

# **BVGer C-2365/2006 vom 19. Februar 2008**

Bundesverwaltungsgericht, 2008-02-19, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_C-2365\\_2006](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-2365_2006)

FR: TAF C-2365/2006 du 19 février 2008

IT: TAF C-2365/2006 del 19 febbraio 2008

## **Regeste**

Berufliche Vorsorge (Übriges)

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Anfechtungsgegenstand des vorliegenden Verfahrens ist die Verfügung der Vorinstanz vom 24. Februar 2005, welche ohne Zweifel eine Verfügung im Sinne von Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) darstellt.

### **E. 1.2**

Beschwerden gegen Verfügungen der Aufsichtsbehörden über Personalfürsorgeeinrichtungen beurteilte bis zum 31. Dezember 2006 die Eidgenössische Beschwerdekommision BVG (Art. 89bis Abs. 6 ZGB i.V.m. Art. 74 Abs. 2 Bst. a des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge [BVG, SR 831.40] in der in jenem Zeitpunkt geltenden Fassung). Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht bei der Eidgenössischen Beschwerdekommision BVG eingereicht (Art. 50 und 52 VwVG). Per 31. Dezember 2006 wurde die Eidgenössische Beschwerdekommision BVG durch das Bundesverwaltungsgericht abgelöst, das seine Tätigkeit am 1. Januar 2007 aufgenommen und im Rahmen seiner Zuständigkeit die Beurteilung der in diesem Zeitpunkt hängigen Rechtsmittel übernommen hat; die Beurteilung erfolgt nach neuem Verfahrensrecht (Art. 53 Abs. 2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]).

### **E. 1.3**

Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG, sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Als Vorinstanzen gelten die in Art. 33 und 34 VGG genannten Behörden. Zu den beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbaren Verfügungen gehören jene der Aufsichtsbehörden im Bereich der beruflichen Vorsorge gemäss Art. 74 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG, SR 831.40). Eine Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG liegt in casu nicht vor. Wie nachstehend in Erwägung 3 zu zeigen sein wird, findet im vorliegenden Fall Art. 89bis ZGB auf den Wohlfahrtsfonds der H. \_\_\_\_\_ AG (Beschwerdeführer) Anwendung, so dass die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts gemäss Art. 89bis Abs. 6 Ziff. 12 ZGB i.V.m. Art. 62 und 74 Abs. 1 BVG gegeben ist.

### **E. 1.4**

Der Beschwerdeführer hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen; er ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Anfechtung (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Er ist daher zur Beschwerde legitimiert.

### **E. 1.5**

Der Beschwerdeführer rügt, der Streitgegenstand sei bezüglich Dispositivziffer 2 der angefochtenen Verfügung nachträglich weggefallen, indem diese erfüllt sei. So habe der Beschwerdeführer den verlangten Bericht am 26. Oktober 2005 (vgl. act. B 68) eingereicht. Dass sich die Vorinstanz dazu nicht unmittelbar geäußert habe, lasse darauf schliessen, dass diese dem Bericht materiell zustimme. Deshalb sei die Anordnung in diesem Punkt erfüllt, weshalb die Vorinstanz diese hätte widerrufen müssen (vgl. Replik S. 2 Ziff. A.1 und S. 5 Ziff. 3.1.3, S. 25 Ziff. 2.2). Die Vorinstanz bestätigt in ihrer Duplik (act. B 81), den Bericht erhalten zu haben, erklärt indes, an ihrer angefochtenen Verfügung festhalten zu wollen mit der Begründung, die Einreichung des Berichts mache die angefochtene Verfügung noch nicht hinfällig (Duplik S. 8 ad D.2.1 und D. 2.2). Daraus kann geschlossen werden, dass sich die Vorinstanz zur Frage, ob der Bericht auch materiell den in Dispositivziffer 2 der angefochtenen Verfügung aufgestellten Anforderungen genügt, nicht äussern wollte. Die Prüfung dieser Frage ist aufsichtsrechtlicher Natur und daher nicht vom Bundesverwaltungsgericht im Rahmen des vorliegenden Verfahrens, sondern durch die Aufsichtsbehörde vorzunehmen. Die Frage ist im Übrigen für die weitere Prüfung, ob die Vorinstanz L. \_\_\_\_\_ als Mitglied des Stiftungsrats zu Recht eingesetzt hat, nicht relevant. Unter diesen Umständen wird auf die Rüge des Beschwerdeführers nicht eingetreten.

### **E. 1.6**

Im Übrigen ist auf die Beschwerde einzutreten (Art. 52 VwVG).

### **E. 2.1**

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). Da die Vorinstanz mittels des hier angefochtenen Entscheides nicht als Beschwerdeinstanz entschieden hat, erstreckt sich der Überprüfungsrahmen auf den angeführten Umfang.

### **E. 2.2**

Ermessensmissbrauch ist gegeben, wenn die entscheidende Stelle zwar im Rahmen des ihr eingeräumten Ermessens bleibt, sich aber von unsachlichen, dem Zweck der massgebenden Vorschriften fremden Erwägungen leiten lässt oder allgemeine Rechtsprinzipien, wie das Verbot von Willkür und von rechtsungleicher Behandlung, das Gebot von Treu und Glauben sowie den Grundsatz der Verhältnismässigkeit verletzt (BGE 123 V 152 Erw. 2 mit Hinweisen). Ermessensüberschreitung liegt vor, wenn die Behörden Ermessen ausüben, wo das Gesetz kein oder nur ein geringeres Ermessen einräumt (Kölz/Häner, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz 627).

### **E. 3.1**

Streitig und vorab zu prüfen ist, ob der Beschwerdeführer eine Personalfürsorgestiftung gemäss Art. 89bis ZGB ist. Von der Beantwortung dieser Frage hängt ab, ob das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde gegen die

Verfügung der Vorinstanz zuständig ist (89bis Abs. 6 Ziff. 19 ZGB i.V.m. Art. 74 Abs. 1 BVG; vgl. vorne E. 1.3), sowie - in materieller Hinsicht -, ob die Bestimmungen über die Aufsicht gemäss Art. 61, 62 und 64 BVG (Art. 89bis Ziff. 12 ZGB) sowie über die Vermögensverwaltung gemäss Art. 71 BVG (Art. 89bis Abs. 6 Ziff. 18 ZGB) anwendbar sind.

### **E. 3.2**

Der Beschwerdeführer macht geltend, die Stiftung könne nicht als Personalfürsorgestiftung im Sinne von Art. 89bis ZGB betrachtet werden, weil sie nur noch passiv organisiert sei, seit 1985 keine Mittel mehr erhalte, den Destinatären keine klagbaren Ansprüche gewähre und nur Leistungen ausrichte, sofern eine Notlage bestehe.

### **E. 3.3**

Gemäss Randtitel G. zu Art. 89bis ZGB ist die Personalfürsorgestiftung eine besondere Art von Stiftung im Sinne von Art. 80 ff. ZGB. Zu den Personalfürsorgestiftungen gehören nach Art. 89bis Abs. 1 ZGB Personalfürsorgeeinrichtungen, die gemäss Artikel 331 des Obligationenrechts in Form der Stiftung erreicht werden. Darunter fallen Zuwendungen, die der Arbeitgeber für die Personalvorsorge macht (Art 331 Abs. 1 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 [OR], SR 220). Gemäss Lehre und Rechtsprechung zeichnet sich die Personalfürsorgestiftung durch ihren besonderen Destinatärkreis sowie Zweck aus: So umfasst der Destinatärkreis die Arbeitnehmer eines oder mehrerer Unternehmen, d.h. diejenigen Personen, die in einem Arbeitsverhältnis (Art. 319 ff. OR i.V.m. Art. 331 OR) zum Arbeitgeber stehen oder gestanden sind und ihre Angehörigen. Der Zweck umfasst sodann die Personalvorsorge. Darunter fallen Leistungen für bestimmte Wechselfälle des Lebens, wie insbesondere (aber nicht ausschliesslich) für Alter, Tod und Invalidität. Dabei kann (muss aber nicht) die Ausrichtung dieser Leistungen vom Vorliegen einer wirtschaftlichen Notlage des Arbeitnehmers abhängig gemacht werden. Weiter können sowohl den Arbeitnehmern Rechtsansprüche auf diese Leistungen zustehen oder die Leistungen ohne festen Plan nach freiem Ermessen des Stiftungsrates (ohne Beiträge der Arbeitnehmer) erbracht werden. Im letzteren Fall handelt es sich um einen patronalen Wohlfahrtsfonds (vgl. Hans Michael Riemer / Gabriela Riemer-Kafka, Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz, 2. Auflage, Bern 2000, S. 31 ff.; Hans Michael Riemer, in Berner Kommentar zum ZGB, Bern 1975, S. 210 N. 297 - 305; Jürg Brühwiler, Die betriebliche Personalvorsorge in der Schweiz, Bern 1989, S. 64 ff. § 5; Carl Helbling, Personalvorsorge und BVG, 7. Auflage, Bern, Stuttgart, Wien 2000, S. 86 Ziff. 3.23; Urteil des Bundesgerichts B 34/02 vom 31. Dezember 2003 E. 3.3.3 mit Hinweisen; BGE 117 V 214 E. 1 mit Hinweisen).

### **E. 3.4**

Der Beschwerdeführer ist laut Stiftungsurkunde (act. 4) eine Stiftung im Sinne von Art. 80 ff. ZGB. Die Stiftung bezweckt die "Fürsorge für die Arbeitnehmer der Stifterfirma sowie deren Ehegatten und unmittelbaren Nachkommen als Hinterbliebene gegen die Folgen unverschuldeter Notlagen oder in Fällen von temporär ungenügender Personalvorsorge" (Art. 2 der Stiftungsurkunde). Die Leistungen werden ohne reglementarische Verpflichtungen nach Ermessen des Stiftungsrates ausgerichtet (Art. 3 der Stiftungsurkunde). Die Stiftung ist aus der ehemaligen "Personalfürsorgestiftung der Firma H. \_\_\_\_\_" hervorgegangen. Deren Zweck war im Wesentlichen "...die Fürsorge für die Arbeitnehmer der Stifterin sowie deren Angehörige und Hinterbliebene gegen die

wirtschaftlichen Folgen von Alter, Invalidität, Tod und anderweitig unverschuldete Notlage...". Über die Leistungen bestand ein Reglement, welches den Destinatären klagbare Ansprüche gewährte (Art. 3 der ehemaligen Stiftungsurkunde). Weiter leisteten insbesondere die Arbeitnehmer und der Arbeitgeber Beiträge an die Stiftung (Art. 4 Bst. a und b der ehemaligen Stiftungsurkunde). Am 14. Dezember 2000 erfolgte eine Zweck- und Organisationsänderung. Wie der Beschwerdeführer darlegt und sich im übrigen auch aus der Einleitung zur Urkundenänderung (act. 4) ergibt, wurde das Vermögen, soweit dieses für die Vorsorge gemäss BVG benötigt wurde, auf eine BVG-Sammelstiftung übertragen, während das übrige Vermögen als freie Mittel des Beschwerdeführers verblieb (vgl. Ziff. 2 der Einleitung zur Urkundenänderung). Der Destinatärkreis erfuhr dagegen keine Änderung. Daraus ist ersichtlich, dass der Destinatärkreis nach wie vor auf die Arbeitnehmer der Stifterfirma (die Firma H. \_\_\_\_\_ AG) und ihre Angehörigen beschränkt ist. Weiter ergibt sich, dass das zu Vorsorgezwecken geäußnete Stiftungsvermögen, das in der ehemaligen Stiftung verblieb, im Rahmen des neuen Stiftungszwecks weiterhin zu Vorsorgezwecken dient. Die gegenteiligen Vorbringen des Beschwerdeführers (vgl. E. 3.2) erweisen sich als unbegründet. Die Zweckänderung hat dazu geführt, dass die Stiftung zwar nicht mehr als Vorsorgeeinrichtung im engeren Sinne, sondern als patronaler Wohlfahrtsfonds zu betrachten ist, welcher ebenfalls Vorsorgezwecken dient. Damit steht fest, dass die Stiftung des Beschwerdeführers eine Personalfürsorgestiftung im Sinne von Art. 89bis ZGB darstellt. Das hat zur Folge, dass gemäss Art. 89bis Abs. 6 ZGB Ziff. 12 die Vorschriften des BVG über die Aufsicht (Art. 61, 62 und 64 BVG) und gemäss Ziff. 18 jene über die Vermögensverwaltung (Art. 71 BVG) anwendbar sind. Des Weiteren ist auch die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde gegeben (vgl. E. 1.2 sowie E 1.3 hievor).

#### **E. 4.1**

Gemäss Art. 62 Abs. 1 BVG wacht die Aufsichtsbehörde darüber, dass die Vorsorgeeinrichtung die gesetzlichen Vorschriften einhält, indem sie insbesondere die Übereinstimmung der reglementarischen Bestimmungen mit den gesetzlichen Vorschriften prüft (Bst. a), von den Vorsorgeeinrichtungen periodisch Berichterstattung fordert, namentlich über die Geschäftstätigkeit (Bst. b), Einsicht in die Berichte der Kontrollstelle und des Experten für berufliche Vorsorge nimmt (Bst. c) sowie die Massnahmen zur Behebung von Mängeln trifft (Bst. d) und Streitigkeiten betreffend das Recht der versicherten Person auf Information beurteilt (Bst. e). Gemäss Art. 62 Abs. 1 Bst. d BVG trifft die Aufsichtsbehörde die Massnahmen zur Behebung von Mängeln. Hierzu stehen ihr präventive und repressive Aufsichtsmittel zur Verfügung. Mittels des repressiven Handelns soll der rechtmässige Zustand wieder hergestellt werden, während die präventiven Mittel darauf ausgelegt sind, gesetzes- und statutenwidriges Verhalten der Vorsorgeeinrichtung durch eine laufende Kontrolle ihrer Geschäftstätigkeit zu verhindern (Isabelle Vetter-Schreiber, Staatliche Haftung bei mangelhafter BVG-Aufsichtstätigkeit, Zürich 1996, S. 61 f.; Hans Michael Riemer / Gabriela Riemer-Kafka, a.a.O., S. 65 f.).

#### **E. 4.2**

Als repressive Aufsichtsmittel kommen unter anderem die Mahnung pflichtvergessener Organe, das Erteilen von Weisungen oder Auflagen in Frage, soweit die Vorsorgeeinrichtung keinen Ermessensspielraum hat, auch die Aufhebung und Änderung von Entscheiden oder Erlassen der Stiftungsorgane, wenn und soweit diese gesetzes- oder urkundenwidrig sind, im Weiteren die Abberufung und Neueinsetzung von

Stiftungsorganen und Liquidatoren, die Ersatzvornahme durch Dritte auf Kosten der Stiftung oder die Einsetzung eines Beistandes oder eines interimistischen Stiftungsrates unter gleichzeitiger Enthebung des ordentlichen Stiftungsrates. Diese Aufzählung ist nicht abschliessend, und die Kantone können die Aufsichtsmittel in ihren kantonalen Ausführungserlassen regeln (Isabelle Vetter-Schreiber, a.a.O., S. 63 ff.; Hans Michael Riemer / Gabriela Riemer-Kafka, a.a.O., S. 65 f.). Die hier nach Art. 61 Abs. 1 BVG anwendbare Verordnung des Kantons Basel-Landschaft vom 21. Dezember 1993 über die Beaufsichtigung der Stiftungen und der Vorsorgeeinrichtungen (VBSV; SGS 211.22) führt in § 15 die Aufsichtsmittel konkret auf, welche die Aufsichtsbehörde zur Behebung der festgestellten Mängel trifft. Die in den Buchstaben a - g enthaltene Aufzählung ist, wie aus dem Wortlaut hervorgeht, ebenfalls nicht abschliessend. Auf Grund der dargelegten gesetzlichen Bestimmungen steht fest, dass die Aufsichtsbehörde bloss dann mittels Massnahmen repressiv eingreifen kann, falls sie im Handeln der Vorsorgeeinrichtung einen Verstoss gegen gesetzliche oder statutarische Vorschriften erkennt. Dabei hat sie den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten. Die Aufsichtstätigkeit ist mithin als eine Rechtskontrolle ausgestaltet (Isabelle Vetter-Schreiber, a.a.O., S. 33f.; Carl Helbling, a.a.O., S. 556).

### **E. 5.1**

Die Vorinstanz hat mit der angefochtenen Verfügung den Beschwerdeführer angewiesen, ihr bis zum 31. März 2005 den seit 2003 mehrfach geforderten Bericht zur Vermögensanlage 1998 einschliesslich einer Stellungnahme zur Höhe des Vermögensverlustes und dessen Kausalität in Bezug auf die praktizierte Vermögensanlage einzureichen (Dispositivziffer 2). Diese Massnahme wurde verfügt, weil sich im Rahmen der jährlichen Prüfung der Berichterstattung für die Jahre 1998 - 2003 nach Ansicht der Vorinstanz ergeben hat, dass die Vermögensanlage des Beschwerdeführers gegen die Bestimmungen von Art. 71 BVG und Art. 49 - 60 der Verordnung vom 18. April 1984 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVV 2, SR 831.441.1) verstossen habe. Zudem seien Wertschriftenverluste ausgewiesen, wodurch sich das Stiftungsvermögen um nahezu die Hälfte reduziert habe. Zudem habe die Kontrollstelle in ihren Prüfungsberichten jeweils Einschränkungen wegen der Verletzung von Anlagebestimmungen angebracht. Deshalb habe sich die Vorinstanz ein genaueres Bild über die finanzielle Lage machen wollen, bevor sie weitere Aufsichtsmassnahmen ins Auge fasse.

### **E. 5.2**

Gemäss Art. 35 Abs. 1 BVV 2 prüft die Kontrollstelle jährlich unter anderem die Einhaltung der Anlagevorschriften (Art. 48f-48h sowie 49a Abs. 3 und 4 BVV2). Stellt die Kontrollstelle bei der Prüfung Verstösse gegen das Gesetz, Verordnung, Weisungen oder Reglement fest, so hält sie dies in ihrem Bericht fest (Art. 35 Abs. 3 BVV 2). Die Aufsichtsbehörde nimmt unter anderem Einsicht in die Berichte der Kontrollstelle (Art. 62 Abs. 1 Bst. c BVV 2). Den Berichten der Kontrollstelle des Beschwerdeführers (G. \_\_\_\_\_) über die Prüfung der Jahresrechnungen 1999 - 2002 lässt sich entnehmen, dass jeweils die Anlagebestimmungen gemäss Art. 54 und 55 BVV 2 per Bilanzstichtag nicht eingehalten worden seien. Dem Bericht vom 26. Juni 2003 über die Prüfung der Jahresrechnung 2002 lässt sich zudem entnehmen, dass eine fachmännische Begründung (schlüssiger Bericht gemäss Art. 59 Abs. 1 BVV 2) fehle. Damit erhielt die Vorinstanz Kenntnis über eine mögliche Rechtsverletzung im Rahmen der Vermögensverwaltung des

Beschwerdeführers.

### **E. 5.3**

Die Prüfung, ob Vorschriften über die Vermögensanlage eingehalten bzw. missachtet wurden, ist eine Rechtsfrage, welche, wie die Vorinstanz zur Recht darlegt, in den Aufgabenbereich der Aufsichtsbehörde fällt. Ebenso obliegt ihr zu prüfen, ob das Stiftungsvermögen zweckkonform verwendet wurde. Stellt sie Mängel fest, obliegt ihr schliesslich, dafür zu sorgen, dass durch die Anordnung geeigneter Aufsichtsmittel der rechtmässige Zustand wieder hergestellt wird (E. 4.1). In diesem Sinne hat die Vorinstanz den Beschwerdeführer mit Schreiben vom 4. April 2003 (act. B 49 Beilage 1) sowie vom 13. Juni 2003 (act. B 49 Beilage 6) angewiesen, ihr einen Bericht über die Vermögensanlage des Wohlfahrtsfonds der H.\_\_\_\_\_ AG einzureichen. Dieser Bericht habe die Entwicklung der Anlagen darzustellen und die Gründe der Anlagestrategie sowie die einzelnen Anlagen detailliert darzulegen. Der Beschwerdeführer hat trotz mehrmaligen Mahnungen seitens der Vorinstanz den verlangten Bericht nicht beigebracht. Unbehelflich ist deshalb sein Einwand, er habe die Berichterstattung in Aussicht gestellt und somit nicht verweigert (vgl. Schreiben vom 29. Juni 2003 an das Inspektorat Bezirksschreibereien, act. B 49 Beilage 7, S 3 in fine; Schreiben vom 25. März 2005, act. B 32; Replik S. 21 Ziff. 1.4, act. B 77). Das umfassende Einsichts- und Informationsrecht der Aufsichtsbehörde stellt gemäss Art. 62 Abs. 1 Bst. c BVG ein geeignetes präventives Aufsichtsmittel dar (Isabelle Vetter-Schreiber, a.a.O. S. 63). Es findet sein Korrelat in der Berichterstattungspflicht (Art. 62 Abs. 1 Bst. b BVG, Art. 47 BVV 2) sowie der Informationspflicht (Art. 65a Abs. 3 BVG i.V.m. Art. 89bis Abs. 6 Ziff. 15 ZGB) der Vorsorgeeinrichtung. Da der Beschwerdeführer - wie die Vorinstanz zutreffend darlegt - im Anhang der betreffenden Jahresberichterstattungen über diese Fragen nur ungenügend Aufschluss gegeben hat, und überdies auch später seinen Berichterstattungspflichten nicht nachgekommen ist, lässt sich die von der Vorinstanz angeordnete Massnahme aus aufsichtsrechtlicher Sicht nicht beanstanden.

### **E. 6.1**

Die Vorinstanz hat als weitere Massnahme L.\_\_\_\_\_ als Mitglied des Stiftungsrats und als Präsident desselben mit Kollektivunterschrift zu zweien eingesetzt. Überdies hat sie dem bisherigen Stiftungsrat die Einzelzeichnungsbefugnis entzogen. Dieser habe fortan kollektiv zu zweien zu unterzeichnen (Dispositivziffern 1, 4 - 9). Der Beschwerdeführer rügt in formeller Hinsicht, dass die Vorinstanz ihm das rechtliche Gehör verweigert habe (Beschwerde S. 19 Ziff. 4; act. B 16). Wie die Vorinstanz demgegenüber zu Recht darlegte, hat sie den Beschwerdeführer mit Schreiben vom 3. Februar 2005 (act. B 3) auf die sich ergebende Interessenkollision (vgl. Sachverhalt E) hingewiesen und ihm dabei vorgeschlagen, dass der Stiftungsrat L.\_\_\_\_\_ als weiteres Stiftungsratsmitglied wählen solle, welcher, zusammen mit dem bisherigen Stiftungsrat, kollektiv zu zweien unterzeichne und mit der Abklärung von Verantwortlichkeitsansprüchen zu beauftragen sei. Sie hat den Beschwerdeführer aufgefordert, bis zum 11. Februar 2005 zum Vorschlag Stellung zu nehmen und ihm dabei angedroht, L.\_\_\_\_\_ von Amtes wegen einzusetzen, wenn ihr Vorschlag nicht begrüsst würde. Damit hatte der Beschwerdeführer Gelegenheit, sich zur beabsichtigten und später so verfügten Massnahme zu äussern, weshalb sein diesbezüglicher Einwand unbegründet ist.

### **E. 6.2**

Der Beschwerdeführer rügt im Weiteren sinngemäss, die verfügte Massnahme sei unzulässig, da sie weder gemäss BVG noch nach kantonalem Recht (§ 15 VBSV) vorgesehen sei. Deren Anordnung verstosse deshalb gegen das Willkürverbot. Zu Unrecht: Wie vorne dargelegt (E. 4.2), ist die Aufzählung der Aufsichtsmittel in diesen Erlassen nicht abschliessend. Ob und welche repressiven Aufsichtsmittel im Einzelfall zu ergreifen sind, liegt im pflichtgemässen Ermessen der Aufsichtsbehörde, welche den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten hat (Hans Michael Riemer, a.a.O. Berner Kommentar, Art. 84 ZGB N 88 ff., insbesondere N 109 und 111). Die Einsetzung eines provisorischen Stiftungsrates ist grundsätzlich ein zulässiges Aufsichtsmittel (vgl. Hans Michael Riemer, a.a.O. Berner Kommentar, Art. 84 ZGB N. 111).

### **E. 6.3**

Es bleibt deshalb zu prüfen, ob vorliegend die Einsetzung eines zusätzlichen Stiftungsrates gerechtfertigt war. Die Vorinstanz bezweckte mit dieser Massnahme im Wesentlichen, einem Interessenkonflikt zu begegnen. Dieser habe sich ergeben, weil der Stiftungsrat Verantwortlichkeitsansprüche gegen das für die Stiftung handelnde Organ - mithin gegen sich selbst als einziges Mitglied des Stiftungsrates - abklären und gegebenenfalls geltend machen müsse (act. B2 S. 2; act. B 48 S.14). Demgegenüber bestreitet der Beschwerdeführer die Notwendigkeit dieser Massnahme, indem er sinngemäss geltend macht, die Frage der Verantwortlichkeitsansprüche stelle sich nicht, weshalb auch kein Interessenkonflikt vorliegen könne. So seien die in den Jahren 1998 bis 2001 entstandenen bzw. realisierten Wertschriftenverluste auf Einflussfaktoren des Kapitalmarktes zurückzuführen. Seit 2003 habe das Stiftungsvermögen zugenommen, die Stiftung befinde sich auf dem Weg der Erholung und es bestehe Aussicht, dass die Vermögensverluste innerhalb von 5 Jahren kompensiert würden (vgl. Bericht vom 26. Oktober 2005 act. B 68). Auch dieser Einwand ist unbegründet. Die Frage, ob Verantwortlichkeitsansprüche gegeben sind, ist nicht Gegenstand der angefochtenen Verfügung und somit auch nicht Streitgegenstand im vorliegenden Verfahren. Zu prüfen ist einzig, ob für die Vorinstanz genügend Anlass bestand, den Stiftungsrat zur Abklärung dieser Frage anzuweisen, mithin, ob die Anordnung dieser Massnahme verhältnismässig war. Gemäss Art. 52 Abs. 1 BVG, welcher auch für Personalfürsorgestiftungen anwendbar ist (Art. 89bis Abs. 6 Ziff. 6 ZGB), sind alle mit der Verwaltung, Geschäftsführung oder Kontrolle der Vorsorgeeinrichtung betrauten Personen für den Schaden verantwortlich, den sie ihr absichtlich oder fahrlässig zufügen. Als Schaden gilt dabei jede Verminderung des Stiftungsvermögens, welche nicht zur satzungskonformen Zweckverwirklichung erfolgt (Urteil des Bundesgerichts B 11/06 vom 2. August 2007, E. 5.1 mit Hinweisen). Als weitere Haftungsvoraussetzung ist ein widerrechtliches Verhalten der verantwortlichen Person erforderlich. Im Bereich der Vermögensverwaltung besteht die Widerrechtlichkeit in erster Linie in einer Verletzung der gesetzlichen (Art. 71 BVG, Art. 49ff. BVV2) und reglementarischen Anlagevorschriften (vgl. Art. 49a BVV 2), wobei Art. 50 BVV 2 die bei der Vermögensanlage gebotene erhöhte Sorgfaltspflicht zum Ausdruck bringt (BGE 128 V 124 E. 4d mit Hinweisen). Wie vorne dargelegt (E. 5.3), ergab sich aufgrund der gemäss Jahresrechnung 2001 festgestellten namhaften Verminderung des Stiftungsvermögens im Zusammenhang mit der Vermögensanlage und der von der Kontrollstelle gemeldeten Verletzung der gesetzlichen Anlagebestimmungen für die Vorinstanz als Aufsichtsbehörde die Pflicht, aufsichtsrechtlich zu intervenieren. Wie die Vorinstanz im Weiteren zutreffend festhält, obliegt dem Stiftungsrat als oberstem Organ die Pflicht, allfällige Verantwortlichkeitsansprüche abzuklären und gegebenenfalls geltend zu machen. Diese

Pflicht folgt aus der Pflicht zur Geltendmachung von Forderungen, welche sich wiederum aus der Pflicht zur zweckgemässen Vermögensverwendung ergibt (Domenico Gullo, Die Verantwortlichkeit des Stiftungsrats in der Vorsorgeeinrichtung und die Delegation von Aufgaben, in Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge [SZS] 45/2001 S. 54). Zu den Aufgaben des Stiftungsrates gehörte auch die Vermögensverwaltung (vgl. Art. 6 der alten Fassung bzw. Art. 6 der geltenden Fassung der Stiftungsurkunde), mitunter auch die Anlage des Vermögens (Art. 71 Abs. 1 BVG, Art. 49 ff. BVV 2 i.V.m. Art. 89bis Abs. 6 Ziff. 18 ZGB). Aus dem amtlich eingeholten Auszug aus dem Handelsregister des Kantons Basel-Landschaft geht hervor, dass T.\_\_\_\_\_ seit 1. September 1989 einziges Mitglied des Stiftungsrates ist. Somit war er unter anderem auch für die Vermögensanlage verantwortlich. Zudem oblag ihm die Abklärung allfälliger Verantwortlichkeitsansprüche in Bezug auf die Vermögensverwaltung in der Zeit ab 1998. Somit hatte er, wie die Vorinstanz zutreffend feststellt, Verantwortlichkeitsansprüche gegen sich selbst abzuklären. Dass sich daraus ein Interessenkonflikt ergab, liegt auf der Hand. Deshalb lässt sich der erwähnte Vorschlag der Vorinstanz, ein unbefangenes Mitglied des Stiftungsrates mit der Abklärung dieser Frage zu beauftragen, nicht beanstanden. Gemäss Art. 6 der Stiftungsurkunde wäre nämlich der Stiftungsrat befugt gewesen, selbst ein weiteres Mitglied einzusetzen, ohne Eingriff der Aufsichtsbehörde, da die Höchstzahl der Mitglieder des Stiftungsrates nicht beschränkt ist. Hierzu wurde dem Beschwerdeführer auch genügend Zeit eingeräumt, wie aus dem besagten Schreiben der Vorinstanz (act. B3, vgl. E. 6.1) hervorgeht. Erst als für die Vorinstanz nach langen und intensiven Abklärungen feststand, dass der Beschwerdeführer keine Hand zu eigenverantwortlichem Handeln bot und so seiner Abklärungspflicht in Bezug auf allfällige Verantwortlichkeitsansprüche nicht nachkam, hat die Vorinstanz das zusätzliche Stiftungsratsmitglied von Amtes wegen eingesetzt. Unter diesen Umständen erweist sich die angeordnete Massnahme als verhältnismässig. Sie ist sachlich gerechtfertigt und verstösst auch nicht gegen das Willkürverbot (Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2005, § 23 Rz. 24, 25). Die getroffene Anordnung beschränkte sich auf das für die Abklärung der Verantwortlichkeitsansprüche Notwendige und bewirkt keinen übermässigen Eingriff in die persönliche Stellung des einzigen Stiftungsrats. Dass T.\_\_\_\_\_ die bisherige Befugnis zur Einzelunterschrift entzogen wurde, erweist sich angesichts der dargelegten Prozessgeschichte ebenfalls als sachgerecht.

#### **E. 6.4**

Nach dem Gesagten ergibt sich, dass mit Blick auf die gesamten Umstände die von der Vorinstanz verfügten Massnahmen sachgerecht und verhältnismässig sind, im Einklang mit dem Bundesrecht stehen und sie dabei das ihr im Rahmen der Aufsichtstätigkeit zustehende Ermessen (E 4.2) weder missbraucht noch überschritten hat. Die Beschwerde erweist sich somit als unbegründet und ist daher vollumfänglich abzuweisen.

#### **E. 7.1**

Als unterliegende Partei hat der Beschwerdeführer die Kosten des Verfahrens zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG) Diese werden auf Fr. 2'500.- festgesetzt und mit dem einbezahlten Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet.

#### **E. 7.2**

Dem Beschwerdeführer kann als unterliegende Partei keine Parteientschädigung zugesprochen werden (Art. 64 Abs. 1 VwVG e contrario). Die Vorinstanz hat als

verfügende Behörde keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 des Reglements vom 11. Dezember 2006 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

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