

200 16 620 BV  
KNB/GET/LAB

**Verwaltungsgericht des Kantons Bern**  
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

**Urteil vom 22. März 2017**

Verwaltungsrichter Knapp, Kammerpräsident  
Verwaltungsrichter Kölliker, Verwaltungsrichter Schütz  
Gerichtsschreiber Germann

**A.** \_\_\_\_\_  
vertreten durch Rechtsanwalt B. \_\_\_\_\_  
Kläger

gegen

**C.** \_\_\_\_\_ **in Liquidation**  
vertreten durch Rechtsanwalt D. \_\_\_\_\_  
Beklagte

betreffend Klage vom 30. Juni 2016



## Sachverhalt:

### A.

Der ... geborene A. \_\_\_\_\_ (nachfolgend Versicherter bzw. Kläger) war über seine ehemalige Arbeitgeberin, die (per 5. Juni 2012 in Konkurs gefallenen) E. \_\_\_\_\_ GmbH, bei der Pensionskasse F. \_\_\_\_\_ (seit 6. November 2015 C. \_\_\_\_\_ bzw. Beklagte) berufsvorsorgeversichert (Akten der C. \_\_\_\_\_ [act. IIB] 1 f.). Per 1. März 2012 trat der Versicherte aus der C. \_\_\_\_\_ aus (act. IIB 2) und ersuchte um Überweisung der Austrittsleistung auf ein Freizügigkeitskonto (Akten des Versicherten [act. I] 3). In der Folge liess ihm die C. \_\_\_\_\_ mitteilen, sie sei nicht bereit, im jetzigen Zeitpunkt die Freizügigkeitsleistung auszubezahlen. Der Versicherte sei Mitbegründer, Stiftungsratspräsident und Geschäftsführer der C. \_\_\_\_\_ gewesen und in diesen Funktionen (mit)verantwortlich für deren wirtschaftlichen Misserfolg, weshalb „zurzeit umfangreiche Abklärungen bezüglich haftungs- und verantwortlichkeitsrechtlicher Fragen im Gang“ seien. Es sei dem Versicherten unbenommen, die Freizügigkeitsleistung auf dem Klageweg einzufordern (act. I 6).

Mit Verfügung vom 6. November 2015 hob die Bernische BVG- und Stiftungsaufsicht (BBSA) die C. \_\_\_\_\_ (BBSA-Register-Nr. BE....; vgl. <http://www.aufsichtbern.ch>) auf (vgl. Schweizerisches Handelsamtsblatt [SHAB] Nr. ... vom XX.XX.2015; [www.zefix.ch](http://www.zefix.ch)). Mit Schreiben vom 26. Februar 2016 (act. I 5) forderte der Versicherte die C. \_\_\_\_\_ letztmals erfolglos auf, das ihm zustehende Guthaben innert 14 Tagen an die Stiftung Auffangeinrichtung zu überweisen und ihm eine detaillierte Abrechnung zukommen zu lassen.

### B.

Mit Eingabe vom 30. Juni 2016 erhob der Versicherte, vertreten durch Rechtsanwalt B. \_\_\_\_\_, Klage. Er stellt die folgenden Rechtsbegehren:

1. Die Beklagte sei zu verurteilen, die fällige Austrittsleistung des Klägers (Vorsorgeguthaben), inklusive Zins ab dem Zeitpunkt des Austritts sowie Verzugszinsen gemäss Art. 2 Abs. 4 FZG, innert gerichtlich zu bestimm-

mender Frist zu Gunsten des Klägers an die Stiftung Auffangeinrichtung BVG, Weststrasse 50, 8036 Zürich, zu überweisen.

Eventualiter:

Die Beklagte sei zu verurteilen, die fällige Austrittsleistung des Klägers (Vorsorgeguthaben), inklusive Zins ab dem Zeitpunkt des Austritts sowie Verzugszinsen gemäss Art. 2 Abs. 4 FZG, innert gerichtlich zu bestimmender Frist zu Gunsten des Klägers auf ein durch ihn noch zu bezeichnendes Freizügigkeitskonto zu überweisen.

2. Die Beklagte sei zu verurteilen, dem Kläger Einsicht in die ihn betreffenden Akten des Verteilplanes zu gewähren.

- unter Kosten- und Entschädigungsfolge -

In der Begründung macht der Kläger im Wesentlichen geltend, gestützt auf Art. 2 Abs. 1 FZG bestehe ein Anspruch auf eine Austrittsleistung (S. 6, Ziffer 5). Die von der C. \_\_\_\_\_ geltend gemachten angeblichen Verantwortlichkeitsansprüche würden bestritten, änderten aber rechtsprechungsgemäss ohnehin nichts am geltend gemachten Anspruch (S. 7, Ziffer 8). Ferner sei die Austrittsleistung zu verzinsen. Da die C. \_\_\_\_\_ das Freizügigkeitsguthaben nicht überwiesen habe, sei zudem spätestens seit dem 10. August 2012 ein Verzugszins geschuldet (S. 6, Ziffer 6). Schliesslich habe die C. \_\_\_\_\_ nie über die Liquidation informiert, geschweige denn einen Verteilungsplan vorgelegt, weshalb sie zu verpflichten sei, dem Kläger Einsicht in die entsprechenden Akten zu geben (S. 8, Ziffer 10 f.).

Mit Klageantwort vom 5. August 2016 stellt die Beklagte die folgenden Rechtsbegehren:

1. Die Klage sei, sofern darauf eingetreten wird, vollumfänglich abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Klägers.

In der Begründung macht die Beklagte im Wesentlichen geltend, es werde nicht bestritten, dass der Kläger per 1. März 2012 aus der Pensionskasse ausgetreten sei (S. 4, Ziffer 12) und grundsätzlich einen Anspruch auf Auszahlung einer Freizügigkeitsleistung habe (S. 4, Ziffer 13; S. 7, Ziffer 20). Die Überweisung der Freizügigkeitsleistung könne jedoch erst nach Genehmigung des Verteilungsplanes durch die Aufsichtsbehörde und nach Ermittlung der Höhe der Austrittsleistung sowie unter Berücksichtigung eines allfälligen Fehlbetrages erfolgen, wobei die Interessen der übrigen Versicherten unter dem Aspekt des Gleichbehandlungsgrundsatzes

berücksichtigt werden müssten (S. 5, Ziffer 14). Es könne nicht sein, dass der Kläger auf Kosten der übrigen Versicherten seine Austrittsleistung noch während oder vor Beendigung des Liquidationsverfahrens beziehen könne, bestehe mit Blick auf das gegen den Kläger wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung und Veruntreuung eröffnete Strafverfahren (vgl. Akten der Beklagten, [act. II], 3) doch der Verdacht, dass er die ungünstige Vermögenslage der Beschwerdegegnerin durch sein pflichtwidriges Verhalten als damaliger Stiftungsrat sowie durch Fehlinvestitionen im Rahmen eines Liegenschaftskaufs herbeigeführt habe (S. 5, Ziffer 13). Im Übrigen werde der vom Kläger geltend gemachte Zins und Verzugszins nicht bestritten (S. 7, Ziffer 20). Auch verzichte die Beklagte mit Blick auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung auf eine Verrechnung allfälliger Schadenersatzansprüche mit der Austrittsleistung des Klägers (S. 8, Ziffer 21). Sodann könne dem Kläger Einsicht in den Verteilungsplan gewährt werden, sobald dieser erstellt und von der Aufsichtsbehörde genehmigt sei (S. 8, Ziffer 25). Schliesslich könne der am 4. Juli 2016 erfolgten Aufforderung des Verwaltungsgerichts zur Einreichung einer Berechnung der Austrittsleistung unter Beilage der Berechnungsgrundlagen nicht nachgekommen werden, da deren konkrete Höhe wesentlich vom Ergebnis des zurzeit laufenden Liquidationsverfahrens abhängen (S. 9, Ziffer 27).

Mit prozessleitender Verfügung vom 6. September 2016 forderte der Instruktionsrichter die Beklagte auf, die anwendbaren Reglemente (vollständig) einzureichen, das Ende der Versicherungspflicht beim angeschlossenen Arbeitgeber per 1. März 2012 zu bestätigen, eine nachvollziehbare und dokumentierte Berechnung des obligatorischen Altersguthabens und des Mindestbetrages der Austrittsleistung einzureichen sowie nachvollziehbar zu begründen, dass der vom Kläger geltend gemachte Freizügigkeitsfall unter die Bestimmungen über die Liquidation einer Vorsorgeeinrichtung falle und weshalb dem Kläger nicht zumindest der gesetzlich garantierte Mindestbetrag der Austrittsleistung überwiesen werde.

Mit Eingabe vom 23. September 2016 reichte die Beklagte weitere Unterlagen ein (act. IIA). Sie macht im Wesentlichen geltend, gemäss beiliegender Lohnmeldeliste vom 15. November 2011 sei der Austritt des Klägers zu keinem Zeitpunkt vermerkt worden. Die Dienstaustrittsmeldung vom 10. Juli

2012 sei nicht aktenkundig, weshalb der Austritt des Klägers dokumentarisch nicht bestätigt werden könne (S. 2, Ziffer 1). Der Freizügigkeitsanspruch des Klägers betrage Fr. 78'330.40, wovon Fr. 75'443.45 auf den obligatorischen Bereich entfielen (S. 2, Ziffer 3). Mit Bezug auf die Anwendbarkeit der Liquidationsvorschriften könne nicht der Zeitpunkt massgeblich sein, in dem die Beklagte durch Verfügung der BBSA vom 6. November 2015 aufgelöst und in Liquidation gesetzt worden sei, sondern derjenige, indem die Mehrzahl der bei der E.\_\_\_\_GmbH angestellten Personen aus dem Vorsorgewerk ausgetreten sei, der Kläger aus der Vorsorgestiftung ausgetreten sei oder derjenige Zeitpunkt, in dem über die E.\_\_\_\_GmbH am 5. Juni 2012 der Konkurs eröffnet und der Anschlussvertrag aufgelöst worden sei. Dass der Kläger seinen Austritt der Beklagten bereits gemeldet habe, als diese durch Verfügung aufgehoben und im Anschluss in Liquidation gesetzt worden sei, ändere an der Anwendbarkeit der einschlägigen Liquidationsvorschriften auf den vorliegenden Austritt somit nichts (S. 3 f., Ziffer 10). Schliesslich widerrufe die Beklagte den in der Klageantwort vom 5. August 2016 geäusserten Verrechnungsverzicht. Die Frage nach der Verrechenbarkeit stelle sich allerdings erst nach Abschluss des Liquidationsverfahrens und nach Berechnung der Austrittsleistung sowie nach Abschluss des Strafverfahrens gegen den Kläger (S. 5, Ziffer 18).

In Nachachtung der seitens des Instruktionsrichters mit Schreiben vom 15. November 2016 erfolgten Aufforderung reichte die Beklagte am 25. November 2016 weitere Unterlagen ein (Akten der Beklagten, [act. IIB]).

Mit prozessleitender Verfügung vom 28. November 2016 stellte der Instruktionsrichter die Akten dem Kläger zur Einreichung einer Stellungnahme zu und forderte ihn gleichzeitig auf, seinerseits dem Gericht die sich bei ihm befindlichen und für das Vorsorgeverhältnis relevanten Akten einzureichen.

Mit Stellungnahme vom 9. Dezember 2016 stellt der Kläger die folgenden Rechtsbegehren:

1. Die Beklagte sei zu verurteilen, die fällige Austrittsleistung des Klägers (Vorsorgeguthaben) von Fr. 78'330.40, zuzüglich Zins ab dem 1. März 2012 sowie Verzugszinsen gemäss Art. 2 Abs. 4 FZG ab dem 1. April 2012, innert gerichtlich zu bestimmender Frist zu Gunsten des Klägers an die Stiftung Auffangeinrichtung BVG, Weststrasse 50, 8036 Zürich, zu überweisen.

Eventualiter:

Die Beklagte sei zu verurteilen, die fällige Austrittsleistung des Klägers (Vorsorgeguthaben) von Fr. 78'330.40, zuzüglich Zins ab dem 1. März 2012 sowie Verzugszinsen gemäss Art. 2 Abs. 4 FZG ab dem 1. April 2012, innert gerichtlich zu bestimmender Frist zu Gunsten des Klägers auf ein durch ihn noch zu bezeichnendes Freizügigkeitskonto zu überweisen.

2. Die Beklagte sei zu verurteilen, dem Kläger Einsicht in die ihn betreffenden Akten des Verteilplanes zu gewähren.

- unter Kosten- und Entschädigungsfolge -

In der Begründung macht der Kläger im Wesentlichen geltend, die von der Beklagten angegebenen Austrittsleistungen würden anerkannt (S. 5, Ziffer 23). Sodann sei der Kläger im Zeitpunkt des Austritts per Ende Februar 2012 seit mehr als einem Jahr in keiner Funktion mehr für die Beklagte tätig gewesen (S. 6, Ziffer 25). Im Übrigen sei ihm nicht bekannt, ob eine Teilliquidation betreffend den Anschlussvertrag der E.\_\_\_\_GmbH erfolgt sei. Tatsache sei jedoch, dass sämtlichen Mitarbeitern der E.\_\_\_\_GmbH die volle Austrittsleistung ausbezahlt bzw. auf ein Freizügigkeitskonto überwiesen worden sei, was auch für den Kläger gelten müsse (S. 7). Es sei sodann nicht ersichtlich, inwiefern der Austritt des Klägers im Februar 2012 mit der heutigen Gesamtliquidation der Beklagten stehen soll. Die Forderung sei im Jahr 2012 fällig geworden; die Beklagte befinde sich jedoch erst seit rund einem Jahr in Liquidation (S. 9, Ziffer 27). Schliesslich habe die Beklagte auf eine Verrechnung der angeblichen Gegenforderung im Rahmen der Klageantwort vom 5. August 2016 ausdrücklich verzichtet, worauf sie nicht mehr zurückkommen könne (S. 11, Ziffer 29).

Mit prozessleitender Verfügung vom 3. Februar 2017 erkannte der Instruktionsrichter die im Parallelverfahren (BV/200/2016/526) mit derselben Beklagten eingereichten und in der Folge anonymisierten Unterlagen betreffend die nach dem 1. Februar 2012 ausbezahlten Freizügigkeits- bzw. Austrittsleistungen sowie Kapitalabfindungen zu den Akten (nachfolgend Gerichtsakten) und gab dem Kläger Gelegenheit zur Einreichung von Schlussbemerkungen.

Mit Eingabe vom 8. März 2017 bringt der Kläger hauptsächlich vor, er habe auf die Entscheidung, ob in Bezug auf den Austritt der Mitarbeiter der E.\_\_\_\_GmbH aus dem Vorsorgewerk eine Teilliquidation hätte erfolgen müssen, keinen Einfluss gehabt (S. 1, Ziffer 2). Insbesondere aufgrund des

Umstands, dass der Stiftungsrat seit dem Jahre 2011 beinahe identisch besetzt gewesen sei, sei erstellt, dass im Jahre 2012 hinsichtlich des Vorsorgewerks keine Unterdeckung bestanden habe, welche eine Kürzung gerechtfertigt habe (S. 2, Ziffer 3). Indem jedoch die im Parallelverfahren eingereichten Unterlagen belegten, dass sämtliche Mitarbeiter der E.\_\_\_\_GmbH die volle Austrittsleistung erhalten hätten, habe auch der Kläger unter Berücksichtigung des Gleichbehandlungsgrundsatzes einen entsprechenden Anspruch, selbst wenn 2012 eine Teilliquidation hätte durchgeführt werden müssen oder eine solche durchgeführt worden sei (S. 2, Ziffer 4).

### **Erwägungen:**

#### **1.**

**1.1** Die Sozialversicherungsrechtliche Abteilung des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern ist als einzige kantonale Instanz sachlich und funktionell zuständig zur Beurteilung der mit Klage vom 30. Juni 2016 geltend gemachten berufsvorsorgerechtlichen Ansprüche (Art. 73 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 25. Juni 1982 [BVG; SR 831.40] i.V.m. Art. 87 lit. c des kantonalen Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 23. Mai 1989 [VRPG; BSG 155.21] und Art. 54 Abs. 1 lit. a des kantonalen Gesetzes über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]). Gerichtsstand ist nach Art. 73 Abs. 3 BVG der schweizerische Sitz oder Wohnsitz des Beklagten oder der Ort des Betriebes, bei dem die versicherte Person angestellt wurde. Dabei kommt es für den Wahlgerichtsstand nicht darauf an, ob die Vorsorgeeinrichtung, der Arbeitgeber oder die versicherte Person klagende Partei ist (SVR 2006 BVG Nr. 17 S. 62 E. 2.3). Der Sitz der Beklagten liegt im Kanton Bern (vgl. act. I 2), womit das angerufene Gericht zur Behandlung der Klage örtlich zuständig ist. Im Weiteren entspricht die Klage den Formvorschriften (Art. 32 VRPG), die am Verfahren Beteiligten sind partei- sowie prozess-

fähig (woran nichts ändert, dass die Beklagte ins Stadium der Liquidation getreten ist [vgl. Art. 89a und 58 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [ZGB; SR 210] i.V.m. 913 Abs. 1 des Schweizerischen Obligationenrechts [OR; SR 220] und Art. 739 Abs. 1 OR]) und die Rechtsvertreter der Parteien gehörig bevollmächtigt (Art. 15 Abs. 1 VRPG).

**1.2** Streitig und zu prüfen ist – gemäss dem mit Stellungnahme vom 9. Dezember 2016 präzisierten Rechtsbegehren – der Anspruch des Klägers auf Überweisung der Austrittsleistung im Betrag von Fr. 78'330.40 inklusive Zins ab dem 1. März 2012 sowie Verzugszinsen ab dem 1. April 2012 an die Stiftung Auffangeinrichtung BVG bzw. auf ein noch zu bezeichnendes Freizügigkeitskonto. Soweit der Kläger von der Beklagten Einsicht in den Verteilplan verlangt, ist auf die Klage mangels sachlicher Zuständigkeit des angerufenen Gerichts nicht einzutreten, ist die korrekte Durchführung einer (Teil-)Liquidation doch auf dem aufsichtsrechtlichen Weg zu erwirken (Art. 53d Abs. 5 und 6 i.V.m Art. 74 Abs. 1 BVG).

**1.3** Die Abteilungen urteilen gewöhnlich in einer Kammer bestehend aus drei Richterinnen oder Richtern (Art. 56 Abs. 1 GSOG).

## **2.**

**2.1** Nach Art. 2 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 17. Dezember 1993 (Freizügigkeitsgesetz, FZG [SR 831.42]) haben Versicherte, welche die Vorsorgeeinrichtung verlassen, bevor ein Vorsorgefall eintritt (Freizügigkeitsfall), Anspruch auf eine Austrittsleistung. Diese wird mit dem Austritt aus der Vorsorgeeinrichtung fällig (Art. 2 Abs. 3 erster Satz FZG). Die Austrittsleistung berechnet sich grundsätzlich nach Art. 15 f. FZG. Art. 17 und 18 FZG legen Mindestansprüche der Versicherten fest. Registrierte Vorsorgeeinrichtungen haben den austretenden Versicherten mindestens das Altersguthaben nach Art. 15 BVG mitzugeben (Art. 18 FZG). Im Freizügigkeitsfall dürfen Vorsorgeeinrichtungen keine versicherungstechnischen Fehlbeträge von der Austrittsleistung abziehen (Art. 19 Abs. 1 FZG).

**2.2** Steht der Anspruch auf eine Austrittsleistung im Zusammenhang mit einem (Teil-)Liquidationstatbestand, so wird sie erst fällig, wenn ein verbindlicher Verteilungsplan resp. eine verbindliche Zuweisung des Fehlbetrags vorliegt (BGE 141 V 597).

Nach Art. 53b Abs. 1 zweiter Satz BVG sind die Voraussetzungen für eine Teilliquidation vermutungsweise erfüllt, wenn

eine erhebliche Verminderung der Belegschaft erfolgt (lit. a);

eine Unternehmung restrukturiert wird (lit. b);

der Anschlussvertrag aufgelöst wird (lit. c).

Die Vorsorgeeinrichtungen regeln in ihren Reglementen die Voraussetzungen und das Verfahren zur Teilliquidation (Art. 53d Abs. 1 erster Satz BVG). Diese müssen von der Aufsichtsbehörde genehmigt werden (Abs. 2).

Bei der Aufhebung von Vorsorgeeinrichtungen (Gesamtliquidation) entscheidet die Aufsichtsbehörde, ob die Voraussetzungen und das Verfahren erfüllt sind, und genehmigt den Verteilungsplan (Art. 53c BVG).

Die Bestimmungen für die Teil- und die Gesamtliquidation gelten auch in der weitergehenden beruflichen Vorsorge (vgl. UELI KIESER in SCHNEIDER, GEISER, GÄCHTER [Hrsg.], Handkommentar zum BVG und FZG, 2010, [nachfolgend: Handkommentar], Art. 53b BVG N. 6).

**2.3** Sowohl in der obligatorischen wie auch in der weitergehenden beruflichen Vorsorge gilt der Grundsatz der Gleichbehandlung, welcher eingehalten ist, wenn für alle Versicherten eines Kollektivs die gleichen reglementarischen Bedingungen im Vorsorgeplan gelten (Art. 1 Abs. 3 BVG i.V.m. Art. 1 f der Verordnung über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 18. April 1984 [BVV 2; SR 831.441.1]; BGE 132 V 149 E. 5.2.5 S. 154; vgl. HANS-ULRICH STAUFFER, Berufliche Vorsorge, 2. Aufl. 2012, N. 1589).

Dabei geht nach der Rechtsprechung der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung in der Regel der Rücksicht auf die gleichmässige Rechtsanwendung vor. Der Umstand, dass das Gesetz in andern Fällen

nicht oder nicht richtig angewendet worden ist, gibt dem Bürger und der Bürgerin grundsätzlich keinen Anspruch darauf, ebenfalls abweichend vom Gesetz behandelt zu werden. Das gilt jedoch nur, wenn lediglich in einem einzigen oder in einigen wenigen Fällen eine abweichende Behandlung dargetan ist. Wenn dagegen die Behörden die Aufgabe der in andern Fällen geübten, gesetzwidrigen Praxis ablehnen, können der Bürger oder die Bürgerin verlangen, dass die gesetzwidrige Begünstigung, die Dritten zuteil wird, auch ihnen gewährt werde (BGE 131 V 9 E. 3.7 S. 20). Mit andern Worten kann auch im Rahmen der beruflichen Vorsorge eine Gleichbehandlung im Unrecht nur dann verlangt werden, wenn die Behörde nicht nur in einem oder in einigen Fällen, sondern in ständiger Praxis vom Gesetz abweicht und zu erkennen gibt, dass sie auch in Zukunft nicht gesetzeskonform entscheiden werde (Entscheid des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG; heute Bundesgericht [BGer] vom 17. August 2005, B 61/02 E. 5.2).

### 3.

**3.1** Es ist unbestritten, dass der Kläger über seinen damaligen Arbeitgeber, die E.\_\_\_\_GmbH, bei der Beklagten bis zu seinem Austritt per 1. März 2012 (act. IIB 2) berufsvorsorgeversichert war. Sodann besteht unter den Parteien Einigkeit, dass der Kläger grundsätzlich Anspruch auf Ausrichtung einer Austrittsleistung hat, womit die entsprechende Freizügigkeitsleistung per 1. März 2012 potentiell fällig war (vgl. E. 2.1 vorne) – dies unabhängig davon, ob die Beklagte rechtzeitig über den Austritt oder die Auszahlungsadresse für die Ausrichtung der Austrittsleistung (Art. 4 Abs. 1 FZG i.V.m. Art. 1 Abs. 2 der Verordnung über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 3. Oktober 1994 [FZV; SR 831.425]) informiert wurde, ist dieser Aspekt doch allein bei den Verzinsungsfolgen von Bedeutung (vgl. Handkommentar, HERMANN WALSER, a.a.O, Art. 2 FZG N. 7). Weiter bestreitet der Kläger die Höhe des von der Beklagten bezifferten Freizügigkeitsguthabens von Fr. 78'330.40 zu Recht nicht (vgl. das insoweit präzierte Rechtsbegehren des Klägers in der Stellungnahme vom 9. Dezember 2016; act. IIB 2). Sodann steht fest, dass sich die Beklagte

seit dem 6. November 2015 in (Gesamt)-Liquidation befindet (vgl. SHAB Nr. ... vom XX.XX.2015; [www.zefix.ch](http://www.zefix.ch)), per Stichtag (31. Dezember 2015) eine Unterdeckung von 25% aufwies (act. IIB 16 S. 18) und ein Verteilungsplan für die Zuweisung der Fehlbeträge (vgl. Art. 53d Abs. 4 BVG) noch nicht vorliegt.

**3.2** Was den streitgegenständlichen Anspruch auf Ausrichtung der Freizügigkeitsleistung betrifft, ist mit Blick auf die nachfolgenden Erwägungen rechtlich nicht von Belang, ob und wenn ja inwieweit der Vorwurf der Beklagten, die Unterdeckung rühre (auch) von der (früheren) Tätigkeit des Klägers im Stiftungsrat her (vgl. Klageantwort, S. 5, Ziffer 13; act. II), zutrifft. Insbesondere kann auch offen bleiben, wie es sich mit dem Umstand verhält, dass die Beklagte auf eine Verrechnung allfälliger Schadenersatzansprüche mit der Austrittsleistung des Klägers zuerst verzichtete (vgl. Klageantwort, S. 8, Ziffer 21), diesen Verzicht indes später widerrief (vgl. Stellungnahme vom 23. September 2016, S. 5, Ziffer 18; zur grundsätzlichen Unzulässigkeit einer Verrechnung von Schadenersatzforderungen mit Austrittsleistungen auch nach In-Kraft-Treten des FZG, vgl. BGE 132 V 127 Regeste b). Streitig ist vielmehr, ob der Anspruch auf die Austrittsleistung im Zusammenhang mit einem (Teil-)Liquidationstatbestand steht – worauf sich die Beklagte beruft – oder aber auf einem „gewöhnlichen“ Freizügigkeitsfall nach Art. 2 Abs. 1 FZG beruht, was der Kläger behauptet. Im letzteren Fall wird die Austrittsleistung unmittelbar mit dem Austritt aus der Vorsorgeeinrichtung fällig (vgl. E. 3.1 vorne); im ersteren hingegen ergibt sich die Fälligkeit der Austrittsleistung erst, wenn feststeht, wie hoch die freien Mittel sind respektive der Fehlbetrag ist (vgl. E. 2.2 vorne). Die Unterscheidung ist darüber hinaus insoweit von Belang, als beim Freizügigkeitsfall für die Berechnung der Austrittsleistung freie Mittel oder Fehlbeträge nicht ohne weiteres ins Gewicht fallen (vgl. aber immerhin Art. 17 Abs. 2 lit. f FZG), wohingegen im Fall einer Teil- oder Gesamtliquidation (Art. 23 Abs. 2 FZG) versicherungstechnische Fehlbeträge abgezogen werden dürfen (Art. 19 Abs. 2 Satz 1 FZG), sofern durch den (anteilmässigen) Abzug nicht das Altersguthaben gemäss Art. 15 BVG geschmälert wird (Art. 53d Abs. 3 BVG i.V.m. Art. 23 Abs. 2 FZG; Art. 3 des Teilliquidationsreglements [act. IIB 7]; BGE 138 V 303 E. 3.2 S. 306 f.).

**3.3** Wie in E. 3.1 hiavor dargelegt, trat die Beklagte mit Verfügung der BBSA vom 6. November 2015 ins Stadium der Gesamtliquidation ein. Sie stellt sich insoweit auf den Standpunkt, dass bereits deshalb keine Austrittsleistungen mehr bezahlt werden dürften (Klageantwort, S. 4 f., Ziffer 13), wogegen der Kläger einwendet, seine Forderung sei im Jahr 2012 fällig geworden (vgl. Stellungnahme vom 9. Dezember 2016, S. 9, Ziffer 21).

Befindet sich ein Vorsorgeversicherer in der Teil- oder Gesamtliquidation, werden Austrittsleistungen grundsätzlich nicht fällig, solange kein Verteilungsplan vorliegt (vgl. E. 2.2 vorne). Ob dies mit der Beklagten auch dann zutrifft, wenn – wie hier – die Austrittsleistung im Zeitpunkt der Gesamtliquidation aus isoliert freizügigkeitsrechtlicher Sicht bereits (seit geraumer Zeit) fällig war, kann offen bleiben. Indem die effektive Durchführung einer (Teil)-Liquidation nicht Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Liquidationsbestimmungen bildet – was sich ohne weiteres aus BGE 141 V 597 E. 2.1 S. 600 und E. 4.4 S. 604 ergibt – ist so oder anders zu prüfen, ob im Zeitpunkt der nach Art. 2 FZG mutmasslich fälligen Austrittsleistung die tatbestandsmässigen Voraussetzungen der Teil- oder Gesamtliquidation erfüllt waren respektive erfüllt gewesen wären. In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass der Kläger als Geschäftsführer und Mitglied des Stiftungsrates der beklagten Vorsorgeeinrichtung zwar per 24. Mai 2011 aus dem Handelsregister gelöscht wurde (vgl. SHAB Nr. ... vom XX.XX.2011; [www.zefix.ch](http://www.zefix.ch)) und gemäss eigenen Angaben schon früher aus dem Stiftungsrat ausschied (vgl. Stellungnahme vom 9. Dezember 2016, S. 6, Ziffer 25 sowie Eingabe vom 8. März 2017, S. 1, Ziffer 2), jedoch seine Ehefrau (Klägerin im Verfahren BV/200/2016/526) bis am 19. August 2011 Stiftungsrätin der Beklagten (act. II 4; SHAB Nr. ... vom XX.XX.2011; [www.zefix.ch](http://www.zefix.ch)) und Arbeitnehmerin der per 5. Juni 2012 in Konkurs gefallenen E.\_\_\_\_ GmbH war, womit nicht auszuschliessen ist, dass sie und ihr Ehemann (Kläger) hinsichtlich der finanziellen Situation der Beklagten sowie der finanziellen Auswirkungen des Austritts der Belegschaft auf das Vorsorgewerk (vgl. E. 3.4 sogleich) Bescheid wussten und ihr Handeln danach ausrichten konnten. Auch insoweit drängt sich eine retrospektive bzw. spätestens auf

den Zeitpunkt des Austritts des Klägers per 1. März 2012 hin erfolgende Prüfung hinsichtlich Vorliegens eines Liquidationstatbestandes auf.

Wie nachfolgend zu zeigen ist, vermag der Kläger deshalb aus seinem Vorbringen, sein Anspruch sei allein nach den Verhältnissen im Jahr 2012 zu beurteilen, nichts zu seinen Gunsten abzuleiten, waren doch jedenfalls die tatbestandsmässigen Voraussetzungen der Teilliquidation bereits bei seinem Austritt aus der beklagten Vorsorgeeinrichtung erfüllt.

### **3.4**

**3.4.1** Bei der Beklagten handelt es sich um eine Sammelstiftung, welche für jeden Arbeitgeber, der mit ihr eine Anschlussvereinbarung abgeschlossen hat, ein gesondertes Vorsorgewerk führt (vgl. Art. 2 des Vorsorgereglements [act. IIB 3]). Das vorliegend massgebliche, seit 1. Januar 2008 gültige und gestützt auf Art. 46 des Vorsorgereglements erlassene Teilliquidationsreglement (vgl. E. 2.2 vorne; act. IIB 7) regelt die Voraussetzungen für die Teilliquidation in Art. 1 wie folgt:

1.1 Die Voraussetzungen für eine Teilliquidation sind nach Art. 53b BVG vermutungsweise erfüllt, wenn

- a) eine erhebliche Verminderung der Belegschaft erfolgt;
- b) eine Unternehmung restrukturiert wird;
- c) der Anschlussvertrag aufgelöst wird.

1.2 Eine Verminderung der Belegschaft ist dann erheblich, wenn sie mindestens 10% beträgt und eine Reduktion der individuell gebundenen Mittel von mindestens 10% zur Folge hat.

1.3 Eine Restrukturierung liegt vor, wenn bisherige Tätigkeitsbereiche des Unternehmens zusammengelegt, eingestellt, verkauft, ausgelagert oder auf andere Weise verändert werden und dies eine Verminderung der Belegschaft von mindestens 5% und eine Reduktion der individuell gebundenen Mittel von mindestens 5% zur Folge hat.

1.4 Massgebend ist der Abbau der Belegschaft oder eine Restrukturierung bzw. die Reduktion der gebundenen Mittel, welche sich innert eines Zeitrahmens von 12 Monaten nach einem entsprechenden Beschluss der zuständigen Organe der Stifterfirma bzw. des angeschlossenen Unternehmens realisieren. Sieht der Abbauplan selbst eine längere oder kürzere Periode vor, ist diese Frist massgebend.

Abs. 1.1 der Bestimmung entspricht somit Art. 53b Abs. 1 lit. a-c BVG, wobei sich die gesetzlich geregelten Teilliquidationstatbestände

abschliessend und alternativ verstehen (Entscheid des BGer vom 20. September 2016, 9C\_53/2016, E. 7.2).

**3.4.2** Unter dem – vorliegend unbestrittenermassen einzig in Betracht fallenden – Blickwinkel der Absätze 1.1 lit. a und 1.2 des Teilliquidationsreglements folgt aus den Akten, dass sich die Belegschaft der E.\_\_\_\_GmbH, welche im hier interessierenden Zeitraum 860 Stellenprozent betrug, bis zum Austritt des Klägers per 1. März 2012 wie folgt vermindert hat (act. IIA 1):

- per 31. Oktober 2011: um 260 Stellenprozent
- per 31. Dezember 2011: um 100 Stellenprozent
- per 31. Januar 2012: um 200 Stellenprozent
- per 29. Februar 2012: um 300 Stellenprozent

Demnach war per 1. März 2012 die gesamte Belegschaft aus der E.\_\_\_\_GmbH ausgetreten. Zwar fehlt auf der Lohnliste betreffend den Kläger ein entsprechender Vermerk; wie in E. 3.1 dargelegt, steht jedoch ausser Zweifel, dass der Kläger per 1. März 2012 aus dem Vorsorgewerk der E.\_\_\_\_GmbH ausgetreten ist, ansonsten keine Austrittsabrechnung erstellt worden wäre (act. IIB 2). Dass der Austritt der gesamten Belegschaft innerhalb eines kurzen Zeitraums von bloss vier Monaten erfolgte, lässt darauf schliessen, dass hierfür die sich abzeichnenden wirtschaftlichen Schwierigkeiten der Arbeitgeberin mit Konkurs am 5. Juni 2012 (act. IIA 2) verantwortlich zeichneten. Selbst wenn es sich bei den Austritten (auch) um Selbstkündigungen gehandelt haben sollte, so ständen sie demnach offensichtlich in einem direkten Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Situation der E.\_\_\_\_GmbH, womit die Austritte als unfreiwillig und somit tatbestandsmässig im Sinne von Art. 53b Abs. 1 lit. a BVG i.V.m. Art. 1 Abs. 1.1 lit. a des Teilliquidationsreglements zu qualifizieren sind (vgl. Handkommentar, a.a.O., Art. 53b BVG N. 13). Gegenteiliges ist weder ersichtlich noch wird dergleichen geltend gemacht.

**3.4.3** Nach Art. 1 Abs. 1.2 des Teilliquidationsreglements ist eine Verminderung der Belegschaft dann erheblich, wenn sie mindestens 10% beträgt und eine Reduktion der individuell gebundenen Mittel von mindestens 10% zur Folge hat. Diese Werte beziehen sich – nach dem Wortlaut von

Art. 1 Abs. 1.4 des Teilliquidationsreglements sowie mit Blick auf die Ausgestaltung der Beklagten als Sammelstiftung mit einem jeweils pro Arbeitgeber gesondert geführten Vorsorgewerk (vgl. E. 3.4.1 vorne) – auf das konkrete Unternehmen. Demnach ist als Referenzgrösse für die Frage nach der Erheblichkeit der Verminderung der Belegschaft bzw. für die Erfüllung des im Teilliquidationsreglement insoweit konkretisierten Tatbestands einer 10%igen Reduktion der Belegschaft ausschliesslich der Mitarbeiterbestand der E.\_\_\_\_GmbH massgeblich (vgl. auch Ziffer 590 der Mitteilungen über die berufliche Vorsorge des Bundesamts für Sozialversicherungen [BSV] Nr. 100 vom 19. Juli 2007). Mit dem Austritt der gesamten Belegschaft war die 10%-Limite im Austrittszeitpunkt des Klägers am 1. März 2012 demnach erreicht bzw. überschritten, womit auch eine Reduktion der individuell gebundenen Mittel von mindestens 10% einherging. Ist einer der drei Tatbestände nach Art. 53b Abs. 1 BVG erfüllt bzw. nicht widerlegt, ist die im Gesetz umschriebene Vermutungsbasis gegeben und die vom Gesetz festgelegte Rechtsfolge – Durchführung einer Teilliquidation – tritt ein. Demnach war eine individuelle Übertragung des Vorsorgeguthabens im Sinne eines Freizügigkeitsfalls bei Austritt des Klägers am 1. März 2012 nicht mehr zulässig und der Stiftungsrat hätte – wie die Beklagte in der Stellungnahme vom 23. September 2016 zu Recht impliziert (vgl. S. 3, Ziffer 10) – gestützt auf die Bestimmungen des Teilliquidationsreglements die Teilliquidation anordnen müssen.

### **3.5**

**3.5.1** Der Kläger macht sowohl in der Stellungnahme vom 9. Dezember 2016 wie auch in seiner Eingabe vom 8. März 2017 geltend, es sei eine Tatsache, dass sämtlichen Mitarbeitern der E.\_\_\_\_GmbH sowie weiteren Destinatären anderer angeschlossener Arbeitgeber die volle Austrittsleistung ausbezahlt bzw. auf ein Freizügigkeitskonto überwiesen worden sei. Dies müsse somit auch für den Kläger gelten (S. 7).

Wie unter E. 3.4.3 vorne dargelegt, wurde mit Blick auf den innert einer kurzen Zeitspanne erfolgten Austritt der gesamten Belegschaft der E.\_\_\_\_GmbH zu Unrecht keine Teilliquidation durchgeführt. Damit sind die Vorbringen des Klägers unter dem Gesichtspunkt einer Gleichbehandlung im Unrecht zu prüfen (vgl. E. 2.3 vorne).

**3.5.2** Aufgrund des Beweisergebnisses ist erstellt, dass die meisten Vorsorgewerke der damals angeschlossenen (und per 31. Dezember 2015 nunmehr ausgeschiedenen) Arbeitgeber (vgl. Gerichtsakten S. 20 und IIB 16 S. 5) bereits liquidiert wurden (vgl. Gerichtsakten S. 3-14). Dabei hatten die Destinatäre der liquidierten Vorsorgewerke teils erhebliche Kürzungen ihrer Freizügigkeitsleistungen hinzunehmen. Dies betrifft insbesondere auch die Destinatäre der in der Stellungnahme vom 9. Dezember 2016 (S. 7) erwähnten G.\_\_\_\_GmbH, deren Freizügigkeitsleistungen auf 92.7% gekürzt wurden (vgl. Gerichtsakten S. 3-5), womit sich die anderslautende Behauptung des Klägers als unzutreffend erweist.

Soweit der mit Schreiben vom 2. Oktober 2012 dokumentierte Fall (Destinatär des Vorsorgewerks E.\_\_\_\_GmbH) als individueller Austritt im Sinne von Art. 2 FZG zu betrachten ist und insoweit eine ungekürzte Austrittsleistung an das neue Vorsorgewerk überwiesen wurde (vgl. Gerichtsakten S. 17-19), erfolgte dies nicht, weil keine Unterdeckung bestand (vgl. Eingabe des Klägers vom 8. März 2017, S. 2, Ziffer 3), sondern weil dem Dargelegten zufolge (vgl. E. 3.4 vorne) entgegen der reglementarischen und gesetzlichen Bestimmungen eine Teilliquidation nicht durchgeführt wurde (vgl. auch Art. 27g Abs. 3 Satz 3 BVV 2), welche eine allfällige Unterdeckung erst ins Bewusstsein gerückt hätte. Auch wenn berücksichtigt wird, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz insbesondere innerhalb eines Vorsorgewerkes zu beachten ist, kann der Kläger aus dem erwähnten und mit Bezug auf die E.\_\_\_\_GmbH einzig dokumentierten Fall, bei dem abweichend von Gesetz und Reglement entschieden wurde, keinen Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht (vgl. E. 2.3 vorne) ableiten. Dies umso weniger, als die Beklagte bereits mit Schreiben vom 25. Juli 2013 (act. I 6) die Ausrichtung einer Freizügigkeitsleistung unter dem Aspekt der unrechtmässigen Gläubigerbevorteilung abgelehnt hatte und den Akten im Übrigen auch anderweitig keinerlei Hinweise zu entnehmen sind, wonach die Beklagte im weiteren Verlauf zu erkennen gegeben hätte, auch abgesehen vom hiervor genannten Fall und hinsichtlich der anderen Destinatäre des Vorsorgewerks E.\_\_\_\_GmbH gesetzes- bzw. reglementswidrig zu entscheiden.

**3.5.3** Schliesslich kann der Kläger auch aus dem Umstand, wonach der Sicherheitsfonds mit Verfügung vom 26. August 2016 (act. IIB 22) für die Sicherstellung gesetzlicher Leistungen einen Vorschuss von Fr. 995'000.-- (vgl. Art. 26 Abs. 1 der Verordnung über den Sicherheitsfonds BVG vom 22. Juni 1998 [SFV; SR 831.432.1]) zugesprochen hat, nichts zu seinen Gunsten ableiten, ist doch mit der Beklagten davon auszugehen, dass die Leistungen unter dem Vorbehalt des Ergebnisses der Gesamtliquidation erbracht wurden und grundsätzlich rückzahlungspflichtig sind (vgl. VGE BV/2016/526 E. 3.5.3 im Parallelverfahren). Gegenteiliges wird denn auch insofern nicht geltend gemacht.

**3.6** Zusammenfassend ist der Anspruch des Klägers auf Ausrichtung der Freizügigkeitsleistung (noch) nicht fällig (vgl. E. 2.2 vorne) und die Klage demnach abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

#### **4.**

**4.1** Das Klageverfahren in einer berufsvorsorgerechtlichen Streitigkeit ist grundsätzlich kostenlos (Art. 73 Abs. 2 BVG). Einer Partei, die sich mutwillig oder leichtsinnig verhält, können jedoch eine Spruchgebühr und die Verfahrenskosten auferlegt werden (BGE 128 V 323 E. 1a S. 323).

Das Handeln des Klägers wider das ihm als ehemaliger Stiftungsrat anzurechnende Wissen liegt zwar an der Grenze zur Leichtsinigkeit, überschreitet diese jedoch noch nicht, weshalb auf eine Erhebung von Kosten verzichtet wird.

**4.2** Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat der unterliegende Kläger keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 109 Abs. 1 VRPG [Umkehrschluss]). Die obsiegende Beklagte hat als Sozialversicherungsträgerin nach allgemeinem sozialversicherungsrechtlichem Prozessgrundsatz – abgesehen vom hier gerade noch nicht vorliegenden Fall einer leichtsinnigen Prozessführung (vgl. E. 4.1 hiervor) – ebenfalls keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (BGE 128 V 323, 126 V 143 E. 4b S. 150).

**Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:**

1. Die Klage wird im Sinne der Erwägungen abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Es werden weder Verfahrenskosten erhoben noch eine Parteientschädigung zugesprochen.
3. Zu eröffnen (R):
  - Rechtsanwalt B. \_\_\_\_\_ z.H. des Klägers
  - Rechtsanwalt D. \_\_\_\_\_ z.H. der Beklagten
  - Bundesamt für Sozialversicherungen

zur Kenntnis:

- Bernische BVG- und Stiftungsaufsicht (BBSA), Belpstrasse 48, Postfach, 3000 Bern 14

Der Kammerpräsident:

Der Gerichtsschreiber:

**Rechtsmittelbelehrung**

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Zustellung der schriftlichen Begründung beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 39 ff., 82 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) geführt werden.