Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung III
C-7479/2008, C-7607/2008

Urteil vom 18. Februar 2011

Besetzung

Richter Johannes Frölicher (Vorsitz),
Richter Vito Valenti, Richterin Madeleine Hirsig-Vouilloz,
Gerichtsschreiberin Susanne Fankhauser.

Parteien

1. A._____,
vertreten durch lic. iur. Carlo Häfeli,
2. B._____,
vertreten durch Dr. iur. Eugen Mätzler,
Beschwerdeführer,

gegen

Personalfürsorgestiftung C._____ AG,
Beschwerdegegnerin,

Amt für berufliche Vorsorge und Stiftungen des Kantons Zürich (BVS), Neumühlequai 10, Postfach, 8090 Zürich,
Vorinstanz.

Gegenstand

Gesamtliquidation; Verfügung BVS vom 14. Oktober 2008.

Sachverhalt:

A.
Die Personalfürsorgestiftung C._____ AG mit Sitz in D._____ (nachfolgend Stiftung) ist eine Stiftung im Sinne von Art. 80 ff. des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210). Die Stiftung bezweckt die Vorsorge für die Arbeitnehmer der Stifterfirma (C._____ AG [seit Juni 2006 in Liquidation] mit Sitz in D._____) sowie deren Angehörige und Hinterbliebene durch Gewährung von Unterstützungen in Fällen von Alter, Tod und Invalidität sowie Unterstützung des Vorsorgenehmers oder seiner Hinterlassenen in Notlagen wie bei Krankheit, Unfall, Invalidität, Arbeitslosigkeit (Art. 3 Abs. 1 der Stiftungsurkunde [vom 2. Juni 1989], siehe Dossier C-7479/2008 [nachfolgend D-1] und Dossier C-7607/2008 [D-2], Vorakten-Nr. [V-Akt.] 1 und 4). Die Stiftung kann zur Finanzierung von Beiträgen und Versicherungsprämien auch Leistungen an andere steuerbefreite Personalvorsorgeeinrichtungen erbringen, die zugunsten der Destinatäre bestehen (Art. 3 Abs. 3 der Stiftungsurkunde).

A.a Der Stiftungsrat bestand seit Dezember 2000 aus E._____ , Vertreter der Stifterfirma und Stiftungsratspräsident, sowie A._____, Geschäftsführer der Stifterfirma und Stiftungsratsmitglied (vgl. V-Akt. 2 und 6). Im Stiftungsratsprotokoll vom 6. Oktober 2005 wird unter dem Titel „Vorbereitung einer Auflösung der Stiftung“ ausgeführt, ein Entscheid über den Fortbestand der Stifterfirma, welche ihre Tätigkeit eingestellt habe, sei noch pendent. Deshalb bleibe auch der Entscheid über die Auflösung der Stiftung pendent (V-Akt. 6). Mit Schreiben vom 24. Oktober 2006 an das Amt für berufliche Vorsorge und Stiftungen des Kantons Zürich (BVS) hielt E._____ fest, das BVS habe (mündlich) angeordnet, dass er im Amt als Stiftungsrat mit der Funktion als Stiftungsratspräsident verbleibe, mit dem Auftrag, die ordnungsgemässe Liquidation zusammen mit dem weiteren Stiftungsratsmitglied A._____ durchzuführen (V-Akt. 7).

A.b Mit Datum vom 29. Juni 2007 erstellte der Stiftungsrat ein „Grundlagenpapier betreffend Liquidation / Verteilplan“ zu Handen der Aufsichtsbehörde (V-Akt. 8). Darin wird ausgeführt, die Stifterfirma habe ihren Betrieb per 28. Februar 2004 eingestellt. Eine Destinatärin und Leistungsempfängerin sei im Jahr 2000 verstorben. Zwischen 2000 und 2004 seien zudem die BVG-Arbeitnehmeranteile der Destinatäre A._____, F._____ und G._____ aus den

Arbeitgeberbeitragsreserven der Stiftung bezahlt worden. Mit der Beendigung des letzten Arbeitsverhältnisses in der Stifterfirma sei der Stiftungszweck obsolet geworden, weshalb die Liquidation der Stiftung angezeigt erscheine. Gemäss Art. 8 Abs. 3 der Stiftungsurkunde sei das Liquidationsergebnis von etwa Fr. 475'000.- an die im Zeitpunkt der Betriebsaufgabe angestellten Arbeitnehmer (F._____, G._____, A._____) so zu verteilen, dass sie im Sinne dieser Bestimmung angemessen abgefunden würden. Der Rest sei für gemeinnützige Zwecke zu verwenden. Für den Verteilschlüssel könne auf die Kriterien, welche die BVG-Sammelstiftung Swiss Life bei der Verteilung freier Mittel per 1. März 2001 (50 % Deckungskapital und 50 % Dienstjahre) zurückgegriffen werden. In Anwendung dieser Kriterien wurde vorgesehen, Fr. 100'000.- für gemeinnützige bzw. öffentliche Zwecke einzusetzen. Das verbleibende Vermögen von etwa Fr. 375'000.- sollte zu ca. 15 % an F._____, 5 % an G._____ und 80 % an A._____ verteilt werden.

A.c Mit Schreiben vom 24. Juli 2007 reichte der Stiftungsrat den – offenbar aufgrund von Gesprächen mit dem BVS abgeänderten – Verteilungsplan vom 23. Juli 2007 zur Genehmigung ein (V-Akt. 11). Demnach sollte das Stiftungsvermögen von ca. Fr. 470'000.- wie folgt verteilt werden: 24.96 % an F._____, 1.25 % an H._____, 12.55 % an G._____, 61.44 % an A._____.

A.d Mit Schreiben vom 21. Dezember 2007 informierte der Stiftungsrat die Aufsichtsbehörde über das Ergebnis der Anhörung (Einwendungen von B._____ und zwei weiteren Personen), hielt am Verteilungsplan vom 23. Juli 2007 fest und stellte Antrag auf Genehmigung (V-Akt. 12).

A.e Mit Verfügung vom 27. Juni 2008 setzte das BVS A._____ als Stiftungsrat ab und setzte E._____ als Sachwalter ein. Zur Begründung wird unter anderem ausgeführt, das BVS habe Ende 2006 entschieden, die Gesamtliquidation mit den bisherigen zwei Stiftungsräten durchzuführen. In der Zwischenzeit sei von Seiten der Destinatäre ein Interessenkonflikt des Stiftungsrates, welcher auch zum Destinatärkreis gehöre, kritisiert worden. Da der Stiftungsrat gemäss Art. 6 der Stiftungsurkunde aus mindestens zwei Mitgliedern – welche von der Stifterfirma zu bestimmen seien – bestehen müsse, sei der Stiftungsrat nach dem Ausscheiden von A._____ nicht mehr statutenkonform besetzt. Die Aufsichtsbehörde sei daher verpflichtet, die erforderlichen Massnahmen zur Behebung dieses Mangels zu treffen.

Die Aufgabe des Sachwalters wird wie folgt umschrieben (Dispositiv-Ziff. II): „Er hat alle nötigen und möglichen Vorkehren zur Wahrung der Interessen der Stiftung und der damit verbunden Interessen der Destinatäre zu treffen. Es obliegt ihm die Pflicht gemäss den Instruktionen des Amts für berufliche Vorsorge und Stiftungen des Kantons Zürich die Gesamtliquidation zu Ende zu führen. Insbesondere hat er im Rahmen der Gesamtliquidation das interne Einspracheverfahren betreffend den vom BVS ersatzvornahmeweise erstellten Verteilplan durchzuführen und den rechtskräftigen Verteilplan zu vollziehen sowie alle weiteren Vollzugshandlungen im Rahmen der Gesamtliquidation vorzunehmen."

Die Verfügung erwuchs unangefochten in Rechtskraft (V-Akt. 14).

A.f Mit Verfügung vom 14. Oktober 2008 hob das BVS die Stiftung auf (Dispositiv-Ziff. I) und legte den Verteilungsplan fest. Zum Kreis der Anspruchsberechtigten gehörten die am 31. Dezember 2003 bei der Stifterfirma angestellten Mitarbeiter. Nicht zu berücksichtigen seien Mitarbeiter in einem unterjährigen Anstellungsverhältnis. Für den Verteilschlüssel seien die Kriterien Dienstjahre bis zum Stichtag vom 31. Dezember 2003 (ohne Berücksichtigung des Beschäftigungsgrades) und AHV-Jahreslohnhöhe im Jahr 2003 mit je 50 % zu gewichten (Dispositiv-Ziff. II). Die Information der Destinatäre obliege dem Sachwalter (Dispositiv-Ziff. III). Der Verteilungsplan dürfe erst nach Eintritt der Rechtskraft der Verfügung vollzogen werden (Dispositiv-Ziff. IV).

B.

B.a Mit Datum vom 24. November 2008 liess A._____ (nachfolgend Beschwerdeführer 1), vertreten durch Rechtsanwalt Carlo Häfeli, Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erheben und beantragen, Dispositiv-Ziff. II der Verfügung vom 14. Oktober 2008 sei betreffend der Verteilkriterien aufzuheben. Für den Verteilschlüssel seien folgende Kriterien – jeweils zu 25 % gewichtet – zu berücksichtigen: Bei der Stifterfirma im Jahr 2003 erzielter AHV-Jahreslohn, Dienstjahre bis zum Stichtag 31. Dezember 2003 in Berücksichtigung des Beschäftigungsgrades bei einem Pensum von weniger als 30 %, vorhandenes BVG-Sparkapital sowie Alter. Dem Beschwerdeführer sei eine Prozessentschädigung zuzusprechen (D-1 Akt. 1). Der Beschwerdeführer 1 machte insbesondere geltend, die von der Vorinstanz gewählten Kriterien seien teilweise unklar und verstiessen

gegen Art. 3 der Stiftungsurkunde, da sie den Fürsorgecharakter der Stiftung nicht berücksichtigten. Zudem liege ein Verstoss gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz vor, weil Teilzeitangestellte mit einem Minimalpensum überproportional profitierten und weitere, nach der Rechtsprechung massgebende Kriterien, nicht aufgenommen worden seien.

B.b Mit Datum vom 26. November 2008 liess auch B._____ (nachfolgend Beschwerdeführer 2), vertreten durch Rechtsanwalt Eugen Mätzler, Beschwerde erheben und – unter Kosten- und Entschädigungsfolge – beantragen, Ziff. II der Verfügung vom 14. Oktober 2008 sei aufzuheben. Es seien der Kreis der Anspruchsberechtigten und der Verteilschlüssel neu zu bestimmen, so dass die in den Jahren ab 1995 angestellten Mitarbeiter mit mindestens einjährigem Arbeitsverhältnis als Anspruchsberechtigte berücksichtigt würden (D-2 Akt. 1). Zur Begründung führte er im Wesentlichen aus, angesichts des schleichenden Personalabbaus und der Restrukturierung der Stifterfirma im Zeitpunkt des Insolvenzverfahrens der deutschen Mutterfirma sei das Stichdatum auf November 2000 festzusetzen. Die Vorinstanz habe den rechtserheblichen Sachverhalt unvollständig abgeklärt. In beweisrechtlicher Hinsicht wird zudem die Edition der Geschäftsabschlüsse der Stifterfirma für die Jahre 1997 bis 2004 beantragt.

C.
Mit Vernehmlassung vom 20. März 2009 beantragte die Vorinstanz, die Beschwerden seien – unter Kosten- und Entschädigungsfolge – abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei (D-1 und D-2 Akt. 5).

C.a Zu den Vorbringen des Beschwerdeführers 1 führte die Vorinstanz unter anderem aus, die beantragten Kriterien würden zu einer Ungleichbehandlung der Destinatäre führen. Da der Destinatärkreis nur aus vier Anspruchsberechtigten bestehe und eine dieser Anspruchsberechtigten keinen BVG-pflichtigen Lohn erzielt habe, seien objektive Kriterien festgelegt worden, welche auf alle Destinatäre anwendbar seien. Gemäss Art. 3 Abs. 1 der Stiftungsurkunde gehörten alle Arbeitnehmenden der Stiftungsfirma zum Destinatärkreis, unabhängig davon, ob sie dem BVG-Obligatorium unterstehen. Eine überproportionale Besserstellung der Teilzeitangestellten (Destinatärin H._____) finde nicht statt, zumal diese mit Abstand die kleinste Quote

gemäss Verteilplan aufweise und der Beschäftigungsgrad bereits beim Verteilkriterium "AHV-Jahreslohn" berücksichtigt werde (D-1 Akt. 5).

C.b Die Rüge des Beschwerdeführers 2, der Entscheid beruhe auf einem unzureichend abgeklärten Sachverhalt, wies die Vorinstanz mit der Begründung zurück, sie habe versucht, Einsicht in die Geschäftsabschlüsse der Stifterfirma zu erhalten. Da diese jedoch bereits im Jahr 2006 an das Mutterhaus in Deutschland überwiesen worden seien, hätten sie – mangels Weisungsrecht – nicht eingesehen werden können. Es ergäben sich jedoch keine Hinweise dafür, dass die Liquidationsphase der Stifterfirma faktisch bereits im Jahr 2000 eingesetzt oder ein schleichender Personalabbau stattgefunden habe. Da der Verwaltungsrat der Stifterfirma im Herbst 2003 entschieden habe, die operative Geschäftstätigkeit per 31. Januar 2004 einzustellen und drei von vier Mitarbeitenden das Unternehmen auf diesen Zeitpunkt verliessen, sei der Stichtag 31. Dezember 2003 sachgerecht (D-2 Akt. 5).

D.
Mit Zwischenverfügung vom 26. März 2009 wurden die Beschwerdeführer aufgefordert, einen Kostenvorschuss von je Fr. 2'000.- zu leisten (Akt. 6). Die Kostenvorschüsse gingen am 16. April (D-2 Akt. 8) bzw. am 30. April 2009 (D-1 Akt. 7) bei der Gerichtskasse ein.

E.

E.a Der Beschwerdeführer 1 hielt mit Replik vom 4. Mai 2009 an seinen Anträgen fest (D-1 Akt. 8). Dass das Kriterium "AHV-Lohnsumme" unklar sei, zeige sich bereits darin, dass die unverbindliche Quotenberechnung in den Vorakten nicht mit derjenigen übereinstimme, welche der Beschwerdeführer 1 vom Sachwalter zugestellt worden sei. Die AHV-Lohnsumme von H._____ sei von Fr. 17'000.- (in der ihm zugestellten Fassung vom 24. Oktober 2010) auf Fr. 3'107.- (in der korrigierten Fassung vom 24. Oktober 2010, V-Akt. 18) herabgesetzt worden. Zudem bestreite er die Richtigkeit der bei ihm eingesetzten AHV-Lohnsumme, weil die nachträglich erstrittenen Provisionszahlungen nicht berücksichtigt seien.

E.b Mit Replik vom 28. Mai 2009 bestätigte der Beschwerdeführer 2 seine Rechtsbegehren und machte geltend, der vorinstanzliche Entscheid sei nicht nur im Ergebnis unrichtig, sondern sei auch in Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes und des Anspruchs auf rechtliches Gehör

ergangen. Insbesondere stütze sich die Vorinstanz bei der Sachverhaltsfeststellung auf mündlich eingeholte – nicht aktenkundige – Auskünfte, zu welchen er sich nicht habe äussern können (D-2 Akt. 10).

F.
Die Vorinstanz hielt in ihrer Duplik vom 14. August (D-2 Akt. 16) und vom 31. August 2009 (D-1 Akt. 14) an ihren Anträgen fest und nahm erneut zu den Vorbringen der Beschwerdeführer Stellung.

G.
Die Beschwerdeführer reichten mit Datum vom 30. September (D-1 Akt. 16) und 20. Oktober 2009 (D-2 Akt. 20) eine weitere Stellungnahme ein. Mit Quadruplik vom 2. November (D-1 Akt. 18) und 17. Dezember 2009 (D-2 Akt. 24) hielt die Vorinstanz an ihrem Standpunkt fest.

H.
Mit Instruktionsverfügung vom 6. November 2009 wurde im Verfahren C-7479/2008 der Schriftenwechsel abgeschlossen (D-1 Akt. 19).

I.
Auf Einladung des Gerichts (vgl. D-2 Akt. 25 und 34) nahm die Beschwerdegegnerin am 12. Februar (D-2 Akt. 30) und 25. März 2010 (D-2 Akt. 35) zum Verfahren C-7607/2008 Stellung und beantragte die kostenfällige Abweisung der Beschwerde. Die Sachverhaltsdarstellungen der Vorinstanz wurden im Wesentlichen bestätigt.

J.
Mit Datum vom 16. März 2010 (D-2 Akt. 33) und 3. Mai 2010 (D-2 Akt. 39) reichten die Vorinstanz (zum Verfahren C-7607/2008) und der Beschwerdeführer 2 ihre Schlussbemerkungen ein.

K.
Auf die weiteren Vorbringen der Parteien und die eingereichten Akten wird, soweit für die Entscheidfindung erforderlich, im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Die beiden Beschwerdeführer haben die gleiche Verfügung des BVS vom

14. Oktober 2008 angefochten und die Aufhebung der Dispositiv-Ziff. 2 beantragt, mit welcher die Vorinstanz ersatzvornahmeweise den Verteilungsplan der zu liquidierenden Stiftung festsetzte. Da in beiden Verfahren die gleiche Rechtsfrage zu beurteilen ist, rechtfertigt sich eine Verfahrensvereinigung (vgl. ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, S. 115 Rz. 317, VERA MARANTELLI-SONANINI/SAID HUBER, in: Praxiskommentar VwVG, Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Zürich 2009, Art. 6 Rz. 10; siehe auch BGE 128 V 124 E. 1, Urteil BGer 9C_756/2009 vom 8. Februar 2010 E. 2). Aufgrund der besonderen Umstände des vorliegenden Falles (Stellung der Beschwerdeführer in der Stifterfirma [bzw. in der Stiftung], sehr geringe Anzahl von Mitarbeitenden) und des Verfahrensablaufs (Bekanntgabe der Destinatäre mittels provisorischer, unverbindlicher Quotenberechnung zum Verteilungsplan [vgl. V-Akt. 18], Verweis in der Vernehmlassung zum Verfahren C-7607/2008 auf diejenige im Verfahren C-7479/2008) stehen der Vereinigung der Verfahren auch keine schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen der beiden Beschwerdeführer entgegen.

2.
Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 74 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG, SR 831.40) in Verbindung mit Art. 31 ff. des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen der Aufsichtsbehörden im Bereich der beruflichen Vorsorge. Die Vorinstanz hat in Anwendung von Art. 89bis Abs. 6 ZGB i.V.m. (insbesondere) Art. 53*c* BVG und somit in ihrer Funktion als BVG-Aufsichtsbehörde im Sinne von Art. 61 Abs. 1 BVG verfügt, weshalb das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig ist (vgl. auch Urteil BVGer C-6391/2008 30. November 2009 E. 3.1.2).

3.
Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz, soweit das Verwaltungsgerichtsgesetz nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

3.1. Die Beschwerdeführer haben am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, sind von der angefochtenen Verfügung ohne Zweifel besonders berührt und haben ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (vgl. Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und

formgerecht (vgl. Art. 50 und Art. 52 VwVG) eingereichten Beschwerden ist, nachdem auch die Kostenvorschüsse rechtzeitig geleistet wurden, einzutreten.

3.2. Das Bundesverwaltungsgericht prüft gemäss Art. 49 VwVG 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. Da sich die Kognition in oberer Instanz nur verengen, nicht aber erweitern kann, gilt es jedoch zu beachten, dass die Aufsichtstätigkeit als Rechtskontrolle ausgestaltet ist (vgl. ISABELLE VETTER-SCHREIBER, Berufliche Vorsorge, Kommentar, Zürich 2009 Art. 62 N. 1), weshalb sich auch das überprüfende Gericht – in Abweichung von Art. 49 Bst. c VwVG – auf eine Rechtskontrolle zu beschränken hat (BGE 135 V 382 E. 4.2, Urteil BGer 9C_756/2009 vom 8. Februar 2010 E. 5).

4.
Zunächst ist zu prüfen, ob die Vorinstanz befugt war, ersatzvornahmeweise den Verteilungsplan festzusetzen.

4.1. Aufgrund der – allerdings nur unvollständigen – Akten handelt es sich bei der Stiftung um einen sogenannten patronalen Wohlfahrtsfonds.

4.1.1. Ein patronaler Wohlfahrtsfonds zeichnet sich dadurch aus, dass Leistungen ohne festen Plan nach Ermessen des Stiftungsrates in besonderen Fällen erbracht werden, den Destinatären in der Stiftungsurkunde oder einem Reglement keine Rechtsansprüche eingeräumt werden und das Stiftungsvermögen allein durch den Arbeitgeber geäufnet wird bzw. die Stiftungsurkunde keine Beiträge der Arbeitnehmenden vorsieht (vgl. BGE 117 V 214 E. 1b, Urteil BGer 9C_193/2008 vom 2. Juli 2008 E. 3.2; HERMANN WALSER, Gesamt- und Teilliquidation patronaler Stiftungen, in: Hans Schmid [Hrsg.], Teilliquidationen von Vorsorgeeinrichtungen, Bern/Stuttgart/Wien 2000, S. 101, CHRISTINA RUGGLI-WÜEST, Wohlfahrtsfonds heute: Ein Auslaufmodell, oder ...?, in: René Schaffhauser/Hans-Ulrich Stauffer [Hrsg.], BVG-Tagung 2009 – Aktuelle Fragen der beruflichen Vorsorge, St. Gallen 2009, S. 155 ff., FRANZISKA BUR BÜRGIN, Wohlfahrtsfonds – Vorsorgeeinrichtungen im luftleeren Raum?, in: Hans-Ulrich Stauffer [Hrsg.], Berufliche Vorsorge im Wandel der Zeit, Zürich/St. Gallen 2009, S. 56 f.). Für die Qualifikation als patronaler Wohlfahrtsfonds oder als

Vorsorgeeinrichtung nicht entscheidend ist der Name der Stiftung (vgl. bspw. Urteil EVG B 68/01 vom 30. November 2001 E. 3a, RUGGLI-WÜEST, a.a.O., S. 155).

4.1.2. Die Zweckbestimmung (Art. 3 der Stiftungsurkunde, vgl. Sachverhalt A) entspricht derjenigen eines patronalen Wohlfahrtsfonds. Der Stiftungsrat entscheidet, da kein Reglement erlassen wurde, gemäss Art. 5 Abs. 2 der Stiftungsurkunde nach pflichtgemässem Ermessen über die Zusprechung von Leistungen. Gemäss Art. 4 Abs. 1 der Stiftungsurkunde wurde der Stiftung bei der Errichtung ein Anfangskapital von Fr. 50'000.- gewidmet. Laut Satz 2 dieser Bestimmung sind weitere Zuwendungen an die Stiftung jederzeit möglich. Obwohl aus den Akten nicht ersichtlich ist, wie das Vermögen der Stiftung weiter geäufnet wurde, ist nicht davon auszugehen, dass die Arbeitnehmenden Beiträge geleistet haben. Die Stiftungsurkunde sieht eine solche Möglichkeit nicht vor. Zudem bestimmt gemäss Art. 6 Abs. 1 der Stiftungsurkunde allein die Stifterfirma die Mitglieder des Stiftungsrates, was gemäss Art. 89bis Abs. 3 ZGB nicht zulässig wäre, wenn die Arbeitnehmenden Beiträge entrichten. Es liegt somit ein patronaler Wohlfahrtsfonds vor.

4.2. Am 1. Januar 2005 ist die 1. BVG-Revision in Kraft getreten. Die Art. 53*c* und Art. 53*d* BVG, welche seither die Gesamtliquidation regeln, gelten gemäss Art. 89bis Abs. 6 Ziff. 9 ZGB auch für nicht registrierte Personalfürsorgestiftungen, sofern diese auf dem Gebiet der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge tätig sind, wobei in der Literatur jedoch umstritten ist, inwieweit die Verweise in Art. 89bis Abs. 6 ZGB auch auf rein patronale Wohlfahrtsfonds anwendbar sind (vgl. BUR BÜRGIN, a.a.O., S. 64 ff., HANS MICHAEL RIEMER, Die patronalen Wohlfahrtsfonds nach der 1. BVG-Revision, Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge [SZS] 2007, S. 550 ff., RUGGLI-WÜEST, a.a.O., S. 163 ff.). Analog zur Rechtsprechung betreffend anwendbares Recht im Bereich Teilliquidation (vgl. Urteil BGer 9C_489/2009 vom 11. Dezember 2009 E. 1 mit Hinweis auf BGE 131 II 533 E. 4.1, Urteil BGer 9C_756/2009 vom 8. Februar 2010 E. 5, Urteil BVGer C-2483/2006 vom 12. August 2009 E. 4.3), ist mangels kodifizierter Übergangsregel darauf abzustellen, wann das die Gesamtliquidation auslösende Ereignis eingetreten ist (vgl. auch Urteil BVGer C-6363/2008 vom 1. November 2010 E. 1.3).

4.2.1. Gemäss Art. 88 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB hebt die zuständige Behörde 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. Die Gesamtliquidation eines patronalen Wohlfahrtsfonds findet ihre Rechtsgrundlage regelmässig in dieser Bestimmung (HERMANN WALSER, Gesamt- und Teilliquidation patronaler Stiftungen, in: Hans Schmid [Hrsg.], Teilliquidationen von Vorsorgeeinrichtungen, Bern/Stuttgart/Wien 2000, S. 102). Die Liquidation der Stifterfirma hat zwar nicht zwingend die Liquidation der Personalfürsorgestiftung zur Folge (BGE 119 Ib 46 E. 3b). Hat die Stifterfirma ihre Tätigkeit eingestellt und sind keine – allenfalls bereits anspruchsberechtigte – Destinatäre mehr vorhanden, kann das Erreichen des Stiftungszwecks unerreichbar werden.

4.2.2. Vorliegend hat die Stifterfirma ihren Betrieb Ende Februar 2004 eingestellt. Das letzte Arbeitsverhältnis endete Ende Juni 2004. Nach diesem Zeitpunkt richtete die Stiftung keine Leistungen mehr aus und verfügte über keine – auch keine bereits anspruchsberechtigte – Destinatäre mehr (V-Akt. 8). Das die Gesamtliquidation auslösende Ereignis trat somit – wovon auch die Vorinstanz ausging und von den Beschwerdeführern nicht bestritten wird – bereits vor Ende 2004 ein. Der vorliegende Entscheid ist daher im Lichte der bis Ende 2004 geltenden Rechtslage zu beurteilen.

4.3. Bis zum Inkrafttreten der 1. BVG-Revision am 1. Januar 2005 war die Teil- und Gesamtliquidation von Vorsorgeeinrichtungen in Art. 23 des Freizügigkeitsgesetzes vom 17. Dezember 1993 (FZG, SR 831.42) geregelt. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist Art. 23 FZG (in der bis Ende 2004 gültigen Fassung) bei der Liquidation eines patronalen Wohlfahrtsfonds nicht (analog) anwendbar (Urteil BGer 2A.402/2005 vom 15. Februar 2006 [publiziert in SVR 2007 BVG Nr. 16] E. 3.1). Vielmehr gelangen die allgemeinen Bestimmungen des Stiftungsrechts sinngemäss zur Anwendung (Urteil BGer 9C_489/2009 vom 11. Dezember 2009 E. 2.1).

Dem Stiftungsrat steht bei der Erstellung des Verteilungsplans ein weiter Ermessensspielraum zu, welcher bei patronalen Wohlfahrtsfonds weiter ist als bei reglementarischen Vorsorgeeinrichtungen (WALSER, a.a.O., S. 105 und S. 108). Der Stiftungsrat hat bei seinem Entscheid die Stiftungsurkunde und die allgemeinen Rechtsgrundsätze – Willkürverbot, Gleichbehandlung und Treu und Glauben – zu beachten (Urteil BGer 2A.402/2005 vom 15. Februar 2006 [publiziert in SVR 2007 BVG Nr. 16] E. 3.2, vgl. auch BGE 128 II 394 E. 3.3). Der Grundsatz der

Gleichbehandlung verlangt, dass der Kreis der Anspruchsberechtigten nicht nur auf die im Moment der Liquidation oder Teilliquidation bei der Stifterfirma beschäftigten Arbeitnehmenden beschränkt wird. In den Verteilplan sind auch diejenigen Arbeitnehmenden einzubeziehen, die – bei umfassender Betrachtungsweise – aufgrund derselben Veränderungen bei der Arbeitgeberfirma, die auch zur Liquidation der Stiftung führten, schon zuvor ihren Arbeitsplatz verloren haben (Urteil BGer 2A.494/2000 vom 22. August 2001 E. 2a, vgl. zum Ganzen auch BGE 119 Ib 46 E. 4).

4.4. Die Aufsicht über patronale Wohlfahrtsfonds richtet sich nach Art. 61 und Art. 62 BVG (Art. 89bis Abs. 6 ZGB, in der vor Inkrafttreten der 1. BVG-Revision gültigen Fassung). Gemäss Art. 62 BVG i.V.m. Art. 84 Abs. 2 ZGB hat die Aufsichtsbehörde darüber zu wachen, dass die Vorsorgeeinrichtung die gesetzlichen und statutarischen Vorschriften einhält und dass das Stiftungsvermögen seinem Zweck gemäss verwendet wird, indem sie insbesondere die Übereinstimmung der reglementarischen Bestimmungen mit den gesetzlichen Vorschriften prüft (Bst. a), von den Vorsorgeeinrichtungen periodisch Berichterstattung fordert, namentlich über die Geschäftstätigkeit (Bst. b), Einsicht in die Berichte der Kontrollstelle und des Experten für berufliche Vorsorge nimmt (Bst. c) sowie die Massnahmen zur Behebung von Mängeln trifft (Bst. d). Seit April 2004 beurteilt sie zudem Streitigkeiten betreffend das Recht der versicherten Person auf Information (Bst. e).

4.4.1. Die Aufsichtsbehörde verfügt über weitreichende Kompetenzen und präventiver und repressiver Art (BGE 126 III 499 E. 3a). Zur Behebung von Mängeln (Art. 62 Abs. 1 Bst. d BVG) stehen die repressiven Aufsichtsmittel im Vordergrund. In Frage kommen namentlich die Mahnung pflichtvergessener Organe, das Erteilen von Weisungen oder Auflagen, soweit die Vorsorgeeinrichtung keinen Ermessensspielraum hat, auch die Aufhebung und Änderung von Entscheiden oder Erlassen der Stiftungsorgane, wenn und soweit diese gesetzes- oder urkundenwidrig sind (BVGE 2009/22 E. 3.2.1), im Weiteren die Abberufung und Neueinsetzung von Stiftungsorganen und Liquidatoren, die Ersatzvornahme durch Dritte auf Kosten der Stiftung oder die Einsetzung eines Beistandes (vgl. BGE 126 III 499 E. 3) oder eines interimistischen Stiftungsrates unter gleichzeitiger Enthebung des ordentlichen Stiftungsrates. Diese Aufzählung ist nicht abschliessend, und die Kantone können die Aufsichtsmittel in ihren kantonalen Ausführungserlassen regeln (Urteil BVGer C-6709/2007 vom 23. Oktober

2009 E. 4.1 mit Hinweisen). Für die Anordnung von präventiven und repressiven Massnahmen gelten wie für Verwaltungsmassnahmen schlechthin die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Subsidiarität (Urteil BGer 5A_274/2008 vom 19. Januar 2009 E. 5.1).

4.4.2. Im vorliegenden Fall hat die Aufsichtsbehörde mit Verfügung vom 27. Juni 2008 den Beschwerdeführer 1 als Stiftungsrat abgesetzt und den bisherigen Stiftungsratspräsidenten als Sachwalter (mit Einzelunterschrift) eingesetzt. Diese Verfügung erwuchs unangefochten in Rechtskraft. Mit der – von den Beschwerdeführern angefochtenen – Verfügung vom 14. Oktober 2008 hat die Vorinstanz den Verteilungsplan ersatzvornahmeweise festgelegt. Zur Begründung der Massnahme wird auf Ziff. II der Verfügung vom 27. Juni 2008 verwiesen, welche vorsehe, dass das BVS den Verteilungsplan selbst ersatzvornahmeweise erstelle (V-Akt. 16). Dort wird indessen – bei den Aufgaben des Sachwalters – lediglich festgehalten, dieser habe im Rahmen der Gesamtliquidation das interne Einspracheverfahren betreffend den vom BVS ersatzvornahmeweise erstellten Verteilplan durchzuführen und den rechtskräftigen Verteilplan zu vollziehen (V-Akt. 14). Eine Begründung, weshalb der Erlass des Verteilungsplans durch die Aufsichtsbehörde erforderlich und zweckmässig sei, lässt sich weder der Verfügung vom 27. Juni noch derjenigen vom 14. Oktober 2008 entnehmen.

4.5. Nach der Rechtsprechung darf die Stiftungsaufsichtsbehörde nicht einfach an Stelle des Stiftungsrates handeln (BGE 108 II 497 E. 5). Ob die Aufsichtsbehörde grundsätzlich befugt ist, nicht nur eine Ersatzvornahme durch Dritte anzuordnen, sondern selber an Stelle des Stiftungsrates zu handeln, wird in der Literatur unterschiedlich beurteilt.

4.5.1. Nach CHRISTIAN BRÜCKNER (Das Personenrecht des ZGB, Zürich 2000, Rz. 1389) hat die Aufsichtsbehörde nicht selber in die Rolle des Stiftungsrates zu treten und die Stiftungsgeschäfte zu führen, wenn der Stiftung – bspw. nach der Abberufung sämtlicher Stiftungsratsmitglieder – die Organe fehlen. Vielmehr habe sie dafür zu sorgen, dass eine ausserhalb der staatlichen Verwaltung stehende Persönlichkeit interimistisch (bis zur Neubestellung des Stiftungsrates) die Stiftungsgeschäfte an die Hand nehme. Diese Person unterstehe ihrerseits wiederum der Stiftungsaufsicht.

4.5.2. Nach anderer Ansicht darf die Aufsichtsbehörde ausnahmsweise, wenn besondere Gründe keinen anderen Ausweg lassen, selber anstelle

der Stiftung handeln (ISABELLE VETTER-SCHREIBER, Staatliche Haftung bei mangelhafter BVG-Aufsichtstätigkeit, Zürich 1996, S. 67). Zunächst und in erster Linie hat die Aufsichtsbehörde jedoch von den anderen gesetzlichen Möglichkeiten (bspw. Weisungen, Abberufung und Neueinsetzung von Stiftungsorganen) Gebrauch zu machen (HANS MICHAEL RIEMER, Berner Kommentar zum ZGB, Bern 1975, Rz. 117 zu Art. 84). Ein Handeln der Aufsichtsbehörde namens der Stiftung kann insbesondere bei zeitlicher Dringlichkeit gerechtfertigt sein, hat aber als ausgesprochene Ausnahme zu gelten (RIEMER, a.a.O., Rz. 117).

4.6. Vorliegend hat die Vorinstanz nicht dargelegt, weshalb das Ziel, dass ein gesetzeskonformer Verteilungsplan vorliegt, nicht mit anderen aufsichtsrechtlichen Massnahme erreichbar wäre. Gegen eine Erstellung des Verteilungsplanes durch die Aufsichtsbehörde spricht zudem, dass es sich dabei um einen Bereich handelt, in welchem dem Stiftungsrat ein weites Ermessen zusteht, welches die Aufsichtsbehörden – und im Beschwerdefall das überprüfende Gericht – zu respektieren haben. Dies gilt in besonderem Mass bei patronalen Wohlfahrtsfonds (vgl. E. 3.2 und 4.3). Es sind ganz verschiedene Varianten von Verteilungsplänen denkbar, welche die Anforderungen der Rechtsprechung erfüllen. Welche dieser Varianten gewählt werden soll, hat – wenn immer möglich – das zuständige Organ der Stiftung (Stiftungsrat, Liquidator oder Sachwalter) zu entscheiden, nicht die Aufsichtsbehörde.

4.7. Nach dem Gesagten war die Vorinstanz nicht befugt, ersatzvornahmeweise einen Verteilungsplan zu erlassen. Die angefochtene Verfügung ist daher aufzuheben und die Sache wird an die Vorinstanz zurückgewiesen, damit sie die erforderlichen Massnahmen für eine ordnungsgemässe Liquidation der Stiftung treffe.

5.
Zu befinden bleibt noch über die Verfahrenskosten und eine allfällige Parteientschädigung.

5.1. Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei. Den Vorinstanzen werden keine Verfahrenskosten auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

Da eine Rückweisung praxisgemäss als Obsiegen gilt (vgl. BGE 132 V 215 E. 6, Urteil BGer B 49/06 vom 7. Mai 2007 E. 5), hat die

Beschwerdegegnerin die Verfahrenskosten zu tragen. Den Beschwerdeführern wird der geleistete Kostenvorschuss zurückerstattet. Unter Berücksichtigung des Umfangs und der Schwierigkeit der Streitsache (vgl. Art. 2 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]) sind die Verfahrenskosten vorliegend auf Fr. 3'000.- festzusetzen.

5.2. Die Beschwerdeführer haben gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 ff. VGKE Anspruch auf eine Parteientschädigung. Die Beschwerdegegnerin hat sich nicht mit selbständigen Begehren an den beiden Verfahren beteiligt, weshalb die Parteientschädigung von der Vorinstanz zu leisten ist (vgl. Art. 64 Abs. 2 und 3 VwVG). Da keine Kostennote eingereicht wurde, ist die Entschädigung aufgrund der Akten festzusetzen (vgl. Art. 14 Abs. 2 VGKE). Unter Berücksichtigung des gebotenen und aktenkundigen Aufwandes erscheint eine Entschädigung von je Fr. 3'000.- (einschliesslich Mehrwertsteuer) angemessen.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Verfahren C-7479/2008 und C-7607/2008 werden vereinigt.

2.
Die Beschwerden werden in dem Sinne gutgeheissen, dass die angefochtene Verfügung aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen werden.

3.
Die Verfahrenskosten von Fr. 3'000.- werden der Beschwerdegegnerin auferlegt. Der Betrag ist 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 Beschwerdeführern wird der geleistete Kostenvorschuss nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

5.
Den Beschwerdeführern wird eine Parteientschädigung von je Fr. 3'000.- zugesprochen, welche von der Vorinstanz zu leisten ist.

6.
Dieses Urteil geht an:

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

Der vorsitzende Richter:	Die Gerichtsschreiberin:
Johannes Frölicher	Susanne Fankhauser

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6005 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 der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: