

## **CH\_VB JAAC 68.86 vom 13. Juni 2003**

Bundesverwaltung, 2003-06-13, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch\\_vb\\_JAAC\\_68.86\\_\\_](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch_vb_JAAC_68.86__)

FR: CH\_VB JAAC 68.86 du 13 juin 2003

IT: CH\_VB JAAC 68.86 del 13 giugno 2003

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

montant à répartir sur un employeur se calcule en principe en fonction de sa quote-part à la réserve mathématique des assurés actifs et des retraités. Une autre solution, s'orientant au nombre des employés ayant utilisé l'offre de rachat, ne semble pas d'emblée exclue. Umfang des aufgrund von Art. 26 PKB-Gesetz im Rahmen der Eröffnungsbilanz der Pensionskasse des Bundes PUBLICA auf die Arbeitgeber zu verteilenden Fehlbetrags: Einbezug der Anlageverluste und der Einkaufsaktion. - Art. 26 PKB-Gesetz stellt eine ausreichende gesetzliche Grundlage dafür dar, den gesamten zum Zeitpunkt des Übertritts zu PUBLICA bestehenden Fehlbetrag (inklusive Anlageverluste) anteilmässig auf die angeschlossenen Organisationen zu verteilen. Die Übernahme von Fehlbetragsanteilen durch den Bund findet nur für die durch das Freizügigkeitsgesetz (FZG) bedingten Anteile und im Rahmen der Härtefallklausel eine gesetzliche Grundlage. Anlageverluste sind damit bei der Verteilung gemäss Art. 26 PKB-Gesetz grundsätzlich einzubeziehen. Diese Schlussfolgerung entspricht der Regelung, die der Bundesrat in Art. 10 Abs. 1 Verordnung angeschlossene Organisationen erlassen hat. - Die Erfüllung eines Vertrauenstatbestandes aufgrund der Vertragsverhandlungen mit den übertretenden angeschlossenen Organisationen erscheint aufgrund der zur Verfügung stehenden Unterlagen als eher unwahrscheinlich. - Art. 59 PKB-Statuten stellt eine genügende Rechtsgrundlage dar, um den austretenden Organisationen und den Bundesbetrieben bei ihrem Austritt den zu diesem Zeitpunkt bestehenden gesamten Fehlbetrag, inklusive Anlageverluste, anteilmässig zu belasten. Dies gilt grundsätzlich auch für die bereits ausgetretenen Organisationen, unter Vorbehalt einer allfälligen Vertrauensschutzposition. - Die Fehlbetragszunahme aufgrund der Einkaufsaktion nach Art. 71 Abs. 2 PKB-Statuten stellt einen Teil des aufgrund von Art. 59 PKB-Statuten zu verteilenden gesamten Fehlbetrags dar. Grundsätzlich ist als Verteilschlüssel der Anteil des einzelnen Arbeitgebers am Deckungskapital der aktiven Versicherten sowie der Rentnerinnen und Rentner massgebend. Eine andere Lösung, die sich an der Zahl der Angestellten orientiert, welche die Einkaufsaktion genutzt haben, scheint jedoch nicht von vorneherein ausgeschlossen. Entità dello scoperto tecnico che, sulla base dell'art. 26 della legge sulla CPC e nel quadro del bilancio di apertura della Cassa pensioni della Confederazione PUBLICA, deve essere ripartito fra i datori di lavoro: presa in considerazione delle perdite di investimento e dei costi della campagna di riscatto.

#### **E. 1.1**

Können den zur Publica übertretenden angeschlossenen Organisationen die Anlageverluste anteilmässig überbunden werden? Der Übertritt von der bisherigen Pensionskasse des Bundes zur Publica wird in den Übergangsbestimmungen des PKB-Gesetzes geregelt. Dieses hält in Art. 26 fest: «1 Auf den Zeitpunkt der Errichtung der Pensionskasse legt der Bundesrat die Verteilung des Fehlbetrages der bisherigen Pensionskasse (PKB) auf die

Arbeitgeber definitiv fest. Dabei übernimmt der Bund den ausschliesslich durch die Einführung des Freizügigkeitsgesetzes vom 17. Dezember 1993 bedingten Fehlbetragsanteil der angeschlossenen Organisationen. [...] 4 Der Bund kann die Fehlbetragsschuld von einzelnen angeschlossenen Organisationen ganz oder teilweise übernehmen, wenn die Bezahlung für die betreffende Organisation eine schwerwiegende finanzielle Härte zur Folge hat. Der Bundesrat regelt die Voraussetzungen und die Begrenzung der Übernahme. [...]» Grundsätzlich besteht also kein Zweifel, dass ein Fehlbetrag auf die angeschlossenen Organisationen zu verteilen ist. Es stellen sich einzig die Fragen, was unter dem Begriff «Fehlbetrag der bisherigen Pensionskasse» zu verstehen ist und zu welchem Zeitpunkt dieser Fehlbetrag festgelegt und verteilt wird. Das Gesetz ist in erster Linie nach seinem Wortlaut auszulegen. Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Auslegungen möglich, so ist nach seiner wahren Tragweite zu suchen unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente, namentlich des Zwecks, des Sinnes und der 8 dem Text zugrunde liegenden Wertung, seinem Verhältnis zu anderen Gesetzesbestimmungen, sowie des Willens des Gesetzgebers, wie er namentlich aus den Materialien hervorgeht[181]. a. Der Wortlaut von Art. 26 Abs. 1 PKB-Gesetz aa. Art. 26 PKB-Gesetz spricht von «Fehlbetrag» («découvert technique»). Der (versicherungstechnische) Fehlbetrag ist derjenige Anteil des notwendigen Deckungskapitals[182], welcher nicht durch Vermögenswerte finanziert («gedeckt») ist[183]. Die Ursache der entsprechenden Unterdeckung spielt dabei keine Rolle. Der Fehlbetrag kann durch fehlende Arbeitgeberbeiträge, nicht finanzierte Leistungserhöhungen, Anlageverluste, usw. entstehen. Grundsätzlich können also auch Anlageverluste einen Teil des Fehlbetrages darstellen. bb. Der Gesetzestext schränkt den Begriff Fehlbetrag nur insofern ein, als Art. 26 Abs. 1 Satz 2 festhält, dass die ausschliesslich durch die Einführung des Freizügigkeitsgesetzes bedingten Fehlbetragsanteile nicht zu berücksichtigen sind, da sie durch den Bund übernommen werden. Im Übrigen schränkt Art. 26 den Begriff Fehlbetrag aber nicht ein. A contrario sind also grundsätzlich alle nicht FZG-bedingten Fehlbeträge auf die Arbeitgeber zu verteilen. cc. Es stellt sich die Frage, zu welchem Zeitpunkt der zu verteilende Fehlbetrag festzulegen ist. Je nachdem, wann diese Verteilung stattfindet, kann der Fehlbetrag (Teile oder die gesamten) Anlageverluste beinhalten oder eben nicht. Gemäss PKB-Gesetz ist die Verteilung des Fehlbetrags «auf den Zeitpunkt der Errichtung der Pensionskasse» vorzunehmen[184]. Der Wortlaut enthält keinen Hinweis darauf, dass auf zu einem früheren Zeitpunkt bestandene oder auf früher festgelegte Fehlbeträge abzustützen wäre. Grundsätzlich ist damit davon auszugehen, dass es sich um den zum Zeitpunkt dieser Verteilung, also zum Zeitpunkt der Migration zu Publica bestehenden Fehlbetrag handelt. Dies entspricht auch der Interpretation des Bundesrates, welcher in Art. 10 der Verordnung angeschlossene Organisationen präzisiert: «1 Eine Organisation, die von der bisherigen Pensionskasse des Bundes zu PUBLICA übertritt, hat den im Zeitpunkt des Übertritts bestehenden Fehlbetrag anteilmässig zu übernehmen und zu amortisieren.» dd. Wird der Fehlbetrag anteilmässig verteilt, so würde dies heissen, dass sich die Arbeitgeber entsprechend ihrem Anteil am Deckungskapital der aktiven Versicherten sowie der Rentnerinnen und Rentner beteiligen (vgl. Art. 59 PKB-Statuten[185]). Im Gegensatz zu Art. 59 PKB-Statuten spricht Art. 26 Abs. 1 PKB-Gesetz jedoch nicht von einer anteilmässigen Verteilung. Der Gesetzeswortlaut lässt dem Bundesrat also einen Spielraum in der 9

genauen Verteilung der Fehlbeträge auf die Arbeitgeber. Diesen Spielraum scheint der Bundesrat nicht ausnutzen zu wollen, da er in der erwähnten Verordnungsbestimmung von einer anteilmässigen Verteilung ausgeht. ee. Der durch den Bundesrat festgelegte Fehlbetragsanteil ist vom Arbeitgeber zu verzinsen (Art. 26 Abs. 3 PKB-Gesetz). Der Zeitpunkt, ab welchem die Schuld zu verzinsen ist, wird im Gesetz nicht näher präzisiert, es scheint jedoch naheliegend, dass die Verzinsung ab dem Zeitpunkt der Verteilung des Fehlbetrages zu erfolgen hat. Ob allenfalls eine rückwirkende Verzinsung denkbar ist, wäre vertieft abzuklären. Zum heutigen Zeitpunkt verfügt das BJ allerdings nicht über alle notwendigen Informationen, um diese Frage abschliessend zu beantworten. ff.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass vom Gesetzeswortlaut her die Gesamtheit des zum Zeitpunkt der Migration bestehenden Fehlbetrages (ohne die FZG-bedingten Anteile) auf die Arbeitgeber zu verteilen ist, unabhängig aus welcher Ursache dieser Fehlbetrag entstanden ist. Eine Einschränkung des Begriffs auf einen zu einem früheren Zeitpunkt festgelegten Fehlbetrag - zum Beispiel auf die in den 80er Jahren «eingefrorenen» Beträge - geht aus dem Gesetzeswortlaut nicht hervor. b. Die Materialien aa. Der Gesetzgeber ist in der Beratung des PKB-Gesetzes davon ausgegangen, dass der zu verteilende Fehlbetrag im Sinne von Art. 26 der in diesem Moment bestehenden versicherungstechnischen Unterdeckung entspricht. Ganz offensichtlich haben weder der Bundesrat noch die eidgenössischen Räte mit der Möglichkeit gerechnet, dass sich noch vor der Errichtung der Publica massive Anlageverluste ergeben könnten. Man nahm grundsätzlich an, dass sich der Fehlbetrag bis zur Errichtung der Kasse nicht oder kaum mehr verändern würde und dass dieser damit den eingefrorenen Fehlbeträgen entsprechen werde. Für spätere Schwankungen aufgrund der Anlagepolitik wurde explizit das Instrument der Schwankungsreserven und der allenfalls zu ergreifenden Sanierungsmassnahmen vorgesehen. So hielt der Bundesrat in seiner Botschaft fest: «Beim heutigen Fehlbetrag handelt es sich zum überwiegenden Teil um eine Arbeitgeberschuld. Im Wesentlichen sind es die Eintrittsgenerationen, zurückgehend auf die Jahre noch vor dem 2. Weltkrieg, welche den Fehlbetrag verursachten. Für die Deckung des Fehlbetrags können die heutigen Arbeitnehmer somit nicht herangezogen werden. Der eingefrorene Fehlbetrag kann analog zur Tilgung einer Schuld nur noch durch Zahlungen der einen Fehlbetrag aufweisenden Arbeitgeber an die Adresse der Pensionskasse reduziert werden»[186]. «Im Übrigen ist erneut darauf hinzuweisen, dass der Fehlbetrag in der Eröffnungsbilanz ursprünglich von der Eintrittsgeneration herrührt und sich im Verlaufe der Jahre hauptsächlich wegen nicht geleisteter Arbeitgeberbeiträge erhöht hat. Spätere Verluste der PKB[187] werden hingegen zu keiner weiteren Erhöhung des Fehlbetrages mehr führen. Soweit es sich um Verluste

## **E. 1.2**

Hat der Umstand rechtlich einen Einfluss, dass die Vertragsverhandlungen mit den angeschlossenen Organisationen bisher von der PKB auf der Basis der eingefrorenen Fehlbeträge geführt wurden? 1. Vorerst möchte das BJ festhalten, dass, wie in Teil I dargelegt, die Verträge mit den angeschlossenen Organisationen, die zu Publica übertreten, noch nicht vom Bundesrat genehmigt wurden. Damit ist ihnen noch keine Rechtskraft erwachsen, da diese Anschlussverträge zu ihrer Rechtsverbindlichkeit der Genehmigung des Bundesrates bedürfen[198]. Der Bundesrat kann somit eine Genehmigung der geschlossenen Verträge aufgrund rechtlicher Gesichtspunkte ablehnen und die PKB mit Neuverhandlungen beauftragen. 2. Art. 26 PKB-Gesetz bestimmt, dass der Bundesrat den Fehlbetrag auf die Arbeitgeber verteilt. Die Festlegung des von den einzelnen angeschlossenen Organisationen zu übernehmenden Fehlbetrages steht also nicht zur

Disposition der Parteien, sondern liegt in der Kompetenz des Bundesrates[199]. Dies geht klar aus dem Gesetz hervor und musste auch den Parteien bewusst gewesen sein. Bisher hat der Bundesrat diese Kompetenz noch nicht ausgeschöpft und die Verteilung der Fehlbeträge noch nicht vorgenommen. 3. Die Tatsache, dass die gesamten Verhandlungen bisher unter der Annahme geführt wurden, der von der angeschlossenen Organisation zu übernehmende Fehlbetragsanteil entspreche ihrem früher eingefrorenen Fehlbetrag[200] könnte allenfalls im Rahmen des Vertrauensschutzes (Art. 9 BV[201]) eine Rolle spielen. Damit eine geschützte Vertrauensposition entsteht, müssen allerdings verschiedene Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein[202]: Erstens ist eine Vertrauensgrundlage nötig, d. h. es muss eine konkrete Zusicherung mit Bezug auf eine bestimmte Person erfolgt sein. Zweitens muss diese Zusicherung von einer dafür zuständigen Behörde stammen oder diese Behörde musste aus zureichenden Gründen als zuständig betrachtet werden können. Drittens darf die Unrichtigkeit der Auskunft nicht ohne weiteres erkennbar gewesen sein. Viertens muss die sich auf den Vertrauensschutz berufende Person Dispositionen getroffen haben, die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht werden können. Schliesslich darf die gesetzliche Ordnung seit der Zusicherung keine Änderung erfahren haben. Im vorliegenden Fall scheinen dem BJ zwei dieser Bedingungen kaum erfüllt zu sein: 1. Das Vorhandensein einer Vertrauensgrundlage. Die Unterzeichnung von Vereinbarungen, denen in Ermangelung der Genehmigung durch den Bundesrat keine Rechtskraft erwachsen ist, kann kaum bereits als Vertrauensgrundlage angesehen werden. Den Vertragspartnerinnen musste die Notwendigkeit der bundesrätlichen Genehmigung und entsprechend die

### **E. 1.3**

Hat der Umstand einen Einfluss, dass den aus der PKB ausgetretenen Organisationen nur die Belastung mit dem eingefrorenen Fehlbetrag angezeigt wurde? Müssen alle erwähnten Arbeitgeber gleich behandelt werden? Wie weiter unten (2.1) darzulegen sein wird, wäre auch den austretenden Organisationen nicht nur der eingefrorene Fehlbetrag zu überbinden. Ob dies möglich sein wird, ist nicht ganz klar (2.2). Damit sind bereits die Voraussetzungen der Fragen unsicher. Sollte jedoch trotzdem die eine oder andere Voraussetzung zutreffen, so kann das BJ folgende Hinweise geben: 1. Aus Art. 8 BV erfolgt kein Recht auf Gleichbehandlung im Unrecht. Erweist es sich, dass bei den bisher ausgetretenen Organisationen die bestehenden Rechtsgrundlagen falsch angewendet worden wären, jedoch eine Nachforderung aufgrund des Vertrauensschutzes unmöglich wäre, so könnten die zu Publica migrierenden Organisationen daraus grundsätzlich noch kein Recht auf eine entsprechende, dem Gesetz widersprechende Behandlung ableiten. 2. Die Ungleichbehandlung könnte jedoch auch deshalb entstehen, weil die anzuwendenden Gesetzesbestimmungen für die austretenden Organisationen andere Regeln vorsehen. In diesem Falle wäre abzuklären, ob diese gesetzliche Ungleichbehandlung auf sachlichen Gründen beruht. Diese Frage kann jedoch hier offengelassen werden, da, wie in der Folge dargelegt wird, die

### **E. 2**

- L'art. 26 della legge sulla CPC costituisce una base legale sufficiente per ripartire sulle organizzazioni affiliate l'intero scoperto (incluse le perdite di investimento) esistente al momento del passaggio a PUBBLICA. Per l'assunzione di parti di scoperto da parte della Confederazione vi è una base legale solo per le quote legate alla legge sul libero passaggio (LFLP) e nel quadro della clausola per caso di rigore. In linea di principio, le perdite di investimento devono quindi essere prese in considerazione per la ripartizione secondo l'art.

26 della legge sulla CPC. Questa conclusione corrisponde alla soluzione adottata dal Consiglio federale nell'art. 10 cpv. 1 dell'ordinanza sulle organizzazioni affiliate. - Sulla base degli atti a disposizione, appare poco probabile che, in seguito ai negoziati contrattuali con le organizzazioni affiliate che hanno effettuato il trasferimento, si sia creata una situazione che meriterebbe la protezione dal punto di vista del principio della buona fede. - L'art. 59 degli Statuti della CPC è una base legale sufficiente per mettere a carico delle organizzazioni e delle autorità federali dimissionarie le parti dello scoperto totale, incluse le perdite di investimento, esistente al momento della disdetta della loro affiliazione. In linea di principio, questo vale anche per le organizzazioni già uscite, con riserva di un'eventuale posizione protetta dalla buona fede. - L'aumento dello scoperto sulla base dell'azione di riscatto secondo l'art. 71 cpv. 2 degli Statuti della CPC rappresenta una parte dello scoperto totale da ripartire secondo l'art. 59 degli Statuti della CPC. In linea di principio, occorre utilizzare come chiave di riparto la quota del singolo datore di lavoro sul capitale di copertura degli assicurati attivi e delle pensionate e dei pensionati. Non sembra però a priori esclusa un'altra soluzione che si basi sul numero di dipendenti che hanno utilizzato l'azione di riscatto. Das Bundesamt für Justiz (BJ) äussert sich zu Fragen bezüglich des Umfangs des durch den Bundesrat im Moment der Migration zur Pensionskasse des Bundes (PUBLICA, früher PKB) auf die Arbeitgeber zu verteilenden Fehlbetrages. Die Beantwortung der aufgeworfenen Fragen setzt ein grosses «historisches» Vorwissen sowie die Einsicht in umfangreiche Unterlagen voraus. Angesichts der Komplexität der aufgeworfenen Fragen war es

### **E. 2.1**

Können den aus der PKB ausgetretenen angeschlossenen Organisationen und ehemaligen Bundesbetrieben die bis zu ihrem Austritt entstandenen Anlageverluste anteilmässig überbunden werden? Das PKB-Gesetz regelt die neue Pensionskasse des Bundes mit eigener Rechtspersönlichkeit (Publica) und deren Errichtung sowie den Übergang. Es enthält keine Bestimmungen zum Austritt von Bundesbetrieben oder angeschlossenen Organisationen aus der bisherigen Pensionskasse des Bundes. Auf die Frage nach den den aus der «alten» PKB austretenden Arbeitgebern zu belastenden Fehlbeträgen sind deshalb die PKB-Statuten vom 24. August 1994 anwendbar. In diesen Statuten findet sich eine Bestimmung zur Auflösung des Anschlussvertrages (Art. 68 PKB-Statuten): «1 Der Anschlussvertrag kann von jeder Partei mit einer Frist von zwölf Monaten auf Ende eines Kalenderjahres aufgelöst werden. 2 Die PKB richtet bereits laufende Renten unverändert nach den Bestimmungen dieser Statuten weiter aus. Die Organisation muss noch nicht getilgte Verpflichtungen aus dem Einbau von Teuerungszulagen vor der Auflösung begleichen. Vorbehalten bleibt die Anpassung der Hinterlassenen- und Invalidenrenten an die Preisentwicklung nach Artikel 36 BVG.» Über die Verteilung allfälliger Fehlbeträge gibt Art. 59 PKB-Statuten Auskunft: «1 Der Fehlbetrag wird auf den Bund, seine Betriebe mit eigener Rechnung sowie die angeschlossenen Organisationen unter Berücksichtigung ihres Anteils am Deckungskapital der aktiven Versicherten sowie der Rentnerinnen und Renter verteilt. 2 Die Arbeitgeber leisten jährlich einen Beitrag von 4 Prozent ihres Fehlbetragsanteils an die PKB. 3 Der Fehlbetrag wird zur Zahlung fällig: a. bei Auflösung des Anschlussvertrages (Art. 68); b. bei erheblicher Verminderung der Zahl der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer als Folge von Restrukturierungsmassnahmen. 4 Der Bundesrat regelt in einer Verordnung: a. die Amortisation von Fehlbeträgen;

### **E. 2.2**

Reichen diese Rechtsgrundlagen für eine nachträgliche Überwälzung der Anlageverluste aus? Wie unter 2.1 dargelegt, ist den austretenden Organisationen und Bundesbetrieben der gesamte Fehlbetrag anteilmässig zu überbinden. Zu verteilen ist der zum Zeitpunkt des Austritts bestehende Fehlbetrag. Die Verteilung hat - da der entsprechende Anteil bei Austritt fällig wird - grundsätzlich auf diesen Zeitpunkt hin zu erfolgen. Die Austritte sind bereits erfolgt. Dabei wurden von der PKB jeweils nur die 1989 «eingefrorenen» Fehlbeträge belastet. Es stellt sich die Frage, ob die gesamten Fehlbetragsanteile nachträglich noch eingefordert werden können. Dabei gilt es zwischen zwei Situationen zu unterscheiden. a. Noch nicht unterzeichnete Verträge Den noch nicht unterzeichneten Verträgen[210] ist noch keine Rechtskraft erwachsen. Sie sind entsprechend den anwendbaren rechtlichen Bestimmungen auszugestalten.

### **E. 2.3**

Müssen alle austretenden Organisationen und Betriebe gleich behandelt werden? 1. Selbst wenn die Austretenden, deren Verträge bereits Rechtsgültigkeit erlangt haben, sich auf den Vertrauensschutz berufen könnten, so hat dies nicht zur Folge, dass sich die Austretenden, deren Verträge noch nicht unterzeichnet sind, auf das Gleichbehandlungsgebot berufen können[213]. 2. In jedem Fall stellt sich aber die Frage, ob eine Rechtsgrundlage geschaffen werden soll, in deren Rahmen Teile des anteilmässig zu belastenden Fehlbetrags der austretenden Organisationen und Betriebe durch den Bund übernommen werden könnte. Eine solche Regelung hätte sich eng an die Lösung, welche im Rahmen des PKB-Gesetzes und in Art. 10 Verordnung angeschlossene Organisationen gewählt wurde, anzulehnen, um zu vermeiden, dass die austretenden Organisationen gegenüber den zu Publica migrierenden ohne sachlichen Grund benachteiligt oder bevorteilt würden. 3. Fragen in Zusammenhang mit den Altrentenbeständen Können den ehemaligen Bundesbetrieben und angeschlossenen Organisationen, die ihre Altrentenbestände bei der PKB zurückgelassen haben (Swisscom, RUAG) die entstandenen Anlageverluste anteilmässig überbunden werden? a. Sachverhalt und Rechtsgrundlagen Die aus der PKB ausgetretenen Organisationen und Betriebe haben ihre zum Zeitpunkt des Austritts bereits Rente beziehenden Versicherten in der Regel bei der PKB zurückgelassen[214]. Das BJ wird gefragt, ob den ehemaligen Bundesbetrieben und den angeschlossenen Organisationen[215] die seit dem Zeitpunkt des Austrittes auf dem ihren zurückgelassenen Rentnerinnen und Rentnern entsprechenden Anteil am Deckungskapital entstandenen Anlageverluste anteilmässig überbunden werden können.

### **E. 3**

Übernahme FZG-bedingter zusätzlicher Fehlbeträge durch den Bund Seit Inkrafttreten des Freizügigkeitsgesetzes[162], also ab dem 1. Januar 1995, entspricht das notwendige Deckungskapital grundsätzlich der Summe der Freizügigkeitsleistungen der Versicherten[163]. Diese Summe entsprach aber trotz Aktivierung des eingefrorenen Fehlbetrags als Schuld der angeschlossenen Arbeitgeber nicht dem verfügbaren Vorsorgevermögen der Pensionskasse. Der Bund übernahm in der Folge den ausschliesslich durch das FZG bedingten Fehlbetragsanteil der angeschlossenen Organisationen.

### **E. 4**

Die neue Anlagepolitik Im Jahr 1999 beschloss die Bundesversammlung eine neue Anlagestrategie für die Pensionskasse des Bundes, aufgrund welcher die Anlagen zu Marktbedingungen erfolgten[165]. In der Folge verlor das Wertschriftenvermögen der PKB rasch an Wert, was die gesamte Kapitalunterdeckung massiv vergrösserte[166].

## **E. 5**

Übergang zu Publica mit 100% Deckungsgrad Am 23. Juni 2000 verabschiedete die Bundesversammlung das neue PKB-Gesetz[167]. Aufgrund dieses Gesetzes erhält die PKB eine eigene Rechtspersönlichkeit und wird neu, als «Publica», nach dem Grundsatz der Bilanzierung in geschlossener Kasse geführt (Art. 28 und 15). Die Publica soll deshalb von Beginn an einen 100%igen Deckungsgrad aufweisen. Der zum Zeitpunkt der Errichtung der neuen Kasse bestehende Fehlbetrag wird fixiert und als Schuld anteilmässig auf die einzelnen Arbeitgeber verteilt (Art. 26 Abs. 1 PKB-Gesetz und Art. 10 Abs. 1 Verordnung angeschlossene Organisationen)[168]. Diese Schuld ist anschliessend durch die Arbeitgeber zu verzinsen und innert 8 Jahren abzutragen[169]. Um «Härtefälle» zu vermeiden, kann der Bund den Fehlbetrag einer angeschlossenen Organisation ganz oder teilweise übernehmen (Art. 26 Abs. 4 PKB-Gesetz). Voraussetzung dafür ist, dass die Organisation dem Bund besonders nahe steht, ihr Fortbestand durch die Bezahlung des Fehlbetrages gefährdet wäre und der Bund an ihrem Fortbestand ein Interesse hat (Art. 26 Abs. 4 PKB-Gesetz in Verbindung mit Art. 11 Verordnung angeschlossene Organisationen). Der entsprechende Entscheid liegt beim Bundesrat.

## **E. 6**

Zeitpunkt der Errichtung der neuen Pensionskasse Das PKB-Gesetz trat am 1. März 2001 in Kraft. Als Zeitpunkt der Migration der Versicherten zur Publica (Art. 29 PKB-Gesetz) hat der Bundesrat mit BRB vom

## **E. 9**

Bei der PKB zurückgelassene Rentenbestände («Altrentenbestände») Alle ausgetretenen Organisationen mit Ausnahme von Skyguide[179] haben ihre zum Zeitpunkt des Austritts bereits im Ruhestand befindlichen Rentnerinnen und Rentner bei der PKB zurückgelassen. Der PKB wurde beim Austritt das versicherungstechnische Deckungskapital für die entsprechenden Leistungen von Seiten der angeschlossenen Organisationen finanziert. Die Rentenleistungen für diese «Altrentenbestände» werden damit in Zukunft von der PKB bzw. der Publica erbracht.

## **E. 10**

aus der Anlagepolitik handelt, greift für solche Defizite die Garantie der Schwankungsreserven nach Artikel 25 PKB-Gesetz. Ansonsten sind die üblichen Sanierungsmassnahmen zu ergreifen»[188]. Auch die eidgenössischen Räte scheinen von dieser Annahme ausgegangen zu sein. Die Frage, ob vor der Errichtung von Publica entstehende Anlageverluste Teil des zu verteilenden Fehlbetrages sind, wurde in ihren Beratungen nicht erörtert und auch in der Kommission nicht angesprochen. Dies wohl wiederum deshalb, weil zu jenem Zeitpunkt noch niemand an eine solche Hypothese dachte. bb. Dass die Frage allfälliger Anlageverluste nicht diskutiert wurde, heisst nicht, dass ein Einbezug anderer Unterdeckungen als die bis 1985 bekannten fehlenden Arbeitgeberbeiträge ausgeschlossen worden wäre. Der Bundesrat selbst wies in seiner Botschaft darauf hin, dass bisher «auf eine definitive Fehlbetragszuordnung verzichtet» worden sei: «Der Fehlbetrag wird mit der Eröffnung der PKB auf der Grundlage einer bereinigten Jahresrechnung definitiv auf die einzelnen Arbeitgeber [...] aufgeteilt. Der Verteilschlüssel wird vom Bundesrat in den Ausführungsbestimmungen zu bestimmen sein. Mit dem Einfrieren kann einer seit längerem erhobenen Forderung der Post entsprochen werden. Bis heute musste auf eine definitive Fehlbetragszuordnung verzichtet

werden»[189]. Auch in den vorberatenden Kommissionen der eidgenössischen Räte wurde die Hypothese zusätzlicher Fehlbetragsanteile im Zusammenhang mit den FZG-bedingten Unterdeckungen diskutiert: Es war in den Diskussionen unbestritten, dass der gemäss Art. 26 PKB-Gesetz zu verteilende Fehlbetrag ohne den - erst im Parlament eingefügten - Satz 2 auch die nicht «eingefrorenen» FZG-bedingten Fehlbeträge beinhalten würde[190]. Ein Einbezug später entstehender Fehlbeträge war also keinesfalls ausgeschlossen. Gleichzeitig scheint der Bundesrat davon ausgegangen zu sein, dass das «Einfrieren» insofern einen Einfluss auf die Verteilung der Fehlbeträge haben kann, als dass die Arbeitgeber ohne eingefrorenen Fehlbetrag für allfällige Schwankungen bis zur Errichtung der Kasse beigezogen werden können: «Ein Einfrieren bei der gegenwärtigen PKB bedeutet, dass die Versicherungsschwankungen des Gesamtbestandes (Versicherte mit und ohne eingefrorenem Fehlbetrag) von dem Versichertenbestand ohne eingefrorenen Fehlbetrag getragen werden müssen. Dieses Verfahren war nur solange vertretbar, als die eingefrorenen Fehlbeträge anteilmässig klein waren. In der neuen, nach den Grundsätzen einer Sammeleinrichtung operierenden Pensionskasse wird ein Risikoausgleich zwischen den Rechnungskreisen trotz eingefrorenem Fehlbetrag möglich sein»[191]. Diese Aussage steht jedoch im Widerspruch dazu, dass bisher «auf eine definitive Fehlbetragszuordnung verzichtet» worden sei. Vor allem aber konnte ein solches Konzept nur bei im Wesentlichen unveränderten Fehlbeträgen vertretbar sein, weil sonst ja die Arbeitgeber ohne eingefrorenen Fehlbetrag zusammen mit dem Bund das gesamte Risiko der neuen Anlagestrategie zu tragen gehabt hätten. Es gibt in den Materialien keinen Anhaltspunkt dafür, dass der Gesetzgeber von einer solchen Risikoverteilung ausgegangen wäre. Vielmehr ging der Gesetzgeber ja gerade davon aus, dass

## **E. 11**

sich der Deckungsgrad der Pensionskasse des Bundes bis zum Übergang zu Publica nicht mehr signifikant verändern werde; an Anlageverluste grösseren Ausmasses dachte damals ganz offensichtlich niemand. Genau der Fall massiver Anlageverluste ist aber in der Zwischenzeit eingetreten. cc. Mehr Klarheit ergibt sich, wenn die Diskussionen der Bundesversammlung über die Frage, ob der Bund die FZG-bedingten Fehlbetragsanteile übernehmen soll oder nicht, einbezogen werden. Aus den Materialien geht hervor, dass die Übernahme des ausschliesslich durch das Freizügigkeitsgesetz verursachten zusätzlichen Fehlbetrages durch den Bund (Art. 26 Abs. 1, Satz 2 FZG) in den Räten umstritten war, und dass Einigkeit darin bestand, dass für die Übernahme dieser Fehlbetragsanteile eine gesetzliche Grundlage erforderlich sei[192]. Entsprechend wurde Art. 26 Abs. 1 FZG erst nach langen Diskussion um den entsprechenden Satz 2 ergänzt. Auch die Übernahme von Fehlbeträgen bei Härtefällen sorgte für Diskussionen und fand in Art. 26 Abs. 4 FZG eine gesetzliche Grundlage. Daraus folgt, dass der Gesetzgeber davon ausgegangen ist, die Übernahme anderer, nicht in den eingefrorenen Fehlbeträgen enthaltener Unterdeckungen durch den Bund erfordere eine gesetzliche Grundlage. Für die aus Anlageverlusten entstandenen Unterdeckungen wurde keine solche gesetzliche Grundlage geschaffen; eine solche geht auch, wie dargelegt, nicht aus dem Wortlaut von Art. 26 FZG hervor (vgl. oben, a). dd. Zusammenfassend kann gesagt werden, dass aufgrund der Materialien der zu verteilende Fehlbetrag definitiv erst durch den Bundesrat festgelegt wird, und zwar in seinem Umfang zum Zeitpunkt der Errichtung der Publica. Dabei ist der Gesetzgeber davon ausgegangen, dass eine Übernahme von Fehlbetragsanteilen durch den Bund eine gesetzliche Grundlage erfordere. Eine solche wurde nur durch Art. 26 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 4 FZG geschaffen. c. Die Gesetzssystematik Die Systematik des PKB-Gesetzes

bestätigt diese Beurteilung: aa. Art. 26 Abs. 1 PKB-Gesetz befindet sich im Kapitel «Übergangsbestimmungen». Dieses Kapitel regelt die Fragen in Zusammenhang mit dem Übergang von der «alten» zur «neuen» Pensionskasse des Bundes. Die Bestimmung über die Verteilung des Fehlbetrages bezieht sich also ohne Zweifel auf den Moment der «Migration» der angeschlossenen Organisationen und damit grundsätzlich auch auf den Fehlbetrag, welcher zu diesem Moment besteht. bb. Art. 26 PKB-Gesetz sieht in Abs. 1 die Verteilung des Fehlbetrages vor und ermöglicht es dem Bund in Abs. 4, in Härtefällen Teile oder die Gesamtheit des einem Arbeitgeber zufallenden Fehlbetragsanteils selbst zu übernehmen.

## **E. 12**

Dieser Aufbau legt nahe, dass Abs. 1 die Verteilung des gesamten Fehlbetrages vorsieht, während grundsätzlich nur Abs. 4 Ausnahmen, also eine Abfederung dieser Bestimmung, ermöglicht[193]. d. Zielsetzung des PKB-Gesetzes aa. Das PKB-Gesetz bezweckt die Errichtung einer selbstständigen Pensionskasse Publica. Ziel ist es, die Publica mit einer 100%igen Deckung zu versehen, die den Übergang zur Bilanzierung in geschlossener Kasse ermöglicht. Anschliessend steht Publica «auf eigenen Beinen» und soll durch marktkonforme Anlagen eine bessere Rendite erwirtschaften, als dies mit den bisherigen Anlagen beim Bund mit fixem Zinssatz möglich war. Gleichzeitig soll sie jedoch auch Vermögensschwankungen selbst tragen (wozu sie eine Schwankungsreserve aufbauen wird, welche zu Beginn noch durch den Bund und die Arbeitgeber garantiert wird, Art. 25 PKB-Gesetz). Um dieses Konzept zu ermöglichen, ist die Publica bei der Eröffnung «auszufinanzieren», d. h., wie erwähnt, mit einem 100%igen Deckungsgrad zu versehen. Dazu ist zwingend der zum Zeitpunkt der Errichtung bestehende gesamte Fehlbetrag zu aktivieren, d. h. jemandem als Schuld zu überbinden. Die ganze Entstehungsgeschichte legt nahe, dass diese Schuld durch die Arbeitgeber zu übernehmen ist, und so sieht es auch der Gesetzeswortlaut in Art. 26 PKB-Gesetz vor. bb. Dabei ist es naheliegend, dass sich die beteiligten Arbeitgeber anteilmässig - also entsprechend ihrem Anteil am Deckungskapital - an dieser Ausfinanzierung zu beteiligen haben. Die Idee einer anteilmässigen Beteiligung der verschiedenen Arbeitgeber findet sich im Übrigen nicht nur bei der Verteilung des Fehlbetrages (Art. 26), sondern auch bei der Beteiligung der Arbeitgeber «gemäss ihrem Anteil am Deckungskapital» an allfälligen, durch die Garantie der Schwankungsreserven entstehendem Kosten. In beiden Fällen erlaubt das Gesetz Ausnahmen im Sinne einer Härtefallregel (Art. 25 Satz 3 und Art. 26 Abs. 4 PKB-Gesetz). Im Gesetz findet sich ausserhalb der «FZG-Regel» (Art. 26 Abs. 1, Satz 2) und der Härtefallklauseln kein Ansatzpunkt dafür, dass der Bund allein gewisse Fehlbetragsanteile übernehmen würde. Eine Übernahme widerspräche dem Prinzip der anteilmässigen Aufteilung der Kosten, welches das Gesetz wie ein roter Faden durchzieht. Es ist in der Logik des Gesetzes nicht ersichtlich, wieso die seit 1999 entstandenen zusätzlichen Fehlbeträge allein vom Bund - oder allenfalls allein von den Arbeitgebern ohne eingefrorenen Fehlbetrag - getragen werden müssten. Eine anteilmässige Belastung neu entstehender Fehlbeträge entspricht im Übrigen auch den in den Anschlussverträgen verwendeten Klauseln, wonach die Kosten «nach dem Verursacherprinzip» ermittelt werden[194]. cc. Schliesslich ist nicht ersichtlich, wieso das «Einfrieren» der bis dahin aufgelaufenen Fehlbeträge durch die PKB in den Jahren 1985 bis 1989 zur Folge haben sollte, dass jegliche Veränderungen im Deckungsgrad der Pensionskasse ab diesem Zeitpunkt von vornherein einer Beteiligung dieser angeschlossenen Organisationen entzogen gewesen wäre. Das «Einfrieren» des Fehlbetrages zu einem bestimmten Zeitpunkt konnte nichts anderes

### **E. 13**

bedeuten, als dass die bis dahin aufgelaufenen fehlenden Arbeitgeberbeiträge als Schuld der Arbeitgeber aktiviert wurden und die künftig anfallenden entsprechenden Arbeitgeber-Beiträge einbezahlt werden mussten und nicht mehr dem Fehlbetrag zugeschlagen werden konnten. Natürlich hat in den 80er-Jahren aufgrund des damaligen Systems der offenen Kasse niemand an eine mögliche spätere Veränderung des Fehlbetrages gedacht; vom künftigen FZG, geschweige denn von einer neuen Anlagestrategie, wusste damals ja niemand. Das bedeutet aber vor allem, dass die Frage späterer, aus anderen Gründen entstehender Fehlbeträge durch das «Einfrieren» eben gerade nicht geregelt wurde. Vielmehr war der Gegenstand des «Einfrierens» eine Garantie, dass die bis zu diesem Zeitpunkt durch fehlende Arbeitgeberbeiträge entstandenen Unterdeckungen «ein für alle Male» festgeschrieben und Nachforderungen für vor diesem Zeitpunkt entstandene Fehlbeträge ausgeschlossen wurden[195]. Das «Einfrieren» konnte nicht bedeuten, dass die entsprechenden Arbeitgeber für alle Zukunft eine Garantie auf einen 100%igen Deckungsgrad erhalten hätten - unabhängig etwa neuer Leistungen oder neuer Gesetzesbestimmungen - und damit insbesondere auch einen Anspruch auf eine 100%ige Vermögenserhaltung, selbst bei Einführung einer neuen Anlagepolitik, erworben hätten[196]. e. Schlussfolgerung Insgesamt ergibt sich: Art. 26 PKB-Gesetz stellt eine ausreichende gesetzliche Grundlage dar für die anteilmässige Verteilung des gesamten zum Zeitpunkt des Übertritts bestehenden Fehlbetrages auf die angeschlossenen Organisationen. Die Übernahme von Fehlbetragsanteilen durch den Bund findet nur für die FZG-bedingten Anteile und im Rahmen der Härtefallklausel eine gesetzliche Grundlage. Die Anlageverluste sind damit bei der Verteilung gemäss Art. 26 PKB-Gesetz grundsätzlich einzubeziehen. Diese Schlussfolgerung entspricht der Regelung, die der Bundesrat in Art. 10 Abs. 1 Verordnung angeschlossene Organisationen erlassen hat. Das Gesetz gibt dem Bundesrat in der Verteilung der nicht FZG-bedingten Anteile allerdings einen gewissen Ermessensspielraum, indem es nicht explizit eine «anteilmässige» Verteilung vorschreibt. Trotz diesem Spielraum sollte sich der Bundesrat grundsätzlich an einer Aufteilung entsprechend dem Anteil der Organisation am Deckungskapital orientieren und nicht indirekt Fehlbetragsanteile dem Bund übertragen, die eigentlich angeschlossenen Organisationen zu belasten sind. Auch diese Schlussfolgerung entspricht der Lösung in Art. 10 Abs. 1 Verordnung angeschlossene Organisationen. Für die Übernahme von Fehlbeträgen der angeschlossenen Organisationen durch den Bund wurde die Härtefall-Klausel geschaffen. Es ist nicht Sinn und

### **E. 14**

Zweck des Spielraums des Bundesrates, die Härtefall-Regelung zu ersetzen. Die Übernahme von Fehlbetragsanteilen hat im - durch Gesetz und Verordnung abgesteckten - Rahmen der Härtefallregelung zu erfolgen[197].

### **E. 15**

Möglichkeit, dass diese Genehmigung - aus welchen Gründen auch immer - verweigert werden könnte, bewusst sein. Es war für die angeschlossenen Organisationen damit klar, dass die PKB keine rechtsverbindlichen Versprechen abgeben konnte, welche den Tatbestand des Vertrauensschutzes auslösen würde[203]. 2. Auf den Vertrauensschutz kann sich auch nur berufen, wer gestützt auf sein Vertrauen eine Disposition getätigt hat, die ohne Nachteil nicht wieder rückgängig gemacht werden kann. Es ist aus den dem BJ zur Verfügung stehenden Informationen nicht ersichtlich, in welcher Form die angeschlossenen

Organisationen aufgrund der Vertragsverhandlungen entsprechende Dispositionen getätigt hätten. Es ist selbstverständlich nicht möglich, die Frage des Vertrauensschutzes hier abschliessend zu beantworten. Dies kann auch nicht der Sinn eines solchen Gutachtens sein. Dazu wären weit umfangreichere Unterlagen notwendig, als sie dem BJ in diesem Rahmen zur Verfügung gestellt wurden. Das BJ beschränkt sich deshalb hier auf die Feststellung, dass seines Erachtens aufgrund der Kenntnisse, über die es verfügt, die Erfüllung eines Vertrauenstatbestandes eher unwahrscheinlich erscheint.

#### **E. 16**

gesetzlichen Grundlagen auch für austretende Organisation eine Belastung der Anlageverluste erfordern und der Gesetzgeber also diesbezüglich gar keine unterschiedliche Behandlung vorgesehen hat. 2. Fragen in Zusammenhang mit den aus der PKB ausgetretenen angeschlossenen Organisationen und Bundesbetrieben

#### **E. 17**

b. die Voraussetzungen für die Rückzahlung des Fehlbetrages nach Absatz 3 Buchstabe b; c. die Bestimmung des Fehlbetrages bei angeschlossenen Organisationen und Betrieben des Bundes, die sämtliche Kosten nach Artikel 29 Absatz 3 bezahlt haben; d. den Zeitpunkt für die Neuverteilung des Fehlbetrages nach Absatz 1». Die in Art. 59 Abs. 4 vorgesehene Verordnung wurde nicht erlassen. a. Der Wortlaut von Art. 59 PKB-Statuten aa. Der Begriff «Fehlbetrag» in Art. 59 PKB-Statuten entspricht dem in Art. 26 PKB-Gesetz verwendeten Begriff. Grundsätzlich ist dieser Begriff damit gleich zu verstehen wie in Art. 26 PKB-Gesetz und es kann auf die in diesem Zusammenhang gemachten Überlegungen verwiesen werden (vgl. oben, Ziff. 1.1, Bst. a/aa): Vom Gesetzestext her ist der gesamte Fehlbetrag auf Bund, Betriebe und Organisationen zu verteilen. Dieser Fehlbetrag kann also grundsätzlich auch Anlageverluste beinhalten. bb. Wie Art. 26 PKB-Gesetz schränkt auch Art. 59 PKB-Statuten den Begriff «Fehlbetrag» nicht ein. Im Gegensatz zur Regelung im PKB-Gesetz besteht nicht einmal eine Ausnahme betreffend FZG-bedingter Fehlbeträge oder eine Regelung der Härtefälle. Aufgrund Art. 59 Abs. 4 Bst. d PKB-Statuten legt der Bundesrat den «Zeitpunkt der Neuverteilung des Fehlbetrages» fest. Diese Formulierung legt nahe, dass der zum Zeitpunkt der Verteilung bestehende Fehlbetrag zu verteilen ist («Neuverteilung»), eine Einschränkung auf früher festgelegte («eingefrorene») Fehlbeträge findet sich nicht im Text der Statuten. cc. Da die in Art. 59 Abs. 4 PKB-Statuten vorgesehene Verordnung nie erlassen worden ist, ist der genaue Zeitpunkt der Neuverteilung im Sinne dieser Bestimmung unklar. Es liegt jedoch auf der Hand, dass in Ermangelung einer Regelung durch eine bundesrätliche Verordnung für eine austretende Organisation der Fehlbetrag spätestens im Moment des Austritts festzulegen ist, da dieser ja aufgrund von Art. 59 Abs. 3 Bst. a PKB-Statuten zu diesem Zeitpunkt fällig wird. dd. Art. 59 Abs. 1 PKB-Statuten hält ausdrücklich fest, dass die Verteilung anteilmässig («[...] unter Berücksichtigung ihres Anteils am Deckungskapital der aktiven Versicherten sowie der Rentnerinnen und Renter [...]») zu erfolgen hat. b. Die Materialien Grundsätzlich strebte der Gesetzgeber eine Verteilung der Fehlbeträge auf die Arbeitgeber im Verhältnis zu ihrem Anteil am Deckungskapital an: «Mit [Art. 59] wird die Grundlage geschaffen, den versicherungstechnischen Fehlbetrag aufgrund des Deckungskapitals des jeweiligen Arbeitgebers zu verteilen. Nachdem schon heute für die Erhebung der Erhöhungsbeiträge der Arbeitgeber [Art. 29 Abs. 3] vom Verursacherprinzip ausgegangen wird, und

#### **E. 18**

dieses Prinzip auch bei der Finanzierung der teuerungsbedingten Erhöhung der Renten realisiert werden soll, erscheint uns als konsequente Folge, auch den versicherungstechnischen Fehlbetrag analog zu verteilen. Arbeitgeber mit hohem durchschnittlichen Deckungskapital [für Aktive, Rentnerinnen und Rentner] tragen mehr zur Unterdeckung bei als andere mit kleinerem Deckungskapital»[204]. Dabei wurde natürlich im Jahre 1994 weder vom Bundesrat noch von der Bundesversammlung die Möglichkeit anlageverlustebedingter Fehlbeträge diskutiert, da damals solche noch gar nicht möglich waren (die neue Anlagepolitik wurde ja erst 1999 in die Wege geleitet). Der Bundesrat erwähnte in seiner Botschaft jedoch ausdrücklich die Möglichkeit, allenfalls zusätzlich entstehende Fehlbeträge auf die Arbeitgeber - auch bei «eingefrorenen» Fehlbeträgen - zu verteilen, dies hinsichtlich der FZG-bedingten Erhöhung des Deckungskapitals: «Die angeschlossenen Organisationen und die Rüstungsbetriebe finanzieren seit längerer Zeit die versicherungstechnischen Kosten ihrer Versicherten voll. Die auf sie entfallende Zunahme des versicherungstechnischen Fehlbetrages von rund 165 Millionen Franken könnte ihrem eingefrorenen versicherungstechnischen Fehlbetrag anteilmässig zugeschlagen werden. Wir möchten diese Massnahme im heutigen Zeitpunkt noch nicht ergreifen, sie indessen im Rahmen einer Delegationsnorm in den Statuten vorsehen»[205]. Weder Bundesrat noch Parlament - welches diese Frage nicht diskutierte[206] - scheinen damit eine spätere, definitive Festlegung der gesamten Fehlbeträge ausgeschlossen zu haben. Das früher erfolgte «Einfrieren» wurde also nicht so interpretiert, als dass damit die entsprechenden Arbeitgeber nicht an zukünftigen Fehlbeträgen beteiligt werden könnten. Der Bundesrat hielt im Gegenteil fest, dass die versicherungstechnischen Fehlbeträge - trotz «Einfrierens» in den Jahren 1985 bzw. 1989 - zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der PKB-Statuten noch nicht definitiv verteilt worden seien: «Absatz 4 schliesslich teilt die Kompetenz zur Regelung der Detailfragen dem Bundesrat zu. Damit die der PKB angeschlossenen Arbeitgeber gebührend über die entsprechenden Massnahmen informiert werden können, soll der Termin für die Neuverteilung der Fehlbeträge noch offengehalten werden»[207]. c. Gesetzssystematik und teleologische Auslegung aa. Anlass der Revision der PKB-Statuten war die Einführung des Freizügigkeits- und des Wohneigentumsförderungsgesetzes. Die Idee war, den erhöhten versicherungstechnischen Fehlbetrag der PKB dem Verursacherprinzip folgend gerechter zu verteilen[208]. Artikel 59 PKB-Statuten bezweckte die Aufteilung zusätzlicher Fehlbeträge auf die

## **E. 19**

Arbeitgeber («Neuverteilung», vgl. Abs. 4 Bst. d), in Bezug auf die früher «eingefrorenen» Fehlbeträge ergäbe diese Bestimmung keinen Sinn, da diese ja in der Regel bereits verteilt worden waren. bb. Art. 59 PKB-Statuten ist in Zusammenhang mit Art. 68 PKB-Statuten zu lesen, welcher in Abs. 1 eine Kündigungsfrist von zwölf Monaten für Anschlussverträge festlegt. Innerhalb dieser Frist ist namentlich - solange dies noch nicht aufgrund der in Art. 59 Abs. 4 vorgesehenen Verordnung erfolgt ist - der der austretenden Organisation zu belastende Fehlbetrag festzulegen. cc. Schliesslich kann auf die bereits unter Ziffer 1.1 erfolgte Überlegung verwiesen werden, wonach mit dem früher erfolgten «Einfrieren» versicherungstechnischer Fehlbeträge nicht gemeint gewesen sein kann, dass die entsprechenden angeschlossenen Organisationen ab diesem Zeitpunkt eine absolute Garantie erhalten hätten, dass ihnen allfällige spätere Unterdeckungen in keinem Fall mehr überbunden werden könnten. d. Schlussfolgerung Art. 59 PKB-Statuten stellt eine genügende Rechtsgrundlage dar, um den austretenden Organisationen und den

Bundesbetrieben bei ihrem Austritt den zu diesem Zeitpunkt bestehenden gesamten Fehlbetrag, inklusive Anlageverluste, anteilmässig zu belasten. Eine Regelung von Härtefällen ist in den PKB-Statuten nicht vorgesehen. Die Übernahme von Fehlbetragsanteilen erfordert damit jeweils eine eigene gesetzliche Grundlage[209].

## **E. 20**

Die Tatsache, dass in den Vertragsverhandlungen bisher von den «eingefrorenen» Fehlbeträgen ausgegangen wurde, vermag nach Ansicht des BJ in Ermangelung einer Vertrauensgrundlage (noch nicht unterzeichnete Verträge) die Anwendung des Vertrauensschutzes nicht auszulösen[211]. b. Bereits unterzeichnete Verträge Die bereits unterschriebenen Vereinbarungen sind durch ihre Unterzeichnung rechtskräftig geworden, eine Genehmigung durch den Bundesrat ist zu ihrer Rechtsverbindlichkeit nicht erforderlich. Auch diese Verträge haben grundsätzlich die zwingenden rechtlichen Bestimmungen einzuhalten. Die Verteilung des Fehlbetrages im Sinne von Art. 59 PKB-Statuten stellt eine zwingende Gesetzesbestimmung dar, sie steht nicht zur Disposition der Parteien. Es stellt sich jedoch die Frage, ob in diesem Zusammenhang die Voraussetzungen des Vertrauensschutzes erfüllt sind: 1. Ein rechtsgültig unterzeichneter Vertrag stellt nach Ansicht des BJ an sich eine ausreichende Vertrauensgrundlage dar. Die angeschlossenen Organisationen durften davon ausgehen, dass der ihnen zu belastende Fehlbetrag von Seiten der Eidgenossenschaft im Rahmen der zwölfmonatigen Kündigungsfrist (Art. 68 Abs. 1 PKB-Statuten) korrekt festgelegt und in den Vereinbarungen entsprechend belastet wird. Dem BJ liegen allerdings nicht genügend Unterlagen vor, um beurteilen zu können, in welcher Form die entsprechenden Fehlbeträge im Rahmen der einzelnen Vereinbarungen festgelegt wurden und ob damit diese Festlegung wirklich eine ausreichende Vertrauensgrundlage darstellt. 2. Es ist zumindest fraglich, ob die PKB die Kompetenz hatte, die Fehlbeträge der austretenden Organisationen im Sinne von Art. 59 PKB-Statuten festzulegen und zu verteilen. Gemäss Abs. 4 Bst. c dieser Bestimmung regelt der Bundesrat die Bestimmung des Fehlbetrages bei den angeschlossenen Organisationen und Betrieben, die sämtliche Arbeitgeberbeiträge bei Verdiensterhöhungen gemäss Art. 29 Abs. 3 PKB-Statuten bezahlt haben. Diese Bestimmung gilt für die meisten der angeschlossenen Organisationen, deren Fehlbetrag ja eingefroren war. 3. Die Widerrechtlichkeit der erfolgten Fehlbetragsverteilung war für die angeschlossenen Organisationen nur schwer erkennbar. Ganz offensichtlich wurde von Seiten der PKB während Jahren davon ausgegangen, dass die zu belastenden Fehlbeträge den früher «eingefrorenen» Beträgen entsprechen. Auch der Bundesrat scheint während einer gewissen Zeit von dieser Auslegung ausgegangen zu sein[212]. Nicht zuletzt zeigt auch die Notwendigkeit dieses Gutachtens, dass selbst für die direkt Beteiligten die Auslegung von Art. 59 PKB-Statuten keineswegs klar ist. 4. Die Frage stellt sich, ob die angeschlossenen Organisationen aufgrund dieser Fehlbetrags-Festlegung Dispositionen getätigt haben, welche ohne Nachteil nicht mehr rückgängig gemacht werden können. Der Austritt aus der PKB selbst könnte eine solche nachteilige Disposition darstellen. Es ist jedoch kaum anzunehmen, dass der Entscheid, aus der PKB auszutreten, durch die Höhe

## **E. 21**

der «eingefrorenen» Fehlbeträge massgeblich beeinflusst wurde. Aufgrund der vorliegenden Informationen ist es dem BJ nicht möglich, auf diese Frage eine definitive Antwort zu geben. 5. Die letzte Bedingung, die unveränderte Rechtslage, dürfte hingegen im vorliegenden Fall keine Fragen aufwerfen, sind doch die PKB-Statuten in dieser

Zeitspanne nicht geändert worden. Insgesamt scheint also die Erfüllung eines Vertrauenstatbestandes eher fraglich. Je nach Beurteilung insbesondere der Fragen 1. und 4. ist es nicht ausgeschlossen, dass sich die ausgetretenen Organisationen auf den Vertrauensschutz berufen könnten. Die Frage nach dem Vertrauensschutz kann also heute nicht definitiv beantwortet werden und müsste allenfalls zu einem späteren Zeitpunkt vertieft abgeklärt werden.

## **E. 22**

Das Zurücklassen der bereits eine Rente beziehenden Versicherten beim Austritt entspricht der in Art. 68 Abs. 2 PKB-Statuten (Auflösung des Anschlussvertrages) vorgesehenen Regel: «2 Die PKB richtet bereits laufende Renten unverändert nach den Bestimmungen dieser Statuten weiter aus. Die Organisation muss noch nicht getilgte Verpflichtungen aus dem Einbau von Teuerungszulagen vor der Auflösung begleichen. Vorbehalten bleibt die Anpassung der Hinterlassenen- und Invalidenrenten an die Preisentwicklung nach Artikel 36 BVG.» Abgesehen von dieser Bestimmung regeln die PKB-Statuten den Status der zurückgelassenen Rentenbestände und die Rechtsbeziehungen zwischen der PKB und der ausgetretenen Organisation nicht. b. Existierende Vereinbarungen und Vereinbarungs-Entwürfe aa. Die Belassung der Rentnerinnen und Rentner bei der PKB wurde im Rahmen der (allgemeinen) Vereinbarungen zum Austritt der angeschlossenen Organisationen geregelt. Dem BJ liegen diesbezüglich die Vereinbarungen der Eidgenossenschaft mit der comPlan und Swisscom AG (vom 23. Dezember 1998) und mit der Personalvorsorgestiftung RUAG (vom 5. Juli 2001) vor. Die entsprechenden Bestimmungen dieser Vereinbarungen sehen vor, dass die zurückgelassenen Rentenbestände in separaten Gewinnverbänden geführt werden. Aufgrund Ziff. 4 der Vereinbarung mit comPlan/Swisscom behält die PKB die Rentenverpflichtung mit Ausnahme der Teuerungszulagen bei (Abs. 2, Satz 2) und Swisscom kann für die Finanzierung der Teuerungszulagen beigezogen werden, wenn die Vermögenserträge dazu nicht ausreichen (Abs. 3). Auch - aufgrund von Ziff. 3 der Vereinbarung mit der Vorsorgestiftung RUAG werden die nicht durch Vermögenserträge gedeckten Teuerungskosten «durch die Unternehmen vergütet» (Abs. 2, Satz 3). Andere Verpflichtungen der ausgetretenen Arbeitgeber wurden nicht vorgesehen. Die Vereinbarung mit der Vorsorgestiftung RUAG hält im Übrigen fest, dass die Regelung der Finanzierung der Teuerungsanpassung längstens bis zum Übertritt der Rentnerinnen und Rentner in Publica gilt; auf diesen Zeitpunkt soll zwischen den Unternehmen und Publica eine «Anschlussvereinbarung» unterzeichnet werden (Abs. 4). bb. Auf den Zeitpunkt der Migration der Versicherten der PKB zur Publica sind mit den ausgetretenen Organisationen, deren Rentner bei der PKB verblieben sind, «Anschlussverträge» entworfen worden, welche die «Verwaltung» der verbliebenen Rentnerinnen und Rentner durch die Publica regeln. Es ist für das BJ nicht ersichtlich, aufgrund welcher gesetzlichen Bestimmung mit den ausgetretenen Organisationen solche Anschlussverträge abgeschlossen werden sollen. Dem BJ liegen die Vertragsentwürfe mit der Swisscom AG (Version 1.0) und mit der RUAG Holding (Version 2.0) vor. Diese Entwürfe beinhalten folgende Punkte: - Zunächst werden die von der Publica zu erbringenden «Leistungen» umschrieben[216].

## **E. 23**

- Vorgesehen ist im Weiteren die Führung separater Gewinnverbände für die beiden Altrentenbestände. - Gemäss Ziff. 2.3, Abs. 2, soll «das Vorgehen zur Gewinnverteilung bei

Überschüssen und zur Wiederherstellung des finanziellen Gleichgewichts bei Unterdeckung» «im Einvernehmen» mit Swisscom bzw. mit der RUAG Holding erfolgen. - Die Anpassung der Renten an die Teuerung wird, soweit die Vermögenserträge dazu nicht ausreichen, «durch die Arbeitgeberin» (Swisscom) bzw. «durch die RUAG Holding gedeckt». - Im Vertragsentwurf mit der RUAG wird festgehalten, dass für die RUAG «keine vertragliche Verpflichtung» besteht, im Falle einer Unterdeckung des Gewinnverbandes das finanzielle Gleichgewicht mittels Einlagen wieder herzustellen und dass für die RUAG auch keine weiteren Vorsorgeverpflichtungen und Eventualverbindlichkeiten bestehen. - Beide Entwürfe sehen schliesslich auch eine Beteiligung «der Arbeitgeberin» an den Verwaltungskosten vor (Ziff. 3)[217]. c. Mögliche Auslegungen Angesichts des Fehlens einer klaren gesetzlichen Grundlage sind verschiedene Interpretationen der Rechtsbeziehungen zwischen Kasse und ausgetretener Organisation oder ausgetretenem Betrieb mit zurückgelassenem Rentnerbestand denkbar. Es zeichnen sich insbesondere zwei Grundlinien ab: aa. Eine erste Auslegung besteht darin, den Austritt der angeschlossenen Organisation als eine vollständige Trennung zu beurteilen. Art. 68 Abs. 2 PKB-Statuten sieht bei Auflösung des Anschlussvertrages den Verbleib der Rentnerinnen und Rentner bei der PKB vor, noch nicht getilgte Verpflichtungen aus den Teuerungsanpassungen sind vor der Vertragsauflösung zu begleichen. Zugleich ist aufgrund von Art. 59 Abs. 1 PKB-Statuten beim Austritt der Fehlbetrag der Kasse anteilmässig dem austretenden Arbeitgeber zu überbinden; der entsprechende Fehlbetragsanteil wird beim Austritt fällig. Es ist davon auszugehen, dass bei der Verteilung des Fehlbetrages auch der Fehlbetragsanteil auf dem Deckungskapital der zurückbleibenden Rentnerinnen und Renter zu berücksichtigen und entsprechend auszugleichen ist[218]. Damit sind die gegenseitigen Verpflichtungen abschliessend geregelt. Die bei der Kasse verbleibenden Versichertenbestände (wie die in eine andere Kasse übertretenden) sind auf diese Art zum Zeitpunkt des Austritts mit einem 100%igen Deckungsgrad versehen. Von diesem Moment an hat sich der ausgetretene Arbeitgeber an Vermögensveränderungen nicht mehr direkt zu beteiligen (weder an Vermögenserträgen[219] noch an Vermögensverlusten). Anlagegewinne, welche mit dem Kapital der Altrentenbestände erwirtschaftet werden, sind zur Finanzierung von Leistungen an die Versicherten und zur Schaffung einer Schwankungsreserve zu verwenden, Anlageverluste sind durch die Schwankungsreserve zu decken.

#### **E. 24**

Eine Ausnahme könnte der Sanierungsfall darstellen, wenn die Unterdeckung der Kasse eine bestimmte Grössenordnung überschreitet. Der Sanierungsfall ist jedoch in den PKB-Statuten nicht vorgesehen, da diese ja nicht vom System einer geschlossenen Kasse ausgehen. Die Bestimmungen der Austrittsvereinbarungen zum Status der Altrentenbestände (oben, Bst. b/aa) scheinen diese Auslegung zu bestätigen. Insbesondere die Tatsache, dass ein eigener Gewinnverband vorgesehen ist, liegt in der Logik einer solchen Konzeption. Als einzige Verpflichtung der Arbeitgeber wird die Finanzierung zusätzlicher Leistungen (Anpassung der Renten an die Teuerung[220]) festgehalten, und dies auch nur, falls der Nettoertrag des Vermögens dazu nicht ausreicht. Wird von einer definitiven Trennung bei Austritt ausgegangen, so ist eine neue Vereinbarung zwischen Bund und Arbeitgeberin zum Zeitpunkt der Migration zu Publica grundsätzlich nicht notwendig, da die Rentenbestände mitsamt finanziellem Risiko[221] auf die PKB und damit den Bund übergegangen sind[222]. bb. Es wäre andererseits denkbar, den Austritt einer Organisation oder eines Betriebs, welcher Rentnerinnen und Rentner bei der PKB

zurücklässt, in gewissem Sinne nur als Teilaustritt anzusehen. Die Arbeitgeberin bliebe für den Teil des Versichertenbestandes, der bereits Versicherungsleistungen bezieht, angeschlossen. Die Rechtsbeziehungen würden im Rahmen der PKB-Statuten weitergeführt und die Organisationen oder Betriebe blieben finanziell aufgrund von Art. 59 Abs. 1 PKB-Statuten für ihre Rentenbestände verantwortlich. Damit wäre eine dem Anteil am Deckungskapital entsprechende Verteilung des Fehlbetrages im Sinne von Art. 59 PKB-Statuten (bzw. zum Zeitpunkt des Übertritts zu Publica im Rahmen von Art. 26 PKB-Gesetz) möglich. Diese Auslegung würde dazu führen, dass die ausgetretenen Organisationen bis zum Versterben aller Altrentnerinnen und -rentner an die Pensionskasse PKB bzw. Publica angeschlossen bliebe. Sie hätten sich bis zum Zeitpunkt des Übertritts zu Publica anteilmässig am gesamten Fehlbetrag zu beteiligen; anschliessend, im Rahmen des PKB-Gesetzes, nur noch an allfälligen Sanierungsmassnahmen und der Schwankungsreserven-Garantie. Publica scheint heute eher von dieser Auslegung auszugehen, da mit den entsprechenden Arbeitgeberinnen ein «Anschlussvertrag» abgeschlossen werden soll. Konzept und Inhalt dieses Vertrages (insbesondere die Leistungsdefinition, die Konsultation bei der Gewinnverwendung und die Kostenbeteiligung an der Verwaltung) machen eigentlich nur dann Sinn, wenn die ehemalige angeschlossene Organisation in Bezug auf die Altrentnerinnen und -rentner als angeschlossene Organisation betrachtet wird. In diesem Falle ist jedoch zum Zeitpunkt des Übertritts Art. 26 des PKB-Gesetzes anzuwenden

## **E. 25**

und der gesamte seit dem Austritt entstandene Fehlbetrag auch auf diese Arbeitgeber - im Verhältnis zum Anteil ihrer Rentnerinnen und Rentner am gesamten Deckungskapital - zu verteilen. d. Beurteilung aufgrund der dem BJ zur Verfügung stehenden Informationen Die dem BJ heute vorliegenden Informationen erlauben ihm keine abschliessende Beurteilung der ihm gestellten Frage. Im Sinne einer provisorischen Stellungnahme hält das BJ deshalb Folgendes fest: aa. Wie erwähnt regeln die gesetzlichen Grundlagen die aufgeworfenen Fragen zum Status der bei der PKB zurückbleibenden Rentner nicht explizit. Art. 68 Abs. 1 PKB-Statuten geht von der Auflösung des Anschlussvertrages aus, was dafür spricht, dass die angeschlossene Organisation vollständig aus der Kasse austritt. Abs. 2 sieht grundsätzlich den Verbleib der Altrentenbestände vor und erfordert die Begleichung offener, frühere Teuerungszulagen betreffender Verpflichtungen. Über die künftige Finanzierung der Anpassung der Renten an die Teuerung oder eine sonstige Beteiligung am Fehlbetrag äussert sich Art. 68 Abs. 2 PKB-Statuten jedoch nicht. Damit lässt der Wortlaut dieser Bestimmungen beide oben dargestellten Auslegungen zu. bb. Insgesamt neigt das BJ zur Auffassung, dass der in Art. 68 PKB-Statuten vorgesehene Austritt vollständig ist, und die Organisation oder der Betrieb auch in Bezug auf die Altrentnerinnen und -rentner aus der Kasse austritt. Die zurückgelassenen Rentnerinnen und Rentner werden damit ab diesem Zeitpunkt Rentnerinnen der PKB, auf ihrem Deckungskapital entstehende Vermögensverluste sind vom Bund zu tragen. Dies hat folgende Konsequenzen: - Der zum Zeitpunkt des Austritts bestehende gesamte Fehlbetrag (inklusive Anlageverluste) ist auch in Bezug auf die Altrentenbestände anteilmässig der austretenden Organisation bzw. dem austretenden Betrieb zu belasten (Art. 59 PKB-Statuten)[223]. Damit ist aber die Beteiligung der austretenden Organisation am Fehlbetrag geregelt und deren Rentnerinnen und Rentner sind mit einem 100%igen Deckungsgrad versehen. - Eine spätere finanzielle Beteiligung der ausgetretenen Organisation oder des ausgetretenen Betriebs an einer nachher entstehenden Unterdeckung oder an anderen später entstehenden Kosten ist im

Gesetz nicht vorgesehen. Das Gesetz schliesst aber nicht aus, dass eine solche Verpflichtung durch den austretenden Arbeitgeber vertraglich übernommen wird. - Insbesondere kann vereinbart werden, dass ein nicht durch Vermögenserträge finanzierter Teuerungsausgleich auf den Renten auch in Zukunft durch den ausgetretenen Arbeitgeber übernommen wird. Eine solche Regelung ist bei den dem BJ vorliegenden, rechtsgültigen Verträgen auch in der Tat getroffen worden. Die austretende Organisation oder der austretende Betrieb kann also im Rahmen einer Vereinbarung Verpflichtungen übernehmen, die über die durch Art. 59 PKB-Statuten zwingend vorgeschriebene Verteilung des Fehlbetrages

#### **E. 26**

bei Austritt hinausgehen. Die rechtsgültige Vereinbarung regelt aber nach Ansicht des BJ das spätere Verhältnis des ausgetretenen Arbeitgebers mit der Kasse abschliessend. Im Moment der Migration der Rentnerinnen und Rentner zur Publica wäre damit eine neue Vereinbarung nicht mehr erforderlich. B Einkaufsaktion nach Art. 71 Abs. 2 PKB-Statuten Kann die Fehlbetragszunahme aufgrund der Einkaufsaktion nach Art. 71 Abs. 2 PKB-Statuten den angeschlossenen Organisationen und ehemaligen Bundesbetrieben weiterbelastet werden? a. Sachverhalt und Rechtsgrundlage Gemäss Art. 71 Abs. 2 PKB-Statuten konnten Versicherte, die vor dem 1. Januar 1995 in die PKB eingetreten waren und eine Offerte für den Einkauf erhalten hatten, diesen Einkauf nach den offerierten Bedingungen zuzüglich 4% Zins vollziehen, sofern sie der PKB ihren Entscheid in einer festgelegten Frist mitteilten. Diese Bestimmung hatte zum Zweck, dass den Mitgliedern der PKB, welche die vorteilhafteren Einkaufsmöglichkeiten nach altem Recht nicht wahrgenommen hatten, weil sie darauf vertrauten, diesen Einkauf zu einem späteren Zeitpunkt zu gleichbleibenden Bedingungen tätigen zu können, eine Frist zum Nachholen dieses Einkaufes gewährt wurde[224]. Der Einkauf erfolgte zu nicht kostendeckenden Bedingungen. Art. 71 PKB-Statuten enthält jedoch keine Bestimmung, wie die daraus entstehenden Fehlbeträge finanziert werden sollten[225]. Im Gegensatz dazu wurden die in Art. 43 PKB-Statuten enthaltenen Leistungen in Zusammenhang mit administrativen Entlassungen mit einer Regelung der Finanzierung der entstehenden Kapitalunterdeckung versehen (Art. 43 Abs. 3): Gemäss dieser Bestimmung haben die Arbeitgeber bei administrativen Entlassungen der Pensionskasse das fehlende Deckungskapital zurückzuerstatten, es entstand also eine direkte Schuld der entsprechenden Arbeitgeber gegenüber der PKB[226]. b. Rechtliche Beurteilung Das Fehlen einer Regel über die Finanzierung der Einkaufsaktion in Art. 71 PKB-Statuten hat zur Folge, dass der aus der Einkaufsaktion entstehende zusätzliche Fehlbetrag Teil des gesamten Fehlbetrages der PKB wurde. Es entstand also keine «individualisierte» Schuld des entsprechenden Arbeitgebers zur Begleichung der durch seine Arbeitnehmer verursachten Kosten der Einkaufsaktion. Gemäss Art. 59 Abs. 1 PKB-Statuten ist der gesamte Fehlbetrag - inklusive der durch die Einkaufsaktion entstandenen Anteile - auf den Bund, seine Betriebe mit eigener Rechnung und die angeschlossenen Organisationen zu verteilen[227]. Es gibt keine Bestimmung in den PKB-Statuten, welche diesen Teil des Fehlbetrages von der Verteilung ausnehmen und zum Beispiel

#### **E. 27**

ausschliesslich dem Bund übertragen würde. Eine solche Übernahme durch den Bund würde, wie dargelegt, eine entsprechende gesetzliche Grundlage erfordern. Grundsätzlich hat die Verteilung des gesamten Fehlbetrages anteilmässig zu erfolgen, d. h. unter

Berücksichtigung des Anteils der jeweiligen Arbeitgeber am Deckungskapital (Art. 59 Abs. 1). Eine Differenzierung nach Bestandteilen des Fehlbetrages ist in dieser Bestimmung nicht vorgesehen. Man kann sich jedoch fragen, ob es der in Art. 59 PKB-Statuten festgehaltene Grundsatz der anteilmässigen Verteilung erlauben würde, die Verteilung des durch die Einkaufsaktion entstandenen Fehlbetragsanteils verursachergerecht durchzuführen, d. h. diesen Betrag im Verhältnis zu den durch die Arbeitnehmer der einzelnen Organisationen und Betriebe verursachten Kosten zu verteilen. Eine solche Differenzierung würde die Finanzierung der Einkaufsaktion - allerdings mit zeitlicher Verzögerung, d. h. erst im Rahmen der Verteilung des gesamten Fehlbetrages - der Finanzierung der administrativen Entlassungen nach Art. 43 PKB-Statuten annähern. Der Text von Art. 59 und die Konzeption der PKB-Statuten, welche grundsätzlich von einer verursachergerechten Verteilung der Fehlbeträge ausgeht, schliessen nach Erachten des BJ eine solche Lösung nicht aus. Für die Frage nach der Erfüllung eines Vertrauenstatbestandes im Rahmen der Festlegung des Fehlbetrages zum Zeitpunkt der Migration zu Publica verweist das BJ auf seine Ausführungen unter Ziff. 1.2. c. Schlussfolgerungen Insgesamt kann gesagt werden, dass die Fehlbetragszunahme aufgrund der Einkaufsaktion nach Art. 71 Abs. 2 PKB-Statuten ein Teil des aufgrund von Art. 59 PKB-Statuten zu verteilenden gesamten Fehlbetrags darstellt. Sie stellt damit zwar nicht eine «individualisierte» Schuld der einzelnen Arbeitgeber dar, kann aber indirekt im Rahmen der Verteilung des Fehlbetrages im Zeitpunkt des Austritts aus der PKB oder des Übertritts zu Publica den Arbeitgebern anteilmässig belastet werden. Grundsätzlich ist als Verteilschlüssel der Anteil des einzelnen Arbeitgebers am Deckungskapital massgebend. Eine andere, «verursachergerechte» Lösung scheint jedoch nicht von vorneherein ausgeschlossen. [157] Botschaft zum Bundesgesetz über die Pensionskasse des Bundes vom 1. März 1999, BBl 1999 5223 (nachfolgend «Botschaft PKB-Gesetz»). [158] Botschaft PKB-Gesetz, 5248. [159] Vgl. Botschaft PKB-Gesetz, 5245. [160] Art. 69 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 25. Juni 1982 (BVG, SR 831.40) erlaubt bei Vorsorgeeinrichtungen öffentlich-rechtlicher Körperschaften ein Abweichen vom Grundsatz der Bilanzierung in geschlossener Kasse, wenn die öffentliche Hand die Leistungen garantiert. Vgl. auch Art. 45 der Verordnung über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 18. April 1984 (BVG 2, SR 831.441.1).

## **E. 28**

[161] Das «Einfrieren» erfolgte auf Entscheid der Kasse selbst und wurde, soweit ersichtlich, nie dem Bundesrat vorgelegt (Auskunft des Eidgenössischen Personalamtes [EPA; David Gerber]). Vgl. dazu Art. 3 Abs. 1 und 2 der Verordnung vom 19. Dezember 1988 über den versicherten Verdienst des Bundespersonals (SR 172.222.101), wonach die angeschlossenen Organisationen - im Gegensatz zum Bund und seinen Betrieben (mit Ausnahme der Rüstungsbetriebe) - Erhöhungsbeiträge zu leisten haben. [162] Bundesgesetz über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 17. Dezember 1993 (FZG, SR 831.42). [163] Vgl. dazu Botschaft zur Verordnung über die Pensionskasse des Bundes und zu den Statuten der Pensions- und Hilfskasse der Schweizerischen Bundesbahnen vom 24. August 1994, BBl 1994 V 310 (nachfolgend «Botschaft PKB-Statuten»), 319. [164] Vgl. die Beratungen der Bundesversammlung vom 15. März 2000 (Ständerat, AB 2000 S 94 f.) und 6. Juni 2000 (Nationalrat; AB 2000 N 509 f.) zum Bundesgesetz über die Pensionskasse des Bundes (PKB-Gesetz). [165] Vgl. Botschaft Anlagepolitik, 3073, sowie die Änderung des Finanzhaushaltgesetzes und die

Genehmigung der Änderung PKB-Statuten vom 14. Dezember 1998 (AS 1999 2456 bzw. 2450). [166] Aufgrund Angaben der Eidgenössischen Finanzverwaltung brachte die neue Anlagepolitik folgende Performance in % des Wertschriftenvermögens: 1.7.1999 bis 31.12.1999 + 6,6% (hochgerechnet auf ein Jahr 13,6%). 1.1.2000 bis 31.12.2000 - 0,05% (Ende Jahr auf das ganze Jahr bezogen). 1.1.2001 bis 31.12.2001 - 10,92%. 1.1.2002 bis 31.12.2002 - 15,92%. [167] Bundesgesetz über die Pensionskasse des Bundes vom 23. Juni 2000 (PKB-Gesetz, SR 172.222.0). [168] Verordnung über die der Pensionskasse des Bundes Publica angeschlossenen Organisationen vom 29. August 2001 (Verordnung angeschlossene Organisationen, SR 172.222.011). Wie oben (Ziff. 3) dargestellt, übernimmt der Bund den ausschliesslich durch die Einführung des FZG bedingten Fehlbetragsanteil der angeschlossenen Organisationen. [169] Vgl., für den Bund, Art. 26 Abs. 2 PKB-Gesetz; für die angeschlossenen Organisationen, Art. 26 Abs. 2 PKB-Gesetz und Art. 10 Verordnung angeschlossene Organisationen. [170] Eidgenössische Finanzverwaltung/Eidgenössische Versicherungskasse, Gesamtübersicht über die PKB, 20. Dezember 2001, 6. [171] Wir entnehmen diese Angaben einer von der PKB zur Verfügung gestellten Tabelle: Austrittsdatum Organisation bzw. Betrieb 30.6.2001 Rüstungsbetriebe RUAG 31.12.2001 Post 31.12.2002 Skyguide SRG SSR idée suisse Schweiz. Verband künstl. Besamung Hochschule Wädenswil Lindenhofspital Föderativverband Nationale Informationsstelle für Kulturgütererhaltung Landw. Beratungsstelle Lindau Service romand de vulgarisation agricole Société des exp. de vins suisses Stiftung Bildung und Gesundheit Empa Bereich Testmaterialien Der Aktivversichertenbestand von Swisscom trat am 31.12.1998 aus der PKB aus, die Frage nach einer Übernahme von Anlageverlusten stellte sich zu diesem Zeitpunkt also noch nicht. [172] Gemäss Auskunft der PKB war er in den meisten Fällen zu diesem Zeitpunkt bereits amortisiert.

## **E. 29**

[173] Vgl. dazu Art. 3 der Verordnung über den versicherten Verdienst (Fussnote 5). [174] Bundesgesetz vom 30. April 1997 über die Organisation der Postunternehmung des Bundes (POG, SR 783.1). [175] BGRB, SR 934.21. [176] Von Seiten der Eidgenossenschaft durch die PKB. [177] Wie dies bisher schon in Einzelfällen geschehen ist. [178] Wir entnehmen die Informationen dieses Abschnittes den Angaben der Eidgenössischen Finanzverwaltung sowie den Auskünften der PKB bzw. der Publica. [179] Dies gilt auch für den ehemaligen Bundesbetrieb der Post. [181] Vgl. BGE 122 V 362, 364; BGE 123 III 280, 285. [182] Das Deckungskapital entspricht der Rückstellung, die nötig ist, um den reglementarischen Leistungsverpflichtungen zu genügen. [183] Vgl. Glossar in der Botschaft PKB-Gesetz, 5286. [184] «En vue de la création de la Caisse fédérale de pensions»; «[a]ll'atto della costituzione della Cassa pensioni». In den lateinischen Sprachen ist der Gesetzestext damit etwas offener formuliert. [185] Verordnung über die Pensionskasse des Bundes vom 24. August 1994 (PKB-Statuten, AS 1995 533). [186] Botschaft PKB-Gesetz, 5248. [187] Im Kontext dieses Abschnittes der Botschaft bezeichnet der Begriff PKB die Nachfolgekasse Publica (dieser Name war ja bei Erstellung der Botschaft noch nicht bestimmt). [188] Botschaft PKB-Gesetz, 5251. [189] Botschaft PKB-Gesetz, 5252. [190] Vgl. Sitzung der Staatspolitischen Kommission des Ständerats (SPK-S) vom 22. Februar 2000 und der SPK des Nationalrats (SPK-N) vom 30. März 2000. [191] Botschaft PKB-Gesetz, 5252. [192] Vgl. die Verweise in Fussnote 34 sowie auch das Kommissionsprotokoll SPK-N vom 11./12. November 1999 und insbesondere die Diskussionen im Nationalrat am 6. Juni 2000 (AB 2000 N 509 f.), sowie die Debatte im Ständerat am 15. März 2000 (AB 2000 S 94 f.). [193] Vorbehältlich der erwähnten Bestimmung zu den FZG-bedingten Fehlbetragsanteilen

(Art. 26 Abs. 1 Satz 2 PKB-Gesetz). [194] Punkt 4 des Anschlussvertrages mit dem Komitee für die Schweizerschulen im Ausland, vom 18. September 1995. Der entsprechende Vertrag war in seiner Fassung vom 30. Januar 1995 noch eindeutiger, indem er in Punkt 5 festhielt, dass «Änderungen der EVK-Statuten beziehungsweise künftige Beschlüsse des Bundesrates über die Neuverteilung des Fehlbetrages der angeschlossenen Organisationen» vorbehalten sind. [195] In Zukunft sollten ja entsprechende Fehlbeträge durch die Begleichung aller Arbeitgeberbeiträge verhindert werden. [196] Und entsprechend dann auch keinen Anspruch auf eine Beteiligung an allfälligen Anlagegewinnen durch eine Reduktion des zu verteilenden Fehlbetrages. [197] Vgl. die erwähnten Art. 26 Abs. 4 PKB-Gesetz und Art. 11 Verordnung angeschlossene Organisationen. [198] Art. 3 Abs. 2 Verordnung angeschlossene Organisationen.

### **E. 30**

[199] Dies entspricht im Übrigen auch den zum Teil in den Anschlussverträgen früherer Jahre enthaltenen Klauseln, wonach spätere Beschlüsse des Bundesrates über die Neuverteilung der Fehlbeträge vorbehalten sind (vgl. Fussnote 38). [200] Sowie die Tatsache, dass dieser zumeist auch bereits bezahlt oder ausgeglichen wurde. [201] Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) [202] Vgl. dazu zum Beispiel: Auer/Malinverni/Hottelier, *Droit constitutionnel suisse*, volume II: Les droits fondamentaux, Bern, 2000, Nr. 1122 ff.; Häfelin/Müller, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4. Aufl., 2002, Nr. 631 ff.; Rohner, Nr. 52 ad Art. 9, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/ Vallender, *Die schweizerische Bundesverfassung. Kommentar*, Zürich, 2002. [204] Botschaft PKB-Statuten, 327 f. [205] Botschaft PKB-Statuten, 332. [206] Vgl. Beratungen im Ständerat am 12. Dezember 1994 (AB 1994 S 1249 ff.) und im Nationalrat am 15. Dezember 1994 (AB 1994 N 2387 ff.). [207] Botschaft PKB-Statuten, 328. [208] Vgl. auch die entsprechenden Klauseln in den Vereinbarungen, siehe oben, Fussnote 38. [209] Vgl. Regelung der FZG-Anteile in Art. 26 Abs. 1 Satz 2 PKB-Gesetz und Art. 24 Postorganisationsgesetz. [210] Gemäss den uns von der PKB zur Verfügung gestellten Unterlagen handelt es sich um die Verträge der Post, der SRG, der skyguide, der société des exploitants de vins suisses und der Empa Bereich Testmaterialien. [211] Vgl. die Darlegungen des BJ zu unterzeichneten, aber noch nicht durch den Bundesrat genehmigten Verträgen (oben, Ziff. 1.2), die a fortiori für noch nicht unterzeichnete Verträge Gültigkeit haben. [213] Keine Gleichbehandlung im Unrecht, vgl. oben, Ziff. 1.3. [214] Insgesamt haben einzig die Post und Skyguide ihre Rentnerinnen und Rentner zur neuen Vorsorgeeinrichtung mitgenommen; eine der angeschlossenen Organisationen hatte zum Zeitpunkt des Austritts noch keine Rentner. [215] Gemäss mündlicher Information durch die Eidgenössische Finanzverwaltung. [218] Dies entspricht dem Wortlaut von Art. 59 Abs. 1 PKB-Statuten, welcher eine Verteilung auf die Arbeitgeber «unter Berücksichtigung ihres Anteils am Deckungskapital der aktiven Versicherten sowie der Rentnerinnen und Rentner» vorsieht. Dieser Verpflichtung kann sich eine austretende Organisation oder ein austretender Betrieb nicht durch Zurücklassen der Altrentenbestände bei der Kasse entziehen. [219] Abgesehen von der indirekten Beteiligung durch die Reduktion der Pflicht zur Finanzierung des Teuerungsausgleiches. [220] Der Teuerungsausgleich entspricht ja einer Zusatzleistung, die nicht durch die bei Austritt erfolgte 100%ige Deckung finanziert sind. [221] Vorbehältlich der erwähnten Sanierungsmassnahmen, für welche allerdings eine gesetzliche Grundlage geschaffen werden müsste.

### **E. 31**

[222] Im Falle der RUAG wurde allerdings die Regelung der die verbleibenden Rentnerinnen und Rentner betreffenden Verpflichtungen in der Austrittsvereinbarung vom 5. Juli 2001 ausdrücklich bis zum Übertritt zu Publica befristet und eine definitive Regelung auf diesen Zeitpunkt vorgesehen; hier ist also eine neue Vereinbarung notwendig. [224] Vgl. Botschaft PKB-Statuten, 330. [225] Dies gilt ebenfalls für die in Art. 71 Abs. 1 enthaltene Weiterführung der Anspruchsgarantien der Frauen der Eintrittsgeneration (sogenannte «Garantiefrauen»). Die Finanzierung der Leistungen für diese «Garantiefrauen» wurde bisher den Arbeitgebern nicht in Rechnung gestellt. Aufgrund des Bundesratsbeschlusses vom 14. Mai 2003 (Änderung der Verordnung vom 25. April 2001 über die Versicherung im Kernplan der Pensionskasse des Bundes [PKBV 1], RS 172.222.034.1) soll in Zukunft jedoch das Prinzip gelten, wonach die Kosten für das fehlende Deckungskapital der «Garantiefrauen» von den Arbeitgebern zu bezahlen ist. Das vorliegende Gutachten nimmt zu spezifischen Fragen zur Behandlung der «Garantiefrauen» nicht Stellung. [226] Ziel dieser Finanzierungsregel war es, dass die PKB nicht Renten oder Abfindungssummen bezahlen musste (und eine entsprechende Erhöhung des Fehlbetrages erleiden musste), ohne auf die Entscheide der Arbeitgeber Einfluss nehmen zu können. Mit Art. 43 Abs. 3 trugen diese neu «auch die Verantwortung für die finanziellen Folgen» dieser Massnahmen (Botschaft PKB-Statuten, 326). [227] Vgl. die Ausführungen unter 2.1.

### **E. 32**

Schweizerisches Bundesarchiv, Digitale Amtsdrukschriften Archives fédérales suisses, Publications officielles numérisées Archivio federale svizzero, Pubblicazioni ufficiali digitali JAAC 68.86 - Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 13. Juni 2003 In Verwaltungspraxis der Bundesbehörden Dans Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération In Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione Jahr 2004 Année Anno Band 68 Volume Volume Seite --- Page Pagina Ref. No 150 006 674 Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv und die Bundeskanzlei konvertiert. Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses et la Chancellerie fédérale. Il documento è stato convertito dall'Archivio federale svizzero e della Cancelleria federale.

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