

# **BVGer C-5899/2009 vom 22. Dezember 2011**

Bundesverwaltungsgericht, 2011-12-22, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_C-5899\\_2009](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-5899_2009)

FR: TAF C-5899/2009 du 22 décembre 2011

IT: TAF C-5899/2009 del 22 dicembre 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 aufsichtsrechtliche Verfügung des Amtes für berufliche Vorsorge und Stiftungen des Kantons Zürich vom 11. August 2009, welche ohne Zweifel eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG darstellt.

### **E. 2.2**

Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist als Verfügungsadressatin besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an der Änderung oder Aufhebung der angefochtenen Verfügung (Art. 48 Abs. 1 VwVG), so dass sie zur Beschwerde legitimiert ist.

### **E. 2.3**

Die Beschwerdeführerin ist, was nicht bestritten wird, eine patronal finanzierte Vorsorgestiftung. Als solche ist sie zwar keine auf dem Gebiet der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge tätige Personalfürsorgestiftung gemäss Art. 89bis Abs. 6 ZGB, was indes die analoge Anwendung dieser Bestimmung für die formelle und materielle Prüfung der Rechtmässigkeit der angefochtenen Verfügung durch das Bundesverwaltungsgericht nicht ausschliesst. In der Tat haben patronale Wohlfahrtsfonds als urtümliche Einrichtungen der beruflichen Vorsorge nach ihrer Zwecksetzung und dem Destinatärkreis - auch nach der 1. BVG-Revision - immer noch einen Bezug zur beruflichen Vorsorge, weshalb diese einer Personalfürsorgestiftung im Sinne von Art. 89bis Abs. 6 ZGB näher als einer klassischen Stiftung stehen. Daher ist die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts wie gesagt gegeben und ist die diesbezügliche bisherige Praxis zu bestätigen (vgl. Urteil des BVGer C-5780/2008 vom 25. Oktober 2011 E. 2 mit Hinweisen).

### **E. 2.4.1**

In formeller Hinsicht bringt die Vorinstanz vor, dass die Beschwerde verspätet ist. Die angefochtene Verfügung der Beschwerdeführerin sei nachweislich am 14. August 2009 zugestellt worden, womit die Frist am 14. September 2009 abgelaufen sei. Demgegenüber ist die Beschwerdeführerin der Auffassung, dass sie bereits im Vorverfahren anwaltlich vertreten war und der Rechtsvertreter seinerseits die angefochtene Verfügung nachweislich erst am 17. August 2009 erhalten habe. Eine mangelhafte Eröffnung dürfe keine nachteilige Wirkung für die Beschwerdeführerin haben. Die angefochtene Verfügung ist im vorliegenden Fall gleichzeitig an die Beschwerdeführerin, an deren Rechtsvertreter, Rechtsanwalt Christoph Steffen, und an deren Kontrollstelle, der A. \_\_\_\_\_AG, adressiert worden. Der genannte Rechtsanwalt war im Vorverfahren im Zusammenhang mit der jährlichen Berichterstattung 2007 als offizieller Vertreter der Beschwerdeführerin aufgetreten (act. 8/7 und 8/8).

#### **E. 2.4.2**

Gemäss Art. 11 Abs. 3 VwVG macht die Behörde ihre Mitteilungen an den Vertreter, solange die Partei die Vollmacht nicht widerruft. Wie die Beschwerdeführerin zu Recht erwähnt, ist von einem Eröffnungsmangel auszugehen, wenn die Behörde eine Verfügung nicht dem Vertreter einer Partei mitteilt (vgl. Vera Marantelli-Sonanini/Said Huber, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, Zürich 2009, Art. 11 N 30; Res Nyffenegger, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich/St. Gallen 2008, Art. 11, Rz. 24). Da der Partei gemäss Art. 38 VwVG aus mangelhafter Eröffnung kein Nachteil erwachsen darf, hat die Beschwerdeführerin grundsätzlich ein Anrecht darauf, dass ihr Vertreter 30 Tage Zeit hat, die Beschwerdeschrift auszuarbeiten, vorausgesetzt, die korrekte Eröffnung wurde nicht rechtsmissbräuchlich verzögert. Nach der Lehre kann sich nicht auf einen Eröffnungsfehler berufen, wer mit zumutbarem Aufwand die Folgen einer mangelhaften Eröffnung abwenden könnte (vgl. Vera Marantelli-Sonanini/Said Huber, a.a.O., N 30; Nyffenegger, a. a. O., Rz. 25).

#### **E. 2.4.3**

Wenn die Vorinstanz vorliegend RA Steffen nicht als Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin angesehen hätte, hätte sie keinen Grund gehabt, ihm die Verfügung zuzustellen. Nicht ganz nachvollziehbar ist der Umstand, dass die Vorinstanz ihre Verfügung sowohl dem Vertreter als auch dem Vertretenen zugestellt hat. Fristauslösend kann aber einzig die Zustellung an den Rechtsvertreter sein (vgl. Urteil I 107/06 des BGer vom 1. Februar 2007 E. 5.2 betreffend eine Konstellation, bei welcher die - fristauslösende - Zustellung an den Vertreter vor derjenigen an den Beschwerdeführer erfolgt war; Urteil C-940/2009 des BVGer vom 1. Juli 2011 E. 1.4). Damit ergibt sich vorliegend, dass die vom Rechtsvertreter am 16. September 2009 bei der Schweizerischen Post aufgebene Beschwerdeschrift die 30-tägige Beschwerdefrist (Art. 50 VwVG) unzweifelhaft beachtet hat, zumal er die angefochtene Verfügung wie erwähnt am 17. August 2009 erhalten hatte.

#### **E. 2.5**

Die Beschwerde gegen diese Verfügung ist ansonsten formgerecht eingegangen (Art. 52 VwVG). 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).

#### **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) 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 sich die Aufsichtsbehörde auch mit der Teilliquidation von Vorsorgeeinrichtungen zu befassen, und zwar indem sie die reglementarischen Vorschriften über die Voraussetzungen und das Verfahren zur Teilliquidation genehmigt (Art. 53b Abs. 2 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 ebenso 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), aber auch, wie erwähnt (vgl. oben E. 2.3) für patronal finanzierte Vorsorgestiftungen. 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**

Die Beschwerdeführerin rügt im Zusammenhang mit den ihr von der Vorinstanz auferlegten Anordnungen zunächst in formeller Hinsicht, dass ihr rechtliches Gehör verletzt worden sei, indem die Vorinstanz auf ein Argument nicht eingegangen sei, das sie im Vorverfahren

eingebraucht habe (Vorliegen eines altrechtlichen Sachverhalts).

### **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).

### **E. 5.3**

Im vorliegenden Fall hat die Beschwerdeführerin ihre Argumente betreffend den altrechtlichen Sachverhalt vor Einführung des einschlägigen Art. 331 Abs. 3 OR im vorinstanzlichen Verfahren vorbringen können. Dass die Vorinstanz sich nicht auf diese Argumente eingelassen hat, bedeutet im Lichte der zitierten Rechtsprechung nicht, dass das rechtliche Gehör verletzt worden ist. Dem Anspruch der Beschwerdeführerin, vor dem Erlass ihrer Verfügung angehört zu werden, hat die Vorinstanz Genüge getan. Damit ist die Beschwerde in diesem formellen Punkt abzuweisen.

### **E. 6.1**

Die Beschwerdeführerin wendet sich gegen die aufsichtsrechtliche Anordnung, Zahlungen für Arbeitgeberbeiträge von der Arbeitgeberfirma zurückzufordern und eine schriftliche Bestätigung für die Zukunft abzugeben, solche Zahlungen zu unterlassen (vgl. Dispositivziffer I a der angefochtenen Verfügung), dies mit der Begründung, dass sie als patronale Stiftung nicht verpflichtet gewesen sei, eine Arbeitgeberbeitragsreserve zusätzlich auszusondern und nach wie vor berechtigt sei, entsprechend einer jahrzehntelang von der Aufsichtsbehörde geduldeten Praxis auch das freie Stiftungsvermögen für die Bezahlung der Arbeitgeberbeiträge entsprechend dem Finanzierungsteilzweck der Stiftung zu verwenden. Art. 331 Abs. 3 OR dürfe nicht rückwirkend auf altrechtliche Sachverhalte angewandt werden. Demgegenüber ist die Vorinstanz der Auffassung, dass die Finanzierung von Arbeitgeberbeiträgen aus freien Stiftungsmitteln - ungeachtet einer früheren Aufsichtspraxis - nicht rechtens sei, da die Beschwerdeführerin nicht als einziger Zweck habe, Beiträge und Versicherungsprämien zu finanzieren. Dabei stützt die

Vorinstanz ihre Anordnung zur Rückführung der getätigten Zahlungen in das Stiftungsvermögen auf Art. 331 Abs. 3 OR.

### **E. 6.2**

Gemäss der aktuell geltenden Stiftungsurkunde der Beschwerdeführerin vom 11. Oktober 1988 ist die Letztgenannte im Sinne von Art. 80 ff. ZGB und Art. 331 OR errichtet worden (vgl. Art. 1 der Stiftungsurkunde von 1988, act. 8/43). Der Zweck der Beschwerdeführerin besteht danach einerseits in der Vorsorge zugunsten der Arbeitnehmer der Firma sowie deren Hinterbliebenen gegen die wirtschaftlichen Folgen von Alter, Invalidität und Tod, sowie in der Unterstützung des Vorsorgenehmers oder seiner Hinterlassenen in Notlagen wie bei Krankheit, Unfall, Invalidität, Arbeitslosigkeit, und andererseits in der Finanzierung von Beiträgen, Versicherungsprämien und Leistungen an andere steuerbefreite Personalvorsorgeeinrichtungen, die zugunsten der Destinatäre bestehen (vgl. Art. 2). Gemäss Art. 4 der Stiftungsurkunde wird das Stiftungsvermögen durch reglementarische Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträge, freiwillige Zuwendungen der Arbeitgeber und Dritter sowie durch allfällige Überschüsse aus Versicherungsverträgen und durch die Erträge des Stiftungsvermögens geüfnet. Dabei können Beiträge der Arbeitgeber aus Mitteln der Stiftung erbracht werden, wenn von diesen vorgängig Beitragsreserven geüfnet worden und diese gesondert ausgewiesen sind. Diese immer noch geltende Stiftungsurkunde ersetzte diejenige in der Fassung vom 25. August 1983, die inhaltlich im Wesentlichen bereits dieselben Stiftungszwecke festgehalten hatte (vgl. Art. 2 der Stiftungsurkunde von 1983, act. 8/44). Hingegen sah diese vormalige Urkundenfassung vor, dass das Stiftungsvermögen - nebst dem Anfangsvermögen - durch allfällige weitere freiwillige Zuwendungen der Firma, allfällige Beiträge der begünstigten Arbeitnehmer (die die Beiträge der Firma nicht übersteigen durften), anderweitige Zuwendungen Dritter und Erträge des Stiftungsvermögens geüfnet werde. Von der Finanzierung von Beitragsreserven war darin noch nicht die Rede.

### **E. 6.3**

Die Vorinstanz stützt ihre Anordnung wie gesagt auf Art. 331 Abs. 3 OR. 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 Beträge 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 geüfnet 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 Urteile des BGer 9C\_804/201 vom 20. Dezember 2010 E. 3.2, 2A.605/2004 vom 26. April 2005 E. 2.2). 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. Es sollte verhindern werden, dass von den Arbeitnehmern mitalimentiertes freies Stiftungsvermögen einzig dem Arbeitgeber zugute kommt, indem dieser daraus einseitig seine Beiträge bezahlt. Soweit die freien Mittel von Arbeitgeber und Arbeitnehmer gemeinsam erwirtschaftet werden, müssen grundsätzlich beide nach Massgabe ihrer Beitragsverhältnisse an den freien Mitteln partizipieren (BGE 128 II 24 E. 3c und 4). Diese ratio legis entfällt jedoch und Art. 331 Abs. 3 OR ist nicht anwendbar, wenn die Mittel ausschliesslich vom Arbeitgeber aufgebracht wurden, ohne dass die Arbeitnehmer zu Beiträgen verpflichtet waren oder auf andere Weise das in Frage stehende Stiftungsvermögen mitfinanzierten. Massgebend für die Anwendbarkeit von Art. 331 Abs. 3 OR ist also nicht, ob es sich um eine reine Finanzierungsstiftung handelt oder ob die Arbeitnehmer Destinatäre der Stiftung sind, sondern ob die Arbeitnehmer Beiträge zu leisten haben bzw. geleistet haben (Urteile des BGER 9C\_954/2010 vom 16. Mai 2011 E. 6.1 und 9C\_804/2010 vom 20. Dezember 2010 E. 4.2).

#### **E. 6.4.1**

Auf den vorliegenden Fall bezogen kann im Lichte der jüngsten Rechtsprechung festgehalten werden, dass weder der Charakter der Beschwerdeführerin als patronale Vorsorgestiftung (oder als reine Finanzierungsstiftung, was sie jedoch angesichts des Teilzwecks der Unterstützung von Destinatären in Notlagen nicht ist) noch die Tatsache massgebend ist, dass nach dem besagten Teilzweck die Arbeitnehmer in Notlagen Destinatäre sind. Für die Frage, ob die Beschwerdeführerin ihre freien Stiftungsmittel für die Bezahlung von Arbeitgeberbeiträgen der Stifterfirma verwenden darf, ist vielmehr einzig entscheidend, ob die Arbeitnehmer verpflichtet waren, die Beschwerdeführerin mitzufinanzieren, respektive ob sie tatsächlich zur (auch freiwilligen) Mitfinanzierung beigezogen worden sind.

#### **E. 6.4.2**

Geht man nur vom Wortlaut der geltenden Stiftungsurkunde aus dem Jahre 1988 aus, ist eine Mitfinanzierung durch die Arbeitnehmer theoretisch vorgesehen, denn gemäss Art. 2 wird das Stiftungsvermögen ja unter anderem auch durch "reglementarische Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträge" geüfnet (act. 8/43). Tatsächlich scheint aber nie ein solches Reglement bestanden zu haben. Aufgrund eines entsprechenden Hinweises hatte der Bezirksrat Zürich als damals zuständige Aufsichtsbehörde die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 3. März 1987 aufgefordert, ein angeblich bestehendes Reglement aus dem Jahre 1982 einzureichen. Die Beschwerdeführerin orientierte die damalige Aufsichtsbehörde einige Tage später, dass sie gar kein Reglement habe, da sie eine rein patronale Einrichtung sei (vgl. Vermerk in act. 8/34). Auf dem Kontrollblatt der aufsichtsrechtlichen Berichterstattung vom 29. November 1989 wird im Zusammenhang mit einer Abweichung zu den Anlagevorschriften (hohe Anlage in Liegenschaften) angemerkt, dass es sich bei der Beschwerdeführerin um eine rein patronale Stiftung handle (act. 8/31). Zudem geht aus allen Jahresrechnungen der Beschwerdeführerin seit 2000, aber auch aus früheren, sich in den Akten befindlichen Jahresberichten seit 1975 (vgl. act. 8/6 bis 8/19) hervor, dass sich die Erträge der Stiftung stets nur aus Erträgen der Liegenschaft (Mietzinserträge) und aus Vermögenserträgen zusammengesetzt haben. Der von der Vorinstanz verfassten Besprechungsnotiz im Anschluss an ein Treffen zwischen den Parteien vom 16. Mai 2006 ist des Weiteren zu entnehmen, dass die Beschwerdeführerin nie mit Arbeitnehmerbeiträgen finanziert worden sei (act. 8/13). Schliesslich wird in der

angefochtenen Verfügung und in den Rechtsschriften ausdrücklich auch seitens der Vorinstanz nicht bestritten, dass es sich bei der Beschwerdeführerin um einen rein patronal finanzierten Wohlfahrtsfonds handelt.

### **E. 6.4.3**

Insgesamt ergibt sich aus dieser Analyse, dass trotz des Wortlauts von Art. 2 der geltenden Stiftungsurkunde und trotz des erst 1988 eingeführten generellen Verweises auf Art. 331 OR (und nicht nur auf dessen Abs. 1) in Art. 1 derselben Urkunde (vgl. act. 8/43) die Arbeitnehmer seit dem Bestehen der Beschwerdeführerin augenscheinlich nie einen Beitrag zu ihrer Finanzierung geleistet haben, so dass Art. 331 Abs. 3 OR auf den vorliegenden Sachverhalt rechtsprechungsgemäss (vgl. zitiertes Urteil des BGer 9C\_804/2010 a.a.O.) keine Anwendung findet. Wenn die Beschwerdeführerin Art. 4 Abs. 5 ihrer Stiftungsurkunde, wonach Arbeitgeberbeitragsreserven zu bilden und gesondert auszuweisen sind, bislang nicht umgesetzt hat, hat sie damit zumindest nicht gegen das Gesetz verstossen; die Bestimmung ist wohl in den Zusammenhang mit Art. 2 der Stiftungsurkunde zu stellen, in welchem von reglementarischen Beiträgen der Arbeitnehmer die Rede ist, ein Artikel, der allerdings wie erwähnt toter Buchstabe geblieben ist. Damit erübrigte sich für die Beschwerdeführerin die Umsetzung von Art. 4 Abs. 5 ihrer Stiftungsurkunde, da das ganze Stiftungsvermögen aus patronalen Einzahlungen geäuftet wurde. Aus den vorstehenden Erwägungen folgt demnach, dass die Beschwerde in diesem Hauptpunkt gutzuheissen und die vorinstanzliche Anordnung betreffend Rückforderung von getätigten Zahlungen für Arbeitgeberbeiträge und Unterlassung derartiger zukünftiger Zahlungen aufzuheben ist. Damit erübrigt es sich, die angebliche Praxisänderung der Aufsichtsbehörde zu prüfen und den ehemaligen Amtsvorsteher M. \_\_\_\_\_ über die frühere Aufsichtspraxis zu befragen. Dies ändert nichts daran, dass die Stiftungsurkunde der Beschwerdeführerin den tatsächlichen Verhältnissen anzupassen sein wird. Sollte sie von der Stifterin als reine Finanzierungsstiftung deklariert und umfunktioniert werden, wird dies statutarisch auch entsprechend verankert werden müssen.

### **E. 7.1**

Die Beschwerdeführerin wendet sich zudem gegen die aufsichtsrechtliche Anordnung, ein Anlagereglement zu erstellen (vgl. Dispositivziffer I b der angefochtenen Verfügung) mit der Begründung, dies sei angesichts der sehr einfachen und während Jahren gleichgebliebenen Zusammensetzung des Stiftungsvermögens unverhältnismässig, wogegen die Vorinstanz die Erstellung eines solchen Reglements im Rahmen ihrer Aufsichtstätigkeit für notwendig erachtet.

### **E. 7.2**

Auf patronal finanzierte Wohlfahrtsfonds, die wie vorliegend gemäss Art. 331 Abs. 1 OR in Form der Stiftung errichtet worden ist, sind nach Art. 89bis Abs. 1 ZGB jedenfalls die Absätze 2, 3 und 5 dieser Bestimmung anwendbar. Dagegen ist 89bis Abs. 6 ZGB unmittelbar nur auf nicht registrierte Personalfürsorgestiftungen anwendbar, die auf dem Gebiet der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge tätig sind und bei welchen die Destinatäre statutarisch verankerte Rechtsansprüche gelten machen können, was bei der Beschwerdeführerin nicht der Fall ist (Urteil des BGer 9C\_193/2008 vom 2. Juli 2008 E. 3.3, Urteil des BVGer C-5780/2008 vom 25. Oktober 2011 E. 2). Damit ist aber nicht auszuschliessen, dass Art. 89bis Abs. 6 ZGB bei patronalen Wohlfahrtsfonds oder Wohlfahrtsstiftungen in einzelnen Fragen resp. hinsichtlich einzelnen BVG-Bestimmungen

mindestens analog oder sinngemäss herangezogen werden kann (Christina Ruggli-Wüest, Wohlfahrtsfonds heute: Ein Auslaufmodell, oder ...?, in: BVG-Tagung 2009, Aktuelle Fragen der beruflichen Vorsorge [René Schaffhauser / Hans-Ulrich Stauffer, Hrsg.], S. 158 ff.; Franziska Bur Bürgin, Wohlfahrtsfonds, Vorsorgeeinrichtungen im luftleeren Raum? in: Festschrift "25 Jahre BVG", Hans-Ulrich Stauffer [Hrsg.], S. 64; Ueli Kieser, in: Schneider/Geiser/Gächter, Handkommentar zum BVG und FZG, Art. 71 N. 10), so auch Ziffer 18 betreffend den im BVG zentralen Aspekt der Vermögensverwaltung (Art. 71 BVG). Die sinngemässe Anwendbarkeit der Anlagevorschriften auf patronale Wohlfahrtsfonds schreibt im Übrigen Art. 59 Abs. lit. b BVV 2 ausdrücklich vor. Zu diesen Anlagevorschriften gehört auch Art. 49a Abs. 2 lit. a BVV 2 betreffend die Erstellung eines Anlagereglements, in welchem das oberste Stiftungsorgan die Ziele und Grundsätze, die Organisation und das Verfahren für die Vermögensanlage festzulegen hat.

### **E. 7.3**

Auch wenn der Stiftungsrat einer patronalen Stiftung ein grosses Ermessen hat, ist die Letztgenannte ja der stiftungsrechtlichen und vorsorgerechtlichen Aufsicht unterstellt. In diesem Rahmen macht es durchaus Sinn, wie im vorliegenden Fall vom Stiftungsrat zu verlangen, ein Anlagereglement zu erstellen, der die Grundregeln der patronalen Stiftung über die Vermögensanlage festhält. Da der Aufwand für die Erstellung eines solchen Reglements nicht gross ist, erweist sich die Anordnung als verhältnismässig. In diesem Punkt ist die Beschwerde damit abzuweisen und die angefochtene Verfügung zu bestätigen.

### **E. 8.1**

Die Beschwerdeführerin widersetzt sich ebenso der aufsichtsrechtlichen Anordnung, ein Teilliquidationsreglement zu erstellen (vgl. Dispositivziffer I c der angefochtenen Verfügung), da sie dazu gesetzlich nicht verpflichtet werden könne. Die Vorinstanz ist gegenteiliger Auffassung.

### **E. 8.2**

Hinsichtlich der sinngemässen Anwendbarkeit von Art. 89bis Abs. 6 ZGB bei patronalen Stiftungen und damit von dessen Ziffer 9 im Zusammenhang mit der Teil- und Gesamtliquidation einer solchen Stiftung wird auf E. 7.2 verwiesen. Dass die patronalen Stiftungen ein Teilliquidationsreglement zu erstellen haben, wird in der Lehre denn auch eher befürwortet (Ueli Kieser in: Schneider/Geiser/Gächter (Hrsg.), Art. 53b, N. 6; Christina Ruggli-Wüest, a.a.O., S. 169; gegenteiliger Ansicht: Hans Michael Riemer, Die patronalen Wohlfahrtsfonds nach der 1. BVG-Revision, SZS 2007 S. 550 Ziff. II), in der Praxis seit der BVG-Revision - wie auch im vorliegenden Fall - so umgesetzt (vgl. das Merkblatt vom 6. September 2005 der Konferenz der kantonalen BVG- und Stiftungsaufsichtsbehörden über die Teilliquidation von Personalfürsorgestiftungen ohne reglementarische Leistungen [Wohlfahrtsfonds], abgedruckt in SZS 2005 561 ff., das im November 2010 angesichts der Anpassungen von Art. 27g und 27h BVV 2 leicht überarbeitet worden ist [[http://www.zbsa.ch/teilliquidationen\\_wohlfahrtsfonds\\_20101130.pdf](http://www.zbsa.ch/teilliquidationen_wohlfahrtsfonds_20101130.pdf)]), und wurde vom Bundesverwaltungsgericht bislang geschützt (Urteile C-5780/2008 vom 25. Oktober 2011 E. 2 mit Hinweisen). Gemäss Art. 53b Abs. 1 BVG regeln die Vorsorgeeinrichtungen - und nach der hier vertretenen Auffassung sinngemäss auch die patronalen Stiftungen - in ihren Reglementen die Voraussetzungen und das Verfahren zur Teilliquidation, wobei diese Voraussetzungen vermutungsweise erfüllt sind, wenn eine erhebliche Verminderung der

Belegschaft erfolgt, eine Unternehmung restrukturiert oder der Anschlussvertrag aufgelöst wird. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern die genannten Teil- und Gesamtliquidationsfälle bei einer patronalen Stiftung nicht auch vorkommen können, so insbesondere eine erhebliche Verminderung der Belegschaft oder eine Restrukturierung der Arbeitgeberfirma. Die bisherige, vor der 1. BVG-Revision entwickelte Rechtsprechung (BGE 119 Ib 46 E 3d) ist auch nach dieser Gesetzesrevision fortzuführen, denn der zentrale Grundsatz, wonach das Personalvorsorgevermögen dem Personal zu folgen hat, gilt nach wie vor und ist ebenso bei Wohlfahrtsstiftungen anwendbar (Christina Ruggli-Wüest, a.a.O., S. 169).

### **E. 8.3**

So wie hinsichtlich des Anlagereglements ist die Anordnung der Vorinstanz, wonach die Beschwerdeführerin ein Teilliquidationsreglement zu erstellen hat, im Lichte der vorstehenden Erwägungen zu stützen, womit die Beschwerde auch in diesem Punkt abzuweisen und die angefochtene Verfügung zu bestätigen ist.

### **E. 9.1**

Die Beschwerdeführerin wendet sich sodann auch gegen die Anordnung der Vorinstanz, sie habe zu beschliessen, ob sie das Vorliegen eines bzw. mehrerer Teilliquidationstatbestände seit 1999 bejaht bzw. verneint (vgl. Dispositivziffer I d der angefochtenen Verfügung). Bei einer erheblichen Reduktion der Belegschaft könnten die Destinatärrechte auch durch Anpassung des Stiftungszwecks oder der Stiftungsorganisation gewahrt werden. Den entsprechenden Entwurf einer Urkundenänderung sei der Vorinstanz unterbreitet worden. Demgegenüber besteht die Vorinstanz auf einen diesbezüglichen Beschluss des Stiftungsrates.

### **E. 9.2**

Seit der 1. BVG-Revision liegt es nicht mehr an der Aufsichtsbehörde zu beurteilen, ob die Voraussetzungen für eine Teilliquidation erfüllt sind. Ihre Aufgabe ist es nunmehr, die reglementarischen Vorschriften über die Voraussetzungen und das Verfahren zur Teilliquidation präventiv und mit konstitutiver Wirkung zu genehmigen (Art. 53b Abs. 2 BVG, in Kraft seit dem 1. Januar 2005; bundesrätliche Botschaft zur 1. BVG-Revision in BBl 2000 2697).

### **E. 9.3**

Soweit die Vorinstanz den Zeitraum von 1999 bis 2006, also bis ein resp. zwei Jahre nach der 1. BVG-Revision bezüglich des Bestehens eines Teilliquidationstatbestandes beurteilen will (vgl. act. 8, Ziffer 22 und 23) und sich nicht beschränkt auf einen Zeitraum vor der 1. BVG-Revision, hat sie die Erstellung des Teilliquidationsreglements abzuwarten und kann erst anschliessend beurteilen, ob die Beschwerdeführerin dieses Reglement korrekt anwendet, sowie gegebenenfalls Massnahmen ergreifen, wenn dies nicht der Fall sein sollte, insbesondere, wenn gemäss Reglement ein Teilliquidationstatbestand vorliegen, die Beschwerdeführerin jedoch nichts unternehmen sollte. So aber ist die Anordnung der Vorinstanz angesichts des zu berücksichtigenden Zeitraumes verfrüht und nicht zweckgerichtet. Daraus folgt, dass die Beschwerde in diesem Punkt gutzuheissen ist.

### **E. 10.1**

Schliesslich rügt die Beschwerdeführerin die vorinstanzliche Anordnung, sie habe ihre Regelung und Handhabung allfälliger Retrozessionen offenzulegen (vgl. Dispositivziffer I e der angefochtenen Verfügung). Diese Anordnung sei mangels Angabe einer gesetzlichen

Grundlage, wegen fehlender Konkretisierung des Sachverhalts und mangels Verträgen mit Dritten nicht nachvollziehbar. Demgegenüber verweist die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung auf BGE 132 III 460 und weist darauf hin, dass sie seit diesem Entscheid sämtliche Vorsorgeeinrichtungen auffordere, die Handhabung von Retrozessionen offenzulegen.

### **E. 10.2**

Unter Retrozession wird in der Bankenbranche der Vorgang bezeichnet, dass eine Bank gestützt auf eine entsprechende Vereinbarung einem Dritten (insbesondere einem Vermittler im Vermögensverwaltungs- und Kapitalanlagegeschäft) einen Anteil einer vereinnahmten Kommission weitergibt (BGE 132 III 460 E. 4). Retrozessionen werden dem mittels eines Vermögensverwaltungsvertrags Beauftragten ausgerichtet, weil er im Rahmen des Auftrags bestimmte Verwaltungshandlungen vornimmt oder veranlasst; sie fallen im Zusammenhang mit der Verwaltung des Vermögens an und unterliegen der Herausgabepflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR, weil sie in einem inneren Zusammenhang zur Auftragsausführung stehen (BGE 132 III 460 E. 4.1). Der Auftraggeber muss über zu erwartende Retrozessionen vollständig und wahrheitsgetreu informiert werden und sein Wille, auf dessen Ablieferung zu verzichten, kann nicht leichthin angenommen werden, sondern hat aus der Vereinbarung hervorzugehen (BGE 132 III 460 E. 4.2).

### **E. 10.3**

Bezogen auf die stiftungsrechtliche Aufsicht über Vorsorgeeinrichtungen kann es wohl Sinn machen, wenn die Aufsichtsbehörde standardgemäss von den Vorsorgeeinrichtungen, welche die obligatorische Vorsorge durchführen oder die ansonsten reglementarische Leistungen zugunsten der Arbeitnehmer vorsehen, die Offenlegung der Regelung und Handhabung von Retrozessionen verlangt. Diese Frage kann jedoch offengelassen werden, denn vorliegend geht es um eine rein patronal finanzierte Wohlfahrtsstiftung, auf welche, wie mehrfach aufgezeigt, gewisse BVG-Bestimmungen nur sinngemäss anwendbar sind und deren Stiftungsrat ein grosses Ermessen haben. Die Beschwerdeführerin hat auch nicht unrecht, wenn sie darauf hinweist, dass sich die Anordnung der Vorinstanz nicht auf konkrete Anhaltspunkte in der Vermögensverwaltung der Beschwerdeführerin stützt, in deren Rahmen Retrozessionen gewährt wurden oder werden könnten. Diese Aspekte sind bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit zu berücksichtigen: In der Tat muss die hier zu prüfende Anordnung wie jede aufsichtsrechtliche Massnahme jedenfalls verhältnismässig sein, also gemäss dem in Art. 5 Abs. 2 BV verankerten Verhältnismässigkeitsprinzip für das Erreichen des Ziels geeignet und erforderlich sein, und es muss eine vernünftige Zweck-Mittel-Relation vorliegen (Urteil des BVGer C-5462/2008, C-2795/2009 vom 11. April 2011 E. 5 mit Hinweisen). Die standardgemäss verfügte aufsichtsrechtliche Anordnung ohne konkreten Anhaltspunkt erscheint hinsichtlich der patronal finanzierten Beschwerdeführerin als nicht erforderlich und ist auch nicht verhältnismässig im engeren Sinn. Deshalb ist sie nicht zu schützen und die Beschwerde in diesem Punkt gutzuheissen.

### **E. 11**

Zusammenfassend wird die Beschwerde teilweise gutgeheissen, nämlich hinsichtlich den vorinstanzlichen Anordnungen, die Zahlungen für Arbeitgeberbeiträge von der Arbeitgeberfirma zurückzufordern und eine schriftliche Bestätigung für die Zukunft abzugeben, solche Zahlungen zu unterlassen (Dispositivziffer I a der angefochtenen Verfügung), einen Beschluss zu fassen über das Vorliegen eines bzw. mehrerer

Teilliquidationstatbestände seit 1999 (Dispositivziffer I d) und die Regelung und Handhabung allfälliger Retrozessionen offenzulegen (Dispositivziffer I e). Die drei genannten Verfügungspunkte werden aufgehoben. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

#### **E. 12.1**

Dieser Ausgang des Verfahrens hat zur Folge, dass die nur teilweise unterliegende Beschwerdeführerin entsprechend Art. 63 Abs. 1 VwVG ermässigte Verfahrenskosten zu tragen hat. Der in einem Hauptpunkt unterliegenden Vorinstanz kann demgegenüber keine Verfahrenskosten auferlegt werden (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Nach dem Reglement vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) werden die reduzierten Verfahrenskosten auf Fr. 1'500.-- festgelegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.

#### **E. 12.2**

Die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin hat, dem Verfahrensausgang entsprechend, laut Art. 64 Abs. 1 VwVG in Verbindung mit Art. 7 VGKE Anspruch auf eine ermässigte Parteientschädigung. Wird keine Kostennote eingereicht, setzt das Gericht die Entschädigung auf Grund der Akten fest (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Vorliegend erweist sich eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 3'000.-- inkl. Mehrwertsteuer zu Lasten der Vorinstanz als angemessen.

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