Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung III
C-3571/2012

Urteil vom 30. Juli 2014

Besetzung

Richter Beat Weber (Vorsitz),
Richter Christoph Rohrer, Richter David Weiss,
Gerichtsschreiber Urs Walker.

Parteien

A._____, X._____,
vertreten durch lic. iur. Susanne Friedauer, Rechtsanwältin,
Kieser Senn Partner, Ulrichstrasse 14, 8032 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

Pensionskasse B._____**,** Y._____,
vertreten durch Dr. iur. Roger Groner, Rechtsanwalt,
Tödistrasse 52, 8002 Zürich,
Beschwerdegegnerin,

BVG- und Stiftungsaufsicht des Kantons Zürich (BVS),
Neumühlequai 10, Postfach, 8090 Zürich,
Vorinstanz.

Gegenstand

Aufhebung der Pensionskasse B._____; Genehmigungsverfügung der BVG- und Stiftungsaufsicht des Kantons Zürich (BVS) vom 29. Mai 2012.

Sachverhalt:

A.
Mit Verfügung vom 29. Mai 2012 genehmigte die BVG- und Stiftungsaufsicht des Kantons Zürich (BVS, Vorinstanz) die bereits vollzogene Übernahme sämtlicher Rechte und Pflichten der Pensionskasse B._____ als übertragende Vorsorgeeinrichtung (Beschwerdegegnerin) durch die Sammelstiftung C._____ als übernehmende Vorsorgeeinrichtung, per Stichtag 31. März 2011, auf der Grundlage der Bilanz per 31. März 2011. Gleichzeitig hob sie die Pensionskasse B._____ auf und hielt fest, dass die Information der Destinatäre betreffend den Inhalt dieser Verfügung den beteiligten Vorsorgeeinrichtungen obliege (B-act. 1 Beilage 1).

B.
Mit Beschwerde vom 5. Juli 2012 (B-act. 1) beantragte A._____ (nachfolgend: Beschwerdeführerin), die Verfügung vom 29. Mai 2012 sei aufzuheben und der ihr zustehende Anteil an den freien Mitteln sei ihrem Altersguthaben sofort vollumfänglich gutzuschreiben, evtl. sei der Anspruch bedingungslos zum Zeitpunkt des Austritts gutzuschreiben. Die massgeblichen Akten seien von der Beschwerdegegnerin zu edieren, der Beschwerdeführerin zuzustellen und es sei ihr Gelegenheit zu geben, dazu in einem zweiten Schriftenwechsel Stellung zu nehmen. Als Begründung führte sie zunächst aus, die angefochtene Verfügung der Vorinstanz enthalte keine Ausführungen zur Genehmigung des Verteilplanes. Falls die Vorinstanz den Verteilplan nicht überprüft habe – was aus der angefochtenen Verfügung nicht ersichtlich und mangels einlässlicher Information der Beschwerdeführerin auch nicht bekannt sei – so habe sie Art. 53*c* BVG verletzt und die angefochtene Verfügung sei zum vornherein aufzuheben. Zu den Verteilfaktoren führte die Beschwerdeführerin aus, der Verteilplan beruhe teilweise auf sachfremden Kriterien und sei deshalb aufzuheben. Es sei unzulässig, einen Teil der freien Mittel abhängig von der künftigen Firmentreue zu verteilen, tranchenweise jährlich während fünf Jahren, wie dies im Verteilplan vorgesehen sei. Sämtliche freien Mittel seien den Versicherten sofort, vollständig bzw. bedingungslos gutzuschreiben.

C.
Der mit Zwischenverfügung vom 12. Juli 2012 einverlangte Kostenvorschuss von Fr. 2'500.- wurde am 30. Juli 2012 einbezahlt (B-act. 2-4).

D.
Mit Schreiben vom 29. November 2012 beantragte die Vorinstanz unter Beilage der Vorakten (act. 1-31) und unter Hinweis auf den Ermessensspielraum des Stiftungsrates die Abweisung der Beschwerde sowie die Bestätigung der angefochtenen Verfügung unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beschwerdeführerin (B-act. 6). Die Verteilung des Stiftungsvermögens werde im Rahmen einer Aufhebung infolge Vermögensübertragung nicht formell genehmigt. Art. 53*c* BVG gelange nicht zur Anwendung. Die im Rahmen der Verteilung auf fünf Jahre gestaffelten Altersgutschriften bei den aktiven Versicherten seien aus aufsichtsrechtlicher Sicht zulässig.

E.
E.a Mit Eingabe vom 21. Dezember 2012 beantragte die Beschwerdegegnerin, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu entziehen und es sei vorsorglich festzustellen, dass der Teil der Verfügung rechtskräftig sei, welcher die bereits pensionierten Arbeitnehmer der Beschwerdegegnerin betreffe, damit diesen ihr Anteil an den freien Mitteln möglichst rasch ausbezahlt werden könne, unter Kosten- und Entschädigungsfolge (B-act. 8).

E.b Mit Schreiben vom 22. Januar 2013 beantragte die Vorinstanz, das beschwerdegegnerische Gesuch sei gutzuheissen, mit der Begründung, der Ausgang des Hauptverfahrens habe auf die den Rentenbezügern zugeteilten freien Mittel keinen Einfluss (B-act. 11).

E.c In ihrer Stellungnahme vom 25. Januar 2013 beantragte die Beschwerdeführerin, dem beschwerdegegnerischen Gesuch um Entzug der aufschiebenden Wirkung sei nicht stattzugeben, da sie bisher nicht in die Akten bei der Beschwerdegegnerin habe Einsicht nehmen können und deshalb nicht auszuschliessen sei, dass nicht nur die tranchenweise Auszahlung der freien Mittel unrechtmässig sei, sondern der Verteilplan insgesamt weitere Mängel aufweise (B-act. 12).

E.d Mit Zwischenverfügung vom 13. Februar 2013 stellte das Bundesverwaltungsgericht fest, dass der Beschwerde vom 5. Juli 2012 keine aufschiebende Wirkung zukomme und schlug die Kosten des Gesuchverfahrens zur Hauptsache (B-act. 15).

F.
In ihrer Beschwerdeantwort vom 25. Februar 2013 (B-act. 19) beantragte

die Beschwerdegegnerin die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Vorinstanz.

Zunächst wies die Beschwerdegegnerin darauf hin, der Vorwurf, die Vorinstanz habe den Verteilplan nicht geprüft, sei unwahr und verwies dabei auf zwei Gesuche an die Aufsichtsbehörde um Vorprüfung des Verteilplans (act. 2, act. 5) sowie auf die angefochtene Verfügung (B-act. 1 Beilage 3), in welcher der Übernahmevertrag u.a. gestützt auf den Expertenbericht, welchem der Verteilplan beigelegen habe, genehmigt worden sei (B-act. 19 Ziff. 11). Weiter sei die Behauptung der Beschwerdeführerin falsch, dass Mittel der abgebenden Vorsorgeeinrichtung auch an Versicherte fliesse, welche nicht an deren Äufnung beteiligt gewesen seien (Ziff. 17), und verwies auf den Expertenbericht (act. 13).

Bezüglich der Verteilkriterien berief sich die Beschwerdegegnerin auf BGE 128 II 394, wonach die Verteilung der freien Mittel nach objektiven Kriterien erfolgen soll, wobei diese dem Vorsorgegedanken entsprechen müssten (Ziff. 19). Als zulässige Verteilkriterien kämen nach der Praxis des Bundesgerichts hauptsächlich Dienst- und Lebensalter, Lohnhöhe und familienrechtliche Verpflichtungen in Betracht. Die Betriebstreue und das Dienstalter seien angesichts der im Bundesgerichtsentscheid erwähnten und in der Literatur anerkannten Kriterien ein sachgerechtes Kriterium. Das Bundesgericht habe deshalb in seinem Urteil 2A.76/1997 vom 30. Juni 1998 auch festgehalten, dass (vorher) freiwillig ausgetretene Mitarbeiter von Teilliquidationen ausgeschlossen werden dürften (Ziff. 21). Falls das Kriterium Betriebstreue zulässig sei, müsse dies auch für die zukünftige Betriebstreue gelten. Zu ergänzen sei, dass allen aktiven Destinatären vor diesen jährlichen Tranchen eine Einmaleinlage als wesentlicher Teil der freien Mittel ausbezahlt werde, ohne Berücksichtigung der künftigen Diensttreue.

G.

In der Replik vom 11. April 2013 hielt die Beschwerdeführerin am Antrag auf Gutheissung der Beschwerde fest, unter Kosten- und Entschädigungsfolge (B-act. 23).

Sie ergänzte ihre Begründung mit dem Argument, die Vorinstanz gehe offenbar davon aus, dass Art. 53*c* BVG nicht zur Anwendung gelange und sie habe deshalb den Verteilplan nicht genehmigt. Dies sei falsch; vorliegend seien sowohl Art. 53*c* BVG als auch das Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusi-

onsgesetz [nachfolgend: FusG]; SR 221.301) anwendbar, da hier im Rahmen einer Gesamtliquidation ein Vermögen im Rahmen eines Verteilplanes (einer anderen Vorsorgeeinrichtung) zugewiesen werde und insoweit dem bisherigen Zweck diene. Gemäss Art. 88 Abs. 2 FusG müssten die Rechte und Ansprüche der Versicherten gewahrt bleiben. Aus den Akten gehe nicht hervor, was die Vorinstanz dazu geprüft habe (S. 3). Vorliegend würden Interessen des Arbeitgebers in den Verteilungsplan einfliessen, was eine Ermessensüberschreitung darstelle, was die Aufsichtsbehörde zu Unrecht nicht geprüft und gerügt habe (S. 2-3). Die Vorinstanz verweise zu Unrecht auf das Ermessen des Stiftungsrates und erachte sich für die notwendige Genehmigung des Verteilplans als nicht zuständig (S. 4).

Bei einer Gesamtliquidation könne ein Fortbestandsinteresse nicht berücksichtigt werden, da die Vorsorgeeinrichtung aufgehoben werde. Die künftige Betriebstreue sei ein sachfremdes Argument und könne insbesondere bei einer Gesamtliquidation keine Rolle spielen (S. 8).

Bezüglich der Kosten- und Entschädigungsfolge müsse vorliegend das Veranlassungsprinzip berücksichtigt werden. Das wenig transparente Verhalten der Beschwerdegegnerin habe dazu geführt, dass eine Beschwerde habe erhoben werden müssen, weshalb die Vorinstanz die entsprechenden Kosten zu tragen habe (S. 9).

H.

Die Vorinstanz hielt in ihrer Stellungnahme vom 2. Mai 2013 (B-act. 25) ebenfalls an ihren Anträgen fest. Vorliegend sei die Stiftung wegen der geringen Grösse und der ungünstigen demographischen Struktur aufgehoben worden, der Destinatärsbestand sowie der Vorsorgezweck habe sich im neuen Vorsorgeträger nicht geändert. Es handle sich vorliegend um eine organisatorische Aufhebung, da das Vermögen nicht liquidiert, sondern unter einer anderen Trägerschaft demselben Zweck diene. Diese Aufhebung einer Stiftung ohne Liquidationsverfahren sei gesetzlich nicht geregelt.

Vorliegend sei eine Vermögensübertragung erfolgt (analoge Singularzession nach Art. 181 OR), anschliessend habe die Vorinstanz die Aufhebung der Stiftung wegen Mittellosigkeit verfügt. Eine formelle Überprüfung des Verteilplans habe nicht stattgefunden, er sei aber materiell auf Ermessensmissbrauch hin überprüft worden. Ein solcher sei nicht festgestellt worden.

I.
In der Duplik vom 6. Juni 2013 (B-act. 29) ergänzte die Beschwerdegegnerin ihre Argumente für die Abweisung der Beschwerde. Sie führte aus, Art. 53*c* BVG sei nicht anwendbar, da nicht das gesamte Stiftungsvermögen verteilt werde, sondern lediglich die Aktiven und Passiven auf die neue Sammelstiftung übergegangen seien (Ziff. 6, 16). Damit komme dem Stiftungsrat bei der Festsetzung der Verteilkriterien ein erhebliches Ermessen zu (Ziff. 7). Selbst wenn man davon ausginge, dass Art. 53*c* BVG anwendbar sei, so sei die Vorinstanz trotzdem zum Schluss gelangt, dass der Verteilplan rechtmässig sei (Ziff. 10, 17). Die Beschwerdeführerin würde zu Spekulationen greifen, wenn sie behaupte, die Vorinstanz habe nur das Vorhandensein und nicht den Inhalt des Übernahmevertrages geprüft (Ziff. 14, 18). Rein formell gesehen bestehe kein Fortbestandsinteresse seitens der untergehenden Stiftung mehr, wie dies die Beschwerdeführerin darlege; aber es bestehe für die Versichertengemeinschaft weiterhin ein Interesse am neuen Vorsorgewerk (Ziff. 26 ff.).

J.
Mit Zwischenverfügung vom 12. Juni 2013 (B-act. 30) stellte das Bundesverwaltungsgericht den übrigen Verfahrensbeteiligten je ein Doppel der Duplik der Vorinstanz vom 2. Mai 2013 sowie ein Doppel der Duplik der Beschwerdegegnerin vom 6. Juni 2013 zu und schloss den Schriftenwechsel ab.

K.
Auf die weiteren Vorbringen der Parteien sowie die eingereichten Unterlagen wird – soweit für die Entscheidfindung erforderlich – in den nachstehenden Erwägungen 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. Eine Ausnahme nach Art. 32 VGG liegt in casu nicht vor.

2.

2.1 Anfechtungsgegenstand des vorliegenden Verfahrens ist der Verwaltungsakt der Vorinstanz vom 29. Mai 2012, welcher eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG darstellt.

2.2 Zur Beschwerde berechtigt ist, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 lit. a, b, und c VwVG). Als schutzwürdig in diesem Sinne gilt jedes faktische und rechtliche Interesse, welches eine von der Verfügung betroffene Person an deren Änderung oder Aufhebung geltend machen kann.

Die Beschwerdeführerin ist eine im Verteilplan erwähnte Destinatärin der Beschwerdegegnerin und als solche von der angefochtenen Verfügung unmittelbar betroffen. Die Beschwerdeführerin ist daher im Sinne von Art. 48 VwVG zur Beschwerde legitimiert.

2.3 Die Beschwerdeführerin hat 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 Nach den allgemeinen intertemporalrechtlichen Regeln sind in verfahrensrechtlicher Hinsicht in der Regel diejenigen Rechtssätze massgebend, welche im Zeitpunkt der Beschwerdebeurteilung Geltung haben (BGE 130 V 1 E. 3.2), unter Vorbehalt spezialgesetzlicher Übergangsbestimmungen.

3.2 In materiellrechtlicher Hinsicht sind grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Sachverhalts Geltung haben (BGE 132 V 215 E. 3.1.1, 130 V 329 E. 2.3 und 127 V 466 E. 1). Mit der Revision des BVG per 1. Januar 2012 (sog. "Strukturreform", AS 2011 3393, BBl 2007 5669) wurde die Aufsicht in der

beruflichen Vorsorge neu organisiert und es wurden neue Bestimmungen in Art. 61 ff. BVG aufgenommen. Übergangsbestimmungen zum anwendbaren Recht im Aufsichtsbereich enthält die Gesetzesänderung keine; dementsprechend gelangt das im Zeitpunkt des angefochtenen Entscheids in Kraft stehende Recht zur Anwendung. Die angefochtenen Verfügungen datieren vom 29. Mai 2012, weshalb vorliegend das BVG in seiner Fassung vom 19. März 2010 ("Strukturreform", AS 2011 3393, BBl 2007 5669, in Kraft seit 1. Januar 2012), die Verordnung über die Beaufsichtigung und Registrierung von Vorsorgeeinrichtungen (BVV 1, SR 831.435.1) in ihrer Fassung vom 10. und 22. Juni 2011 (AS 2011 3425, in Kraft seit 1. Januar 2012) und die Verordnung über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVV 2) in ihrer Fassung vom 16. November 2011 (AS 2011 5679, in Kraft seit 1. Januar 2012) anwendbar sind.

4.

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 im Bereich der beruflichen Vorsorge als Rechtskontrolle ausgestaltet ist (vgl. ISABELLE VETTER-SCHREIBER, Berufliche Vorsorge, Kommentar, Zürich 2009 Art. 62 N. 1), weshalb sich auch das angerufene Gericht – in Abweichung von Art. 49 Bst. c VwVG – auf eine Rechtskontrolle zu beschränken hat, soweit Entscheide des Stiftungsrates zu überprüfen sind (BGE 135 V 382 E. 4.2, Urteil BGer 9C_756/2009 vom 8. Februar 2010 E. 5).

5.

5.1 Die Aufsichtsbehörde BVG hat darüber zu wachen, dass die Vorsorgeeinrichtungen, die Revisionsstellen für berufliche Vorsorge, die Experten für berufliche Vorsorge sowie die Einrichtungen, die nach ihrem Zweck der beruflichen Vorsorge dienen, die gesetzlichen Vorschriften einhalten und dass das Vorsorgevermögen zweckgemäss verwendet wird (Art. 62 Abs. 1 BVG, in der ab dem 1. Januar 2012 gültigen Fassung, vgl. AS 2011 3393; BBl 2007 5669), indem sie insbesondere die Übereinstimmung der statutarischen und reglementarischen Bestimmungen der Vorsorgeeinrichtungen und der Einrichtungen, die nach ihrem Zweck der beruflichen Vorsorge dienen, 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 Mängeln trifft (Bst. d) und Streitigkeiten betreffend das Recht der versicherten Person auf Information beurteilt (Bst. e).

5.2 Die Aufsichtsbehörde ist gemäss Art. 62 Abs. 1 Bst. d BVG auch befugt, Massnahmen zur Behebung von Mängeln zu treffen. Hierzu stehen ihr repressive und präventive Aufsichtsmittel zur Verfügung. Mittels des repressiven Handelns soll der rechtmässige Zustand wieder hergestellt werden und die präventiven Mittel sind darauf ausgelegt, gesetzes- und statutenwidriges Verhalten der Pensionskasse durch eine laufende Kontrolle ihrer Geschäftstätigkeit zu verhindern. Als repressive Aufsichtsmittel kommen unter anderem in Frage, die Mahnung pflichtvergessener Organe, das Erteilen von Weisungen oder Auflagen, soweit die Vorsorgeeinrichtung keinen Ermessensspielraum hat, oder die Aufhebung und Änderung von Entscheiden oder Erlassen der Stiftungsorgane, wenn und soweit diese gesetzes- oder urkundenwidrig sind (ISABELLE VETTER-SCHREIBER, Staatliche Haftung bei mangelhafter BVG-Aufsichtstätigkeit, Zürich 1996, S. 63 ff.; CHRISTINA RUGGLI, Die behördliche Aufsicht über Vorsorgeeinrichtungen, Basel 1992, S. 111 ff.; JÜRG BRÜHWILER, Obligatorische berufliche Vorsorge, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Ulrich Meyer [Hrsg.], 2. Aufl. 2007, S. 2020 Rz 52). Die Aufzählung ist nicht abschliessend. Auf Grund der gesetzlichen Bestimmungen steht fest, dass die Aufsichtsbehörde bloss dann mittels Massnahmen repressiv eingreifen kann, falls sie im Handeln der Vorsorgeeinrichtung einen Verstoss gegen gesetzliche oder statutarische Vorschriften erkennt. Die Aufsichtstätigkeit ist mithin als eine Rechtskontrolle ausgestaltet (ISABELLE VETTER-SCHREIBER, a.a.O., S. 33f.; CARL HELBLING, Personalvorsorge und BVG, 8. Auflage, Bern 2006, S. 667). Dabei hat die Aufsichtsbehörde zu beachten, dass der Vorsorgeeinrichtung ein Ermessen zusteht. Sie hat nur bei Ermessensfehlern (Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens) einzugreifen, während ein sich an den Rahmen des Ermessens haltendes Verhalten ein richtiges Verhalten darstellt, das die Aufsichtsbehörde nicht korrigieren darf (HANS MICHAEL RIEMER, GABRIELA RIEMER-KAFKA, Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz, 2. Aufl., Bern 2006, § 2 Rz. 98, S. 62 mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, vgl. auch JÜRG BRÜHWILER, a.a.O, S. 2019 Rz 51).

5.3 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).

6.

6.1 Anfechtungsgegenstand und Ausgangspunkt bildet die angefochtene Verfügung. Davon zu unterscheiden ist der Streitgegenstand. Im Bereich der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege ist der Streitgegenstand das Rechtsverhältnis, welches – im Rahmen des durch die Verfügung bestimmten Anfechtungsgegenstandes – den auf Grund der Beschwerdebegehren angefochtenen Verfügungsgegenstand bildet (BGE 110 V 48 E. 3b und c, mit Hinweisen; FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 44 ff.).

6.2 Mit der angefochtenen Verfügung vom 29. Mai 2012 (B-act. 1 Beilage 3) genehmigte die Vorinstanz, "gestützt auf den Übernahmevertrag vom 5/17. April 2012, die versicherungstechnische Beurteilung durch den Experten für berufliche Vorsorge vom 28. März 2012, […]", die bereits erfolgte Übernahme sämtlicher Rechte und Pflichten der Beschwerdegegnerin durch die neue Sammelstiftung. Der Expertenbericht erwähnt u.a. einen Verteilplan. Dort ist in einem ersten Schritt eine Auszahlung an alle Destinatäre (Einmaleinlage) vorgesehen, in einem zweiten Schritt die gestaffelte Auszahlung an die künftig in der Firma verbleibenden betriebstreuen Destinatäre während 5 Jahren ab dem Stichtag. Zuletzt wird die "Restanz" nach Köpfen verteilt (vgl. Expertenbericht S. 6, B-act. 6 Beilage 13).

6.3 Die Beschwerdeführerin macht einerseits in Bezug auf das durchgeführte Verfahren geltend, die Vorinstanz habe den Verteilplan nicht formell genehmigt und damit ihre Pflichten verletzt, da gemäss Art. 5*3c* BVG der Verteilplan zu genehmigen und materiell zu prüfen gewesen wäre; Art. 5*3c* BVG sowie das FusG hätten vorliegend zwingend angewendet werden müssen; die Vorinstanz habe die ihr zustehende Prüfungsbefugnis und -pflicht nicht vollständig wahrgenommen. In Bezug auf den Verteilplan macht die Beschwerdeführerin anderseits geltend, das Kriterium der künftigen Betriebstreue und die damit verbundene gestaffelte Auszahlung

sei unzulässig, so dass sich für sie selbst – als bereits Ausgetretene – ein höherer Anteil an den freien Mitteln ergebe.

6.4 Die Beschwerdegegnerin führt aus, die Vorinstanz habe mit der Genehmigung des Übertragungsvertrags den Verteilplan implizit genehmigt.

6.5 Streitgegenstand bilden somit zunächst die Frage, ob die Vorinstanz Art 53*c* BVG zu Recht als nicht anwendbar betrachtet und ob sie – wie die Beschwerdegegnerin behauptet – de facto ihre gesetzlichen Prüfungs- und Genehmigungspflicht vollständig wahrgenommen hat (E. 7). Weiter ist zu prüfen, ob die Vorinstanz das FusG zu Recht ebenfalls nicht angewendet hat (E. 8). Bezüglich Verteilplan ist vorliegend einzig umstritten, ob das Kriterium der künftigen Betriebstreue zulässig ist, was dazu führen würde, dass eine künftige gestaffelte Auszahlung eines Teils der freien Mittel möglich wäre (nachfolgend E. 9). Nicht umstritten ist der Stichtag, die Höhe der zu verteilenden freien Mittel sowie die übrigen Verteilkriterien.

7.

7.1 Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz habe in Verletzung von Art. 53*c* BVG den Verteilplan nicht genehmigt. Deshalb habe die Beschwerdeführerin einen Verteilplan beschliessen können, bei welchem sie ihr Ermessen überschritten habe, indem sie die künftige Betriebstreue als Verteilfaktor in ihrem Verteilplan berücksichtigt habe. Da die Vorinstanz den Verteilplan nicht formell genehmigt habe, sei dieses Verteilkriterium zu Unrecht nicht beanstandet worden (B-act. 23 S. 2,3).

7.2 Die Vorinstanz dagegen führt aus, Art. 5*3c* BVG gelange hier nicht zu Anwendung, weil die Stiftung ohne Durchführung eines Liquidationsverfahrens organisatorisch aufgehoben worden sei. Die Aufhebung ohne Liquidation sei gesetzlich nicht geregelt (B-act. 25 S. 2). Eine Gesamtliquidation hätte nur dann vorgelegen, wenn die Vorsorgeeinrichtung einen unerreichbaren Zweck gehabt hätte, weil keine Destinatäre mehr vorhanden gewesen wären (B-act. 25 S. 2), was hier nicht der Fall gewesen sei. Vorliegend blieben der Zweck sowie der Destinatärbestand identisch, es werde lediglich die Trägerschaft der beruflichen Vorsorge gewechselt. Da Art. 5*3c* BVG nicht zu Anwendung gelange, habe keine formelle Prüfung des Verteilplans stattgefunden. Trotzdem habe die Vorinstanz den Verteilplan materiell auf Ermessensmissbrauch hin überprüft (B-act. 25 S. 3).

7.3 Zunächst ist zu prüfen, ob Art. 5*3c* BVG zwingend anzuwenden ist.

7.3.1 Der Wortlaut von Art. 53*c* BVG lautet wie folgt:

> "Gesamtliquidation
> Bei der Aufhebung der Vorsorgeeinrichtung (Gesamtliquidation) entscheidet die Aufsichtsbehörde, ob die Voraussetzungen und das Verfahren erfüllt sind, und genehmigt den Verteilplan."

Der Gesetzgeber verwendet die Begriffe "Aufhebung" und "Gesamtliquidation", geht aber nicht näher auf die beiden Begriffe ein. Der Botschaft ist nicht zu entnehmen, dass der Gesetzgeber eine Unterscheidung zwischen den beiden Begriffen machen wollte (vgl. BBl 2000 2697). Hingegen kann der Botschaft entnommen werden, dass *der Schutz der Versicherten und Destinatäre* gewährleistet werden soll (BBl 2000 2674). Weiter wird in der Botschaft ausgeführt, dass ein Tätigwerden der Aufsichtsbehörde oft sinnlos ist, wenn kein gemeinschaftliches Vermögen vorhanden ist und es gar nicht zu einer Verteilung kommen kann (BBl 2000 2673); dies ist vorliegend nicht der Fall. Vorliegend waren und sind gemeinschaftliche freie Mittel zu verteilen, denn der Stiftungsratsbeschluss lautete nicht nur dahingehend, das gesamte Vermögen der firmeneigenen Stiftung kollektiv auf die Sammelstiftung zu übertragen, sondern es wurde gleichzeitig beschlossen, freie Mittel in der Höhe von Fr. 5'860'330 nach einem bestimmten Verteilschlüssel auf die einzelnen Destinatäre zu verteilen (vgl. Expertenbericht vom 28. März 2012, act. 13 S. 4,5).

In denjenigen Fällen, in denen – wie vorliegend – gemeinschaftliche Mittel mittels eines Verteilplans zu verteilen sind und damit automatisch auch der Schutz der Destinatäre in den Vordergrund tritt, ist – nach der Auffassung des Gerichts und wie es das Gesetz auch unmissverständlich festhält – immer ein Verfahren durchzuführen, im Rahmen dessen der Verteilplan genehmigt wird. Art. 53*c* BVG ist in der vorliegenden Konstellation somit zwingend anzuwenden und die Vorinstanz hat die Pflicht, den Verteilplan zu genehmigen, falls sie ihn als rechtskonform erachtet. Dass die Vermögensübertragung zeitlich vor der Aufhebungsverfügung erfolgt ist und in der angefochtenen Verfügung festgestellt wird, dass das Liquidationsverfahren entfalle (Dispositivziffer II), ändert nichts an der Tatsache, dass vorher zwar weder eine zivilrechtliche (Art. 88 ZGB) noch eine konkursrechtliche (Art. 293 ff. SchKG) Liquidation stattgefunden hat, indes zuletzt alle Handlungen des Stiftungsrates darauf hinzielten, die Stiftung zu liquidieren und aufzuheben und dass – und dies ist hier entscheidwesentlich – gemeinschaftliche freie Mittel zu verteilen waren. Die Argumentation der Vorinstanz (unter Hinweis auf THOMAS MANHART, Die Aufhebung mit Liquidation von Stiftungen, insbesondere von Personalvorsorge-

stiftungen, Diss. Zürich, 1986, sowie HANS MICHAEL RIEMER, GABRIELA RIEMER-KAFKA, Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz, 2. Aufl., Bern 2006), die Aufhebung ohne Liquidationsverfahren sei im Gesetz nicht geregelt und die Genehmigung des Verteilplans sei nicht notwendig, wird in der Duplik (B-act. 25) nicht näher begründet und vermag nicht zu überzeugen. Der Wortlaut von Art. 53*c* BVG, wonach bei einer Gesamtliquidation der Verteilplan zu genehmigen sei, ist klar und der im Vordergrund stehende Schutz der Destinatäre kann nur durch eine aufsichtsrechtliche Genehmigung gewährleistet werden.

7.4 Weiter ist zu prüfen, ob die Vorinstanz den Verteilplan de facto genehmigt hat. Die Beschwerdegegnerin macht dazu geltend, die Vorinstanz habe den Übernahmevertrag gestützt auf den Expertenbericht, welchem der Verteilplan beigelegen habe, genehmigt; damit sei auch der Verteilplan genehmigt worden (B-act. 19 Ziff. 11). Die Beschwerdeführerin indes macht geltend, dass die Vorinstanz den Verteilplan nicht genehmigt hat; es sei nicht klar, was sie geprüft habe (B-act. 23 S. 3).

7.4.1 Der Wortlaut der angefochtenen Verfügung lautet diesbezüglich wie folgt:

> "Nach Prüfung des Gesuchs des obersten Organs vom 25. August 2011, gestützt auf die Übernahmevereinigung vom 5./17. April 2012, die versicherungstechnische Beurteilung des Experten für berufliche Vorsorge vom 28. März 2012, die Bestätigung über die Information der Destinatäre, die Bestätigung des Vollzugs und der Vermögenslosigkeit durch die Revisionsstelle vom 20. April und 25 Mai 2012,
> [……]
> wird verfügt:
> I. Die bereits vollzogene Übernahme sämtlicher Rechte und Pflichten der Pensionskasse B._____, in Y._____, Ordnungsnummer ZH.[…], als übertragende Vorsorgeeinrichtung, per Stichtag 31. März 2011, auf der Grundlage der Bilanz per 31. März 2011, durch die Sammelstiftung C._____, in Z._____, als übernehmende Vorsorgeeinrichtung, wird genehmigt."
> […]

7.4.2 Aus den Akten ergibt sich, dass der Verteilplan bzw. dessen Faktoren sowohl im Expertenbericht (act. 13 Ziff. 6 [S. 4-6]) als auch in der Information an die Destinatäre (act. 8-11), in welche die Vorinstanz Einsicht genommen hat, ersichtlich ist. Aus den Akten ergibt sich weiter, dass die Beschwerdegegnerin den Verteilplan der Vorinstanz nicht nur zur Einsicht, sondern zur Vorprüfung vorgelegt (act. 5) und diese den Verteilplan vorgeprüft hat. Nebst dem Hinweis, dass der Übernahmevertrag zwin-

gend eine klare Regelung der sukzessiven Gutschriften enthalten müsse und dass klar zu regeln sei, was mit den nicht erworbenen Mitteln geschehe, hatte die Vorinstanz keine Bemerkungen anzubringen (act. 6).

Dennoch kann vorliegend nicht von einer rechtsgenüglichen "impliziten" Genehmigung des Verteilplans gesprochen werden. Denn aus den Akten geht nicht hervor, was die Aufsichtsbehörde auf erneute Vorlage hin genau geprüft hat, was im Übrigen auch die Beschwerdeführerin ausdrücklich rügt (B-act. 23 S. 3). Somit steht nicht fest, dass die Aufsichtsbehörde die ihr zustehende Kognition im Hinblick auf einen definitiven, in der Verfügung klar benannten Verteilplan vollständig ausgeschöpft hat, auch wenn sich die Kognition auf eine Rechtskontrolle beschränkt (vgl. vorne E. 5.2). In der angefochtenen Verfügung wird weder auf einen Verteilplan Bezug genommen noch wird er datiert. Der Verteilplan ist indes bei der Verteilung von freien Mitteln im Rahmen der Übertragung eines Anschlusses an eine Sammelstiftung ein zentrales Element; eine formelle Genehmigung desselben ist zwingend. Die in ihrer Vernehmlassung geäusserte Auffassung der Vorinstanz, wonach eine formelle Genehmigung gesetzlich nicht vorgeschrieben sei (B-act. 25), trifft nach dem Gesagten nicht zu und verbietet die Schlussfolgerung, die Vorinstanz habe die ihr zustehende Kognition vollumfänglich ausgeschöpft und es liege eine implizite Genehmigung vor.

Somit sind die beiden Rügen der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe zu Unrecht Art. 53*c* BVG nicht angewendet und zudem sei nicht klar, was sie geprüft habe, zu Recht erhoben worden. Die Genehmigung und klare Benennung des Verteilplans fehlt und aufgrund der Akten ist nicht sichergestellt, dass die Vorinstanz den Verteilplan unter vollständiger Ausschöpfung der ihr zustehenden Kognition rechtmässig geprüft hat. Bereits aus diesem Grund ist die Verfügung aufzuheben.

8. Weiter ist zu prüfen, ob das Fusionsgesetz hier anwendbar ist.

8.1 Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz hätte vorliegend auch das FusG anwenden müssen, was sie zu Unrecht nicht getan habe.

8.2 Die Vorinstanz hingegen führt sinngemäss aus, das FusG sei nicht anwendbar, das Vermögen sei gemäss Art 181 OR (Singularsukzession) übertragen worden (B-act. 25 S. 3).

8.3 Das Fusionsgesetz enthält verschiedene Bestimmungen, die spezifisch auf Vorsorgeeinrichtungen ausgerichtet worden sind (vgl. auch Botschaft des Bundesrates vom 13. Juni 2000 zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung [BBl 2000 4337, S. 4354 f.):

> Art. 98 des FusG lautet:
>
> Abs. 1: "Vorsorgeeinrichtungen können ihr Vermögen oder Teile davon mit Aktiven und Passiven auf andere Vorsorgeeinrichtungen oder Rechtsträger übertragen.
>
> Abs. 2: Artikel 88 Absatz 2 findet sinngemäss Anwendung. Die Artikel 70-77 finden Anwendung.
>
> Abs. 3: Vermögensübertragungen im Rahmen einer Teil- oder Gesamtliquidation bedürfen der Genehmigung der Aufsichtsbehörde, wenn dies im Recht der beruflichen Vorsorge vorgesehen ist."
>
> Art. 88 Abs. 2 FusG lautet:
>
> "Die Fusion von Vorsorgeeinrichtungen ist nur zulässig, wenn der Vorsorgezweck und die Rechte und Ansprüche der Versicherten gewahrt bleiben."

In der Botschaft wird ausgeführt, dass sich für die Vermögensübertragung von Vorsorgeeinrichtungen im Vergleich mit den Vermögensübertragungen anderer Rechtsträger (Art. 69 ff.) grundsätzlich nichts Besonderes ergebe (BBl 2000 4479 Ziff. 2.1.7.3). Die Botschaft wiederholt ausdrücklich, dass die Formvorschriften von Art. 70-77 anwendbar sind (BBl 2000 4480).

Das Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV) hat dagegen in seinen Mitteilungen über die berufliche Vorsorge Nr. 80 in Randziffer 473 zur Anwendbarkeit des FusG im Zusammenhang mit Teil- und Gesamtliquidationen Stellung genommen. Es hat dabei ausgeführt, dass das FusG ein allgemeines Gesetz sei, das andere Rechtsbestimmungen des Bundes, mit denen es zusammentrifft, nicht aufhebe, sondern ergänze. Weiter wird in den Mitteilungen ausgeführt, dass der Übertragungsvertrag die Anwendbarkeit des FusG ausdrücklich vorsehen müsse; man könne nicht durch Auslegung des Vertrages auf die Anwendbarkeit des FusG schliessen. Fehle eine klare Willensäusserung der Parteien, sei das FusG nicht anwendbar und die Übertragung sei nach den Regeln der Singularsukzession durchführbar. Weiter führte es aus: "Bei einer Gesamtliquidation (Art. 53*c* und *d* BVG) muss das FusG nicht zwingend angewendet wer-

den, da Art. 98 FusG keinen Unterschied macht zwischen einer Gesamt- und einer Teilliquidation einer Vorsorgeeinrichtung. Demzufolge gelten die genannten Grundsätze, insbesondere die freiwillige Anwendung des FusG auch bei einer Gesamtliquidation."

Lehre und Praxis gehen indes davon aus, dass das FusG auch bei Vorsorgeeinrichtungen zwingend anwendbar sei. "Die Sammel- und Gemeinschaftsvorsorgeeinrichtungen sind ebenfalls dem Fusionsgesetz unterstellt, insbesondere im Fall von Fusionen zwischen Sammel- bzw. Gemeinschaftseinrichtungen und Vorsorgeeinrichtungen eines einzelnen Arbeitgebers (vgl. JACQUES ANDRÉ SCHNEIDER in: Schneider/Geiser Gächter [Hrsg.], Handkommentar zum BVG und FZG, Bern 2010, Einleitung N. 146). "Kraft Art. 98 FusG können Vorsorgeeinrichtungen ihr Vermögen oder Teile davon mit Aktiven und Passiven auf andere Vorsorgeeinrichtungen oder Rechtsträger übertragen. Die Übertragung erfolgt gemäss dem Verfahren von Art. 70-77 FusG […]" (PASCAL MONTAVON, Umstrukturierungen nach dem neuen Fusionsgesetz, in: Treuhandexperte 3/2004, S. 153). Die Konferenz der kantonalen BVG- und Stiftungsaufsichtsbehörden ist ebenfalls der Auffassung, dass das Fusionsgesetz anwendbar ist, soweit – wie vorliegend – im Rahmen einer Teilliquidation Vermögen an eine oder mehrere Vorsorgeeinrichtungen für eine Gruppe von Destinatären kollektiv übertragen wird (vgl. Merkblatt der Konferenz der Kantonalen BVG- und Stiftungsaufsichtsbehörden "Teilliquidation von Vorsorgeeinrichtungen mit reglementarischen Leistungen", Ziffer 3 [http://www.konferenz-bvg-aufsicht-stiftungen.ch/, zuletzt abgerufen am 14. Juli 2014]).

Dem ist zu folgen. Weder ergeben sich aus dem Gesetz noch aus der Botschaft Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber die Vorsorgeeinrichtungen vom Anwendungsbereich des FusG ausnehmen wollte. Das BSV begründet in seinen Mitteilungen nicht, warum die Vorsorgeeinrichtungen ein Wahlrecht bezüglich Anwendbarkeit des FusG hätten; eine gesetzliche Grundlage für eine solche Ausnahme wird dort nicht genannt und liegt auch nicht vor. In Art. 181 Abs. 4 OR wird im Gegenteil ausdrücklich normiert, dass sich bei Stiftungen – wie vorliegend – die Übernahme eines Vermögens nach den Vorschriften des FusG richte. Für eine Übernahme nach Art. 181 OR (Singularsukzession) bleibt daher kein Raum.

Die Vorinstanz hätte deshalb in Anwendung des FusG prüfen müssen, ob die Rechte und Ansprüche der Versicherten gewahrt bleiben (vgl. Art. 98

Abs. 2 FusG i.V.m. Art. 88 Abs. 2 FusG). Eine entsprechende Bestätigung in der angefochtenen Verfügung fehlt. Die Vorinstanz hat demnach das FusG zu Unrecht nicht angewendet. Auch aus diesem Grund ist die Verfügung aufzuheben.

9.

Es bleibt zu prüfen, ob die gestaffelte Auszahlung bzw. der Miteinbezug des Verteilfaktors "künftige Betriebstreue" in den Verteilplan – Hauptstreitpunkt im vorliegenden Fall – zulässig ist.

9.1

9.1.1 Die rechtlichen Grundlagen lauten wie folgt:

> Gemäss Art 53*d* Abs. 1 BVG muss die Teil- und Gesamtliquidation der Vorsorgeeinrichtung unter Berücksichtigung des Gleichheitsgrundsatzes und nach fachlich anerkannten Grundsätzen durchgeführt werden.
>
> Gemäss Art. *53d* Abs. 4 BVG legt das paritätisch besetzte Organ oder das zuständige Organ im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen und des Reglements fest:
> a. den genauen Zeitpunkt;
> b. die freien Mittel und den zu verteilenden Anteil;
> c. den Fehlbetrag und dessen Zuweisung;
> d. den Verteilungsplan.

9.1.2 Gemäss Lehre und Rechtsprechung hat die Verteilung der freien Mittel nach objektiven Kriterien zu erfolgen, wobei diese dem Vorsorgegedanken entsprechen müssen. Die freien Mittel sollen denjenigen Versicherten zugutekommen, die zu ihrer Äufnung beigetragen haben bzw. für die sie geäufnet wurden (zu den Verteilkriterien vgl. BVGE 2011/20 E. 4.2 ff.). Unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung dürfen nur Kriterien berücksichtigt werden, die bei der Mehrheit der Begünstigten angewendet werden können. Zudem ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass nicht dieselben Destinatäre direkt oder indirekt mehrfach begünstigt werden und es dadurch zu einer überproportionalen Besserstellung kommt. Als Kriterien für die Genehmigung des Verteilplans können diejenigen herangezogen werden, die in Art 53*d* BVG festgehalten sind, insbesondere der Grundsatz, wonach das Vermögen dem Personal zu folgen hat, und der Grundsatz der Gleichbehandlung (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-5003/2010 vom 8. Februar 2012, E. 6.2; UELI KIESER in: Jacques-André Schneider/Thomas Geiser/Thomas Gächter, a.a.O., Art. 53*c,* N. 18).

9.1.3 Soweit möglich sind bei der Festlegung und Gewichtung der Verteilungskriterien die Herkunft der freien Mittel und der Zeitpunkt der Äufnung zu berücksichtigen. Als Kriterien werden in der Praxis in erster Linie Dienstalter, Lebensalter, Deckungs- bzw. Sparkapital, Lohnhöhe, Zivilstand und familienrechtliche Verpflichtungen der Destinatäre verwendet (HANS-ULRICH STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Basel/Genf/München 2005, Rz. 1162; JÜRG BRÜHWILER in: SBVR XIV-Meyer, Soziale Sicherheit, M Rz. 37, S. 2012; ISABELLE VETTER-SCHREIBER, BVG, Zürich 2009, Rz. 16 und 19 zu Art. 53*d* i.V.m. Rz. 22 und 23 zu Art. 53*b*, S. 189-191, und ROLF WIDMER, Aufteilung der freien Stiftungsmittel, in: Teilliquidationen von Vorsorgeeinrichtungen, Hrsg. Hans Schmid, Bern 2000, S. 62 f;).

9.1.4 Die Verteilung erfolgt idealerweise proportional nach einem Punktesystem, in welches die verschiedenen Verteilungskriterien einfliessen. Die folgenden Gewichtungen der Verteilungskriterien wurden nach Lehre und Rechtsprechung als angemessen qualifiziert: Sparkapital, Alter, Zugehörigkeit zum Betrieb sowie Lohn zu je 25%; ferner Lohn zu 10% und die Kriterien Zugehörigkeit zum Betrieb, familiäre Unterstützungspflichten, Lebensalter, vorhandenes Sparkapital zu je 20% (ergibt allerdings nur 90%; vgl. BGE 128 II 394 E. 4.2; UELI KIESER, a.a.O., Rz. 55-57 zu Art. 53*d* BVG; CARL HELBLING, Personalvorsorge und BVG, 7. Auflage, Bern 2000, S. 276).

9.1.5 Als zulässige Ermessensausübung des Stiftungsrates wurde erachtet, bei der Bestimmung der Verteilungskriterien eine gewisse Betriebstreue zu honorieren und deshalb nur Personen mit mindestens fünf Dienstjahren in den Verteilungsplan einzubeziehen (Urteil der Beschwerdekommission BVG vom 16. Februar 1999; SVR 2001, BVG Nr. 14, E. 4a). Als unzulässig wurde hingegen ein Mindestalter von 40 Jahren und eine Betriebszugehörigkeit von 10 Jahren qualifiziert, da dies den Ausschluss eines Grossteils der Destinatäre zur Folge gehabt hätte. Für die Wahl solcher Kriterien bestanden keine triftigen sachlichen Gründe, weshalb sie gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung verstiessen (Urteil des Bundesgerichts vom 3. April 1998, SZS 2000, S. 445).

9.2 Die massgebliche Bestimmung im Verteilplan lautet wie folgt (vgl. Expertenbericht S. 6, B-act. 6 Beilage 13):

> "Die aktiven Versicherten erhalten den Zinsausgleich (Kriterium 1) und den Ausgleich Altersrenten (Kriterium 2) nach Abschluss des Liquidationsprozesses auf die Altersguthaben gutgeschrieben. Die restlichen Mittel (Kriterien 3, 4 und 5b) werden über die nächsten 5 Jahre in jährlichen Tranchen erworben

> (d.h. pro Jahr 1/5 dieser Mittel) und dem Altersguthaben gutgeschrieben; massgebend ist jeweils der Stichtag 31. März). Bei einem Austritt vor Ablauf der 5 Jahre geht der Anspruch auf den noch nicht erworbenen Teil der freien Mittel verloren […].

9.3 Die Beschwerdeführerin macht in der Beschwerde geltend, der Verteilplan beruhe teilweise auf sachfremden Kriterien und sei deshalb aufzuheben; die den aktiven Versicherten zustehenden freien Mittel seien diesen sofort bzw. bedingungslos zum Zeitpunkt des Austritts gutzuschreiben und nicht, wie im Verteilplan vorgesehen, jährlich über fünf Jahre tranchenweise, abhängig von der künftigen Firmentreue (B-act. 1 S. 5). In der Replik ergänzt sie, vorliegend würden Interessen des Arbeitgebers in den Verteilungsplan einfliessen (B-act. 23, S. 3 unten). Die künftige Betriebstreue sei ein sachfremdes Argument und könne insbesondere bei einer Gesamtliquidation keine Rolle spielen (S. 8).

9.4 Die Beschwerdegegnerin macht unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts geltend, die Betriebstreue und das Dienstalter seien angesichts der im erwähnten Bundesgerichtsentscheid erwähnten und in der Literatur anerkannten Kriterien ein sachgerechtes Kriterium. Das Bundesgericht habe deshalb in seinem Urteil 2A.76/1997 vom 30. Juni 1998 auch festgehalten, dass (vorher) freiwillig ausgetretene Mitarbeiter von Teilliquidationen ausgeschlossen würden. Falls das Kriterium Betriebstreue zulässig sei, müsse dies auch für die zukünftige Betriebstreue gelten (B-act. 19 Ziff. 19 ff., Ziff. 28, B-act. 29 [Replik] Ziff. 15, 22).

9.5 Die Vorinstanz begründet die Zulässigkeit der gestaffelten Auszahlung weder in der angefochtenen Verfügung noch in ihrer Vernehmlassung vom 29. November 2012 (B-act. 6). In der Duplik (B-act. 25) macht sie geltend, der Entscheid sei paritätisch getroffen worden und die übertragende Stiftung hätte die Mittel auch selbst über fünf Jahre verteilen und sich erst dann aufheben können.

9.6

9.6.1 Zunächst ist festzuhalten, dass die vorgängige Auszahlung der Einmaleinlagen (act. 13, Ziff. 6.2 des Expertenberichts, Ziffern 1 und 2) nicht umstritten ist. Umstritten ist jedoch die Rechtmässigkeit der Regelung, dass die restlichen freien Mittel über die nächsten fünf Jahre in jährlichen Tranchen erworben werden (d.h. pro abgelaufenes Jahr wird 1/5 dieser Mittel erworben und dem Altersguthaben gutgeschrieben [vgl. S. 5 und 6 des Expertenberichts]).

9.6.2 Die Beschwerdeführerin führt zu Recht aus, dass die gestaffelte Auszahlung im Interesse des Arbeitgebers erfolge, da er die Arbeitnehmenden in den nächsten fünf Jahren besser an sich binden könne, was im Übrigen auch die Beschwerdegegnerin sinngemäss bestätigt (B-act. 19 Ziff. 29: "Dies entspricht denn auch arbeitsvertraglichen Erfolgsmodellen: So wird auch bei der Zuweisung von "Mitarbeiteraktien" und anderen Mitarbeiterbeteiligungsprogrammen regelmässig eine Zugehörigkeit zum Betrieb von 4-6 Jahren verlangt […]"). Entgegen den Ausführungen der Beschwerdegegnerin dürfen aber betriebliche Interessen des Arbeitgebers in einem Verteilplan nicht berücksichtigt werden; sie sind im Rahmen eines Verteilplanes sachfremd. So ist nicht zulässig, künftige Betriebstreue der Mitarbeitenden durch künftige gestaffelte Zahlungen aus einem Verteilplan der beruflichen Vorsorge einzufordern, wie dies in der Praxis ausserhalb der beruflichen Vorsorge, z.B. durch Mitarbeiteroptionen und Ähnlichem, getan wird. Die Schlussfolgerung der Beschwerdegegnerin, dass *zukünftige* Betriebstreue als zulässig zu betrachten sei, weil das Bundesgericht bisher die Betriebstreue in der Vergangenheit als zulässigen Faktor betrachtet hat, ist nicht begründet und nicht schlüssig. Die Zulässigkeit des Verteilfaktors "Betriebstreue in Vergangenheit" leitet sich nämlich aus dem Grundsatz ab, wonach das Vermögen denjenigen Destinatären zu folgen hat, welche zu dessen Äufnung beigetragen haben (vgl. vorne E. 9.1.2). Dies ist beim Verteilkriterium der "künftigen Betriebstreue" nicht der Fall und wurde vom Bundesgericht bisher auch nicht beurteilt, weshalb der Verweis der Beschwerdegegnerin auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu kurz greift.

9.6.3 Art. 27*g* Abs. 1 BVV 2 sieht vor, 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. Die Zulässigkeit der kollektiven Übertragung hat das Bundesgericht bestätigt (vgl. BGE 131 II 533 E. 7.2; Urteil 9C_489/2009 vom 11. Dezember 2009 E. 2.2 und E. 4.3). Bei kollektiven Übertragungen werden die *vorsorgerechtlichen* Interessen des Arbeitgebers mit berücksichtigt, da seine Beitragspflicht durch das Vorhandensein von freien Mitteln tendenziell sinkt. Praxisgemäss wird also die Mitberücksichtigung der *vorsorgerechtlichen*, nicht aber wirtschaftliche oder betriebliche Interessen des Arbeitgebers im Verteilplan akzeptiert.

9.6.4 Entscheidend ist jedoch im vorliegenden Verteilplan, dass der Arbeitgeber von dem zweistufigen Vorgehen *vorsorgerechtlich nicht* profitiert. Die Restanz, d.h. derjenige Teil der freien Mittel, welcher wegen

Kündigung innerhalb der fünf Jahre nicht zur Auszahlung gelangt (Ziff. 3-5b), wird nach einem vorgegebenen Verteilplan an die im Jahr 2016 noch vorhandenen übriggebliebenen Destinatäre verteilt. Ziffer 6.3. des Verteilplans lautet wie folgt:

> "Verteilplan für allfällige Restbeträge per 31. März 2016 […]. Der Destinatärkreis für diese Verteilung entspricht den zu diesem Zeitpunkt noch in der Sammelstiftung C._____ versicherten aktiven Versicherten. Diese Mittel werden unter den Destinatären pro Kopf verteilt."

Der Arbeitgeber profitiert somit nicht aus vorsorgerechtlicher Sicht, sondern lediglich durch die Tatsache, dass seine Mitarbeiter durch die gestaffelte Auszahlung stärker an ihn gebunden werden, also rein betrieblich. Betriebliche oder wirtschaftliche Interessen des Arbeitgebers dürfen – wie schon erwähnt – bei der Ausarbeitung einer Verteilplans nicht berücksichtigt werden. Da der Verteilplan bzw. der Entscheid des Stiftungsrates ein sachfremdes Element als Verteilfaktor enthält, ist er willkürlich und damit rechtswidrig.

9.6.5 Im Weiteren führt der vorliegende Verteilplan dazu, dass die später (zwischen April 2011 und Ende 2016) austretenden Destinatäre im Vergleich zu denjenigen, die zu einem früheren Zeitpunkt *freiwillig* ausgetreten sind, einen höheren Prozentsatz an freien Mitteln erhalten, obwohl beide Destinatärsgruppen gleichviel zur Äufnung der freien Mittel bis zum Stichtag 31. März 2011 beigetragen haben. Dies verstösst gegen den Gleichheitsgrundsatz (Art. 8 BV). Hinzu kommt, dass die später austretenden Destinatäre in den Genuss der verfallenden freien Mittel (Restanz) der früher austretenden gelangen (vgl. oben E. 9.6.4). Die später austretende Destinatärsgruppe wird also im Vergleich zu der früher austretenden doppelt bevorteilt, womit es zu einer überproportionalen Besserstellung dieser Destinatärsgruppe gegenüber denjenigen Destinatären kommt, welche kurz nach dem Stichtag ausscheiden (vgl. vorne E. 9.1.2). Schliesslich werden früher austretende Destinatäre mit einem geldwerten Nachteil belegt, was faktisch mit einer Busse vergleichbar ist. Dieser pönale Charakter der Staffelung ist stossend.

9.7 Die tranchenweise jährliche Auszahlung an die Destinatäre in Verbindung mit der Auszahlung der Restanz an die zuletzt Verbleibenden ist somit insgesamt willkürlich, rechtsungleich und damit rechtswidrig.

9.8 Angesichts dieses Ergebnisses braucht die Rüge der Beschwerdeführerin, ob der Verteilplan auch durch die ungleiche Behandlung der freiwil-

lig Austretenden gegenüber den unfreiwillig Austretenden gegen das Gleichheitsgebot verstösst, nicht mehr geprüft zu werden.

10.
Die Beschwerde ist vollumfänglich gutzuheissen, da die Vorinstanz zu Unrecht Art. 53*c* BVG nicht angewendet und den Verteilplan nicht genehmigt hat. Aus den Akten ist zudem nicht ersichtlich, ob sie bei der Prüfung des Verteilplans ihre Kognition ausgeschöpft hat. Weiter hat die Vorinstanz das Fusionsgesetz zu Unrecht nicht angewendet; in der angefochtenen Verfügung fehlt es an einer Bestätigung, wonach die Rechte und Ansprüche der Versicherten gewahrt sind (Art. 98 Abs. 2 i.V.m. Art 88 Abs. 2 FusG). Der Verteilfaktor "künftige Betriebstreue" ist willkürlich und damit unzulässig, da er sich nicht auf die Grundsätze für die Erstellung eines Verteilplans stützen lässt und im Ergebnis zu einer Verletzung des Gleichheitsgebotes führt.

Die angefochtene Verfügung ist somit aufzuheben und die Sache ist an die Vorinstanz zu neuer Prüfung zurückzuweisen. Die Vorinstanz hat die Beschwerdegegnerin anzuweisen, einen neuen Verteilplan im Sinne der Erwägungen zu erstellen. Anschliessend hat sie den Verteilplan in Ausschöpfung der ihr zustehenden Kognition zu prüfen und zu genehmigen. Weiter hat sie zu bestätigen, dass die Rechte und Ansprüche der Versicherten gewahrt bleiben.

11.
11.1 Eine Rückweisung gilt praxisgemäss als Obsiegen der beschwerdeführenden Partei (BGE 132 V 215 E. 6), sodass der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 2'500.- der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils auf ein von ihr anzugebendes Konto zurückzuerstatten ist. Der Vorinstanz werden keine Verfahrenskosten auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Gestützt auf das Reglement vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) werden die Verfahrenskosten (inkl. Zwischenentscheid vom 13. Februar 2013) auf Fr. 3'000.- festgesetzt und sind der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen.

11.2 Die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin hat laut Art. 64 Abs. 1 VwVG in Verbindung mit Art. 7 VGKE Anspruch auf eine Parteientschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten. Wird keine Kostennote eingereicht, setzt das Gericht die Entschädigung auf Grund der Akten fest (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Vorliegend

erweist sich eine Parteientschädigung in Berücksichtigung des Aufwands und der Schwere der Streitsache von Fr. 3'600.- (inkl. Aufwandentschädigung und Mehrwertsteuer zu Lasten der Beschwerdegegnerin als angemessen. Der Vorinstanz steht keine Parteientschädigung zu (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird gutgeheissen. Die angefochtene Verfügung vom 29. Mai 2012 wird aufgehoben und zu neuer Prüfung im Sinne der Erwägung 10 an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.
Der Beschwerdegegnerin werden Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 3'000.- auferlegt. Der von der Beschwerdeführerin geleistete Kostenvorschuss von Fr. 2'500.- wird ihr nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

3.
Der Beschwerdeführerin wird zu Lasten der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung von Fr. 3'600.- zugesprochen.

4.
Dieses Urteil geht an:

– die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular)
– die Beschwerdegegnerin (Gerichtsurkunde)
– die Vorinstanz (Ref-Nr. […]; Gerichtsurkunde)
– das Bundesamt für Sozialversicherungen (Einschreiben)
– die Oberaufsichtskommission BVG (Einschreiben)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:	Der Gerichtsschreiber:
Beat Weber	Urs Walker

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 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: