

# **BVGer C-4291/2009 vom 9. Mai 2012**

Bundesverwaltungsgericht, 2012-05-09, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_C-4291\\_2009](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-4291_2009)

FR: TAF C-4291/2009 du 9 mai 2012

IT: TAF C-4291/2009 del 9 maggio 2012

## **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**

Anfechtungsgegenstand des vorliegenden Verfahrens ist die Verfügung der BVG- und Stiftungsaufsicht des Kantons Zürich (vormals Amt für berufliche Vorsorge und Stiftungen des Kantons Zürich) vom 28. Mai 2009, welche ohne Zweifel eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG darstellt. Die Beschwerden gegen diese Verfügung sind frist- und formgerecht eingegangen (Art. 50 und 52 VwVG). Die Beschwerdeführenden haben vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen, sind durch die angefochtene Verfügung besonders berührt, der Fonds als direktbetroffener Verfügungsadressat und Y. \_\_\_\_\_ als eine Destinatärin desselben, und haben ein schutzwürdiges Interesse an der Änderung oder Aufhebung der angefochtenen Verfügung (Art. 48 VwVG). Damit sind beide Beschwerdeführende zur Beschwerde legitimiert. Nachdem auch der eingeforderte Kostenvorschuss in der gesetzten Frist geleistet wurde, ist auf das ergriffene Rechtsmittel 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). Da sich die Kognition in oberer Instanz nur verengen, nicht aber erweitern kann, gilt es jedoch zu beachten, dass die Aufsichtstätigkeit im Bereich der beruflichen Vorsorge als Rechtskontrolle ausgestaltet ist (vgl. Isabelle Vetter-Schreiber, Berufliche Vorsorge, Kommentar, Zürich 2009 Art. 62 N. 1), weshalb sich auch das angerufene Gericht - in Abweichung von Art. 49 Bst. c VwVG - auf eine Rechtskontrolle zu beschränken hat, soweit Entscheide des Stiftungsrates zu überprüfen sind (BGE 135 V 382 E. 4.2, Urteil

BGer 9C\_756/2009 vom 8. Februar 2010 E. 5).

#### **E. 4**

Hinsichtlich des anwendbaren Rechts kann Folgendes festgehalten werden:

##### **E. 4.1**

Der Fonds ist - angesichts seiner Statuten und entgegen der Einschätzung der Vorinstanz - nicht als Wohlfahrtsfonds im technischen Sinne, sondern vielmehr als Personalfürsorgestiftung zu qualifizieren, die auf dem Gebiet der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge tätig ist und auf welche somit Art. 89bis Abs. 6 ZGB direkt anwendbar ist. In der Tat gehört zu den typischen Wesensmerkmalen einer Personalfürsorgestiftung im Sinne von Art. 89bis Abs. 6 ZGB, dass sie den beitragspflichtigen Destinatären planmässig Rechtsansprüche auf versicherungsmässige Leistungen (Renten, Kapital oder Kombinationen) beim Eintritt versicherter Risiken gewährt (Einrichtungen mit Versicherungscharakter). Werden hingegen den Destinatären ohne Beitragspflicht bloss Ermessensleistungen (in Kapital- oder Rentenform) ohne festen Plan, ohne versicherbare Risikodeckung und ohne Rechtsanspruch gewährt, welche allein durch die Stifterfirma finanziert werden, handelt es sich um einen patronalen Wohlfahrtsfonds (Urteil des BGer 9C\_12/2011 vom 8. August 2011 E. 3.1; Urteil des BVGer C-5780/2008 vom 25. Oktober 2011 E. 2.2.1; Hermann Walser, Weitergehende berufliche Vorsorge, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, U. Meyer [Hrsg.], 2. Aufl. 2007, S. 2097 Rz. 4 und S. 2120 Rz. 104 f.; Hans Michael Riemer/Gabriela Riemer-Kafka, Das Recht der beruflichen Vorsorge, 2. Aufl. 2006, S. 37; Franziska Bur Bürgin, Wohlfahrtsfonds - Vorsorgeeinrichtungen im luftleeren Raum?, in: Festschrift "25 Jahre BVG", Stauffer [Hrsg.], 2009, S. 76 f. Fn 130); Christina Ruggli-Wüest, Wohlfahrtsfonds heute: Ein Auslaufmodell, oder...?, in: BVG-Tagung 2009, Schaffhauser/Stauffer [Hrsg.], S. 182 f.). Im vorliegenden Fall nimmt der beschwerdeführende Fonds zwar an der Durchführung der obligatorischen Versicherung nach BVG ausdrücklich nicht teil (Art. 1 der Statuten, act. 1/4 in C-4291/2009). Hingegen weist Art. 3 Abs. 1 lit. b der besagten Statuten auf die Möglichkeit für den Fonds hin, Versicherungsverträge abzuschliessen, um den (für die Qualifikation massgeblichen) Stiftungszweck zu erfüllen. Im vorliegenden Fall kann die Frage der rechtlichen Qualifikation allerdings letztendlich offen gelassen werden, zumal nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts die besagte ZGB-Bestimmung sinngemäss auf Wohlfahrtsfonds anwendbar ist (zit. Urteil des BVGer C-5780/2008 E. 2).

##### **E. 4.2**

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 in der bis zum 31. Dezember 2011 geltenden und hier angesichts des Verfügungszeitpunktes anzuwendenden Fassung), indem sie insbesondere im Rahmen einer generell-abstrakten Normenkontrolle 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) sowie 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 sie bei der Aufhebung von Vorsorgeeinrichtungen (Gesamtliquidation) wie vorliegend auch darüber zu entscheiden, ob die Voraussetzungen und das Verfahren erfüllt sind, und genehmigt den Verteilungsplan der Gesamtliquidation.

### **E. 4.3**

Gemäss Art. 62 Abs. 1 Bst. d BVG trifft die Aufsichtsbehörde wie gesagt 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. 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, Staatliche Haftung bei mangelhafter BVG-Aufsichtstätigkeit, Zürich 1996, S. 61 ff.; Hans Michael Riemer / Gabriela Riemer-Kafka, Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz, 2. Auflage, Bern 2000, S. 65 f.). Auf Grund der gesetzlichen Bestimmungen steht fest, dass die Aufsichtsbehörde bloss dann mittels Massnahmen repressiv eingreifen kann, wenn 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 wie etwa den Grundsatz der Verhältnismässigkeit beachten. Im Weiteren muss sie ihr Ermessen gestützt auf die sachlich nahe liegenden Kriterien und den Verhältnissen des Einzelfalls angemessen und damit zweckmässig ausüben (Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, Bern 1997, N 24, 26 zu Art. 66 Abs. 1 VRPG).

### **E. 5.1**

Zunächst rügt der beschwerdeführende Fonds in verfahrensmässiger Hinsicht eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, und zwar unter mehreren Aspekten. So macht er geltend, dass die Vorinstanz zunächst hätte verfügen müssen, dass der Stiftungsrat rechtswidrig gehandelt habe. Die angebliche Rechtswidrigkeit hätte einer Rechtsmittelinstanz vorgelegt werden müssen; erst wenn diese erwiesen gewesen wäre, hätte die Vorinstanz Sanktionen ergreifen dürfen. Indem dies unterlassen wurde, sei das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers verletzt worden. Des Weiteren hätte die Frist zur Stellungnahme über den Verfügungsentwurf derart angesetzt resp. erstreckt werden sollen, dass es dem Beschwerdeführer möglich gewesen wäre, den Stiftungsrat mit zum Teil

auslandabwesenden Mitgliedern einzuberufen. Sodann wirft der Beschwerdeführer der Vorinstanz vor, die Fristerstreckung mit der sachfremden Bedingung des Verzichts des Stiftungsrates auf die Verjährungseinrede zu verknüpfen. Schliesslich ist in diesem Zusammenhang die Rüge des Beschwerdeführers zu erwähnen, wonach die in Ziffer IV verfügte Pflicht, die Destinatäre betreffend den Inhalt der angefochtenen Verfügung zu informieren, nicht begründet sei. Demgegenüber führte die Vorinstanz dazu aus, dass keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vorliege. Es habe keine Veranlassung gegeben, vorgängig die Rechtswidrigkeit feststellen zu lassen, zumal der Beschwerdeführer bereits erste Rückzahlungen geleistet habe. Auch sei es nicht nötig gewesen, die offenkundige Verletzung der Anlagevorschriften vorgängig mittels Verfügung festzustellen. Die Frist zur Stellungnahme zum Verfügungsentwurf, der dem Beschwerdeführer am 2. April 2009 zugestellt worden sei, sei bis zum 2. Mai 2009 angesetzt und so angemessen gewesen. Auf Antrag des Beschwerdeführers sei die Frist bis zum 12. Mai 2009 erstreckt worden. Eine weitere Erstreckung bis zum 15. Juni 2009 sei in Aussicht gestellt worden, allerdings verknüpft mit der Bedingung, dass die Mitglieder des Stiftungsrates den Verzicht auf die Verjährungseinrede erklären. Dies hätten sie auch ohne Einberufung einer Sitzung tun können. Im Übrigen sei es die Pflicht einer Vorsorgeeinrichtung, ihre Destinatäre über wesentliche Vorkommnisse zu informieren, wozu die Liquidation des Beschwerdeführers und die Teilsuspendierung des Stiftungsrates dazu gehören würden.

## **E. 5.2**

Gemäss Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung (BV, SR 101) und Art. 29 in Verbindung mit Art. 30 Abs. 1 VwVG haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Das rechtliche Gehör dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheids dar, welcher in die Rechtsstellung einer Person eingreift. Dazu gehört insbesondere deren Recht, sich vor Erlass des in ihre Rechtsstellung eingreifenden Entscheids zur Sache zu äussern, erhebliche Beweismittel beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweismittel entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (BGE 132 V 368 E. 3.1 mit Hinweisen, BGE 127 I 56 127 E. 2b, 127 III 578 E. 2c). Nach der Rechtsprechung kann eine - nicht besonders schwerwiegende - Verletzung des rechtlichen Gehörs ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie die Rechtslage frei überprüfen kann (BGE 127 V 431 E. 3d/aa). Von einer Rückweisung der Sache an die Verwaltung ist selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des rechtlichen Gehörs dann abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 132 V 387 E. 5.1 mit Hinweis, vgl. auch BGE 133 I 20 E. 2.2; BVGer C-605/2008 vom 25. August 2010 E. 5.2.1). Gemäss Art. 35 Abs. 1 VwVG müssen schriftliche Verfügungen grundsätzlich immer begründet werden. Bei der Begründungspflicht handelt es sich um einen Teilgehalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV; Ulrich Häfelin/Walter Haller/Helen Keller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich 2008, Rz. 838). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung soll die Begründungspflicht verhindern, dass sich die Behörde von unsachlichen Motiven leiten lässt, und es dem Betroffenen ermöglichen, die Verfügung

gegebenenfalls sachgerecht anzufechten. Dies ist nur dann möglich, wenn sowohl er wie auch die Rechtsmittelinstanz sich über die Tragweite des Entscheides ein Bild machen können. In diesem Sinn müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf welche sich ihre Verfügung stützt. Dies bedeutet indessen nicht, dass sie sich ausdrücklich mit jeder tatbeständlichen Behauptung und jedem rechtlichen Einwand auseinandersetzen muss. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken (Urteil des Bundesgerichts I 3/05 vom 17. Juni 2005 E. 3.1.3 mit Hinweisen, BGE 124 V 180 E. 1a, BGE 118 V 56 E. 5b; Urteil des BVGer 7868/2009 vom 19. März 2012 E. 4.1.1).

### **E. 5.3.1**

Indem der Beschwerdeführer von der Vorinstanz verlangt, sie habe in einem ersten Schritt über die vorgeworfenen Rechtswidrigkeiten zu verfügen, die Anlass zur schliesslich verfügten Suspendierung des Stiftungsrates im Umfang der interimistisch eingesetzten Stiftungsrätin gaben, beantragt sie im Grunde genommen den Erlass einer vorgeschobenen Feststellungsverfügung.

### **E. 5.3.2**

Gemäss Art. 25 Abs. 1 VwVG kann die in der Sache zuständige Behörde über den Bestand, den Nichtbestand oder den Umfang öffentlichrechtlicher Rechte oder Pflichten von Amtes wegen oder auf Begehren eine Feststellungsverfügung treffen. Durch die feststellende Verfügung werden zwar keine neuen Rechte und Pflichten begründet, geändert oder aufgehoben. Immerhin dient sie der Klärung der Rechtslage, indem das Bestehen, das Nichtbestehen oder der Umfang von verwaltungsrechtlichen Rechten und Pflichten verbindlich festgestellt wird. Dem Begehren um eine Feststellungsverfügung ist zu entsprechen, wenn der Gesuchsteller ein schutzwürdiges, rechtliches oder tatsächliches Interesse nachweist, das nicht durch eine rechtsgestaltende Verfügung gewahrt werden kann. Besonderheiten gelten im Übrigen im Steuerrecht, wo die Feststellungsverfügung von Bedeutung ist (Art. 25 Abs. 2 VwVG; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich Basel Genf 2006, Rz. 895; BGE 129 III 503; VPB 69 [2005] Nr. 83).

### **E. 5.3.3**

Vorliegend hat der Beschwerdeführer kein Begehren um Erlass einer vorgängigen Feststellungsverfügung gestellt, was er im Übrigen auch nicht behauptet. Wie die Vorinstanz zu Recht ausführt, hatte sie selbst keinen Anlass gehabt, eine solche zu erlassen, nachdem der Beschwerdeführer erste Rückzahlungen geleistet und damit bisher keine fundamentale Opposition bekundet hatte. Ein spezifisches, aktuelles Feststellungsinteresse ist nicht gegeben. Zudem wäre die Aufsichtsbehörde in ihrer Tätigkeit beschränkt und wäre ihr Wirken wenig effizient, wenn sie vor jeder aufsichtsrechtlichen Massnahme zuerst mittels Verfügung eine Rechtswidrigkeit feststellen müsste, die vor alle Rechtsmittelinstanzen angefochten werden könnte, bevor sie dann die Massnahme selbst treffen könnte. Vielmehr ist in der Regel die aufsichtsrechtliche Massnahme oder Sanktion zusammen mit dem zugrundeliegenden Missstand, der zu beheben oder zu sanktionieren ist, zu prüfen. Daraus ergibt sich, dass das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers durch den direkten Erlass der angefochtenen Verfügung ohne vorgeschobene Feststellungsverfügung nicht verletzt worden ist.

### **E. 5.4**

Der beschwerdeführende Fonds rügt zudem, wie bereits erwähnt, dass die Vorinstanz ihm nicht genug Zeit gegeben habe, um den Stiftungsrat einzuberufen, damit dieser zum Verfügungsentwurf hätte Stellung nehmen können. Dazu kann zunächst festgehalten werden, dass die Vorinstanz dem Beschwerdeführer den Entwurf ihrer Verfügung zur Stellungnahme zugestellt hat mit einer ersten Frist von 30 Tagen. Schon damit hat sie das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers grundsätzlich beachtet, zumal es sich um eine Angelegenheit handelte, die jahrelang - zumindest soweit aktenkundig seit 2005 - Gegenstand von Diskussionen und Korrespondenzen zwischen der Aufsichtsbehörde und dem Beschwerdeführer war (vgl. act. 6/10 bis 6/21). Bereits im September 2007 ist ihm die Suspendierung des Stiftungsrates als mögliche aufsichtsrechtliche Massnahme angedroht worden (vgl. angefochtene Verfügung, Bst. G, act. 1/2; act. 6/23 und 6/24). Auf Begehren des Beschwerdeführers ist diese Frist zur Stellungnahme noch erstreckt worden, wenn auch nicht um anderthalb Monate wie von ihm beantragt, sondern um zehn Tage. Es ist nicht ersichtlich, wieso die Stellungnahme des Stiftungsrates nicht allenfalls auf dem Zirkulationsweg oder von den anwesenden Stiftungsräten hätte eingeholt werden können. Jedenfalls kann das Gericht eine Verletzung des rechtlichen Gehörs auch darin nicht erblicken, wenn eine gewährte Frist zur Anhörung nicht für die beantragte zusätzliche Dauer erstreckt wird, zumal keine Gründe für eine absolute Verhinderung zur Stellungnahme geltend gemacht werden.

#### **E. 5.5**

Sodann rügt der Beschwerdeführer, die Gewährung der zusätzlichen Fristerstreckung für die beantragte Dauer (bis zum 15. Juni 2009 statt bis zum 12. Mai 2009) hätte nicht mit der Aufforderung, auf die Verjährungseinrede zu verzichten, verknüpft werden dürfen. Dieser Einwand ist berechtigt. Die Gewährung oder Erstreckung einer Frist zur Stellungnahme, in casu zu einem Verfügungsentwurf betreffend aufsichtsrechtliche Massnahmen, kann nicht davon abhängig gemacht werden, ob die Mitglieder der betroffenen Stiftungsräte auf die Verjährungseinrede hinsichtlich möglichen Verantwortlichkeitsansprüchen gegen sie verzichten. Eine solche unsachliche Verknüpfung ist tatsächlich nicht rechtmässig. Freilich heisst das noch nicht, dass das rechtliche Gehör deshalb in der vorliegenden Konstellation verletzt worden ist, denn immerhin hat der Beschwerdeführer Gelegenheit erhalten, zum Verfügungsentwurf Stellung zu nehmen, und ist die Frist zur Stellungnahme erstreckt worden. Diese nachgelagerte, nicht rechtmässige Verknüpfung, um die Frist länger zu erstrecken, erscheint dem Gericht insgesamt nicht relevant zu sein, um vorliegend eine Verletzung des rechtlichen Gehörs annehmen zu können. Doch selbst wenn man darin eine solche, nicht übermässig schwerwiegende Verletzung annehmen wollte, wäre sie mit der vollumfänglichen Kognition dieses Gerichts und der Möglichkeit des Beschwerdeführers, im vorliegenden Beschwerdeverfahren Stellung zu nehmen, als geheilt zu betrachten.

#### **E. 5.6**

Dieselben Betrachtungen können hinsichtlich des letzten Aspekts der seitens des Beschwerdeführers gerügten Verletzung des rechtlichen Gehörs angestellt werden, nämlich der behaupteten Verletzung der Begründungspflicht im Zusammenhang mit der verfügten Pflicht, die Destinatäre über den Inhalt der angefochtenen Verfügung zu informieren (Dispositivziffer IV, act. 1/2 in C-4291/2009). Wie die Vorinstanz zu Recht ausführt, drängt sich eine solche Information angesichts der verfügten Massnahmen auf. Freilich hat sie diese an sich selbstredende Pflicht nicht ausdrücklich begründet. Soweit darin eine nicht schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs gesehen werden könnte, wäre sie

jedenfalls durch die im Beschwerdeverfahren nachgereichte Begründung und der Möglichkeit für die Beschwerdeführenden zur Stellungnahme geheilt.

#### **E. 5.7**

Damit ergibt sich insgesamt als Zwischenergebnis, dass die Vorinstanz das rechtliche Gehör des beschwerdeführenden Fonds nicht verletzt hat. Selbst wenn dies der Fall gewesen wäre, wäre die Verletzung im vorliegenden Beschwerdeverfahren geheilt worden.

#### **E. 6.1**

In materieller Hinsicht rügen beiden Beschwerdeführende im Wesentlichen eine Verletzung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes, den die Aufsichtsbehörde im Rahmen ihrer Tätigkeit beachten muss (vgl. oben E. 4.3). Im Übrigen wird die Anordnung der Gesamtliquidation zu Recht nicht mehr bestritten.

#### **E. 6.2**

Vor der Prüfung der Verhältnismässigkeit der aufsichtsrechtlichen Massnahme ist deren Gesetzmässigkeit zu prüfen.

##### **E. 6.2.1**

Gemäss Art. 71 Abs. 1 BVG verwalten die Vorsorgeeinrichtungen ihr Vermögen so, dass Sicherheit und genügender Ertrag der Anlagen, eine angemessene Verteilung der Risiken sowie die Deckung des voraussehbaren Bedarfes an flüssigen Mitteln gewährleistet sind. Die Vermögensverwaltung ist eine zentrale Aufgabe jeder Vorsorgestiftung (Urteil des BVGer C-5462/2008 vereinigt mit C-2795/2009 vom 11. April 2011 E. 6.1). Dabei ist auf ungesicherte Anlagen und Beteiligungen beim Arbeitgeber ein besonderes Augenmerk zu richten. Nach Art. 57 Abs. 2 BVV2 dürfen diese zusammen 5 Prozent des Vermögens nicht übersteigen. Diese Begrenzung gilt jedenfalls ab dem 1. Januar 2006 (vgl. Schlussbestimmungen der Änderung der BVV2 vom 24. März 2004). Der beschwerdeführende Fonds bestreitet zu Recht nicht ernsthaft, dass die erwähnte ungesicherte Kontokorrentforderung Art. 57 Abs. 2 BVV2 verletzt. Im Gegenteil hat sie das Kontokorrentguthaben gegenüber der Arbeitgeberfirma gekündigt (vgl. u.a. Schreiben des Rechtsvertreters des beschwerdeführenden Fonds an die Vorinstanz vom 16. Juni und vom 7. September 2005, act. 1/10 und 1/12). Es kann weiter festgehalten werden, dass ein guter Teil dieser Forderung bis zum Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung noch nicht zurückgezahlt worden und die Situation damit noch nicht bereinigt war. Bereits diese Tatsache konnte die Vorinstanz berechtigen, aufsichtsrechtlich einzuschreiten.

##### **E. 6.2.2**

Hinzu kommt, dass der Stiftungsrat selbst, ob ganz freiwillig oder nicht, am 3. September 2005 beschlossen hat, die von der Vorinstanz beanstandete Übernahme von sozialen Aufwendungen für Mitarbeiter der Mutterfirma und deren Filialen sowie Einmalabfindungen an ausgeschiedene Arbeitnehmer am Hauptsitz, also von Leistungen an Personen ausserhalb des eigentlichen Destinatärkreises des beschwerdeführenden Fonds, zu widerrufen und die entsprechenden Rückforderungsansprüche bei der Mutterfirma geltend zu machen (vgl. act. 1/14). Damit bräuchte die Frage nicht abschliessend beantwortet zu werden, ob diese ursprünglichen Auszahlungen rechtmässig waren oder nicht. Immerhin kann festgehalten werden, dass der Name des beschwerdeführenden Fonds den unmissverständlichen Zusatz "Zweigniederlassung Zürich" beinhaltet, und ergibt sich aus dem Stiftungszweck, dass - der Destinatärkreis definiert ist als die Arbeitnehmer eben

dieser Zweigniederlassung mit Sitz in Zürich sowie deren Hinterbliebenen (Art. 1 Abs. 1 i.V.m. 2 Abs. 1 der Stiftungsurkunde), - aus dem Stiftungsvermögen keine Leistungen erbracht werden dürfen, zu denen die Firma rechtlich verpflichtet ist (Art. 2 Abs. 3) und - die Stiftung durch Beschluss des Stiftungsrates mittels einer Anschlussvereinbarung auch das Personal von mit der Firma wirtschaftlich oder finanziell eng verbundener Unternehmungen anschliessen kann, sofern die Stiftung hierzu die nötigen Mittel zur Verfügung stellt und die Rechte der bisherigen Destinatäre nicht geschmälert werden (Art. 2 Abs. 5). Aus dem letztgenannten Zweckelement kann abgeleitet werden, dass man das Personal eng verbundener Firmen eben nur unter klar definierten Bedingungen an die Stiftung knüpfen wollte, was für die Auffassung der Vorinstanz spricht, dass die bedingungslose Übernahme gewisser Leistungen für die Arbeitnehmer der Mutterfirma zweckwidrig war.

### **E. 6.2.3**

Zusammenfassend erscheint dem Gericht die Tatsache, dass sich die beiden geschuldeten Beträge nach jahrelangen Bemühungen nur teilweise in das Stiftungsvermögen zurückführen liessen und die Situation immer noch nicht bereinigt war, grundsätzlich Anlass genug zur Ergreifung von aufsichtsrechtlichen Massnahmen im Sinne von Art. 62 Abs. 1 Bst. d BVG.

### **E. 6.3**

Das in Art. 5 Abs. 2 BV verankerte Verhältnismässigkeitsprinzip verlangt, dass eine behördliche Massnahme für das Erreichen des im öffentlichen oder privaten Interesse liegenden Ziels geeignet und erforderlich ist. Erforderlich ist eine Massnahme dann, wenn das Ziel nicht mit einem weniger schweren Eingriff erreicht werden kann. Die Massnahme muss sich zudem für die Betroffenen als zumutbar erweisen; es muss mit anderen Worten eine vernünftige Zweck-Mittel-Relation vorliegen (BGE 136 I 87 E. 3.2 mit Hinweisen; Urteil des BGer 1C\_303/2011 vom 6. Oktober 2011 E. 3.3 mit Hinweisen; Urteil des BVGer C-5462/2008 vereinigt mit C-2795/2009 vom 11. April 2011 E. 5 mit Hinweisen).

### **E. 6.4**

Die Geeignetheit der von der Vorinstanz getroffenen aufsichtsrechtlichen Massnahme zur Gewährleistung der Rechte der Destinatäre auf das vollumfängliche Stiftungsvermögen, das im Rahmen der verfügbaren Gesamtliquidation des beschwerdeführenden Fonds zu verteilen sein wird, kann nicht ernsthaft bestritten werden. Die Beschwerdeführenden beanstanden sinngemäss vor allem die ihrer Ansicht nach fehlende Erforderlichkeit der Massnahme und die nicht vernünftige Zweck-Mittel-Relation (Verhältnismässigkeit im engeren Sinne). Die Vorinstanz rechtfertigt die Einsetzung einer interimistischen Stiftungsrätin und die Suspendierung des bisherigen Stiftungsrates (im Umfang der dieser Stiftungsrätin zugewiesenen Aufgaben) im Wesentlichen mit der Gefährdung des Stiftungsvermögens durch die noch unbereinigte Situation und durch die - auch auf eine Interessenskollision zurückzuführende - Zögerlichkeit des Stiftungsrates, Massnahmen zur Rückforderung von zwei sechsstelligen Beträgen gegenüber der Mutterfirma in F.\_\_\_\_\_ zu ergreifen, nämlich auf der einen Seite einer ungesicherten Kontokorrentforderung im Betrag von rund Fr. 0.5 Mio, welche die Vorinstanz als ungesicherten Anlage beim Arbeitgeber gemäss Art. 57 Abs. 2 BVV2 qualifiziert, und auf der anderen Seite der laut Vorinstanz zweckwidrigen Übernahme sozialer Aufwendungen für Mitarbeiter der Mutterfirma und deren Filialen sowie Einmalabfindungen an ausgeschiedene Arbeitnehmer des Hauptsitzes und deren

Filialen im Betrage von rund 0.85 Mio. Währenddem die ungesicherte Kontokorrentforderung bereits in der Jahresrechnung 2003 enthalten war, ist die Auszahlung des zweitgenannten Betrages am 7. Januar 2004 vom Stiftungsrat beschlossen worden. Beides hat die Vorinstanz im Dezember 2004 von der Kontrollstelle erfahren, worauf zwischen anfangs 2005 bis anfangs 2009, also während rund vier Jahren, mehrere Sitzungen und Gespräche zwischen der Vorinstanz und Vertretern des beschwerdeführenden Fonds stattgefunden haben - mit dem nennenswerten Ergebnis, dass der letztgenannte verschiedene Massnahmen ergriffen hat, um einen kleineren Teil der beiden genannten Beträge von der Mutterfirma in F. \_\_\_\_\_ zurückzuerhalten (vgl. angefochtene Verfügung, Bst. C bis K, act 1/2 und Beschwerdeakten 1/8 bis 1/19).

#### **E. 6.5.1**

Bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit im engeren Sinne der von der Vorinstanz konkret getroffenen Massnahme ist allerdings zu berücksichtigen, dass sich der beschwerdeführende Fonds seit 2005 kooperativ gezeigt und sich mehrmals um die Rückzahlung der Beträge bei der Mutterfirma bemüht hat, was selbst die Vorinstanz anerkannt hat. Die allfälligen Verzögerungen im jahrelangen Prozess der Inkassobemühungen kann nicht nur dem beschwerdeführenden Fonds angelastet werden. Ob die Vorinstanz früher aufsichtsrechtliche Massnahmen hätte prüfen, androhen und treffen sollen, bleibe dahingestellt. Immerhin zogen sich die Verhandlungen und Gespräche über 5 Jahre dahin. Auch die behaupteten Interessenskonflikte erscheinen nicht derart bedeutend. Es könnte höchstens einer von vier Stiftungsräten von einem möglichen Interessenskonflikt betroffen sein, der gegebenenfalls dann in den Ausstand treten kann. In diesem Licht erscheint die Suspendierung des Stiftungsrates als nicht verhältnismässig. Die Suspendierung des Stiftungsrates aus seiner Funktion stellt immerhin - abgesehen von der amtlich verfügten Liquidation der Stiftung - den massivsten Eingriff in die Autonomie der Stiftung dar. Eine mildere Massnahme zur Beachtung der gesetzlichen Vorgaben wäre hier sicher angezeigt, sachgerecht und angemessen. Zwar macht es Sinn, angesichts der mit Blick auf die Gesamtliquidation zu lösenden, aber noch unbereinigten Fragen eine aussenstehende Fachperson beizuziehen und sie neben dem bestehenden Stiftungsrat interimistisch als zusätzliches, fünftes Stiftungsratsmitglied einzusetzen, mit derselben Zeichnungsberechtigung wie die anderen Mitglieder und mit weitestgehend denselben Spezialaufgaben wie von der Vorinstanz verfügt. Ein solche Massnahme genügt vollkommen, damit die zusätzlich eingesetzte, fachlich versierte Stiftungsrätin gemeinsam mit den anderen kooperationswilligen Stiftungsratsmitglieder die aktuelle Lage beurteilen und allenfalls Massnahmen zur Rückforderung der beiden erwähnten Beträge bei der Mutterfirma ergreifen kann. Dazu kann sie im Auftrag der Vorinstanz durchaus auch Verantwortlichkeitsansprüche und verjährungsunterbrechende Handlungen gegenüber dem Stiftungsrat prüfen. Trotz den unmittelbaren finanziellen Konsequenzen durch die Bezahlung von Honoraren, welche die beschwerdeführende Destinatärin befürchtet, kann diese mildere aufsichtsrechtliche Massnahme dazu führen, dass das zu verteilende Stiftungsvermögen durch eingeleitete Rückzahlungen grösser sein und damit den Destinatären zugutekommen wird.

#### **E. 6.5.2**

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass die Beschwerden teilweise dahingehend gutzuheissen sind, dass einerseits die Dispositivziffer II der angefochtenen Verfügung aufgehoben und andererseits die Dispositivziffer III derselben wie folgt angepasst wird

(hervorgehobene Bestandteile): "III. Als interimistische Stiftungsrätin neben den bestehenden Mitgliedern des Stiftungsrates wird RA Z. \_\_\_\_\_ eingesetzt mit folgenden Spezialaufgaben: - den Stiftungsrat bei der Prüfung und Ergreifung von geeigneten Massnahmen zur Rückforderung des Betrages im Umfang der zweckwidrig erbrachten Auszahlungen und zur Einbringung der Kontokorrentforderung gegenüber der K. \_\_\_\_\_ zu beraten; - Verantwortlichkeitsansprüche und weitere Ansprüche sowie verjährungsunterbrechende Handlungen gegenüber den anderen Stiftungsratsmitgliedern zu prüfen. (Zweiter Satz streichen) - dem Amt halbjährlich sowie bei besonderen Vorkommnissen Bericht zu erstatten. Die eingesetzte interimistische Stiftungsrätin hat im Rahmen der ihr übertragenen Aufgaben alle nötigen und möglichen Vorkehren zur Wahrung der Interessen der Stiftung und der damit verbundenen Interessen der Destinatäre zu treffen." Im Übrigen werden die Beschwerden abgewiesen und die angefochtene Verfügung bestätigt.

#### **E. 7.1**

Dieser Ausgang des Verfahrens hat nach Art. 63 Abs. 1 VwVG zu Folge, dass die teilweise unterliegenden Beschwerdeführenden kostenpflichtig werden. Der Vorinstanz können demgegenüber keine Verfahrenskosten auferlegt werden (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Gestützt auf das Reglement vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) werden die Verfahrenskosten auf Fr. 3'200.-- festgelegt und den Beschwerdeführenden im Rahmen ihres Unterliegens mit Fr. 1'600.-- (für den beschwerdeführenden Fonds Fr. 1'250.-- und für die beschwerdeführende Destinatärin Fr. 350.--) mit dem von den Beschwerdeführenden geleisteten Kostenvorschüssen verrechnet.

#### **E. 7.2**

Der anwaltlich vertretene, teilweise obsiegende beschwerdeführenden Fonds wird keine Parteientschädigung zugesprochen, zumal das Eidg. Versicherungsgericht mit Urteil vom 3. April 2000 erwogen hat, 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-1831/2009 vom 21. September 2011 E. 7.2, C-5462/2008 und 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.