

# **BVGer C-6540/2007 vom 30. April 2010**

Bundesverwaltungsgericht, 2010-04-30, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_C-6540\\_2007](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-6540_2007)

FR: TAF C-6540/2007 du 30 avril 2010

IT: TAF C-6540/2007 del 30 aprile 2010

## **Regeste**

(Teil-)Liquidation von Vorsorgeeinrichtungen

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG; SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Als Vorinstanzen gelten die in Art. 33 VGG genannten Behörden. Zu den beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbaren Verfügungen gehören jene der Aufsichtsbehörden im Bereiche der beruflichen Vorsorge nach Art. 74 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG; SR 831.40), dies in Verbindung mit Art. 33 Bst. i VGG. Beim Wohlfahrtsfonds der S. \_\_\_\_\_ AG (Beschwerdegegner) handelt es sich aufgrund des Stiftungszwecks um eine nicht registrierte Personalfürsorgestiftung gemäss Art. 89bis Abs. 6 ZGB, welche auf dem Gebiet der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge tätig ist, sodass die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts gemäss Art. 89bis Abs. 6 Ziff. 12 ZGB i.V.m. Art. 62 und 74 Abs. 1 BVG gegeben ist.

### **E. 2.1**

Anfechtungsgegenstand des vorliegenden Verfahrens ist der Verwaltungsakt der Vorinstanz vom 22. August 2007, welcher eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG darstellt.

### **E. 2.2**

Zur Beschwerdeführung berechtigt ist, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 lit. a, b und c VwVG). Als schutzwürdig in diesem Sinne gilt jedes faktische und rechtliche Interesse, welches eine von der Verfügung betroffene Person an deren Änderung oder Aufhebung geltend machen kann. Die Beschwerdeführer waren Destinatäre des Beschwerdegegners und von der Teilliquidation bzw. dem Verteilungsplan, welchen die Vorinstanz mit der angefochtenen Verfügung genehmigt hat, unmittelbar betroffen und von dieser daher besonders berührt. Zudem haben sie im vorinstanzlichen Verfahren im Rahmen des vorgängig durchgeführten Einspracheverfahrens teilgenommen. Die Beschwerdeführer sind daher im Sinne von Art. 48 VwVG zur Beschwerde legitimiert.

### **E. 2.3**

Den Beschwerdeführern wurde die angefochtene Verfügung mit Schreiben des Beschwerdegegners vom 29. August 2007 zur Kenntnis gebracht. Die Beschwerdeführer

haben frist- und formgerecht Beschwerde erhoben (Art. 50 und 52 VwVG). Nachdem auch der verfügte Kostenvorschuss fristgemäss geleistet worden ist, ist auf die Beschwerde einzutreten.

### **E. 3.1**

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).

### **E. 3.2**

Ermessensmissbrauch ist gegeben, wenn die entscheidende Stelle zwar im Rahmen des ihr eingeräumten Ermessens bleibt, sich aber von unsachlichen, dem Zweck der massgebenden Vorschriften fremden Erwägungen leiten lässt oder allgemeine Rechtsprinzipien, wie das Verbot von Willkür und von rechtsungleicher Behandlung, das Gebot von Treu und Glauben sowie den Grundsatz der Verhältnismässigkeit verletzt (BGE 123 V 152 E. 2 mit Hinweisen). Ermessensüberschreitung liegt vor, wenn die Behörden Ermessen ausüben, wo das Gesetz kein oder nur ein geringes Ermessen einräumt (Alfred Kölz/ Isabelle Häner, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz 627).

### **E. 4.1**

Die Beschwerdeführer rügen das fehlende Akteneinsichtsrecht bezüglich der Teilliquidation und damit eine Verletzung der Informationspflicht des Beschwerdegegners. Sie machen geltend, ihnen sei nur unvollständige Einsicht in die verschiedenen Verteilungspläne gewährt worden, wodurch es ihnen nicht möglich gewesen sei, ihren Standpunkt eingehender zu begründen und ihre Rechte genügend zu wahren.

### **E. 4.2**

Diesem Antrag wurde letztlich im Rahmen des vorliegenden Verfahrens insoweit entsprochen, als ihnen das Bundesverwaltungsgericht mit Verfügung vom 8. Mai 2008 in Gutheissung ihres Gesuchs um Einsicht in die Akten vom 30. April 2008 die Verfahrensakten zur Einsichtnahme zur Verfügung gestellt hat (act. 19). In ihrer Replik erklärten die Beschwerdeführer denn auch, ihre in der Beschwerde gestellten Begehren um Akteneinsicht seien damit erfüllt worden, und änderten ihre Anträge dahingehend, als auf den Antrag 3 gemäss ihrer Beschwerde verzichtet wurde. Damit gehört diese Rüge der Beschwerdeführer nicht mehr zum Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens.

### **E. 5.1**

Gemäss Art. 62 BVG i. V. m. Art. 84 Abs. 2 ZGB hat die Aufsichtsbehörde darüber zu wachen, dass die Vorsorgeeinrichtung die gesetzlichen und statutarischen Vorschriften einhält und dass das Stiftungsvermögen seinem Zweck gemäss verwendet wird, indem sie insbesondere die Übereinstimmung der reglementarischen Bestimmungen mit den gesetzlichen Vorschriften prüft (Bst. a), von den Vorsorgeeinrichtungen 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).

## **E. 5.2**

Gemäss Art. 23 Abs. 1 des Freizügigkeitsgesetzes vom 17. Dezember 1993 (FZG, SR 831.42) in der bis zum 31. Dezember 2004 gültig gewesenen Fassung entscheidet die Aufsichtsbehörde darüber, ob die Voraussetzungen für eine Teil- oder Gesamtliquidation erfüllt sind, und sie genehmigt den Verteilungsplan.

### **E. 5.2.1**

Seit der 1. BVG-Revision, welche am 1. Januar 2005 in Kraft getreten ist, werden in den Artikeln 53c sowie 53d Abs. 6 BVG die Zuständigkeiten der Aufsichtsbehörde bei Gesamt- und Teilliquidationen von Vorsorgeeinrichtungen geregelt. Das BVG hält zu diesen neuen Bestimmungen keine Übergangsregelung bereit.

### **E. 5.2.2**

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung und Lehre ist die Rechtmässigkeit eines Verwaltungsakts grundsätzlich nach der Rechtslage zur Zeit seines Erlasses zu beurteilen (BGE 126 II 522, E. 3b/aa; 125 II 591, E. 5e/aa; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 325 ff.; Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2005, § 24 Rz. 21). Bei Rechtsänderungen gilt, dass Verfahrensvorschriften grundsätzlich mit dem Tag ihres Inkrafttretens sofort und uneingeschränkt anwendbar sind. Anders verhält es sich aber, wenn - wie hier - eine grundlegend neue Verfahrensordnung geschaffen worden ist, sodass keine Kontinuität zwischen bisherigem und neuem Recht besteht (Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, a.a.O. Rz. 327a). In solchen Fällen ist für die Beurteilung von Ansprüchen und Forderungen, die ausschliesslich während der Geltungszeit des alten Rechts begründet worden sind, bisheriges Recht anzuwenden. Das neue Verfahrensrecht gelangt nur dann zur Anwendung, wenn dies aus dem neuen Recht klar hervorgeht oder spezielle Umstände dies notwendig machen, wie etwa die im öffentlichen Interesse liegende sofortige Durchsetzung des neuen materiellen Rechts (vgl. BGE 112 V 356 E. 4).

### **E. 5.2.3**

Die angefochtene Verfügung der Vorinstanz erging am 22. August 2007 und somit nach dem Inkrafttreten der neuen Bestimmungen über die Teilliquidation. Dabei hat sich die Vorinstanz bei ihrer Beurteilung hinsichtlich der Voraussetzungen und des Verfahrens der Teilliquidation auf altes Recht und hinsichtlich der Einhaltung der Informationspflicht der Vorsorgeeinrichtung auf neues Recht (Art. 53d Abs. 5 BVG) gestützt (vgl. angefochtene Verfügung E. 1 und 4), was von keiner Seite bestritten wurde. Festzuhalten ist, dass im Rahmen der Gesetzesnovelle die bisherige Regelung und Praxis bezüglich der Voraussetzungen für eine Teilliquidation sowie der Rechte der Destinatäre übernommen wurde - worauf in den nachfolgenden Erwägungen im Einzelnen eingegangen wird -, sodass für die materielle Prüfung der Rügen nicht von ausschlaggebender Bedeutung ist, ob altes oder neues Recht anzuwenden ist. Hingegen hat das Verfahren der Teilliquidation mit der besagten BVG-Revision eine wesentliche Änderung erfahren (Botschaft zur Revision des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge [BVG; 1. BVG-Revision], BBl 2000 2673). Die sofortige Anwendung des neuen Rechts hätte unter anderem zur Folge, dass eine Teilliquidation nur gestützt auf ein vorliegend noch zu erlassendes Teilliquidationsreglement durchgeführt werden könnte (Art. 53b BVG). Die Teilliquidation könnte in diesem Fall nicht wie beschlossen auf den 31.

Dezember 2004 durchgeführt werden und müsste von der Beschwerdegegnerin daher neu beschlossen werden. Diese Auswirkung steht indes weder für das vorliegende Verfahren noch für andere rechtshängige Verfahren mit Stichtag bis 31. Dezember 2004 in Einklang mit der Absicht des Gesetzgebers, das Verfahren für die Teilliquidation zu vereinfachen, ohne den Schutz der Versicherten zu schmälern (Botschaft des Bundesrates a.a.O. S. 2673). Vereinzelt wurde bisher denn auch postuliert, es sei auf unter altem Recht eingeleitete und nach Inkrafttreten der 1. BVG-Revision noch nicht in Rechtskraft erwachsene Teilliquidationen das bisherige Recht anzuwenden (Carl Helbling, Personalvorsorge und BVG, 8. Auflage Bern/Stuttgart/Wien 2006, S. 283; Eidgenössische Konferenz der kantonalen Bvg- und Stiftungsaufsichtsbehörden, Merkblatt zur Teilliquidation von Vorsorgeeinrichtungen mit reglementarischen Leistungen, September 2004, Ziff. 6). Auch sind vorliegend keine speziellen Umstände im Sinne der zitierten Rechtsprechung (Erw. 4.3.2) ersichtlich, die eine Anwendung neuen Rechts notwendig machen würden. Vielmehr sind vorliegend die Voraussetzungen für die Teilliquidation, die erhebliche Verminderung der Belegschaft infolge Restrukturierung der Stifterfirma, noch unter der Herrschaft des alten Rechts eingetreten, wie dies von der Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung (vgl. E. 2 und Dispositivziffer 1) festgestellt und ebenfalls von keiner Seite bestritten wird. Daher wäre der Erlass eines Teilliquidationsreglements im Nachhinein rückwirkend nicht möglich (Thomas Geiser, Teilliquidation bei Pensionskassen, in Der Schweizer Treuhänder 1-2/2007, S. 86). Unter der gegebenen Rechtslage hat die Vorinstanz daher zu Recht die Voraussetzungen für die per 31. Dezember 2004 durchzuführende bestrittene Teilliquidation noch im Lichte des alten Rechts geprüft.

#### **E. 6.1**

Gemäss aArt. 23 Abs. 4 FZG sind die Voraussetzungen für eine Teilliquidation vermutungsweise erfüllt, wenn eine erhebliche Verminderung der Belegschaft erfolgt (Bst. a), eine Unternehmung restrukturiert wird (Bst. b), der Anschlussvertrag aufgelöst wird (Bst. c). Diese Voraussetzungen wurden im neuen Recht in Art. 53b Abs. 1 BVG übernommen. Diese Bestimmungen finden bei Wohlfahrtsfonds Anwendung (bezüglich aArt 23 FZG vgl. Urteil des Bundesgerichts B 68/01 vom 30. November 2001, E. 3A; bezüglich Art. 53b BVG vgl. Art. 89bis Abs. 6 Ziff. 9 ZGB). Im vorliegenden Fall ist unbestritten und wird von der Vorinstanz festgestellt, dass aufgrund einer erheblichen Verminderung der Belegschaft, welche auf eine Restrukturierung der Unternehmung zurückzuführen ist, bei der Beschwerdegegnerin der Tatbestand der Teilliquidation gemäss aArt. 23 Abs. 4 Bst. a und b FZG bzw. Art. 53b Abs. 1 Bst. a und b BVG eingetreten ist, wobei als Stichtag der 31. Dezember 2004 festgelegt und die freien Mittel aufgrund der Teilliquidationsbilanz vom 2. Dezember 2005 (Vorakten/32) berechnet wurden. Diese Teilliquidation erfolgte im Zusammenhang mit der zu einem früheren Zeitpunkt per 31. Dezember 1996 vorgenommenen Verteilungen von freien Stiftungsmitteln, worauf in den nachfolgenden Erwägungen (vgl. vorne E. 8.2) näher eingegangen wird. Letztere Mittelverteilung bildet vorliegend jedoch nicht Streitgegenstand und ist auch nicht zu beurteilen.

#### **E. 6.2**

Bei der Teilliquidation einer Stiftung erstellt der Stiftungsrat einen Verteilungsplan, welcher dem Gebot der rechtsgleichen und zweckgemässen Verteilung der freien Mittel zu genügen hat. Darin sind insbesondere der Umfang der zu verteilenden Mittel, der Kreis der begünstigten Personen und die Verteilungskriterien zu regeln. Dem Stiftungsrat steht

hierbei ein weites Ermessen zu. Dem Stiftungsrat sind lediglich (aber immerhin) Grenzen gesetzt durch den Stiftungszweck, die Grundsätze der Verhältnismässigkeit, der Gleichbehandlung und des guten Glaubens, und er muss dem Fortführungsinteresse der verbleibenden Destinatäre wie den Interessen der ausgetretenen Mitglieder Rechnung tragen (vgl. BGE 119 Ib 46 E. 4; Kurt Schweizer, Rechtliche Grundlagen der Anwartschaft auf eine Stiftungsleistung in der beruflichen Vorsorge, Zürich 1985, S. 106-120; Ruggli/Stohler, Umstrukturierung in der Wirtschaft und ihre Auswirkungen auf die berufliche Vorsorge, BJM 2000 S. 124 ff.; Jacques-André Schneider, Fonds libres et liquidations de caisses de pensions, SZS 2001 S. 471 f.). Dies wird auch durch den ab dem 1. Januar 2005 geltenden Art. 53d Abs. 1 BVG bekräftigt, wonach die Liquidation der Vorsorgeeinrichtung unter Berücksichtigung des Gleichbehandlungsgrundsatzes und nach fachlich anerkannten Grundsätzen durchgeführt werden muss. Die Aufsichtsbehörde hat den Verteilungsplan auf diese Kriterien hin zu überprüfen und zu genehmigen und darf nicht ihr eigenes Ermessen anstelle desjenigen des Stiftungsrates setzen. Sie kann nur einschreiten, wenn der Entscheid des Stiftungsrates unhaltbar ist, weil er auf sachfremden Kriterien beruht oder einschlägige Kriterien ausser Acht lässt (vgl. BGE 131 II 514 E. 5, BGE 128 II 394 E. 3.3, BGE 108 II 497 E. 5, BGE 101 Ib 235 E. 2; SVR 2001, BVG Nr. 14). Die Aufsichtstätigkeit ist mithin als eine Rechtskontrolle ausgestaltet (Isabelle Vetter-Schreiber, Staatliche Haftung bei mangelhafter BVG-Aufsichtstätigkeit, Zürich 1996, S. 33f.; Carl Helbling, Personalvorsorge und BVG, 8. Auflage, Bern 2006, S. 735 in fine).

#### **E. 7.1**

Ausgangspunkt für die Teilliquidation und die Berechnung der freien Mitteln bildet eine durch den Stiftungsrat zu erstellende kaufmännische und technische Bilanz mit Erläuterungen, aus denen die tatsächliche finanzielle Lage hervorgeht (aArt. 9 der Freizügigkeitsverordnung vom 3. Oktober 1994 [FZV, SR 831.425] bzw. unter neuem Recht Art. 27g Abs. 1bis der Verordnung vom 18. April 1984 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge [BVV 2, SR 831.441.1]). Auf dieser Grundlage ist der Verteilungsplan auszuarbeiten und die Teilliquidation durchzuführen. Dabei ist der Vorsorgeeinrichtung ein sogenanntes Fortbestands- oder Fortführungsinteresse zuzubilligen. Unter diesem Titel bildet sie jene Reserven und Rückstellungen, welche sie mit Blick auf die anlage- und versicherungstechnischen Risiken nach Abwicklung der Teilliquidation benötigt, um die Vorsorge der verbleibenden Destinatäre im bisherigen Rahmen weiterzuführen. Es handelt sich dabei insbesondere um Risikoschwankungsreserven, Wertschwankungsreserven auf den Aktiven, Zinsreserven, Reserven wegen Zunahme der Lebenserwartung, Reserve für die Anpassung der laufenden Renten an die Teuerung sowie Rückstellungen für latente Steuern und Abgaben (vgl. zum Ganzen BGE 131 II 514 E. 5.1 mit Hinweisen).

#### **E. 7.2**

Im vorliegenden Fall sieht die Teilliquidationsbilanz des Beschwerdegegners per 31. Dezember 2004 Rückstellungen für den Fortbestand im Umfang von Fr. 1'364'493.- vor, welche sich aus Rückstellungen für zukünftige und aktuelle Mitarbeiter von Fr. 643'037.-, Kosten der Teilliquidation von Fr. 50'000.-, Rückstellungen für die Bezahlung von Arbeitgeberbeiträgen an die paritätische Personalvorsorgestiftung der Stifterfirma für 5 Jahre im Umfang von Fr. 500'000.- sowie Vermögensschwankungsreserven von Fr. 171'456.- zusammensetzen (vgl. Bericht des Pensionsversicherungsexperten F. \_\_\_\_\_,

Büro D. \_\_\_\_\_, vom 2. Dezember 2005, S. 3, act. 15/7). Die Beschwerdeführer bemängeln, die Fortbestandsinteressen seien im Umfang von 31,4 % der vor der Teilliquidation geäußerten Mittel im Verhältnis zum Fortbestand von 4 Arbeitnehmern mit einem geschätzten Pensum von 300 Stellenprozenten unangemessen hoch festgelegt worden. So sei vorab zweifelhaft, ob - wie hier - Arbeitgeberbeitragsreserven erstmals im Rahmen der Teilliquidation aus freien Mitteln überhaupt ausgeschieden werden dürften. Bejahendenfalls müsste diese Reserve nach ihren Berechnungen höchstens mit Fr. 150'000.- bewertet werden. Die Beschwerdeführer weisen allerdings selber darauf hin, dass es sich bei ihren Berechnungen um Schätzungen handle, da ihnen die genauen Daten nicht vorliegen würden. Demgegenüber erachtet der Beschwerdegegner den festgelegten Umfang der Fortbestandsinteressen unter Berücksichtigung des künftigen Personalwachstums als angemessen. Die Vorinstanz macht diesbezüglich geltend, die Ausscheidung der Arbeitgeberbeitragsreserve sei nicht erstmalig erfolgt, sondern auf eine Bereinigung zurückzuführen, welche die früheren Aufsichtsbehörden des Kantons Zürich und zuletzt des Kantons Zug verlangt hätten. So habe der Beschwerdegegner seit Jahren nachweislich aus dem patronal geäußerten Stiftungsvermögen sowohl Arbeitgeber- wie auch Arbeitnehmerbeiträge an die BVG-Versicherung der Stifterfirma bezahlt, ohne dabei eine entsprechende Ausscheidung in der Jahresrechnung vorzunehmen. Diese sei im Hinblick auf den geänderten Stiftungszweck notwendig gewesen. Bei der Festlegung der Höhe dieser Reserve habe man sich konkret auf die Jahresrechnung 2004 gestützt, wo ein Beitragsaufwand von Fr. 121'408.- ausgewiesen worden sei, und die Praxis der Steuerbehörden befolgt, wonach die Arbeitgeberbeitragsreserve maximal 5 Jahresbeiträge betragen dürfe.

### **E. 7.3**

Die Darlegungen der Vorinstanz ergeben sich auch aus den Akten, so namentlich der Jahresrechnung 2004 (vgl. Betriebsrechnung, Posten "Versicherungsaufwand" sowie Erläuterungen Ziff. 6.6, act. 15/ Beilagen/8) sowie der Verfügung der früheren Aufsichtsbehörde, des Amtes für berufliche Vorsorge und Stiftungsaufsicht des Kantons Zug, vom 23. Dezember 2004 (act. 15/4), welche rechtskräftig ist und im vorliegenden Verfahren auch nicht bestritten wird. Daraus folgt, dass es sich bei den fraglichen Beitragsreserven nicht um eine erstmalige Ausscheidung zulasten der freien Mittel handelt, wie von den Beschwerdeführern behauptet. Vielmehr wurden diese Mittel bereits vor der Teilliquidation zur Finanzierung der Arbeitgeberbeiträge an die Personalvorsorgestiftung der Stifterfirma im Rahmen des Stiftungszwecks verwendet. Somit handelt es sich um gebundene Stiftungsmittel. Bei dieser Rückstellung handelt es sich um eine eigentliche Arbeitgeberbeitragsreserve gemäss Art. 331 Abs. 3 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220), welche nach Rechtsprechung und Lehre im Rahmen der Teilliquidation nicht aufzuteilen ist und somit beim Fortbestand verbleibt (vgl. zum Ganzen BGE 131 II 514 E. 6.4.2; Thomas Geiser, Teilliquidationen bei Pensionskassen, in: Der Schweizer Treuhänder 1-2 / 2007, S. 91; Isabelle Vetter-Schreiber, Kommentar zum BVG, Zürich 2009, N. 24 zu Art. 53d BVG, S. 175). Zu Unrecht verlangen daher die Beschwerdeführer in ihrer Replik vom 14. Juli 2008 (act. 25 S. 13 Ziff. 6.3), diese Reserve wieder in die freien Mittel zu geben.

### **E. 7.4**

Der Umfang dieser Reserve von 5 Jahresbeiträgen zu je Fr. 100'000.- ist, wie von den Beschwerdeführern weiter behauptet wird, auch nicht unangemessen, entspricht doch die

besagte Grundlage in der Jahresrechnung 2004 einem Aktivenbestand von 4 Personen. Zudem ergibt sich, wie vom Beschwerdegegner aufgrund der ins Recht gelegten Kontokorrentauszüge der Sammelstiftung Vita der Zürich Schweiz, Lebensversicherung (act. 30/17), dargetan, dass die in der Zeit vom 1. Januar 2005 bis 27. Juli 2008 belasteten Jahresbeiträge zwischen Fr. 82'643.15 und Fr. 104'209.75 betrugen und die fragliche Reserve damit durchaus in dieser Grössenordnung liegt. Auch die Rückstellung für Leistungen an die aktuellen und zukünftigen Destinatäre entspricht der Fortführung des Stiftungszwecks und lässt sich nicht beanstanden, ebensowenig die Ausscheidung der Rückstellung für die Kosten der Teilliquidation. Dass diese Reserven und Rückstellungen nach der besagten bundesgerichtlichen Rechtsprechung für die Weiterführung der Interessen der verbleibenden Destinatäre im bisherigen Umfang dienen, ist aufgrund der Akten ebenfalls nicht zu bezweifeln. Gegenteilige Hinweise, wie sie von den Beschwerdeführern geltend gemacht werden, wie etwa, dass die Stiftung in absehbarer Zeit total liquidiert würde, lassen sich den Akten jedenfalls nicht entnehmen. Insgesamt ergeben sich somit keine Anhaltspunkte, die Angaben des Experten bezüglich der Festlegung der Reserven für den Fortbestand in Zweifel zu ziehen, und damit auch kein Anlass für ein aufsichtsrechtliches Einschreiten der Vorinstanz.

#### **E. 8.1**

Die Beschwerdeführer machen im Weiteren geltend, der Beschwerdegegner habe bei der Festlegung des Kreises der Destinatäre, welche für die Verteilung der freien Mittel zu berücksichtigen seien, Arbeitnehmer einbezogen, welche die Stifterfirma bereits im Jahr 1992 freiwillig verlassen hätten, obwohl dazumal noch keine Umstrukturierung stattgefunden habe und damit die Voraussetzungen für eine Teilliquidation noch nicht erfüllt gewesen seien. Diese Arbeitnehmer würden vorliegend zu Unrecht von der Verteilung der freien Mittel profitieren. Demgegenüber seien die fraglichen Abgänge im Jahr 1992 nach Ansicht des Beschwerdegegners durchaus auf Restrukturierungsmassnahmen der Stifterfirma zurückzuführen, selbst wenn den insgesamt 7 Austritten 5 Neueinstellungen gefolgt seien. So seien erste Rationalisierungsmassnahmen, mit denen die Kosten gesenkt werden sollten, bereits im Jahr 1992 umgesetzt worden, so die Einführung eines neuen EDV-Systems und die Sitzverlegung nach dem kostengünstigeren Domizil in D.\_\_\_\_\_. Damit verbunden gewesen sei auch ein Abbau des Personalbestandes. Die Vorinstanz macht geltend, der Stiftungsrat habe in der Gesamtbetrachtung des schleichenden Stellenabbaus bei der Stifterfirma, der sich über längere Zeit hingezogen habe, sein Ermessen nicht verletzt, wenn der Destinatärkreis auf die im Jahr 1992 Ausgetretenen erweitert habe. Dies sei auch deshalb korrekt, weil sich die Freiwilligkeit bzw. Unfreiwilligkeit der seinerzeitigen Dienstaustritte offenbar nicht mit letzter Sicherheit habe eruieren lassen und der Stiftungsrat dem Gleichbehandlungsprinzip bestmöglich habe nachkommen wollen.

#### **E. 8.2**

Wie erwähnt (vgl. vorne E. 6.1) ist vorliegend der Tatbestand der Teilliquidation infolge erheblicher Verminderung der Belegschaft sowie Restrukturierung der Stifterfirma (aArt. 23 Abs. 4 Bst. a und b FZG bzw. Art. 53b Abs. 1 Bst. a und b BVG) eingetreten, dies zumindest in der Zeitspanne von 1993 - 2004. Bestritten ist hingegen, ob der Tatbestand bereits im Jahr 1992 eingetreten ist, was zur Folge hat, dass auch die davon betroffenen Destinatäre in den Kreis der begünstigten Personen für die Verteilung der freien Mittel einzubeziehen sind.

### **E. 8.2.1**

Bei den Begriffen "erhebliche Verminderung der Belegschaft" und "Restrukturierung einer Unternehmung" handelt es sich um unbestimmte Rechtsbegriffe. Zum quantitativen Element der Verminderung der Belegschaft haben sich Lehre und Rechtsprechung bislang dahingehend geäußert, dass von einer erheblichen Verminderung generell dann gesprochen werden kann, wenn der Personalbestand um 10% reduziert wird (Urteile des Bundesgerichts 2A.699/2006 vom 11. Mai 2007 E. 3.2 und 2A.576/2002 vom 4. November 2003 E. 2.2, mit Hinweisen). Allerdings ist keine schematische Anwendung vorzunehmen, massgeblich ist auch die Grösse des Betriebes (Jacques-André Schneider, in: SZS 2001, S. 456f. mit Hinweisen auf die Urteile der Eidg. Beschwerdekommision BVG BKBVG 460/97 und 508/97 [SVR 2001 BVG Nr. 9]). Andernfalls müsste in einem kleinen Betrieb eine Teilliquidation bereits nach einigen wenigen Austritten durchgeführt werden, nicht aber in einem Grosskonzern, welcher das Arbeitsverhältnis von 1000 Mitarbeitenden kündigt, deren Anzahl aber 10% knapp nicht erreicht (Urteil des Bundesgerichts 2A.576/2002 vom 4. November 2003 mit weiteren Hinweisen; Christina Ruggli-Wüest, Liquidation/Teilliquidation der Vorsorgeeinrichtung, in: René Schaffhauser/Hans-Ulrich Stauffer, Neue Entwicklungen in der beruflichen Vorsorge, St. Gallen 2000, S. 160f.). In den letzten Jahren hat das Bundesgericht eine erhebliche Verminderung bejaht bei einer Personalreduktion von 30% innert drei Jahren (Urteil 2A.189/2002 vom 10. Oktober 2002) und 80% innert zwei Jahren (Urteil 2A.456/2001 vom 24. Januar 2002), hingegen verneint bei einer Verminderung von 10%, allerdings vorwiegend wegen freiwilligen Abgängen und auch darum, weil sich die Verminderung über mehrere Jahre hingezogen hatte (Urteil 2A.48/2003 vom 26. Juni 2003 E. 3.1, SVR 2003 BVG Nr. 26). Die Eidgenössische Beschwerdekommision BVG bejahte eine erhebliche Verminderung der Belegschaft bei einer Personalreduktion von 37% innert 5 Jahren respektive 17% innert zwei Jahren (BKBVG vom 20. November 1998 [508/97], in: SVR 2001/BVG Nr. 9) sowie von 11% innert anderthalb Jahren (BKBVG vom 26. Juni 1998 [460/97]). Das Gesetz nennt im Übrigen den Zeitraum nicht, welcher der Beurteilung über den erheblichen Stellenabbau zu Grunde liegen soll. In der Praxis wird auf einen Betrachtungszeitraum von einem Jahr abgestellt (Hans-Ulrich Stauffer, Berufliche Vorsorge, 2005, Rz. 1149).

### **E. 8.2.2**

Im vorliegenden Fall beschäftigte die Stifterfirma gemäss den Angaben des Beschwerdegegners über den Personalbestand der Stifterfirma von 1991 bis 2007 (act. 16/10) folgende Anzahl Arbeitnehmer jeweils per Ende des Jahres: 27 (1991), 25 (1992), 21 (1993), 16 (1994), 17 (1995), 14 (1996), 14 (1997), 13 (1998), 10 (1999), 8 (2000), 8 (2001), 7 (2002), 8 (2003), 4 (2004), 4 (2005), 4 (2006) und 5 (2007). Daraus ist ersichtlich, dass seit Ende 1991 bis Ende 2004 (Stichtag der Teilliquidation) ein kontinuierlicher Abbau des Personalbestandes von insgesamt 85 % stattfand. Dieser Abbau kann als erhebliche Verminderung der Belegschaft im Sinne der genannten Gesetzesbestimmungen bezeichnet werden. Allein im bestrittenen Jahr 1992 erfolgte ein Abbau im Umfang von 7.4 %, was knapp unter der Grenze von 10 % liegt. Die Beschwerdeführer erblicken darin (Replik vom 14. Juli 2008, act. 25, S. 8) eine gewöhnliche Schwankung im Streubereich ohne ersichtliche Tendenz. Aufgrund einer rückblickenden Gesamtbetrachtung über die gesamte Zeitspanne, wovon auch die Vorinstanz zu Recht ausgeht, ergibt sich indes ein anderes Bild: So zeigt sich, dass ein Abbau in der ähnlichen Grössenordnung wie 1992 auch in den Jahren 1998 und 2002 erfolgte, in den Jahren 1995, 1997, 2001 und 2003 der

Personalbestand stabil war, während in den Jahren 1993, 1994, 1996, 1999 und 2004 grössere Personalreduktionen zu verzeichnen waren. Damit wird deutlich, dass ein teilliquidationsrelevanter Abbau bereits im Jahr 1992 stattgefunden hat. Dies wird auch vom Pensionsversicherungsexperten F. \_\_\_\_\_ in seinem Bericht zur Teilliquidation bestätigt (vgl. Vorakten/32 bzw. act. 15/7, S. 1). Diese Ansicht vertraten selbst die Beschwerdeführer und weitere Destinatäre im Rahmen ihrer Eingabe vom 13. Juni 1996 an die Aufsichtsbehörde, mit welcher sie die Durchführung einer Teilliquidation verlangten (vgl. act. 16/12).

### **E. 8.2.3**

Was die qualitativen Aspekte der genannten Teilliquidationstatbestände anbelangt, gilt es zweierlei zu berücksichtigen: Einerseits sind freiwillige Austritte in diesem Zusammenhang grundsätzlich nicht relevant. Nur wenn Mitarbeitende nicht aus freien Stücken ausscheiden, also wenn ihnen gekündigt wird oder wenn sie sich wegen sich abzeichnender wirtschaftlicher Schwierigkeiten des Arbeitgeberbetriebes aus berechtigter Angst um ihren Arbeitsplatz frühzeitig um eine neue Stelle bemühen, oder mit anderen Worten wenn allgemein ihr Ausscheiden auf Ereignisse auf Betriebs- oder Unternehmensebene zurückzuführen ist und sie nicht aus individuellen Gründen kündigen, kann dies Anlass für eine Teilliquidation sein. Andernfalls hätte der Mitarbeiter, der freiwillig mehrfach den Arbeitgeber wechselt, jedes Mal beim Ausscheiden aus der jeweiligen Personalvorsorgestiftung Anspruch auf einen Anteil an den freien Mitteln, womit die gesetzlichen Bestimmungen über die Freizügigkeit und die reglementarischen Bestimmungen über die statutarischen Austrittsleistungen ihren Sinn verlieren würden (Urteil des Bundesgerichts 2A.48/2003 vom 26. Juni 2003 E. 2.2 und 2.3; BGE 128 II 394 E. 5.5 und 5.6; Carl Helbling, Personalvorsorge und BVG, 8. Auflage, 2006, S. 275; Hans-Ulrich Stauffer, a.a.O., Rz. 1147). Andererseits sind nur Kündigungen zu berücksichtigen, welche auf dasselbe wirtschaftliche Ereignis zurückzuführen sind. Erfolgt nämlich - wie im vorliegenden Fall geschehen - über eine längere Periode ein schleichender Abbau, kann zwar auf einen längeren Zeitraum abgestellt werden, aber nur dann, wenn die verschiedenen Personalreduktionen als einheitlicher, eine Teilliquidation auslösender Vorgang verstanden werden können, die miteinander in Zusammenhang stehen. Übliche Personalfluktuationen fallen nicht darunter (Urteil des Bundesgerichts 2A. 48/2003 vom 26. Juni 2003 E. 3.1; Hans-Ulrich Stauffer, a.a.O., Rz. 1149; Armin Strub, Zur Teilliquidation nach Art. 23 FZG, AJP 1994 S. 1519ff.). Vorliegend sind diese Voraussetzungen aufgrund der erwähnten Gesamtbetrachtung über den fraglichen Zeitraum erfüllt. Zwar erfolgten - wie die Beschwerdeführer geltend machen - im Jahr 1992 7 Austritte, wovon 5 Stellen durch Neueintritte wieder besetzt wurden. Ähnliche Fluktuationen ergaben sich aber auch in den nachfolgenden Jahren trotz fortschreitenden Personalabbaus. Daher handelte es sich nicht um übliche Personalfluktuationen, auch im bestrittenen Jahr 1992 nicht. Welche Austritte im Jahre 1992, insbesondere wie von den Beschwerdeführern bestritten, von der Stifterfirma veranlasst wurden und welche freiwillig erfolgten bzw. wer die Kündigung ausgesprochen hat, lässt sich aufgrund der Akten allerdings nicht mehr genau eruieren. Darauf kommt es aber auch nicht an, nachdem fest steht, dass die Personalabgänge in der fraglichen Zeitspanne im Zusammenhang mit dem entsprechenden wirtschaftlichen Vorgang in der Stifterfirma standen und insbesondere auf Veränderungen der Stifterfirma zurückzuführen sind, wobei ohne Belang bleibt, um welche Veränderungen (in casu die Einführung eines neuen EDV-Systems, der Umzug, die Rationalisierungsmassnahmen) es sich dabei handelte (Urteil des Bundesgerichts vom 24. Januar 2002 [2A.456/2001] E. 2c;

ebenso Thomas Geiser, a.a.O., S. 89). Unter diesem Blickwinkel betrachtet und angesichts der damaligen Sachlage der Stifterfirma, so wie sie vom Beschwerdegegner in seiner Beschwerdeantwort vom 7. März 2008 eingehend dargelegt wird, erscheint der Beschluss des Stiftungsrates nicht willkürlich, sämtliche ausgetretenen Mitarbeiter ab dem 1. Januar 1992 in den Destinatärkreis einzubeziehen, nachdem er festgestellt habe, dass der Personalabbau bei der Stifterfirma bereits ab 1992 begonnen habe und sich dabei eine genaue Unterscheidung zwischen freiwilligen und unfreiwilligen Abgängen als schwierig und problematisch erwiesen habe (vgl. Stellungnahme des Stiftungsrates vom 6. September 2006 zur Einsprache des Beschwerdeführers 2, act. 1/7, S. 2).

### **E. 9.1**

Die Beschwerdeführer bemängeln, im Verteilungsplan der freien Mittel habe der Beschwerdegegner andere Kriterien als bei der ersten Teilliquidation vom 31. Dezember 1996 festgelegt, obwohl sich die Verhältnisse seither nicht in relevantem Mass geändert hätten. Dabei ist unter den Parteien strittig, ob es sich bei der ersten Mittelverteilung überhaupt um eine Teilliquidation gehandelt habe. Dies wird vom Beschwerdegegner verneint und von den Beschwerdeführern sowie der Vorinstanz bejaht.

#### **E. 9.1.1**

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung muss das Gleichbehandlungsgebot der Destinatäre grundsätzlich auch auf längere Sicht gewährleistet sein, weshalb bei einer Teilliquidation darauf zu achten ist, dass nach ihrer Beendigung weitere Teilliquidationen oder gar die Liquidation selbst unter Beachtung derselben Prinzipien und Berechnungsformen möglich bleiben. Denn die betriebstreuen Mitarbeiter sollen gegenüber den wegziehenden weder bevorteilt noch benachteiligt werden. Dies kann indessen nur gelten, wenn die tatsächliche und die rechtliche Ausgangslage bei der (Teil-) Liquidation jeweils dieselbe ist und die Verhältnisse insoweit vergleichbar und deshalb auch gleich zu behandeln sind. Bei einer weiteren Teilliquidation wegen Ausscheidens weiterer Mitarbeiter sollten demnach zweckmässigerweise wiederum dieselben oder jedenfalls ähnliche Aufteilungskriterien zur Anwendung gelangen. Allerdings relativiert dies das Bundesgericht, indem es festhält, dass es keinen berufsvorsorgerechtlichen Grundsatz gebe, nach welchem bei in gewissen zeitlichen Abständen aufeinander folgenden Teilliquidationen einer Vorsorgeeinrichtung stets dieselben Kriterien für die Verteilung der freien Mittel anzuwenden wären (vgl. zum Ganzen BGE 128 II 394 E. 5.4 mit Hinweisen).

#### **E. 9.1.2**

In vorliegenden Fall hat der Stiftungsrat im Verteilungsplan folgende Kriterien festgelegt (Vorakten/13): "- Bei der Berechnung der Leistungen werden alle Mitarbeiter der Stifterfirma berücksichtigt, die nach dem 31.12.1991 bis zum 31.12.2004 aus der Stifterfirma ausgetreten sind sowie die Mitarbeiter der Stifterfirma per 31.12.2004 (Stichtag). - Weiter werden nur Mitarbeiter einbezogen, die im Zeitpunkt des Austritts bzw. des Stichtags mehr als drei volle Dienstjahre für die Stifterfirma tätig waren. - Die Mittel (inkl. der bereits im Rahmen der ersten Teilliquidation verteilten Mittel) werden im Verhältnis des Produktes Lohn x Anzahl Dienstjahre verteilt; wobei von den so ermittelten individuellen Ansprüchen die bereits im Rahmen der ersten Teilliquidation oder gestützt auf individuelle Leistungen verteilten Mittel in Abzug gebracht werden und dort, wo sich ein negativer Betrag ergibt, auf Null aufgerundet wird." Dabei hat der Stiftungsrat im Wesentlichen die Absicht verfolgt, neben den am Stichtag bei der Stifterfirma

verbleibenden Mitarbeitern auch alle jene zu berücksichtigen, welche infolge der seit dem 31. Dezember 1991 durchgeführten Umstrukturierung aus der Stifterfirma ausgetreten sind, auch wenn diese bereits bei der ersten Mittelverteilung per 31. Dezember 1996 berücksichtigt worden seien (vgl. Protokoll der Stiftungsratssitzung vom 1. März 2006, Vorakten/13). Letztere Mittelverteilung sei nämlich nicht abschliessend erfolgt, indem die ausgetretenen Mitarbeiter weiterhin zu den Destinatären des Wohlfahrtsfonds gehörten (Protokoll der Sitzung des Stiftungsrates vom 1. März 2006, Vorakten/13). Der Stiftungsrat ist denn auch bei seinem Beschluss vom 29. November 1999 über die Mittelverteilung (vgl. Protokoll der Stiftungsratssitzung vom 29. November 1999, act. 16/14) davon ausgegangen, dass es sich dabei um eine unpräjudizielle Verteilung eines Teils des Vermögens des Wohlfahrtsfonds gehandelt habe, auch wenn die Voraussetzungen einer Teilliquidation nicht gegeben seien. Der Kreis der begünstigten Destinatäre wurde wie folgt festgelegt : "- Bei der Berechnung der Leistungen werden alle Mitarbeiter der F. \_\_\_\_\_AG, die zwischen dem 1. Januar 1993 und dem 31. Dezember 1996 von der F. \_\_\_\_\_AG entlassen oder pensioniert wurden, sowie die Mitarbeiter, die per 31. Dezember 1996 für die F. \_\_\_\_\_AG tätig waren, berücksichtigt. Als Stichtag wird somit der 31. Dezember 1996 gewählt und seitherige Entwicklungen werden nicht berücksichtigt. - Weiter werden nur Mitarbeiter einbezogen, die am Stichtag mehr als zwei Dienstjahre bei der F. \_\_\_\_\_AG tätig waren." Die damalige Aufsichtsbehörde, das Amt für Gemeinden und berufliche Vorsorge des Kantons Zürich, hat mit Verfügung vom 25. Juni 2000 (act. 1/5) den Verteilungsplan genehmigt (Dispositivziffer I) und ausdrücklich vorgemerkt (Dispositivziffer II), dass die ausgetretenen Arbeitnehmer weiterhin Destinatäre des Wohlfahrtsfonds bleiben und in diesem Zusammenhang ein späterer Entscheid über die zum jetzigen Zeitpunkt in der Stiftung für eine mögliche Fortführung der Tätigkeit der Arbeitgeberfirma und der dann nötigen Personalvorsorge verbleibenden Mittel vorbehalten bleibe.

### **E. 9.1.3**

Da, wie sich zeigt, diese Mittelverteilung nicht zum Austritt von Destinatären aus dem Beschwerdegegner führte, war aArt. 23 FZG nicht anwendbar. Die damalige Aufsichtsbehörde hat in der besagten Verfügung denn auch nicht festgestellt, die Voraussetzungen einer Teilliquidation nach dieser Bestimmung seien erfüllt gewesen. Insofern präsentiert sich die Rechtslage anders als bei der vorliegenden Teilliquidation. Gegen eine "selbständige" Teilliquidation im Sinne von aArt. 23 FZG spricht auch, dass die ausgerichteten Mittel an die vorliegend im Streit stehende Teilliquidation angerechnet werden. Dies führte dazu, dass die damaligen Destinatäre in gleicher Weise Zugang zur vorliegenden Teilliquidation hatten, wie jene, welche nach dem Zeitpunkt der ersten Mittelverteilung in die Stifterfirma eingetreten waren, sofern beide Gruppen am Stichtag noch bei der Stifterfirma angestellt waren. Insofern lassen sich die Verhältnisse der vorliegenden Teilliquidation nicht mit jenen der ersten Mittelverteilung vergleichen, wovon auch die Vorinstanz zu Recht ausgeht. Ausserdem ist nicht massgebend, ob ein Destinatär im Zeitpunkt der Verteilung gemäss Reglement noch versichert ist oder nicht. Aus Gründen der Rechtsgleichheit sind nicht nur die in jenem Moment bei der Stifterfirma beschäftigten Arbeitnehmer in den Verteilungsplan miteinzubeziehen, sondern grundsätzlich auch jene, die bei umfassender Betrachtungsweise aufgrund derselben Veränderung, die zur Liquidation führen, schon zuvor ihren Arbeitsplatz verloren oder verlassen haben (Rolf Widmer, Die Aufteilung der freien Stiftungsmittel, in: Teilliquidationen von Vorsorgeeinrichtungen, Hrsg. Hans Schmid, Bern 2000, S. 55 f.). Im vorliegenden Fall

werden im Kreis der Destinatäre auch die bereits früher aus der Stifterfirma ausgetretenen Mitarbeiter berücksichtigt, und zwar auf einen ungewöhnlich langen Zeitpunkt (bis zum 1. Januar 1992 hin) zurück und damit sogar auf einen Zeitpunkt, der vor dem Stichtag der ersten Mittelverteilung lag. Da für alle genannten Destinatärgruppen dieselben Kriterien gemäss Verteilungsplan gelten, kommt es, entgegen den Beschwerdeführern, weder zu einer Bevorteilung noch zu einer Benachteiligung der betriebstreuen Mitarbeiter gegenüber den im massgebenden Zeitraum weggezogenen. Unbegründet erweist sich auch der weitere Einwand der Beschwerdeführer, jene Destinatäre, welche an der ersten Mittelverteilung nicht teilgenommen hätten, sei es, weil sie nicht die erforderlichen Dienstjahre verfügten oder erst nach dem Stichtag in die Stifterfirma eingetreten seien, würden gegenüber denjenigen Destinatären ungleich behandelt, welche an der ersten Mittelverteilung teilgenommen hätten und nun nochmals Mittel erhalten, werden doch - worauf die Vorinstanz zu Recht hinweist - bei letzteren die erhaltenen Mittel angerechnet, was zur Folge haben kann, dass sie keine freien Mittel mehr zugute haben, wie dies aus dem Verteilungsplan ersichtlich ist.

#### **E. 9.1.4**

Der Stiftungsrat hat somit sein Ermessen nicht missbraucht, wenn er im vorliegenden Verteilungsplan nicht dieselben Verteilkriterien wie bei der ersten Mittelverteilung beschlossen hat.

#### **E. 10.1**

Die Beschwerdeführer rügen im Weiteren sinngemäss, bei den Verteilkriterien würden - im Gegensatz zur ersten Mittelverteilung - weder die Dienstzeit noch der Lohn gewichtet. Dadurch würden firmentreue Destinatäre benachteiligt und solche mit den höchsten Einkommen übermässig begünstigt, was zu einer Ungleichbehandlung der Destinatäre führe. Dem wäre Abhilfe zu schaffen, indem, analog der ersten Mittelverteilung, die zu berücksichtigenden Dienstjahre gewichtet und nach oben mit deren 22 begrenzt sowie der zu berücksichtigende Lohn ebenfalls nach oben begrenzt würden.

#### **E. 10.2**

Es liegt durchaus im Ermessen des Stiftungsrates, bei der Bestimmung der Verteilkriterien die Dauer der Unternehmenszugehörigkeit zu berücksichtigen und damit eine gewisse Betriebstreue zu honorieren, zumal die Stiftungsurkunde keine konkreten Hinweise auf Kriterien eines Verteilungsplans gibt (vgl. dazu SVR 1999, BVG Nr. 14 E. 5; SVR 2001, BVG Nr. 14 E. 4a). Auch die Berücksichtigung des Lohnes liegt im Ermessen des Stiftungsrates. Denn das Dienstalter und der Lohn stellen durchaus geeignete und von der Rechtsprechung und Praxis anerkannte Verteilungskriterien dar (BGE 128 II 394 E. 4.3 und E. 4.4 mit Hinweisen auf die Lehre). Wie aus dem Verteilungsplan hervorgeht, werden diese Kriterien auf sämtliche Destinatäre in gleicher rechtsgleicher Weise angewendet, sodass dies, entgegen den Beschwerdeführern, zu keiner Bevorzugung von Destinatären mit einer langen Dienstzeit und hohem Lohn führt, auch wenn diese aufgrund der konkreten Verhältnisse in der Stifterfirma eine Minderheit darstellen. Daher drängt sich die von den Beschwerdeführern verlangte Einschränkung von Dienstalter und Lohn, um Spitzen bei der Verteilung der freien Mittel zu vermeiden, jedenfalls aus dem Gesichtswinkel der Gleichbehandlung nicht auf. Angesichts der Offenheit der Stiftungsurkunde und dem Fehlen eines Rechtsanspruches der Arbeitnehmer auf Leistungen des Wohlfahrtsfonds, kann daher nicht gesagt werden, der Stiftungsrat habe hinsichtlich der gewählten

Verteilungskriterien das ihm zustehende Ermessen, welches ohnehin faktisch und rechtlich grösser als bei einer Vorsorgeeinrichtung mit reglementarischem Plan ist (Hermann Walser, Gesamt- und Teilliquidation patronaler Stiftungen, in: Hans Schmid [Hrsg.], Teilliquidationen von Vorsorgeeinrichtungen, Bern/Stuttgart/Wien 2000, S. 108), überschritten oder missbraucht. Daher bestand auch kein Anlass für die Aufsichtsbehörde, diesbezüglich korrigierend einzuschreiten. Nichts zu ihren Gunsten können die Beschwerdeführer mit dem in ihrer Replik (S. 9 Ziff. 4.1) angebrachten Hinweis auf die zitierte interne Aktennotiz der früheren Aufsichtsbehörde ableiten, wonach bei dem neu zu berechnenden Verteilplan auf eine vernünftige Verteilung geachtet werden sollte, damit keine übermässigen Spitzen entstünden (vgl. auch Vorakten/38), handelt es sich hierbei, wie bereits aus dieser Aktennotiz hervorgeht, um eine blosser Empfehlung der Aufsichtsbehörde und nicht um eine aufsichtsrechtliche Weisung.

### **E. 10.3**

Die Beschwerdeführer rügen im Zusammenhang mit dem Verteilungsplan im Weiteren verschiedene Fehler bei der korrekten Ermittlung der Dienstjahre einzelner Destinatäre sowie Rechnungsfehler bei der Ermittlung der einzelnen Anteile an freien Mitteln. Die Umsetzung respektive die Konkretisierung der im Verteilungsplan festgelegten Kriterien bildet jedoch nicht Gegenstand der Genehmigung durch die Vorinstanz. Die konkrete Auswirkung auf ihren Anteil können die Beschwerdeführer nur im Klageverfahren vor dem zuständigen kantonalen Gericht rügen, was sich auch aus den folgenden Überlegungen ergibt: der grundsätzliche Anspruch der austretenden Destinatäre auf freie Mittel im Rahmen einer Teil- oder Gesamtliquidation stellt vorerst bloss eine Anwartschaft dar, deren Konkretisierung von verschiedenen Unwägbarkeiten abhängt. Zunächst müssen am massgeblichen Stichtag freie Mittel vorhanden sein; schon deren Feststellung enthält einen gewissen Ermessensspielraum (Urteil 2A.749/2006 vom 9. August 2007 E. 4.1). Auch soweit freie Mittel vorhanden sind, besteht kein unbedingter Anspruch auf einen im Voraus feststehenden Anteil, sondern es ist ein Verteilungsplan zu erstellen, wobei den Stiftungsorganen innerhalb bestimmter Schranken ein erheblicher Ermessensspielraum zusteht. Dies gilt - jedenfalls seit der 1. BVG-Revision - insbesondere auch bei patronalen Stiftungen (Urteil 2A.402/2005 vom 15. Februar 2006 E. 3.2 und 4). Zwar ist die Vorsorgeeinrichtung an das Rechtsgleichheitsgebot gebunden, doch lässt dessen Konkretisierung einen Spielraum zu in der Frage, wie die einzelnen betroffenen Versichertengruppen zu behandeln sind (vgl. dazu BGE 131 II 533 E. 5 S. 536 ff.; SVR 2009 BVG Nr. 24 S. 87, Urteil des Bundesgerichts 9C\_101/2008 E. 6.1). Erst mit der nötigen rechtskräftigen Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde wandelt sich die bisherige Anwartschaft auf freie Mittel in individualisierbare Rechtsansprüche um (SVR 2006, BVG Nr. 33 S. 127; B 86/05 E. 2; 2005 BVG Nr. 19, S. 63; B 41/03 E. 6.3; Urteil B 68/01 vom 30. November 2001 E. 3a; SZS 1995 S. 373, B 41/94 E. 3a). Vorher kann weder der einzelne Versicherte noch die neue Pensionskasse einen einklagbaren Anspruch auf einen Anteil an den freien Mitteln geltend machen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 9C-98/2009, E. 4.3), und nachher können sie es nur vor dem kantonalen Gericht, entsprechend Art. 73 BVG. Insoweit also die Beschwerdeführer den Vollzug des Verteilungsplans und die konkrete Berechnung der Anteile rügen, kann auf ihre Beschwerde nicht eingetreten und müssen sie auf den Rechtsweg gemäss Art. 73 BVG verwiesen werden.

### **E. 11**

Die Beschwerdeführer bemängeln schliesslich, die Vorinstanz habe bei ihrer aufsichtsrechtlichen Prüfung hinsichtlich der im Jahr 1992 aus der Stifterfirma ausgetretenen Arbeitnehmer sowie der Bestimmung der Fortbestandsinteressen den Sachverhalt unvollständig festgestellt und damit das Vorliegen der Voraussetzungen einer Teilliquidation nicht bzw. zu wenig eingehend geprüft. Auch diese Rügen sind unbegründet: Bereits aus der angefochtenen Verfügung geht hervor, dass sich die Vorinstanz mit den von den Beschwerdeführern geltend gemachten Fragen befasst und diese unter Hinweis auf die Verhandlungen mit den kantonalen Aufsichtsbehörden im Vorverfahren (Sachverhalt Ziff. 5) aufsichtsrechtlich gewürdigt hat (vgl. Erwägungen Ziff. 3). Letzteres ist auch aus den vorinstanzlichen Akten (act. 15 Vorakten) ersichtlich, so etwa aus der Korrespondenz der früheren Aufsichtsbehörde mit dem Beschwerdegegner (Vorakten/35 - 39, 42 und 46) im Zusammenhang mit der Vorprüfung der Teilliquidation.

## **E. 12**

Nach dem Gesagten lässt sich die vorliegende Teilliquidation und der vom Stiftungsrat des Beschwerdegegners erstellten Verteilungsplan, welchen die Vorinstanz mit der angefochtenen Verfügung zu Recht genehmigt hat, nicht beanstanden. Demgegenüber erweisen sich die von den Beschwerdeführern vorgebrachten Rügen, soweit darauf einzutreten ist, als unbegründet, was zur Abweisung ihrer Beschwerde vom 28. September 2007 führt.

### **E. 13.1**

Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens werden die Beschwerdeführer gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG kostenpflichtig. Die Verfahrenskosten sind gemäss dem Reglement vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) zu bestimmen. Sie werden auf Fr. 5'000.-- festgelegt und mit dem am 24. Oktober 2007 geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet.

### **E. 13.2**

Gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG kann die Beschwerdeinstanz der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene Kosten zusprechen. Allerdings steht der obsiegenden Vorinstanz gemäss Art. 7 Abs. 3 VGKE keine Parteientschädigung zu. Dasselbe gilt für den Beschwerdegegner; 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 (sowie früher die Eidgenössische Beschwerdekommision BVG) in ständiger Rechtsprechung auch im Rahmen von Aufsichtsstreitigkeiten analog anwendet (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-3914/2007 vom 23. April 2009). Im vorliegenden Fall gibt es keinen Grund, von dieser Regel abzuweichen, so dass der Beschwerdegegnerin keine Parteientschädigung zugesprochen wird.