Tribunale federale
Tribunal federal

{T 1/2}
2A.181/2005 /vje

Urteil vom 4. Januar 2006
II. Öffentlichrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Merkli, Präsident,
Bundesrichter Betschart, Hungerbühler, Müller, Bundesrichterin Yersin,
Gerichtsschreiber Küng.

Parteien
Pensionskasse der Amtsersparniskasse Thun,
Beschwerdeführerin, vertreten durch Dr. iur. Werner Nussbaum,

gegen

Amt für Sozialversicherung und Stiftungsaufsicht des Kantons Bern, Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern, Forelstrasse 1, 3072 Ostermundigen,
Eidgenössische Beschwerdekommission der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge, route de Chavannes 35, 1007 Lausanne.

Gegenstand
Berufliche Vorsorge; Anlagereglement und Vermögensanlage,

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Entscheid der Eidgenössischen Beschwerdekommission der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge, vom 17. Februar 2005.

Sachverhalt:

A.
Die 1941 gegründete Pensionskasse der Amtsersparniskasse Thun (im Folgenden: Pensionskasse) ist als an der obligatorischen Versicherung nach dem Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG; SR 831.40) teilnehmende Einrichtung im Register für die berufliche Vorsorge eingetragen. Per 1. Juli 1999 setzte sie das Anlagereglement vom 16. Juni 1999 in Kraft, welches insbesondere vorsieht, dass - um die Anlageziele zu erreichen - alle liquiden Mittel/Kapitalanlagen bei der Amtsersparniskasse Thun angelegt werden; der Zinssatz entspricht immer demjenigen der Bank für 1. Hypotheken (Ziffer 5 Änlagestruktur̈).

Das Amt für Sozialversicherung und Stiftungsaufsicht des Kantons Bern, dem das Reglement zur Genehmigung vorzulegen war, stellte nach entsprechenden Schreiben vom 30. November 1999 und 20. August 2001 (letztmals) mit Verfügung vom 12. März 2002 fest, es seien (per 31. Dezember 2000) rund 95% des Vermögens (ausmachend Fr. 38'400'000.–) bei der Ersparniskasse als Arbeitgeberin angelegt; diese einseitige Vermögensanlage sei nicht gesetzeskonform, sondern verstosse gegen Art. 71 BVG und insbesondere gegen Art. 50 Abs. 3 der Verordnung vom 18. April 1984 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVV 2; SR 831.441.1), da sie das Grundprinzip der Diversifikation missachte; im Weiteren sei Art. 49a BVV 2 verletzt. Eine Einsprache der Pensionskasse wurde am 22. August 2002 abgewiesen; zugleich wurde ihr eine Frist bis zum 31. Oktober 2002 gesetzt, um ein den Vorschriften entsprechendes Anlagereglement sowie ein Konzept für die beabsichtigte Vermögensumschichtung vorzulegen.

Gegen den als neue Verfügung bezeichneten Einspracheentscheid vom 22. August 2002 wandte sich die Pensionskasse an die Eidgenössische Beschwerdekommission der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge, die ihre Beschwerde am 17. Februar 2005 abwies, soweit sie darauf eintrat; zugleich wurde das Amt für Sozialversicherung und Stiftungsaufsicht angewiesen, eine neue Frist für die verlangten Vorkehren anzusetzen.

B.
Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 23. März 2005 beantragt die Pensionskasse dem Bundesgericht, das Urteil der Eidgenössischen Beschwerdekommission der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 17. Februar 2005 aufzuheben.
Das Bundesamt für Sozialversicherung beantragt sinngemäss, die Beschwerde abzuweisen.

Die Eidgenössische Beschwerdekommission der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge und das Amt für Sozialversicherung und Stiftungsaufsicht des Kantons Bern haben auf eine Vernehmlassung verzichtet.

Im zweiten Schriftenwechsel hält die Pensionskasse an ihrem Rechtsbegehren fest. Das Amt für Sozialversicherung und Stiftungsaufsicht des Kantons Bern hat auf eine Duplik verzichtet. Die Eidgenössische Beschwerdekommission der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge hat sich innert Frist nicht vernehmen lassen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.
1.1 Die Beschwerdeführerin hat ihren Sitz in Thun und untersteht damit gemäss Art. 61 Abs. 1 BVG der Aufsicht durch das Amt für Sozialversicherung und Stiftungsaufsicht des Kantons Bern (Art. 3 der Berner Verordnung vom 10. November 1993 betreffend die Aufsicht über die Stiftungen und die Vorsorgeeinrichtungen [Stiftungsverordnung; StiV/BE]). Dieses wacht darüber, dass die seiner Aufsicht unterstellten Vorsorgeeinrichtungen die gesetzlichen Vorschriften einhalten (Art. 62 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 61 Abs. 1 BVG); es prüft insbesondere die Übereinstimmung der reglementarischen Bestimmungen mit den gesetzlichen Vorschriften (Art. 62 Abs. 1 lit. a BVG). Die Aufsichtsbehörde ist befugt, Massnahmen zur Behebung von Mängeln zu treffen (Art. 62 Abs. 1 lit. d BVG). So kann sie gesetzwidrige Reglemente oder Teile davon aufheben und den Vorsorgeeinrichtungen verbindliche Weisungen über die Ausgestaltung entsprechender Bestimmungen erteilen. Die Einspracheentscheide der Aufsichtsbehörde können an die Eidgenössische Beschwerdekommission weitergezogen werden (Art. 29 Abs. 2 StiV/BE; Art. 74 Abs. 2 lit. a BVG), deren Entscheide ihrerseits der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht unterliegen (Art. 74 Abs. 4 BVG; BGE 128 II 25 E. 1a).

1.2 Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde kann die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens gerügt werden (Art. 104 lit. a OG). Nicht prüfen kann das Bundesgericht die Angemessenheit (Art. 104 lit. c OG). An die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz, bei welcher es sich um eine richterliche Behörde handelt, ist das Bundesgericht gebunden, soweit diese den Sachverhalt nicht offensichtlich unrichtig, unvollständig oder unter Verletzung wesentlicher Verfahrensbestimmungen festgestellt hat (Art. 105 Abs. 2 OG).

Hinsichtlich der Prüfungsbefugnis des Bundesgerichts bei Rechtsfragen ist zu berücksichtigen, dass deren Beantwortung vorliegend spezielles Fachwissen verlangt, über welches die Aufsichtsbehörde und die eigens für diese Belange geschaffene Rekurskommission verfügen. Ohnehin steht den zuständigen Behörden im Rahmen eines Aufsichtsverfahrens typischerweise ein erheblicher Beurteilungs- bzw. Ermessensspielraum zu. Ob die Voraussetzungen für ein aufsichtsrechtliches Einschreiten erfüllt und die angeordneten Massnahmen angebracht sind, prüft das Bundesgericht daher nur mit Zurückhaltung. Es greift nur ein, wenn die notwendigen Abklärungen offensichtlich mangelhaft sind, wesentliche Gesichtspunkte ausser Acht gelassen wurden, wenn der angefochtene Entscheid mit einer bestimmten Rechtsnorm oder der allgemeinen Zielsetzung der Vorschrif-

ten über die BVG-Aufsicht nicht vereinbar ist oder wenn die Vorinstanz allgemein gültige Rechtsprinzipien wie das Verhältnismässigkeitsgebot missachtet hat (Urteil 2A.395/2002 vom 14. August 2003 E. 2.2).

1.3 Gemäss Art. 49a Abs. 1 BVV 2 hat die Vorsorgeeinrichtung die Ziele und Grundsätze, die Durchführung und Überwachung der Vermögensanlage nachvollziehbar so festzulegen, dass das paritätische Organ seine Führungsaufgabe vollumfänglich wahrnehmen kann. Aus diesen Normen ergibt sich insgesamt die Pflicht der Vorsorgeeinrichtungen zu zweckkonformer Verwendung und sorgfältiger Verwaltung von Vorsorgevermögen und zur Schaffung der im Hinblick auf die Überprüfung der Einhaltung dieser Pflicht erforderlichen Transparenz. Es ist eine Frage der Rechtskontrolle, ob diesen Anforderungen Genüge getan wird. Die Kontrollbefugnis der Aufsichtsbehörde ist denn auch entsprechend weit gefasst. Soweit Ausführungsbestimmungen fehlen, sind für sie die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Verwaltungsrechts massgeblich, so insbesondere der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, das Willkürverbot, der Grundsatz von Treu und Glauben und die Rechtsgleichheit (Urteil 2A.395/2002 vom 14. August 2003 E. 3).

2.
2.1 Gemäss Art. 62 Abs. 1 BVG wacht die Aufsichtsbehörde darüber, dass die Vorsorgeeinrichtung die gesetzlichen Vorschriften einhält, indem sie u.a. die Übereinstimmung der reglementarischen Bestimmungen mit den gesetzlichen Vorschriften (einschliesslich Normen auf Verordnungsstufe) prüft (lit. a) und die Massnahmen zur Behebung von Mängeln trifft (lit. d).

2.2 Gemäss Art. 48 Abs. 2 BVG müssen alle registrierten Vorsorgeeinrichtungen nach den gesetzlichen Bestimmungen über die berufliche Vorsorge organisiert, finanziert und verwaltet werden. Das Gesetz schreibt dazu ausdrücklich als Grundsatz vor, die Vorsorgeeinrichtungen müssten jederzeit Sicherheit dafür bieten, dass sie die übernommenen Verpflichtungen erfüllen können (Art. 65 Abs. 1 BVG). Sie haben ihr Vermögen so zu verwalten, dass Sicherheit und genügender Ertrag der Anlagen, eine angemessene Verteilung der Risiken sowie die Deckung des voraussehbaren Bedarfes an flüssigen Mitteln gewährleistet sind (Art. 71 Abs. 1 BVG; Marginale: Ÿ Vermögensverwaltung¨). Da diese Bestimmung keine Delegation für den Erlass gesetzesvertretender Vorschriften enthält (vgl. dazu Botschaft des Bundesrates zum BVG, BBl 1976 I S. 217 f.), ist die Vorinstanz zu Recht davon ausgegangen, dass die darin festgelegten Grundsätze für die Vermögensverwaltung absolut gelten und keinerlei Abweichungen zulassen (angefochtenes Urteil E. 4).

Die Art. 49 bis 60 BVV 2 (4. Kapitel, 3. Abschnitt Ÿ Anlage des Vermögens¨) konkretisieren - entsprechend den inhaltlichen Vorgaben des Gesetzgebers - die in Art. 71 Abs. 1 BVG statuierten Grundsätze, von denen das Erfordernis der Sicherheit der Anlage erste Priorität geniesst. So wurde der Verordnungsgeber insbesondere ausdrücklich angewiesen, die Risikoverteilung zu regeln, der für die Sicherheit des Vermögens massgebliche Bedeutung zukomme; dazu sei einerseits auf eine sinnvolle Verteilung innerhalb der wichtigsten zugelassenen Anlagekategorien (Liegenschaften, Hypotheken, Wertschriften, übrige Werte) zu achten; andererseits müsse auch innerhalb der einzelnen Anlagekategorien für eine gewisse Begrenzung pro Schuldner bzw. Einzelanlage gesorgt werden (BBl 1976 I 267 f.).
Diese Vorgaben hat der Bundesrat in Art. 50 BVV 2 (Marginale Ÿ Sicherheit und Risikoverteilung¨) aufgenommen und näher umschrieben:

1 Die Vorsorgeeinrichtung muss ihre Vermögensanlagen sorgfältig auswählen, bewirtschaften und überwachen.
2 Sie muss bei der Anlage des Vermögens in erster Linie darauf achten, dass die Sicherheit der Erfüllung der Vorsorgezwecke gewährleistet ist. Die Beurteilung der Sicherheit erfolgt insbesondere in Würdigung der gesamten Aktiven und Passiven nach Massgabe der tatsächlichen finanziellen Lage sowie der Struktur und der zu erwartenden Entwicklung des Versichertenbestandes.
3 Sie muss bei der Anlage des Vermögens die Grundsätze der angemessenen Risikoverteilung einhalten; die Mittel müssen insbesondere auf verschiedene Anlagekategorien, Regionen und Wirtschaftszweige verteilt werden.

2.3 Die Beschwerdeführerin hatte per 31. Dezember 2000 92,62% und per 31. Dezember 2001 93,09% ihres Vermögens zum Zinssatz für 1. Hypotheken bei der Arbeitgeberfirma ihrer Versicherten (Amtsersparniskasse

Thun) angelegt. Als Sicherheit für ihre Guthaben wurden ihr Hypothekarforderungen im Gesamtbetrag von Fr. 35'148'100.– verpfändet.

Die Vorinstanz ist zum Schluss gekommen, diese Anlagepolitik, d.h. die Anlage von über 90% der Mittel bei einer Schuldnerin, verstosse klarerweise gegen das im Vordergrund stehende Anlageprinzip der Sicherheit und Risikoverteilung (Art. 71 Abs. 1 BVG), das u.a. eine Diversifikation auf verschiedene Anlagekategorien, Regionen und Wirtschaftszweige (Art. 50 Abs. 3 BVV 2) verlange. Angesichts des gegebenen ëträchtlichen Klumpenrisikosßei es irrelevant, ob diese Anlagen eine hohe Sicherheit aufwiesen oder nicht. Auch die Bonität der Schuldnerin und die Tatsache, dass es sich bei dieser um eine Bank handle, ändere nichts daran. Denn diese sei nicht an die zwingenden vorsorgerechtlichen Anlagebestimmungen gebunden. Die Anlage bei der Amtsersparniskasse könne auch nicht den kollektiven Anlagen gemäss Art. 56 BVV 2 gleichgestellt werden; auch für diese werde zudem eine Diversifikation vorgeschrieben (Art. 56 Abs. 3 lit. a BVV 2). Eine solche sei im Falle der Anlage nahezu aller Vermögenswerte bei der Amtsersparniskasse jedoch nicht gegeben, da deren Bilanzsumme in den Jahren 2000 und 2001 zu deutlich über 80% aus Hypothekarforderungen bestanden habe.
Die Beschwerdeführerin hält dem entgegen, die Vorinstanz verletze mit der ausschliesslichen Anwendung von Art. 57 BVV 2 - obwohl die Voraussetzung (der Anlage bei einer Bank) für die Befreiung von der Schuldnerbegrenzung gemäss Art. 54 lit. a BVV 2 (als lex specialis gegenüber Art. 57) gegeben sei - Bundesrecht. In Bezug auf die Anlagesicherheit stehe heute bei der professionellen Bewirtschaftung der institutionellen Kapitalanlage nicht mehr die Mündelsicherheit im Vordergrund, indem man von einer Risikodiversifikation und nicht mehr von einer Anlagediversifikation spreche. Die Vorsorgeeinrichtung könne denn auch gemäss Art. 59 BVV 2 von Anlagebegrenzungen absehen, wenn sie ein ihrer Verbindlichkeitsstruktur entsprechendes Asset/Liability-Management durchführe, was hier zutreffe. Art. 71 Abs. 1 BVG sei Genüge getan, indem die Amtsersparniskasse eine der Bankengesetzgebung unterstellte Bank sei und sie der Beschwerdeführerin als Realsicherheit für ihre Anlagen grundpfandgesicherte Forderungen verpfändet habe. Die Amtsersparniskasse lege das ihr anvertraute Vermögen ihrerseits in verschiedenen, bonitätsmässig ausgezeichneten Wohnliegenschaften an. Der angefochtene Entscheid verletze daher Art. 71 Abs. 1 BVG sowie Art. 49 Abs. 1 bzw.
Art. 65 Abs. 1 und 2 BVG.

2.4 Die Rüge ist unbegründet. Die Arbeitgeberin der Versicherten der Beschwerdeführerin, die Amtsersparniskasse Thun, bei welcher in den Jahren 2000 und 2001 unbestrittenermassen über 92% des Vermögens der Beschwerdeführerin angelegt waren, weist ihrerseits Hypothekarforderungen von über 80% ihrer Bilanzsumme aus. Sie ist gemäss Geschäftsbericht 2001 als grösste Regionalbank des Berner Oberlandes hauptsächlich in den Amtsbezirken Thun und Niedersimmental tätig; ihre Hauptgeschäftssparte (und Haupteinnahmequelle) ist das Zinsdifferenzgeschäft, bei welchem die Kreditgewährung vor allem auf ẗhypothekarisch gedeckter Basis auf Wohnobjektenërfolgt. Die sich daraus ergebende weitgehende Konzentration der Vermögensanlage der Beschwerdeführerin auf einen einzigen Schuldner, der seine Geschäftstätigkeit im Wesentlichen (einseitig) auf eine Tätigkeit im regionalen Wohn-Immobilienmarkt ausgerichtet hat, widerspricht klar dem vom Gesetzgeber durch Art. 71 Abs. 1 BVG vorgegebenen Grundsatz der angemessenen Risikoverteilung bei der Vermögensanlage. Insbesondere fehlt es an der nötigen Diversifikation nach den wichtigsten Anlagekategorien (d.h. Liegenschaften, Hypotheken, Wertschriften und übrige Werte); hinzu kommt die ungenügende regionale
Diversifikation sowie diejenige nach Wirtschaftszweigen (Art. 50 Abs. 3 BVV 2). Was die Beschwerdeführerin dagegen vorbringt, führt zu keiner anderen Beurteilung. Entgegen ihrer Auffassung entbindet auch die Anwendung von Anlagestrategien mit (wie auch immer ausgestaltetem) Ässet/Liability-Managementẗkeineswegs von der Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften für die Vermögensanlage und insbesondere des Grundsatzes der Diversifikation nach Anlagekategorien. Art. 59 BVV 2 (Ërweiterung der Anlagemöglichkeiten¨), auf welchen sich die Beschwerdeführerin beruft, behält denn auch die Einhaltung von Art. 50 BVV 2 ausdrücklich vor. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Beschwerdeführerin mit ihrer Anlagepolitik in der Vergangenheit offenbar gute Erfolge (angeblich bessere als verschiedene andere Kassen, die die Anlagevorschriften eingehalten haben) erzielt hat und bisher keine konkrete Gefährdung der Anlagen eingetreten ist. Ihre Auffassung, die Aufsichtsbehörde dürfe erst dann eingreifen, wenn die Kapitalanlage der Vorsorgeeinrichtung m̈it hoher Wahrscheinlichkeit gefährdetßei, findet keine Grundlage im Gesetz. Der Hinweis der Beschwerdeführerin auf Art. 56 BVV 2 (K̈ollektive Anlagen¨) ist unbehelflich, da die
Amtsersparniskasse keine Kollektivanlagen im Sinne dieser Bestimmung tätigt. Im Übrigen unterliegen auch

solche Anlagen ihrerseits dem Grundsatz der angemessenen Diversifikation.

Die Beschwerdeführerin möchte die Zulässigkeit ihrer Anlagepolitik damit begründen, dass die Amtsersparniskasse eine Bank und als solche gemäss Art. 54 lit. a BVV 2 den Anlagebegrenzungen nicht unterworfen sei. Sie verkennt dabei, dass diese Bestimmung nach ihrem klaren Wortlaut Ëbegrenzung einzelner Anlagenïur die Beschränkung innerhalb einzelner Anlagekategorien betrifft. Dies ändert indessen nichts daran, dass die Gesamtheit der Vermögensanlage stets den Grundsatz der Diversifikation zu beachten hat (vgl. BBl 1976 I S. 267). Es kann deshalb keine Rede davon sein, dass der Bundesrat (mit Art. 54 lit. a BVV 2) bei Banken ein Klumpenrisiko (der gesamten Vermögensanlage) in Kauf genommen habe.

Das Argument der Beschwerdeführerin, die sich aus Art. 57 Abs. 2 BVV 2 (in der bis am 31. März 2004 gültig gewesenen Fassung) ergebende Beschränkung ungesicherter Anlagen beim Arbeitgeber auf 20% (seit dem 1. April 2004 sogar nur noch 5%) gelte nicht, wenn der Arbeitgeber eine Bank sei, verfängt nicht, da Art. 54 lit. a BVV 2 insofern kein Vorrang zukommt (Carl Helbling, Personalvorsorge und BVG, 7. Auflage, Bern/Stuttgart/Wien 2000, S. 543, unter Hinweis auf Mitteilungen des Bundesamtes für Sozialversicherung über die berufliche Vorsorge Nr. 11 vom 28. Dezember 1988, Ziff. 65).

Die Beschwerdeführerin möchte allerdings aus Art. 57 und 58 BVV 2 (Änlagen beim Arbeitgeber¨) herleiten, dass gesicherte Anlagen beim Arbeitgeber keiner Beschränkung unterliegen. Da ihre Ansprüche gegen die Amtsersparniskasse als Arbeitgeberin durch Verpfändung von grundpfandgesicherten Forderungen sichergestellt seien, bleibe die Anlagesicherheit gewährleistet. Dem kann nicht gefolgt werden, denn auch im Lichte dieser Bestimmung an sich zulässige Anlagen haben dem Grundsatz der Diversifikation zu genügen (vgl. BGE 122 IV 279 E. 2b). Im vorliegenden Fall bestehen die Sicherheiten nun aber aus der gleichen Kategorie von Anlagegütern, die auch die Grundlage der Geschäftstätigkeit der Arbeitgeberin als regionale Hypothekarbank bilden, nämlich Wohnliegenschaften in der Region Thun. Damit bleibt das unzulässige Klumpenrisiko trotz gewährter realer Sicherheiten bestehen.

Dass die Forderung der Beschwerdeführerin gegen die Arbeitgeberin in deren allfälligen Konkurs privilegiert wäre (vgl. BGE 129 III 468), ändert nichts an diesem Ergebnis.

3.
Die Beschwerde ist aus diesen Gründen abzuweisen. Bei diesem Ausgang hat die Beschwerdeführerin die Kosten des Verfahrens vor Bundesgericht zu tragen (Art. 156 Abs. 1 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.

2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 5'000.– wird der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.
Dieses Urteil wird der Beschwerdeführerin, dem Amt für Sozialversicherung und Stiftungsaufsicht des Kantons Bern, der Eidgenössischen Beschwerdekommission der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge sowie dem Bundesamt für Sozialversicherung schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 4. Januar 2006
Im Namen der II. öffentlichrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: