

# ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT BV.2012.00109 vom 28. April 2014

ZH Sozialversicherungsgericht, 2014-04-28, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_BV.2012.00109](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_BV.2012.00109)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT BV.2012.00109 du 28 avril 2014

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT BV.2012.00109 del 28 aprile 2014

## Erwägungen

### E. 1

X.\_\_\_\_, geboren 1953, war aufgrund des Anfang 1998 zu stande gekommenen, zunächst auf fünf Jahre befristeten, am 17. Februar 2003 und am 22. Dezember 2006 bis zum 31. Dezember 2011 verlängerten Arbeitsvertrages (Urk. 2/2-3) bei der Y.\_\_\_\_ als Internationaler Direktor Marketing und Vorsitzender der Geschäftsleitung zu einem festen Jahresgehalt von anfänglich Fr. 750'000.-- zuzüglich Gewinnbeteiligung angestellt und bei der AXA Stiftung Zusatzvorsorge, Winterthur, versichert. Das Arbeitsverhältnis endete nach der am 1. März 2010 unter gleichzeitiger Freistellung ausgesprochenen Kündigung am 31. Dezember 2011 (Urk. 2/5), wobei dem Versicherten die Freizügigkeitsleistung auf ein Sperrkonto überwiesen wurde (Urk. 2/4).

Mit Schreiben vom 20. August und 24. September 2012 beantragte der anwaltlich vertretene X.\_\_\_\_

die Teilliquidation der Zusatzvorsorge (Urk. 2/6, 2/8), was von Seiten der Vorsorgeeinrichtung am 29. August und 5. sowie 30. Oktober 2012 (Urk. 2/7, 2/9, 2/12) abgelehnt wurde. Unter Bezugnahme auf den Beschluss der Personalvorsorge-Kommission (PVK) der Stiftung für die Zusatzvorsorge vom 14. September 2012 betreffend Verteilung der

per 1. September

2012 vorhandene Mittel unter den aktiven Versicherten, inklusiv Rentner, nach dem Verteilmodus 100 % Altersguthaben (Urk. 2/10) verlangte X.\_\_\_\_

am 2. November 2012 die Zustellung der diesbezüglichen Unterlagen

(Urk. 2/13) und am 12. November 2012 ersuchte er unter anderem, bei der Verteilung der freien Mittel berücksichtigt zu werden (Urk. 2/15), was die AXA Stiftung Zusatzvorsorge, Winterthur,

in der nachfolgenden Korrespondenz

ablehnte (Urk. 2/14.1-3, Urk. 2/16).

### E. 2

Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger den im Beschluss der PKV vom 14.09.2012 erwähnten Verteilplan sofort auszuhändigen.

### E. 3

Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger sofort die Jahresrechnung des Vorsorgewerks Y.\_\_\_\_ per 31.12.2011 und per 31.08.2012 auszuhändigen.

### **E. 3.2**

Trotz des der Vorsorgeeinrichtung zustehenden weitgehenden Ermessens haben sich demnach - u nabhängig davon, ob das Reglement „Teil- und Ge samt li qui da tion von Vorsorgewerken“ a uch bei der Verteilung freier Mittel sinn ge mäss an wendbar ist oder nicht (vgl. oben E. 2.2) -

namentlich die Aus wahl und Ge wich tung der Verteilungskriterien nach dem Grundsatz der Gleich be handlung der Destinatäre zu richten .

F reiwillige Austritte begründen nur dann kei nen An spruch auf einen Teil der freien Mittel und sind g rundsätzlich auch die in den letzten drei bis fünf Jahren vor Auflösung des Anschlussvertrages un frei willig aus dem Be trieb Ausgeschiedenen in den Verteilungsplan ein zu be zie hen, wenn sie nicht bereits im Rahmen einer Teilliquidation vollständig befriedigt worden sind

( BGE 128 II 394 E. 4 und E. 6).

Dass die Beklagte BGE 133 V 607 im vorliegende n Fall nicht für anwendbar häl t und sich zur Untermauerung ihres Standpunktes, bei der freiwilligen Verteilung frei er Mittel handle es sich um einen reinen Ermessensentscheid der PVK, aus schliesslich auf das nicht in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichts publizierte Urteil B 133/06 vom 1 6. Mai 2007 beruft und gel tend macht, BGE 128 II 394 beziehe sich nur auf die Verteilung freier Mit tel im Rah men einer Teil- oder Gesamliquidation (Urk. 7 S. 6-9) , ist nicht nach voll zieh bar. Denn der von ihr angerufene

Entscheid B 133/06 erging vor dem unter BGE 133 V 607 publizierten Urteil vom 1 9. September 200

### **E. 3.3**

). Diese zurückhaltende Überprüfung des Ermes sens ent schei des hat auch das Berufsvorsorgegericht nach Art. 73 BVG anzuwenden, wenn es sich mit der Verteilung von freien Mitteln zu befassen hat, die nicht Ge genstand eines von der Aufsichtsbehörde zu genehmigenden Teilungsplanes wa r ( Urteil des Bundesgerichts B 133/06 vom 16. Mai 2007 E.

2 in fine).

### **E. 3.4**

Entgegen der Auffassung der Beklagten vermag allein die mehr malige Be fri s tung des Anstellungsvertrages des Klägers die Freiwilligkeit seines Austritts nicht zu belegen. Es ist nämlich zu beachten, dass sich der Arbeitsvertrag laut des sen § 10 Abs. 1 nach Ablauf der fünfjährigen Dauer jeweils um zwei Jahre ver längern sollte, es sei denn, er werde von einer der beiden Vertragsparteien mit einer Frist von einem Jahr vorher schriftlich gekündigt (Urk. 2/2). Na ment lich die letzte Verlängerung vom 22. Dezember 2006 wurde dann aber nochmals auf fünf Jahre vereinbart, mithin bis zum 31. Dezember 201 1. Wiederum wurde vor ge sehen, dass sich der Vertrag danach, vorbehältlich der schriftlichen Kün di gung von einer der beiden Vertragsparteien mit einer ein jährigen Frist, jeweils um zwei Jahre verlängern sollte (Urk. 2/3). Dementsprechend wurde am 1. März 2010 die Beendigung des Arbeitsverhältnisses per 31. De zember 2011 mittels Kün digung von Seiten der Arbeitgeberin bewirkt (Urk. 2/5).

Das Kündigungsschreiben

wurde wie schon der Arbeitsvertrag (Urk. 2/2) ausschliesslich von der Präsidentin des Verwaltungsrates unterzeichnet und vom Kläger als Klage bei la ge ( Urk. 2/5 ) eingereicht . Auch ohne ausdrückliche Empfangsbestätigung steht so mit ausser Zweifel, dass der Arbeitsvertrag von der Arbeitgeberin rechtsgültig gekündigt wurde .

Die diesbezüglichen Vorbringen der Beklagten (Urk. 7 S. 3) gehen daher ins Leere.

Nach der gesetzlichen Terminologie liegt somit kein befristeter, sondern ein unbefristeter Vertrag mit Mindestdauer vor , auch unechter befristeter Vertrag genannt , wie er vor allem bei leitenden Angestellten ab und zu vorkommt ( vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag - Praxiskommentar zu Art. 319

-

362 OR, Zürich 2012, 7. Auflage, N 5 zu Art. 334 des Obligationenrechts, OR, mit Hinweis). Dementsprechend konnten vorliegend beide Parteien unter Vorbehalt der rechtzeitigen Kündigung der einen oder anderen Vertragspartei mit der Weiterführung des Vertrages um jeweils weitere zwei beziehungsweise fünf Jahre rechnen .

Der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses hing somit nicht davon ab, ob sich die Vertragsparteien auf eine Verlängerung einigen konnten, sondern ob keine fristgerechte Kündigung erfolgte. Es trifft daher nicht zu, dass sich der Kläger mit seinem Einverständnis zu der im Vertrag enthaltenen Befristung von vornherein mit der Nichtverlängerung des Arbeitsverhältnisses einverstanden erklärt hatte , wie dies die Beklagte geltend macht (Urk. 7 S. 10). Da die Kündigung

nicht von

ihm , sondern von der Arbeitgeberin ausgesprochen wurde, ist viel mehr

auszuschliessen, dass er der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zustimmte . Folglich erweist sich sein Ausscheiden Ende Dezember 2011 nicht als freiwillig .

### **E. 3.5**

Dies hat zur Folge, dass der Kläger in die am 14. September 2012 beschlossene Verteilung der am 1. September 2012 vorhandenen freien Mittel einzubeziehen und ihm der auf ihn entfallende Anteil auszuzahlen ist. Bei dieser Feststellung , die im Wesentlichen Ziff. 1 des Rechtsbegehrens entspricht, muss es im vorliegenden Verfahren sein Bewenden haben (vgl. Urteil des Bundesgerichts B 156/06 vom 21. Juni 2007 E. 8) . Da mit werden

auch die Editionsbegehren des Klägers gegenstandslos . 4.

Bei diesem Verfahrensausgang hat der obsiegende Kläger Anspruch auf eine Prozessentschädigung, die nach der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses ohne Rücksicht auf den Streitwert auf Fr. 2'100.-- (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) festzusetzen ist ( § 34 Abs. 1 und 3 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht, GSVGer). Das Gericht erkennt: 1.

In Gutheissung der

Klage wird festgestellt, dass der Kläger in die am 14. September 2012 beschlossene Verteilung der am 1. September 2012 vorhandenen freien Mittel einzubeziehen und ihm der auf ihn entfallende Anteil auszuzahlen ist. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Prozessentschädigung von Fr. 2'100.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) zu bezahlen. 4.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Rechtsanwalt Dr. iur. André Largier - AXA Stiftung Zusatzvorsorge, Winterthur, c/o AXA Leben AG - Bundesamt für Sozialversicherungen 5.

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Bundesgericht Beschwerde eingereicht werden ( Art. 82 ff. in Verbindung mit Art. 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht, BGG). Die Frist steht während folgender Zeiten still: vom siebten Tag vor Ostern bis und mit dem siebten Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit 15. August sowie vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar ( Art. 46 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist dem Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, zuzustellen.

Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat ( Art. 42 BGG). Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich Der Vorsitzende Die Gerichtsschreiberin Gräub Condamin

#### **E. 4**

, Urk. 11 S. 4).

Dem entsprechend verzichtete er auf die Durchsetzung einer Teilliquidation vor der Aufsichtsbehörde in dem in Art. 53d BVG vorgegebenen Verfahren.

Strittig und vorliegend zu prüfen ist die Frage, ob der Ende 2011 aus dem Arbeits- und Vorsorgeverhältnis ausgetretene Kläger in die am 14. September 2012 beschlossene freiwillige Verteilung freier Mittel hätte einbezogen werden müssen.

Die Beklagte verneint dies mit dem Argument, bezüglich der Verteilung freier Mittel bestünden keine reglementarischen Grundlagen. Nach Ziff. 7 des anwendbaren Organisationsreglements

(Urk. 8/4) gehöre es zu den Aufgaben und Kompetenzen der PVK, über die Verwendung der freien Mittel des Vorsorgewerks zu entscheiden. Kriterien würden nicht genannt. Die Verteilung stehe so grundsätzlich im Ermessen der PVK. Das Bundesgericht überprüfe denn auch

diesbezügliche Ermessensentscheide gemäss Urteil B 133/06 vom 16. Mai 2007 nur zurückhaltend. Im Endeffekt dürfe sich die PVK bei der freiwilligen Verteilung freier Mittel nicht von sachfremden Kriterien leiten lassen. Daran sei der Beschluss vom 14. September 2012 zu messen, nach dem der Bestimmungskreis nur die am Stichtag 1. September 2012 noch aktiv versicherten Personen und die Rentner umfassen soll, nicht aber die Angestellten, die das Vorsorgewerk bis zum 31. August 2012 verlassen haben

(Urk. 7 S.

### **E. 4.3**

mit Hinweisen ) ergeben würde, dass die freiwillige Ver teil lung freier Mittel tatsächlich nicht zu den - gemäss Schlussbestimmung - nicht ausdrücklich geregelten Fälle zu zählen ist, würde sich immerhin die Fra ge stellen , ob und inwieweit das Satzungsrecht der Beklagten durch richterliche Aus legung dahingehend zu ergänzen ist, dass bezüglich der freiwilligen Ver teil lung freier Mittel die für die Teil- und Gesamtliquidation geltenden reglemen ta ri schen Bestimmungen sinngemäss anwendbar sind; dies umso mehr, als auch in den Reglementen ein ausdrücklicher Verweis auf das diesbezüglich der PVK zu stehende Ermessen fehlt.

Angesichts der nachfolgend darzulegen den ein deu ti gen Rechtsprechung des Bundesgerichts kann indes auch diese Frage

im vorlie genden Ver fahren offen gelassen werden. 3. 3. 1

Das Bundesgericht hat in BGE 133 V 607 E. 4.2.3 entschieden, dass die nach BGE 128 II 394 zu beachtenden Grundsätze nicht nur bei Teil- oder Ge samt li qu i dationen, sondern allgemein bei Ausschüttungen gelten . Danach sind

n a ment lich die freien Mittel primär zur Erreichung des Vorsorgezwecks ein zu set zen und ist der Grundsatz der Gleichbehandlung zu wahren. Innerhalb dieser von der Recht sprechung entwickelten Leitlinien und gegebenenfalls zusätzlicher Schran ken (aufgrund der Stiftungsurkunde, des Reglements oder einer spe zi el len Ge setzesvorschrift) teilen die zuständigen Organe der Vorsorgeeinrichtung das freie

Vermögen nach pflichtgemäßem Ermessen auf ( Urteil des Bun des ge richts B 133/06 vom 16. Mai 2007 E. 2 mit Hinweisen ).

Dementsprechend beschränkt sich die Kognition der Aufsichtsbehörde im We sent lichen darauf, die jeweils, je nach Umständen weit(er)reichende Ermessens aus übung auf Missbrauch (Willkür, Über- oder Unterschreitung des Ermessens) hin zu überprüfen. Sie darf ihr eigenes Ermessen nicht an die Stelle desjenigen des Stiftungsrates setzen. Sie kann nur einschreiten, wenn der Entscheid des Stif tungsrats unhaltbar ist, weil er auf sachfremden Kriterien beruht oder ein schlä gige

Kriterien ausser Acht lässt ( vgl. BGE 138 V 346 E. 5.5.2 mit Hinweisen auf BGE 128 II 394 E.

### **E. 5**

S. 3 ff.). Letzterem wi der spricht der Kläger; er sei aufgrund der von der Ar beitgeberin ausgesprochenen Kün digung unfrei willig ausgetreten (Urk. 1 S. 5 ff., Urk. 11 S. 4, S. 7 ff.). Auch be ruft er sich auf die Gleichbehandlung der Destinatäre, insbesondere auf

BGE 133

V 607 E.

4.2.3 , wonach die

Grundsätze von BGE 128 II 394 nicht nur bei Teil- oder Gesamt li qui dationen, sondern allgemein bei Ausschüttungen zu be ach ten seien ( Urk. 11 S. 4 ff. ). 2 .

2 .1

Die Verwendung von freien Mitteln durch die Vorsorgeeinrichtungen ist in der beruflichen Vorsorge nur

im Zusammenhang mit der Teil- oder Gesamtliquidation ( Art. 53b ff. BVG und Art. 23 des Freizügigkeitsgesetzes, FZG, in der Fassung gemäss Gesetzesrevision vom 3. Oktober 2003, insbesondere Art. 53d Abs. 2 und 4; vgl. auch Art. 68a BVG und Art. 27g

der der Verordnung über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge, BVV2 , betreffend Überschussbeteiligungen aus Versicherungsverträgen) gesetzlich geregelt. Auch das Reglement „Teil- und Gesamtliquidation von Vorsorgewerken“ der Beklagten regelt ausschliesslich die Voraussetzungen und das Verfahren für die Teil- und Gesamtliquidation von Vorsorgewerken im Rahmen der Sammelstiftung, wobei nach dessen Ziffer 8 die aus der Teil- oder Gesamtliquidation verbleibenden freien Mittel unter anderem auch auf die unfreiwillig aus dem Vorsorgewerk aus geschiedenen Personengruppen verteilt werden (Urk. 2/19) . Bezüglich der freiwilligen Verteilung freier Mittel findet sich einzig im Organisationsreglement eine Bestimmung;

dessen Ziff. 6 sieht vor, dass die PVK unter anderem über die Verwendung des freien Vermögens des Vorsorgewerkes entscheidet (Urk. 8/4 S.

3). 2.2

Auf diese Bestimmung des Organisationsreglements beruft sich die Beklagte, wenn sie geltend macht, die freiwillige Verteilung freier Mittel liege einzig im Ermessen der PVK . Allerdings handelt es sich dabei nur um eine Zuständigkeitsregel. Auch hält die unter die Schlussbestimmungen des Reglements „Teil- und Gesamtliquidation von Vorsorgewerken“ fallende Ziff. 23 fest, dass die durch das

Reglement nicht ausdrücklich geregelten Fälle „ von der Stiftung unter Beachtung der gesetzlichen Vorschriften durch sinngemässe Anwendung erledigt “ werden (Urk. 2/19 S. 9). Es fragt sich daher, ob die PVK bei der Verteilung freier Mittel die für die Teil- und Gesamtliquidation geltenden regulatorischen Bestimmungen sinngemäss anzuwenden hätte.

Selbst wenn die Auslegung des Reglements nach dem Vertrauensprinzip und unter Beachtung der sogenannten Unklarheits- und Ungewöhnlichkeitsregeln ( vgl. BGE 132 V 278 E.

## **E. 7**

und im Gegensatz zu diesem äussert er sich nicht ausdrücklich zur generellen Anwendbarkeit der für die Teil- und Gesamtliquidation geltenden Grundsätze auf die freiwillige Verteilung freier Mittel, sondern kommt im konkreten Fall lediglich zum Schluss, eine Stichtagsbetrachtung sei in dieser Konstellation zulässig und weder sachfremd noch willkürlich und das Abstellen auf das zu einem bestimmten Zeitpunkt vorhandene Deckungskapital sachgerecht. Auch das von der Beklagten des Weiteren angeführte Fehlen eines ausdrücklichen Hinweises auf die allgemeine Geltung der in BGE 128 II 394 und BGE 133 V 607 fest gehaltenen Grundsätze bei jeglichen Ausschüttungen in den Regesten zu diesen Leitenscheiden (Urk. 7 S. 9) vermag die diesbezüglich eindeutige Aussage von BGE 133 V 607 , auf die auch

in BGE 135 V 113 E.

2.1.6, und

139 V 21 E. 2.4.2 Bezug genommen

wird, nicht zu relativieren .

Im Übrigen steht ausser Frage, dass es sich beim Entscheid über die freiwillige Verteilung freier Mittel in Ermangelung diesbezüglicher gesetzlicher oder regulatorischer Bestimmungen um einen reinen Ermessensentscheid handelt. Dies ändert jedoch nichts daran, dass dieser nicht missbräuchlich sein beziehungsweise nicht auf sachfremden Kriterien beruhen oder einschlägige Kriterien nicht ausser Acht lassen darf. Vorliegend ist daher zunächst zu prüfen, ob

bei der strittigen Verteilung der per 1. September 2012 vorhandenen freien Mittel die gemäss BGE 133 V 607 allgemein für Ausschüttungen geltenden Kriterien von BGE 128 II 394 beachtet worden sind . 3. 3

Soweit mit dem Beschluss der PVK vom 14. September 2012 (Urk. 2/10) der Bestützten Kreis auf die am Stichtag 1. September 2012 noch aktiv versicherten Personen und die Rentner beschränkt wurde und die Angestellten, die das Versorgungsgewerk bis zum 31. August 2012 verlassen haben, ausgeschlossen wurden, genügt der Beschluss dem Erfordernis, dass die in den letzten drei bis fünf Jahren unfreiwillig aus dem Betrieb Ausgeschiedenen grundsätzlich in den Verteilungsplan einzubeziehen sind , nicht. Da das Arbeitsverhältnis am 31. Dezember 2011 endete, schied der Klägers innerhalb der genannten Frist von drei bis fünf Jahren aus dem Kreis der Versicherten aus. Sein Anspruch auf freie Mittel hängt somit einzig davon ab, ob sein Austritt unfreiwillig erfolgte .

Daran ändern die weiteren , nicht substantiierten Einwände der Beklagten bezüglich einer anderweitig erfolgten Abfindung des Klägers (Urk. 7 S.

#### **E. 11**

f., Urk. 15 S. 8 ) nichts .

Im Zusammenhang mit der von ihr angeführten Überschussbeziehung

liess sie die Vorbringen des Klägers, wonach diese jährlichen Auszahlungen durch die Arbeitgeberin nichts mit der freiwilligen Verteilung freier Mittel zu tun habe (Urk. 11 S. 8), unwidersprochen. Soweit die

Beklagte geltend macht, möglicherweise habe der Kläger von der Arbeitgeberin als Ausgleich für die Nichtberücksichtigung im Verteilungsplan eine Abgangsentschädigung erhalten beziehungsweise eine derartige Abfindung stehe weiterhin im Raum (Urk. 7 S. 11, Urk. 15 S. 7), so verkennt sie, dass die Behauptungs- und Beweislast für diese

allenfalls rechtshindernde Tatsache bei ihr und nicht beim Kläger liegt (vgl. Art. 8 des Zivilgesetzbuches, ZGB).

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