

## **Mitteilungen über die berufliche Vorsorge Nr. 8**

vom 30. März 1988

### **INHALTSVERZEICHNIS**

- 46 Auflösung von Anschlussverträgen
- 47 Die "Vorsorgeeinrichtung ihres Berufes"
- 48 Bewertung der Aktienanlagen und Vorgehen bei Deckungslücken
- 49 Rechtsprechung; Urteile des Bundesgerichts betreffend die Rechtspflege in der beruflichen Vorsorge
- 50 Die Ausnahmen von der Schweigepflicht in der beruflichen Vorsorge
- 51 Hinweise
  - 1. Liste der für die berufliche Vorsorge anerkannten Experten
  - 2. Veranstaltungen des BSV für die definitive Registrierung der Vorsorgeeinrichtungen
  - 3. Verordnung über die Verpfändung von Ansprüchen einer Vorsorgeeinrichtung gegenüber einer Versicherungseinrichtung

**Infolge Neuformatierung können sich bei der Paginierung Abweichungen ergeben zwischen der gedruckten und der elektronischen Fassung.**

Die Mitteilungen über die berufliche Vorsorge sind ein Informationsorgan des Bundesamtes für Sozialversicherung. Ihr Inhalt gilt nur dann als Weisung, wenn dies im Einzelfall ausdrücklich gesagt wird.

## 46 Auflösung von Anschlussverträgen

(Art. 11 BVG)

Bereits in den Mitteilungen Nr. 1 vom 24. Oktober 1986 in Ziffer 1 und in Nr. 5 vom 1. Oktober 1987 in Ziffer 30 haben wir zum Anschlussverhältnis zwischen Vorsorgeeinrichtung und Arbeitgeber Stellung genommen. Nachfolgend weisen wir u.a. auf einige Grundsätze im Hinblick auf die Auflösung dieses Rechtsverhältnisses hin.

Arbeitgeber, die dem Obligatorium der beruflichen Vorsorge unterstellte Arbeitnehmer beschäftigen, haben sich gemäss Artikel 11 Absatz 1 BVG für diese einer im Register für die berufliche Vorsorge eingetragenen Vorsorgeeinrichtung anzuschliessen. Insbesondere bei der Auflösung dieser Anschlussverträge zwischen Sammelvorsorgeeinrichtungen und Arbeitgebern haben sich in der Praxis Fragen und Probleme ergeben, die einer Klärung bedürfen. Die nachfolgenden Ausführungen lassen die im Rahmen des Obligatoriums infolge eines renitenten Verhaltens von anschlusspflichtigen Arbeitgebern auftretenden besonderen Schwierigkeiten des Anschlussverhältnisses, welche vor allem die Auffangeinrichtung zu spüren bekommt, ausser Betracht.

### 1. Allgemeinrechtliche Aspekte

#### 1.1 Die Rechtsnatur des Anschlussverhältnisses

Das Anschlussverhältnis zwischen einem Arbeitgeber, der dem BVG unterstellte Arbeitnehmer beschäftigt, und einer registrierten Vorsorgeeinrichtung enthält verschiedene Vertragselemente. Diese sind vor allem versicherungs- sowie auftragsrechtlicher Natur. Bei Vorsorgeeinrichtungen in der Rechtsform einer Stiftung sind ferner die stiftungsrechtlichen, bei denjenigen in der Gestalt einer Genossenschaft die genossenschaftsrechtlichen und bei denjenigen öffentlichen Rechts die einschlägigen Regeln des öffentlichen Rechts zu beachten. Welches Element bzw. welche Regeln im einzelnen Anschlussverhältnis dominieren, ist nur aufgrund einer Analyse des betreffenden Falles anhand der konkreten Umstände zu ermitteln. Allgemein kann jedoch im vorliegenden Zusammenhang festgehalten werden, dass die Anschlusspflicht des Arbeitgebers gemäss Artikel 11 Absatz 1 BVG an sich das entsprechende Rechtsverhältnis mit der betreffenden Vorsorgeeinrichtung nicht qualifizieren kann.

#### 1.2 Die Dauer des Anschlussverhältnisses

Bezüglich der Gestaltung des Anschlussverhältnisses ist einmal wünschenswert, dass der Vertrag mit einer Vorsorgeeinrichtung so lange dauert, bis der betreffende Arbeitgeber, der nach wie vor dem BVG unterstellte Arbeitnehmer beschäftigt, für diese mit einer andern registrierten Vorsorgeeinrichtung einen Anschlussvertrag abgeschlossen hat oder allenfalls der Auffangeinrichtung angeschlossen worden ist. Jedenfalls sollten die bei der bisherigen Vorsorgeeinrichtung geäußerten Vorsorgemittel (bzw. Altersguthaben) ohne weiteren Unterbruch auf die neue

Vorsorgeeinrichtung übertragen werden können.

Die Auflösung des Anschlussverhältnisses eines Arbeitgebers mit einer privatrechtlichen Vorsorgeeinrichtung erfolgt nach den Regeln des Vertragsrechts bzw. des Schweizerischen Obligationenrechts. Dieses Rechtsverhältnis endet aber nicht automatisch mit der Erschöpfung der für die von der Vorsorgeeinrichtung zu erbringenden Leistungen vorhandenen Mittel. Die berufliche Vorsorge gemäss BVG ist eine gesetzlich vorgeschriebene Dauerverpflichtung des Arbeitgebers bzw. der Vorsorgeeinrichtung, grundsätzlich unabhängig von den vorhandenen Mitteln. Sie besteht für den Arbeitgeber solange, als er Arbeitnehmer beschäftigt, die bezüglich ihres Einkommens und Alters dem Obligatorium unterstellt sind. Wie lange ein Arbeitgeber einer bestimmten Vorsorgeeinrichtung angeschlossen sein muss, wird allerdings vom Gesetz nicht festgelegt. Die Dauer des Anschlussverhältnisses ist vielmehr zwischen den Parteien im Rahmen der allgemeinen Vertragsfreiheit zu vereinbaren.

Vielfach wird in der Praxis eine Vertragsdauer von 5, 8 oder 10 Jahren verabredet mit der Klausel, den Vertrag weiter zu verlängern oder, falls eine anderslautende Erklärung bis zu einem bestimmten Termin vor Vertragsende erfolgt, den Vertrag automatisch um jeweils ein Jahr weiterdauern zu lassen. Wird eine feste Vertragsdauer vereinbart, so dürfen sich die Parteien nicht in einem die Sittlichkeit verletzenden Mass (vgl. Art. 27 Abs. 2 ZGB) einschränken. Generell-abstrakte quantitative Anhaltspunkte für eine höchstzulässige Dauer der einzelnen Vertragsverhältnisse gibt es jedoch nicht.

### 1.3 Die Kündigung des Anschlussvertrages

Die für die Beendigung eines Dauerschuldverhältnisses angemessenste Kündigungsfrist legt Artikel 546 OR fest. Darin wird für die Kündigung einer auf unbestimmte Dauer vereinbarten einfachen Gesellschaft eine Frist von 6 Monaten vorgesehen, jeweils auf das Ende eines Geschäftsjahres. Diese Regelung wird übrigens in allen Dauerverträgen angewandt, in denen keine andere Kündigungsfrist vereinbart ist und für die kein anderweitiges Recht angewendet sein will. Sie erscheint auch für die Anschlussverträge, insbesondere unter dem Aspekt des BVG als sinnvoll.

Fraglich ist, ob ein Anschlussverhältnis, das mindestens die Durchführung des Obligatoriums der beruflichen Vorsorge gemäss BVG bezweckt, ohne weiteres auch durch Rücktritt vom Vertrag aufgelöst werden kann. Nach dem Sinn und Zweck der beruflichen Vorsorge gemäss BVG ist eine gewisse Beständigkeit der Anschlussverhältnisse schon aus praktischen Gründen zumindest wünschbar, wenn nicht geboten. In diesem Sinn hat denn auch Artikel 11 Absatz 3 BVG dem Anschlussvertrag rückwirkende Geltung vermacht und insofern in die Vertragsfreiheit der Parteien eingegriffen. Die Vorsorgeeinrichtung hat demzufolge ihre Leistungen auch für diejenige Zeit zu erbringen, während der ein Arbeitgeber mit dem BVG-Obligatorium unterstellten Arbeitnehmern sich für diese weder einer Vorsorgeeinrichtung angeschlossen hat, noch von der Auffangeinrichtung angeschlossen worden ist.

Daraus kann aber keinesfalls abgeleitet werden, dass auch die Auflösung eines Anschlussvertrages rückwirkend erfolgen könne; im Gegenteil könnte darauf die Ansicht gestützt werden, der Gesetzgeber habe soweit wie möglich ein Anschlussvakuum vermeiden wollen. Jedenfalls ist zu verhindern, dass im nachhinein eine vertragsfreie Periode konstruiert wird mit dem Ergebnis, dass ein in diesem Zeitraum eingetretener Vorsorge- oder Freizügigkeitsfall von Gesetzes wegen durch die Auffangeinrichtung zu übernehmen wäre. Eine rückwirkende Auflösung ist allerdings zuzulassen, wenn die neue Vorsorgeeinrichtung von der bisherigen Vorsorgeeinrichtung vom Zeitpunkt der Auflösung des bisherigen Anschlussvertrages an die Rechte und Pflichten vollständig und ohne Unterbruch übernimmt, d.h., wenn die Verpflichtungen der neuen Vorsorgeeinrichtung im Sinne der Kontinuität des Vorsorgeschatzes mit den Verpflichtungen der bisherigen Vorsorgeeinrichtung koordiniert sind.

#### 1.4 Die Auflösung eines Anschlussvertrages mit einer Sammeleinrichtung

Bei einer Sammeleinrichtung, die in der Regel eine grössere Zahl von angeschlossenen Arbeitgebern aufweist, ist davon auszugehen, dass Abschluss und Auflösung von Anschlussverträgen relativ häufig auftreten. Es ist deshalb bei der Auflösung eines Anschlussvertrages vom aufsichtsrechtlichen Standpunkt aus einerseits darauf zu achten, dass die Regeln für die Vertragsauflösung und für die allfällige Vermögensübertragung nicht aus praktischen Gründen unzumutbar werden und dass andererseits dennoch ein bestimmtes Minimum an Versichertenschutz auch am Ende des Anschlussverhältnisses gewahrt bleibt. Die Auflösung eines Anschlussvertrages ist aus organisatorischer Sicht eine Aufhebung des Vorsorgewerkes und aus rechtlicher die Auflösung eines unselbständigen Teils der Vorsorgeeinrichtung. Dabei sind insbesondere auch die für die teilweise Aufhebung der Stiftung bzw. Genossenschaft allgemein gültigen Regeln sinngemäss zu beachten.

Bei einer Einrichtung in Form der Sammelstiftung muss jedoch die Geschäftsaufgabe eines Arbeitgebers nicht zwangsläufig eine Aufhebung des betreffenden Vorsorgewerkes bewirken. Diese Aufhebung erfolgt bloss, wenn einer der in Artikel 88 ZGB genannten Gründe sinngemäss vorliegt. Danach tritt die Auflösung nur dann ein, wenn der Zweck des Vorsorgewerkes, die Durchführung des BVG-Obligatoriums, unerreichbar geworden ist, also z.B. wenn der Arbeitgeber keine obligatorisch zu versichernden Arbeitnehmer mehr beschäftigt. In diesem Fall bleibt der Aufsichtsbehörde bloss die Feststellung der Aufhebung des Vorsorgewerkes und die Sorge der Sicherstellung des mit dem entsprechenden Vermögen verfolgten Zweckes. Dabei ist zu beachten, dass die Kontinuität der bisherigen Vorsorge so weit wie möglich sichergestellt wird. In diesem Sinn sind unter der nachfolgenden Ziffer 2 einige Grundsätze für das Verfahren bei Auflösung des Anschlussvertrages festgehalten.

Bei Sammeleinrichtungen stellt sich im Zusammenhang mit der Auflösung eines kleinen Vorsorgewerkes noch die Frage, ob die Beachtung der nachfolgend erwähnten Grundsätze auch unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit zu bestehen vermag. Insbesondere ist davon auszugehen, dass bei Sammeleinrichtungen mit Tausenden, ja Zehntausenden von Arbeitgebern jährlich zahlreiche Auflösungen von Anschlussverträgen erfolgen. Darunter fallen

naturgemäss vor allem Vorsorgewerke, die nur ein kleines Vermögen aufweisen. Auflösungen von Anschlussverträgen mit dem voraussehbaren Ergebnis, dass nur ein geringer Betrag einer anderen Vorsorgeeinrichtung zu übertragen bzw. den Anspruchsberechtigten gutzuschreiben ist, können nach dem Grundsatz der Angemessenheit einer Massnahme nicht mit einem hohen Aufwand an Kontrolle und Aufsicht verbunden werden. So wäre es zweifellos unangemessen, bei einem Vorsorgevermögen von ein paar hundert oder tausend Franken und einem einzigen Destinatär auf Kosten des Vorsorgewerkes, d.h. letztlich des Anspruchsberechtigten, einen umfassenden Fachbericht der Kontrollstelle und des Experten zu verlangen, deren Honorare ein Mehrfaches des zu kontrollierenden Vorsorgevermögens ausmachen dürften.

Trotzdem bedarf es aber grundsätzlich auch in diesen Fällen einer sachgerechten und unabhängigen Prüfung der Versichertenansprüche, der Höhe der vorhandenen Vorsorgemittel und deren ordnungsgemässer Übertragung bzw. Verteilung und Gutschrift. In diesem Sinn kann in denjenigen Fällen, in denen geringfügige Vorsorgevermögen vorliegen, zwar auf die Zustellung eines Übernahmevertrages an das BSV zwecks Genehmigung verzichtet werden. Das verantwortliche Organ der betreffenden Vorsorgeeinrichtung muss aber auf alle Fälle die Auflösung des Anschlussvertrages ihrer Kontrollstelle, mit Kopie an das BSV, melden. Diese hat im Rahmen ihrer ordentlichen Prüfung die rechtmässige Auflösung des Vorsorgewerkes sowie die entsprechende Vermögensübertragung zu prüfen und dies in ihrem jährlichen Kontrollbericht zu bestätigen. Das gleiche gilt sinngemäss für die Auflösung eines Vorsorgewerkes infolge Geschäftsaufgabe des Arbeitgebers mit Auflösung der Arbeitsverträge.

## 2. Verfahrensgrundsätze bei Auflösung des Anschlussvertrages

Die folgenden Grundsätze gelten nur für die registrierten Vorsorgeeinrichtungen, die der Aufsicht des Bundesamtes für Sozialversicherung (BSV) unterstellt sind. Sie binden andere Aufsichtsbehörden oder gerichtliche Instanzen nicht.

### 2.1 Ordentliches Verfahren

2.11 Der Anschlussvertrag darf grundsätzlich nicht rückwirkend aufgelöst werden. Eine Ausnahme ist dann zulässig, wenn die neue Vorsorgeeinrichtung die Rechte und Pflichten aus dem bis anhin bestehenden Anschlussvertrag von der bisherigen Vorsorgeeinrichtung rückwirkend vollumfänglich übernimmt.

2.12 Falls sich der Arbeitgeber einer anderen registrierten Vorsorgeeinrichtung anschliesst, weil er nach wie vor dem BVG unterstellte Arbeitnehmer beschäftigt, so ist der Übernahmevertrag zwischen der bisherigen und der neuen Vorsorgeeinrichtung dem BSV sobald wie möglich einzureichen. Die Kontrollstelle hat in ihrem ordentlichen Bericht insbesondere zu bestätigen, dass die Abschlussbilanz des Vorsorgewerkes und die Berechnung der Ansprüche der Versicherten rechtmässig erfolgt ist.

2.13 Stellt das BSV unter dem aufsichtsrechtlichen Gesichtspunkt Unzulänglichkeiten im Zusammenhang mit der Auflösung des Vorsorgewerkes und der

Übertragung des Vermögens bzw. ihrer Rechte und Pflichten auf eine andere Vorsorgeeinrichtung fest, so teilt es dies der betreffenden Vorsorgeeinrichtung bzw. ihrer Kontrollstelle mit und ordnet allenfalls die entsprechenden Massnahmen an.

2.14 Ist der Übernahmevertrag mit dem Gesetz, den Verordnungen und dem Reglement konform, so genehmigt ihn das BSV unter Vorbehalt einer Bestätigung durch die Kontrollstelle gemäss Ziffer 2.12 und teilt dies der Vorsorgeeinrichtung sowie der Aufsichtsbehörde der neuen Vorsorgeeinrichtung mit.

2.15 Falls der Arbeitgeber sich keiner neuen Vorsorgeeinrichtung anschliesst, weil er keine dem BVG unterstellte Arbeitnehmer mehr beschäftigt, so muss die Vorsorgeeinrichtung dem BSV und der Kontrollstelle den Schlüssel zur Verteilung der freien Vorsorgemittel bekannt geben. Ferner hat sie das BSV und die Kontrollstelle darüber zu orientieren, wem das Vorsorgevermögen zu übertragen bzw. gutzuschreiben ist. Die Kontrollstelle hat bei der nächsten ordentlichen Prüfung insbesondere zu untersuchen und zu bestätigen, ob bzw. dass die Auflösung des Vorsorgewerkes rechtmässig erfolgt ist. Die Auflösung des Vorsorgewerkes ist erst dann rechtlich abgeschlossen, wenn das BSV seine Zustimmung dazu erteilt hat.

## 2.2 Summarisches Verfahren

2.21 Das summarische Verfahren ist zulässig, wenn das aufzulösende Vorsorgewerk im Jahr vor der Auflösung einen jährlichen Vermögenszugang von weniger als 50'000 Franken und einen Vermögensbestand von weniger als 500'000 Franken aufwies. Als Vermögenszugang gilt der vom Arbeitgeber gemäss Artikel 66 Absatz 2 BVG der Vorsorgeeinrichtung zu entrichtende Betrag. Als Vermögensbestand gilt die Summe der in der kaufmännischen Bilanz aufgeführten Aktiven, einschliesslich des Deckungskapitals.

2.22 Im Falle der Auflösung eines solchen Vorsorgewerkes und des Anschlusses des Arbeitgebers an eine andere Vorsorgeeinrichtung hat die bisherige Vorsorgeeinrichtung ihre Kontrollstelle über die Auflösung des Anschlussvertrages unverzüglich zu orientieren und dabei anzugeben

- wie hoch das Vorsorgevermögen ist und
- an wen dieses Vermögen zu übertragen ist.

Eine Kopie dieser Meldung hat die Vorsorgeeinrichtung dem BSV zuzustellen. Das BSV teilt hierauf die Auflösung des Vorsorgewerkes und die Übertragung des Vermögens an eine andere Vorsorgeeinrichtung der Aufsichtsbehörde dieser anderen Vorsorgeeinrichtung mit.

2.23 Die Kontrollstelle hat im Rahmen ihrer ordentlichen Prüfung die Auflösung des Vorsorgewerkes und die Übertragung dessen Vermögens auf eine andere Vorsorge- bzw. Freizügigkeitseinrichtung auf die Rechtmässigkeit hin zu prüfen und diese im Kontrollstellenbericht zu bestätigen.

2.24 Falls der Arbeitgeber sich keiner neuen Vorsorgeeinrichtung anschliesst, weil er keine dem BVG unterstellte Arbeitnehmer mehr beschäftigt, muss die Vorsorgeeinrichtung dem BSV und der Kontrollstelle den Schlüssel zur Verteilung der freien Mittel bekannt geben. Ferner muss sie das BSV und die Kontrollstelle darüber orientieren, wem das Vorsorgevermögen zu übertragen bzw. gutzuschreiben ist. Die

Kontrollstelle hat bei der nächsten ordentlichen Prüfung insbesondere zu untersuchen und zu bestätigen, ob bzw. dass die Auflösung des Vorsorgewerkes rechtmässig erfolgt ist. Die Auflösung ist erst dann rechtlich abgeschlossen, wenn das BSV seine Zustimmung dazu erteilt hat.

2.25 Bei Unzulänglichkeiten ordnet das BSV die entsprechenden Massnahmen an.

### 2.3 Inkrafttreten und zwischenzeitliche Regelung

Die obgenannten Grundsätze treten am 1. Juli 1988 in Kraft. Bezüglich den seit dem 1. Januar 1985 erfolgten Auflösungen von Anschlussverträgen ist zu beachten, dass Artikel 35 Absatz 2 BVV 2 die Kontrollstellen beauftragt, die Rechtmässigkeit der Geschäftsführung einer Vorsorgeeinrichtung zu prüfen bzw. zu bestätigen. Als Element der Geschäftsführung ist dabei auch die Auflösung von Anschlussvereinbarungen zu prüfen. Gestützt auf diese Bestimmung und aus Gründen der Praktikabilität haben die zuständigen Kontrollstellen auf dem Fragebogen des BSV für das Jahr 1987 auch zu bestätigen, dass allfällige Anschlussvertragsauflösungen in den Jahren 1985 und 1986 rechtmässig erfolgten.

## 47 Die „Vorsorgeeinrichtung ihres Berufes“

(Art. 44 Abs. 1 BVG)

### 1. Was ist unter dem Begriff "Vorsorgeeinrichtung ihres Berufes" gemäss Artikel 44 BVG zu verstehen?

Artikel 44 Absatz 1 BVG lautet:

„Selbständigerwerbende können sich bei der Vorsorgeeinrichtung ihres Berufes .... versichern lassen“.

Die Vorsorge für die Selbständigerwerbenden in der "Einrichtung ihres Berufes" stützt sich nicht auf ein Obligatorium, sondern auf die Freiwilligkeit der betreffenden Personen im Sinne von Artikel 4 BVG. Allerdings ist zu beachten, dass nur ihr Beitritt in eine solche Vorsorgeeinrichtung freiwillig ist, nicht aber die Folgen eines solchen Beitritts. Tritt ein Selbständigerwerbender nämlich nach Artikel 44 Absatz 1 BVG in die Vorsorgeeinrichtung seines Berufes ein, so treffen ihn grundsätzlich die Bestimmungen des BVG wie die Arbeitnehmer, die von einem bestimmten jährlichen Einkommen und einem gewissen Alter an automatisch dem Obligatorium der beruflichen Vorsorge unterstellt sind. Dies lässt sich bereits durch einen Vergleich mit Artikel 4 BVG belegen.

Absatz 1 dieser Bestimmung lautet wie folgt:

„ .... Selbständigerwerbende, die der obligatorischen Versicherung nicht unterstellt sind, können sich nach diesem Gesetz freiwillig versichern lassen.“

..... und Absatz 2:

"Die Bestimmungen über die obligatorische Versicherung..... gelten sinngemäss für die freiwillige Versicherung."

Damit ist bereits aus dem Wortlaut des Gesetzes klargelegt, dass der Anschluss eines Selbständigerwerbenden an eine Vorsorgeeinrichtung seines Berufes die rechtlichen Folgen des Obligatoriums der beruflichen Vorsorge gemäss BVG nach sich zieht.

Die Frage, ob jedermann, also z.B. auch eine beliebige Treuhandgesellschaft, eine "Vorsorgeeinrichtung ihres Berufes" errichten und diese einem Verband oder einem sonstigen Zusammenschluss von Berufsleuten als Verbands- bzw. Berufsvorsorgeeinrichtung offerieren kann, oder ob unter einer solchen Einrichtung nur die von einem Verband selber errichtete und verwaltete Einrichtung verstanden werden kann, hat der Gesetzgeber nicht beantwortet. Auch der Bundesrat führt in seiner Botschaft zum BVG dazu nur aus, dass diese Vorsorgeeinrichtung den betreffenden Selbständigerwerbenden aufgrund ihrer beruflichen Tätigkeit "nahe stehen" muss. Was darunter genau zu verstehen ist und wo die diesbezüglichen Grenzen verlaufen, muss in der Praxis entschieden werden. Dabei sind neben dem Grundsatz der Vertragsfreiheit auch Kriterien des Vorsorge- und des Fiskalrechts zu beachten. Allerdings müssen für die Einschränkung der erwähnten Vertrags- bzw. Stiftungerrichtungsfreiheit triftige Gründe angeführt werden können, die ein überwiegendes öffentliches Interesse an dieser Einschränkung auszudrücken vermögen.

Die Verbandsvorsorgeeinrichtung wird in der Praxis übrigens regelmässig in der Form einer Gemeinschaftsstiftung geführt, d.h. einer Stiftung, die sich durch eine gewisse Verbundenheit und Solidarität der angeschlossenen Arbeitgeber und Selbständigerwerbenden charakterisiert, was sich z.B. in der Einheitlichkeit der Reglemente und der Vermögensanlage ausdrückt.

2. Ist die „Vorsorgeeinrichtung ihres Berufes“ gemäss Artikel 44 Absatz 1 BVG ins Register für die berufliche Vorsorge einzutragen?

Unter Ziffer 1 ist dargetan, dass die "Vorsorgeeinrichtungen ihres Berufes" das Obligatorium der beruflichen Vorsorge durchführen müssen. Dabei ist festzuhalten, dass nach Artikel 48 Absatz 1 BVG sämtliche Vorsorgeeinrichtungen, die an der Durchführung der obligatorischen Versicherung teilnehmen, bei der Aufsichtsbehörde, der sie unterstellt sind, sich in das Register der beruflichen Vorsorge eintragen lassen müssen. Da Artikel 48 Absatz 1 BVG keine Differenzierung bzw. Ausnahme für diejenigen Einrichtungen macht, die ausschliesslich Selbständigerwerbende gemäss Artikel 4 in Verbindung mit Artikel 44 Absatz 1 BVG versichern, ist davon auszugehen, dass solche Einrichtungen sich ebenfalls in das Register für die berufliche Vorsorge bei der für sie zuständigen Aufsichtsbehörde eintragen lassen müssen.



3. Kann eine "Vorsorgeeinrichtung ihres Berufes" gemäss Artikel. 44 Absatz 1 BVG auch im ausserobligatorischen Bereich der beruflichen Vorsorge tätig sein?

Mit den Ausführungen unter Ziffer 1 ist bereits dargetan, dass von den Selbständigerwerbenden gestützt auf Artikel 44 Absatz 1 BVG nicht nur die ausserobligatorische Vorsorge (d.h. die sogenannte Säule 2b) aufgebaut werden kann, sondern dass zwingend auch der obligatorische Teil der beruflichen Vorsorge (Säule 2a) miteingeschlossen werden muss. Ob Selbständigerwerbende durch eine ausschliesslich im ausserobligatorischen Bereich tätige, also nicht im Register für die berufliche Vorsorge eingetragene Vorsorgeeinrichtung die steuerlich privilegierte berufliche Vorsorge durchführen können, ist übrigens in erster Linie eine Frage des Steuerrechts und weniger des Vorsorge- oder des Stiftungsrechts. Dabei hat der Fiskus das gesamte verfassungsmässige Ziel und System der Dreisäulenkonzeption der AHV-Vorsorge im Auge zu behalten; insbesondere ist die Aufgabe, Stellung und Funktion der gebundenen Vorsorge (Säule 3a) für die Selbständigerwerbenden entsprechend zu würdigen. Ferner ist davon auszugehen, dass im Rahmen der Zweiten Säule nur die kollektive, nicht aber die individuelle Vorsorge aufgebaut werden soll. Dies wurde auch durch das Bundesgericht in zwei neueren Entscheiden bestätigt (BGE vom 10. April 1987 i-Sa. T.K. AG und vom 21. April 1987 i-Sa. Z-Stiftung).

## 48 Bewertung der Aktienanlagen und Vorgehen bei Deckungslücken

(Art. 65 BVG; Art. 44 und 48 BVV 2)

Die deutliche Tieferbewertung der Aktien an in- und ausländischen Börsen seit Mitte Oktober 1987 stellt verschiedene Vorsorgeeinrichtungen, Kontrollstellen, Experten und Aufsichtsbehörden vor ungewohnte Tatsachen. Im Vordergrund steht dabei die Frage, wie die Aktienanlagen zu bewerten sind und welche Vorkehren zu treffen sind, falls die Entwicklung an den Aktienbörsen bei einzelnen Vorsorgeeinrichtungen zu Deckungslücken geführt hat.

### Grundsätzliches

Grössere Kursschwankungen an Aktienbörsen hat es immer gegeben und wird es immer geben; ständige Wertveränderungen sind ein Wesensmerkmal dieses Marktes. Es ist deshalb anzustreben, dass die Vorsorgeeinrichtungen damit leben können, und es sollte vermieden werden, dass die Pensionskassen bei jeder grösseren Schwankung Korrekturen im Reglement vornehmen müssen oder dass aus einer kurzfristigen Optik heraus die Bewertungsregeln verändert werden. Aus diesem Grund ist auch nach den Ereignissen des letzten Oktobers an den **Bewertungsregeln** in Artikel 48 BVV 2 **festzuhalten**. Diese Bestimmungen entsprechen den anerkannten Grundsätzen (Art. 959 und 960 OR) und stützen sich auf langjährige Erfahrungen ab. Sie leiten sich insbesondere aus den Erfordernissen der Bilanzwahrheit und -klarheit ab. Die Vorkommnisse des letzten Herbstes sind nicht derart aussergewöhnlich, als dass sich eine entsprechende Revision der diesbezüglichen Verordnungsbestimmungen aufdrängen würde.

Die weitaus meisten Vorsorgeeinrichtungen haben offenbar auch keine grossen Probleme mit dem allgemeinen Kurseinbruch bei den Aktien. Insbesondere dort, wo man sich an die von Verwaltern und Experten vertretene Grundregel gehalten hat, Aktienanlagen nur soweit zu tätigen, als freie Mittel, die bei Bedarf für den Ausgleich von Wertebussen bei den Aktiven herangezogen werden können, im Umfang von mindestens etwa einem Drittel dieser Anlagen vorhanden sind, bestehen kaum Schwierigkeiten.

In den Fällen, wo die Entwicklung des Aktienmarktes bei einer Vorsorgeeinrichtung zu namhaften Problemen geführt hat, kommt den BVG-Aufsichtsbehörden eine besondere Aufgabe zu. Laut Artikel 65 BVG müssen die Vorsorgeeinrichtungen nämlich **jederzeit Sicherheit dafür bieten**, dass sie die **übernommenen Verpflichtungen erfüllen** können, was nach Artikel 62 BVG von den Aufsichtsbehörden zu überwachen ist. Es muss somit überprüft werden, ob die gemäss Artikel 48 BVV 2 bewerteten Aktiven ein genügendes Ausmass erreichen, um die BVG-Altersguthaben bzw. das Deckungs- oder Sparkapital sowie die übrigen Verbindlichkeiten der Vorsorgeeinrichtung zu decken. Diese Verpflichtung gilt nicht im selben Mass für die öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen (vgl. Art. 45 BVV 2).

#### Deckungslücke und Liquidationsrisiko

Kann die Gesamtheit der Verbindlichkeiten durch das vorhandene Anlagekapital nicht mehr gedeckt werden, resultiert eine Deckungslücke. Laut Artikel 44 BVV 2 müssen die Einrichtungen in solchen Fällen für eine **Behebung** dieser Unterdeckung sorgen. Es besteht zwar die nicht ganz unberechtigte Auffassung, dass auch bei privaten Pensionskassen ein sofortiger Ausgleich einer durch Kursschwankungen auf dem Aktienportefeuille verursachten Deckungslücke eigentlich nicht unbedingt nötig wäre. Erfahrungsgemäss könne damit gerechnet werden, dass die Kursentwicklung mit der Zeit die Deckungslücke „von selbst“ wieder behebt. Eine solche Betrachtungsweise ist jedoch nur für solche Kassen unbedenklich, deren Weiterbestand mittelfristig gesichert ist. Anders ist dies dagegen bei Einrichtungen, die gerade in Baisse-Perioden liquidiert werden müssen. In solchen Fällen besteht bei Unterdeckung die Gefahr, dass reglementarische Leistungen nicht mehr ausgerichtet werden können. Bei allen Kassen, bei denen mittelfristig das **Liquidationsrisiko** nicht mit Sicherheit ausgeschaltet werden kann, also prinzipiell **bei allen privatwirtschaftlichen Einrichtungen**, muss deshalb grundsätzlich am **Erfordernis des Bilanzausgleichs** festgehalten werden.

#### Vorgehen bei Deckungslücken

Liegt bei einer Vorsorgeeinrichtung tatsächlich eine Unterdeckung vor, so muss sie laut Artikel 44 Absatz 2 die Aufsichtsbehörde informieren. Bei Leistungsprimatkassen ist die Vermutung einer Unterdeckung unter Umständen erst durch den Experten abzuklären. Dabei ist zu untersuchen, ob das Defizit auf grundlegende versicherungstechnische Ursachen, z.B. auf eine systematisch ungenügende Finanzierung, zurückzuführen ist oder ob allein der Kurseinbruch bei den Aktien zu diesem Resultat geführt hat. Im ersten Fall muss die Vorsorgeeinrichtung zusammen mit dem Experten versuchen, das Gleichgewicht zwischen Beiträgen und Leistungen wieder herzustellen.

Im zweiten Fall gilt der Grundsatz, dass primär versucht werden soll, die aktienkursbedingte Deckungslücke **durch vorhandene Reserven abzudecken**. Dazu dienen in erster Linie spezifisch ausgeschiedene Wertberichtigungsreserven. Aber auch andere, nicht bereits gebundene Rückstellungen können dafür herangezogen werden. Des weiteren ist zu untersuchen, ob auf anderen Aktivpositionen eventuell gewisse Unterbewertungen ("stille Reserven") vorliegen, die im Rahmen der Richtlinien von Artikel 48 BVV 2 noch aufgewertet werden können. Eine Position, die dabei ebenfalls anzusehen ist, sind in der Vergangenheit vorgenommene Abschreibungen, die gerade etwa bei Liegenschaften das erforderliche Mindestmass oft überschreiten.

Falls keine Reserven zur Verfügung stehen, besteht eine weitere Möglichkeit darin, dass sich die **Stifterfirma bzw. der Arbeitgeber** bereit erklärt, bei der Überbrückung des Defizites **Hilfestellung** zu leisten. Allerdings genügt dazu aufgrund von Artikel 43 Absatz 3 BVV 2 eine blosser Garantieerklärung eines privatrechtlichen Arbeitgebers nicht. Es gibt jedoch verschiedene andere Möglichkeiten. Denkbar wäre zum Beispiel ein Zuschuss in der Höhe des Defizits an die Pensionskasse, der als Arbeitgeberbeitragsreserve gutgeschrieben werden könnte. In den folgenden Jahren liesse sich dann diese Reserve entsprechend dem Abbau des Fehlbetrages zur Beitragsfinanzierung heranziehen. Weitere Varianten sind denkbar; es gilt, eine der Unternehmung und der Einrichtung angepasste Lösung zu finden.

Falls dieser Weg nicht gangbar ist, kann des weiteren eine **Amortisation** des Fehlbetrages über eine den Umständen angemessene Frist in Betracht gezogen werden. Die Länge dieser Frist wird vom Gesetz nicht vorgeschrieben; je nach der Höhe des Defizites und der besonderen Situation der einzelnen Vorsorgeeinrichtung kann sie verschieden hoch sein. Eine wichtige Rolle muss dabei auf jeden Fall das Risiko einer Liquidation der Vorsorgeeinrichtung in den nächsten Jahren spielen, soweit dies in der gegenwärtigen Lage beurteilt werden kann.

Grundsätzlich sollte dabei aber nach Möglichkeit vermieden werden, dass wesentliche reglementarische Grössen wie Beitragsund Leistungssätze dauernd geändert werden müssen, da die gegenwärtige Baisse der Aktienbörse doch als vorübergehend anzusehen ist. Denkbar wäre z.B. stattdessen eine prioritäre Heranziehung der in den kommenden Jahren anfallenden freien Mittel (Zins-, Mutations- und technische Gewinne) für diesen Zweck. In Zusammenarbeit mit dem Experten und der Aufsichtsbehörde lassen sich sicher der Situation entsprechende Lösungsmöglichkeiten finden.

## **49 Rechtsprechung; Urteile des Bundesgerichts betreffend die Rechtspflege in der beruflichen Vorsorge**

In einem Urteil vom 9. September 1987 i.Sa. P. (publiziert in BGE 113 V 198 und demnächst auszugsweise auch in der ZAK) hat das Eidgenössische Versicherungsgericht die Frage aufgeworfen, jedoch nicht entschieden, ob Vorsorgeeinrichtungen des öffentlichen Rechts Verfügungen über die Ansprüche ihrer Mitglieder erlassen dürfen.

Das EVG hat im übrigen im gleichen Urteil entschieden, dass Streitigkeiten im Sinne von Artikel 73 Absatz 1 BVG ungeachtet der rechtlichen Natur der betroffenen Vorsorgeeinrichtung (Einrichtung des öffentlichen oder des privaten Rechts) vor Erhebung einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde durch die gleiche letzte kantonale Gerichtsstanz zu beurteilen sind.

In einem weiteren Urteil vom 10. November 1987 i.Sa. Z. gegen EVK (publiziert in „Die Praxis des Bundesgerichts“ 1987 Nr. 253) hat das Bundesgericht festgehalten, dass der Rechtsweg nach Artikel 73 BVG sowohl für öffentlich-rechtliche wie für privatrechtliche Vorsorgeeinrichtungen und insbesondere auch für die Vorsorgeeinrichtungen des Bundespersonals gilt.

## 50 Die Ausnahmen von der Schweigepflicht in der beruflichen Vorsorge

(Art. 86 BVG)

Personen, die an der Durchführung, der Kontrolle oder der Aufsicht in der beruflichen Vorsorge beteiligt sind, unterliegen hinsichtlich der persönlichen und finanziellen Verhältnisse der Versicherten der Schweigepflicht. Ausnahmen von dieser Pflicht regelt der Bundesrat in einer am 7. Dezember 1987 erlassenen Verordnung. Der Bundesrat hat in dieser Verordnung bezüglich der sachlich begründeten Fälle - ähnlich wie in der AHV/IV- und in der UV-Gesetzgebung - eine Liste von Ausnahmetatbeständen geschaffen. Der Anwendungsbereich der Verordnung erstreckt sich allerdings nur auf die im Register für die berufliche Vorsorge eingetragenen Vorsorgeeinrichtungen.

Aus praktischen Überlegungen und im Hinblick auf den Zusammenhang zwischen der Schweigepflicht und der Auskunftspflicht der AHV/IV-Organen im Bereich der beruflichen Vorsorge hat der Bundesrat übrigens beide Sachgebiete in einer einzigen Verordnung geregelt. Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich auf die Ausnahmen von der Schweigepflicht.

Artikel 1 enthält in Absatz 1 eine Aufzählung von Personen und Behörden, denen gegenüber die Schweigepflicht für die Durchführung ihrer Aufgaben ohne weiteres, d.h. ohne Einwilligung der Betroffenen, entfällt. Absatz 2 erlaubt die Entbindung von der Schweigepflicht auch gegenüber anderen Personen und Behörden, wenn die betroffene Person oder ihr gesetzlicher Vertreter dem zustimmt. Damit sind diejenigen Fälle, in denen die Schweigepflicht entfällt, abschliessend aufgezählt.

Eine Verletzung der Schweigepflicht ohne Rechtfertigungsgrund im Sinne der erwähnten Ausnahmefälle wird mit Gefängnis bis zu sechs Monaten oder mit Busse bis 20'000 Franken bedroht, falls nicht sogar eine schwerere Strafe gemäss Strafgesetzbuch für die betreffende Tat vorgesehen ist. Ferner ist zu beachten, dass mit der vorliegenden Verordnung eine privatrechtliche Pflicht zur Geheimhaltung nicht aufgehoben wird. Die Begrenzung der Geheimhaltungspflicht in Artikel 86 Absatz 1 BVG auf die persönlichen und finanziellen Verhältnisse der Versicherten und ihrer Arbeitgeber entbindet also z.B. die Kontrollstelle oder den Experten einer Vorsorgeeinrichtung nicht von ihrer (zivilrechtlichen) Pflicht zur Verschwiegenheit

auch in den Bereichen, die ausserhalb der persönlichen und finanziellen Verhältnisse liegen. Ebenso bleiben in dieser Beziehung die Aufsichtsbehörden an ihr Amtsgeheimnis im Umfang der einschlägigen öffentlichrechtlichen Vorschriften gebunden.

Die Liste der Personen und Behörden, denen gegenüber die Schweigepflicht entfällt, entspricht im wesentlichen jener der Ersten Säule (AHV/IV) sowie der Unfallversicherungsgesetzgebung. Generell ist festzuhalten, dass die Aufhebung der Geheimhaltungspflicht eine Güterabwägung bedingt. Dabei sind die auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter und Interessenlagen aller Betroffenen gegenseitig abzuwägen, dies im Wissen, dass die unter dem Grundsatz der Geheimhaltung stehenden Sachbereiche in der Zweiten Säule äusserst delikats sein können und das Interesse an der Geheimhaltung im allgemeinen und vermutungsweise entsprechend hoch ist.

Die Aufhebung der Geheimhaltungspflicht ist daher nur dann gerechtfertigt, wenn das Interesse daran eindeutig schützenswerter ist als dasjenige an der Geheimhaltung selber. Was ein "schützenswerteres Interesse" ist, kann jedoch nur im Einzelfall, d.h. unter Beachtung der konkreten Umstände, nach den anerkannten Regeln des Verwaltungsrechts sachgerecht ermittelt werden. Von der Schweigepflicht kann in jedem Fall nur insoweit entbunden werden, als diejenigen Personen und Behörden, denen die entsprechenden Angaben und Unterlagen zukommen, diese für die Durchführung ihrer Aufgaben unbedingt brauchen und diese Angaben und Unterlagen nicht anderswo und anderswo unter Beachtung der Geheimhaltung beschafft werden können.

In diesem Sinn enthebt Artikel 1 Absatz 1 Buchstabe d der Verordnung die Vorsorgeeinrichtung gegenüber der Steuerbehörde nur insofern von der Schweigepflicht, als es sich um Angaben und Unterlagen im Zusammenhang mit der Besteuerung einer von ihr dem Steuerpflichtigen erbrachten Leistung handelt. Keinen Zugang hat aber die Steuerbehörde auf die Angaben bezüglich der Beitragsberechnung für die Vorsorge des betreffenden Steuerpflichtigen.

Wird ein Steuerfall allerdings bei einer richterlichen Behörde anhängig gemacht, so kann diese gestützt auf Artikel 1 Absatz 1 Buchstabe e dieser Verordnung u.U. auch Einblick in die Beitragsberechnung und deren Grundlagen nehmen. Diese Bestimmung erlaubt es nämlich jeder richterlichen Behörde, sofern kein schützenswertes Interesse des Betroffenen entgegensteht, auch dann Einblick in die Situation der beruflichen Vorsorge einer Partei zu nehmen, wenn diese nicht im Zentrum steht, sondern bloss eine akzessorische Stellung einnimmt. Dies trifft im vorliegenden Streitfall namentlich für ehe-, insbesondere ehedüter- und erbrechtliche Streitigkeiten zu.

Die BVG-Aufsichtsbehörden sind übrigens nicht zur Aufhebung der Schweigepflicht befugt, wie dies z.B. in der AHV für das Bundesamt für Sozialversicherung der Fall ist. Die Vorsorgeeinrichtungen können nämlich auch bezüglich der Geheimhaltungspflicht nicht mit den AHV-Ausgleichskassen gleichgestellt werden. Generell und grundsätzlich ist zu vermeiden, dass den BVG-Aufsichtsbehörden Eingriffe in die internen Angelegenheiten der Vorsorgeeinrichtungen in mehr als unbedingt erforderlichem Masse ermöglicht werden.

Die Verordnung ist am 1. Januar 1988 in Kraft getreten. Damit ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass die Geheimhaltungspflicht auch für Sachverhalte, die vor diesem Datum, aber nach dem Inkrafttreten des BVG (1. Januar 1985) eingetreten sind, aufgehoben ist. Die entsprechende Gesetzesgrundlage besteht nämlich bereits seit dem 1. Januar 1985. Die zur Auskunft Berechtigten bzw. die Betroffenen haben aber nicht zu entgelten, dass die diesbezügliche Ausführungsgesetzgebung einige Zeit auf sich warten liess.

## 51 Hinweise

### 1. Liste der für die berufliche Vorsorge anerkannten Experten

Die Liste der für die berufliche Vorsorge anerkannten Experten mit Stand vom 1. Januar 1988 kann zum Preis von Fr. 1.40 bezogen werden bei der Eidgenössischen Drucksachen- und Materialzentrale, 3000 Bern (Bestellnummer 318.768.88).

### 2. Veranstaltungen des BSV für die definitive Registrierung der Vorsorgeeinrichtungen

Das Bundesamt für Sozialversicherung veranstaltet im Juni 1988 drei Informationstagungen für die unter seiner Aufsicht stehenden und in seinem Register für die berufliche Vorsorge provisorisch eingetragenen Vorsorgeeinrichtungen im Hinblick auf deren definitive Registrierung. Die Veranstaltungen finden an folgenden Tagen und Orten statt:

- 3. Juni 1988 für die Vorsorgeeinrichtungen in der deutschsprachigen Schweiz (Gruppe I) in Bern;
- 23. Juni 1988 für die Vorsorgeeinrichtungen in der französischsprachigen Schweiz (Gruppe II) in Lausanne;
- 30. Juni 1988 für die Vorsorgeeinrichtungen in der deutschsprachigen Schweiz (Gruppe III) in Bern.

Diese Vorsorgeeinrichtungen werden im Laufe des Monats April 1988 eingeladen und über die weiteren Details hinreichend informiert.

### 3. Verordnung über die Verpfändung von Ansprüchen einer Vorsorgeeinrichtung gegenüber einer Versicherungseinrichtung (Art. 71 Abs. 2 BVG)

Der Bundesrat hat am 17. Februar 1988 die Verordnung über die Verpfändung von Ansprüchen einer Vorsorgeeinrichtung gegenüber einer Versicherungseinrichtung verabschiedet. Damit ist es in Abweichung des in Artikel 71 Absatz 2 BVG enthaltenen Verpfändungsverbots auch nach dem Inkrafttreten des BVG einer Vorsorgeeinrichtung in einem bestimmten Rahmen möglich, die einer Versicherungseinrichtung übertragenen Vorsorgegelder zu mobilisieren. Mit dieser

Verpfändung kann die Vorsorgeeinrichtung z.B. die Stundung einer der Versicherungseinrichtung geschuldeten Einmalprämie sicherstellen.

Der Bundesrat hat insbesondere die Kontroll- und Aufsichtsstellen bei einer Verpfändung von Ansprüchen einer Vorsorgeeinrichtung zur besonderen Aufmerksamkeit verpflichtet. Die Verordnung ist am 1. Januar 1988 in Kraft getreten.