



---

Abteilung III  
C-6106/2009

## Urteil vom 20. Oktober 2011

---

Besetzung

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

---

Parteien

**X.**\_\_\_\_\_,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Zentralschweizer BVG- und Stiftungsaufsicht (ZBSA),**  
Bundesplatz 14, 6002 Luzern,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Anlage- und Organisationsreglement.

## Sachverhalt:

### A.

Mit Verfügung vom 3. September 2009 stellte die Zentralschweizer BVG- und Stiftungsaufsicht (ZBSA, nachfolgend auch die Aufsichtsbehörde oder die Vorinstanz) fest, dass dem Anlage- und Organisationsreglement der X.\_\_\_\_\_ in S.\_\_\_\_\_ (nachfolgend die Stiftung oder die Beschwerdeführerin) vom 20. Januar 2009, gültig ab dem 1. Januar 2008, aus aufsichtsbehördlicher Sicht mit Ausnahme von Ziffer 9.2 Abs. 4 (Sicherstellung von Aktien der C.\_\_\_\_\_AG für Darlehen gegenüber Mitarbeitern) nichts entgegenstehe und dass Darlehen, die mit Aktien der C.\_\_\_\_\_AG sichergestellt seien, als ungesicherte Anlagen beim Arbeitgeber nach Art. 57 BVV 2 gelten würden. Weiter verfügte die Aufsichtsbehörde, dass ihr inskünftig sämtliche Reglementsänderungen oder Nachträge zur Kenntnisnahme einzureichen seien (act. 1/2).

### B.

Gegen die aufsichtsrechtliche Verfügung vom 3. September 2009 erhob die Stiftung mit Eingabe vom 25. September 2009 beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde (vgl. act. 1) und beantragte, die angefochtene Verfügung sei insoweit aufzuheben, als von der Beschwerdeinstanz (wohl recte: von der vorinstanzlichen Aufsichtsbehörde) festgestellt werde, dass die Darlehen der Stiftung, welche mit Aktien der C.\_\_\_\_\_AG sichergestellt seien, als ungesicherte Anlagen beim Arbeitgeber gemäss Art. 57 BVV 2 gälten.

Die Beschwerdeführerin machte dabei im Wesentlichen geltend, dass sie als ausschliesslich die ausserobligatorische Vorsorge deckende und arbeitgeberseitig finanzierte Vorsorgeeinrichtung bis anhin im Rahmen ihrer Anlagepolitik auch ausgewählten Aktionären Darlehen gewährt habe, dies stets unter Berücksichtigung der einschlägigen Vorschriften über die Vermögensanlagen. Die C.\_\_\_\_\_AG als ursprüngliche Stifterfirma sei im Jahre 2008 zur Tochtergesellschaft der C.\_\_\_\_\_AG geworden, die von 12 je zu gleichen Teilen berechtigten Aktionären gehalten sei. Die Beschwerdeführerin habe nun vier Aktionären davon Darlehen gewährt, welche insgesamt 8% der Bilanzsumme entsprechen würden. Es sei kein Vertragsverhältnis mit der ursprünglichen Stifterfirma eingegangen worden und es sei zudem verfehlt, diesen vier Aktionären eine beherrschende Stellung zuzusprechen. Voraussetzung für die Darlehensgewährung seien der langfristige Einsatz für den Fortgang der Unternehmensgruppe, die Finanzierung von mehr als 50% der Aktien aus

anderen Quellen, die Erfüllung der Anforderungen an die Schuldnerqualität und weitere Vertragsbedingungen. Durch die Gewährung von Darlehen an diese Aktionäre hätte die Beschwerdeführerin keine (ungesicherte) Vermögensanlage bei der Arbeitgeberfirma getätigt; die Darlehensgewährung liege im Gegenteil im Interesse der Destinatäre (sichere Verzinsung, Reduktion der zu erzielenden Rendite). Die Darlehensnehmer könnten nicht als faktische Arbeitgeber betrachtet werden. Problematisch seien Anlagen beim Arbeitgeber insbesondere bei wirtschaftlichen Schwierigkeiten (Verlust sowohl des Arbeitsplatzes als auch der Vorsorgemittel), was vorliegend nicht der Fall sei, womit die vorliegende vorinstanzliche Qualifikation der Darlehen als ungesicherte Anlage beim Arbeitgeber unzutreffend sei.

### C.

Mit Vernehmlassung vom 9. November 2009 (vgl. act. 6) beantragte die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde und die vollumfängliche Bestätigung der angefochtenen Verfügung. Dabei führte sie im Wesentlichen aus, dass die Darlehensgewährung an die Aktionäre als weitere Anlagekategorie - entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin - als Anlage beim Arbeitgeber gelten müsse und ein unzulässiges Klumpenrisiko darstelle, und zwar nicht zuletzt gestützt auf die Randziffer 17 der Swiss GAAP FER 26, wonach zu den betreffenden Anlagen auch diejenigen bei den mit dem Arbeitgeber wirtschaftlich oder finanziell verbundenen juristischen oder natürlichen Personen gehören würden. Dabei müsse bei der Beurteilung der generell-abstrakten Reglementsnorm die wirtschaftlich beherrschende Stellung der Gesamtheit der Aktionäre berücksichtigt werden, unabhängig davon, wie hoch die momentane Beteiligung oder die wirtschaftliche Stellung der einzelnen Aktionäre sei. Die FER-Vorschriften könnten als Fachempfehlungen zur Rechnungslegung durchaus herbeigezogen werden. Im vorliegenden Fall sei dies gerechtfertigt gewesen, da per 31. Dezember 2008 eine Unterdeckung ausgewiesen gewesen sei, die ungesicherte Anlagen beim Arbeitgeber nicht zulasse. Die Darlehen an die Aktionäre und die Kontokorrentschuld hätten zum besagten Bilanzstichtag ein unzulässiges Viertel der gesamten Anlagen ausgemacht. Zur beherrschenden Stellung sei zu erwähnen, dass die Darlehensnehmer gleichzeitig auch Mitglieder des Verwaltungsrates der C.\_\_\_\_\_ AG und Mitarbeiter der Tochterfirmen im operativen Geschäft tätig seien. Per 31. Dezember 2006 seien zwei Darlehensnehmer sogar Mitglieder des Stiftungsrates der Beschwerdeführerin gewesen. Interessenkollisionen seien deshalb latent vorhanden, womit bei der

Auslegung der Arbeitgeberqualität und der generell-abstrakten Qualifikation der Darlehen an Aktionäre ein strenger Massstab anzulegen sei; die Einstiegsfinanzierung teilweise über die Vorsorgeeinrichtung komme einer Verwendung der Letzteren als Unternehmensstiftung nahe und verstärke die aufgezeigte Gefahr und das Klumpenrisiko. Wenn die Bonität der Firma abnehme, sei die Werthaltigkeit der Anlage ernsthaft in Frage gestellt.

**D.**

Mit Replik vom 14. Dezember 2009 (vgl. act. 8) bestätigte die Beschwerdeführerin die Anträge und die Begründung ihrer Beschwerde. Zudem machte sie im Wesentlichen geltend, dass die Auslegung der Vorinstanz von Art. 57 BVV 2 willkürlich sei, zumal die gewährten Darlehen die gesetzlich zulässige Höchstgrenze von 10% der Bilanzsumme per 2008 und 2009 nicht überschritten habe. In dieser Zeit sei auch der Aktionärskreis erweitert, die Zahl der Darlehensempfänger reduziert, die Gewährung von Darlehen an Stiftungsräte unterblieben und die Verzinsung erhöht worden. Dass die Vorinstanz noch auf die Verhältnisse im Jahre 2006 zurückgreife, als eine faktische Arbeitgeberstellung bestand, und deshalb generell-abstrakt, ungeachtet der Entwicklung, die Darlehensgewährung als ungesicherte Anlage beim Arbeitgeber qualifiziere, sei stossend und greife in untragbarer Weise in die Handlungsfähigkeit und die Verantwortlichkeit des Stiftungsrates ein. Die FER-Vorschriften könnten auch aus Sicht der Vorinstanz nicht als gesetzliche Grundlage zur massiven Erweiterung des Begriffs des Arbeitgebers herangezogen werden. Da die Darlehen binnen 10 Jahren zurückzuzahlen seien, könne des Weiteren auch nicht von Unternehmensstiftung die Rede sein. Im Übrigen würde eine Abnahme der Bonität der Stifterfirma einzig zur Verringerung der Sicherheit führen (die im Zeitpunkt der Darlehensgewährung dem doppelten Wert des Darlehens entspreche). Die Art der Sicherstellung könne aber nicht die Anlage als eine solche beim Arbeitgeber qualifizieren. Die Darlehensgewährung erfolge aufgrund einer seriösen Ertrags- und Risikoanalyse.

**E.**

Mit Duplik vom 20. Januar 2010 (vgl. Act. 10) bestätigte die Vorinstanz ihrerseits ihren Abweisungsantrag und die Begründung in ihrer Vernehmlassung. Im Wesentlichen bestätigte sie, dass es vorliegend alleine um eine generell-abstrakte Normenkontrolle gehe, ungeachtet der aktuellen, entschärften Situation bei der Beschwerdeführerin. Diese habe

im Übrigen selbst zugegeben, dass wenige Jahre zuvor die Darlehensnehmer als Aktionäre der Stifterfirma eine problematische faktische Arbeitgeberfunktion innegehabt hätten.

## **F.**

Den mit Zwischenverfügung vom 30. September 2009 vom Instruktionsrichter einverlangten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 2'000.-- hat die Beschwerdeführerin am 9. Oktober 2009 überwiesen.

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

### **1.**

Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Dazu gehören die Verfügungen der Aufsichtsbehörden im Bereiche der beruflichen Vorsorge nach Art. 74 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG, SR 831.40), dies in Verbindung mit Art. 33 lit. i VGG. Eine Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG liegt in casu nicht vor.

### **2.**

**2.1.** Anfechtungsgegenstand des vorliegenden Verfahrens ist die Verfügung der ZBSA vom 3. September 2009, welche ohne Zweifel eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG darstellt.

**2.2.** Die Beschwerdeführerin hat als Verfügungsadressatin am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und ist von der angefochtenen Verfügung ohne Zweifel besonders berührt (Art. 48 Abs. 1 lit. a und b VwVG).

Bei der angefochtenen Verfügung handelt es sich insbesondere um eine Feststellungsverfügung. Durch die feststellende Verfügung werden zwar keine neuen Rechte und Pflichten begründet, geändert oder aufgehoben. Immerhin dient sie der Klärung der Rechtslage, indem das Bestehen, das Nichtbestehen oder der Umfang von verwaltungsrechtlichen Rechten und Pflichten verbindlich festgestellt wird. Im vorliegenden Fall hat die Feststellung der Vorinstanz, dass die Darlehen, die mit Aktien der C.\_\_\_\_\_AG sichergestellt sind, als ungesicherte Anlagen beim

Arbeitgeber nach Art. 57 BVV 2 gelten, einen verbindlichen Charakter, der sich unmittelbar und rechtsgestaltend auf die Anwendung des Anlagenreglements und die Anlagepolitik der Beschwerdeführerin auswirkt. Deren schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der Verfügung im Sinne von Art. 48 Abs. 1 lit. c VwVG ist hier also gegeben. Auf die frist- und formgerecht (vgl. Art. 50 und Art. 52 VwVG) eingereichte Beschwerde ist, nachdem auch der Kostenvorschuss rechtzeitig geleistet wurde, somit einzutreten.

### 3.

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

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).

### 4.

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

**4.2.** Die Prüfung von Reglementen gemäss Art. 62 Abs. 1 lit. a BVG hat – abgesehen vom Teilliquidationsreglement – keine konstitutive Wirkung.

Reglemente werden nicht genehmigt, sondern zur Kenntnis genommen; die Aufsichtsbehörde gibt der Vorsorgeeinrichtung ihren Prüfbefund bekannt mit Hinweisen auf die Auslegung und die Rechtsprechung. Weist sie auf Mängel des Reglements hin, wird der in Art. 50 Abs. 3 BVG statuierte gute Glauben der Vorsorgeeinrichtung umgestossen (CHRISTINA RUGGLI in: Jacques-André Schneider/Thomas Geiser/Thomas Gächter (Hrsg.), Handkommentar zum BVG und FZG, Art. 62, N 7).

**4.3.** Im vorliegenden Fall ist die Beschwerdeführerin mit der von der Vorinstanz verfügten Feststellung nicht einverstanden, wonach von ihr gewährte, mit Aktien der C.\_\_\_\_\_AG sichergestellte Darlehen als ungesicherte Anlagen beim Arbeitgeber gemäss Art. 57 BVV2 zu gelten hätten. Mit dieser Feststellung macht die Vorinstanz im Rahmen ihrer Rechtskontrolle einen Vorbehalt zu Art. 9.2 Abs. 4 Satz 2 des geprüften Organisations- und Anlagereglements der Beschwerdeführerin, wonach bei Darlehen gegenüber Aktionären der C.\_\_\_\_\_AG Aktien der Letztgenannten als Sicherheit genügen würden. Damit verbietet die Vorinstanz die Gewährung solcher Darlehen nicht per se; sie will diese aber in jedem Fall als ungesicherte Anlagen beim Arbeitgeber mit den entsprechenden gesetzlichen Einschränkungen ausgelegt wissen. Wie es sich damit verhält, ist nachfolgend zu prüfen.

**4.4.** Der Vollständigkeit halber bleibt anzumerken, dass für das Jahr 2008 die Gesetzesbestimmungen massgebend sind, die per 1. Januar 2008 Geltung hatten, zumal das mit der angefochtenen Verfügung geprüfte Reglement der Beschwerdeführerin rückwirkend zu diesem Datum in Kraft getreten ist, und für die Zeit ab dem 1. Januar 2009 die entsprechende Rechtslage ab diesem Zeitpunkt. Dies spielt insofern eine Rolle, als per 1. Januar 2009 die Anlagevorschriften des BVV 2 teilweise revidiert worden sind.

## **5.**

**5.1.** Die Vermögensverwaltung ist eine zentrale Tätigkeit der Vorsorgeeinrichtungen. Gemäss Art. 71 Abs. 1 verwalten die Vorsorgeeinrichtungen ihr Vermögen so, dass Sicherheit und genügender Ertrag der Anlagen, eine angemessene Verteilung der Risiken sowie die Deckung des voraussehbaren Bedarfes an flüssigen Mitteln gewährleistet sind. Die Art. 49 bis 60 BVV 2 konkretisieren – entsprechend den inhaltlichen Vorgaben des Gesetzgebers – die in Art. 71 Abs. 1 BVG statuierten Grundsätze, von denen das Erfordernis der Sicherheit der

Anlage erste Priorität genießt. So wurde der Verordnungsgeber insbesondere ausdrücklich angewiesen, die Risikoverteilung zu regeln, der für die Sicherheit des Vermögens massgebliche Bedeutung zukomme; dazu sei einerseits auf eine sinnvolle Verteilung innerhalb der wichtigsten zugelassenen Anlagekategorien (Liegenschaften, Hypotheken, Wertschriften, übrige Werte) zu achten; andererseits müsse auch innerhalb der einzelnen Anlagekategorien für eine gewisse Begrenzung pro Schuldner bzw. Einzelanlage gesorgt werden (BBl 1976 I 267 f.). Diese Vorgaben hat der Bundesrat in Art. 50 BVV 2 aufgenommen, wonach die Vorsorgeeinrichtung ihre Vermögensanlagen sorgfältig auswählen, bewirtschaften und überwachen muss (Abs. 1), bei der Anlage des Vermögens in erster Linie darauf zu achten hat, dass die Sicherheit der Erfüllung der Vorsorgezwecke gewährleistet ist (Abs. 2) und die Grundsätze der angemessenen Risikoverteilung einhalten muss; die Mittel müssen insbesondere auf verschiedene Anlagekategorien, Regionen und Wirtschaftszweige verteilt werden (Abs. 3) (BGE 132 II 144 E. 2.2).

**5.2.** In Art. 53 Abs. 1 BVV 2 werden die zulässigen Anlagekategorien aufgelistet. Darunter gehören nach der bis zum 31. Dezember 2008 geltenden Fassung Bargeld, Forderungen, Immobilien, Beteiligungen an Immobiliengesellschaften und Wertpapiere. In der Fassung ab dem 1. Januar 2009 kamen noch die alternativen Anlagen hinzu. Darlehen gehören zur Kategorie der Forderungen und sind – ebenso wie Aktien, die hier zur Sicherstellung dienen – als Anlage grundsätzlich zulässig.

Gemäss Art. 54 BVV 2 (in der bis zum 31. Dezember 2008 geltenden Fassung) galten für die Anlagen verschiedene Begrenzungen, so bei Forderungen höchstens 15 Prozent je Schuldner und bei Aktien höchstens 10 Prozent je Gesellschaft. In der Fassung ab dem 1. Januar 2009 sieht Art. 54 Abs. 1 BVV 2 eine Verschärfung vor, nämlich dass höchstens zehn Prozent des Gesamtvermögens in Forderungen nach Art. 53 Abs. 1 lit. b bei einem einzelnen Schuldner angelegt werden dürfen.

**5.3.** Würde man im vorliegenden Fall die Aktionäre als gewöhnliche Privatschuldner betrachten, ist angesichts der unbestrittenen, zahlenmässigen Aufstellung der gewährten Darlehen in der Replik der Beschwerdeführerin (act. 8, Seite 2) der aufgezeigte gesetzliche Maximalbetrag für diese Anlagen vor und nach dem 1. Januar 2009 für jeden einzelnen Darlehensschuldner jedenfalls nicht erreicht. Soweit Art. 9.2 Abs. 4 Satz 2 des Reglements lautet, dass Darlehen gegenüber

Aktionären der C.\_\_\_\_\_AG nur gegen Sicherheit zu gewähren sind und als Sicherheit auch Aktien der C.\_\_\_\_\_AG genügen, wäre diese Reglements-bestimmung – soweit sie gesetzeskonform ausgelegt wird – unter dem hier angenommenen Blickwinkel (der auch dem Standpunkt der Beschwerdeführerin entspricht) nicht zu beanstanden und müsste die Beschwerde gutgeheissen werden.

## 6.

**6.1.** Streitig ist aber, ob die genannten Darlehen stattdessen – entsprechend dem Standpunkt der Vorinstanz – als ungesicherte Anlagen beim Arbeitgeber nach Art. 57 BVV 2 gelten, welche verschärften Anlagevorschriften unterliegen. Die Problematik solcher Anlagen liegt für den Arbeitnehmer in der Kumulation von Risiken im Falle finanzieller Schwierigkeiten seines Arbeitgebers: im Falle dessen Konkurses verliert der Arbeitnehmer sowohl seine Stelle als auch einen Teil seiner zweiten Säule. Deshalb werden sie als Anlagen mit einem erhöhten Risiko betrachtet. Im Verlaufe der Jahre sind die diesbezüglichen Bestimmungen denn auch kontinuierlich verschärft worden, nämlich in den Jahren 1993, 2004 und zuletzt 2008 (IVAR MENTHA in: Schneider /Geiser/Gächter, Handkommentar zum BVG und FZG, Art. 71, N. 90 ff.). So darf das Vermögen, vermindert um Verbindlichkeiten und passive Rechnungsabgrenzungen, nicht ungesichert beim Arbeitgeber angelegt werden, soweit es zur Deckung der Freizügigkeitsleistungen sowie zur Deckung der laufenden Renten gebunden ist (= gebundenes Vermögen) (Abs. 1), und dürfen ungesicherte Anlagen und Beteiligungen beim Arbeitgeber zusammen 5 Prozent des Vermögens nicht übersteigen (= ungebundenes Vermögen) (Abs. 2). Sodann müssen die Ansprüche gegen den Arbeitgeber wirksam und ausreichend sichergestellt werden (Art. 58 Abs. 1 BVV 2).

**6.2.** Die Parteien sind sich allerdings über den Begriff des "Arbeitgebers" in Art. 57 BVV 2 uneinig. Während auf der einen Seite die Vorinstanz zwar nicht bestreitet, dass es diesbezüglich keine Legaldefinition des Arbeitgebers gibt, aber auf Randziffer 17 der Swiss GAAP FER 26 verweist, wonach "alle mit dem Arbeitgeber wirtschaftlich oder finanziell verbundenen juristischen/natürlichen Personen (massgebliche Beherrschung durch den Arbeitgeber)" (vgl. act. 6/6) unter den Anlagen beim Arbeitgeber zu subsumieren sind, ist auf der anderen Seite diese Auslegung für die Beschwerdeführerin geradezu willkürlich.

### 6.3.

**6.3.1.** Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der Wortlaut der Bestimmung. Vom klaren, das heisst eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut darf nur ausnahmsweise abgewichen werden, unter anderem dann nämlich, wenn triftige Gründe dafür vorliegen, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Norm wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung, aus ihrem Grund und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit andern Vorschriften ergeben (BGE 137 V 167 E. 3.1).

**6.3.2.** Der Begriff "Arbeitgeber" in Art. 57 BVV 2 ist bisher soweit ersichtlich weder in den Materialien, noch in der Lehre oder Rechtsprechung näher definiert oder umschrieben worden, da nie ein Zweifel über dessen Gehalt bestanden zu haben scheint. Es war und ist stets von Anlagen "beim Arbeitgeber" die Rede und wurde und wird damit implizite angenommen, es handle sich um Anlagen direkt beim angeschlossenen Arbeitgeber respektive bei der Stifterfirma als juristische Person, so etwa anlässlich der ersten Verschärfung der Anlagevorschriften vom 1. Juni 1993 (vgl. BSV-Mitteilungen über die berufliche Vorsorge Nr. 25 vom 26. Juli 1993, Nr. 155), der zweiten Revision vom 24. März 2004 (vgl. BSV-Mitteilungen über die berufliche Vorsorge Nr. 72 vom 8. April 2004, N. 426) oder der dritten, nochmals verschärfenden Revision vom 19. September 2008 (vgl. BSV-Mitteilungen über die berufliche Vorsorge Nr. 108 vom 23. Oktober 2008, N. 665). Ebenso wird in der Lehre unmittelbar auf den nicht in Frage gestellten Begriff "Arbeitgeber" abgestellt und damit zusammenhängend auf dessen eigene Bonität bei der Beurteilung der Vermögensanlage oder auf dessen eigene Sanierungsbedürfnis bei der Frage eines ausnahmsweise zu bewilligenden Forderungsverzichtes (ISABELLE VETTER-SCHREIBER, BVG-Kommentar, Zürich 2009, BVV 2 N. 2 und 3). Weitere Hinweise in der Lehre betreffen etwa indirekte Formen der Finanzierung des Arbeitgebers (und nicht von ihm nahestehenden Personen) wie die fehlende Einzahlung dessen reglementarischer Beiträge, indem hierfür in Art. 58 a Abs. 1 BVV 2 eine Meldepflicht der Vorsorgeeinrichtung statuiert wurde (IVAR MENTHA in: Schneider/Geiser/Gächter, Handkommentar zum BVG und FZG, Art. 71, N. 100). In weiteren Praxis-Beiträgen zur Thematik ist schlicht von "Anlagen beim Arbeitgeber" die Rede (z. Bsp. BRUNO CHRISTEN in: Schweizer Personal Vorsorge 08 04, S. 5). Schliesslich lässt sich aus der Rechtsprechung nichts anderes ableiten. Die Fälle eines problematischen Klumpenrisikos bezogen sich stets auf Anlagen bei

rechtlich klar umrissenen Arbeitgebern (BGE 132 II 144) oder dann ging es um die Bonität der Arbeitgeberfirma im Zeitpunkt der Darlehensgewährung an diese selbst (Urteil des BGer vom 31. Mai 2010 9C\_997/2009 E. 5 mit Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung). Insgesamt ergibt sich aus dieser Übersicht, dass die Auslegung der Vorinstanz sich weder auf den unmittelbaren Wortlaut von Art. 57 BVV 2 noch auf die Materialien oder auf die einschlägige Lehre und Rechtsprechung zu dieser Bestimmung abstützen kann.

#### **6.4.**

**6.4.1.** Die einzige Quelle, welche die Vorinstanz zur Stützung ihrer Auffassung nennt, ist die zitierte Auslegung der "Swiss GAAP FER 26". Bei diesen handelt es sich um anerkannte Fachempfehlungen für die Rechnungslegung bei Vorsorgeeinrichtungen. Wie die Beschwerdeführerin zu Recht ausführt, können sie von den Behörden im Rahmen der Rechtsanwendung als Hilfsmittel im Sinne allgemein anerkannter kaufmännischer Grundsätze herangezogen werden, bilden aber keine gesetzliche Grundlage. Die genannte Fachempfehlung weitete den Begriff Arbeitgeber (respektive die "Anlagen" beim Arbeitgeber, was missverständlich ist) wie erwähnt auf alle mit diesem wirtschaftlich oder finanziell verbundenen juristischen/natürlichen Personen aus, und zwar wenn sie vom Arbeitgeber massgeblich beherrscht werden. Aktionäre werden auch von der Swiss GAAP FER 26 dabei nicht erwähnt.

**6.4.2.** Diese Formulierung, welche ansonsten nirgends im Zusammenhang mit Art. 57 BVV 2 verwendet wird, kommt allerdings dem im Rahmen der sogenannten BVG-Strukturreform per 1. August 2011 eingeführten Art. 51c BVG nahe, welcher neu die Rechtsgeschäfte der Vorsorgeeinrichtung mit Nahestehenden insbesondere in dessen Abs. 2 und 3 wie folgt regelt:

<sup>2</sup> Rechtsgeschäfte der Vorsorgeeinrichtung mit Mitgliedern des obersten Organs, mit angeschlossenen Arbeitgebern oder mit natürlichen oder juristischen Personen, welche mit der Geschäftsführung oder der Vermögensverwaltung betraut sind, sowie Rechtsgeschäfte der Vorsorgeeinrichtung mit natürlichen oder juristischen Personen, die den vorgenannten Personen nahestehen, sind bei der jährlichen Prüfung der Jahresrechnung gegenüber der Revisionsstelle offenzulegen.

<sup>3</sup> Die Revisionsstelle prüft, ob in den offen gelegten Rechtsgeschäften die Interessen der Vorsorgeeinrichtung gewahrt sind.

In der bundesrätlichen Botschaft (vgl. BBl 2007 5697 f.) werden diese Bestimmungen wie folgt kommentiert:

*Ein generelles Verbot von gewissen, als heikel einzustufenden Geschäften mit Nahestehenden erweist sich jedoch als nicht durchführbar, da keine genügend präzisen Tatbestände gefunden werden können. Oftmals kann bei zwei praktisch identischen Konstellationen der eine Fall absolut erwünscht sein und der andere Fall verpönt sein. Insbesondere bei Rechtsgeschäften mit dem Arbeitgeber ergibt sich diese Unterscheidungsproblematik: Wenn die Vorsorgeeinrichtung bspw. mit dem Arbeitgeber, resp. dem Finanzchef des Arbeitgebers, einen Vermögensverwaltungsvertrag abschliesst, können Synergien und internes Know-how genutzt werden. Auf der anderen Seite besteht die Gefahr, dass für die Vermögensverwaltung vom Arbeitgeber zu hohe Kosten verlangt werden. Ähnliche Probleme ergeben sich bei Liegenschaftsverkäufen: ....*

*Somit muss der Tatbestand der als heikel eingestuften Rechtsgeschäfte relativ offen formuliert werden und eine Prüfung für den konkreten Einzelfall vorgesehen werden. Diese Prüfung erfolgt durch die Revisionsstelle. Entgegen den ersten Vorschlägen wird jedoch auf eine Vorabprüfung der Rechtsgeschäfte mit Nahestehenden verzichtet. Das Prozedere einer Vorabprüfung wäre sehr aufwendig, kostenintensiv und letztlich auch der Rechtssicherheit abträglich. Aus diesen Gründen werden gemäss Absatz 2 Rechtsgeschäfte mit Mitgliedern des obersten Organs, mit angeschlossenen Arbeitgebern oder mit natürlichen oder juristischen Personen, welche mit der Verwaltung oder der Vermögensanlage betraut sind mit den vorgenannten Personen nahe stehenden Personen und Institutionen bei der Vorlage der Jahresrechnung der Revisionsstelle vorgelegt werden, welche sodann von Fall zu Fall die Ausgewogenheit des Vertragsverhältnisses zu prüfen hat. Als nahe stehende Personen gelten Ehegatten, Verwandte und wirtschaftlich beherrschte Gesellschaften. Stellt die Revisionsstelle fest, dass ein Rechtsgeschäft mit Nahestehenden missbräuchlich oder zu marktunüblichen Konditionen erfolgt ist, meldet sie dies der zuständigen Aufsichtsbehörde. Dies hat im Rahmen ihrer Aufsichtsmittel die nötigen Massnahmen zu ergreifen (Absatz 3).*

Diese neue Bestimmung ist zwar auf die vorliegende Streitsache nicht direkt anwendbar, da sie erst nach dem Erlass der angefochtenen Verfügung eingeführt worden ist. Immerhin kann sie im Zusammenhang mit der gesetzeskonform anzuwendenden Reglementsbestimmung in der Zukunft relevant sein und beleuchtet, dass Rechtsgeschäfte von Vorsorgeeinrichtungen mit Personen, welche dem Arbeitgeber nahestehen, aber mit diesem juristisch nicht deckungsgleich sind, vom Gesetzgeber separat geregelt werden, was darauf hinweist, dass es sich aus seiner Sicht um unterschiedliche Tatbestände handelt, für die auch eine unterschiedliche Vorgehensweise vorgesehen wird: während für die Anlagen beim Arbeitgeber von Beginn weg klare Begrenzungsvorschriften bestehen, soll bei den Rechtsgeschäften mit Nahestehenden die Revisionsstelle die konkreten Auswirkungen jeweils im Einzelfall prüfen, und nicht vorgängig generell-abstrakt.

**6.5.** Sollte der Wortlaut des in Art. 57 BVV 2 verwendeten Begriffs des Arbeitgebers noch Zweifel offenlassen, ergibt sich aus der ratio legis der Bestimmung auch kein anderes Bild. Sinn und Zweck dieser Vorschrift kann nur sein, direkte Anlagen wie Darlehensgewährungen unmittelbar beim angeschlossenen Arbeitgeber einzuschränken, um die bereits erwähnten Nachteile des Klumpenrisikos für die betroffenen Arbeitnehmer zu verhindern. Nur wenn der Arbeitgeber von einem Aktionär beherrscht würde, könnte sich die Frage stellen, ob ein Darlehen an ihn analog der Durchgriffs-Rechtsprechung als Anlage beim Arbeitgeber betrachtet werden müsste. Dies ist vorliegend nicht der Fall. Die Darlehen werden unter bestimmten Voraussetzungen an einige Aktionäre als Privatpersonen gewährt. Die Sicherstellung dieser Darlehen mit Aktien des Arbeitgebers kann nicht als ungesicherte Anlage beim Arbeitgeber bezeichnet werden.

**6.6.** Insgesamt ergibt sich, dass die reglementarischen Bestimmungen der Beschwerdeführerin nicht zu beanstanden sind, jedenfalls wenn sie gesetzeskonform ausgelegt werden.

Aus diesen Erwägungen folgt, dass die Beschwerde gutzuheissen und die angefochtene Verfügung aufzuheben ist.

## **7.**

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

**7.1.** Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei. Den Vorinstanzen werden allerdings keine Verfahrenskosten auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG sowie Art. 5 e contrario und Art. 6 Bst. b des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE], SR 173.320.2). Der obsiegenden Beschwerdeführerin wird der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 2'000.-- zurückerstattet.

**7.2.** Da der nicht anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin nur verhältnismässig geringe Kosten entstanden sind, ist von der Zusprechung einer Parteientschädigung abzusehen (Art. 64 Abs. 1 VwVG in Verbindung mit Art. 7 Abs. 1 und 4 VGKE).

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

**1.**

Die Beschwerde wird gutgeheissen und die angefochtene Verfügung vom 3. September 2009 wird aufgehoben.

**2.**

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt. Der Beschwerdeführerin wird der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 2'000.-- zurückerstattet.

**3.**

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. NSZ-1031; Gerichtsurkunde)
- das Bundesamt für Sozialversicherungen

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Philippe Weissenberger

Jean-Marc Wichser

**Rechtsmittelbelehrung:**

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

Versand: