

BVGer C-2946/2012 vom 7. Mai 2014

Bundesverwaltungsgericht, 2014-05-07, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-2946_2012

FR: TAF C-2946/2012 du 7 mai 2014

IT: TAF C-2946/2012 del 7 maggio 2014

Regeste

Anlagevorschriften

Erwägungen

E. 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.

E. 2

Anfechtungsgegenstand des vorliegenden Verfahrens ist die Feststellung der Zentralschweizer BVG- und Stiftungsaufsicht (ZBSA) vom 1. Mai 2012, welche eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG darstellt. Zu Recht hat die Vorinstanz vorliegend eine Feststellungsverfügung erlassen, zumal die Beschwerdeführerin - in der Absicht, individuelle Anlagestrategien anbieten und vorgängig die Rechtmässigkeit der Anlagestrategie und die Vereinbarkeit mit der BVV 2 abklären zu wollen - ausdrücklich darum ersucht hat. Die Vorinstanz führt denn auch in ihrer angefochtenen Verfügung (B-act. 1 Beilage 1 S. 2) unter Hinweis auf BGE 132 V 257 zutreffend aus, dass vorliegend ein rechtliches oder tatsächliches Interesse an der sofortigen Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechts bestehe, welches nicht durch eine rechtsgestaltende Verfügung gewahrt werden könne, und damit die Voraussetzungen für eine Feststellungsverfügung vorliegen würden. Die Beschwerde gegen diese Verfügung ist frist- und formgerecht eingegangen (Art. 50 und 52 VwVG). Durch die Verfügung ist die Beschwerdeführerin als betroffene Vorsorgeeinrichtung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an der Änderung oder Aufhebung der angefochtenen Verfügung (Art. 48 Abs. 1 lit. b und c VwVG), so dass sie zur Beschwerde legitimiert ist. Nachdem auch der eingeforderte Kostenvorschuss in der gesetzten Frist geleistet wurde, ist auf das ergriffene Rechtsmittel einzutreten.

E. 3.1

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

Ermessensmissbrauch ist gegeben, wenn die entscheidende Stelle zwar im Rahmen des ihr eingeräumten Ermessens bleibt, sich aber von unsachlichen, dem Zweck der massgebenden Vorschriften fremden Erwägungen leiten lässt oder allgemeine Rechtsprinzipien, wie das Verbot von Willkür und von rechtsungleicher Behandlung, das Gebot von Treu und Glauben sowie den Grundsatz der Verhältnismässigkeit verletzt (BGE 123 V 152 E. 2 mit Hinweisen). Ermessensüberschreitung liegt vor, wenn die Behörden Ermessen ausüben, wo das Gesetz kein oder nur ein geringes Ermessen einräumt (ALFRED KÖLZ/ ISABELLE HÄNER/Martin Bertschi, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz 1037).

E. 3.2

Im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht dürfen im Rahmen des Streitgegenstandes aufgrund des Untersuchungsgrundsatzes bisher noch nicht gewürdigte, bekannte wie auch bis anhin unbekannte, neue Sachverhaltsumstände, die sich zeitlich vor dem Rechtsmittelverfahren zugetragen haben (sog. *unechte Nova*), vorgebracht werden (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1583/2011 vom 8. Juni 2011, E. 3.1/3.2). Das Bundesverwaltungsgericht hat in seinem Entscheid abzuwägen, inwiefern die neuen Tatsachen und Ereignisse geeignet sind, die angefochtene Entscheidung zu beeinflussen (vgl. ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 2. Aufl., Basel 2013, N. 2.204 ff.; FRANK SEETHALER/FABIA BOCHSLER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], a.a.O., N. 77 ff. zu Art. 52 VwVG). Im Laufe des Rechtsmittelverfahrens hat die Beschwerdeführerin zwei Expertenbestätigungen sowie eine Bestätigung der Revisionsstelle als Beweismittel eingereicht, welche sich zeitlich auf die Situation per 31. Dezember 2011, also vor Erlass der Verfügung, beziehen. Vorliegend ist u.a. umstritten, welche Aufgaben der Experte wahrzunehmen und wie er die Angemessenheit der Vorsorge zu bestätigen hat. Dem entsprechend ist der Inhalt der beiden Expertenbestätigungen sowie der Bestätigung der Revisionsstelle geeignet, die angefochtene Entscheidung zu beeinflussen. Sie sind deshalb in zeitlicher Ausdehnung des Streitgegenstandes als Beweismittel zuzulassen.

E. 3.3

Interne Praxishilfen, wie es die Mitteilungen des BSV oder das Merkblatt der Konferenz der kantonalen BVG- und Stiftungsaufsichtsbehörden darstellen, sind für das Sozialversicherungsgericht zwar nicht verbindlich. Solche kann das Gericht bei seiner Entscheidung aber durchaus beziehen und berücksichtigen, sofern sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulassen und eine überzeugende Konkretisierung der rechtlichen Vorgaben darstellen. Eine solche Berücksichtigung gilt vor allem für Verwaltungsweisungen (Urteil des BGer 8C_713/2010 vom 23. März 2011 [in BGE 137 V 121 nicht publizierte] E. 3, BGE 133 V 587 E. 6.1, BGE 133 V 257 E. 3.2 mit Hinweisen); derselbe Grundsatz kann aber analog auch auf behördliche Praxishilfen angewendet werden.

E. 4.1

In verfahrensmässiger Hinsicht beantragt die Beschwerdeführerin eine mündliche Parteiverhandlung. Als Begründung führt sie aus, dass aus Unkenntnis schon zu viele juristische und tatsächliche Fehler begangen worden seien (B-act. 29 S. 8 ff., S. 24).

E. 4.2

Die Vorinstanz führt zum Antrag auf eine mündliche Parteiverhandlung aus, das weder ein zivilrechtlicher Anspruch zur Diskussion stehe noch eine strafrechtliche Anklage vorliege, weshalb eine Parteiverhandlung zum vornherein ausscheide (B-act. 31 S. 11).

E. 4.3.1

Soweit zivilrechtliche Ansprüche oder strafrechtliche Anklagen im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) zu beurteilen sind, ordnet der Instruktionsrichter beziehungsweise die Instruktionsrichterin eine öffentliche Parteiverhandlung an, wenn eine Partei es verlangt (Art. 40 Abs. 1 lit. a VGG) oder gewichtige öffentliche Interessen es rechtfertigen (Art. 40 Abs. 1 lit. b VGG). Rechtsprechungsgemäss muss ein Antrag auf Parteiverhandlung im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK klar und unmissverständlich vorliegen, was vorliegend der Fall ist. Liegt ein solcher vor, so rechtfertigt es sich nur in Ausnahmefällen, in einem Prozess, in welchem es um die Beurteilung von Ansprüchen im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK geht, von einer Verhandlung abzusehen. Als Ausnahmegründe fallen dabei in erster Linie diejenigen im zweiten Teil von Art. 6 Ziff. 1 EMRK in Betracht. Ferner hat das Bundesgericht anerkannt, dass von einer Verhandlung abzusehen ist, wenn der Antrag im Verfahren zu spät gestellt worden ist, wenn die Beschwerde offensichtlich unbegründet respektive unzulässig ist, wenn die hohe Technizität der Materie ein ausschliesslich schriftliches Verfahren gebietet oder wenn aufgrund der Akten ohne Weiteres von einer Gutheissung der Beschwerde auszugehen ist (vgl. zum Ganzen BGE 122 V 47 E. 3 mit weiteren Hinweisen vgl. auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer] C-6903/2009 vom 20. Januar 2012, E. 3.1/3.2, sowie C-1994/ 2010 vom 4. Oktober 2010 E. 11.2 mit weiteren Hinweisen).

E. 4.3.2

Die Beschwerdeführerin begründet ihren Antrag damit, es seien aus Unkenntnis schon zu viele juristische und tatsächliche Fehler begangen worden (B-act. 29 S. 8 ff., S. 24).

E. 4.3.3

Festzuhalten ist, dass es sich bei der in casu strittigen Fragestellung (Prüfung der Voraussetzungen und des Umfangs der Zulässigkeit von individuellen Anlagen im Rahmen der überobligatorischen beruflichen Vorsorge; Angemessenheit des Vorsorgeplans gemäss Art. 1 BVV 2) um eine Thematik mit hoher Technizität handelt, welche - trotz eines entsprechenden Antrags - den Verzicht auf die Durchführung einer Verhandlung erlaubt (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-6903/2009 vom 20. Januar 2012, E. 3.2). Ferner ist aus den Akten im vorliegenden Fall nicht ersichtlich, inwiefern eine öffentliche Parteiverhandlung für die Beurteilung der Sache dienlich sein könnte, zumal es dem Gericht möglich ist, die Sachlage gestützt auf die ausführlichen Akten zu beurteilen. In Anbetracht des durchgeführten zweifachen Schriftenwechsels hatten die Parteien zudem ausreichend Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und entsprechende Beweismittel einzureichen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-6178/2010 vom 7. Mai 2013, E. 2.3). Der Antrag auf Durchführung einer öffentlichen Parteiverhandlung ist daher abzuweisen. Bei diesem Ergebnis kann offen bleiben, ob es sich vorliegend um eine zivilrechtliche Streitigkeit handelt; der klare Wortlaut von Art. 40 VGG schränkt das Recht der Parteien auf eine Parteiverhandlung auf Streitigkeiten ein, welche zivilrechtliche Ansprüche oder strafrechtliche Anklagen betreffen (vgl. Art. 40 Abs. 1 VGG). Ebenfalls offen bleiben kann die Frage, ob die Begründung der Beschwerdeführerin, wonach aus Unkenntnis schon zu

viele juristische und tatsächliche Fehler begangen worden seien, als genügend substantiiert zu betrachten sei.

E. 5.1

Die Aufsichtsbehörde hat über die Einhaltung der gesetzlichen, statutarischen und reglementarischen Vorschriften durch die Vorsorgeeinrichtungen sowie die Einrichtungen, die nach ihrem Zweck der beruflichen Vorsorge dienen, 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 und den Einrichtungen, die nach ihrem Zweck der beruflichen Vorsorge dienen, 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. 5.2

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 sie kann auch Entscheide oder Erlasse der Stiftungsorgane aufheben oder ändern, wenn und soweit diese gesetzes- oder urkundenwidrig sind, Stiftungsorgane und Liquidatoren abberufen und einsetzen, oder die Ersatzvornahme durch Dritte auf Kosten der Stiftung oder die Einsetzung eines Beistandes oder eines interimistischen Stiftungsrates unter gleichzeitiger Enthebung des ordentlichen Stiftungsrates anordnen. Diese 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 (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-5462/2008 und C-2795/2009 vom 11. April 2011 E. 4 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 2006, S. 65 f.; 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 Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Bern, Bern 1997, N 24 und 26 zu Art. 66 Abs. 1 VRPG).

E. 6

Umstritten ist vorliegend die Rechtmässigkeit der Feststellung der Vorinstanz, wonach die im überobligatorischen Bereich angebotenen individuellen Anlagestrategien gemäss Art. 1e BVV 2 (pro Versicherter), wie sie im Anlagereglement der Beschwerdeführerin vom 15. Dezember 2010 (B-act. 1 Beilage 3) angeboten werden, vom Experten einzeln auf ihre Angemessenheit zu überprüfen sind. Dabei sind sich die Parteien darüber einig, dass die Vielzahl der im Reglement angebotenen Anlagekörbe (vgl. Strategieblatt, act. 4) sowie die Tatsache, dass zu unterschiedlichen Zeitpunkten in diese Anlagen eingestiegen wird und deshalb unterschiedliche Renditen erwirtschaftet werden, dazu führen, dass jeder Anleger seine eigene Anlagestrategie wählt, weshalb laut Beschwerdeführerin 3'465 Strategien möglich seien und zu überprüfen wären (vgl. B-act. 29 S. 20).

E. 6.1

Zunächst sind die hier massgeblichen rechtlichen Grundlagen aufzulisten. - Art. 1 Abs. 1 BVG: Berufliche Vorsorge umfasst alle Massnahmen auf kollektiver Basis, die dem älteren Menschen, den Hinterbliebenen und Invaliden beim Eintreten des Versicherungsfalles zusammen mit den Leistungen der AHV/IV die Fortsetzung der gewohnten Lebenshaltung ermöglicht. Laut Art. 1 Abs. 3 BVG präzisiert der Bundesrat die Grundsätze der Angemessenheit, der Kollektivität, der Gleichbehandlung der Planmässigkeit sowie des Versicherungsprinzips. - Art. 1 Abs. 1 BVV 2: Ein Vorsorgeplan gilt als angemessen, wenn die Bedingungen nach den Absätzen 2 und 3 erfüllt sind. Abs. 2: Gemäss Berechnungsmodell: a) überschreiten die reglementarischen Leistungen nicht 70 Prozent des letzten versicherbaren AHV-pflichtigen Lohns oder Einkommens vor der Pensionierung oder die gesamten reglementarischen Beiträge überschreiten nicht mehr als 25 Prozent aller AHV-pflichtigen Löhne. b) [...] Abs. 3: Bei Löhnen, die über dem oberen Grenzbetrag nach Art. 8 Abs. 1 BVG liegen, betragen gemäss Berechnungsmodell die Altersleistungen aus der beruflichen Vorsorge und der AHV zusammen nicht mehr als 85% des letzten versicherten AHV-pflichtigen Lohns oder Einkommens vor der Pensionierung. - Art. 1e BVV 2: Nur Vorsorgeeinrichtungen, welche ausschliesslich Lohnbestandteile über dem anderthalbfachen oberen Grenzbetrag nach Art. 8 Abs. 1 BVG versichern, dürfen innerhalb eines Vorsorgeplans unterschiedliche Anlagestrategien anbieten. - Art. 53 Abs. 2 BVG: Die Vorsorgeeinrichtung hat durch einen anerkannten Experten für berufliche Vorsorge periodisch überprüfen zu lassen: a) ob die Vorsorgeeinrichtung jederzeit Sicherheit dafür bietet, dass sie ihre Verpflichtungen erfüllen kann; b) ob die reglementarischen versicherungstechnischen Bestimmungen über die Leistungen und die Finanzierung den gesetzlichen Vorschriften entsprechen. - Ziff. 1.1. des Anlagereglements vom 15. Dezember 2010, Satz 1: Die Stiftung verfolgt für den einzelnen Versicherten oder das angeschlossene Vorsorgewerk verschiedene, der unterschiedlichen Risikofähigkeit angepasste Anlagestrategien. - Ziff. 1.2. des Anlagereglements: Bei der Bewirtschaftung des individuellen Vorsorgekapitals sind folgende Aspekte einzuhalten: [...]. - Ziffer 2.2. des Anlagereglements: Die versicherte Person wählt unter Berücksichtigung ihrer Risikobereitschaft die persönliche Anlagestrategie im Rahmen der Anlagevorschriften BVV 2 bzw. des Anlagereglements Sammelstiftung A. _____. [...] - Laut Ziffer 7.1. des Anlagereglements wird für jeden Versicherten ein persönliches Alterskonto geführt, aus dem der aktuelle Freizügigkeitsanteil sowie allfällige individuelle Schwankungsreserven ersichtlich sind. Sämtliche Erträge aus der Anlagestrategie "Sparkonto" sowie Wertentwicklungen aus den übrigen Strategien (vgl. Vorsorgereglement) werden den

individuellen Schwankungsreserven gutgeschrieben resp. belastet. - Laut Art. 16.1. des (nicht datierten) Vorsorgereglements haben Versicherte, welche die Stiftung verlassen, bevor ein Versicherungsfall eintritt, Anspruch auf eine Austrittsleistung. Laut Art. 16 Abs. 2. entspricht die Austrittsleistung dem vorhandenen Vorsorgekapital.

E. 6.2

Die Beschwerdeführerin bestreitet das Vorliegen einer genügenden gesetzlichen Grundlage, welche es der Aufsichtsbehörde vorliegend erlauben würde, die Vorsorgeeinrichtung zu verpflichten, die Angemessenheit jeder einzelnen von den Versicherten gewählten Anlagestrategie vom Experten vorgängig prüfen zu lassen. Dies sei zudem unverhältnismässig, extrem teuer, nicht angebracht und nutzlos. Weiter stelle dies eine Ungleichbehandlung gegenüber herkömmlichen Vorsorgeeinrichtungen dar, da vorliegend eine Bestätigung des Experten für alle Ausführungsentscheide innerhalb der vier Grundstrategien verlangt werde (B-act. 1 S. 24). Es sei nicht die Aufgabe des Experten, die Auswahl einer der vier Grundstrategien durch den Versicherten zu kontrollieren oder zu bestätigen. Der gesetzliche Begriff "Rechnungsmodell" impliziere, dass die Beurteilung der Angemessenheit a priori aufgrund einer schematischen Grundlage zu erfolgen habe. Zudem habe die Vorinstanz die organisatorischen Prozesse zur Kontrolle der Anlagerisiken zu wenig berücksichtigt und habe damit den Sachverhalt nicht vollständig abgeklärt. Die Aufsichtsbehörde greife in die Autonomie der Vorsorgeeinrichtung ein und verletze so Art. 49 Abs. 1 BVG sowie 51a BVG.

E. 6.3

Die Vorinstanz hingegen führt aus, dass die erste Bestätigung des Experten keine Bestätigung zur Angemessenheit der Vorsorge beinhalte, sondern der Experte nur die Sicherheit der versprochenen Leistungen im Sinne von Art. 15 und 17 FZG geprüft habe. Der Experte halte selber ausdrücklich fest, dass er die Überprüfung nur unter dem Gesichtswinkel der Sicherheit vorgenommen habe (B-act. 6, S. 3). Ferner würden vorliegend die individuellen Wertschwankungsreserven den einzelnen Versicherten mitgegeben; dies sei der wesentliche Unterschied zu den kollektiven Anlagestrategien, wo die Wertschwankungsreserven beim Austritt eines Versicherten im Kollektiv verblieben. Ferner lasse die erste Bestätigung des Experten erkennen, dass die durchschnittliche individuelle Wertschwankungsreserve 44,1% betrage. Die Mitgabe der individuellen Wertschwankungsreserven habe zur Folge, dass die maximalen Leistungsziele gemäss Art. 1 BVV 2 mit grosser Wahrscheinlichkeit überschritten würden, falls der Versicherte vor dem Austritt während mehrerer Jahre bei hohem Aktienanteil erhebliche Anlageerträge habe verbuchen können. Somit sei das Prinzip der Angemessenheit der Vorsorge nicht mehr sichergestellt. Dies bzw. die individuelle Mitgabe der Wertschwankungsreserven beim Austritt habe zur Folge, dass im Unterschied zu den kollektiven Strategien, bei welchen vorgängig nur die Angemessenheit des Modells bestätigt werden müsse, vorliegend die Angemessenheit jeder einzelnen Anlagestrategie vom Experten vorgängig zu bestätigen sei. Auch in der zweiten Bestätigung des Experten werde nicht auf die Besonderheit des Sparens nach Art. 1e BVV 2 Bezug genommen. Die Begrenzung der Einkaufsmöglichkeit sowie der niedrige Umwandlungssatz mache die Angemessenheitsprüfung im Einzelfall nicht überflüssig. Namentlich öffne die Möglichkeit der Kapitalauszahlung Tür und Tor für ein gegen die Angemessenheit verstossendes Vorsorgesparen.

E. 6.4

Umstritten ist vorliegend die korrekte Auslegung und Anwendung von Art. 1 BVV 2 i.V.m. Art. 1e BVV 2 sowie die Aufgabe des Experten gemäss Art. 53 Abs. 2 BVG.

E. 6.4.1

Die beiden oben erwähnten Verordnungsbestimmungen zur Angemessenheit der Vorsorge wurden im Rahmen des "Dritten Pakets" der 1. BVG-Revision erlassen (vgl. Mitteilungen des BSV über die berufliche Vorsorge Nr. 83 vom 16. Juni 2005, Rz. 484, S. 2). Dieses "Dritte Paket" hatte zum Ziel, den Begriff der beruflichen Vorsorge zu definieren sowie den Einkauf von Versicherungsjahren zu regeln. Die erwähnten Mitteilungen führen zum dritten Paket der BVG-Revision auf Seite 2 folgendes aus: "Die neu in der BVV 2 definierten Prinzipien haben zum Zweck, den Rahmen der beruflichen Vorsorge zu präzisieren. Es handelt sich dabei um die Prinzipien der Angemessenheit, der Kollektivität, der Gleichbehandlung und der Planmässigkeit. Diese Grundsätze waren bisher im Steuerrecht geregelt. [...]. Auf der anderen Seite [nebst der Flexibilisierung] dient die Verordnungsanpassung dazu, die steuerlich begünstigte berufliche Vorsorge von der privaten Vorsorge und Versicherung abzugrenzen. Mit der Festlegung dieser Grenzlinie soll verhindert werden, dass sich Versicherte durch allzu grosszügige Vorsorgepläne, die zu Überversicherung führen und den Rahmen des Vorsorgezwecks sprengen, oder durch rein steuerlich motivierte, gezielt vorübergehende Platzierung von Geldern der 2. Säule, übermässige steuerliche Vorteile verschaffen". Die Prüfung der vorsorgerechtlichen Bestimmungen des dritten Pakets besteht im Wesentlichen aus zwei Teilen (vgl. Erich Peter, Zusammenarbeit zwischen Aufsichts- und Steuerbehörden, in: Schweizerische Personalvorsorge Nr. 12, 2006, S. 14): - Der anerkannte Experte für berufliche Vorsorge bestätigt gegenüber der zuständigen BVG-Aufsichtsbehörde auf einem neuen Formular gemäss Art. 53 Abs. 2 BVG, dass die relevanten gesetzlichen Bestimmungen eingehalten worden sind. - Aufgrund dieser Bestätigung prüft die zuständige BVG-Aufsichtsbehörde im Sinne einer Plausibilitätsprüfung die Übereinstimmung der reglementarischen Bestimmungen mit den gesetzlichen Regelungen. Die Steuerbehörden nehmen neu selber keine Reglementsprüfungen mehr vor.

E. 6.4.2

Die Vorinstanz hat vorliegend im Rahmen ihrer Plausibilitätsprüfung erwogen, dass die beiden Bestätigungen des Experten nicht genügten, um sicherzustellen, dass die gesetzlichen Bestimmungen, insbesondere die Angemessenheit der Vorsorge, welche in den Absätzen 2 und 3 von Art. 1 BVV 2 definiert sind, nicht überschritten würden. Die Vorinstanz begründet dies hauptsächlich damit, dass - im Gegensatz zu allen bisherigen Modellen - vorliegend eine individuelle Wertschwankungsreserve gebildet wird, welche beim Austritt des Versicherten vollumfänglich mitgegeben wird. Diese Erwägungen der Vorinstanz erweisen sich als korrekt. Die reglementarischen Bestimmungen der Beschwerdeführerin sehen eine individuelle Anlage pro Versicherten vor (Ziffer 2.2. des Anlagereglements). Es werden individuelle Wertschwankungsreserven gebildet (Ziffer 7.1. des Anlagereglements). Damit wird - zumindest was den Anlageentscheid und die je nach Zeitpunkt der Investitionen individuelle Vermögensentwicklung betrifft - das Prinzip der Kollektivität vollständig verlassen. Dies führt zwingend zur Frage, ob und wie der Experte in solchen Fällen bestätigen kann und darf, dass die Angemessenheit der Vorsorge sichergestellt ist. Da die Kollektivität vollständig verlassen wird, reicht eine a priori-Bestätigung eines Modells hier nicht mehr aus. Es ist offensichtlich, dass im vorliegenden Modell bei erfolgtem vollständigem Einkauf oder bei von Anfang an

vollständig geäußerten Altersguthaben in Verbindung mit einigen erfolgreichen Anlagejahren und der anschliessenden Mitgabe der individuellen Wertschwankungsreserven beim Austritt des Versicherten entweder die Limite der 70% des letzten versicherbaren AHV-Lohnes (Art. 1 Abs. 2 lit. a BVV 2) oder bei überobligatorischen Lohnbestandteilen zusammen mit den Leistungen der AHV die Limite der 85% des letzten versicherten Lohnes überschritten wird (Art. 1 Abs. 3 BVV 2), wie dies die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung (S. 3 zweitletzter Abschnitt) zu Recht festgestellt hat. Aus diesem Grund darf der Experte die Rechtmässigkeit der reglementarischen Bestimmungen nicht bestätigen. Mit anderen Worten: das vorliegende reglementarische Modell ist nicht bestätigungsfähig, soweit die Bestätigung a priori im Rahmen einer schematischen Prüfung erfolgen soll. Die Beschwerdeführerin legt in ihrer Replik (B-act. 29 S. 9) selber dar, dass es unmöglich sei, in verlässlicher Weise eine zukünftige Rendite des Anlagevermögens zu prognostizieren und daher die zukünftige Angemessenheit der sich daraus ergebenden Leistungen zu bestätigen. In diesem Sinne erweisen sich auch die in den Mitteilungen gemachten Überlegungen zur Pflicht, die Angemessenheit pro Strategie zu bestätigen, als eine überzeugende Konkretisierung der rechtlichen Vorgaben (vgl. vorne E. 3.3) In Bezug auf den Inhalt der Expertenbestätigungen ist festzustellen, dass in der ersten Bestätigung (B-act. 1 Beilage 4) ausschliesslich festgehalten wird, dass die Vorsorgeeinrichtung Sicherheit dafür bietet, dass sie ihre Verpflichtungen erfüllen kann (S. 7); zur Angemessenheit enthält diese Bestätigung keine Ausführungen. In der zweiten Bestätigung (B-act. 1 Beilage 5) wird zwar die Angemessenheit der einzelnen Vorsorgepläne bestätigt, nicht aber diejenige der einzelnen Anlagestrategien (S. 5), wie dies von der Vorinstanz verlangt wird.

E. 6.4.3

Da die Vorinstanz festgestellt hat, dass die beiden Bestätigungen des Experten den in den BSV-Mitteilungen dargelegten Vorgaben nicht genügten und der Experte die Angemessenheit und damit die Rechtmässigkeit der reglementarischen Bestimmungen zu den individuellen Anlagen ohne Prüfung der einzelnen Strategien ohnehin nicht bestätigen könne, war sie verpflichtet, eine aufsichtsrechtliche Massnahme zu treffen. Eine in Betracht zu ziehende Möglichkeit wäre gewesen, die reglementarischen Bestimmungen zu den individuellen Anlagen zu beanstanden und deren Änderung zu verlangen, so dass der Experte geänderte reglementarische Bestimmungen im Rahmen einer a priori-Prüfung des Modells als gesetzmässig hätte bestätigen können. Denn die Aufsichtsbehörden und die Steuerbehörden müssen sich auf diese Bestätigungen verlassen können; ansonsten wird das oben beschriebene Ziel des 3. Pakets der BVG-Revision in Frage gestellt (vgl. vorne E. 6.1).

E. 6.4.4

Vorliegend hat die Aufsichtsbehörde als aufsichtsrechtliche Massnahme nicht eine Anpassung des Reglements verlangt, sondern in ihrer Feststellungsverfügung gegenüber der Beschwerdeführerin in Aussicht gestellt, im Sinne einer "milderer" aufsichtsrechtlichen Massnahme und unter Berücksichtigung der Prinzipien der Angemessenheit und der Verhältnismässigkeit die umstrittenen reglementarischen Bestimmungen zuzulassen, allerdings unter der Voraussetzung, dass jede einzelne Anlagestrategie individuell vom Experten bestätigt wird. Dieses Vorgehen hat einerseits zur Folge, dass sich die Steuerbehörden - wie vorliegend auch bei einem Modell, welches individuelle Anlagen anbietet und die Wertschwankungsreserven beim Austritt vollumfänglich weitergibt - auf

die Prüfung der Reglemente bzw. der Angemessenheit der Vorsorge durch die Aufsichtsbehörden verlassen können, was ein wesentliches Element im Sinne des dritten Pakets der BVG-Revision darstellt. Andererseits belässt dieses Vorgehen der Beschwerdeführerin die Wahl, entweder die individuellen Anlagen unter Mitgabe der Wertschwankungsreserven beim Austritt - wie vorgesehen - mit den entsprechenden administrativen Kostenfolgen anzubieten oder allenfalls andere Lösungen zu suchen, z.B. mit einer reglementarisch vorgesehenen Leistungskürzung, wie dies auch auf dem Formular der Expertenbestätigung gemäss Art. 53 Abs. 2 BVG vorgesehen ist (vgl. Mitteilungen des BSV über die berufliche Vorsorge Nr. 97, S. 5). Insgesamt ist die von der Aufsichtsbehörde getroffene Massnahme - vorliegend in Form der Feststellung - notwendig und geeignet, um den gesetzlichen Vorgaben zur Angemessenheit der Vorsorge Rechnung zu tragen und deren Einhaltung sicherzustellen. Nur mit einer individuellen Prüfung jeder einzelnen Anlagestrategie ist gewährleistet, dass die - steuerlich begünstigte - berufliche Vorsorge nicht dafür eingesetzt wird, hohe Vermögenserträge zu erwirtschaften, die nicht oder nicht allein der "Fortsetzung" der gewohnten Lebenshaltung" (vgl. Art. 1 Abs. 1 BVG) dienen und als angemessen i.S.v. Art. 1 BVV 2 gelten können. Die Beschwerdeführerin rügt zwar, die Vorinstanz habe damit das Prinzip der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV) verletzt (B-act. 1 S. 24 Ziffer 59), legt aber nicht dar, mit welcher anderen aufsichtsrechtlichen Massnahme diese die Gesetzmässigkeit des Handelns der Beschwerdeführerin hätte sicherstellen können. Die Vorinstanz hat das Prinzip der Verhältnismässigkeit bzw. Angemessenheit nicht verletzt; daran ändert auch der Hinweis nichts, dass im heutigen Zeitpunkt alle Beteiligten in der beruflichen Vorsorge generell eine Senkung der Verwaltungskosten verlangten (B-act. 1 S. 24 Ziffer 59). Zu ergänzen ist, dass - wie oben erwähnt - das Ziel der beruflichen Vorsorge darin besteht, die Fortsetzung der gewohnten Lebenshaltung zu gewährleisten. Dies bedeutet, dass der Umfang der - steuerbegünstigten - Vorsorge angemessen zu sein hat (vgl. Art. 113 Abs. 2 lit. a BV, Art. 1 BVG). Ursprünglich ging man davon aus, dass die gewohnte Lebenshaltung dann aufrecht erhalten werden kann, wenn die Leistungen aus der beruflichen Vorsorge zusammen mit den AHV-Leistungen 60% des letzten Einkommens betragen. In der Botschaft zum BVG vom 19. Dezember 1975 (BB1 1976 149 Ziff. 312, S. 157/158) wird unter dem Titel "Leistungsziel" folgendes ausgeführt: "Wie schon eingangs erwähnt, wurde am 3. Dezember 1972 von Volk und Ständen die verfassungsmässige Verankerung des Dreisäulenprinzips der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge gutgeheissen. Die Leistungen der ersten Säule (staatliche Vorsorge = eidg. AHV, IV und Ergänzungsleistungen) haben den Existenzbedarf angemessen zu decken, während jene der zweiten Säule (berufliche Vorsorge = Pensionsversicherung), zusammen mit jenen der ersten Säule, den Betagten, Hinterlassenen und Invaliden die Fortsetzung der gewohnten Lebenshaltung in angemessener Weise ermöglichen sollen. Es ist Sache der dritten Säule (Selbstvorsorge durch Sparen und Versicherung), die kollektiven Massnahmen der ersten beiden Säulen entsprechend den persönlichen Bedürfnissen zu ergänzen." "Weitgehend wird anerkannt - dies zeigen die Erklärungen bei der Abstimmung vom 3. Dezember 1972 und die von drei Seiten eingereichten Initiativen -, dass die Fortführung der gewohnten Lebenshaltung, welche durch die ersten beiden Säulen ermöglicht werden soll, mit der Gewährung einer Gesamtrente im Ausmass von 60 Lohnprozenten erreicht werden kann, dies für die Alleinstehenden und im Rahmen einer vertretbaren Obergrenze." Der Bundesrat hat diese Leistungsziele bzw. Limiten im Rahmen des dritten Pakets der 1. BVG-Revision auf 70% bzw. 85% erhöht (vgl. Art. 1 Abs. 2 und 3). Auch angesichts dieser doch erheblichen

Erweiterung der Möglichkeit, steuerbegünstigte Vorsorge zu betreiben, ist eine restriktive Handhabung bezüglich weitergehender Ausnahmen angezeigt.

E. 7

Zu prüfen bleiben die weiteren von der Beschwerdeführerin behaupteten Rechtsverletzungen der Vorinstanz.

E. 7.1

Die Beschwerdeführerin behauptet, die Vorinstanz habe das Gleichheitsgebot verletzt, indem sie bei der Beschwerdeführerin für alle Ausführungsentscheide innerhalb der vier Grundstrategien einzeln ein Expertenbestätigung verlange, bei den übrigen autonomen Stiftungen und Sammeleinrichtungen jedoch nicht (B-act. 1 S. 24).

E. 7.1.1

Nach dem Gebot der Gleichbehandlung ist Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln. Der Grundsatz der Gleichbehandlung verbietet auch, Unterscheidungen ohne sachlichen Grund vorzunehmen, sofern die nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung im konkreten Einzelfall ein gewisses erhebliches Mindestmass erreicht (BGE 131 III E. 5).

E. 7.1.2

Vorliegend wird für jeden einzelnen Versicherten ein individuelles Konto geführt und jedem Versicherten werden individuelle Wertschwankungsreserven zugeschrieben, was bei den "übrigen Stiftungen und Sammeleinrichtungen", wo keine individuellen Anlagen getätigt und keine individuellen Wertschwankungsreserven geführt und mitgegeben werden können, nicht der Fall ist. Da der vorliegenden Verfügung der Aufsichtsbehörde ein anderer Sachverhalt zugrunde liegt, ist eine andere Beurteilung durch die Aufsichtsbehörde zwingend. Das Gleichheitsgebot wird dadurch nicht verletzt.

E. 7.2

Weiter macht die Beschwerdeführerin eine Verletzung des Selbständigkeitsbereichs (Art. 49 BVG) bzw. der Organisationautonomie (Art. 51a BVG) geltend; es sei nicht Aufgabe des Experten, die Auswahl einer der vier Grundstrategien durch den Versicherten zu kontrollieren und zu bestätigen, sondern die Aufgabe des Stiftungsrates (B-act. 1 S. 24/25). Gemäss Art. 53 Abs. 2 BVG hat nicht der Stiftungsrat die Bestätigung der Angemessenheit der Vorsorge abzugeben, sondern der Experte. Da das Gesetz die entsprechende Pflicht ausdrücklich dem Experten übergibt und damit dem Stiftungsrat entzieht, verletzt die Vorinstanz weder Art. 49 BVG noch Art. 51a BVG. Bei der Prüfung der Angemessenheit der Vorsorge handelt es sich nicht - wie die Beschwerdeführerin zu Unrecht behauptet (B-act. 1 S. 24/25) - um ein unübertragbares und unentziehbares Recht des Stiftungsrates.

E. 7.3

Weiter rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung des rechtlichen Gehörs (B-act. 1 S. 25 Ziffer 61), da die Vorinstanz in ihrer Verfügung nicht begründet habe, warum das Prinzip der Angemessenheit nicht eingehalten werde.

E. 7.3.1

In den Erwägungen der angefochtenen Verfügung hat die Vorinstanz ausreichend begründet, warum sie sich nicht mit einer Bestätigung des Modells zufrieden geben würde.

Insbesondere hat sie auf die vorliegend massgebliche Tatsache hingewiesen, dass individuelle Wertschwankungsreserven geführt und beim Austritt vollumfänglich weitergegeben würden, was sich von anderen Modellen unterscheidet (vgl. B-act. 1 Beilage 1 Ziffer 4). Die Beschwerdeführerin dringt deshalb mit dieser Rüge nicht durch.

E. 7.3.2

Die Vorinstanz verletzt das rechtliche Gehör auch nicht, wenn sie im Rahmen des vorliegenden Beschwerdeverfahrens ihre Argumente anders darlegt oder modifiziert, wie die Beschwerdeführerin in ihrer Replik geltend macht (B-act. 29 S. 5 Ziff. 6). Die Vorinstanz hätte das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin nur vor der angefochtenen Verfügung oder durch eine mangelhafte Begründung derselben verletzen können, was, wie oben erwähnt, nicht der Fall ist.

E. 7.4

Soweit die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe den Sachverhalt nur unvollständig bzw. unrichtig festgestellt und damit Art. 12 VwVG verletzt (B-act. 1 S. 25 Ziffer 62/63), ist dazu festzuhalten, dass die angefochtene Verfügung fünf Seiten umfasst, in welchen der Sachverhalt vollständig und korrekt dargelegt wird. Der generelle Vorwurf der mangelhaften Eruiierung des massgeblichen Sachverhalts (vgl. B-act. 1 Ziff. 62) ist somit unberechtigt.

E. 7.5

Weiter rügt die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe die reglementarischen Einkaufsbegrenzungen nicht genügend berücksichtigt (B-act. 1 S. 12 ff.). Diesbezüglich ist festzuhalten, dass auch die reglementarisch vorgesehene Einkaufsbegrenzung ein Überschreiten des Leistungsziels nicht zu verhindern vermag, wenn z.B. nie Einkaufslücken bestanden haben. Dementsprechend können auch die ausführlichen Darstellungen in der Replik (B-act. 29 S. 12 ff.), insbesondere auch das Rechnungsbeispiel auf S. 16, sowie die Bestätigung des Experten (B-act. 1 Beilage 5) nicht darüber hinwegtäuschen, dass ein Überschreiten des Leistungsziels bei vollständigem Einkauf und hohen Anlageerträgen während etlicher Jahre - wie das z.B. in den letzten fünf Jahren der Fall war - in vielen Fällen wahrscheinlich ist. Auch die Tatsache, dass das Altersguthaben nicht verzinst wird und der Anlageertrag vollständig in die Wertschwankungsreserven fliesst, ändert nichts an der Tatsache, dass bei vollständigem Einkauf und nach guten Anlagejahren und unter vollständiger Mitgabe der Wertschwankungsreserven die in Art. 1 Abs. 2 und 3 BVV 2 gesetzten Limiten systematisch überschritten würden.

E. 7.6

Die Beschwerdeführerin rügt schliesslich mehrfach, die Vorinstanz gehe davon aus, dass die Höhe der Anlageerträge vorausgesehen werden könne. Den Akten lassen sich keine derartigen Überlegungen seitens der Vorinstanz entnehmen und die Vorinstanz hat dies nie behauptet, weshalb auch diese Rüge fehlt geht.

E. 8

Insgesamt beruht die Feststellungsverfügung der Vorinstanz, welche auf die in der BSV-Mitteilung gemachten generellen Überlegungen hinweist, damit der Beschwerdeführerin einen Ermessensspielraum belässt und ihr nicht vorschreibt, wie genau sie die dortigen Überlegungen umzusetzen hat, auf einem vollständig abgeklärten Sachverhalt, verletzt weder das Gleichheitsgebot noch das Prinzip der

Verhältnismässigkeit/Angemessenheit und erweist sich unter allen übrigen von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Aspekten als korrekt. Die Beschwerde ist deshalb abzuweisen.

E. 9.1

Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerde-führerin 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) unter Berücksichtigung des Umfangs und der Schwierigkeit der Streitsache zu bestimmen. Sie werden auf Fr. 3'500.- festgelegt (inkl. Zwischenentscheid vom 6. September 2012) und mit dem am 8. Juni 2012 geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe beglichen.

E. 9.2

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 erwachsende Kosten aussprechen. Allerdings steht der obsiegenden Vorinstanz gemäss Art. 7 Abs. 3 VGKE keine Par-teientschädigung zu.

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