

30

Auszug aus dem Urteil der Abteilung III
i.S. A., B. und C. gegen Sammelstiftung D.
und BVG- und Stiftungsaufsicht des Kantons Zürich
C-2805/2013 vom 25. November 2016

Berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge. Anspruch auf rückwirkende Offenlegung von Pensionskassenunterlagen im Zusammenhang mit allfälligen Ansprüchen aus Retrozessionen. Verjährung des Anspruchs.

Art. 65a und Art. 86b BVG. Art. 127 und Art. 400 OR. Art. 47, Art. 48a Abs. 1 Bst. d und Art. 48c BVV 2.

1. Umfang der Informationspflicht von Vorsorgeeinrichtungen gegenüber den Versicherten (E. 6.4.1, 6.6 und 6.9).
2. Darstellung der bundesgerichtlichen Praxis seit BGE 132 III 460, wonach Retrozessionen der Ablieferungspflicht gemäss Art. 400 OR unterliegen. Rückwirkung dieser Rechtsprechung (E. 6.4.2 und 6.7).
3. Der Anspruch auf Ablieferung von Retrozessionen an die Vorsorgeeinrichtung verjährt nach zehn Jahren, beginnend ab dem Zeitpunkt, in welchem die Retrozession an den Vermögensverwalter überwiesen worden ist (E. 6.7).
4. Solange der Anspruch auf die Ablieferung von Retrozessionen nicht verjährt ist, hat der Versicherte Anspruch auf Offenlegung von Unterlagen über allfällig gewährte Retrozessionen (E. 6.8).

Prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité. Droit de consulter rétroactivement les documents de la caisse de pension relatifs à d'éventuelles prétentions en ristourne. Prescription du droit.

Art. 65a et art. 86b LPP. Art. 127 et art. 400 CO. Art. 47, art. 48a al. 1 let. d et art. 48c OPP 2.

1. Etendue de l'obligation d'informer des institutions de prévoyance à l'égard des assurés (consid. 6.4.1, 6.6 et 6.9).
2. Présentation de la pratique du Tribunal fédéral depuis l'ATF 132 III 460 selon lequel les ristournes sont soumises à l'obligation de restitution au sens de l'art. 400 CO. Rétroactivité de cette jurisprudence (consid. 6.4.2 et 6.7).
3. Le droit à la restitution de ristournes à l'institution de prévoyance se prescrit par dix ans, à compter du moment où la ristourne a été transférée au gestionnaire de fortune (consid. 6.7).
4. Le droit de l'assuré de consulter les documents relatifs à des ristournes éventuellement accordées dure tant et aussi longtemps que le droit à la restitution des ristournes n'est pas prescrit (consid. 6.8).

Previdenza professionale per la vecchiaia, i superstiti e l'invalidità. Diritto di consultare retroattivamente documenti della cassa pensione relativi a eventuali pretese derivanti da ristorni. Prescrizione del diritto.

Art. 65a e art. 86b LPP. Art. 127 e art. 400 CO. Art. 47, art. 48a cpv. 1 lett. d e art. 48c OPP 2.

1. Portata dell'obbligo di informare degli istituti di previdenza nei confronti degli assicurati (consid. 6.4.1, 6.6 e 6.9).
2. Presentazione della prassi del Tribunale federale a partire dalla DTF 132 III 460, secondo la quale i ristorni soggiacciono all'obbligo di restituzione ai sensi dell'art. 400 CO. Retroattività di questa giurisprudenza (consid. 6.4.2 e 6.7).
3. Il diritto alla restituzione di ristorni percepiti dall'istituto di previdenza si prescrive in dieci anni a partire dal momento in cui è stato versato il ristorno al gestore patrimoniale (consid. 6.7).
4. Fintanto che il diritto alla restituzione di ristorni non è prescritto, l'assicurato ha il diritto di consultare retroattivamente i documenti relativi ai ristorni eventualmente accordati (consid. 6.8).

Die C. AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin 3) schloss sich per Jahresbeginn 1998 der Sammelstiftung D. (nachfolgend: Stiftung oder Beschwerdegegnerin) zur Durchführung der beruflichen Vorsorge an. Im

Rahmen dieses Anschlusses wurden A. und B. (nachfolgend: Beschwerdeführer 1 und 2) versichert. Per 30. November 2005 wurde der Anschlussvertrag aufgelöst.

Am 20. Mai 2011 erhoben die Beschwerdeführenden 1–3 Klage nach Art. 73 BVG (SR 831.40) beim Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich. Sie beantragten, die Stiftung sei zur detaillierten Abrechnung bezüglich der beiden Versicherten für alle von ihr geführten Vorsorgekonti zu verpflichten und (sinngemäss) die Differenz zur Mindestleistung nach Art. 17 FZG (SR 831.42) per Jahresende 2003 plus Zins zu erstatten. Weiter habe die Stiftung Jahresabrechnungen des Vorsorgewerks der Arbeitgeberin zu erstellen und jeweils die Informationen nach Art. 65a Abs. 3 sowie Art. 86b Abs. 2 BVG zu dokumentieren, die für sie erstellten versicherungstechnischen Gutachten per Ende 2002 und 2003 offenzulegen und für alle Versicherten der Arbeitgeberin eine Berechnung der Mindestleistung nach Art. 17 FZG per Ende 2003 und Ende November 2005 (oder Ausscheidezeitpunkt) zu erstellen.

Am 22. Juni 2011 erhoben die Beschwerdeführenden 1–3 Aufsichtsbeschwerde gemäss Art. 74 BVG gegen die Stiftung bei der BVG- und Stiftungsaufsicht des Kantons Zürich (nachfolgend: Vorinstanz). Darin beantragten sie hauptsächlich, die Stiftung sei zur detaillierten Abrechnung bezüglich der beiden Versicherten für alle von ihr geführten Vorsorgekonti unter Berücksichtigung (sinngemäss) der Mindestleistungen nach Art. 17 FZG zu verpflichten.

Replikweise ergänzten die Beschwerdeführenden ihre Aufsichtsbeschwerde am 28. September 2012 um die Anträge, die Stiftung sei zu verpflichten, bei den Depotbanken schriftliche Bestätigungen einzuholen, welche Retrozessionen, Vermittlungsprovisionen oder andere Zahlungen bezahlt worden seien, und Auskunft darüber zu geben, ob und an wen solche Zahlungen geflossen seien. Weiter seien die schriftlichen Vereinbarungen mit den Depotbanken und den Vermögensverwaltern, insbesondere mit der Stiftung verbundenen Unternehmen sowie alle Entschädigungen und Zahlungen der Stiftung an mit ihnen verbundene Unternehmen offenzulegen.

Die Vorinstanz verfügte am 9. April 2013 die Abweisung der Aufsichtsbeschwerde. Zu den ergänzten Anträgen bezüglich Retrozessionen hielt die Vorinstanz fest, sie fordere seit dem entsprechenden Urteil des Bundesgerichts (BGE 132 III 460) im Jahre 2006 die Vorsorgeeinrichtungen auf,

ihre Handhabung von Retrozessionen in der Berichterstattung offenzulegen. Dieser Aufforderung sei die Beschwerdegegnerin seit 2007 nachgekommen.

Gegen die abweisende Verfügung vom 9. April 2013 erhoben die Beschwerdeführenden am 16. Mai 2013 Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht.

Sie beantragen darin die Aufhebung der angefochtenen Verfügung und halten an ihren im Verwaltungsverfahren gestellten Anträgen der detaillierten Abrechnung beziehungsweise Auskünfte beziehungsweise Editionen betreffend Retrozessionen fest. Zu den Retrozessionen verlangen die Beschwerdeführenden rückwirkend Aufklärung; der Verweis der Vorinstanz auf ihre Praxis ab 2006 sei deshalb unbehilflich.

Das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich hielt auf Klage der Beschwerdeführenden hin in seinem Urteil vom 28. April 2014 im Wesentlichen fest, die Auflösung des Anschlussvertrags mit der Stiftung sei als Teilliquidationen zu qualifizieren. Es bestehe kein weitergehender Anspruch als derjenige auf die Kontosaldi. Die Auskünfte betreffend die Kontosaldi befänden sich alle in den Akten. Für weitergehende Auskünfte im Sinne von Jahresrechnungen, Transparenzdarlegungen, versicherungstechnischen Gutachten sowie weiteren Berechnungen sei auf den Aufschwungsweg zu verweisen. Mit Urteil vom 28. Januar 2015 (9C_484/2014) bestätigt das Bundesgericht das Urteil des Sozialversicherungsgerichts.

Das Bundesverwaltungsgericht heisst die Beschwerde – soweit darauf eingetreten wird – teilweise gut und weist die Sache zu weiteren Abklärungen und neuem Entscheid an die Vorinstanz zurück.

Aus den Erwägungen:

6. Retrozessionen

6.1 Die Beschwerdeführer beantragen in Ziff. 4 der Beschwerde die Beantwortung von Fragen beziehungsweise die Offenlegung von Informationen und Unterlagen beziehungsweise die Vornahme von Handlungen wie folgt:

- « 4. Die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, gegenüber den Beschwerdeführern sowie der Aufsichtsbehörde die folgenden Fragen zu beantworten bzw. Informationen und Unterlagen offenzulegen bzw. Handlungen vorzunehmen:

- 4.1 Haben die Bank E. und die F. Kantonalbank sowie allenfalls weitere Banken, die im Zusammenhang mit den bestandenen Anschlussverträgen [...] involviert waren, d.h. bei denen in diesem Zusammenhang Vermögen der Beschwerdeführer lagen (« Depotbanken »), an Drittpersonen und insbesondere an Drittpersonen, die mit den Beschwerdegegnern [recte: der Beschwerdegegnerin] in Verbindung stehen oder standen, insbesondere an die J. AG oder H. AG oder die I. AG Retrozessionen oder Vermittlungsprovisionen oder andere Zahlungen wie z.B. Vertriebs- oder Bestandespflegeentschädigung bezahlt und falls ja, an wen flossen wann welche Zahlungen?
- 4.2 Die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, bei ihren Depotbanken eine schriftliche Auskunft bzw. Bestätigung einzuholen, welche Retrozessionen oder Vermittlungsprovisionen oder andere Zahlungen wie z.B. Vertriebs- oder Bestandespflegeentschädigung sie an Dritte im Zusammenhang mit den von ihnen für die Beschwerdegegnerinnen verwalteten Vermögen bezahlt haben.
- 4.3 Offenlegen der schriftlichen Vereinbarungen zwischen den Depotbanken der Beschwerdegegnerin und den für die Vermögensverwaltung des Vorsorgewerkes der Beschwerdeführer 1 und 2 verantwortlichen Firmen, insbesondere der J. AG, der H. AG oder der I. AG.
- 4.4 Offenlegen aller Entschädigungen und Zahlungen der Beschwerdegegnerin an die mit ihnen verbundenen Unternehmen, insbesondere an die J. AG, die H. AG oder die I. AG.
- 4.5 Offenlegen des Vermögensverwaltungsvertrages vom 1. Dezember 1997 sowie allfälliger weiterer Vereinbarungen zwischen den Beschwerdegegnerin und den mit ihnen verbundenen Unternehmen, insbesondere mit der J. AG, der H. AG oder der I. AG. »

6.2

6.2.1 In der angefochtenen Verfügung führte die Vorinstanz zu den Anträgen auf Offenlegung allfälliger Retrozessionen aus, sie fordere sämtliche Vorsorgeeinrichtungen seit BGE 132 III 460 auf, die Handhabung von Retrozessionen offenzulegen; die Pensionskassen hätten dazu eine (positive oder negative) Aussage zur konkreten Regelung allfälliger Retrozessionen im Anhang der Jahresrechnung zu machen. Dieser Aufforderung sei die Beschwerdegegnerin jeweils nachgekommen. Es bestehe daher kein Anlass, aufsichtsrechtlich weitere Auskünfte einzufordern. Die Auskunfts- und Editionsbegehren seien allenfalls im Rahmen des Klageverfahrens zu behandeln. Allfällige Interessenkonflikte des obersten Or-

gans würden zudem ab der Jahresberichterstattung 2012 überprüft; nötigenfalls würden weitere Abklärungen getroffen und Massnahmen ergriffen. Die Beschwerde erweise sich auch in diesem Punkt als unbegründet.

6.2.2 Die Beschwerdeführenden führen in der Beschwerde aus, die Vorinstanz habe das Auskunftsbegehren betreffend die Retrozessionen zu Unrecht abgewiesen. BGE 132 III 460 habe auch rückwirkende Wirkung. Es seien deshalb – entsprechend der Vorgehensweise des Bundesamts für Sozialversicherung (BSV) – allfällige Ansprüche für die letzten zehn Jahre zu prüfen und die Aufsichtsbehörde zu informieren. Es sei zudem nicht Sache der Beschwerdegegnerin, selber zu entscheiden, ob offensichtlich geflossene Retrozessionen und andere Zahlungen rückforderbar seien oder nicht, insbesondere in Berücksichtigung des offensichtlichen Interessenkonflikts (...).

6.2.3 Die Vorinstanz führte ihrerseits in der Vernehmlassung dazu aus, weder aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts noch aus den Weisungen des BSV lasse sich die Pflicht ableiten, Retrozessionen rückwirkend zurückzufordern. Die Vorsorgeeinrichtungen hätten lediglich zu prüfen, ob und in welchem Ausmass Retrozessionen geflossen seien, und anschliessend zu entscheiden, ob diese zurückgefordert werden sollten oder darauf verzichtet werde; dieser Entscheid stehe im Ermessen des Stiftungsrats. Ein Eingreifen rechtfertige sich nur, wenn sich Anhaltspunkte dafür ergäben, dass dieser Prüfpflicht nicht nachgekommen sei oder das oberste Organ auf eine Rückforderung in unzulässiger Weise verzichtet habe. Vorliegend habe die Beschwerdegegnerin ab der Jahresrechnung 2007 im Anhang Aussagen zu den Retrozessionen gemacht. Es habe somit davon ausgegangen werden können, dass die Beschwerdegegnerin auch rückwirkend ihre allfälligen Rechte abgeklärt und im Rahmen dieser Abklärungen auf eine Rückforderung verzichtet habe. Es bestehe kein Anlass, ihr diesbezüglich Weisungen zu erteilen.

6.2.4 Die Beschwerdegegnerin erklärte mit Beschwerdeantwort, die Vorinstanz habe das Begehren um Auskunftserteilung betreffend Retrozessionen zu Recht abgewiesen und auf den bereits beschrittenen Klageweg vor dem kantonalen Sozialversicherungsgericht verwiesen.

6.2.5 Die Beschwerdeführenden hielten mit Replik vom 24. Januar 2014 diesbezüglich an ihrer Argumentation fest. In ihrer Antwort vom 19. März 2014 hielt die Beschwerdegegnerin ebenfalls an ihren bisherigen Ausführungen fest. Sie ergänzte, dass sie ab der Jahresrechnung 2007 jeweils im Anhang entsprechende Aussagen zu den Retrozessionen gemacht

habe. Es werde bestritten, dass rückwirkende Aussagen zu allfälligen Retrozessionen erforderlich seien; die Weisung des BSV betreffe nur ihr unterstellte Vorsorgewerke. Sie sei von der Vorinstanz nie aufgefordert worden, rückwirkend Aussagen zu allfälligen Retrozessionen zu machen. Auf entsprechende Frage hin habe sie den Beschwerdeführenden mit Schreiben vom 9. Februar 2012 mitgeteilt, dass die geforderten Abklärungen auch rückwirkend getroffen worden seien und keine rückforderbaren Retrozessionen bezahlt worden oder geflossen seien. Es sei abschliessend noch einmal zu betonen, dass sie in Kenntnis der Höhe der Retrozessionen des Vermögensverwalters und unter Berücksichtigung der Vermögensverwaltungshonorare vertraglich auf deren Ablieferung verzichtet habe, weshalb im Übrigen auch kein Anspruch auf Herausgabe nach Art. 400 Abs. 1 OR bestehe.

6.2.6 Die Beschwerdeführenden entgegnen mit Eingabe vom 28. April 2014, es sei irrelevant, ob die Beschwerdegegnerin dieser Offenlegungspflicht ab 2007 nachgekommen sei. Vorliegend gehe es um die vergangenen Jahre, während derer die Beschwerdeführenden bei der Beschwerdegegnerin versichert gewesen seien. Die Beschwerdegegnerin habe aufgrund des bundesgerichtlichen Entscheids (BGE 132 III 460) die Pflicht, rückwirkend für zehn Jahre entsprechende Abklärungen zu machen und Retrozessionen zurückzufordern. Die Beschwerdegegnerin habe mit ihrer Quadruplik anerkannt, dass Retrozessionen geflossen seien. Sie sei jedoch der Auffassung, dass diese nicht rückforderbar seien, und zudem habe sie auf die Rückforderung (vertraglich) verzichtet. Zudem bestehe ein Interessenkonflikt (...).

6.2.7 Mit Quadruplik vom 30. Mai 2014 bestreitet die Beschwerdegegnerin, einer Auskunftspflicht vor 2007 unterstanden zu haben. Ein Interessenkonflikt werde in Abrede gestellt, zudem habe sie die BVG-Strukturreform rechtzeitig und korrekt umgesetzt. Die Vorinstanz ihrerseits hielt mit Stellungnahme vom 2. Juli 2014 an ihren Anträgen fest und verzichtete auf eine weitere Stellungnahme.

6.3 Einleitend ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin 3, die ihr Auskunftsbegehren wie die Beschwerdeführer 1 und 2 auf Art. 86b BVG abstützt, dazu nicht legitimiert ist. Das Bundesgericht hat mit Urteil 9C_469/2014 vom 20. Februar 2015 E. 5.4 festgehalten, dass nur die Versicherten einer Pensionskasse eine Verletzung des Auskunftsrechts geltend machen können. Auf die Beschwerde ist daher diesbezüglich nicht einzutreten.

6.4

6.4.1 Grundlage für den Offenlegungsanspruch ist Art. 86b BVG, wonach die Vorsorgeeinrichtung ihre Versicherten jährlich in geeigneter Form informieren muss über: a. die Leistungsansprüche, den koordinierten Lohn, den Beitragssatz und das Altersguthaben; b. die Organisation und die Finanzierung; c. die Mitglieder des paritätisch besetzten Organs nach Art. 51 (Abs. 1), und wonach den Versicherten auf Anfrage hin die Jahresrechnung und der Jahresbericht auszuhändigen ist. Ebenso hat ihnen die Vorsorgeeinrichtung auf Anfrage hin Informationen über den Kapitalertrag, den versicherungstechnischen Risikoverlauf, die Verwaltungskosten, die Deckungskapitalberechnung, die Reservebildung sowie den Deckungsgrad abzugeben (Abs. 2). Dieser Anspruch besteht gestützt auf Art. 49 Abs. 2 Ziff. 26 BVG auch für den Bereich der weitergehenden beruflichen Vorsorge (BGE 136 V 331 E. 4). Mit der Informationspflicht nach Art. 86b Abs. 1 BVG sollten die Versicherten in die Lage versetzt werden, den Stand und die Entwicklung ihrer individuellen Vorsorgesituation jederzeit nachvollziehen zu können. Andererseits sollten sich die Versicherten ein Bild über die gesamte Tätigkeit ihrer Vorsorgeeinrichtung machen können. Bei Sammel- und Gemeinschaftseinrichtungen interessiert die Versicherten auch und insbesondere die Tätigkeit und Situation des Vorsorgewerks beziehungsweise des Anschlusses (vgl. Botschaft vom 1. März 2000 zur Revision des BVG [1. BVG-Revision], BBl 2000 2637, 2678 f. und 2701 f.; BGE 136 V 331 E. 4.2.1). Mit Abs. 2 von Art. 86b BVG werde ausdrücklich festgehalten, dass die Versicherten auf Anfrage hin Anspruch auf die Aushändigung der Jahresrechnung sowie des Jahresberichts haben (BBl 2000 2637, 2702). Das Parlament ergänzte diese Pflicht in der Beratung der Vorlage um Informationen über den Kapitalertrag, den versicherungstechnischen Risikoverlauf, die Verwaltungskosten, die Deckungskapitalberechnung, die Reservebildung sowie den Deckungsgrad (vgl. Antrag der Kommission des Nationalrats [AB 2002 N 573], der vom Ständerat ohne Änderungen übernommen wurde [AB 2002 S 1053]); es ist davon auszugehen, dass das Parlament auch in diesen Bereichen einen Anspruch gesetzlich verankert haben wollte. Der in Art. 86b Abs. 2 BVG enthaltene Anspruch umfasst ohne Weiteres auch « Retrozessionen, Vermittlungsprovisionen oder andere Zahlungen wie z.B. Vertriebs- oder Bestandespflegeentschädigungen », zumal sich Retrozessionen auf den Kapitalertrag auswirken (vgl. zu deren Verbuchung: Stiftung für Fachempfehlungen zur Rechnungslegung [Swiss GAAP FER], Empfehlungen Nr. 26 « Rechnungslegung von Vorsorgeeinrichtungen », Erläuterungen zu Ziff. 8, Rz. 17 « Erläuterungen zu Positionen der

Betriebsrechnung / T Netto-Ergebnis aus Vermögensanlage »). Zudem haben die Beschwerdeführer als frühere Destinatäre beziehungsweise vormals angeschlossener Arbeitgeber mit Replik im Aufsichtsbeschwerdeverfahren vom 28. September 2012 explizit um deren Offenlegung ersucht.

6.4.2 In BGE 132 III 460 (entspricht Urteil des BGer 4C.432/2005 vom 22. März 2006) hat das Bundesgericht festgehalten, dass Retrozessionen (Anteile an Provisionen, Kommissionen, Gebühren, Honoraren oder Kosten, die Anbieter von Finanzprodukten der Pensionskasse in Rechnung stellen), die Banken an Vermögensverwalter ausrichten, der Ablieferungspflicht nach Art. 400 OR unterstehen und an die ursprünglichen Auftraggeber weiterzugeben sind, da Retrozessionen Interessenkonflikte des Vermögensverwalters gegenüber der Pensionskasse auslösen. Nur wenn der Auftraggeber auf der Basis einer Vereinbarung ausdrücklich auf die Herausgabe verzichtet (sowohl rückwirkend als auch unter gewissen Bedingungen pro futuro [vgl. BGE 137 III 393 E. 2; THOMAS ISEL, Anforderungen an Informationen beim Verzicht auf Retrozessionen, Jusletter vom 9. Januar 2012]), dürfen Vermögensverwalter die Retrozessionen behalten (vgl. dazu auch Rundschreiben des BSV, Aufsicht Berufliche Vorsorge [ABV] vom 1. November 2007). Mit BGE 138 III 755 (entspricht Urteil des BGer 4A_127/2012 vom 30. Oktober 2012) hat das Bundesgericht zudem festgehalten, dass die in früheren Entscheiden entwickelten Grundsätze zur Herausgabe von Retrozessionen auch auf Banken anwendbar sind, welche als Vermögensverwalterinnen für ihre Kunden tätig sind und dabei von fremden oder zum eigenen Konzern gehörenden Dritten Rückvergütungen erhalten.

Diese Rechtsprechung hat unbestrittenermassen Auswirkungen auf *aktuelle und künftige* Vertragsverhältnisse zwischen Pensionskassen und ihren Vermögensverwaltern und die daraus abgeleitete Offenlegungs- und Herausgabepflicht des Vermögensverwalters. Die Vorinstanz hat denn auch darauf hingewiesen, sie habe die Pensionskassen seit BGE 132 III 460 angewiesen, die Handhabung von Retrozessionen offenzulegen (E. 6.2.1). Insoweit mit BGE 132 III 460 eine Ablieferungspflicht aus Art. 400 OR abgeleitet worden ist, steht aber auch fest, dass Forderungen aus Vermögensverwaltungsverträgen den Verjährungsvorschriften in Art. 127 oder Art. 128 Ziff. 1 OR (s. dazu die nachfolgenden Ausführungen) unterliegen. Daraus ergibt sich, dass aus der Gewährung von Retrozessionen entstandene Forderungen aus früheren und/oder noch laufenden Vertragsverhältnissen noch nicht verjährt und damit Gegenstand einer aufsichtsrechtlichen Überprüfung sein können.

Über eine Rückwirkung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist den oben genannten Urteilen keine Aussage zu entnehmen (vgl. auch PARAVICINI/GAFNER, Retrozessionen – Wie weiter?, Finalix AG, 2014, < <http://finalix.ch/wp-content/uploads/2015/12/Finalix-Retrozessionen-V01.00.pdf> >, abgerufen am 12.02.2016). Das BSV hat in seinem Rundschreiben vom 1. November 2007 die Stiftungsräte der ihm unterstellten Vorsorgeeinrichtungen angewiesen, « allfällige Rechte aus diesen Auftragsverhältnissen rückwirkend für die letzten zehn Jahre zu prüfen und über das Ergebnis beziehungsweise der daraus resultierenden Massnahmen ebenfalls im Anhang zur Jahresrechnung 2007 zu orientieren ». Die Vorinstanz ihrerseits führte in ihrer Vernehmlassung aus, es habe auf eine der BSV-Praxis entsprechende Anweisung an die Vorsorgeeinrichtungen verzichtet. Es lasse sich weder aus den Bundesgerichtsurteilen noch aus der Weisung des BSV die Pflicht ableiten, Retrozessionen rückwirkend zurückzufordern. Die Vorsorgeeinrichtungen hätten « lediglich » zu prüfen, ob und in welchem Ausmass Retrozessionen geflossen seien, und anschliessend zu entscheiden, ob (bisher nicht bekannte) Retrozessionen zurückgefordert werden sollen oder auf eine Rückforderung verzichtet wird. Die Beschwerdegegnerin habe aber aufforderungsgemäss ab der Jahresrechnung 2007 Aussagen zu den Retrozessionen gemacht. Es habe somit davon ausgegangen werden können, dass sie auch rückwirkend ihre allfälligen Rechte abgeklärt und im Rahmen dieser Abklärungen auf eine Rückforderung verzichtet habe.

Die Praxis leitet diese rückwirkende Rückforderungspflicht entweder ab aus Art. 127 OR, wonach mit Ablauf von zehn Jahren alle Forderungen verjähren, für die das Bundeszivilrecht nicht etwas anderes bestimmt, oder aus Art. 128 Ziff. 1 OR, wonach die Forderungen für Miet-, Pacht- und Kapitalzinse sowie für andere periodische Leistungen mit Ablauf von fünf Jahren verjähren; die Frage ist bis heute nicht entschieden und in der Lehre umstritten, so auch die Frage nach dem Beginn der Verjährung (vgl. dazu NATALIE HÄNI, Retrozessionen – quo vadis?, 2014, S. 14 m.H., < www.retrozession.ch >, abgerufen am 12.02.2016; MICHAEL FERBER, Pensionskassen verklagen Banken, NZZ vom 16. April 2015, < www.nzz.ch/finanzen/pensionskassen-verklagen-banken-1.18523244 >, abgerufen am 12.02.2016; *derselbe*, Erhitzte Gemüter bei Retrozessionen, NZZ vom 26. Oktober 2013, < <http://www.nzz.ch/erhitzte-gemueter-bei-retrozessionen-1.18174108> >, abgerufen am 12.02.2016; ROMERIO/BAZZANI, Verjährung des Anspruchs auf Herausgabe von Bestandespflegekommissionen, GesKR 2013 S. 49; MATHYS/ROBERTO, Wann verjähren Bestan-

despflegekommissionen?, Jusletter 19. November 2012; SUSAN EMMENEGGER, Anlagekosten: Retrozessionen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: Anlagerecht, 2007, S. 87 ff.).

6.4.3 Wie dem Schriftenwechsel entnommen werden kann, zielt das Begehren um Offenlegung (wiederum) auf Vorgänge in der Beschwerdegegnerin im Zeitraum 1998 bis 2005. Die Beschwerdeführer 1 und 2 begründen ihre Anträge um Offenlegung von Informationen und Unterlagen im Übrigen damit, dass die vom BSV geforderte rückwirkende Überprüfung durch die Beschwerdegegnerin nicht umgesetzt werden müsse, falls die Rechtsauffassung der Vorinstanz (keine rückwirkende Offenlegungspflicht) geschützt werde. Auch damit wird ersichtlich, dass die Beschwerdeführer 1 und 2 die Offenlegungspflicht mit Blick auf die Sanierungsvorgänge 2003 bis November 2005 verlangen. Die Beschwerdegegnerin stellt sich auf den Standpunkt, auch diesbezüglich liege mit dem Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich (und des späteren Urteils des Bundesgerichts) eine abgeurteilte Sache vor und es bestehe jedenfalls kein Rechtsschutzinteresse mehr an einer Offenlegung.

6.5 Retrozessionen, Vermittlungsprovisionen oder andere (gleichartige) Zahlungen, die im Rahmen der Vermögensanlage vom Anlagefonds an den unabhängigen Vermögensverwalter fliessen, stellen zusätzliche Leistungen dar, die gemäss genannter bundesgerichtlicher Rechtsprechung den Auftraggebern beziehungsweise den Pensionskassen zustehen (s. E. 6.4.2). Ein allfälliger Rückforderungsanspruch hat Auswirkungen auf das jährliche Anlageergebnis der Kasse und ist bei einer Teilliquidation als Leistungssubstrat zugunsten der Destinatäre zu beachten. Mit diesem allfälligen zusätzlichen Leistungsanspruch (aus Retrozessionen, Vermittlungsprovisionen oder anderen ähnlichen Zahlungen) haben sich Sozialversicherungsgericht und Bundesgericht vorliegend nicht auseinanderzusetzen müssen, zumal dies nicht Streitgegenstand im Klageverfahren war und die von den Beschwerdeführern geltend gemachten (vorausgehenden) Ansprüche auf Offenlegung nicht auf dem Klageweg nach Art. 73 BVG durchzusetzen sind, worauf das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich in seinem (rechtskräftigen) Urteil hingewiesen hat (Urteilserwägung 7). Ein Rechtsschutzinteresse an einer Offenlegung besteht damit nach wie vor.

6.6 Auf Gesetzesstufe ist der Praxis des Bundesgerichts insofern Rechnung getragen worden, dass mit den Änderungen des BVG vom 19. März 2010 (sog. Strukturreform, in Kraft seit 1. Januar 2012) in Art. 76 BVG « Strafbestimmungen » aufgenommen worden sind, dass,

wer Vermögensvorteile oder Retrozessionen im Zusammenhang mit der Verwaltung von Vorsorgevermögen nicht offenlegt oder für sich einbehält, die nicht ausdrücklich im Vermögensverwaltungsvertrag als Entschädigung beziffert sind, mit Gefängnis bis zu sechs Monaten oder mit Busse bis zu Fr. 30 000.– bestraft wird, sofern nicht ein mit schwererer Strafe bedrohtes Vergehen oder Verbrechen des Strafgesetzbuchs vorliegt (AS 2011 3393, 3403). Auf den gleichen Zeitpunkt hin hat der Bundesrat in Art. 48a Abs. 1 Bst. d der Verordnung vom 18. April 1984 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVV 2, SR 831.441.1) die Vorschrift aufgenommen, dass als Verwaltungskosten die Kosten für Makler- und Brokertätigkeit in der Betriebsrechnung auszuweisen sind. Gemäss Art. 47 Abs. 2 BVV 2 sind die Verwaltungskosten nach den Regeln der Fachempfehlungen zur Rechnungslegung Swiss GAAP FER 26 auszuweisen. Zudem ist Art. 48c BVV 2 « Information der Versicherten » (Art. 86b BVG) zu entnehmen, dass die Vorsorgekommission Informationen, die das Vorsorgewerk betreffen, den Versicherten auf Anfrage hin schriftlich mitteilen muss (AS 2011 3435, 3440). Dem Kommentar des BSV zu dieser Verordnungsbestimmung ist zu entnehmen, dass es sich um eine von der Subkommission BVG vorgeschlagene und von der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrats gutgeheissene Massnahme zur Verbesserung der Transparenz bei den Verwaltungskosten handle (Mitteilungen BSV über die berufliche Vorsorge Nr. 123, S. 67). Damit besteht (auch) eine Offenlegungspflicht aus BVG seit 1. Januar 2012.

6.7 Nicht von der Hand zu weisen und unbestritten ist, dass mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts ab März 2006 eine Offenlegungs- und Rückerstattungspflicht (vorbehältlich Verzicht) aus OR begründet wurde (vgl. auch EMMENEGGER, a.a.O., S. 70). Diese hat insoweit – und entgegen der Haltung von Vorinstanz und Beschwerdegegnerin – rückwirkende Bedeutung, als dass Handlungen von unabhängigen Vermögensverwaltern auf Mandatsbasis erfolgen, entsprechende Verträge dem Auftragsrecht entspringen (BGE 132 III 460 E. 4.1 m.w.H.) und die darauf anwendbaren Verjährungsbestimmungen Rückforderungen bis fünf oder zehn Jahre nach *Begründung* der Forderung (dieser Zeitpunkt ist umstritten: ab Beendigung des Auftragsverhältnisses zwischen Auftraggeber und Beauftragtem [vgl. EMMENEGGER, Anlagekosten a.a.O. S. 88 f.; JEAN-MARC SCHALLER, Retrozessionen: Nochmals zur Verjährungsfrage, Jusletter 3. Dezember 2012] oder ab Erhebung der Retrozession [vgl. Amtliche Mitteilung des Steueramts des Kantons Zürich vom 12. Februar 2013, < <https://www.steuern.ch/internet/finanzdirektion/ksta/de/aktuell/>]

mitteilungen/amtsmitteilungen_2013/zurueckbezahlte_retrozeessionen.html>, abgerufen am 23.02.2016]; vgl. zur Gegenüberstellung: HÄNI, a.a.O., S. 14) möglich machen.

Das Gericht gelangt zur Überzeugung, dass auf diese Forderungen die (längere) Verjährungsdauer von Art. 127 OR zur Anwendung kommt, zumal dem genannten Mandatsverhältnis per definitionem keine zwingenden periodischen Geldleistungen zugrunde liegen, die Retrozeession selber weder im Mandatsvertrag zwischen Vermögensverwalterin und Kunde (sog. Innenverhältnis) ihren direkten Ursprung hat noch eine periodische Leistung darstellt (Art. 128 Ziff. 1 OR; vgl. auch Urteil des BGer 5C.171/2000 vom 6. Oktober 2000 E. 6a e contrario) und zum Schutz der Destinatäre nicht auf die Verjährung im Aussenverhältnis zwischen Vermögensverwalterin und Dritte/Anlagefonds abzustellen ist. Zudem liegt weder eine der in Art. 128 Ziff. 2 OR genannten Forderungen vor noch umfasst Art. 128 Ziff. 3 OR die vorliegend interessierende Vertragslage (vgl. BBl II 1967 241, 262, 425 und 463; EMMENEGGER, a.a.O., S. 87 f.; SCHALLER, a.a.O.; a. M. beispielsweise ROMERIO/BAZZANI, a.a.O.). Insoweit erweist sich die Anweisung des BSV vom 1. November 2007 an die ihm damals unterstellten Kassen, wonach allfällige Rechte aus diesen Auftragsverhältnissen rückwirkend für die letzten zehn Jahre zu prüfen seien, als folgerichtig. Auch der Schweizerische Pensionskassenverband (ASIP) hat seinen Verbandsmitgliedern mit Fachmitteilungen Nr. 92 und 94 nahegelegt, von den Banken und Vermögensverwaltern mittels eines eingeschriebenen Briefs vollständige Transparenz bezüglich Retrozeessionen inklusive Bestandespflegekommissionen und Vertriebsentschädigungen zu fordern (Zustellung einer detaillierten Abrechnung sämtlicher Leistungen, welche die Bank im Rahmen der Kundenbeziehung erhalten hat). Rechtlich möglich sei es, eine Offenlegung zehn Jahre zurück zu verlangen. Im Interesse der Versicherten seien anschliessend diese offengelegten Beträge einzufordern. In jedem Fall sei eine schriftliche Stellungnahme – verbunden mit der Einforderung eines Verjährungsverzichts – zu verlangen.

Da zudem unterschiedliche (einmalige/periodische Leistungen) und aufgrund der Entwicklung auf den Finanzmärkten in ihrer Ausgestaltung wechselnde Vereinbarungen zwischen Vermögensverwalter und Anlagefonds vorliegen können, die mit dem Ende des Vertrags zwischen Vermögensverwalter und Pensionskasse nicht ohne Weiteres zusammenfallen beziehungsweise innerhalb der Dauer eines Mandats der Pensionskasse

die Vereinbarungsparteien wechseln können, ist für den *Beginn* der Verjährung auf das Aussenverhältnis und damit den Zeitpunkt abzustellen, in welchem die Retrozession an den Vermögensverwalter überwiesen worden ist. (Nur) damit ist auch die Anweisung beziehungsweise Empfehlung von BSV und ASIP folgerichtig, Auftragsverhältnisse rückwirkend für die letzten zehn Jahre zu prüfen.

6.8 Ein Rechtsschutzinteresse der Beschwerdeführer 1 und 2 an der Offenlegung seit 1996 erfolgter Retrozessionen und deren Überprüfung durch die Vorinstanz ist deshalb zu bejahen. Gründe für eine Offenlegung der Akten zu den vorliegend zentralen Vorgängen von Ende 2003 bis November 2005 würden vorliegend auch bestehen, wenn das Gericht auf eine Verjährungsfrist von fünf Jahren geschlossen hätte; diesfalls wären allfällige Retrozessionen ab 2001 zu prüfen, die ebenso in den Zeitraum der Sanierungsbemühungen der Beschwerdegegnerin und der Beendigung des Anschlussvertrags der Beschwerdeführerin 3 fallen. Ein Rechtsschutzinteresse an der Offenlegung von bis ins Jahr 2001 reichenden Akten kann auch aus der Pflicht der Beschwerdegegnerin abgeleitet werden, wesentliche Angaben zur Geltendmachung von Ansprüchen der Versicherten bis zehn Jahre nach Beendigung der Leistungspflicht aufzubewahren (Art. 27j Abs. 1 BVV 2 i.V.m. Art. 41 Abs. 8 BVG; vgl. BBl 2000 2637, 2682 Ziff. 2.9.4.3; vgl. auch BGE 139 V 42 E. 3.2; Urteil des BGer 9C_78/2010 vom 22. November 2011 E. 2.1.3). Vorliegend haben die Beschwerdeführer am 22. Juni 2011 Aufsichtsbeschwerde erhoben und – aus Vorsorgefall (Teilliquidationen vom 31. Dezember 2003 und 30. November 2005 sowie allfälligem Leistungsanspruch aus Retrozessionen, Vermögensprovisionen oder vergleichbaren Leistungen) heraus – um Informationen nach Art. 65a Abs. 3 sowie Art. 86b Abs. 2 BVG ersucht, für die beziehungsweise die entsprechenden Akten eine Aufbewahrungspflicht nach zehn Jahren endet.

Die Vorinstanz ist damit dem Begehren um Offenlegung für den Zeitraum vor 2007 zu Unrecht mit dem Hinweis auf eine fehlende Rechtsgrundlage nicht nachgekommen beziehungsweise hat die Beschwerdegegnerin nicht zu deren Offenlegung angehalten, was von dieser im Beschwerdeverfahren bestätigt worden ist. Den rechtlich verankerten Abklärungs- und Offenlegungspflichten (Art. 65a Abs. 3 und Art. 86b Abs. 2 BVG) sowie Aufsichtspflichten (Art. 62a Abs. 2 Bst. a BVG) schliesslich genügt nicht (wie die Vorinstanz mit Duplik ausführt), davon *auszugehen*, dass die Beschwerdegegnerin auch rückwirkend ihre allfälligen Rechte abgeklärt und im Rahmen dieser Abklärungen auf eine Rückforderung verzichtet habe. Zutreffend ist, dass der Stiftungsrat der Beschwerdegegnerin bezüglich der

Frage, ob die Kasse auf die Einforderung der Retrozessionen verzichten will, einen Ermessensspielraum hat. Jedoch ist er gehalten, zu überprüfen, ob für die Vermögensanlage Retrozessionen oder Vermittlungsprovisionen geflossen sind, bejahendenfalls deren Höhe zu ermitteln, gestützt auf die Unterlagen des Vermögensverwalters über die Rückforderung dieser Zahlungen oder den Verzicht darauf Beschluss zu fassen und die Höhe der einzelnen Zahlungen inklusive allfälligen Verzicht im Anhang zur Jahresrechnung offenzulegen (vgl. auch Art. 51a Abs. 2 Bst. m und Art. 65a Abs. 3 BVG, Fassung in Kraft ab 1. Januar 2012 [AS 2011 3385]; s. auch E. 6.7). Anschliessend ist die Vorinstanz im Rahmen der ihr obliegenden Rechtskontrolle gehalten, diese Vorgänge auf ihre Rechtmässigkeit hin zu überprüfen und die Beschwerdeführer 1 und 2 – nachdem diese explizit um Information ersucht haben – über die Inhalte ihrer Prüfung zu informieren. Nicht zu genügen vermag der Abklärungs- und Offenlegungspflicht daher auch, dass die Beschwerdegegnerin den Beschwerdeführern 1 und 2 mit Schreiben vom 9. Februar 2012 mitgeteilt habe, dass die geforderten Abklärungen auch rückwirkend getroffen worden seien und keine rückforderbaren Retrozessionen bezahlt worden oder geflossen seien (vgl. E. 6.2.5). Eine Genehmigungspflicht der Vorinstanz besteht diesbezüglich – entgegen der Argumentation der Beschwerdeführerin – jedoch nicht (vgl. Art. 53b Abs. 2, Art. 53c und Art. 62 Abs. 3 BVG e contrario).

6.9 Ergänzend ist festzuhalten, dass die Aufsichtsbehörde wird entscheiden müssen, ob sie die Anträge der Beschwerdeführer 1 und 2 gemäss Ziff. 4 der Beschwerde in ihren Anweisungen an die Beschwerdegegnerin (Art. 62a Abs. 2 Bst. b BVG) voraussetzungslos übernimmt. Vom Inhalt der Offenlegungspflichten gemäss Art. 65a Abs. 3 BVG (wonach Vorsorgeeinrichtungen in der Lage sein müssen, Informationen über den Kapitalertrag, den versicherungstechnischen Risikoverlauf, die Verwaltungskosten, die Deckungskapitalberechnung, die Reservebildung sowie den Deckungsgrad abgeben zu können) und der Informationspflichten nach Art. 86b Abs. 2 Satz 2 BVG (Pflicht der Vorsorgeeinrichtung, den Versicherten auf Anfrage hin Informationen unter anderem über den Kapitalertrag abzugeben) nicht gedeckt ist, dass Versicherte via Aufsichtsbeschwerde Weisungen an die Vorsorgeeinrichtungen, wie diese Abklärungen durchzuführen sind, *durchsetzen* können. Der Gesetzgeber hat zudem die dem Bundesrat in Art. 65a Abs. 4 BVG eingeräumte Kompetenz zum Erlass von Bestimmungen über die Art und Weise, wie diese Informationen bis auf Stufe der Vorsorgewerke ausgewiesen werden müssen, unter den Vorbehalt der Verhältnismässigkeit des Aufwandes gestellt. In Art. 47 Abs. 2 BVV 2 hat der Bundesrat festgehalten, dass die Jahresrechnungen

nach den Fachempfehlungen Swiss GAAP FER 26 aufzustellen und zu gliedern sind (vgl. auch E. 6.5) und im Anhang ergänzende Angaben und Erläuterungen zur Vermögensanlage, zur Finanzierung und zu einzelnen Positionen der Bilanz und der Betriebsrechnung aufzunehmen sind (Art. 47 Abs. 3). Zur Informationspflicht führte er in Art. 48c aus, die Sammeleinrichtungen müssten die Informationen nach Art. 48b, die sie selbst betreffen, im Anhang zu der Jahresrechnung ausweisen (Abs. 1) und die Vorsorgekommission müsse Informationen, die das Vorsorgewerk betreffen, den Versicherten auf Anfrage hin schriftlich mitteilen (Abs. 2). Weitergehende Pflichten sind diesen Bestimmungen nicht zu entnehmen.

6.10–8.4 (...)

9. Damit ist die Beschwerde vom 16. Mai 2013, soweit darauf einzutreten ist, teilweise gutzuheissen. Die Sache wird an die Vorinstanz zurückgewiesen mit der Anweisung, das auf Art. 86b Abs. 2 BVG gestützte Auskunftsbegehren der Beschwerdeführer 1 und 2 materiell zu behandeln (vgl. Urteil des BGer 9C_53/2011 vom 28. September 2011 E. 2.2 f.), die Beschwerdegegnerin zu veranlassen, Abklärungen betreffend seit 1996 erfolgte Retrozessionen, Vermittlungsprovisionen oder andere Zahlungen zu treffen, bejahendenfalls deren Höhe zu ermitteln, über die Rückforderung dieser Zahlungen oder den Verzicht darauf Beschluss zu fassen und die Höhe der einzelnen Zahlungen im Anhang zur Jahresrechnung offenzulegen. Anschliessend ist die Vorinstanz gehalten, diese Vorgänge auf ihre Rechtmässigkeit hin zu überprüfen und die Beschwerdeführer 1 und 2 über die Inhalte ihrer Prüfung zu informieren. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen.