



Urteil vom 12. Dezember 2013

Besetzung

Richter Beat Weber (Vorsitz),
Richter Stefan Mesmer, Richter Vito Valenti,
Gerichtsschreiber Urs Walker.

Parteien

A. _____ Pensionskasse, Z. _____,
vertreten durch Dr. iur. Hermann Walser, Rechtsanwalt,
Paulstrasse 5, 8610 Uster,
Beschwerdeführerin,

gegen

BVG- und Stiftungsaufsicht des Kantons Zürich (BVS),
Neumühlequai 10, Postfach, 8090 Zürich,
Vorinstanz.

Gegenstand

Auflagen zur Jahresrechnung 2008 (Verzinsung BVG-
Altersguthaben); Verfügung des Amtes für berufliche
Vorsorge und Stiftungen (BVS) vom 22. Juli 2011.

Sachverhalt:**A.**

Die A._____ Pensionskasse mit Sitz in Z._____ (nachfolgend Beschwerdeführerin) ist eine Stiftung im Sinne von Art. 80 ff. des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210) sowie Art. 48 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG, SR 831.40). Sie bezweckt die berufliche Vorsorge im Rahmen des BVG und seiner Ausführungsbestimmungen für die Arbeitnehmer der Firma "A._____ AG" in Z._____, und mit dieser wirtschaftlich oder finanziell eng verbundener Unternehmungen sowie für deren Angehörige und Hinterlassenen gegen die wirtschaftlichen Folgen von Alter, Tod und Invalidität; sie kann über die gesetzlichen Minimalleistungen hinaus weitergehende Vorsorge betreiben. Sie ist unter der Nummer ZH. [...] im Register für die berufliche Vorsorge eingetragen und untersteht der Aufsicht des Amtes für berufliche Vorsorge und Stiftungen des Kantons Zürich (nachfolgend Vorinstanz).

B.

Im Hinblick auf die künftige Entwicklung der Finanzmärkte und den aktuellen Deckungsgrad beschloss der Stiftungsrat mit Vorentscheid vom 21. November 2008 (B-act 1 Beilage 3, B-act. 8 Beilage 15) und anschliessend mit definitivem Zirkularbeschluss vom 18. Dezember 2008 (B-act. 8 Beilage 5) eine Nullverzinsung des gesamten Altersguthabens für das Rechnungsjahr 2008. Im Protokoll zur Sitzung vom 21. November 2008 wird ausgeführt, dass die Vorsorgeeinrichtung zwar noch relativ gut dastehe, dass aber absolut gesehen sie in den roten Bereich komme, welcher grundsätzlich Überlegungen zur Sicherung/Wiederherstellung des finanziellen Gleichgewichts nötig mache. In seinem Schreiben vom 17. Dezember 2008 (B-act. 8 Beilage 5) an die Stiftungsratsmitglieder begründete der Geschäftsführer der Pensionskasse die vorgeschlagene Nullverzinsung mit der eingeschränkten Risikofähigkeit, den fehlenden Anlageüberschüssen und den nicht vollständig geäufteten Wertschwankungsreserven. Die aktuell versicherten aktiven Personen hätten während der letzten Jahre von mit Anlageüberschüssen finanzierten hohen Altersgutschriften profitiert. Dies werde künftig nicht mehr möglich sein. Davon seien v. a. die Jüngeren betroffen. Die Nullverzinsung würde einen gewissen Ausgleich schaffen.

C.

Mit Verfügung vom 22. Juli 2011 – nach Abschluss eines Anzeigeverfahrens und nach erfolgter Korrespondenz zwischen der Vorinstanz und der Beschwerdeführerin zur Zulässigkeit der Nullverzinsung (B-act. 8 Beilage 5a, B-act. 1 Beilage 5, Beilage 2 S. 1 f.) – hob die Vorinstanz den Stiftungsratsbeschluss vom 18. Dezember 2008 betreffend "Nullverzinsung mit Anrechnungsprinzip" auf und forderte die Beschwerdeführerin auf, eine rechtskonforme Verzinsung des BVG–Altersguthabens für das Jahr 2008 zu beschliessen und in der Berichterstattung 2011 auszuweisen (B-act. 1 Beilage 2). Für die Verfügung erhob sie eine Gebühr von Fr. 1'000.-.

Als Begründung führte die Vorinstanz im Wesentlichen aus, die Beschwerdeführerin habe vorliegend sowohl die obligatorischen als auch die überobligatorischen Altersguthaben nicht verzinst, was zur Folge habe, dass nur der BVG-Anteil erhöht und der überobligatorische Anteil entsprechend reduziert werde, das gesamte Altersguthaben indes unverändert bleibe. Eine solche "Nullverzinsung mit Anrechnungsprinzip" sei nur im Falle einer Unterdeckung möglich, oder wenn durch diese Massnahme eine Unterdeckung hätte verhindert werden können (B-act. 1 Beilage 2 Ziff. 17). Der Deckungsgrad der Beschwerdeführerin habe Ende 2007 117,2% , Ende 2008 104,4% und Ende 2009 107,7% betragen, weshalb die Voraussetzungen für die Nullverzinsung – unter Hinweis auf die Entscheidung des Bundesgerichts B 61/05 (= BGE 132 V 278 ff.) sowie 9C_227/2009 – nicht vorgelegen hätten. Bis zum 30. Juni 2009 habe die Beschwerdeführerin vorzeitige Pensionierungen mitfinanziert, wovon etliche Mitarbeiter profitiert hätten. Zudem habe die Beschwerdeführerin mit der Aufhebung des Vorsorgeplans "vorzeitige Pensionierungen" bereits eine wirksame Sparmassnahme ergriffen, welche v. a. die älteren aktiven Mitarbeiter getroffen und die Auflösung von technischen Reserven zur Folge gehabt habe. Die Nullverzinsung treffe wiederum die älteren aktiven Versicherten, was dem Grundsatz eines ausgewogenen Sanierungskonzepts widerspreche. Das obligatorische BVG-Guthaben müsse deshalb zwingend verzinst werden, ohne Anrechnung des überobligatorischen Anteils. Zudem sei die beschlossene Nullverzinsung für die Vermeidung einer Unterdeckung nicht notwendig gewesen, da die Höhe der Wertschwankungsreserven Ende 2008 ca. Fr. 18 Mio. betragen hätten und die Kosten für die Verzinsung des obligatorischen Altersguthabens mit nur ca. Fr. 3 Mio. deutlich übertroffen hätten (S. 4). Die Auflösung der technischen Reserven in der Höhe von Fr. 16'752'926.- für die Finanzierung von vorzeitigen Pensionierungen habe schliesslich eine weniger

starke Senkung des Deckungsgrades auf 104,4% Ende 2008 zur Folge gehabt (S. 6).

D.

Dagegen erhob die A._____ Pensionskasse am 14. September 2011 Beschwerde. Sie beantragte die vollumfängliche Aufhebung der angefochtenen Verfügung unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Vorinstanz (B-act. 1).

In der Begründung führte die Beschwerdeführerin zunächst aus, der Beschluss sei vor dem Hintergrund getroffen worden, die absehbare Unterdeckung möglichst klein zu halten. Dass die Performance dann etwas besser ausgefallen sei als befürchtet und der Deckungsgrad Ende 2008 nicht unter 100% gefallen sei, sei im Zeitpunkt der Beschlussfassung noch nicht absehbar gewesen. Ferner beruhe das Leistungssystem der Beschwerdeführerin auf dem Anrechnungsprinzip, was sich aus Art. 15 Abs. 1 des Versicherungsreglements ergebe. Dort werde festgehalten, dass der gesetzliche Anspruch auf jeden Fall gewährleistet sei, wobei vor- und überobligatorische Leistungen, inkl. Anpassungen der BVG-Leistungen an die Teuerung, angepasst würden (B-act. S. 3). Die vorzeitigen Pensionierungen im Jahre 2009 seien nach der Aufhebung der Mitfinanzierung durch die Beschwerdeführerin praktisch ausschliesslich durch Arbeitgebereinlagen oder Zusatzleistungen aus der patronalen Fürsorge-stiftung finanziert worden und hätten mit der zu beurteilenden Nullverzinsung nichts zu tun (S. 4)

In rechtlicher Hinsicht machte die Beschwerdeführerin geltend, die Vorinstanz stütze sich bezüglich der Unzulässigkeit der Nullverzinsung bei einer Überdeckung zu Unrecht auf die Weisungen des Bundesrats vom 27. Oktober 2004 über Massnahmen zur Behebung von Unterdeckungen in der beruflichen Vorsorge. Diese Weisungen würden sich nicht zur Frage äussern, ob eine Nullverzinsung auch ohne Bestehen einer Unterdeckung zulässig sei. Diese Meinung werde auch von der Kammer der Pensionskassenexperten und von der Lehre vertreten (B-act. 1 S. 5). Anlässlich der Revision der ursprünglichen bundesrätlichen Weisungen aus dem Jahr 2003 habe man bewusst darauf verzichtet, ausdrücklich festzuhalten, dass eine Nullverzinsung mit Anrechnungsprinzip nur im Falle einer Unterdeckung zulässig sei. Das in diesem Zusammenhang von der Vorinstanz angesprochene Urteil des Bundesgerichts vom 28. April 2006, B. 61/05, auszugsweise publiziert in BGE 132 V 278 ff., äussere sich nicht zur hier vorliegenden Streitfrage; massgeblich seien indes die Er-

wägungen 4.6 dieses Urteils, wo das Gericht festhält, „..dass die Verzinsung, die auf dem überobligatorischen Sparkapital ausgerichtet wird, der finanziellen Lage der Kasse angepasst werden darf bzw. – im Interesse der nachhaltigen Sicherstellung des Vorsorgezwecks – muss. Denn bei einer Vorsorgeeinrichtung müssten Ausgaben und Einnahmen grundsätzlich im Gleichgewicht stehen. Zinsen könnten deshalb wirtschaftlich nur ausgerichtet werden, soweit die Verhältnisse auf dem Kapitalmarkt einen Vermögensertrag zulassen, es sei denn, es würden andere zusätzliche Einnahmen erschlossen (BGE 130 II 258 ff. E. 3.2)“. Dem von der Vorinstanz ins Recht gelegten Urteil des Bundesgerichts vom 25. September 2009 (9C_227/2009) ohne Leiturteilcharakter sei weniger Gewicht beizumessen, da es in Dreierbesetzung gefällt worden sei (B-act. 1 S. 7). Massgeblich seien die beiden neuen Leiturteile des Bundesgerichts, in denen beide Male die Gültigkeit des *Anrechnungsprinzips* im Gegensatz zum *Splitting-* bzw. *Kumulationsprinzip*s bestätigt werde (BGE 136 V 71 E. 3.7 und BGE 136 V 316 ff. E. 4.4). Die Nullverzinsung sei zudem im vorliegenden konkreten Fall – im Gegensatz zu den Ausführungen der Vorinstanz – angemessen gewesen, da im Zeitpunkt der Beschlussfassung aufgrund der äusserst schlechten Entwicklungen auf den Kapitalmärkten mit einer Negativperformance von 15% habe gerechnet werden müssen. Effektiv seien es schlussendlich nur 11% gewesen (B-act. 1 S. 8/9). Nach wie vor seien die Wertschwankungsreserven nicht genügend geäufnet. Bisher seien die notwendigen Altersgutschriften z.T. über Anlageerträge finanziert worden, wodurch alle Versicherten durch niedrigere Beiträge profitiert hätten. Es sei deshalb nicht unverhältnismässig, einmalig auf eine Verzinsung zu verzichten (B-act. 1 S. 10/11).

E.

Am 26. September 2011 zahlte die Beschwerdeführerin aufforderungsgemäss den ihr auferlegten Kostenvorschuss von Fr. 3'000.- in die Gerichtskasse ein (B-act. 4).

F.

In der Vernehmlassung vom 10. Februar 2012 (B-act. 8) beantragte die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Vorinstanz. Als Begründung führte sie aus, die Nullverzinsung sei nicht vor dem Hintergrund der drohenden Unterdeckung, sondern vor dem Hintergrund der eingeschränkten Risikofähigkeit der Vorsorgeeinrichtung beschlossen worden. Die Entwicklung der Finanzmärkte und somit auch der Deckungsgrad Ende 2008 seien zum Zeitpunkt des Beschlusses absehbar gewesen, ebenso die Tatsache,

dass durch die Aufhebung der Reglementsbestimmung, wonach die Vorsorgeeinrichtung vorzeitige Pensionierungen mitfinanziert, technische Rückstellungen aufgelöst werden könnten und sich damit der Deckungsgrad nicht derart massiv, wie befürchtet, verschlechtern würde. Da die Information des Geschäftsführers vom 17. Dezember 2008 nicht auf die Wirkung dieser Massnahme hingewiesen habe, sei der Stiftungsratsbeschluss aufgrund unvollständiger Grundlagen gefällt worden.

Die Überarbeitung der Weisungen des Bundesrates vom 21. Mai 2003 liesse zudem nicht darauf schliessen, dass eine Nullverzinsung nun auch bei Überdeckung zulässig sei, wie dies die Beschwerdeführerin behauptete. Das Bundesgericht habe in seiner Entscheidung vom 28. April 2006 (132 V 278 ff.) klar festgehalten, dass die Nullverzinsung nur bei Unterdeckung zulässig sei und diesen Entscheid mit Urteil vom 25. September 2009 (9C_227/2009) bestätigt. Die Nullverzinsung mit Anrechnungsprinzip stelle eine Negativverzinsung des überobligatorischen Altersguthabens dar, weshalb dieser massive Eingriff nur bei einer bestehenden Unterdeckung zulässig sei. Das Urteil 9C_227/2009 halte fest, dass der Ermessensspielraum der Vorsorgeeinrichtung dann seine Schranken finde, wenn ohne Unterdeckung eine Negativverzinsung des überobligatorischen Vorsorgeguthabens beschlossen werde (B-act. 8 Ziff. 19). Genau dieser Fall liege hier vor; dies führe zu einer faktischen Rentenkürzung. Weiter liege auch keine reglementarische Grundlage für eine Minusverzinsung vor (Ziff. 21); selbst wenn eine solche vorläge, wäre deren Gültigkeit bzw. Zulässigkeit in Frage gestellt (Ziff. 22). Ferner sei die Nullverzinsung keine angemessene Massnahme, falls eine strukturelle Unterfinanzierung vorliege (Ziff. 23); die Beschwerdeführerin führe selber aus, dass mit den Anlageerträgen teilweise die Beiträge finanziert würden. Deshalb müsse die gesamte Leistungs- und Finanzierungsseite geprüft werden.

G.

In der Replik (B-act. 12) hält die Beschwerdeführerin am Antrag auf Aufhebung der Verfügung fest. Zum Zeitpunkt des Stiftungsratsbeschlusses sei der Deckungsgrad noch nicht absehbar gewesen. Hingegen seien anlässlich dieses Beschlusses die Auswirkungen der Reglementsänderung betreffend vorzeitige Pensionierungen mitberücksichtigt worden (S. 2). Es bedürfe keiner speziellen zusätzlichen reglementarischen Grundlage für den Beschluss der Nullverzinsung. Der Stiftungsrat habe die Nullverzinsung nicht im Sinne einer Sanierungsmassnahme getroffen, sondern um Sanierungsmassnahmen zu vermeiden (S.4). Im vorliegenden Verfahren laute die Kernfrage nicht, inwieweit die Nullverzinsung als Sanierungs-

massnahme eingesetzt werden dürfe, sondern ob ein Stiftungsrat aus seiner betriebswirtschaftlichen Verantwortung für das finanzielle Gleichgewicht der Vorsorgeeinrichtung heraus eine Nullverzinsung beschliessen dürfe, wenn eine Negativperformance (vorliegend 11%) vorliege und mit dieser Massnahme eine zum Zeitpunkt der Beschlussfassung drohende Unterdeckung abgewendet werden könne. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz bedeute eine teilweise Finanzierung von Beiträgen durch Anlageerträge nicht, dass die Vorsorgeeinrichtung ein strukturelles Finanzierungsproblem habe.

H.

In einer weiteren Eingabe vom 21. Juni 2012 (B-act. 16) verwies die Beschwerdeführerin auf die Mitteilung der Oberaufsichtskommission Berufliche Vorsorge (OAK BV) vom 16. Mai 2012, in welcher sich diese zur rechtlichen Grundsatzfrage "Null- oder Minderverzinsung nach dem Anrechnungsprinzip" und zu den Konsequenzen in der Praxis äusserte. Diese Eingabe stellte das Bundesverwaltungsgericht am 27. Juni 2012 der Vorinstanz zu (B-act. 17).

I.

In der Duplik vom 26. Juni 2012 (B-act. 19) hält die Vorinstanz am Antrag auf Abweisung der Beschwerde fest. Sie hält auch daran fest, dass die Nullverzinsung nicht aufgrund einer drohenden Unterdeckung, sondern aufgrund der vielen mitfinanzierten vorzeitigen Pensionierungen und der dadurch entstandenen Unterfinanzierung erfolgt sei. In der Beschwerdebeilage 4 (Schreiben des Geschäftsführers an die Stiftungsräte) werde unter Ziffer 5 explizit festgehalten, "dass mit einer Nullverzinsung bei den Leuten, die in nächster Zeit pensioniert werden, eine gewisse Glättung verfolgt wurde." Eine solche Motivation für den Beschluss einer Minderverzinsung sei nicht zu schützen (S. 2). Auch die Mitteilung der Oberaufsichtskommission Berufliche Vorsorge vom 16. Mai 2012 halte ausdrücklich fest, dass mit einer Nullverzinsung keine unterfinanzierten Vorsorgepläne gerettet oder strukturelle Unterfinanzierungen behoben werden dürften. Im Übrigen hielt die Vorinstanz an ihrer Begründung fest.

J.

Mit Schreiben vom 29. Juni 2012 verzichtete die Vorinstanz darauf, eine weitere Stellungnahme im Hinblick auf die Mitteilung der OAK BV abzugeben (B-act. 21).

K.

Mit Zwischenverfügung vom 2. Juli 2012 (B-act. 20) schloss das Bundesverwaltungsgericht den Schriftenwechsel.

L.

Auf die weiteren Vorbringen und Unterlagen der Parteien wird – soweit für die Entscheidungsfindung notwendig – in den nachstehenden Erwägungen 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. Als Vorinstanzen gelten die in Art. 33 VGG genannten Behörden.

1.2 Zu den beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbaren Verfügungen gehören jene der Aufsichtsbehörden im Bereiche der beruflichen Vorsorge nach Art. 74 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG; SR 831.40), dies in Verbindung mit Art. 33 Bst. i VGG. Eine Ausnahme nach Art. 32 VGG liegt in casu nicht vor.

2.

2.1 Anfechtungsgegenstand des vorliegenden Verfahrens ist der Verwaltungsakt der Vorinstanz vom 22. Juli 2011, welcher eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG darstellt.

2.2 Nach der Rechtsprechung stellt das Sozialversicherungsgericht bei der Beurteilung der Streitsache in der Regel auf den bis zum Zeitpunkt des Erlasses der streitigen Verwaltungsverfügung (hier: 22. Juli 2011) eingetretenen Sachverhalt ab (BGE 129 V 1 E. 1.2 mit Hinweis).

2.3 Zur Beschwerde berechtigt ist, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 lit. a, b,

und c VwVG). Als schutzwürdig in diesem Sinne gilt jedes faktische und rechtliche Interesse, welches eine von der Verfügung betroffene Person an deren Änderung oder Aufhebung geltend machen kann.

Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin der angefochtenen Verfügung, in welcher der Stiftungsratsbeschluss vom 18. Dezember 2008 betreffend Nullverzinsung des gesamten Altersguthabens aufgehoben wurde, unmittelbar betroffen. Zudem hat sie am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und hat ein schützenswertes Interesse an der Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Die Beschwerdeführerin ist daher im Sinne von Art. 48 VwVG zur Beschwerde legitimiert.

2.4 Die Beschwerdeführerin hat frist- und formgerecht Beschwerde erhoben (Art. 50 und 52 VwVG). Nachdem auch der verfügte Kostenvorschuss innert der gesetzten Frist geleistet worden ist, ist auf das ergriffene Rechtsmittel einzutreten.

3.

3.1 Mit Bezug auf das anwendbare Recht ist davon auszugehen, dass in zeitlicher Hinsicht grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend sind, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben (BGE 132 V 215 E. 3.1.1 S. 220, 127 V 466 E. 1 S. 467). Mit der Revision des BVG per 1. Januar 2012 (sog. "Strukturreform", AS 2011 3393, BBI 2007 5669) wird die Aufsicht in der beruflichen Vorsorge neu organisiert und sind neue Bestimmungen in Art. 61 ff. BVG aufgenommen worden. Übergangsbestimmungen zum anwendbaren Recht im Aufsichtsbereich enthält die Gesetzesänderung jedoch keine; dementsprechend gelangt das bis zum Zeitpunkt des angefochtenen Entscheids in Kraft stehende materielle Recht zur Anwendung. Der angefochtene Entscheid datiert vom 22. Juli 2011, weshalb vorliegend das BVG in seiner Fassung vom 3. Oktober 2003 (AS 2004 1677, in Kraft bis 31. Dezember 2011), die Verordnung über die Beaufsichtigung und Registrierung von Vorsorgeeinrichtungen (BVV 1) in ihrer Fassung vom 29. Juni 1983 (in Kraft bis 31. Dezember 2011) und die Verordnung über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVV 2) in ihrer Fassung vom 18. August 2004 (AS 2004 4279, in Kraft bis 31. Dezember 2011) anwendbar sind.

3.2 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 – wie vorliegend – eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat (Art. 49 VwVG). Eine Einschränkung in diesem Sinne liegt nicht vor, da die Vorinstanz zwar als kantonale Behörde, nicht aber als Beschwerdeinstanz verfügt hat.

3.3 Der Anfechtungsgegenstand wird durch die angefochtene Verfügung bestimmt. Davon zu unterscheiden ist der Streitgegenstand. Im Bereich der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege ist der Streitgegenstand das Rechtsverhältnis, welches – im Rahmen des durch die Verfügung bestimmten Anfechtungsgegenstandes – den aufgrund der Beschwerdebegehren tatsächlich angefochtenen Verfügungsgegenstand bildet (BGE 130 V 501 E. 1.1; 125 V 413 E. 1b, 119 Ib 36 E. 1b mit Hinweisen; FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 44 ff.).

Vorliegend hat die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung vom 22. Juli 2011 den Stiftungsratsbeschluss vom 18. Dezember 2008, in welchem für das Rechnungsjahr 2008 eine Nullverzinsung des gesamten Vorsorgekapitals beschlossen wurde, aufgehoben, und die Beschwerdeführerin angewiesen, für das Jahr 2008 eine rechtskonforme Verzinsung des BVG-Altersguthabens zu beschliessen und in der Berichterstattung 2011 auszuweisen. Die Beschwerdeführerin beantragt die Aufhebung der angefochtenen Verfügung hauptsächlich mit der Begründung, eine Nullverzinsung sei rechtskonform, auch wenn – wie vorliegend – keine Unterdeckung vorliege.

Im Streit liegt somit die Frage, ob die Nullverzinsung des gesamten Vorsorgekapitals unter Anwendung des Anrechnungsprinzips bei einer umhüllenden Kasse wie vorliegend – auch ohne Bestehen einer Unterdeckung – möglich ist.

4.

4.1 Die Aufsichtsbehörde BVG hat über die Einhaltung der gesetzlichen, statutarischen und reglementarischen Vorschriften durch die Vorsorgeeinrichtungen sowie die Einrichtungen, die nach ihrem Zweck der beruflichen Vorsorge dienen, zu wachen (Art. 62 Abs. 1 BVG in der bis zum 31. Dezember 2011 geltenden Fassung), indem sie insbesondere die Übereinstimmung der reglementarischen Bestimmungen mit den gesetzlichen Vorschriften prüft (Bst. a), von den Vorsorgeeinrichtungen und den Einrichtungen, die nach ihrem Zweck der beruflichen Vorsorge dienen, jährlich 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) und Streitigkeiten betreffend das Recht der versicherten Person auf Information beurteilt (Bst. e).

4.2 Die Aufsichtsbehörde ist gemäss Art. 62 Abs. 1 Bst. d BVG auch befugt, Massnahmen zur Behebung von Mängeln zu treffen. 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. Als repressive Aufsichtsmittel kommen unter anderem in Frage, die Mahnung pflichtvergessener Organe, das Erteilen von Weisungen oder Auflagen, soweit die Vorsorgeeinrichtung keinen Ermessensspielraum hat, oder die Aufhebung und Änderung von Entscheiden oder Erlassen der Stiftungsorgane, wenn und soweit diese gesetzes- oder urkundenwidrig sind (ISABELLE VETTER-SCHREIBER, Staatliche Haftung bei mangelhafter BVG-Aufsichtstätigkeit, Zürich 1996, S. 63 ff.; CHRISTINA RUGGLI, Die behördliche Aufsicht über Vorsorgeeinrichtungen, Basel 1992, S. 111 ff.; JÜRIG BRÜHWILER, Obligatorische berufliche Vorsorge, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Ulrich Meyer [Hrsg.], 2. Aufl. 2007, S. 2020 Rz 52). 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). Dabei hat die Aufsichtsbehörde zu beachten, dass der Vorsorgeeinrichtung ein Ermessen zusteht. Sie hat nur bei Ermessensfehlern (Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens) einzugreifen, während ein sich an den Rahmen des Ermessens haltendes Verhalten ein richtiges Verhalten darstellt, das die Aufsichtsbehörde nicht korrigieren darf (HANS MICHAEL RIEMER, GABRIELA RIEMER-KAFKA, Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz, 2. Aufl., Bern 2006, § 2 Rz. 98, S. 62 mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, vgl. auch JÜRIG BRÜHWILER, a.a.O., S. 2019 Rz 51).

5.

5.1 Die Beschwerdeführerin macht im Wesentlichen geltend, das Bundesgericht habe sich konstant zum Anrechnungsprinzip bekannt, und

verweist dabei auf diverse Bundesgerichtsentscheide (z. B. BGE 127 V 264 E. 4, 136 V 71 E. 3.7 und 136 V 316 E.4.4). Entsprechend sei eine Nullverzinsung des gesamten Altersguthabens vorliegend im Rahmen des Ermessens des Stiftungsrates zulässig. Eine reglementarische Grundlage für die Anwendung des Anrechnungsprinzips sei vorhanden. Aus den Weisungen des Bundesrates vom 27. Oktober 2004 könne nicht geschlossen werden, dass eine Nullverzinsung nur bei Vorliegen einer Unterdeckung zulässig sei. Diese Meinung teile auch der Verband der Pensionskassenexperten sowie das BSV und die OBERAUFSICHTSBEHÖRDE. Dazu verweist die Beschwerdeführerin auf einen Artikel von Hans-Peter Conrad in der Schweizerischen Personalvorsorge 12/09 (S. 5 ff.). Der Stiftungsrat sei zudem verpflichtet, dafür zu sorgen, dass Ausgaben und Einnahmen im Gleichgewicht stehen (unter Hinweis auf BGE 132 V 278 E. 4.6, mittlerer Abschnitt).

5.2 Die Vorinstanz bestreitet die Zulässigkeit der Nullverzinsung ohne Bestehen einer Unterdeckung und beruft sich dabei auf die beiden Entscheide des Bundesgerichts B 61/05 vom 28. April 2006 (BGE 132 V 278) und 9C_227/2009 vom 25. September 2009 sowie auf die ursprünglichen Weisungen des Bundesrates über Massnahmen zur Behebung von Unterdeckungen in der Beruflichen Vorsorge vom 21. Mai 2003, welche am 1. Juli 2003 in Kraft getreten sind (BBI 2003 4314). Weiter macht die Vorinstanz geltend, es sei keine genügende reglementarische Grundlage für eine Nullverzinsung vorhanden. Ausserdem sei zum Zeitpunkt des Entscheides der Sachverhalt bzw. die finanzielle Situation nicht ausreichend abgeklärt gewesen. Im Hinblick auf die vorangegangenen vorzeitigen Pensionierungen, an deren Finanzierung sich die Beschwerdeführerin teilbeteiligt habe, verstosse die Nullverzinsung zudem gegen das Gleichheitsgebot. Eine Nullverzinsung sei zudem – unter Hinweis auf die Weisungen Nr. 3 der OBERAUFSICHTSKOMMISSION – nicht möglich, falls ein strukturelles finanzielles Ungleichgewicht der Vorsorgeeinrichtung vorliege.

6.

Die generelle Rechtsfrage, ob bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen eine Nullverzinsung mit Anrechnungsprinzip zulässig sei, ist in der Praxis umstritten.

6.1 Das Bundesgericht hat sich in verschiedenen von der Beschwerdeführerin ins Recht geführten Entscheiden zum Anrechnungsprinzip bekannt (vgl. vorne E. 5.1.). Konsequenterweise müsste auch eine Nullver-

zinsung mit Anrechnungsprinzip bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen zulässig sein. In diesem Sinne ist den Ausführungen der Beschwerdeführerin zuzustimmen, dass aus der Tatsache, dass der Bundesrat Weisungen zur Behebung von Unterdeckungen erlassen hat, und dort u.a. die Nullverzinsung mit Anrechnungsprinzip als eine der möglichen Sanierungsmassnahmen erwähnt, nicht zwingend geschlossen werden muss, dass eine Nullverzinsung zum Anrechnungsprinzip nur bei Vorliegen einer Unterdeckung zulässig ist (vgl. dazu auch die Mitteilung der Oberaufsichtskommission BVG 03/2012 vom 16. Mai 2012, B-act. 16 Beilage 1). Ob die explizite Formulierung in den ursprünglichen Weisungen des Bundesrates aus dem Jahr 2003, wonach eine Nullverzinsung mit Anrechnungsprinzip ausschliesslich bei Vorliegen einer Unterdeckung zulässig ist, in den neuen Weisungen bewusst weggelassen worden ist, wie dies im Artikel von Hans-Peter Conrad dargelegt wird (B-act. 1 Beilage 11), oder ob sich in Bezug auf die hier zu klärende Rechtsfrage in den neuen Weisungen des Bundesrates aus dem Jahr 2004 nichts geändert hat, wie dies die Vorinstanz ausführt (B-act. 8 Ziff. 8), muss hier offen bleiben, da in den Materialien keine diesbezüglichen Hinweise zu finden sind. Ebenfalls zuzustimmen ist den Ausführungen der Beschwerdeführerin unter Hinweis auf BGE 132 V 278 ff. (E. 4.6 mittlerer Abschnitt), wonach der Stiftungsrat verpflichtet ist, sicherzustellen, dass die Einnahmen und die Ausgaben in einem Gleichgewicht stehen.

6.2 Andererseits ist auch der Argumentation der Vorinstanz, wonach sich nur zwei Bundesgerichtsurteile (BGE 132 V 278 ff. und 9C_227/2009) ausdrücklich zur vorliegenden Problematik der Nullverzinsung mit Anrechnungsprinzip äussern und das Bundesgericht in beiden Urteilen festhält, dass eine solche nur bei Vorliegen einer Unterdeckung zulässig sei, ohne Weiteres zu folgen.

In BGE 132 V 278 wird in den Erwägungen 4.6 im 3. Abschnitt – unter Hinweis auf die ursprünglichen Weisungen des Bundesrates aus dem Jahr 2003 und die bundesrätliche Botschaft über Massnahmen zur Behebung von Unterdeckungen in der beruflichen Vorsorge vom 19. September 2003 (BBl 2003 6399 ff.) – Folgendes ausgeführt: "Der Vollständigkeit halber sei schliesslich erwähnt, dass eine Nullverzinsung nach dem Anrechnungsprinzip in den Jahren 2001 und 2002 nicht zur Diskussion steht, weil dabei – was vorliegend nicht der Fall ist – der Mindestzinssatz unter Anrechnung von Gutschriften aus dem weitergehenden Bereich der beruflichen Vorsorge unterschritten würde, was im Falle einer Unterdeckung unter bestimmten Voraussetzungen zulässig wäre." Keinen Bezug

genommen hat das Bundesgericht in seinem Urteil jedoch auf die im Urteilszeitpunkt bereits revidierten bundesrätlichen Weisungen aus dem Jahre 2004, weshalb offen bleiben muss, ob es davon ausging, die neuen Weisungen hätten materiell eine Änderung gebracht.

Im Urteil des Bundesgerichts 9C_227/2009 vom 27. September 2009 wird in den Erwägungen 3.4.4 f. dazu weiter festgehalten: "Dans le contexte légal actuel, il convient d'admettre que les institutions de prévoyance dites "enveloppantes" puissent, dans le cadre de mesures destinées à resorber un découvert s'inscrivant dans un concept global équilibré (art. 65d al. 2 LPP et 44 al. 2 OPP 2), rémunérer l'avoir de prévoyance surobligatoire à un taux moindre voire nul selon le principe d'imputation, pour autant que cette mesure se fonde sur une base réglementaire, soit limitée dans le temps et que le devoir d'information envers les assurés et l'autorité de surveillance ait été respecté (at. 65c OPP 2). En l'absence d'un découvert, une telle latitude ne saurait en revanche être admise. L'application du principe d'imputation aboutit souvent au versement d'un intérêt dit négatif, dans la mesure où l'avoir net de prévoyance surobligatoire se voit amputer de la somme nécessaire à couvrir le taux d'intérêt minimal qu'il y a lieu de verser légalement sur l'avoir de prévoyance obligatoire. Or, dans la mesure où la situation financière de l'institution de prévoyance n'atteint pas le seuil reconnue par la loi à partir duquel des mesures de assainissement doivent être entreprise (art. 44 al. 1 OPP 2) rien ne justifie qu'il soit porté atteinte à la substance de l'avoir de prévoyance acquis jusqu'à ce jour."

Zuzustimmen ist auch den Ausführungen der Oberaufsichtskommission BVG in der Weisung Nr. 3 vom 16. Mai 2012 (B-act. 16 Beilage 1), wonach der Zulässigkeit einer Nullverzinsung enge Grenzen zu setzen sind, da sie hat zur Folge hat, dass nur die aktiv Versicherten davon betroffen sind und damit die Rechtsgleichheit tangiert wird.

6.3 Insgesamt ist festzustellen, dass das Bundesgericht sich zwar zum Anrechnungsprinzip bekennt, im Hinblick auf die Nullverzinsung mit Anrechnungsprinzip als solches aber davon ausgeht, dass eine Unterdeckung zwingend vorliegen muss, da ein derart massiver Eingriff in das erworbene überobligatorische Altersguthaben ansonsten nicht zu rechtfertigen sei. Diese Interpretation ist in dem Sinne zu relativieren, als die Aussagen zur Nullverzinsung mit Anrechnungsprinzip in den beiden oben erwähnten Bundesgerichtsentscheiden nicht direkt den dortigen Streitgegenstand betroffen haben. Im vorliegenden Fall kann die generelle

Rechtsfrage, ob bei nur drohender, aber nicht tatsächlich bestehender Unterdeckung die Nullverzinsung mit Anrechnungsprinzip zulässig sei, offengelassen werden, da die Voraussetzungen, welche eine Nullverzinsung allenfalls erlauben würden, hier ohnehin nicht vorliegen (vgl. nachfolgend E. 7).

7.

7.1 Im Entscheid des Bundesgerichts B 74/03 vom 29. März 2004 wird in den Erwägungen 3.3.3 festgehalten, dass "die Vorsorgeeinrichtungen bezüglich der weitergehenden Vorsorge im Rahmen von Art. 49 Abs. 2 BVG und der verfassungsmässigen Schranken (wie Rechtsgleichheit, Willkürverbot und Verhältnismässigkeit) in der Vertragsgestaltung grundsätzlich frei" seien. Der Stiftungsrat verfügt bei der Festlegung des Zinssatzes der Altersguthaben im Rahmen der überobligatorischen Vorsorge nach Gesetz und Reglement über ein Ermessen. Nach Rechtsprechung und Lehre darf die Aufsichtsbehörde bei der aufsichtsrechtlichen Prüfung ihr eigenes Ermessen nicht an die Stelle des Stiftungsrates setzen und kann deshalb gegen Entscheide des Stiftungsrates nur einschreiten, wenn diese den Grundsatz der Gleichbehandlung verletzen oder willkürlich sind, das heisst, wenn seine Entscheide unhaltbar sind, weil sie auf sachfremden Kriterien beruhen oder einschlägige Kriterien ausser Acht lassen (vgl. BGE 128 II 394 E. 3.3, 108 II 500, 101 Ib 134; SVR 2001, BVG Nr. 14 E. 2; SVR 2000, BVG Nr. 8). Daran würde sich auch dann nichts ändern, wenn eine andere Lösung ebenfalls vertretbar erschiene oder gar vorzuziehen wäre (vgl. SVR 2000, BVG Nr. 8, E. 5 in fine; BGE 121 I 114, E. 3a).

Nachfolgend ist deshalb zu prüfen, ob der Stiftungsrat vorliegend in seinem Beschluss der Nullverzinsung mit Anrechnungsprinzip die verfassungsmässigen Schranken der Rechtsgleichheit, des Willkürverbots und der Verhältnismässigkeit eingehalten hat und ob die Aufsichtsbehörde zu Recht eingeschritten ist.

7.2 Nach dem Gebot der Gleichbehandlung ist Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln. Nach ständiger Rechtsprechung verstösst ein Entscheid dann gegen Art. 8 Abs. 1 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV, SR 101), wenn er sich nicht auf ernsthafte Gründe stützen lässt, sinn- oder zwecklos ist oder wenn rechtliche Unterscheidungen getroffen werden, für die sich ein vernünftiger Grund nicht finden lässt (BGE 132 I 157 E. 4 mit Hinweisen). Das Bundesgericht hat in mehreren Ent-

scheiden zu Teilliquidationen darauf hingewiesen, dass einzelne Destinatärsgruppen nicht zu Lasten anderer bevorteilt werden dürfen (BGE 131 II 533 E. 5.2, BGE 119b 46 E. 4c). Dieser vom Bundesgericht entwickelte Grundsatz gilt nicht nur bei (Teil-)Liquidationen von Stiftungen, sondern muss allgemein bei der Ausrichtung von Stiftungsmitteln beachtet werden (vgl. HANS-ULRICH STAUFFER, Berufliche Vorsorge, 2. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 1589, Fussnote 175).

Unbestritten ist die Tatsache, dass Ende des Rechnungsjahres 2008 keine Unterdeckung bestanden hat (104,4 %) und sich der Deckungsgrad im nachfolgenden Jahr auf 107,7% und Ende 2010 auf 109,7% verbesserte (B-act. 8 Beilagen 2-4). Während mehrerer Jahre, bis zum 30. Juni 2009, sind etliche Mitarbeiter vorzeitig pensioniert worden, wobei die Beschwerdeführerin diese vorzeitigen Pensionierungen in nicht unwesentlichem Masse mitfinanziert hat. Die individuelle Höhe der Beiträge an die einzelnen vorzeitig Pensionierten ist aufgrund der Akten nicht nachvollziehbar; hingegen ist ausgewiesen, dass mit der reglementarischen Aufhebung dieser Mitfinanzierung durch die Beschwerdeführerin Rückstellungen im Betrag von Fr. 16'752'926.- aufgelöst werden konnten (vgl. Schreiben der Beschwerdeführerin vom 29. Juli 2009 an die Aufsichtsbehörde, B-act. 8 Beilage 5a), so dass die Beiträge an die einzelnen Pensionierten als "erheblich" zu qualifizieren sind. Auch nach dem Beschlusszeitpunkt zur Nullverzinsung vom 18. Dezember 2008, nämlich bis zum 30. Juni 2009 (vgl. B-act. 8 Beilage 15), sind weiterhin vorzeitige Pensionierungen von der Beschwerdeführerin erheblich mitfinanziert worden. Die Situation stellte sich somit nach dem Beschluss des Stiftungsrates vom 18. Dezember 2008 – insbesondere in der Zeit vom 1. Januar 2008 bis zum 31. Dezember 2008 – so dar, dass die aktiv Versicherten keinen Zins auf ihr Altersguthaben erhalten haben und gleichzeitig die vorzeitig pensionierten Mitarbeiter finanziell erheblich unterstützt wurden. Der Beschluss des Stiftungsrates zur Nullverzinsung mit Anrechnungsprinzip vom 18. Dezember 2008 führt damit im Ergebnis zu einer nicht begründbaren Bevorzugung dieser vorzeitig pensionierten Mitarbeiter gegenüber der Gesamtheit der verbleibenden aktiven Versicherten, welche keine Zinsgutschriften erhalten bzw. deren überobligatorisches Altersguthaben geschmälert wird. Die Ausführungen der Beschwerdeführerin, wonach viele Pensionierungen im Jahr 2009 vom Arbeitgeber oder der patronalen Stiftung übernommen worden sind, können nicht darüber hinwegtäuschen, dass bis zum 30. Juni 2009 die Beschwerdeführerin die vorzeitigen Pensionierungen mitfinanziert hat. Im Dossier befinden sich keine Akten, welche belegen würden, dass die Finanzierung der vorzeitigen Pen-

sionierungen schon vor dem 30. Juni 2009 ausschliesslich vom Arbeitgeber oder der patronalen Stiftung übernommen worden wäre. Der Beschluss des Stiftungsrates verstösst somit gegen den Grundsatz der Rechtsgleichheit. Der Stiftungsrat hat mit seinem Beschluss vom 18. Dezember 2008 sein ihm zustehendes Ermessen überschritten. Die Aufhebung des Beschlusses durch die Vorinstanz ist somit im Ergebnis rech- tens.

7.3 Unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit ist weiter zu prüfen, inwieweit die Nullverzinsung zum Anrechnungsprinzip als erheblicher Eingriff in das erworbene überobligatorische Altersguthaben zur Verbesserung der finanziellen Lage überhaupt hätte beitragen können. Laut den nicht bestrittenen Berechnungen der Vorinstanz in ihrer angefochtenen Verfügung beträgt der Zins für die Verzinsung des obligatorischen Altersguthabens rund Fr. 3 Mio (B-act. 1 Beilage 2 Ziff. 8). Die Höhe der Aktiven belief sich laut Jahresrechnung 2008 auf Fr. 426'583'313.31 (B-act. 8 Beilage 4). Damit hätte die beschlossene Massnahme generell nur einen geringen Einfluss auf den Deckungsgrad gehabt. Im Vergleich zur Massnahme, die vorzeitigen Pensionierungen nicht mehr mit zu finanzieren, ist dies weniger als ein Fünftel. Die beschlossene Massnahme steht damit in keinem Verhältnis zum Nachteil, welchen die Aktiven durch die Tatsache erleiden, dass im Rechnungsjahr 2008 auf ihrem Altersguthaben kein Zins gutgeschrieben wird, was sich auf den Zeitraum des gesamten Sparprozesses auswirkt und sich deshalb nicht nur bei den älteren Mitarbeitern auswirkt, sondern gerade auch bei den jüngeren Versicherten zu erheblichen Verminderungen des Sparkapitals und damit der künftigen Leistungen führen würde. Die beschlossene Massnahme ist angesichts der geringen Wirkung in Bezug auf die Verbesserung des Deckungsgrades und der erheblichen Wirkung zum Nachteil aller Aktivversicherten auch unverhältnismässig.

7.4 Zuletzt ist – ebenfalls unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit – darauf hinzuweisen, dass das Bundesgericht im Entscheid 2A.562/2005 (E. 5.2) festgehalten hat, dass eine retroaktive Festsetzung des Zinssatzes zulässig sei (vgl. auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-4658/2007, E. 6.5). Somit hätte der Stiftungsrat die Möglichkeit gehabt, den Beschluss zum Zinssatz zeitlich zu verschieben bzw. die reglementarische Bestimmung zum Zeitpunkt des Beschlusses (Art. 23 des Versicherungsreglements, B-act. 8 Beilage 21) abzuändern, falls – wie hier – die Höhe des Deckungsgrades Ende Jahr unklar gewesen ist.

7.5 Nicht zuzustimmen ist dem Argument der Vorinstanz, dass eine Nullverzinsung schon allein deshalb unzulässig sei, weil die Kasse "möglicherweise" strukturell unterfinanziert sei, da ein Teil der Anlageerträge nicht zur Verzinsung, sondern auch zur Finanzierung der Leistungen verwendet würden (vgl. B-act. 8 Ziff. 23). Es ist nicht unüblich, dass Teile des Anlagevermögens zur Finanzierung von Leistungen verwendet werden. Im Dossier befinden sich keine Anhaltspunkte für eine strukturelle Unterfinanzierung. Da indes die Voraussetzungen für eine Nullverzinsung ohnehin nicht vorliegen, braucht die Frage, ob hier konkret eine strukturelle Unterdeckung bestanden hat, nicht geprüft zu werden. Falls dies der Fall wäre, hätte sich der Experte für berufliche Vorsorge dazu äussern müssen.

7.6 Da die Beschwerde ohnehin abzuweisen ist, kann auch die Frage offengelassen werden, ob vorliegend das Bestehen bzw. Nichtbestehen einer Unterdeckung zum Zeitpunkt des Beschlusses der Nullverzinsung bereits absehbar war, und ebenso die Frage, ob für den Beschluss der Nullverzinsung mit Anrechnungsprinzip eine ausreichende reglementarische Grundlage vorhanden gewesen ist; vorliegend besteht in Art. 15 Abs. 1 des Versicherungsreglements (B-act. 8 Beilage 21) lediglich ein genereller Hinweis auf das Anrechnungsprinzip.

7.7 Da der Beschluss des Stiftungsrates vom 18. Dezember 2008 das Gleichheitsgebot verletzt und unverhältnismässig ist, und der Stiftungsrat dabei seinen Ermessensspielraum überschreitet, ist die angefochtene Verfügung im Ergebnis zu bestätigen und die Beschwerde abzuweisen.

8.

8.1 Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG kostenpflichtig. Die Verfahrenskosten sind gemäss dem Reglement vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) zu bestimmen. Sie werden auf Fr. 3'000.- festgelegt und mit dem am 26. September 2011 geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe (B-act. 5) verrechnet.

8.2 Gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG kann die Beschwerdeinstanz der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsende Kosten aussprechen. Allerdings steht der obsiegenden Vorinstanz als "andere Behörde" gemäss Art. 7 Abs. 3 VGKE in der Regel keine Parteientschädigung zu. Vorliegend be-

steht kein Grund, von dieser Regel abzuweichen (vgl. auch BGE 126 V 143 E. 4b).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 3'000.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem am 26. September 2011 geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]; Gerichtsurkunde)
- die Oberaufsichtskommission BVG (Einschreiben)
- das Bundesamt für Sozialversicherungen (Einschreiben)

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Beat Weber

Urs Walker

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

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: