

# **BVGer C-2427/2006 vom 23. April 2008**

Bundesverwaltungsgericht, 2008-04-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_C-2427\\_2006](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-2427_2006)

FR: TAF C-2427/2006 du 23 avril 2008

IT: TAF C-2427/2006 del 23 aprile 2008

## **Regeste**

Aufsichtsmittel

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

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 beruflichen 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. 1.2**

Das Bundesverwaltungsgericht übernimmt, sofern es zuständig ist, die Beurteilung der am 1. Januar 2007 bei den Eidgenössischen Rekurs- oder Schiedskommissionen oder bei den Beschwerdediensten der Departemente hängigen Rechtsmittel. Das neue Verfahrensrecht ist anwendbar (vgl. Art. 53 Abs. 2 VGG).

### **E. 2**

Anfechtungsgegenstand des vorliegenden Verfahrens ist der Verwaltungsakt des Amtes für Sozialversicherung und Stiftungsaufsicht des Kantons Bern vom 8. Juni 2006, welcher eine Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VwVG darstellt. Die Beschwerdeführerin hat frist- und formgerecht (Art. 50 und 52 VwVG) Beschwerde erhoben. Sie hat vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen, ist durch die Verfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Änderung oder Aufhebung (Art. 48 Abs. 1 lit. a, b und c VwVG). Nachdem auch der vom Bundesverwaltungsgericht geforderte Kostenvorschuss fristgerecht geleistet wurde, ist auf das ergriffene Rechtsmittel grundsätzlich einzutreten.

### **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. 4.1.1**

Die Beschwerdeführerin wendet sich gegen die Auflage der Vorinstanz, von der Stifterfirma einen Betrag zurückzufordern, der in deren Bilanz per 31. Dezember 2005

gemäss Bestätigung der Kontrollstelle vom 31. März 2006 (vgl. act. 1) in der Höhe von Fr. 148'289.70 als Schuld an die Beschwerdeführerin ausgewiesen wird; mit ihrer Replik allerdings hat sie ihr Begehren auf den Betrag reduziert, der eine nicht bestrittene Darlehensschuld von Fr. 70'000.-- übersteigt. Damit ist der Teilbetrag von Fr. 70'000.-- nicht mehr bestritten und kann die entsprechende Änderung des Rechtsbegehrens in der Replik als teilweisen Rückzug der Beschwerde qualifiziert werden.

#### **E. 4.1.2**

Streitig ist demnach noch die Frage, ob die Beschwerdeführerin angehalten werden kann, von der Stifterfirma auch den Betrag von Fr. 78'289.70 zurückzufordern, welchen Betrag die Beschwerdeführerin statutenkonform für BVG-Beitragszahlungen zur Entlastung der Stifterfirma verwendet haben will. Die Vorinstanz ihrerseits qualifiziert diesen Betrag als unzulässige Zuwendung von Vorsorgegeldern zur Sanierung der Stifterfirma, welche Zuwendung quantitativ den gesetzlich vorgegebenen Rahmen für ungesicherte Anlagen bei der Stifterfirma massiv überschritten habe und mindestens in angemessenen Raten zurückzuzahlen sei. Mit anderen Worten stellt sich formell die Frage, ob die Vorinstanz zur Anordnung einer solchen Auflage berechtigt war und materiell, ob die Beschwerdeführerin berechtigt war, aus ihrem Vermögen Beiträge der Stifterfirma auszurichten.

#### **E. 4.2.1**

Die gerügte Auflage ordnete die Vorinstanz im Rahmen ihrer Aufsichtsaufgabe gemäss Art. 62 Abs. 1 BVG an, wonach sie darüber zu wachen hat, dass die Vorsorgeeinrichtung die gesetzlichen Vorschriften einhält, indem sie insbesondere die Übereinstimmung der reglementarischen Bestimmungen mit den gesetzlichen Vorschriften prüft (lit. a), von den Vorsorgeeinrichtungen periodisch Berichterstattung fordert, namentlich über die Geschäftstätigkeit (lit. b), Einsicht in die Berichte der Kontrollstelle und des Experten für berufliche Vorsorge nimmt (lit. c) sowie die Massnahmen zur Behebung von Mängeln trifft (lit. d) und Streitigkeiten betreffend das Recht der versicherten Person auf Information beurteilt (lit. e).

#### **E. 4.2.2**

Gemäss Art. 62 Abs. 1 lit. d BVG trifft die Aufsichtsbehörde die Massnahmen zur Behebung von Mängeln. Hierzu stehen ihr repressive und präventive Aufsichtsmittel zur Verfügung. Mittels des repressiven Handelns soll der rechtmässige Zustand wieder hergestellt werden und die präventiven Mittel sind darauf ausgelegt, gesetzes- und statutenwidriges Verhalten der Pensionskasse durch eine laufende Kontrolle ihrer Geschäftstätigkeit zu verhindern. Bei den präventiven Aufsichtsmitteln ist eine Teilnahme an der Willensbildung der Verwaltungsorgane begrifflich nicht vorausgesetzt. Eine allgemeine und voraussetzungslose Einflussnahme bereits auf das Zustandekommen von Entscheiden und Handlungen der Vorsorgeeinrichtungen sowie die voraussetzungslose und allgemeine Beschränkung der Verfügung über deren Vermögen sind verboten. Die Willensbildung der Vorsorgeeinrichtung ist vielmehr Sache der Vorsorgeeinrichtung bzw. deren Organe. Aufsichtsmittel, die bereits das Zustandekommen von Handlungen der Vorsorgeeinrichtung unmittelbar beeinflussen oder sich gar an diesen beteiligen, verletzen den verwaltungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismässigkeit und bei Vorsorgeeinrichtungen, insbesondere bei jenen in der Rechtsform der Stiftung das von der Privatautonomie abgeleitete Prinzip der Stifterfreiheit (Isabelle Vetter-Schreiber, Staatliche Haftung bei mangelhafter BVG-Aufsichtstätigkeit, Zürich 1996, S. 61 f.; Christina Ruggli,

Die behördliche Aufsicht über Vorsorgeeinrichtungen, Basel 1992, S. 62 f.).

#### **E. 4.2.3**

Als repressive Aufsichtsmittel kommen unter anderem in Frage: die Mahnung pflichtvergessener Organe, das Erteilen von Weisungen oder Auflagen, soweit die Vorsorgeeinrichtung keinen Ermessensspielraum hat, die Aufhebung und Änderung von Entscheiden oder Erlassen der Stiftungsorgane, wenn und soweit diese gesetzes- oder urkundenwidrig sind, 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 (Isabelle Vetter-Schreiber, a.a.O., S. 63 ff.; Christina Ruggli, a.a.O., S. 111 ff.). Die Aufzählung ist nicht abschliessend. Auf Grund der 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. Die Aufsichtstätigkeit ist mithin als eine Rechtskontrolle ausgestaltet (Isabelle Vetter-Schreiber, a.a.O., S. 33f.; Carl Helbling, Personalvorsorge und BVG, 8. Auflage, Bern 2006, S. 667). Damit liegt nicht schon dann ein Mangel vor, wenn die Aufsichtsbehörde in einer Sache anders entschieden hätte als die Vorsorgeeinrichtung. Demgemäss hat die Aufsichtsbehörde zu beachten, dass der Vorsorgeeinrichtung ein Ermessen zusteht. Dabei ist Letztere an den vorgegebenen rechtlichen Rahmen gebunden und sie muss die allgemeinen Rechtsprinzipien beachten. Des Weiteren muss sie ihr Ermessen gestützt auf die sachlich nahe liegenden Kriterien und den Verhältnissen des Einzelfalls angemessen und damit zweckmässig ausüben (Thomas Merkli/Arthur Aeschlimann/ Ruth Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, Bern 1997, N 24, 26 zu Art. 66 Abs. 1 VRPG).

#### **E. 4.2.4**

Aus diesen Erwägungen erhellt, dass die Vorinstanz vorliegend formell befugt war, der Beschwerdeführerin die Auflage zu machen, von der Stifterfirma die Rückzahlung eines gewährten Darlehens zu fordern. Zu prüfen bleibt, ob diese Auflage auch materiell berechtigt war.

#### **E. 4.3.1**

Mit dem Inkrafttreten des BVG hat der Gesetzgeber in Art. 331 Abs. 3 1. Satz OR vorgeschrieben, dass der Arbeitgeber, wenn der Arbeitnehmer Beiträge an eine Personalfürsorgeeinrichtung (Fassung seit dem 1. Januar 2005: Vorsorgeeinrichtung) zu leisten hat, verpflichtet ist, zur gleichen Zeit mindestens gleich hohe Beiträge wie die gesamten Beiträge aller Arbeitnehmer zu entrichten, und seine Beiträge aus eigenen Mitteln oder aus Beitragsreserven der Personalfürsorgeeinrichtung (Fassung seit dem 1. Januar 2005: Vorsorgeeinrichtung) erbringt, die von ihm vorgängig hierfür geäuft worden und gesondert ausgewiesen sind. Art. 331 Abs. 3 OR gilt im gesamten Bereich der beruflichen Vorsorge, also sowohl im obligatorischen als auch im überobligatorischen Bereich für registrierte und nicht registrierte Vorsorgeeinrichtungen (Jürg Brühwiler, Die betriebliche Personalvorsorge in der Schweiz, Bern 1989, S. 309, Rz. 25, und S. 456, Rz. 25; Carl Helbling, Personalvorsorge und BVG, 8. Aufl, Bern/Stuttgart/Wien 2006, S. 194; Hans Michael Riemer, Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz, Bern 1985, S. 99 N 6). Es handelt sich um eine relativ zwingende Norm, von der durch Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag nicht zuungunsten des Arbeitnehmers

abgewichen werden darf (vgl. 362 Abs. 1 OR sowie BGE 127 V 301 E. 4 und Urteil 2A.605/2004, E. 2.2 des Bundesgerichts vom 26. April 2005). Der Zweck der Neufassung von Art. 331 Abs. 3 OR beim Erlass des BVG war, die unter früherem Recht zulässige Entrichtung der Arbeitgeberbeiträge aus freien Stiftungsmitteln zu unterbinden (BGE 128 II 24 E. 3c und 4). Auch in der Lehre wird davon ausgegangen, dass auf Grund des klaren Wortlauts dieser Bestimmung aus den freien Mitteln einer Personalvorsorgestiftung weder Arbeitgeberbeiträge an diese selbst noch Arbeitgeberbeiträge an eine verbundene Vorsorgeeinrichtung erbracht werden dürfen, auch wenn dies die Stiftungsurkunde vorsieht (vgl. Silvan Loser, *Rechtssituation in Bezug auf die Zulässigkeit der Verwendung von freien Stiftungsmitteln*, SZS 2003, S. 405 f., mit zahlreichen Hinweisen zur Lehre und Rechtsprechung). Ebenso gilt dies für den Fall der gleichzeitigen Finanzierung von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträgen aus freien Stiftungsmitteln; als einzige Ausnahme wird die sogenannte Finanzierungsstiftung betrachtet, deren einziger Zweck die Alimentierung anderer Vorsorgeeinrichtungen ist (Loser, a.a.O., S. 407).

#### **E. 4.3.2**

Von der unzulässigen Finanzierung von Vorsorgebeiträgen zu unterscheiden sind temporäre Beitragsreduktionen für Arbeitgeber und Arbeitnehmer, welche unter gewissen Voraussetzungen zulässig sind. Jedenfalls zu beachten ist auch da die Beitragsparität, also der Umstand, dass von der temporären Beitragsenkung gestützt auf Art. 66 BVG auch die Arbeitnehmer profitieren sollen (vgl. BGE 128 II 24 E. 3E und 4; Hans-Ulrich Stauffer, *Berufliche Vorsorge*, Zürich 2005, N. 1452 S. 550). Vorausgesetzt wird bei solchen Beitragsreduktionen sodann die Festlegung dieser Möglichkeit in den Statuten, einen Beschluss des Stiftungsrates, die Sicherung der Vorsorgezwecke, die Fortschreibung der Freizügigkeitsleistungen und im Prinzip die Ausgestaltung der Vorsorgeeinrichtung nach dem Leistungsprimat, da dadurch nicht die Leistungen betroffen sind (Loser, a.a.O., S. 409, Stauffer, a.a.O., N. 1451/1452 S. 549).

#### **E. 4.3.3**

Zu beachten ist schliesslich Art. 57 Abs. 2 BVV 2, wonach ungesicherte Anlagen beim Arbeitgeber 5 Prozent des Vermögens nicht übersteigen dürfen. Diese Bestimmung ist gemäss Schlussbestimmungen BVV 2 zur Änderung vom 24. März 2004 Abs. 2 ab dem 1. Januar 2006 auch für bestehende Anlagen anwendbar.

#### **E. 4.4.1**

Im vorliegenden Fall ergibt sich, dass der Stiftungsrat am 21. Juni 2002 beschloss, das von einem Versicherten zurückbezahlte Darlehen in der Höhe von Fr. 60'000.-- auf das Konto "Arbeitgeberreserve" (wohl eher Arbeitgeberbeitragsreserve) umzubuchen und sodann für die Bezahlung ausstehender BVG-Beiträge zugunsten der Stifterfirma zu verwenden (act. B 3/8). Diesem Vorgehen steht allerdings Art. 331 Abs. 3, 2. Halbsatz OR entgegen, wonach der Arbeitgeber seine Beiträge aus eigenen Mitteln oder aus Beitragsreserven der Vorsorgeeinrichtung, die von ihm vorgängig geäuft worden sind, erbringt. Es kann nämlich wohl nicht ernsthaft bestritten werden, dass das zurückbezahlte Darlehen von Fr. 60'000.-- nicht aus einer Arbeitgeberbeitragsreserve stammt, welche vorher geäuft worden wäre, sondern aus freien Stiftungsmitteln. Eine nachträgliche Umbuchung wäre denn auch im Lichte der oben genannten zwingenden Gesetzesbestimmung unzulässig. Von der Beschwerdeführerin nicht bestritten wird, dass der per 31. Dezember 2005 bestehende Saldo des Darlehenspostens von Fr. 18'289.70 (148'289.70 abzüglich die nicht mehr im

Streit liegenden Fr. 70'000.-- sowie die obigen Fr. 60'000.--) ebenfalls aus freien Stiftungsmitteln stammt und im November 2002 zur Bezahlung von Beiträgen verwendet worden ist, zumal die Arbeitgeberbeitragsreserve damals aufgebraucht war (act. B 3/9 sowie act. 4 und 5). Was für den weitergeleiteten Betrag von Fr. 60'000.-- gilt, ist auch für diesen Saldobetrag massgebend, nämlich dass diese Überweisung Art. 331 Abs. 3 OR verletzt.

#### **E. 4.4.2**

Die Beschwerdeführerin wendet hier ein, dass die von der Vorinstanz gerügten Auszahlungen als temporäre Beitragsreduktionen resp. -befreiungen qualifiziert werden müssten, welche an sich zulässig seien und gemäss Lehre und Rechtsprechung Art. 331 Abs. 3 OR nicht entgegenstünden. Dem hält die Vorinstanz entgegen, dass jedenfalls die Beitragsparität nicht beachtet wurde, so dass es sich erübrige, die (restlichen) Voraussetzungen für die Annahme einer solchen Qualifikation zu prüfen. Die Beschwerdeführerin räumt ein, dass sie damals die Beitragsparität verletzt habe, indem die Lohnabzüge in der Hitze des Gefechts irrtümlich vorgenommen worden seien, was sie aber jetzt wieder gut machen wolle; deshalb beantragt sie auch eine Sistierung des vorliegenden Verfahrens, bis sie bestätigen kann, dass die Stifterfirma bei den ehemaligen, noch lebenden Arbeitnehmern den damaligen Fehler wieder ausgemerzt hat. Im vorliegenden Verfahren ist jedoch einzig zu prüfen, ob die angefochtene Verfügung zum Zeitpunkt ihres Erlasses rechtmässig war. Sinn der Aussetzung eines Beschwerdeverfahrens kann nicht sein, einem Beschwerdeführer Zeit zu geben, um einen allenfalls unrechtmässigen Zustand wieder herzustellen, zumal nicht einmal sichergestellt ist, ob diese Wiederherstellung überhaupt noch möglich wäre. Abgesehen davon sind seit Einreichung der Beschwerde bereits anderthalb Jahre vergangen, ohne dass die Beschwerdeführerin bis zum heutigen Zeitpunkt eine Rückbuchung zugunsten der ehemaligen Arbeitnehmer gemeldet hätte. Eine weitergehende Verzögerung des Verfahrens lässt sich auch deshalb nicht rechtfertigen, als weitere Voraussetzungen für die Annahme von temporären Beitragsreduktionen nicht erfüllt wären. So sehen die Statuten der Beschwerdeführerin auch im von ihr zitierten Art. 2.2 (Abs. 3 und 4) keineswegs klar vor, dass - nur temporäre - Beitragsreduktionen bzw. -befreiungen vorgesehen werden können. Die allgemeine, unpräzise Formulierung, es dürften - ohne zeitliche Beschränkung - "Beiträge" für "Prämienzahlung" geleistet werden, verletzt in dieser Form Art. 331 Abs. 3 OR. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Beschwerdeführerin die Beitragsparität zum Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung nicht beachtet hat, so dass die Bezahlung der Beiträge auch nicht rechtmässig waren, wenn man sie unter dem Gesichtswinkel einer Beitragsreduktion bzw. -befreiung betrachten würde; hierfür fehlte zudem eine genügende statutarische Grundlage.

#### **E. 4.4.3**

Der Vollständigkeit halber zu erwähnen ist, dass die von der Beschwerdeführerin an die Stifterfirma gewährten Darlehen bzw. die von der Erstgenannten übernommenen Beitragszahlungen Art. 57 Abs. 2 BVV 2 entgegenstehen, zumal diese Leistungen als ungesicherte Anlagen beim Arbeitgeber zu qualifizieren sind (vgl. Stauffer, a.a.O., N. 1513 S. 573) und sie die Limite von 5% überschreiten (vgl. E. 4.3.3 hiervor).

#### **E. 4.4.4**

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass die hauptsächlich verfügte Weisung der Vorinstanz, die per 31. Dezember 2005 ausgewiesene Darlehensschuld zur Rückzahlung zu

kündigen, im noch bestrittenen Umfang von Fr. 78'289.70 zu bestätigen ist und die diesbezüglichen Beschwerdebegehren 1 und 2 abzuweisen sind.

#### **E. 4.5**

Zu prüfen bleibt noch das Eventualbegehren der Beschwerdeführerin, wonach die Frist für eine Rückzahlung auf 5 Jahre festzulegen sei. Dieses Begehren wurde wohl im Zusammenhang mit der Weisung der Vorinstanz gestellt, innert 30 Tagen ab Rechtskraft ihrer angefochtenen Verfügung einen Abzahlungsplan einzureichen.

##### **E. 4.5.1**

Im verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren sind grundsätzlich nur Rechtsverhältnisse zu überprüfen bzw. zu beurteilen, zu denen die zuständige Verwaltungsbehörde vorgängig verbindlich - in Form einer Verfügung - Stellung genommen hat. Insoweit bestimmt die Verfügung den beschwerdeweise weiterziehbaren Anfechtungsgegenstand (BGE 131 V 164 E. 2.1 mit Hinweisen). Das verwaltungsgerichtliche Verfahren kann jedoch aus prozessökonomischen Gründen auf eine ausserhalb des Anfechtungsgegenstandes, das heisst ausserhalb des durch die Verfügung bestimmten Rechtsverhältnisses liegende spruchreife Frage ausgedehnt werden, wenn diese mit dem bisherigen Streitgegenstand derart eng zusammenhängt, dass von einer Tatbestands Gesamtheit gesprochen werden kann, und wenn sich die Verwaltung zu dieser Streitfrage mindestens in Form einer Prozessklärung geäussert hat (BGE 122 V 34 E. 2b mit Hinweisen).

##### **E. 4.5.2**

Im vorliegenden Fall enthält die angefochtene Verfügung keine zeitliche Vorgaben für die Abzahlung der Darlehensschuld. Auch liegt keine ausdrückliche Prozessklärung der Vorinstanz zur Rückzahlungsfrist vor, dank welcher das Bundesverwaltungsgericht die Prüfung auf diese Frage aus prozessökonomischen Gründen erweitern könnte. Da eine solche Ausdehnung in casu nicht möglich ist, kann auf das Eventualbegehren nicht eingetreten werden.

#### **E. 4.6**

Aus diesen Erwägungen folgt insgesamt, dass die Beschwerde teilweise infolge Rückzug als gegenstandlos abgeschrieben (vgl. E. 4.1 hiervor) und im Übrigen abgewiesen werden muss, soweit auf diese eingetreten werden kann.

#### **E. 5.1**

Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG kostenpflichtig. Die Verfahrenskosten sind gemäss dem Reglement vom 11. Dezember 2006 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) zu bestimmen. Sie werden auf Fr. 2'000.-- festgelegt.

#### **E. 5.2**

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 des Reglementes über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) keine Parteientschädigung zu.

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