

# **BVGer C-1831/2009 vom 21. September 2011**

Bundesverwaltungsgericht, 2011-09-21, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_C-1831\\_2009](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-1831_2009)

FR: TAF C-1831/2009 du 21 septembre 2011

IT: TAF C-1831/2009 del 21 settembre 2011

## **Regeste**

Aufsichtsmittel

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Dazu gehören die Verfügungen der Aufsichtsbehörden im Bereiche der beruflichen Vorsorge nach Art. 74 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG, SR 831.40), dies in Verbindung mit Art. 33 lit. i VGG. Eine Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG liegt in casu nicht vor.

### **E. 2.1**

Anfechtungsgegenstand des vorliegenden Verfahrens ist die Verfügung des Amtes für berufliche Vorsorge und Stiftungen des Kantons Zürich vom 16. Februar 2009, welche ohne Zweifel eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG darstellt. Die Beschwerde gegen diese Verfügung ist frist- und formgerecht eingegangen (Art. 50 und 52 VwVG).

### **E. 2.2**

Im vorliegenden Fall hat der Beschwerdeführer das Verfahren durch eine BVG-Aufsichtsbeschwerde bei der Aufsichtsbehörde eingeleitet; dieser Beschwerde kommt - wie die Aufsichtsbehörde in der angefochtenen Verfügung (vgl. die dortigen Erwägungen 3 bis 5 in act. 1/2) zu Recht ausführt - nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung den Charakter eines förmlichen Rechtsmittels zu (BGE 112 Ia 180 E. 3d; vgl. auch Hans-Ulrich Stauffer, Berufliche Vorsorge, Zürich 2005, N. 1717, S. 638f.). Die Legitimationsvoraussetzungen sind in diesem Rahmen weitgefasst worden. Vorliegend hat der Beschwerdeführer erstens vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen, ist zweitens als Stiftungsratsmitglied des Beschwerdegegners insoweit besonders berührt, als er mit erwähnter Aufsichtsbeschwerde geltend gemacht hat, die Mehrheit des Stiftungsrates habe einen unrechtmässigen Beschluss gefasst, und hat drittens auch ein schutzwürdiges Interesse an der Änderung oder Aufhebung der angefochtenen Verfügung, da der Stiftungsrat für die zweckgemässe Verwendung der Mittel verantwortlich ist und der Beschwerdeführer wegen des von ihm behaupteten unrechtmässigen Beschlusses allenfalls eine Verantwortlichkeitsklage gewärtigen könnte (Art. 48 Abs. 1 VwVG); insoweit ist der Beschwerdeführer auch dann zur Beschwerde legitimiert, wenn er kein Destinatär der Stiftung ist, so dass auf das ergriffene Rechtsmittel hiermit einzutreten ist.

### **E. 3**

Das Bundesverwaltungsgericht prüft die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich der Überschreitung oder des Missbrauchs des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und die Unangemessenheit, wenn nicht eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat (Art. 49 VwVG).

#### **E. 4.1**

Die Aufsichtsbehörde hat über die Einhaltung der gesetzlichen, statutarischen und reglementarischen Vorschriften durch die Vorsorgeeinrichtungen sowie die Einrichtungen, die nach ihrem Zweck der beruflichen Vorsorge dienen, zu wachen (Art. 62 Abs. 1 BVG), indem sie insbesondere die Übereinstimmung der reglementarischen Bestimmungen mit den gesetzlichen Vorschriften prüft (lit. a), von den Vorsorgeeinrichtungen und den Einrichtungen, die nach ihrem Zweck der beruflichen Vorsorge dienen, periodisch Berichterstattung fordert, namentlich über die Geschäftstätigkeit (lit. b), Einsicht in die Berichte der Kontrollstelle und des Experten für berufliche Vorsorge nimmt (lit. c), die Massnahmen zur Behebung von Mängeln trifft (lit. d) und Streitigkeiten betreffend das Recht der versicherten Person auf Information beurteilt (lit. e). Im Rahmen ihrer Aufsichtstätigkeit hat sich die Aufsichtsbehörde auch mit der Gesamtliquidation von Vorsorgeeinrichtungen zu befassen, und zwar indem sie entscheidet, ob dafür die Voraussetzungen und das Verfahren erfüllt sind (53c BVG).

#### **E. 4.2**

Bei Stiftungen übernimmt die Aufsichtsbehörde auch die Aufgaben nach den Artikeln 84 Absatz 2, 85 und 86 des Zivilgesetzbuches (Art. 62 Abs. 2 BVG). Diese Zuständigkeiten für Aufsicht und Rechtspflege gelten auch für nicht registrierte Personalfürsorgestiftungen, die ausserobligatorisch auf dem Gebiet der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge tätig sind (Art. 89bis Abs. 6 ZGB; Urteil des BGer 9C\_954/2010 vom 16. Mai 2011 E. 5.1 mit Hinweisen). Gemäss Art. 84 Abs. 2 ZGB hat die Aufsichtsbehörde allgemein dafür zu sorgen, dass das Stiftungsvermögen seinen Zwecken gemäss verwendet wird. Sie hat darüber zu wachen, dass die Organe der Stiftung keine Verfügungen treffen, die der Stiftungsurkunde oder dem Reglement bzw. dem Gesetz widersprechen oder unsittlich sind. Die Aufsicht erstreckt sich aber nicht nur auf die Anlage und Verwendung des Stiftungsvermögens im engeren Sinne, sondern in dieser Hinsicht auch auf die generellen Anordnungen der Stiftungsorgane wie den Erlass von Reglementen und Statuten und auf die Verwaltung im Allgemeinen. In reinen Ermessensfragen hat sich die Aufsichtsbehörde indessen grosse Zurückhaltung aufzuerlegen. Sie hat nur dann einzugreifen, wenn die Stiftungsorgane bei der Ausführung des Stifterwillens das ihnen zustehende Ermessen überschritten oder missbraucht haben, mit andern Worten, wenn ein Entscheid unhaltbar ist, weil er auf sachfremden Kriterien beruht oder einschlägige Kriterien ausser Acht lässt. Greift die Aufsichtsbehörde ohne gesetzliche Grundlage in den Autonomiebereich der Stiftungsorgane ein, so verletzt sie Bundesrecht (Urteil des BGer 9C\_954/2010 vom 16. Mai 2011 E. 5.1.1, BGE 111 II 97 E. 3).

#### **E. 5.1**

Beim Beschwerdegegner handelt es sich seit der Teilliquidation per Ende 2003, spätestens aber seit anfangs 2006 (Änderung der Stiftungsurkunde) um eine sogenannte Finanzierungsstiftung. So besteht der Stiftungszweck gemäss Art. 2 der zuletzt im März 2007 infolge der Fusion der ursprünglichen Stifterfirma H.\_\_\_\_\_ AG mit der Y.\_\_\_\_\_

AG geänderten Stiftungsurkunde darin, Leistungen an andere steuerbefreite Personalvorsorgeeinrichtungen zur Finanzierung von Beiträgen und Versicherungsprämien zu erbringen. Als Finanzierungsstiftung ist sie keine Personalfürsorgesstiftung gemäss Art. 89bis Abs. 6 ZGB (Jacques-André Schneider in: Schneider/Geiser/Gächter, [Hrsg.], Handkommentar zum BVG und FZG, Bern 2010, Einleitung N. 217). Das einzige Vermögen des Beschwerdegegners besteht in einer als solche in den jeweiligen Jahresrechnungen 2003-2007 (vgl. act. 3/13 - 3/17) ausgewiesenen Arbeitgeberbeitragsreserve von rund Fr. 1.06 Mio per 31. Dezember 2007. Unbestritten ist, dass diese Reserve ausschliesslich durch den Arbeitgeber geäuft worden ist (vgl. angefochtene Verfügung, E. 7, act. 1/2). Nachdem der Beschwerdegegner im Jahre 2003 teilliquidiert worden ist, liegen auch keine freien Mittel vor. Zu ergänzen bleibt, dass gemäss Art. 9 Abs. 1 der Stiftungsurkunde die Stiftung bei Übergang der Stifterfirma an einen Rechtsnachfolger oder bei Fusion ohne gegenteiligen Beschluss des Stiftungsrates der Stifterfirma nachfolgt, dass gemäss Abs. 2 dieser Bestimmung die Stiftung bei Auflösung der Stifterfirma oder ihrer Rechtsnachfolger "in Liquidation" (gemeint in Gesamtliquidation) gilt, wobei die Arbeitgeberbeitragsreserve dann zu einer freien Reserve umgewandelt würde, die auf dort bezeichnete Destinatäre verteilt würde, und dass gemäss Abs. 3 dieser Bestimmung ein Rückfall von Stiftungsmitteln an die Stifterfirma oder deren Rechtsnachfolger sowie eine andere Verwendung als zu Zwecken der Personalvorsorge ausgeschlossen ist.

## **E. 5.2**

Auslöser des vorliegenden Rechtsstreites ist im vorgegebenen Rahmen der Zirkularbeschluss des Stiftungsrates des Beschwerdegegners vom 30. August 2007, die Arbeitgeberbeiträge der (fusionierten) Stifterfirma Y. \_\_\_\_\_ AG ab September 2007 bis August 2008 im Gesamtbetrag von Fr. 300'000.-- aus den Mitteln des Stiftungsvermögens des Beschwerdegegners, also aus der Arbeitgeberbeitragsreserve zu finanzieren (act. 1/23). Im vorliegenden Fall beantragt der Beschwerdeführer mit seiner Beschwerde denn auch, dem Beschwerdegegner sei zu untersagen, die in dessen Vermögen befindliche Arbeitgeberbeitragsreserve zur Begleichung von Arbeitgeberbeiträgen der fusionierten Arbeitgeberin oder in deren wirtschaftlichem Interesse zu verwenden, resp. die Vorinstanz anzuweisen, dies entsprechend anzuordnen.

### **E. 5.3.1**

Mit dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes vom 17. Dezember 1993 über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (Freizügigkeitsgesetz, FZG; SR 831.42) entstand auf Seiten der Vorsorgewerke und namentlich der Arbeitgeber das Bedürfnis, Arbeitgeberbeitragsreserven von den so genannten freien Mitteln zu scheiden und sie davor zu bewahren, im Rahmen einer möglichen Teilliquidation verteilt zu werden (vgl. Carl Helbling, Personalvorsorge und BVG, 8. Aufl., Bern/Stuttgart/Wien 2006, S. 195; Urteil des BGer 2A.707/2005 vom 6. Juni 2006). Nach Art. 331 Abs. 3 OR sind Arbeitgeberbeitragsreserven gesondert auszuweisen, soweit sie auch durch die Arbeitnehmer mitfinanziert worden sind (Urteil des BGer 9C\_954/2010 vom 16. Mai 2011 E. 6.1 mit Hinweisen), was vorliegend wie erwähnt nicht der Fall ist. Arbeitgeberbeitragsreserven dienen gerade dazu, dass der Arbeitgeber daraus seine Beiträge erbringen kann (vgl. Hans-Ulrich Stauffer, Berufliche Vorsorge, Zürich 2005, N. 1449, S. 548). Sie können nur, aber immerhin herangezogen werden, um die Beiträge des Arbeitgebers an die Stiftung zu finanzieren. Dadurch wird das vorhandene Vermögen

weder gemindert noch dem Stiftungszweck entfremdet (BGE 130 V 518 E. 5.1, Urteil des BGer 9C\_804/2010 vom 20. Dezember 2010 E. 6.2).

### **E. 5.3.2**

Vor diesem Hintergrund können vorliegend der vom Beschwerdeführer bekämpfte Zirkularbeschluss des Stiftungsrates vom 30. August 2007, einen Teil der Arbeitgeberbeitragsreserve für die Finanzierung der Beiträge der fusionierten Arbeitgeberin zur Verfügung zu stellen, und damit zusammenhängend die angefochtene Verfügung, mit welcher die Vorinstanz keine Gründe für ein aufsichtsrechtliches Einschreiten sieht, an sich nicht beanstandet werden, denn die Mehrheit des Stiftungsrates möchte die Stiftungsmittel auf Ersuchen der Arbeitgeberin eben gerade zweckentsprechend verwenden. Insoweit der Beschwerdeführer mit den konkret gestellten Beschwerdebegehren diese - zumindest vordergründig - nicht zu beanstandende Verwendung der Stiftungsmittel verhindern will, könnte die Beschwerde aus diesen Erwägungen ohne Weiteres abgewiesen werden.

### **E. 5.3.3**

Auch wenn der Beschwerdeführer vor dem Bundesverwaltungsgericht nicht ausdrücklich beantragt, es sei eine Gesamtliquidation des Beschwerdegegners gemäss Art. 9 Abs. 2 der Stiftungsurkunde anzuordnen und durchzuführen (resp. die Vorinstanz anzuweisen, dies zu verfügen), hat er einen solchen Liquidationsantrag im Vorverfahren gestellt, den die Vorinstanz abgewiesen hat, und weist er in der Begründung seiner Beschwerde mit Nachdruck auf die Notwendigkeit einer Gesamtliquidation hin (vgl. act. 1 S. 18f.). Auch behauptet er in ausführlicher Weise, dass die Vorgehensweise des Beschwerdegegners anlässlich der Fusion missbräuchlich und nur darauf ausgerichtet gewesen sei, die ansehnliche Arbeitgeberbeitragsreserve zugunsten der Arbeitnehmenden der Schwestergesellschaft Y.\_\_\_\_\_ AG nutzbar zu machen, dies indem die ursprüngliche Stifterfirma (die H.\_\_\_\_\_ AG) im Zeitpunkt der Fusion keine Betriebstätigkeit mehr aufgewiesen und nur sechs Mitarbeiter in Anstellung gehabt habe, wovon 2 kurzfristig vorher angestellt worden und 3 gleich nach der Fusion wieder ausgetreten seien, womit es sich um eine sogenannte Mantelfusion respektive -absorption gehandelt habe. Nach Ansicht des Beschwerdeführers seien die Voraussetzungen einer Gesamtliquidation faktisch erfüllt gewesen. Damit übersieht er nicht, dass eine von ihm im Ergebnis angestrebte Verteilung der Arbeitgeberbeitragsreserve statutengemäss nur infolge einer Gesamtliquidation erfolgen kann. Aufgrund des Untersuchungsgrundsatzes im Verwaltungsverfahren (Art. 12 VwVG) ist dieser Aspekt des Rechtsstreits und insbesondere der Missbrauchsvorwurf einer näheren Prüfung zu unterziehen, auch wenn wie gesagt kein entsprechender formeller Beschwerdeantrag besteht.

### **E. 6.1**

Das Verbot des Rechtsmissbrauchs setzt der Ausübung eines Anspruchs, der formal im Einklang mit der Rechtsordnung steht, jedoch treuwidrig und damit unredlich geltend gemacht wird, eine ethisch-materielle Schranke. Es steht der Inanspruchnahme eines Rechtsinstituts zu Zwecken entgegen, welche dieses nicht schützen will (BGE 131 I 166 E. 6.1; 128 II 145 E. 2.2). Das Rechtsmissbrauchsverbot lässt scheinbares Recht weichen, wo offenes Unrecht geschaffen würde (BGE 125 III 257 E. 3). Nur stossendes, zweckwidriges Verhalten erscheint rechtsmissbräuchlich und soll über das Rechtsmissbrauchsverbot sanktioniert werden (Urteil des BGer 2C\_327/2010 vom 19. Mai 2011 E. 5.1.1).

## **E. 6.2**

Im vorliegenden Fall könnte allenfalls nur dann von einem Rechtsmissbrauch die Rede sein, wenn die Voraussetzungen für eine Gesamtliquidation des Beschwerdegegners tatsächlich erfüllt gewesen wären, also wenn die Stifterfirma oder ihr Rechtsnachfolger selbst aufgelöst worden wäre und der Stiftungszweck somit nicht mehr hätte erreicht werden können, aber man die Arbeitgeberin nur formell am Leben erhalten hätte, um eine Auszahlung der von der Arbeitgeberbeitragsreserve in eine freie Reserve umgewandelten Stiftungsmittel an die berechtigten Mitarbeiter gemäss Art. 9 Abs. 2 der Stiftungsurkunde zu verhindern. Davon kann nicht die Rede sein, wie nachstehend aufzuzeigen ist.

### **E. 6.3.1**

Die Vorinstanz setzt sich in der angefochtenen Verfügung einlässlich mit der Behauptung des rechtsmissbräuchlichen Vorgehens auseinander. Zunächst stellt sie unter Hinweis auf Art. 88 ZGB fest, dass eine Gesamtliquidation nur in Betracht kommt, wenn der Stiftungszweck nicht mehr erreichbar ist. Ein solcher Tatbestand lag in casu nicht vor, denn die (wenigen) Mitarbeiter der H.\_\_\_\_\_ AG sind durch die Y.\_\_\_\_\_ AG übernommen und weiterbeschäftigt worden, wie die Vorinstanz zu Recht festhält. Die Fusion als solche löst denn auch zwar eine Teilliquidation, nicht aber eine Gesamtliquidation aus. Eine Fusion bezweckt eine Optimierung der wirtschaftlichen Leistungen der beteiligten Firmen. Gemäss der Vorinstanz konnte aufgrund der Unterlagen und der Parteivorbringen nicht hergeleitet werden, dass die Fusion nur zwecks Verwendung der Arbeitgeberbeitragsreserven durch die übernehmende Firma beschlossen und durchgeführt worden sei.

### **E. 6.3.2**

Der Beschwerdegegner legt in seiner Duplik überzeugend dar, dass eine Fusion automatisch dazu führe, dass die vorgängig angehäuften Arbeitgeberbeitragsreserven der beteiligten Firmen zusammenfliessen, und dass solche Reserven keine latente Gewinnbeteiligung der Arbeitnehmer begründen. Der Beschwerdegegner weist auch darauf hin, dass die Produktionstätigkeiten, nicht aber die übrigen Aktivitäten der H.\_\_\_\_\_ AG etwa im Zusammenhang mit der Markenverwendung oder gewissen internen Dienstleistungen eingestellt worden sind. Auch waren im Zeitpunkt der Fusion noch sechs Mitarbeiter tätig. Insofern kann selbst bei einer bescheidenen Tätigkeit und einem bescheidenen Mitarbeiterbestand - entgegen den Ausführungen des Beschwerdeführers - nicht von einer faktisch völlig aufgelösten Stifterfirma ausgegangen werden. Es wäre zudem eine sehr weit hergeholte, nicht ganz nachvollziehbare Konstruktion, wenn man davon ausgehen würde, dass die angeblich bereits aufgelöste ursprüngliche Stifterfirma mit der übernehmenden Firma eine technisch doch aufwändige Fusion zum Schein durchgeführt hätte, nur um die Umwandlung und Verteilung der Arbeitgeberbeitragsreserve gemäss Art. 9 Abs. 2 der Stiftungsurkunde zu verhindern.

## **E. 6.4**

Insgesamt kann das Gericht keinen Rechtsmissbrauch in der Vorgehensweise der beteiligten Arbeitgeberfirmen - und noch weniger des unmittelbar betroffenen Beschwerdegegners - erblicken, so dass die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen ist.

## **E. 7.1**

Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens wird der Beschwerdeführer gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG kostenpflichtig. Die Verfahrenskosten sind gemäss dem Reglement vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) zu bestimmen. Sie werden auf Fr. 2'000.-- festgelegt.

#### **E. 7.2**

Gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG kann die Beschwerdeinstanz der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene Kosten zusprechen. Allerdings steht der obsiegenden Vorinstanz gemäss Art. 7 Abs. 3 VGKE keine Parteientschädigung zu. Dasselbe gilt für den Beschwerdegegner; denn das Eidg. Versicherungsgericht hat mit Urteil vom 3. April 2000 erwogen, dass Trägerinnen oder Versicherer der beruflichen Vorsorge grundsätzlich keinen Anspruch auf Parteientschädigung haben (BGE 126 V 149 E. 4), eine Praxis, welche das Bundesverwaltungsgericht in ständiger Rechtsprechung auch im Rahmen von Aufsichtsstreitigkeiten analog angewandt hat (Urteile C-5462/2008; C-2795/2009 vom 11. April 2011 E. 8.2 und C-5218/2009 vom 29. Oktober 2010 E. 6.2).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.