

Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung III
C-2427/2006
{T 0/2}

Urteil vom 23. April 2008

Besetzung

Richter Alberto Meuli (Vorsitz), Richter Francesco Parrino, Richter Stefan Mesmer,
Gerichtsschreiber Jean-Marc Wichser.

Parteien

X. _____ AG,
Beschwerdeführerin,

gegen

Amt für Sozialversicherung und Stiftungsaufsicht,
Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion,
des Kantons Bern, Forelstrasse 1, 3072 Ostermundigen,
Vorinstanz,

Gegenstand

Rückzahlung eines Darlehens bei der Arbeitgeberfirma.

Sachverhalt:**A.**

Mit Verfügung vom 8. Juni 2006 wies das Amt für Sozialversicherung und Stiftungsaufsicht des Kantons Bern (nachfolgend das ASVS oder die Vorinstanz) die X._____AG in Thun (nachfolgend die Stiftung oder die Beschwerdeführerin) an, die per 31. Dezember 2005 ausgewiesene Darlehensschuld in der Höhe von Fr. 148'289.70 von der Z._____AG (nachfolgend die Stifterfirma) zur Rückzahlung zu kündigen; diese Anweisung verknüpfte das ASVS einerseits mit der Frist, ihm innert 30 Tagen ab Rechtskraft der Verfügung einen Abzahlungsplan einzureichen und andererseits mit der Androhung, dass bei Nichteinhaltung der Anweisung aufsichtsrechtliche Massnahmen ergriffen werden könnten.

Als Begründung führte das ASVS im Wesentlichen an, dass die Stiftung zum Einen der Stifterfirma im Jahre 2000 ein Darlehen in der Höhe von Fr. 70'000.-- gewährt und zum Andern im Jahre 2002 freie Stiftungsmittel zur Bezahlung von ordentlichen BVG-Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträgen in der Höhe von Fr. 96'143.70 verwendet habe, wobei die Lohnabzüge bei den Arbeitnehmern laut Auskunft der Kontrollstelle dennoch vorgenommen worden seien. Jedenfalls wies die Stiftung in ihrer revidierten Bilanz per 31. Dezember 2002 ein Darlehen an die Stifterfirma von gesamthaft Fr. 166'143.70 aus. Dieses Darlehen ist in der Folge per 31. Dezember 2005 auf Fr. 148'289.70 reduziert worden, was 74.5 Prozent des Gesamtvermögens entspreche. Die Kontrollstelle habe jeweils zu den Jahresabschlüssen 2002 bis 2005 bestätigt, dass das Darlehen bei der Stifterfirma als Schuld an die Stiftung ausgewiesen sei. Bereits im Jahre 2003 habe das ASVS die Jahresrechnungen 2000 und 2001 mit der Auflage genehmigt, dass das ungesicherte Darlehen zur Rückzahlung gekündigt oder sichergestellt werden müsse. Trotz Mahnungen sei das Darlehen jedoch nie zurückgezahlt worden, obwohl die Zuwendung von Vorsorgegeldern zur Sanierung der Stifterfirma unzulässig sei. Die heute gemäss Art. 57 Abs. 2 der Verordnung über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 18. April 1984 (BVV 2, SR 831.441.1) zulässige Höhe für ungesicherte Anlagen beim Arbeitgeber von 5 Prozent sei massiv überschritten. Mit Blick auf die bevorstehende Liquidation der Stiftung sei das Darlehen deshalb vollumfänglich zurückzuzahlen.

B.

Gegen die Verfügung des ASVS vom 8. Juni 2006 erhob die Stiftung bei der Eidgenössischen Beschwerdekommision der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (nachfolgend die Eidg. Beschwerdekommision BVG) Beschwerde und beantragte die Aufhebung der angefochtenen Verfügung sowie die Feststellung, dass die Stiftung gegen die Stifterfirma keinen Anspruch habe (Hauptbegehren 1), die Sistierung des Verfahrens, bis die Stifterfirma schriftlich bestätigt habe, dass sie allen damaligen Arbeitnehmenden die vom Lohn abgezogenen BVG-Beiträge ausbezahlt habe (Hauptbegehren 2) und die Ansetzung einer Rückzahlungsfrist von 5 Jahren, falls die Beschwerdeinstanz auf eine Rückzahlungspflicht erkennen würde (Eventualbegehren).

Die Beschwerdeführerin machte dabei im Wesentlichen geltend, dass der Stiftungsrat sich nach den katastrophalen Jahresabschlüssen 1998 und 1999 und den sehr schwierigen Zeiten von 2000 bis 2004 mit aller Kraft um das Überleben der Stifterfirma gekümmert habe, was ihm dank enormem Einsatz auch gelungen sei; wäre dies nicht der Fall gewesen, wären auch alle aus der Stiftung verwendeten Mittel im Konkurs der Stifterfirma verloren gewesen. Die Beschwerdeführerin bestritt nicht, dass sie nach dem Aufbrauchen der Arbeitgeberbeitragsreserven der Stifterfirma im Jahre 2000 ein Darlehen von Fr. 70'000.-- zur Begleichung von obligatorischen BVG-Zahlungen gewährt habe und dass der Stiftungsrat im Jahre 2002 insgesamt Fr. 96'143.70 aus Stiftungsmitteln für Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeitragszahlungen der Stifterfirma verwendet habe; dies sei jedoch gestützt auf die schriftlich bekundete Aussage eines Rechtsexperten für berufliche Vorsorge vom 24. Juli 2000 geschehen. Danach sei es zulässig, laufende BVG-Beiträge über die Stiftung zu bezahlen, wenn dies der Stiftungsrat so beschlossen habe. Die Gelder seien zudem stiftungszweckkonform für BVG-Beitragszahlungen verwendet worden; denn gemäss Ziffer 2.2 der Stiftungsurkunde vom 27. Februar 1996 dürften auch Beiträge für Sondermassnahmen an den Sicherheitsfonds und Prämienzahlungen an andere steuerbefreite Vorsorgeeinrichtungen geleistet werden, wobei eine Einschränkung auf die Arbeitgeberbeitragsreserve in dieser Bestimmung nicht enthalten sei. Die Qualifikation als Darlehen sei lediglich auf Druck des ASVS vorgenommen worden. Im Übrigen wolle die Stifterfirma den Angestellten die damals abgezogenen und nicht weitergeleiteten Lohnabzüge nachzahlen, was den Sistierungsantrag (Hauptbegehren 2) begründe. Schliesslich seien

die Argumente der Beschwerdeführerin vor Erlass der angefochtenen Verfügung nicht gebührend beachtet worden, was eine Verletzung des rechtlichen Gehörs darstelle.

C.

Mit Vernehmlassung vom 16. Oktober 2006 beantragte die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde. Dies begründete sie im Wesentlichen unter Verweis auf die Begründung der angefochtenen Verfügung und damit, dass die Beschwerdeführerin zwar statutarisch berechtigt sei, Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträge aus dem freien Stiftungsvermögen an andere steuerbefreite Vorsorgeeinrichtungen zu leisten, dies aber nur ein unbedeutender Teilzweck sei und ohnehin nicht zum Tragen komme, da die Beitragsparität nicht eingehalten worden sei. Die Beschwerdeführerin wolle diese Beitragsparität nun nachträglich wieder herstellen, was auch aus steuerrechtlicher Hinsicht nicht unproblematisch sei. Abgesehen davon sei es eine Schutzbehauptung, den Abzug der Lohnanteile als Irrtum abzutun, zumal die Beschwerdeführerin im Oktober 2003 deutlich erklärt habe, dass es zur Zeit nicht möglich sei, sowohl Arbeitgeber- wie auch Arbeitnehmerbeiträge zu begleichen und dass die Stifterfirma darauf angewiesen sei, das Geld zur eigenen wirtschaftlichen Entlastung für die Entrichtung der Arbeitgeberbeiträge verwenden zu können. Es sei auch fragwürdig, die Qualifikation als Darlehen in den revidierten Bilanzen nachträglich in Frage zu stellen. Des Weiteren sei das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin in keiner Weise verletzt worden. Die Vorinstanz habe ersichtlich gemacht, von welchen Überlegungen sie sich leiten liess. Im Übrigen würde ein allfälliger Abzahlungsplan gebührend gewürdigt werden, wobei 5 Jahre eine verhältnismässig lange Zeitspanne sei.

D.

Mit Replik vom 5. Januar 2007 modifizierte die Beschwerdeführerin ihr erstes Rechtsbegehren dahingehend, dass festzustellen sei, dass sie gegen die Stifterfirma keinen Anspruch auf den die Summe von Fr. 70'000.-- übersteigenden Betrag habe. Hingegen bestätigte sie ihre anderen Begehren. Sie verwies sodann auf die Begründung ihrer Beschwerde und machte zudem im Wesentlichen geltend, dass sie nicht den im Jahre 2000 gewährten Darlehensbetrag von Fr. 70'000.-- bestreite, sondern die Unzulässigkeit des im Jahre 2002 überwiesenen Betrages von gesamthaft Fr. 96'143.70. Des Weiteren werde das Thema der temporären Beitragsreduktionen bzw. Beitragsbefreiungen zur Entlastung des Arbeitgebers in der Lehre intensiv diskutiert. Im Übr-

gen wies sie darauf hin, dass sie zur Zeit keine Destinatäre mehr habe, aber beim Ableben eines Begünstigten einer Leibrente in den Genuss einer Rückgewähr kommen könnte.

E.

Mit Duplik vom 21. Juni 2007 bestätigte die Vorinstanz das mit ihrer Vernehmlassung vom 16. Oktober 2006 gestellte Rechtsbegehren mit Begründung. Zudem führte sie im Wesentlichen aus, dass die fehlende Einhaltung der Beitragsparität bei der Verwendung des noch strittigen Darlehensbetrages aus dem Stiftungsvermögens mehrfach aufgezeigt worden sei und die zulässige Höhe der ungesicherten Anlage bei der Stifterfirma auch mit der teilweisen Rückzahlung von Fr. 70'000.-- immer noch massiv überschritten sei. Im Übrigen sei ein Zusammenhang zwischen der von der Beschwerdeführerin erwähnten Begünstigtenklausel aus einer Leibrentenverpflichtung mit Rückgewähr und dem vorliegenden Rechtsstreit nicht zu erkennen.

F.

Auf die Ausführungen der Parteien wird – sofern erforderlich – in den folgenden Erwägungen näher eingegangen.

G.

Den mit Zwischenverfügung vom 22. Januar 2007 vom zuständigen Instruktionsrichter des Bundesverwaltungsgerichts - welches inzwischen das Verfahren per 1. Januar 2007 übernommen hatte - geforderten Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 2'000.-- hat die Beschwerdeführerin fristgemäss überwiesen.

H.

Mit Verfügung vom 28. Januar 2008 teilte der Instruktionsrichter der Beschwerdeführerin die Zusammensetzung des Spruchkörpers mit. Bis heute sind keine Ausstandsbegehren eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom

20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Dazu gehören die Verfügungen der Aufsichtsbehörden im Bereiche der beruflichen Vorsorge nach Art. 74 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die beruflichen 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.

1.2 Das Bundesverwaltungsgericht übernimmt, sofern es zuständig ist, die Beurteilung der am 1. Januar 2007 bei den Eidgenössischen Rekurs- oder Schiedskommissionen oder bei den Beschwerdediensten der Departemente hängigen Rechtsmittel. Das neue Verfahrensrecht ist anwendbar (vgl. Art. 53 Abs. 2 VGG).

2.

Anfechtungsgegenstand des vorliegenden Verfahrens ist der Verwaltungsakt des Amtes für Sozialversicherung und Stiftungsaufsicht des Kantons Bern vom 8. Juni 2006, welcher eine Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VwVG darstellt. Die Beschwerdeführerin hat frist- und formgerecht (Art. 50 und 52 VwVG) Beschwerde erhoben. Sie hat vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen, ist durch die Verfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Änderung oder Aufhebung (Art. 48 Abs. 1 lit. a, b und c VwVG). Nachdem auch der vom Bundesverwaltungsgericht geforderte Kostenvorschuss fristgerecht geleistet wurde, ist auf das ergriffene Rechtsmittel grundsätzlich 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).

4.

4.1

4.1.1 Die Beschwerdeführerin wendet sich gegen die Auflage der Vorinstanz, von der Stifterfirma einen Betrag zurückzufordern, der in deren Bilanz per 31. Dezember 2005 gemäss Bestätigung der Kontrollstelle vom 31. März 2006 (vgl. act. 1) in der Höhe von Fr. 148'289.70

als Schuld an die Beschwerdeführerin ausgewiesen wird; mit ihrer Replik allerdings hat sie ihr Begehren auf den Betrag reduziert, der eine nicht bestrittene Darlehensschuld von Fr. 70'000.-- übersteigt. Damit ist der Teilbetrag von Fr. 70'000.-- nicht mehr bestritten und kann die entsprechende Änderung des Rechtsbegehrens in der Replik als teilweisen Rückzug der Beschwerde qualifiziert werden.

4.1.2 Streitig ist demnach noch die Frage, ob die Beschwerdeführerin angehalten werden kann, von der Stifterfirma auch den Betrag von Fr. 78'289.70 zurückzufordern, welchen Betrag die Beschwerdeführerin statutenkonform für BVG-Beitragszahlungen zur Entlastung der Stifterfirma verwendet haben will. Die Vorinstanz ihrerseits qualifiziert diesen Betrag als unzulässige Zuwendung von Vorsorgegeldern zur Sanierung der Stifterfirma, welche Zuwendung quantitativ den gesetzlich vorgegebenen Rahmen für ungesicherte Anlagen bei der Stifterfirma massiv überschritten habe und mindestens in angemessenen Raten zurückzuzahlen sei. Mit anderen Worten stellt sich formell die Frage, ob die Vorinstanz zur Anordnung einer solchen Auflage berechtigt war und materiell, ob die Beschwerdeführerin berechtigt war, aus ihrem Vermögen Beiträge der Stifterfirma auszurichten.

4.2

4.2.1 Die gerügte Auflage ordnete die Vorinstanz im Rahmen ihrer Aufsichtsaufgabe gemäss Art. 62 Abs. 1 BVG an, wonach sie darüber zu wachen hat, dass die Vorsorgeeinrichtung die gesetzlichen Vorschriften einhält, indem sie insbesondere die Übereinstimmung der reglementarischen Bestimmungen mit den gesetzlichen Vorschriften prüft (lit. a), von den Vorsorgeeinrichtungen periodisch Berichterstattung fordert, namentlich über die Geschäftstätigkeit (lit. b), Einsicht in die Berichte der Kontrollstelle und des Experten für berufliche Vorsorge nimmt (lit. c) sowie die Massnahmen zur Behebung von Mängeln trifft (lit. d) und Streitigkeiten betreffend das Recht der versicherten Person auf Information beurteilt (lit. e).

4.2.2 Gemäss Art. 62 Abs. 1 lit. d BVG trifft die Aufsichtsbehörde die Massnahmen zur Behebung von Mängeln. Hierzu stehen ihr repressive und präventive Aufsichtsmittel zur Verfügung. Mittels des repressiven Handelns soll der rechtmässige Zustand wieder hergestellt werden und die präventiven Mittel sind darauf ausgelegt, gesetzes- und statutenwidriges Verhalten der Pensionskasse durch eine laufende Kontrolle ihrer Geschäftstätigkeit zu verhindern. Bei den präventiven Auf-

sichtsmitteln ist eine Teilnahme an der Willensbildung der Verwaltungsorgane begrifflich nicht vorausgesetzt. Eine allgemeine und voraussetzungslose Einflussnahme bereits auf das Zustandekommen von Entscheidungen und Handlungen der Vorsorgeeinrichtungen sowie die voraussetzungslose und allgemeine Beschränkung der Verfügung über deren Vermögen sind verboten. Die Willensbildung der Vorsorgeeinrichtung ist vielmehr Sache der Vorsorgeeinrichtung bzw. deren Organe. Aufsichtsmittel, die bereits das Zustandekommen von Handlungen der Vorsorgeeinrichtung unmittelbar beeinflussen oder sich gar an diesen beteiligen, verletzen den verwaltungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismässigkeit und bei Vorsorgeeinrichtungen, insbesondere bei jenen in der Rechtsform der Stiftung das von der Privatautonomie abgeleitete Prinzip der Stifterfreiheit (ISABELLE VETTER-SCHREIBER, Staatliche Haftung bei mangelhafter BVG-Aufsichtstätigkeit, Zürich 1996, S. 61 f.; CHRISTINA RUGGLI, Die behördliche Aufsicht über Vorsorgeeinrichtungen, Basel 1992, S. 62 f.).

4.2.3 Als repressive Aufsichtsmittel kommen unter anderem in Frage: die Mahnung pflichtvergessener Organe, das Erteilen von Weisungen oder Auflagen, soweit die Vorsorgeeinrichtung keinen Ermessensspielraum hat, die Aufhebung und Änderung von Entscheiden oder Erlassen der Stiftungsorgane, wenn und soweit diese gesetzes- oder urkundenwidrig sind, die Abberufung und Neueinsetzung von Stiftungsorganen und Liquidatoren, die Ersatzvornahme durch Dritte auf Kosten der Stiftung oder die Einsetzung eines Beistandes oder eines interimistischen Stiftungsrates unter gleichzeitiger Enthebung des ordentlichen Stiftungsrates (ISABELLE VETTER-SCHREIBER, a.a.O., S. 63 ff.; CHRISTINA RUGGLI, a.a.O., S. 111 ff.). Die Aufzählung ist nicht abschliessend. Auf Grund der gesetzlichen Bestimmungen steht fest, dass die Aufsichtsbehörde bloss dann mittels Massnahmen repressiv eingreifen kann, falls sie im Handeln der Vorsorgeeinrichtung einen Verstoß gegen gesetzliche oder statutarische Vorschriften erkennt. Die Aufsichtstätigkeit ist mithin als eine Rechtskontrolle ausgestaltet (ISABELLE VETTER-SCHREIBER, a.a.O., S. 33f.; CARL HELBLING, Personalvorsorge und BVG, 8. Auflage, Bern 2006, S. 667). Damit liegt nicht schon dann ein Mangel vor, wenn die Aufsichtsbehörde in einer Sache anders entschieden hätte als die Vorsorgeeinrichtung. Demgemäss hat die Aufsichtsbehörde zu beachten, dass der Vorsorgeeinrichtung ein Ermessen zusteht. Dabei ist Letztere an den vorgegebenen rechtlichen Rahmen gebunden und sie muss die allgemeinen Rechtsprinzipien beachten. Des Weiteren muss sie ihr Ermessen gestützt auf die sachlich nahe

liegenden Kriterien und den Verhältnissen des Einzelfalls angemessen und damit zweckmässig ausüben (THOMAS MERKLI/ARTHUR AESCHLIMANN/RUTH HERZOG, Kommentar zum bernischen VRPG, Bern 1997, N 24, 26 zu Art. 66 Abs. 1 VRPG).

4.2.4 Aus diesen Erwägungen erhellt, dass die Vorinstanz vorliegend formell befugt war, der Beschwerdeführerin die Auflage zu machen, von der Stifterfirma die Rückzahlung eines gewährten Darlehens zu fordern. Zu prüfen bleibt, ob diese Auflage auch materiell berechtigt war.

4.3

4.3.1 Mit dem Inkrafttreten des BVG hat der Gesetzgeber in Art. 331 Abs. 3 1. Satz OR vorgeschrieben, dass der Arbeitgeber, wenn der Arbeitnehmer Beiträge an eine Personalfürsorgeeinrichtung (Fassung seit dem 1. Januar 2005: Vorsorgeeinrichtung) zu leisten hat, verpflichtet ist, zur gleichen Zeit mindestens gleich hohe Beiträge wie die gesamten Beiträge aller Arbeitnehmer zu entrichten, und seine Beiträge aus eigenen Mitteln oder aus Beitragsreserven der Personalfürsorgeeinrichtung (Fassung seit dem 1. Januar 2005: Vorsorgeeinrichtung) erbringt, die von ihm vorgängig hiefür geäuftet worden und gesondert ausgewiesen sind. 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 (JÜRIG BRÜHWILER, Die betriebliche Personalvorsorge in der Schweiz, Bern 1989, S. 309, Rz. 25, und S. 456, Rz. 25; CARL HELBLING, Personalvorsorge und BVG, 8. Aufl, Bern/Stuttgart/Wien 2006, S. 194; HANS MICHAEL RIEMER, Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz, Bern 1985, S. 99 N 6). Es handelt sich um eine relativ zwingende Norm, von der durch Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag nicht zuungunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden darf (vgl. 362 Abs. 1 OR sowie BGE 127 V 301 E. 4 und Urteil 2A.605/2004, E. 2.2 des Bundesgerichts vom 26. April 2005).

Der Zweck der Neufassung von Art. 331 Abs. 3 OR beim Erlass des BVG war, die unter früherem Recht zulässige Entrichtung der Arbeitgeberbeiträge aus freien Stiftungsmitteln zu unterbinden (BGE 128 II 24 E. 3c und 4). Auch in der Lehre wird davon ausgegangen, dass auf Grund des klaren Wortlauts dieser Bestimmung aus den freien Mitteln einer Personalvorsorgestiftung weder Arbeitgeberbeiträge an diese selbst noch Arbeitgeberbeiträge an eine verbundene Vorsorgeeinrich-

tung erbracht werden dürfen, auch wenn dies die Stiftungsurkunde vorsieht (vgl. SILVAN LOSER, Rechtssituation in Bezug auf die Zulässigkeit der Verwendung von freien Stiftungsmitteln, SZS 2003, S. 405 f., mit zahlreichen Hinweisen zur Lehre und Rechtsprechung). Ebenso gilt dies für den Fall der gleichzeitigen Finanzierung von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträgen aus freien Stiftungsmitteln; als einzige Ausnahme wird die sogenannte Finanzierungsstiftung betrachtet, deren einziger Zweck die Alimentierung anderer Vorsorgeeinrichtungen ist (LOSER, a.a.O., S. 407).

4.3.2 Von der unzulässigen Finanzierung von Vorsorgebeiträgen zu unterscheiden sind temporäre Beitragsreduktionen für Arbeitgeber und Arbeitnehmer, welche unter gewissen Voraussetzungen zulässig sind. Jedenfalls zu beachten ist auch da die Beitragsparität, also der Umstand, dass von der temporären Beitragssenkung gestützt auf Art. 66 BVG auch die Arbeitnehmer profitieren sollen (vgl. BGE 128 II 24 E. 3E und 4; HANS-ULRICH STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Zürich 2005, N. 1452 S. 550). Vorausgesetzt wird bei solchen Beitragsreduktionen sodann die Festlegung dieser Möglichkeit in den Statuten, einen Beschluss des Stiftungsrates, die Sicherung der Vorsorgezwecke, die Fortschreibung der Freizügigkeitsleistungen und im Prinzip die Ausgestaltung der Vorsorgeeinrichtung nach dem Leistungsprimat, da dadurch nicht die Leistungen betroffen sind (LOSER, a.a.O., S. 409, STAUFFER, a.a.O., N. 1451/1452 S. 549).

4.3.3 Zu beachten ist schliesslich Art. 57 Abs. 2 BVV 2, wonach ungesicherte Anlagen beim Arbeitgeber 5 Prozent des Vermögens nicht übersteigen dürfen. Diese Bestimmung ist gemäss Schlussbestimmungen BVV 2 zur Änderung vom 24. März 2004 Abs. 2 ab dem 1. Januar 2006 auch für bestehende Anlagen anwendbar.

4.4

4.4.1 Im vorliegenden Fall ergibt sich, dass der Stiftungsrat am 21. Juni 2002 beschloss, das von einem Versicherten zurückbezahlte Darlehen in der Höhe von Fr. 60'000.-- auf das Konto „Arbeitgeberreserve“ (wohl eher Arbeitgeberbeitragsreserve) umzubuchen und sodann für die Bezahlung ausstehender BVG-Beiträge zugunsten der Stifterfirma zu verwenden (act. B 3/8). Diesem Vorgehen steht allerdings Art. 331 Abs. 3, 2. Halbsatz OR entgegen, wonach der Arbeitgeber seine Beiträge aus eigenen Mitteln oder aus Beitragsreserven der Vorsorgeeinrichtung, die *von ihm vorgängig* geäuft worden sind, erbringt. Es

kann nämlich wohl nicht ernsthaft bestritten werden, dass das zurück-bezahlte Darlehen von Fr. 60'000.-- nicht aus einer Arbeitgeberbeitragsreserve stammt, welche vorher geäufnet worden wäre, sondern aus freien Stiftungsmitteln. Eine nachträgliche Umbuchung wäre denn auch im Lichte der oben genannten zwingenden Gesetzesbestimmung unzulässig.

Von der Beschwerdeführerin nicht bestritten wird, dass der per 31. Dezember 2005 bestehende Saldo des Darlehenspostens von Fr.18'289.70 (148'289.70 abzüglich die nicht mehr im Streit liegenden Fr. 70'000.-- sowie die obigen Fr. 60'000.--) ebenfalls aus freien Stiftungsmitteln stammt und im November 2002 zur Bezahlung von Beiträgen verwendet worden ist, zumal die Arbeitgeberbeitragsreserve damals aufgebraucht war (act. B 3/9 sowie act. 4 und 5). Was für den weitergeleiteten Betrag von Fr. 60'000.-- gilt, ist auch für diesen Saldobetrag massgebend, nämlich dass diese Überweisung Art. 331 Abs. 3 OR verletzt.

4.4.2 Die Beschwerdeführerin wendet hier ein, dass die von der Vorinstanz gerügten Auszahlungen als temporäre Beitragsreduktionen resp. -befreiungen qualifiziert werden müssten, welche an sich zulässig seien und gemäss Lehre und Rechtsprechung Art. 331 Abs. 3 OR nicht entgegenstünden. Dem hält die Vorinstanz entgegen, dass jedenfalls die Beitragsparität nicht beachtet wurde, so dass es sich erübrige, die (restlichen) Voraussetzungen für die Annahme einer solchen Qualifikation zu prüfen. Die Beschwerdeführerin räumt ein, dass sie damals die Beitragsparität verletzt habe, indem die Lohnabzüge in der Hitze des Gefechts irrtümlich vorgenommen worden seien, was sie aber jetzt wieder gut machen wolle; deshalb beantragt sie auch eine Sistierung des vorliegenden Verfahrens, bis sie bestätigen kann, dass die Stifterfirma bei den ehemaligen, noch lebenden Arbeitnehmern den damaligen Fehler wieder ausgemerzt hat.

Im vorliegenden Verfahren ist jedoch einzig zu prüfen, ob die angefochtene Verfügung zum Zeitpunkt ihres Erlasses rechtmässig war. Sinn der Aussetzung eines Beschwerdeverfahrens kann nicht sein, einem Beschwerdeführer Zeit zu geben, um einen allenfalls unrechtmässigen Zustand wieder herzustellen, zumal nicht einmal sichergestellt ist, ob diese Wiederherstellung überhaupt noch möglich wäre. Abgesehen davon sind seit Einreichung der Beschwerde bereits anderthalb Jahre vergangen, ohne dass die Beschwerdeführerin bis zum heutigen

Zeitpunkt eine Rückbuchung zugunsten der ehemaligen Arbeitnehmer gemeldet hätte. Eine weitergehende Verzögerung des Verfahrens lässt sich auch deshalb nicht rechtfertigen, als weitere Voraussetzungen für die Annahme von temporären Beitragsreduktionen nicht erfüllt wären. So sehen die Statuten der Beschwerdeführerin auch im von ihr zitierten Art. 2.2 (Abs. 3 und 4) keineswegs klar vor, dass – nur temporäre – Beitragsreduktionen bzw. -befreiungen vorgesehen werden können. Die allgemeine, unpräzise Formulierung, es dürften – ohne zeitliche Beschränkung - „Beiträge“ für „Prämienzahlung“ geleistet werden, verletzt in dieser Form Art. 331 Abs. 3 OR.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Beschwerdeführerin die Beitragsparität zum Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung nicht beachtet hat, so dass die Bezahlung der Beiträge auch nicht rechtmässig waren, wenn man sie unter dem Gesichtswinkel einer Beitragsreduktion bzw. -befreiung betrachten würde; hierfür fehlte zudem eine genügende statutarische Grundlage.

4.4.3 Der Vollständigkeit halber zu erwähnen ist, dass die von der Beschwerdeführerin an die Stifterfirma gewährten Darlehen bzw. die von der Erstgenannten übernommenen Beitragszahlungen Art. 57 Abs. 2 BVV 2 entgegenstehen, zumal diese Leistungen als ungesicherte Anlagen beim Arbeitgeber zu qualifizieren sind (vgl. STAUFFER, a.a.O., N. 1513 S. 573) und sie die Limite von 5% überschreiten (vgl. E. 4.3.3 hiervor).

4.4.4 Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass die hauptsächlich verfügte Weisung der Vorinstanz, die per 31. Dezember 2005 ausgewiesene Darlehensschuld zur Rückzahlung zu kündigen, im noch bestrittenen Umfang von Fr. 78'289.70 zu bestätigen ist und die diesbezüglichen Beschwerdebegehren 1 und 2 abzuweisen sind.

4.5 Zu prüfen bleibt noch das Eventualbegehren der Beschwerdeführerin, wonach die Frist für eine Rückzahlung auf 5 Jahre festzulegen sei. Dieses Begehren wurde wohl im Zusammenhang mit der Weisung der Vorinstanz gestellt, innert 30 Tagen ab Rechtskraft ihrer angefochtenen Verfügung einen Abzahlungsplan einzureichen.

4.5.1 Im verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren sind grundsätzlich nur Rechtsverhältnisse zu überprüfen bzw. zu beurteilen, zu denen die zuständige Verwaltungsbehörde vorgängig verbindlich – in Form einer Verfügung – Stellung genommen hat. Insoweit bestimmt die

Verfügung den beschwerdeweise weiterziehbaren Anfechtungsgegenstand (BGE 131 V 164 E. 2.1 mit Hinweisen). Das verwaltungsgerichtliche Verfahren kann jedoch aus prozessökonomischen Gründen auf eine ausserhalb des Anfechtungsgegenstandes, das heisst ausserhalb des durch die Verfügung bestimmten Rechtsverhältnisses liegende spruchreife Frage ausgedehnt werden, wenn diese mit dem bisherigen Streitgegenstand derart eng zusammenhängt, dass von einer Tatbestandsgesamtheit gesprochen werden kann, und wenn sich die Verwaltung zu dieser Streitfrage mindestens in Form einer Prozessklärung geäussert hat (BGE 122 V 34 E. 2b mit Hinweisen).

4.5.2 Im vorliegenden Fall enthält die angefochtene Verfügung keine zeitliche Vorgaben für die Abzahlung der Darlehensschuld. Auch liegt keine ausdrückliche Prozessklärung der Vorinstanz zur Rückzahlungsfrist vor, dank welcher das Bundesverwaltungsgericht die Prüfung auf diese Frage aus prozessökonomischen Gründen erweitern könnte. Da eine solche Ausdehnung in casu nicht möglich ist, kann auf das Eventualbegehren nicht eingetreten werden.

4.6 Aus diesen Erwägungen folgt insgesamt, dass die Beschwerde teilweise infolge Rückzug als gegenstandslos abgeschrieben (vgl. E. 4.1 hiervor) und im Übrigen abgewiesen werden muss, soweit auf diese eingetreten werden kann.

5.

5.1 Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG kostenpflichtig. Die Verfahrenskosten sind gemäss dem Reglement vom 11. Dezember 2006 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) zu bestimmen. Sie werden auf Fr. 2'000.-- festgelegt.

5.2 Gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG kann die Beschwerdeinstanz der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene Kosten zusprechen. Allerdings steht der obsiegenden Vorinstanz gemäss Art. 7 Abs. 3 des Reglementes über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) keine Parteientschädigung zu.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit sie nicht zurückgezogen wurde und darauf eingetreten wird.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 2'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem in derselben Höhe geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.

3. Der obsiegenden Vorinstanz wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Gerichtsurkunde)
- dem Bundesamt für Sozialversicherungen

Der Abteilungspräsident:

Der Gerichtsschreiber:

Alberto Meuli

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 (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: >