus dem Vorstehenden erhellt, hat der Beschwerdeführer als Vizepräsident des Verwaltungsrats eines beaufsichtigten Versicherungsunternehmens mehrfach gegen seine in Art. 717 Abs. 1 OR verankerte Sorgfalts- und Treuepflicht verstossen (vgl. vorstehend E. 5-8). Er bot damit keine Gewähr für eine einwandfreie Geschäftsführung im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Bst. a VAG, womit die Einhaltung der Bewilligungsvoraussetzungen in Frage gestellt wurde (Art. 7 ff. VAG). Besondere Bedeutung kommt dabei dem Umstand zu, dass der Beschwerdeführer bereits seit dem 22. Januar 1999 dem Verwaltungsrat der KPT VAG angehörte und damit ein langjähriges, erfahrenes Mitglied dieses Organs war. Der Beschwerdeführer amtierte zudem seit 24. Januar 2007 als Vizepräsident des Verwaltungsrates und stellte damit ein ranghoher Entscheidungsträger dar. Weiter kamen dem Beschwerdeführer in verschiedenen Ausschüssen des Verwaltungsrates leitende Funktionen zu. Er war Mitglied und bis Juni 2009 Vorsitzender des für die Festsetzung von Entschädigungen zuständigen NEA, Mitglied und von Juni 2009 bis September 2010 Vorsitzender des Anlage- und Risikoausschusses sowie bis Ende April 2011 Präsident des Audit Committees (AC). Er war zudem Mitglied des für die Fusion zuständigen Ausschusses und erhielt im Rahmen dieses Prozesses – alleine oder zusammen mit anderen Mitgliedern des Verwaltungsrates oder der Geschäftsleitung – auf Grund seines Fachwissens als diplomierter Wirtschaftsprüfer mehrere spezifische Auf-

gaben. Im Rahmen der Wahrnehmung seiner Aufgaben konnte der Beschwerdeführer die Beschlüsse der Gremien massgebend prägen und hätte dafür sorgen müssen, dass nur wohl begründete und dokumentierte Vorlagen dem Gesamtverwaltungsrat unterbreitet werden. Dies gilt insbesondere für die Erstellung der Vorlage in Bezug auf die Errechnung des Rückkaufpreises der Mitarbeiteraktien zu CHF 600.- pro Aktie (vgl. vorstehend E. 5.5.7).

Der Beschwerdeführer war im Übrigen bereits im April 2010 darüber informiert, dass die im Rahmen des Mitarbeiterbeteiligungsprogrammes ausgegebenen Aktien zurückgekauft werden müssten, um das Fusionsprojekt zu realisieren (vgl. vorstehend E. 5.1.5). Trotz des absehbaren Zusammenschlusses wurden jedoch noch im April 2010 neue Mitarbeiteraktien zu CHF 34.- pro Stück ausgegeben, wobei er selber Aktien zu diesem Preis erwarb (vgl. vorstehend E. 5.1.6). Obwohl dadurch bei der Festsetzung des Rückkaufpreises ein offensichtlicher Interessenkonflikt vorlag, ergriff er keine Massnahmen, um sicherzustellen, dass die Interessen der Gesellschaft angemessen berücksichtigt wurden. Darüber hinaus unterliess er es im Rahmen der Festlegung des Rückkaufpreises auf CHF 600.- pro Aktie pflichtwidrig, notwendige weitere Informationen einzuholen, Abklärungen anzuordnen und Dokumentationen zu erstellen. Dies ist umso bedeutsamer, als ihm als diplomierter Wirtschaftsprüfer mit Fachkenntnissen im Finanzbereich eine besondere Verantwortung für die Vorbereitung der entsprechenden Berechnungen und die ausreichende Information der anderen Mitglieder des Verwaltungsrates zukam. Der Beschwerdeführer war zudem als Mitglied des Fusionsausschusses massgebend beim Beschluss des Darlehens von CHF 70 Mio. an die KPT/CPT Holding AG beteiligt und hat dabei ebenfalls nicht die notwendige Sorgfalt bei der Gewährung eines Darlehens in dieser Höhe und der Gewichtung der daraus resultierenden Risiken – insbesondere betreffend Eigenmittel und Solvenzgefährdung – aufgebracht (vgl. vorstehend E. 6.5). Schliesslich hätte eine Person in seiner Stellung als Mitglied und bis Juni 2009 Vorsitzender des NEA auch bei der Handhabung der Mandatsverträge, der Bonuszahlungen und der Besitzstandswahrung die Gefahr von Interessenkonflikten erkennen und angemessene Massnahmen zur Berücksichtigung der gegenläufigen Interessen der Gesellschaft ergreifen müssen (vgl. vorstehend E. 7.5). Angesichts dieser Umstände kann nicht von einer einmaligen, punktuellen und untergeordneten Verletzung finanzmarktrechtlicher Pflichten ausgegangen werden. Die Vorinstanz hat vielmehr im Rahmen des ihr zustehenden Beurteilungsspielraumes zu Recht erwogen, es liege eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestim-

mungen i.S.v. Art. 33 Abs. 1 FINMAG vor. Mit Blick auf die vorstehenden Ausführungen durfte die Vorinstanz daher gestützt auf Art. 33 Abs. 1 FINMAG dem Beschwerdeführer ein Berufsverbot auferlegen.

Schliesslich gilt es zu prüfen, ob das dem Beschwerdeführer auferlegte Berufsverbot von 48 Monaten vor dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit standhält. Die Massnahme erweist sich als geeignet, die im öffentlichen Interesse stehende Zielsetzung (vgl. dazu vorstehend E. 9.3.3) sicherzustellen. Das Berufsverbot erweist sich sodann als erforderliche Massnahme, um diese Ziele zu erreichen. Im Rahmen des ihr zustehenden Beurteilungsspielraumes durfte die Vorinstanz mit Recht annehmen, dass vorliegend angesichts der Anzahl und der Schwere der Verletzungen gegen aufsichtsrechtliche Vorschriften eine mildere Massnahme nicht genügt hätte. In zeitlicher Hinsicht gilt es dabei darauf hinzuweisen, dass sich die Vorinstanz mit einem Verbot während 48 Monaten zwar zeitlich im oberen Bereich des gesetzlichen Rahmens bewegt, diesen jedoch nicht ausgeschöpft hat (vgl. Art. 33 Abs. 2 FINMAG). Zudem steht es dem Beschwerdeführer nach wie vor offen, in einem nicht von der Vorinstanz beaufsichtigten Bereich sowie in einer untergeordneten Position in einem anderen als dem Versicherungsbereich tätig zu sein. Da der Beschwerdeführer als diplomierter Wirtschaftsprüfer seine Kenntnisse grundsätzlich auch in anderen Wirtschaftsbereichen einsetzen kann, stehen ihm nach wie vor nicht unerhebliche Tätigkeitsfelder offen, so dass die Massnahme auch in sachlicher Hinsicht nicht über das Notwendige hinausgeht. Bei der Beurteilung der Zumutbarkeit der Massnahme ist zum einen zu berücksichtigen, dass das Berufsverbot von 48 Monaten eine erhebliche Einschränkung seiner grundrechtlich geschützten Interessen darstellt. Allerdings bringt der Beschwerdeführer selber vor, dass er keine Tätigkeit im Aufsichtsbereich der FINMA mehr ausübe und auch nicht beabsichtige, eine derartigen Tätigkeit aufzunehmen. Das berufliche Fortkommen des Beschwerdeführers ist daher nicht oder nur unwesentlich beschränkt. Zum anderen sind die mit dem Berufsverbot verfolgten öffentlichen Interessen gewichtig. Das wiederholt unsorgfältige bzw. treu- und rechtswidrige Verhalten des Beschwerdeführers als Vizepräsident des Verwaltungsrates hat zu einer Gefährdung der Solvabilität der KPT VAG und zu einem auf Grund der Medienberichterstattung verstärkten Reputationschaden des beaufsichtigten Unternehmens und mithin des Versicherungsmarktes geführt. Das Berufsverbot dient vor diesem Hintergrund auch der Wiederherstellung des Vertrauens des Publikums und präventiv dem Schutz der Gläubiger, Anleger und Versicherten vor Aktivitäten von Personen, die bereits einmal in schwerwiegender Weise gegen aufsichts-

rechtliche Pflichten verstossen haben (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C\_30/2011 und 2C\_543/2011 vom 12. Januar 2012 E. 5.2.1). Insgesamt erweist sich die von der Vorinstanz verfügte Massnahme als zumutbar und daher als verhältnismässig.

In Bezug auf die vom Beschwerdeführer geltend gemachte Ungleichbehandlung mit anderen Mitgliedern des Verwaltungsrates gilt es festzuhalten, dass es diesbezüglich bereits an der Voraussetzung von gleichen tatsächlichen Situationen fehlt, um das Gleichbehandlungsgebot zur Anwendung zu bringen. Wie die Vorinstanz eingehend in den Ziff. 276 f. der Verfügung dargelegt hat, unterscheidet sich der Beschwerdeführer in Bezug auf seine Stellung, Funktion und Beteiligung an den vorliegend relevanten Sachverhalten von den anderen Mitgliedern des Verwaltungsrates erheblich. Den entsprechenden Ausführungen der Vorinstanz ist ebenso schlüssig zu entnehmen, wieso dem Beschwerdeführer als Vizepräsident des Verwaltungsrates ebenso wie dem Präsidenten des Verwaltungsrates ein Berufsverbot von 48 Monaten auferlegt wurde. Eine Verletzung des Rechtsgleichheitsgebots liegt daher nicht vor.

Wie aus den vorstehenden Ausführungen erhellt, hat die Vorinstanz bei der Bemessung des Berufsverbots die wesentlichen tatsächlichen Verhältnisse berücksichtigt und die rechtlichen Vorgaben korrekt angewendet. Ihre Anordnung kann damit nicht als offensichtlich unhaltbar und damit als willkürlich bezeichnet werden. Eine Verletzung des Willkürverbots ist vom Beschwerdeführer zudem weder weiter substantiiert noch rechtsgenügend belegt worden.

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass die gestützt auf Art. 33 FINMAG verfügte Massnahme der Vorinstanz zulässig und verhältnismässig ist.

**9.4.5** Der Einziehung nach Art. 35 Abs. 1 FINMAG unterliegt der Gewinn, den eine verantwortliche Person in leitender Stellung durch schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen erzielt hat. Es gilt somit zu prüfen, ob die von der Vorinstanz verfügte Einziehung der aus den Mandatsverträgen des Beschwerdeführers bezogenen Beträge in den Jahren 2009 (CHF 195'392.-), 2010 (CHF 324'306.-) und 2011 (CHF 298'386.-) diese Voraussetzungen erfüllt.

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass der Beschwerdeführer durch den Abschluss von Mandatsverträgen mit KPT-Gruppengesellschaften, aus denen er Entschädigungen für Leistungen erhalten hat, die bereits

mit seinem VR-Mandatsvertrag fix abgegolten wurden, seine organschaftliche Treuepflicht nach Art. 717 Abs. 1 OR verletzte (vgl. vorstehend E. 7). Er bot damit als Vizepräsident des Verwaltungsrates einer beaufsichtigten Gesellschaft keine Gewähr für eine einwandfreie Geschäftsführung im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Bst. a VAG, womit die Einhaltung der Bewilligungsvoraussetzungen in Frage gestellt wurde (Art. 7 ff. VAG). Es handelt sich daher um eine Verletzung von zentralen, bedeutenden finanzmarktrechtlichen Pflichten, nicht lediglich von solchen untergeordneter Natur. Für die Beurteilung der Schwere der in Frage stehenden Verletzung ist weiter zu berücksichtigen, dass es sich nicht nur um einen einmaligen Verstoß gegen die Treuepflicht nach Art. 717 Abs. 1 OR handelte, da der Beschwerdeführer mit mehreren Gesellschaften – sowohl mit der Online Easy AG, der RIALM AG als auch mit der Resol AG – gleich mehrere Mandatsverträge schloss. Zudem gilt es darauf hinzuweisen, dass die Mandatsverträge für eine feste Dauer geschlossen wurden und bei einer vorzeitigen Beendigung die Entschädigung – im Widerspruch zu Art. 404 Abs. 1 OR – für ein weiteres Jahr nach Beendigung geschuldet war. Es ist dementsprechend vorliegend von einer fortdauernden Verletzung auszugehen, die auch im Rahmen des Untersuchungsverfahrens nicht beendet wurde. Besondere Bedeutung kommt zudem der Funktion des Beschwerdeführers zu, der als Mitglied und bis Juni 2009 Vorsitzender des NEA bei sorgfältiger Wahrnehmung dieser Funktion bei der Ausgestaltung der Mandatsverträge der Verwaltungsratsmitglieder mit KPT-Gruppengesellschaften hätte sicherstellen müssen, dass die Interessen der Gesellschaften gebührend berücksichtigt werden. Dies gilt umso mehr, als es sich bei den Entschädigungen aus Mandatsverträgen um namhafte Beträge handelte, welche diejenigen aus den VR-Mandatsverträgen bedeutend überstiegen (Dossier 1049280 A pag. 1818). Angesichts dieser Umstände hat die Vorinstanz im Rahmen des ihr zustehenden Beurteilungsspielraumes zu Recht festgestellt, dass eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen i.S.v. Art. 35 Abs. 1 FINMAG vorliegt.

In Bezug auf die Höhe der Einziehung von insgesamt CHF 818'084.- gilt es jedoch festzuhalten, dass die Gewinnabschöpfung mittels Einziehung allein der Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen auf dem von der Vorinstanz beaufsichtigten Finanzmarkt dient (vgl. vorstehend E. 9.3.5). Dieser Zielsetzung entspricht, dass einzig derjenige Teil der Entschädigungen aus Mandatsverträgen eingezogen werden darf, der tatsächlich wirtschaftlich zu Lasten der beaufsichtigten KPT VAG gegangen ist. Lediglich dieser Betrag führte zu einem ungerechtfertigten Mittelabfluss von

einer am Finanzmarkt tätigen, beaufsichtigten Gesellschaft mit dem daraus resultierenden Risiko für die Funktionsfähigkeit des Marktes sowie für Gläubiger, Anleger und Versicherte. Eine allfällige mittelbare Schwächung der finanziellen Lage der KPT-Gruppe durch den Abschluss und die Aufrechterhaltung der Mandatsverträge durch den Beschwerdeführer genügt für die Einziehung nicht. Derjenige Teil der Entschädigungen aus Mandatsverträgen, der wirtschaftlich von nicht beaufsichtigten Gesellschaften wie die Online Easy AG, die RIALM AG oder der Resol AG getragen wurde, ist nicht mit den Instrumenten des FINMAG, sondern von den betroffenen Gesellschaften gegenüber dem Beschwerdeführer auf dem zivilrechtlichen Weg einzufordern. Diese Beschränkung der Einziehung auf Entschädigungen, die wirtschaftlich von der von der Vorinstanz beaufsichtigten KPT VAG getragen wurden, ist nicht nur auf Grund der Zielsetzung des Instruments der Einziehung nach Art. 35 FINMAG zu fordern, sondern entspricht auch dem Verhältnismässigkeitsprinzip. Als für die Sicherstellung der Funktionsfähigkeit des Finanzmarktes und die Gewährleistung des Schutzes der Gläubiger, Anleger und Versicherten notwendig erweist sich lediglich die Einziehung der Entschädigungen an den Beschwerdeführer aus Mandatsverträgen, die wirtschaftlich zu Lasten der KPT VAG gegangen sind.

Aus dem Vorstehenden folgt, dass die Vorinstanz bei der Festsetzung der Höhe der Einziehung nach Art. 35 FINMAG zu Unrecht diejenigen Entschädigungen des Beschwerdeführers aus Mandatsverträgen miteinbezogen hat, die wirtschaftlich nicht zu Lasten der beaufsichtigten KPT VAG, sondern von der FINMA nicht beaufsichtigten Gesellschaften gegangen sind. Die Beschwerde erweist sich somit bezüglich der Höhe der Einziehung als begründet.

## **10. Rückweisung**

Gemäss Art. 61 Abs. 1 VwVG ist darüber zu befinden, ob das Bundesverwaltungsgericht in der Sache selbst entscheidet oder ob es diese zu einem erneuten Entscheid an die Vorinstanz zurückweist. Sofern Abklärungen und Wertungen unterblieben sind, die für einen Entscheid in der Sache unabdingbar sind, wird die Rechtssache zu einem erneuten Entscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen. Dies ist insbesondere der Fall, wenn es sich um technische Fragen handelt, die besondere Sachkenntnis bedingen, da es nicht Sache des Bundesverwaltungsgerichts ist, als erste Instanz in einem Fachbereich zu entscheiden, in dem ein gewisser Beurteilungsspielraum der fachkundigeren Vorinstanz besteht. Ein Rückwei-

sungsentscheid rechtfertigt sich vor allem dann, wenn weitere Tatsachen festgestellt werden müssen und ein aufwendiges Beweisverfahren durchzuführen ist (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgericht B-7420/2006 vom 10. Dezember 2007 E. 4.1 mit weiteren Hinweisen). Diese Konstellation ist im vorliegenden Fall gegeben, denn es ist in erster Linie Sache der Vorinstanz abzuklären, in welchem exakten Betrag die Entschädigungen aus den Mandatsverträgen wirtschaftlich zu Lasten der beaufsichtigten KPT VAG gegangen sind.

Bei dieser Sachlage ist die Angelegenheit an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit sie im Lichte des vorliegenden Entscheides eine Neuberechnung der Einziehung gestützt auf Art. 35 Abs. 1 FINMAG vornimmt und die dafür angemessenen Verfahrenskosten festlegt.

## **11. Teilweise Gutheissung**

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde, soweit darauf eingetreten wird, teilweise gutzuheissen. Ziff. 11 des Dispositivs der vorinstanzlichen Verfügung ist insoweit aufzuheben, als sie vom Beschwerdeführer Geldleistungen im Umfang von CHF 818'084.- einzieht. Zudem ist Ziff. 13 Bst. b des Dispositivs insoweit aufzuheben, als sie dem Beschwerdeführer Verfahrenskosten in der Höhe von CHF 30'000.- auferlegt. Die Sache ist im Sinne der Erwägungen zur Neubeurteilung des Umfangs der Einziehung und der Verfahrenskosten an die Vorinstanz zurückzuweisen. Soweit weitergehend erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist abzuweisen.

## **12. Kosten**

Die Beschwerdeinstanz auferlegt in der Entscheidungsformel die Verfahrenskosten, bestehend aus Spruchgebühr, Schreibgebühren und Barauslagen, in der Regel der unterliegenden Partei. Unterliegt diese nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Keine Verfahrenskosten werden Vorinstanzen auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Die Verfahrenskosten werden gemäss dem Reglement vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) festgelegt, wobei Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und die finanzielle Lage der Parteien zu berücksichtigen sind (Art. 2 Abs. 1 VGKE).

**12.1** Da vorliegend der Beschwerdeführer mit seinen Anträgen nur teilweise durchgedrungen ist und die Beschwerde im Übrigen zum grossen

Teil abgewiesen wird, rechtfertigt sich lediglich eine geringe Ermässigung der dem Beschwerdeführer aufzuerlegenden Verfahrenskosten. Bei der vorliegenden Interessenlage ist der Streitwert mit CHF 818'084.- als beträchtlich zu bezeichnen. Das vorliegende Verfahren war zudem aufwändig und machte das Studium zahlreicher Akten und umfangreicher Rechtsschriften erforderlich. Unter diesen Umständen rechtfertigt sich die Festsetzung der Verfahrenskosten auf CHF 20'000.-. Sie werden zu 4/5, ausmachend CHF 16'000.-, dem Beschwerdeführer auferlegt. Zudem ist dem Beschwerdeführer die Zwischenverfügung vom 11. Januar 2012 betreffend vorsorgliche Massnahmen in der Höhe von CHF 1'000.- in Rechnung zu stellen. Die gesamten Verfahrenskosten von CHF 17'000.- werden nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils mit dem geleisteten Kostenvorschuss von CHF 20'000.- verrechnet. Dem Beschwerdeführer sind dementsprechend CHF 3'000.- zurückzuerstatten.

**12.2** Für ihm erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten ist dem Beschwerdeführer, da er teilweise obsiegt, eine gekürzte Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 Abs. 2 VGKE). Wurde, wie im vorliegenden Fall, keine Kostennote eingereicht, setzt das Gericht die Entschädigung auf Grund der Akten fest (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Das Gericht erachtet in Bezug auf den Gutheissungspunkt ein Aufwand von rund acht Stunden als angemessen. Dem Beschwerdeführer ist entsprechend eine Parteientschädigung in Höhe von CHF 3'500.- (inkl. MwSt.) zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 2, Art. 9 und Art. 14 VGKE).



## **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

### **1.**

Die Beschwerde wird, soweit darauf eingetreten wird, teilweise gutgeheissen. Ziff. 11 und Ziff. 13 Bst. b der Verfügung vom 6. Januar 2012 werden, soweit den Beschwerdeführer betreffend, aufgehoben und die Sache wird zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen. Soweit weitergehend wird die Beschwerde abgewiesen.

### **2.**

Dem Beschwerdeführer werden Verfahrenskosten von CHF 17'000.- auferlegt. Diese Verfahrenskosten werden nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils mit dem geleisteten Kostenvorschuss von CHF 20'000.- verrechnet. Dem Beschwerdeführer wird der Restbetrag von CHF 3'000.- zurückerstattet

### **3.**

Dem Beschwerdeführer wird zulasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung von CHF 3'500.- (inkl. MwSt.) zugesprochen.

### **4.**

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde; Rückerstattungsformular)
- die Vorinstanz (Gerichtsurkunde)
- [...]

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Philippe Weissenberger

Patricia Egli

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 10. Dezember 2013