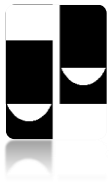
Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale



Abteilung III
C-5713/2010

Urteil vom 24. September 2012

Besetzung

Richter Daniel Stufetti (Vorsitz),
Richter Francesco Parrino,
Richter Beat Weber,
Gerichtsschreiberin Regula Hurter Urech.

Parteien

1. **A.**_____,
2. **B.**_____,
3. **C.**_____,
alle vertreten durch Dr. Kaspar Saner, Rechtsanwalt,
Beschwerdeführende,

gegen

Stiftung D._____ in Liquidation,
Beschwerdegegnerin,

Ostschweizer BVG- und Stiftungsaufsicht,
Poststrasse 28, Postfach 1542, 9001 St. Gallen,
Vorinstanz.

Gegenstand

Stiftungsliquidation, Verteilungsplan
(Verfügung vom 30. Juni 2010).

Sachverhalt:

A.

A.a Die D._____ mit Sitz Z._____ (nachfolgend Stiftung oder Beschwerdegegnerin) ist eine Stiftung im Sinne von Art. 80 ff. des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210). Die Stiftung bezweckt die freiwillige Vorsorge zugunsten der Arbeitnehmer der Stifterfirma sowie deren Angehörigen und Hinterbliebenen in Ergänzung zu den Leistungen der AHV/IV und der obligatorischen beruflichen Vorsorge gegen die wirtschaftlichen Folgen von Alter, Invalidität, Tod sowie in Notlagen wie bei Krankheit, Unfall oder Arbeitslosigkeit. In die reglementarische Vorsorge für die Fälle von Alter, Tod und Invalidität kann auch der Arbeitgeber einbezogen werden. Er darf dabei in keiner Hinsicht besser gestellt werden als die Arbeitnehmer (Art. 2 Abs. 1 und 2 der Stiftungsurkunde vom 25. März 2004, act. 1/6). Die Stiftung kann Beiträge, Leistungen oder Versicherungsprämien auch an andere steuerbefreite Vorsorgeeinrichtungen erbringen, die zugunsten der Destinatäre bestehen (Art. 2 Abs. 5 Stiftungsurkunde). Die Stiftung untersteht der Aufsicht der Ostschweizer BVG- und Stiftungsaufsicht (Vorinstanz), vormals Amt für berufliche Vorsorge und Stiftungen des Kantons St. Gallen.

A.b Per 1. Januar 2002 wurde die Durchführung der reglementarischen Vorsorge an die Sammelstiftung E._____ (später Sammelstiftung F._____, nachfolgend Sammelstiftung) übertragen. Dabei wurden die Altersguthaben der aktiven Versicherten von Fr. 13'343'763.- und das Deckungskapital der pensionierten Versicherten von Fr. 5'702'872.- an die Sammelstiftung überwiesen. In der Stiftung verblieben freie Mittel, Arbeitgeberbeitragsreserven sowie Wertschwankungsreserven im Gesamtbetrag von Fr. 8'625'000.-; zudem wurde das Vermögen von Fr. 2'665'148.- der von der Stifterfirma finanzierten und am 18. März 2003 aufgehobenen Wohlfahrtsstiftung an die Stiftung überführt. Per 1. Januar 2003 fand eine Teilliquidation der Stiftung statt, wobei Fr. 5'007'731.- zu je 50 % auf die aktiven Versicherten mit mehr als drei Dienstjahren und auf die Rentenbezüger (Pensionierte und hinterbliebene Ehegatten) verteilt wurden (act. 1/11 und Vorakten 23). Das übrige Stiftungsvermögen diente ansonsten der Finanzierung der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträge an die Sammelstiftung.

A.c Aufgrund anhaltender Uneinigkeit zwischen den Arbeitnehmervertretern und der Stiftungspräsidentin über die Erfüllung des Stiftungszwecks drohte die Vorinstanz dem Stiftungsrat mehrmals die Absetzung an, da er

seinen Pflichten nur schleppend nachkomme (Vorakten 12 - 15). Am 26. Februar 2008, nach dem Rücktritt der Arbeitnehmervertreter aus dem Stiftungsrat, verfügte (act.1/4 in C-6175/2010) die Vorinstanz die Suspendierung des verbliebenen Stiftungsrats mit sofortiger Wirkung, versetzte die Stiftung - ebenfalls mit sofortiger Wirkung - in Liquidation und ernannte Dr. G._____ zum Liquidator der Stiftung. Ferner wurde einer allfälligen Beschwerde gegen die Verfügung die aufschiebende Wirkung entzogen. Die Verfügung trat unangefochten in Rechtskraft.

Zur Begründung führte die Vorinstanz unter anderem aus, der Stiftungsrat habe wiederholt die Liquidation beschlossen und diese sei sorgfältig und fachmännisch durch den Geschäftsführer vorbereitet worden, was aber von den Arbeitgebervertretern abgelehnt worden sei. Seit 2002 habe die Stiftungspräsidentin jedes Mal bei aus ihrer Sicht ungünstigen Entscheiden einen neuen Anwalt oder einen neuen Geschäftsführer bestellt. Insbesondere die Arbeitgebervertreter seien weder willens noch fähig, die rechtmässige Geschäftsführung der Stiftung zu gewährleisten. Nach dem Rücktritt des Arbeitnehmervertreters könne für die Zukunft kein rechtmässiges Handeln der verbliebenen Stiftungsräte mehr erwartet werden.

A.d Am 26. Mai 2010 legten die Liquidationsorgane das abschliessende Liquidationsverfahren inklusive den Verteilungsplan fest, und am 24. Juni 2010 beantragten sie bei der Vorinstanz dessen Genehmigung (Protokoll vom 26. Mai 2010, act. 3/1). Demgemäss sollte das vorhandene Stiftungsvermögen von Fr. 2'696'400.- zu je 50 % an die aktiven Versicherten und die Rentenberechtigten mit jeweils mehr als drei Dienstjahren nach Massgabe der Dienstjahre verteilt werden, wobei für die aktiven Versicherten Fr. 2'352.80 pro Dienstjahr und für die Pensionierten und Hinterbliebenen Fr. 2'100.- pro Dienstjahr (für letztere davon 70 % analog zur Witwenrente bei der Sammelstiftung) zur Auszahlung kommen sollten. Die Kapitalbezüger sollten im Umfang des bei Austritt bzw. bei der Pensionierung bezogenen Kapitals nicht berücksichtigt werden. Der Stichtag zur Bestimmung des Destinatärkreises wurde auf den 1. Mai 2010 festgesetzt.

B.

Mit Verfügung vom 30. Juni 2010 (act. 1/1) genehmigte die Vorinstanz den Verteilungsplan (Dispositivziffer 1). Sie sah die Grundsätze der Angemessenheit, Rechtmässigkeit, Verhältnismässigkeit und der Gleichbehandlung als erfüllt an. Im Weiteren wurde der Liquidator angewiesen, die Destinatäre über den Inhalt dieser Verfügung einschliesslich der Rechts-

mittelbelehrung gebührend in Kenntnis zu setzen und die Kontrollstelle wurde angewiesen, den rechtmässigen Vollzug dieser Verfügung zu gegebener Zeit zu bestätigen (Dispositivziffer 2).

C.
Die Bekanntgabe der Stiftungsliquidation erfolgte mittels Veröffentlichung im Schweizerischen Handelsamtsblatt SHAB am _____ (act. 1/3).

D.
D.a Mit Eingabe vom 10. August 2010 liessen A._____ (nachfolgend Beschwerdeführender 1), B._____ (Beschwerdeführender 2) und C._____ (Beschwerdeführerende 3) durch ihren Rechtsvertreter beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 30. Juni 2010 erheben (act. 1). Sie beantragten, die angefochtene Verfügung sei insoweit aufzuheben, als dass die Beschwerdeführenden 1 – 3 im Liquidationsverteilungsplan nicht als Begünstigte verzeichnet sind, und es habe die Vorinstanz die Beschwerdegegnerin anzuweisen, dem Beschwerdeführenden 1 einen Liquidationsanspruch als passiv Versicherter mit 29 Dienstjahren, dem Beschwerdeführenden 2 einen Liquidationsanspruch als passiv Versicherter mit 16 Dienstjahren und der Beschwerdeführenden 3 einen Liquidationsanspruch als passiv Versicherte mit 24 Dienstjahren zuzuerkennen, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beschwerdegegnerin.

Die Beschwerdeführenden hatten die im Vorsorgereglement der Sammelstiftung vorgesehene Option der Kapitalauszahlung anstelle der Altersrente gewählt. Sie machten daher im Wesentlichen geltend, die angefochtene Verfügung schütze einen Verteilungsmodus, der unterscheide, ob jemand seine Altersleistungen in Renten- oder in Kapitalform bezogen hat, was zur Folge habe, dass im ersten Fall die Begünstigung mehrere Zehntausend Franken betrage, im zweiten Fall bestehe kein Anspruch. Diese Unterscheidung sei willkürlich und somit gegen das Gleichbehandlungsgebot verstossend. Bei einer Gesamtliquidation habe man sich stets umfassend an den Stiftungszweck zu halten, wobei dieser vorliegend in der freiwilligen Vorsorge zugunsten der Arbeitnehmer der Firma sowie deren Angehörigen und Hinterbliebenen in Ergänzung zu den Leistungen der AHV/IV und der obligatorischen beruflichen Vorsorge bestehe; dass es darauf ankomme, ob die Leistungen in Ergänzung zu Renten- oder Kapitalleistungen erfolgen sollen, lasse sich aus den Stiftungsstatuten nicht erkennen und demnach widerspreche diese Unterscheidung dem Stiftungszweck. Sowohl die renten- wie auch die kapitalbeziehenden Pensi-

onäre hätten während ihrer Dienstzeit genau gleich zum wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens beigetragen, was diesem erlaubt habe, für die Arbeitnehmer einen Teil des jetzt zu verteilenden Stiftungskapitals zu äufnen; ausserdem hätten die Arbeitnehmer bis 2001 vom Lohn abgezogene Beiträge geleistet. Die ehemaligen Mitarbeiter seien auf jeden Fall zu berücksichtigen. Die Modalität des Leistungsbezuges – überdies gegenüber einer anderen als der zu liquidierenden Vorsorgeeinrichtung – sei ein sachfremdes Kriterium für den Entscheid über die Aufnahme in den Begünstigtenkreis. Ferner lasse sich aus der per 2003 durchgeführten Teilliquidation, bei der die Kapitalbezüger nicht berücksichtigt worden seien, nicht ableiten, diese auch bei der vorliegenden Gesamtliquidation auszuschliessen, zumal sie bei der anfangs 1998 durchgeführten Teilliquidation berücksichtigt worden seien. Die Beschwerdeführenden hätten klarerweise einen Anspruch auf einen Liquidationsanteil und seien insoweit der Gruppe der Altersrentenbezüger gleichzusetzen.

D.b Mit ihrer Eingabe vom 7. September 2010 (act. 5) präzisierten die Beschwerdeführenden ihre Rechtsbegehren dahingehend, die Verfügung vom 30. Juni 2010 sei insoweit aufzuheben, als dass die vom Kapitalbezug Gebrauch machenden Pensionäre von der Verteilung ausgeschlossen werden und somit die Beschwerdeführenden 1 – 3 im Liquidationsverteilungsplan nicht als Begünstigte verzeichnet sind.

E.
Mit Eingabe vom 26. August 2010 (act. 3) erklärte die Vorinstanz, auf die Einreichung einer Vernehmlassung zu verzichten.

F.
F.a Mit Beschwerdeantwort vom 13. September 2010 (act. 7) beantragte die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beschwerdeführenden. Sie machte geltend, alle drei hätten das Pensionsalter erreicht und dabei anstelle einer lebenslänglichen Altersrente das zum Pensionierungszeitpunkt angesparte Altersguthaben als einmalige Kapitalleistung bezogen. Beim Entscheid, die Beschwerdeführenden nicht in den Verteilungsplan aufzunehmen, habe sie sich von der Gerichtspraxis leiten lassen und bestreite deshalb den Vorwurf der Willkür. Die Gerichtspraxis laute dahingehend, dass einem Arbeitnehmer bei seinem Ausscheiden aus den Diensten des Arbeitgebers im Normalfall die gesetzlichen und statutarisch vorgesehenen Leistungen zuständen. Auf freies Stiftungsvermögen habe er aber keinen Anspruch, namentlich auch gegenüber patronalen Fonds

oder Wohlfahrtsfonds, die ausschliesslich Ermessensleistungen erbringen. Insoweit bestünden für die Destinatäre nur Anwartschaften, welche bei ihrem Ausscheiden aus der Vorsorgeeinrichtung regelmässig untergingen. Die freien Stiftungsmittel müssten nur dann verteilt werden, wenn Mitarbeiter – ausgelöst durch Ereignisse auf Betriebs- oder Unternehmensebene und nicht aus individuellen Gründen – unfreiwillig aus einer Vorsorgeeinrichtung ausscheiden müssten. Der Grundsatz der Gleichbehandlung sei daher nicht verletzt, wenn aus freiem Entschluss Austretende in einem Verteilungsplan nicht berücksichtigt würden.

F.b Mit Eingabe vom 27. September 2010 (act. 8) teilte die Beschwerdegegnerin mit, auf eine Ergänzung zum präzisierenden Rechtsbegehren der Beschwerdeführenden zu verzichten.

G.
Den mit Zwischenverfügung vom 12. April 2012 erhobenen Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 2'500.- haben die Beschwerdeführenden innert der gesetzten Frist einbezahlt (act. 14 und 15).

H.
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.

1.2. 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. Bei der Beschwerdegegnerin handelt es sich aufgrund des Stiftungszwecks um eine nicht registrierte Personalfürsorgeeinrichtung gemäss Art. 89bis Abs. 6 ZGB, wel-

che auf dem Gebiet der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge tätig ist, sodass die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts gemäss Art. 89bis Abs. 6 Ziff. 12 ZGB i. V. m. Art. 62 und 74 Abs. 1 BVG gegeben ist.

2.

2.1. Anfechtungsgegenstand des vorliegenden Verfahrens ist die Verfügung der Ostschweizer BVG- und Stiftungsaufsicht vom 30. Juni 2010, welche 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 Bst. a, b und c VwVG). Als schutzwürdig in diesem Sinn gilt jedes faktische und rechtliche Interesse, welches eine von der Verfügung betroffene Person an deren Änderung oder Aufhebung geltend machen kann.

Die Beschwerdeführenden waren Destinatäre der Beschwerdegegnerin und von der Liquidation bzw. dem Verteilungsplan, den die Vorinstanz mit der angefochtenen Verfügung genehmigt hat, unmittelbar betroffen und, indem ihnen die Zugehörigkeit zum Destinatärskreis der Stiftung D._____ in Liq..verweigert worden ist, besonders berührt. Zudem haben sie am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen. Die Beschwerdeführenden sind daher im Sinne von Art. 48 VwVG zur Beschwerde legitimiert.

2.3. Die Beschwerdeführenden haben frist- und formgerecht Beschwerde erhoben (Art. 50 und 52 VwVG). Nachdem auch der verfügte Kostenvorschuss in der gesetzten Frist geleistet worden ist, ist auf das ergriffene Rechtsmittel 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).

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 Er-

wägungen 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. Mit Bezug auf das anwendbare Recht ist davon auszugehen, dass in zeitlicher Hinsicht grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend sind, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben (BGE 132 V 215 E. 3.1.1 S. 220, 127 V 466 E. 1 S. 467). Mit der Revision des BVG per 1. Januar 2012 (sog. "Strukturreform", AS 2011 3393, BBl 2007 5669) wird die Aufsicht in der beruflichen Vorsorge neu organisiert und sind neue Bestimmungen in Art. 61 ff. BVG aufgenommen worden. Übergangsbestimmungen zum anwendbaren Recht im Aufsichtsbereich enthält die Gesetzesänderung jedoch keine; dementsprechend gelangt das bis zum Zeitpunkt des angefochtenen Entscheids in Kraft stehende Recht zur Anwendung. Der angefochtene Entscheid datiert vom 30. Juni 2010, weshalb vorliegend das BVG in seiner Fassung vom 3. Oktober 2003 (AS 2004 1677, in Kraft bis 31. Dezember 2011), die Verordnung über die Beaufsichtigung und Registrierung von Vorsorgeeinrichtungen (BVV 1) in ihrer Fassung vom 29. Juni 1983 (in Kraft bis 31. Dezember 2011) und die Verordnung über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVV 2) in ihrer Fassung vom 18. August 2004 (AS 2004 4279, in Kraft bis 31. Dezember 2011) anwendbar sind.

4.2. Die Aufsichtsbehörde BVG hat über die Einhaltung der gesetzlichen, statutarischen und reglementarischen Vorschriften durch die Vorsorgeeinrichtungen sowie die Einrichtungen, die nach ihrem Zweck der beruflichen Vorsorge dienen, zu wachen (Art. 62 Abs. 1 BVG in der bis zum 31. Dezember 2011 geltenden Fassung), indem sie insbesondere die Übereinstimmung der reglementarischen Bestimmungen mit den gesetzlichen Vorschriften prüft (Bst. a), von den Vorsorgeeinrichtungen und den Einrichtungen, die nach ihrem Zweck der beruflichen Vorsorge dienen, jährlich Berichterstattung fordert, namentlich über die Geschäftstätigkeit (Bst. b), Einsicht in die Berichte der Kontrollstelle und des Experten für berufliche Vorsorge nimmt (Bst. c), die Massnahmen zur Behebung von Män-

geln trifft (Bst. d) und Streitigkeiten betreffend das Recht der versicherten Person auf Information beurteilt (Bst. e).

4.3. Im Rahmen ihrer Aufsichtstätigkeit hat sich die Aufsichtsbehörde auch mit der Gesamtliquidation von Vorsorgeeinrichtungen zu befassen: sie entscheidet darüber, ob die Voraussetzungen und das Verfahren eingehalten sind, und sie genehmigt den Verteilungsplan (Art. 53*c* BVG); dies im Unterschied zur Teilliquidation, bei welcher nach dem Teilliquidationsreglement vorzugehen ist (Art. 53*b* BVG). Zu erstellen ist der Verteilungsplan von der Vorsorgeeinrichtung selbst (Art. 53*d* Abs. 4 Bst. d BVG).

5.

5.1. Mit der angefochtenen Verfügung genehmigte die Vorinstanz den von der Beschwerdegegnerin am 26. Mai 2010 beschlossenen Verteilungsplan (act. 3/1, 1/2). Dieser sieht als Destinatäre die per Stichtag 1. Mai 2010 aktiven Versicherten und die Rentenbezüger mit mindestens drei vollen bei der Stifterfirma absolvierten Dienstjahren sowie deren Hinterbliebene vor. Die Kapitalbezüger werden nicht berücksichtigt.

5.2. Die Vorinstanz hat den für die Gesamtliquidation festgelegten Stichtag 1. Mai 2010 genehmigt. Die Beschwerdeführenden wenden sich nicht explizit dagegen. Doch beantragen sie die Aufhebung der angefochtenen Verfügung, weshalb die korrekte Festlegung des Stichtages für die Bestimmung des Destinatärkreises von Amtes wegen nachfolgend zu prüfen ist. Dies insbesondere im Hinblick auf das parallele Beschwerdeverfahren C-6175/2010 gegen die vorliegend angefochtene Verfügung der Vorinstanz, wo der Stichtag ausdrücklich gerügt wird.

5.3. Wie erwähnt, entscheidet die Aufsichtsbehörde, ob bei der Aufhebung der Vorsorgeeinrichtung die Voraussetzungen und das Verfahren erfüllt sind, und genehmigt den Verteilungsplan. Im Falle der Beschwerdegegnerin ist die Vorinstanz zweistufig vorgegangen: mit der unangefochten gebliebenen Verfügung vom 26. Februar 2008 (vgl. vorne Sachverhalt A.c) hat sie die Voraussetzungen und das Verfahren entschieden und in der zweiten, vorliegend bestrittenen Verfügung hat sie den Verteilungsplan genehmigt. Ausgangspunkt bildet demzufolge die erste Verfügung der Vorinstanz, mit welcher sie Folgendes anordnete:

> "1. Der verbliebene Stiftungsrat der Stiftung D._____ wird mit sofortiger Wirkung in seinem Amt suspendiert, (…)

2. Die Stiftung wird mit sofortiger Wirkung in Liquidation versetzt; diese Anordnung wird gemäss Art. 97 Abs. 1 Bst. e) Handelsregisterverordnung (…) dem Handelsregisteramt des Kantons Z._____ angemeldet.

3. Zum Liquidator der Stiftung D._____ wird Rechtsanwalt Dr. (…) bestellt; er führt für die Dauer seiner Tätigkeit die Einzelunterschrift. Die Entschädigung des Liquidators geht zu Lasten der Stiftung D._____, da er deren Interessen wahrzunehmen hat.

4. Der Liquidator wird angewiesen: a) die Interessen der Stiftung wahrzunehmen; b) die Liquidation voranzutreiben; c) allfällige Verantwortlichkeitsansprüche zu überprüfen und gegebenenfalls geltend zu machen; d) die Aufsichtsbehörde laufend zu orientieren und den Schlussbericht zur erfolgten Liquidation der Stiftung einzureichen.

5. (Anmeldung des Liquidators beim kantonalen Handelsregisteramt)

6. (Entzug der aufschiebenden Wirkung einer allfälligen Beschwerde)

7. (Gebühren) "

Nachfolgend sind die Auswirkungen dieses Sachverhalts hinsichtlich der Festlegung des Stichtags der Teilliquidation zu prüfen.

5.4.

5.4.1. Der Stichtag für eine Teil- oder Gesamtliquidation und damit für die Feststellung der damit zusammenhängenden freien Mittel oder - bei einer Unterdeckung der Stiftung - des Fehlbetrages sowie des zu begünstigenden Destinatärkreises bestimmt sich nach dem die Teil- resp. Gesamtliquidation auslösenden Ereignis. Führen wirtschaftliche Veränderungen seitens der Stifterfirma zu einer Teil- oder Gesamtliquidation der Stiftung, dann ist der Zeitraum, in welchem die Veränderungen stattfanden, für den Stichtag massgebend (bei Umstrukturierungsmassnahmen vgl. Urteil des Bundesgerichts [BGer] 9C_489/2009 vom 11. Dezember 2009 E. 4.2 und Urteil des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer] C-3268/2009 vom 29. September 2011 E. 7.2; bei schubweisem Stellenabbau vgl. BVGer C-2483/2006 vom 12. August 2009 E. 5.2); bei einer organisatorischen Teil- bzw. Gesamtliquidation ist dies der jeweilige Bilanzstichtag, auf den die Stiftung beispielsweise mit einer anderen Stiftung fusioniert, das Vermögen auf mehrere Vorsorgeeinrichtungen überträgt, einen Anschlussvertrag auflöst u. ä. (vgl. BGer 2A_749/2006 vom 9. August 2007 E. 4.2).

5.4.2. Aus den Akten ergeben sich keine Anhaltspunkte für das Vorhandensein wirtschaftlicher oder organisatorischer Gründe bei der Stifterfir-

ma, welche eine Liquidation der Stiftung nach sich ziehen könnten, mithin dass aufgrund von Vorkommnissen in der Stifterfirma der Stiftungszweck unerreichbar geworden wäre. Von einem Personalabbau bei der Stifterfirma kann nicht ausgegangen werden; denn per 31. Dezember 2006 lag die Mitarbeiterzahl bei 85 und am 13. August 2007 bei 94 Personen (vgl. Protokoll der Stiftungsratssitzung vom 13. August 2007 [Vorakten 20]). Auch ist nirgends die Rede von einer Fusion, Liquidation, Sitzverlegung ins Ausland, Veräusserung etc. der Stifterfirma, welche den entsprechenden Zeitrahmen für den Stichtag der Liquidation vorgegeben hätten. Hingegen lässt sich aus dem erwähnten Protokoll der Stiftungsratssitzung vom 13. August 2007 schliessen, dass Pläne für eine organisatorische Aufhebung der Stiftung bestanden, d. h. für eine Überführung des Stiftungsvermögens in die Sammelstiftung F._____ per 1. Januar 2008 (vgl. Protokoll der Stiftungsratssitzung vom 11. Dezember 2007 [Vorakten 19]). Indes wurde die für einen Beitritt zur Sammelstiftung F._____ notwendige Einstimmigkeit anlässlich der am 20. Februar 2008 durchgeführten Abstimmung nicht erreicht (vgl. Protokoll der Stiftungsratssitzung vom 20. Februar 2008 [Vorakten 17]). Somit entfällt auch die organisatorische Stiftungsaufhebung infolge Vermögensübertragung mit dem dafür vorgesehenen Stichtag 1. Januar 2008.

5.4.3. Das die vorliegende Liquidation auslösende Ereignis ist somit weder auf Vorgänge bei der Stifterfirma noch auf organisatorische Umstände zurückzuführen, sondern besteht vielmehr einzig in der vorinstanzlich angeordneten Liquidation gemäss Verfügung vom 26. Februar 2008. Die Grundlage dafür findet sich in Art. 88 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB in der seit 1. Januar 2006 geltenden Fassung. Danach hebt die zuständige Bundes- oder Kantonsbehörde die Stiftung auf Antrag oder von Amtes wegen auf, wenn deren Zweck unerreichbar geworden ist und die Stiftung durch eine Änderung der Stiftungsurkunde nicht aufrechterhalten werden kann. Eine ursprünglich funktionsfähige oder als funktionsfähig angesehene Stiftung kann sich in der Folge der Tatsache gegenübergestellt sehen, dass sich Umstände, auf denen ihre Funktionsfähigkeit beruht hat, solcherart geändert haben bzw. nicht eingetreten sind, dass sie ihre Aufgaben nicht oder nicht mehr erfüllen kann. (HANS MICHAEL RIEMER, Berner Kommentar, 1975, N. 6 zu Art.88/89 ZGB). Ausgangspunkt der Liquidation ist deren Veröffentlichung im Handelsregister, sofern die Stiftung darin eingetragen ist. Die Aufhebungsverfügung wirkt konstitutiv. Ist die Stiftung in Liquidation getreten und ihr Name entsprechend angepasst worden, so bleibt die Rechtspersönlichkeit der Stiftung zwar bestehen, doch tritt an die Stelle des bisherigen Stiftungszweckes der Liquidationszweck; die Tätigkeit aller

Beteiligten ist fortan nur noch auf die Liquidation der Stiftung gerichtet, d. h. auf die Auflösung der Verbindlichkeiten und die Versilberung des Stiftungsvermögens. Den Stiftungsgläubigern, die im Zuge der Liquidation zu befriedigen sind, sind die anspruchsberechtigten und die eine Anwartschaft besitzenden Destinatäre gleichgesetzt. (RIEMER, a.a.O. N. 89, N. 94 zu 88/89 ZGB).

5.4.4. Wie einem Schreiben des Liquidators (act. 1/5 in C-6175/2010) an den Beschwerdeführer des parallelen Beschwerdeverfahrens zu entnehmen ist, wurde der Stichtag zur Ermittlung des Destinatärkreises und der zu verteilenden Mittel zunächst auf den 26. Februar 2008 und somit auf das Datum der Liquidationsverfügung der Vorinstanz festgelegt. Später stellte der Liquidator jedoch auf den Zeitpunkt ab, in dem ihm alle für die Mittelverteilung notwendigen Daten zur Verfügung standen. Dabei verschob er den Stichtag auf den 1. Mai 2010. Der Stichtag einer Liquidation bestimmt sich indessen nicht nach dem Zeitpunkt, in dem die Liquidation abgeschlossen wird, sondern nach dem Eintreten des Liquidationstatbestandes. Mit anderen Worten, es besteht kein Zusammenhang zwischen der Dauer der für die Durchführung der Liquidation notwendigen Datenaufbereitung und dem Liquidationsstichtag. Dies lässt sich aus Art. 27*g* Abs. 2 bzw. Art. 27*h* Abs. 4 BVV 2 (in der bis 31. Dezember 2011 geltenden Fassung) schliessen, wonach bei wesentlichen Änderungen der Aktiven oder der Passiven zwischen dem Stichtag der Teilliquidation oder der Gesamtliquidation und der Übertragung der Mittel die zu übertragenden freien Mittel bzw. die Rückstellungen und Schwankungsreserven entsprechend anzupassen sind.

5.4.5. Somit ist der Stichtag für die Gesamtliquidation richtigerweise zusammen mit der durch die Vorinstanz erlassenen Liquidationsverfügung auf den 26. Februar 2008 festzusetzen. Davon ist im Folgenden auszugehen.

6.

6.1. Die Beschwerdeführenden rügen ihre Nichtaufnahme in den Kreis der Destinatäre (oder Begünstigten), an welche die freien Stiftungsmittel der Stiftung im Rahmen der erwähnten Liquidationsverfügung verteilt werden sollen. Nach ihrer Auffassung besteht kein sachlicher Grund, die Renten- und Kapitalbezüger unterschiedlich zu behandeln, ansonsten würde gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung verstossen.

6.2. Wer im Fall einer Gesamtliquidation Destinatär des Verteilungsplans ist, bestimmt sich in erster Linie nach der Stiftungsurkunde bzw. nach dem Stiftungszweck (JACQUES-ANDRÉ SCHNEIDER, Fonds libres et liquidations des caisses de pensions, éléments de jurisprudence, in: Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge [SZS] 2001 S. 468 N. 44; ISABELLE VETTER-SCHREIBER, Gleichbehandlung bei Teil- und Gesamtliquidationen, in: Berufliche Vorsorge im Wandel der Zeit, Festschrift "25 Jahre BVG", 2009, S. 281). Zu berücksichtigen ist dabei auch die Art und Weise der Umsetzung des Stifterwillens durch die bisherigen Stiftungsorgane (vgl. hierzu JACQUES-ANDRÉ SCHNEIDER, a.a.O. S. 478 N. 69).

6.2.1. Art. 8 der Stiftungsurkunde der Beschwerdegegnerin sieht vor, dass bei der Aufhebung der Stiftung infolge des Dahinfallens des Stiftungszwecks – wie dies vorliegend der Fall ist – das restliche Stiftungsvermögen dem bisherigen Zweck möglichst entsprechend zu verwenden ist, wobei ein Rückfall an die Stifterfirma, an die angeschlossenen Unternehmungen oder deren Rechtsnachfolger ausgeschlossen ist. Gemäss Art. 2 der Stiftungsurkunde besteht der primäre Zweck der Stiftung in der freiwilligen Vorsorge zugunsten der Arbeitnehmer der Firma sowie deren Angehörigen und Hinterbliebenen *in Ergänzung zu den Leistungen der AHV/IV und der obligatorischen beruflichen Vorsorge* gegen die wirtschaftlichen Folgen von Invalidität, Tod sowie in Notlagen wie bei Krankheit, Unfall oder Arbeitslosigkeit. Somit gewährt die Beschwerdegegnerin eine überobligatorische Vorsorge im Sinne einer ergänzenden Vorsorge zur obligatorischen Vorsorge gemäss BVG (vgl. hierzu CARL HELBLING, Personalvorsorge und BVG, 8. Aufl., Bern/Stuttgart/Wien 2006, S. 766; THOMAS GÄCHTER/KASPAR SANER, in: Schneider/Geiser/Gächter, Handkommentar zum BVG und FZG, Art. 49, N. 9 ff.). Letztere wird wie erwähnt (vgl. Sachverhalt A.a) von der Sammelstiftung E._____ (später Sammelstiftung F._____) durchgeführt durchgeführt. Dementsprechend waren nach dem Stiftungszweck die Vorsorgeleistungen der Beschwerdegegnerin an die Vorsorgeleistungen der Sammelstiftung gekoppelt, was denn auch in der geplanten, aber letztlich nicht durchgeführten Übertragung des Stiftungsvermögens der Beschwerdegegnerin an die Sammelstiftung zum Ausdruck kommt (vgl. Vorakten 17). Damit darf - entgegen der Ansicht der Beschwerdeführenden - auch die Gesamtliquidation der Beschwerdegegnerin nicht losgelöst von der BVG-Vorsorge der Destinatäre in der Sammelstiftung erfolgen.

6.2.2. Wie sich aus den Akten ergibt und auch von keiner Seite bestritten wird, war der Beschwerdeführende 1 vom 1. September 1977 bis zum Altersrücktritt per 31. August 2006 bei der Stifterfirma angestellt (act. 1/5, 1/12), der Beschwerdeführende 2 vom 1. April 1991 bis zum Altersrücktritt per 30. Juni 2007 (act. 1/8, 1/13) und die Beschwerdeführende 3 vom 1. März 1986 bis zum Altersrücktritt per 31. Januar 2010 (act. 1/7, 1/16). Somit steht fest, dass die Beschwerdeführenden bis zu ihrem Ausscheiden aus der Stifterfirma Destinatäre der Beschwerdegegnerin waren. Dass sie bei der Mittelverteilung trotzdem nicht berücksichtigt wurden, lag offenbar daran, dass sie nach dem Verteilungsplan am Stichtag 1. Mai 2010 bereits als Kapitalbezüger in den Ruhestand getreten waren. Der korrekte Stichtag ist indessen wie erwähnt der 26. Februar 2008 (vgl. E. 5.4.5). Zu diesem Zeitpunkt hätte die Beschwerdeführende 3, die erst per 31. Januar 2010 pensioniert wurde und rund 24 Jahre Arbeitnehmerin der Stifterfirma war, als aktive Versicherte mit mehr als drei Dienstjahren im Verteilungsplan berücksichtigt werden müssen.

6.3. Die Beschwerdeführenden 1 und 2 waren hingegen bereits vor dem Stichtag 26. Februar 2008 in den Ruhestand getreten und waren nach dem Verteilungsplan daher zu Recht nicht als aktive Versicherte zu berücksichtigen. Jedoch fragt sich, ob sie im Verteilungsplan zusammen mit den Rentenbezügern zu berücksichtigen gewesen wären, obgleich sie ihre Altersrente als Kapitalabfindung bezogen haben. Dies wird von der Beschwerdegegnerin verneint, weil ihrer Ansicht nach die Beschwerdeführenden ihre Altersleistung auf eigenen Wunsch in Form einer Kapitalabfindung bezogen hätten, weshalb sie endgültig aus der Stiftung ausgetreten seien. Demgegenüber stellt nach Ansicht der Beschwerdeführenden die Modalität des Leistungsbezuges - ob als Rente oder Kapitalabfindung - kein objektives Kriterium dar und führt zu einer unzulässigen Ungleichbehandlung innerhalb der Destinatärgruppe der Pensionierten.

Wie es sich damit verhält, ist nachfolgend zu prüfen. Dabei wird in einem ersten Schritt die Stellung der Kapitalbezüger und der Rentenbezüger im Vorsorgeverhältnis mit der Vorsorgeeinrichtung geprüft (vgl. nachfolgend E. 6.4). Im zweiten Schritt gilt es zu untersuchen, ob und gegebenenfalls inwieweit diese Stellung als objektives Kriterium bei der Verteilung von freien Mitteln im Rahmen der vorliegenden Gesamtliquidation herangezogen werden kann, was von der Beschwerdegegnerin bejaht und von den Beschwerdeführern hingegen verneint wird (vgl. nachfolgend E. 6.5).

6.4.

6.4.1. Gemäss Art. 37 Abs. 1 BVG werden die Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenleistungen in der Regel als Rente ausgerichtet. Die Vorsorgeeinrichtung kann in ihrem Reglement vorsehen, dass die Anspruchsberechtigten eine Kapitalabfindung an Stelle einer Alters-, Hinterlassenen- oder Invalidenrente wählen können (Abs. 4).

6.4.2. Die Rentenauszahlung führt für den Versicherten und seine Hinterlassenen gegenüber der einmaligen Kapitalabfindung zu unterschiedlichen Folgen: So erlaubt etwa die Kapitalabfindung keine späteren Anpassungen der Altersrente, ebenso erlischt das Recht auf eine nachfolgende Hinterlassenenrente (HANS MICHAEL RIEMER / GABRIELA RIEMER-KAFKA, Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz, 2006, §7 N. 7, S. 105). Wird eine Rente kapitalisiert und als einmalige Kapitalabfindung entrichtet, ist davon auszugehen, dass die Leistung abschliessend erfolgt ist und zwischen den Parteien kein weiteres Rechtsverhältnis mehr besteht (HANS-ULRICH STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Zürich 2012, S. 396 N. 1072 [bezüglich einer Invalidenrente]).

6.4.3. Rentenbezüger haben mit der Realisierung der Rente subjektive Rechtsansprüche erworben, so dass sie durch Vorgänge in der Stifterfirma in ihrer Rechtsstellung grundsätzlich nicht mehr tangiert werden. In Bezug auf die Vorsorgeeinrichtung (Vorsorgeverhältnis) scheiden sie indes nicht aus, sondern bleiben weiterhin bei ihr passiv versichert. Dementsprechend wirken sich die Vermögensverhältnisse der Vorsorgeeinrichtung auch auf die Rentenbezüger aus: so können sie einerseits an der Verteilung von freien Mitteln teilnehmen, andererseits kann bei einer Unterdeckung der Vorsorgeeinrichtung im Rahmen von Art. 6*5d* Abs. 3 Bst. b BVG auch von den Rentenbezügern ein Beitrag zur Behebung der Unterdeckung erhoben werden. Die nicht austretenden Versicherten verbleiben in der Solidargemeinschaft und tragen gemeinsam die Chancen und Risiken der Kapitalanlage (vgl. BGE 135 V 382 E. 6 ff). Anders gestaltet sich die Rechtslage bei Kapitalbezügern: Wer beim Austritt eine Kapitalleistung nach Art. 37 Abs. 2 - 5 BVG resp. Art. 5 des Freizügigkeitsgesetzes vom 17. Dezember 1993 (FZG, SR 831.42) bezieht, kann diese privat mit den entsprechenden Chancen und Risiken anlegen, analog zu den Austretenden, die in eine neue Vorsorgeeinrichtung oder in eine Freizügigkeitseinrichtung eintreten und die dortigen Chancen und Risiken mittragen (vgl. BGE 135 V 382 E. 10.5 in fine).

6.4.4. Im vorliegenden Fall weist bei der Wahl der Kapitaloption die Sammelstiftung E._____ in ihrer "Erklärung für die Ausrichtung der Altersleistung in Form eines Kapitals", welche der Beschwerdeführende 2 und seine Ehefrau unterzeichnet haben, ausdrücklich auf Folgendes hin (act. 1/15):

> "Mit der Ausrichtung der Kapitalabfindung für die Altersleistung sind sämtliche Leistungen gemäss Personalvorsorgereglement abgegolten. Es bestehen demzufolge *keine* Ansprüche mehr gegenüber der Stiftung."

Ein analoger Hinweis findet sich auch bei der Sammelstiftung F._____ in der Austrittsabrechnung für die Beschwerdeführende 3 vom 28. April 2010 (act. 1/16):

> "Mit der Kapitalauszahlung sind sämtliche Ansprüche gegenüber der Sammelstiftung F._____ abgegolten. Diese Zahlung melden wir vorschriftsgemäss der Eidg. Steuerverwaltung in Bern."

Somit kann auch die Beschwerdegegnerin nach ihrem Stiftungszweck (vgl. vorne E. 6.2.1), welcher ebenso im Falle der Gesamtliquidation zu beachten ist (E. 6.2), in beiden Fällen keine ergänzenden Leistungen gewähren.

6.4.5. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführenden kommt damit zum Ausdruck, dass die Kapitaloption gegenüber der Rente nicht einzig auf den Unterschied in der Leistungsform reduziert werden kann. Hinsichtlich der vorliegend interessierenden Frage nach der Stellung der Destinatäre gegenüber der Beschwerdegegnerin ergeben sich vielmehr durchaus sachliche Gründe, die eine unterschiedliche Behandlung der Rentenbezüger und Kapitalbezüger rechtfertigen. Dementsprechend geht der Hinweis der Beschwerdeführenden auf das Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts (heute Bundesgericht) B 74/03 vom 29. März 2004, wonach kein sachlicher Grund ersichtlich sei, Renten- und Kapitalbezüger unterschiedlich zu behandeln, fehl, weil es sich da um eine andere Fragestellung als im vorliegenden Fall handelte, nämlich um die Kürzung der Altersrente infolge Leistungskoordination mit der Invalidenrente der SUVA.

6.5. Damit bleibt zu prüfen, ob die unterschiedliche Stellung dieser beiden Destinatärgruppen bei der vorliegenden Gesamtliquidation ein objektives Kriterium für die Verteilung der freien Mittel im Verteilungsplan der Beschwerdegegnerin darstellt.

6.5.1. Das Verfahren bei Teil- und Gesamtliquidation von Vorsorgestiftungen wird in Art. *53d* BVG geregelt. Demgemäss muss die Teil- oder Gesamtliquidation unter Berücksichtigung des Gleichheitsgrundsatzes und nach fachlich anerkannten Grundsätzen durchgeführt werden, wobei dem zuständigen Organ ein weites Ermessen zusteht, das die Aufsichtsbehörde zu respektieren hat (vgl. BGE 128 II 394 E. 3.3 mit Hinweisen; SVR 2001, BVG Nr. 14 S. 56 E. 2c).

6.5.2. Wie die Beschwerdeführenden geltend machen, sind aus Gründen der Rechtsgleichheit nicht nur die im Zeitpunkt der Teil- oder Gesamtliquidation beschäftigten Arbeitnehmer in den Verteilungsplan mit einzubeziehen. Auch ehemalige Mitarbeitende der Stifterfirma können bei der Verteilung von freien Mitteln berücksichtigt werden. Dies sind zum einen solche, welche eine Rente beziehen (Alters-, Invaliden- oder Hinterlassenenrente, vgl. BGer 9C_421/2009 vom 29. September 2009 E. 6.4 mit Hinweisen; Urteil der BVG-Beschwerdekommission vom 7. Februar 2003 E. 6b, in: SVR 2004 BVG Nr. 11; UELI KIESER in: Jacques-André Schneider/Thomas Geiser/Thomas Gächter [Hrsg.], Handkommentar zum BVG und FZG, Art. 53*c*, N 18; ISABELLE VETTER-SCHREIBER, a.a.O., BVG 53*d* N 5). Im vorliegenden Fall trifft dies auf die Rentenbezüger per Stichtag zu, weshalb ihre Berücksichtigung im Verteilungsplan nicht zu beanstanden ist.

6.5.3. Zum anderen sind aber auch jene ehemaligen Mitarbeitenden zu berücksichtigen, welche *unfreiwillig* aus der Stifterfirma im Rahmen eines sogenannten schleichenden Personalabbaus ausgeschieden sind, der eine Teil- bzw. Gesamtliquidation ausgelöst hat. Auch bei Gesamtliquidationen können (in der Regel in den letzten 3 bis 5 Jahren) ausgeschiedene Arbeitnehmer in den Verteilungsplan einbezogen werden, sofern ihr Austritt *unfreiwillig* erfolgt ist (BGE 128 II 394 E. 6.4 und 6.5, VETTER-SCHREIBER, a.a.O., BVG 53*d* N 3). Dabei hat die Rechtsprechung wiederholt entschieden, dass es den Grundsatz der Gleichbehandlung der Destinatäre nicht verletzt, wenn bei der Verteilung von freien Stiftungsmitteln die *freiwillig* aus einer Vorsorgeeinrichtung Ausgeschiedenen nicht berücksichtigt werden, da sonst die gesetzlichen Bestimmungen über die Freizügigkeit und die reglementarischen Bestimmungen über die statutarischen Austrittsleistungen ihren Sinn verlieren würden (BGE 133 V 607 E. 4.2.2, 128 II 394 E. 5.6, 2A.48/2003 vom 26. Juni 2003, BVGer C-2435/2006 vom 8. August 2008 E. 4.3.2, C-2365/2006 vom 19. Februar 2008 E. 5.4, VETTER-SCHREIBER, a.a.O., BVG 53*b* N 8, 10 und 11). Auch der Wechsel in den Ruhestand kann ohne Weiteres einem freiwilligen

Ausscheiden unter normalen Umständen aus den Diensten des Arbeitgebers gleichgesetzt werden (BGE 128 II 394 E. 5.7).

6.5.4. Vorliegend war die Gesamtliquidation weder auf Vorgänge bei der Stifterfirma noch auf organisatorische Umstände zurückzuführen (vgl. vorne E. 5.4.2). Dementsprechend fanden sich unter den vor dem Liquidationszeitpunkt ausgeschiedenen Destinatären keine, welche aufgrund derartiger Vorkommnisse unfreiwillig ausgeschieden wären. Dass die Beschwerdegegnerin unter diesen Umständen die vor dem Stichtag aus der Stifterfirma und damit aus der Stiftung ausgeschiedenen aktiven Destinatäre im Verteilungsplan nicht berücksichtigt hat, ist daher nicht zu beanstanden und wird im Übrigen zu Recht nicht bestritten.

Verbleibt die Frage zu prüfen, ob der Auffassung der Beschwerdegegnerin, wonach die Kapitalbezüger - und mithin die Beschwerdeführenden 1 und 2 - den vor dem Stichtag freiwillig ausgetretenen aktiven Versicherten gleichzustellen sind. Dem kann nach dem Gesagten gefolgt werden: Wie dargelegt (vorne E. 6.4), haben die Beschwerdeführenden bei ihrer Willenserklärung zur Kapitaloption ausdrücklich anerkannt, dass mit der Kapitalabfindung gegenüber der Sammelstiftung sämtliche Ansprüche abgegolten wurden, was auch hinsichtlich der Beschwerdegegnerin gilt. Damit sind sie, analog zu den vor dem Stichtag freiwillig ausgetretenen aktiven Versicherten, im Verteilungsplan nicht zu berücksichtigen.

6.5.5. Die unterschiedliche Behandlung der Destinatärgruppe der Pensionierten, welche die Altersleistung zum einen als Rente beziehen und zum anderen als Kapital bezogen haben, erweist sich somit als sachlich begründet und verletzt demzufolge das Gleichbehandlungsgebot nicht. Dagegen spricht auch nicht der Hinweis der Beschwerdeführenden auf BGE 128 II 394 E. 4.3, zumal dort eine *nicht abschliessende* Übersicht über die in der Praxis anerkannten Verteilkriterien aufgeführt wird.

6.5.6. Der Verteilungsplan der Beschwerdegegnerin lässt sich damit auch insoweit nicht beanstanden, als einzig die Rentenbezüger berücksichtigt werden, die Kapitalbezüger und mithin die Beschwerdeführenden 1 und 2 nicht einbezogen werden.

7.

7.1. Zugunsten der Beschwerdeführenden 3 ist Folgendes zu ergänzen: Die Berechnung der im Liquidationsfall zu verteilenden freien Mittel hat gemäss Art. 27*g* Abs. 1bis BVV 2 (in der bis zum 31. Dezember 2011 gel-

tenden Fassung) i. V. m. Art. 53*d* Abs. 1 BVG auf eine kaufmännische und technische Bilanz mit Erläuterungen zu erfolgen, aus denen die tatsächliche und finanzielle Lage deutlich hervorgeht. Eine solche ist den Verfahrensakten nicht zu entnehmen. In der angefochtenen Verfügung hielt die Vorinstanz einzig fest (vgl. Erwägung B 1):

> "Soweit dies auf Grund der eingereichten Unterlagen beurteilt werden kann, lässt sich die beantragte Genehmigung des Verteilungsplanes der Liquidatorin gemäss Protokoll vom 26. Mai 2010 mit dazugehörigem Verteilungsplan und der aktuellen Liste der aktiven Versicherten der D._____ -Gruppe im Hinblick auf die Grundsätze der Angemessenheit, Rechtmässigkeit, Verhältnismässigkeit und der Gleichbehandlung nicht beanstanden."

7.2. Die Vorinstanz genehmigte somit offenbar den Verteilungsplan einzig aufgrund der Angaben im Liquidationsprotokoll vom 26. Mai 2010 und der Versichertenlisten; die Angaben zur finanziellen Situation erhielt sie erst am 2. Juli 2010 mit der Berichterstattung 2009 – mit den Zahlen per 31. Dezember 2009 – welche sie dann mit Verfügung vom 28. Juli 2010 genehmigte (Vorakten 11/9). Aus technischer Sicht und aus Gründen des Vertrauens in die korrekte Verteilung allfälliger freier Mittel sind jedoch die genannten kaufmännischen und technischen Bilanzen unverzichtbar (vgl. Urteil BKBVG C-1025/2003 vom 22.6.2005 E. 4.c). Demzufolge genügt das Vorgehen der Aufsichtsbehörde – soweit aktenkundig – bei der Genehmigung des Verteilungsplanes im vorliegenden Fall den gesetzlichen Anforderungen nicht.

8.

8.1. Zusammenfassend erweist sich nach dem Gesagten der zur Genehmigung vorgelegte Verteilungsplan insoweit als fehlerhaft, indem einerseits der Betrag der zu verteilenden freien Mittel mangels Vorliegen einer revidierten Liquidationsbilanz von der Vorinstanz nicht überprüft wurde, und andererseits indem der Stichtag per 26. Februar 2008 festzulegen ist, weshalb die Beschwerdeführende 3 als aktiv Versicherte mit einem Dienstalter von mehr als drei Jahren in den Kreis der Destinatäre für die Verteilung der freien Mittel aufzunehmen war. Demzufolge hätte die Vorinstanz diesen Verteilungsplan nicht genehmigen dürfen. Die Beschwerdeführenden 1 und 2 sind hingegen zu Recht nicht in den Destinatärkreis aufzunehmen.

8.2. Die Beschwerdeführenden sind mit ihrer Rüge demzufolge teilweise durchgedrungen. Dies führt insgesamt zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung und zur teilweisen Gutheissung der Beschwerde dahingehend,

dass die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen wird, damit diese die Beschwerdegegnerin auffordere, per Stichtag 26. Februar 2008 aufgrund einer geprüften kaufmännischen und technischen Liquidationsbilanz einen neuen Verteilungsplan - unter Berücksichtigung der Beschwerdeführenden 3 - auszuarbeiten und ihr zur Genehmigung vorzulegen.

9.

9.1. Bei diesem Verfahrensausgang werden, im Rahmen ihres Unterliegens, die Beschwerdeführenden sowie die Beschwerdegegnerin kostenpflichtig (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Der unterliegenden Vorinstanz werden keine Kosten auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Die Verfahrenskosten sind nach dem Reglement vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) festzulegen. Sie werden auf Fr. 2'500.- festgesetzt und wie folgt auf die Parteien aufgeteilt: Zu Lasten der Beschwerdeführenden gehen Verfahrenskosten von Fr. 2'000.- und zu Lasten der Beschwerdegegnerin Verfahrenskosten von Fr. 500.-.

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 ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen. Den Beschwerdeführenden wird eine im Rahmen ihres teilweisen Obsiegens nach Ermessen auf insgesamt Fr. 1'000.- festgelegte Parteientschädigung zugesprochen. Da der Beschluss der Beschwerdegegnerin über den Verteilungsplan der freien Mittel durch Mitwirkung oder Empfehlung der Aufsichtsbehörde zustande kam, geht die Parteientschädigung zu gleichen Teilen, d. h. je zu Fr. 500.- zu Lasten der Beschwerdegegnerin und der Vorinstanz.

9.3. Der teilweise obsiegenden Beschwerdegegnerin wird keine Entschädigung zugesprochen, da sie Trägerin der beruflichen Vorsorge gemäss BVG ist und als solche gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts in der Regel keinen Anspruch auf Parteientschädigung hat (BGE 126 V 143 E. 4a mit Hinweisen).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird in dem Sinne gutgeheissen, dass die angefochtene Verfügung vom 30. Juni 2010 aufgehoben und die Sache an die Vorin-

stanz zurückgewiesen wird, damit sie im Sinne der Erwägung 8.2 vorgehe.

2.
Die Verfahrenskosten werden auf Fr. 2'500.- festgesetzt und wie folgt auf die Parteien aufgeteilt: Die Beschwerdeführenden haben, unter solidarischer Haftung, Verfahrenskosten von Fr. 2'000.- zu bezahlen, die Beschwerdegegnerin hat Verfahrenskosten von Fr. 500.- zu bezahlen.

3.
Die von den Beschwerdeführenden zu bezahlenden Verfahrenskosten von insgesamt Fr. 2'000.- werden mit dem von ihnen geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 2'500.- verrechnet. Die Restanz von Fr. 500.- wird dem Vertreter der Beschwerdeführenden zurückerstattet. Die von der Beschwerdegegnerin zu bezahlenden Verfahrenskosten von Fr. 500.- 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.

4.
Den teilweise obsiegenden Beschwerdeführenden wird eine Parteientschädigung von Fr. 1'000.-, einschliesslich Mehrwertsteuer, zugesprochen. Diese geht zu Lasten der Beschwerdegegnerin mit Fr. 500.- und der Vorinstanz mit Fr. 500.-. Weitere Parteientschädigungen werden nicht gesprochen.

5.
Dieses Urteil geht an:

– die Beschwerdeführenden (Gerichtsurkunde)
– die Beschwerdegegnerin (Gerichtsurkunde)
– die Vorinstanz ((Ref-Nr._____; Gerichtsurkunde)
– das Bundesamt für Sozialversicherungen
– die Oberaufsichtskommission BVG

Der vorsitzende Richter:	Die Gerichtsschreiberin:
Daniel Stufetti	Regula Hurter Urech

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 von Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) gegeben sind. Die Rechtsschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: