

# **BVGer C-2443/2006 vom 1. September 2009**

Bundesverwaltungsgericht, 2009-09-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_C-2443\\_2006](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-2443_2006)

FR: TAF C-2443/2006 du 1 septembre 2009

IT: TAF C-2443/2006 del 1 settembre 2009

## **Regeste**

Aufsichtsmittel

## **Erwägungen**

### **E. 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 VVG liegt in casu nicht vor.

### **E. 1.2**

Das Bundesverwaltungsgericht übernimmt bei gegebener Zuständigkeit die am 1. Januar 2007 bei den Eidgenössischen Rekurs- oder Schiedskommissionen oder bei den Beschwerdediensten der Departemente hängigen Rechtsmittel. Die Beurteilung erfolgt nach neuem Verfahrensrecht (vgl. Art. 53 Abs. 2 VGG).

### **E. 1.3**

Anfechtungsgegenstand des vorliegenden Verfahrens ist die Verfügung des Amtes für Stiftungen und berufliche Vorsorge des Kantons Basel-Landschaft vom 1. September 2006, welche ohne Zweifel eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG darstellt. Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingegangen (Art. 50 und 52 VwVG). Nachdem der Beschwerdeführerin an der Änderung oder Aufhebung der angefochtenen Verfügung ein schutzwürdiges Interesse hat (Art. 48 VwVG) und ferner der verlangte Kostenvorschuss eingezahlt worden ist, ist auf das erhobene Rechtsmittel einzutreten.

### **E. 2**

Das Bundesverwaltungsgericht prüft die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich der Überschreitung oder des Missbrauchs des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und, wenn nicht eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat, die Unangemessenheit (Art. 49 VwVG).

### **E. 3**

In formeller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin, ihr sei das Protokoll der Sitzung vom 29. August 2006, welche zwischen den Parteien im Vorfeld des Erlasses der angefochtenen Verfügung stattgefunden hat, nicht ausgehändigt worden. Die Verweigerung der

Herausgabe dieses Protokolls stelle eine Verletzung des rechtlichen Gehörs dar (vgl. Replik vom 14. März 2007, act. 11). Für die Vorinstanz hingegen sei die Erstellung eines förmlichen Protokolls der erwähnten Besprechung weder vereinbart noch in Aussicht gestellt worden. Die Anliegen der Beschwerdeführerin hätten im Übrigen in der angefochtenen Verfügung Eingang gefunden (act. 9, S. 8 und act. 17, S. 6).

### **E. 3.1**

Gemäss Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung (BV, SR 101) und Art. 29 in Verbindung mit Art. 30 Abs. 1 VwVG haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Angesichts der formellen Natur des Gehörsanspruchs (vgl. BGE 132 V 387 E. 5.1 mit Hinweisen) ist vorab zu prüfen, ob diese Rüge begründet ist.

### **E. 3.2**

Das rechtliche Gehör dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheids dar, welcher in die Rechtsstellung einer Person eingreift. Dazu gehört insbesondere deren Recht, sich vor Erlass des in ihre Rechtsstellung eingreifenden Entscheids zur Sache zu äussern, erhebliche Beweismittel beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweismittel entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (BGE 132 V 368 E. 3.1 mit Hinweisen, BGE 127 I 56 E. 2B, 127 III 578 E. 2c). Nach der Rechtsprechung kann eine - nicht besonders schwerwiegende - Verletzung des rechtlichen Gehörs ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie die Rechtslage frei überprüfen kann (BGE 127 V 431 E. 3d/aa). Von einer Rückweisung der Sache an die Verwaltung ist selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des rechtlichen Gehörs dann abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 132 V 387 E. 5.1 mit Hinweis, vgl. auch BGE 133 I 201 E. 2.2; BVGer C-676/2008 vom 21. Juli 2009).

### **E. 3.3.1**

Im vorliegenden Fall fand einige Tage vor Erlass der angefochtenen Verfügung vom 1. September 2006, nämlich - nach etlichen vorgängigen Korrespondenzen und Treffen zwischen den Parteien zur Bereinigung der bestehenden Differenzen zur Führung der Alterskonten - am 29. August 2006 eine weitere Besprechung zwischen diesen statt, dies unter Beizug der involvierten Pensionskassenexperten und eines Vertreters der Arbeitgeberfirma. Anlässlich dieser Besprechung sei nach Ansicht der Vorinstanz festgelegt worden, dass der Experte die Berechnungen nochmals vornehmen müsse, erweitert durch zwei Berechnungsvarianten. Die angefochtene Verfügung mit der Formulierung der von der Beschwerdeführerin vorzunehmenden Auftragserteilung an den Experten sei im Anschluss an diese Besprechung im Rahmen ihrer Aufsichtspflicht erfolgt (act. 9, S. 8). Für die Beschwerdeführerin hätte jedoch der Auftrag an den Gutachter im Einvernehmen mit ihr erteilt werden müssen, dies nach Formulierung der Berechnungsvarianten durch die Vorinstanz, welche im von ihr erwarteten Protokoll der Besprechung vom 29. August 2006 hätten festgelegt werden sollen (act. B 3, S. 5 und act.

11, S. 7).

### **E. 3.3.2**

Mit der Ansetzung und Durchführung dieser weiteren Besprechung steht für das Gericht im Lichte der erwähnten Rechtsprechung fest, dass das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin im Vorfeld des Erlasses der angefochtenen Verfügung ohne Zweifel gewährt worden ist. Wenn die Vorinstanz im Rahmen ihrer aufsichtsrechtlichen Aufgaben zum Schluss kam, namentlich die korrekte Führung von Alterskonten sei mit Blick auf die Festlegung der gesetzlichen und reglementarischen Ansprüchen der Destinatäre ohne weiteren Verzug zu überprüfen, ohne die Formulierung des Ergänzungsauftrags an den Experten nochmals mit der Beschwerdeführerin im Detail zu besprechen, kann darin keine Verletzung des rechtlichen Gehörs erblickt werden. Im Übrigen kann davon ausgegangen werden, dass der Mitarbeiter der Vorinstanz die Besprechung nur zu internen Zwecken protokolliert hat, zumal die Beschwerdeführerin nicht behauptet, es sei ausdrücklich das Verfassen eines förmlichen, auch von ihr zu genehmigenden Protokolls vereinbart und in Aussicht gestellt worden. Insofern bildet insbesondere auch die Tatsache, dass die internen protokollarischen Notizen über die Besprechung vom 29. August 2006 der Beschwerdeführerin nicht ausgehändigt worden sind, keine Verletzung des rechtlichen Gehörs. Der Beschwerdeantrag (Nr. 9) auf Vorlage des Protokolls der Sitzung vom 29. August 2006 ist deshalb abzuweisen.

### **E. 4.1**

In verfahrensmässiger Hinsicht stellt die Beschwerdeführerin den Antrag auf Beiladung der Kontrollstelle, der Pensionskassenexperten und des Arbeitgebers sowie auf Begrüssung des BSV zur Vernehmlassung. Sie begründet die Beiladung der erwähnten Personen insbesondere mit ihrer möglichen Schadenersatz- und Beitragspflicht, wenn sich herausstellen sollte, dass die Alterskonten mangelhaft geführt worden seien und Destinatäre deswegen Ansprüche geltend machen könnten. Die Begrüssung des BSV begründet die Beschwerdeführerin nicht.

### **E. 4.2**

Die Beschwerdeführerin verkennt, dass allfällige Schadenersatzansprüche nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sind, wie die Vorinstanz zu recht festhält (act. 9 S. 11). Damit ist eine Beiladung allfälliger Haftpflichtiger vorliegend weder nötig noch angezeigt. Ebenso wenig ist einzusehen, aus welchen Gründen das BSV zu einer Stellungnahme eingeladen werden soll. Die diesbezüglichen Verfahrensanträge der Beschwerdeführerin sind deshalb abzuweisen.

### **E. 5**

Die Beschwerdeführerin rügt im Wesentlichen in materieller Hinsicht, dass die verfügten aufsichtsrechtlichen Massnahmen (Expertenbestellung für die Berechnung der reglementarischen Altersguthaben der Destinatäre bzw. der Vorsorgeleistungen in drei Varianten, Prüfung der Geschäftsführung und der Führung der Alterskonten von 1985 bis 2005 und Wahrung allfälliger Schadenersatzansprüche gegenüber Dritten) unverhältnismässig seien, da sie auf die jährlichen Berichte und Prüfungen der Fachexperten, der Kontrollstelle und der Vorinstanz vertraut habe und ihr nicht im Nachhinein Sanktionen mit weitreichenden finanziellen Konsequenzen auferlegt werden dürften. Demgegenüber ist die Vorinstanz der Ansicht, dass die von ihr getroffenen aufsichtsrechtlichen Massnahmen rechtmässig seien, da reglementarische Vorgaben in der

Praxis sehr wahrscheinlich nicht beachtet worden seien.

## **E. 6**

Die gerügten Massnahmen traf die Vorinstanz im Rahmen ihrer Aufsichtsaufgabe gemäss Art. 62 Abs. 1 BVG, wonach sie darüber zu wachen hat, dass die Vorsorgeeinrichtung die gesetzlichen Vorschriften einhält, 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).

### **E. 6.1**

Gemäss Art. 62 Abs. 1 lit. d BVG trifft die Aufsichtsbehörde die Massnahmen zur Behebung von Mängeln. Hierzu stehen ihr repressive und präventive Aufsichtsmittel zur Verfügung. Mittels des repressiven Handelns soll der rechtmässige Zustand wieder hergestellt werden und die präventiven Mittel sind darauf ausgelegt, gesetzes- und statutenwidriges Verhalten der Pensionskasse durch eine laufende Kontrolle ihrer Geschäftstätigkeit zu verhindern. Bei den präventiven Aufsichtsmitteln ist eine Teilnahme an der Willensbildung der Verwaltungsorgane begrifflich nicht vorausgesetzt. Eine allgemeine und voraussetzungslose Einflussnahme bereits auf das Zustandekommen von Entscheiden und Handlungen der Vorsorgeeinrichtungen sowie die voraussetzungslose und allgemeine Beschränkung der Verfügung über deren Vermögen sind verboten. Die Willensbildung der Vorsorgeeinrichtung ist vielmehr Sache der Vorsorgeeinrichtung bzw. deren Organe. Aufsichtsmittel, die bereits das Zustandekommen von Handlungen der Vorsorgeeinrichtung unmittelbar beeinflussen oder sich gar an diesen beteiligen, verletzen den verwaltungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismässigkeit und bei Vorsorgeeinrichtungen, insbesondere bei jenen in der Rechtsform der Stiftung das von der Privatautonomie abgeleitete Prinzip der Stifterfreiheit (Isabelle Vetter-Schreiber, Staatliche Haftung bei mangelhafter BVG-Aufsichtstätigkeit, Zürich 1996, S. 61 f.; Christina Ruggli, Die behördliche Aufsicht über Vorsorgeeinrichtungen, Basel 1992, S. 62 f.).

### **E. 6.2**

Als repressive Aufsichtsmittel kommen unter anderem in Frage, die Mahnung pflichtvergessener Organe, das Erteilen von Weisungen oder Auflagen, soweit die Vorsorgeeinrichtung keinen Ermessensspielraum hat, die Aufhebung und Änderung von Entscheiden oder Erlassen der Stiftungsorgane, wenn und soweit diese gesetzes- oder urkundenwidrig sind, 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 (Isabelle Vetter-Schreiber, a.a.O., S. 63 ff.; Christina Ruggli, a.a.O., S. 111 ff.). Die Aufzählung ist nicht abschliessend. Auf Grund der gesetzlichen Bestimmungen steht fest, dass die Aufsichtsbehörde bloss dann mittels Massnahmen repressiv eingreifen kann, falls sie im Handeln der Vorsorgeeinrichtung einen Verstoß gegen gesetzliche oder statutarische Vorschriften erkennt. Die Aufsichtstätigkeit ist mithin als eine Rechtskontrolle ausgestaltet (Isabelle Vetter-Schreiber, a.a.O., S. 33f.; Carl Helbling, Personalvorsorge und BVG, 8. Auflage, Bern 2006, S. 667). Damit liegt

nicht schon dann ein Mangel vor, wenn die Aufsichtsbehörde in einer Sache anders entschieden hätte als die Vorsorgeeinrichtung. Demgemäss hat die Aufsichtsbehörde zu beachten, dass der Vorsorgeeinrichtung ein Ermessen zusteht. Dabei ist Letztere an den vorgegebenen rechtlichen Rahmen gebunden und sie muss die allgemeinen Rechtsprinzipien beachten. Im Weiteren muss sie ihr Ermessen gestützt auf die sachlich nahe liegenden Kriterien und den Verhältnissen des Einzelfalls angemessen und damit zweckmässig ausüben (Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, Bern 1997, N 24, 26 zu Art. 66 Abs. 1 VRPG).

### **E. 6.3**

Die vorliegend verfügten Massnahmen, einen Experten für berufliche Vorsorge zu beauftragen, per 31. Dezember 2005 die reglementarischen Altersguthaben der Destinatäre resp. die Vorsorgeleistungen der Rentenbezüger der Beschwerdeführerin zu berechnen, die Führung der Alterskonten für die Jahre 1985 bis 2005 durch eine Kontrollstelle prüfen zu lassen und die Rechte infolge mangelhafter Führung der Alterskonten zu wahren, sind repressive aufsichtsrechtliche Massnahmen, deren Verhältnismässigkeit durch die Beschwerdeführerin bestritten wird und nun deshalb zu prüfen ist.

#### **E. 7.1.1**

Von der Vorinstanz wird insbesondere die Berechnung der Altersguthaben und die Führung der Alterskonten unter Einbezug vorobligatorischer Guthaben bemängelt. Da die Alterssicherung der Arbeitnehmer im Zentrum der 2. Säule steht und der Schutz der Versicherten ein Hauptanliegen der Vorinstanz sein muss, hat sie jedenfalls einzuschreiten, wenn hier Fehler und Mängel vermutet werden oder nachgewiesen sind.

#### **E. 7.1.2**

Zu den gesetzlichen Mindestvorschriften (vgl. Art. 6 BVG) gehören einerseits Art. 16 BVG, wonach die Altersgutschriften jährlich in Prozenten des koordinierten Lohnes berechnet werden, nämlich zu 7% für 25- bis 34-jährige, 10% für 35- bis 44-jährige, 15% für 45- bis 54-jährige und 18% für 55- bis 65-jährige Arbeitnehmer, und andererseits Art. 66 Abs. 1 BVG, wonach die Vorsorgeeinrichtung die Höhe der Beiträge des Arbeitgebers und der Arbeitnehmerin in den reglementarischen Bestimmungen festlegt, der Beitrag des Arbeitgebers mindestens gleich hoch sein muss wie die gesamten Beiträge aller seiner Arbeitnehmer und ein höherer Anteil des Arbeitgebers nur mit dessen Einverständnis festgelegt werden kann. Hinsichtlich der Aufteilung der Beiträge ist in diesem Zusammenhang auch Art. 331 Abs. 3 2. Halbsatz OR zu erwähnen, wonach der Arbeitgeber seine Beiträge aus eigenen Mitteln oder aus Beitragsreserven der Vorsorgeeinrichtung erbringt, die von ihm vorgängig hierfür geäuftet worden und gesondert ausgewiesen sind.

#### **E. 7.1.3**

Für die strittige Berechnung der Altersgutschriften ist nebst den dargelegten gesetzlichen Mindestvorschriften auch die Rechtsprechung zum Einbezug der vorobligatorischen Guthaben und zur Berechnung der Freizügigkeitsleistung im übergangsrechtlichen Bereich (vor und nach Inkrafttreten des BVG) von Bedeutung und hier heranzuziehen. So hat sich das Bundesgericht bereits in seinen Grundsatzurteilen BGE 114 V 239 und BGE 115 V 27 im Zusammenhang mit der Bemessung der Freizügigkeitsleistung gemäss dem - mit Inkrafttreten des Bundesgesetzes über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 17. Dezember 1993 (FZG, SR 831.429) seit 1995 aufgehobenen - Art. 28 BVG eingehend mit den Berechnungsmethoden befasst und

sowohl die sogenannte Kumulationsmethode als auch die bis dahin praktizierte pauschale Vergleichsmethode abgelehnt (BGE 114 V 239 E. 9). Das Bundesgericht hat vielmehr eine differenzierte Vergleichsmethode vor und nach der Einführung des BVG-Obligatoriums angewandt, mit welcher die Austrittsleistung für die gleiche Zeitdauer berechnet wird (BGE 114 V 239 E. 10). Danach ist eine Anrechnung der bis Ende 1984 geäußerten Vorsorgeguthaben nur zulässig, soweit es sich um Guthaben handelt, welche über die Austrittsleistung per 31. Dezember 1984 hinausgehen (vgl. BGE 115 V 27 E. 4c sowie den detaillierten Berechnungsschlüssel im Gutachten der LCP Libera AG vom 12. Januar 2006, act. B 3/12). Dabei hat das Bundesgericht daran erinnert, dass die Vorsorgeeinrichtung insbesondere Gewähr dafür zu bieten hat, dass sie hinsichtlich der AHV und die Freizügigkeitsleistungen die gesetzlichen Mindestvorschriften einhält. Diesem Erfordernis wird sie auch gerecht, wenn sie anhand einer sogenannten Schattenrechnung belegt, dass ihre Leistung das gesetzliche BVG-Minimum abgilt (BGE 114 V 239 E. 8e). Auf diese Rechtsprechung hat die Providentia als ehemalige Expertin der Beschwerdeführerin dem Stiftungsrat derselben mit Schreiben von Ende Mai 1989 hingewiesen und eine neue Formulierung für die Durchführung der Freizügigkeitsberechnungen empfohlen, zumal die bestehenden Reglemente den neuen Anforderungen nicht mehr genügten (act. 17/9). In der Folge ist das Vorsorgereglement der Beschwerdeführerin (Auflage 1990) durch die Neuformulierung von Art. 67 betreffend Anspruch und Höhe der Freizügigkeitsleistungen entsprechend angepasst worden (act. 9/5).

#### **E. 7.1.4**

Umstritten und zu prüfen sind denn auch zunächst die reglementarischen Vorschriften der Beschwerdeführerin über die Beiträge im Lichte der oben erwähnten gesetzlichen Regelung sowie der zitierten Rechtsprechung.

#### **E. 7.2.1**

Im Vorsorgereglement der Beschwerdeführerin, das per 1. Januar 1990 in Kraft trat, wurde durch dessen Art. 28 festgelegt, dass die Beiträge der Arbeitnehmer und des Arbeitgebers für alle Arbeitnehmer je 4% des versicherten Lohnes (also gesamthaft 8%) betragen, und dass im Minimum die Leistungen gemäss BVG erbracht werden, wobei allfällige Mehraufwendungen durch den Arbeitgeber getragen würden. Gemäss dieser Bestimmung hatte die Stiftung dazu eine BVG-Schattenrechnung zu führen und waren die übrigen Beiträge vom Stiftungsrat gemäss Gesetz, Prämienrechnung der Versicherungsgesellschaft und den Verwaltungskosten festgelegt (act. 9/5).

#### **E. 7.2.2**

Obgleich die reglementarisch vorgesehenen Beiträge von gesamthaft 8% des versicherten Lohnes offenbar als sogenannte Durchschnittsbeiträge zu verstehen waren, kann nicht ganz ausgeschlossen werden, dass sie möglicherweise angesichts der gesetzlichen Vorgaben (vgl. Art. 16 BVG) im Einzelfall nicht genügend waren, um den reglementarisch gesicherten BVG-Mindeststandard zu erreichen. Wenn auch die Heranziehung anderer Mittel (Kapitalzinsen, vorobligatorische Teilguthaben gemäss der erwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung etc.) für die Finanzierung einer allfälligen Differenz noch nicht genügte, hatte laut Reglement der Arbeitgeber für die allfälligen Mehraufwendungen aufkommen müssen. Damit verpflichtete sich der Arbeitgeber im Sinne von Art. 66 Abs. 1 BVG, nötigenfalls einen höheren Beitrag zu leisten. Jedenfalls entsprach das Reglement (Ausgabe 1990) dem Gesetz, indem es einerseits die ausdrückliche Pflicht

enthielt, im Minimum die Leistungen gemäss BVG zu erbringen, und andererseits den Leistungserbringer im Falle allfälliger Mehraufwendungen unmissverständlich bezeichnete, weshalb es zu Recht von der Vorinstanz nicht beanstandet worden ist.

### **E. 7.3**

Im Vorsorgereglement Ausgabe 1995 kam in der massgebenden Bestimmung 5.8 (als Nachfolgerin von Art. 28 des Reglements von 1990) nach der Festlegung desselben Beitrags-Prozentsatzes (8%) der verdeutlichende Satz hinzu, wonach "die obige Altersgutschrift im Minimum der Altersgutschrift gemäss BVG" zu entsprechen habe. Demgegenüber wurde der Hinweis auf die Deckung allfälliger Mehraufwendungen durch den Arbeitgeber gestrichen (act. B 3/15). Auch dieses Reglement war im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle nicht zu beanstanden, soweit die Finanzierung einer allfälligen Differenz zum gesetzlichen BVG-Minimum durch andere Mittel (wie Vermögenserträge, vorobligatorische Teilguthaben) möglich und denkbar war. Bei diesen "anderen Mitteln" kann es sich bei einer Vorsorgeeinrichtung mit Beitragsprimat, wie vorliegend, jedoch nicht um eine Beanspruchung der freien Mitteln handeln, da dies nicht im Interesse der Arbeitnehmer liegen würde (vgl. Urteil des BGER 2A.101/2000 E. 3c unter Hinweis auf Art. 331 Abs. 3 OR in Verb. mit Art. 362 OR).

### **E. 7.4**

In einem Nachtrag vom 1. April 2003 zum erwähnten Reglement wurde die Bestimmung, dass die Altersgutschrift im Minimum der Altersgutschrift gemäss BVG zu entsprechen habe, rückwirkend per 1. Januar 2002 aus nicht genau nachvollziehbaren Gründen gestrichen. Da jedoch das Vorsorgereglement die gesetzlichen Mindestvorgaben zu beachten hat, gilt dieser Grundsatz für die Beschwerdeführerin auch ohne ausdrückliche Festlegung im Reglement und musste mindestens in der BVG-Schattenrechnung eingehalten werden (so auch die Expertin Providentia in ihrem Bericht zur provisorischen Bilanz 2002 vom 5. Mai 2003, vgl. act. 6).

### **E. 7.5**

Insgesamt ergibt sich aus keiner der geprüften Reglementsbestimmungen, dass die Beschwerdeführerin befugt gewesen wäre, bei der Finanzierung der Altersguthaben das gesetzliche BVG-Minimum nicht einzuhalten. Insofern kann Art. 50 Abs. 3 BVG, wonach bei gesetzeswidrigen Reglementsbestimmungen das Gesetz nicht rückwirkend anwendbar ist, vorliegend gar nicht angerufen werden. Die Beschwerdeführerin musste in jedem Fall dafür sorgen, dass die gesetzlichen Mindestvorschriften, welche vom Gesetzgeber zum Schutze der Versicherten aufgestellt wurden, jederzeit beachtet werden, was zur ureigensten Aufgabe des Stiftungsrates einer Vorsorgeeinrichtung gehört. Die Beschwerdeführerin kann diese Verantwortung jedenfalls nicht auf die Vorinstanz abschieben. Ob die Kontrollstelle eine Mitverantwortung trägt, wenn die Finanzierungsvorschriften nicht eingehalten worden sein sollten, ist nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens (vgl. oben E 4).

### **E. 8**

Zu prüfen ist schliesslich, ob die konkrete aufsichtsrechtliche Massnahme, unter anderem die Berechnung der reglementarischen Altersguthaben einer Expertise zu unterziehen, verhältnismässig ist. Um den rechtsstaatlichen, verfassungsmässigen Grundsatz der Verhältnismässigkeit (vgl. Art. 5 Abs. 2 der Schweizerischen Bundesverfassung, SR 101) zu beachten, muss eine behördliche Massnahme für das Erreichen des Zieles erforderlich und geeignet sein und für die Betroffenen angemessen sein, also eine vernünftige

Zweck-Mittel-Relation vorliegen (Urteil des BGer 1C\_270/2008 vom 6. Februar 2009 E. 3.1 mit Hinweisen)

### **E. 8.1**

Im vorliegenden Fall ist die LCP Libera AG im Oktober 2005 beauftragt worden, die Altersguthaben der Destinatäre der Beschwerdeführerin unter Anrechnung vorobligatorisch wohlervorbener Guthaben zu berechnen. Die Expertin hat sich nicht an das Mandat gehalten, sondern hat lediglich die Berechnungsmethodik geprüft. Immerhin hat sie in ihrem Nachtrag vom 4. April 2006 zum Bericht vom 12. Januar 2006 anhand eines von der Vorinstanz erwähnten konkreten Berechnungsbeispiels ausdrücklich festgehalten, dass die gewählte Finanzierungsform spätestens ab dem Jahr 1995 kaum vertretbar gewesen sei. Des Weiteren wies sie darauf hin, dass die Kontrollstelle bereits Ende 1995 die nicht reglementsconforme Äufnung der Altersguthaben hätte monieren müssen. In dieser Situation ist die aufsichtsbehördliche Massnahme, erneut einen Experten zu bestellen, um die erwähnten Berechnungen durchzuführen, zumal nicht sichergestellt ist, dass die Beschwerdeführerin über die Jahre, das heisst auch für die Zeit vor 1995, die gesetzlichen Mindestvorschriften eingehalten hat, als notwendig und geeignet zu bezeichnen.

### **E. 8.2**

Da die zu bezeichnenden Revisionsstelle die Berechnungen innert nützlicher Frist durchführen kann, ist das grundsätzliche Vorgehen der Vorinstanz auch angemessen. Dies gilt auch für den gewählten Zeitraum; abgesehen davon scheint es für die Zeit zwischen 1985 und 1995 höchstens einen oder zwei Versicherungsfälle zu geben, welche einer genaueren Prüfung zu unterziehen wären. Erst nach Durchführung der Berechnungen wird sich ein klares Gesamtbild ergeben und allfällige weitere Massnahmen zu prüfen sein. Den von der Vorinstanz am 1. September 2006 verfügten ersten Massnahmepaket ist aufgrund der Vorgeschichte insgesamt als verhältnismässig zu bezeichnen.

### **E. 8.3**

Im Zusammenhang mit der Frage der Verhältnismässigkeit der verfügten Massnahmen rügt die Beschwerdeführerin - wenngleich nicht als formellen Beschwerdeantrag formuliert - auch noch die Höhe der von der Vorinstanz verfügten Gebühren von Fr. 1'500.-- (act. B 3 S. 11). Diese Gebühren hat die Vorinstanz aufgrund von § 22 der kantonalen Verordnung über die Beaufsichtigung der Stiftungen und der Vorsorgeeinrichtungen vom 21. Dezember 1993 erhoben, wonach für die Anordnung von Massnahmen eine ordentliche Gebühr zwischen Fr. 500.-- und Fr. 3'000.-- vorgesehen ist. Die von der Vorinstanz erhobene Gebühr bewegt sich angesichts des Aufwands im unteren Rahmen und ist jedenfalls nicht zu beanstanden. Was diese Gebühren im Übrigen mit den Kosten des Gutachters zu haben, ist nicht ersichtlich.

### **E. 8.4**

Aufgrund dieser Erwägungen hält die angefochtene Verfügung der Vorinstanz einer richterlichen Prüfung vollumfänglich stand. Demzufolge ist die Beschwerde abzuweisen.

### **E. 9.1**

Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin 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. 3'000.-- festgelegt.

**E. 9.2**

Der obsiegenden Vorinstanz steht gemäss Art. 7 Abs. 3 VGKE keine Parteientschädigung zu.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.