Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal

Abteilung III
C-2393/2006/
{T 0/2}

Urteil vom 2. Juli 2009

Besetzung

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

Parteien

D._____,
vertreten durch Fürsprecher Peter Krebs, Täfernhof, Mellingerstrasse 207, 5405 Baden-Dättwil,
Beschwerdeführerin,

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 Angehörige 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. 20/9). 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 2/4) 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 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 Stiftungrat 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 Neu-

beurteilung 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 2005 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 erhob D._____ (Beschwerdeführerin) am 7. Dezember 2005 Beschwerde bei der Eidgenössischen Beschwerdekommission der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (act. B3, nachfolgend Eidgenössische Beschwerdekommission BVG). Darin beantragte sie, es sei die Verfügung hinsichtlich Dispositivziffer III in Rückweisung an die Vorinstanz aufzuheben und dahingehend zu ändern, dass der Verteilungsplan vom 23. September 2004 nicht genehmigt werde und im Sinne der Erwägungen neu zu erstellen sei. Des Weiteren sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Dabei machte sie im Wesentlichen geltend, es sei unhaltbar und führe zu Ungleichbehandlungen, wenn die Anteile an freien Mitteln für die einen Destinatäre individuell und für die anderen – zu denen auch die Beschwerdeführerin gehöre – kollektiv zugewiesen würden. So bestünde bei einer kollektiven Zuweisung, im Gegensatz zu einer individuellen Zuweisung, keine Garantie, dass diese Mittel für die eigene Vorsorge in der neuen Vorsorgeeinrichtung verwendet würden. Da die Verwendung im Ermessen der neuen Vorsorgeeinrichtung liege, bestehe die Gefahr, dass sie die zugegangenen Mittel zu eigenen Zwecken verwende. Dass, wie die Vorinstanz ausführe, die Übertragung der Mittel von der APK zur neuen Vorsorgeeinrichtung durch eine besondere Vereinbarung geregelt sei, sei der Beschwerdeführerin nicht bekannt, weshalb unklar sei, inwiefern sie durch die kollektive Überweisung ihres Anteils an den freien Mitteln gegenüber den anderen, ehemals bei der APK Versicherten benachteiligt werde. Deshalb müsse zur Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes unter den Destinatären der Verteilungsplan dahingehend abgeändert werden, dass die freien Mittel, welche der Beschwerdeführerin zustehen, ihr individuell ausbezahlt würden.

D.
In ihren Vernehmlassungen beantragten die Vorinstanz am 22. März 2006 (act. B 14) und die Beschwerdegegnerin am 27. März 2006 (act. B 12) die Abweisung der Beschwerde im Wesentlichen mit der Begründung, der Stiftungsrat habe sein Ermessen pflichtgemäss und unter Beachtung sachgemässer Kriterien ausgeübt. Die gleichzeitige Verwendung der beiden Formen für die Zuweisung der freien Mittel bedeute noch keine Ungleichbehandlung der Destinatäre, zumal dies gesetzlich vorgesehen sei. Vielmehr bleibe es der Vorsorgeeinrichtung überlassen, ob sie die Ansprüche an freien Mitteln individuell oder kollektiv abgelten wolle. Bei Destinatären welche, wie im Fall der Beschwerdeführerin, als geschlossene Gruppe zu einem neuen Arbeitgeber übertraten, habe sich die kollektive Übertragung der freien Mittel als sachgerechte Lösung erwiesen. Dabei habe die neue Vorsorgeeinrichtung schriftlich zusichern müssen, dass sie diese Mittel ausschliesslich zugunsten des übergetretenen Versichertenbestandes verwende. Wie dies konkret zu erfolgen habe, sei der betreffenden Vorsorgeeinrichtung überlassen. Somit sei sichergestellt, dass auch diese Destinatärgruppe von der Zuweisung profitiere. Von einer Ungleichbehandlung der Destinatäre könne daher keine Rede sein. Zudem beantragte die Vorinstanz, der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen, was auch von der Beschwerdegegnerin unterstützt wurde.

E.
Mit Zwischenverfügung vom 19. April 2006 erteilte die Eidgenössische Beschwerdekommission BVG der Beschwerde die aufschiebende Wirkung.

F.
Die Beschwerdeführerin hielt in ihrer Replik vom 19. Mai 2006 (act. B 19) an ihren Anträgen und deren Begründung gemäss Beschwerde sinngemäss fest und machte darüber hinaus insbesondere geltend, es könne nicht den neuen Vorsorgeeinrichtungen überlassen werden, ob diese die kollektiv überwiesenen freien Mittel zur Bildung von Reserven oder anderswie verwendeten, und die APK hätte zur Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vorgängig den Bedarf an Reserven der neuen Vorsorgeeinrichtungen abklären sollen.

G.
Auch die Beschwerdegegnerin und die Vorinstanz hielten in ihrer jeweiligen Duplik vom 31. August 2006 (Beschwerdegegnerin, act. B 27)

respektive vom 12. September 2006 (Vorinstanz, act. B 29) an den gestellten Anträgen und deren Begründung fest.

H.
Mit Eingabe vom 11. Mai 2006 ersuchte die Beschwerdegegnerin die Eidgenössische Beschwerdekommission BVG, das Verfahren zu sistieren (act. B 17) bis zur rechtskräftigen Erledigung eines beim Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich hängigen Verfahrens, dessen Ausgang Einfluss auf die vorliegende Teilliquidation habe.

I.
Den mit Zwischenverfügung der Eidgenössischen Beschwerdekommission BVG vom 12. Juni 2006 (act. B 20) einverlangten Kostenvorschuss von Fr. 1'800.- zahlte die Beschwerdeführerin am 21. Juni 2006 ein (act. B 22).

J.
Am 21. September 2006 schloss der Präsident der Eidgenössischen Beschwerdekommission BVG den Schriftenwechsel (act. 24 bzw. B 30).

K.
Am 1. Januar 2007 hat das Bundesverwaltungsgericht das bei der Eidgenössischen Beschwerdekommission BVG anhängig gemachte Verfahren übernommen. Es wird zusammen mit den Beschwerdeverfahren C-2385/2006, C-2386/2006, C-2389/2006 und C-2392/2006 behandelt, da sie alle die Verfügung der Vorinstanz vom 12. Oktober 2005 zum Anfechtungsgegenstand haben und ein Sachzusammenhang somit gegeben ist.

L.
Mit Zwischenverfügung vom 9. Februar 2007 (act. 5) sistierte das Bundesverwaltungsgericht in Gutheissung des Gesuchs der Beschwerdegegnerin (vgl. Bst. H) das Verfahren. In der Folge wurde das Verfahren mit Verfügung vom 4. September 2007 (act. 11) wieder aufgenommen.

M.
Mit Verfügung vom 19. Juni 2008 (act. 18) ersuchte das Bundesverwaltungsgericht die Vorinstanz, bis zum 14. Juli 2008 verschiedene fehlende Unterlagen zum vorinstanzlichen Dossier einzureichen.

N.
Mit Eingabe vom 9. Juli 2008 (act. 20) hat die Vorinstanz die verlangten weiteren Unterlagen zur Ergänzung des vorinstanzlichen Dossiers eingereicht.

O.
Mit Verfügung vom 11. August 2008 (act. 21) hat das Bundesverwaltungsgericht die Eingabe der Vorinstanz vom 9. Juli 2008 mitsamt allen Beilagen den Parteien zur Kenntnis gebracht und ihnen Gelegenheit gegeben, bis zum 29. August 2008 allfällige Schlussbemerkungen einzureichen.

P.
Die Beschwerdegegnerin äusserte sich in ihrer Stellungnahme vom 26. August 2008 (act. 24). An ihren Anträgen und deren Begründung gemäss ihrer Vernehmlassung vom 27. März 2006 hielt sie dabei fest.

Q.
Die Beschwerdeführerin liess sich nicht mehr vernehmen.

R.
Auf die weiteren 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 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.

2.3 Im vorliegenden Fall rügt die Beschwerdeführerin den von der Vorinstanz genehmigten Verteilungsplan der Beschwerdegegnerin. Der Verteilungsplan bezieht sich auf Destinatäre der Stiftung, welche wie die Beschwerdeführerin in der Zeit ab dem 1. Oktober 2001 aus dem Betrieb austraten. Die Beschwerdeführerin gehört nach den Darlegungen der Beschwerdegegnerin (vgl. Vernehmlassung vom 27. März 2006, act. B 12 S. 2), sowie der Vorinstanz (vgl. angefochtene Verfügung Sachverhalt Bst. C und D, act. B 3) zum Kreis dieser Destinatäre. Nach den weiteren Ausführungen der Vorinstanz (vgl. deren angefochtene Verfügung, Sachverhalt Bst. E und F) sei im Rahmen des vorinstanzlichen Genehmigungsverfahrens ein Informations- und Einspracheverfahren durchgeführt worden. Dabei seien über 120 schriftliche Einsprachen bei der Beschwerdegegnerin eingegangen, welche unter Mitwirkung der Vorinstanz behandelt worden seien. Es ist daher davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen hat, was im Übrigen auch nicht bestritten wird. Die Beschwerdeführerin ist durch den angefochtenen Genehmigungsentscheid der Aufsichtsbehörde im Sinne von Art. 48 VwVG besonders berührt und somit zur Beschwerde legitimiert.

2.4 Die Beschwerdeführerin hat frist- und formgerecht Beschwerde erhoben (Art. 50 und 52 VwVG). Nachdem auch der verfügte Kostenvor-

schuss 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 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 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).

4.2 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). .

4.3 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. Unbestritten ist auch der vom Stiftungsrat der Beschwerdegegnerin festgelegte Stichtag der Teilliquidation per 31. Dezember 2003.

4.4 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 Verteilungsplan 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 (im Einzelnen vgl. hinten E. 5.2). 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).

4.5 Die Beschwerdeführerin beanstandet die kollektive Zuteilung der freien Mittel, wovon sie betroffen ist. Es bestehe nämlich keine Garantie, dass der ihr zukommende Anteil an freien Mitteln in der neuen Vorsorgeeinrichtung auch tatsächlich für ihre eigene Vorsorge verwendet werde. In ihrem Fall verwende die Swiss Vorsorgestiftung für das Kabinenpersonal die zugeflossenen Mittel nach eigenem Ermessen zum

Einkauf oder zur Bildung von Reserven, was dazu führe, dass einige Versicherte begünstigt, andere aber benachteiligt würden. Diesen Nachteil hätten Destinatäre, denen die freien Mittel individuell zugewiesen werden, nicht hinzunehmen. Denn bei diesen werde der ihnen zustehende Anteil an freien Mitteln unmittelbar zur Erhöhung ihres Sparguthabens und damit stets zugunsten der eigenen Vorsorge verwendet. Dieser Nachteil lasse sich auch nicht durch eine Vereinbarung zwischen beiden Vorsorgeeinrichtungen beheben, da die APK der neuen Vorsorgeeinrichtung nicht vorschreiben könne, wie sie die Mittel zu verwenden habe und letztere immer noch über einen grossen Spielraum für die Verwendung der erhaltenen Mittel verfüge. Daher könne es nicht der neuen Kasse überlassen werden, wie sie die freien Mittel verwende, vielmehr sei es Sache der APK, im Interesse der Versicherten zu handeln. Vielmehr hätte sie zur Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vorgängig den kollektiv abzudeckenden Reservebedarf bei der neuen Kasse abklären und dieser den erforderlichen Teil der Mittel kollektiv überweisen sollen. Jedenfalls dürfe am Ende keine Ungleichbehandlung zu Lasten derjenigen Versicherten erfolgen, welche kollektiv zu einer anderen Pensionskasse wechselten.

5.

5.1 Gemäss dem unverändert gebliebenen Art. 23 Abs. 1 Satz 1 FZG besteht bei einer Teil- oder Gesamtliquidation der Vorsorgeeinrichtung neben dem Anspruch auf eine Austrittsleistung ein individueller oder ein kollektiver Anspruch auf freie Mittel. Gemäss neuem Recht hat der Bundesrat im Rahmen der von ihm zu bezeichnenden Grundsätze (Art. 53*d* Abs. 1 BVG) in Art. 27*g* Abs. 1 BVV 2, ausgehend von Art. 23 Abs. 1 Satz 1 FZG sowie der bisherigen Praxis (vgl. nachfolgend E. 5.2; Erläuterungen zu Art. 27*g* BVV 2 in Mitteilungen des Bundesamtes für Sozialversicherung über die berufliche Vorsorge 2004 Nr. 75 Rz 444), statuiert, dass bei einer Teil- oder Gesamtliquidation bei einem individuellen Austritt ein individueller Anspruch, bei einem kollektiven Austritt ein individueller oder kollektiver Anspruch auf einen Anteil der freien Mittel besteht.

5.2 Nach ständiger Praxis, welche auch mit der neuen Regelung übernommen wurde (Hans Michael Riemer, Vorsorgeeinrichtungen, in SZS 49/2005, S. 67; Hans-Ulrich Stauffer, Berufliche Vorsorge, Zürich 2005, S. 432, Rz. 1155) steht der Entscheid, ob Ansprüche individuell oder kollektiv abgegolten werden, im freien Ermessen des Stiftungsrates der abgebenden Vorsorgeeinrichtung (vgl. Isabelle Vetter-Schreiber,

Berufliche Vorsorge, Kommentar, Zürich 2005, S. 191). Der Stiftungsrat hat hierbei die Grundsätze der Gleichbehandlung und von Treu und Glauben zu beachten (vgl. dazu RUGGLI/STOHLER, Umstrukturierung in der Wirtschaft und ihre Auswirkungen auf die berufliche Vorsorge, BJM 2000 S. 124ff.; JACQUES-ANDRÉ SCHNEIDER, Fonds libres et liquidations de caisses de pension, SZS 2001 S. 471 ff.; CARL HELBLING, Zum Verfahren der Teil- und Gesamtliquidation von Personalvorsorgeeinrichtungen, in: HANS SCHMID [Hrsg.], Teilliquidationen von Vorsorgeeinrichtungen, Bern 2000, S. 81). In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gibt es bezüglich der Frage, ob der Anteil des Abgangsbestands an freien Mitteln individuell oder kollektiv auszurichten sei, keine gefestigte Praxis, und sie ist auch weder vom Freizügigkeitsgesetz noch von den heute geltenden Art. 53a ff. BVG geregelt. Damit bleibt es grundsätzlich der abgebenden Vorsorgeeinrichtung überlassen, ob die freien Mittel individualisiert oder kollektiv übertragen werden, wobei ihr Entscheid sachgerecht zu sein und das Gleichbehandlungsgebot zu beachten hat (BGE 131 II 533 E. 7.1).

5.3 Im vorliegenden Fall hat die Beschwerdegegnerin beschlossen, die individuellen Anteile an den freien Mitteln beim kollektiven Übertritt in eine andere Vorsorgeeinrichtung kollektiv und bei einem individuellen Übertritt individuell zu übertragen (vgl. Bericht der Pensionsversicherungsexpertin Pendia Associates über die Teilliquidation per 31. Dezember 2003, S. 7 f. [act. 20/1]). Diesen Entscheid begründet sie dahingehend, dass als Folge des Zusammenbruchs der SAirGroup anfangs Oktober 2001 bis zum 31. Dezember 2003 praktisch alle Versicherten aus der APK ausgeschieden seien. Dabei seien verschiedene kleinere und grössere Gruppen von ausscheidenden Destinatären geschlossen in eine neue Vorsorgeeinrichtung übergetreten, dies nachdem sie auch als geschlossene Gruppe zu einem neuen Arbeitgeber gewechselt hätten. Daher sei für diese Gruppe von Versicherten eine kollektive Übertragung der freien Mittel eine sachgerechte Lösung. Dabei habe man auch auf die Lage der neuen Vorsorgeeinrichtung Rücksicht nehmen müssen: Während bei neu gegründeten Vorsorgeeinrichtungen zu ermöglichen gewesen sei, die erhaltenen Mittel direkt in die (fehlenden oder noch unzureichenden) Reserven einzubauen, um so entsprechende Leistungsverbesserungen zu gewähren, sei es bei bestehenden Vorsorgeeinrichtungen darum gegangen, den Destinatären zu ermöglichen, sich in bestehende Reserven einzukaufen, um auf diese Weise in den Genuss von Leistungsverbesserungen zu gelangen. Damit diese kollektiv übertragenen freien Mittel in der neuen Vor-

sorgeeinrichtung denn auch zugunsten des übergetretenen Kollektivs verwendet würden, habe der Stiftungsrat der Beschwerdegegnerin des Weiteren beschlossen, diese kollektive Übertragung der freien Mittel von der Unterzeichnung einer Vereinbarung abhängig zu machen. Nur wenn sich die neue Vorsorgeeinrichtung verpflichte, die kollektiv überwiesenen Mittel zugunsten des übertretenden Versichertenbestandes zu verwenden, erfolge eine kollektive Überweisung, ansonsten die Mittel individuell verteilt würden. Auch die von der Beschwerdegegnerin und der Vorinstanz gemeinsam zugezogenen Experten W._____ und C._____ halten eine kollektive Übertragung der freien Mittel unter diesen Bedingungen grundsätzlich für gerechtfertigt, wenn eine geschlossene Gruppe von Destinatären zum neuen Arbeitgeber übergetreten ist. Allerdings empfehlen sie der Beschwerdegegnerin, noch zu prüfen, ob die kollektiv übertragenen freien Mittel bei der neuen Vorsorgeeinrichtung tatsächlich für die Bildung von Reserven oder zum Einkauf in die freien Mittel verwendet werden können. Wenn nicht, werde die individuelle Zuteilung der Mittel empfohlen (vgl. Bericht vom 3. Juni 2005 zum Begutachtungsauftrag Teilliquidation APK, S. 8 und 18 Ziff. 4 Empfehlung 4).

5.4 Bei der kollektiven Übertragung der Mittel ist wesentlich, dass diese in der neuen Vorsorgeeinrichtung den übertretenden Destinatären als Kollektiv zugute kommen und nicht andere Destinatäre der aufnehmenden Vorsorgeeinrichtung zu ihren Ungunsten besser gestellt werden. Dies kann durch Übernahmeverträge geregelt werden (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.735/2005 vom 19. Juni 2006 E. 3.4 mit Hinweisen). Im vorliegenden Fall hat dies die Beschwerdegegnerin mit der genannten Vereinbarung sichergestellt, worauf nachfolgend in E. 6 im Einzelnen eingegangen wird. Unbegründet ist deshalb der Einwand der Beschwerdeführerin, sie würde von der Zuteilung der freien Mittel insofern nicht profitieren, als sie nicht zur Verbesserung der eigenen Vorsorge verwendet würden. Daran ändert auch nichts, dass die Verwendung der Mittel und damit die Umsetzung der Vereinbarung im Verantwortungsbereich der neuen Vorsorgeeinrichtung liegt und von der Aufsichtsbehörde am Sitz der übernehmenden Vorsorgeeinrichtung überwacht wird (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.735/2005 vom 19. Juni 2006 a.a.O.). Unter diesen Umständen ist der getroffene Entscheid sachgerecht und daher nicht zu beanstanden. Deshalb kann auch nicht von einer Ungleichbehandlung gegenüber den Destinatären gesprochen werden, welche individuell in eine neue Vorsorgeeinrichtung übertreten, besteht doch in diesen – vorliegend in der Minderheit

sich befindlichen – Fällen, in denen kein gruppenweiser Übertritt erfolgt, ohnehin ein individueller Anspruch auf einen Anteil der freien Mittel (nunmehr ausdrücklich geregelt in Art. 27g Abs. 1 BVV 2). Fehl geht schliesslich auch der Einwand, die Zuweisung der Anteile an freien Mitteln könne nicht gegen den Willen der Beschwerdeführerin vorgenommen werden, hängt doch weder nach altem noch nach neuem Recht die Art der Zuteilung der freien Mitteln von der individuellen Zustimmung des betroffenen Destinatärs ab.

6.

6.1 Die Beschwerdegegnerin hat die kollektive Übertragung der freien Mittel an eine neue Vorsorgeeinrichtung, wie erwähnt, an eine Auflage geknüpft. Dies ist im Gesetz zwar nicht vorgesehen, aber auch nicht verboten.

6.2 Gemäss der Vereinbarung über die kollektive Übertragung der freien Mittel per 31. Dezember 2003 zwischen der APK und der übernehmenden Vorsorgeeinrichtung (act. 20/6), in casu die Swiss Vorsorgestiftung für das Kabinenpersonal, verpflichtet sich letztere, die individuellen Freizügigkeitsleistungen für den von der Beschwerdegegnerin übergetretenen Versichertenbestand zu verwenden und dadurch die wohlerworbenen Rechte dieser Versichertengruppe zu wahren (Ziff. 4). Des Weiteren verpflichtet sich die übernehmende Stiftung, den individuellen Anteil an den freien Mitteln vollständig an die versicherte Person weiterzuleiten, sofern diese Person die übernehmende Stiftung bis zum 30. Juni 2005 wieder verlassen oder bis zu diesem Zeitpunkt einen vollständigen Kapitalbezug bei der Pensionierung gemacht hat (Ziff. 5). Falls diese Vereinbarung bis zur Rechtskraftbescheinigung der Teilliquidation nicht unterzeichnet wird, werden die freien Mittel individuell verteilt (Ziff. 6). Auf letztere Bedingung hat die Beschwerdegegnerin in ihrem Begleitschreiben vom 28. Oktober 2005 (act. 20/6) nochmals explizit darauf hingewiesen. Den Akten ist indes zu entnehmen, dass diese Vereinbarung einzig von der Beschwerdegegnerin, nicht aber auch von der übernehmenden Stiftung unterzeichnet worden ist (act. 20/6). Eine Begründung dafür ist in den Akten nicht auszumachen. Auch die Vorinstanz äussert sich diesbezüglich nicht. Es finden sich einzig Hinweise darauf, dass eine individuelle Verteilung stattfinde, wenn die Vereinbarung nicht unterzeichnet werde (vgl. act. B 27), und die kollektive Überweisung der freien Mittel nur mit dieser Absicherung der neuen Vorsorgeeinrichtung erfolge (act. B 15). Zwar weist die Beschwerdegegnerin in ihrer Stellungnahme vom 27. März 2006

(act. B 12 S. 4) darauf hin, dass die Swiss Vorsorgestiftung für das Kabinenpersonal die besagte Vereinbarung unterzeichnet habe. Einen Nachweis dafür ist sie indes schuldig geblieben, dies obwohl das Gericht die Vereinbarungen im Rahmen der nachträglich angeordneten Aktenedition bei der Vorinstanz (vgl. Verfügung vom 19. Juni 2008 Ziff. 1.6) explizit einverlangt hat und der Beschwerdegegnerin anschliessend (vgl. Verfügung vom 11. August 2008) Gelegenheit zu Schlussbemerkungen gegeben wurde. Es ist auch nicht ersichtlich, ob die Beschwerdegegnerin die genannte Expertenempfehlung befolgt hat (vgl. vorne E. 5.3). Deshalb steht unter diesen Umständen aufgrund der heutigen Aktenlage auch nicht fest, in welcher Form die Übertragung der freien Mittel verbindlich zu erfolgen habe. Insbesondere ist somit eine individuelle Übertragung im Sinne des Rechtsbegehrens der Beschwerdeführerin nicht ausgeschlossen.

6.3 Die Vorinstanz hat bei der Genehmigung des Verteilungsplanes die besagte Auflage zur Kenntnis genommen und nicht weiter geprüft, ob die Vereinbarung auch rechtswirksam abgeschlossen wurde. Da es sich aber bei der Frage, ob die übernehmende Vorsorgeeinrichtung der Vereinbarung zugestimmt hat, was zwingende Voraussetzung für die kollektive Übertragung der freien Mittel ist (vgl. E. 6.2), nicht um die Überprüfung der Umsetzung der Übernahmevereinbarung in der übernehmenden Vorsorgeeinrichtung handelt, sondern vielmehr um eine Frage des Verteilungsplanes, für welchen die abgebende Vorsorgeeinrichtung verantwortlich ist, war die Vorinstanz, welche für die Einhaltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes hätte besorgt sein müssen, zur besagten Prüfung verpflichtet (zur Prüfungszuständigkeit vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.735/2005 vom 19. Juni 2006, a.a.O.).

6.4 Die Beschwerdegegnerin hat der Swiss Vorsorgeeinrichtung die erwähnte Vereinbarung erst im Zeitpunkt, nachdem die angefochtene Verfügung erlassen wurde, zur Unterschrift zugestellt, was im Begleitschreiben vom 28. Oktober 2005 (act. 48/6) ausdrücklich festgehalten wird. Daher stand beim Erlass der angefochtenen Verfügung nicht zweifelsfrei fest, in welcher Form die freien Mittel schliesslich an die neue Vorsorgeeinrichtung zu übertragen waren. Entsprechende Vorbehalte haben auch, wie erwähnt, die Experten W._____ und C._____ angebracht, deren Bericht in diesem Zeitpunkt der Vorinstanz vorlag. Zudem war diese Frage auch Gegenstand von Einsprachen von Destinatären, über welche die Vorinstanz im Rahmen des durchgeführten Informations- und Einspracheverfahrens mit der ange-

fochtenen Verfügung zu entscheiden hatte (vgl. vorne E. 2.2, Bericht zum Begutachtungsauftrag Teilliquidationen APK, a.a.O. S. 3, sowie angefochtene Verfügung Sachverhalt D – F). Unter diesen Umständen hätte die Vorinstanz ihren Entscheid über die Genehmigung des Verteilungsplans aussetzen sollen, bis Gewissheit über diese offene Frage bestand.

6.5 Da aber im Rahmen des vorliegenden Verfahrens der Sachverhalt im Zeitpunkt des Beschwerdeentscheids massgebend ist, und auch Tatsachen zu berücksichtigen sind, die sich nach dem Entscheid der Vorinstanz zugetragen haben (vgl. ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, S. 225 Rz. 632 mit Hinweisen), ist die genannte Vereinbarung mitsamt der damit verbundenen Auflage zu berücksichtigen. Allerdings ist es in Anbetracht des Aktenstandes nicht Sache des Bundesverwaltungsgerichts festzustellen, in welcher Weise die freien Mittel nun verbindlich zu übertragen sind. Diese Frage obliegt vielmehr der Vorinstanz als Aufsichtsbehörde, welche über die rechtskonforme Durchführung der Teilliquidation zu wachen hat.

6.6 Dies führt dazu, dass die Beschwerde insofern gutzuheissen ist, als die Sache in Aufhebung der angefochtenen Verfügung an die Vorinstanz zurückzuweisen ist. Diese hat zu prüfen, ob die freien Mittel für Destinatäre, welche kollektiv in eine neue Vorsorgeeinrichtung übergetreten sind, nach Massgabe der entsprechenden Vereinbarung zwischen der Beschwerdegegnerin und der betreffenden übernehmenden Vorsorgeeinrichtung – hier die Swiss Vorsorgeeinrichtung für das Kabinenpersonal – kollektiv oder individuell zu übertragen sind. Gegebenenfalls ist der Verteilungsplan anzupassen, wofür sie die Beschwerdegegnerin entsprechend anzuweisen hat.

7.

7.1 Dieser Verfahrensausgang entspricht einem teilweisen Obsiegen der Beschwerdeführerin. 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 und 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. 1'800.- festgelegt werden, je zur Hälfte, d.h. mit je Fr. 900.- der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen. Diese werden der Beschwerdeführerin mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 1'800.- verrechnet; der Restbetrag von Fr. 900.- ist ihr zurückzuerstatten.

7.2 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. Der teilweise obsiegenden Beschwerdeführerin wird zulasten der Beschwerdegegnerin nach Ermessen eine auf Fr. 1'500.- (einschliesslich Mehrwertsteuer) festgesetzte Parteientschädigung zugesprochen.

7.3 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.

7.4 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 im Sinne der Erwägung 6.6 zu verfahren und anschliessend über die Genehmigung des Verteilungsplanes neu zu verfügen.

3.
Der Beschwerdeführerin werden ermässigte Verfahrenskosten von Fr. 900.- auferlegt. Diese werden mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 1'800.- verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 900.- wird ihr zurückerstattet.

4.
Der Beschwerdegegnerin werden Verfahrenskosten von Fr. 900.- 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 der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 1'500.- (einschliesslich Mehrwertsteuer) zu bezahlen. Weitere Parteientschädigungen werden nicht zugesprochen.

6.
Dieses Urteil geht an:

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

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 sofern die Voraussetzungen gemäss den Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) gegeben sind. Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismit-

tel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: