

Die Praxis des BVS zu wesentlichen Neuerungen aufgrund der 1. BVG-Revision

Dr. iur. Erich Peter, Rechtsanwalt, LL.M. Taxation, Amtschef BVS

INHALTSVERZEICHNIS

1. Begünstigtenordnung nach Art. 20a BVG
 - 1.1 Rückblick
 - 1.2 Praxis des BVS zur erweiterten Begünstigtenordnung
 - a) Auslegung von Art. 20a BVG
 - b) Praxis der Reglementsprüfung durch das BVS
 2. Kapitaloption nach Art. 37 Abs. 2 BVG
 - 2.1 Rückblick
 - 2.2 Praxis des BVS zur Kapitaloption von Art. 37 Abs. 2 BVG
 - a) Auslegung von Art. 37 Abs. 2 BVG
 - b) Praxis der Reglementsprüfung durch das BVS
 3. Teilliquidation
 - 3.1 Rückblick
 - 3.2 Teilliquidation von Vorsorgeeinrichtungen
 - a) Reglementsbestimmungen
 - b) Verfahren der Mitteilung der Genehmigungsverfügung
 - 3.3 Teilliquidation von Wohlfahrtsfonds
 4. Anlagen beim Arbeitgeber
 - 4.1 Rückblick
 - 4.2 Praxis des BVS zu den Anlagen beim Arbeitgeber
 - a) Vorsorgeeinrichtungen
 - b) Wohlfahrtsfonds
 5. Unterdeckung und eingeschränkte Risikofähigkeit
 - 5.1 Rückblick
 - 5.2 Praxis des BVS zum Einbezug der Kontrollstelle
 - a) Bestätigung der Kontrollstelle bei Unterdeckung
 - b) Bestätigung der Kontrollstelle bei eingeschränkter Risikofähigkeit
 - (i) Rückblick
 - (ii) Neue Praxis aufgrund der 1. BVG-Revision?
-

1. BEGÜNSTIGTENORDNUNG NACH ART. 20a BVG

Es wird an dieser Stelle auf die Auffassung des BVS zur Begünstigtenordnung nach Art. 20a BVG vom September 2005 verwiesen, welche auf der Homepage des BVS (www.bvs.zh.ch) unter „News“ eingesehen werden kann.

1.1 Rückblick

Per 1. Januar 2005 wurde mit dem 2. Paket der 1. BVG-Revision auch die Begünstigtenordnung neu geregelt (Art. 20a BVG). Das Thema der erweiterten Begünstigtenordnung nach Art. 20a BVG wurde an den Informationstagen zur beruflichen Vorsorge 2005 des BVS ausführlich behandelt. Gemäss ursprünglicher Auffassung des Bundesamtes für Sozialversicherung (BSV) hätten die Vorsorgeeinrichtungen einzig die Wahl gehabt, die gesetzliche Begünstigtenordnung ohne Einschränkung zu übernehmen oder darauf zu verzichten. Im Laufe der Diskussion hat sich die Auffassung des Amtes für berufliche Vorsorge und Stiftungen des Kantons Zürich (BVS) zur Auslegung von Art. 20a BVG durchgesetzt, dass die gesetzliche Begünstigtenordnung durch die Vorsorgeeinrichtungen in gewissen Bereichen flexibel ausgestaltet werden kann.

1.2 Praxis des BVS zur erweiterten Begünstigtenordnung

a) *Auslegung von Art. 20a BVG*

Führt die Vorsorgeeinrichtung die erweiterten Hinterlassenenleistungen ein, muss sie sich gemäss Botschaft an den in Art. 20a BVG definierten Begünstigtenkreis halten und darf diesen nicht erweitern. Der Antrag auf Erweiterung von Art. 20a Abs. 1 lit. c BVG um „eingesetzte Erben“ wurde nicht angenommen.

Das BVS geht davon aus, dass die Reihenfolge der Kaskadenordnung zwingend ist, und dass die Vorsorgeeinrichtung nicht alle Gruppen, d.h. nicht alle 3 Kaskaden, in die Begünstigtenordnung aufnehmen muss. Wird nur die 1. Kaskade in das Reglement übernommen und die 2./3. Kaskade ausgeschlossen, darf innerhalb der 1. Kaskade eine Einschränkung auf bestimmte Personen vorgenommen werden. Grund dafür ist, dass die Einführung der erweiterten Hinterlassenenleistung für die Vorsorgeeinrichtung freiwillig ist. Wird aber neben der 1. auch die 2. Kaskade eingeführt, darf in der 1. Kaskade keine Verschärfung der Voraussetzungen durch Kumulation (d.h. Ersetzen von „oder“ durch „und“) eingeführt werden, da sonst eine Person der ersten Kaskade ausgeschlossen werden könnte, obwohl sie die gesetzlichen Anforderungen von Art. 20a Abs. 1 lit. a BVG erfüllen würde.

Der überlebende, allenfalls geschiedene, Ehegatte sowie die Kinder erhalten unter bestimmten Voraussetzungen die in Art. 19 und 20 BVG aufgeführten Leistungen. Sie können aber auch Begünstigte im Sinne von Art. 20a Abs. 1 BVG sein. Die Bestimmung hält ausdrücklich fest, dass überlebende Ehegatten und Kinder nur dann nicht unter die erweiterte Begünstigtenordnung der 1. Kaskade bzw. 2. Kaskade fallen, wenn sie tatsächlich eine Witwen(r)- bzw. eine Waisenrente beziehen. Ob der Ehegatte und die Kinder beim Fehlen von anderen Personen der 1. und 2. Kaskade der Begünstigtenordnung neben einer Rente zusätzlich noch in der dritten Kaskade gemäss Art. 20a Abs. 1 lit. c BVG berücksichtigt werden können, ist umstritten, aber vom Wortlaut her nicht auszuschliessen.

Zusammenfassend darf das Reglement nicht zu einer Verletzung der Rangfolge von Art. 20a Abs. 1 BVG führen. Verschärfungen wie die Einschränkung auf einzelne Personengruppen oder die Kumulation alternativer Voraussetzungen könnten die gesetzliche Begünstigtenordnung verletzen.

b) Praxis der Reglementsprüfung durch das BVS

Das BVS hat die Reglementsprüfungen gemäss der unter Ziff. 1.2 vorstehend dargestellten, bereits seit August 2004 bekannten Rechtsauffassung durchgeführt. Da die Auffassung des BVS aber nicht unbestritten ist, und das BVS dem Entscheid eines Gerichts in einem Streitfall zwischen einer Vorsorgeeinrichtung und einem potentiell Begünstigten nicht vorgreifen will, lässt es Bestimmungen, welche eine andere Rechtsauffassung zur Handhabung der Kaskadenordnung (Art. 20a Abs. 1 lit. a-c BVG) vertreten, bis zu einem anders lautenden Gerichtsentscheid auf Zusehen hin zu. Allerdings weist das BVS im Reglementsbrief darauf hin, dass sich Vorsorgeeinrichtungen, die eine von der dargestellten Rechtsauffassung abweichende Begünstigtenordnung wählen, sich dem Risiko einer Doppelzahlung aussetzen.

Aufgrund von diversen Reaktionen (insbesondere von PK-Experten) hat sich das BVS im Verlaufe der Reglementsprüfungen dazu entschlossen, seine Rechtsauffassung nicht mehr in einem Textbaustein im Reglementsbrief darzustellen, sondern nur noch auf die Darstellung dieser Auffassung auf der Homepage des BVS zu verweisen. An der Auslegung von Art. 20a BVG durch das BVS, dem Hinweis auf eine anders lautende richterliche Auslegung, der damit verbundenen Gefahr einer Doppelzahlung für die Vorsorgeeinrichtung und der Praxis, dass bis zu einem anders lautenden Gerichtsentscheid abweichende Begünstigtenordnungen zugelassen werden, hält das BVS aber fest. Das vergangene Jahr hat im Übrigen gezeigt, dass die Auslegung von Art. 20a BVG durch das BVS allgemein als korrekt anerkannt wird. Dies hindert allerdings vie-

le Vorsorgeeinrichtungen nicht daran, Art. 20a BVG trotzdem anders auszulegen und entsprechend abweichende Begünstigtenordnungen vorzusehen.

2. KAPITALOPTION NACH ART. 37 ABS. 2 BVG

2.1 Rückblick

Seit dem 1.1.2005 kann der Versicherte verlangen, dass ihm ein Viertel seines BVG-Altersguthabens, das für die Berechnung der tatsächlich bezogenen Altersleistungen massgebend ist, als einmalige Kapitalabfindung ausgerichtet wird (Art. 37 Abs. 2 BVG). Die Regel, dass das Vorsorgereglement ein Wahlrecht des Versicherten für eine Kapitalabfindung an Stelle einer Rente vorsehen (Art. 37 Abs. 4 lit. a BVG) und für die Geltendmachung dieser Kapitalabfindung eine Frist vorsehen kann (Art. 37 Abs. 4 lit. b BVG), wurde unverändert belassen.

2.2 Praxis des BVS zur Kapitaloption nach Art. 37 Abs. 2 BVG

a) Auslegung von Art. 37 Abs. 2 BVG

Die grammatikalische und systematische Auslegung der Bestimmungen zur Kapitaloption ergibt, dass der Gesetzgeber für die Geltendmachung der Viertel-Kapitaloption keine Frist vorgesehen hat. Das BVS hat anfänglich deshalb auch die Auffassung vertreten, dass das Wahlrecht des Versicherten nicht an eine Frist gebunden werden darf. Kurze Administrativfristen von bis zu 6 Monaten liess das BVS von Beginn weg zu.

b) Praxis der Reglementsprüfung durch das BVS

Diverse Kontakte (insbesondere mit PK-Experten) und wirtschaftliche Überlegungen haben das BVS aber dazu bewogen, von dieser zwar juristisch korrekten, aber formalen Sichtweise abzuweichen. Das BVS lässt es daher zu, wenn das Vorsorgereglement für die Geltendmachung der gesetzlich vorgesehenen Viertel-Kapitaloption nach Art. 37 Abs. 2 BVG eine Frist vorsieht. Üblicherweise ist dies die gleiche Frist, welche für die reglementarische Kapitaloption nach Art. 37 Abs. 4 BVG gilt. Im Spätherbst 2005 hat sich dann auch das BSV dahingehend geäussert, dass es nie die Absicht des Gesetzgebers gewesen sei, dass die Kapitaloption nach Art. 37 Abs. 2 BVG ohne Berücksichtigung einer Frist jederzeit geltend gemacht werden könne.

3. TEILLIQUIDATION

Es wird an dieser Stelle auf die beiden Merkblätter des BVS zur „Teilliquidationen von Vorsorgeeinrichtungen mit reglementarischen Leistungen (Art. 53d Abs. 3 BVG)“ vom April 2005 und zur „Teilliquidationen von Vorsorgeeinrichtungen ohne reglementarische Leistungen (reine Wohlfahrtsfonds)“ vom September 2005 verwiesen (www.bvs.zh.ch). Zudem werden anlässlich des Workshops zum Thema Teilliquidation Fragen zu den Reglementsbestimmungen und zum neuen Verfahren der Teilliquidation beantwortet werden.

3.1 Rückblick

Am 1. Januar 2005 traten aufgrund der 1. BVG-Revision die neuen Bestimmungen von Art. 23 FZG, Art. 53b und 53d BVG sowie Art. 27g und 27h BVV2 in Kraft, welche die Teilliquidation von Vorsorgeeinrichtungen regeln. Diese gelten sowohl für die obligatorische als auch für die überobligatorische Vorsorge (neu Art. 49 Abs. 2 Ziff. 11 BVG, neu Art. 89^{bis} Abs. 6 Ziff. 9 ZGB).

Die Vorsorgeeinrichtungen regeln neu in ihren Reglementen die Voraussetzungen und das Verfahren zur Teilliquidation. Diese generell abstrakten Vorschriften müssen von der Aufsichtsbehörde genehmigt werden. Die neuen Bestimmungen haben grundsätzlich keinen Einfluss auf die materiell-rechtliche Beurteilung der Teilliquidation. Das Verfahren zur Teilliquidation wird dagegen grundlegend geändert. Neu wird die Teilliquidation von der Vorsorgeeinrichtung autonom, ohne Mitwirkung der Aufsichtsbehörde, beschlossen und durchgeführt. Diese wird nur noch eingeschaltet, wenn Versicherte oder Rentner eine Überprüfung der Voraussetzungen, des Verfahrens und des Verteilungsplanes der konkreten Teilliquidation durch die Aufsichtsbehörde verlangen (Art. 53d Abs. 6 BVG). Der Begriff „Verteilungsplan“ in Art. 53d Abs. 6 BVG ist umfassend zu verstehen und umfasst alle Elemente der Teilliquidationsvoraussetzungen und –folgen.

Grundvoraussetzung für die Durchführung einer konkreten Teilliquidation ist also neu die Regelung der allgemeinen Voraussetzungen und des Verfahrens im Reglement. Diese vom Stiftungsrat zu beschliessenden und von der Aufsichtsbehörde zu genehmigenden Bestimmungen zur Teilliquidation können auch in einem separaten Regulativ aufgeführt sein, welches Bestandteil des den Versicherten abzugebenden Reglements bildet. Die Grenzen einer zum Gesetz differenzierteren Regelung der Voraussetzungen für eine Teilliquidation sind dabei - wie bis anhin - die in Lehre und Praxis hierzu entwickelten Grundsätze.

Die Vorsorgeeinrichtungen haben für die Erstellung dieses Reglements eine Übergangsfrist von drei Jahren. Ist vor Ablauf dieser Übergangsfrist eine Teilliquidation durchzuführen, muss die Vorsorgeeinrichtung die entsprechenden reglementarischen Grundlagen unverzüglich erstellen.

3.2 Teilliquidation von Vorsorgeeinrichtungen

a) *Reglementsbestimmungen*

Wie bis anhin gelten die Voraussetzungen für den Tatbestand der Teilliquidation vermutungsweise als erfüllt, wenn a. eine *erhebliche Verminderung der Belegschaft* erfolgt, b. eine *Unternehmung restrukturiert* wird oder c. der *Anschlussvertrag aufgelöst* wird (Art. 53b BVG).

Der Gesetzgeber hat bewusst darauf verzichtet, die bisherigen Tatbestandsvermutungen anlässlich der BVG-Revision enger zu definieren, und hat deshalb keine gesetzliche Grundlage für entsprechende Präzisierungen auf Verordnungsstufe geschaffen. Für die Prüfung der Tatbestandsvermutungen einer Teilliquidation gelten deshalb nach wie vor die Grundsätze der bestehenden Lehre und Praxis (vgl. Berufliche Vorsorge, Kommentar, Isabelle Vetter-Schreiber, Art. 53b BVG, S. 176 ff.). Da die Aufsichtsbehörde keine gesetzgeberischen Kompetenzen hat, wird sie Reglementsbestimmungen, welche von dieser Rechtsordnung abweichende Regelungen vorsehen, als unzulässig zurückweisen bzw. nicht genehmigen. Die Vorsorgeeinrichtung kann auch die in Art. 53b Abs. 1 BVG abschliessend aufgezählten Tatbestandsvermutungen im Wortlaut übernehmen.

Diese Praxis, die auch von der BVG-Aufsicht des Kantons Bern vertreten wird, rechtfertigt sich vor allem aufgrund der Tatsache, dass die neue gesetzliche Regelung eigentlich für Gemeinschafts- und Sammeleinrichtungen gedacht war, und nicht für betriebseigene Vorsorgeeinrichtungen, die nicht jährlich mehrere Teilliquidationen durchzuführen haben.

b) *Verfahren der Mitteilung der Genehmigungsverfügung*

Im Gegensatz zur Prüfung der üblichen Bestimmungen im Leistungsreglement, welche von der Aufsichtsbehörde mit einem Reglementsbrief mit rein deklaratorischer Wirkung erledigt wird, hat sie gemäss Art. 53b Abs. 2 BVG die reglementarischen Bestimmungen zur Teilliquidation konstitutiv zu genehmigen.

Das BVS eröffnet die Genehmigungsverfügung nur gegenüber der Vorsorgeeinrichtung. Die Vorsorgeeinrichtung wird nicht angewiesen, diese Verfügung allen

Versicherten zur Kenntnis zu bringen. Erst im Falle einer konkreten Teilliquidation, welche von der Vorsorgeeinrichtung aufgrund der geprüften und verfügbaren Reglementsbestimmungen durchgeführt wird, hat die Vorsorgeeinrichtung die Versicherten umfassend zu informieren, d.h. auch über den Inhalt der Genehmigungsverfügung betreffend die Reglementsbestimmungen zur Teilliquidation. Die Versicherten haben dann die Möglichkeit, sowohl die korrekte Anwendung der reglementarischen Bestimmung, als auch die Rechtmässigkeit derselben bei der Aufsichtsbehörde überprüfen zu lassen.

Das BVS hat sich für diese Praxis entschieden, da sie klarerweise zu weniger Rechtsunsicherheit, zu weniger Unsicherheit bei den Versicherten und zu weniger Umtrieben für die Vorsorgeeinrichtung führt. Das gewählte Vorgehen ist realitätsnah und schafft auch eine Nähe zum Zeitpunkt der tatsächlichen Teilliquidation. Die gleiche Praxis wird auch von der BVG-Aufsichtsbehörde des Kantons Bern vertreten.

3.3 Teilliquidation von Wohlfahrtsfonds

Die neuen Bestimmungen zur Teilliquidation gelten sowohl für die obligatorische, die umhüllende (Art. 49 Abs. 2 Ziff. 11 BVG) als auch für die überobligatorische Vorsorge (Art. 89^{bis} Abs. 6 Ziff. 9 ZGB). Sie sind somit auch für Vorsorgeeinrichtungen anwendbar, die keine reglementarisch verankerten Leistungsansprüche gewähren und deshalb nicht dem Freizügigkeitsgesetz (Art. 1 Abs. 2 FZG) unterstellt sind (sog. reine Wohlfahrtsfonds, patronale Stiftungen). Für die praktische Anwendung erscheint es sinnvoll, zwischen Vorsorgeeinrichtungen mit reglementarischen Leistungen und solchen ohne reglementarische Leistungen (Wohlfahrtsfonds) zu unterscheiden. Eine flexiblere Praxis für Wohlfahrtsfonds rechtfertigt sich insbesondere deshalb, weil das Stiftungsvermögen grundsätzlich vom Arbeitgeber gebildet wurde und demzufolge bei der Durchführung einer Teilliquidation das stiftungsrätliche Ermessen, wie bis anhin, grösser zu gewichten ist. Zudem bestehen regelmässig keine reglementarischen Vorsorgeansprüche. Vielmehr werden im Rahmen des Stiftungszweckes vom Stiftungsrat in Ausübung seines pflichtgemässen Ermessens freiwillige zusätzliche Leistungen zur reglementarischen Vorsorge im Einzelfall gewährt. Zudem beinhaltet der Stiftungszweck i.d.R. auch die Erbringung von Leistungen in Härtefällen bzw. Notlagen der Destinatäre, wie bei Krankheit, Unfall, Invalidität oder Arbeitslosigkeit. Schliesslich sieht der Zweck von Wohlfahrtsfonds i.d.R. die Finanzierung von Beiträgen und Versicherungsprämien für andere steuerbefreite Vorsorgeeinrichtungen vor, die zugunsten der Destinatäre bestehen.

Diese Besonderheiten gilt es bei der Beurteilung von Teilliquidationen von Wohlfahrtsfonds auch weiterhin gebührend zu beachten. Das stiftungsrätliche

Ermessen bei der Durchführung einer Teilliquidation ist in einem Wohlfahrtsfonds nach wie vor grösser als bei Vorsorgeeinrichtungen mit reglementarischen Leistungsansprüchen. Aufgrund der neuen gesetzlichen Bestimmungen über die Teilliquidation gibt es keinen Grund bei patronalen Wohlfahrtsfonds von der bisherigen, stiftungsrechtlich bestimmten Praxis abzuweichen.

4. ANLAGEN BEIM ARBEITGEBER

4.1 Rückblick

Mit der 1. Etappe der BVG-Revision betr. Transparenz, paritätische Verwaltung und die Auflösung des Kollektivversicherungsvertrages traten auf den 1. April 2004 auch neue Bestimmungen zu den Anlagen beim Arbeitgeber in Kraft.

Art. 57 Abs. 1 BVV2 bestimmt, dass das Vermögen, vermindert um Verbindlichkeiten und passive Rechnungsabgrenzungen, nicht ungesichert beim Arbeitgeber angelegt werden darf, soweit es zur Deckung der Freizügigkeitsleistungen sowie zur Deckung der laufenden Renten gebunden ist. Damit wird neu klar geregelt, welches Vermögen den zur Deckung der Freizügigkeitsleistungen sowie zur Deckung der laufenden Renten gebundenen Mitteln gegenüberzustellen ist (Erläuterungen des Bundesrats zu Art. 57 Abs. 1 BVV2). Diese erste Limite von Art. 57 BVV2 ist unveränderbar, d.h. auch nicht mit Hilfe der Erweiterung der Anlagemöglichkeiten nach Art. 59 BVV2 erweiterbar. Das Vorsorgekapital, technische Rückstellungen, Verbindlichkeiten und passive Rechnungsabgrenzungen können nie ungesichert beim Arbeitgeber angelegt werden.

Ungesicherte Anlagen und Beteiligungen beim Arbeitgeber dürfen zusammen 5 Prozent des Vermögens nicht übersteigen (Art. 57 Abs. 2 BVV2). Im Rahmen von bestehenden Arbeitgeberbeitragsreserven, nicht-technischen Rückstellungen, Wertschwankungsreserven und freien Mitteln (und nur in diesem Rahmen) können maximal 5 Prozent der Bilanzsumme ungesichert beim Arbeitgeber angelegt werden. Bisher war diese Grenze bei 20 Prozent.

Die Einschränkungen für Anlagen beim Arbeitgeber sind massiv. Bei der ersten Limite wurde die Berechnung präzisiert (Art. 57 Abs. 1 BVV2). Die zweite Limite wurde von 20 auf 5 Prozent gesenkt (Art. 57 Abs. 2 BVV2). Die Anforderungen an Garantien als Sicherstellung wurden verschärft, indem Garantien von Bund, Kanton, Gemeinde oder einer dem Bankengesetz unterstehenden Bank neu ausdrücklich auf die Vorsorgeeinrichtung lauten und unwiderruflich und unübertragbar sein müssen (Art. 58 Abs. 2 lit. a BVV2). Auch die Anforderungen an Grundstücke als Sicherstellung wurden verschärft, indem Grundpfänder auf Grundstücken des Arbeitgebers nicht mehr als Sicherstellung gelten, wenn die-

se dem Arbeitgeber zu mehr als 50 Prozent ihres Wertes als Industrie, Gewerbe- oder Geschäftsliegenschaft dienen (Art. 58 Abs. 2 lit. b BVV2).

Der Grund für diese Verschärfung ist nachvollziehbar und geht in die richtige Richtung. Oft werden Anlagen beim Arbeitgeber bei wirtschaftlichen Schwierigkeiten desselben neu eingegangen oder erhöht: Im Falle eines nachfolgenden Konkurses des Arbeitgebers sind sie trotz Konkursprivileg oft nicht mehr voll gedeckt. Zudem befinden sich die Arbeitnehmervertreter im Stiftungsrat sowohl beim Entscheid über Anlagen beim Arbeitgeber als auch beim Entscheid über einen Verzicht auf die Forderungen gegenüber dem Arbeitgeber im Falle einer Sanierung des Arbeitgebers in einer Zwangssituation, weil sie befürchten, ihren Arbeitsplatz zu verlieren (zu den Bedingungen für einen Forderungsverzicht bei Sanierung vgl. SZS 1988, 263 ff. [Entscheid der Beschwerdekommision BVG vom 18.6.87]). Wenn der Arbeitgeber letztendlich trotz Sanierung und Forderungsverzicht der Vorsorgeeinrichtung in Konkurs geht, verlieren die Arbeitnehmer nicht nur ihre Vorsorgemittel sondern auch den Arbeitsplatz.

Art. 59 Abs. 1 BVV2 bestimmt, dass Erweiterungen der Anlagemöglichkeiten nach den Art. 53–56, 56a Abs. 1 und 5 und Art. 57 Abs. 2 BVV2 gestützt auf ein Anlagereglement nach den Anforderungen von Art. 49a BVV2 möglich sind, sofern die Einhaltung von Art. 50 BVV2 in einem Bericht jährlich schlüssig dargelegt werden kann. Erweiterbar ist nur die zweite Limite nach Art. 57 Abs. 2 BVV2. Für die erste Limite (Art. 57 Abs. 1 BVV2) und die Sicherheiten kann keine Erweiterungsbeurteilung nach Art. 59 geliefert werden.

Die Übergangsbestimmungen der Änderung vom 24. März 2004 halten in Abs. 2 fest, dass den Vorsorgeeinrichtungen für die Anpassung an die neuen Bestimmungen über die Anlagen beim Arbeitgeber und über die Sicherstellung solcher Anlagen eine Übergangsfrist bis am 1. Januar 2006 eingeräumt wird.

4.2 Praxis des BVS zu den Anlagen beim Arbeitgeber

So sinnvoll und begründet die Verschärfungen bezüglich der Anlagen beim Arbeitgeber auch sind, so klar muss auch festgehalten werden, dass es in der heutigen wirtschaftlichen Situation vielen Arbeitgebern nicht möglich war, die Anlagen innert Frist (d.h. bis zum 1.1.2006) auf das gesetzlich zulässige Mass abzubauen. Die Aufsichtsbehörden sind demnach gefragt, mit einer sozialadäquaten Praxis, den Abbau in den nächsten Jahren zu ermöglichen, ohne dass dadurch die Arbeitsplätze gefährdet werden. Denn es kann nicht sein, dass eine Bestimmung, welche den Schutz der Vorsorgemittel zum Ziel hat, zum Verlust des Arbeitsplatzes führt.

Das BVS hat hierzu eine Praxis entwickelt, welche in der Folge wiedergegeben wird. Es ist aber klar darauf hinzuweisen, dass es sich hierbei um vom BVS entwickelte Grundsätze und Richtgrössen handelt, welche erstens keinen Rechtsanspruch für Vorsorgeeinrichtungen begründen und zweitens nur theoretischer Natur sind, da in jedem Fall eine Beurteilung aufgrund des konkreten Einzelfalls erfolgen muss.

Sollte der Arbeitgeber die Anlagen im Sinne von Art. 58 BVV2 sicherstellen, sind sie weiterhin unbegrenzt möglich.

a) Vorsorgeeinrichtungen

Das BVS lässt es grundsätzlich zu, dass die gesetzliche Grenze von 5 Prozent in Art. 57 Abs. 2 BVV2 im Rahmen der Erweiterung der Anlagemöglichkeiten nach Art. 59 BVV2 auf maximal 10 Prozent angehoben werden kann. Voraussetzung für die Erweiterungsbegründung sind ein entsprechend formuliertes Anlagereglement und ein jährlicher schlüssiger Bericht. Sofern es einer Vorsorgeeinrichtung mit reglementarischen Leistungen nicht möglich war, ihre Anlagen beim Arbeitgeber innert Frist (d.h. bis zum 1.1.2006) auf das gesetzlich zulässige Mass von 5 Prozent zu reduzieren, und auch die oben beschriebene 10 Prozent-Marke nicht eingehalten werden kann, hat die Vorsorgeeinrichtung dem BVS die Überschreitung schriftlich zu begründen und eine schriftliche Bestätigung der Revisionsstelle des Arbeitgebers einzureichen, aus welcher hervorgeht, dass (i) die Anlagen beim Arbeitgeber nicht gefährdet sind, und dass (ii) die Liquidität des Arbeitgebers eine Rückzahlung der Anlagen bis auf die maximal zulässige Limite von 10 Prozent (sofern die Erfordernisse von Art. 59 BVV2 erfüllt werden können) innerhalb von maximal drei Jahren ermöglicht. Zudem hat die Vorsorgeeinrichtung die entsprechende Abzahlungsvereinbarung mit dem Arbeitgeber einzureichen.

b) Wohlfahrtsfonds

Aufgrund von Art. 89^{bis} Abs. 6 Ziff. 18 ZGB gelten die Bestimmungen des BVG über die Vermögensverwaltung (Art. 71 BVG und damit u.a. der revidierte Art. 57 ff. BVV2) auch für Vorsorgeeinrichtungen, welche rein überobligatorische Vorsorge betreiben (d.h. auch für patronale Wohlfahrtsfonds, welche keine reglementarische Leistungen versprechen). Aufgrund des klaren gesetzgeberischen Willens zur Verschärfung dieser Bestimmung musste auch das BVS seine bisherige Praxis anpassen. Der Wohlfahrtsfonds hat die ungesicherten Anlagen beim Arbeitgeber per 1.1.2006 auf 5 Prozent des Vermögens zu beschränken. Das BVS lässt es grundsätzlich zu, dass die gesetzliche Grenze von

5 Prozent in Art. 57 Abs. 2 BVV2 im Rahmen der Erweiterung der Anlagemöglichkeiten nach Art. 59 BVV2 bei einem Wohlfahrtsfonds grundsätzlich auf maximal 20 Prozent angehoben werden kann. Voraussetzung für die Erweiterungsbegründung sind ein entsprechend formuliertes Anlagereglement und ein jährlicher schlüssiger Bericht.

Sofern es einer Vorsorgeeinrichtung ohne reglementarische Leistungen (i.d.R. Wohlfahrtsfonds) nicht möglich war, ihre Anlagen beim Arbeitgeber innert Frist (d.h. bis zum 1.1.2006) auf das gesetzlich zulässige Mass von 5 Prozent zu reduzieren, und auch die oben beschriebene 20 Prozent-Marke nicht eingehalten werden kann, hat sie dem BVS die Überschreitung schriftlich zu begründen und eine schriftliche Bestätigung der Revisionsstelle des Arbeitgebers einzureichen, aus welcher hervorgeht, dass (i) die Anlagen beim Arbeitgeber nicht gefährdet sind, und dass (ii) die Liquidität des Arbeitgebers eine Rückzahlung der Anlagen bis auf die maximal zulässige Limite von 20 Prozent (sofern die Erfordernisse von Art. 59 BVV2 erfüllt werden können) innerhalb von maximal drei Jahren ermöglicht. Zudem hat die Vorsorgeeinrichtung die entsprechende Abzahlungsvereinbarung mit dem Arbeitgeber einzureichen.

Sofern das Vermögen des Wohlfahrtsfonds zu einem wesentlichen Teil aus Arbeitgeberbeitragsreserven besteht, gilt das oben dargestellte unverändert mit der einzigen Abweichung, dass die Anlagen beim Arbeitgeber innerhalb von drei Jahren auf die maximal zulässige Obergrenze von 50 Prozent (anstatt 20 Prozent) des Vermögens reduziert werden müssen, wobei Arbeitgeberbeitragsreserven in mindestens der gleichen Höhe vorhanden sein müssen.

5. UNTERDECKUNG UND EINGESCHRÄNKTE RISIKOFÄHIGKEIT

Es wird an dieser Stelle auf das Merkblatt des BVS zur „Finanziellen Sicherheit von Vorsorgeeinrichtungen“ vom Juni 2005 verwiesen (www.bvs.zh.ch).

5.1 Rückblick

Mit dem zweiten Paket der 1. BVG-Revision wurde Art. 35a BVV2 per 1. Januar 2005 eingeführt, welcher als Ausführungsbestimmung zu Art. 53 Abs. 1 BVG die besonderen Aufgaben der Kontrollstelle bei Unterdeckung einer Vorsorgeeinrichtung regelt. Danach hat die Kontrollstelle im Falle einer Unterdeckung spätestens bei ihrer ordentlichen Prüfung abzuklären, ob die Vorsorgeeinrichtung die Meldung an die Aufsichtsbehörde nach Art. 44 BVV2 gemacht hat. Bei fehlender Meldung ist die Kontrollstelle verpflichtet, der Aufsichtsbehörde unverzüglich Bericht zu erstatten (Art. 35a Abs. 1 BVV2).

Ferner hat die Kontrollstelle in ihrem jährlichen Bericht insbesondere festzuhalten, ob die Anlagen mit der Risikofähigkeit der Vorsorgeeinrichtung in Unterdeckung im Einklang stehen und die Art. 49a, 50 und 59 BVV2 eingehalten sind. Dabei sind die Angaben zu den Anlagen beim Arbeitgeber gesondert darzustellen (Art. 35a Abs. 2 lit. a BVV2). Die Kontrollstelle hält ebenfalls fest, ob die Massnahmen zur Behebung der Unterdeckung vom zuständigen Organ unter Beizug des Experten für berufliche Vorsorge beschlossen, im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen und des Massnahmenkonzeptes umgesetzt und die Informationspflichten eingehalten wurden (Art. 35a Abs. 2 lit. b BVV2). Schliesslich hält die Kontrollstelle auch fest, ob die Wirksamkeit der Massnahmen zur Behebung der Unterdeckung überwacht und die Massnahmen bei veränderter Situation angepasst wurden (Art. 35a Abs. 2 lit. c BVV2).

Gemäss den Erläuterungen des Bundesrats zu Art. 35a BVV2 sind die unter lit. a bis c erwähnten Prüfungshandlungen als Mindestanforderung zu betrachten und nicht abschliessend. Zudem können bei Bedarf unterjährige Prüfungshandlungen angezeigt sein.

5.2 Praxis des BVS zum Einbezug der Kontrollstelle

a) *Bestätigung der Kontrollstelle bei Unterdeckung*

Im Nachgang zur Publikation dieser Bestimmungen hat sich die Fachgruppe Versicherung und Vorsorge der Treuhandkammer wie folgt geäussert: (i) die Bestimmung soll erst auf die Jahresrechnung 2005, d.h. erst per 1.1.2006, angewendet werden, (ii) die Kontrollstellen sind nicht bereit, die Bestätigung gemäss Art. 35a Abs. 2 lit. a BVV2 abzugeben, (iii) die Bestätigung wird im Rahmen des Testats abgegeben, dessen Wortlaut entsprechend angepasst wird.

- (i) Betreffend die zeitliche Geltung einigte sich die Fachgruppe Versicherung und Vorsorge der Treuhandkammer mit dem BSV und der Konferenz der kantonalen BVG-Aufsichtsbehörden darauf, dass Art. 35a BVV2 erstmals für die Jahresrechnung 2005 gelten soll. Das BVS konnte sich dieser Vereinbarung ohne Weiteres anschliessen, da die Kontrollstellen von Vorsorgeeinrichtungen mit Sitz im Kanton Zürich für die Jahresrechnung 2004 auch bei Unterdeckung (wie bei eingeschränkter Risikofähigkeit) einen ergänzenden Bericht zur finanziellen Situation der Vorsorgeeinrichtung eingereicht haben.
- (ii) Betreffend die Weigerung der Kontrollstellen, die Bestätigung gemäss Art. 35a Abs. 2 lit. a BVV2 abzugeben, machte das BVS zuhanden des Vorstands der BVG-Aufsichtsbehörden und der Fachgruppe Versicherung

und Vorsorge der Treuhandkammer einen Vergleichsvorschlag, welcher auch vom BSV akzeptiert wird. Die Kontrollstellen haben vorerst nicht zu bestätigen, dass die Anlagen mit der Risikofähigkeit der Vorsorgeeinrichtung in Unterdeckung im Einklang stehen, sondern lediglich, dass *der Stiftungsrat seine Führungsverantwortung bei der Auswahl der Anlagestrategie aufgrund der gegebenen Risikofähigkeit aktiv, lagegerecht und nachvollziehbar wahrnimmt*. Es ist davon auszugehen, dass die für alle Seiten unglückliche Formulierung von Art. 35a Abs. 2 lit. a BVV2 durch eine Verordnungsänderung korrigiert werden wird.

- (iii) Die Treuhand-Kammer hat den Mustertext des Testats für Vorsorgeeinrichtungen in Unterdeckung in diesem Sinne angepasst.¹ Wenn die Kontrollstelle den neuen Text des Testats verwendet, welcher Art. 35a BVV2 berücksichtigt, ist es nicht erforderlich, dass sie auch das Formular „Meldung Unterdeckung / Massnahmen“ des BVS unterzeichnet. Wird der neue Text des Testats aber nicht verwendet, hat die Kontrollstelle das Formular „Meldung Unterdeckung / Massnahmen“ - wie bis anhin - zusammen mit dem Stiftungsrat und dem Experten für berufliche Vorsorge zu unterzeichnen.

a) *Bestätigung der Kontrollstelle bei eingeschränkter Risikofähigkeit*

(i) *Rückblick*

Das BVS hat Mitte März 2003 die Kontrollstellen der von ihm beaufsichtigten Vorsorgeeinrichtungen angewiesen, standardmässig die Bestätigung abzugeben, dass die Punkte gemäss Ziff. 5 des Merkblattes zu Art. 44 BVV 2 vom März 2002 (neu Ziff. I.3.2.a des Merkblattes Finanzielle Sicherheit von Vorsorgeeinrichtungen vom Mai 2005) geprüft und für in Ordnung befunden sind. Wenn bei einer Kasse mit einem Reserveredefizit ein Bericht ohne Einschränkungen abgegeben wird, muss die Kontrollstelle dennoch die Prüfungshandlungen bzw. das Ergebnis nach Ziff. 5 (neu Ziff. I.3.2.a) ausdrücklich bestätigen. Zum Zwecke der Vereinheitlichung dieser Bestätigung hat das BVS mit der Fachgruppe Versicherung und Vorsorge der Treuhandkammer einen Mustertext für den ergänzenden Bericht entworfen, welcher von den Kontrollstellen im Kanton Zürich seit zwei Jahren ohne Probleme angewendet wird.

Weist die Vorsorgeeinrichtung eine eingeschränkte Risikofähigkeit auf, hat die Kontrollstelle den ergänzenden Bericht gemäss dem von der Treuhand-Kammer und dem BVS erarbeiteten Muster abzugeben; dies

¹ Im Zeitpunkt des Verfassens dieses Referats ist einzig noch der Begriff „lagegerecht“ in Diskussion.

gilt auch, wenn der Kontrollstellenbericht ohne Einschränkung eingereicht wird.

Im ergänzenden Bericht bestätigt die Kontrollstelle,

- (i) dass das Führungsorgan seine Führungsverantwortung im Bezug auf die Auseinandersetzung mit der finanziellen Situation der Vorsorgeeinrichtung aktiv, lagegerecht und nachvollziehbar wahrnimmt,
- (ii) dass die vom Führungsorgan eigenverantwortlich unter Beizug von Experten bestimmten Massnahmen als schlüssig erscheinen und
- (iii) dass das Führungsorgan die Wirksamkeit der beschlossenen Massnahmen überwacht hat, diese weiterhin überwachen und gegebenenfalls der veränderten Situation anpassen wird.

Die Kontrollstelle vergewissert sich, dass das Führungsorgan seine Führungsverantwortung nach dem gesetzlichen Konzept aktiv wahrnimmt und dass – wenn zutreffend – die Meldung nach Art. 44 BVV2 termingerecht erstattet wird. Stellt die Kontrollstelle schwerwiegende Mängel in der Geschäftsführung (z.B. Untätigkeit trotz Aufforderung) fest, welche die vorgesehene Verbesserung der Risikofähigkeit stark gefährden oder verunmöglichen und damit eine unkontrollierte Verminderung der Risikofähigkeit bewirken bzw. bewirken könnten, sind die Voraussetzungen für ein rasches Einschreiten der Aufsichtsbehörde gegeben. Dazu hat die Kontrollstelle unverzüglich ihre eigene Meldepflicht nach Art. 36 Abs. 3 BVV2 zu erfüllen.

(ii) Neue Praxis aufgrund der 1. BVG-Revision?

Der Gesetz- resp. Verordnungsgeber hat bei der Revision der BVV2 zwar den Bereich der zusätzlichen Pflichten der Kontrollstelle bei Unterdeckung, nicht aber bei eingeschränkter Risikofähigkeit geregelt. Es stellt sich die Frage, ob er damit ein klares Bekenntnis abgeben wollte, dass die Kontrollstelle bei eingeschränkter Risikofähigkeit der Vorsorgeeinrichtung keine besondere Vorsicht walten lassen soll.

Die Fachgruppe Versicherung und Vorsorge der Treuhandkammer ist der Auffassung, dass die Praxis des BVS betreffend Einbezug der Kontrollstelle in der Situation der eingeschränkten Risikofähigkeit vor dem Hintergrund von Art. 35a BVV2 nicht mehr haltbar sei. Das BVS ist hier ganz klar anderer Meinung und wird an seiner Praxis festhalten, bis sich allenfalls aufgrund der Resultate der Expertenkommission Strukturreform Aufsicht, welche sich auch über die Pflichten der Kontrollstelle äussern wird, eine andere Sicht der Dinge aufdrängt.

Für diese Haltung des BVS gibt es verschiedene Gründe: (i) Die finanzielle Situation einer Vorsorgeeinrichtung ist nicht erst kritisch, wenn bereits eine Unterdeckung eingetreten ist, bereits das Vorliegen einer eingeschränkten Risikofähigkeit erfordert eine erhöhte Sorgfalt und vertiefte Gedanken zur Wiederherstellung des finanziellen Gleichgewichts. Das BVS ist davon überzeugt, dass die Auseinandersetzung mit dem ergänzenden Bericht der Kontrollstelle innerhalb des Stiftungsrats das Bewusstsein betreffend die Bedeutung der vollen Risikofähigkeit, des Erfordernisses von Rückstellungen und des Umgangs mit neuen Begehrlichkeiten der Versicherten schärft. (ii) Es ist sowohl für den Stiftungsrat als auch für die Aufsicht dienlich und wertvoll, wenn die Kontrollstelle festhält, dass der Stiftungsrat seine Verantwortung in der konkreten finanziellen Situation aktiv, lagegerecht und nachvollziehbar wahrgenommen hat. Stiftungsrat und Aufsicht erhalten damit eine objektive Beurteilung des Verhaltens des Stiftungsrats durch einen Dritten (ohne dass dadurch die Kontrollstelle eine Bestätigung abgeben müsste, welche sie aufgrund ihrer eigenen Standesregeln nicht abgeben kann).

In den vergangenen Jahren hat sich gezeigt, dass sich die Bestätigung der Kontrollstelle bei eingeschränkter Risikofähigkeit bei den Stiftungsräten im Kanton Zürich durchgesetzt hat, und keine nennenswerten Probleme im Kontakt mit den Kontrollstellen entstanden sind.