17

Auszug aus dem Urteil der Abteilung III
i.S. Pensionskasse der X. gegen Amt für berufliche Vorsorge und Stiftungen des Kantons Zürich
C–4740/2009 vom 24. Januar 2012

Berufliche Vorsorge. Vorsorgereglement. Vorausbestimmung von beitragspflichtigen Bonuszahlungen als variable Anteile des versicherten Lohnes.

Art. 1 Abs. 2 und Art. 79*b* BVG. Art. 1*f* und Art. 3 Abs. 1 BVV 2.

1. **Vom Grundsatz, dass der versicherbare Lohn das AHV-beitragspflichtige Einkommen nicht übersteigen darf, kann ausserhalb der Ausnahmen von Art. 3 Abs. 1 BVV 2 nicht beliebig abgewichen werden. Dies gilt auch für Bonuszahlungen als im Bankensektor wichtige Bestandteile des Einkommens und variable Anteile des versicherten Lohnes (E. 5.1 ff.).**
2. **Auswirkungen bei der Anwendung der sogenannten Praenumerando-Methode bei zeitweilig fehlender Bonuszahlung (E. 5.4).**
3. **Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes durch eine beabsichtigte Reglementsbestimmung (E. 6.1).**
4. **Keine Verletzung von Art. 79*b* BVG, da kein Einkauf ermöglicht wird, welcher die reglementarischen Leistungen übersteigt (E. 6.2).**

Prévoyance professionnelle. Règlement de prévoyance. Fixation à l'avance des bonus soumis à cotisation, en tant que parts variables du salaire assuré.

Art. 1 al. 2 et art. 79*b* LPP. Art. 1*f* et art. 3 al. 1 OPP 2.

1. **Mis à part les exceptions de l'art. 3 al. 1 OPP 2, il n'est pas possible de s'écarter librement du principe selon lequel le salaire assurable ne doit pas dépasser le revenu soumis à la cotisation AVS. Cela vaut aussi pour les paiements de bonus, qui sont dans le secteur bancaire des éléments importants du revenu et constituent des parts variables du salaire assuré (consid. 5.1 ss).**
2. **Conséquences en cas d'application de la méthode dite praenumerando, dans les périodes où aucun bonus n'est perçu (consid. 5.4).**

3. Violation du principe de l'égalité de traitement par un projet de disposition du règlement de prévoyance (consid. 6.1).

4. Absence de violation de l'art. 79*b* LPP, car le règlement ne permet pas de rachat supérieur au montant des prestations réglementaires (consid. 6.2).

Previdenza professionale. Regolamento di previdenza. Determinazione anticipata di bonus assoggettati ai contributi in quanto elemento variabile del salario assicurato.

Art. 1 cpv. 2 e art. 79*b* LPP. Art. 1*f* e art. 3 cpv. 1 OPP 2.

1. Al di là delle eccezioni previste all'art. 3 cpv. 1 OPP 2, non è possibile derogare liberamente al principio secondo cui il salario assicurabile o il reddito assicurabile non deve superare il reddito assoggettato al contributo AVS. Tale principio si applica anche ai bonus versati nel settore bancario, che sono importanti elementi di reddito e componenti variabili del salario assicurato (consid. 5.1 segg.).

2. Conseguenze dell'applicazione del cosiddetto metodo praenumerando per quanto riguarda i bonus non ancora determinati (consid. 5.4).

3. Violazione del principio dell'uguaglianza causata da una prospettata disposizione del regolamento (consid. 6.1).

4. L'art. 79*b* LPP è rispettato se non è possibile operare riscatti che eccedano le prestazioni previste dal regolamento (consid. 6.2).

Unter dem Namen « Pensionskasse der X. » besteht eine im Register für die berufliche Vorsorge des Kantons Zürich eingetragene Stiftung, welche bezweckt, die Arbeitnehmer der X. AG im Rahmen des BVG sowie im Bereiche der weitergehenden Vorsorge gegen die wirtschaftlichen Folgen von Alter, Invalidität und Tod zu versichern.

Am 24. September 2008 erliess der Stiftungsrat der Pensionskasse der X. (nachfolgend: Pensionskasse oder Beschwerdeführerin) ihr ab 1. Januar 2009 gültiges Vorsorgereglement (nachfolgend: Reglement). Gemäss Art. 2.1 dieses Reglements führt die Pensionskasse einerseits einen Rentenplan und andererseits einen Bonusplan, die nach dem Prinzip des Beitragsprimats Altersleistungen und nach dem Prinzip des Leistungs-

primats Leistungen bei Invalidität und Tod erbringen. Im Rentenplan sind die versicherbaren Jahressaläre und im Bonusplan die versicherbaren Boni versichert (Art. 2.2). Das versicherte Salär ist in Art. 24 des Reglements geregelt. Im Rentenplan entspricht das versicherte Salär dem beitragspflichtigen Salär und bildet die Basis für die Höhe der maximal möglichen Einkaufssumme in das Altersguthaben sowie für die Äufnung des Altersguthabens bei Invalidität (Art. 24.1), wogegen im Bonusplan das versicherte Salär von der Pensionskasse innert sehr kurzer Zeit auf verschiedene Weise wie folgt definiert worden ist:

a) Fassung von Art. 24.2 per 1. Januar 2008:

« Das versicherte Salär im Bonusplan entspricht:

- im Januar einem Drittel der Summe der in den vorangegangenen drei Kalenderjahren ausgerichteten beitragspflichtigen Bonuszahlungen;

- ab Februar einem Drittel der Summe der im laufenden Kalenderjahr sowie in den vorangegangenen zwei Kalenderjahren ausgerichteten beitragspflichtigen Bonuszahlungen.

Es bildet im Bonusplan die Basis für die Höhe der maximal möglichen Einkaufssumme in das Altersguthaben sowie für die Äufnung des Altersguthabens bei Invalidität. »

b) Fassung von Art. 24.2 per 1. Januar 2009:

« Das versicherte Salär im Bonusplan entspricht:

- im Januar dem im Bonusplan versicherten Salär im vorangegangenen Dezember, mindestens aber dem beitragspflichtigen Bonus im Januar, und

- ab Februar den beitragspflichtigen Boni des laufenden Kalenderjahres.

Es bildet im Bonusplan … » (vgl. Fassung per 1. Januar 2008)

c) Fassung von Art. 24.2 per 1. Februar 2009:

Um aufgrund der unsicheren Situation bezüglich des Auszahlungszeitpunktes allfälliger Bonuszahlungen bei der X. AG einen zu starken abrupten Rückgang der versicherten Risikoleistungen für die Versicherten zu vermeiden, änderte der Stiftungsrat noch mit Beschluss vom 23. Januar 2009 kurzfristig per 1. Februar 2009 nebst einer anderen Reglementsbestimmung auch Art. 24.2. Nach der

neuen Fassung von Art. 24.2 1. Satz des Reglements entspricht das versicherte Salär im Bonusplan:

« - der Summe der beitragspflichtigen Boni im laufenden Kalenderjahr;

- der Summe der beitragspflichtigen Boni des Vorjahres, solange im laufenden Kalenderjahr kein Bonus ausgerichtet worden ist. »

Mit Verfügung vom 19. Juni 2009 stellte das Amt für berufliche Vorsorge und Stiftungen des Kantons Zürich (nachfolgend: Aufsichtsbehörde oder Vorinstanz) fest, dass sowohl Art. 24.2 des Reglements gemäss Stiftungsratsbeschluss vom 24. September 2008, gültig ab dem 1. Januar 2009, wie auch Art. 24.2 des Nachtrags zu diesem Reglement, gültig ab dem 1. Februar 2009, rechtswidrig seien, und setzte beide Bestimmungen ausser Kraft; des Weiteren wies die Aufsichtsbehörde die Pensionskasse an, solange vom Stiftungsrat keine gesetzeskonforme Reglementsbestimmung beschlossen werde, die insbesondere entweder die laufenden Boni oder ein Schnitt der Boni der letzten – höchstens drei Jahre – versichere, eine Übergangsregelung anzuwenden, die sich an Art. 24.2 des Reglements in der Fassung vom Januar 2008 anlehnte mit folgendem Wortlaut:

« Das versicherte Salär im Bonusplan entspricht:

- im Januar einem Drittel der Summe der in den vorangegangenen drei Kalenderjahren ausgerichteten beitragspflichtigen Bonuszahlungen;

- ab Februar einem Drittel der Summe der im laufenden Kalenderjahr sowie in den vorangegangenen zwei Kalenderjahren ausgerichteten beitragspflichtigen Bonuszahlungen.

Das Drittel des Bonusses aus dem laufenden Kalenderjahr darf nur ausbezahlt werden, wenn es bereits feststeht. Steht es noch nicht fest, darf die Leistung in diesem Umfang nicht ausbezahlt werden. Sofern und sobald es feststeht, muss die Pensionskasse die entsprechenden Leistungen nachzahlen.

Das versicherte Salär im Bonusplan bildet die Basis für die Höhe der maximal möglichen Einkaufssumme in das Altersguthaben sowie für die Äufnung des Altersguthabens bei Invalidität. »

Gegen die Verfügung der Vorinstanz erhob die Pensionskasse Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und beantragte deren Aufhebung.

Das Bundesverwaltungsgericht heisst die Beschwerde teilweise gut und weist die Sache zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurück.

Aus den Erwägungen:

4.

4.1 Die Aufsichtsbehörde 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 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge [BVG, SR 831.40]), 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, periodisch Berichterstattung fordert, namentlich über die Geschäftstätigkeit (Bst. b), Einsicht in die Berichte der Kontrollstelle und des Experten für berufliche Vorsorge nimmt (Bst. c) sowie die Massnahmen zur Behebung von Mängeln trifft (Bst. d) und Streitigkeiten betreffend das Recht der versicherten Person auf Information beurteilt (Bst. e).

4.2 Gemäss Art. 62 Abs. 1 Bst. d BVG trifft die Aufsichtsbehörde die Massnahmen zur Behebung von Mängeln. Hierzu stehen ihr präventive und repressive Aufsichtsmittel zur Verfügung. Mittels des repressiven Handelns soll der rechtmässige Zustand wieder hergestellt werden, während die präventiven Mittel darauf ausgelegt sind, gesetzes- und statutenwidriges Verhalten der Vorsorgeeinrichtung durch eine laufende Kontrolle ihrer Geschäftstätigkeit zu verhindern. Als repressive Aufsichtsmittel kommen unter anderem die Mahnung pflichtvergessener Organe, das Erteilen von Weisungen oder Auflagen in Frage, soweit die Vorsorgeeinrichtung keinen Ermessensspielraum hat; sie kann auch Entscheide oder Erlasse der Stiftungsorgane aufheben oder ändern, wenn und soweit diese gesetzes- oder urkundenwidrig sind, Stiftungsorgane und Liquidatoren abberufen und einsetzen, oder die Ersatzvornahme durch Dritte auf Kosten der Stiftung oder die Einsetzung eines Beistandes oder eines interimistischen Stiftungsrates unter gleichzeitiger Enthebung des ordentlichen Stiftungsrates anordnen. Diese Aufzählung ist nicht abschliessend. Aufgrund 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 (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C–5462/2008 und C–2795/2009 vom 11. April 2011 E. 4; ISABELLE VETTER-SCHREIBER, Staatliche Haftung bei mangelhafter BVG-Aufsichtstätigkeit, Zürich 1996, S. 61 ff.; HANS MICHAEL RIEMER/GABRIELA RIEMER-KAFKA, Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz, 2. Aufl., Bern 2006, S. 65 f.; CARL HELBLING, Personalvorsorge und BVG, 8. Aufl., 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. Im 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 Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, Art. 66 N. 24 und 26).

4.3 Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz zu repressiven Aufsichtsmitteln gegriffen, indem sie eine vom Stiftungsrat der Beschwerdeführerin beschlossene Bestimmung ihres Vorsorgereglements (Art. 24.2) über das versicherte Salär in den zwei Fassungen per 1. Januar 2009 und per 1. Februar 2009 aufgehoben und die Beschwerdeführerin gleichzeitig angewiesen hat, statt der geltenden Fassung der genannten Bestimmung vom 1. Januar 2008 eine modifizierte Übergangsbestimmung anzuwenden, solange vom Stiftungsrat keine gesetzeskonforme Fassung beschlossen werde. Damit ist vorliegend zu prüfen, ob diese aufsichtsrechtlichen Massnahmen rechtens waren.

5. Umstritten ist in erster Linie die Rechtmässigkeit der ausser Kraft gesetzten Fassungen der Reglementsbestimmung per 1. Januar 2009 respektive per 1. Februar 2009. Die Vorinstanz sieht in diesen Fassungen eine Verletzung einerseits von Art. 1 Abs. 2 BVG und andererseits von Art. 79*b* Abs. 1 BVG. Zudem werde das Gleichbehandlungsgebot verletzt. Demgegenüber vertritt die Beschwerdeführerin die Auffassung, ihre Formulierungen seien mit der auslegungsbedürftigen Grundsatznorm von Art. 1 Abs. 2 BVG vereinbar. Art. 79*b* Abs. 1 BVG könne seinerseits nicht verletzt sein, da die Höhe der Alterskapitalien durch die Reglementsbestimmung nicht berührt sei. Schliesslich werde

ebenfalls der Grundsatz der Gleichbehandlung innerhalb der Versicherten mit Bonus und derjenigen ohne Bonus nicht verletzt.

5.1

5.1.1 Laut Art. 1 Abs. 2 BVG in der seit 1. Januar 2006 geltenden Fassung darf der in der beruflichen Vorsorge versicherbare Lohn das AHV-beitragspflichtige Einkommen nicht übersteigen. Es handelt sich um eine Konkretisierung des verfassungsrechtlichen Grundsatzes der Fortsetzung der gewohnten Lebenshaltung in angemessener Weise (Art. 113 Abs. 2 Bst. a der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]). Diese relative Obergrenze (relativ zum AHV-beitragspflichtigen Einkommen), ergänzt durch die absolute Obergrenze von Art. 79*c* BVG, wonach der nach dem Reglement versicherbare Lohn auf den zehnfachen oberen Grenzbetrag von Art. 8 Abs. 1 BVG beschränkt ist, gelten gemäss Art. 49 Abs. 2 Ziff. 1 und Ziff. 25 BVG jedenfalls auch in der überobligatorischen respektive weitergehenden Vorsorge.

5.1.2 Zu den beiden in Art. 1 Abs. 2 BVG verwendeten Begriffe ist zunächst was folgt anzumerken: Der versicherbare Lohn ist dasjenige Einkommen, das a priori der beruflichen Vorsorge unterstellt werden kann, wogegen der versicherte Lohn derjenige Teil des versicherbaren Lohnes ist, der schliesslich tatsächlich a posteriori der beruflichen Vorsorge unterstellt wird (vgl. Bundesamt für Sozialversicherungen [BSV], Mitteilungen über die berufliche Vorsorge Nr. 91 Rz. 530, abrufbar unter: < http://www.bsv.admin.ch > Praxis > Vollzug > Vollzug Sozialversicherungen > BV (2. Säule) > Mitteilungen). Zum AHV-beitragspflichtigen Einkommen, das insbesondere in Art. 5 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG, SR 831.10) umschrieben wird, gehören auch variable Lohnanteile wie Boni (vgl. nachstehend).

5.1.3 Bonuszahlungen sind variable Lohnanteile, die zu den Leistungskomponenten des Lohnes gehören. Sie werden von Jahr zu Jahr festgesetzt und fluktuieren, womit vom versicherten Lohn abhängige Leistungen in den Vorsorgefällen wie Invalidität und Tod je nach Eintritt des Versicherungsfalles unterschiedlich ausfallen können. Diese Tatsache ist der Ursprung des Rechtsstreites, zumal Bonuszahlungen zum massgebenden Lohn gemäss Art. 7 Bst. c der Verordnung vom 31. Oktober 1947 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVV, SR 831.101) und somit grundsätzlich auch zum versicherten beziehungsweise beitragspflichtigen Lohn nach Art. 7 Abs. 2 BVG gezählt werden. Da sie

im Bankensektor zu einem wichtigen Bestandteil des Einkommens geworden sind (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A.153/2008 vom 14. Oktober 2008 E. 2.2) und von der Arbeitgeberfirma auch im vorliegenden Fall regelmässig in Aussicht gestellt und ausgerichtet wurden, gehören sie nicht zu den gelegentlich anfallenden Lohnbestandteilen, die vom anrechenbaren Lohn ausgeschlossen werden dürfen (BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge Nr. 58 Rz. 357, abrufbar unter: < http://www.bsv.admin.ch > Praxis > Vollzug > Vollzug Sozialversicherungen > BV (2. Säule) > Mitteilungen; JÜRG BRECHBÜHL, in: Schneider/Geiser/Gächter, [Hrsg.], Handkommentar zum BVG und FZG, Bern 2010, Art. 7 N. 46; ISABELLE VETTER-SCHREIBER, BVG, Zürich 2009, Art. 7 N. 8; HANS-ULRICH STAUFFER, Berufliche Vorsorge, 2. Aufl., Zürich 2012, Rz. 567).

5.2

5.2.1 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 mit Hinweisen).

5.2.2 Der Wortlaut von Art. 1 Abs. 2 BVG ist unmissverständlich. Die Grenze für den versicherbaren Lohn in der beruflichen Vorsorge ist klar definiert. Der Gesetzgeber wollte mit dieser Regel Exzesse aus der Vergangenheit korrigieren (JACQUES-ANDRÉ SCHNEIDER, in: Schneider/Geiser/Gächter, a.a.O., Art. 1 N. 25), was insbesondere aus den Beratungen des Zweitrates (Ständerat) entnommen werden kann. Der zuständige Kommissionspräsident des Ständerates Eugen David erklärte an der entscheidenden parlamentarischen Sitzung vom 28. November 2002 was folgt (vgl. Amtliches Bulletin der Bundesversammlung 2002 S 1036): « Die Kommission will nicht, dass das BVG letztendlich zu einem reinen Steuersparvehikel umfunktioniert werden kann – auch wenn es nur eine sehr kleine Gruppe betrifft –, sondern es soll seinen Zweck für die breite Bevölkerung erfüllen, nämlich eine sichere zweite Säule zur Verfügung zu stellen. Daher wird dies in Artikel 1 Absatz 1 so umschrieben. Ergänzend dazu hat die Kommission in Artikel 1 Absatz 2 auch direkt eine Grenze in das Gesetz geschrieben, nämlich dass der versicherbare BVG-Lohn das AHV-beitragspflichtige Einkommen nicht überschreiten darf.

Die Kommission will also, dass dort, wo privilegiert auf Einkommensteilen BVG angespart wird, auch von diesen Einkommensteilen AHV-Beiträge gezahlt werden. Sie will die heutige Situation, wo zum Teil auf viel tieferen Einkommen AHV-Beiträge geleistet werden, aber auf wesentlich höheren Einkommen nachher Steuerabzüge gemacht werden, für das BVG so nicht weiterführen. » Bundesrätin Ruth Dreifuss ergänzte sodann, dass « il s'agit là d'un des mécanismes qui doit empêcher les abus du système du deuxième pilier à des fins fiscales, ou qui doit empêcher que par le truchement du deuxième pilier, des bonifications qui ne correspondent pas au salaire proprement dit soient distribuées. (…) Voilà les principes qu'il appartiendra au Conseil fédéral (…) de définir et de rappeler en préambule. » Art. 1 Abs. 2 BVG ist dann so vom Gesetzgeber angenommen worden und trat im Rahmen der ersten BVG-Revision am 1. Januar 2006 in Kraft. Aus den genannten Beratungen ist denn auch der Sinn und Zweck der auszulegenden Bestimmung abzuleiten.

5.3

5.3.1 Die Beschwerdeführerin führt nun zur Untermauerung der von ihr in der strittigen Reglementsbestimmung festgelegten, sogenannten « Praenumerando-Methode » (also der Vorausbestimmung des versicherten Lohnes) ins Feld, diese sei zulässig, da der Gesetzgeber verschiedentlich Abweichungen des Grundsatzes von Art. 1 Abs. 2 BVG zugelassen habe, obwohl die vorgeschlagene Lösung in casu eben gerade dazu führen kann, dass der versicherbare Lohn das AHV-beitragspflichtige Einkommen entgegen Art. 1 Abs. 2 BVG zumindest zeitweilig übersteigt, was die Beschwerdeführerin auch nicht in Abrede stellt (…). So sehe etwa Art. 3 Abs. 1 der Verordnung vom 18. April 1984 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVV 2, SR 831.441.1) vor, dass die Vorsorgeeinrichtung in ihrem Reglement festlegen könne, dass Lohnbestandteile weggelassen werden, die nur gelegentlich anfallen würden (Bst. a), der koordinierte Jahreslohn zum Voraus aufgrund des letzten bekannten Jahreslohnes bestimmt werde (abgesehen von bereits vereinbarten Änderungen, Bst. b) und die koordinierten Löhne bei Berufen, in den der Beschäftigungsgrad oder die Einkommenshöhe stark schwankten, pauschal nach dem Durchschnittslohn der jeweiligen Berufsgruppe festgesetzt würde (Bst. c). Diese Abweichungen habe der Bundesrat gestützt auf die Delegationsnorm von Art. 7 Abs. 2 BVG, Satz 2 erlassen, die übrigens auch in der überobligatorischen Vorsorge gelte (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG], heute Bundesgericht, B 85/01 vom 24. Juli 2003 E. 3.2). Schliesslich habe das Bundesgericht in mehreren Entscheiden zugelassen, dass Sam-

melstiftungen den versicherten Lohn nach der Praenumerando-Methode bestimmen.

Nach Auffassung der Vorinstanz hingegen verletzt die strittige Reglementsbestimmung Art. 3 Abs. 1 Bst. b BVV 2, die bei der Bestimmung des versicherten Lohnes nur ein Abstellen auf den letzten bekannten Jahreslohn vorsehe. Darüber hinaus seien in Art. 3 Abs. 1 BVV 2 spezifische, in ihrem Ausmass beschränkte Abweichungen geregelt, die nicht Grundlage für eine generelle Abweichung des Grundsatzes von Art. 1 Abs. 2 BVG bilden könnten.

5.3.2 Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin kann Art. 3 Abs. 1 Bst. b BVV 2 nicht als Grundlage dazu dienen, Vorsorgeeinrichtungen zu erlauben, beliebige Lösungen in jede Richtung zu entwickeln, um den versicherten Lohn im Voraus zu bestimmen. In der von der Beschwerdeführerin zitierten Rechtsprechung ging es um die Vorausfestsetzung der Beiträge für ein Kalenderjahr, die zum Teil weniger weit ging als Art. 3 Abs. 1 Bst. b BVV 2, indem der versicherte Jahreslohn für das gesamte Kalenderjahr unverändert blieb (Urteile des EVG B 20/05 vom 15. Februar 2007 E. 6.2 und B 85/01 vom 24. Juli 2003 E. 6.1) respektive nachträglich im Folgejahr an die tatsächlichen und für die AHV massgeblichen Lohnverhältnisse angepasst wurde (VETTER-SCHREIBER, a.a.O., Art. 3 BVV 2 N. 3; Urteil des EVG B 21/02 vom 11. Dezember 2002 E. 4.2). Diese Rechtsprechung ist im dritten zitierten Urteil 9C_115/2008 und 9C_134/2008 vom 23. Juli 2008 E. 4.3 lediglich bestätigt worden, in welchem die betroffene Sammelstiftung zwischen gemeldetem und versichertem Jahreslohn begrifflich unterschieden und dann betragsmässig gleichgesetzt hat. In keinem dieser Fälle ging es um Boni als variable Lohnanteile, welche zum Teil schwanken und einmal oder auch wiederholt gar nicht ausbezahlt werden können. Jedenfalls kann die Beschwerdeführerin daraus nichts zu Gunsten ihrer Rechtsauffassung ableiten. Mit der Vorinstanz kann auch festgehalten werden, dass die Beschwerdeführerin nichts aus Art. 47 BVG ableiten kann, bei welcher Bestimmung es um das Ausscheiden aus der obligatorischen Vorsorge geht. Gleiches gilt für den am 1. Januar 2011 in Kraft getretenen Art. 33*a* BVG, welche für Versicherte gilt, deren Lohn sich nach dem 58. Altersjahr reduziert, zumal diese Regelung der sozialen Absicherung für diese beschränkte Fallkategorie dient. Daraus folgt als Zwischenergebnis, dass die generelle Weiterversicherung von nicht angefallenen Boni nicht aus den angeführten gesetzlichen Regelungen und Rechtsprechung hergeleitet werden kann.

5.4

5.4.1 Die Beschwerdeführerin ist aber der Meinung, dass es jedenfalls in ihrer Autonomie liege, den versicherten Lohn im Bonusplan im Voraus so zu bestimmen, dass er der Summe der beitragspflichtigen Boni im laufenden Kalenderjahr beziehungsweise des Vorjahres entspricht, solange im laufenden Kalenderjahr kein Bonus ausgerichtet worden ist (letzte Fassung per Februar 2009 von Art. 24.2 des Reglements), respektive ab Februar den beitragspflichtigen Boni des laufenden Kalenderjahres entspricht (vorletzte Fassung per Januar 2009). Sie hält der Vorinstanz vor, sie verbiete die vorausbestimmte Festsetzung des versicherten Lohnes für in der Bankbranche übliche und verbreitete Boni eher des in der Öffentlichkeit als Reizwort wahrgenommenen Begriffes wegen und mache eine unzulässige Unterscheidung etwa mit dem Gastgewerbe (Trinkgelder). Auch handle es sich lediglich um eine alternative Berechnungsmethode, für den Fall, dass kein Bonus ausgerichtet werde; ansonsten werde auf die aktuellen Bonuszahlungen abgestellt. Demgegenüber vertritt die Vorinstanz die Auffassung, dass mit der von der Beschwerdeführerin beschlossenen Regelung ein Versicherter, der alternierend in einem Jahr einen Bonus erhalte und im nächsten nicht, immer den laufenden Bonus oder denjenigen des Vorjahres versichere, sodass er in Bezug auf die Leistungen jedes zweite Jahr mehr als das AHV-beitragspflichtige Einkommen versichert habe. Die Beschwerdeführerin wendet ein, dass das versicherte Einkommen nur während einer beschränkten Übergangszeit über dem Einkommen liege, das im selben Zeitraum der AHV-Beitragspflicht unterliege, was zulässig sei.

5.4.2 Tatsache ist, dass der in der beruflichen Vorsorge versicherbare Lohn nach der hier im Streite liegenden Reglementsbestimmung, auch wenn sie eine alternative Berechnungsmethode bei fehlender Bonuszahlung statuiert, das AHV-beitragspflichtige Einkommen wiederholt für eine grosse Anzahl Personen und nicht zuletzt auch bei hohen Boni übersteigen kann, dies unter Verletzung der Grundnorm von Art. 1 Abs. 2 BVG wie in E. 6.1.3 umschrieben. Für das Gericht handelt es sich angesichts des möglichen Ausmasses und der möglichen Auswirkungen nicht um eine geringfügige Abweichung vom Gesetz. Der von der Beschwerdeführerin behauptete beschränkte Zeitraum könnte sich vielmehr beliebig oft wiederholen. Die Regelung betrifft praktisch das ganze, zahlreiche Personal der Stifterfirma. Schliesslich geht die Beschwerdeführerin von einem Durchschnittswert der Boni von Fr. 16'807.– aus. Bereits diese Zahl ist im Verhältnis zum Durchschnittslohn wohl keine « quantité négligeable ». In betraglicher Hinsicht dürfte sich das Ausmass

der Abweichung zur gesetzlichen Regelung jedoch bei hohen Boni um ein Mehrfaches multiplizieren. Alles in allem kommt das Gericht zum Schluss, dass die Beschwerdeführerin mit Art. 24.2 ihrer Reglementsbestimmung per Januar beziehungsweise Februar 2009 die gesetzlichen Grenzen und ihr Ermessen überschritten hat, ohne dass sie etwas für sich aus anderen, klar umschriebenen oder anerkannten Abweichungen der Grundnorm von Art. 1 Abs. 2 BVG ableiten könnte. Die aufgezeigte Gesetzesverletzung genügt an sich, um die Beschwerde in diesem Hauptpunkt abzuweisen.

6.

6.1

6.1.1 Die Vorinstanz rügt sodann eine Verletzung des unter anderem in Art. 1*f* BVV 2 statuierten Grundsatzes der Gleichbehandlung, wonach für alle Versicherten eines Kollektivs die gleichen reglementarischen Bedingungen im Vorsorgeplan gelten sollen. Mit der strittigen Reglementsbestimmung würden diejenigen Versicherten, die jedes Jahr einen Bonus erhalten, gegenüber den Versicherten, die alternierend einmal einen Bonus und das nächste Jahr keinen erhalten, schlechter gestellt, indem für die Erstgenannten der effektiv ausbezahlte, unter Umständen tiefere Bonus massgebend sei und für die zweitgenannten derjenige des Vorjahres, auch wenn im laufenden Jahr kein Bonus ausbezahlt würde. Die Beschwerdeführerin meint dazu im Wesentlichen, dass alle Versicherten dieses Vorsorgeplanes gleich behandelt würden, soweit sie in die eine oder andere Situation kämen. Bei gleichem Sachverhalt werde das versicherte Salär nach identischen Berechnungsweisen bestimmt.

6.1.2 Das in Art. 8 BV verankerte Gleichbehandlungsgebot verlangt, dass Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich (Gleichheitsgebot) und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich (Differenzierungsgebot) zu behandeln ist (vgl. JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, Art. 8 BV S. 653 ff.). Der Anspruch auf rechtsgleiche Behandlung wird insbesondere dann verletzt, wenn hinsichtlich einer entscheidwesentlichen Tatsache rechtliche Unterscheidungen getroffen werden, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder wenn Unterscheidungen unterlassen werden, die aufgrund der Verhältnisse hätten getroffen werden müssen (BGE 135 V 361 E. 5.4). Ein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht besteht indes nicht (BGE 132 II 485 E. 8.6, BGE 122 II 446 E. 4; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C–235/2009 vom 13. Mai 2011 E. 6.2). In der beruflichen Vorsorge

kommt dem Gleichbehandlungsgebot seit jeher grosse Bedeutung zu (vgl. Urteil des Bundesgerichts 9C_953/2009 vom 23. Februar 2010 E. 5.1; BGE 133 V 607, BGE 131 II 514 mit Hinweisen).

6.1.3 Der Beschwerdeführerin ist darin beizupflichten, dass die Unterscheidung, die sie getroffen hat, Art. 1*f* BVV 2 nicht verletzt, da für die Versicherten in derselben Situation die gleichen Bedingungen gelten. Allerdings ist die umstrittene Reglementsbestimmung im Lichte des generellen, aus Art. 8 BV abgeleiteten Gleichbehandlungsgebotes zu beleuchten, welche in der beruflichen Vorsorge wie gesagt einen hohen Stellenwert hat. Die Situation eines Versicherten, welcher in einem Jahr gar keine Bonuszahlung ausgerichtet erhält, unterscheidet sich von derjenigen eines Versicherten, dessen Boni von Jahr zu Jahr fluktuieren, aber ausbezahlt werden, nur im Ausmass der fluktuierenden « Bonus-Kurve ». Es lässt sich nicht verleugnen, dass die Beschwerdeführerin die Gruppe der Erstgenannten vorübergehend besserstellt, da für sie die Berechnungsgrundlage für die Leistungen im Versicherungsfall von dieser « Bonus-Kurve » plötzlich ziemlich abweichen kann, nur weil der Bonus null ist. Im Beispiel, das die Beschwerdeführerin in ihrer Replik anführt, fragt sich denn auch, aus welchen Gründen das versicherte Salär des Versicherten A im Jahre n+1 gleich hoch sein soll wie dasjenige des Versicherten B, obwohl der Letztgenannte keinen Bonus erhält. Für das Gericht lassen sich keine glaubhaften Praktikabilitätsgründe für eine solche Unterscheidung heranführen. Die Auffassung der Vorinstanz ist demnach zutreffend, wonach die Beschwerdeführerin ihr Ermessen auch unter dem Aspekt des verfassungsmässigen Grundsatzes der Gleichbehandlung überschritten hat, indem sie eine Unterscheidung zwischen Versicherten getroffen hat, welche das besagte Gebot verletzt.

6.2

6.2.1 Die Vorinstanz hält der Beschwerdeführerin schliesslich vor, sie habe Art. 79*b* BVG verletzt, wonach der Einkauf höchstens bis zur Höhe der reglementarischen Leistungen ermöglicht werden kann.

6.2.2 Für das Gericht ist nicht ersichtlich, inwiefern Art. 79*b* BVG durch die strittige Reglementsbestimmung verletzt sein soll. Gemäss dieser bildet das versicherte Salär im Bonusplan die Basis für die Höhe der maximal möglichen Einkaufssumme in das Altersguthaben sowie für die Äufnung des Altersguthabens bei Invalidität. Die Beschwerdeführerin räumt ein, dass die Möglichkeit besteht, infolge eines aus dem Vorjahr übernommenen versicherten Salärs von einem höheren Einkaufspotential profitieren zu können. Dennoch ist der Einkauf klar definiert und be-

grenzt. Es wird kein Einkauf ermöglicht, welcher die reglementarischen Leistungen übersteigt. Die Aspekte, welche die Vorinstanz im Zusammenhang von Art. 79*b* BVG kritisiert, beschlagen vielmehr die bereits geprüften Art. 1 Abs. 2 BVG (E. 5) und das Gleichbehandlungsgebot (E. 6.1).

6.3 Damit ergibt sich, dass die Beschwerde in diesem Hauptpunkt abzuweisen ist.

7. Es stellt sich weiter die Frage, ob die Vorinstanz in rechtmässiger Weise in das Ermessen des Stiftungsrats eingegriffen hat, indem sie die bisher geltende Fassung von Art. 24.2 des Vorsorgereglements per 1. Januar 2008 ergänzt hat und diese ergänzte Fassung als Übergangsregelung bis zu einer gesetzeskonformen Lösung respektive bis zur rechtlichen Klärung des vorliegenden Rechtsstreites festgelegt hat (Dispositivziffer III).

7.1 Die Vorinstanz ist dabei vom Wortlaut von Art. 24.2 des Vorsorgereglements der Beschwerdeführerin (per 1. Januar 2008) ausgegangen und hat Folgendes ergänzt:

« Das Drittel des Bonusses aus dem laufenden Kalenderjahr darf nur ausbezahlt werden, wenn es bereits feststeht. Steht es noch nicht fest, darf die Leistung in diesem Umfang nicht ausbezahlt werden. Sofern und sobald es feststeht, muss die Pensionskasse die entsprechenden Leistungen nachzahlen. »

Die Vorinstanz begründet diesen Zusatz damit, dass Art. 24.2 in der Fassung vom 1. Januar 2008 zwar rechtskonform sei, aber Präzisierungen brauche, die aufgrund der (damals) aktuellen Lage notwendig (gewesen) seien. Demgegenüber macht die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde geltend, dass der Vorinstanz keine Rechtssetzungskompetenz zustehe und in unzulässiger Weise in ihren Autonomiebereich eingreife. Zudem regle die Präzisierung eine sachfremde Materie, denn die Arbeitgeberin (X. AG) entscheide im Einvernehmen mit der FINMA über die Auszahlung der Boni, ohne dass die Beschwerdeführerin oder die Vorinstanz irgendein Mitbestimmungsrecht hätten. Für die Vorinstanz ist diese Auslegung völlig unvernünftig. Vielmehr könne dieser Zusatz offensichtlich nur als Konkretisierung des versicherten Salärs ab Februar verstanden werden, und zwar als Präzisierung, wie ein zu einem späteren Zeitpunkt des Jahres beschlossener Bonus rückwirkend zu versichern sei. Dies sei von Bedeutung, wenn zum Beispiel ein Leistungsfall im März entstehe und der Bonus aber erst im November feststehe (…). Demge-

genüber hält die Beschwerdeführerin daran fest, dass die vorinstanzliche Formulierung für den durchschnittlichen Versicherten verwirrend sei, da von der Auszahlung von Boni und nicht von der Ausrichtung der darauf gestützten reglementarischen Leistung die Rede sei. Materiell bedeute dieser Zusatz im Sinne, wie es die Vorinstanz verstehe, dass die Höhe der Vorsorgeleistung im Zeitpunkt des Eintritts des Leistungsfalles noch nicht feststehe, was praktisch und rechtlich ungeeignet sei (…). In ihrer Replik nimmt die Beschwerdeführerin nochmals zu diesem Punkt Stellung und weist als Beispiel auf die Benachteiligung von Hinterbliebenen eines Versicherten hin, der vor der Auszahlung der Boni verstorben sei, womit als Berechnungsgrundlage für ihre Ansprüche ein lückenhaftes versichertes Salär bestehe (…).

7.2

7.2.1 Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ist es der Vorinstanz grundsätzlich nicht verwehrt, als repressives Aufsichtsmittel wenn je nach Sachlage nötig sogar auch eine provisorische Ersatzregelung für eine fehlerhafte Reglementsbestimmung zu formulieren, bis die Vorsorgeeinrichtung von sich aus oder aufgrund eines gerichtlichen Urteils eine gesetzlich korrekte Fassung erlässt.

7.2.2 Im konkreten Fall aber fragt sich, ob diese Ersatzvornahme notwendig und geeignet ist, die Unsicherheit zu beheben, die dadurch entstehen kann, wenn im laufenden Jahr der Beschluss über die Auszahlung von Boni für das laufende Jahr gefällt wird, nachdem der Leistungsfall eingetreten ist, zumal unter Umständen – entgegen der früheren Praxis – im Februar noch nicht feststehen könnte, ob und wie hoch Bonuszahlungen im laufenden Kalenderjahr ausgerichtet werden.

Dafür ist der Kontext des vorliegenden Rechtsstreits nachstehend nochmals kurz zu beleuchten. Wie die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde ausführt und von der Vorinstanz auch nie beanstandet worden ist, hat sie seit ihrer Errichtung im Jahre 1999 variable Lohnanteile als Durchschnittswert der Boni von drei Jahren in das versicherte Salär einfliessen lassen. In der Regel wurden die Boni dann im Februar ausgerichtet. Mit der – von der Vorinstanz zunächst nicht beanstandeten – Fassung im Vorsorgereglement der Beschwerdeführerin per 1. Januar 2008 wurde diese langjährige Praxis fortgeführt. Im Herbst 2008 musste die Arbeitgeberfirma allerdings bekanntlich Staatshilfe in Anspruch nehmen, was zur Folge hatte, dass die FINMA über die Auszahlung von Boni mit zu befinden hat. Da dessen Entscheid Ende Januar 2009 noch ausgeblieben war und eine Vorsorgelücke drohte, erschien der Be-

schwerdeführerin eine Anpassung des Vorsorgereglements sinnvoll, die eben hier im Streite liegt.

7.3 Die von der Vorinstanz erlassene Übergangs- respektive Ersatzformulierung lässt allerdings bereits vom Wortlaut her zu wünschen übrig. Abgesehen davon, dass die Vorinstanz Art. 24.2 des Vorsorgereglements in der Fassung per 1. Januar 2008 und in den Fassungen zuvor nie beanstandet hatte, sind die Bedenken der Beschwerdeführerin berechtigt, wonach von der Auszahlung der Boni als solche die Rede ist und nicht von den darauf gestützt zu berechnenden, versicherten Saläranteilen. Für den durchschnittlichen Versicherten ist die Formulierung der Vorinstanz in der Tat verwirrend und ungenau. Auch materiell kann die von ihr verfügte provisorische Lösung zu übergangsrechtlichen Problemen führen, zumal die BVG-Leistungen jederzeit bestimm- und berechenbar sein müssen, was gerade von einem Vorsorgereglement klar zu definieren ist. Schliesslich erscheint dem Gericht das aufsichtsrechtliche Einschreiten der Vorinstanz in diesem Punkt als nicht verhältnismässig, zumal es in erster Linie der Beschwerdeführerin obliegt, notfalls angemessene, gesetzeskonforme Ersatzlösungen zu suchen, zu erlassen und der Aufsichtsbehörde zu unterbreiten.

7.4 Diese Erwägungen führen zur Gutheissung der Beschwerde in diesem Punkte, zur Aufhebung von Dispositivziffer III der angefochtenen Verfügung und zur Rückweisung an die Vorinstanz zur Prüfung des weiteren aufsichtsrechtlichen Vorgehens in Bezug auf Art. 24.2 des Vorsorgereglements in der Fassung per Januar 2008. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.