



## Urteil vom 25. August 2016

Besetzung

Richterin Marianne Ryter (Vorsitz),  
Richterin Marie-Chantal May Canellas,  
Richter Michael Beusch,  
Gerichtsschreiberin Tanja Petrik-Haltiner.

Parteien

**A.** \_\_\_\_\_,  
(...),  
vertreten durch MLaw Sarah Witschi, Rechtsanwältin,  
Staiger, Schwald & Partner AG,  
Elfenstrasse 19, Postfach 133, 3000 Bern 15,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Sicherheitsfonds BVG,**  
Geschäftsstelle, Eigerplatz 2, Postfach 1023, 3000 Bern 14,  
Vorinstanz

**BBSA Bernische BVG- und Stiftungsaufsicht,**  
Belpstrasse 48, Postfach, 3000 Bern 14,  
Beigeladene.

Gegenstand

Sicherstellung von gesetzlichen und reglementarischen Leistungen.

**Sachverhalt:****A.**

Die A.\_\_\_\_\_ bezweckt gemäss Handelsregisterauszug vom 24. Mai 2016 als Sammelstiftung i.S.v. Art. 80 ff. des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210) die Durchführung der beruflichen Vorsorge im Rahmen des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG, SR 831.40) und seiner Ausführungsbestimmungen für die Arbeitnehmenden der mittels Vereinbarung angeschlossenen Arbeitgebenden, die bei ihr ein Vorsorgewerk errichtet haben.

Die A.\_\_\_\_\_ schloss mit der Personalvorsorgestiftung der B.\_\_\_\_\_ in Liquidation am (...) einen Vertrag betreffend die Übertragung der Rentendeckungskapitalien von Letzterer auf Erstere per (...) (act. 1/Beilage 4). Die Arbeitgeberin und Stifterfirma B.\_\_\_\_\_ wurde per (...) infolge Liquidation im Handelsregister des Kantons Thurgau gelöscht, ihre Personalvorsorgestiftung am (...) infolge am (...) verfügter Aufhebung.

**B.**

**B.a** Am 1. Oktober 2014 erliess die Bernische BVG- und Stiftungsaufsicht (BBSA) betreffend die "Aufhebung des Vorsorgewerks Rentenkasse B.\_\_\_\_\_" an die Adresse der A.\_\_\_\_\_ folgende Verfügung (Dispositiv):

1. Der Stiftungsrat (zuständiges Organ der Rentenkasse) wird angewiesen, innert 30 Tagen seit Zustellung dieser Verfügung beim Sicherheitsfonds BVG den Antrag zur Übernahme der Verpflichtungen der Rentenkasse zu stellen.
2. Die Übernahme der Leistungen der Rentenkasse durch den Sicherheitsfonds BVG haben per 1. Dezember 2014 zu erfolgen.
3. Die Sammelstiftung wird angewiesen, die Rentendeckungskapitalien, die versicherungstechnischen Reserven und die Anteile Wertschwankungsreserven der Rentenkasse per 30. November 2014 an den Sicherheitsfonds BVG zu überweisen.

4.-7 (...).

**B.b** Mit Beschwerde vom 3. November 2014 beantragte die A.\_\_\_\_\_ die Aufhebung der Verfügung der BBSA vom 1. Oktober 2014, unter Kosten- und Entschädigungsfolge (bundesverwaltungsgerichtliches Verfahren A-6431/2014). In prozessualer Hinsicht ersuchte sie um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde.

**C.**

Am 13. November 2014 erliess der Sicherheitsfonds BVG gegenüber der A.\_\_\_\_\_ folgende Verfügung:

1. Die gesetzlichen und reglementarischen Leistungen der Versicherten des Vorsorgewerks Rentenkasse B.\_\_\_\_\_ der A.\_\_\_\_\_ werden sichergestellt und der Sicherheitsfonds führt die laufenden Renten selbst weiter.
2. Der Stiftungsrat wird angewiesen, für die Absprache der administrativen Übertragung der Rentenleistungen und der Aktiven des Vorsorgewerks mit der Geschäftsstelle des Sicherheitsfonds Kontakt aufzunehmen.
3. Der Stiftungsrat wird angewiesen, die Rentenleistungen bis zur Regelung der administrativen Übertragung aus den noch vorhandenen Mitteln des Vorsorgewerks weiter auszurichten.
4. Der Sicherheitsfonds tritt im Umfang von (...) Mio. CHF gegenüber sämtlichen Personen, die für die Zahlungsunfähigkeit des Vorsorgewerks ein Verschulden trifft, in die Ansprüche der Vorsorgeeinrichtung ein.
5. Einer allfälligen Beschwerde gegen diese Verfügung wird die aufschiebende Wirkung entzogen.
6. Es werden keine Kosten auferlegt.

**D.**

Mit Beschwerde vom 26. November 2014 beantragt die A.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Beschwerdeführerin), es sei festzustellen, dass die Verfügung des Sicherheitsfonds BVG (nachfolgend: Vorinstanz) vom 13. November 2014 nichtig sei. Eventualiter beantragt sie die Aufhebung dieser Verfügung. In prozessualer Hinsicht ersucht sie um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde.

**E.**

Das Bundesverwaltungsgericht heisst das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde im vorliegenden Verfahren ebenso als auch dasjenige betreffend Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde im Verfahren A-6431/2014 mit Zwischenentscheiden vom 5. Februar 2015 gut.

Das Bundesgericht weist die gegen diese Zwischenverfügung im vorliegenden Verfahren seitens der Vorinstanz erhobene Beschwerde mit Urteil

9C\_159/2015 vom 25. August 2015 ab, soweit es darauf eintritt. Die Zwischenverfügung im Verfahren A-6431/2014 bleibt unangefochten.

**F.**

In ihrer Vernehmlassung vom 9. November 2015 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde. Die Beigeladene lässt sich innert Frist zur Hauptsache nicht vernehmen.

**G.**

Mit Replik vom 14. Januar 2016 hält die Beschwerdeführerin an ihren Anträgen gemäss Beschwerde vom 26. November 2014 fest.

**H.**

Die Vorinstanz bestätigt mit Duplik vom 19. Februar 2016 ihren Antrag auf Abweisung der Beschwerde.

**I.**

Auf die Vorbringen der Parteien und eingereichte Dokumente wird – sofern entscheidrelevant – im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

**Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

**1.**

**1.1** Gegen Verfügungen des Sicherheitsfonds BVG, welcher eine Bundesverwaltungsbehörde ist, steht der Beschwerdeweg ans Bundesverwaltungsgericht offen (Art. 33 Bst. h des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32] i.V.m. Art. 54 Abs. 2 Bst. a und Abs. 4 BVG i.V.m. Art. 1 Abs. 2 Bst. e des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021] sowie Art. 31 VGG i.V.m. Art. 5 VwVG; vgl. auch MEYER/UTTINGER, Handkommentar BVG, 2010, Art. 74 Rz. 10).

**1.2** Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, die Vorinstanz sei nicht befugt, ihr Anweisungen in Bezug auf die Verwendung ihres Vorsorgevermögens zu erteilen. Dies sei Sache der zuständigen Aufsichtsbehörde. Im Übrigen sei die Verfügung vom 13. November 2014 nicht vollstreckbar und stehe allenfalls im Widerspruch zur Rechtsprechung und sei auch aus diesen Gründen nichtig.

**1.2.1** Der Erlass einer Verfügung setzt die Verfügungsbefugnis der anordnenden Behörde voraus. Fehlt die entsprechende funktionelle und sachliche Zuständigkeit, leidet die Verfügung an einem schwerwiegenden Mangel, der einen Nichtigkeitsgrund darstellt, es sei denn, der verfügenden Behörde komme auf dem betreffenden Gebiet allgemeine Entscheidungsgewalt zu oder der Schluss auf die Nichtigkeit würde sich nicht mit der Rechtssicherheit vertragen. Nichtige Verfügungen entfalten keinerlei Rechtswirkungen. Sie können somit auch nicht Anfechtungsobjekt einer Beschwerde sein. Daher kann auf eine Beschwerde grundsätzlich nur eingetreten werden, wenn die Vorinstanz zum Erlass der angefochtenen Verfügung sachlich zuständig war (statt vieler BGE 129 V 485 E. 2.3, Urteil des BVer A-651/2016 vom 24. Mai 2016 E. 1.2 mit weiteren Hinweisen und HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 1096 und Rz. 1105). Weiter können schwerwiegende Form- oder Eröffnungsfehler unter Umständen die Nichtigkeit einer Verfügung nach sich ziehen, während inhaltliche Mängel regelmässig nur zur Anfechtbarkeit einer Verfügung führen (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 1119-1132 mit entsprechender Kasuistik). Da eine Anordnung nur Sinn ergibt, sofern sie anwendbar und durchsetzbar ist (JAAG/HÄGGI FURRER in: Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 39 Rz. 4), stellt die mangelnde Vollstreckbarkeit einer Verfügung einen Nichtigkeitsgrund dar (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 1126 mit dem Beispiel einer Verfügung, welche die Adressaten nicht namentlich bezeichnet und diese sich aus dem Sachzusammenhang ebenso wenig eindeutig ergeben). Mit Bezug auf die Abgrenzung zwischen blosser Anfechtbarkeit als Regelfall und Nichtigkeit als Ausnahme folgt die Rechtsprechung allgemein der sog. Evidenztheorie: Danach ist eine Verfügung nichtig, wenn sie mit einem schwerwiegenden Mangel behaftet, dieser offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und wenn zudem die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird (statt vieler BGE 133 II 366 E. 3.2 mit weiterem Hinweis, vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 1098).

**1.2.2** Die Geschäftsstelle des Sicherheitsfonds prüft auf Antrag der zahlungsunfähig gewordenen Vorsorgeeinrichtung oder der Rechtsträgerin des insolvent gewordenen Versichertenkollektivs, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für die Leistungspflichten nach Art. 56 BVG erfüllt sind und hält dies auf Verlangen der Antragstellerin in einer Verfügung fest (Art. 54 Abs. 4 BVG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 der Verordnung vom 22. Juni 1998 über den Sicherheitsfonds BVG [SFV, SR 831.432.1] i.V.m. Art. 24 Abs. 1 SFV; vgl. auch Urteil des BVer 9C\_918/2009 vom 24. Dezember 2009 E. 5.1). Der Sicherheitsfonds setzt seine Leistungen und Beiträge folglich mittels

hoheitlicher Verfügung fest (MARC HÜRZELER in: Handkommentar BVG, a.a.O., Art. 54 Rz. 7). Die Aufsichtsbehörde bestätigt in diesem Zusammenhang zuhanden des Sicherheitsfonds allenfalls, dass über die fragliche Vorsorgeeinrichtung ein Liquidations- oder Konkursverfahren oder ein ähnliches Verfahren eröffnet worden ist (Art. 24 Abs. 2 SFV). Im Rahmen der Bewilligung von Sicherstellungsgesuchen gesetzlicher und gewisser reglementarischer Vorsorgeleistungen gemäss Art. 56 Abs. 1 Bst. b und c BVG i.V.m. Art. 24 Abs. 1 SFV prüft der Sicherheitsfonds, ob die Antragstellerin oder ihr Versichertenkollektiv bei Eingang des entsprechenden Gesuchs zahlungsunfähig ist; dabei kann er ihr jedoch keinerlei darüber hinausgehende Anweisungen erteilen (Urteil des BGer 9C\_918/2009 vom 24. Dezember 2009 E. 5.2 mit Bezug auf die Anweisung des Sicherheitsfonds an eine Vorsorgeeinrichtung, ein Rechtmittel zu ergreifen; vgl. zur Abgrenzung der aufsichtsrechtlichen Kompetenzen zu denjenigen des Sicherheitsfonds auch Urteil des BVGer A-6431/2014 vom 12. Juli 2016 E. 1.2.2). Gegenüber Personen, die für die Zahlungsunfähigkeit der Vorsorgeeinrichtung oder des Vorsorgewerks ein Verschulden trifft, kann der Sicherheitsfonds nach Art. 56a Abs. 1 BVG im Zeitpunkt der Sicherstellung im Umfang der sichergestellten Leistungen in die Ansprüche der Vorsorgeeinrichtung eintreten.

**1.2.3** Die Vorinstanz hat mit Erlass der strittigen Verfügung gesetzliche und reglementarische Leistungen des der Beschwerdeführerin angeschlossenen Versichertenkollektivs sichergestellt und damit verbunden die Beschwerdeführerin aufgefordert, mit ihr betreffend die administrative Abwicklung Kontakt aufzunehmen und zwischenzeitlich um die Ausrichtung der betreffenden Vorsorgeleistungen besorgt zu sein. Weiter ist sie in Ansprüche der Vorsorgeeinrichtung eingetreten. Für derartige Anordnungen ist sie gestützt auf Art. 56 Abs. 1 Bst. b und c BVG und Art. 56a Abs. 1 BVG grundsätzlich sachlich und funktional zuständig. Ein Eingriff in den Kompetenzbereich der Aufsichtsbehörde ist daher nicht ersichtlich, insbesondere hat die Vorinstanz keine aufsichtsrechtlichen Anordnungen betreffend die Verwendung des strittigen Vorsorgevermögens getroffen. Problematisch erscheint in diesem Zusammenhang einzig die Intention der Vorinstanz, die "Übertragung der Rentenleistungen und der Aktiven des Vorsorgewerks" besprechen zu wollen (Dispositiv-Ziffer 2). Dies hängt jedoch damit zusammen, dass keine klassische Konstellation einer Sicherstellung von Vorsorgeleistungen auf entsprechenden Antrag der Beschwerdeführerin vorliegt, sondern die inhaltliche Voraussetzung der Zahlungsunfähigkeit umstritten ist und in diesem Zusammenhang vorgängig eine aufsichtsrechtliche Verfügung ergangen ist, auf welche der strittige Entscheid Bezug nimmt. Ob

die Vorinstanz befugt war, ohne Vorliegen eines entsprechenden Antrags seitens der Beschwerdeführerin gestützt auf die Verfügung der Beigeladenen vom 1. Oktober 2014 die strittigen Vorsorgeleistungen sicherzustellen, wird im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen zu prüfen sein. Dies führt gegebenenfalls zur Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids, stellt jedoch keinen Nichtigkeitsgrund dar.

Zutreffend ist die Aussage der Beschwerdeführerin, dass die Vollstreckung der aufsichtsrechtlichen Verfügung der Beigeladenen als erlassender Behörde obliegt (Art. 39 VwVG i.V.m. Art. 37 VGG; JAAG/HÄGGI FURRER in: Praxiskommentar VwVG, a.a.O., Art. 39 Rz. 10). Die rechtsgestaltende Verfügung der Vorinstanz steht zwar in materiell-rechtlichem Zusammenhang zum im Vorfeld ergangenen aufsichtsrechtlichen Entscheid, stellt jedoch eine eigenständige hoheitliche Anordnung dar. Auch wenn sie sich auf Letztere abstützt, so vollstreckt sie diese dennoch nicht (vgl. auch Urteil des BVGer A-6431/2014 vom 12. Juli 2016 E. 1.2.2 betreffend die unterschiedlichen Kompetenzbereiche). Betreffend die monierte fehlende Vollstreckbarkeit der vorinstanzlichen Verfügung bleibt anzumerken, dass zwar in der Tat keine Fristansetzung oder Festsetzung eines Termins erfolgt ist und dementsprechend ebenso wenig Säumnisfolgen im Unterlassungsfall angedroht wurden. Der zeitliche Rahmen ergibt sich jedoch anhand des Dispositivs der vorgängig im selben Sachzusammenhang erlassenen Verfügung der Beigeladenen. Die Vorinstanz wirft sodann zu Recht ein, dass die Sicherstellung von Leistungen (Dispositiv-Ziffer 1 sowie damit verbunden Dispositiv-Ziffern 2 und 3) und das Eintreten in Ansprüche der Vorsorgeeinrichtung (Dispositiv-Ziffer 4) – abgesehen von Belangen administrativer Art – keiner Mitwirkung der Beschwerdeführerin bedürften und Letzterer aus der mangelnden Fristansetzung keinerlei Nachteile erwachsen würden. Insbesondere die Anordnung in Dispositiv-Ziffer 3 wiederholt lediglich deklaratorisch, was ohnehin gesetzlich vorgesehen ist (vgl. Art. 65 Abs. 2 BVG). Ein schwerwiegender Form- oder Eröffnungsfehler, welcher die Nichtigkeit der Verfügung zur Folge hätte, ist demnach nicht auszumachen.

Weiter macht die Beschwerdeführerin geltend, der mögliche Widerspruch der strittigen Verfügung zu einem rechtskräftigen Urteil im Fall der Gutheissung der Beschwerde gegen die Verfügung der Beigeladenen im Verfahren A-6431/2016 stelle einen Nichtigkeitsgrund dar. Der von der Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang erwähnte Bundesgerichtsentscheid betrifft die Konstellation einer *nachträglich* ergangenen Verfügung einer kantonalen Ausgleichskasse, welche zum Dispositiv eines noch nicht rechtskräftigen gerichtlichen Entscheides in der gleichen Sache in materiellem

Widerspruch steht (vgl. BGE 109 V 234 E. 2). Die relevante Verfügung des Sicherheitsfonds BVG erging jedoch vor Erlass des bundesverwaltungsgerichtlichen Urteils vom 12. Juli 2016 im Verfahren A-6431/2014. Die vorliegende Situation ist daher nicht vergleichbar mit derjenigen, die dem zitierten bundesgerichtlichen Fall zugrunde lag. Diesbezüglich ist demnach ebenso wenig ein Nichtigkeitsgrund ersichtlich.

**1.3** Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG). Die Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG, SR 830.1), insbesondere dessen 2. Abschnitt über das Sozialversicherungsverfahren, sind für den Bereich des BVG mangels eines entsprechenden Verweises nicht anwendbar (Art. 2 ATSG e contrario).

**1.4** Zur Beschwerdeführung berechtigt ist, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 VwVG i.V.m. Art. 37 VGG).

Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin der verfügten Sicherstellung der gesetzlichen und reglementarischen Leistungen zuhanden der Versicherten des Kollektivs, dessen Rechtsträgerin sie ist (vgl. dazu auch Urteil des BVGer A-6431/2014 vom 12. Juli 2016 E. 1.2.3.3) und den damit verbundenen Anweisungen sowie des angeordneten Eintritts in ihre Verantwortlichkeitsansprüche besonders berührt. Damit wird ihr die Entscheidungsbefugnis betreffend die Verwendung finanzieller Mittel mit Bezug auf das ihr angeschlossene Versichertenkollektiv genommen. Sie hat somit ein schutzwürdiges Interesse an der Beseitigung des Entscheids und ist folglich zur Beschwerde legitimiert.

**1.5** Auf die frist- und formgerecht (vgl. Art. 50 und Art. 52 VwVG i.V.m. Art. 37 VGG) eingereichte Beschwerde wird demnach eingetreten.

## **2.**

Das Bundesverwaltungsgericht prüft grundsätzlich die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich der Überschreitung oder des Missbrauchs des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und die Unangemessenheit, wenn nicht eine kantonale

Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat, was vorliegend nicht der Fall ist (Art. 49 VwVG i.V.m. Art. 37 VGG).

### **3.**

Die Vorinstanz hat die strittige Verfügung am 13. November 2014 erlassen, ohne dass ein entsprechendes Gesuch der Beschwerdeführerin i.S.v. Art. 24 Abs. 1 SFV vorlag. Es stellt sich zum einen die formale Frage, ob die Verfügung der Beigeladenen vom 1. Oktober 2014 als Surrogat für das nicht innert der damit angesetzten Frist eingereichte Gesuch der Beschwerdeführerin zur Sicherstellung der strittigen Vorsorgeleistungen gelten kann. Zum anderen ist in materieller Hinsicht umstritten, ob die Voraussetzung der Zahlungsunfähigkeit des der Beschwerdeführerin angeschlossenen Versichertenkollektivs zu bejahen ist.

#### **3.1**

**3.1.1** Die Vorinstanz macht geltend, nachdem die Beschwerdeführerin innert der ihr in Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung der Beigeladenen vom 1. Oktober 2014 von Letzterer angesetzten Frist keinen Kontakt zu ihr aufgenommen habe, sei sie veranlasst gewesen, die strittigen Anordnungen zu erlassen. Selbst wenn die Sicherstellung von Leistungen nach Art. 56 Abs. 1 Bst. b und c BVG entgegen ihrer Ansicht grundsätzlich nur auf Antrag der betroffenen Vorsorgeeinrichtung erfolgen könnte, müsse in Fällen wie dem vorliegenden, wenn ein solches Gesuch widerrechtlich unterbleibe, die Möglichkeit bestehen, eine Sicherstellungsverfügung zu erlassen.

**3.1.2** Das Erfordernis der Antragstellung seitens der betroffenen Vorsorgeeinrichtung oder der Rechtsträgerin des insolvent gewordenen Versichertenkollektivs ergibt sich zwar nicht direkt aus dem BVG. Art. 56 Abs. 4 BVG hält jedoch fest, der Bundesrat regle die Leistungsvoraussetzungen im Zusammenhang mit den gesetzlichen Aufgaben des Sicherheitsfonds, was er mit Erlass der SFV getan hat. Art. 24 Abs. 1 SFV statuiert sodann, dass eine zahlungsunfähig gewordene Vorsorgeeinrichtung oder die Rechtsträgerin eines insolvent gewordenen Versichertenkollektivs für die Ausrichtung von Leistungen des Sicherheitsfonds grundsätzlich Antrag zu stellen haben. Diese Regelung deckt sich mit dem Grundsatz der Subsidiarität der vorinstanzlichen Leistungspflicht (vgl. insbesondere Art. 65d Abs. 1 BVG und allgemein zur gesetzlichen Konzeption Urteil des BVGer A-6431/2014 vom 12. Juli 2016 E. 4.3.1.2 und E. 4.3.2).

Es ist mit der Vorinstanz einig zu gehen, dass auf das in Art. 24 Abs. 1 SFV vorgesehene Erfordernis der Antragstellung im Einzelfall verzichtet werden können muss, sofern diese rechts- oder treuwidrig unterbleibt. Ansonsten läge der Entscheid betreffend die Sicherstellung von Vorsorgeleistungen zahlungsunfähiger Vorsorgeeinrichtungen und Versichertenkollektive und damit die Wahrnehmung der ihr gesetzlich übertragenen Aufgabe nicht mehr in der Hand der dafür mit hoheitlichen Befugnissen ausgestatteten Vorinstanz (vgl. auch vorne E. 1.1), was im Übrigen den Grundsatz der jederzeitigen Erfüllbarkeit übernommener Vorsorgeverpflichtungen nach Art. 65 Abs. 1 BVG untergraben würde. Vorliegend wurde der Antrag jedoch nicht in widerrechtlicher Weise unterlassen, vielmehr hat die Beschwerdeführerin u.a. gegen die entsprechende Anordnung in Dispositivziffer 1 der Verfügung der Beigeladenen vom 1. Oktober 2014 zulässigerweise Beschwerde erhoben.

**3.1.3** Eine Verfügung verliert ihre Rechtswirksamkeit bei Anfechtung grundsätzlich nicht ohne Weiteres, sondern vielmehr erst, wenn sie durch einen Entscheid aufgehoben oder abgeändert wird. Oft werden die Wirkungen einer Verfügung jedoch für die Dauer des Beschwerdeverfahrens suspendiert, d.h. wenn einer Beschwerde aufschiebende Wirkung zukommt oder durch die Beschwerdeinstanz erteilt wird, kann die angefochtene Verfügung während der Dauer des Beschwerdeverfahrens nicht vollstreckt werden (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O. Rz. 1090 i.V.m. Rz. 1163 und Rz. 1456 ff.).

Die Beschwerdeführerin hat die Verfügung der Beigeladenen vom 1. Oktober 2014 mit Beschwerde vom 3. November 2014 beim Bundesverwaltungsgericht angefochten und dabei in prozessualer Hinsicht um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde ersucht (vgl. Sachverhalt B.b). Auf dieses hängige Beschwerdeverfahren A-6431/2014 hat die Vorinstanz in ihren Erwägungen nicht Bezug genommen, wobei sie an vorgenanntem Verfahren nicht beteiligt war, jedoch aktenkundig und unbestritten ist, dass sie von der Beschwerdeführerin telefonisch und schriftlich auf die Beschwerdeerhebung aufmerksam gemacht worden war (act. 1/Beilage 7 und 9). Bei Erlass der angefochtenen Verfügung kam der Beschwerde im Verfahren A-6431/2014 jedoch keine aufschiebende Wirkung zu (vgl. Art. 74 Abs. 3 BVG; diese wurde erst mit Zwischenentscheid vom 5. Februar 2015 im Verfahren A-6431/2014 zuerkannt [Sachverhalt E.]) und es ist nicht belegt, dass die Vorinstanz im damaligen Zeitpunkt über das entsprechende prozessuale Gesuch seitens der Beschwerdeführerin

informiert war. Der Entscheid der Beigeladenen war zum damaligen Zeitpunkt demnach zwar noch nicht rechtskräftig, jedoch (noch) vollstreckbar (vgl. Art. 39 Bst. b VwVG i.V.m. Art. 37 VGG) und damit grundsätzlich eine gültige Basis für den Erlass der strittigen Verfügung.

Im Urteilszeitpunkt, auf welchen das BVGer seine Beurteilung der Sach- und Rechtslage stützt, präsentiert sich die Situation jedoch anders: Die Verfügung der Beigeladenen ist mit Urteil A-6431/2014 vom 12. Juli 2016 für teilnichtig erklärt und im Übrigen aufgehoben worden. Sie kann demnach nicht als Surrogat für das zulässigerweise noch nicht gestellte Gesuch der Beschwerdeführerin gelten. Die im Zeitpunkt ihres Erlasses rechtmässige vorinstanzliche Verfügung ist daher aufgrund der veränderten tatsächlichen Verhältnisse als nachträglich fehlerhaft zu qualifizieren und die entsprechende Dispositiv-Ziffer 1 und die damit verbundenen Dispositiv-Ziffer 2 und 3 folglich aufzuheben (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 1085)

**3.1.4** Anzumerken bleibt im Übrigen Folgendes: Die Vorinstanz hat bei der Erfüllung der ihr übertragenen öffentlich-rechtlichen Aufgaben verfassungs- und gesetzmässig zu handeln und insbesondere den in Art. 5 Abs. 3 BV vorgesehenen Grundsatz von Treu und Glauben sowie das Prinzip der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV), welches im Grundsatz der Subsidiarität ihrer Leistungspflicht Ausdruck findet (Art. 65d Abs. 1 BVG i.V.m. Art. 25 Abs. 1 SFV; vgl. auch Urteil des BVGer A-6431/2014 vom 12. Juli 2016 E. 4.3.1.2 und E. 4.3.2), zu beachten.

Sofern die Vorinstanz um den Antrag betreffend Erteilung der aufschiebenden Wirkung gewusst hat, hätte sie mit dem Erlass der strittigen Verfügung in guten Treuen zumindest bis zum Entscheid über diesen prozessualen Antrag zuwarten können, ohne ihre in Art. 56 Abs. 1 Bst. b und c BVG vorgesehene Aufgabe zu vernachlässigen. Die strittige Verfügung wurde zudem unabhängig davon zwei Wochen vor den in Dispositiv-Ziffern 2 und 3 der Verfügung der Beigeladenen vom 1. Oktober 2014 angesetzten Terminen zur Leistungsübernahme und Vermögensübertragung erlassen. Dies, obschon ihre entsprechende Verpflichtung – wie erwähnt – vom Gesetzgeber als subsidiär erachtet wird, die Zahlungsunfähigkeit des betreffenden Versichertenkollektivs umstritten war und im Zeitpunkt des Erlasses ihrer Verfügung keine Anhaltspunkte dafür bestanden, dass die Beschwerdeführerin den entsprechenden Vorsorgeverpflichtungen nicht vollständig und fristgerecht nachkommen würde, somit keinerlei Gefahr im Verzug auszu-

machen und eine Sicherstellung daher nicht erforderlich oder sogar dringlich war (vgl. auch Urteil des BVGer A-6431/2014 vom 12. Juli 2016 E. 4.3.2.3-E.4.3.2.5).

Die Vorinstanz führt aus, sie habe ihre Verfügung notwendigerweise vor dem 24. November 2014 erlassen müssen, um die Verjährung in Bezug auf eine allfällige Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen im Zusammenhang mit der zehn Jahre zuvor vom Stiftungsrat der Beschwerdeführerin beschlossenen Übernahme der Rentendeckungskapitalien der ehemaligen Personalvorsorgestiftung der B.\_\_\_\_\_ in Liquidation zu unterbrechen. Aktenkundig hat die Vorinstanz die möglicherweise verantwortlichen Organe der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 14. November 2014 – nota bene einen Tag *nach* Erlass der strittigen Verfügung – um Unterzeichnung einer Verjährungsverzichtserklärung ersucht, andernfalls allfällige laufende Fristen ohne weitere Mahnung mittels Einleitung einer Betreuung unterbrochen würden (act. 1/Beilage 8). Die bis zum 31. Dezember 2017 befristeten Verjährungsverzichtserklärungen wurden seitens der Mitglieder des Stiftungsrats der Beschwerdeführerin umgehend abgegeben (act. 1/Beilage 9) und gegenüber der Revisionsstelle wurde die Verjährung durch Einleitung einer Betreuung unterbrochen, weshalb offen gelassen werden kann, ob mit Erlass der strittigen Verfügung die Verjährung vorgenannter Ansprüche unterbrochen wurde. Jedenfalls erscheint es auch unter diesem Aspekt nicht notwendig, die Verfügung bereits Mitte November und vor allem vorgängig zur zeitlich relativ knapp bemessenen Einholung der Verjährungsverzichtserklärungen zu erlassen (vgl. auch Zwischenentscheid des BVGer C-6951/2014 vom 5. Februar 2015 E. 6.2.2 f. und Urteil des BGer 9C\_159/2015 vom 25. August 2015 E. 5.2).

**3.1.5** Die Voraussetzungen zur Geltendmachung allfälliger Verantwortlichkeitsansprüche in diesem Zusammenhang bilden nicht Streitgegenstand und sind demnach nicht zu prüfen. Auf die vorinstanzliche Bemerkung, die Beschwerdeführerin hätte die bestehende Unterdeckung verhindern können, wenn sie damals anlässlich der Übernahme der Rentendeckungskapitalien als Risikoabsicherung vertraglich ausbedungen hätte, dass ihr freie Mittel in der Höhe von CHF (...) Mio. zur Bildung von Rückstellungen und Reserven seitens der Personalvorsorgestiftung der B.\_\_\_\_\_ in Liquidation übertragen werden, ist demnach nicht einzugehen. Ebenso wenig zu beurteilen ist die aufgeworfene Folgefrage, ob die bei der Personalvorsorgestiftung der B.\_\_\_\_\_ in Liquidation verbliebenen freien Mittel im Rahmen der nachfolgenden Liquidation (vgl. Sachverhalt A.) rechtmässig verteilt worden seien. Diesbezüglich kann auf den in Anwendung von Art. 53c

BVG ergangenen aufsichtsrechtlichen Entscheid vom 30. Januar 2008 verwiesen werden, mit welchem auch der betreffende Verteilungsplan genehmigt wurde. Sodann irrelevant für die Beurteilung des vorliegenden Falls sind die Situationen weiterer, der Beschwerdeführerin angeschlossener Vorsorgeeinrichtungen, weshalb diesbezügliche Ausführungen der Parteien ausser Acht gelassen werden.

**3.2** Wie aufgezeigt kann der im für die Beurteilung der Rechts- und Sachlage massgeblichen Urteilszeitpunkt teilnichtig erklärte und im Übrigen aufgehobene und daher nicht vollstreckbare Entscheid der Beigeladenen nicht als Surrogat für das berechtigterweise (noch) nicht gestellte Gesuch der Beschwerdeführerin betrachtet werden.

Der angefochtene Entscheid trifft aber auch in der Sache nicht zu. Die Vorinstanz stellt sich auf den Standpunkt, da mit Bezug auf das strittige Versichertenkollektiv, dessen Rechtsträgerin die Beschwerdeführerin sei, seit dem Jahr 2008 eine wesentliche Unterdeckung vorliege und dieses nur aus Rentenbezüglern bestehe und daher keine Sanierung möglich sei, könne nicht mit einer Verbesserung der finanziellen Situation gerechnet werden, weshalb die Zahlungsunfähigkeit zu bejahen sei. Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden: Das BVG definiert den Begriff der Zahlungsunfähigkeit nicht. Der Bundesrat hat jedoch gestützt auf Art. 56 Abs. 3 und 4 BVG Art. 25 SFV erlassen: Danach ist eine Vorsorgeeinrichtung oder ein Versichertenkollektiv zahlungsunfähig, wenn die fälligen gesetzlichen oder reglementarischen Leistungen nicht mehr erbracht werden können und eine Sanierung nicht mehr möglich ist (Abs. 1). Bei einem Versichertenkollektiv ist die Sanierung nicht mehr möglich, wenn der Arbeitgeber mit der Prämienzahlung im Verzug ist und über ihn ein Konkursverfahren oder ein ähnliches Verfahren eröffnet worden ist (Abs. 2 Bst. b). Die Beschwerdeführerin konnte und kann sämtliche fällige Leistungen im Zusammenhang mit dem strittigen Versichertenkollektiv bis auf Weiteres uneingeschränkt erbringen (vgl. dazu im Detail Urteil des BVerger A-6431/2014 vom 12. Juli 2016 E. 4.3.2.3-E. 4.3.2.5, auch zur Verwendung der Parameter zur Erstellung der Zukunftsprognosen). Sie ist demnach nachweislich nicht zahlungsunfähig i.S.v. Art. 65 Abs. 2 BVG i.V.m. Art. 25 SFV; die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Sicherstellung der entsprechenden Leistungen durch den Sicherheitsfonds sind demnach nicht gegeben (vgl. auch Urteil des BVerger A-6431/2014 vom 12. Juli 2016 E. 4.3.2.5).

Die vorinstanzliche Auffassung, wonach der in Art. 25 Abs. 1 SFV erwähnten Unfähigkeit, fällige Vorsorgeleistungen erbringen zu können, keine eigenständige Bedeutung zukomme, sondern diese einzig der Umschreibung der Sanierungsunfähigkeit diene, widerspricht bereits dem Wortlaut der vorgenannten Bestimmung, welche diese Tatsache nebst der Sanierungsunfähigkeit als gleichwertige, kumulative Voraussetzungen für die Zahlungsunfähigkeit statuiert. Dass eine temporäre Unterdeckung besteht und die Sanierung des betreffenden Versichertenkollektivs unbestrittenermassen nicht möglich ist (vgl. auch Urteil des BVGer A-6431/2014 vom 12. Juli 2016 E. 4.3.2.1 f.), bedeutet nicht, dass die diesbezügliche Zahlungsunfähigkeit ohne Weiteres zu bejahen ist (Urteil des BVGer A-6431/2014 vom 12. Juli 2016 E. 4.3.2.3-E. 4.3.2.5). Ebenso wenig verfängt die vorinstanzliche Ansicht, es sei nicht entscheidend, wie lange die Beschwerdeführerin den Leistungsverpflichtungen mit Bezug auf das strittige Versichertenkollektiv noch fristgerecht nachkommen könne, weil der Zweck eines Vorsorgewerks bei dessen Sanierungsunfähigkeit unerreichbar werde und dieses in der Folge aufzuheben sei. Zum einen gehen die spezielleren Bestimmungen des BVG denjenigen des Stiftungsrechts vor (vgl. allgemein HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 183), zum andern ist das strittige Versichertenkollektiv nicht mit Rechtspersönlichkeit ausgestattet und die Aufhebung und Sanierungsunfähigkeit der Beschwerdeführerin als seiner Rechtsträgerin steht nicht zur Debatte (vgl. Urteil des BVGer A-6431/2014 vom 12. Juli 2016 E. 1.2.3.3).

Dispositiv-Ziffer 1 betreffend Sicherstellung der strittigen gesetzlichen und reglementarischen Leistungen und die damit zusammenhängend Dispositiv-Ziffer 2 und 3 sind demnach auch aus materiellen Gründen aufzuheben.

**3.3** Gegenüber Personen, die für die Zahlungsunfähigkeit der Vorsorgeeinrichtung oder des Vorsorgewerks ein Verschulden trifft, kann der Sicherheitsfonds nach Art. 56a Abs. 1 BVG im Zeitpunkt der Sicherstellung im Umfang der sichergestellten Leistungen in die Ansprüche der Vorsorgeeinrichtung eintreten. Die Vorinstanz stellt sich auf den Standpunkt, ihre Zusage zur Abdeckung des Fehlbetrags sei bereits eine Sicherstellung, weshalb sie mit Erlass der Verfügung schon in vorgenannte Ansprüche habe eintreten können und nicht erst mit einer effektiven Zahlung, welche vorliegend aufgrund der Übernahme der Vorsorgeverpflichtungen ohnehin sinnlos wäre. Ihr Verweis auf Art. 26 Abs. 2 SFV, wonach ihre Geschäftsstelle im Einzelfall die geeignetste Art der Sicherstellung festlege, also anstelle einer Zahlung auch eine Garantieerklärung abgeben oder anderweitig Sicherheit gewähren könne, ist in diesem Zusammenhang unbehelflich. Die

Vorinstanz kann nämlich nur in die Ansprüche einer Vorsorgeeinrichtung eintreten, soweit sie – als formelle Grundvoraussetzung – effektiv Sicherstellungsleistungen finanzieller Art an Letztere erbracht hat, wobei für die Bestimmung des Zeitpunkts der Sicherstellung grundsätzlich derjenige der effektiven Zahlung massgeblich ist (BEAT CHRISTEN, Handkommentar BVG, a.a.O. Art. 56a Rz. 11 f.). Da die Voraussetzungen für eine Sicherstellung der strittigen Leistungen durch die Vorinstanz bereits nicht erfüllt sind – es mithin auch an der Zahlungsunfähigkeit des betreffenden Versichertenkollektivs (vgl. vorangehende E. 3.2) und damit am Vorliegen eines sicherzustellenden Fehlbetrags mangelt –, ist auch die gestützt auf vorgenannte Gesetzbestimmung getroffene Anordnung in Dispositiv-Ziffer 4 aufzuheben.

#### 4.

Die vorinstanzliche Verfügung ist demnach weder in formeller noch in materieller Hinsicht zu schützen, sondern vollumfänglich aufzuheben.

#### 5.

**5.1** Bei diesem Verfahrensausgang, wonach zwar die geltend gemachte Nichtigkeit des vorinstanzlichen Entscheids verneint wird, dieser jedoch aufzuheben ist, hat die Beschwerdeführerin in materieller Hinsicht als vollständig obsiegend zu gelten. Auf die Erhebung von Verfahrenskosten ist demnach in Anwendung von Art. 63 Abs. 1 und Abs. 2 VwVG i.V.m. Art. 37 VGG zu verzichten. Der Beschwerdeführerin ist der von ihr einbezahlte Kostenvorschuss nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Entscheids zurückzuerstatten.

**5.2** Trägerinnen der beruflichen Vorsorge haben praxisgemäss keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung *zulasten der Versicherten*, damit nicht der im Sozialversicherungsprozess geltende Grundsatz der Kostenfreiheit zugunsten der oft sozial schwachen Partei seines Gehalts entleert wird (vgl. statt vieler Urteil des BVGer A-693/2016 vom 28. Juli 2016 E. 7 mit Hinweisen bezüglich aufsichtsrechtlicher Streitigkeiten und BGE 126 V 143 E. 4 mit Bezug auf das erstinstanzliche Verfahren).

Da im vorliegenden Fall keine versicherte Person als unterliegende Gegenpartei auftritt, rechtfertigt es sich, der obsiegenden Beschwerdeführerin in Anwendung der Bestimmungen der Bundesrechtspflege eine Entschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten zuzusprechen (Art. 37 VGG i.V.m. Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7

Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Da keine Kostennote eingereicht wurde, setzt das Gericht die Entschädigung auf Grund der Akten fest (Art. 14 Abs. 2 zweiter Satz VGKE). Eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 5'000.– (inkl. Mehrwertsteuerzuschlag i.S.v. Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE) erscheint als angemessen. Die Entschädigung ist in Anwendung Art. 64 Abs. 2 i.V.m. Abs. 3 VwVG der Vorinstanz aufzuerlegen.

### **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

#### **1.**

Die Beschwerde wird in dem Sinne gutheissen, als die vorinstanzliche Verfügung vom 13. November 2014 aufgehoben wird.

#### **2.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 3'000.– wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zurückerstattet. Hierzu hat sie dem Bundesverwaltungsgericht ihre Post- oder Bankverbindung anzugeben.

#### **3.**

Die Vorinstanz wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils eine Parteientschädigung von Fr. 5'000. – zu bezahlen.

#### **4.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz ([...]; Gerichtsurkunde)
- die Beigeladene (Einschreiben)
- das Bundesamt für Sozialversicherungen (Gerichtsurkunde)
- die Obergerichtskommission BVG (Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Marianne Ryter

Tanja Petrik-Haltiner

### **Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: