

BVGer C-5780/2008 vom 25. Oktober 2011

Bundesverwaltungsgericht, 2011-10-25, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-5780_2008

FR: TAF C-5780/2008 du 25 octobre 2011

IT: TAF C-5780/2008 del 25 ottobre 2011

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. Als Vorinstanzen gelten die in Art. 33 VGG genannten Behörden

E. 1.2

Zu den beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbaren Verfügungen gehören jene 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 Bst. i VGG. Eine Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG liegt in casu nicht vor..

E. 1.3

Anfechtungsgegenstand des vorliegenden Verfahrens ist der Verwaltungsakt der Vorinstanz vom 5. August 2008, welcher eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG darstellt.

E. 1.4

Zur Beschwerdeführung berechtigt ist, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 lit. a, b und c VwVG). Als schutzwürdig in diesem Sinne gilt jedes faktische und rechtliche Interesse, welches eine von der Verfügung betroffene Person an deren Änderung oder Aufhebung geltend machen kann. Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist durch die angefochtene Verfügung als Adressatin besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Anfechtung (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Sie ist daher zur Beschwerde legitimiert.

E. 2.1

Unter den Parteien ist sinngemäss streitig und vorab zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin eine auf dem Gebiet der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge tätige Personalfürsorgestiftung gemäss Art. 89bis Abs. 6 ZGB ist und - gegebenenfalls - inwieweit die in dessen Ziffern 1 - 23 aufgeführten Bestimmungen des BVG in casu Anwendung finden. Von der Beantwortung dieser Frage hängt daher primär ab, ob das

Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde gegen die Verfügung der Vorinstanz zuständig ist (89bis Abs. 6 Ziff. 19 ZGB i.V.m. Art. 74 Abs. 1 BVG), und ob - in materieller Hinsicht - die Bestimmungen über die Aufsicht gemäss Art. 61, 62 und 64 BVG (Art. 89bis Abs. 6 Ziff. 12 ZGB) sowie über die Vermögensverwaltung gemäss Art. 71 BVG (Art. 89bis Abs. 6 Ziff. 18 ZGB) anwendbar sind.

E. 2.2.1

Gemäss Randtitel G zu Art. 89bis ZGB ist die Personalfürsorgestiftung eine besondere Art einer Stiftung im Sinne von Art. 80 ff. ZGB. Gemäss Lehre und Rechtsprechung zeichnet sich die Personalfürsorgestiftung durch ihren besonderen Destinatärkreis sowie Zweck aus: So umfasst der Destinatärkreis die Arbeitnehmer eines oder mehrerer Unternehmen, d.h. diejenigen Personen, die in einem Arbeitsverhältnis (Art. 319 ff. OR i.V.m. Art. 331 OR) zum Arbeitgeber stehen oder gestanden sind und ihre Angehörigen. Der Zweck umfasst sodann die Personalvorsorge. Darunter fallen Leistungen für bestimmte Wechselfälle des Lebens, wie insbesondere (aber nicht ausschliesslich) für Alter, Tod und Invalidität. Dabei kann (muss aber nicht) die Ausrichtung dieser Leistungen vom Vorliegen einer wirtschaftlichen Notlage des Arbeitnehmers abhängig gemacht werden. Was letzteres anbelangt, gehört zu den typischen Wesensmerkmalen einer Personalfürsorgestiftung im Sinne von Art. 89bis Abs. 6 ZGB, dass sie den beitragspflichtigen Destinatären planmässig Rechtsansprüche auf versicherungsmässige Leistungen (Renten, Kapital oder Kombinationen) beim Eintritt versicherter Risiken gewährt (Einrichtungen mit Versicherungscharakter). Werden hingegen den Destinatären ohne Beitragspflicht blosser Ermessensleistungen (in Kapital- oder Rentenform) ohne festen Plan, ohne versicherbare Risikodeckung und ohne Rechtsanspruch gewährt, welche allein durch die Stifterfirma finanziert werden, handelt es sich um einen patronalen Wohlfahrtsfonds, (vgl. zum Ganzen Christina Ruggli-Wüest, Wohlfahrtsfonds heute: Ein Auslaufmodell, oder ...?, in: BVG-Tagung 2009, Aktuelle Fragen der beruflichen Vorsorge [René Schaffhauser / Hans-Ulrich Stauffer, Hrsg.], S. 158 ff.; Hans Michael Riemer / Gabriela Riemer-Kafka, Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz, 2. Auflage, Bern 2006, S. 31 ff.; Hans Michael Riemer, in: Berner Kommentar zum ZGB, Bern 1975, S. 210 N. 297 - 305; Jürg Brühwiler, Die betriebliche Personalvorsorge in der Schweiz, Bern 1989, S. 64 ff. § 5; Carl Helbling, Personalvorsorge und BVG, 8. Auflage, Bern/Stuttgart/Wien 2006, S. 92 Ziff. 3.23; Isabelle Vetter-Schreiber, Kommentar zum BVG, Zürich 2009, S. 224 N. 11; Jacques-André Schneider, Attributions volontaires de prévoyance de l'employeur; fiscalité et cotisations AVS/AI, in: SZS 2009 S. 437; Harold Grüniger, Kommentar zum ZGB, Honsell/Vogt/Geiser [Hrsg.], Basel 2006, N. 17 zu Art. 89bis ZGB; Franziska Bur Bürgin, Wohlfahrtsfonds, Vorsorgeeinrichtungen im luftleeren Raum? in: Festschrift "25 Jahre BVG", Hans-Ulrich Stauffer [Hrsg.], S. 56; Urteile des Bundesgerichts 9C_193/2008 vom 2. Juli 2008 E. 2; BGE 130 V 80 E. 3.3.3; BGE 117 V 214 E. 1, jeweils mit weiteren Hinweisen; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-2365/2006 vom 19. Februar 2008 E. 3). Wie unten in E 2.2.7 näher dargelegt wird, handelt es sich vorliegend bei der Beschwerdeführerin um einen patronalen Wohlfahrtsfonds. Das Bundesgericht hat im erwähnten Urteil 9C_193/2008 im Weiteren präzisiert, die Rechtsfrage, ob eine Personalfürsorgestiftung ein patronaler Wohlfahrtsfonds oder eine Vorsorgeeinrichtung im Sinne von Art. 73 Abs. 1 BVG sei, beurteile sich nicht nach den dazu von den Stiftungsorganen oder den Revisoren in den Jahres- und Revisionsberichten oder korrespondenzweise abgegebenen Verlautbarungen, sondern nach dem reglementarisch umschriebenen Stiftungszweck und der stiftungsrechtlich vorgesehenen Finanzierung der

Stiftungsaufgaben (E. 3.2). Im gleichen Sinne ist auch im vorliegenden Fall zu verfahren, zumal die Rechtspflegebestimmungen gemäss Art. 73 und 74 BVG auch für die Personalfürsorgestiftungen im Sinne von Art. 89bis Abs. 6 Anwendung finden (Ziff. 19 dieser Bestimmung) und es bei der hier zu beurteilenden Rechtsfrage um die Anwendbarkeit der Rechtswege - vorliegend nach Art. 74 BVG - geht.

E. 2.2.2

Bei der Personalfürsorgestiftung der Firma D. _____ AG handelt es sich um eine nicht registrierte Stiftung im Sinne von Art. 80 ff. ZGB. In deren Stiftungsurkunde lauten die entsprechenden Bestimmungen wie folgt (vgl. act. 1.3 und 1.5): "Art. 2 [1.] Die Stiftung bezweckt die Fürsorge für die nachstehend bezeichneten Destinatäre gegen die wirtschaftlichen Folgen von Alter, Tod, Invalidität, Krankheit, Unfall und in besonderen Notlagen. Destinatäre sind die Arbeitnehmer der Stifterfirma und ihre Angehörigen und Hinterlassenen, sowie Personen, für die der Arbeitnehmer nachweisbar bis zuletzt gesorgt hat. Aus dem Stiftungsvermögen dürfen jedoch keine Leistungen erbracht werden, zu welchen die Stifterfirma rechtlich verpflichtet ist, oder die sie zusätzlich als Entgelt für geleistete Dienste üblicherweise ausrichtet (wie Teuerungszulagen, Gratifikationen, Dienstaltersgeschenke u.s.w.). [2.] Der Stiftungszweck wird auch verfolgt durch Zuweisung von Beiträgen aus der Arbeitgeber-Beitragsreserve an die Personalvorsorgeeinrichtung der Stifterfirma. Diese Beiträge gelten als Beiträge der Firma im Sinne von Art. 331 OR bzw. Art. 66 BVG. [3.] Die Stiftung kann mit bestehenden oder neuen Mitteln zugunsten steuerbefreiter Personalvorsorge-Einrichtungen der Stifterfirma eine Beitragsreserve gemäss Art. 331 OR errichten. [4.] Die Stiftung kann Zuwendungen oder Leistungen gemäss Art. 338, 339 OR direkt an andere steuerbefreite Personalvorsorge-Einrichtungen einer Firma erbringen. Art. 3 [1.] Das Vermögen der Stiftung wird durch Widmung eines Gründungskapitals von Fr. 10'000.-, durch weitere freiwillige oder reglementarisch festgelegte Zuwendungen der Stifterfirma oder Dritter, durch allfällige Gewinne aus Versicherungsverträgen und durch Kapitalerträge gebildet. [2.] Das Stiftungsvermögen kann ganz oder teilweise in einer Forderung an die Stifterfirma bestehen. Eine solche Forderung ist von der Stifterfirma angemessen zu verzinsen und in dem den Beiträgen der Arbeitnehmer entsprechenden Verhältnis sicherzustellen. [3.] Die Stiftung hat das Recht, ihr Vermögen ganz oder teilweise zu verwenden, soweit dies die Erfüllung des Stiftungszwecks es erfordert. [4.] Für die Verbindlichkeiten der Stiftung haftet ausschliesslich ihr eigenes Vermögen."

E. 2.2.3

Aus diesen statutarischen Bestimmungen geht hervor, dass das Stiftungsvermögen u.a. durch Zuwendungen der Stifterfirma geäußert wird, welche freiwillig oder reglementarisch erfolgen können. Hingegen werden keine Beiträge der Arbeitnehmer vorgesehen. Den Destinatären werden im Weiteren auch keine rechtsverbindlichen Ansprüche auf im Stiftungszweck vorgesehene Leistungen eingeräumt, auch für jene für die Vorsorge im engeren Sinne für Alter, Tod und Invalidität nicht. Diese Regelung geht, wie die Beschwerdeführerin geltend macht und auch den Akten entnommen werden kann, aus einer Zweck- und Organisationsänderung per 31. Dezember 1984 hervor, welche der Stiftungsrat am 18. Dezember 1984 beschloss (vgl. Sitzungsprotokoll act. 1/5 = act. 38) und am 8. Januar 1985 von der Umwandlungsbehörde (hier Gesundheits- und Sozialfürsorgedirektion des Kantons Freiburg) mit konstitutiver Wirkung (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-903/2007 vom 3. November 2010 E. 6.2 m.w.H.) genehmigt

worden ist (act. 40). Dabei wurde der bis zu diesem Zeitpunkt geltende Abs. 2 von Art. 2 der Stiftungsurkunde aufgehoben und mit den zitierten Absätzen 2 bis 4 ersetzt. Diese frühere Bestimmung sah folgende Regelung vor: "Art. 2 [2] Sofern die Stiftung Destinatären Rechtsansprüche gewährt, stellt sie ein Reglement auf, welches im Rahmen dieser Stiftungsurkunde den Kreis der Destinatäre, deren Rechtsstellung, Art und Umfang der Fürsorgeleistungen, sowie alle sonst erforderlichen Modalitäten umschreibt. Sie hat das Recht, dieses Reglement unter Wahrung bereits bestehender Rechtsansprüche von Destinatären jederzeit ganz oder teilweise abzuändern, wobei der Stifterfirma vorgängig Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben werden soll." In der Folge wurde auf den 31. Dezember 1984 hin auch das geltende "Reglement über die Versicherung des Personals der Firma D._____AG" (Reglement Nr. 1253) aufgehoben, welches unter anderem den Destinatären konkrete Leistungsansprüche nach Massgabe des statutarischen Zwecks gewährte (Art. 1 sowie 10 - 12 des Reglements), welche durch Beiträge der Stifterfirma und Destinatäre gemeinsam zu finanzieren waren (Art. 13 des Reglements). Aufgehoben wurde auch der gemäss Art. 2 des Reglements dafür errichtete Gruppenversicherungsvertrag mit der B._____ Lebensversicherungsgesellschaft vom 15. bzw. 18. Mai 1962. Die sich daraus ergebenden Rechte und Pflichten wurden der Gemeinschaftsstiftung als neue Versicherungsnehmerin übertragen (act. 31 und 31/4).

E. 2.2.4

Die Beschwerdeführerin begründet diese Zweck- und Organisationsänderung dahingehend, dass sich die Stifterfirma mit dem Inkrafttreten des BVG der Sammelstiftung der B._____ Lebensversicherungsgesellschaft zur Durchführung der beruflichen Vorsorge gemäss BVG angeschlossen habe (vgl. Protokoll der Sitzung des Stiftungsrates vom 18. Dezember 1984, a.a.O.) Dies geht auch aus den Akten hervor, so aus dem Kollektivversicherungsvertrag zwischen der Gemeinschaftsstiftung der B._____ Lebensversicherungsgesellschaft zur Förderung der Personalfürsorge im Kanton F._____ und der B._____ Lebensversicherungsgesellschaft vom 13. Oktober 1986 (act. 26/1) sowie aus dem Anschlussvertrag vom 8. Dezember 2008 (act. 26/2). Wie die B._____ Versicherungsgesellschaft in ihrer Eingabe vom 13. Juli 2009 (act. 31) bestätigt, wurde mit dieser Umwandlung die Vorsorge konzeptionell komplett geändert, indem neu die (nunmehr gesetzlich verlangte) Vorsorge durch eine Vorsorgekasse innerhalb der Gemeinschaftsstiftung der B._____ und nicht mehr durch die firmeneigene Personalfürsorgestiftung sichergestellt worden sei.

E. 2.2.5

Damit kann kein Zweifel daran bestehen, dass der Stiftungsrat mit der fraglichen Zweck- und Organisationsänderung auch tatsächlich die Absicht verfolgte, den Destinatären keine versicherungsmässigen Leistungen mehr zu gewähren, auf welche ein Rechtsanspruch bestehen würde. Dies wird von der Vorinstanz übersehen, geht sie doch davon aus, bei der erfolgten Statutenänderung handle es sich nicht um eine Zweckänderung; vielmehr habe die Stiftung ihren ursprünglichen Zweck, das Ausrichten von Ermessensleistungen an die Destinatäre für die Vorsorge im weiteren Sinne, mit der per 31. Dezember 1984 erfolgten Statutenänderung beibehalten und um einen weiteren Zweck erweitert, nämlich die Zuweisung von Beiträgen an die Arbeitgeberbeitragsreserve der Personalfürsorgestiftung der Stifterfirma (vgl. Vernehmlassung act. 13 Ziff. 3, 4 und 7).

E. 2.2.6

Unerheblich in diesem Zusammenhang und kein stichhaltiger Hinweis auf den Versicherungscharakter ist, dass die Stiftung ab 1985 bis 1992 die Einnahme von Beiträgen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer verbuchte, benötigte sie diese - wie aus den Bilanzen der betreffenden Jahre hervorgeht (vgl. act. 13/4-11) - denn auch nicht für die Finanzierung ihrer Leistungen, sondern leitete diese an die Sammelstiftung der B._____ Lebensversicherung weiter. Selbst wenn die Beschwerdeführerin damit für besagte Zeitspanne in "treuhänderischer" Geschäftsbesorgung die Erhebung der Beiträge der Arbeitnehmer für die Durchführung der beruflichen Vorsorge übernahm (vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts B 137/06 vom 14. Dezember 2007 E. 4.4), ist darin keine Weiterführung der am 1. Januar 1985 an die Sammelstiftung der B._____ Lebensversicherungsgesellschaft übertragenen Aufgabe der Durchführung der beruflichen Vorsorge zu erkennen. Unzweifelhaft ist damit, dass die Stiftung, wie die Beschwerdeführerin richtig darlegt, in einen patronalen Wohlfahrtsfonds überführt worden ist.

E. 2.2.7

Somit fehlen der Stiftung die genannten typischen Wesensmerkmale, welche sie als Personalfürsorgestiftung im Sinne von Art. 89bis Abs. 6 ZGB qualifizieren, nämlich die Gewährung von Rechtsansprüchen an die Destinatäre auf Versicherungsleistungen beim Eintritt versicherter Risiken (Urteil des Bundesgerichts 9C_193/2008 E. 3.3 in fine, ferner BGE 117 V 214 E. 1c). Vielmehr handelt es sich um einen patronalen Wohlfahrtsfonds im Sinne von Art. 89bis Abs. 1 - 3 und 5 ZGB. Daran ändert auch nichts, dass die Beschwerdeführerin in ihrer Zwecksetzung neben der Ausrichtung von Vorsorgeleistungen auch die Gewährung von Beiträgen an die Arbeitgeberbeitragsreserve der Vorsorgeeinrichtung der D._____AG vorsieht, finden sich in der Praxis auch Wohlfahrtsfonds mit gemischten Zwecksetzungen, bei denen - wie hier - der primäre Zweck in der freiwilligen Erbringung von Vorsorgeleistungen besteht. Da somit die Finanzierung von Beiträgen des Arbeitgebers an die verbundene registrierte Vorsorgeeinrichtung nicht der einzige Zweck der Beschwerdeführerin bildet, kann es sich - entgegen ihrer Ansicht - auch nicht um reine Finanzierungsstiftung handeln, was die Vorinstanz im Übrigen denn auch zu Recht festgestellt hat (zur Terminologie vgl. Ruggli-Wüest, a.a.O. S. 160 - 162).

E. 2.3

Nach der Lehre und Rechtsprechung unter der Rechtslage, wie sie vor der 1. BVG-Revision per 1. Januar 2006 (3. Paket) bestand, wurden für patronale Wohlfahrtsfonds wegen des engen Bezugs (Zweck und Destinatärkreis) zu den Personalfürsorgestiftungen - neben den vorerwähnten Art. 89bis Abs. 1 - 3, 5 ZGB - einzelne Bestimmungen aus dem Katalog gemäss Art. 89bis Abs. 6 ZGB analog angewendet, so insbesondere bezüglich Aufsicht, Rechtsweg, Teilliquidation (vgl. hierzu Hans Michael Riemer, a.a.O., SZS 2007 S. 550 Ziff. II; Christina Ruggli-Wüest, a.a.O. S. 163; Franziska Bur Bürgin, a.a.O., S. 64; Urteile des BGer 9C_954/2010 vom 15. Mai 2011 E. 5.1 mit Hinweisen; 2A.189/2002 vom 10. Oktober 2001 E. 3.1 mit Hinweisen; Urteile BVGer C-2354/2006 vom 27. April 2007 E. 4; C-2365/2006 vom 19. Februar 2008 E. 3).

E. 2.4

Mit der 1. BVG-Revision per 1. Januar 2006 ist für Personalfürsorgestiftungen insofern eine Änderung der Rechtslage eingetreten, als der Gesetzgeber mit der Aufnahme von Ziffer 1 in

Art. 89bis Abs. 6 ZGB neu die "Geltung der Definitionen und Grundsätze der beruflichen Vorsorge sowie des versicherbaren Lohnes oder des versicherbaren Einkommens (Art. 1, 33a und 33b [BVG])" auf die Personalfürsorgestiftungen ausdehnte. Nach Art. 1 BVG sowie Art. 1 - 1i BVV 2 gehört zu diesen Grundsätzen auch das Versicherungsprinzip (Grundprinzip der kollektiven Risikoübernahme, vgl. Art. 1h BVV 2). Dieses schreibt vor, dass die Risiken Tod und Invalidität nach versicherungstechnischen Grundsätzen berechnet und abgesichert sein müssen (Bundesamt für Sozialversicherungen, Erläuterungen zur Änderung der BVV 2 ad Art. 1h, in: Mitteilungen über die berufliche Vorsorge Nr. 83 vom 16. Juni 2005 S. 18). Damit fragt sich, ob für patronale Wohlfahrtsfonds Art. 89bis Abs. 6 ZGB weiterhin analog anwendbar ist oder ob in Anbetracht der Verstärkung der Geltung der BVG-Grundlagen in Ziff. 1 für eine Analogie kein Raum mehr bleibt. Letzteres hätte zur Folge, dass die patronalen Wohlfahrtsfonds ausschliesslich wie Personalfürsorgestiftungen nach den Bestimmungen von Art. 89bis Abs. 1 - 3, 5 ZGB zu behandeln wären, für welche sich die Aufsicht und der Rechtsweg nicht nach dem BVG (so für die Aufsicht nach Art. 61, 62, 64, BVG und für den Rechtsweg nach Art. 73 und 74 BVG) sondern wie für klassische Stiftungen nach den allgemeinen Bestimmungen des ZGB (so für die Aufsicht Art. 84 ZGB) richten würden.

E. 2.4.1

Aus dem Wortlaut von Art. 89bis ZGB, welcher sich gegenüber der bis zum 31. Dezember 2005 geltenden Fassung einzig im Katalog der in Abs. 6 aufgeführten anwendbaren BVG-Bestimmungen unterscheidet, lassen sich keine Hinweise für die zu interessierende Frage entnehmen. Solche lassen sich ebenso wenig aus den parlamentarischen Beratungen zur BVG-Revision entnehmen, wurde doch die Frage nach den patronalen Wohlfahrtsfonds, wie Riemer zu Recht erwähnt (vgl. Hans-Michael Riemer, a.a.O. S. 550 in fine), nicht diskutiert (vgl. auch AB 2003 N 631, AB 2003 S 543, wo die Änderung von Art. 89bis Abs. 6 ZGB diskussionslos genehmigt wurde). Immerhin lässt sich den Beratungen zu Art. 1 BVG entnehmen, dass es darum ging, klar zu definieren, was die berufliche Vorsorge im Rahmen der zweiten Säule nach dem Verfassungsauftrag sei, und diese gegenüber der dritten Säule abzugrenzen (AB 2002 S 1036, AB 2002 N 504). Auch das Bundesgericht hat zur vorliegenden Frage bisher nicht Stellung genommen.

E. 2.4.2

In der Lehre wird die Problematik kontrovers diskutiert: So vertreten einzelne Autoren (Hans Michael Riemer, a.a.O., S. 550; Riemer-Kafka, a.a.O. S. 35; Jaques-André Schneider, a.a.O. S. 437; Viktor Ackermann, Verwendung der freien Mittel bei patronalen Wohlfahrtsfonds, in: Schweizer Personalvorsorge 2009 S. 57; Thomas Geiser, Teilliquidation bei Pensionskassen, in: Der Schweizer Treuhänder 2007 S. 83) die Meinung, die Gesetzesänderung habe im Ergebnis dazu geführt, dass für die patronalen Wohlfahrtsfonds nun ausschliesslich die Bestimmungen von Art. 89bis Abs. 1 - 5 ZGB anwendbar seien und sie damit von den weiteren Bestimmungen in Abs. 6 insofern "abgekoppelt" (so Riemer) worden seien, als diese weder direkt noch analog anwendbar seien; dies allerdings nicht ohne Kritik zugunsten der bisherigen Praxis (so insbesondere Riemer). Für andere Autoren (Christina Ruggli-Wüest, a.a.O. S. 166 ff.; Franziska Bur Bürgin, a.a.O., S. 64 ff.; Ueli Kieser, in: Schneider/Geiser/Gächter, Handkommentar zum BVG und FZG, Art. 53b N. 6; Merkblatt der Konferenz der kantonalen BVG- und Stiftungsaufsichtsbehörden, Teilliquidation von Wohlfahrtsfonds, in: Schweizer Personalvorsorge 2010 S. 81; Hans-Ulrich Stauffer, Berufliche Vorsorge, Zürich 2005, N.

401) haben die patronalen Wohlfahrtsfonds als urtümliche Einrichtungen der beruflichen Vorsorge nach ihrer Zwecksetzung und dem Destinatärkreis auch nach der BVG-Revision immer noch einen Bezug zur beruflichen Vorsorge, weshalb diese einer Personalvorsorgestiftung im Sinne von Art. 89bis Abs. 6 ZGB näher als einer klassischen Stiftung stünden. Daher rechtfertigt es sich nach der ratio legis nach wie vor, die in Absatz 6 in den Ziffern 1 - 23 aufgeführten BVG-Bestimmungen wie in der bisherigen Praxis analog anzuwenden, wobei Ruggli-Wüest diesbezüglich eine Differenzierung im Einzelnen vornimmt (vgl. S. 166). Für das Bundesverwaltungsgericht spricht nichts gegen letztere Auffassung, welche überzeugend ist: So hat zum einen der Gesetzgeber mit der Änderung von Art. 89bis Abs. 6 ZGB (mithin der Verankerung der Grundsätze über die berufliche Vorsorge im BVG und ZGB) zumindest explizit keine Praxisänderung hinsichtlich der patronalen Wohlfahrtsfonds angestrebt. Ein Anhaltspunkt dafür lässt sich auch aus der per 1. Januar 2009 erfolgten Änderung der BVV 2 entnehmen, wo der Verordnungsgeber hinsichtlich der Anwendbarkeit der Anlagevorschriften des BVG in Art. 59 Abs. 1 Bst. b BVV 2 die patronalen Wohlfahrtsfonds unter den "anderen Einrichtungen der beruflichen Vorsorge" (vgl. Randtitel) aufführt (im Einzelnen s. hierzu hinten E. 3.2). Zum anderen bleiben auch nach der besagten Gesetzesänderung die patronalen Wohlfahrtsfonds, selbst wenn sie Ermessensleistungen erbringen, aufgrund ihrer Zwecksetzung sowie ihres auf die Arbeitgeber- bzw. Stifterfirma beschränkten Destinatärkreises auf dem Gebiet der beruflichen Vorsorge tätig. Dabei üben sie eine Ergänzungs- beziehungsweise Auffangfunktion aus im Rahmen der Durchführung der beruflichen Vorsorge des Arbeitgebers für seine Arbeitnehmenden, für welche er sich bei einer registrierten Vorsorgeeinrichtung angeschlossen hat (vgl. hierzu Riemer, a.a.O. S. 550, Ruggli-Wüest, a.a.O. S. 155 ff.). Nicht anders ist es auch im vorliegenden Fall, wo die Arbeitgeberfirma D._____AG für die berufliche Vorsorge ihrer Arbeitnehmenden im Rahmen des BVG bei einer registrierten Vorsorgeeinrichtung (Sammelstiftung der B._____ Lebensversicherungsgesellschaft) angeschlossen ist und die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang insoweit eine Ergänzungsfunktion ausübt, als sie Vorsorgeleistungen an die Arbeitnehmenden und ihre Angehörigen ausrichtet (primärer Stiftungszweck) und Beiträge an die Arbeitgeberbeitragsreserve in der Vorsorgeeinrichtung erbringt (sekundärer Stiftungszweck). Gleiches ergibt sich für den Rechtsweg: Sind Entscheidungen des Stiftungsrats durch die Aufsichtsbehörde zu prüfen und/oder zu genehmigen, aufsichtsrechtliche Massnahmen anzuordnen und - im Beschwerdefall - Entscheide der Aufsichtsbehörden gerichtlich zu überprüfen, steht für die rechtliche Beurteilung der Zulässigkeit und Angemessenheit der Massnahmen die Einbettung der Wohlfahrtsfonds in den BVG-Kontext im Vordergrund, weshalb eine Überprüfung durch die für rein vermögensrechtlichen Stiftungen im Sinne von Art. 80 - 89 ZGB zuständigen Aufsichtsbehörden und Gerichte der ratio legis nicht entspricht und zu verwerfen ist. Nichts anderes lässt sich hierzu den parlamentarischen Beratungen zur BVG-Revision entnehmen.

E. 2.5

Zusammenfassend lässt sich somit feststellen, dass die Beschwerdeführerin, wie erwähnt (E. 2.2.7), als patronaler Wohlfahrtsfonds zwar keine auf dem Gebiet der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge tätige Personalvorsorgestiftung gemäss Art. 89bis Abs. 6 ZGB mehr ist, was indes die analoge Anwendung der eingangs aufgeführten Bestimmungen in Art. 89bis Abs. 6 ZGB (vgl. E. 2.1) für die formelle und materielle Prüfung der Rechtmässigkeit der angefochtenen Aufsichtsmassnahmen nicht ausschliesst. Damit ist auch die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur

Beurteilung der vorliegenden Beschwerde gegeben (Art. 89bis Abs. 6 Ziff. 19 ZGB i.V.m. Art. 74 Abs. 1 BVG) und die bisherige Praxis zu bestätigen.

E. 3.1

Die Vorinstanz beanstandet in ihrer angefochtenen Verfügung, die Beschwerdeführerin habe aus dem Stiftungsvermögen der Arbeitgeberfirma D. _____AG in den Jahren 1995, 2002, 2003 und 2004 jeweils ein ungesichertes Darlehen gewährt, welches per 31. Dezember 2005 Fr. 136'631.20 betragen habe. Dieses sei von der Kontrollstelle im Rahmen der jährlichen Prüfung der Jahresrechnung beanstandet worden, da es die Limite gemäss Art. 57 BVV 2 überschritten habe. Dementsprechend wurde die Beschwerdeführerin von der Vorinstanz angewiesen, das Darlehen bei der D. _____AG bis auf die gesetzliche Limite zurückzufordern. Demgegenüber stellt sich die Beschwerdeführerin auf den Standpunkt, die gesetzlichen Limiten für die Vermögensanlage würden in ihrem Fall nicht zutreffen, da sie - über ihren Charakter als Wohlfahrtsstiftung hinaus - eine reine Finanzierungsstiftung sei.

E. 3.2

Gemäss Art. 89bis Abs. 6 Ziff. 18 ZGB sind die Bestimmungen des BVG über die Vermögensverwaltung (Art. 71 BVG) für die Personalfürsorgestiftungen anwendbar. Bei der Beschwerdeführerin handelt es sich, wie dargelegt (vgl. vorne E. 2.2.7) um einen patronalen Wohlfahrtsfonds, dessen Vermögen nach der primären Zwecksetzung der Erbringung von Vorsorgeleistungen an die Destinatäre der Stifterfirma dient. Daher rechtfertigt es sich, nach dem in E. 2.5 Gesagten die BVG-Bestimmungen über die Vermögensverwaltung analog und entsprechend der bisherigen Praxis anzuwenden (Christina Ruggli-Wüest, a.a.O. S. 166; Franziska Bur Bürgin, a.a.O. S. 65). Dafür spricht im Übrigen auch die Bestimmung von Art. 59 Abs. 1 Bst. b BVV 2, wonach für patronale Wohlfahrtsfonds die Anlagevorschriften des BVG analog anwendbar sind. Diese Bestimmung ist zwar erst am 1. Januar 2009 in Kraft getreten und vorliegend nicht direkt anwendbar, jedoch spricht nichts gegen ihre Berücksichtigung, insoweit als damit die bisherige Praxis hinsichtlich der patronalen Wohlfahrtsfonds explizit verankert worden ist (vgl. Erläuterungen des Bundesamtes für Sozialversicherungen zur Änderung der BVV 2, ad Art. 59 BVV 2, in: Mitteilungen über die berufliche Vorsorge Nr. 108 vom 27. Oktober 2008, Rz 663).

E. 3.3

Was die vorliegend bestrittenen Vermögensanlagen beim Arbeitgeber betrifft, schreibt Art. 57 BVV 2 vor, dass das Vermögen der Vorsorgeeinrichtung, vermindert um Verbindlichkeiten und passive Rechnungsabgrenzung, nicht ungesichert beim Arbeitgeber angelegt werden darf, soweit es zur Deckung der Freizügigkeitsleistungen sowie zur Deckung der laufenden Renten gebunden ist (Abs. 1), ungesicherte Anlagen und Beteiligungen beim Arbeitgeber zusammen das Vermögen um 20 % (Fassung bis zum 31. Dezember 2005) bzw. 5 % (Fassung ab 1. Januar 2006) nicht übersteigen dürfen (Abs. 2) und die Forderungen der Vorsorgeeinrichtung gegenüber dem Arbeitgeber zu marktüblichen Ansätzen zu verzinsen sind (Abs. 3). Der Beschwerdeführerin kann insoweit beigeplant werden, als sie als patronaler Wohlfahrtsfonds weder für die Deckung von Freizügigkeitsleistungen noch von laufenden Renten eintreten muss. Das bedeutet aber nicht, dass die Anlagen beim Arbeitgeber in vollem Umfang nicht gesichert zu sein brauchen. Denn eine vollumfänglich ungesicherte Anlage steht nicht im Einklang mit dem

Grundsatz, wonach bei der Anlage des Vermögens auf die Sicherheit und die Erfüllung des Vorsorgezweckes zu achten ist (Art. 50 Abs. 2 BVV 2). Nichts anderes ergibt sich aus Art. 50 Abs. 2 und 57 BVV 2 in ihrer seit 1. Januar 2009 geltenden Fassung.

E. 3.4.1

Aus den aktenkundigen Jahresrechnungen 1995 - 2006 (Vorakten 14 - 26) geht hervor, dass die Beschwerdeführerin gegenüber der D._____AG (Arbeitgeber- und Stifterfirma) ein Darlehen aufweist, für welches keine Sicherheiten aufgeführt werden. Dieses Darlehen betrug erstmals im Jahr 1995 Fr. 63'000.-, entsprechend 25,3 % des Nettovermögens (freies Stiftungsvermögen), nahm in den folgenden Jahren zu, bis es im Jahr 2005 Fr. 136'631.20, entsprechend 52,9 % des Nettovermögens, betrug. Im Jahr 2006 wurde das Darlehen teilweise zurückbezahlt und betrug noch Fr. 60'645.90, entsprechend 26,4 % des Nettovermögens. Die Höhe dieses Darlehens überstieg während der gesamten Zeitspanne die gesetzlichen Begrenzungen für ungesicherte Anlagen beim Arbeitgeber gemäss Art. 57 BVV 2 von 20 % des Nettovermögens bis zum 31. Dezember 2005 und 5 % des Nettovermögens ab 1. Januar 2006 bei Weitem. Dies beanstandete auch die Kontrollstelle, V._____, in ihren Berichten zu den genannten Jahresrechnungen, allerdings erst ab der Jahresrechnung 2002 (Vorakten 21 - 26).

E. 3.4.2

Dies veranlasste die Vorinstanz, erstmals aufsichtsrechtlich einzuschreiten, indem sie die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 23. August 2006 (Vorakten 26) aufforderte, die Rückzahlung des Darlehens zu veranlassen. Dem kam die Beschwerdeführerin im Jahr 2006 teilweise nach, indem sie laut Bilanz per 31. Dezember 2006 (Vorakten 25) die Höhe des Darlehens teilweise abbaute. Nachdem die Kontrollstelle in ihrem Bericht an die Vorinstanz vom 26. Januar 2007 festhielt (Vorakten 28), dass das Darlehen von der D._____AG mangels Liquidität nicht weiter zurückbezahlt werden könne, und die Beschwerdeführerin den von der Vorinstanz verlangten Bonitätsnachweis der D._____AG nicht erbracht hatte, untersagte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 8. Februar 2007 (Vorakten 29), weitere Überweisungen an die Stifterfirma zulasten des Darlehens vorzunehmen, und verlangte mit Schreiben vom 22. Februar 2007 (Vorakten 31) die Rückzahlung des Darlehens. Dies hat die Vorinstanz in der Folge mit der angefochtenen Verfügung nochmals gerügt und die Beschwerdeführerin aufgefordert, bei der D._____AG die Rückzahlung des Darlehens, gegebenenfalls mittels eines Rückzahlungsplanes, zu veranlassen (vgl. Dispositivziffer IV).

E. 3.4.3

Die Vorinstanz hat in der angefochtenen Verfügung aufgrund der geprüften Jahresrechnungen 2004 - 2006 den Stichtag für ihre angeordneten Massnahmen auf den 31. Dezember 2006 festgelegt. Dieses Vorgehen ist aus folgenden Gründen nicht zu beanstanden: Die Jahresrechnungen 2005 und 2006 sowie die jeweiligen Kontrollstellenberichte lagen nach mehrmaliger Mahnung (vgl. Vorakten 29 und 31) der Vorinstanz erst Anfang 2007 vor. Anschliessend liess sie diese durch die E._____ begutachten. Die Ergebnisse der Gutachterin in ihrem Bericht vom 25. Februar 2008 (Vorakten 38), welche sich auf den Vermögensstand per 31. Dezember 2006 bezogen, bildeten für die Vorinstanz - neben den Berichten der Kontrollstelle - eine wesentliche Grundlage für den Erlass der angefochtenen Verfügung.

E. 3.4.4

Die Beschwerdeführerin macht demgegenüber die finanzielle Notlage der D._____AG geltend und die Gefahr, dass Arbeitsplätze verloren gingen (vgl. auch Vorakten 34). Das entbindet sie indes nicht von ihrer Verpflichtung, jederzeit dafür zu sorgen, dass der Zweck der Stiftung erreicht werden kann. Trotz teilweiser Rückzahlung betrug das ungesicherte Darlehen an die D._____AG laut Bilanz per 31. Dezember 2006 noch immer 26,3 % der Aktiven, wodurch der Stiftungszweck gefährdet wird. Unter diesen Umständen erweist sich die von der Vorinstanz angeordnete Rückzahlung des Darlehens bis auf die gesetzliche Limite unter Erstellung eines Rückzahlungsplanes verhältnismässig und ist nicht zu beanstanden.

E. 3.5

Die Vorinstanz moniert des Weiteren, das Darlehen sei nicht verzinst worden (angefochtene Verfügung E. DD), weshalb die Beschwerdeführerin von der D._____AG auch die marktkonformen Zinsen zu fordern habe. Die Beschwerdeführerin wendet sich nicht gegen eine marktkonforme Verzinsung, macht aber geltend, das Darlehen sei mit Ausnahme des Jahres 2002 verzinst worden, was der Buchhaltung zu entnehmen sei. Aus den genannten Jahresrechnungen (Bilanz und Erfolgsrechnung) ist jedoch keine Verzinsung des Darlehens ersichtlich, worauf sich die Vorinstanz zu Recht beruft. Die Beschwerdeführerin hat auch nicht dargetan, aus welchen Buchhaltungsbelegen eine Verzinsung resultiere. Die entsprechende Anordnung der Vorinstanz ist daher zu bestätigen.

E. 4

Die Vorinstanz beanstandet des Weiteren, die Beschwerdeführerin habe die Jahresrechnung 2007 nicht nach den Fachempfehlungen zur Rechnungslegung von Personalvorsorgeeinrichtungen gemäss Swiss GAAP FER 26 erstellt, was gemäss der angefochtenen Verfügung von der Beschwerdeführerin nachzuholen ist (Dispositivziffer IV in fine). Die Beschwerdeführerin wendet sich dagegen, insoweit sie beschwerdeweise die Aufhebung der Dispositivziffer IV der angefochtenen Verfügung beantragt (act. 1 S. 4 Ziff. 1), ohne dies zu begründen. Der Beschwerde lässt sich vielmehr - e contrario - entnehmen, dass diese Frage nicht zum Streitgegenstand im vorliegenden Verfahren gehört (vgl. act. 1 S. 8 Ziff. 11, wo der Streitgegenstand dargelegt wird), weshalb sich diesbezüglich weitere Erörterungen erübrigen.

E. 5.1

Schliesslich beanstandet die Vorinstanz, die Beschwerdeführerin habe in den Jahren 2004 bis 2006 zulasten des freien Stiftungsvermögens die Arbeitgeberbeiträge an die Vorsorgeeinrichtung der D._____AG bezahlt, ohne dass dafür in der Jahresrechnung eine gesonderte Arbeitgeberbeitragsreserve ausgeschieden worden sei, weshalb dies eine unzulässige Verwendung von Stiftungsmitteln darstelle. Demgegenüber stellt sich die Beschwerdeführerin auf den Standpunkt, die Mittelverwendung sei rechtens erfolgt. Eine gesonderte Reserve auszuscheiden sei nicht notwendig. Vielmehr stehe das gesamte freie Stiftungsvermögen als Arbeitgeberbeitragsreserve zur Verfügung, nachdem die Stiftung nur noch Ermessensleistungen erbringe und so als Finanzierungsstiftung diene.

E. 5.2

Aus den aktenkundigen Jahresrechnungen ergibt sich Folgendes: Die Beschwerdeführerin hatte in der Zeit bis zum 31. Dezember 1984 (Vorakten. 2 - 3), mithin vor der Organisations- und Zweckänderung, als Einnahmen Mutationsgewinne aus der Versicherungsgesellschaft (1983 Fr. 142'340.-), Arbeitnehmerbeiträge (1983 Fr. 24'030.95,

1984 Fr. 19'094.-) Arbeitgeberbeiträge (1983 Fr. 25'313.95, 1984 Fr. 20'113.40) und Kapitalzinserträge (1983 Fr. 5'567.15, 1984 Fr. 7'342.15) verbucht. Aus den Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträgen bezahlte sie die Prämien an die B. _____ Versicherungsgesellschaft, welche aufgrund des Gruppenversicherungsvertrags die Vorsorgeleistungen bei Alter, Tod und Invalidität der Destinatäre versicherte. Der Einnahmenüberschuss (1983 Fr. 77'746.95, 1984 Fr. 6'692.15) wurde dem freien Stiftungsvermögen zugeführt, welches sich per 31. Dezember 1984 auf Fr. 175'847.60 belief. Besondere Reserven waren in der Bilanz keine vorgesehen. Nach per 1. Januar 1985 erfolgter Organisations- und Zweckänderung wurden das freie Stiftungsvermögen als Passivposten sowie alle weiteren Aktiven unverändert in der Bilanz weitergeführt. Besondere Reserven waren weiterhin keine vorgesehen. Das freie Stiftungsvermögen wuchs jeweils nur noch um die Kapitalzinserträge, vermindert um die Verwaltungskosten, und belief sich per 31. Dezember 2003 auf Fr. 321'672.35 (Vorakten 23). Daraus wurden in den folgenden Jahren die Arbeitgeberbeiträge der D. _____ AG bezahlt (2004 Fr. 43'164.10, 2005 Fr. 40'095.60, 2006 Fr. 34'062.30; Vorakten 23 - 25) sodass das freie Stiftungsvermögen per 31. Dezember 2006 auf Fr. 229'070.65 abnahm. Wie die Kontrollstelle in ihrem Bericht an die Vorinstanz vom 26. Januar 2007 festhielt, habe die Beschwerdeführerin jeweils eine Reserve gebildet, um daraus bei schlechter finanzieller Lage die Beiträge an die Versicherungsgesellschaft bezahlen zu können (Vorakten 28). Aus den Jahresrechnungen ab dem 1. Januar 1985 ist ferner ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin Leistungen an Destinatäre einzig im Jahr 1995 (Fr. 7'000.-) sowie 1996 Fr. (4'000.-) ausgerichtet hat.

E. 5.3

Der Geltungsbereich von Art. 89bis ZGB erstreckt sich gemäss Abs. 1 auf Personalfürsorgeeinrichtungen, die gemäss Art. 331 des Obligationenrechts vom 30. März (OR, SR 220) errichtet worden sind. Nach Art. 331 Abs. 3 OR ist der Arbeitgeber, wenn der Arbeitnehmer Beiträge an eine Vorsorgeeinrichtung zu leisten hat, verpflichtet, zur gleichen Zeit mindestens gleich hohe Beiträge wie die gesamten Beiträge aller Arbeitnehmer zu entrichten; er erbringt seine Beiträge aus eigenen Mitteln oder aus Beitragsreserven der Vorsorgeeinrichtung, die von ihm vorgängig hierfür geüffnet worden und gesondert ausgewiesen sind. Der entsprechende Wortlaut von Art. 331 Abs. 3 OR wurde zusammen mit dem BVG erlassen und trat am 1. Januar 1985 in Kraft. Art. 331 Abs. 3 OR gilt im gesamten Bereich der beruflichen Vorsorge, also sowohl im obligatorischen als auch im überobligatorischen Bereich, für registrierte und nicht registrierte Vorsorgeeinrichtungen. Dabei handelt es sich um eine relativ zwingende Norm, von der durch Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag nicht zuungunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden darf. Vor Erlass des BVG konnte der Arbeitgeber zur Erfüllung seiner Beitragspflicht auf freie Mittel der Vorsorgeeinrichtung greifen, und zwar unabhängig davon, aus welcher Quelle sie stammten. Die Vorsorgeeinrichtungen waren bis Ende 1984 berechtigt, nach altem Recht und früherer Praxis entstandenes freies Vermögen als Arbeitgeberbeitragsreserve auszuscheiden, sei es durch Abspaltung aus dem vorbestandenen freien Stiftungskapital in eine separate Bilanzposition (sogenannte "Arbeitgeberbeitragsreserve"), sei es durch Aussonderung aus dem vorbestandenen freien Stiftungskapital unter gleichzeitiger Überführung in einen rechtlich verselbständigten patronalen Wohlfahrtsfonds (vgl. hierzu Urteile des BGer 2A.605/2005 vom 26. April 2005 E. 2.1, mit Hinweisen auf die Literatur und Judikatur; 9C_804/2010 vom 20. Dezember 2010 E. 3.4 mit Hinweisen). Das Bundesgericht hat im Urteil 9C_804/2010 vom 20.

Dezember 2010 präzisiert, dass Art. 331 Abs. 3 OR nur gilt, wenn der Arbeitnehmer Beiträge an eine Vorsorgeeinrichtung zu leisten hat (E. 3.3). Der Sinn und Zweck dieser Bestimmung liege darin zu verhindern, dass von den Arbeitnehmern mitfinanziertes freies Stiftungsvermögen einzig dem Arbeitgeber zugute komme. Weil die freien Mittel von Arbeitgeber und Arbeitnehmer gemeinsam erwirtschaftet würden, müssten grundsätzlich beide nach Massgabe ihrer Beitragsverhältnisse an den freien Mitteln partizipieren; mithin sei es ausgeschlossen, aus diesen Mitteln einseitig die Arbeitgeberbeiträge zu bezahlen (vgl. E. 3.4.4 mit Hinweisen).

E. 5.4

Im vorliegenden Fall unterstand die Vorgängerstiftung der Beschwerdeführerin bis zum 31. Dezember 1984 den Bestimmungen von Art. 331 OR, da nach Massgabe der damals geltenden Statuten auch die Arbeitnehmer Beiträge zu leisten hatten. Aus dem freien Stiftungsvermögen wurde keine Arbeitgeberbeitragsreserve ausgesondert. Mit der per 1. Januar 1985 erfolgten Organisations- und Zweckänderung hatten die Arbeitnehmer keine Beiträge mehr an die Stiftung zu leisten. Diese wurde lediglich durch die Kapitalerträge finanziert. Somit ist Art. 331 Abs. 3 OR nicht anwendbar. Das per 31. Dezember 1984 vorhandene freie Stiftungskapital wurde jedoch durch den Arbeitgeber und die Arbeitnehmer gemeinsam finanziert und ging per 1. Januar 1985 unverändert in die neue Organisationsform und Zweckgebung über, was aus der Jahresrechnung 1985 ersichtlich ist. Damit ging die Übernahme der Arbeitgeberbeiträge in den Jahren 2004 - 2006 im Betrag von insgesamt Fr. 117'322.- vollumfänglich zulasten des freien Stiftungskapitals bzw. entspricht der Auflösung von freien Stiftungsmitteln.

E. 5.5

Die Beschwerdeführerin wendet dabei ein, die Aussonderung einer speziellen Arbeitgeberbeitragsreserve sei in ihrem Fall nicht notwendig gewesen, habe sie doch nach der erfolgten Organisations- und Zweckänderung keine reglementarischen Vorsorgeleistungen mehr zu erbringen gehabt und sei die Finanzierung der Arbeitgeberbeiträge in der Stiftungsurkunde als weiterer Zweck ausdrücklich aufgenommen worden, wofür ihr hierzu das gesamte freie Stiftungsvermögen zur Verfügung stehe.

E. 5.6

Nach der genannten bundesgerichtlichen Rechtsprechung erübrigt sich eine gesonderte Bilanzierung als Arbeitgeberbeitragsreserve dann, wenn es sich um eine reine Finanzierungsstiftung handelt, die schon nach ihrem Zweck einzig die Alimentierung von Vorsorgeeinrichtungen bezweckt (Urteil des BGer 9C_804/2010, a.a.O. E. 3.5, mit Hinweisen auf die Literatur und Judikatur). Dies trifft bei der Beschwerdeführerin nicht zu, besteht doch ihr primärer Zweck in der Fürsorge an die Destinatäre der Stifterfirma und deren Angehörige (vgl. vorne E. 2.2.2). Erst als sekundärer Zweck ist die Zuweisung von Beiträgen an die Personalvorsorgeeinrichtung der Stifterfirma im Sinne von Art. 331 OR vorgesehen, welche allerdings ausdrücklich aus der Arbeitgeberbeitragsreserve zu erbringen ist. Eine solche Reserve hat die Beschwerdeführerin indes in ihrer Jahresrechnung, wie erwähnt, zu keinem Zeitpunkt vorgesehen. Daher ist die erfolgte Ausrichtung der Arbeitgeberbeiträge an die Stifterfirma vom Stiftungszweck nicht gedeckt. Ebenso wenig kann letztere als Fürsorgeleistung an die Destinatäre qualifiziert werden. Fehl geht schliesslich das Argument der Beschwerdeführerin, beim per 1. Januar 1985 von der bisherigen zur neuen Organisation und Zwecksetzung übertragenen freien

Stiftungsvermögen handle es sich ausschliesslich um Vorsorgemittel zugunsten der Stifterfirma, geht doch aus den genannten Jahresrechnungen (vgl. vorne E. 5.2) zweifelsfrei hervor, dass an der Äufnung des freien Stiftungsvermögens per 31. Dezember 1984 sowohl der Arbeitgeber als auch die Arbeitnehmer beigetragen haben. Damit handelt es sich vorliegend nicht - wie in der Konstellation im Urteil des BGer 9C_804/2010 - um Stiftungsmittel, die der früheren Stiftung rein patronal zugewendet worden sind bzw. an denen die Arbeitnehmer nicht partizipiert haben und die in der neuen Stiftung nach Massgabe des Stiftungszwecks für die Finanzierung der Arbeitgeberbeitragsreserve herangezogen werden können.

E. 5.7.1

Die Vorinstanz beziffert in ihrer angefochtenen Verfügung (vgl. Dispositivziffer IV) den von der Beschwerdeführerin bei der D. _____AG einzufordernden Rückzahlungsbetrag infolge des gewährten Darlehens und der erbrachten Finanzierung der Arbeitgeberbeiträge einerseits mit insgesamt Fr. 214'740.90 per 31. Dezember 2004 (Darlehen Fr. 171'576.80 + Arbeitgeberbeitrag Fr. 43'164.10 = Fr. 214'740.90 [vgl. Sachverhalt L]), abzüglich der Rückzahlung von Fr. 45'000.-, Valuta 28. Dezember 2006 [vgl. Vorakten 34] und somit per 31. Dezember 2006 netto Fr. 169'740.90 zuzüglich Zins. Andererseits moniert die Vorinstanz die zurückzuverlangenden Darlehen und Arbeitgeberbeiträge per 31. Dezember 2006 (vgl. Erwägung 13). Aufgrund der Jahresrechnungen per 31. Dezember 2004 - 2006 sowie der Kontrollstellenberichte ergibt sich folgendes Bild: a) Bezüglich der ausgerichteten Arbeitgeberbeiträge: Im Jahr 2004: Fr. 43'164.10 Im Jahr 2005: Fr. 40'095.60 Im Jahr 2006: Fr. 34'062.30 Dies ergibt per 31. Dezember 2006 ein Total von Fr. 117'322.-, zuzüglich Zinsen. b) Bezüglich dem Darlehen an die D. _____AG Im Jahr 2004: Darlehensstand Fr. 171'576.80, zulässige Limite von 20 % des Vermögens (von Fr. 286'405.50): Fr. 57'281.10, Überschreitung somit Fr. 114'295.70. Im Jahr 2005: Darlehensstand Fr. 136'631.20, zulässige Limite von 20 % des Vermögens (von Fr. 259'135.65): Fr. 51'827.15, Überschreitung somit Fr. 84'804.05. Im Jahr 2006: Darlehensstand Fr. 60'645.90, zulässige Limite von 5 % Fr. des Vermögens (von Fr. 230'570.65): 11'528.55, Überschreitung somit Fr. 49'117.35. Dies ergibt per 31. Dezember 2006 eine rückzufordernde Überschreitung von Fr. 49'117.35 (Kontrollstelle gerundet: Fr. 49'117.-) zuzüglich Zinsen. Was die von der Vorinstanz berücksichtigte Rückzahlung von Fr. 45'000.- per 28. Dezember 2006 (vgl. vorne E. 5.7.2) anbelangt, welche laut Schreiben vom 17. April 2007 der Firma D. _____AG (vgl. Vorakten 34) für die Rückzahlung des Darlehens bestimmt gewesen sei, lässt sich aufgrund der Jahresrechnung 2006 feststellen, dass dieser Zahlungseingang berücksichtigt wurde (vgl. Bilanzposten Aktiven "Freiburger Kantonalbank") und das offene Darlehen von Fr. 136'631.20 im Vorjahr auf die erwähnten Fr. 60'645.90 per 31. Dezember 2006 abgenommen hat, womit die Zahlung der D. _____AG zweckkonform verwendet wurde. c) Rückforderungsbetrag per 31. Dezember 2006 Dieser beläuft sich somit (korrigiert) auf Fr. 166'439.35 (Fr. 117'322.- [Beiträge] + Fr. 49'117.35 [Darlehen] zuzüglich Zinsen ab 31. Dezember 2006 (Fälligkeit).

E. 5.7.2

Dispositivziffer IV der angefochtenen Verfügung ist daher zugunsten der Beschwerdeführerin auf den Rückzahlungsbetrag von Fr. 166'439.35 zuzüglich Zinsen ab 31. Dezember 2006 zu korrigieren und ihr - soweit aus heutiger Sicht noch erforderlich - zur Rückzahlung dieses Betrags eine neue Frist zu setzen.

E. 6.1

Die Vorinstanz droht der Beschwerdeführerin für den Fall, dass die angeordneten Massnahmen nicht befolgt werden, in ihrer angefochtenen Verfügung (Dispositivziffer V) die Strafen gemäss Art. 292 des Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB, SR 311.0) sowie Ordnungswidrigkeiten gemäss Art. 79 BVG an. Zudem stellt sie die Amtsenthebung der Mitglieder des Stiftungsrates und die Anordnung einer kommissarischen Verwaltung in Aussicht. Ferner weist sie auf die Straffolgen gemäss Art. 158 StGB sowie die Strafbestimmungen des BVG, insb. dessen Art. 52, hin.

E. 6.2

Dagegen wendet sich die Beschwerdeführerin, indem sie geltend macht, die verfügten Strafordrohungen seien in ihrem Fall nicht anwendbar, da sie keine patronale Stiftung sei. Diese Rüge erfolgt zu Unrecht, sind doch die Anwendung der Strafbestimmungen des BVG (Art. 75 - 79 BVG) in Art. 89bis Abs. 6 Ziff. 20 ZGB vorgesehen, was ebenfalls für patronale Wohlfahrtsfonds gelten muss. Zudem steht Art. 292 StGB, welcher vorsieht, dass mit Busse bestraft wird, wer von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten auf die Strafdrohung dieses Artikels hin der an ihn erlassenen Verfügung nicht Folge leistet, in engem Zusammenhang mit der Durchführung der Aufsicht gemäss Art. 62 ff. BVG, welcher i.V.m. Art. 89bis Abs. 6 Ziff. 12 ZGB (Aufsicht) ebenfalls anwendbar ist.

E. 6.3

Auch die verfügungsweise angedrohten Strafbestimmungen der Vorinstanz lassen sich somit nicht beanstanden.

E. 7

Zusammenfassend ergibt sich nach dem Gesagten, dass die von der Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung aufsichtsrechtlich angeordnete Rückzahlung sowohl des Darlehens an die Stifterfirma, soweit es die gesetzliche Limite übersteigt, als auch der in den Jahren 2004 bis 2006 gesetzes- und statutenwidrig erfolgten Bezahlung der Arbeitgeberbeiträge an die Stifterfirma, rechtens ist (Dispositivziffer IV), jedoch in ihrer Höhe auf Fr. 166'439.35 zuzüglich Zinsen ab 31. Dezember 2006 zu korrigieren und eine neue Frist anzusetzen ist. Nicht zu beanstanden sind ebenfalls die angedrohten Straffolgen im Falle der Widerhandlung gegen die Verfügung (Dispositivziffer V) und auch nicht der Hinweis auf die Strafbestimmungen (Dispositivziffer VI). Demgegenüber ist die Beschwerdeführerin mit ihren Rügen einzig hinsichtlich der Höhe des zurückzufordernden Betrags durchgedrungen, weshalb ihre Beschwerde dahingehend teilweise gutzuheissen ist. Im Übrigen ist die Beschwerde, soweit darauf einzutreten ist, abzuweisen.

E. 8.1

Dieser Ausgang des Verfahrens hat nach Art. 63 Abs. 1 VwVG zur Folge, dass die grossmehrheitlich unterliegende Beschwerdeführerin kostenpflichtig wird. Die Verfahrenskosten sind nach dem Reglement vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) festzulegen. Sie werden vorliegend auf Fr. 4'000.- festgelegt. Sie werden der Beschwerdeführerin nach Massgabe ihres Unterliegens mit Fr. 3'500.- auferlegt und mit dem einbezahlten Kostenvorschuss von Fr. 4'000.- verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 500.- ist ihr nach Rechtskraft dieses Urteils zurückzuerstatten. Der Vorinstanz werden im Rahmen ihres Unterliegens keine Verfahrenskosten auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

E. 8.2

Gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG kann die Beschwerdeinstanz der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen. Der Beschwerdeführerin, welche durch einen Anwalt vertreten ist, wird im Rahmen ihres Obsiegens eine nach Ermessen auf insgesamt Fr. 800.- (inkl. MWSt.) festgelegte Parteientschädigung zugesprochen. Diese geht zulasten der Vorinstanz.

E. 8.3

Die Vorinstanz hat als verfügende Behörde keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

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