



## Urteil vom 15. Oktober 2013

---

Besetzung

Richter Beat Weber (Vorsitz),  
Richter Vito Valenti, Richterin Elena Avenati-Carpani,  
Gerichtsschreiber Urs Walker.

---

Parteien

1. **A.**\_\_\_\_\_, **Z.**\_\_\_\_\_,
2. **B.**\_\_\_\_\_, **Y.**\_\_\_\_\_,
3. **C.**\_\_\_\_\_, **X.**\_\_\_\_\_,
4. **D.**\_\_\_\_\_, **W.**\_\_\_\_\_,
5. **E.**\_\_\_\_\_, **V.**\_\_\_\_\_.

alle vertreten durch Advokatin Elisabeth Maier,  
Hauptstrasse 104, 4102 Binningen,  
Beschwerdeführende,

gegen

1. **Personalvorsorgestiftung der Firma Itin AG in Liquidation**, c/o Advokatin Franziska Bur Bürgin, Ludwig + Partner AG, St. Alban-Vorstadt 110, Postfach 419, 4010 Basel,
2. **Wohlfahrtsstiftung der Firma Itin AG in Liquidation**, c/o Advokatin Franziska Bur Bürgin, Ludwig + Partner AG, St. Alban-Vorstadt 110, Postfach 419, 4010 Basel,  
Beschwerdegegnerinnen,

**BSABB BVG- und Stiftungsaufsicht beider Basel**,  
Eisengasse 8, Postfach, 4001 Basel,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Genehmigung Verteilplan der Personalvorsorgestiftung und der Wohlfahrtsstiftung der Itin AG in Liquidation (linear sinkende Abstufung nach Austrittsdatum); Verfügungen des Amtes für Stiftungen und berufliche Vorsorge des Kantons Basel-Landschaft vom 23. Dezember 2010.

**Sachverhalt:****A.**

Die Personalvorsorgestiftung der Firma Itin AG in Liquidation (nachfolgend Beschwerdegegnerin 1) ist eine im Register für die berufliche Vorsorge eingetragene Vorsorgeeinrichtung mit Sitz in Pratteln. Sie bezweckt die berufliche Vorsorge im Rahmen des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG, SR 831.40) und seiner Ausführungsbestimmungen für die Arbeitnehmer der Stifterfirma, mit dieser wirtschaftlich oder finanziell eng verbundener Unternehmungen sowie für deren Angehörigen und Hinterlassenen gegen die wirtschaftlichen Folgen von Alter, Tod und Invalidität. Die Stiftung kann über die gesetzlichen Mindestleistungen hinaus weitergehende Vorsorge betreiben (act. 1 Beilage 6/15). Sie steht unter der Aufsicht des Amtes für Stiftungen und berufliche Vorsorge Basel-Landschaft (Vorinstanz).

**B.** Die Wohlfahrtsstiftung der Firma Itin AG in Liquidation (nachfolgend Beschwerdegegnerin 2) ist eine nicht registrierte Vorsorgeeinrichtung mit Sitz in Pratteln. Sie bezweckt die Vorsorge für die Arbeitnehmer, insbesondere die in leitender Stellung, der Stifterfirma bzw. der beteiligten Firmen, sowie deren Angehörige und Hinterbliebene. Weiter bezweckt sie die Äufnung von Arbeitgeberbeitragsreserven zur Mitfinanzierung der Arbeitgeberbeiträge der "Personalfürsorgestiftung der Firma Itin AG", in Pratteln (act. 1 Beilage 15 in Dossier C-3456/2011). Sie steht ebenfalls unter der Aufsicht des Amtes für Stiftungen und berufliche Vorsorge Basel-Landschaft (Vorinstanz).

**C.**

Mit zwei Verfügungen vom 23. Dezember 2010 genehmigte die Vorinstanz die vorgelegten Verteilpläne der Beschwerdegegnerinnen 1 und 2 vom 8. September 2010 und wies die Liquidatoren an, den Destinatärinnen und Destinatären die Verfügung unter Hinweis auf die Rechtsmittelbelehrung zu eröffnen und ihnen auf entsprechendes Begehren hin Einsicht in verschiedene Verfahrensakten zu gewähren sowie der Aufsichtsbehörde nach Vollzug der Verfügung die explizit genannten Dokumente einzureichen. Weiter ordnete die Vorinstanz an, dass der Verteilungsplan erst vollzogen werden dürfe, wenn die Verfügung in Rechtskraft erwachsen sei (act. 1, Anhang 2 zu Beilage 1, sowie act. 1, Anhang 2 zu Beilage 1 in Dossier C-3456/2011).

**D.**

Gegen diese beiden Verfügungen erhoben A. \_\_\_\_\_ und 4 Konsorten (Beschwerdeführende), vertreten durch Elisabeth Maier, Advokatin, Hauptstrasse 104, 4102 Binnigen, am 15. Juni 2011 zwei Beschwerden beim Bundesverwaltungsgericht (act. 1 und act. 1 in Dossier C-3456/2011). Sie beantragten darin die Aufhebung der angefochtenen Verfügungen, soweit die Genehmigung das Kriterium der linear absinkenden Abstufung nach Austrittsdatum im Verteilungsplan umfasse. Der Verteilungsplan sei insofern abzuändern, als dass das darin vorgesehene Kriterium der linear absinkenden Abstufung nach Austrittsdatum zu streichen sei, eventualiter sei die Angelegenheit an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit diese den Stiftungsrat anweise, unter Einhaltung der Informationspflichten erneut einen Verteilungsplan zu erstellen, der keine Abstufung nach Austrittsdatum enthalte. Zuletzt beantragten die Beschwerdeführenden eine Parteientschädigung gemäss der noch einzureichenden Honorarnote.

Als Begründung führten die Beschwerdeführenden im Wesentlichen aus, sie seien erst durch die Genehmigungsverfügung der Aufsichtsbehörde über den Verteilplan informiert worden (act. 1 Ziff. II. 7 ff.). Da kein ordentliches Einspracheverfahren durchgeführt worden sei, würden die beiden angefochtenen Verfügungen an einem formellen Mangel leiden, weshalb die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen sei (Ziff. II. 12). Das Kriterium der linear absinkenden Abstufung des Anspruchs auf freie Mittel nach Austrittsdatum sei in der Literatur und der Rechtsprechung nie diskutiert worden und nicht zulässig, da es den Gleichbehandlungsgrundsatz verletze (Ziff. II. 13 ff.). Bei einem stufen- oder tröpfchenweisen Personalabbau seien alle vom Vorgang Betroffenen mit einzubeziehen (Ziff. II. 16). Alle Beschwerdeführenden seien Ende 2005 bis Januar 2006 ausgetreten und deshalb von der Abstufung betroffen (Ziff. II. 5); Nach Möglichkeit sei bei der Festlegung der Verteilkriterien auch die Herkunft der freien Mittel zu berücksichtigen (Ziff. II. 16).

Zugleich beantragten sie, den Beschwerden sei die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen, und die beiden Beschwerdeverfahren seien zu vereinigen.

**E.**

Mit Zwischenverfügung vom 24. Juni 2011 (act. 2 und act. 2 in Dossier C-3456/2011) vereinigte das Bundesverwaltungsgericht die Verfahren C-3419/2011 und C-3456/2011 und verfügte deren Weiterführung unter der

Geschäftsnummer C-3419/2011. Zudem schlug es die Akten und die Kosten des Verfahrens C-3456/2011 zu den Akten und Kosten des Verfahrens C-3419/2011. Der gleichzeitig einverlangte Kostenvorschuss über Fr. 2'500.- wurde am 1. Juli 2011 einbezahlt (act. 4).

#### **F.**

Mit Zwischenverfügung vom 3. Oktober 2011 (act. 16) wies das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch der Beschwerdeführenden um Gewährung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde ab, hauptsächlich weil es das Interesse der Gesamtheit der Destinatäre an einer sofortigen Auszahlung ihrer Austrittsleistungen höher gewichtete als das Interesse der Beschwerdeführenden und der Beschwerdegegnerinnen am Rückbehalt der freien Mittel, um damit die allfällige Erhöhung des Anteils der Beschwerdeführenden ohne zusätzlichen Aufwand zu begleichen.

#### **G.**

In ihrer Vernehmlassung vom 8. Dezember 2011 (act. 26) enthielt sich die Vorinstanz zwar eines formellen Antrags, stellte aber fest, dass sich die Beschwerde insgesamt als unbegründet erweise. Die Information der Destinatäre obliege dem Stiftungsrat. Die Vorinstanz habe die Beschwerdegegnerinnen in ihrer Verfügung angewiesen, die Destinatäre zu informieren und sei damit ihrer Verpflichtung nachgekommen. Falls die Informationsrechte nicht vollständig gewährt worden seien, sei der Mangel durch die Eröffnung der Verfügung an die Destinatäre geheilt worden.

Weiter stellte die Vorinstanz fest, dass die Beschwerdeführenden ausschliesslich die degressive Skala bemängelten (act. 26 Ziff. 10). Jede Festlegung eines bestimmten fixen Datums beinhalte eine gewisse Willkür (nicht im rechtlichen Sinne). Eine degressive Skala der Anspruchsberechtigung sei vorliegend als stufenweise Milderung von willkürlich festgelegten Daten, welche über die Zugehörigkeit zur berechtigten Destinatärsgruppe entscheiden, zu betrachten und sinnvoll. Der Verteilplan sei nicht willkürlich gewählt worden, und der Stiftungsrat habe sein Ermessen nicht überschritten

#### **H.**

Mit Beschwerdeantwort vom 15. Dezember 2011 (act. 27) beantragten die Beschwerdegegnerinnen, beide vertreten durch die Liquidatorin, Franziska Bur Bürgin, Advokatin, Ludwig + Partner AG, St. Alban-Vorstadt 110, 4010 Basel, die vollumfängliche Abweisung der Begehren der Beschwerdeführenden unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Als Begründung führten sie im Wesentlichen aus, bei einer Gesamtliquidation sei eine Information der Versicherten vor der aufsichtsbehördlichen Genehmigung des Verteilplans – im Gegensatz zu Teilliquidationen – gesetzlich gar nicht vorgesehen (act. 27 Ziff. 51-67). Eine Information über die zwei Vermögensübertragungen sei nicht nur mit dem Informationsschreiben vom 24. März 2010, sondern auch mit dem SHAB-Eintrag am 31. März 2010 erfolgt (Ziff. 29 ff.). Im Anschluss an die Genehmigungsverfügung der Aufsichtsbehörde habe die Beschwerdegegnerin den Verteilschlüssel am 12. Mai 2010 (recte: 2011) an die Destinatäre eröffnet (Ziff. 37/42); anlässlich einer Sitzung vom 1. Juni 2011 hätten die Beschwerdeführer 1 und 2 in die Jahresrechnungen und weitere Dokumente Einsicht nehmen können (Ziff. 43).

Der Verteilschlüssel sei rechtskonform, da die vorgesehene linear absinkende Abstufung nach Austrittsdatum nicht willkürlich gewählt sei und im Ermessen des Stiftungsrates liege. Der gewählte Verteilplan könne andere mögliche Zufälligkeiten über die Zugehörigkeit zur berechtigten Destinatärgruppe vermeiden (Ziff. 32 ff.).

#### **I.**

Mit Schreiben vom 3. Februar 2012 bat der Beschwerdeführer 1 die Vorinstanz um transparente Informationen bezüglich verschiedener Leistungen, welche die Wohlfahrtsstiftung in den Jahren 2006/2007 ausgerichtet habe und welche möglicherweise dem Stiftungszweck widersprochen hätten (act. 32 Beilage 9). Mit Schreiben vom 8. Februar 2012 wies die Vorinstanz darauf hin, dass der Fall vor Bundesverwaltungsgericht hängig sei und sie sich deshalb ausser Stande sehe, dazu weitere Auskünfte zu erteilen (act. 32 Beilage 10).

#### **J.**

In der Replik vom 7. März 2012 (act. 32) halten die Beschwerdeführenden an ihren in der Beschwerde gestellten Rechtsbegehren vollumfänglich fest.

Sie werfen den Beschwerdegegnerinnen zusätzlich vor, die berechtigten Anwartschaften der Beschwerdeführenden in Frage zu stellen, indem sie unterstellten, die Abgänge seien nicht aus wirtschaftlichen Gründen erfolgt, sondern wegen ungenügender Leistungen (act. 32 Ziff. 5.3). Zudem sei nicht erstellt, dass in den Jahren 2007-2009 keine Teilliquidationstatbestände vorgelegen hätten (Ziff. 6.1). Dies gelte auch für die Jahre 2003-2005 (Ziff. 6.4). Ferner habe im Jahr 2006 durch die Übertragung

eines Teils der Aktiven und Passiven in eine neue Gesellschaft eine Restrukturierung stattgefunden (Ziff. 6.6), welche zu einer Teilliquidation hätte führen müssen. Der Nachweis eines konkreten Teilliquidationstatbestandes sei für die Beschwerdeführenden wohl kaum möglich; entscheidend sei jedoch, dass schon lange gravierende Schwierigkeiten beim Unternehmen bestanden hätten und dass diesem Umstand bei der Festsetzung des Bezügerkreises nun Rechnung zu tragen sei. Die Festlegung eines fünfjährigen Zeitfensters sei daher als logische und einzig mögliche Folgerung anzusehen (Ziff. 6.7).

Zum Verteilplan machen die Beschwerdeführenden bezüglich der linear sinkenden Abstufung nach Austrittsdatum geltend, dies verletze sowohl das Gleichheitsgebot als auch die wohlerworbenen Rechte der Versicherten (Ziff. 7.3).

Die Höhe des Teilungssubstrats und damit die Höhe der freien Mittel sei nur implizit Thema des vorliegenden Prozesses. Da die Aufsichtsbehörde jedoch die Auskunft über nicht nachvollziehbare Vorgänge bei der Wohlfahrtsstiftung verweigerte, habe sie die diesbezüglichen Informationspflichten verletzt (Ziff. 8.3).

#### **K.**

In der Duplik vom 26. April 2012 (act. 34) enthält sich die Vorinstanz weiterhin eines formellen Antrags. Sie weist darauf hin, dass beim Prüfbescheid der Jahresrechnungen 2007-2009 der Begriff "Teilliquidation" irrtümlich verwendet worden sei und die Schlussfolgerungen der Beschwerdeführenden (Ziff. 6.1) entsprechend unzutreffend seien. Es bestehe – entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführenden – pro Vorsorgeeinrichtung nur ein Teilliquidationsreglement, welche beide auf Sachverhalte anwendbar seien, die sich nach dem 1. Januar 2005 ereignet hätten. Die Höhe des Verteilsubstrats sei grundsätzlich Gegenstand des vorliegenden Verfahrens beim Bundesverwaltungsgericht, weshalb die entsprechenden Anfragen der Beschwerdeführenden dort anhängig zu machen und nicht von der Vorinstanz zu beantworten seien.

#### **L.**

In der Duplik vom 29. Mai 2012 (act. 37) machen die Beschwerdegegnerinnen zum angeblichen Vorliegen früherer Teilliquidationstatbestände geltend, bei beiden Vorsorgeeinrichtungen sei zumindest ein Beschwerdeführer bis Juni 2005 im Stiftungsrat gewesen; es sei nie eine Teilliquidation verlangt worden (Ziff. 4). Die Beschwerdeführer hätten eine Teilli-

quidation bereits früher durchsetzen können, falls sie tatsächlich der Meinung gewesen wären, es hätte eine solche vorgelegen (Ziff. 5). Die Beschwerdegegnerinnen hätten durch die Bestätigung ihres Experten für berufliche Vorsorge vom 10. November 2008 nachgewiesen, dass kein solcher früherer Teilliquidationstatbestand vorgelegen habe (Ziff. 7/8). Die Beobachtungen eines Beschwerdeführers über die Veränderungen des Personalbestandes und der Vorsorgekapitalien seien nicht geeignet, den Tatbestand einer Teilliquidation nachzuweisen, da nur die Entlassungen, welche auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen sind, zu berücksichtigen seien (Ziff. 22/23). Der behauptete Tatbestand der Reorganisation im Jahr 2006 durch die Übertragung eines Teils der Aktiven und Passiven sei nicht belegt und liege nicht vor (Ziff. 27).

Die lineare Abstufung nach Austrittsdatum sei rechtskonform; bereits die Berücksichtigung eines rückwirkenden Zeitfensters diene – unter Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung – der Vermeidung von Zufälligkeiten (Ziff. 32). Es seien weder wohlerworbene Rechte noch das Gleichheitsgebot verletzt worden (Ziff. 35 ff.).

Die Höhe des Verteilungssubstrats sei nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens und deshalb nicht mehr zu prüfen (Ziff. 41 ff.).

Da die Verteilung der freien Mittel wegen der erhobenen Beschwerden in zwei Tranchen erfolgen müsse, sei ein erheblicher Mehraufwand entstanden, welcher den Beschwerdeführenden aufzuerlegen sei (Ziff. 48).

#### **M.**

Mit Zwischenverfügung vom 6. Juni 2012 (act. 38) sandte das Bundesverwaltungsgericht je ein Doppel der Duplik der Vorinstanz und der Duplik der Beschwerdegegnerinnen an die Parteien und schloss den Schriftenwechsel ab.

#### **N.**

Mit Schreiben vom 6. September 2013 reichte die Vertreterin der Beschwerdeführenden dem Bundesverwaltungsgericht eine Kostennote ein (act. 40).

#### **O.**

Auf die weiteren Vorbringen und Unterlagen der Parteien wird – soweit für die Entscheidungsfindung notwendig – in den nachstehenden Erwägungen näher eingegangen.

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

### **1.**

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

### **2.**

Anfechtungsgegenstand (vgl. dazu E. 4) des vorliegenden Verfahrens sind die beiden Verfügungen des Amtes für Stiftungen und berufliche Vorsorge des Kantons Basel-Landschaft vom 23. Dezember 2010, welche ohne Zweifel Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG darstellen. Die Beschwerden gegen diese Verfügungen sind frist- und formgerecht eingegangen (Art. 50 und 52 VwVG). Die Beschwerdeführenden sind als Berechtigte durch die angefochtenen Verfügungen besonders berührt und haben in diesem Zusammenhang ein schutzwürdiges Interesse an deren Änderung oder Aufhebung (Art. 48 VwVG). Damit sind sie zur Beschwerde legitimiert. Nachdem die beiden Verfahren mit Zwischenverfügung vom 24. Juni 2011 vereinigt wurden und der gleichzeitig eingeforderte Kostenvorschuss in der gesetzten Frist geleistet wurde, ist auf die ergriffenen 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. Die angefochtenen

Entscheide datieren vom 23. Dezember 2010, 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 eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat (Art. 49 VwVG). Da sich die Kognition in oberer Instanz nur verengen, nicht aber erweitern kann, gilt es jedoch zu beachten, dass die Aufsichtstätigkeit als Rechtskontrolle ausgestaltet ist (vgl. ISABELLE VETTER SCHREIBER, Berufliche Vorsorge, Kommentar, Zürich 2009 Art. 62 N. 1), weshalb sich auch das überprüfende Gericht – in Abweichung von Art. 49 Bst. c VwVG – auf eine Rechtskontrolle zu beschränken hat (BGE 135 V 382 E. 4.2, Urteil BGer 9C\_756/2009 vom 8. Februar 2010 E. 5).

**3.3** Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die angefochtenen Verfügungen frei, dies unter der Berücksichtigung der vorgebrachten Rügen. Die Beschwerdeinstanz hat somit nicht zu untersuchen, ob sich die angefochtenen Verfügungen unter schlechthin allen in Frage kommenden Aspekten als korrekt erweisen, sondern untersucht im Prinzip nur die vorgebrachten Beanstandungen. Von den Verfahrensbeteiligten nicht aufgeworfene Rechtsfragen werden nur geprüft, wenn dazu aufgrund der Parteivorbringen oder anderer sich aus den Akten ergebender Anhaltspunkte hinreichender Anlass besteht (vgl. BGE 119 V 347 E. 1a).

#### **4.**

**4.1** In verfahrensmässiger Hinsicht rügen die Beschwerdeführer, sie seien erst durch die Genehmigungsverfügung der Aufsichtsbehörde über den Verteilplan informiert worden. Da vorher kein ordentliches Einspracheverfahren im Sinne von Art. 53d Abs. 5 BVG durchgeführt worden sei, würden die beiden angefochtenen Verfügungen an einem formellen Mangel leiden, weshalb die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen sei (act. 1 Ziff. 12).

**4.2** Die Beschwerdegegnerinnen machten dazu geltend, es könne keine Rede davon sein, dass sie ihre Informationspflichten gegenüber den Destinatären vernachlässigt hätten. Bei einer Gesamtliquidation sei eine Information der Versicherten vor der aufsichtsbehördlichen Genehmigung des Verteilplans – im Gegensatz zu Teilliquidationen – gesetzlich gar nicht vorgesehen (act. 27 Ziff. 51-67). Eine Information v. a. eine aufsichtsrechtliche über die Genehmigung der Übertragung des Vermögens der Rentner der Beschwerdegegnerin 1 auf die neue Kasse sei nicht nur mit dem Informationsschreiben vom 24. März 2010, sondern auch mit dem SHAB-Eintrag am 31. März 2010 erfolgt (Ziff. 29 ff.). Im Anschluss an die Genehmigungsverfügung der Aufsichtsbehörde habe die Beschwerdegegnerin den Verteilschlüssel am 12. Mai 2010 (recte: 2011) an die Destinatäre eröffnet (Ziff. 37/42); anlässlich einer Sitzung vom 1. Juni 2011 hätten die Beschwerdeführer 1 und 2 in die Jahresrechnungen und weitere Dokumente Einsicht nehmen können (Ziff. 43).

**4.3** Die Vorinstanz ihrerseits wies darauf hin, die Information der Destinatäre obliege dem Stiftungsrat. Die Vorinstanz habe die Beschwerdegegnerinnen in ihrer Verfügung angewiesen, die Destinatäre zu informieren und sie sei damit ihrer Verpflichtung nachgekommen. Falls die Informationsrechte nicht vollständig gewährt worden seien, sei der Mangel durch die Eröffnung der Verfügung an die Destinatäre geheilt worden (act. 26).

**4.4** Im Rahmen des Verfahrens bei Teil- und Gesamtliquidationen legt Art. 53d Abs. 5 BVG eine umfassende und spezifische Informationspflicht der Vorsorgeeinrichtung zu Gunsten der Versicherten und Rentner/innen fest, denen namentlich Einsicht in die Verteilungspläne zu gewähren ist. Die Vorsorgeeinrichtung muss die Versicherten und Rentner/innen dabei un- aufgefordert, rechtzeitig und vollständig informieren, indem sie insbesondere über die Erfüllung der Liquidationsvoraussetzungen, die Höhe und Berechnung der freien Mittel bzw. des Fehlbetrages und über die Kriterien des Verteilungsplanes informiert. Sie hat auch Einblick in den Verteilungsplan zu gewähren, wobei sich die Einsicht allerdings nicht auf diejenigen Berechnungsgrundlagen bezieht, welche zur Ermittlung der individuellen Anteile anderer Personen führen (UELI KIESER in: JacquesAndré Schneider/ Thomas Geiser/ Thomas Gächter, Handkommentar zum BVG und FZG, Bern 2010, Art. 53d N. 60 und 61). Auch wenn eine eigentliche Anhörung der einzelnen Destinatäre vor Erlass eines Verteilungsplanes nicht zwingend ist (ISABELLE VETTER-SCHREIBER, BVG, Zürich 2009, 53d N. 25), sind die Betroffenen umfassend zu informieren. Die Einsicht in den Verteilungsplan wird in der Regel am Sitz der Vorsorgeeinrichtung er-

folgen. Eine Information ist aber auch schriftlich möglich (UELI KIESER, a.a.O., Art. 53d N. 62).

Art. 53d BVG ist gleichermassen im Falle einer Teil- und einer Gesamtliquidation wie vorliegend anwendbar. Dies ergibt sich ohne Weiteres bereits aufgrund des Titels dieser Bestimmung, aber auch aus dem Wortlaut von dessen Absatz 5, der die eingehende Informationspflicht statuiert; dies war ohne Zweifel auch die Intention des Gesetzgebers (BBI 2000 2673 f. und 2697 f.). Den gegenteiligen Ausführungen der Beschwerdegegnerinnen kann nicht gefolgt werden. Sie kann sich auch nicht damit entlasten, dass sie die Genehmigungen der vorher erfolgten Vermögensübertragung ordnungsgemäss mitgeteilt hat (act. 27 Ziff. 29 ff.).

Freilich unterscheidet sich das Aufsichtsverfahren bei einer Teilliquidation von derjenigen im Falle einer Gesamtliquidation. Währendem die Aufsichtsbehörde gemäss Art. 53c BVG bei der Gesamtliquidation wie vor der 1. BVG-Revision in jedem Fall von Amtes wegen entscheidet, ob die Voraussetzungen und das Verfahren erfüllt sind, und den Verteilungsplan genehmigt, haben die Vorsorgeeinrichtungen im Unterschied dazu seit der 1. BVG-Revision ein Teilliquidationsreglement zu erlassen, das von der Aufsichtsbehörde zu genehmigen ist (Art. 53b BVG). Erst in einem zweiten Schritt und nur auf Ersuchen der Betroffenen hin, die entsprechend vorgängig informiert werden, wird die Aufsichtsbehörde den Verteilungsplan im konkreten Einzelfall prüfen (BBI 2000 2673 f.; BGE 139 V 72). Art. 53c BVG scheint damit zu Art. 53d Abs. 6 BVG tatsächlich in einem gewissen Widerspruch zu stehen, denn die Aufsichtsbehörde wird im Rahmen einer Gesamtliquidation von Amtes wegen tätig, so dass das Recht der Betroffenen, an die Aufsichtsbehörde zu gelangen, um ein Reglement überprüfen zu lassen, nur bei einer Teilliquidation wirklich und vollends Sinn macht (UELI KIESER in: Jacques André Schneider/Thomas Geiser/Thomas Gächter, Handkommentar zum BVG und FZG, Bern 2010, Art. 53c, N. 13 und 64). Immerhin ergibt sich aber aus den Materialien, dass der Rechtsschutz der Betroffenen im Liquidationsverfahren unabhängig davon geregelt ist, dass die Aufsichtsbehörde von Amtes wegen tätig wird (vgl. BBI 2000 2698), mithin dass auch die Informationspflicht – trotz des unterschiedlichen Verfahrens – grundsätzlich im Rahmen einer Gesamtliquidation zu beachten ist (vgl. UELI KIESER, a.a.O., Art. 53c N. 16).

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Beschwerdegegnerinnen vorliegend ihre Informationspflichten verletzt haben, indem sie vor der

aufsichtsbehördlichen Genehmigung des Verteilplans kein internes Einspracheverfahren durchgeführt haben. (vgl. dazu Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-5003/2010 vom 8. Februar 2012 E. 4.2).

**4.5** Es stellt sich die Frage, ob die Verletzung der Informationspflicht geheilt werden kann. Indem die Vorinstanz selbst die Information der Destinatäre verfügte und die Destinatäre sich anschliessend gestützt auf die schriftliche Information der Beschwerdegegnerinnen beim hiesigen Gericht, welches den Fall mit umfassender Kognition beurteilt, haben beschwerten und ohne Einschränkung mit allen Rügen wehren können, ist festzustellen, dass die Verletzung der Informationspflicht geheilt werden kann (vgl. dazu Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-5003/2010 vom 8. Februar 2012 E. 4.3).

Aus den Erwägungen ergibt sich somit, dass die Beschwerde in diesem formellen Punkt abzuweisen ist.

## **5.**

**5.1** Anfechtungsgegenstand und Ausgangspunkt bilden die angefochtenen Verfügungen. 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 auf Grund der Beschwerdebegehren angefochtenen Verfügungsgegenstand bildet (BGE 110 V 48 E. 3b und c, mit Hinweisen; FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 44 ff.).

**5.2** Ausgehend von den beiden Verfügungen, den Rechtsbegehren der Beschwerdeführenden und der replikweisen Bestätigung dieser Rechtsbegehren ist in materiell-rechtlicher Hinsicht einzig strittig, ob ein bestimmtes Element des Verteilschlüssels rechtmässig sei, nämlich *das lineare Absinken der Höhe des Anspruchs auf freie Mittel nach Austrittsdatum* (nachfolgend: lineares Absinken).

**5.3** Die Beschwerdeführer wiesen in ihrer Replik zwar zusätzlich darauf hin, es hätten wohl schon früher Teilliquidationstatbestände vorgelegen. Damit verbinden sie aber nicht die Forderung, das Gericht soll dies – im Interesse der Beschwerdeführenden – prüfen; vielmehr wollen die Beschwerdeführenden daraus die Schlussfolgerung ziehen, dass ab Stichtag 5 Jahre zurück alle Betroffenen im Verteilschlüssel in demselben Mass bei der Verteilung zu berücksichtigen seien. Deshalb gehören allfäl-

lige Teilliquidationstatbestände (inkl. allfällige Reorganisationstatbestände), welche möglicherweise vorgelegen haben sollen, nicht zum Streitgegenstand. Zumindest sei darauf hingewiesen, dass sich in den Akten eine Stellungnahme des Experten für berufliche Vorsorge (PK Expert AG) vom 10. November 2008 befindet, welche bestätigt, dass im Zeitraum vom 1. Januar 2005 bis zum 31. Dezember 2007 die Voraussetzungen für eine Teilliquidation nicht erfüllt gewesen seien (act. 27 Beilage 4). Diese Bestätigung hat erheblich höheren Beweiswert als die Argumentation der Beschwerdeführenden, welche sich ausschliesslich auf die Anzahl Kündigungen bzw. Abgänge stützt; diese Anzahl ist nicht allein massgeblich für die Feststellung von Teilliquidationstatbeständen. "Es ist nicht Aufgabe der Aufsichtsbehörde, den Expertenbericht und die Unterlagen, auf welche sich dieser stützt, ohne konkreten Anlass noch einmal einer eingehenden Prüfung zu unterziehen" (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-7825/2007 vom 16. Dezember 2009, E. 5.3.2). Auch für den Zeitraum von 2003 bis 2005 liegen in den Akten keine konkreten Anhaltspunkte für mögliche Teilliquidationstatbestände vor vgl. dazu Stiftungsratsbeschluss vom 11. November 2008 (act. 1 Beilage 26).

#### **5.4**

**5.4.1** In der Replik (act. 32) werfen die Beschwerdeführenden zusätzlich die Frage auf, ob das Verteilungssubstrat korrekt ermittelt worden sei (Ziff. 8 ff.). Ihre Anfrage in Bezug auf nicht nachvollziehbare finanzielle Vorgänge bei der patronalen Stiftung sei von der Aufsichtsbehörde nicht beantwortet worden. Auch hier stellen die Beschwerdeführenden jedoch keine konkreten Forderungen und halten in Ziffer 8.3 im Gegenteil fest, dass auch nach ihrer Ansicht die Höhe des Verteilsubstrats nur implizit Thema des vorliegenden Prozesses sei.

**5.4.2** Die Vorinstanz ihrerseits weist in ihrer Duplik (act. 34) sinngemäss darauf hin, dass die Frage der Höhe der freien Mittel zum vorliegenden Verfahren beim Bundesverwaltungsgericht gehöre. Deshalb habe sie ab dem Datum der Beschwerdeerhebung keine Auskünfte mehr erteilt.

**5.4.3** Die Beschwerdegegnerin führt zum Verteilsubstrat aus, es sei nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Falls doch, hätten die Beschwerdeführenden dazu kein Rechtsbegehren gestellt, weshalb nicht weiter auf die diesbezüglichen Vorbringen einzutreten sei.

**5.4.4** Soweit die Verletzung der Informationspflicht zu "nicht nachvollziehbaren Vorgängen" in der patronalen Stiftung gerügt wird, ist festzuhalten,

dass das Vorgehen der Aufsichtsbehörde korrekt war. Nach der Einreichung einer Beschwerde ist nicht mehr die Aufsichtsbehörde, sondern das Bundesverwaltungsgericht für die Beurteilung der Streitsache zuständig (Devolutiveffekt). Vorliegend datiert die Beschwerde vom 23. Dezember 2010, die Anfrage des Beschwerdeführers 1 vom 3. Februar 2012, die Antwort der Vorinstanz vom 8. Februar 2012. Die Vorinstanz hat demnach in Bezug auf die Vorgänge bei der patronalen Stiftung zurecht keine Auskünfte mehr erteilt.

**5.4.5** Umgekehrt kann daraus jedoch nicht geschlossen werden, dass das Gericht eine umfassende Untersuchung der gesamten Vorgängen vorzunehmen hat. Vorliegend bestehen in den Vorakten keine konkreten Anhaltspunkte dafür, dass die freien Mittel nicht korrekt ermittelt worden wären (vgl. Beilagen zu act. 27, insbesondere Beilage 4; Revisionsstellenberichte 2005 [B-act. 1 Beilage 16], 2008 [B-act. 1 Beilage 19] und 2009 [B-act. 1 Beilage 20] der Personalvorsorgestiftung [in C-3419/2011]; Revisionsstellenberichte 2005 [B-act. 1 Beilage 28], 2006 [B-act. 1 Beilage 29], 2008 [B-act. 1 Beilage 31] und 2009 [B-act. 1 Beilage 32] der Wohlfahrtsstiftung [in C-3456/2011]). Deshalb besteht ohne konkrete Anträge und entsprechend substantiierte Begründung kein Anlass, weitergehende Untersuchungen zur Höhe des Verteilungssubstrats vorzunehmen.

**5.5** Ebenfalls nicht zum Anfechtungsgegenstand und damit auch nicht zum Streitgegenstand gehört die Diskussion, ob die Beschwerdeführenden aus wirtschaftlichen Gründen oder wegen ungenügender Leistungen entlassen werden mussten, zumal im Verteilplan diese Unterscheidung nicht getroffen wurde und alle Beschwerdeführenden als Destinatäre berücksichtigt worden sind.

**5.6** Zusammenfassend ist zum Streitgegenstand festzustellen, dass ausschliesslich die Rechtmässigkeit des Verteilschlüssels, konkret das lineare Absinken, gerügt wird. Im Übrigen besteht für das Bundesverwaltungsgericht aufgrund der Parteivorbinger und den Akten kein Anlass, eine weitergehende und umfassende Überprüfung der beiden Genehmigungsverfügungen vom 23. Dezember 2010 vorzunehmen, mit einer Ausnahme: bei der Beschwerdegegnerin 2 (Wohlfahrtsstiftung) besteht aufgrund der Akten für das Gericht ein hinreichender Anlass, den Verteilplan in Bezug auf ein weiteres spezifisches Verteilkriterium (Berücksichtigung der Alters und der Familienlasten gemäss Stiftungsstatuten) einer vertieften Prüfung zu unterziehen (vgl. nachfolgend E. 6.6.2).

## 6.

**6.1** 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).

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 Ermes-

sens) 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 JÜRGEN BRÜHWILER, a.a.O., S. 2019 Rz 51).

Im Rahmen ihrer Aufsichtstätigkeit hat sich die Aufsichtsbehörde auch mit der Gesamtliquidation von Vorsorgeeinrichtungen zu befassen: sie entscheidet darüber, ob die Voraussetzungen und das Verfahren eingehalten sind, und sie genehmigt den Verteilungsplan (Art. 53c BVG); zu erstellen ist der Verteilungsplan von der Vorsorgeeinrichtung selbst (Art. 53d Abs. 4 Bst. d BVG).

**6.2** Die Beschwerdeführenden machen vorliegend hauptsächlich geltend, die Aufsichtsbehörde habe das Element "lineare Absenkung der Höhe der freien Mittel nach Austrittsdatum" des Verteilschlüssels zu Unrecht genehmigt. Es sei unzulässig, weil es den Gleichbehandlungsgrundsatz verletze (Ziff. II. 13 ff.). Die möglichen Verteilkriterien seien in BGE 128 II 394 E. 4.3. zusammengefasst worden. In der Praxis seien folgende Kriterien anerkannt worden: Lebensalter, Dienstalster, Deckungskapital, Lohnhöhe, Zivilstand, familienrechtliche Unterstützungspflichten. Bei einem stufen- oder tröpfchenweisen Personalabbau seien alle vom Vorgang Betroffenen mit einzubeziehen (Ziff. II. 16). Der Vorgang der schrittweisen Aufgabe der Tätigkeit der Stifterfirma sei möglichst als Einheit zu erfassen. Alle Beschwerdeführenden seien Ende 2005/Januar 2006 ausgetreten und deshalb von der Abstufung betroffen (Ziff. II. 5). Das umstrittene Kriterium sei in der Literatur und der Rechtsprechung nie diskutiert worden und nicht zulässig, zudem auch nicht im Statut oder Reglement vorgesehen. "Es zeige sich, dass das Kriterium der linear sinkenden Abstufung für diejenigen Destinatäre, welche bis maximal 5 Jahre vor dem Stichtag (31. März 2009) aus der Stiftung ausgetreten sind, den Gleichbehandlungsgrundsatz verletzt und damit willkürlich gewählt ist" (Ziff. 20).

**6.3** Die Beschwerdegegnerinnen dagegen berufen sich auf das weite Ermessen des Stiftungsrates, welches ihm bei der Festlegung des Verteilschlüssels zukomme (act. 27. Ziff. 69). Die Aufsichtsbehörde dürfe nur einschreiten, wenn der Entscheid des Stiftungsrates schlicht unhaltbar sei, weil er auf sachfremden Kriterien beruhe oder einschlägige Kriterien ausser Acht lasse.

Bei einer Gesamtliquidation liege das Zeitfenster für die Berücksichtigung ausgetretener Destinatäre gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zwischen 3 und 5 Jahren. Das Bundesgericht wollte dabei Zufälligkeiten vermeiden; es liege aber auf der Hand, dass so die Zufälligkeiten nicht beseitigt, sondern nur zeitlich verschoben würden. Vorliegend wäre es ausserordentlich schwierig gewesen zu bestimmen, wann ein einheitlicher etappenweiser Personalabbau stattgefunden habe, da die Stifterfirma mehrmals mit neuem Management einen Neuanfang gemacht habe. Angesichts dieser Umstände sei der gewählte Verteilschlüssel nicht unhaltbar, sondern geradezu sehr bedacht und zweifelsfrei sachgerecht. Von einem Ermessensmissbrauch oder einer willkürlichen Entscheidung könne keine Rede sein (Ziff. 80). Der anstelle einer scharfen Trennlinie gewählte fließende Übergang sei kein sachfremdes Kriterium, sondern trage den Umständen des Sachverhalts, namentlich der Unmöglichkeit einer scharfen Grenzziehung, besonders Rechnung (Ziff. 81). Der Gleichbehandlungsgrundsatz wäre nur dann verletzt, wenn sich der Entscheid nicht auf ernsthafte sachliche Gründe stützen liesse, sinn- oder zwecklos wäre oder wenn rechtliche Unterscheidungen getroffen würden, für die kein vernünftiger Grund bestände (Ziff. 83). Dies sei hier nicht der Fall.

**6.4** Die Vorinstanz ihrerseits wies darauf hin, dass jede Festlegung eines bestimmten Datums für die Berücksichtigung im Verteilplan etwas Willkürliches an sich habe. Ob eine fiktive Person einen Monat früher oder später das Unternehmen verlasse, entscheide darüber, ob sie im Verteilplan berücksichtigt werde. Vor diesem Hintergrund erscheine eine degressive Skala eher als stufenweise Milderung. Aus dieser Sicht sei in der degressiven Skala keine Ungleichbehandlung zu erblicken. Die Vorinstanz habe zudem das Ermessen der involvierten Vorsorgeeinrichtungen zu respektieren. Sie müsse dann eingreifen, wenn Verstösse gegen gesetzliche oder statutarische Vorschriften vorlägen, wofür vorliegend keine Hinweise beständen (act. 26).

## **6.5**

**6.5.1** Im Rahmen der Gesamtliquidation besteht beim individuellen Austritt ein individueller Anspruch, bei einem kollektiven Austritt ein individueller oder kollektiver Anspruch auf einen Anteil der freien Mittel. Für die Berechnung der freien Mittel muss sich die Vorsorgeeinrichtung auf eine kaufmännische und technische Bilanz mit Erläuterungen abstützen, aus denen die tatsächliche finanzielle Lage deutlich hervorgeht (Art. 27g Abs. 1 und 1<sup>bis</sup> BVV2 [Fassung vom 27. Okt. 2004, in Kraft seit 1. Januar 2005 bis 31. Mai 2009; AS 2004 4643]).

**6.5.2** Es obliegt dem Stiftungsrat, nach seinem Ermessen die Kriterien für den Verteilungsplan festzulegen. Dabei sind ihm lediglich (aber immerhin) Grenzen gesetzt durch den Stiftungszweck, die Grundsätze der Verhältnismässigkeit, der Gleichbehandlung und des guten Glaubens (vgl. BGE 119 Ib 46 E. 4 betr. Genehmigung von Verteilungsplänen; KURT SCHWEIZER: Rechtliche Grundlagen der Anwartschaft auf eine Stiftungsleistung in der beruflichen Vorsorge, Zürich 1985, S. 106-120; CARL HELBLING, Personalvorsorge und BVG, Haupt Verlag, Bern Stuttgart Wien, 8. Auflage, Seite 275; BRUNO LANG, Liquidation und Teilliquidation von Personalvorsorgeeinrichtungen unter Berücksichtigung des Freizügigkeitsgesetzes, SZS 1994, S. 111). Im Verteilungsplan sind primär der Umfang der zu verteilenden Mittel, der Kreis der begünstigten Personen und die Verteilungskriterien zu regeln (vgl. ISABELLE VETTER-SCHREIBER, Berufliche Vorsorge, Kommentar, Zürich 2005, S. 191). Dabei stehen folgende Kriterien im Vordergrund: Höhe des Spar- oder Deckungskapitals, Alter der Versicherten, Dauer der Vorsorge (Dienst- bzw. Beitragsjahre), versicherter Lohn (Mitteilung über die berufliche Vorsorge Nr. 24 vom 23. Dezember 1992 Seite 11; BVGE 2011/20 E. 4.1.2).

**6.5.3** Nach dem Gebot der Gleichbehandlung (Art. 53d Abs. 1 BVG) ist Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln. Der Grundsatz der Gleichbehandlung verbietet auch, Unterscheidungen ohne sachlichen Grund vorzunehmen, sofern die nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung im konkreten Einzelfall ein gewisses erhebliches Mindestmass erreicht (BGE 131 III E. 5). Bei der Wahl der Verteilungskriterien ist der Gleichbehandlungsgrundsatz zwingend zu berücksichtigen. In der Vollzugsverordnung fehlt es an einer Konkretisierung des Gleichbehandlungsgrundsatzes. Es ist mithin der Rechtsanwendung überlassen, die massgebenden Elemente zu konkretisieren. Dabei kann auf die im Verwaltungsrecht entwickelten Grundsätze abgestellt werden. Massgebend ist, dass keine Unterscheidungen getroffen werden, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist; Unterscheidungen, die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen, dürfen nicht unterlassen werden. Es muss mithin Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt werden (JACQUES-ANDRÉ SCHNEIDER, BVG und FZG, Stämpfli Verlag AG Bern 2010, Rz. 8, 9, 11 und 16 zu Art. 53d BVG).

**6.5.4** Gemäss Lehre und Rechtsprechung hat die Verteilung der freien Mittel nach objektiven Kriterien zu erfolgen, wobei diese dem Vorsorge-

gedanken entsprechen müssen. Die freien Mittel sollen denjenigen Versicherten zugutekommen, die zu ihrer Äufnung beigetragen haben bzw. für die sie geäufnet wurden. Unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung dürfen nur Kriterien berücksichtigt werden, die bei der Mehrheit der Begünstigten angewendet werden können. Zudem ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass nicht dieselben Destinatäre direkt oder indirekt mehrfach begünstigt werden und es dadurch zu einer überproportionalen Besserstellung kommt. Soweit möglich sind bei der Festlegung und Gewichtung der Verteilungskriterien die Herkunft der freien Mittel und der Zeitpunkt der Äufnung zu berücksichtigen. Als Kriterien werden in der Praxis in erster Linie Dienstalter, Lebensalter, Deckungs- bzw. Sparkapital, Lohnhöhe, Zivilstand und familienrechtliche Verpflichtungen der Destinatäre verwendet (HANS-ULRICH STAUFFER, *Berufliche Vorsorge*, Basel/Genf/München 2005, Rz. 1162; JÜRIG BRÜHWILER in: SBVR XIV, *Soziale Sicherheit*, Rz. 37, S. 2012; ISABELLE VETTERSCHREIBER, *BVG*, Zürich 2009, Rz. 16 und 19 zu Art. 53*d* i.V.m. Rz. 22 und 23 zu Art. 53*b*; S. 189-191 und ROLF WIDMER, in: Hans Schmid [Hrsg.], *Aufteilung der freien Stiftungsmittel, Teilliquidationen von Vorsorgeeinrichtungen*, Bern 2000, S. 62 f.).

**6.5.5** Die Verteilung erfolgt idealerweise proportional nach einem Punktesystem, in welches die verschiedenen Verteilungskriterien einfließen. Die folgenden Gewichtungen der Verteilungskriterien wurden nach Lehre und Rechtsprechung als angemessen qualifiziert: Sparkapital, Alter, Zugehörigkeit zum Betrieb sowie Lohn zu je 25%; ferner Lohn zu 10% und die Kriterien Zugehörigkeit zum Betrieb, familiäre Unterstützungspflichten, Lebensalter, vorhandenes Sparkapital zu je 20% (ergibt allerdings nur 90%; vgl. BGE 128 II 394 E. 4.2; UELI KIESER in Jacques-André Schneider, Thomas Geiser, Thomas Gächter [Hrsg.], *BVG und FZG*, Bern 2010, Rz. 55-57 zu Art. 53*d* BVG; CARL HELBLING, *Personalvorsorge und BVG*, 7. Auflage, Bern 2000, S. 276). Als zulässige Ermessensausübung des Stiftungsrates wurde erachtet, bei der Bestimmung der Verteilungskriterien eine gewisse Betriebstreue zu honorieren und deshalb nur Personen mit mindestens fünf Dienstjahren in den Verteilungsplan einzubeziehen (Urteil der Beschwerdekommision BVG vom 16. Februar 1999, SVR 2001, BVG Nr. 14, E. 4a). Als unzulässig wurde hingegen ein Mindestalter von 40 Jahren und eine Betriebszugehörigkeit von 10 Jahren qualifiziert, da dies den Ausschluss eines Grossteils der Destinatäre zur Folge gehabt hätte. Für die Wahl solcher Kriterien bestanden keine triftigen sachlichen Gründe, weshalb sie gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung

verstiesen (Urteil des Bundesgerichts vom 3. April 1998 in: SZS 2000, S. 445; zusammenfassend in BVGE 2011/20 E. 4.2).

## 6.6

**6.6.1** Im Reglement der Beschwerdegegnerin 1 wird vorliegend zur Gesamtliquidation einzig festgehalten, dass ein Anspruch auf Austrittsleistungen sowie ein individueller oder kollektiver Anspruch auf allenfalls vorhandene freie Mittel bestehe und dass die Aufsichtsbehörde den Verteilplan genehmige (act. 1 Beilage 8 Ziff. 9.3). In der Stiftungsurkunde befinden sich ebenfalls keine konkreten Bestimmungen zum Verteilschlüssel (act. 1 Beilage 6). Somit hat der Stiftungsrat die Kriterien des Verteilschlüssels nach freiem Ermessen ohne Einschränkung durch Statuten oder Reglement unter Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes und der fachlich anerkannten Grundsätze festzulegen.

**6.6.2** Bei der Beschwerdegegnerin 2 besteht kein Vorsorge- bzw. Leistungsreglement. Sie richtet laut Revisionsstellenbericht 2009, Anhang S. 1, ausschliesslich Ermessensleistungen aus (act. 1 Beilage 32 des Dossiers C-3456/2011). Art. 5.5. der Urkunde hält indes zur Liquidation folgendes fest (act. 1 Beilage 6 des Dossiers C-3456/2011):

"Im Falle der Auflösung der Stiftung werden vorerst die Destinatäranprüche befriedigt und hernach sonstige Verbindlichkeiten der Stiftung sichergestellt. Wird dadurch das Stiftungsvermögen nicht völlig aufgebraucht, so beschliesst der Stiftungsrat über die Verwendung des noch vorhandenen Vermögens. Eine allfällige Verteilung des noch vorhandenen Stiftungsvermögens an die bisherigen Destinatäre hat unter angemessener Berücksichtigung ihres Alters und ihrer Familienlasten zu erfolgen."

Obwohl die Urkunde aus dem Jahr 1984 stammt und heute – insbesondere nach 30-jähriger Dauer des BVG und der gesetzlichen Einführung familienentlastender Massnahmen – sowohl die Lasten des Alters als auch die Familienlasten erheblich kleiner geworden sein dürften, darf der Wille der Stifterin nicht ausser Acht gelassen werden. Falls, wie vorliegend, im Verteilplan keine zusätzlichen Parameter zugunsten derjenigen Destinatäre geschaffen werden, welche Alters- oder Familienlasten zu tragen haben, wird der Wille der Stifterin ignoriert. Darin ist eine Verletzung von statutarischen Vorschriften zu erblicken (vgl. vorne E. 6.1). Aus den Akten sind keine Anhaltspunkte dafür zu entnehmen, dass sich der Stiftungsrat der Beschwerdegegnerin 2 mit Art. 5.5. der Urkunde auseinandergesetzt hat. Der Stiftungsrat hat damit sein Ermessen überschritten bzw. nicht pflichtgemäss ausgeübt. Die Genehmigung des Verteilplans der Beschwerdeführerin 2 ist deshalb aufzuheben und die Sache

an die Vorinstanz zurückzuweisen. Sie hat die Beschwerdegegnerin 2 anzuweisen, einen neuen Verteilplan im Sinne der Erwägungen zu erstellen.

**6.6.3** Die Stiftungsräte beider Vorsorgeeinrichtungen haben ansonsten bei der Erstellung der beiden (sehr ähnlichen) Verteilpläne gängige Kriterien gewählt.

Beim Destinatärkreis haben sie alle Destinatäre, welche bis 5 Jahre vor dem Stichtag ausgetreten sind, berücksichtigt. Die Festlegung dieses Destinatärkreises entspricht der bundesgerichtlichen Praxis (3-5 Jahre) und ist insbesondere deshalb nicht zu beanstanden, weil die Stifterin seit mehr als 5 Jahren mit wirtschaftlichen Problemen zu kämpfen hatte und deshalb seit geraumer Zeit etliche Angestellte die Firma aus wirtschaftlichen Gründen verlassen mussten. Indem er den Zeitraum für die zu berücksichtigenden Destinatäre auf 5 Jahre festsetzte, also möglichst weit zurück, hat er auf die konkrete Situation Rücksicht genommen. Somit hat er bei der Festsetzung des Destinatärkreises seinen Ermessensspielraum nicht überschritten (vgl. vorne E. 6.5.2).

Der Verteilschlüssel wurde von beiden Stiftungsräten in Anwendung üblicher Kriterien (zunächst globale Aufteilung Aktive / Rentner [bei der patronalen Kasse zusätzlich Vorverteilung von 15% an Kader], und anschließende Berücksichtigung je hälftig des Anteils der individuellen Freizügigkeitsleistung am Total aller Freizügigkeitsleistungen und hälftig des Anteils zurückgelegter Dienstjahre am Total sämtlicher Dienstjahre festgelegt. Diese Elemente des Verteilschlüssels wurden von den Parteien nicht beanstandet (zum Verteilschlüssel vgl. vorne E. 7.4.4).

Zusätzlich haben beide Stiftungsräte – als ein spezifisches Element des ansonsten üblichen Verteilschlüssels – bestimmt, dass die Höhe des Anspruchs linear sinkt, je länger das Austrittsdatum zurückliegt. Dies hat zur Folge, dass Destinatäre, welche in den Jahren 2005 und 2006 ausgetreten sind, an den freien Mittel weniger partizipieren als später austretende Destinatäre (2007, 2008, 2009). Alle Beschwerdeführenden sind in den Jahren 2005 und 2006 ausgetreten und rügen nun diesen zusätzlichen Verteilfaktor.

**6.6.4** Dieser zusätzliche, umstrittene Verteilfaktor hat zur Folge, dass auf den ersten Blick eine rechtsungleiche Behandlung zwischen den im Jahr 2005/2006 Ausgetretenen und den später Ausgetretenen (2007, 2008,

2009) vorliegt. In Betrachtung des Verteilplans als Ganzes jedoch ist festzustellen, dass er weder auf sachfremden Kriterien beruht noch dem Gebot der Rechtsgleichheit widerspricht. Es werden nämlich alle Destinatäre berücksichtigt, welche bis 5 Jahre vor dem Stichtag ausgetreten sind, so auch alle Beschwerdeführenden. Das lineare Absinken als *ein* Element des Verteilplans dient dazu, die vorgenommene Abgrenzung in Bezug auf denjenigen Kreis der Destinatäre zu mildern, die vor 2005 aus den Vorsorgewerken ausgetreten sind und an der Verteilung nicht partizipieren. Konkret wird damit die Abgrenzung zwischen einem voll berechtigten Angestellten, welcher bis 5 Jahre vor dem Stichtag ausgeschieden ist und einem gar nicht berechtigten Angestellten, welcher 6 Jahre vor dem Stichtag ausgeschieden ist, gemildert. Der Verteilplan gewichtet unter den berücksichtigten Destinatären zudem, dass später Ausgetretene zusätzliche Dienstjahre aufweisen und berücksichtigt so deren längeren Verbleib in der Vorsorgeeinrichtung. Die beiden Stiftungsräte haben sich mit dem Verteilschlüssel intensiv auseinandergesetzt und sind zum vorliegenden Resultat gelangt (act. 27 Beilagen 8/9). Die beiden Stiftungsräte haben deshalb in diesem Punkt ihr Ermessen bei der Konkretisierung des Gleichheitsgrundsatzes nicht überschritten (vgl. vorne E. 6.5.3). Zudem werden keine Destinatäre übermassig bevorzugt zu Lasten einer überwiegenden Mehrheit, wie dies z.B. im Ergebnis in einem konkreten Fall bei der Multiplikation von Dienstjahren und Sparkapital der Fall war und was zu Recht zu einer Nichtgenehmigung des Verteilplans führte (vgl. dazu BVGE 2011/20).

Für die Frage, ob das Gleichheitsgebot verletzt worden ist, sind nicht Entschädigungen einzelner Destinatäre einander gegenüber zu stellen, sondern ist das Gesamtergebnis, d.h. der Verteilplan insgesamt, massgeblich. Der Verteilplan verletzt nach dem Gesagten das Gleichheitsgebot nicht und ist im Rahmen des weiten Ermessens des Stiftungsrates festgesetzt und nach fachlich anerkannten Grundsätzen durchgeführt worden. An dieser Feststellung kann auch die Tatsache nichts ändern, dass der zeitlichen Herkunft der freien Mittel vorliegend keine Beachtung geschenkt wurde, wie dies die Beschwerdeführenden bezüglich der BVG-Vorsorgeeinrichtung verlangten (act. 1 S.9/10). Die freien Mittel betragen per Ende 2005 ca. Fr. 3 Mio., 2006 ca. Fr. 3.4 Mio. 2007 ca. Fr. 3 Mio., 2008 ca. Fr. 50'000.-, und per Ende 2009 wiederum ca. Fr. 2.2 Mio. (act. 1 Beilagen 16-20). Der aktuelle Stand (die Liquidationsbilanz befindet sich im Übrigen nicht in den Akten) ist nicht aktenkundig. Die Stifterin hat ihre Tätigkeiten im April 2009 eingestellt und die heute vorhandenen freien Mittel wurden hauptsächlich durch die Auflösung von Reserven und

Rückstellungen gebildet. Diese Entwicklung der Höhe der freien Mittel führt nicht dazu, dass das lineare Absinken des Anspruchs vorliegend als im Ergebnis willkürlich bezeichnet werden müsste.

**6.6.5** Die Beschwerdeführenden machen in ihrer Replik zusätzlich geltend, durch das lineare Absinken seien wohlerworbene Rechte der Versicherten verletzt worden (act. 32 Ziff. 7.3). Die Beschwerdegegnerinnen ihrerseits weisen darauf hin, dass wohlerworbene Rechte im Zusammenhang mit freien Mittel gar nicht existierten (act. 37 Ziff. 35). Die Vorinstanz führt dazu aus, bis zur rechtskräftigen Genehmigung der Gesamtliquidation beständen keine wohlerworbenen Rechte hinsichtlich der freien Mittel (act. 34 S. 4).

Als wohlerworbenes Recht wird ein Anspruch verstanden, der auch bei einer Rechtsänderung weiterhin besteht und nicht geändert werden kann. Als Anwartschaft gilt ein Recht, das erst im Werden begriffen und sich der daraus ergebende Anspruch noch nicht fällig oder durchsetzbar ist (vgl. dazu HANS-ULRICH STAUFFER, Berufliche Vorsorge, 2. Auflage, Ziff. 1568/1569).

Da vor einem rechtskräftigen Verteilplan kein Anspruch auf freie Mittel bestehen kann, sondern lediglich eine Anwartschaft, werden vorliegend keine wohlerworbenen Rechte verletzt.

**6.6.6** Die Beschwerdegegnerinnen machen in ihrer Duplik zuletzt geltend, dass die Verteilung der freien Mittel durch die Einreichung der Beschwerde verzögert worden sei und dass eine Vorabverteilung und eine Schlussverteilung stattfinden müsse, was einen erheblichen Mehraufwand zur Folge habe, welcher von den Beschwerdeführenden zu entschädigen sei (act. 37 Ziff. 48).

Die Beschwerdegegnerinnen führen nicht näher aus, auf welche rechtliche Grundlage sich dieser Anspruch stützen soll. Sinngemäss verlangen sie Schadenersatz. Allfällige Schadenersatzforderungen (vertragliche oder ausservertragliche) sind indes nicht im vorliegenden Verfahren geltend zu machen.

## 7.

**7.1** Die Vorinstanz hat deshalb in Bezug auf die Beschwerdegegnerin 1 insgesamt zu Recht festgestellt, dass die Vorsorgeeinrichtung bei der Festlegung des Verteilplans das ihr zustehende Ermessen nicht überschritten hat, und dass weder das Gleichheitsgebot verletzt noch in wohl-

erworbene Rechte eingegriffen worden ist. Die Genehmigung des Verteilplans der BVG-Vorsorgeeinrichtung ist nicht zu beanstanden und die Beschwerde ist in Bezug auf die Beschwerdegegnerin 1 abzuweisen.

**7.2** Bezüglich der Beschwerdegegnerin 2 ist die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen, da dem statutarisch festgehaltenen Stifterwillen nicht Beachtung geschenkt worden ist. Sie hat die Wohlfahrtsstiftung anzuweisen, einen neuen Verteilplan unter Beachtung des in Erwägung E. 6.6.2 Gesagten zu erstellen.

## **8.**

**8.1** Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens werden die Beschwerdeführenden im Rahmen ihres Unterliegens kostenpflichtig (Art. 63 Abs. 1 VwVG). 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. 2'500.- festgelegt, in Höhe von Fr. 1'500.- (unter Berücksichtigung des teilweisen Unterliegens und des Zwischenentscheides vom 3. Oktober 2011) den Beschwerdeführenden auferlegt, mit dem am 1. Juli 2011 geleisteten Kostenvorschuss verrechnet und die Restanz von Fr. 1'000.- nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils an eine von ihnen zu bestimmende Zahladresse zurückerstattet. Fr. 1'000.- werden der unterliegenden Beschwerdegegnerin 2 auferlegt und sind nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils in die Gerichtskasse einzubezahlen. Keine Verfahrenskosten sind Vorinstanzen aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

**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. Die Vertreterin der Beschwerdeführenden hat eine Kostennote eingereicht (Honorar von Fr. 9'825.- [39,33 Std. à Fr. 250.-], Auslagen über Fr. 956.60, Mehrwertsteuer [8%] über Fr. 862.50, insgesamt Fr. 11'644.10), welche angesichts der Komplexität des Falles und der Tatsache, dass sie mehrere Beschwerdeführende vertritt, nicht zu beanstanden ist. Den Beschwerdeführenden ist deshalb im Umfang ihres Obsiegens (zwei Fünftel) eine reduzierte Parteientschädigung über Fr. 4'657.65.- zu Lasten der unterliegenden Beschwerdegegnerin 2 zuzusprechen. Der teilweise obsiegenden Vorinstanz steht gemäss Art. 7 Abs. 3 VGKE keine Parteientschädigung zu. Dasselbe gilt für die Beschwerdegegnerin 1 im Rahmen ihres Obsiegens; denn das Eidgenössische Versicherungsgericht (heute Bundesgericht) hat mit Urteil vom 3. April 2000 erwogen, dass Trägerinnen oder

Versicherer der beruflichen Vorsorge grundsätzlich keinen Anspruch auf Parteientschädigung haben (BGE 126 V 149 E. 4), eine Praxis, welche das Bundesverwaltungsgericht in ständiger Rechtsprechung auch im Rahmen von Aufsichtsstreitigkeiten analog anwendet (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-3914/2007 vom 23. April 2009 E. 6.2). Im vorliegenden Fall gibt es keinen Grund, von dieser Regel abzuweichen, sodass der Beschwerdegegnerin 1 keine Parteientschädigung zugesprochen wird.

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

**1.**

Die Beschwerde gegen die Genehmigung des Verteilplans der Beschwerdegegnerin 1 wird abgewiesen.

**2.**

Die Beschwerde gegen die Genehmigung des Verteilplans der Beschwerdegegnerin 2 wird gutgeheissen und die Sache wird an die Vorinstanz zurückgewiesen, damit diese unter Beachtung des in Erwägung E. 6.6.2 Gesagten vorgehe.

**3.**

Die Verfahrenskosten betragen Fr. 2'500.- und werden den Beschwerdeführenden in Höhe von Fr. 1'500.- auferlegt, mit dem von ihnen geleisteten Kostenvorschuss verrechnet und Fr. 1'000.- nach Eintritt der Rechtskraft auf ein von ihnen anzugebendes Konto zurückerstattet. Der Beschwerdegegnerin 2 werden Verfahrenskosten in Höhe von Fr. 1'000.- auferlegt. Dieser Betrag ist nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils an die Gerichtskasse zu leisten. Die Zustellung des Einzahlungsscheins erfolgt mit separater Post.

**4.**

Der Beschwerdeführerin wird eine reduzierte Parteientschädigung über Fr. 4'657.65 zulasten der Beschwerdegegnerin 2 zugesprochen. Im Übrigen werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

**5.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführenden (Gerichtsurkunde; Beilage: Rück-  
erstattungsformular)
- die Beschwerdegegnerin 1 (Gerichtsurkunde)
- die Beschwerdegegnerin 2 (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...], Gerichtsurkunde)
- das Bundesamt für Sozialversicherungen (Einschreiben)
- die Obergerichtskommission BVG (Einschreiben)

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Beat Weber

Urs Walker

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden, sofern die Voraussetzungen gemäss Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) gegeben sind. 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: