



## Urteil vom 11. Januar 2012

---

Besetzung

Richter Philippe Weissenberger (Vorsitz),  
Richter Francesco Parrino, Richterin Madeleine Hirsig-  
Vouilloz,  
Gerichtsschreiber Jean-Marc Wichser.

---

Parteien

1. **X.** \_\_\_\_\_,  
vertreten durch Michael Kunz, Advokat, Fischmarkt 12,  
4410 Liestal,  
2. **Y.** \_\_\_\_\_,  
vertreten durch Michael Kunz, Advokat, Fischmarkt 12,  
4410 Liestal,  
Beschwerdeführer,

gegen

**Amt für Stiftungen und berufliche Vorsorge, Basel-  
Landschaft**, Rathausstrasse 24, 4410 Liestal,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Rechtsverzögerung.

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

Mit Urteil vom 11. April 2011 (C-5462/2008 – C-2795/2009) hat das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerden von X.\_\_\_\_\_ und Y.\_\_\_\_\_ (nachfolgend die Beschwerdeführer) gegen die Verfügungen vom 22. Juli 2008 und 30. März 2009 des baselländischen Amtes für Stiftungen und berufliche Vorsorge (nachfolgend die Aufsichtsbehörde oder die Vorinstanz) abgewiesen, mit welchen diese zunächst die Zeichnungsberechtigung der Beschwerdeführer als Stiftungsräte der Vorsorgestiftung der Z.\_\_\_\_\_AG (nachfolgend die Vorsorgestiftung oder Verfahrensbeteiligte) aufgehoben und sodann die beiden Beschwerdeführer in ihrer Funktion als Stiftungsräte derselben suspendiert hatte.

**B.**

**B.a** Noch während das genannte Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht im Gange war, wandte sich der Rechtsvertreter der Beschwerdeführer mit Schreiben vom 31. Mai 2010 an die Vorinstanz und beantragte für seine Klientschaft unter anderem, die Verfügungen vom 22. Juli 2008 und vom 30. März 2009 seien mit sofortiger Wirkung aufzuheben und die beiden suspendierten Stiftungsräte X.\_\_\_\_\_ und Y.\_\_\_\_\_ seien wieder in ihre Funktion als Stiftungsräte einzusetzen; zudem wurde beantragt, es sei den von der Vorinstanz oder von der ehemaligen Sachwalterin beigezogenen Spezialisten insbesondere für die Liegenschaftsverwaltung zu kündigen; des Weiteren beantragten die Beschwerdeführer, dass der aktuelle Sachwalter, Dr. S.\_\_\_\_\_, sie weiterhin in Bezug auf den Direktanschluss bei der B.\_\_\_\_\_-Sammelstiftung unterstütze und mit der Erstellung des Abschlusses 2009 und - falls nötig -, der Mithilfe bei derjenigen des Abschlusses 2010 der Vorsorgestiftung, sowie mit der Übergabe an die Stiftungsorgane der für die Liegenschaftsverwaltung benötigten Unterlagen betraut werde (act. 1/1).

**B.b** Mit Schreiben vom 30. Juni 2010 an die Vorinstanz (vgl. act. 1/2) wiederholten die Beschwerdeführer ihre Anliegen unter Hinweis einerseits darauf, dass mittlerweile der Direktanschluss der Vorsorgestiftung bei der B.\_\_\_\_\_-Sammelstiftung vollzogen worden sei, so dass nicht einzusehen sei, weshalb die Zwangsverwaltung über die Vorsorgestiftung aufrechterhalten werde, und andererseits darauf, dass die aktuelle externe Liegenschaftsverwaltung völlig unzureichend sei, weshalb sie

wieder den Stiftungsorganen übertragen werden müsse. Auch bat sie die Vorinstanz, über die am 31. Mai 2010 gestellten Anträge zu entscheiden, worauf diese mit Schreiben vom 19. Juli 2010 – unter anderem unter Hinweis auf die im damals noch laufenden Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eingebrachten Argumente – an der Weiterführung des Sachwaltermandats durch Dr. S.\_\_\_\_\_ festhielt (act. 1/3). In der Folge insistierten die Beschwerdeführer mit Schreiben vom 12. August 2010, mit welchem sie eine beschwerdefähige Verfügung über die am 31. Mai 2010 gestellten Anträge verlangten (act. 1/4), was die Vorinstanz indessen lediglich dazu verleitete, den Empfang dieser Korrespondenz zu bestätigen und zu erklären, dass sie auf eine erneute Stellungnahme mangels neuer Anhaltspunkte verzichte (act. 1/5).

### **C.**

Mit Eingabe vom 23. September 2010 (vgl. act. 1) erhoben die Beschwerdeführer beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde wegen Rechtsverweigerung und wiederholten die Begehren, die sie am 31. Mai 2010 bei der Vorinstanz gestellt hatten, also die Aufhebung der beiden vorinstanzlichen, beim Bundesverwaltungsgericht zu diesem Zeitpunkt noch angefochtenen Verfügungen, die Entlassung der Liegenschaftsverwalter und die Betrauung des derzeitigen Sachwalters mit verschiedenen Unterstützungsaufgaben. Dabei machte sie im Wesentlichen geltend, die Vorinstanz weigere sich, über diese Fragen mittels beschwerdefähiger Verfügung zu entscheiden, was eine Rechtsverweigerung darstelle. Die Vorinstanz habe zu prüfen, ob die mit den beiden genannten Verfügungen verhängten Massnahmen – deren ursprüngliche Rechtmässigkeit vom Bundesverwaltungsgericht noch geprüft werde – im heutigen Zeitpunkt noch aufrechtzuerhalten seien, zumal das von der Vorinstanz bemängelte Darlehen bei der Stifterfirma in der Zwischenzeit weitgehend amortisiert sei, der Anschluss an eine Sammelstiftung erfolgt sei und sich diese Frage somit nicht mehr stelle, und auch die angeblich mangelnde Kooperationsbereitschaft nicht mehr aktuell sei, da die Zusammenarbeit mit dem jetzigen Sachwalter funktioniere.

### **D.**

**D.a** Mit Eingabe vom 14. Oktober 2010 (vgl. act. 3) nahm der Sachwalter Dr. S.\_\_\_\_\_ für die Vorsorgestiftung, die vom Instruktionsrichter als Beteiligte in das vorliegende Verfahren beigezogen wurde, zur Beschwerde dahingehend Stellung, dass die vorinstanzlichen

Verfügungen vom 22. Juli 2008 und vom 30. März 2009 noch Gegenstand eines hängigen Beschwerdeverfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht bilden würden und ohne dessen rechtskräftige Erledigung nicht von einer Aufhebung der (angefochtenen) Verfügungen ausgegangen werden könne. Im Zeitpunkt der genannten Stellungnahme, rund dreiviertel Jahre nach Übernahme des Sachwaltermandates, stehe die Verfahrensbeteiligte weit gefestigter als zuvor, insbesondere durch deren Anschluss an eine Sammelstiftung; ab dem 1. Januar 2011 würden denn auch keine Destinatäre mit reglementarischen Ansprüchen geführt werden. Hingegen sei die Bewirtschaftung der beiden Liegenschaften äusserst komplex und die Aufnahme einer "Kaderversicherung" mit Rückstellungen von rund Fr. 2 Mio. sei noch nicht geregelt. Zudem habe der Jahresabschluss 2009 wegen verschiedenen Ungereimtheiten noch nicht erstellt werden können.

**D.b** Mit Vernehmlassung vom 3. November 2010 (vgl. act. 4) beantragte die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde und eventualiter die Sistierung des vorliegenden Verfahrens bis zur rechtskräftigen Erledigung des damals noch beim Bundesverwaltungsgericht hängigen Beschwerdeverfahrens. Sie führte dabei im Wesentlichen aus, dass die Beschwerdeführer sich widersprüchlich verhielten. Einerseits würden sie die Rücknahme der Verfügungen vom 22. Juli 2008 und vom 30. März 2009 mit dem Argument verlangen, dass deren Grundlagen hinfällig geworden seien, womit sie implizite davon ausgehen würden, dass diese Grundlagen bestanden hätten. Zudem würden sie gewisse Aufgaben beim jetzigen Sachwalter belassen, der lediglich das mit den erwähnten Verfügungen erteilte Mandat weiterführe. Andererseits hätten sie diese Verfügungen angefochten und ihre Aufhebung beantragt. Die Vorinstanz sehe keinen Grund, die Verfügungen vor deren rechtskräftigen Erledigung durch Urteil (oder vorbehaltlosen Rückzug) zurückzunehmen. Weiter bestehe weder eine Veranlassung, das laufende Sachwaltermandat anzupassen, noch ein Anspruch auf Erlass einer erneuten beschwerdefähigen Verfügung, nachdem die Erteilung des Sachwaltermandats an Dr. S. \_\_\_\_\_ mit rechtskräftiger Verfügung vom 30. November 2009 entschieden worden sei. Von einer Rechtsverweigerung könne keine Rede sein. Dass die Vorsorgestiftung heute stabiler dastehe, sei dem Sachwalter zu verdanken, dessen Mandatsfortführung immer noch notwendig erscheine, zumal wesentliche Fragen wie diejenige der Kadervorsorge und der Bewirtschaftung der Liegenschaften noch offen seien. Im Übrigen würden die Beschwerdeführer völlig ausblenden, dass der nun erfolgte, erfreuliche

Anschluss an die Sammelstiftung durch unvollständige und unrichtige Personalmutationen erschwert worden sei. Deren Kooperationsbereitschaft sei aus ihrer Sicht nach wie vor fraglich.

**E.**

Mit Replik vom 8. Dezember 2010 (vgl. act. 6) bestätigten die Beschwerdeführer ihr Rechtsbegehren und die diesbezügliche Begründung. Zudem machten sie im Wesentlichen geltend, dass es vorliegend nicht darum gehe, ob die beiden mehrfach erwähnten, noch nicht rechtskräftigen Verfügungen rechtens waren, sondern ob im heutigen Zeitpunkt noch Anlass bestehe, die Zwangsmassnahmen aufrechtzuerhalten. Dies sei ihrer Ansicht nach nicht (mehr) der Fall, da die Gründe für die Zwangsmassnahmen weitestgehend weggefallen seien, die Bewirtschaftung der Liegenschaften nicht komplex sei, die Vorsorgestiftung sich zur Amortisation des Darlehens bei der Stifterfirma verpflichtet habe und die offenen Fragen bezüglich Kaderversicherung mit Hilfe des Sachwalters problemlos beantwortet werden könnten. Die Weigerung der Vorinstanz zu prüfen, ob für die verhängten Zwangsmassnahmen heute noch Gründe bestünden, stelle eine klassische Rechtsverweigerung dar.

**F.**

Mit Duplik vom 21. März 2011 (vgl. act. 13) bestätigte die Vorinstanz ihre Rechtsbegehren und deren Begründung. Sie verwies zunächst auf ihre Vernehmlassung, in welcher sie ausführlich dargestellt habe, weshalb keine Veranlassung bestehe, die umstrittenen Verfügungen vom 22. Juli 2008 bzw. vom 30. März 2009 im jetzigen Zeitpunkt zurückzunehmen und weshalb die Sachwalterschaft fortzuführen sei. Der Auftrag an diesen in der rechtskräftigen Verfügung vom 30. März 2009 sei weit gefasst und bestehe darin, die Verfahrensbeteiligte auf eine gesetzes-, statuten- und reglements-konforme Basis zu stellen. Die Vorinstanz führte zudem im Wesentlichen aus, dass sie die getroffenen Massnahmen periodisch überprüfe und vom Sachwalter regelmässig Berichte einfordere. In diesem Zusammenhang verwies sie auf ein Besprechungsprotokoll vom 31. Januar 2011 mit den Parteien zur Klärung offener Fragen und zur Besprechung des Abschlusses 2009 sowie auf einen Bericht des Sachwalters vom 21. Februar 2011, welche sie beide zusammen mit dem Bericht der Kontrolle über die Jahresrechnung 2009 ihrer Duplik beilegte. Sie wies insbesondere darauf hin, dass nach wie vor die Fragen der Kaderversicherung mangels Rechtsgrundlage und diejenige der Liegenschaftsverwaltung wegen des Interessenkonflikts zwischen

Stifterfirma und Vorsorgestiftung noch weitgehend ungelöst seien und die Rückführung des Darlehens an die Stifterfirma noch nicht abgeschlossen sei, so dass die Sachwalterschaft einstweilen fortgeführt werden müsse. Von einer Rechtsverzögerung könne nicht gesprochen werden.

## **G.**

**G.a** Mit Triplik vom 21. April 2011 bestätigten die Beschwerdeführer wiederum ihre Anträge mit deren Begründung und warfen der Vorinstanz zudem im Wesentlichen vor, das Verhältnismässigkeitsprinzip nicht zu beachten (act. 15).

**G.b** Da die Beschwerdeführer ihre Triplik einreichten, kurz bevor sie vom Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 11. April 2011 Kenntnis genommen hatten, räumte ihnen der Instruktionsrichter eine Frist ein, um ihre Triplik allenfalls zu ergänzen, was sie auch mit Eingabe vom 6. Juni 2011 taten (act. 16 und 17). Darin wiesen sie unter anderem darauf hin, dass die Fragen der Kaderversicherung, der Verwendung der freien Mittel und der Liegenschaftsverwaltung nicht Gegenstand der beiden vom Bundesverwaltungsgericht geschützten vorinstanzlichen Verfügungen gebildet hätten, so dass die diesbezüglichen Zwangsverwaltung sofort aufzuheben sei. Insbesondere hinsichtlich der Liegenschaftsverwaltung sei diese Massnahme stossend und willkürlich, da die Beschwerdeführer früher damit ansehnliche Überschüsse erwirtschaftet hätten. Auch die vollständige Rückführung des Darlehens und die angeblich mangelnde Kooperationsbereitschaft der Beschwerdeführer würden die Aufrechterhaltung der Zwangsmassnahmen nicht rechtfertigen.

## **H.**

**H.a** Mit Instruktionsverfügung vom 28. Juni 2011 lud der Instruktionsrichter die Vorinstanz einerseits zu prüfen, ob sie ihre inzwischen rechtskräftigen Verfügungen vom 22. Juli 2008 und 30. März 2009 angesichts der zwischenzeitlichen Entwicklung in Wiedererwägung ziehen wolle, und andererseits, dem Gericht einen aktuellen Bericht des Sachwalters zuzustellen, in welchem dieser sich insbesondere auch über die Notwendigkeit der Fortführung der verfügten Massnahmen bzw. über allfällige mildere Alternativen ausspricht (act. 19).

**H.b** Mit Eingabe vom 13. September 2011 bestätigte die Vorinstanz gestützt auf den inzwischen eingeholten aktuellen Bericht des Sachwalters vom 29. August 2011 erstens die gestellten

Rechtsbegehren, befand zweitens, dass trotz anerkannter Fortschritte nach wie vor gravierende rechtliche Probleme bestünden, gegen deren Lösung sich die Beschwerdeführer aktiv widersetzen würden, so dass die Fortführung der Massnahmen noch nötig, zweckgerichtet, verhältnismässig und geeignet seien, den rechtmässigen Zustand bei der Verfahrensbeteiligten herzustellen, und erklärte sich drittens trotz bestehender Bedenken bereit, den Sachwalter im Rahmen der Verfügung vom 30. November 2009 zu beauftragen, das Mandat der Liegenschaftsverwaltung der Verfahrensbeteiligten zu übergeben sowie weitere Schritte zur Wiedereinsetzung der Beschwerdeführer zu prüfen, sobald die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt seien (act. 24).

**H.c** Mit Eingabe vom 17. Oktober 2011 wiederholten die Beschwerdeführer ihre Rügen und legten im Wesentlichen dar, dass die Vorinstanz unzulässige Schlüsse aus dem Bericht des Sachwalters ziehe, zumal die Vermögensanlagen der Verfahrensbeteiligten weitestgehend konsolidiert seien, bezüglich des Arbeitgeberdarlehens keine Verletzung von Art. 57 Abs. 1 BVV2 mehr vorliege und der Direktanschluss an die Sammelstiftung erfolgt sei. Zur Frage der Kaderversicherung sei festzuhalten, dass den Beschwerdeführern die Möglichkeit einzuräumen sei, die weitere Zukunft der Verfahrensbeteiligten trotz Meinungsverschiedenheiten mit dem Sachwalter selbst zu bestimmen, denn diese habe keine reglementarischen Leistungen mehr zu erbringen. Die Verhinderung dieser autonomen Gestaltungsmöglichkeit stelle eine Rechtsverweigerung dar (act. 28).

## **I.**

Den vom Instruktionsrichter mit Zwischenverfügung vom 15. Dezember 2010 einverlangten Kostenvorschuss von Fr. 1'300.-- haben die Beschwerdeführer am 27. Dezember 2010 überwiesen (act. 7 und 9).

## **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

### **1.**

**1.1.** Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember

1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Dazu gehören die Verfügungen der Aufsichtsbehörden im Bereiche der beruflichen Vorsorge nach Art. 74 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG, SR 831.40), dies in Verbindung mit Art. 33 lit. i VGG. Eine Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG liegt in casu nicht vor.

**1.2.** Eine Verfügung als Beschwerdeobjekt (über die Frage der Aufhebung ex nunc von zuvor verfügten aufsichtsrechtlichen Massnahmen) liegt vorliegend allerdings nicht vor. Die Eingabe der Beschwerdeführer ist aber als Rechtsverweigerungs- bzw. Rechtsverzögerungsbeschwerde zu behandeln, zumal das unrechtmässige Verweigern oder Verzögern einer anfechtbaren Verfügung gleich wie eine Verfügung angefochten werden kann und damit dem Erlass einer Verfügung gemäss Art. 5 VwVG gleichgestellt ist (Art. 46a VwVG).

**1.3.** Das förmliche Rechtsmittel der Rechtsverweigerungs- bzw. Rechtsverzögerungsbeschwerde wird an die Rechtsmittelinstanz gerichtet, welche zuständig wäre, wenn eine Verfügung der angeblich säumigen Verwaltungsbehörde beanstandet würde (ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 722). Das Bundesverwaltungsgericht ist demnach im vorliegenden Fall zuständig.

## **2.**

Die Rechtsverweigerungs- und Rechtsverzögerungsbeschwerde ist akzessorisch zum Hauptverfahren, weshalb sich die Beschwerdebefugnis nach der Legitimation im Hauptverfahren richtet. Demnach ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat (Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG). Vorliegend haben die Beschwerdeführer am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, indem sie von der Vorinstanz den Erlass einer Verfügung verlangt haben mit dem Antrag, die – inzwischen rechtskräftig gewordenen – Verfügungen vom 22. Juli 2008 und 30. März 2009 ex nunc wieder aufzuheben. Mit diesen Verfügungen ist zunächst die Zeichnungsberechtigung der Beschwerdeführer als Stiftungsräte der verfahrensbeteiligten Vorsorgestiftung entzogen, und

sind die Letztgenannten einige Monate später ganz in ihrer Funktion als Stiftungsräte suspendiert worden. Damit sind die Beschwerdeführer beschwerdelegitimiert. Die Anforderungen an die Form der Beschwerde sind erfüllt. Nachdem auch der einverlangte Kostenvorschuss geleistet worden ist, ist auf die Beschwerde einzutreten.

### **3.**

**3.1.** Die Beschwerdeführer machen vorliegend in ihrer als Rechtsverweigerungsbeschwerde bezeichneten Eingabe geltend, dass – unbeachtet der Frage der (ursprünglichen) Rechtmässigkeit der Verfügungen vom 22. Juli 2008 und 30. März 2009, die zur Zeit der Beschwerdeerhebung vom Bundesverwaltungsgericht im Rahmen eines anderen Beschwerdeverfahrens geprüft und mit Urteil vom 11. April (C-5462/2008 – C-2795/2009) schliesslich bejaht wurde – die Vorinstanz sich geweigert habe, die Aufhebung ex nunc der genannten Verfügungen zu prüfen und zu verfügen, zumal die angeblichen Voraussetzungen für den Erlass dieser Verfügungen mittlerweile nicht mehr bestünden resp. die Probleme gelöst seien.

**3.2.** Demgegenüber verwies die Vorinstanz in formeller Hinsicht in ihrer Vernehmlassung auf das damals laufende Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht und wollte vorerst den Abschluss dieses abwarten, bevor sie sich mit der Aufhebung (ex nunc) der angefochtenen Verfügungen beschäftigen wollte, respektive beantragte eventualiter die Suspendierung des vorliegenden Beschwerdeverfahrens bis zur rechtskräftigen Erledigung des genannten, noch laufenden Verfahrens. In ihrem Schreiben vom 19. Juli 2010, mit welchem die Vorinstanz ausführlich auf das Begehren der Beschwerdeführer einging, verwies sie in diesem Zusammenhang insbesondere auf ihre Duplik vom selben Tag, die sie beim Bundesverwaltungsgericht im erwähnten Beschwerdeverfahren eingereicht hatte.

In materieller Hinsicht hielt die Vorinstanz im selben Schreiben vom 19. Juli 2010 ausdrücklich an der Fortsetzung des mit rechtskräftiger Verfügung vom 30. November 2009 an Dr. S.\_\_\_\_\_ übertragenen Sachwaltermandats fest. Über eine Aufhebung sei erst zu entscheiden, wenn die wesentlichen Pendenzen erledigt seien und die ordentliche Verwaltung des Stiftungsvermögens und der Vorsorgestiftung auch für die Zukunft sichergestellt sei, was die Vorinstanz anhand der regelmässigen Berichterstattungen des Sachwalters beurteilen könne.

Zu dieser Frage äusserte sich der Sachwalter namens der verfahrensbeteiligten Vorsorgestiftung kurz dahingehend, dass ohne rechtskräftige Erledigung des noch laufenden Beschwerdeverfahrens im jetzigen Zeitpunkt nicht von einer Aufhebung der (angefochtenen) Verfügungen ausgegangen werden könne.

#### 4.

**4.1.** Das Verbot der Rechtsverweigerung bzw. Rechtsverzögerung wird verletzt, wenn eine Gerichts- oder Verwaltungsbehörde untätig bleibt oder das gebotene Handeln über Gebühr hinauszögert, obwohl sie zum Tätigwerden verpflichtet wäre. Eine Rechtsverweigerung ist somit nur dann möglich, wenn ein Anspruch der Privaten auf Behandlung ihrer Begehren besteht (ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich Basel Genf 2006, S. 356, Rz. 1657), respektive wenn eine Behörde sich weigert, eine Verfügung zu erlassen bzw. eine Amtshandlung vorzunehmen, obschon sie dazu aufgrund der einschlägigen Rechtsnormen verpflichtet wäre (vgl. etwa MARKUS MÜLLER, *in*: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/St. Gallen 2008, Rz. 4 zu Art. 46a; UELI KIESER, ATSG-Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2009, Rz. 12 zu Art. 56).

Nach der Praxis des Bundesgerichts liegt eine formelle Rechtsverweigerung vor, wenn eine Behörde auf eine ihr frist- und formgerecht unterbreitete Sache nicht eintritt, obschon sie darüber befinden müsste (BGE 135 I 6 E. 2.1 mit Hinweisen; vgl. auch Urteil des BVGer C-4828/2010 vom 7. März 2011 E. 7.1). Von Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung kann nicht schon dann die Rede sein, wenn eine Behörde eine Eingabe nicht sofort behandelt. Rechtsverzögerung ist nur gegeben, wenn sich die zuständige Behörde zwar bereit zeigt, den Entscheid zu fällen, ihn aber nicht binnen der Frist trifft, welche nach der Natur der Sache und nach der Gesamtheit der übrigen Umstände noch als angemessen erscheint (ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, a.a.O., Rz 1658). Das Eidg. Versicherungsgericht (heute Bundesgericht) hat im Zusammenhang mit einer Rechtsverzögerungsbeschwerde in der Invalidenversicherung in seinem Urteil I 387/03 vom 23. Oktober 2003 entschieden, dass es sich ausnahmsweise, insbesondere auch aus verfahrensökonomischen Gründen, rechtfertigen kann, dass die IV-Stelle die Behandlung eines Leistungsbegehrens aussetzt, bis ein vor einer anderen Instanz hängiges

Verfahren abgeschlossen ist, sofern dessen Ausgang für die Beurteilung des Leistungsbegehrens von erheblicher Bedeutung ist (SVR 2001 IV Nr. 24 S. 73). In vergleichbarer Ausgangslage hat das Bundesverwaltungsgericht festgehalten, dass eine Sistierung möglich sei, wenn sich verfahrensökonomisch keine sofortige Entscheidung rechtfertigt, namentlich eine Entscheidung in einem anderen Verfahren den Streitgegenstand beeinflussen könnte. Das Beschleunigungsgebot setze aber auch diesem Sistierungsgrund Grenzen (BVG 2009/42 E. 2.2).

**4.2.** Im vorliegenden Fall haben die Beschwerdeführer von der Vorinstanz ausdrücklich den Erlass einer Verfügung über die Aufhebung (ex nunc) der von dieser verfügten aufsichtsrechtlichen Massnahmen vom 22. Juni 2008 (Entzug der Zeichnungsberechtigung der Beschwerdeführer als Stiftungsräte der verfahrensbeteiligten Vorsorgestiftung) und vom 30. März 2009 (Suspendierung als Stiftungsräte) verlangt, die damals noch Gegenstand des hängigen Beschwerdeverfahrens C-5462/2008 – C-2795/2009 waren. Nicht nachvollziehbar ist allerdings in diesem Zusammenhang, dass die Beschwerdeführer nicht gleichzeitig auch die Aufhebung der rechtskräftigen Verfügung vom 30. November 2009 (vgl. act. 30) beantragten, mit welcher die Vorinstanz nach der Niederlegung des Mandats durch die bisherige, mit Verfügung vom 30. März 2009 eingesetzte Sachwalterin über die Verfahrensbeteiligte Dr. S. \_\_\_\_\_ als neuen Sachwalter mit Einzelzeichnungsberechtigung eingesetzt hat, um den in der erwähnten Verfügung umschriebenen Auftrag fortzuführen und zu erledigen. Damit verhalten sie sich in der Tat widersprüchlich. Trotzdem fragt sich, ob die Vorinstanz gehalten war, entsprechend dem Antrag in der geschilderten Situation eine Verfügung zu erlassen.

#### **4.3.**

**4.3.1.** Die Aufsichtsbehörde hat über die Einhaltung der gesetzlichen, statutarischen und reglementarischen Vorschriften zu wachen (Art. 62 Abs. 1 BVG), indem sie insbesondere die Übereinstimmung der reglementarischen Bestimmungen mit den gesetzlichen Vorschriften prüft (lit. a), von den Vorsorgeeinrichtungen periodisch Berichterstattung fordert, namentlich über die Geschäftstätigkeit (lit. b), Einsicht in die Berichte der Kontrollstelle und des Experten für berufliche Vorsorge nimmt (lit. c) sowie die Massnahmen zur Behebung von Mängeln trifft (lit. d) und Streitigkeiten betreffend das Recht der versicherten Person auf Information beurteilt (lit. e).

Gemäss Art. 62 Abs. 1 Bst. d BVG trifft die Aufsichtsbehörde die Massnahmen zur Behebung von Mängeln. Hierzu stehen ihr präventive und repressive Aufsichtsmittel zur Verfügung. Mittels des repressiven Handelns soll der rechtmässige Zustand wieder hergestellt werden, während die präventiven Mittel darauf ausgelegt sind, gesetzes- und statutenwidriges Verhalten der Vorsorgeeinrichtung durch eine laufende Kontrolle ihrer Geschäftstätigkeit zu verhindern. Als repressive Aufsichtsmittel kommen unter anderem die Mahnung pflichtvergessener Organe, das Erteilen von Weisungen oder Auflagen in Frage, soweit die Vorsorgeeinrichtung keinen Ermessensspielraum hat, auch die Aufhebung und Änderung von Entscheiden oder Erlassen der Stiftungsorgane, wenn und soweit diese gesetzes- oder urkundenwidrig sind, im Weiteren die Abberufung und Neueinsetzung von Stiftungsorganen und Liquidatoren, die Ersatzvornahme durch Dritte auf Kosten der Stiftung oder die Einsetzung eines Beistandes oder eines interimistischen Stiftungsrates unter gleichzeitiger Enthebung des ordentlichen Stiftungsrates. Diese Aufzählung ist nicht abschliessend, und die Kantone können die Aufsichtsmittel in ihren kantonalen Ausführungserlassen regeln (Isabelle Vetter-Schreiber, Staatliche Haftung bei mangelhafter BVG-Aufsichtstätigkeit, Zürich 1996, S. 61 ff.; Hans Michael Riemer / Gabriela Riemer-Kafka, Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz, 2. Auflage, Bern 2000, S. 65 f.).

**4.3.2.** Im Rahmen ihrer Aufsichtstätigkeit hat die Aufsichtsbehörde selbstredend auch periodisch zu prüfen, ob die (repressiven) Massnahmen, die sie getroffen hat, aufrecht zu erhalten sind.

Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz das Sachwaltermandat von Anfang an *befristet*, und zwar bis zur Erledigung des in der Verfügung vom 30. März 2009 umschriebenen Auftrags, nämlich

*- für die Erfüllung der gesetzlichen, statutarischen und reglementarischen Verpflichtungen der Stiftung zu sorgen und insbesondere deren Rechte und Interessen gegenüber Dritten zu wahren, Verantwortlichkeitsansprüche abzuklären und – nach Rücksprache mit der Aufsichtsbehörde - nötigenfalls gerichtlich durchzusetzen, sowie gegebenenfalls Strafanzeige zu erstatten*

*- die ordentliche, gesetzeskonforme Führung der Stiftung zu gewährleisten und dabei insbesondere*

*a) für eine gesetzeskonforme, der spezifischen Situation der Vorsorgestiftung angepasste Vermögensanlage besorgt zu sein (Art. 50 BVV2)*

*b) die Deckung der gesetzlichen und reglementarischen Verpflichtungen (Risiken Alter, Tod und Invalidität) gegebenenfalls durch eine Versicherungsgesellschaft sicherzustellen*

*c) die reglementarischen Grundlagen (Vorsorge-, Anlage-, Organisations-, Rückstellungs- und Teilliquidationsreglement) zu überarbeiten bzw. zu erstellen und zu verabschieden, und*

*d) die Organisation der Stiftung so zu gestalten und sicherzustellen, dass ein ordentliches Funktionieren der Stiftung und seiner Organe sowie die Wahrung des Stiftungszwecks gewährleistet sind.*

Der Sachwalter ist dabei eingeladen worden, die Aufsichtsbehörde regelmässig und – bei wichtigen Vorkommnissen und Entscheiden – umgehend zu orientieren (vgl. rechtskräftige Verfügung vom 30. November 2009, act. 30).

Der Sachwalter ist dieser Pflicht regelmässig nachgekommen, zuletzt mit Bericht vom 29. August 2011 (vgl. act. 24), was die Aufsichtsbehörde jeweils erlaubt hat, die Notwendigkeit der Aufrechterhaltung der getroffenen – bis am 11. April 2011 noch beim Bundesverwaltungsgericht angefochtenen – Massnahmen zu überprüfen. In dieser Hinsicht hat die Vorinstanz ihre Aufsichtstätigkeit aktiv und pflichtgemäss ausgeübt, so dass ihr diesbezüglich weder eine Untätigkeit noch eine Verzögerung vorgeworfen werden kann. Noch mit Schreiben vom 19. Juli 2010 (vgl. act. 1/3) teilte die Vorinstanz den Beschwerdeführern zudem unmissverständlich und unter Angaben ihrer Gründe mit, sie sehe keine Veranlassung, auf ihre umstrittenen Verfügungen zurückzukommen und halte bis auf Weiteres an der Weiterführung des Sachwaltermandats fest.

#### **4.4.**

**4.4.1.** Als die Beschwerdeführer mit Schreiben vom 12. August 2010 (vgl. act. 1/4) trotz dieser klaren Stellungnahme der Vorinstanz diese ausdrücklich darum ersuchten, über die Aufhebung der umstrittenen Verfügungen mittels einer beschwerdefähigen Verfügung zu befinden, war der Schriftenwechsel im Verfahren C-5462/2008 – C 2795/2009 vom Bundesverwaltungsgericht mit Instruktionsverfügung vom 26. Juli 2010

(vgl. act. 35 in C-5462/2008 resp. act. 29 in C-2795/2009) als abgeschlossen erklärt worden (unter Vorbehalt weiterer Instruktionsmassnahmen). Gut acht Monate später hat dasselbe Gericht denn auch das Urteil erlassen, mit welcher es die beiden aufsichtsrechtlichen Verfügungen geschützt hat. Ein Abwarten des Abschlusses jenes Verfahrens wäre den Beschwerdeführern unter diesen Umständen an sich zumutbar gewesen.

**4.4.2.** Die Auffassung der Vorinstanz in diesem Kontext, die Beschwerdeführer hätten keinen Anspruch auf Erlass einer beschwerdefähigen Verfügung, welche materiell alleine dem Zweck dienen sollte, die rechtskräftige Verfügung vom 30. November 2009 einem erneuten Rechtsmittelverfahren zugänglich zu machen (vgl. Vernehmlassung der Vorinstanz, act. 4 S. 4), kann das Gericht jedoch in dieser Absolutheit nicht teilen. Die Beschwerdeführer haben grundsätzlich einen Anspruch darauf, dass auch Verfügungen, mit welchen repressive Aufsichtsmaßnahmen verfügt wurden, periodisch überprüft werden und – gegebenenfalls auf begründeten Antrag hin – bestätigt, revidiert oder *ex nunc* aufgehoben werden, wenn die ursprünglichen Voraussetzungen für deren Erlass weggefallen sind. Die Prüfung bezieht sich dann auf die aktuelle Situation, welche sich nach Ansicht der Beschwerdeführer geändert hat und die Aufrechterhaltung der Massnahmen nicht mehr rechtfertigt. Insofern wäre es theoretisch denkbar gewesen, wenn die Vorinstanz ihr Schreiben vom 19. Juli 2010 über die Abweisung des Antrags und über die Fortsetzung der Massnahmen in Verfügungsform gekleidet hätte.

**4.4.3.** Allerdings hätte es kaum einen Sinn gehabt und wäre es rechtlich sogar sehr fragwürdig gewesen, wenn die Vorinstanz zu diesem Zeitpunkt die Fortsetzung von Massnahmen verfügt hätte, die noch nicht in Rechtskraft erwachsen waren und welche angesichts des Devolutiveffekts (Art. 54 VwVG) vom Bundesverwaltungsgericht vollumfänglich in Prüfung standen. Die objektiven Umstände des vorliegenden Falles sind durchaus vergleichbar mit denjenigen im Falle der einstweiligen Einstellung eines Verfahrens in Erwartung eines Entscheids in einem anderen Verfahren mit Einfluss auf das erstgenannte. Im Übrigen stünde noch die rechtskräftige Verfügung vom 30. November 2009 über den Wechsel des Sachwalters im Raum, den die Beschwerdeführer nicht angefochten haben.

**4.5.** Jedenfalls kann im Verhalten der Vorinstanz angesichts der Umstände und insbesondere des damals laufenden Beschwerdeverfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht keine Rechtsverweigerung erblickt werden. Damit ist die vorliegende Rechtsverweigerungsbeschwerde vollumfänglich abzuweisen.

## **5.**

**5.1.** Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens werden die Beschwerdeführer gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG kostenpflichtig. Die Verfahrenskosten sind gemäss dem Reglement vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) zu bestimmen. Sie werden auf Fr. 1'300.-- festgelegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.

**5.2.** Gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG kann die Beschwerdeinstanz der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene Kosten zusprechen. Allerdings steht der obsiegenden Vorinstanz gemäss Art. 7 Abs. 3 VGKE keine Parteientschädigung zu.

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

#### **1.**

Die Rechtsverweigerungsbeschwerde wird abgewiesen.

#### **2.**

Die Verfahrenskosten von Fr. 1'300.-- werden den Beschwerdeführern auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss in derselben Höhe verrechnet.

#### **3.**

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

#### **4.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. \_\_\_\_\_; Gerichtsurkunde)
- das Bundesamt für Sozialversicherungen
- die Oberaufsichtskommission Berufliche Vorsorge

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Philippe Weissenberger

Jean-Marc Wichser

### **Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: