



Zurück

## Urteilkopf

147 V 259

29. Auszug aus dem Urteil der II. sozialrechtlichen Abteilung i.S. Personalvorsorgestiftung der Ärzte und Tierärzte PAT-BVG gegen A. AG und B. (Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten)  
9C\_440/2020 vom 25. Mai 2021

## Regeste

Art. 62 Abs. 1 Einleitungssatz, Abs. 1 lit. d, Art. 62a Abs. 2 lit. c und Abs. 3 Satz 1 BVG; Art. 4 Abs. 1, Art. 13 Abs. 1 und Art. 15 Abs. 2 des Gesetzes des Grossen Rates des Kantons Bern vom 17. März 2014 über die Bernische BVG- und Stiftungsaufsicht (BBSAG); Art. 18 Abs. 1 lit. f und Abs. 2 der Verordnung des Regierungsrates des Kantons Bern vom 21. Oktober 2009 über die Aufsicht über die Stiftungen und die Vorsorgeeinrichtungen (ASVV); Gutachtenskosten.

Gemäss Art. 62 Abs. 1 Einleitungssatz BVG wacht die Aufsichtsbehörde - hier die Bernische BVG- und Stiftungsaufsicht (BBSA) - darüber, dass die Vorsorgeeinrichtungen sowie die Einrichtungen, die nach ihrem Zweck der beruflichen Vorsorge dienen, die gesetzlichen Vorschriften einhalten und dass das Vorsorgevermögen zweckgemäss verwendet wird. Sie trifft die zur Behebung von Mängeln erforderlichen Massnahmen, wobei sie u.a. bei Bedarf Gutachten anordnen kann (E. 5-5.2.2). Die dadurch verursachten Kosten sind der beaufsichtigten Vorsorgeeinrichtung aufzuerlegen (E. 5.3 und 6; vgl. auch **BGE 141 V 509** E. 3.1).

Sachverhalt ab Seite 260

BGE 147 V 259 S. 260

**A.** Die in Zug domizilierte A. AG war am 13./17. Mai 2013 durch den Stiftungsrat der Personalvorsorgestiftung der Ärzte und Tierärzte PAT-BVG (nachfolgend: Personalvorsorgestiftung) beauftragt worden, für diese Retrozessionen, Kickbacks und ähnliche Provisionszahlungen von Finanzinstituten und Vermögensverwaltern zurückzufordern. In der Folge gelangten die A. AG, deren Auftragsverhältnis zwischenzeitlich - wenn auch mit noch hängigen zivilrechtlichen Forderungen bezüglich der Aufwandsentschädigung - beendet worden war, und B., seines Zeichens damaliger Verwaltungsrat der A. AG und Destinatär der Personalvorsorgestiftung, mit Eingabe vom 17. April 2015 an die Bernische BVG- und Stiftungsaufsicht (BBSA). Sie beantragten, der Stiftungsrat der Personalvorsorgestiftung sei anzuweisen, seine Aufsichtsfunktionen gegenüber der Geschäftsführung wahrzunehmen; ferner sei im Sinne einer vorsorglichen Massnahme ein Sachwalter für die Personalvorsorgestiftung einzusetzen. Zur Begründung wurde im Wesentlichen vorgebracht, es bestünden gewichtige Anhaltspunkte, dass die Personalvorsorgestiftung es unterlassen werde, ihr zustehende Retrozessionen einzufordern, wodurch ihr respektive den Versicherten ein Schaden in der Höhe von ca. 21 Mio. Fr. drohe. Die BBSA nahm daraufhin Sachverhaltsabklärungen vor, wobei sie namentlich die X. AG mit der Erstellung eines Gutachtens zur Frage betraute, ob die behaupteten Retrozessionsansprüche plausibel seien. U.a.

BGE 147 V 259 S. 261

gestützt auf die am 31. Mai 2017 ausgefertigte Expertise gelangte die Aufsichtsbehörde zum Ergebnis, dass der Personalvorsorgestiftung keine Rechtsverletzung vorgeworfen werden könne, die ein aufsichtsrechtliches Einschreiten im Sinne der gestellten Anträge rechtfertigten; die Aufsichtsbeschwerde sei daher abzuweisen und sowohl die Kosten des Verfahrens in der Höhe von Fr. 3'500.- als auch diejenigen des Gutachtens im Betrag von Fr. 94'391.90 je zur Hälfte der A. AG und B. aufzuerlegen (Verfügung vom 14. Dezember 2017).

**B.** Die A. AG und B. liessen dagegen Beschwerde einreichen (...).

Das angerufene Bundesverwaltungsgericht hiess die Beschwerde teilweise gut und hob die Verfügung der BBSA vom 14. Dezember 2017 insoweit auf, als auf die Aufsichtsbeschwerde vom 17. April 2015, soweit von der A. AG angehoben, mangels Beschwerdelegitimation nicht hätte eingetreten werden dürfen; ferner überband es die Gutachtenskosten von Fr. 94'391.90 der Personalvorsorgestiftung. Nicht eingetreten wurde auf die Beschwerde im übrigen Umfang des Hauptbegehrens (Anweisung an den Stiftungsrat, seine Aufsichtsfunktion wahrzunehmen, und Einsetzung eines Sachwalters). Abschlägig beschied das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde schliesslich hinsichtlich der eventualiter angetragenen Neuverlegung der Verfahrenskosten im Betrag von Fr. 3'500.- und der subeventualiter geforderten Rückweisung der Sache an die Aufsichtsbehörde (Urteil vom 29. Mai 2020).

**C.** Die Personalvorsorgestiftung lässt Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten führen mit dem Rechtsbegehren, es sei das vorinstanzliche Urteil insoweit aufzuheben, als ihr damit die Kosten des Gutachtens in der Höhe von Fr. 94'391.90 auferlegt würden, und es seien die entsprechenden Kosten der A. AG und B., eventualiter nur B. respektive subeventualiter der BBSA zu überwälzen.

Die A. AG und B. lassen auf Abweisung der Beschwerde schliessen, soweit darauf einzutreten sei. Das BBSA beantragt ebenfalls deren Abweisung. Die Oberaufsichtskommission Berufliche Vorsorge (OAK BV) und das Bundesamt für Sozialversicherungen verzichten auf eine Vernehmlassung. Mit Eingabe vom 19. Oktober 2020 lässt die Personalvorsorgestiftung an ihren Anträgen festhalten.

Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab.

(Auszug)

## Erwägungen

BGE 147 V 259 S. 262

Aus den Erwägungen:

**3.** Streitig und zu prüfen ist, ob die Vorinstanz Bundesrecht verletzte, indem sie die Kosten des von der BBSA veranlassten Gutachtens der X. AG vom 31. Mai 2017 in der Höhe von Fr. 94'391.90 der Beschwerdeführerin auferlegt hat.

(...)

**5.** In der Beschwerde wird dem Bundesverwaltungsgericht sodann insofern ein bundesrechtswidriges Vorgehen vorgeworfen, als es die Kosten des vom 31. Mai 2017 datierenden Gutachtens der X. AG im Betrag von Fr. 94'391.90 der Beschwerdeführerin auferlegt.

**5.1** Die Beschwerdeführerin ist eine Einrichtung, die nach ihrem Zweck der beruflichen Vorsorge im Sinne von **Art. 61 Abs. 1 BVG** und Art. 1 der Verordnung vom 10. und 22. Juni 2011 über die Aufsicht in der beruflichen Vorsorge (BVV 1; SR 831.435.1) dient. Sie untersteht mithin der Aufsicht durch die BBSA (Art. 3 Abs. 1 lit. a des Gesetzes des Grossen Rates des Kantons Bern vom 17. März 2014 über die Bernische BVG- und Stiftungsaufsicht [BBSAG; BSG 212.223]; Art. 1 lit. b und Art. 17 Abs. 1 der Verordnung des Regierungsrates des Kantons Bern vom 21. Oktober 2009 über die Aufsicht über die Stiftungen und die Vorsorgeeinrichtungen [ASVV; BSG 212.223.1]).

### 5.2

**5.2.1** Gemäss Art. 62 Abs. 1 Einleitungssatz BVG wacht die Aufsichtsbehörde darüber, dass u.a. die Vorsorgeeinrichtungen sowie die Einrichtungen, die nach ihrem Zweck der beruflichen Vorsorge dienen, die gesetzlichen Vorschriften einhalten und dass das Vorsorgevermögen zweckgemäss verwendet wird. Sie trifft dabei die zur Behebung von Mängeln erforderlichen Massnahmen (**Art. 62 Abs. 1 lit. d BVG**). **Art. 62a BVG** ("Aufsichtsmittel") nennt die Mittel, die der Aufsichtsbehörde diesbezüglich zur Verfügung stehen. So kann sie namentlich bei Bedarf Gutachten anordnen (**Art. 62a Abs. 2 lit. c BVG**).

**5.2.2** In Nachführung der betreffenden bundesrechtlichen Bestimmungen sieht die kantonbernische Regelung vor, dass der BBSA für die Aufsicht über die Vorsorgeeinrichtungen sowie die Einrichtungen, die nach ihrem Zweck der beruflichen Vorsorge dienen, die Aufsichtsmittel nach **Art. 62a BVG** zur Verfügung stehen (Art. 4

BGE 147 V 259 S. 263

Abs. 1 BBSAG). Diese beinhalten u.a. die Anordnung von Gutachten (Art. 18 Abs. 1 lit. f ASVV).

### 5.3

**5.3.1** Was die Tragung der Kosten der entsprechenden aufsichtsrechtlichen Vorkehren anbelangt, wurde im Rahmen der Umsetzung der Strukturreform im Bereich der Aufsicht in der beruflichen Vorsorge gemäss dem mit Bundesgesetz vom 19. März 2010 (AS 2011 3393 ff.) teilweise geänderten **Art. 61 ff. BVG** und der total revidierten BVV 1 (AS 2011 3425 ff.) u.a. auf 1. Januar 2012 ein neuer **Art. 62a Abs. 3 Satz 1 BVG** in das Gesetz eingefügt. Danach gehen die Kosten für aufsichtsrechtliche Massnahmen zulasten der

Vorsorgeeinrichtung oder Einrichtung, die nach ihrem Zweck der beruflichen Vorsorge dient, welche die Massnahme verursacht hat. Gemäss Botschaft vom 15. Juni 2007 zur Änderung des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (Strukturreform; BBl 2007 5669 ff. [nachfolgend: Botschaft]) sind damit "Massnahmen nach Absatz 2 gemeint, die eine Dienstleistung von Dritten (bspw. Gutachten, kommissarische Verwaltung etc.) erfordern" (BBl 2007 5705 zu Art. 62a E-BVG). Nach HANS-ULRICH STAUFFER (Berufliche Vorsorge, 3. Aufl. 2019, S. 758 Rz. 2295) ist in **Art. 62a Abs. 3 BVG** der Grundsatz enthalten, "dass die Kosten der Aufsicht entsprechend dem Verursacherprinzip der beaufsichtigten Vorsorgeeinrichtung auferlegt werden" ( **BGE 141 V 509** E. 3.1 mit Hinweisen). Laut Botschaft soll dadurch bezweckt werden, dass das oberste Organ der Vorsorgeeinrichtung seine Aufgaben pflichtgemäss wahrnimmt und vor allem überwacht, dass die Geschäftsführung die an sie delegierten Aufgaben in Übereinstimmung mit Gesetz und Reglement ausführt. Mit dieser gesetzlichen Verankerung des Verursacherprinzips soll zusätzlicher Aufwand in der Überwachung durch die Aufsichtsbehörde mit entsprechenden Kostenfolgen möglichst vermieden werden (BBl 2007 5705 zu Art. 62a E-BVG; vgl. auch PETRA CAMINADA, Staatliche Aufsicht in der beruflichen Vorsorge, 2012, S. 151 oben; CHRISTINA RUGGLI, in: BVG und FZG, Kommentar zum schweizerischen Sozialversicherungsrecht, 2. Aufl. 2019, N. 10 und Fn. 28 zu **Art. 62a BVG**; STÉPHANE VOISARD, L'auxiliaire dans la surveillance administrative - Du droit bancaire et financier au droit administratif général, 2014, S. 447).

**5.3.2** Nach Art. 13 Abs. 1 BBSAG erhebt die BBSA für ihre Tätigkeiten Gebühren, die - neben einer jährlichen Grundgebühr (lit. a) -

BGE 147 V 259 S. 264

aus solchen für Dienstleistungen und spezielle Tätigkeiten bestehen (lit. b). Gemäss Art. 18 Abs. 2 ASVV trägt die Kosten für aufsichtsrechtliche Massnahmen nach Abs. 1 der Verordnungsbestimmung grundsätzlich die Stiftung oder die Vorsorgeeinrichtung (vgl. E. 5.2.2 vorstehend).

## 6.

**6.1** Bei der am 17. April 2015 bei der BBSA deponierten Eingabe handelt es sich um eine Aufsichtsbeschwerde, auf deren Eingang hin die Aufsichtsbehörde im Sinne von **Art. 62 Abs. 1 BVG** respektive Art. 3 Abs. 1 lit. a BBSAG in Verbindung mit Art. 1 lit. b und Art. 17 Abs. 1 ASVV tätig geworden ist. Das von ihr in diesem Zusammenhang in Auftrag gegebene Gutachten der X. AG vom 31. Mai 2017 stellt daher ein Aufsichtsmittel im Sinne von **Art. 62a Abs. 2 lit. c BVG** bzw. Art. 4 Abs. 1 BBSAG in Verbindung mit Art. 18 Abs. 1 lit. f ASVV dar. Daraus lässt sich mit dem Bundesverwaltungsgericht der Schluss ziehen, dass dessen Kosten - gemäss ausdrücklicher Regelung in **Art. 62a Abs. 3 BVG**, Art. 4 Abs. 1 BBSAG und Art. 18 Abs. 2 ASVV - dem Betriebsrisiko der beaufsichtigten Institution, hier der Beschwerdeführerin, zuzurechnen und damit grundsätzlich von ihr "verursacht" und zu tragen sind.

**6.2** Was in der Beschwerde dagegen vorgetragen wird, führt zu keinem anderen Ergebnis.

**6.2.1** Insbesondere dringt die Beschwerdeführerin mit ihrem Einwand nicht durch, **Art. 62a Abs. 3 BVG** sei auf Aufsichtsbeschwerdeverfahren der vorliegenden Art nicht anwendbar. Wie hiervor erwogen, soll mit dem in der fraglichen Bestimmung festgehaltenen Verursacherprinzip sichergestellt werden, dass das oberste Organ der Vorsorgeeinrichtung motiviert ist, die Geschäftsführung sorgfältig zu überwachen und auf diese Weise zusätzlichen Aufwand in der Überwachung durch die Aufsichtsbehörde mit entsprechenden Kostenfolgen möglichst zu vermeiden. Aus den Gesetzesmaterialien ergeben sich keine Anhaltspunkte, wonach **Art. 62a Abs. 3 BVG** anlässlich eines Aufsichtsbeschwerdeverfahrens nicht zur Anwendung gelangen sollte. Auch in der Literatur finden sich, soweit ersichtlich, keinerlei Hinweise für eine derartige Lesart. Die von der Beschwerdeführerin vertretene Sichtweise würde denn auch der Intention des Gesetzgebers zuwiderlaufen, einen Anreiz zur sorgsamen Geschäftsführung zu setzen und die Aufsicht in der beruflichen Vorsorge generell zu stärken (vgl. BBl 2007 5681 Ziff. 1.1.6, 5705 zu

BGE 147 V 259 S. 265

Art. 62a E-BVG). Weshalb dieses Ziel im Rahmen von Aufsichtsbeschwerdeverfahren nicht angestrebt werden sollte, offenbart sich nicht und wird in der Beschwerde auch nicht näher dargetan. Im Gegenteil ist es in der Praxis oftmals so, dass die Aufsichtsbehörden von allfälligen Missständen erst respektive nur durch Aufsichtsanzeigen und -beschwerden erfahren. Würde der Auffassung der Personalvorsorgestiftung gefolgt, führte dies mutmasslich dazu, dass Dritte mögliche Unregelmässigkeiten auf Grund der Ungewissheit des Ausgangs eines entsprechenden Verfahrens und des damit verbundenen Kostenrisikos wohl nurmehr sehr zurückhaltend anzeigten. Die Aufsichtsfunktion in der beruflichen Vorsorge würde diesfalls jedoch nicht gestärkt, sondern geschwächt.

**6.2.2** Ferner erweist sich auch der in der Beschwerde herausgestrichene Unterschied zwischen eigentlichen - kostenmässig zulasten der betroffenen Vorsorgeeinrichtung gehenden - aufsichtsrechtlichen Massnahmen und der Einholung einer Expertise im Sinne einer blossen Sachverhaltsabklärung dienenden, vorgelagerten (präventiven) Vorkehr, deren Auslagen den Verfahrensbeteiligten nach Massgabe ihres Obsiegens und Unterliegens aufzuerlegen seien, als unbehelflich. Weder findet sich in der in **Art. 62a Abs. 2 BVG** enthaltenen Auflistung möglicher Aufsichtsmittel eine entsprechende Differenzierung, noch würde eine solche in Anbetracht der damit einhergehenden Abgrenzungsproblematik Sinn machen. Mit der

Vorinstanz kann die in **Art. 62a Abs. 3 BVG** verankerte Kostentragungspflicht daher nicht an die Bedingung geknüpft werden, dass ein Abklärungsverfahren zwingend in eine (aufsichtsrechtliche) Massnahme zur Behebung eines Mangels nach **Art. 62 Abs. 1 lit. d BVG** münden muss. Im Übrigen hat die BBSA in ihrer Verfügung vom 14. Dezember 2017 hervorgehoben, dass sich auf Grund der während des laufenden Verfahrens nunmehr bundesgerichtlich geklärten Frage betreffend die Verjährung von Retrozessionsansprüchen für die Personalvorsorgestiftung die Frage stelle, ob sie weitere derartige Forderungen geltend machen könne. Es bestehe insbesondere bei denjenigen Positionen Klärungsbedarf, bei denen keine Offenlegung der Retrozessionen erfolgt sei und hierbei namentlich in Bezug auf die Position "BCV". Es würden - so die BBSA abschliessend - gegenüber der Stiftung aufsichtsrechtliche Schritte eingeleitet, falls diese die notwendigen Prüf-, Abklärungs- und gegebenenfalls Rückforderungspflichten nicht wahrnehmen und im Anhang zur Jahresrechnung nicht offenlegen werde. Vor diesem

BGE 147 V 259 S. 266

Hintergrund lässt sich die Frage, ob die Gutachtensergebnisse letztendlich nicht doch zu aufsichtsrechtlichen Massnahmen führen (werden), jedenfalls zurzeit noch nicht definitiv beantworten.

**6.2.3** Ebenso wenig rechtfertigt sich des Weiteren eine Abkehr von dem in **Art. 62a Abs. 3 BVG** enthaltenen Kostenverlegungsprinzip infolge rechtsmissbräuchlichen Einleitens des Aufsichtsbeschwerdeverfahrens. Wie im angefochtenen Entscheid erwogen wurde, ging es der A. AG und B. dabei zwar in nicht unerheblichem Masse auch um die hängigen zivilrechtlichen Forderungen zwischen den Parteien. Dieser Aspekt verdiente im Rahmen eines dazu "missbrauchten" aufsichtsrechtlichen Prozesses keinen Rechtsschutz. Da das im Rahmen des Verfahrens veranlasste Gutachten der X. AG vom 31. Mai 2017 jedoch ein mögliches Retrozessionsanspruchspotential von rund 5 Mio. Fr. aufgezeigt hat, zu dessen Durchsetzung die Beschwerdeführerin in der Verfügung der BBSA vom 14. Dezember 2017 denn auch angehalten wurde, kann nicht von einer zweckwidrigen Inanspruchnahme eines Rechtsinstituts zur blossen Verwirklichung von Interessen gesprochen werden, die damit nicht geschützt werden sollen (**BGE 134 I 65** E. 5.1.; Urteil 8C\_607/2013 vom 28. November 2013 E. 6.1 mit Hinweisen, in: SVR 2014 UV Nr. 9 S. 29).

**6.2.4** Sodann verfängt auch das Argument der Beschwerdeführerin nicht, die BBSA habe, da mit der Anordnung eines Gutachtens das Verhältnismässigkeitsprinzip verletzt worden sei, als (Mit-)Verursacherin der entstandenen Kosten zu gelten und diese daher ebenfalls (mit-)zutragen. Einerseits unterlässt die Beschwerdeführerin es darzulegen, mit welchem "milderen" Mittel sich die doch komplexe Materie hätte klären lassen sollen. Vielmehr lag diesbezüglich eine unübersichtliche, schwer zugängliche Ausgangslage vor, die es zu bereinigen galt. Zum andern erwies sich die Anhebung des Aufsichtsbeschwerdeverfahrens nach dem zuvor Ausgeführten auch nicht als rechtsmissbräuchlich mit der Folge, dass die BBSA keinerlei aufsichtsrechtliche Schritte hätte einleiten dürfen. Eine "nicht rechtskonforme Instruktion" durch diese, wie beschwerdeweise moniert, ist demnach nicht erkennbar.

**6.2.5** Schliesslich vermag die Personalvorsorgestiftung aus Art. 15 Abs. 2 BBSAG, wonach die Gebühren für Dienstleistungen und spezielle Tätigkeiten von der beaufsichtigten Institution oder von Dritten zu entrichten sind, die solche Dienstleistungen oder

BGE 147 V 259 S. 267

Tätigkeiten verursachen oder in Anspruch nehmen, nichts zugunsten ihres Standpunkts abzuleiten. Zum einen steht die betreffende Bestimmung nicht im Widerspruch zu dem in **Art. 62a Abs. 3 BVG** festgehaltenen "Verursacherprinzip", sondern beinhaltet dieses ebenfalls. Zum andern ginge die BVG-Norm, wie von der Vorinstanz einlässlich dargelegt, infolge Vorrangs von Bundesrecht (**Art. 49 Abs. 1 BV**) allfällig anderslautenden kantonrechtlichen Regelungen ohnehin vor. Da die BBSA neben den Vorsorgeeinrichtungen und Einrichtungen gemäss **Art. 61 Abs. 1 BVG**, die nach ihrem Zweck der beruflichen Vorsorge dienen, auch anderweitige Stiftungen und Institutionen zu beaufsichtigen hat (vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. b-d BBSAG), ist davon auszugehen, dass die in Art. 15 Abs. 2 BBSAG enthaltene Kostenregelung, soweit sie von Dritten als möglichen Kostenträgern spricht, auf die betreffenden Fälle gemünzt ist. Folglich unterstehen sämtliche Vorsorgeeinrichtungen und sonstige Einrichtungen, die nach ihrem Zweck der beruflichen Vorsorge dienen, in Bezug auf aufsichtsrechtliche Vorgänge dem Kostentragungsregime nach **Art. 62a Abs. 3 BVG** bzw. - auf kantonaler Ebene - auf kantonalbernerische Verhältnisse rezipiert - Art. 4 Abs. 1 und Art. 15 Abs. 2 BBSAG in Verbindung mit Art. 18 Abs. 2 ASVV. Eine wie auch immer geartete Verletzung des Rechtsgleichheitsgebots gemäss **Art. 8 Abs. 1 BV** ist nicht auszumachen.

**6.3** Zusammenfassend hält der vorinstanzliche Entscheid vor Bundesrecht stand, weshalb es damit sein Bewenden hat.