Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal

Abteilung III
C-2392/2006
{T 0/2}

Urteil vom 2. Juli 2009

Besetzung

Richter Beat Weber (Vorsitz),
Richter Stefan Mesmer
Richter Vito Valenti
Gerichtsschreiber Daniel Stufetti.

Parteien

1. **Interessengemeinschaft gemäss Option 96 und Option 2000 freigestellter Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen der SAirGroup**, c/o L._____,
2. **D.**_____,
3. **J.**_____,
4. **Z.**_____,
alle vertreten durch Rechtsanwalt Martin Hubatka, Seestrasse 6, 8027 Zürich,
Beschwerdeführer,

gegen

Amt für berufliche Vorsorge und Stiftungen des Kantons Zürich (BVS),
Nordstrasse 20, Postfach, 8090 Zürich,
Vorinstanz,

Allgemeine Pensionskasse der SAirGroup,
Postfach, 8058 Zürich-Flughafen,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand

Teilliquidation der Allgemeinen Pensionskasse der SAirGroup, Zürich, Verfügung des Amtes für berufliche Vorsorge und Stiftungen des Kantons Zürich vom 12. Oktober 2005.

Sachverhalt:

A.
Die "Allgemeine Pensionskasse der SAirGroup" (nachfolgend APK, Beschwerdegegnerin oder Stiftung) ist eine Stiftung im Sinne von Art. 80 ff. des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210). Deren Zweck besteht darin, die berufliche Vorsorge im Rahmen des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG, SR 831.40) und seinen Ausführungsbestimmungen für das Personal der ehemaligen SAirGroup und ihrer Tochtergesellschaften sowie deren Angehörigen und Hinterbliebene durch Gewährung von Unterstützung in Fällen von Alter, Tod und Invalidität durchzuführen; sie kann auch über die gesetzlichen Mindestleistungen hinaus weitergehende Vorsorge in Fällen von Alter, Tod und Invalidität betreiben (vgl. Stiftungsurkunde Art. 3, act. 43/9). Sie ist im Register für berufliche Vorsorge des Kantons Zürich eingetragen und untersteht der Aufsicht des Amtes für berufliche Vorsorge und Stiftungen des Kantons Zürich (nachfolgend Vorinstanz oder Aufsichtsbehörde).

B.
Mit Verfügung vom 12. Oktober 2005 (act. B 1) stellte die Vorinstanz fest, dass bezüglich der Beschwerdegegnerin der Tatbestand der Teilliquidation vorliege (Dispositivziffer I.) und die Berechnung der freien Mittel nach Gesetz erfolgt sei (Dispositivziffer II.), genehmigte sie den Verteilungsplan (Dispositivziffer III.) und ordnete an, dass dieser erst nach Eintritt der Rechtskraft vollzogen werden dürfe (Dispositivziffer V.). Des Weiteren wies sie den Stiftungsrat an, eine Kopie dieser Verfügung den anspruchsberechtigten Versicherten zuzustellen (Dispositivziffer IV), und auferlegte der Beschwerdegegnerin die Verfügungsgebühr (Dispositivziffer VI). Die Vorinstanz begründete ihre Verfügung dahingehend, dass bedingt durch den Zusammenbruch der SAirGroup zwischen dem 1. Oktober 2001 und dem 31. Dezember 2003 praktisch alle aktiven Versicherten aus der Beschwerdegegnerin ausgetreten seien. Daraufhin habe der Stiftungsrat am 11. Dezember 2003 die Teilliquidation beschlossen, wobei der Stichtag auf den 31. Dezember 2003 festgelegt worden sei. Der Stiftungsrat habe das Orientierungsverfahren ordnungsgemäss durchgeführt, die freien Mittel richtig berechnet und daraufhin den Plan zur Verteilung dieser Mittel (Verteilungsplan) ebenfalls korrekt erstellt. Dabei stütze sich die Vorinstanz neben den Unterlagen der Beschwerdegegnerin insbesondere auf

eine Neubeurteilung der Teilliquidation, welche sie aufgrund von zahlreichen Einsprachen und Beschwerden von Betroffenen nach Absprache mit der Beschwerdegegnerin durch zwei neutrale Experten, W._____ für die rechtliche Seite und C._____ für die versicherungstechnische Seite, habe vornehmen lassen. Die Experten seien in ihrem Bericht vom 25. Mai 2005 bzw. 3. Juni 2006 zum Schluss gekommen, dass sowohl in rechtlicher wie auch in versicherungstechnischer Hinsicht an der Teilliquidation keine Korrekturen vorzunehmen seien, der Stiftungsrat diese fachmännisch durchgeführt und im Rahmen seines pflichtgemässen Handelns zweckmässige Entscheidungen getroffen habe.

C.

Gegen diese Verfügung erhoben die Interessengemeinschaft gemäss Option 96 und Option 2000 freigestellter Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen der SAirGroup, D._____, J._____ und Z._____ (Beschwerdeführer) am 7. Dezember 2005 Beschwerde an die Eidgenössische Beschwerdekommission der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (nachfolgend Eidgenössische Beschwerdekommission BVG). Darin beantragten die Beschwerdeführer, die Verfügung der Vorinstanz sei bezüglich der Dispositivziffern II und III insoweit aufzuheben, als der Beschwerdegegnerin vom „Fonds zugunsten der Vorsorgeeinrichtungen der SairGroup“ (nachfolgend: Finanzierungsfonds) Mittel zugeflossen sind, die von der damaligen Arbeitgeberfirma Swissair AG zugunsten der von der vorzeitigen Pensionierung betroffenen Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen in den Finanzierungsfonds einbezahlt worden waren. Weiter beantragten die Beschwerdeführer, es sei ihnen vollständige Akteneinsicht zu gewähren, insbesondere was die Finanztransaktionen des Finanzierungsfonds an die APK und die Verwendung der Mittel in derselben anbelange. Sodann sei ihnen Gelegenheit zu geben, ihre Eingabe zu ergänzen. Eventualiter sei die Verfügung der Vorinstanz ganz aufzuheben und ihr die Sache zur Neubeurteilung zurückzuweisen (act. 2 bzw. B 3). Zur Begründung machen die Beschwerdeführer geltend, dass seinerzeit von der Swissair AG in den Finanzierungsfonds namhafte Gelder in der Grössenordnung von rund Fr. 100 Mio. überwiesen worden seien mit dem Zweck, die von der Restrukturierung Betroffenen, welche zu einem grossen Teil der Beschwerdeführerin 1 angehörten und von der auch die Beschwerdegegner (recte Beschwerdeführer) 2 – 4 direkt betroffen seien, zu begünstigen. Die heutige Forderung der 250 Optionsnehmer betrage rund Fr. 45,57 Mio., welche sich aufgrund eines Vergleichs im Rahmen

des Liquidationsverfahrens der Swissair AG auf rund Fr. 23 Mio. reduziere. Der Beschwerdegegnerin seien aus dem Finanzierungsfonds Mittel zugeflossen, welche ursprünglich zu einem anderen Zweck, nämlich der Finanzierung der von der Restrukturierung betroffenen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Swissair AG überwiesen wurden. Diese Mittel seien somit gebunden und dürften deshalb nicht als freie Mittel an sämtliche Destinatäre des gesamten Abgangsbestandes der Beschwerdegegnerin verteilt werden.

D.
In Ihrer Vernehmlassung vom 27. März 2006 beantragte die Beschwerdegegegnerin die Abweisung der Beschwerde (act. 3 bzw. B 17). Zur Begründung führte sie aus, der Finanzierungsfonds sei gemäss Zweck eine Finanzierungsstiftung für die Vorsorgeeinrichtungen – so namentlich auch die Beschwerdegegnerin – zur Bereitstellung der Arbeitgeberbeitragsreserven. In diesem Rahmen seien zeitweise, jedoch nicht ordentlich, Beiträge an die Beschwerdegegnerin finanziert worden. Zudem hätten die zugezogenen Experten W._____ und C._____ die zugeflossenen Leistungen des Finanzierungsfonds als „pragmatische Lösung“, um die Teilliquidation nicht unnötig zu verzögern, gutgeheissen. Welche Mittel für welche Zwecke der Finanzierungsfonds verwenden wolle, habe allein dessen Stiftungsrat zu entscheiden. Dieser sei im Übrigen am vorliegenden Teilliquidationsverfahren nicht beteiligt. Deshalb hätten sich die Beschwerdeführer für ihre Ansprüche an den Finanzierungsfonds und nicht an die Beschwerdegegnerin zu halten. Was schliesslich die von der Beschwerdegegnerin verlangte Akteneinsicht anbelange, so hätten die Beschwerdeführer die Möglichkeit, sämtliche relevanten Unterlagen auf ihrer Internetseite einzusehen. Darüber hinaus müssten sie sich an den Finanzierungsfonds wenden.

E.
Die Vorinstanz beantragte in ihrer Vernehmlassung vom 22. März 2006 die Abweisung der Beschwerde und die Bestätigung der angefochtenen Verfügung (act. 4 bzw. B 19). Sie haben sich bei ihrer Beurteilung im Wesentlichen auf das Expertengutachten W._____ und C._____ gestützt, welches keinen Anlass zu Zweifeln gebe. Danach bestünden keine Anhaltspunkte dafür, dass – wie von den Beschwerdeführern behauptet – der Beschwerdegegnerin namhafte Mittel für einen anderen Zweck zugeflossen seien, was ohne Weiteres hätte auffallen müssen. Vielmehr sei der Status der Teilliquidation korrekt ermit-

telt worden und der Stiftungsrat habe sein Ermessen bei der Erstellung des Verteilungsplanes der freien Mittel sachgerecht und pflichtgemäss ausgeübt. Bewege sich – wie hier – eine vom zuständigen Organ vorgenommene Verteilung innerhalb des Rahmens des pflichtgemässen Ermessens, so habe die Aufsichtsbehörde den Verteilungsplan auch dann zu genehmigen, wenn andere Lösungen denkbar seien.

F.
Mit Eingabe vom 11. Mai 2006 ersuchte die Beschwerdegegnerin die Eidgenössische Beschwerdekommission BVG das Verfahren zu sistieren (act. 10 bzw. B 30) bis zur rechtskräftigen Erledigung der beim Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich hängigen Verfahren, deren Ausgang Einfluss auf die vorliegende Teilliquidation habe.

G.
In ihrer Replik vom 22. Mai 2006 (act. 11 bzw. B 32) hielten die Beschwerdeführer an ihren Anträgen und deren Begründung gemäss ihrer Beschwerde fest. Dabei hoben sie hervor, dass der Zweckartikel des Finanzierungsfonds eine Übertragung von Mitteln, die ursprünglich für die Beschwerdeführer reserviert gewesen seien, an die Beschwerdegegnerin zulasse. Eine solche sei denn auch in der Höhe von Fr. 51,6 Mio. erfolgt. Über die genaue Mittelverteilung innerhalb des Finanzierungsfonds bestehe keine Klarheit. Somit könne auch nicht ausgeschlossen werden, dass im Rahmen der Teilliquidation der Beschwerdegegnerin zweckgebundene Gelder als freie Mittel verteilt würden.

H.
Die Beschwerdegegnerin hielt in ihrer Duplik vom 20. Juni 2006 (act. 15 bzw. B 37) an ihren Anträgen und deren Begründung gemäss ihrer Vernehmlassung vom 27. März 2006 fest. Dabei hob sie hervor, dass es sich bei der Zahlung des Finanzierungsfonds von Fr. 51,6 Mio. um einen Teil der noch in diesem Fonds vorhandenen Arbeitgeberbeitragsreserven der ehemaligen SAirGroup gehandelt habe, die an die in der Stiftungsurkunde begünstigten Vorsorgeeinrichtungen verteilt werden solle. Demgegenüber lasse sich nicht beurteilen, ob sich darunter auch Mittel befunden hätten, die – wie die Beschwerdeführer geltend machen – anderen Begünstigen zugestanden hätten.

I.
Die Vorinstanz hielt in ihrer Duplik vom 20. Juni 2006 (act. 16 bzw. B. 38) an ihren Anträgen und deren Begründung gemäss ihrer Vernehm-

lassung vom 22. März 2006 fest und verzichtete auf eine ergänzende Stellungnahme.

J.
Mit Zwischenverfügung vom 27. Juni 2006 forderte der Präsident der Eidgenössischen Beschwerdekommission BVG die Beschwerdeführer zur Zahlung eines Kostenvorschusses von Fr. 3'000.- bis zum 11. Juli 2006 auf (act. 17 bzw. B 39). Diesen zahlten sie am 6. Juli 2006 ein (act. 19 bzw. B 41).

K.
Am 21. September 2006 schloss der Präsident der Eidgenössischen Beschwerdekommission BVG den Schriftenwechsel.

L.
Am 1. Januar 2007 übernahm das Bundesverwaltungsgericht das bei der Eidgenössischen Beschwerdekommission BVG anhängig gemachte Verfahren. Es wird zusammen mit den Beschwerdeverfahren C-2385/2006, C-2386/2006, C-2389/2006, und C-2393/2006 behandelt, da sie alle die Verfügung der Vorinstanz vom 12. Oktober 2005 zum Anfechtungsgegenstand haben und ein Sachzusammenhang somit gegeben ist.

M.
Mit Zwischenverfügung vom 9. Februar 2007 (act. 24) sistierte das Bundesverwaltungsgericht in Gutheissung des Gesuchs der Beschwerdegegnerin vom 11. Mai 2006 das Verfahren (vgl. Bst. F.). In der Folge wurde das Verfahren mit Verfügung vom 4. September 2007 (act. 30) wieder aufgenommen.

N.
Mit Verfügung vom 19. Juni 2008 (act. 37) ersuchte das Bundesverwaltungsgericht die Vorinstanz, bis zum 14. Juli 2007 verschiedene fehlenden Unterlagen zum vorinstanzlichen Dossier einzureichen.

O.
Mit Eingabe vom 9. Juli 2008 (act. 43) reichte die Vorinstanz die verlangten weiteren Unterlagen zur Ergänzung des vorinstanzlichen Dossiers ein.

P.
Mit Verfügung vom 11. August 2008 (act. 44) brachte das Bundesver-

waltungsgericht den Parteien die Eingabe der Vorinstanz vom 9. Juli 2008 mitsamt allen Beilagen zur Kenntnis und gab ihnen Gelegenheit, bis zum 29. August 2008 allfällige Schlussbemerkungen einzureichen.

Q.
Die Beschwerdegegnerin äusserte sich in ihrer Stellungnahme vom 26. August 2008 (act. 47). An ihren Anträgen und deren Begründung gemäss ihrer Vernehmlassung vom 22. März 2006 hielt sie dabei fest. Ergänzend führte sie aus, aus den Mitteln des Finanzierungsfonds seien verschiedene Zahlungen an die Beschwerdegegnerin geflossen. Die Beschlussfassung und die Festlegung der Höhe dieser Zahlungen sei in der Kompetenz des Stiftungsrates des Finanzierungsfonds gelegen. Die Beschwerdegegnerin habe die erhaltenen Zahlungen zweckbestimmt in ihren Büchern geführt. Im Wesentlichen habe es sich hierbei um Zahlungen für bereits geleistete oder versprochene Überbrückungsrenten sowie Arbeitgeberbeitragsreserven gehandelt. Die Beschwerdegegnerin habe diese Zahlungen im Rahmen der vorliegenden Teilliquidation denn auch als Finanzierung der Beiträge des Arbeitgebers behandelt. Hingegen sei eine Verwendung der Arbeitgeberbeitragsreserve für arbeitsvertragliche Leistungen an einzelne Arbeitnehmer ausgeschlossen.

R.
Die Beschwerdeführer äusserten sich in ihrer Eingabe vom 18. September 2008 (act. 51) und hielten an den Anträgen und deren Begründung gemäss ihrer Beschwerde fest. Auch aufgrund der zusätzlichen vorinstanzlichen Akten sei noch immer unklar und nicht transparent, wie und zu welchem Zweck die Mittel innerhalb des Finanzierungsfonds verwendet worden seien. Verschiedene Konti seien ohne die notwendigen Hinweise auf Zweckbestimmung, Änderungsgrund und Adressat, und damit ohne die für Teilliquidationen erforderliche Transparenz, auf Null abgeschrieben worden. Es bestünden Anhaltspunkte dafür, dass ursprünglich zweckgebundene Mittel mit anderen Vorsorgegeldern vermischt worden seien. Dies habe sich auf die Zahlung an die Beschwerdegegnerin ausgewirkt. Jedenfalls bestünden verschiedene Anhaltspunkte und Indizien, dass ursprünglich zweckgebundene Mittel im Rahmen der vorliegenden Teilliquidation zu Unrecht an alle Destinatäre verteilt würden. Die Transaktionen zwischen dem Finanzierungsfonds und der Beschwerdegegnerin seien nicht genügend abgeklärt worden. Solches habe auch die Vorinstanz im Rahmen ihrer Prüfung der Teilliquidation zur Feststellung des Sachverhalts unterlassen.

Zudem gehe aus den Akten hervor, dass der Stiftungsrat der Beschwerdegegnerin den ursprünglich auf den 31. Dezember 2003 festgelegten Stichtag für die Teilliquidation nachträglich auf den 30. Juni 2005 verlegt habe, weshalb die Vorinstanz in ihrer angefochtenen Verfügung von einem unzutreffenden Stichtag ausgegangen sei und damit unzutreffendes Recht angewandt habe.

S.
In ihrer Eingabe vom 23. Oktober 2008 (act. 54) verzichtete die Vorinstanz auf eine Stellungnahme.

T.
Die Beschwerdegegnerin äusserte sich in ihrer Eingabe vom 4. November 2008 (act. 55) zur Stellungnahme der Beschwerdeführer vom 18. September 2008. Darin beantragte sie, es sei die verspätete Eingabe der Beschwerdeführer nicht zu berücksichtigen. Ebenso änderte sie ihre in der Vernehmlassung vom 27. März 2006 gestellten Anträge dahingehend, dass eventualiter auf die Beschwerde der Beschwerdeführerin 1 infolge fehlender Beschwerdelegitimation nicht einzutreten, subeventualiter die Beschwerde abzuweisen sei. Die Beschwerdeführerin 1 habe nicht nachgeweisen, dass ihr als blosse „Interessengemeinschaft“, d.h. als Zusammenschluss von Einzelpersonen, Rechtspersönlichkeit zukomme. Zur materiellen Begründung wird im Wesentlichen geltend gemacht, die Beschwerdeführer hätten im Geschäftsbericht 2003 der Beschwerdegegnerin sowie im Geschäftsbericht 2002 des Finanzierungsfonds alle gewünschen Angaben finden können, weshalb von fehlender Transparenz nicht die Rede sein könne. Im Übrigen sei zu beachten, dass die Swissair AG am 22. Mai 1997 zur SAirGroup umbenannt wurde. Die Speisung des Finanzierungsfonds in den Jahren 1977 – 1994 sei somit zugunsten der SAirGroup erfolgt. Die fragliche Zahlung des Finanzierungsfonds an die Beschwerdegegnerin sei aufgrund einer Absichtserklärung der drei legitimierten Destinatäre erfolgt und enthielten keine Mittel zur Finanzierung von klassischen Arbeitgeberleistungen bei Frühpensionierungen. Im Übrigen sei der Stichtag der Teilliquidation unverändert der 31. Dezember 2003 geblieben.

U.
Mit Verfügung vom 5. Dezember 2008 (act. 56) schloss der Instruktionsrichter den nachträglichen Schriftenwechsel.

V.
Auf die Vorbringen der Parteien wird – sofern notwendig – in den nachfolgenden Erwägungen näher eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
1.1 Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG; SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Als Vorinstanzen gelten die in Art. 33 VGG genannten Behörden.

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.

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

2.
2.1 Anfechtungsgegenstand des vorliegenden Verfahrens ist der Verwaltungsakt der Vorinstanz vom 12. Oktober 2005, welcher eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG darstellt.

2.2 Die Beschwerdelegitimation im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bestimmt sich nach Art. 48 VwVG (vgl. Art. 37 VGG). Danach ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Abs. 1 Bst. a), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Abs. 1 Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Abs. 1 Bst. c). Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein.

Zur Beschwerde berechtigt sind ferner Personen, Organisationen und Behörden, denen ein anderes Bundesgesetz dieses Recht einräumt (Abs. 2). Das Recht der beruflichen Vorsorge kennt keine derartige Regelung, so dass sich die Beschwerdebefugnis im vorliegenden Verfahren allein nach Art. 48 Abs. 1 VwVG richtet.

2.3 Im vorliegenden Fall ist innerhalb der Beschwerdeführer zu differenzieren zwischen den 3 natürlichen Personen und einer Interessengemeinschaft.

2.3.1 Die 3 beschwerdeführenden natürlichen Personen (Beschwerdeführer 2 – 4) sind, wie die Beschwerdegegnerin in ihrer Vernehmlassung vom 27. März 2006 bestätigt (act. B 17 S. 2 Ziff. I.2), deren Rentner und damit als deren Destinatäre besonders betroffen. Sie haben an der Aufhebung bzw. Änderung der Verfügung der Vorinstanz ein schutzwürdiges Interesse. Zudem haben sie am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen. Sie sind deshalb zur Beschwerde legitimiert.

2.4 Die Interessengemeinschaft (Beschwerdeführerin 1) ist eine Personengemeinschaft. Einem Verband oder Verein steht die Beschwerdelegitimation nach Art. 48 Abs. 1 Bst. b und c VwVG zur Wahrung der Interessen seiner Mitglieder zu, wenn er als juristische Person konstituiert ist, die einzelnen Mitglieder zur Beschwerde legitimiert wären, die Wahrung der Interessen der Mitglieder zu seinen statutarischen Aufgaben gehört und er tatsächlich ein Interesse der Mehrheit oder mindestens der Grosszahl seiner Mitglieder vertritt (sog. „egoistische Verbandsbeschwerde“; BGE 125 I 71 E. 1b.aa, mit weiteren Hinweisen; 128 II 24 E. 1.b, mit weiteren Hinweisen; BVGE 2007/20 E. 2; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2, Aufl., Zürich 1998, N. 560 - 565; FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, Bern 1983, S. 159 ff.). Was den statutarischen Zweck des Verbandes angeht, so muss dieser in einem engen Zusammenhang mit dem Sachgebiet stehen, in welchem die Verfügung ergangen ist (KÖLZ/HÄNER, a.a.O., Rz. 564). Die Beschwerdeführerin 1 ist laut Statuten (act. B 13) ein Verein im Sinne von Art. 60 ff. des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB; SR 210) und besitzt daher eigene juristische Persönlichkeit (Art. 60 Abs. 1 ZGB). Den Vereinsstatuten ist zu entnehmen, dass sämtliche unter den Optionen 96 und 2000 freigestellten Mitarbeitenden der SAirGroup die Mitgliedschaft erwerben können (Art. 3 der Statuten). Der Verein befolgt im Wesentlichen den Zweck, die allgemeinen Interessen deren

Mitglieder in vorsorge- und versicherungsbezogenen Angelegenheiten im Rahmen des Nachlassverfahrens der SAirGroup und/oder der betreffenden Konzernunternehmungen, insbesondere Anhebung und Durchführung von Betreibungen, Beschwerdeverfahren, Konkurseröffnungsbegehren, betreibungs- und materiellrechtliche Klagen zu wahren (Art. 2 der Statuten). Die Mitglieder sind als Arbeitnehmende der SAirGroup bei der Beschwerdegegnerin versichert und deren Destinatäre (vgl. Art. 3 der Stiftungsurkunde der Allgemeinen Pensionskasse der SAirGroup, act. 43/9). Da sie von deren Teilliquidation betroffen sind, wären sie – wie die Beschwerdeführer 2 bis 4 – einzeln beschwerdebefugt. Zudem handelt die Interessengemeinschaft gegen Aussen durch deren Vorstand bzw. Präsidenten (Art. 4.2.5 i.V.m. Art. 4.2.1 der Vereinsstatuten). Ein hinreichend enger Zusammenhang zwischen dem statutarischen Vereinszweck und dem Sachgebiet, auf welchem die angefochtene Verfügung ergangen ist – mithin der Teilliquidation der Vorsorgeeinrichtung, welcher die Vereinsmitglieder angehören – kann somit ohne Weiteres als gegeben erachtet werden. Da die Interessengemeinschaft das Interesse von zumindest einem Grossteil ihrer ohnehin einzeln beschwerdebefugten Mitglieder wahrnimmt und auch am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen hat, ist auch die Beschwerdeführerin 1 im vorliegenden Verfahren – entgegen den von der Beschwerdegegnerin angebrachten Zweifeln – zur Beschwerde legitimiert.

2.5 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.

3.

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). Eine Einschränkung in diesem Sinne liegt nicht vor, da die Vorinstanz zwar als kantonale Behörde, nicht aber als Beschwerdeinstanz verfügt hat.

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).

4.

4.1 Die Beschwerdeführer rügen die fehlende Akteneinsicht betreffend die Transaktionen der APK und des Finanzierungsfonds und machen geltend, dadurch nicht in der Lage zu sein, darzutun, dass zu Unrecht Mittel vom Finanzierungsfonds an die APK geflossen seien. Diesem Antrag wurde letztlich im Rahmen des vorliegenden Verfahrens insoweit entsprochen, als die noch fehlenden Akten sowohl der Beschwerdegegnerin wie auch des Finanzierungsfonds bei der Vorinstanz eingeholt, den Beschwerdeführern zur Einsicht zur Verfügung gestellt wurden und ihnen Gelegenheit gegeben wurde, sich dazu zu äussern. Gestützt auf diese Akten haben die Beschwerdeführer ihre Beschwerde mit Eingabe vom 18. September 2008 entsprechend ergänzt (vgl. Sachverhalt Bst. N – S).

4.2 Die Eingabe vom 18. September 2008 erfolgte allerdings verspätet, weshalb die Beschwerdegegnerin beantragte, diese aus dem Recht zu weisen. Gemäss Art. 32 Abs. 2 VwVG kann das Gericht verspätete Parteivorbringen, die ausschlaggebend erscheinen, trotz Verspätung berücksichtigen. Da die von den Beschwerdeführern vorgebrachten Sachumstände, wie in den nachfolgenden Erwägungen dargelegt, wesentlich zur Klärung des Sachverhaltes beitragen, werden sie vorliegend, entgegen der Beschwerdegegnerin, im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes berücksichtigt (vgl. ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 325.

5.

5.1 Gemäss Art. 62 BVG i.V.m. Art. 84 Abs. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210) hat die Stiftungsaufsichtsbehörde 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).

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. Seit der 1. BVG-Revision, welche am 1. Januar 2005 in Kraft getreten ist, werden die Zuständigkeit der Aufsichtsbehörde und das Verfahren bei Teilliquidationen von Vorsorgeeinrichtungen in Artikel 53*d* BVG geregelt. Das BVG hält zu diesen neuen Bestimmungen keine Übergangsregelung bereit. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung und Lehre ist deshalb 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). Die angefochtene Verfügung der Vorinstanz erging am 12. Oktober 2005 und somit nach dem Inkrafttreten der neuen Bestimmungen über die Teilliquidation. Demgegenüber hat sich diese bei der Beurteilung des Sachverhalts auf altes Recht gestützt, für das Verfahren auf das neue Recht, was von keiner Seite bestritten wurde. Allerdings ist für den Verfahrensausgang nicht von ausschlaggebender Bedeutung, ob altes oder neues Recht anzuwenden ist, weshalb die Fragen offen bleiben kann.

Die Zuständigkeit der Aufsichtsbehörde, das Verfahren und den Verteilungsplan überprüfen und entscheiden zu lassen, ist auch im neuen Recht gemäss Art. 53d Abs. 6 BVG gegeben, wenn die Versicherten und Rentenbeziehenden an diese gelangen, was vorliegend erfolgt ist (vgl. vorne E. 2.2).

5.3 Gemäss Art. 53*b* Abs. 1 BVG bzw. 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). Im vorliegenden Fall ist unbestritten und wird auch von der Vorinstanz zu Recht festgestellt, dass aufgrund einer erheblichen Verminderung der Belegschaft der Tatbestand der Teilliquidation gemäss Art. 53*b* Abs. 1 Bst. a BVG bzw. aArt. 23 Abs. 4 Bst. a FZG eingetreten ist.

5.4 Unterschiedliche Auffassungen unter den Parteien bestehen hingegen über den massgebenden Zeitpunkt bzw. den Stichtag dieser Teilliquidation. Dieser wird von der Beschwerdegegnerin im Verteilungsplan gemäss Beschluss des Stiftungsrates vom 23. September 2004 (vgl. Protokoll der Stiftungsratssitzung Nr. 166, Traktandum 8, act. 43/5) auf den 31. Dezember 2003 festgelegt. Die Vorinstanz stellt diesbezüglich fest, dass als Folge des Groundings der Swissair, zu dem es Anfang Oktober 2001 gekommen ist, bis zum 31. Dezember 2003 praktisch alle aktiven Versicherten aus der Beschwerdegegnerin ausgetreten sind und diese seit dem 1. Januar 2004 faktisch als reine Rentnerkasse weiter besteht (vgl. Sachverhalt Bst. A und Erwägung 4.1 der angefochtenen Verfügung vom 12. Oktober 2005). Dabei stützt sie sich im Wesentlichen auf folgende Unterlagen (vgl. Vernehmlassung vom 22. März 2006, act. 4 bzw. B 19):

- Bericht der Pensionsversicherungsexpertin Pendia Associates zur Teilliquidation vom 23. September 2004 (act. 43/1);
- Bericht zum Begutachtungsauftrag Teilliquidation APK der Experten W._____ und C._____ vom 3. Juni 2005 (act. 43/4);
- Protokolle der Stiftungsratssitzungen der APK (act. 43/5) Nr. 159 vom 11. Dezember 2003, Nr. 161 vom 25. März 2004 und Nr. 171 vom 26. Mai 2005;
- Informationsschreiben der APK vom Februar 2004 und 10. Juni 2005.

Auch die Beschwerdegegnerin führt in ihrem Geschäftsbericht und in der Jahresrechnung 2003 unter anderem aus (act. 43/10, S. 4), dass sie sich seit dem 1. Oktober 2001 in der Teilliquidation befinde, die per 31. Dezember 2003 abgewickelt werde. Im Berichtsjahr sei der Umwandlungsprozess in eine reine Rentnerkasse fortgeführt worden,

nachdem die meisten Firmen bereits per 31. Dezember 2002 und weitere im Verlauf des Berichtsjahrs ausgetreten seien.

Der Stichtag für die Teilliquidation und damit die Festlegung der damit zusammenhängenden freien Mittel bestimmt sich nach dem die Teilliquidation auslösenden Ereignis (Urteil des Bundesgerichts 2A.749/2006 vom 9. August 2007 E. 4.2). Vorliegend handelt es sich um den Austritt aller aktiven Versicherten aus der APK infolge des Zusammenbruchs der SAirGroup (Arbeitgeberfirma). Zu Recht wurde daher der 31. Dezember 2003 als Stichtag bestimmt und wurden die freien Mittel auf der Grundlage der Teilliquidationsbilanz per 31. Dezember 2003 (vgl. act. 43/1 S. 4, ebenso act. 43/4 S. 25) berechnet.

5.5 Nichts zu ihren Gunsten ableiten können die Beschwerdeführer daraus, dass der Stiftungsrat in seiner Sitzung vom 26. Mai 2005 beschlossen habe, den Stichtag auf den 30. Juni 2005 zu verschieben (vgl. Protokoll der 171. Stiftungsratssitzung vom 26. Mai 2005, S. 3 Ziff. 5, act. 43/5). Letzterer Zeitpunkt steht zwar im Zusammenhang mit der Teilliquidation, doch bezieht er sich auf einen anderen Sachverhalt, nämlich den Übertritt der Versicherten in eine neue Vorsorgeeinrichtung. Laut Vereinbarung zwischen der APK und jeder dieser neuen Vorsorgeeinrichtungen (vgl. act. 43/6) ist nämlich vorgesehen, dass die freien Mittel kollektiv zu übertragen sind (vgl. Ziff. 2) mit der Auflage, dass die übernehmende Vorsorgeeinrichtung diese Mittel für diesen Versichertenbestand zu verwenden und dadurch seine wohlerworbenen Rechte zu wahren habe (vgl. Ziff. 4). Für eingetretene Versicherte, welche die (neue) Vorsorgeeinrichtung bis zum Stichtag des *30. Juni 2005* wieder verlassen oder bis zu diesem Zeitpunkt einen vollständigen Kapitalbezug bei der Pensionierung gemacht haben, habe sich die Vorsorgeeinrichtung zu verpflichten, den individuellen Anteil an den freien Mitteln diesen Versicherten vollständig weiterzuleiten (vgl. Ziffer 5). Diese Regelung wird auch von den Experten W._____/C._____ bestätigt (vgl. Bericht S. 8 act. 43/4) und ist vorliegend auch nicht bestritten.

6.

6.1 Im Rahmen der Teilliquidation legt das paritätisch besetzte Organ gestützt auf eine kaufmännische und technische Bilanz mit Erläuterungen die freien Mittel und deren Verteilung in einem Verteilungsplan fest (Art. 53*d* Abs. 4 Bst. b und d BVG, Art. 27*g* Abs. 1bis BVV 2, bzw. nach altem Recht aArt. 23 Abs. 1 und 2 FZG, aArt. 9 FZV). Im Verteilungs-

plan sind primär der Umfang der zu verteilenden Mittel, der Kreis der begünstigten Personen und die Verteilkriterien zu regeln. Sodann ist auch die Frage nach der kollektiven oder individuellen Abgeltung des Anspruchs auf freie Mittel zu beantworten. 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, 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).

6.2 Für die Beschwerdeführer hätte die Vorinstanz den Verteilungsplan nicht genehmigen dürfen, da unter zu den verteilenden freien Mitteln solche enthalten seien, welche der Beschwerdegegnerin vom Finanzierungsfonds zugeflossen seien. Diese Mittel seien von der damaligen Arbeitgeberfirma Swissair AG zugunsten der von der vorzeitigen Pensionierung betroffenen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, zu denen auch die Beschwerdeführer gehörten, in den Finanzierungsfonds einbezahlt worden. Deshalb dürften diese Mittel nicht an alle Destinatäre verteilt werden.

Die Beschwerdeführer haben ihre Forderung allerdings nicht genau

substanziiert und machen dafür mangelnde Transparenz in den jeweiligen Jahresberichterstattungen der Beschwerdegegnerin und des Finanzierungsfonds geltend. Insbesondere bemängeln sie, dass aus heutiger Sicht immer noch viele Fragen, welche sich in Bezug auf die fraglichen Mittel ergeben würden, offen seien, weil sie im Verfahren zur Teilliquidation weder durch die Experten noch die Vorinstanz abgeklärt worden seien. Bevor nicht Klarheit über diese Mittel herrsche, dürfe keine Verteilung der freien Mittel erfolgen. Nach Einsicht in die Akten müsse es sich dabei um die in der Teilliquidationsbilanz ausgewiesene Forderung gegen den Finanzierungsfonds von Fr. 55,6 Mio., allenfalls zusätzlich um die weitere Forderung von Fr. 26,1 Mio. handeln. Auch sei unklar, wie der Finanzierungsfonds, in welchen die Gelder des Arbeitgebers geflossen seien, die Mittel intern umverteilt und damit allenfalls verwässert habe.

6.3 Die Beschwerdegegnerin ist demgegenüber der Auffassung, die Geltendmachung von Ansprüchen gegenüber dem Finanzierungsfonds könne nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sein, da dieser am Teilliquidationsverfahren nicht beteiligt sei. Wohl habe die Beschwerdegegnerin vom Finanzierungsfonds als deren Destinatärin zeitweise Beiträge erhalten. Diese habe die empfangenen Zahlungen zweckbestimmt (d.h. nach ihrem eigenen Stiftungszweck) in ihren Büchern geführt. Im Wesentlichen habe es sich um Zahlungen für bereits geleistete oder versprochene Überbrückungsrenten sowie von Arbeitgeberbeitragsreserven gehandelt. Diese habe die Beschwerdeführerin zweckbestimmt auch im Rahmen der vorliegenden Teilliquidation verwendet, mithin zur Finanzierung der reglementarischen Beiträge des Arbeitgebers. Bei den von den Beschwerdeführern bezeichneten Mitteln handle es sich um Leistungen des Arbeitgebers, welche sie bei diesem geltend zu machen hätten. In welcher Art und Weise der Finanzierungsfonds seine eigenen Mittel zu verwenden habe, ergebe sich aus dessen Stiftungszweck und sei auch durch den Stiftungsrat des Finanzierungsfonds, und nicht durch die Beschwerdegegnerin zu entscheiden. Deshalb hätten sich die Beschwerdeführer bezüglich ihrer Forderungen direkt an den Finanzierungsfonds zu halten.

Die Vorinstanz nahm zu den Rügen der Beschwerdeführer dahingehend Stellung, dass sich aufgrund der Akten – insbesondere aus dem Bericht W._____/C._____ – keine Anhaltspunkte dafür finden liessen, dass der Beschwerdegegnerin für einen anderen Zweck bestimmte Mittel in einer Höhe, die ohne Weiteres hätte auffallen müs-

sen, zugeflossen seien. Die Beschwerdeführer würden ihre Forderungen auf Mutmassungen ohne konkrete Hinweise und Belege stützen, weshalb es der Aufsichtsbehörde verwehrt sei, das Teilliquidationsverfahren auszusetzen. Die Beanstandungen der Beschwerdeführer würden deshalb keine Zweifel darüber aufkommen lassen, dass der Status zur Teilliquidation von der Beschwerdegegnerin korrekt ermittelt worden sei und deren Stiftungsrat sein Ermessen bei der Erstellung des Verteilungsplans sachgerecht ausgeübt habe.

6.4 Insgesamt erweisen sich die Aussagen der Parteien zur Aufklärung des Sachverhaltes widersprüchlich und lückenhaft. Auch die genannten Experten und die Vorinstanz als Aufsichtsbehörde haben noch offene Fragen nicht abgeklärt. Insbesondere lässt sich aus den Darstellungen der Parteien nicht eindeutig bestimmen, ob überhaupt und gegebenenfalls in welcher Höhe Mittel in die APK geflossen sind, welche für eine bestimmte Destinatärgruppe bestimmt waren und daher nicht in die zur Verteilung bestimmten freien Mittel hätten gegeben werden dürfen. Schliesslich ist auch nicht klar, zu welchem Zweck der Finanzierungsfonds Leistungen an die APK erbracht hat. Die Beschwerdegegnerin und die Vorinstanz haben den Finanzierungsfonds zu Unrecht nicht in das Verfahren zur Teilliquidation einbezogen. Denn dieser erbrachte, wie in den nachfolgenden Erwägungen dargelegt wird, Beiträge des Arbeitgebers an die Beschwerdegegnerin, weshalb er bei der Verwendung dieser Mittel durch die Beschwerdegegnerin hätte beigezogen werden und sein Einverständnis geben müssen. Der Arbeitgeber kann nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung über die von ihm entrichteten Beiträge für Arbeitgeberbeitragsreserven auch im Rahmen der Liquidation der Vorsorgeeinrichtung bestimmen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.395/2001 vom 19. Dezember 2001 E. 2b).

Für die nachfolgende Sachverhaltsermittlung gilt es daher, auf objektive Sachverhaltsumstände abzustellen, wie sie sich aus den Akten ergeben, welche die Vorinstanz und die Parteien dem Bundesverwaltungsgericht zur Verfügung gestellt haben (vgl. auch Sachverhalt Bst. N).

7.

7.1 Bei der Berechnung der freien Mittel ist auf eine kaufmännische und technische Bilanz mit Erläuterungen abzustellen (Art. 27g Abs. 1bis BVV 2 bzw. altrechtlich Art. 23 Abs. 2 FZG). Ausgangspunkt bildet des-

halb im vorliegenden Fall die Liquidationsbilanz der APK per 31. Dezember 2003 (vgl. act. 43/4 S. 25). Wie darin ersichtlich, figurieren unter den transitorischen Aktiven zwei Posten, nämlich ein als "Zuwendung an den Arbeitgeberfonds" bezeichnetes Guthaben in der Höhe von Fr. 51,6 Mio. sowie ein weiteres als "Diverses" bezeichnetes Guthaben von Fr. 26,17 Mio. Gemäss den Erläuterungen zur Teilliquidationsbilanz (act. 43/1 S. 5) sowie zur Jahresrechnung 2003 handelt es sich bei diesen Posten im Gesamtbetrag von Fr. 77,7 Mio. um Ausschüttungen des Finanzierungsfonds aus dem Arbeitgeberfonds der SAirGroup an die APK, welche im Umfang von Fr. 51,6 Mio. fest zugesprochen und im restlichen Umfang von Fr. 26,1 Mio. als Nachzahlung zu erwarten waren (vgl. act. 43/10 S. 8, 25 und act. 43/4 S. 16 Ziff. 3.3.2.3).

7.2 Laut Stiftungsurkunde und den Jahresrechnungen 2002 – 2004 erbrachte der Finanzierungsfonds aus seinen verschiedenen internen Spezialfonds Leistungen an die Beschwerdegegnerin, welche im Wesentlichen für die Arbeitgeberbeiträge, Optionsverträge, Arbeitgeber-Beitragszahlungen im Rahmen des Nachlassvertrages an die Vorsorgeeinrichtungen der ehemaligen Swissair-Angestellten, sowie für die Ausrichtung von Überbrückungsrenten bestimmt waren (vgl. act. 43/7, Stiftungsurkunde Art. 3 sowie act. 43/10, Geschäftsberichte und Jahresrechnungen 2002 – 2004). Zudem hatte der Finanzierungsfonds laut Beschluss des Stiftungsrates vom 21. April 2005 vorgesehen, per 30. Juni 2005 die seinerzeit in Aussicht gestellten Leistungen an die APK auszurichten. Dabei geht es um folgende Beträge: Fr. 51,6 Mio aus der Arbeitgeber-Beitragsreserve der SAirGroup und Fr. 23,7209 Mio. aus der Arbeitgeber-Beitragsreserve der Swissair (vgl. Protokoll der Stiftungsratssitzung Nr. 46 vom 21. April 2005, act. 55/5 S. 3).

7.3 Daraus folgt, dass es sich bei den vorliegend bestrittenen Beiträgen in Höhe von insgesamt Fr. 77,7 Mio. um Arbeitgeber-Beitragsreserven handelt, welche die Beschwerdeführerin zweckgebunden zu verwenden hatte. Zu diesem Ergebnis gelangt man auch nach Einsichtnahme in die verschiedenen Urteile des Bundesgerichts, welche Leistungsklagen im Zusammenhang mit Überbrückungsrenten von Destinatären der Beschwerdegegnerin zum Gegenstand hatten. In diesen Urteilen hat sich das Bundesgericht auch mit der Rechtsnatur der Arbeitgeberbeitragsreserven in der APK auseinandergesetzt. Dabei hat es im Einzelnen festgestellt, dass es sich bei diesen Mitteln um Leistungen des Arbeitgebers aufgrund gesamtarbeitsvertraglicher Verein-

barungen im Rahmen von Sozialplänen handelt, mit welchen sich der Arbeitgeber zur Zahlung von Ruhestandsleistungen an bestimmte Personalkategorien aus seinem privaten oder Geschäftsvermögen verpflichtet. Die APK übernehme dabei, ohne eigene Leistungspflichten einzugehen, nur die Rolle der Auszahlung dieser Überbrückungsrenten, nach Massgabe der jeweiligen Vereinbarungen zwischen dem Arbeitgeber und dem Personal, in Ergänzung zu den ausgerichteten Altersleistungen an die Berechtigten im Umfang der vom Arbeitgeber erhaltenen Zahlungen (Urteile des Bundesgerichts B 4/07 vom 25. April 2008 E.3; B 138/06 vom 17. April 2007 E. 3). Insbesondere hält das Bundesgericht fest: "...Autrement dit, le financement de la rente (transitoire) est entièrement assuré par l'employeur et ce de manière courante; il s'agit bien d'une prestation CGP, le versement de celle-ci est lié à la condition suspensive que l'employeur crédite ou ait crédité l'institution de prévoyance de son montant. En définitive, l'institution de prévoyance ne fait que reverser les prestations allouées par l'employeur." (vgl. Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [heute Bundesgericht] B 97/03 vom 18. März 2005 E. 3.3.2).

7.4 Inwieweit vorliegend die Beschwerdegegnerin aus den erhaltenen Ausschüttungen des Finanzierungsfonds in diesem Sinne Überbrückungsrenten an die Beschwerdeführer als Berechtigte aufgrund der arbeitsvertraglichen Vereinbarungen gemäss der „Option 96 und Option 2000“ auszurichten hatte – wie dies die Beschwerdeführer geltend machen – lässt sich nach der gegebenen Aktenlage nicht eruieren. Die Beschwerdegegnerin sichert – allerdings ohne dies zu belegen – zu, die erhaltenen Mittel für die Zahlung von bereits geleisteten oder versprochenen Überbrückungsrenten sowie für die Arbeitgeberbeitragsreserven verwendet zu haben (vgl. Vernehmlassung vom 26. August 2008 S. 2, act. 47). Diese Aussage ist nicht nachvollziehbar. Wie aus der Teilliquidationsbilanz nämlich hervorgeht, wurde von den der APK zugeflossenen Mittel von insgesamt Fr. 77'771'626.- nur ein Anteil von Fr. 51'600'000.- unter der Bezeichnung "Arbeitgeberfonds" in die Verteilung gegeben, während die restlichen Mittel von Fr. 26'171'626.- weiterhin im Stiftungsvermögen verblieben. Die Experten W._____ und C._____ erklären in ihrer Begutachtung diese Transaktion dahingehend, dass laut Beschluss des Stiftungsrates vom 29. April 2004 letzterer Betrag dem Rentnerbestand zukommen solle, während der erstere Betrag an den Abgangsbestand gehe, was eine "pragmatische Lösung" darstelle um die Teilliquidation nicht unnötig zu verzögern

(Bericht W._____/C._____, a.a.O. S. 16 Ziff. 3.3.2.3; ebenso Geschäftsbericht und Jahresrechnung 2003 der APK, act. 43/10 S. 26).

7.5 Es ist daher zu prüfen, inwieweit ausgeschiedene Arbeitgeberbeitragsreserven im Rahmen der Teilliquidation der APK zu verwenden sind und insbesondere, ob sie vollständig oder – wie hier – nur teilweise in die freien Mittel zur Verteilung an alle Destinatäre gegeben werden dürfen.

7.5.1 Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung sind ausgewiesene Arbeitgeberbeitragsreserven im Rahmen der Liquidation der Vorsorgeeinrichtung unter den Destinatären nach objektiven Kriterien zu verteilen. Eine solche Verteilung findet jedoch grundsätzlich nicht statt im Fall einer Teilliquidation der Vorsorgeeinrichtung, da der Arbeitgeber sich weiterhin die Möglichkeit vorbehalten darf, seine Beiträge mittels der Arbeitgeberbeitragsreserven zu finanzieren. In diesem Fall können gesondert ausgewiesene Arbeitgeberbeitragsreserven nicht den freien Stiftungsmitteln zugewiesen werden, welche zur Verteilung gelangen. Vielmehr bleiben sie dem zweckgebundenen Stiftungsvermögen verhaftet und können erst bei einer Gesamtliquidation unter den Destinatären verteilt werden, sobald feststeht, dass der Stiftungszweck nicht mehr erfüllt werden kann (vgl. zum Ganzen BGE 130 V 518 E. 5 mit weiteren Hinweisen auf Rechtsprechung und Lehre, ebenso Entscheid der Eidgenössischen Beschwerdekommission der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 4. Juni 1997 E. 7 in SVR 9/1998 BVG Nr. 16, sowie Mitteilungen des Bundesamtes für Sozialversicherung über die berufliche Vorsorge Nr. 3 vom 22. April 1987 Rz. 24).

7.5.2 Im vorliegenden Fall handelt es sich jedoch nicht um eine Gesamtliquidation der Beschwerdegegnerin. Deshalb steht auch nicht fest, ob und inwieweit die Arbeitgeberbeitragsreserven, welche auch weiterhin durch Leistungen des Finanzierungsfonds gespiesen werden, noch ihrem Zweck gemäss verwendet werden können. Zu dieser Frage hat sich auch letzterer nicht äussern können (vgl. E. 6.4). Dieser Umstand spricht gegen eine Verteilung an den Abgangsbestand im Rahmen der vorliegenden Teilliquidation.

7.6 Die rechtskonforme Mittelverwendung im Rahmen der Teilliquidation ist eine Rechtsfrage, welche von der Vorinstanz im Rahmen ihrer Aufsichtstätigkeit zu prüfen ist. Dies hat sie vorliegend unterlassen. Zu Unrecht hat sie bei ihrer Prüfung des Verteilungsplanes auf den ge-

schützten Ermessensbereich der Beschwerdegegnerin und den Bericht der Experten W._____/C._____ verwiesen, ohne diesen kritisch zu hinterfragen.

8.

8.1 Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerdegegnerin die im Status zur Teilliquidation ausgewiesene Arbeitgeberbeitragsreserve ohne nähere und eingehende Prüfung und daher zu Unrecht im Umfang von Fr. 51,6 Mio. zur Verteilung an den Abgangsbestand sowie im Umfang von Fr. 26,171626 Mio. für den allgemeinen Rentnerbestand eingesetzt hat. Die Rügen der Beschwerdeführer sind daher insoweit berechtigt und ihre Beschwerde ist teilweise gutzuheissen.

8.2 Die Beschwerdegegnerin hat aufgrund der Bilanz per 31. Dezember 2003 unter Beizug ihrer Pensionsversicherungsexpertin sowie allenfalls weiterer Experten eingehend zu prüfen, wie die erhaltenen Ausschüttungen des Finanzierungsfonds nach dessen Zweck für die Finanzierung der Überbrückungsrenten nach den arbeitsvertraglichen Abmachungen (Sozialpläne) für die berechtigten Destinatäre zu verwenden sind. Deren genauer Umfang ist zu bestimmen und im Status zur Teilliquidation zum Fortbestand sicherzustellen. Der Finanzierungsfonds ist dabei mit einzubeziehen und dessen Einverständnis einzuholen. Die freien Mittel sind daraufhin neu zu ermitteln. Werden solche ausgewiesen, ist der Verteilungsplan neu zu erstellen und der Aufsichtsbehörde (Vorinstanz) zur Prüfung vorzulegen.

8.3 Die angefochtene Verfügung der Vorinstanz ist deshalb aufzuheben und ihr die Sache zu neuer Prüfung und neuem Entscheid zurückzuweisen. Die Vorinstanz hat die Beschwerdegegnerin anzuweisen, dass sie in diesem Sinne vorgehe, und hat sodann über die Teilliquidation neu zu entscheiden.

9.

9.1 Dieser Verfahrensausgang entspricht einem teilweise Obsiegen der Beschwerdeführer. Gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG werden die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt. Abs. 2 Satz 1 dieser Bestimmung sieht allerdings vor, dass Vorinstanzen und beschwerdeführenden unterliegenden Bundesbehörden keine Verfahrenskosten auferlegt werden. Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens sind die Verfahrenskosten, welche gestützt auf das Reglement vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) zu bestimmen sind

und vorliegend auf Fr. 3'000.- festgelegt werden, den Beschwerdeführern und der Beschwerdegegnerin nach Massgabe ihres Unterliegens aufzuerlegen: Zulasten der Beschwerdeführer gehen Verfahrenskosten von Fr. 1'000.-. Diese werden mit dem von ihnen geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 3'000.- verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 2'000.- ist ihnen zurückzuerstatten. Zulasten der Beschwerdegegnerin gehen Verfahrenskosten von Fr. 2'000.-.

9.2 Gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG kann die Beschwerdeinstanz der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen. Den im Hauptpunkt obsiegenden Beschwerdeführern wird zulasten der Beschwerdegegnerin nach Ermessen eine im Rahmen ihres Obsiegens auf Fr. 3'000.- (einschliesslich Mehrwertsteuer) festgesetzte Parteientschädigung zugesprochen.

9.3 Die teilweise obsiegende Beschwerdegegnerin führt die obligatorische Versicherung durch. Gemäss der Rechtsprechung, wonach Träger oder Versicherer der beruflichen Vorsorge gemäss BVG grundsätzlich keinen Anspruch auf Parteientschädigung haben (BGE 126 V 149 E. 4), ist ihr keine Parteientschädigung zuzusprechen.

9.4 Der teilweise obsiegenden Vorinstanz steht als Behörde gemäss Art. 7 Abs. 3 VGKE keine Parteientschädigung zu.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen. Die angefochtene Verfügung der Vorinstanz vom 12. Oktober 2005 wird aufgehoben.

2.
Die Sache geht zurück an die Vorinstanz. Diese hat die Beschwerdegegnerin anzuweisen, im Sinne der Erwägung 8.2 zu verfahren und anschliessend über die Genehmigung des Verteilungsplanes neu zu verfügen.

3.
Den Beschwerdeführern werden ermässigte Verfahrenskosten von

Fr. 1'000.- auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 3'000.- verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 2'000.- wird ihnen zurückerstattet.

4.
Der Beschwerdegegnerin werden ermässigte Verfahrenskosten von Fr. 2'000.- auferlegt. Diese sind innert 30 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen. Die Zustellung des Einzahlungsscheins erfolgt mit separater Post.

5.
Die Beschwerdegegnerin hat den Beschwerdeführern eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.- (einschliesslich Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

6.
Weitere Parteientschädigungen werden nicht zugesprochen.

7.
Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Beschwerdegegnerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Gerichtsurkunde)
- das Bundesamt für Sozialversicherungen

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:	Der Gerichtsschreiber:
Beat Weber	Daniel Stufetti

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: