

# **BVGer C-6718/2010 vom 2. Mai 2011**

Bundesverwaltungsgericht, 2011-05-02, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_C-6718\\_2010](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-6718_2010)

FR: TAF C-6718/2010 du 2 mai 2011

IT: TAF C-6718/2010 del 2 maggio 2011

## **Regeste**

Aufsichtsmittel

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 74 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG, SR 831.40) in Verbindung mit Art. 31 ff. des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen der Aufsichtsbehörden im Bereich der beruflichen Vorsorge. Die Vorinstanz hat als BVG-Aufsichtsbehörde im Sinne von Art. 61 Abs. 1 BVG verfügt, weshalb das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig ist.

### **E. 2**

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz, soweit das Verwaltungsgerichtsgesetz nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

#### **E. 2.1**

Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist von der angefochtenen Verfügung ohne Zweifel besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (vgl. Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht (vgl. Art. 50 und Art. 52 VwVG) eingereichte Beschwerde ist, nachdem auch der Kostenvorschuss rechtzeitig geleistet wurde, einzutreten.

#### **E. 2.2**

Das Bundesverwaltungsgericht prüft gemäss Art. 49 VwVG 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. Da sich die Kognition in oberer Instanz nur verengen, nicht aber erweitern kann, gilt es jedoch zu beachten, dass die Aufsichtstätigkeit im Bereich der beruflichen Vorsorge als Rechtskontrolle ausgestaltet ist (vgl. Isabelle Vetter-Schreiber, Berufliche Vorsorge, Kommentar, Zürich 2009 Art. 62 N. 1), weshalb sich auch das angerufene Gericht - in Abweichung von Art. 49 Bst. c VwVG - auf eine Rechtskontrolle zu beschränken hat, soweit Entscheide des Stiftungsrates zu überprüfen sind (BGE 135 V 382 E. 4.2, Urteil BGer 9C\_756/2009 vom 8. Februar 2010 E. 5). Von der Aufsichtsbehörde gestützt auf Art. 62 BVG erlassene Massnahmen sind hingegen mit voller Kognition zu prüfen. Dabei hat die Beschwerdeinstanz aber zu berücksichtigen, dass der Aufsichtsbehörde bei der

Anordnung von Massnahmen ein erheblicher Beurteilungs- bzw. Ermessensspielraum zusteht, weshalb eine gewisse Zurückhaltung bei der gerichtlichen Überprüfung geboten ist (vgl. BGE 132 II 144 E. 1.2, Urteil BGer 2A.395/2002 vom 14. August 2003 E. 2.1, Vetter-Schreiber, a.a.O., Art. 62 N. 7).

### **E. 3**

In formeller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]).

#### **E. 3.1**

Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör dient einerseits der Sachverhaltsaufklärung und stellt andererseits zugleich ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht der Parteien dar. Der Anspruch umfasst insbesondere deren Recht, sich vor Erlass des in ihre Rechtsstellung eingreifenden Entscheids zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise 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).

##### **E. 3.1.1**

Das rechtliche Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV verlangt, dass die Behörde die Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen auch tatsächlich hört, prüft und in der Entscheidfindung berücksichtigt. Daraus folgt die Verpflichtung der Behörde, ihren Entscheid zu begründen (BGE 134 I 83 E. 4.1 mit Hinweisen).

##### **E. 3.1.2**

Nach der Rechtsprechung ist es nicht erforderlich, dass sich die Behörde mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass sich der Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt (BGE 134 I 83 E. 4.1, BGE 135 III 513 E. 3.6.5). Die Behörde hat ihre Überlegungen der Partei gegenüber namhaft zu machen und sich dabei ausdrücklich mit den (entscheidwesentlichen) Einwänden auseinanderzusetzen oder aber zumindest die Gründe anzugeben, weshalb sie gewisse Gesichtspunkte nicht berücksichtigen kann (Urteil BGer 8C\_40/2010 vom 5. März 2010 E. 3.2 mit Hinweisen).

### **E. 3.2**

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur. Dessen Verletzung führt grundsätzlich ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung (BGE 132 V 387 E. 5.1, BGE 127 V 431 E. 3d/aa). 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). Die ausnahmsweise Heilung einer Verletzung der Begründungspflicht setzt zudem voraus, dass entweder die Rechtsmittelbehörde eine hinreichende Begründung liefert oder die unterinstanzliche Behörde anlässlich der Anfechtung ihres Entscheides eine genügende Begründung nachgeschoben hat, etwa in der Vernehmlassung (vgl. Urteil BVGer A-5466/2008 vom 3. Juni 2009 E. 2.1.4 mit Hinweisen, Urteil BVGer C-676/2008 vom 21. Juli 2009 E. 3.2; Bernhard Waldmann/Jörg Bickel, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 29 N. 118).

### **E. 3.3**

Die Beschwerdeführerin macht zunächst geltend, die angefochtene Verfügung sei mangelhaft begründet. Die Vorinstanz habe - trotz entsprechender Vorbringen im Rahmen der Anhörung - nicht dargelegt, weshalb die Berechnung des Deckungsgrades (insbesondere der Abzug des Beitragsbarwertes Aktive vom Deckungskapital Aktive) rechtswidrig sein soll; der pauschale Verweis auf Swiss GAAP FER 26 genüge nicht. Zudem habe die Vorinstanz die Einholung eines VTG per 31. Dezember 2009 angeordnet, ohne den vom BV-Experten erstellten Bericht zur versicherungstechnischen Prüfung (per 31. Dezember 2009 / 1. Januar 2010) vom 28. Juni 2010 in die Beurteilung einzubeziehen.

#### **E. 3.3.1**

Vorab ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin mehrmals Gelegenheit hatte, sich zur angeordneten Massnahme zu äussern. Ein wesentlicher Streitpunkt zwischen dem Amt und der Stiftung war im Verlaufe des Verfahrens, dass nach Ansicht der Aufsichtsbehörde eine gemäss Art. 44 BVV 2 (bzw. Swiss GAAP FER 26) nicht zulässige Aktivierung des Beitragsbarwertes (Aktive) vorgenommen wurde, die Stiftung hingegen bestritt, dass die von ihr angewendeten Methoden unzulässig seien (vgl. vorne A.g ff.). Eine sachgerechte Anfechtung war somit ohne Weiteres möglich. Dass die Vorinstanz keine die Beschwerdeführerin überzeugende Gründe angeführt hat, weshalb bei der Berechnung des Deckungsgrades gemäss Art. 44 BVV 2 eine Reduktion des notwendigen Vorsorgekapitals um den Beitragsbarwert nicht zulässig sei, stellt keine Verletzung der Begründungspflicht dar. Im Übrigen hat die Beschwerdeführerin in ihren Stellungnahmen keine (entscheidwesentlichen) Einwände zur Deckungsgradberechnung gemäss Art. 44 BVV 2 vorgebracht, auf welche die Vorinstanz nicht eingegangen wäre.

#### **E. 3.3.2**

Zur Begründung, weshalb ein VTG per Ende 2009 - und nicht wie ursprünglich vorgesehen per Ende 2008 - verlangt wurde, wird in der angefochtenen Verfügung im Wesentlichen auf die (lange) Verfahrensdauer verwiesen. Ob die Vorinstanz den vom BV-Experten erstellten Bericht zur versicherungstechnischen Prüfung (per 31. Dezember 2009 / 1. Januar 2010) vom 28. Juni 2010 in ihre Beurteilung einbezogen hat, geht aus den Ausführungen nicht hervor. Es wird jedoch auf die Jahresberichterstattung 2009 verwiesen, wonach in der Bilanz weiterhin das Deckungskapital der Aktiven um den Beitragsbarwert vermindert ausgewiesen werde. In der Vernehmlassung führt die Vorinstanz weiter aus, die Zweifel an der Korrektheit des VTG per Ende 2008 und der darauf gestützten Beurteilung der finanziellen Sicherheit der Beschwerdeführerin hätten nicht ausgeräumt werden können und

bestünden daher auch hinsichtlich des per Ende 2009 erstellten VTG. Im Hinblick auf den Erlass der angefochtenen Verfügung sei das VTG per Ende 2009 nicht berücksichtigt worden. Grundsätzlich wäre sowohl per Ende 2008 als auch per Ende 2009 ein - von einem unabhängigen Experten erstelltes - VTG einzuholen gewesen. Aufgrund des Zeitablaufs sei dann aber darauf verzichtet worden, auch per Ende 2008 ein neues VTG einzufordern (act. 19 Rz. 40). Ob ein solches Vorgehen rechtskonform ist, wird im Rahmen der materiellen Prüfung zu entscheiden sein. Soweit die Begründung in der angefochtenen Verfügung unzureichend war, kann der Mangel aufgrund der Ausführungen in der Vernehmlassung als geheilt gelten.

### **E. 3.4**

Zu prüfen bleibt die von der Beschwerdeführerin replikweise beanstandete Aktenführung der Vorinstanz.

#### **E. 3.4.1**

Die Aktenführungspflicht der Verwaltungsbehörden ergibt sich aus dem Untersuchungsgrundsatz (Patrick L. Krauskopf/Katrin Emmenegger, in: Praxiskommentar VwVG, Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Zürich 2009 [nachfolgend: Praxiskommentar VwVG], Art. 12 N. 42) und ist zugleich Voraussetzung für die Wahrnehmung der aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör fließenden Garantie des Akteneinsichtsrechts (vgl. BGE 130 II 473 E. 4.1, BGE 124 V 372 E. 3b; Bernhard Waldmann/ Magnus Oeschger, Praxiskommentar VwVG, Art. 26 N. 34). Grundlage eines effektiven Akteneinsichtsrechts ist eine geordnete und übersichtliche Aktenführung, weshalb Behörden und Gerichte verpflichtet sind, die Vollständigkeit der im Verfahren eingebrachten und erstellten Akten sicherzustellen (Urteil BGer 8C\_319/2010 vom 15. Dezember 2010 E. 2.2 mit Hinweisen).

#### **E. 3.4.2**

Im soeben erwähnten Urteil hat das Bundesgericht die Anforderungen an eine systematische Aktenführung, welche sich aus Art. 12 und Art. 26 VwVG ergeben, wie folgt zusammengefasst: Die Behörde hat alles in den Akten festzuhalten, was zur Sache gehört und entscheidungswesentlich sein kann. Ferner sind die Unterlagen von Beginn weg in chronologischer Reihenfolge abzulegen; bei Vorliegen eines Gesuchs um Akteneinsicht und spätestens im Zeitpunkt des Entscheids ist das Dossier zudem durchgehend zu paginieren. Sodann ist in der Regel ein Aktenverzeichnis zu erstellen (anders für die Gerichte), welches eine chronologische Auflistung sämtlicher in einem Verfahren gemachter Eingaben zu enthalten hat. Es besteht im Detail aus einer Laufnummer, der Anzahl Seiten jedes erfassten Dokumentes, dem Eingangsdatum des Dokumentes, einer Dokumenten-ID sowie einer kurzen Beschreibung der Dokumentart oder dessen Inhalts (Urteil BGer 8C\_319/2010 vom 15. Dezember 2010 E. 2.2 mit Hinweisen auf Literatur und Rechtsprechung).

#### **E. 3.4.3**

Mit Verfügung vom 12. November 2010 forderte das Bundesverwaltungsgericht die Vorinstanz auf, bis zum 29. November 2010 ihre Akten einzureichen. Dieser Aufforderung kam die Vorinstanz insofern nach, als sie mit Eingabe vom 29. November 2010 einen Ordner mit Act. 1 bis 48 einreichte (act. 10). Mit Zwischenverfügung vom 28. Januar 2011 stellte das Gericht fest, dass die Akten offensichtlich unvollständig seien, und forderte die Aufsichtsbehörde erneut auf, die vollständigen, seit 1. Januar 2007 erfassten Akten (nummeriert und in einem Aktenverzeichnis aufgenommen) betreffend Aufsicht über die

Beschwerdeführerin einzureichen. Weiter wurde darauf hingewiesen, dass die einzureichenden Akten insbesondere auch alle in den Jahren 2008 / 2009 anwendbaren Reglemente sowie die ab 2007 der Aufsichtsbehörde zur Prüfung vorgelegten Reglemente zu enthalten hätten (act. 13). Am 15. Februar 2011 reichte die Vorinstanz zwei Ordner mit Act. 1 bis 25 ein. Die Akten sind weder durchgehend paginiert, noch chronologisch geordnet. Aus dem dazu erstellten Aktenverzeichnis ist nur zum Teil ersichtlich, was unter einer Nummer abgelegt wurde. So enthält beispielsweise Act. 4 (Berichterstattung 2009) den Bericht Follow-up vom 11. Mai 2010 des BV-Experten betreffend Unterdeckung per 31. Dezember 2009 (welchen die Beschwerdeführerin als in den Akten fehlend rügt). Act. 6 enthält gemäss Aktenverzeichnis die "Berichterstattung 2007 und div. Unterlagen". Zu diesen "diversen Unterlagen" gehört beispielsweise der Bericht zur versicherungstechnischen Prüfung des BV-Experten vom Oktober 2008, ein Schreiben der Beschwerdeführerin vom 20. Februar 2009 betreffend Erinnerungsschreiben des Amtes vom 2. Februar 2009 (soweit ersichtlich nicht in den Akten) sowie die Anmerkungen zur Berichterstattung 2007 des Amtes (mit Festsetzung der Aufsichtsgebühr) vom 17. Oktober 2008. Die Rüge der Beschwerdeführerin, das Aktenverzeichnis sei unvollständig und nicht nachvollziehbar, ist daher berechtigt. Zudem lässt sich nicht überprüfen, ob bzw. welche Akten fehlen. Das Gericht hat weiter bemerkt, dass gewisse Dokumente nicht vollständig kopiert wurden (vgl. fehlende letzte Seite des VTG per 31. Dezember 2008 / 1. Januar 2009; vollständiges Exemplar bei Beschwerdebeilagen [act. 1 B 12]).

### **E. 3.5**

Zu beurteilen bleiben die Folgen der festgestellten Aktenführungspflichtverletzung.

#### **E. 3.5.1**

Zu berücksichtigen ist zunächst, dass es vorliegend um eine Aufsichtstätigkeit geht und die Akten im Wesentlichen aus den von der Vorsorgeeinrichtung eingereichten Unterlagen bestehen. Dem Akteneinsichtsrecht - und entsprechend der Aktenführungspflicht - kommt dann eine besondere Bedeutung zu, wenn die Behörde zur Sachverhaltsfeststellung selber Beweismittel im Sinne von Art. 12 VwVG produziert oder von Dritten erstellte Unterlagen beizieht. Die Behörde darf sich bei ihrem Entscheid grundsätzlich nicht auf Akten stützen, von welchen die betroffene Partei keine Kenntnis hat (vgl. BGE 132 V 387 E. 3 mit Hinweisen). Soweit die Akten lediglich aus den von der Partei eingereichten Unterlagen sowie Korrespondenz zwischen Partei und Behörde besteht, kommt dem Akteneinsichtsrecht demnach eine geringere Bedeutung zu. Entscheidend ist jedoch, dass die Behörde alle entscheidenerheblichen Unterlagen berücksichtigt und sich nicht auf Akten stützt, von welchen die Partei keine Kenntnis hatte.

#### **E. 3.5.2**

Weiter gilt es zu beachten, dass die Aufhebung einer Verfügung aus formellen Gründen regelmässig zu einer Verfahrensverzögerung führt. Im Bereich der BVG-Aufsicht - insbesondere bei von der Aufsichtsbehörde angeordneten Aufsichtsmaßnahmen - kann eine solche Verzögerung dazu führen, dass erforderliche Massnahmen nicht rechtzeitig getroffen oder umgesetzt werden können und den Versicherten daraus ein Schaden entsteht. Daher kann nicht nur das Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache einer Rückweisung entgegenstehen (vgl. vorne E. 3.2), sondern insbesondere auch das Interesse der betroffenen Versichertengemeinschaft.

#### **E. 3.5.3**

Angesichts der dargelegten Umstände ist von einer Rückweisung aus formellen Gründen abzusehen. Wie sich aus den nachfolgenden Erwägungen ergibt, lässt sich der angefochtene Entscheid aufgrund der vorliegenden und der Beschwerdeführerin selbstverständlich bekannten (bzw. in der Regel von ihr auch im Beschwerdeverfahren eingereichten) Akten beurteilen. Der im vorliegenden Fall angezeigte Verzicht auf eine Rückweisung entbindet die Aufsichtsbehörde indessen nicht von ihrer Pflicht zur systematischen Aktenführung.

#### **E. 4**

In materieller Hinsicht ist streitig, ob die Vorinstanz zu Recht angeordnet hat, die Beschwerdeführerin habe bei zwei - von der Aufsichtsbehörde bestimmten - BV-Experten ein VTG per 31. Dezember 2009 einzuholen.

#### **E. 4.1**

Gemäss Art. 62 Abs. 1 BVG (in Verbindung mit Abs. 2 und Art. 84 Abs. 2 ZGB) hat die Aufsichtsbehörde darüber zu wachen, dass die Vorsorgeeinrichtung die gesetzlichen und statutarischen Vorschriften einhält und dass das Stiftungsvermögen seinem Zweck gemäss verwendet wird, indem sie insbesondere die Übereinstimmung der reglementarischen Bestimmungen mit den gesetzlichen Vorschriften (einschliesslich Normen auf Verordnungsstufe) prüft (Bst. a), von den Vorsorgeeinrichtungen periodisch Berichterstattung fordert, namentlich über die Geschäftstätigkeit (Bst. b), Einsicht in die Berichte der Kontrollstelle und des Experten für berufliche Vorsorge nimmt (Bst. c), die Massnahmen zur Behebung von Mängeln trifft (Bst. d) sowie Streitigkeiten betreffend das Recht der versicherten Person auf Information beurteilt (Bst. e).

#### **E. 4.1.1**

Die Aufsichtsbehörde verfügt über weitreichende Kompetenzen präventiver und repressiver Art (BGE 126 III 499 E. 3a). Die präventiven Aufsichtsmittel sind darauf ausgelegt, gesetzes- und statutenwidriges Verhalten der Vorsorgeeinrichtung durch eine laufende Kontrolle ihrer Geschäftstätigkeit zu verhindern. Mittels des repressiven Handelns soll der rechtmässige Zustand wieder hergestellt werden (BVGE 2009/22 E. 3.2.1). Für die Anordnung von präventiven und repressiven Massnahmen gelten wie für Verwaltungsmassnahmen schlechthin die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Subsidiarität (Urteil BGer 5A\_274/2008 vom 19. Januar 2009 E. 5.1).

#### **E. 4.1.2**

Die präventiven Aufsichtsmittel sind weitgehend gesetzlich geregelt (vgl. Art. 62 Abs. 1 Bst. a-c BVG). Zu den repressiven Aufsichtsmitteln gehören namentlich die Mahnung pflichtvergessener Organe, das Erteilen von Weisungen oder Auflagen, die Aufhebung und Änderung von Entscheiden oder Erlassen der Stiftungsorgane (siehe BVGE 2009/22 E. 3.2.1), die Abberufung und Neueinsetzung von Stiftungsorganen und Liquidatoren, die Ersatzvornahme durch Dritte auf Kosten der Stiftung oder die Einsetzung eines Beistandes (vgl. dazu BGE 126 III 499 E. 3) oder eines interimistischen Stiftungsrates unter gleichzeitiger Enthebung des ordentlichen Stiftungsrates. Diese Aufzählung ist nicht abschliessend. Die Kantone können die Aufsichtsmittel in ihren kantonalen Ausführungserlassen regeln (Urteil BVGer C-6709/2007 vom 23. Oktober 2009 E. 4.1 mit Hinweisen). Von dieser Befugnis hat der Regierungsrat des Kantons Zürich keinen Gebrauch gemacht (vgl. Verordnung über die berufliche Vorsorge und das Stiftungswesen vom 19. Juli 2000 [LS 831.4]).

### **E. 4.1.3**

Gestützt auf Art. 62 Abs. 1 Bst. d BVG kann die Aufsichtsbehörde grundsätzlich auch die Erstellung von Berichten oder Berechnungen fordern (Urteil BGer 9C\_846/2009 vom 5. Februar 2010 E. 4.1). Demgegenüber greift eine Anordnung, als präventive Massnahme, es sei bereits nach zwei statt nach drei Jahren eine versicherungstechnische Bilanz einzureichen, obwohl die finanzielle Situation dies in keiner Weise gebietet, in unzulässiger Weise in den Autonomiebereich einer Vorsorgeeinrichtung ein (Urteil BVGer C-4825/2007 vom 21. Februar 2008 E. 6.3).

### **E. 4.2**

Die Vorsorgeeinrichtungen müssen jederzeit Sicherheit dafür bieten, dass sie die übernommenen Verpflichtungen erfüllen können (Art. 65 Abs. 1 BVG).

#### **E. 4.2.1**

Gemäss Art. 65c Abs. 1 BVG ist eine zeitlich begrenzte Unterdeckung und damit eine zeitlich begrenzte Abweichung vom Grundsatz der jederzeitigen Sicherheit nach Art. 65 Abs. 1 zulässig, wenn sichergestellt ist, dass die Leistungen im Rahmen dieses Gesetzes bei Fälligkeit erbracht werden können und die Vorsorgeeinrichtung Massnahmen ergreift, um die Unterdeckung in einer angemessenen Frist zu beheben. Eine Unterdeckung besteht, wenn am Bilanzstichtag das nach anerkannten Grundsätzen durch den BV-Experten berechnete versicherungstechnisch notwendige Vorsorgekapital nicht durch das dafür verfügbare Vorsorgevermögen gedeckt ist (Art. 44 Abs. 1 Satz 1 BVV 2). Bei Unterdeckung muss die Vorsorgeeinrichtung die Aufsichtsbehörde, den Arbeitgeber, die Versicherten sowie die Rentnerinnen und Rentner über das Ausmass und die Ursachen der Unterdeckung sowie über ergriffene Massnahmen informieren (Art. 65c Abs. 2 BVG, Art. 44 Abs. 2 BVV 2). Die Vorsorgeeinrichtung muss die Unterdeckung selbst beheben. Der Sicherheitsfonds (vgl. Art. 56 ff. BVG) tritt erst dafür ein, wenn die Vorsorgeeinrichtung zahlungsunfähig ist (Art. 65d Abs. 1 Satz 1 BVG).

#### **E. 4.2.2**

Die Vorsorgeeinrichtungen haben bei der Regelung des Beitragssystems, der Finanzierung, der Kapitalanlagen und bei der Rechnungslegung den Grundsatz der Transparenz zu beachten (Art. 65a Abs. 1 BVG). Mit der Transparenz soll laut Art. 65a Abs. 2 BVG sichergestellt werden, dass die tatsächliche finanzielle Lage der Vorsorgeeinrichtung ersichtlich wird (Bst. a), die Sicherheit der Erfüllung der Vorsorgezwecke belegt werden kann (Bst. b), das paritätische Organ der Vorsorgeeinrichtung seine Führungsaufgabe wahrnehmen kann (Bst. c) und die Informationspflichten gegenüber den Versicherten erfüllt werden können (Bst. d). Die Jahresrechnung (bestehend aus Bilanz, Betriebsrechnung und Anhang) ist nach den Fachempfehlungen zur Rechnungslegung Swiss GAAP FER 26 in der Fassung vom 1. Januar 2004 (nachfolgend: Swiss GAAP FER 26) aufzustellen und zu gliedern (Art. 47 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 BVV 2). Die Bewertung der Aktiven und der Passiven hat ebenfalls gemäss Swiss GAAP FER 26 zu erfolgen. Für die für die versicherungstechnischen Risiken notwendigen Rückstellungen ist der aktuelle Bericht des BV-Experten nach Art. 53 Abs. 2 BVG massgebend (Art. 48 BVV 2).

#### **E. 4.3.1**

Die Vorsorgeeinrichtung bestimmt eine Kontrollstelle für die jährliche Prüfung der Geschäftsführung, des Rechnungswesens und der Vermögensanlage (Art. 53 Abs. 1 BVG).

Die Kontrollstelle muss im Sinne von Art. 34 BVV 2 unabhängig sein und hat jährlich dem obersten Organ der Vorsorgeeinrichtung über die gemäss Art. 35 Abs. 1 BVV 2 vorgenommene Prüfung Bericht zu erstatten (Art. 35 Abs. 3 BVV 2). Die Kontrollstelle prüft namentlich die Gesetzes-, Verordnungs-, Weisungs- und Reglementsconformität (Rechtmässigkeit) der Jahresrechnung und der Alterskonten (Art. 35 Abs. 1 Bst. a BVV 2). Bei einer Unterdeckung obliegen der Kontrollstelle zudem die besonderen Aufgaben nach Art. 35a BVV 2. Gegenüber der Aufsichtsbehörde ist die Kontrollstelle weisungsgebunden und meldepflichtig (vgl. Art. 36 BVV 2). Sie hat der Aufsichtsbehörde ein Doppel des Kontrollberichts zu übermitteln (Art. 36 Abs. 1 BVV 2).

#### **E. 4.3.2**

Gemäss Art. 53 Abs. 2 BVG hat die Vorsorgeeinrichtung durch einen anerkannten BV-Experten periodisch überprüfen zu lassen ob die Vorsorgeeinrichtung jederzeit Sicherheit dafür bietet, dass sie ihre Verpflichtungen erfüllen kann (Bst. a) und ob die reglementarischen versicherungstechnischen Bestimmungen über die Leistungen und die Finanzierung den gesetzlichen Vorschriften entsprechen (Bst. b). Der BV-Experte muss unabhängig sein und darf gegenüber Personen, die für die Geschäftsführung oder Verwaltung der Vorsorgeeinrichtung verantwortlich sind, nicht weisungsgebunden sein (Art. 40 BVV 2). Bei der Ausübung seines Mandates muss er die Weisungen der Aufsichtsbehörde befolgen und diese unverzüglich orientieren, wenn die Lage der Vorsorgeeinrichtung ein rasches Einschreiten erfordert oder wenn sein Mandat abläuft (Art. 41 BVV 2). Bei einer Unterdeckung erstellt der BV-Experte gemäss Art. 41a BVV 2 zudem jährlich einen versicherungstechnischen Bericht (Abs. 1). Er äussert sich insbesondere darüber, ob die vom zuständigen Organ getroffenen Massnahmen zur Behebung einer Unterdeckung Art. 65d BVG entsprechen und orientiert über deren Wirksamkeit (Abs. 2). Ergreift die Vorsorgeeinrichtung keine oder ungenügende Massnahmen, um die Unterdeckung zu beheben, erstattet der BV-Experte der Aufsichtsbehörde Bericht (Abs. 3).

#### **E. 4.4**

Gestützt auf Art. 64 BVG hat der Bundesrat die Weisungen über Massnahmen zur Behebung von Unterdeckungen in der beruflichen Vorsorge vom 27. Oktober 2004 erlassen, die am 1. Januar 2005 in Kraft getreten sind und sich an die Aufsichtsbehörden der beruflichen Vorsorge richten (BBl 2004 6789; nachfolgend Weisungen BR).

##### **E. 4.4.1**

Gemäss Ziff. 22 der Weisungen BR muss die Aufsichtsbehörde bei einer Unterdeckung von der Vorsorgeeinrichtung (mindestens) den aktuellen Bericht des BV-Experten (versicherungstechnischer Bericht oder Gutachten), ein Massnahmenkonzept, den Nachweis, dass der absehbare Liquiditätsbedarf gedeckt werden kann, Angaben über den Grad und die Ursachen der Unterdeckung sowie über wesentliche Vorkommnisse nach dem Bilanzstichtag und das Informationskonzept einfordern.

##### **E. 4.4.2**

Eine Unterdeckung erfordert von der Vorsorgeeinrichtung und seinen Organen sowie von den Aufsichtsbehörden vorab eine erhöhte Sorgfaltspflicht und erhöhte Anforderungen in Bezug auf die Transparenz (Ziff. 225 der Weisungen BR).

##### **E. 4.4.3**

Eine Sanierungsmassnahme im Sinne von Art. 65d Abs. 2 BVG muss dem Grad der Unterdeckung angemessen sein. Dabei kann zwischen einer geringen und einer erheblichen Unterdeckung unterschieden werden. Eine erhebliche Unterdeckung muss in der Regel bei einer Deckungslücke von mehr als 10% als gegeben betrachtet werden. Über diese Richtgrösse hat sich der BV-Experte zu äussern. Er stützt sich dabei auf anerkannte Grundsätze. Aufgrund der individuellen Lage der Vorsorgeeinrichtung kann eine erhebliche Unterdeckung bereits bei einer geringeren Deckungslücke eintreten (Ziff. 226 Abs. 2 der Weisungen BR). Die Massnahme muss der zeitlichen Vorgabe Rechnung tragen. Die Massnahme muss in nützlicher Frist umsetzbar, administrativ machbar sein und innert angemessener Frist zur Behebung der Unterdeckung führen. In der Regel kann diese Frist 5-7 Jahre dauern, wobei eine Frist von 10 Jahren nicht überschritten werden sollte (Ziff. 226 Abs. 3 der Weisungen BR).

### **E. 5.1**

Aus den soeben angeführten Bestimmungen geht hervor, dass dem BV-Experten bei der Beurteilung der finanziellen Sicherheit einer Vorsorgeeinrichtung, der Ermittlung einer Unterdeckung und der allenfalls erforderlichen Massnahmen eine zentrale Funktion zukommt. Die Aufsichtsbehörde muss sich daher auf seine Expertise verlassen können, was sich auch aus der vom Gesetzgeber vorgesehenen Systematik der Kontrolle - der sogenannten Kontrollpyramide (vgl. Christina Ruggli, in: Schneider/Geiser/Gächter [Hrsg.], BVG und FZG, Bern 2010, Art. 62 Rz. 13 mit Hinweisen) - ergibt. Danach ist auf einer ersten Stufe das oberste (paritätische) Organ gemäss Art. 51 BVG für die interne Kontrolle verantwortlich. Auf einer zweiten Stufe folgen die von der Vorsorgeeinrichtung bestimmten externen Kontrollinstanzen (Kontrollstelle und BV-Experte). Erst auf der dritten Stufe steht schliesslich die Aufsichtsbehörde gemäss Art. 61 BVG. Ziel dieser Kontrollpyramide ist einerseits, eine Kapazitätslücke des paritätischen Organs - welches in der Regel nicht über hinreichende (versicherungstechnische) Fachkenntnisse verfügt - zu füllen. Andererseits soll die Aufsichtstätigkeit erleichtert werden. Aufgrund der Berichte der externen Sachverständigen sollte sich die Aufsichtsbehörde im Wesentlichen darauf beschränken können, die Kontrollberichte zu überprüfen und bei Gesetzesverletzungen einzuschreiten (siehe zum Ganzen Patrick Sutter, in: BVG und FZG, a.a.O., Art. 53 Rz. 2; vgl. auch Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 19. Dezember 1975 [BB1 1976 I 149], S. 209 und S. 259).

### **E. 5.2**

Ein Gutachten dient - als Beweismittel (vgl. Art. 12 Bst. e VwVG) - der Sachverhaltsabklärung. Der sachverständigen Person kommt die Aufgabe zu, aufgrund besonderer Kenntnisse Tatsachen festzustellen und zu beurteilen (vgl. Krauskopf/Emmenegger, a.a.O., Art. 12 N. 148). Da vorliegend die Vorsorgeeinrichtung mittels aufsichtsrechtlicher Massnahme angewiesen wurde, ein Gutachten einzuholen, erfolgte dies (zu Recht) mit einer anfechtbaren Verfügung. Für die Beweiswürdigung gelten die allgemeinen Grundsätze, wonach einem Gutachten eine hohe Beweiskraft zukommt, sofern es den (formellen und materiellen) Anforderungen entspricht (vgl. Krauskopf/Emmenegger, a.a.O., Art. 12 N. 165 ff. mit Hinweisen). Ein Gutachten muss insbesondere den Kriterien der Vollständigkeit, Nachvollziehbarkeit und Schlüssigkeit genügen (BGE 136 III 161 E. 3.4.2; vgl. auch Christoph Auer, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich

2008, Rz. 58 zu Art. 12). Ob diese Anforderungen erfüllt sind, haben die rechtsanwendenden Behörden - angesichts der erheblichen Bedeutung von Sachverständigengutachten - mit Sorgfalt zu prüfen. Bestehen begründete Zweifel an der fachlichen Korrektheit eines VTG, muss die Aufsichtsbehörde daher von der Vorsorgeeinrichtung verlangen können, dass diese bei einem anderen BV-Experten ein VTG einhole.

## **E. 6**

Nachfolgend ist demnach zu prüfen, ob solche Zweifel von der Vorinstanz zu Recht geltend gemacht werden.

### **E. 6.1**

Ein VTG hat darüber Auskunft zu geben, ob die Vorsorgeeinrichtung jederzeit Sicherheit dafür bietet, dass sie ihre Verpflichtungen erfüllen kann und ob die reglementarischen versicherungstechnischen Bestimmungen über die Leistungen und die Finanzierung den gesetzlichen Vorschriften entsprechen (Art. 53 Abs. 2 BVG). Der BV-Experte hat eine allfällige Unterdeckung gemäss Art. 44 Abs. 1 BVV 2 nach anerkannten Grundsätzen zu berechnen. Liegt eine Unterdeckung vor, hat der BV-Experte zudem die Wirksamkeit und die Gesetzeskonformität der von der Vorsorgeeinrichtung getroffenen Massnahmen zu beurteilen (Art. 41a Abs. 2 BVV 2 in Verbindung mit Art. 65d BVG).

### **E. 6.2**

Der Aufsichtsbehörde wurden seit 2008 drei VTG eingereicht: Bericht zur versicherungstechnischen Prüfung per 31. Dezember 2007 / 1. Januar 2008 vom Oktober 2008 (nachfolgend VTG 2007 [act. 17 B 6]), Bericht zur versicherungstechnischen Prüfung per 31. Dezember 2008 / 1. Januar 2009 vom April 2009 (nachfolgend VTG 2008 [act. 10 B 13, act. 1 B 12]) und Bericht zur versicherungstechnischen Prüfung per 31. Dezember 2009 / 1. Januar 2010 vom Juni 2010 (nachfolgend VTG 2009 [act. 1 B 22]). Das VTG 2009 wurde von der Vorinstanz bei Erlass der angefochtenen Verfügung nicht berücksichtigt. Zusammen mit dem VTG 2008 wurde ein Sanierungsbericht (ergänzender Bericht des BV-Experten im Zusammenhang mit der Unterdeckung per 31. Dezember 2008 [act. 10 B 13]) eingereicht.

#### **E. 6.2.1**

Mit Schreiben vom 3. August 2009 nahm die Vorinstanz das VTG 2008 (und die damit eingereichten weiteren Unterlagen) zur Kenntnis und teilte der Beschwerdeführerin mit, es könne vorläufig auf eine Zweitbegutachtung verzichtet werden, sofern die aufgeführten Mängel behoben würden. Am VTG kritisiert wurde insbesondere eine Aktivierung eines Überschusses bei den Risikobeiträgen im verfügbaren Vermögen, weil dies weder Swiss GAAP FER 26 noch der Fachrichtlinie FRP 1 entspreche und der Deckungsgrad deshalb nicht gemäss Art. 44 BVV 2 berechnet worden sei. Bei rechtskonformer Berechnung betrage die Unterdeckung Fr. 573.6 Mio. (nicht 463.1 Mio.) und der Deckungsgrad 78.2% (nicht 82.4%) per 31. Dezember 2008. Beim Deckungsgrad per 1. Januar 2009 beanstandete das Amt zudem, dass nicht ersichtlich sei, ob sich die Neuanschlüsse auch in die bestehenden Rückstellungen und Reserven eingekauft hätten. Das VTG sei mit der Information über den Einkauf von Neuanschlüssen in die bestehenden Rückstellungen und Reserven zu ergänzen, unter Angabe der massgebenden Reglementsgrundlagen (act. 10 B 18).

### **E. 6.2.2**

Dem VTG 2008 lässt sich dazu Folgendes entnehmen: Bei den Grundlagen wird unter Ziff. 2.5 "Verfügbares Vermögen" ausgeführt, das für Vorsorgezwecke verfügbare Vermögen (per 31. Dezember 2008) sei aus der Gesamtheit der Aktiven ermittelt worden, indem Fremdkapitalien und nicht vorsorgetechnisch gebundene Rückstellungen abgezogen worden seien. Bei der Risikoanalyse wird im Zusammenhang mit den Beiträgen (S. 16) festgehalten, dass die reglementarisch veranschlagten Risikobeiträge den erwarteten Gesamtschaden für Risikoleistungen überstiegen. Bei der aktuellen Struktur ergebe sich ein voraussichtlicher Beitragsüberschuss von 0.5% der versicherten Löhne bzw. Fr. 9.958 Mio. im Jahr 2009. Das notwendige Deckungskapital für entstandene Neurenten habe unter der mittleren Schadenerwartung gelegen. Die dadurch entstandenen Risikogewinne würden zusammen mit den Beitragsüberschüssen zur Verstärkung der Reserven verwendet. Ein Teil der Überschüsse, nämlich 0.5% der versicherten Löhne, würden entsprechend dem Konzept (welches Konzept wird nicht angegeben) im Falle einer Unterdeckung in der versicherungstechnischen Bilanz ausgewiesen. Der entsprechende Barwert betrage per 31. Dezember 2008 Fr. 100.8 Mio. Ohne Unterdeckung würden die Beitragsüberschüsse verteilt.

### **E. 6.2.3**

Ob ein solches Vorgehen, sofern es sich auf eine hinreichende reglementarische Grundlage stützen würde (vgl. den vom Stiftungsrat am 18. November 2010 beschlossenen Nachtrag zum Rückstellungsreglement vom Januar 2008 [act. 22 B 17]), zulässig wäre, ist im vorliegenden Verfahren nicht zu beurteilen (dazu wäre auch eine Stellungnahme der Oberaufsichtsbehörde und des Fachverbandes für BV-Experten einzuholen). Der BV-Experte geht nicht darauf ein, wie und wo diese Grundsätze geregelt sind, sondern verweist lediglich auf ein nicht weiter bestimmtes "Konzept". Die im VTG 2008 angeführten Grundsätze sind zudem im VTG 2007 nicht enthalten. Dort wird lediglich festgestellt, die Beitragsüberschüsse würden - zusammen mit der positiven Differenz zur mittleren Schadenerwartung - zur Verstärkung der Reserven verwendet (S. 16). Dies erweckt insbesondere auch mit Blick auf die anzustrebende Transparenz (Art. 65a BVG, vgl. auch Ziff. 225 der Weisungen BR) und den Grundsatz der Stetigkeit Bedenken.

### **E. 6.2.4**

Gemäss Art. 48e BVV 2 in Verbindung mit Art. 65b BVG muss die Vorsorgeeinrichtung ein Reglement zur Bildung von Rückstellungen und Schwankungsreserven erlassen. Der BV-Experte hat für die Ermittlung des Deckungsgrades bzw. des versicherungstechnisch notwendigen Vorsorgekapitals die technischen Rückstellungen gestützt auf das Rückstellungsreglement zu berechnen (vgl. auch Fachrichtlinie für Pensionsversicherungsexperten FRP 1 [zur Deckungsgradberechnung gemäss Art. 44 BVV 2] Ziff. 3). Gegebenenfalls hat er auf die Notwendigkeit von Anpassungen des Rückstellungsreglements hinzuweisen (FRP 2 [Vorsorgekapitalien und technische Rückstellungen] Ziff. 4). Erst im VTG 2009 empfiehlt der BV-Experte, "die konzeptionelle leichte Überfinanzierung mit Verteilung bei guter finanzieller Situation bzw. finanzieller Unterstützung im Falle einer Unterdeckung im Rückstellungsreglement aufzunehmen" (S. 25). Im VTG 2008 wird nicht auf das Rückstellungsreglement Bezug genommen; lediglich bei den Unterlagen, welche dem BV-Experten für die versicherungstechnische Überprüfung zur Verfügung standen, wird ein "Rückstellungsreglement per 1. Januar 2009" erwähnt (S. 3). Von der Beschwerdeführerin (und der Vorinstanz, vgl. act. 17 B 23) eingereicht wurde

jedoch nur das vom Stiftungsrat am 20. September 2007 genehmigte Rückstellungsreglement (wohl gültig ab Januar 2008 [act. 22 B 8]). Dieses kann, mangels entsprechender Bestimmung, nicht reglementarische Grundlage für die beanstandete Aktivierung von Beitragsüberschüssen bilden.

#### **E. 6.2.5**

Die Beschwerdeführerin will die Beitragsüberschüsse explizit für die Glättung der Bilanz einsetzen (vgl. act. 1 Ziff. 13 mit Hinweis auf B 5 [Leistungs- und Finanzierungspolitik der A.\_\_\_\_\_, ohne Datum]). Angesichts des Umstandes, dass nur Wertschwankungsreserven, nicht aber Rückstellungen einen Glättungseffekt auf das Jahresergebnis haben dürfen (vgl. Patrick Spuhler, Die Fachrichtlinien der schweizerischen Kammer der Pensionskassen-Experten, in: Der Schweizer Treuhänder 12/2007, S. 938; Wyler, a.a.O., S. 19; Swiss GAAP FER 26, Ziff. 4), wäre vom BV-Experten zumindest auszuführen gewesen, weshalb er eine solche Praxis als zulässig erachtet. Schliesslich hält auch FRP 2 in Ziff. 6 fest, dass technische Rückstellungen grundsätzlich keinen Glättungseffekt auf den Ertrags- oder Aufwandüberschuss einer Periode bewirken dürften. Aufgrund unvorhergesehener oder besonderer Ereignisse könne die Vorsorgeeinrichtung gemäss schriftlich begründeter Empfehlung des BV-Experten und unter Beachtung anerkannter Grundsätze zusätzliche Rückstellungen bilden, bestehende Rückstellungen ganz oder teilweise auflösen oder unter ihrer Sollgrösse dotieren bzw. Rückstellungen stufenweise aufbauen, sofern das Reglement gemäss Art. 48e BVV 2 dies zulasse.

#### **E. 6.3**

Zweifel an der Zuverlässigkeit des VTG 2008 (bzw. an den VTG 2007 und 2009) erwecken jedoch auch weitere Ausführungen des BV-Experten.

##### **E. 6.3.1**

Bei der Risikoanalyse wird im Zusammenhang mit den Anlagerisiken regelmässig ausgeführt, die Risikofähigkeit - welche durch den Nettoliquidationsbedarf bestimmt werde - sei gut (VTG 2007 und VTG 2008 S. 17, VTG 2009 S. 19). Als gute Risikofähigkeit wird üblicherweise die Fähigkeit der Vorsorgeeinrichtung bezeichnet, "...das Risiko allfälliger Wertschwankungen des Vermögens durch Auflösung früher geöffneter Reserven tragen zu können. Falls die zum Risikoausgleich notwendigen Wertschwankungsreserven nur teilweise vorhanden sind, spricht man von einer eingeschränkten Risikofähigkeit. Wenn entsprechende Reserven fehlen und der Deckungsgrad unter 100 Prozent liegt, ist die Risikofähigkeit einer Kasse grundsätzlich als ungenügend zu qualifizieren" (Fachwörterbuch für die berufliche Vorsorge, VPS-Verlag, Luzern 2008, S. 97, siehe auch Pascal Wyler, Rechnungslegung nach Swiss GAAP FER 26: Verbesserte Aussagekraft der Jahresrechnungen von Vorsorgeeinrichtungen?, in: Rechnungslegung und Controlling für Pensionskassen und klassische Stiftungen, Bern 2008, S. 24).

##### **E. 6.3.2**

Zum VTG 2007 ist weiter zu bemerken, dass dem BV-Experten offenbar kein Rückstellungsreglement vorlag und er nicht auf diesen Mangel hinwies. Zwar geht aus dem VTG hervor, dass die Wertschwankungsreserve 10% betragen sollte (vgl. S. 19). Es wird aber weder auf die reglementarische Grundlage noch darauf eingegangen, dass gemäss Swiss GAAP FER 26 (Ziff. 2) ein Ertragsüberschuss nur dann ausgewiesen werden darf, wenn die Schwankungsreserven in der Höhe des Zielwertes vorhanden sind (vgl. auch Nathalie Munaretto/Werner Koradi, Swiss GAAP FER 26 und die Arbeit des

Pensionskassenexperten, in: Der Schweizer Treuhänder 12/04, S. 1132). Der BV-Experte hält - im Oktober 2008 - am Schluss zudem lediglich fest, die Vorsorgeeinrichtung biete "bei stabilen Anlagemärkten" Sicherheit, dass sie ihre Verpflichtungen erfüllen könne (S. 23).

### **E. 6.3.3**

Per 31. Dezember 2008 ermittelte der BV-Experte einen Deckungsgrad von 82.4% (bzw. 84.1% per 1. Januar 2009). Bei einem solchen Ergebnis liegt ohne Zweifel eine erhebliche Unterdeckung im Sinne von Ziff. 226 Abs. 2 der Weisungen BR vor, wozu sich der BV-Experte jedoch weder im VTG 2008 noch im Sanierungsbericht vom 27. April 2009 äussert. Das von ihm als angemessen erachtete Sanierungsmodell sah eine Behebung der Unterdeckung innerhalb von 9.37 Jahren vor (vgl. act. 1 B 13). Da eine Unterdeckung in der Regel innerhalb von 5 - 7 Jahren behoben sein sollte, wäre zu begründen gewesen, weshalb eine nahezu maximale Frist von 10 Jahren als angemessen erachtet wird. Dass sich die Weisungen BR an die Aufsichtsbehörden - und nicht direkt an die BV-Experten - richten, ändert daran nichts.

### **E. 6.4**

Auf die Aufforderung der Vorinstanz vom 3. August 2009, ein korrigiertes VTG (sowie ein korrigiertes Meldeformular) einzureichen, hielt die Beschwerdeführerin am 30. Oktober 2009 mit Verweis auf die Stellungnahme des BV-Experten (vom 20. Oktober 2009) fest, der Beitragsbarwert sei Swiss GAAP FER 26-konform in den Passiven ausgewiesen. Eine Aktivierung sei nicht erfolgt. Es sei deshalb keine Korrektur des VTG erforderlich (act. 10 B 20).

#### **E. 6.4.1**

In seiner Stellungnahme vom 20. Oktober 2009 führte der BV-Experte insbesondere aus, aufgrund des Finanzierungskonzeptes seien in der Vergangenheit immer versicherungstechnische Überschüsse entstanden. Diese dürften mit grosser Sicherheit auch für die Zukunft erwartet werden. Weil keine Netto-Finanzierung stattfinde, Überschüsse also in der Finanzierung enthalten seien, würden durch ein Verteilungskonzept die Versicherten davon profitieren (Ziff. 41). Bei einer Unterdeckung würden keine versicherungstechnischen Überschüsse verteilt. Die mit dem Finanzierungskonzept und der langjährigen Erfahrung untrennbar verbundene Überfinanzierung stelle ein versicherungstechnisches Aktivum dar (Ziff. 422). Das versicherungstechnische Aktivum werde für die Berechnung des Deckungskapitals für anwartschaftliche Risikoleistungen einbezogen (Ziff. 532). In der Jahresrechnung sei kein Beitragsbarwert aktiviert worden. Dies wäre nach Swiss GAAP FER 26 nicht zulässig (Ziff. 63). In seinem Fazit hält der BV-Experte nochmals fest, in der Jahresrechnung sei kein Beitragsbarwert aktiviert, weshalb die Bestimmungen von Swiss GAAP FER 26 nicht verletzt würden (Ziff. 71). Der Beitragsbarwert aus der Überfinanzierung stelle aufgrund des Finanzierungs- und Verteilungskonzeptes der A.\_\_\_\_\_ im Falle einer Unterdeckung eindeutig ein versicherungstechnisches Aktivum dar. Befinde sich die Vorsorgeeinrichtung im Bereich des Zieldeckungsgrades, stelle der Beitragsbarwert aus Überfinanzierung kein versicherungstechnisches Aktivum dar, weil es dem Verteilungskonzept entsprechend nicht versicherungstechnisch zur Verfügung stehe (Ziff. 72). Seines Erachtens seien keine Grundsätze oder Richtlinien verletzt worden. Dieser Vorwurf der Aufsicht müsste gegebenenfalls noch konkretisiert und begründet werden (Ziff. 74).

#### **E. 6.4.2**

Diese Ausführungen stellen keine nachvollziehbare und schlüssige Begründung des BV-Experten dar, mit welcher die vorstehend aufgeführten Zweifel ausgeräumt werden könnten.

#### **E. 6.4.3**

Anzufügen bleibt, dass ein VTG nicht nur für einen BV-Experten, sondern auch für die Aufsichtsbehörde und das oberste Organ der Vorsorgeeinrichtung - im Beschwerdefall zudem für das Gericht - nachvollziehbar sein muss. Die versicherungstechnischen Grundlagen und Folgerungen sind deshalb soweit darzulegen, dass sie in ihren Zusammenhängen einleuchten und von den rechtsanwendenden Behörden kritisch prüfend nachvollzogen werden können (vgl. betreffend medizinische Gutachten bspw. Ulrich Meyer-Blaser, Das medizinische Gutachten aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht, in: Siegel/Fischer [Hrsg.], Die neurologische Begutachtung, Zürich 2004, S. 97).

#### **E. 6.4.4**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Aufsichtsbehörde zu Recht Zweifel an der Zuverlässigkeit bzw. an der fachlichen Korrektheit der vom BV-Experten erstellten VTG geäußert hat.

#### **E. 6.5**

Die weiteren Vorbringen vermögen an der Zulässigkeit der angeordneten Massnahme nichts zu ändern.

#### **E. 6.5.1**

Nichts zu ihren Gunsten ableiten kann die Beschwerdeführerin aus dem Umstand, dass die Vorinstanz die Berücksichtigung eines Beitragsüberschusses im Rahmen der versicherungstechnischen Prüfung per 1. Januar 2004 nicht beanstandet hat (vgl. act. 1 Ziff. 15), zumal die höheren Anforderungen an die Transparenz (Art. 65a BVG) sowie die einschlägigen Richtlinien (Swiss GAAP FER 26, FRP 1 und 2) erst seit 2005 (bzw. FRP 1 und 2 seit Juli 2006) gelten.

#### **E. 6.5.2**

Unbehelflich ist auch der Einwand, die Vorinstanz hätte gegenüber dem BV-Experten eine Weisung erlassen müssen, sofern sie das VTG als mangelhaft erachtete (act. 1 Ziff. 60). Das Schreiben vom 3. August 2009, mit welchem die Beschwerdeführerin aufgefordert wurde, ein korrigiertes VTG, ein korrigiertes Meldeformular sowie ein neues Sanierungskonzept einzureichen, wurde auch dem BV-Experten zugestellt. Im Übrigen hätte sich eine aufsichtsbehördliche Weisung vorliegend lediglich darauf beschränken können, den BV-Experten (erneut) darauf hinzuweisen, dass das VTG nach den anerkannten fachlichen Grundsätzen - insbesondere gemäss FRP 1 und 2 sowie Swiss GAAP FER 26 - zu erstellen sei. Die versicherungstechnische Prüfung hat, wie die Beschwerdeführerin zu Recht vorbringt (vgl. act. 10 Ziff. 55), hingegen der BV-Experte vorzunehmen. Daher kann die Aufsichtsbehörde von einem BV-Experten zwar die Korrektur offensichtlicher Fehler verlangen; bestehen hingegen Zweifel an der Zuverlässigkeit eines VTG, welche sich - wie vorliegend - nicht ausräumen lassen, wird sich die Aufsichtsbehörde in der Regel darauf beschränken müssen, diese Zweifel hinreichend zu substantiieren und eine neue Expertise zu verlangen.

### **E. 6.5.3**

Nicht zu beanstanden ist angesichts des Ermessensspielraums, welche den Aufsichtsbehörden zuzugestehen ist, dass die Vorinstanz die Beschwerdeführerin aufgefordert hat, ein Gutachten per Ende 2009 (und nicht per Ende 2008) einzuholen. Allerdings hätte die Vorinstanz, wie die Beschwerdeführerin zu Recht vorbringt, bei ihrer Beurteilung auch das VTG 2009 berücksichtigen müssen. Indes bestehen die angeführten Zweifel an der Zuverlässigkeit des Expertenberichts sowohl hinsichtlich des VTG 2008 als auch des VTG 2009. Da die Beschwerdeführerin - auch nach ihrer (von der Aufsichtsbehörde beanstandeten) Deckungsgradberechnung - Ende 2009 immer noch eine Deckungslücke aufwies, erscheint es sachlich gerechtfertigt, dass die finanzielle Sicherheit zu einem möglichst aktuellen Zeitpunkt überprüft wird und sowohl das oberste Organ als auch die Aufsichtsbehörde eine Grundlage für die Beurteilung, ob weitere Massnahmen erforderlich sind, erhalten.

### **E. 6.5.4**

Die Anordnung, ein neues VTG per Ende 2009 einzuholen ist auch nicht unverhältnismässig. Die Massnahme ist geeignet und erforderlich, um die finanzielle Situation der Beschwerdeführerin zu beurteilen. Die von der Beschwerdeführerin als mildere Massnahme vorgeschlagene Anweisung an sie (die Beschwerdeführerin), eine gesetzeskonforme Berechnung des Deckungsgrades vorzunehmen (vgl. act. 1 Ziff. 78 und act. 22 Ziff. 67), stellt hingegen kein geeignetes Mittel dar. Insbesondere kann dadurch nicht ein mit Zweifel behaftetes Gutachten ersetzt werden. Im Übrigen wäre weder eine Vorsorgeeinrichtung noch ein BV-Experte mittels beschwerdefähiger Verfügung anzuweisen, sich an die gesetzlichen Vorschriften zu halten.

### **E. 6.6**

Der Beschwerdeführerin ist aber insofern zuzustimmen, dass das Einholen eines neuen VTG nicht dazu führen soll, dass anschliessend ein Obergutachten eingeholt werden muss, weil zwei sich widersprechende Gutachten vorliegen. Die angefochtene Verfügung ist deshalb in dem Sinne zu ergänzen, dass die zu beauftragenden BV-Experten darauf hinzuweisen sind, dass sie sich - sofern sie zu anderen Ergebnissen kommen - auch dazu zu äussern haben, ob die vom BV-Experten der Beschwerdeführerin vorgenommene Beurteilung fachlich vertretbar ist. Bei der Auftragserteilung wird zudem darauf hinzuweisen sein, dass das VTG auch aus Sicht der rechtsanwendenden Behörden vollständig, nachvollziehbar und schlüssig sein muss.

### **E. 6.7**

Neu festzusetzen ist der von der Vorinstanz auf den 30. November 2010 festgelegte Termin für die Einreichung des Gutachtens. Ziff. 1 der Verfügung vom 12. August 2010 ist deshalb in dem Sinne abzuändern, dass das VTG innert drei Monaten nach Zustellung des vorliegenden Urteils der Aufsichtsbehörde einzureichen ist.

### **E. 6.8**

Die Beschwerde ist demnach im Sinne der Erwägungen abzuweisen.

### **E. 7**

Zu befinden bleibt noch über die Verfahrenskosten und eine allfällige Parteientschädigung.

### **E. 7.1**

Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei. Unterliegt diese nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt. Der ganz oder teilweise obsiegenden Partei können von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zugesprochen werden (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Den Vorinstanzen werden grundsätzlich keine Verfahrenskosten auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG) und keine Parteientschädigung zugesprochen (vgl. Art. 7 Abs. 3 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

## **E. 7.2**

Der unterliegenden Partei können im Rahmen pflichtgemässer Ermessensbetätigung namentlich dann die Kosten (teilweise) erlassen und allenfalls eine Parteientschädigung zugesprochen werden, wenn ein Verfahrensfehler der verfügenden Verwaltungsbehörde festgestellt und geheilt wurde (Urteil BGer 9C\_672/2009 vom 25. November 2009 E. 4.1 mit Hinweisen, siehe auch André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, S. 211 ff. Rz. 4.60 und 4.65; Marcel Maillard, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 63 N. 19 und Art. 64 N. 19). Aufgrund des im vorliegenden Verfahren festgestellten Verfahrensmangels (vgl. E. 3) rechtfertigt sich eine Reduktion der Verfahrenskosten und das Zusprechen einer reduzierten Parteientschädigung.

### **E. 7.2.1**

Unter Berücksichtigung des Umfangs und der Schwierigkeit der Streitsache (vgl. Art. 2 Abs. 1 VGKE) sind die (reduzierten) Verfahrenskosten vorliegend auf Fr. 3'000.- festzusetzen und mit dem geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen. Der Beschwerdeführerin ist deshalb, nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils, Fr. 1'500.- zurückzuerstatten.

### **E. 7.2.2**

Weiter ist der Beschwerdeführerin eine reduzierte Parteientschädigung von pauschal Fr. 1'500.- (inkl. Mehrwertsteuer) zuzusprechen, die von der Vorinstanz zu leisten ist.

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