



## Urteil vom 27. November 2013

---

Besetzung

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

---

Parteien

**A.** \_\_\_\_\_,  
vertreten durch Rechtsanwälte Prof. Dr. Peter Nobel  
und MLaw Olivier Bula, Nobel & Hug Rechtsanwälte,  
Dufourstrasse 29, Postfach 1372, 8032 Zürich,  
Beschwerdeführer,

gegen

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

---

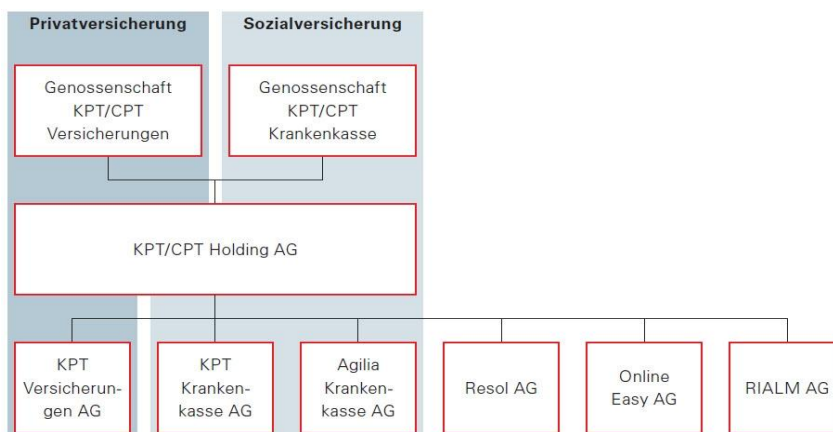
Gegenstand

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 gehörte seit dem 16. Juli 2007 als Mitglied dem Verwaltungsrat der KPT VAG an und amtierte seit 6. Mai 2009 als dessen Präsident. Zudem war der Beschwerdeführer seit 19. Juni 2007 Mitglied und seit 6. Mai 2009 Präsident des Verwaltungsrates der KPT/CPT Holding AG. Der Beschwerdeführer war weiter seit 2007 in den Verwaltungsräten sämtlicher übrigen KPT-Gruppengesellschaften, die alle seit dem Frühjahr 2009 vom Beschwerdeführer präsiert wurden.

**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 1. April 2011 einvernommen wurde. Weiter nahm der Beschwerdeführer am 15. März 2011, am 29. Juni 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** Mit Schreiben vom 15. Dezember 2010 teilte B.\_\_\_\_\_ mit, dass sie den Zusammenschluss mit der KPT/CPT Holding AG nicht weiter verfolgen werde.

**A.h** Mit Medienmitteilung vom 19. Dezember 2011 (vorab per E-Mail an die Vorinstanz) teilte die KPT-Gruppe mit, dass der Beschwerdeführer per Ende 2011 von seinen Ämtern zurücktrete.

**B.**

Mit Verfügung vom 6. Januar 2012 stellte die Vorinstanz unter anderem fest, dass der Beschwerdeführer in seiner Rolle als Präsident des Verwaltungsrates der KPT VAG seine aufsichtsrechtlichen Pflichten in schwerer Weise verletzt habe (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 Wiederhandlungsfall 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 829'354.- 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 Verwaltungsratspräsident 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 Preis-

festsetzung 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 Verwaltungsrats Honoraren 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.**

Gegen die Verfügung vom 6. Januar 2012 führt der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 9. Februar 2012 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Prozessual beantragt er zunächst, es sei die Verfügung i.S. KPT VAG vom 6. Januar 2012 (Geschäftsplanänderung) beizuziehen und dem Beschwerdeführer eine Frist zur Stellungnahme einzuräumen. In der Sache beantragt er sodann, die Ziff. 9, 10 und 11 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung seien soweit ihn betreffend vollumfänglich aufzuheben. Zudem sei die Ziff. 13 Bst. b des Dispositivs entsprechend dem Ausgang des Verfahrens zu modifizieren. Eventualiter beantragt der Beschwerdeführer, das in Ziff. 10 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung angeordnete Berufsverbot sei für die Dauer von 48 Monaten durch eine angemessene Sanktion, d.h. durch eine Gewährssanktion, zu ersetzen.

Die Rügen des Beschwerdeführers in seiner einlässlichen Beschwerdebegründung beziehen sich im Wesentlichen auf folgende Bereiche: Erstens liegt nach seiner Argumentation in Bezug auf die Entschädigung der Verwaltungsratsmitglieder auf Grund von Mandatsverträgen mit Gesell-

schaften der KPT-Gruppe keine Verletzung des Gewährserfordernisses vor, da für die bezogenen Entschädigungen entsprechende Arbeit geleistet worden sei. Betreffend die Behandlung des Mitarbeiterbeteiligungsprogrammes im Hinblick auf den Zusammenschluss mit B.\_\_\_\_\_ bringt der Beschwerdeführer zweitens vor, es liege keine Verletzung rechtlicher Bestimmungen vor, da beschlossen worden sei, den Mitarbeitern den anteiligen Unternehmenswert zu zahlen und dies materiell durch B.\_\_\_\_\_ getragen worden wäre. Drittens führt der Beschwerdeführer in Bezug auf das Darlehen von CHF 70 Mio. der KPT VAG an die KPT/CPT Holding AG aus, dieses sei konzernintern zulässig und werthaltig gewesen. Im Übrigen seien alle mit dem Mitarbeiterbeteiligungsprogramm verbundenen Transaktionen unter dem Vorbehalt der Zustimmung der Vorinstanz gestanden. Schliesslich bringt der Beschwerdeführer vor, ihm könne kein individueller Vorwurf für die Verletzungen von versicherungsaufsichtsrechtlichen Bestimmungen gemacht werden.

**D.**

Neben dem Beschwerdeführer erhob auch C.\_\_\_\_\_ gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 6. Januar 2012 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und stellte unter anderem den Verfahrensantrag auf Vereinigung seines Verfahrens (Verfahrensnummer B-19/2012) mit dem vorliegenden Verfahren (Verfahrensnummer B-798/2012). Mit Verfügung vom 27. März 2012 lehnte das Bundesverwaltungsgericht diesen Antrag auf Vereinigung der Verfahren ab und folgte damit dem Antrag des Beschwerdeführers.

**E.**

Die Vorinstanz beantragt mit Vernehmlassung vom 30. März 2012 sowohl die Abweisung des prozessualen Antrages als auch die vollumfängliche Abweisung der zur Sache gestellten Anträge. Zur Begründung verweist sie vorwiegend auf den angefochtenen Entscheid.

**F.**

Mit Replik vom 24. Mai 2012 hielt der Beschwerdeführer vollumfänglich an seinen Anträgen fest und verwies im Wesentlichen auf seine Ausführungen in der Beschwerde, die er in einigen Punkten ergänzte.

**G.**

In ihrer Duplik vom 2. Juli 2012 beantragte die Vorinstanz erneut die Abweisung des prozessualen Antrages und der zur Sache gestellten Anträge.

**H.**

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.

**I.**

Am 20. November 2013 reichte der Beschwerdeführer eine Noveneingabe ein, um Erkenntnisse aus dem von der Vorinstanz angestrebten Strafverfahren gegen ihn in das vorliegende Beschwerdeverfahren einzubringen. Im Übrigen hielt der Beschwerdeführer an seinen Anträgen und Vorbringen vollumfänglich fest.

**J.**

Mit Stellungnahme vom 25. November 2013 hielt die Vorinstanz an ihren Anträgen und Vorbringen vollumfänglich fest. Gleichzeitig betonte sie, dass die Noveneingabe des Beschwerdeführers nichts am Ergebnis des durchgeführten Beweisverfahrens zu ändern vermöge. Die Stellungnahme der Vorinstanz wurde am 26. November 2013 dem Beschwerdeführer zur Kenntnis zugesandt.

**K.**

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 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021] und Art. 33 Bst. e VGG i.V.m. Art. 54 Abs. 1 FINMAG). Ein Ausschlussgrund (Art. 32 VGG) liegt nicht vor.

**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. Ein Interesse ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung grundsätzlich nur dann schutzwürdig, wenn der Beschwerdeführer nicht nur bei Einreichung der Beschwerde, sondern auch noch im Zeitpunkt der Urteilsfällung über ein aktuelles praktisches Interesse an der Überprüfung der von ihm erhobenen Rügen verfügt (vgl. BGE 133 II 81 E. 3, 131 II 361 E. 1.2).

Der Beschwerdeführer hat vor der Vorinstanz am Verwaltungsverfahren teilgenommen. Er ist weiter Adressat der Ziff. 9, 10, 11 und 13 Bst. b des Dispositivs der angefochtenen Verfügung, die den Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens bilden. Insoweit ist er 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 829'354.- (Ziff. 11) und der Kostenaufgabe von CHF 30'000.- (Ziff. 13 Bst. b). Mit Blick auf die Ausführungen des Beschwerdeführers, er werde kein Mandat im von der Vorinstanz beaufsichtigten Bereich mehr übernehmen (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, wonach der Beschwerdeführer für die Dauer von 48 Monaten weder eine Funktion als Organ, noch eine leitende Funktion unterhalb der Gewährsträgerschwelle bei einem von der Vorinstanz Beaufsichtigten oder eine andere Versicherungstätigkeit übernehmen darf. Allerdings gilt es zu beachten, dass sich die in der genannten Dispositivziffer des angefochtenen Entscheides getroffenen Anordnungen negativ auf den geschäftlichen Ruf des Beschwerdeführers – mitunter auch in anderen Berufsfeldern – auswirken (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 zu bejahen.

**1.3** Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerde sind gewahrt (Art. 50 Abs. 1 und 52 Abs. 1 VwVG), der Kosten-



vorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und der Vertreter hat sich rechtsgenügend ausgewiesen. Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

## **2. Beweisantrag**

**2.1** Der Beschwerdeführer beantragt zunächst den Beizug einer Verfügung der Vorinstanz i.S. KPT VAG vom 6. Januar 2012 betreffend Geschäftsplanänderung. Gegenstand der Verfügung sei die noch unter seinem Präsidium beantragte Geschäftsplanänderung betreffend Umfang der versicherungstechnischen Rückstellungen. In der geschäftsplanmässigen Erklärung der KPT VAG vom 6. Januar 2010 werde ein beantragter freier Rückstellungsbetrag von insgesamt CHF 193 Mio. ausgewiesen. Der diesbezügliche Entscheid der Vorinstanz könne auch auf die Beurteilung der vorliegenden versicherungsaufsichtsrechtlichen Vorwürfe weitreichende Auswirkungen haben.

**2.2** Gemäss dem in Art. 12 VwVG verankerten Untersuchungsgrundsatz stellt die Behörde den Sachverhalt von Amtes wegen fest. Der Untersuchungsgrundsatz bezieht sich dabei auf die Abklärung der rechtserheblichen Tatsachen, welche die tatbeständlichen Voraussetzungen der anwendbaren Rechtsnorm erfüllen (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. 28). 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. Diese grundsätzliche Beweisabnahmepflicht der Behörden folgt aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]). Die urteilende Behörde kann allerdings von einem beantragten Beweismittel dann absehen, wenn der Sachverhalt, den eine Partei beweisen will, nicht rechtserheblich ist, wenn bereits Feststehendes bewiesen 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/JÜRIG 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 zustande 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 ge-

langt ist, dass sich der rechtserhebliche Sachumstand verwirklicht hat (vgl. BVGE 2008/23 E. 4.1 f. mit Hinweisen).

**2.3** Insoweit der Beschwerdeführer den Beizug von weiteren Akten beantragt, handelt es sich um einen Beweisantrag. Über diesen ist nicht in allgemeiner, von konkreten Sachfragen losgelöster Weise zu befinden, sondern bezogen auf die relevanten Fragestellungen. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist zunächst die Frage, ob die Vorinstanz zu Recht festgestellt hat, dass der Beschwerdeführer in seiner Rolle als Verwaltungsratspräsident 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 829'354.- zu Recht erfolgt sind (vgl. vorstehend B). Zur rechtlichen Beurteilung dieser Fragen ist massgebend, 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 2010 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 Verwaltungsratspräsident der KPT VAG im Zeitraum zwischen April und Juli 2010 relevant sei. 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 Beweis Antrag des Beschwerdeführers ist folglich mangels prozessualer Erforderlichkeit und mit Blick auf die Prozessökonomie nicht stattzugeben.

### **3. Rechtliches Gehör**

**3.1** Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör, da die angefochtene Verfügung der Vorinstanz in einigen Punkten nicht hinreichend begründet sei. Zum einen habe die Vorinstanz in den Ziff. 210-212 der Verfügung betreffend Darlehensgewährung an die KPT/CPT Holding AG in keiner Weise dargelegt, inwiefern das Organisationsreglement der KPT-Gruppe verletzt worden sei. Ebenso seien in diesen Ziffern der angebliche Verstoss gegen die Regeln der sorgfältigen und ordnungsgemässen Geschäftsführung, das behauptete eigenmächtige Handeln des Fusionsausschusses und die angebliche Verletzung der Sorgfalts- und Treuepflicht nicht hinreichend begründet. Zum anderen sei die Vorinstanz ihrer Begründungspflicht auch hinsichtlich der Zulässigkeit und der Höhe der verfügten Einziehung von CHF 829'354.- nicht nachgekommen.

**3.2** Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) dient einerseits der Sachverhaltsaufklärung und stellt andererseits ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht der Parteien dar. Aus dem formellen Anspruch auf rechtliches Gehör ergibt sich 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).

**3.3** Inwiefern der angefochtene Entscheid in Bezug auf die vom Beschwerdeführer vorgebrachten Punkte ungenügend begründet sein sollte, ist nicht ersichtlich. Die Vorinstanz hat unter Hinweis auf die einschlägi-

gen Akten den Sachverhalt der Darlehensgewährung der KPT VAG an die KPT/CPT Holding AG in den Ziff. 83-85 der Verfügung mit hinreichender Klarheit dargelegt, die rechtlichen Grundlagen in den Ziff. 177-195 ausführlich erläutert und in den Ziff. 210-212 die rechtliche Würdigung unter explizitem Hinweis auf die sachverhaltsmässigen Feststellungen vorgenommen. Nach den Darstellungen der Vorinstanz im angefochtenen Entscheid überwies die KPT VAG auf Grund eines Beschlusses des für die Fusion zuständigen Ausschusses der KPT/CPT Holding AG am 26. Mai 2010 ein Darlehen von CHF 70 Mio. Ein Beschluss des Verwaltungsrates der KPT VAG zur Gewährung dieses Darlehens lag gemäss der angefochtenen Verfügung nicht vor, und der Verwaltungsrat der KPT/CPT Holding AG genehmigte erst am 5. Juli 2010 die Aufnahme des Darlehens. Darin sieht die Vorinstanz eine Verletzung der in Art. 9 und 17 des Organisationsreglements der KPT-Gruppe vom 5. Februar 2009 (ORG) verankerten Zuständigkeitsregeln bei der Gewährung und Aufnahme von Krediten und ein eigenmächtiges Handeln der Mitglieder des Fusionsausschusses (Ziff. 83 und 210-211). Der Verfügung ist weiter zu entnehmen, dass die Vorinstanz die Gewährung dieses nicht in einem schriftlichen Vertrag geregelten, unverzinslichen Darlehens an die KPT/CPT Holding AG, ohne dass dafür Sicherheit geleistet worden wäre oder ein wirtschaftlicher Gegenwert als Haftungssubstrat gedient hätte, als Verletzung der Regeln der sorgfältigen und ordnungsgemässen Geschäftsführung und damit auch der Sorgfalts- und Treuepflicht des Verwaltungsrates beurteilt (Ziff. 84, 210, 212).

Dem angefochtenen Entscheid ist zudem in Ziff. 278 klar zu entnehmen, unter welchen Voraussetzungen die Einziehung gestützt auf Art. 35 Abs. 1 FINMAG zulässig ist. Die Vorinstanz legt weiter unter Verweis auf ihre Feststellungen in den Ziff. 217-218 und Ziff. 255-260 dar, dass und weshalb nach ihrer Auffassung die entsprechenden gesetzlichen Voraussetzungen für die Einziehung erfüllt sind. Die Höhe der Einziehung ergibt sich im Übrigen unmissverständlich aus den in den Ziff. 99-101 enthaltenen Aufstellungen der vom Beschwerdeführer aus den Mandatsverträgen bezogenen Beträge in den Jahren 2009, 2010 und 2011, auf welche in Ziff. 278 explizit verwiesen wird.

Aus dem angefochtenen Entscheid ergibt sich daher mit genügender Klarheit, auf Grund welcher Feststellungen die Vorinstanz in Bezug auf die Darlehensgewährung der KPT VAG an die KPT/CPT Holding AG eine Verletzung aufsichtsrechtlicher Pflichten angenommen sowie auf Grund welcher Voraussetzungen und in welcher Höhe sie eine Einziehung nach

Art. 35 Abs. 1 FINMAG verfügt hat. Der Beschwerdeführer konnte der angefochtenen Verfügung somit 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. Eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör liegt daher nicht vor, weshalb sich die Beschwerde in diesem Punkt als unbegründet erweist.

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

**4.1** 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, BBI 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 (HANSJÜRIG 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 Vor-

aussetzungen 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).

**4.2** 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.

**4.2.1** 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 umsichtige 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 einem 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 Vorname 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, Urteil des Bundesgerichts 4C.201/2001 vom 19. Juni 2002 E. 2.1.1).

**4.2.2** Die ebenfalls in Art. 717 Abs. 1 OR verankerte Treuepflicht verlangt, dass die Mitglieder des Verwaltungsrates ihr Verhalten am Geschäftsinteresse 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 Treuepflicht des Verwaltungsrates vor, unabhängig vom Inhalt des Entscheides (LUKAS HANDSCHIN, Treuepflicht des Verwaltungsrates bei der gesellschaftsinternen Entscheidungsfindung, in: Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Peter Forstmoser, Zürich/Basel/Genf 2003, S. 171). Der korrekte Umgang mit entstehenden Interessenkonflikten stellt den Kern der Treuepflicht 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).

**4.2.3** 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).

**4.2.4** 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 (vgl. vorstehend E. 3.3) 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."

## **5. Entschädigungen**

### **5.1 Übersicht**

**5.1.1** Der Beschwerdeführer hat am 24. April 2009 eine mit "VR-Mandatsvertrag" betitelte Vereinbarung mit der KPT Versicherungsgruppe (laut Vertrag bestehend aus Genossenschaft KPT/CPT Krankenkasse, Genossenschaft KPT/CPT Versicherungen, KPT/CPT Holding AG, KPT Krankenkasse AG, KPT Versicherungen AG, Resol AG) geschlossen. Die Aufgaben des Verwaltungsrates sowie des Präsidenten 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. 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. Als Aufgaben des Verwaltungsratspräsidenten nennt Art. 12 ORG unter anderem die Vorbereitung und Leitung der Verwaltungsratssitzungen, die Repräsentation der Gesellschaften der KPT-Gruppe und die laufende Überwachung der Geschäftsführung.

Gemäss dem VR-Mandatsvertrag verpflichtet sich der Beauftragte, seine Mandate als Verwaltungsrat und Präsident 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 80'000.- netto festgelegt. Weiter wird bestimmt, dass sämtliche finanziellen Aspekte des Verhältnisses zwischen dem Beauftragten und den Auftraggeberinnen über die KPT VAG abgewickelt werden.

Der Beschwerdeführer hat zudem am 23. April 2009 noch einen VR-Mandatsvertrag mit der Online Easy AG sowie mit gleichem Datum einen VR-Mandatsvertrag mit der RIALM AG geschlossen. Gemäss Ziff. 3 dieser beiden gleichlautenden Verträge sind die Aufgaben des Verwaltungsrates und des Präsidenten des Verwaltungsrates in den Statuten der Gesellschaft und im Obligationenrecht geregelt. Als Entschädigung wird in Ziff. 5 der Verträge jeweils eine Summe von jährlich CHF 35'000.- netto festgesetzt. Die Entschädigung des Beschwerdeführers für seine Tätigkeit als Verwaltungsrat und Präsident des Verwaltungsrates aus allen vorerwähnten VR-Mandatsverträgen zusammen beläuft sich somit auf jährlich CHF 150'000.- netto.

**5.1.2** Zusätzlich zu den obgenannten VR-Mandatsverträgen verfügte der Beschwerdeführer – wie auch die anderen Verwaltungsräte der KPT VAG mit Ausnahme von D.\_\_\_\_\_ – über Mandatsverträge mit unterschiedlichen KPT-Gruppengesellschaften. Der Beschwerdeführer schloss am 24. 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 40 Arbeitstage fest zur Verfügung zu stellen hat (Ziff. 2), wobei die Tagespauschale CHF 4'000.- beträgt (Ziff. 3.11). Die Abrechnung erfolgt 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:

- 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;
- die Führung und Unterstützung des CEO;
- die Inspiration, Motivation und Überwachung des Managements der KPT Versicherungsgruppe;
- die Überwachung von Marketing und Verkauf;"

Der Vertrag wurde ab dem 1. Mai 2009 für eine feste Dauer von 4 Jahren geschlossen. Bei einer vorzeitigen Beendigung des Vertrages ist die Entschädigung für die fest vereinbarten 40 Arbeitstage für ein weiteres Jahr nach Beendigung geschuldet (Ziff. 5).

Der Beschwerdeführer hat zudem einen nahezu gleichlautenden Mandatsvertrag mit der RIALM AG vom 24. April 2009. Die Aufgaben des Beschwerdeführers laut Ziff. 1 des Mandatsvertrages sind im Wesentlichen die gleichen wie die oberwähnten im Mandatsvertrag mit der Online Easy AG. Der Vertrag umfasst zudem die gleichen Bestimmungen betreffend Einsatz (Ziff. 2), Entschädigung (Ziff. 3), Vertragsdauer und Entschädigung bei vorzeitiger Beendigung (Ziff. 5). Die Beratungstätigkeiten des Beschwerdeführers werden gemäss Vertrag über die Auftraggeberin ab-

gerechnet, welche für die interne Verrechnung besorgt ist. Wird der vereinbarte Arbeitseinsatz von 40 Arbeitstagen zu Grunde gelegt, beträgt die Entschädigung pro Vertrag je CHF 160'000.-, was zu einer Gesamtschädigung des Beschwerdeführers aus Mandatsverträgen pro Jahr von CHF 320'000.- führt.

**5.1.3** Neben den Zahlungen aus VR-Mandatsverträgen und den zusätzlichen Mandatsverträgen wurden den Verwaltungsräten der KPT VAG zudem Bonuszahlungen ausgerichtet. Gestützt auf entsprechende Beschlüsse des Verwaltungsrates schüttete 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 269'000.- und für das Jahr 2010 eine Summe von CHF 219'504.-.

**5.1.4** Auf Antrag des Beschwerdeführers hiess der Nominierungs- und Entschädigungsausschuss (NEA) am 10. Juni 2010 eine "Besitzstandswahrung" für den Verwaltungsrat im Hinblick auf die Fusion mit B.\_\_\_\_\_ gut und beauftragte den Vizeverwaltungsratspräsidenten und ein anderes Mitglied des Verwaltungsrates mit deren Umsetzung. Hintergrund der "Besitzstandswahrung" war nach den Angaben des Beschwerdeführers, 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 einer Entscheidung 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:

A._____	CHF 2'326'187.-
C._____	CHF 1'865'177.-
E._____	CHF 1'427'093.-

F._____	CHF 1'427'093.-
D._____	CHF 738'333.-
G._____	CHF 943'933.-
H._____	CHF 806'867.-

Am 11. Juni 2010 informierte der Beschwerdeführer an der Verwaltungsratssitzung der KPT/CPT Holding AG unter "Diverses" über seinen entsprechenden Antrag auf "Besitzstandswahrung". Im Protokoll der Sitzung 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 Vizeverwaltungsratspräsident und ein anderes Mitglied des Verwaltungsrates 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 1'687'437.- und am 16. Juni 2010 CHF 638'750.- (total CHF 2'326'187.-) überwiesen.

## **5.2 Beurteilung durch die Vorinstanz**

**5.2.1** 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 den in den VR-Mandatsverträgen vereinbarten festen Vergütungen 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 Mandats-

verträge 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 enthielten daher auch versteckte Abgangsentschädigungen.

**5.2.2** 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 Entscheidträger, 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.

### **5.3 Einwände des Beschwerdeführers**

**5.3.1** Der Beschwerdeführer stellt zunächst in Bezug auf die Entschädigungen aus Mandatsverträgen die Zuständigkeit der Vorinstanz in Frage. Bei der KPT-Gruppe unterstehe lediglich die KPT VAG der Aufsicht der Vorinstanz, nicht jedoch die RIALM AG und die Online Easy AG, mit denen die von der Vorinstanz beanstandeten Mandatsverträge geschlossen worden seien. Der Beschwerdeführer sei die Verträge nicht nur in seiner Stellung als Verwaltungsrat, sondern auch als selbständiger Berater eingegangen, weshalb an den beiden Vertragsverhältnissen kein Beaufsichtigter beteiligt gewesen sei. Die Vergütungen aus den zusätzlichen Mandatsverträgen seien zwar vom "VR-GL Konto" der KPT VAG überwiesen worden, jedoch seien diese Zahlungen an die Online Easy AG und der RIALM AG weiterverrechnet worden.

**5.3.2** Im Übrigen weist der Beschwerdeführer darauf hin, dass der gestützt auf die VR-Mandatsverträge und die zusätzlichen Mandatsverträge erhaltene Betrag von insgesamt CHF 470'000.- als eine aufgeteilte Gesamtvergütung zu verstehen sei. Das Konzept der zusätzlichen Mandatsverträge habe bei seinem Amtsantritt als Verwaltungsratspräsident bereits bestanden und habe der seit Jahren üblichen Praxis entsprochen. Der Beschwerdeführer hebt weiter hervor, dass das Honorar für das KPT-

Präsidium nicht alles abgedeckt habe und dass bei einem solchen umfassenden Mandat die Führung eines Stundenrapports absolut unüblich und vertraglich auch nicht verlangt sei. Er habe zudem die Online Easy AG und die RIALM AG mit seinem besonderen Know-how in Kommunikation, Marketing und strategischer Planung unterstützt. 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. Die ihm von der Vorinstanz vorgeworfenen Pflichtverletzungen seien daher nicht nachgewiesen. Der Beschwerdeführer macht geltend, den Honorarbezügen stünden vielmehr substantielle Arbeitsleistungen gegenüber. Er habe für die KPT sowie die Online Easy AG und die RIALM AG durchschnittlich rund 168 Arbeitstage pro Jahr gearbeitet, was deutlich mehr als die bei der Festsetzung der Gesamtvergütung des Beschwerdeführers von CHF 470'000.- berechneten 120 Arbeitstage pro Jahr sei. Der Beschwerdeführer führt weiter an, die Vorinstanz habe das neue, per 1. Juli 2011 in Kraft gesetzte Vergütungssystem der KPT-Gruppe akzeptiert, das für ihn eine jährliche Gesamtentschädigung von CHF 400'000.- netto festsetze und sich nicht wesentlich vom bisherigen Vergütungssystem unterscheide. Die Haltung der Vorinstanz sei daher widersprüchlich. Schliesslich merkt der Beschwerdeführer an, Ziff. 5 der Mandatsverträge spreche zwar von einer festen Vertragsdauer, gleichzeitig könnten die Mandatsverträge aber vorzeitig beendet werden und enthielten damit ein immanentes, jederzeitiges Kündigungsrecht im Sinne von Art. 404 OR. In den Mandatsverträgen seien daher keine versteckten Abgangsentschädigungen vorgesehen.

**5.3.3** In Bezug auf die "Besitzstandswahrung" betont der Beschwerdeführer, das Konzept habe einerseits bezweckt, jenen Verwaltungsräten, welche bei einer allfälligen Fusion ausscheiden würden, den Verlust der Honorare gemäss ihrem Vertrag auszugleichen und andererseits denjenigen Verwaltungsräten, welche in den neuen Verwaltungsrat wechseln würden, den Verlust aus der Differenz zwischen den geltenden und den neuen Mandatsverträgen zu ersetzen. Mit der "Besitzstandswahrung" habe man verhindern wollen, dass Partikularinteressen der Verwaltungsräte die Fusion hätten verhindern können. Die "Besitzstandswahrung" stelle damit keinen Verstoß gegen die Gewährspflicht dar, da sie allein auf die Förderung des Fusionsprojekts ausgerichtet gewesen sei. Ihm könne zudem kein individueller Vorwurf gemacht werden, da die Ausarbeitung und Berechnung der "Besitzstandswahrung" durch kompetente Fachleute des Verwaltungsrates erfolgt seien, auf deren Empfehlung er sich habe verlassen dürfen. Zudem sei die "Besitzstandswahrung" durch den Gesamt-



verwaltungsrat anlässlich der Verwaltungsratssitzung vom 11. Juni 2010 auf Antrag des NEA beschlossen und getragen worden. Die "Besitzstandswahrung" sei zudem lediglich suspensiv bedingt abgeschlossen worden, weshalb die ausbezahlten Gelder auch unverzüglich und vollumfänglich zurücküberwiesen worden seien. Es habe auch nie eine Gefahr für Gläubiger oder Versicherte bestanden.

**5.3.4** In Bezug auf die Bonuszahlungen bringt der Beschwerdeführer schliesslich vor, diese seien vom Geschäftsgang abhängig und daher für die Beurteilung, ob den bezogenen Entschädigungen Arbeitsleistungen in einem angemessenen Umfang gegenüber stünden, von vornherein irrelevant.

## **5.4 Rechtliche Leitsätze**

**5.4.1** 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 [hier-nach: 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. 4.1).

**5.4.2** 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 (BGE 130 III 216 E. 2.1, BGE 128 III E. 1aa). 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 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).

## **5.5 Gerichtliche Beurteilung**

**5.5.1** 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 sich der Beschwerdeführer in den mit der Online Easy AG und mit der RIALM AG geschlossenen Mandatsverträgen verpflichtet hat, "der KPT Versicherungsgruppe und den übrigen Gesellschaften Online Easy AG und RIALM AG" Leistungen im Umfang von 40 Arbeitstagen zur Verfügung zu stellen (Dossier 1049280 A pag. 3328-3323, insb. 3327 und 3324). Der Beschwerdeführer verpflichtete sich daher nicht nur zu Beratungsleistungen an die Online Easy AG und die RIALM AG, sondern für die KPT Versicherungsgruppe – und damit auch für die KPT VAG, die unbestrittenermassen der Aufsicht der Vorinstanz untersteht. Das Vorbringen des Beschwerdeführers, an den zusätzlichen Mandatsverträgen sei kein von der Vorinstanz Beauftragter beteiligt gewesen, ist daher unzutreffend. Die Rüge der fehlenden Zuständigkeit der Vorinstanz in Bezug auf die Mandatsverträge erweist sich somit als unbegründet.

**5.5.2** Zu prüfen bleibt weiter, ob der Beschwerdeführer beim Abschluss der zusätzlichen Mandatsverträge mit der Online Easy AG und der RIALM 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 der VR-Mandatsverträge, dass zur Nutzung des besonderen professionellen Know-how einzelner Mitglieder des Verwaltungsrates Beraterverträge (sog. Sonderverträge) geschlossen werden können. Da die VR-Mandatsverträge jedoch die Aufgaben des Beschwerdeführers als Verwaltungsratsmitglied und als Verwaltungsratspräsident umfassend regeln und dafür eine fixe Entschädigung von insgesamt CHF 150'000.- netto bestimmen, kann Gegenstand dieser Sonderverträge nur ein zusätzlicher, von den in den VR-Mandatsverträgen 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 den VR-Mandatsverträgen übertragenen Aufgaben zeigt jedoch, dass es gerade an dieser Unterschiedlichkeit fehlt. Die vom Beschwerdeführer geschlossenen Mandats-

verträge übertragen dem Beschwerdeführer allgemein formulierte Aufgaben, die bereits von den durch die VR-Mandatsverträge bestimmten Aufgaben als Verwaltungsrat und Verwaltungsratspräsident erfasst sind. So gehört die "Konsolidierung der strategischen Ausrichtung der KPT Versicherungsgruppe Classic - Online" und die "Vorbereitung der KPT Versicherungsgruppe und ihrer Gesellschaften auf die neue per 2012 zu erwartende Situation" zur dem Verwaltungsrat obliegenden strategischen Unternehmensführung, die "Pflege der Beziehungen zu anderen Versicherungsgesellschaften" zur Repräsentationsaufgabe des Verwaltungsratspräsidenten und die "Führung und die Unterstützung des CEO", die "Überwachung des Managements" und die "Überwachung von Marketing und Verkauf" zu der in der unübertragbaren Verantwortung des Verwaltungsrates liegenden Überwachung der Geschäftsführung (Dossier A 1049280 pag. 3328-3323, insb. 3328 und 3325). Für die Erfüllung dieser bereits in den VR-Mandatsverträgen geregelten Aufgaben als Verwaltungsratsmitglied und Präsident des Verwaltungsrates wurde der Beschwerdeführer jedoch mit dem fixen Betrag von CHF 150'000.- netto pro Jahr entschädigt. Der Abschluss zusätzlicher Mandatsverträge, die insgesamt eine jährliche Entschädigung von CHF 320'000.- für die bereits unter den VR-Mandatsverträgen fix abgegoltene 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. 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 ist. Dem daraus resultierenden klaren Interessenkonflikt wurde jedoch mit keinen geeigneten Massnahmen 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.

**5.5.3** Was der Beschwerdeführer gegen diese Beurteilung vorbringt, vermag nicht zu überzeugen. So widerspricht die Interpretation der CHF 470'000.- als Gesamtvergütung für seine Tätigkeit für die KPT-Gruppe bereits dem Wortlaut und der Systematik der Verträge, die klar zwischen VR-Mandatsverträgen mit fixer Entschädigung einerseits und zusätzlichen Mandatsverträgen mit einer Entschädigung auf der Basis von 40 Tagen zu einer Tagespauschale von CHF 4'000.- andererseits unterscheiden (vgl. vorstehend E. 5.1.1-5.1.2). Der Umstand, dass das

Konzept der zusätzlichen Mandatsverträge bereits bei seinem Amtsantritt bestand und vom NEA übernommen wurde, ändert zudem nichts an der vom Beschwerdeführer in seiner Funktion ständig zu wahrenen gewährsrelevanten gesetzlichen Sorgfalts- und Treuepflicht gemäss Art. 717 Abs. 1 OR. Das Vorbringen des Beschwerdeführers, er habe für die KPT sowie die Online Easy AG und die RIALM AG durchschnittlich rund 168 Arbeitstage pro Jahr gearbeitet, was deutlich mehr als die ursprünglich berechneten 120 Arbeitstage pro Jahr sei, geht ebenfalls ins Leere. Zunächst gilt es festzuhalten, dass sich der Beschwerdeführer in den VR-Mandatsverträgen dazu verpflichtet hat, diejenige Arbeitszeit zur Verfügung zu stellen, die zur pflichtgemässen Erfüllung seiner Aufgaben als Verwaltungsratsmitglied und Präsident des Verwaltungsrates erforderlich ist. Eine Beschränkung auf eine bestimmte Anzahl Arbeitstage findet in den VR-Mandatsverträgen somit keine Grundlage (vgl. vorstehend E. 5.1.1). Weiter wird auch von der Vorinstanz nicht in Frage gestellt, dass der Beschwerdeführer im Rahmen der VR-Mandatsverträge 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 von den VR-Mandatsverträgen mit einer fixen Entschädigung abgegoltenen Leistungen hinausgehen (vgl. vorstehend E. 5.2.1).

**5.5.4** Die Argumentation des Beschwerdeführers erweist sich zudem in Bezug auf die von ihm geltend gemachten Leistungen im Rahmen der zusätzlichen Mandatsverträge als widersprüchlich. Zum einen betont er, dass die geleisteten Arbeitstage nicht stundengenau auf die einzelnen Gesellschaften der KPT aufgeteilt werden könnten, da sie einer einheitlichen Unternehmensführung unterstehen würden. Vor diesem Hintergrund räumt denn auch der Beschwerdeführer ein, die gewählte Aufteilung der Verträge auf die einzelnen Gesellschaften könne ex post als falsch bezeichnet werden. Zum anderen weist er darauf hin, dass sich die Aufgabenbereiche in den ordentlichen VR-Mandatsverträgen und den zusätzlichen Mandatsverträgen deutlich voneinander unterscheiden würden. Eine solche deutliche Unterscheidung der Aufgaben würde jedoch auch eine klare Trennung der Arbeitsleistungen ermöglichen, was der Beschwerdeführer ja gerade bestreitet. Wie vorstehend (vgl. E. 5.5.2) gezeigt, sind denn auch die in den zusätzlichen Mandatsverträgen aufgelisteten Aufgaben bereits von den durch die VR-Mandatsverträgen geregelten Aufgaben des Beschwerdeführers als Verwaltungsratsmitglied und -präsident erfasst. Insbesondere ist nicht ersichtlich – und wird vom Beschwerdeführer auch nicht substantiiert geltend gemacht – inwieweit die vom Be-

schwerdeführer angeführten Leistungen für die Online Easy AG bei der Begleitung von Informatikprojekten im Bereich Marketing, Design und bei der Entwicklung von Kontakten sowie der für die RIALM AG vorgebrachte Aufbau einer professionellen Struktur und Kundengewinnung durch Einsatz seines Know-how in Finanzanlagen, Kommunikation und Marketing über die Aufgaben eines Verwaltungsratsmitglieds resp. des Verwaltungsratspräsidenten für die Festlegung der strategischen Ausrichtung der Gesellschaft, der Repräsentation und Kommunikation mit möglichen strategischen Partnern und die Kontrolle einer effizienten Geschäftsführung hinausgehen. Der Beschwerdeführer konnte im Übrigen vor Vorinstanz und auch im vorliegenden Verfahren für diese geltend gemachten Leistungen für die Online Easy AG und die RIALM 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) – notwendig, um Zweifel an der gestützt auf die umfangreichen Akten erfolgten vorinstanzlichen Feststellung und Würdigung des Sachverhalts zu wecken. Der von ihm inhaltlich nicht weiter erläuterte E-Mail-Verkehr und die ebenso wenig substantiierten Agenda-Einträge über Treffen und Vorbereitungen von solchen Treffen vermögen mithin keine Zweifel an der Feststellung des Sachverhalts und der daraus gezogenen Schlussfolgerungen durch die Vorinstanz hervorzurufen. Dies gilt umso mehr, als die Angaben des Beschwerdeführers auch nicht schlüssig erscheinen. Die auf Grund des E-Mail-Verkehrs berechneten Arbeitstage werden in seinen Auflistungen einfach zu den Arbeitstagen gemäss den Agenda-Einträgen hinzugerechnet, ohne zu berücksichtigen, dass während den Letzteren wohl ebenfalls E-Mails bearbeitet worden sind. 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, wie das angebotene Parteiverhör und die Einvernahme von weiteren Zeugen, zu verzichten.

**5.5.5** Das Vorbringen des Beschwerdeführers, die Vorinstanz handle widersprüchlich, weil sie das neue Vergütungssystem beanstandungslos 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 von den VR-Mandatsverträgen mit einer fixen Entschädigung abgegoltenen Leistungen hinausgehen (vgl. vorstehend E. 5.2.1). 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.

**5.5.6** 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 über vier Jahre und die bei einer vorzeitigen Beendigung der Verträge für ein weiteres Jahr geschuldete Entschädigung für 40 Arbeitstage zu einem Satz von CHF 4'000.- 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. Der Auslegung des Beschwerdeführers, die Verträge würden ein immanentes, jederzeitiges Kündigungsrecht im Sinne von Art. 404 Abs. 1 OR enthalten, kann insbesondere auf Grund der durch eine Kündigung resp. durch einen Widerruf der Mandatsverträge ausgelösten erheblichen finanziellen Verpflichtung zur Zahlung von CHF 160'000.- pro Mandatsvertrag nicht gefolgt werden. Dabei ist unerheblich, ob diese Vereinbarung auf dem Zivilweg hätte angefochten werden können.

**5.5.7** 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 gesetzeskonformen 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 darstellt. Die mit Blick auf den 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; insbesondere erhielten auch die für die Umsetzung der "Besitzstandswahrung" beauftragten Verwaltungsräte Zahlungen aus der "Besitzstandswahrung". Der Hinweis darauf, dass die Ausarbeitung und Berechnung der "Besitzstandswahrung" durch diese kompetenten Fachleute des Verwaltungsrates erfolgt sei, ist daher unbehelflich. Als ebenfalls unbehelflich erweist sich zudem das Vorbringen, die "Besitzstandswahrung" sei durch den Gesamtverwaltungsrat anlässlich der Verwaltungsratssitzung vom 11. Juni 2010 auf Antrag des NEA beschlossen und getragen worden. Dem Protokoll der besagten Sitzung ist ein solcher Beschluss des Verwaltungsrates nicht zu entnehmen. Unter Ziff. 7a "Diverses" wird lediglich vermerkt, dass der Beschwerdeführer 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 – entgegen den Vorbringen des Beschwerdeführers – weder ein Antrag an den Verwaltungsrat auf Genehmigung der "Besitzstandswahrung", noch ein entspre-



chend gekennzeichneter 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" über die Zahlung von total CHF 10'896'350.- nicht unter "Diverses" ohne weitere Diskussionen des Verwaltungsrates getroffen wird bzw. werden kann. Das Vorbringen des Beschwerdeführers, dass die Gelder der "Besitzstandswahrung" lediglich suspensiv bedingt gesprochen und unverzüglich und vollumfänglich zurücküberwiesen worden seien, weshalb nie eine Gefahr für Gläubiger oder Versicherte bestanden habe, verkennt zudem, dass die Sorgfalts- und Treuepflicht nach Art. 717 Abs. 1 OR jederzeit und ausnahmslos zu wahren ist.

**5.5.8** 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. 4.2.2.). 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 festzuhalten, dass sich der Vorwurf der Vorinstanz in Bezug auf die an die Verwaltungsräte ausgeschütteten Bonuszahlungen nur auf das Unterlassen von zweckmässigen Massnahmen zur Vermeidung der daraus resultierenden Interessenkonflikte bei den Mitgliedern des Verwaltungsrates selber richtet (vgl. vorstehend E. 5.2.1). Für die Beurteilung, ob den bezogenen Entschädigungen angemessene Arbeitsleistungen gegenüberstanden, sind die Bonuszahlungen von der Vorinstanz nicht berücksichtigt worden, weshalb dem Vorbringen des Beschwerdeführers diesbezüglich nicht gefolgt werden kann.

**5.5.9** 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.

## 6. Rückkauf der Mitarbeiteraktien

### 6.1 Übersicht

**6.1.1** 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:

zweimal Ertragswert + einmal Substanzwert  $\div$  drei = Unternehmenswert  
 $\div$  Anzahl Aktien = Wert pro Aktie

In Ziff. 6.4 des Reglements wird weiter festgehalten, dass der Stiftungsrat bezüglich des Rückkaufs der Mitarbeiteraktien unter Wahrung der Gleichbehandlung aller Mitarbeiteraktionäre jederzeit und ohne Angabe von Gründen Restriktionen erlassen oder weitergehende Vereinbarungen abschliessen kann.

**6.1.2** 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 unter-

stand dem Aktionärsbindungsvertrag vom 13. April 2010, der in Bezug auf die Rückgabepflicht und den Rückkaufpreis mit den vorerwähnten Bestimmungen im Mitarbeiterbeteiligungsreglement übereinstimmt.

**6.1.3** 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 I.\_\_\_\_\_ mehrere Power-Point-Präsentationen erstellt. Zur Vorbereitung eines Gesprächs am 18. März 2010 erhielt der Beschwerdeführer von I.\_\_\_\_\_ drei Präsentationen. Unter dem Arbeitstitel "Projekt Power" enthielten die drei Dokumente detaillierte Informationen hinsichtlich eines möglichen Zusammenschlusses. So wurden Zahlen und Berechnungsgrundlagen für eine Bewertung der beiden Fusionspartner KPT und B.\_\_\_\_\_ sowie daraus resultierende Austauschverhältnisse genannt. Am 28. März 2010 schickte I.\_\_\_\_\_ einen aktualisierten Präsentationsentwurf ("Projekt Power – Blueprint") an den Beschwerdeführer und den Verwaltungsratspräsidenten der B.\_\_\_\_\_ mit dem Hinweis, dass fast alle von ihnen aufgeworfenen Punkte bereits eingeflossen seien. Auf Seite 12 der Präsentation stand hervorgehoben: "Offener Punkt: Wie soll mit den Minderheitsaktionären des URS VVG [KPT VAG] umgegangen werden?".

**6.1.4** Am 1. April 2010 unterbreitete der Beschwerdeführer den Verwaltungsräten der KPT/CPT Holding AG einen Zirkularbeschluss zur Ausgabe von Aktien der KPT VAG (Mitarbeiterbeteiligung 2010 [sog. "Dreistufenplan"]). 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.

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

de. Nach Durchsicht des Grundsatzpapiers schrieb der Vizeverwaltungsratspräsident am 12. April 2010 an den Beschwerdeführer, dass die Mitarbeiteraktien zum Verkehrswert von ca. CHF 65 Mio. zurück zu kaufen seien.

**6.1.6** 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 20. April 2010 150 Aktien. Auch die anderen Mitglieder des Verwaltungsrates der KPT VAG zeichneten sämtliche ihnen angebotenen Aktien zum Preis von CHF 34.- pro Aktie.

**6.1.7** Am 22. April 2010 unterzeichneten der Beschwerdeführer 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 "J.\_\_\_\_\_" zusammenschliessen würden.

**6.1.8** Am 11. Mai 2010 beschloss der für die Fusion zuständige Ausschuss, dem neben dem Beschwerdeführer der Vizeverwaltungsratspräsident und ein weiteres Mitglied des Verwaltungsrates angehörten, dass die KPT VAG der KPT/CPT Holding AG ein Darlehen über CHF 70 Mio. zur Finanzierung des Rückkaufs der Mitarbeiteraktien gewähren solle. Das entsprechende Darlehen wurde am 26. Mai 2010 auf das Konto der KPT/CPT Holding AG bei der K.\_\_\_\_\_ überwiesen. Mit E-Mail vom 1. Juni 2010 stellte der Vizeverwaltungsratspräsident sodann im Auftrag des Beschwerdeführers dem Verwaltungsrat der KPT/CPT Holding AG den Antrag, den Rückkaufpreis der Mitarbeiteraktien auf CHF 600.- pro Aktie festzusetzen. Die Begründung für diesen Antrag und die Preisfestsetzung wurde vom Vizeverwaltungsratspräsidenten und einem anderen Mitglied des Verwaltungsrates erstellt. Obwohl zu diesem Zeitpunkt noch kein Beschluss des Verwaltungsrates vorlag, liess der Beschwerdeführer 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 K.\_\_\_\_\_ zurückzusenden.

**6.1.9** Dem Antrag auf Festsetzung des Rückkaufpreises auf CHF 600.- pro Aktie stimmten alle Mitglieder des Verwaltungsrates mit Ausnahme von E.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ zu. Mit Schreiben vom 3. Juni 2010 an den Beschwerdeführer und die Mitglieder des Verwaltungsrates der KPT/CPT Holding AG teilte D.\_\_\_\_\_ 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 K.\_\_\_\_\_)". An den Sitzungen des Verwaltungsrates der KPT/CPT Holding AG vom 11. Juni und 5. Juli 2010 wurden sodann die von D.\_\_\_\_\_ gestellten Anträge und Fragen diskutiert. An letzterer Sitzung beschloss der Verwaltungsrat – mit einer Gegenstimme von D.\_\_\_\_\_ – 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. D.\_\_\_\_\_ hielt dabei fest, dass er und der Rechtsdienst der L.\_\_\_\_\_ 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 Beschwerdeführer 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 D.\_\_\_\_\_ erfolgen.

## **6.2 Beurteilung durch die Vorinstanz**

**6.2.1** 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 Vizeverwaltungsratspräsident 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 sämtliche Organe erhebliche persönliche Vermögensinteressen gehabt, denen die Interessen der Gesellschaft und der Versicherten entgegengestanden hätten.

**6.2.2** 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 Entscheidsträger 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 D.\_\_\_\_\_ mehrfach geäusserten, begründeten Zweifel am Preis und am Vorgehen überhaupt, die in keiner Weise angemessen erörtert worden seien.

**6.2.3** 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.

**6.2.4** 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 Verwaltungsratspräsident 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.

### **6.3 Einwände des Beschwerdeführers**

**6.3.1** Der Beschwerdeführer betont zunächst, dass keine zeitliche Parallelität vom Mitarbeiterbeteiligungsprogramm 2009/2010 und dem geplanten Unternehmenszusammenschluss bestanden habe. Die Aktienaussgabe 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. Das erste Treffen mit dem Verwaltungsratspräsidenten der B.\_\_\_\_\_ habe demgegenüber am 18. März 2010 und das erste Gespräch, an dem das Thema Zusammenschluss konkret besprochen worden sei, am 7. April 2010 stattgefunden. Die ausschlaggebenden inneren Entscheidungen betreffend Aktienaussgabe seien daher weit vor dem Zeitpunkt, in welchem ein Zusammenschluss mit der B.\_\_\_\_\_ auch nur annähernd konkret geworden sei, gefällt worden, weshalb kein Interessenkonflikt vorliege. Im Übrigen wäre durch das "Abblasen" einer beschlossenen Mitarbeiterbeteiligungsausgabe die Fusion gefährdet worden, da Fusionen im Planungsstadium grösster Vertraulichkeit bedürften. Die Aktienaussgabe 2010 sei zudem vom Gesamtverwaltungsrat beschlossen und getragen worden, wobei dem Beschwerdeführer keine Sonderstellung zugekommen sei.

**6.3.2** Weiter bringt der Beschwerdeführer vor, dass sich der Verwaltungsrat bei seiner Entscheidung zur Festsetzung des Rückkaufpreises auf CHF 600.- pro Aktie am 5. Juli 2010 auf einen objektiv ermittelten Unternehmenswert von CHF 600 Mio. gestützt habe. Dieser Wert sei durch mehrere voneinander unabhängige externe und interne Berechnungen gestützt worden. In diesem Zusammenhang betont der Beschwerdeführer weiter, er habe bei seinen Entscheidungen stets interne und/oder externe Fachleute miteinbezogen und sei von deren Empfehlungen nie abgewichen. Dies werde durch die Erkenntnisse aus dem von der Vorinstanz angestrebten Strafverfahren gegen ihn bestätigt. Im Übrigen ergebe sich aus Art. 12 AVO, dass nicht jedes Verwaltungsratsmitglied eines Versicherungsunternehmens Versicherungs-, Finanz- und Rechtsexperte sein müsse. Es habe gänzlich an Anhaltspunkten gefehlt, welche die Experten in Zweifel gezogen hätten. Insbesondere die Einwände seitens D.\_\_\_\_\_ seien nicht rechtlicher, sondern moralischer Natur gewesen. Die Frage der Handhabung des Mitarbeiterbeteiligungsprogrammes sei durch den Vizeverwaltungsratspräsidenten und ein anderes Mitglied des Verwaltungsrates betreut worden. Der Beschwerdeführer habe sich nicht

eingemischt, wofür er auf Grund seiner Leaderrolle im Fusionsprojekt gar keine Zeit gehabt habe.

**6.3.3** Von zentraler Bedeutung sei zudem, dass durch den geplanten Rückkauf der Mitarbeiteraktien zum Verkehrswert die KPT und damit auch die Versicherten finanziell nicht schlechter gestellt worden wären, da die KPT/CPT Holding AG im Rahmen der Fusion Subholding-Aktien in dem Verhältnis, in welchem sie insbesondere Beteiligungen an der KPT VAG hätte einbringen können, erworben hätte. Der Rückkauf zum Verkehrswert sei sogar im Interesse der KPT und der Versicherten gewesen, hätte sich ein Rückkauf der Aktien zu einem deutlich tieferen Wert doch negativ auf die Zusammenschlussverhandlungen auswirken können, was zu einem für die KPT schlechteren Beteiligungsverhältnis hätte führen können.

**6.3.4** Der Verwaltungsrat sei bei der Preisfestsetzung zwar von dem im Mitarbeiterreglement bzw. dem Aktionärsbindungsvertrag vorgesehenen Preisberechnungsmodell abgewichen. Dies sei rechtlich jedoch nicht zu beanstanden. Die entsprechenden Regelungen würden für die Konstellation des Kontrollwechsels durch Austausch oder Kauf eine Lücke aufweisen. Im Lichte von Ziff. 6.4 des Mitarbeiterbeteiligungsreglementes bzw. Ziff. 12 Bst. d des Aktionärsbindungsvertrages, welche explizit bezüglich des Rückkaufs der Mitarbeiteraktien weitergehende Vereinbarungen zulassen würden, sei das Vorgehen zulässig gewesen, was auch das Parteigutachten vom 6. Oktober 2010 bestätige.

**6.3.5** Wesentlich sei weiter, dass der Rückkauf der Mitarbeiteraktien – wie sämtliche mit der geplanten Transaktion zusammenhängenden Rechtsgeschäfte – durch das Zustandekommen des Zusammenschlusses bedingt und damit u.a. auch von der Zustimmung der Vorinstanz abhängig gewesen sei. Die Vorinstanz sei zudem relativ früh, mehrfach sowie umfassend über die Thematik des Rückkaufs der Mitarbeiteraktien informiert und dokumentiert worden.

## **6.4 Rechtliche Leitsätze**

**6.4.1** Der Präsident des Verwaltungsrates hat – wie jedes Mitglied des Verwaltungsrates – die in Art. 717 Abs. 1 OR verankerte Sorgfalts- und Treuepflicht zu wahren (vgl. dazu vorstehend E. 4.2). Von Gesetzes wegen kommen dem Präsidenten des Verwaltungsrates zudem mit Blick auf die Sitzungen besondere Aufgaben zu (Art. 715, Art. 715a Abs. 3 und



Abs. 4, Art. 713 Abs. 1 und Abs. 3 OR). Dem Verwaltungsratspräsidenten obliegt darüber hinaus die Gesamtheit der funktional für eine zweckmässige Tätigkeit des Verwaltungsrates nötigen Leitungskompetenzen. Er sorgt für die Durchführung der gefassten Beschlüsse, trifft in der Zeit zwischen den Sitzungen die erforderlichen Massnahmen und begleitet und überwacht die Geschäftsleitung. Dem Verwaltungsratspräsidenten kommt damit eine natürliche Führungsaufgabe zu (BÖCKLI, a.a.O., § 13 Rz. 116, 314; KRNETA, a.a.O., Rz. 481 ff.). Diese zentrale Aufgabe des Präsidenten bedingt, dass er über ausreichende fachliche Kenntnisse verfügen und insbesondere mit dem Finanz- und Rechnungswesen vertraut sein muss (BÖCKLI, a.a.O., § 13 Rz. 18, 39; ROLAND MÜLLER/LORENZ LIPP/ADRIAN PLÜSS, Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für die Praxis, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007, S. 69).

**6.4.2** Das ORG der KPT-Gruppe bestimmt in Art. 12 als Aufgaben des Verwaltungsratspräsidenten zudem Folgendes:

"Der Verwaltungsratspräsident beruft den Verwaltungsrat in der Regel mindestens viermal jährlich zu einer Sitzung ein. Er ist darüber hinaus frei, beliebige Angelegenheiten durch Zirkulationsbeschlüsse entscheiden zu lassen unter Vorbehalt des Rechts jedes Mitgliedes, gemäss Art. 7 eine Sitzung zu verlangen. Im Einzelnen obliegen ihm insbesondere folgende Aufgaben:

- a) Er erstellt die Traktandenliste der Verwaltungsratssitzungen und leitet deren Sitzungen sowie die Generalversammlung.
- b) Er repräsentiert die Gesellschaften der KPT Gruppe.
- c) Er überwacht laufend die der Geschäftsleitung übertragene Geschäftsführung.
- d) Er sorgt für eine rasche und ausreichende Information der Mitglieder."

## **6.5 Gerichtliche Beurteilung**

**6.5.1** 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 per-

sönlichen, 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. nachfolgend E. 7). 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. 8.3.8). 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 und der Versicherten gebührend berücksichtigt werden. Vorliegend hat es jedoch der Beschwerdeführer unterlassen, solche geeigneten Massnahmen zu ergreifen. Weder wurden bei der Entscheidungsfindung 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. 6.5.6). 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 Mitarbeiterreglements resp. Ziff. 12d des Aktionärsbindungs-

vertrages Restriktionen erlassen oder weitergehende Vereinbarungen abschliessen. Mit Hinweis auf diese Regelungen kann der Beschwerdeführer jedoch nicht die ihm als Verwaltungsratspräsident 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 drängt sich umso mehr auf, als der Beschwerdeführer bereits vor Ausgabe der Mitarbeiteraktien im April 2010 zu CHF 34.- pro Stück Fusionsgespräche mit dem Verwaltungsratspräsidenten der B.\_\_\_\_\_ führte und mit Mail vom 12. April 2010 vom Vizeverwaltungsratspräsidenten darüber informiert wurde, 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 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. 7), liegt eine qualifizierte Verletzung seiner Sorgfalts- und Treuepflicht vor.

**6.5.2** Im Weiteren erweist sich die Vorgehensweise 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. Vom Beschwerdeführer unbestritten ist, dass der Versand des Schreibens an die Mitarbeiteraktionäre am 2. Juni 2010 mit der Aufforderung, ihre Aktien zu CHF 600.- pro Aktie zurück zu verkaufen, bevor ein entsprechender Beschluss des Verwaltungsrates der KPT/CPT Holding AG vorlag, nicht zu-

lässig war. Zudem entspricht es nicht einem nach Art. 717 Abs. 1 OR geforderten sorgfältigen Vorgehen, dass der Beschwerdeführer, der spätestens auf Grund des am 28. März 2010 versandten Präsentationsentwurfs der I.\_\_\_\_\_, der explizit auf den offenen Punkt des Umgangs mit den Minderheitsaktionären der KPT VAG hinwies (Dossier 1064477 A pag. 262-295, insb. 281), dieser Fragestellung keine weitere Beachtung schenkte und vor der Beschlussfassung über die Ausgabe von zusätzlichen Mitarbeiteraktien zu CHF 34.- am 6. April 2010 und der Mitteilung des entsprechenden Kaufangebots an die Berechtigten mit Schreiben vom 13. April 2010 und 15. April 2010 keine einlässlichen Abklärungen – insbesondere mit Blick auf einen Verzicht auf eine Ausgabe oder mögliche Alternativen – vornahm. Solche Abklärungen wären umso notwendiger gewesen, als der Vizeverwaltungsratspräsident dem Beschwerdeführer am 12. April 2010 mitteilte, dass die Mitarbeiteraktien zum Verkehrswert von ca. CHF 65 Mio. – was einem Rückkaufpreis von CHF 600.- pro Aktie entspricht – zurück zu kaufen seien (Dossier 1064477 A pag. 321-334, insb. 329). Angesichts der ausserordentlich hohen Differenz zwischen Ausgabe- und Rückkaufpreis und der zu diesem Zeitpunkt absehbaren Fusion hätte eine sorgfältig handelnde Person in der Funktion des Verwaltungsratspräsidenten erkennen müssen, dass zu dieser Frage weitere Entscheidungsgrundlagen unerlässlich waren. Dazu hätten bei der Festsetzung des Rückkaufpreises der Mitarbeiteraktien das Erstellen und Evaluieren verschiedener Alternativen gezählt. 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.

**6.5.3** Die Notwendigkeit von Abklärungen verschiedener Varianten musste umso dringender erscheinen, als auch entsprechende Hinweise in den zur Vorbereitung der Fusion erstellten Unterlagen vorhanden waren. Mit E-Mail vom 1. Juni 2010 an den Beschwerdeführer hielt der CFO der KPT VAG fest, dass M.\_\_\_\_\_ im Rahmen der Due Diligence auf das "mögliche Reputationsrisiko (wie uns bekannt)" hinweisen werde (Dossier 1049280 A pag. 2026). In der Draft-Version der Due Diligence der M.\_\_\_\_\_ vom 2. Juni 2010 wurde denn auch 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 M.\_\_\_\_\_ gab daher die Empfehlung ab, den Rückkauf-

preis 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. 585-617, insb. 611; 658-671, insb. 664). Wie die Vorinstanz zu Recht festhält, wurde zudem der Rückkaufpreis von CHF 600.- pro Aktie von der Due Diligence der M.\_\_\_\_\_ 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 unterlassen, ein von der M.\_\_\_\_\_ empfohlenes detailliertes Argumentarium – insbesondere unter Einbezug einer Evaluation des Rückkaufs gemäss Mitarbeiterbeteiligungsreglement resp. Aktionärsbindungsvertrag – zu erstellen. Vielmehr wurde dem Verwaltungsrat im Auftrag des Beschwerdeführers ohne Ausarbeitung von Alternativen und ohne eingehende Berechnung eines externen Sachverständigen mit E-Mail vom 1. Juni 2010 beantragt, den Rückkaufpreis auf CHF 600.- pro Aktie festzusetzen (Dossier 1049280 B pag. 1512-1513). Als D.\_\_\_\_\_ gegen dieses Vorgehen opponierte, wurde an der Sitzung des Verwaltungsrates vom 11. Juni 2010 die Preisfestsetzung erläutert. Der Beschwerdeführer 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). Obwohl dem Beschwerdeführer somit das Reputationsrisiko durchaus bewusst war, liess er die – bereits von der M.\_\_\_\_\_ vorgeschlagene – Alternative des Rückkaufs gemäss Mitarbeiterbeteiligungsreglement pflichtwidrig ausser Acht und bezeichnete einen Verkehrswert von CHF 600.- pro Aktie als realistisch, obwohl er diesen nicht auf objektive, dem Verwaltungsrat vorliegende Bewertungen stützen konnte. Nicht nachvollziehbar ist zudem, dass der Beschwerdeführer den Anwesenden mitteilte, die M.\_\_\_\_\_ erwähne den Sachverhalt, ohne diesen aber als grosses Risiko darzustellen (Dossier 1049280 B pag. 458-466, insb. 461). Der Beschwerdeführer wurde zudem noch einen Tag zuvor mit E-Mail vom 10. Juni 2010 von einem Berater der Anwaltskanzlei N.\_\_\_\_\_ darauf hingewiesen, dass der Vorgang des Rückkaufs insofern problematisch sei, als sich Organe der KPT VAG Aktien in einem Zeitpunkt zugeteilt hätten, in dem sie sich bereits ein

Bild über den Zusammenschluss oder den mutmasslichen Aktienrückkaufswert hätten machen können. Er riet daher dazu, die Bewertung transparent und nachvollziehbar in einem Verwaltungsratsbeschluss aufzuzeigen (Dossier 1049280 B pag. 2234-2235). Schliesslich wurde auf Antrag des Beschwerdeführers 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 D.\_\_\_\_\_ an der Sitzung des Verwaltungsrates der KPT/CPT Holding AG vom 24. August 2010 wurde in der Folge auf Grund der Gegenstimme des Beschwerdeführers nicht eingetreten, obwohl D.\_\_\_\_\_ mit Verweis auf Abklärungen der Rechtsabteilung der L.\_\_\_\_\_ den Aktienrückkaufpreis als nicht haltbar bezeichnete. D.\_\_\_\_\_ 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 nicht – wie der Beschwerdeführer geltend macht – um moralische Einwände, sondern um gestützt auf rechtliche Einschätzungen erhobene Zweifel an der Festsetzung des Rückkaufpreises.

**6.5.4** 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.

**6.5.5** 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 Aktienaussgabe, bei dem nicht nur neue Mitglieder des Verwaltungsrates resp. der Geschäftsleitung zwecks Gleichstellung Aktien erwerben konnten, sondern auch bisherige Mandatsträger und Mitarbei-

tende der KPT-Gruppe. Es liegt daher durchaus eine zeitliche Parallelität vom am 6. April 2010 getroffenen Entscheid zur Ausgabe weiterer Mitarbeiteraktien und dem geplanten Unternehmenszusammenschluss vor. 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 notwendigen 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.

**6.5.6** Das Vorbringen des Beschwerdeführers, der Verwaltungsrat habe sich bei seinem Entscheid zur Festsetzung des Rückkaufpreises der Mitarbeiteraktien auf einen objektiv ermittelten Unternehmenswert von CHF 600 Mio. gestützt, der durch mehrere externe und interne Berechnungen bestätigt worden sei, vermag ebenso wenig durchzudringen. Wie die Vorinstanz zu Recht ausführt, waren diese Bewertungen nicht oder nicht alleine als Entscheidungsgrundlage geeignet und enthielten Hinweise, die genauerer Abklärung bedurft hätten. Weder durch die Aufstellungen der I.\_\_\_\_\_ noch durch die Due Diligence der M.\_\_\_\_\_ 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 Schätzwert der Due Diligence und Rückkaufpreis der Aktien 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 Nichtausschüttbarkeit führen könne (Dossier 1049280 B pag. 1950-1977, insb. 1962). Im Übrigen ist festzuhalten, dass das Gut-

achten von O.\_\_\_\_\_ – datiert vom 18. Juni 2010 – den Mitgliedern des Verwaltungsrates in der Sitzung vom 11. Juni 2010 nicht schriftlich vorlag. Ein am 10. Juni 2010 stattgefundenes Telefongespräch zwischen dem Beschwerdeführer 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 D.\_\_\_\_\_ an der Sitzung vom 11. Juni 2010 festgehalten hat, er wolle den Bericht von O.\_\_\_\_\_ sehen, bevor er eine Entscheidung fälle (Dossier 1049280 B pag. 462). Das vom Beschwerdeführer genannte Parteigutachten (vgl. dazu vorstehend E. 2.2) 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 genannten Berechnungen erweisen sich daher als Entscheidungsgrundlage für die Festsetzung des Rückkaufpreises der Mitarbeiteraktien als unzureichend. Dies hätte dem Beschwerdeführer nicht nur auf Grund der darin enthaltenen klaren Hinweise bewusst sein müssen, sondern auch auf Grund eines Schreibens vom 5. Juli 2010 der P.\_\_\_\_\_, die als Revisionsstelle der KPT VAG eingesetzt war. In diesem Schreiben hält die P.\_\_\_\_\_ fest, dass sie dem Beschwerdeführer ihre Bedenken hinsichtlich einer Bewertung der Minderheitsanteile zu CHF 67 Mio. bereits am 27. Mai 2010 mitgeteilt hätten. Dieser Wert würde sich weder mit dem Bewertungsmodell gemäss Mitarbeiterbeteiligungsreglement noch mit dem Berechnungsmodell der Anteilsverhältnisse aus dem Zusammenschluss mit der B.\_\_\_\_\_ rechtfertigen. Dem Schreiben kann weiter entnommen werden, dass sie den Beschwerdeführer auf mögliche Risiken aus einem überhöhten Rückkaufpreis aufmerksam gemacht hätten (Dossier 1049280 A pag. 2520-2521).

**6.5.7** Zudem kann der Beschwerdeführer auf Grund des sinngemäss geltend gemachten Fehlens der erforderlichen Kenntnisse und des Zeitmangels nichts zu seinen Gunsten ableiten. Vielmehr ist darauf hinzuweisen, dass mit Blick auf die mehrfach geäusserten, warnenden Hinweise eine sorgfältig handelnde Person in der Funktion des Verwaltungsratspräsidenten die Notwendigkeit weiterer Abklärungen und einlässlicher Entscheidungsgrundlagen hätte erkennen müssen. Dem Beschwerdeführer ist in



seiner Funktion als Verwaltungsratspräsident in Bezug auf die Bereitstellung geeigneter, objektiv ermittelter Entscheidungsgrundlagen und der raschen und ausreichenden Information der Mitglieder des Verwaltungsrates zudem sehr wohl eine Sonderstellung zugekommen (vgl. Art. 12 ORG). Daran vermag auch der Hinweis auf Art. 12 AVO nichts zu ändern, bedurfte es doch für das Erkennen der Notwendigkeit weiterer Abklärungen keines spezifischen Versicherungswissens. Der zeitliche Rahmen wurde zudem vom Beschwerdeführer selber gesetzt, was aus seiner E-Mail vom 13. April 2010 an den Verwaltungsratspräsidenten der B.\_\_\_\_\_ und I.\_\_\_\_\_ hervorgeht, in der er festhält: "Wir können nur reüssieren, wenn Jens und ich uns weiterhin richtig verstehen, wir ein hohes Tempo einschlagen, auf akribische Diskussionen verzichten und dem Ziel die eine oder andere Empfindlichkeit unterordnen." (Dossier 1064477 A pag. 320)

**6.5.8** 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. Gleiches gilt für die im Übrigen nicht substantiierten Vorbringen des Beschwerdeführers, der beschlossene Rückkaufpreis der Mitarbeiteraktien sei im Interesse der KPT und der Versicherten gewesen, da sich ein anderer Preis negativ auf die Zusammenschlussverhandlungen und das Beteiligungsverhältnis hätte auswirken können. Es erübrigen sich somit weitere Ausführungen hierzu.

**6.5.9** 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. 7.5.5).

**6.5.10** 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 würde lediglich zu einem ungerechtfertigten prozessualen Mehraufwand und zu einer unnötigen zeitlichen Verzögerung führen. Auf die angebotene Einvernahme von weiteren Zeugen ist daher zu verzichten.

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

### **7.1 Übersicht**

**7.1.1** Am 11. Mai 2010 beschloss der für die Fusion zuständige Ausschuss, dem auch der Beschwerdeführer angehörte, 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 Deckung weiterer Fusionskosten. Der Auftrag für die entsprechende Überweisung von CHF 70 Mio. auf das Konto der KPT/CPT Holding AG bei der K.\_\_\_\_\_ 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.

### **7.2 Beurteilung durch die Vorinstanz**

**7.2.1** Die Vorinstanz bringt im Wesentlichen vor, mit der Gewährung eines nicht in einem schriftlichen Vertrag geregelt, 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 wor-

den (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. Ein Abstützen auf die konsolidierte Konzernbilanz der KPT-Gruppe, die per 31. Dezember 2009 ein Eigenkapital von CHF 155 Mio. ausgewiesen habe, sei unzulässig, da die wesentlichen finanziellen Mittel dieser Betrachtung durch die relevanten aufsichtsrechtlichen Bestimmungen in der KPT VAG und KPT Krankenkasse AG gebunden gewesen seien (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 zudem 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).

**7.2.2** 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

Beschwerdeführer, C.\_\_\_\_\_ und G.\_\_\_\_\_ eigenmächtig gehandelt hätten.

### **7.3 Einwände des Beschwerdeführers**

**7.3.1** 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. Daran ändere die fehlende schriftliche Form des Vertrages nichts. Unschädlich sei ebenfalls, dass die Konditionen noch marktgerecht zu definieren gewesen wären. 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 abhängig gewesen sei. Es liege im Übrigen kein eigenmächtiges Handeln und keine Verletzung des Organisationsreglements vor. Das Darlehen sei auf Grund der Personalunion in den Verwaltungsräten von Darlehensnehmerin und Darlehensgeberin beschlossen und mit Beschlussprotokoll vom 11. Mai 2010 dokumentiert worden. Dass die Einsetzung des Fusionsausschusses auch die Kompetenz zum Abschluss und Ausrichtung eines gruppeninternen Darlehens umfasse, ergebe sich aus dem Umstand, dass die Darlehensgewährung am 5. Juli 2010 vom Gesamtverwaltungsrat einstimmig bestätigt worden sei.

**7.3.2** Im Übrigen stelle ein unverzinsliches und ungesichertes Darlehen nicht per se einen Verstoß gegen die Sorgfalts- und Treuepflicht des Verwaltungsrates dar. Im Konzernverbund könne es sich rechtfertigen, dass eine Tochter einer Mutter ein Darlehen zu vergünstigten Konditionen gebe, insbesondere dann, wenn dieses Darlehen erforderlich sei, damit die Tochter eigene Vorteile erzielen könne. Vorliegend könnte die Darlehensgewährung der Tochter an die Mutter als vorerst finanziell nachteilig für die Tochter gesehen werden. Langfristig sei die Fusion aber als im Interesse des Gesamtkonzerns beurteilt worden. Der Beschwerdeführer bringt weiter vor, es liege keine Pflichtverletzung durch die Gewährung eines ungesicherten Darlehens vor. Die Bonität des Darlehensgläubigers sei 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. Weiter führt der Beschwerdeführer an, das Darlehen an die KPT/CPT Holding AG sei jederzeit werthaltig gewesen. Mit Blick auf die vorhandenen Eigenmittel von über CHF 180 Mio. und der wesentlichen Beteiligung

von mehr als dem 10-fachen des Darlehenswertes wäre der KPT/CPT Holding AG eine Fremdfinanzierung des Darlehens bei einem Nichtgruppen-Darleiher problemlos möglich gewesen. Zudem hätte die KPT/CPT Holding AG das Darlehen auch aus zukünftigen Dividenden tilgen können.

**7.3.3** Schliesslich macht der Beschwerdeführer geltend, die Vorinstanz habe Kenntnis von der Darlehensgewährung gehabt. Die KPT VAG sei bereits anlässlich der Sitzung mit der Vorinstanz vom 8. Juni 2010 davon ausgegangen, dass sich ihre Fragen im Rahmen der Fusion auf Transaktionen zwischen den beiden fusionierenden Gesellschaften beziehen würden. Zudem sei der CEO der KPT VAG in seinem E-Mail vom 30. Juni 2010 auch auf die Nachfrage betreffend Finanzströme eingegangen, insbesondere habe er auf die entsprechenden Beilagen und den Due Dilligence Bericht der M.\_\_\_\_\_ vom 4. Juni 2010 verwiesen, wo auf Folie 22 festgehalten werde, dass zur Finanzierung des Rückkaufs der Aktien durch die KPT/CPT Holding AG ein Darlehen erfolge.

## **7.4 Rechtliche Leitsätze**

**7.4.1** 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. 4.2.2). Dabei kann eine Verletzung der Sorgfalts- und Treuepflicht im Sinne von Art. 717 Abs. 1 OR insbesondere vorliegen, wenn der Verwaltungsrat das Gebot vernünft-

tiger 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).

**7.4.2** 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 stünden (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).

**7.4.3** 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).

**7.4.4** 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.

## **7.5 Gerichtliche Beurteilung**

**7.5.1** 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. Dabei ist – wie die Vorinstanz zu Recht geltend macht – auf den Einzelabschluss der KPT/CPT Holding AG als Kreditnehmerin und nicht auf eine konsolidierte Betrachtungsweise abzustellen. 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 Darlehen einer Drittpartei oder von Dividenden 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.

**7.5.2** Der Umstand, dass es sich vorliegend um ein Darlehen einer Tochtergesellschaft an die Muttergesellschaft gehandelt hat, vermag entgegen den Vorbringen des Beschwerdeführers nichts an dieser Beurteilung zu ändern. Mit Blick auf die höchstrichterliche Rechtsprechung hätte der Beschwerdeführer als Verwaltungsratspräsident der KPT VAG beim Entscheid über die Gewährung des Darlehens einzig die Interessen der KPT VAG als rechtlich selbständige Gesellschaft – und nicht die Interessen der KPT/CPT Holding AG oder des Gesamtkonzerns – berücksichtigen müssen. 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. 7.5.3).

**7.5.3** 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 K.\_\_\_\_\_ 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 Aufnahme des Darlehens 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 und kann daher nicht – wie der Beschwerdeführer geltend macht – aus der späteren Genehmigung des Darlehens durch den Verwaltungsrat der KPT/CPT Holding AG vom 5. Juli 2010 abgeleitet werden.

**7.5.4** Im Übrigen geht der Einwand des Beschwerdeführers, die Vorinstanz sei über das Darlehen informiert gewesen, ins Leere. 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. 203-205, insb. 204). Diese Voraussetzung ist klar formuliert und kann – entgegen den Vorbringen des Beschwerdeführers – nicht dahingehend interpretiert werden, dass sie sich nur auf Transaktionen zwischen den beiden fusionierenden Gesellschaften beziehen würde. 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. 3449-3463). 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. 521-583). 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 – entgegen den Vorbringen des Beschwerdeführers – nicht ein, sondern verwies lediglich auf die eingereichten Dokumente, darunter auch den Due Diligence Bericht der M.\_\_\_\_\_ (Dossier 1049280 A pag. 3481-3482). Dem Due Diligence Bericht der M.\_\_\_\_\_ 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. 585-617, 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.

**7.5.5** 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.

**7.5.6** Da auf Grund der umfangreichen Akten und der von der Vorinstanz bereits abgenommenen Beweise in Bezug auf die Darlehensgewährung das Gericht seine Überzeugung schlüssig bilden kann, ist auf weitere

Beweisabnahmen, wie das angebotene Parteiverhör und die Einvernahme von weiteren Zeugen, zu verzichten.

**7.5.7** 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 gegen die ihm als Organ der KPT VAG obliegende Sorgfalts- und Treuepflicht gemäss Art. 717 Abs. 1 OR verstossen 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 der Q. \_\_\_\_\_ 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, da er den Anhang 2 (Anlagereg-

lement) zum Rahmenvertrag zum Vermögensverwaltungsauftrag zwischen der KPT VAG und der RIALM AG vom 16. April 2008 unterzeichnet habe (ohne Datum, in Kraft per 29. April 2010). 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 Gegenparteirisiko. 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 M.\_\_\_\_\_, 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 im Wesentlichen in Bezug auf die von der Vorinstanz monierten Verstösse von aufsichtsrechtlichen Verpflichtungen geltend, diese seien nicht in seinen Aufgabenbereich gefallen. Es handle sich dabei um versicherungstechnische Verpflichtungen, deren Wahrung der Geschäftsleitung oder dem verantwortlichen Aktuar obliegen würden. In Bezug auf das RIALM Setup hält der Beschwerdeführer fest, dass dies zwar nicht unbedingt "best industry practice" sei. 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. Selbst im Konkurs der KPT VAG wären die Konti als gebundenes Vermögen markiert und ausgeschieden worden. Der Beschwerdeführer sei zudem nur minimal involviert gewesen. Die Unterdeckung des Sollbetrags vom 30. September 2010 bis 2. November 2010 werde formal zwar nicht bestritten, jedoch liege materiell ein irrelevanter Folgefehler vor, der ihren Ursprung in einer Intervention der FINMA vom 5. August 2010 habe.

**8.2.2** Die Gewährung des Darlehens an die KPT/CPT Holding AG in der Höhe von CHF 70 Mio. sei zudem gestützt auf ausgewiesene Fachleute

erfolgt und werthaltig gewesen. Selbst wenn man den Mittelabfluss von rund CHF 75 Mio. als endgültig ansehen wolle, hätte dies nicht zu einer Unterschreitung der Solvabilitätsspanne geführt. Erstens habe die Vorinstanz den verfügbaren Bilanzgewinn per 31. Dezember 2009 von CHF 20,476 Mio. ausgeblendet. Zweitens gebe es keine Rechtsgrundlage, weshalb das Darlehen bei den anrechenbaren Solvabilitätsmitteln nicht berücksichtigt werden sollte. Art. 37 Abs. 3 AVO zähle die Abzüge abschliessend auf, und Darlehen an die Muttergesellschaft seien dort nicht erwähnt. Drittens habe die verfügbare Solvabilität ein Mehrfaches der von der Vorinstanz angeführten Summe betragen. Von den in der KPT VAG vorhandenen versicherungstechnischen Rückstellungen von über CHF 500 Mio. seien jedenfalls mindestens CHF 20 Mio. den anrechenbaren Rückstellungen zuzurechnen. Viertens habe die KPT VAG ungeachtet der laufenden Prüfung der beantragten Geschäftsplanänderung vom 6. Januar 2010 davon ausgehen dürfen, dass CHF 77 Mio. frei verfügbar seien und als Darlehen an die KPT/CPT Holding AG gewährt werden könnten, da effektiv eine Solvabilitätsspanne von wohl gegen CHF 400 Mio. vorgelegen habe.

**8.2.3** Auch beim Vorwurf der Verstösse im Umgang mit versicherungstechnischen Rückstellungen und Reserven gehe es um hochtechnische Versicherungsfragen, die nicht Gegenstand der Aufgaben eines Verwaltungsrates seien. Zudem sei die Berechnung des Unternehmenswertes bei der Unternehmensbewertung nicht mit der Idee gleichzusetzen, die dort eingesetzten Reserven auszuschütten, sondern sie diene lediglich der Bestimmung des Beteiligungswertes. Die Vorwürfe der Vorinstanz würden ins Leere gehen, da es sich um die Preisbestimmung am Markt und nicht um die versicherungstechnische Bewertung handeln würde. Im Übrigen hätte eine Auflösung von entsprechenden versicherungstechnischen Rückstellungen einer Geschäftsplanänderung bedurft, gegen welche die FINMA Widerspruch hätte erheben können. Somit sei auch die Auflösung bzw. andere Allokation von Reserven auf versicherungstechnischen Rückstellungen nur suspensiv bedingt und von der Zustimmung der FINMA abhängig gewesen.

### **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; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, a.a.O., 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 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 Versicherungsunternehmen 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 Streit Sache dies sachlich rechtfertigt bzw. gebietet. Das ist regelmässig dann der Fall, wenn die Rechtsanwendung technische Probleme oder Fachfra-



gen 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).

### **8.3.6 Gerichtliche Beurteilung**

**8.3.7** 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. Da es sich bei der Deckung des Sollbetrags um eine ständig, ausnahmslos zu wahrende Verpflichtung handelt, ist das Vorbringen des Beschwerdeführers, es habe sich dabei um einen irrelevanten Folgefehler nach einer Intervention der Vorinstanz gehandelt, unbeachtlich. 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 der Q.\_\_\_\_\_ 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 der Q.\_\_\_\_\_ 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 LÜDESCHER, 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.).

Die Vorbringen des Beschwerdeführers, der RIALM Setup sei nicht in seinen Aufgabenbereich gefallen und er sei nur minimal involviert gewesen, überzeugt nicht. Der Beschwerdeführer hat den Anhang 2 des Rahmenvertrags zum Vermögensverwaltungsauftrag zwischen der KPT VAG und der RIALM AG vom 16. April 2008 eigenhändig unterzeichnet (Dossier 1049280 A pag. 3507-3522). Dieser Anhang ist integrierender Bestandteil des Rahmenvertrags (Ziff. 5 Rahmenvertrag), 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. 3525-3528). Ein sorgfältig handelnder Verwaltungsrat hätte daher beim Lesen des unterzeichneten Dokuments die durch den RIALM Setup resultierenden Verstösse gegen das Versicherungsaufsichtsrecht erkennen müssen. Da auf Grund der vorstehend erwähnten Akten und der weiteren von der Vorinstanz bereits abgenommenen Beweise in Bezug auf den RIALM Setup das Gericht seine Überzeugung schlüssig bilden kann, ist auf weitere Beweisabnahmen, wie das angebotene Parteiverhör und die Einvernahme von weiteren Zeugen, zu verzichten.

**8.3.8** Aus den in E. 7 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 Verwaltungsrat zu erwarten. Dies muss vorliegend umso mehr gelten, als der Fusionsausschuss 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. In der verfügbaren Solvenz in der Höhe von CHF 104 Mio. ist – entgegen den Vorbringen des Beschwerdeführers – der Bilanzgewinn per 31. Dezember 2009 in der Höhe von rund CHF 20 Mio. bereits berücksichtigt. Dem vom Beschwerdeführer geltend gemachte Einbezug von weiteren Positionen der versicherungstechnischen Rückstellungen steht der Umstand entgegen, dass das Verfahren der Genehmigung der diesbezüglich beantragten Geschäftsplanänderung noch nicht abgeschlossen und somit kein definitiver Entscheid 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. Teleologische und systematische Überlegungen sprechen denn auch dagegen, dass Art. 37 Abs. 3 AVO abschliessend verstanden wird. Vielmehr ist Art. 37 Abs. 3 AVO – wie Art. 37 Abs. 1 und Abs. 2 AVO – lediglich als beispielhafte Aufzählung zu verstehen, sind doch bei der Festlegung der Solvabilität der konkrete Geschäftsbetrieb und die individuellen Risiken, denen das Unternehmen ausgesetzt ist, zu berücksichtigen, um das

Schutzziel der Insolvenzverhinderung zu erreichen (vgl. auch GSCHWIND, a.a.O., S. 185; BESSON/FRIGO, a.a.O., Art. 9 N. 5). So hat denn auch die KPT VAG in ihrem Schreiben an die Vorinstanz vom 6. Juli 2010, das vom Beschwerdeführer und dem Vizeverwaltungsratspräsidenten 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. 1197-1204, insb. 1198).

**8.3.9** Wie vorstehend erläutert (vgl. E. 6), hat der Beschwerdeführer bei der Festsetzung des Rückkaufpreises der Mitarbeiteraktien nicht mit genügender Sorgfalt 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 I.\_\_\_\_\_ 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.). 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. 564-579, 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 keine 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 Festset-

zung des Rückkaufpreises für die Mitarbeiteraktien weitere Abklärungen zur Handhabung der versicherungstechnischen Rückstellungen in die Wege leiten müssen.

**8.3.10** 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 durch die 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 829'354.- einzuziehen. Die Höhe der Einziehung umfasse die vom Beschwerdeführer aus den Mandatsverträgen bezogenen Beträge in den Jahren 2009, 2010 und 2011. Wie die Vorinstanz erläutert, handle es sich bei den der Einziehung unterliegenden Summen um Nettobeträge, welche die Sozialabgaben nicht enthalten würden. Der repressive 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 die von der Vorinstanz gestützt auf Art. 35 Abs. 1 und Art. 33 Abs. 1 FINMAG verfügten Massnahmen bringt der Beschwerdeführer vor, die gesetzlichen Voraussetzungen seien nicht erfüllt, da keine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen im Sinne dieser Normen vorliege. Beim nach Art. 33 Abs. 1 FINMAG verfügten Berufsverbot von 48 Monaten handle es sich zudem um eine unverhältnismässige Mass-

nahme. Der Beschwerdeführer (...) sei von seinem Amt bei der KPT zurückgetreten, befinde sich im Pensionsalter und wolle kein Mandat im FINMA beaufsichtigten Bereich mehr übernehmen. Demnach begründe der Beschwerdeführer weder für Anleger, Gläubiger noch Versicherte ein Gefahrenpotential, welches eine so einschneidende Massnahme wie das Berufsverbot rechtfertigen könne. Weiter sei der Umfang der gestützt auf Art. 35 Abs. 1 FINMAG ausgesprochenen Einziehung unverhältnismässig. Vom angeblichen Gewinn von CHF 829'354.- seien keinerlei Aufwendungen – nicht einmal die Steuern oder die Sozialversicherungsabgaben – in Abzug gebracht worden.

### **9.3 Rechtliche Leitsätze**

**9.3.1** 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.

**9.3.2** 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, BBI 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, BBI 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).

**9.3.3** Gemäss Art. 35 Abs. 1 FINMAG kann die FINMA den Gewinn einziehen, den eine Beaufschlagte, ein Beaufschlagter 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, BBI 2006 2829 ff., 2848 f., 2883). Die Nichteinziehung von Gewinnen würde zu einer Wettbewerbsverzerrung im Finanzmarkt führen, indem Beaufschlagte, die sich rechtmässig verhalten, einen Nachteil erlitten, 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, BBI 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, BSK FINMAG, Art. 35 N. 21). Mit Blick auf diesen Grundsatz kann bei der Bestimmung des durch eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen erzielten Gewinns nicht die allgemeine Gewinn- resp. Einkommenssteuer anteilmässig abgezogen werden, denn diese Steuern werden nicht direkt auf dem zu Unrecht erzielten Betrag bemessen, sondern auf dem Reingewinn resp. Reineinkommen (Urteil des Bundesgerichts 2C\_949/2010 vom 18. Mai 2011 E. 6.3). Abzuziehen sind daher nur diejenigen Kosten, welche zur Erzielung des Gewinnes tatsächlich angefallen sind, wofür die Beweislast trägt, wer solche Kosten geltend macht (Urteil des Bundesgerichts 2C\_949/2010 vom 18. Mai 2011 E. 6.3).

**9.3.4** 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 zuzugestehen, 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).

**9.3.5** 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 bejahen wäre, wenn der betroffenen Person der Konkurs drohen würde (Botschaft FINMAG, 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 (BVG 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. [...]"

**9.3.6** 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 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).

## **9.4 Gerichtliche Beurteilung**

**9.4.1** Vorliegend ist zu Recht unbestritten, dass der Beschwerdeführer als während der hier relevanten Zeitperiode amtierender Verwaltungsratspräsident der KPT VAG in den persönlichen Anwendungsbereich von Art. 33 Abs. 1 und Art. 35 Abs. 1 FINMAG fällt. Der Beschwerdeführer macht jedoch geltend, es liege keine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen im Sinne von Art. 33 Abs. 1 und Art. 35 Abs. 1 FINMAG vor. Überdies seien die gegen ihn gestützt auf diese Bestimmungen verfügten Massnahmen nicht verhältnismässig. 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. Nachfolgend sind daher nur die gestützt auf das FINMAG verfügten Massnahmen auf ihre Zuläs-

sigkeit und Verhältnismässigkeit hin zu überprüfen, wobei das Berufsverbot (E. 9.4.2) und die Einziehung (E. 9.4.3) separat zu betrachten sind.

**9.4.2** 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 Verwaltungsratspräsident 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 als Präsident des Verwaltungsrates der ranghöchste Entscheidungsträger war. Zudem war er in seiner Funktion von Anfang an in das Projekt des Zusammenschlusses involviert und konnte die daraus resultierenden Beschlüsse massgebend mitprägen. Er war bereits im April 2010 darüber informiert, dass die im Rahmen des Mitarbeiterbeteiligungsprogrammes ausgegebenen Aktien zurückgekauft werden müssten, um das Fusionsprojekt zu realisieren (vgl. E. 6.1.3). Trotz des absehbaren Zusammenschlusses wurden unter seiner Leitung noch im April 2010 neue Mitarbeiteraktien zu CHF 34.- pro Stück ausgegeben, wobei er selber Aktien zu diesem Preis erwarb (vgl. E. 6.1.4, E. 6.1.6). 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 Abklärungen anzuordnen und Dokumentationen zu erstellen. Erschwerend ist diesbezüglich, dass ihm gegenüber direkt und mehrfach klare Zweifel an der Angemessenheit des Vorgehens geäussert wurden, ohne dass er jedoch weitere Abklärungen getroffen hätte (vgl. vorstehend E. 6.5.6). Dies ist umso bedeutsamer, als ihm als Verwaltungsratspräsident eine besondere Verantwortung für die Vorbereitung der Verwaltungsratssitzungen sowie für eine rasche und 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. 7.5). Schliesslich hätte eine Person in seiner Stellung auch bei der Handhabung der Mandatsverträge, der Bonuszahlungen und der – sogar auf seine Initiative zurückgehenden – Besitzstandswahrung die Gefahr von Interessenkonflikten erkennen und angemessene Massnahmen zur Berücksichtigung der gegenläufigen Interessen der Gesellschaft ergreifen müssen (vgl. vorstehend E. 5.5). 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 Bestimmungen 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 ist geeignet, die im öffentlichen Interesse stehende repressive und präventive Zielsetzung (vgl. dazu vorstehend E. 9.3.2) 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 die Kompetenzen des Beschwerdeführers nach seinen eigenen Vorbringen nicht im Versicherungsbereich, sondern im Marketing, in der Strategie und der Kommunikation liegen, stehen ihm daher 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 sich im Pensionsalter befinde und beabsichtige, kein Mandat im FINMA beaufsichtigten Bereich mehr zu über-

nehmen. 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 Verwaltungsratspräsident hat zu einer Gefährdung der Solvabilität der KPT VAG und zu einem auf Grund der Medienberichterstattung verstärkten Reputationsschaden des beaufsichtigten Unternehmens und mithin des Versicherungsmarktes geführt. Das Berufsverbot dient zudem auch vorbeugend dem Schutz der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte und dem Schutz der Gläubiger, Anleger und Versicherten vor Aktivitäten von Personen, die bereits einmal in schwerwiegender Weise gegen aufsichtsrechtliche Pflichten verstossen haben (in Bezug auf das Werbeverbot vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C\_30/2011 und 2C\_543/2011 vom 12. Januar 2012 E. 5.2.1). Die general-präventive Wirkung des Berufsverbots würde zudem – wie von der Vorinstanz geltend gemacht – wesentlich geschmälert, wenn durch eine Aufgabe der Tätigkeit ein Berufsverbot verhindert werden könnte. Vor diesem Hintergrund erweist sich die von der Vorinstanz verfügte Massnahme insgesamt als zumutbar und daher als verhältnismässig.

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass die gestützt auf Art. 33 Abs. 1 FINMAG verfügte Massnahme der Vorinstanz zulässig und verhältnismässig ist. Da Ziff. 10 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung somit bestätigt wird, ist auch der – ohnehin nicht substantiierte – Eventualantrag betreffend Gewährssanktion abzuweisen.

**9.4.3** 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 260'522.-), 2010 (CHF 378'752.-) und 2011 (CHF 190'080.-) 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 seinen VR-Mandatsverträgen fix abgegolten wurden, seine organchaftliche Treuepflicht nach Art. 717 Abs. 1 OR verletzt hat (vgl. vorstehend E. 5.5.2). Er bot damit als Verwaltungsratspräsident 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 beim Abschluss und der Aufrechterhaltung der Mandatsverträge 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 handelt, da der Beschwerdeführer mit mehreren Gesellschaften – sowohl mit der RIALM AG als auch mit der Online Easy AG – einen entsprechenden Mandatsvertrag geschlossen hat. Zudem gilt es darauf hinzuweisen, dass die Mandatsverträge für eine feste Dauer von vier Jahren 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 erst im Rahmen des Untersuchungsverfahrens beendet wurde, als der Beschwerdeführer einen neuen VR-Mandatsvertrag unterzeichnete, mit dem seine bisherigen Mandatsverträge rückwirkend per 30. Juni 2011 aufgehoben wurden (Dossier 1049280 A pag. 4004-4006). Besondere Bedeutung kommt zudem der Funktion des Beschwerdeführers zu, der als Präsident des Verwaltungsrates aller involvierten Gesellschaften der ranghöchste Entscheidungsträger war und bei sorgfältiger Wahrnehmung dieser Funktion bei der Ausgestaltung der Mandatsverträge der Gesellschaften mit Verwaltungsratsmitgliedern 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 Rüge des Beschwerdeführers, die Sozialversicherungsbeiträge seien bei der Berechnung der Einziehung nicht in Abzug gebracht worden, ist darauf hinzuweisen, dass sich die Entschädigungen aus den Mandatsverträgen allesamt als Nettoentschädigungen verstehen und sämtliche Sozialversicherungsbeiträge direkt von den Auftraggeberinnen getragen wurden. Die in der Verfügung berücksichtigten Beträge wurden denn auch ohne Sozialleistungen beziffert (Ziff. 99-100; Dossier 1049280 A pag. 1818, 3589-3592, insb. 3591). Mit Blick auf die im Übr-

gen nicht weiter substantiierte Rüge des Beschwerdeführers, die Steuern seien nicht in Abzug gebracht worden, ist zunächst festzuhalten, dass gemäss der expliziten Regelung in den Mandatsverträgen die Auftraggeberinnen zusätzlich zu den Entschädigungen auch die Mehrwertsteuer zum jeweils gültigen Satz vergütet haben. Die Mehrwertsteuer war daher von den Auftraggeberinnen – und nicht vom Beschwerdeführer – zu tragen, was bei den Aufstellungen über die Entschädigungen berücksichtigt wurde (Dossier 1049280 A pag. 3589-3592, insb. 3591). Weiter gilt es zu beachten, dass vorliegend bei der Bestimmung des durch eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen erzielten Gewinnes nicht die allgemeine Einkommenssteuer anteilmässig abgezogen werden kann, denn diese Steuern werden nicht direkt auf dem zu Unrecht erzielten Betrag bemessen (vgl. vorstehend E. 9.3.3). Der Beschwerdeführer hat es vorliegend jedoch unterlassen, seine diesbezüglichen Vorbringen rechtsgenügend zu substantiieren und entsprechende Belege einzureichen (vgl. vorstehend E. 2.2).

In Bezug auf die Höhe der Einziehung von insgesamt CHF 829'354.- gilt es jedoch festzuhalten, dass die Gewinnabschöpfung mittels Einziehung allein der Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen auf dem von der Vorinstanz beaufsichtigten Finanzmarkt dient (vgl. E. 9.3.3). 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 und nicht an weitere nicht beaufsichtigte Gesellschaften weiterverrechnet wurde. 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 RIALM AG oder der Online Easy AG – getragen wurde, ist nicht mit den Instrumenten des FINMAG sicherzustellen, 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 Sicher-

stellung 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 beaufsichtigter 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 Rückweisungsentscheid 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 teilweise gutzuheissen. Ziff. 11 der vorinstanzlichen Verfügung ist insoweit aufzuheben, als sie vom Beschwerdeführer Geldleistungen im Umfang von CHF 829'354.- 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. 63 Abs. 4<sup>bis</sup> VwVG und 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 829'354.- 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 und werden nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils mit dem geleisteten Kostenvorschuss von CHF 20'000.- verrechnet. Dem Beschwerdeführer sind dementsprechend CHF 4'000.- 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). Würde, 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 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 16'000.- 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 4'000.- 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 Rechtschrift 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