



---

Abteilung III  
C-4658/2007 C-7867/2009  
{T 0/2}

## Urteil vom 26. Februar 2010

---

Besetzung

Richter Beat Weber (Vorsitz),  
Richter Francesco Parrino,  
Richter Vito Valenti,  
Gerichtsschreiber Daniel Stufetti.

---

Parteien

L.\_\_\_\_\_,  
Beschwerdeführer,

gegen

**Personalvorsorgestiftung der X.\_\_\_\_\_ (Schweiz),**  
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Hermann Walser,  
Paulstrasse 5, 8610 Uster,  
Beschwerdegegnerin,

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

---

Gegenstand

BVG - Verzinsung Altersguthaben / Verfahrenskosten;  
Verfügungen des Amtes für berufliche Vorsorge und  
Stiftungen des Kantons Zürich vom 5. Juni 2007 und 13.  
November 2009.

**Sachverhalt:****A.**

Die "Personalvorsorgestiftung der X.\_\_\_\_\_ (Schweiz)" (nachfolgend Stiftung oder Beschwerdegegnerin) ist eine Stiftung im Sinne von Art. 80 ff. des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210) sowie Art. 48 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG, SR 831.40). Deren Zweck besteht darin, den Arbeitnehmenden und deren Hinterlassenen der X.\_\_\_\_\_ (Schweiz) und mit dieser eng verbundenen Unternehmungen die berufliche Vorsorge im Rahmen des BVG sowie darüber hinaus die weitergehende Vorsorge für die wirtschaftlichen Folgen von Alter, Tod und Invalidität zu gewähren (act. 22). Die Stiftung ist unter der Nummer ZH.0824 im Register für die berufliche Vorsorge eingetragen und untersteht der Aufsicht des Amtes für berufliche Vorsorge und Stiftungen des Kantons Zürich (nachfolgend Aufsichtsbehörde oder Vorinstanz).

**B.**

Bedingt durch die im Jahr 2000 einsetzende negative Entwicklung an den weltweiten Finanzmärkten verschlechterte sich die finanzielle Lage der Stiftung. Laut Jahresberichterstattung 2002 sank der Deckungsgrad der Stiftung von 104.2 % per 31. Dezember 2001 auf 86.4 % per 31. Dezember 2002 mit einem Fehlbetrag von Fr. 257'532'815.- (vgl. act.13/1/7 und act. 13/26). Dies veranlasste den Stiftungsrat am 28. Januar 2003, Sofortmassnahmen zur Wiederherstellung des finanziellen Gleichgewichts zu ergreifen (act. 13/1/4). So wurde beschlossen, mit den angeschlossenen Firmen der X.\_\_\_\_\_ eine Vereinbarung zur Defizitdeckung auszuhandeln sowie die Verzinsung der BVG-Altersguthaben 2002 und 2003 für Austritte und Leistungsfälle durch Änderung der Reglementsbestimmungen von bisher 4 % (BVG-Mindestverzinsung) auf 1,5 % und für Pensionierungen während des Jahres von bisher 4 % auf 3 % für 2002 und 2,5 % für 2003 herabzusetzen. Dementsprechend wurde Art. 20 Abs. 3 des Reglements Beitragsprimat per sofort ausser Kraft gesetzt, wonach für Austritte und Leistungsfälle innerhalb des Jahres der BVG-Mindestzinssatz angewendet wird (vgl. act. 13/1/3). Am 27. März 2003 formulierte der Stiftungsrat diese Reglementsbestimmung dahingehend neu, dass für Austritte und Leistungsfälle während des Jahres der Stiftungsrat den Zinssatz separat festlegt (act. 13/1/10). Am 7. April 2003 wurde die besagte Vereinbarung zwischen der Stiftung und den

beiden Vorsorgefonds der X.\_\_\_\_\_ (Schweiz) sowie der X.\_\_\_\_\_ Corporation, Forschungslaboratorium einerseits und der beiden angeschlossenen Unternehmen (X.\_\_\_\_\_ [Schweiz] sowie X.\_\_\_\_\_ Corporation Forschungslaboratorium Z.\_\_\_\_\_) andererseits abgeschlossen (act. 13/20/1). Danach verpflichten sich die Unternehmen über einen Zeitraum von 5 Jahren, der aus der Deckungslücke am 31. Dezember 2002 entstandenen Eventualverpflichtung durch Zahlungen in die beiden Vorsorgefonds in der Form eines rückzahlungspflichtigen Darlehens nachzukommen.

**C.**

Gegen die Beschlüsse betreffend die Herabsetzung des Zinssatzes sowie den Abschluss der Vereinbarung wandte sich das Stiftungsratsmitglied und Arbeitnehmervertreter L.\_\_\_\_\_ mit seinem Rückkommensantrag vom 30. Mai 2003. Am 12. Juni 2003 lehnte der Stiftungsrat diesen Rückkommensantrag ab und bestätigte die Beschlüsse vom 28. Januar 2003 sowie die abgeschlossene Vereinbarung (act. 13/20/1). Dagegen erhob L.\_\_\_\_\_ am 15. September 2003 Aufsichtsbeschwerde an die Vorinstanz (act. 13/1). Dabei beantragte er, die Beschwerdegegnerin sei anzuweisen, die Altersguthaben im Beitragsprimat für das Jahr 2002 mit mindestens 4 % zu verzinsen und von der X.\_\_\_\_\_ den vollen, unverzöglichen und angemessen verzinsten Ausgleich des in der Jahresrechnung 2002 ausgewiesenen Fehlbetrags zuzüglich Kosten für die Verzinsung der Altersguthaben einzufordern. Er machte im Wesentlichen geltend, der damals geltende BVG-Mindestzinssatz von 4 % dürfe nicht unterschritten werden. Unzulässig sei auch eine unterschiedliche Verzinsung der Altersguthaben aus dem obligatorischen Teil und dem überobligatorischen Teil der Vorsorge. Die Massnahmen würden des Weiteren in mehrfacher Hinsicht zu einer Ungleichbehandlung der Destinatäre führen, indem das Altersguthaben der bis zum 31. Dezember 2002 ausgetretenen Destinatäre zu einem höheren Zinssatz als bei den verbleibenden verzinst werde, sich unterschiedliche Auswirkungen bei den nach Beitragsprimat und nach Leistungsprimat versicherten Destinatären ergeben würden sowie die Altersguthaben der Arbeitnehmer der angeschlossenen Unternehmungen unterschiedlich verzinst würden.

**D.**

Mit Verfügung vom 6. Juni 2007 (act. 1) wies die Vorinstanz die Aufsichtsbeschwerde gegen die Beschwerdegegnerin ab. Zur Begründung

fürte sie im Wesentlichen aus, die Mindestzinsvorschriften gemäss BVG würden nur für BVG-Minimalkassen gelten, während für den überobligatorischen Teil kein Mindestzins vorgeschrieben werde und diesbezüglich dem Stiftungsrat ein Ermessen zustehe. Gemäss Lehre und Praxis sei anerkannt, dass bei umhüllenden Vorsorgeeinrichtungen – wie vorliegend – von einem einheitlichen Vorsorgeplan auszugehen sei, mit welchem die BVG-Mindestleistungen eingehalten würden, sofern das nach den reglementarischen Bestimmungen gebildete Altersguthaben mindestens gleich hoch sei wie das im Rahmen der Schattenrechnung geführte BVG-Altersguthaben (Anrechnungsprinzip). Darüber hinaus könne die Vorsorgeeinrichtung die Verzinsung frei bestimmen und auch der finanziellen Lage Rechnung tragen. So sei bei umhüllenden Kassen eine Herabsetzung der Verzinsung bis 0 % zulässig, sofern das effektive Altersguthaben mindestens gleich hoch wie das BVG-Altersguthaben zuzüglich Mindestzins sei. Diese Voraussetzungen seien vorliegend erfüllt. Auch würden keine wohl-erworbenen Rechte der Destinatäre verletzt. Ebenso liege ein Verstoss gegen das Gleichbehandlungsgebot nicht bereits wegen der unterschiedlichen Planzugehörigkeit vor. Vielmehr würden vorliegend die Destinatäre innerhalb desselben Planes gleich behandelt. Die unterschiedliche Verzinsung der Destinatäre der angeschlossenen Unternehmen rechtfertige sich dadurch, dass für die Destinatäre der X.\_\_\_\_\_ Research beim Anschluss an die Personalvorsorgestiftung der X.\_\_\_\_\_ eine spezielle Reserve eingebracht worden sei, welche eine zusätzliche Verzinsung ermöglicht habe. Eine unterschiedliche Verzinsung bei Austritten und Leistungsfällen unter dem Jahr sei ebenfalls nicht zu beanstanden, da der Stiftungsrat den Zins einmal jährlich und erst nach Vorliegen der Jahresrechnung festlege. Auch eine höhere Verzinsung der Altersguthaben der im Jahre 2003 Pensionierten sei nach den Umständen sachlich geboten und daher nicht willkürlich. Was die Zahlung der angeschlossenen Unternehmen anbelangt, so bestehe sowohl aus dem Gesetz als auch dem Reglement nur die Verpflichtung, mindestens gleich hohe Beiträge wie die Versicherten zu leisten. Zudem bestehe die reglementarische Pflicht, zusätzliche Beiträge zur Finanzierung der Vorsorgekosten zu leisten, nur soweit, als sich diese nicht mit Beiträgen der Versicherten, Kapitalerträgen und allfälligen weiteren Mitteln der Stiftung finanzieren liessen. Gegen die getroffene Vereinbarung könne deshalb nichts eingewendet werden.

**E.**

Gegen diese Verfügung erhob L.\_\_\_\_\_ (nachfolgend Beschwerdeführer) am 9. Juli 2007 (Datum des Poststempels) Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht (act. 1). Darin wiederholte er im Wesentlichen seine in der Aufsichtsbeschwerde gestellten Anträge wie folgt:

- "1. Die Verfügung BE.2003.3501/WA des Amtes für berufliche Vorsorge und Stiftungen des Kantons Zürich (Beschwerdegegner 1) vom 5.6.2007 sei aufzuheben und das Amt sei anzuweisen, gegen die beanstandeten Ungleichbehandlungen und Entscheide der Personalvorsorgestiftung der X.\_\_\_\_\_ (Schweiz) einzuschreiten.  
Die Beschwerdegegnerin 2 [gemeint ist die Personalfürsorgestiftung der X.\_\_\_\_\_ (Schweiz)] sei anzuweisen,
1. die Altersguthaben im Beitragsprimat für das Jahr 2002 mit mindestens 4 % zu verzinsen, und
  2. von der X.\_\_\_\_\_ den vollen, unverzüglichen und angemessen verzinsten Ausgleich des in der Jahresrechnung 2002 ausgewiesenen Fehlbetrags zuzüglich Kosten für die Verzinsung der Altersguthaben nach 1. einzufordern.
- Ferner sei festzustellen, dass das Nebeneinander der wesentlich unterschiedlichen Leistungspläne bei der Beschwerdegegnerin 2 eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung darstellt.  
Die Beschwerdegegnerin 2 sei anzuweisen, bis zu deren Einführung eines einheitlichen Leistungsplans auf Antrag von Destinatären diesen die höheren Altersleistungen auszurichten, die sich aus dem Vergleich auf der Basis von Freizügigkeitsanspruch zu Beginn der Versicherung, Lebensalter und Entwicklung des anrechenbaren Einkommens zwischen den Leistungsplänen ergeben.
2. Unter o/e-Kostenfolge zu Lasten der Beschwerdegegner".

Zur Begründung wiederholte er ebenfalls im Wesentlichen die im Rahmen seiner Aufsichtsbeschwerde vorgebrachten Gründe. Dabei hob er hervor, dass ein Eingriff in die wohlerworbenen Rechte insoweit bestehe, als der Freizügigkeitsanspruch per 31. Dezember 2002 nach Reglement berechnet höher sei als nach der nachträglichen Herabsetzung des Zinssatzes. Daher sei eine solche gemäss Reglement unzulässig, weil sie rückwirkend erfolge.

**F.**

Mit Stellungnahme vom 29. Oktober 2007 (act. 10) liess die Personalvorsorgestiftung der X.\_\_\_\_\_ (Schweiz), Beschwerdegegnerin, die Abweisung der Beschwerde beantragen. Sie trug dabei im Wesentlichen vor, die Beschwerdegegnerin führe als umhüllende Vorsorgeeinrichtung ein einheitliches Altersguthaben – und nicht wie der Beschwerdeführer darlege, deren zwei –, welches auch einheitlich verzinst werde, wobei der BVG-Mindestzins von 4 % im BVG-Altersguthaben in der Schattenrechnung gutgeschrieben worden sei. Der vom Stiftungsrat festgelegte Zins von 1,5 % auf das gesamte Altersgut-

haben übersteige jenes gemäss Schattenrechnung und sei daher zulässig. Dieser hätte sogar eine Nullverzinsung festlegen können. Dass der Stiftungsrat die Verzinsung der Altersguthaben für das laufende Jahr erst Ende des Jahres oder im Folgejahr festgelegt habe, sei ebenfalls zulässig und entspreche dem Reglement. Die unterschiedliche Verzinsung der Altersguthaben für die verbleibenden Versicherten gegenüber den austretenden fusse auf zwei unterschiedlichen, miteinander nicht vergleichbaren Sachverhalten und führe darum zu keiner Ungleichbehandlung. Im Übrigen habe der Stiftungsrat diese Praxis im umgekehrten Sinn in den Jahren 1995 – 2000 angewandt, wo die Altersguthaben der verbleibenden Versicherten zu Zinssätzen verzinst worden seien, welche damals noch über dem BVG-Zinssatz gelegen hätten, während den unter dem Jahr ausgeschiedenen Versicherten sowie bei Leistungsfällen nur der BVG-Mindestzins vergütet worden sei. Wohlerworbene Rechte würden nicht verletzt, weil es vorliegend gar nicht um eine nachträgliche Herabsetzung eines früher auf höherem Niveau festgelegten Zinssatzes, sondern um eine erstmalige Festsetzung desselben gehe. Dem Altersguthaben während der Zugehörigkeit des Versicherten zur Beschwerdegegnerin komme nicht der Charakter eines wohlerworbenen Rechtes zu. Dies sei erst beim Austritt der Fall, wo die nach dem Reglement berechnete Austrittsleistung der gesetzlichen Mindestleistung entsprechen müsse. Was den Ausgleich des Fehlbetrags durch den Arbeitgeber anbelange, so sei die Regelung im Reglement offen, sodass dem Stiftungsrat und dem Arbeitgeber ein erheblicher Ermessensspielraum zustehe. So lasse sich aus dem Reglement keine Verpflichtung des Arbeitgebers ableiten, den Fehlbetrag sofort und in vollem Umfang auszugleichen, wie dies der Beschwerdeführer wahrhaben möchte. Schliesslich entspreche die Führung von verschiedenen Vorsorgeplänen seit 1993 dem Prinzip der Kollektivität, welches mit der BVG-Revision gesetzlich verankert worden sei, und Art. 9 Abs. 3 des Freizügigkeitsgesetzes vom 17. Dezember 1993 (FZG, SR 831.42).

#### **G.**

In ihrer Vernehmlassung vom 4. Dezember 2007 (act. 13) beantragte die Vorinstanz ihrerseits die Abweisung der Beschwerde. Zur Begründung verwies sie auf ihre Erwägungen in der angefochtenen Verfügung sowie auf die Stellungnahme der Beschwerdegegnerin.

#### **H.**

Mit Replik vom 31. Januar 2008 (act. 16) hielt der Beschwerdeführer

an seinen Anträgen und der Begründung gemäss seiner Beschwerde vom 9. Juli 2007 fest. Dabei hob er hervor, die Beschwerdegegnerin habe einigen Versicherten das Guthaben 2002 abweichend von den beschlossenen 3 % verzinst, obwohl das Reglement einen einheitlichen Zinssatz vorschreibe. Daher ergänzte der Beschwerdeführer seine Anträge mit einem Eventualantrag, wonach für den Fall, dass das Gericht eine Mindestverzinsung mit 4 % nicht gutheisse, die Altersguthaben für 2002 wenigstens mit 3 % zu verzinsen seien.

**I.**

Mit Duplik vom 31. März 2008 (act. 18) hielt die Vorinstanz an ihren Anträgen und deren Begründung gemäss ihrer Vernehmlassung vom 4. Dezember 2007 fest.

**J.**

In ihrer Duplik vom 31. März 2008 (act. 19) hielt auch die Beschwerdegegnerin an ihren Anträgen und deren Begründung gemäss ihrer Vernehmlassung fest. Sie wies zusätzlich daraufhin, dass es dem Beschwerdeführer nicht gelinge zu begründen, woraus sich die Pflicht der Arbeitgeberfirma ableite, die Unterdeckung sofort und innert kürzester Frist auszufinanzieren. Im Übrigen werde die Fachmitteilung des ASIP Nr. 12 vom 29. Oktober 1999 missverstanden, da sie einen anderen als den vorliegenden Sachverhalt regle.

**K.**

Mit Verfügung vom 13. Mai 2008 (act. 20) schloss das Bundesverwaltungsgericht den Schriftenwechsel.

**L.**

Den mit Verfügung vom 16. Juli 2007 (act. 2) erhobenen Kostenvorschuss von Fr. 2'000.- bezahlte der Beschwerdeführer am 22. August 2007 (act. 7) ein.

**M.**

Mit Verfügung vom 16. Juli 2007 (act. 2) gab das Bundesverwaltungsgericht die Zusammensetzung des Spruchkörpers bekannt. Innerhalb der angesetzten Frist gingen keine Ausstandsbegehren ein.

Mit Verfügungen vom 28. September 2009 (act. 23) sowie vom 11. Februar 2010 (act. 26) gab das Bundesverwaltungsgericht eine Änderung in der Zusammensetzung des Spruchkörpers bekannt. Auch

dagegen gingen innerhalb der angesetzten Frist keine Ausstandsbegehren ein.

**N.**

Mit Entscheid vom 13. November 2009 (act. 1/1 im Verfahren C-7867/2009, Eingang beim Bundesverwaltungsgericht am 16. November 2009) wies die Vorinstanz die Einsprache des Beschwerdeführers vom 7. Juli 2007 gegen die ihm von der Vorinstanz mit der angefochtenen Verfügung von 5. Juni 2007 auferlegten Gebühren ab, mit der Begründung, für den Gebührentarif gemäss § 4 Abs. 1 Bst. h der kantonalen Verordnung über die berufliche Vorsorge und das Stiftungswesen gelange die im Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung geltende, am 1. März 2004 in Kraft getretene Fassung zur Anwendung, und nicht – wie vom Beschwerdeführer verlangt – das alte Recht, welches im Zeitpunkt der Erhebung seiner Aufsichtsbeschwerde galt.

**O.**

Gegen diesen Entscheid wandte sich der Beschwerdeführer mit Beschwerde vom 16. Dezember 2009 an das Bundesverwaltungsgericht (act. 1 im Verfahren C-7867/2009) und beantragte die Aufhebung der angefochtenen Verfügung sowie die Vereinigung des Verfahrens mit dem hängigen Verfahren C-4658/2007. Zur Begründung machte er im Wesentlichen geltend, er habe mit seiner Beschwerde vom 7. Juli 2007 gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 5. Juni 2007 auch den Kostenpunkt gerügt. Vorsorglich habe er in seiner separaten Eingabe vom 7. Juli 2007 an die Vorinstanz diesen Punkt einspracheweise nochmals gerügt, dies gemäss Rechtsmittelbelehrung auf der Gebührenrechnung. Für die Auferlegung der Gebühr sei das alte Recht massgebend, auf das er sich bei der Anhebung seiner Aufsichtsbeschwerde gestützt und dabei das Prozessrisiko eingeschätzt habe.

**P.**

Auf die weiteren Ausführungen der Parteien wird – sofern erforderlich – in den nachfolgenden Erwägungen näher eingegangen.

## **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

### **1.**

**1.1** Anfechtungsgegenstand des vorliegenden Verfahrens sind die Verwaltungsakte des Amtes für berufliche Vorsorge und Stiftungen des Kantons Zürich (Vorinstanz) vom 5. Juni 2007 sowie 13. November 2009, welche ohne Zweifel jeweils eine Verfügung im Sinne von Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) darstellen.

**1.2** Beide Beschwerden haben die nämliche Verfügung vom 5. Juni 2007 zum Ausgangspunkt. An diese knüpft auch die spätere Verfügung vom 13. November 2009 an. Beide Verfügungen betreffen auch denselben Sachverhalt. Es rechtfertigt sich daher, die Verfahren C-4658/2007 und C-7867/2009 aus prozessökonomischen Gründen zu vereinigen und in einem einzigen Urteil zu erledigen (BGE 128 V 124 E. 1 mit Hinweisen).

**1.3** Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG, 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 Bereich der beruflichen Vorsorge gemäss Art. 74 Abs. 1 BVG i.V.m. Art. 33 Bst. i VGG. Eine Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG liegt in casu nicht vor.

**1.4** Die Beschwerdelegitimation im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bestimmt sich nach Art. 48 VwVG (vgl. Art. 37 VGG). Danach ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Abs. 1 Bst. a), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Abs. 1 Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Abs. 1 Bst. c). Der Beschwerdeführer ist Destinatär der Beschwerdegegnerin und ist von den beschlossenen Sanierungsmassnahmen, welche mit der angefochtenen Verfügung bestätigt wurden (C-4658/2007), beziehungsweise von der Kostenaufgabe (C-7867/2009) besonders berührt. Zudem hat er als Mitglied des Stiftungsrates am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen. Er ist daher zur Beschwerde legitimiert.

**1.5** Die Beschwerden wurden innert Frist (Art. 50 VwVG) und formgerecht (Art. 52 VwVG) eingereicht. Auch der verlangte Kostenvorschuss im Verfahren C-4658/2007 wurde fristgerecht einbezahlt.

**1.6** Auf die Beschwerden ist daher einzutreten.

## **2.**

**2.1** Das Bundesverwaltungsgericht prüft die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich der Überschreitung oder des Missbrauchs des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und die Unangemessenheit, wenn nicht eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat (Art. 49 VwVG). Eine Einschränkung in diesem Sinne liegt nicht vor, da die Vorinstanz zwar als kantonale Behörde, nicht aber als Beschwerdeinstanz verfügt hat.

**2.2** Ermessensmissbrauch ist gegeben, wenn die entscheidende Stelle zwar im Rahmen des ihr eingeräumten Ermessens bleibt, sich aber von unsachlichen, dem Zweck der massgebenden Vorschriften fremden Erwägungen leiten lässt oder allgemeine Rechtsprinzipien, wie das Verbot von Willkür und von rechtsungleicher Behandlung, das Gebot von Treu und Glauben sowie den Grundsatz der Verhältnismässigkeit verletzt (BGE 123 V 152 Erw. 2 mit Hinweisen). Ermessensüberschreitung liegt vor, wenn die Behörden Ermessen ausüben, wo das Gesetz kein oder nur ein geringeres Ermessen einräumt (KÖLZ/HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz 627).

## **3.**

**3.1** Der Anfechtungsgegenstand wird durch die angefochtene Verfügung bestimmt. 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 aufgrund der Beschwerdebegehren tatsächlich angefochtenen Verfügungsgegenstand bildet (BGE 130 V 501 E. 1.1; 125 V 413 E. 1b, 119 Ib 36 E. 1b mit Hinweisen; FRITZ GYGI, *Bundesverwaltungsrechtspflege*, 2. Aufl., Bern 1983, S. 44 ff.).

**3.2** Vorliegend hat die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung vom 5. Juni 2007 einerseits die Aufsichtsbeschwerde abgewiesen (Dis-

positivziffer I) und andererseits dem unterliegenden Beschwerdeführer gemäss § 4 Abs. 1 Bst. h der kantonalen Verordnung über die Gebühren über die berufliche Vorsorge und das Stiftungswesen eine Gebühr von Fr. 4'000.- auferlegt (Dispositivziffer II).

**3.3** Der Beschwerdeführer ficht mit seiner Beschwerde vom 9. Juli 2007 (C-4658/2007) die Verfügung vom 5. Juni 2007 formell als Ganzes an. Wie er in seiner Beschwerde vom 16. Dezember 2009 (C-7867/2009) geltend macht, hat er sich mit seiner Einsprache vom 7. Juli 2007 an die Vorinstanz nochmals gegen die ihm in dieser Verfügung auferlegte Gebühr gewendet. Dies nachdem ihm die Vorinstanz in der (ihm separat zugestellten) Gebührenrechnung laut Rechtsmittelbelehrung Gelegenheit zur Einsprache innerhalb von 30 Tagen gewährte (vgl. act. 1/2 im Verfahren C-7867/2009), was auch von der Vorinstanz in ihrer angefochtenen Verfügung vom 13. November 2009 (vgl. Erwägung I.5 und 6) bestätigt wird. Mit letzterer hat sie damit zum zweiten Mal über denselben Sachverhalt (Auferlegung einer Gebühr im aufsichtsrechtlichen Beschwerdeverfahren; vgl. Verfügung vom 5. Juni 2007 E. 7 und Dispositivziffer II) befunden. Dass gegen dieselbe Verfügung zwei unterschiedliche Rechtsmittel, nämlich die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht einerseits und die Einsprache an die verfügende Behörde andererseits, gewährt werden, ist weder in den genannten verfahrensrechtlichen Bestimmungen des Bundesrechts noch im kantonalen Recht, auf welches sich die Vorinstanz stützt, vorgesehen und ist vorliegend auch nicht notwendig. Mit seiner separaten Eingabe vom 7. Juli 2007, welche ebenfalls form- und fristgerecht erfolgte, wollte der Beschwerdeführer seine Beschwerde vom 9. Juli 2007 dahingehend ergänzen, dass diese auch die ihm auferlegte Gebühr betreffe und damit zum Streitgegenstand der angefochtenen Verfügung vom 5. Juni 2007 gehöre. Daher hätte die Vorinstanz diese Eingabe unverzüglich dem Bundesverwaltungsgericht weiterleiten müssen, nachdem letzteres die Vorinstanz mit Verfügung vom 16. Juli 2007 (act. 2) über den Eingang der Beschwerde in Kenntnis setzte. Daher erweist sich die angefochtene Verfügung vom 13. November 2009 hinsichtlich ihres Zustandekommens als fehlerhaft und ist aufzuheben. Die darin vorgebrachten Darlegungen der Vorinstanz werden statt dessen als zusätzliche Vernehmlassung zur Beschwerde vom 9. Juli 2007 hinsichtlich der bestrittenen Auferlegung der Gebühren entgegen genommen. Dem Beschwerdeführer erwächst dadurch insofern kein Nachteil (Art. 38

VwVG), als seine diesbezüglichen Rügen im vorliegenden Verfahren geprüft und in Erwägung 9 näher behandelt werden.

#### 4.

**4.1** Gemäss Art. 61 Abs. 1 BVG hat jeder Kanton eine Behörde zu bezeichnen, welche die Vorsorgeeinrichtungen mit Sitz auf seinem Gebiet beaufsichtigt. Die Aufsichtsbehörde wacht darüber, dass die Vorsorgeeinrichtungen die gesetzlichen Vorschriften einhalten, indem sie unter anderem die Übereinstimmung der reglementarischen Bestimmungen mit den gesetzlichen Vorschriften prüft (Art. 62 Abs. 1 lit. a BVG).

**4.2** 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.; JÜRIG 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 JÜRIG BRÜHWILER, a.a.O., S. 2019 Rz 51).

**4.3** Nach Lehre und Rechtsprechung kann der am Einschreiten der Stiftungsaufsichtsbehörde Interessierte auf dem Beschwerdeweg an diese Behörde gelangen. Die Beschwerde nach Art. 61 ff. BVG ist ein vollwertiges Rechtsmittel, das dem Einzelnen einen Anspruch auf einen Entscheid einräumt, und nicht bloss eine Aufsichtsbeschwerde im eigentlichen Sinne, die keinen Anspruch auf einen Entscheid einräumt (BGE 112 Ia 180 E. 3d mit weiteren Hinweisen; ISABELLE VETTER-SCHREIBER, a.a.O., S. 52; HANS MICHAEL RIEMER, GABRIELA RIEMER-KAFKA, Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz, 2. Aufl., Bern 2006, S. 164).

**4.4** In diesem Sinne gelangte der Beschwerdeführer im vorinstanzlichen Verfahren mit seiner Eingabe vom 15. September 2003 (act. 13/1) an die Vorinstanz als Aufsichtsbehörde der Beschwerdegegnerin, indem er beantragte:

- " 1. Die Beschwerdegegnerin sei anzuweisen,
- 1.1 die Altersguthaben im Beitragsprimat für das Jahr 2002 mit mindestens 4 % zu verzinsen, und
  - 1.2 von der X.\_\_\_\_\_ den vollen, unverzüglichen und angemessen verzinsten Ausgleich des in der Jahresrechnung 2002 ausgewiesenen Fehlbetrags zuzüglich Kosten für die Verzinsung der Altersguthaben nach 1.1 einzufordern.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegnerin."

Der Beschwerdeführer wendet sich dabei gegen die vom Stiftungsrat der Beschwerdegegnerin am 28. Januar 2003 und 12. Juni 2003 beschlossenen Massnahmen zur Behebung der Unterdeckung der Beschwerdegegnerin (Sanierungsmassnahmen). Er macht im Wesentlichen geltend, die beschlossene Minderverzinsung der Altersguthaben verletze die Mindestverzinsung gemäss BVG und führe im verschiedenen Hinsicht zu Ungleichbehandlungen der Destinatäre. Weiter bemängelt er, die mit dem Arbeitgeber vereinbarte Ausgleichung des Fehlbetrages entspreche nicht den reglementarischen Bestimmungen (vgl. vorne Sachverhalt Bst. B).

## 5.

**5.1** Gemäss Art. 65 Abs. 1 BVG müssen die Vorsorgeeinrichtungen jederzeit Sicherheit dafür bieten, dass sie die übernommenen Verpflichtungen erfüllen können. Dieser Grundsatz gilt sowohl für die obligatorische als auch die weitergehende Vorsorge (Art. 48 BVG und Art. 49 Abs. 1 BVG in der bis zum 31. Dezember 2004 geltenden Fassung, und Art. 49 Abs. 2 Bst. 16 in der seit dem 1. Januar 2005 geltenden Fassung). Tritt eine Deckungslücke ein, so hat die Vorsorgeeinrichtung diese gemäss Art. 44 BVV 2 in der damals geltenden Fassung selber zu beheben (Abs. 1 Satz 1) und muss die Aufsichtsbehörde über Deckungslücken und über die dagegen ergriffenen Massnahmen unterrichten (Abs. 2). Gestützt auf Art. 64 Abs. 2 BVG hat der Bundesrat am 21. Mai 2003 Weisungen über Massnahmen zur Behebung von Unterdeckungen in der beruflichen Vorsorge (nachfolgend Weisungen 2003) erlassen, welche am 1. Juli 2003 in Kraft traten (BBI 2003 4314).

**5.2** Am 1. Januar 2005 sind neue Vorschriften in Kraft getreten, welche in den Artikeln 65a – 65e BVG im Wesentlichen eine zeitlich begrenzte Unterdeckung unter gewissen Voraussetzungen zulassen, den Begriff der Unterdeckung einheitlich regeln und den Vorsorgeeinrichtungen die Ergreifung von weiteren, einschneidenderen Massnahmen zur Behebung der Unterdeckung ermöglichen sollen (vgl. Botschaft des Bundesrates a.a.O., S. 6408 ff.). Aufgrund dieser Gesetzesnovelle hat der Bundesrat am 27. Oktober 2004 seine besagten Weisungen durch neue ersetzt, welche ebenfalls am 1. Januar 2005 in Kraft getreten sind (BBI 2004 6789, nachfolgend Weisungen 2004).

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung und Lehre ist die Rechtmässigkeit eines Verwaltungsakts grundsätzlich nach der Rechtslage zur Zeit seines Erlasses zu beurteilen (BGE 126 II 522, E. 3b/aa; 125 II 591, E. 5e/aa; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 325 ff.; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2005, § 24 Rz. 21). Die angefochtene Verfügung erging am 5. Juni 2007 und somit nach Inkrafttreten des neuen Rechts. Gegenstand dieser Verfügung war die Beurteilung der Aufsichtsbeschwerde des Beschwerdeführers vom 15. September 2003 gegen die erwähnten Beschlüsse der Beschwerdegegnerin vom 28. Januar 2003, 12. Juni 2003 und 7. April 2003 über die zu ergreifenden Sanierungs-

massnahmen, welche nach altem Recht ergingen. Da die Vorinstanz damit einen Sachverhalt zu beurteilen hatte, welcher sich abschliessend nach altem Recht ereignete, hat sie sich zu Recht auf altes Recht gestützt, was im Übrigen von keiner Seite bestritten wurde. Festzuhalten ist, dass im Rahmen der Gesetzesnovelle die bisherige Regelung und Praxis übernommen wurde – worauf in den nachfolgenden Erwägungen im Einzelnen eingegangen wird –, sodass für die materielle Prüfung der Rügen nicht von ausschlaggebender Bedeutung ist, ob altes oder neues Recht anzuwenden ist.

## 6.

**6.1** Die vorliegend bestrittene Minderverzinsung der Altersguthaben war bereits unter der Herrschaft des alten Rechts eine in der Praxis für umhüllende Vorsorgeeinrichtungen im Beitragsprimat anerkannte Sanierungsmassnahme (CARL HELBLING, Zur Sanierung von Pensionskassen, in *Der Schweizer Treuhänder* 4/2003 S. 219; HANS-ULRICH STAUFFER, *Berufliche Vorsorge*, Zürich 2005, S. 565 N 1487). Das Bundesgericht hat im Urteil 2A.562/2005 vom 28. Juni 2006 (vgl. E 3.4) die Rechtmässigkeit dieser Sanierungsmassnahme unter der Herrschaft des alten Rechts denn auch bejaht und erkannt, dass "...cette mesure était conforme aux exigences minimales de la loi sur la prévoyance professionnelle, en particulier parce qu'elle respectait les exigences des art. 15 al. 2 LPP et 12 lettre a OPP ainsi que celles de l'art. 17 al. 1 LFLP (...) A cela s'ajoute que la mesure litigieuse entrainait dans le catalogue des mesures qui étaient appliquées par la pratique avant le 1er juillet 2003 et qui, dès cette date, ont été également proposées par les Directives du Conseil fédéral du 21 mai 2003 pour les institutions de prévoyance enveloppantes enregistrées...".

Die Weisungen 2003 sahen hierzu Folgendes vor:

### **"33 Minder- oder Nullverzinsung bei umhüllenden Vorsorgeeinrichtungen im Beitragsprimat**

<sup>1</sup> Registrierte Vorsorgeeinrichtungen im Beitragsprimat, die mehr als die Minimalleistungen des BVG erbringen (sogenannte umhüllende Vorsorgeeinrichtungen), können im Fall einer Unterdeckung auf dem gesamten Sparguthaben eine Minder- oder Nullverzinsung nach dem Anrechnungsprinzip durchführen.

<sup>2</sup> Die Minder- oder Nullverzinsung ist unwirksam bei der Behebung einer Unterdeckung bei Leistungsprimatkassen und bei Rentendeckungskapitalien.

### **331 Rechtliche Schranken**

<sup>1</sup> Eine Minder- oder Nullverzinsung nach dem Anrechnungsprinzip bei einer

umhüllenden Vorsorgeeinrichtung im Beitragsprimat ist nur zulässig, sofern sie im Reglement vorgesehen ist und solange eine Unterdeckung besteht und die Informationspflichten gegenüber den Versicherten und der Aufsichtsbehörde eingehalten sind.

<sup>2</sup> Beim individuellen Austritt des Versicherten aus der Vorsorgeeinrichtung sind die Mindestvorschriften des BVG und des FZG unverändert gültig; so ist insbesondere Artikel 17 FZG zu beachten. Die Vorsorgeeinrichtung muss den Nachweis erbringen, dass bei der Berechnung der BVG-Schattenrechnung und bei der Berechnung der Austrittsleistung nach FZG die Vorschrift der Verzinsung mit dem Mindestsatz nach Artikel 15 BVG (in Verbindung mit Art. 12 BVV 2) eingehalten ist.

<sup>3</sup> Reglemente können vorsehen, dass das oberste paritätische Organ die Festlegung des Zinssatzes für das abgelaufene Jahr nach Kenntnis des Jahresergebnisses vornimmt. Besteht im Reglement eine derartige Bestimmung, handelt es sich um eine zulässige Rückwirkung einer Zinssatzsenkung. Grundsätzlich sind jedoch Massnahmen mit Rückwirkung verboten."

Diese Regelung wurde weitgehend in den ab dem 1. Januar 2005 geltenden Weisungen 2004 übernommen und wie folgt präzisiert:

**" 31 Minder- oder Nullverzinsung bei umhüllenden Vorsorgeeinrichtungen im Beitragsprimat bei Unterdeckung**

Registrierte Vorsorgeeinrichtungen im Beitragsprimat, die mehr als die Mindestleistungen des BVG erbringen (umhüllende Vorsorgeeinrichtungen) und im Fall einer Unterdeckung auf dem gesamten Sparguthaben eine Minder- oder Nullverzinsung nach dem Anrechnungsprinzip durchführen, haben die untenstehenden Schranken einzuhalten.

**311 Rechtliche Schranken**

<sup>1</sup> Eine Minder- oder Nullverzinsung nach dem Anrechnungsprinzip bei einer umhüllenden Vorsorgeeinrichtung im Beitragsprimat ist zulässig, sofern sie im Reglement vorgesehen ist und die Informationspflichten gegenüber den Versicherten und der Aufsichtsbehörde eingehalten sind. Die Anwendung eines Negativzinssatzes ist für sämtliche dem FZG unterstellten Vorsorgeeinrichtungen (d.h. auch für sogenannte Kaderkassen) ausgeschlossen (Art. 15 und 17 FZG).

<sup>2</sup> Beim individuellen Austritt des Versicherten aus der Vorsorgeeinrichtung sind die Mindestvorschriften des BVG und des FZG unverändert gültig, so ist insbesondere Artikel 17 FZG (in Verbindung mit Art. 6 Abs. 2 Freizügigkeitsverordnung vom 3. Oktober 1994) zu beachten. Die Vorsorgeeinrichtung muss den Nachweis erbringen, dass bei der Berechnung der BVG-Schattenrechnung und bei der Berechnung nach FZG die Vorschrift der Verzinsung mit dem Mindestsatz nach Artikel 15 BVG (in Verbindung mit Art. 12 BVV 2 und Art. 65d Abs. 4 BVG) eingehalten ist.

<sup>3</sup> Reglemente können vorsehen, dass das oberste paritätische Organ die Festlegung des Zinssatzes für das abgelaufene Jahr nach Kenntnis des Jahresergebnisses vornimmt. Besteht im Reglement eine derartige Bestimmung, handelt es sich um eine zulässige Rückwirkung einer Zinssatzsenkung. Grundsätzlich sind jedoch Massnahmen mit Rückwirkung verboten.  
"

Wie sich den Akten entnehmen lässt (vgl. Berichterstattung 2002 sowie versicherungstechnisches Gutachten der P.\_\_\_\_\_ AG per 31. Dezember 2002, act. 13/26), gewährt die Beschwerdegegnerin aufgrund des Stiftungszwecks eine über die gesetzlichen BVG-Mindestleistungen hinausgehende Vorsorge (umhüllende Kasse). Diese Vorsorge beruht auf verschiedenen Vorsorgeplänen:

- Im Leistungsprimatplan werden Arbeitnehmende versichert, welche vor dem 1. September 1993 in die X.\_\_\_\_\_ (Schweiz) eingetreten sind. Grundlage bildet das Reglement Leistungsprimat vom 1. Juni 1999 in der revidierten Fassung vom 6. September 2001 (act. 13/23a). Dieser Plan umfasste am 31. Dezember 2002 913 Versicherte.

- Im Beitragsprimatplan werden Arbeitnehmende versichert, welche nach dem 1. September 1993 in die X.\_\_\_\_\_ (Schweiz) eingetreten sind. Darunter befinden sich auch Versicherte, welche von der Personalvorsorgestiftung X.\_\_\_\_\_ Corporation Forschungslaboratorium Z.\_\_\_\_\_ in die Beschwerdegegnerin übergetreten sind, nachdem letztere im Zuge der Fusion per 1. Januar 2002 von der Beschwerdegegnerin übernommen wurde (act. 13/20/3, act. 13/20/4). Grundlage bildet das Reglement Beitragsprimat vom 1. Juni 1999 in der Fassung vom 6. September 2001 (act. 13/23a). Dieser Plan umfasste am 31. Dezember 2002 2'055 Versicherte.

- In einem besonderen Beitragsprimatplan (BVG-Minimumplan) werden Arbeitnehmende versichert, welche nicht fest angestellt sind. Grundlage bildet der Anhang D zum Reglement Beitragsprimat vom 1. Juni 1999 in der Fassung vom 6. September 2001 (act. 13/23a). Dabei werden nur die BVG-Mindestleistungen gewährt. Dieser Plan umfasste am 31. Dezember 2002 57 Versicherte.

**6.2** Im Beitragsprimatplan werden die Verzinsung der Altersguthaben am Ende des Jahres sowie der Austritte und Leistungsfälle innerhalb des Jahres in Art. 20 des Reglements Beitragsprimat wie folgt geregelt:

<sup>1</sup> Der Zinssatz wird vom Stiftungsrat unter angemessener Berücksichtigung der Anlageerträge der Pensionskasse nach Bildung der zur Sicherstellung der reglementarischen Leistungen notwendigen Rückstellungen jährlich neu festgelegt.

<sup>2</sup> Die Zinsen werden am Ende des Jahres gutgeschrieben. Die Altersguthabenschriften des laufenden Jahres werden nicht, Einlagen und eingebrachte Freizügigkeitsleistungen anteilmässig verzinst.

<sup>3</sup> Für Austritte und Leistungsfälle innerhalb des Jahres legt der Stiftungsrat

den Zinssatz separat fest. [Fassung gemäss Stiftungsratsbeschluss vom 28. Januar 2003]"

**6.3** Aufgrund dieser Reglementsbestimmung und gestützt auf das versicherungstechnische Gutachten der Pensionsversicherungsexpertin P.\_\_\_\_\_ AG per 31. Dezember 2002 hat der Stiftungsrat der Beschwerdegegnerin mit Beschluss vom 28. Januar 2003 die Verzinsung der Altersguthaben 2002 auf 1,5 % festgelegt, dies als Durchschnittzinssatz nach dem Anrechnungsprinzip. In den Vorjahren wurden die Altersguthaben höher verzinst, so im Jahr 2000 zu 5,5 % und 2001 zu 4 % (vgl. Sachverhalt A 4 der angefochtenen Verfügung). Gemäss Art. 12 BVV2 in der damals geltenden Fassung (Fassung gemäss Ziff. I der Verordnung vom 23. Oktober 2002, in Kraft seit 1. Januar 2003 AS 2002 3904) war das Altersguthaben für den Zeitraum bis zum 31. Dezember 2002 mindestens mit 4% und für den Zeitraum ab 1. Januar 2003 mindestens mit 3,25 % zu verzinsen (Mindestzinssatz).

**6.4** Der Beschwerdeführer bemängelt, dass der Stiftungsrat nicht einen tieferen Zins als den BVG-Mindestzins von damals 4 % hätte festlegen dürfen. So lege Art. 20 Abs. 1 des Reglements Beitragsprimat einen einheitlichen Zinssatz fest, weshalb der BVG-Zinssatz auch für das überobligatorische Altersguthaben gelten müsse.

**6.4.1** Wie die Vorinstanz richtig darlegt, schreibt Art. 15 Abs. 2 BVG i.V.m. Art. 12 BVV 2 nur die Mindestverzinsung der Altersguthaben aus der obligatorischen Mindestvorsorge vor. Darüber hinaus besteht keine gesetzliche Pflicht, das überobligatorische Altersguthaben zu einem Mindestzinssatz zu verzinsen, auch nicht nach dem BVG-Mindestzinssatz. Eine entsprechende Pflicht ergibt sich auch nicht aus dem Reglement. Die hier vorgesehene Festlegung des Zinses nach der finanziellen Lage der Vorsorgeeinrichtung wird vom Bundesgericht in BGE 132 V 278 E. 4.6 explizit geschützt, müssen doch bei einer Vorsorgeeinrichtung Ausgaben und Einnahmen grundsätzlich im Gleichgewicht stehen. Zinsen können deshalb wirtschaftlich nur ausgerichtet werden, soweit die Verhältnisse auf dem Kapitalmarkt einen Vermögensertrag zulassen, es sei denn, es würden andere zusätzliche Einnahmen beschlossen oder die Zinsen könnten aus freien Mitteln finanziert werden. Damit hat der Stiftungsrat bei der Festlegung des Zinses einen Ermessensspielraum.

**6.4.2** Legt der Stiftungsrat indes einen tieferen Zinssatz als den BVG-Mindestzinssatz fest, stellt sich mit dem Beschwerdeführer die Frage, ob die gesetzlichen Mindestvorschriften eingehalten sind. Gemäss Art. 33 der Weisungen 2003 ist dies zu bejahen, wenn die Minder- oder Nullverzinsung nach dem Anrechnungsprinzip erfolgt. Das Bundesgericht hat hierzu (mesure dite de l'imputation) im Urteil 2A.562/2005 vom 28. Juni 2006 präzisiert, dass die Verzinsung des Altersguthabens - im zu beurteilenden Fall zu Null Prozent, während das BVG-Altersguthaben zum BVG-Mindestzins von 4 % verzinst wurde - den gesetzlichen BVG-Mindestbestimmungen entspreche, so insbesondere den Anforderungen von Art. 15 Abs. 2 BVG und Art. 12 Bst. a BVV 2 sowie Art. 17 Abs. 1 FZG. Auch im vorliegenden Fall hat der Stiftungsrat den Zins auf das reglementarische Altersguthaben von immerhin 1,5 % unter Einhaltung seines Ermessens im Rahmen des Reglements festgelegt, wobei er davon ausgegangen ist, dass die BVG-Altersguthaben zum BVG-Mindestzinssatz verzinst werden (act. 13/1/4, S. 5 in fine). Letzteres wird denn auch von der Pensionsversicherungsexpertin in ihrem versicherungstechnischen Gutachten nicht in Frage gestellt und wird darum vorliegend nicht in Zweifel gezogen (vgl. E. 3.2).

**6.5** Der Beschwerdeführer rügt, die Anwendung des im Januar 2003 festgelegten Zinssatzes von 1,5 % auf die Altersguthaben 2002 stelle eine unzulässige Rückwirkung dar und verletze daher die wohl-erworbenen Rechte der Versicherten. Vielmehr seien diese Altersguthaben noch zum alten Zinssatz von 4 % zu verzinsen

Das Reglement der Beschwerdegegnerin präzisiert nicht, in welchem Zeitpunkt der Stiftungsrat den Zins gemäss Art. 20 Abs. 1 festlegen muss. Immerhin geht daraus hervor, dass der Zins für die per Ende des Kalenderjahres 2002 zu verzinsenden Altersguthaben (Art. 20 Abs. 2 des Reglements Beitragsprimat) erst *nach* Kenntnis der Anlageerträge der Beschwerdegegnerin gemäss Jahresrechnung, mithin frühestens nach dem 31. Dezember 2002 festgelegt werden kann. Gemäss Art. 331 Abs. 3 der Weisungen 2003 bzw. Art. 311 Abs. 3 der Weisungen 2004 ist die Festlegung des Zinssatzes für das abgelaufene Jahr nach Kenntnis des Jahresergebnisses zulässig und stellt eine zulässige Rückwirkung dar. Das Bundesgericht hat in einem gleich gelagerten Fall wie dem vorliegenden im bereits erwähnten Urteil 2A.562/2005 (E. 5.2) erwogen, dass keine Rückwirkung vorliege, wenn der Stiftungsrat den Zinssatz für das Geschäftsjahr 2002 nicht unmittelbar am Jahresende, sondern erst im Verlauf des Januar 2003

festlegt. Das Bundesgericht hat ferner erwogen, dass kein wohl-erworbenes Recht in Bezug auf die Verzinsung des Altersguthabens geltend gemacht werden könne. So bestehe über Art. 15 Abs. 2 BVG hinaus keine gesetzliche Verpflichtung, das überobligatorische Altersguthaben zum BVG-Mindestzins zu verzinsen. Werde der Zinssatz gemäss Reglement jährlich durch den Stiftungsrat neu festgelegt, so verfüge der Versicherte vor der Festlegung des Zinssatzes nur über eine Anwartschaft auf Finanzierung seines individuellen Altersguthabens. Die Festlegung des Zinssatzes nach den finanziellen Verhältnissen der Kasse erscheine wirtschaftlich eher als Finanzierungsmethode der beruflichen Vorsorge und nicht als eine Leistung (E. 5.2 in fine). Diese Erwägungen treffen auch im vorliegenden Fall zu. Eine Verletzung wohl-erworbener Rechte liegt daher nicht vor.

**6.6** Der Beschwerdeführer rügt im Weiteren eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes der Versicherten hinsichtlich der unterschiedlichen Verzinsung der Altersguthaben: Im Einzelnen macht er geltend, es gehe nicht an, die Altersguthaben 2002 für die aktiven Versicherten, wie beschlossen, mit 1,5 % verzinsen zu wollen, während die Altersguthaben der im gleichen Jahr Ausgetretenen noch zum alten Zins von 4 % und jenes der im Jahr 2003 eintretenden Pensionierungen mit 3 % verzinst werde. Daher verlangt er, auch für die aktiven Versicherten einen Zinssatz von 4 % oder zumindest 3 %. Demgegenüber ist die Beschwerdegegnerin der Auffassung, die unterschiedliche Verzinsung beruhe auf triftige Gründe und sei nach Gesetz und Reglement im Rahmen der überobligatorischen Vorsorge zulässig.

**6.6.1** Wie dargelegt (vgl. vorne E. 5.5) verfügt der Stiftungsrat bei der Festlegung des Zinssatzes der Altersguthaben im Rahmen der überobligatorischen Vorsorge nach Gesetz und Reglement über ein Ermessen. Nach Rechtsprechung und Lehre darf die Aufsichtsbehörde bei der aufsichtsrechtlichen Prüfung ihr eigenes Ermessen nicht an Stelle desjenigen des Stiftungsrates setzen und kann deshalb gegen Entscheide des Stiftungsrates nur einschreiten, wenn diese den Grundsatz der Gleichbehandlung verletzen oder willkürlich sind, das heisst, wenn seine Entscheide unhaltbar sind, weil sie auf sachfremden Kriterien beruhen oder einschlägige Kriterien ausser Acht lassen (vgl. BGE 128 II 394 E. 3.3, 108 II 500, 101 Ib 134; SVR 2001, BVG Nr. 14 E. 2; BKVBG 517/97 vom 14. Mai 1999; SVR 2000, BVG Nr. 8). Daran würde sich auch dann nichts ändern, wenn eine andere Lösung ebenfalls vertretbar erschiene oder gar vorzuziehen wäre (vgl.

SVR 2000, BVG Nr. 8, E. 5 in fine; BGE 121 I 114, E. 3a). Nach dem Gebot der Gleichbehandlung ist Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln. Nach ständiger Rechtsprechung verstösst ein Entscheid dann gegen Art. 8 Abs. 1 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV, SR 101), wenn er sich nicht auf ernsthafte Gründe stützen lässt, sinn- oder zwecklos ist oder wenn rechtliche Unterscheidungen getroffen werden, für die sich ein vernünftiger Grund nicht finden lässt (BGE 132 I 157 E. 4 mit Hinweisen). Nachfolgend ist zu prüfen, ob der vorliegend bestrittene Entscheid des Stiftungsrates betreffend die Verzinsung der Altersguthaben 2002 diesen Grundsätzen entspricht.

**6.6.2** Der Beschwerdeführer bringt vor, das Altersguthaben 2002 hätte gleich wie die im Verlauf dieses Jahres erfolgten Austritte mit 4 % (gemäss Art. 20 Abs. 3 des Reglements Beitragsprimat in der damals geltenden Fassung) statt wie beschlossen mit 1,5 % verzinst werden sollen.

Anders als das Altersguthaben wird die Austrittsleistung im Zeitpunkt des Austritts aus der Vorsorgeeinrichtung verzinst (Art. 17 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 3 FZG; Art. 40 Abs. 2, Art. 41 des Reglements Beitragsprimat). Diesbezüglich hat das Eidgenössische Versicherungsgericht (heute Bundesgericht) in BGE 129 V 251 erwogen, dass im Rahmen des Obligatoriums die Vorsorgeeinrichtung auf der Austrittsleistung den Mindestzinssatz von Art. 12 BVV 2 oder den allenfalls höheren reglementarischen Zins vergüten könne. Umhüllende Leistungs- oder Beitragsprimatkassen haben die Austrittsleistung mit dem *reglementarischen Zinssatz* zu verzinsen, sofern im Rahmen der so genannten Schattenrechnung dem BVG-Mindestzinssatz Genüge getan wird (vgl. E. 4.1). Da für das Geschäftsjahr 2002, wie soeben dargelegt, der Zins frühestens ab dem 31. Dezember 2002, mithin erst im Januar 2003, festgelegt werden konnte, fand dieser auch nicht Anwendung auf die in diesem Jahr fälligen Austrittsleistungen. Diese waren vielmehr noch zum alten Zins von 4 % zu verzinsen. Der Beschwerdeführer verlangt zu Recht nicht eine nachträgliche Herabsetzung der Verzinsung auf die Austrittsleistungen auf 1,5 %. Diese ist im Reglement nicht vorgesehen und würde zudem Blick auf Art. 311 Abs. 3 der Weisungen 2003 eine unzulässige Rückwirkung darstellen, weshalb eine solche Massnahme verboten ist. Die periodengerechte Verzinsung der Altersguthaben, und zwar der per Ende Jahr ver-

bleibenden Versicherten einerseits sowie der im Verlauf des Jahres fälligen Austrittsleistungen andererseits, beruht unter diesen Umständen, wie die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin zu Recht darlegen, auf sachlichen Gründen und steht daher dem Gleichbehandlungsgebot der Versicherten nicht entgegen.

**6.6.3** Der Beschwerdeführer macht im Weiteren geltend, es gehe nicht an, das Altersguthaben der aktiven Versicherten mit 1,5 %, dagegen dasjenige der im Jahr 2003 eintretenden Pensionierungen mit 3 % zu verzinsen. Daher fordert er für die aktiven Versicherten ebenfalls eine gleiche Verzinsung. Auch für diese beschlossene Mehrverzinsung der Altersguthaben macht die Beschwerdegegnerin sachliche Gründe geltend: So würden Pensionierte, im Gegensatz zu den aktiven Versicherten, von der Herabsetzung des Zinses auf 1,5 % massiv betroffen. Denn ein tiefer Zinssatz unmittelbar vor der Pensionierung könne eine massive Auswirkung auf die Höhe der Altersrente haben und ein Pensionierter habe, im Gegensatz zu einem aktiv Versicherten, keine Möglichkeiten, die tiefere Verzinsung in den Folgejahren mit höheren Gutschriften wettzumachen. Auch diese unterschiedliche Verzinsung der Altersguthaben verstösst daher nicht gegen das Gleichbehandlungsgebot.

**6.7** Schliesslich rügt der Beschwerdeführer sinngemäss eine weitere Ungleichbehandlung der Destinatäre, indem die vom Stiftungsrat beschlossene Minderverzinsung der Altersguthaben nicht alle Destinatäre der Beschwerdegegnerin treffe, sondern nur die Versicherten im Beitragsprimatplan und nicht auch jene im Leistungsprimatplan. Daher fordert er die Einführung eines einheitlichen Vorsorgeplanes.

**6.7.1** Das Gleichbehandlungsgebot steht der Führung von verschiedenen Vorsorgeplänen in der Vorsorgeeinrichtung nicht entgegen. Dies ergibt sich aus Art. 1 Abs. 3 BVG i.V.m. Art. 1a - 1h BVV 2. Danach ist der Grundsatz der Gleichbehandlung eingehalten, wenn für alle Versicherten eines Kollektivs die gleichen reglementarischen Bedingungen im Vorsorgeplan gelten (Art. 1f BVV 2). Nach dem Prinzip der Kollektivität können die Vorsorgeeinrichtungen in ihrem Reglement eines oder mehrere Kollektive von Versicherten vorsehen, wobei die Zugehörigkeit zu einem Kollektiv sich nach objektiven Kriterien richten muss (Art. 1c Abs. 1 BVV 2). Diese Bestimmungen sind zwar erst mit der 1. BVG-Revision am 1. Januar 2006 in Kraft getreten und vor-

liegend nicht anwendbar. Doch haben der Gesetzgeber und Bundesrat auf die seit der Einführung des BVG von der Praxis und Rechtsprechung im Bereich des Steuerrechts mit Geltung für die berufliche Vorsorge (so beispielsweise Urteil des Bundesgerichts 2A.408/2002 vom 13. Februar 2003, E. 3.3) entwickelten Grundsätze der Angemessenheit, Kollektivität, Gleichbehandlung, Planmässigkeit sowie des Versicherungsprinzips, abgestellt, welche nunmehr in das BVG übernommen wurden (AB 2002 S 1036; AB 2002 N 505; Mitteilungen des BSV über die berufliche Vorsorge Nr. 83 vom 16. Juni 2005 Rz 484; ferner HANS-ULRICH STAUFFER, a.a.O. S. 101 ff.; ISABELLE VETTER-SCHREIBER, Berufliche Vorsorge Kommentar, Zürich 2009, N. 5 zu Art. 1 Abs. 3 BVG).

**6.7.2** Bei der Beschwerdegegnerin ist der grösste Teil der Destinatäre im Beitragsprimatplan und eine Minderheit von ihnen im Leistungsprimatplan versichert. Als Zuteilungskriterium dient die Zugehörigkeit der Versicherten zur Unternehmung am Stichtag vom 1. September 1993. Danach sind Versicherte, welche vor diesem Zeitpunkt in die X.\_\_\_\_\_ eingetreten sind sowie von der Personalvorsorgestiftung der X.\_\_\_\_\_ Corporation, Forschungslaboratorium Z.\_\_\_\_\_ übergetreten sind (Altmitglieder) im Leistungsprimatplan versichert (Art. 7 des Reglements Leistungsprimat), während Versicherte, welche nach diesem Zeitpunkt in die X.\_\_\_\_\_ eingetreten sind (Neumitglieder), im Beitragsprimatplan versichert sind (Art. 7 des Reglements Beitragsprimat). Die Bildung dieser zwei Versichertenkollektive innerhalb der Beschwerdegegnerin ergab sich nach deren Ausführungen, weil diese bis zum 31. August 1993 die berufliche Vorsorge mit einem Leistungsprimatplan für alle Versicherten durchführte. Auf den 1. September 1993 sei ein neuer Plan, der Beitragsprimatplan, eingeführt worden, in welchem ausschliesslich alle Personen versichert waren, welche ab diesem Zeitpunkt in die X.\_\_\_\_\_ eintraten sowie im Rahmen von Outsourcing-Projekten in die X.\_\_\_\_\_ integriert wurden, während die bisherigen Versicherten im alten Leistungsprimatplan verblieben (vgl. act. 13/6 S. 6). Damit erfolgte die Bildung dieser Versichertenkollektive nach objektiven Kriterien und wurde von der Vorinstanz zu Recht nicht beanstandet.

**6.7.3** Nichts zu seinen Gunsten kann der Beschwerdeführer im Weiteren mit dem Hinweis auf die angebliche Verletzung von Art. 9 Abs. 3 FZG ableiten. Denn diese Bestimmung statuiert die Gleichbehandlung der eingekauften mit den während der Mitgliedschafts-

dauer erworbenen Leistungen. Damit soll verhindert werden, dass die Vorsorgeeinrichtung „Züger“ benachteiligt (Botschaft des Bundesrates vom 26. Februar 1992 zu einem Bundesgesetz über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung, BBl 1992 581). In diesem Sinn äussert sich im Übrigen auch die vom Beschwerdeführer ins Recht gelegte Fachmitteilung Nr. 12 vom 29. Oktober 1999 von Dr. Hermann Walser des Schweizerischen Pensionskassenverbandes ASIP (act. 1/2). Wie die Beschwerdegegnerin zu Recht vorbringt, tritt vorliegend eine solche Benachteiligung weder für die Altmitglieder noch die Neumitglieder ein, da beide auch über dieses Stichtatum hinaus in ihren Vorsorgeplänen bis zum Eintritt des Leistungs- oder Freizügigkeitsfalls versichert bleiben und nicht zu einem Planwechsel gezwungen werden. Schliesslich lässt der Beschwerdeführer ausser Acht, dass auch für das Versichertenkollektiv im Leistungsprimat Sanierungsmassnahmen durch eine allfällige Senkung des technischen Zinssatzes, laut Gutachten der Pensionsversicherungsexpertin, in Aussicht zu nehmen sind (Gutachten P.\_\_\_\_\_ AG, a.a.O. S. 9 Ziff. 4.2). Daraus erhellt, dass beide Versichertenkollektive durch plangerechte Massnahmen an der Sanierung der Unterdeckung beitragen.

**6.8** Als Zwischenergebnis steht nach dem Gesagten fest, dass die Beschwerdegegnerin bei der am 28. Januar 2003 beschlossenen Minderverzinsung der Altersguthaben nicht gegen das Gesetz und Reglement verstossen hat. Zudem ergibt sich aus den Akten, dass gemäss Art. 44 Abs. 2 BVV2 in der damals geltenden Fassung sowie weisungsgemäss (Art. 222 der Weisungen 2003) die Deckungslücke und die vorgesehenen Sanierungsmassnahmen mit Eingabe vom 30. Juni 2003 (act. 13/26) der Vorinstanz gemeldet und hiervon auch die Versicherten mit Intranetmeldung (act. 13/1/8) in Kenntnis gesetzt wurden. Damit lässt sich die beschlossene Sanierungsmassnahme aus aufsichtsrechtlicher Sicht zu Recht nicht beanstanden. Die Rügen des Beschwerdeführers erweisen sich demgegenüber als unbegründet.

## **7.**

**7.1** Als weitere Sanierungsmassnahme haben die Beschwerdegegnerin sowie die beiden Vorsorgefonds der X.\_\_\_\_\_ ([Schweiz], nachfolgend VF X.\_\_\_\_\_) und der X.\_\_\_\_\_ Corporation, Forschungslaboratorium Z.\_\_\_\_\_ (nachfolgend VF Labor) mit den Arbeitgeberfirmen X.\_\_\_\_\_ (Schweiz) und X.\_\_\_\_\_ Corporation,

Forschungslaboratorium Z.\_\_\_\_\_, die Übernahme des Fehlbetrags durch die Arbeitgeberfirmen vereinbart. Gemäss der aktenkundigen (act. 13/20/1) undatierten Vereinbarung (laut Vorinstanz vom April 2003) verpflichten sich im Wesentlichen die Arbeitgeberfirmen, über einen Zeitraum von 5 Jahren der aus der Deckungslücke am 31. Dezember 2002 entstandenen Eventualverpflichtung durch Zahlung an die VF X.\_\_\_\_\_ und VF Labor nachzukommen. Letztere verpflichten sich ihrerseits, in den Jahren 2003 – 2007 der Beschwerdegegnerin jeweils per 31. Dezember die Deckungslücke auf den während des Jahres ausbezahlten Kapitalleistungen (Freizügigkeitsleistungen, Alterskapitalien, Vorbezüge für Wohneigentum und Teilfreizügigkeiten bei Ehescheidung) zu vergüten (Ziff. 3 der Vereinbarung). Die geleisteten Zahlungen sind zinsfrei zurückzuzahlen, sofern die VF X.\_\_\_\_\_ und VF Labor über Mittel verfügen, welche nicht zur Deckung der versicherungstechnischen Verpflichtungen des Destinatärkreises der X.\_\_\_\_\_ bzw. des Labors benötigt werden (Ziff. 4 der Vereinbarung). Dieser Vereinbarung hat vorgängig der Stiftungsrat in seiner Sitzung vom 28. Januar 2003 zugestimmt, wobei die Rückzahlungspflicht zur Diskussion Anlass gab (act. 13/1/4).

**7.2** Der Beschwerdeführer wendet sich gegen diese Vereinbarung und macht geltend, sie verstosse gegen das Reglement, welches den vollen Ausgleich des Fehlbetrages durch die Arbeitgeberfirmen vorsehe. Dieser Verpflichtung komme die getroffene Lösung insoweit nicht nach, als sie eine Rückerstattung der Zahlungen vorsehe und letztere nicht direkt an die Beschwerdegegnerin, sondern an die beiden Vorsorgefonds erfolge, weshalb keine Gewähr bestehe, dass der Fehlbetrag der Beschwerdegegnerin innerhalb der vorgesehenen Zeitspanne auch wirklich behoben werde. Daher fordert der Beschwerdeführer von den Arbeitgeberfirmen den vollen, unverzüglichen und angemessen verzinsten Ausgleich des in der Jahresrechnung 2002 ausgewiesenen Fehlbetrags.

**7.3** Die Leistung von Beiträgen des Arbeitgebers, welche über seine gesetzlichen und reglementarischen paritätischen Beitragspflicht hinausgehen, vorliegend zur Amortisation des Fehlbetrags, ist eine nach der damaligen Rechtslage – neben der bereits genannten – eine weitere anerkannte und zulässige Sanierungsmassnahme (CARL HELBLING, Zur Sanierung von Pensionskassen, a.a.O. S. 219; HANS-ULRICH STAUFFER, a.a.O. S. 564 N. 1486). Dabei kann der Arbeitgeber weder gesetzlich noch reglementarisch dazu verpflichtet werden, mehr

als die gesamten Beiträge aller seiner Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen gemäss Art. 66 Abs. 1 BVG zu leisten (vgl. Botschaft des Bundesrates, a.a.O. S 6409). Die Weisungen 2003 des Bundesrates enthalten folgende Regelung:

**"31 Erhebung von zusätzlichen Beiträgen zur Behebung einer Unterdeckung.**

Vorsorgeeinrichtungen, die eine Unterdeckung aufweisen, können gestützt auf eine reglementarische Grundlage zusätzliche Beiträge von Arbeitgeber und Arbeitnehmer erheben, um damit die Deckungslücke zu beheben, falls der Arbeitgeber mindestens die Hälfte davon entrichtet. (.....) Dies gilt sowohl für den obligatorischen wie für den überobligatorischen Bereich der beruflichen Vorsorge"

Im vorliegenden Fall sieht das Reglement Leistungsprimat in Art. 49 Abs. 2 und das Reglement Beitragsprimat in Art. 54 Abs. 2 folgende gleichlautende Bestimmung vor:

"Ergibt sich unter Einbezug der paritätisch zu leistenden Beiträge, der Kapitalerträge, der versicherungstechnischen Gewinne und weiterer allfälliger freier Mittel ein Fehlbetrag, ist dieser durch die X.\_\_\_\_\_ auszugleichen. "

Diese Regelung ist, wie die Vorinstanz und Beschwerdegegnerin geltend machen, offen formuliert und enthält insbesondere keine näheren Angaben darüber, in welcher Art und Weise und unter welchen Voraussetzungen der Fehlbetrag auszugleichen ist. Daher sind die näheren Modalitäten zwischen der Beschwerdegegnerin und den Arbeitgeberfirmen auszuhandeln, wofür dem Stiftungsrat der Beschwerdegegnerin ein Ermessen zusteht. Es liegt insbesondere auch im Ermessen des Stiftungsrates, mit den angeschlossenen Arbeitgeberfirmen zu vereinbaren, ob die Zahlungen von letzteren als Darlehen zu gewähren und damit rückzahlungspflichtig sind. Wie die Pensionsversicherungsexpertin bestätigt, werde mit der getroffenen Lösung der Deckungsgrad innerhalb der vereinbarten Dauer von 5 Jahren wieder auf 100 % erhöht und der Beschwerdegegnerin könne unter Einbezug dieser Vereinbarung die Sicherheit attestiert werden, ihre Verpflichtungen erfüllen zu können. Zudem sei der Arbeitgeber seiner reglementarischen Pflicht nachgekommen (Gutachten P.\_\_\_\_\_ AG, a.a.O. S. 1 ). Ein Ermessensmissbrauch oder eine Ermessensüberschreitung seitens des Stiftungsrates liegt somit nicht vor. Unbegründet erweist sich auch der weitere Einwand des Beschwerdeführers, der Fehlbetrag werde mit der vorliegenden Lösung nicht oder nicht vollständig ausgeglichen.

**7.4** Die vorliegende Vereinbarung, welche die Beschwerdegegnerin beschlossen hatte, verstösst daher nach dem Gesagten nicht gegen gesetzliche oder reglementarische Vorschriften, was auch die Vorinstanz zu Recht erkannt hat.

**8.**

Zusammenfassend gibt weder die von der Beschwerdegegnerin beschlossene Minderverzinsung der Altersguthaben im Beitragsprimat noch die mit den angeschlossenen Arbeitgeberfirmen vereinbarte Ausgleichung des Fehlbetrags unter dem Gesichtspunkt der dargelegten gesetzlichen Regelungen sowie den Reglementen zu Kritik Anlass. Der angefochtene Beschluss der Vorinstanz, mit welchem sie die Aufsichtsbeschwerde abweist, ist daher nicht zu beanstanden. Auch im vorliegenden Verfahren erweisen sich die Rügen des Beschwerdeführers als unbegründet, sodass seine Beschwerde abzuweisen ist.

**9.**

**9.1** Die Vorinstanz hat dem Beschwerdeführer gestützt auf § 4 Abs. 1 Bst. h der kantonalen Verordnung über die berufliche Vorsorge und das Stiftungswesen (ZH-Lex 831.4) eine Gebühr in der Höhe von Fr. 4'000.- auferlegt. Nach dieser Bestimmung erhebt das Amt für aufsichtsrechtliche Massnahmen und besondere Entscheide Gebühren innerhalb eines Rahmens von Fr. 500.- bis 5'000.-. Dieser Tarif wurde mit der Verordnungsänderung des Regierungsrates des Kantons Zürich vom 28. Januar 2004 angehoben und per 1. März 2004 ohne Übergangsordnung in Kraft gesetzt. Der Beschwerdeführer wendet sich gegen die Höhe der Gebühr und macht geltend, diese Tarifänderung sei im Verlauf des hängigen Beschwerdeverfahrens vor der Vorinstanz in Kraft getreten und daher für ihn nicht anwendbar. Massgebend sei der – wesentlich tiefere – Tarif nach altem Recht, welcher im Zeitpunkt der Erhebung seiner Beschwerde am 7. Juli 2007 gültig gewesen sei und eine Maximalgebühr von Fr. 2'500.- vorgesehen habe. Auf dieser Grundlage habe er die Kostenfolgen bei einem allfälligen Unterliegen eingeschätzt und die erfolgte Änderung auch nicht vorhersehen können. Auch habe er nicht mit einer derart erheblichen Anhebung des Gebührenrahmens rechnen können.

**9.1.1** Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung und Lehre ist die Rechtmässigkeit eines Verwaltungsakts beim Fehlen einer Übergangsordnung grundsätzlich nach der Rechtslage zur Zeit seines Er-

lasses zu beurteilen (BGE 127 II 209 E. 2b, 126 II 522, E. 3b/aa; 125 II 591, E. 5e/aa; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 325 ff.; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2005, § 24 Rz. 21). Bei Rechtsänderungen gilt, dass Verfahrensvorschriften grundsätzlich mit dem Tag ihres Inkrafttretens sofort und uneingeschränkt anwendbar sind. Dieser intertemporale Grundsatz gilt dort nicht, wo hinsichtlich des verfahrensrechtlichen Systems zwischen altem und neuem Recht keine Kontinuität besteht und mit dem neuen Recht eine grundlegend neue Verfahrensordnung geschaffen worden ist (BGE 130 V 1 E. 3.2.). Im vorliegenden Fall regelt die genannte kantonale Bestimmung die Verfahrenskosten, welche eine Kausalabgabe, genauer eine Verwaltungsgebühr, darstellen (MICHAEL BEUSCH, in: Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Zürich 2008, Rz. 2 und 3 zu Art. 63 VwVG) und daher dem Verfahrensrecht zuzurechnen sind. Mit der genannten Änderung wurde der bestehende Gebührenrahmen angepasst und nicht eine grundlegend neue Verfahrensordnung geschaffen. Die Anwendung des neuen Rechts durch die Vorinstanz lässt sich daher nicht beanstanden.

**9.1.2** Nichts zu seinen Gunsten kann der Beschwerdeführer aus dem weiteren Einwand ableiten, die Vorinstanz habe auf der Gebührenrechnung die Regelung nach altem Recht aufgeführt, stützt sich die Gebührenrechnung doch auf die angefochtene Verfügung vom 5. Juni 2007. In letzterer Verfügung hat die Vorinstanz die Anwendung des neuen Rechts korrekt dargelegt (E. 7), sodass für den Beschwerdeführer ersichtlich war, dass es sich in der Gebührenrechnung – welche im Übrigen keine Verfügung darstellt – um einen Kanzleifehler handelt. Er durfte deshalb nicht darauf vertrauen, nach alter Gebührenordnung beurteilt zu werden.

## **10.**

**10.1** Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens wird der Beschwerdeführer gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG kostenpflichtig. Die Verfahrenskosten sind gemäss dem Reglement vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) zu bestimmen. Sie werden auf Fr. 2'000.-- festgelegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet.

**10.2** 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 Kosten zusprechen. Allerdings steht der obsiegenden Vorinstanz gemäss Art. 7 Abs. 3 VGKE keine Parteientschädigung zu. Dasselbe gilt für die Beschwerdegegnerin; denn das Eidgenössische Versicherungsgericht (heute Bundesgericht) hat mit Urteil vom 3. April 2000 erwogen, dass Trägerinnen oder Versicherer der beruflichen Vorsorge grundsätzlich keinen Anspruch auf Parteientschädigung haben (BGE 126 V 149 E. 4), eine Praxis, welche das Bundesverwaltungsgericht (sowie früher die Eidgenössische Beschwerdekommision BVG) in ständiger Rechtsprechung auch im Rahmen von Aufsichtsstreitigkeiten analog anwendet (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-3914/2007 vom 23. April 2009 E. 6.2). Im vorliegenden Fall gibt es keinen Grund, von dieser Regel abzuweichen, sodass der Beschwerdegegnerin keine Parteientschädigung zugesprochen wird. Damit erweist sich der replikweise gestellte Antrag des Beschwerdeführers auf Nichtausrichtung einer Parteientschädigung an die Beschwerdegegnerin als gegenstandslos.

### **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Verfahren C-4658/2007 und C-7867/2009 werden vereinigt.

**2.**

Die Beschwerde im Verfahren C-4658/2007 wird abgewiesen und der Entscheid der Vorinstanz vom 5. Juni 2007 bestätigt.

**3.**

Die Verfügung der Vorinstanz vom 13. November 2009 wird aufgehoben.

**4.**

Die Verfahrenskosten von Fr. 2'000.- werden dem Beschwerdeführer auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet.

**5.**

Der obsiegenden Beschwerdegegnerin sowie der Vorinstanz wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

**6.**

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Einschreiben mit Rückschein)
- die Beschwerdegegnerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. BE.2003.3501; Gerichtsurkunde)
- das Bundesamt für Sozialversicherungen

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Beat Weber

Daniel Stufetti

**Rechtsmittelbelehrung:**

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

Versand: