



---

Abteilung III  
C-5685/2009  
C-7811/2009  
web/std/wau

## Urteil vom 5. Dezember 2012

---

Besetzung

Richter Beat Weber (Vorsitz),  
Richter Michael Peterli,  
Richterin Franziska Schneider,  
Gerichtsschreiber Urs Walker.

---

Parteien

**A.** \_\_\_\_\_, und 20 Konsorten,  
alle vertreten durch Advokat Dr. iur. Manfred Bayerdörfer, Rat-  
hausstrasse 40/42, 4410 Liestal,  
Beschwerdeführer,

gegen

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

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

---

Gegenstand

Verwendung kollektiv übertragener freier Mittel durch PVS  
X. \_\_\_\_\_, Gebührentarif; Verfügungen des Amtes für berufliche  
Vorsorge und Stiftungen des Kantons Zürich vom  
7. Juli 2009 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 in der beruflichen Vorsorge im Rahmen des BVG und seiner Ausführungsbestimmungen zugunsten der Arbeitnehmer der Firma und der ihr angeschlossenen Tochterfirmen sowie deren Angehörigen und Hinterbliebenen gegen die wirtschaftlichen Folgen von Alter, Invalidität und Tod (act. 1/5 sowie Handelsregister-Auszug). 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.**

Im Anschluss an die Fusion der G.\_\_\_\_\_ AG mit der H.\_\_\_\_\_AG zur I.\_\_\_\_\_ AG im Jahr 1996 wurde die Informatikabteilung der I.\_\_\_\_\_ AG per 1. Oktober 1997 ausgegliedert und von der X.\_\_\_\_\_ (Schweiz) übernommen. Die Personalvorsorgestiftung der X.\_\_\_\_\_ (Schweiz) schloss am 29. August 1997 mit den G.\_\_\_\_\_ -Pensionsstiftungen I und II, der Pensionskasse H.\_\_\_\_\_ und der Vorsorgestiftung H.\_\_\_\_\_, die teilliquidiert wurden, für die austretenden Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen der Informatikabteilung der I.\_\_\_\_\_ AG je einen Übernahmevertrag ab. Die übernommenen Mitarbeiter der Informatikabteilung traten per 1. Januar 1998 zur Personalvorsorgestiftung der X.\_\_\_\_\_ (Schweiz) über.

**C.**

Aus der Jahresrechnung 2001 der Stiftung ging hervor, dass die Zinsreserve, welche im Jahr 2000 Fr. 36'135'550 betrug, teilweise im Umfang von Fr. 25'766'790 aufgelöst wurde und sich per Ende 2001 noch auf Fr. 10'368'760 belief. Mit der Teilauflösung der Zinsreserve, zusammen mit der Auflösung der Aktivschwankungsreserve, habe eine Lücke in der Erfolgsrechnung von Fr. 253.6 Mio. geschlossen werden müssen (Vorakten 1/1).

**D.**

Gegen diese Teilauflösung der Zinsreserve wandte sich am 6. Dezember

2002 eine Gruppe von 23 Destinatären, welche infolge der genannten Teilliquidation in die Stiftung eingetreten waren, mit einer Aufsichtsbeschwerde an das Amt für Gemeinden und berufliche Vorsorge des Kantons Zürich (heute Amt für berufliche Vorsorge und Stiftungen des Kantons Zürich, Vorinstanz) mit folgenden Anträgen:

"1.1 Die vom Stiftungsrat genehmigte Jahresrechnung 2001 sei aufsichtsrechtlich nicht zu genehmigen und die Beschwerdegegnerin sei anzuweisen, die in der Jahresrechnung 2001 zweckwidrig um CHF 25'766'790 aufgelöste Zinsreserve wiederherzustellen.

1.2 Eventualiter: Sollte die Jahresrechnung 2001 aufsichtsrechtlich bereits genehmigt sein, sei diese von der kantonalen Aufsichtsbehörde unverzüglich den Beschwerdeführern zuzustellen. Sollte die 30-tägige Frist zur Anfechtung der Genehmigungsverfügung bei der Eidg. BVG-Beschwerdekommision bereits heute oder bis zum möglichen Eingang der Genehmigungsverfügung bei uns Beschwerdeführern verstrichen sein, sei die Beschwerdegegnerin verfügungsweise anzuweisen, die Zinsreserve von CHF 36'135'550 per 31. Dezember 2002 wieder herzustellen.

2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beschwerdegegnerin."

Zur Begründung machten sie geltend, die Zinsreserve, in welche sie sich 1997 mit den eingebrachten Mitteln aus der Teilliquidation gemäss den Übernahmeverträgen der vier damaligen Vorsorgeeinrichtungen kollektiv eingekauft hätten, sei zweckwidrig teilweise aufgelöst und in die Schwankungsreserve überführt worden. Die Zinsreserve diene der Sicherung einer Mindestverzinsung und nicht der Absicherung risikoreicher Vermögensanlagen und dürfe daher im Jahr 2001 nicht zur Deckung einer erzielten Negativperformance auf den Vermögensanlagen verwendet werden (Vorakten 1).

#### **E.**

Mit Verfügung vom 7. Juli 2009 (Vorakten 36) wies die Vorinstanz die Aufsichtsbeschwerde ab und auferlegte den Beschwerdeführern eine Gebühr von Fr. 4'000.-. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, die Beschwerdeführer hätten sich beim Übertritt nicht vollumfänglich in die Zinsreserven eingekauft, seien jedoch in jeder Hinsicht voll in die Stiftung integriert worden. Daher hätten sie nicht einen Teil der eingebrachten Mittel für sich alleine beanspruchen können, wenn es darum gegangen sei, eine Deckungslücke der Stiftung zu beheben, wovon alle Destinatäre betroffen gewesen seien. Dies hätte nämlich zu einer ungerechtfertigten Besserstellung gegenüber den anderen Destinatärgruppen geführt. Dem seien

auch nicht die Übernahmeverträge entgegengestanden, wonach ein nach Abgeltung sämtlicher Besitzstände noch verbleibender Restbetrag in die Zinsreserve gutzuschreiben sei, was vorliegend geschehen sei.

## F.

Gegen diese Verfügung liessen am 8. September 2009 A. \_\_\_\_\_ und weitere 20 Konsorten (nachfolgend Beschwerdeführer) – im Wesentlichen die gleiche Gruppe, welche bei der Vorinstanz Aufsichtsbeschwerde erhoben hatte – Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erheben mit folgenden Anträgen:

"1 a) Die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und die Beschwerdegegnerin sei anzuweisen, die zu Gunsten der Beschwerdeführer kollektiv übertragenen freien Mittel den Altersguthaben der Beschwerdeführer per Transferdatum (Valuta 31. Dezember 1997) anteilmässig gutzuschreiben.

b) Eventuell sei die angefochtene Verfügung aufzuheben und die Angelegenheit an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit diese die Verwendung der vorgenannten freien Mittel aufsichtsrechtlich prüfe und die notwendigen Weisungen an die Beschwerdegegnerin erlasse.

c) Subeventuell sei die angefochtene Verfügung aufzuheben und die Beschwerdegegnerin anzuweisen, die in der Jahresrechnung 2001 zweckwidrig um Fr. 23'676'857 aufgelöste Zinsreserve wieder herzustellen.

d) Allenfalls (sub/-subeventuell) sei Ziffer II der angefochtenen Verfügung aufzuheben und die Gebühr für das vorinstanzliche Verfahren sei auf höchstens Fr. 2'500.- festzusetzen.

2. Unter o/e Kostenfolge zu Lasten der Beschwerdegegnerin."

Zur Begründung führten die Beschwerdeführer im Wesentlichen aus, die 1998 eingebrachten freien Mittel hätten als Bestandteil der Freizügigkeitsleistungen jedem Versicherten individuell gutgeschrieben werden müssen und nicht kollektiv für den Einkauf in die Zinsreserve verwendet werden dürfen. Daher seien die Übernahmeverträge, insoweit sie eine Verwendung der freien Mittel für den Einkauf in die Zinsreserve vorsähen, rechtswidrig. Zudem seien diese den Stiftungsräten der abgebenden Vorsorgeeinrichtungen nicht zur Genehmigung vorgelegt worden, weshalb sie auch in formeller Hinsicht zu beanstanden seien. Selbst wenn eine Zuweisung der freien Mittel in die Zinsreserve Beitragsprimat nicht zu beanstanden wäre, dürften deren Mittel einzig für die angestrebte Minimalverzinsung der Altersguthaben von 4 % verwendet werden. Danach hätten im schlechten Anlagejahr 2001 höchstens Fr. 2'089'933 der Zinsreserve Beitragsprimat entnommen werden dürfen. Die weitergehende Entnahme von Fr. 23'676'857 für die allgemeine Wertschwankungsreserve

sei daher zweckwidrig erfolgt und widerspreche auch dem gesetzlichen Grundsatz der Stetigkeit bei der Bildung von Wertschwankungsreserven. Gemäss Jahresrechnung 2001 seien Wertschwankungsreserven (einschliesslich dem Anteil aus der Zinsreserve Beitragsprimat) im Umfang von Fr. 207'979'336 aufgelöst worden, wogegen lediglich ein Vermögensverlust von Fr. 132'335'693 ausgewiesen sei. Der übersteigende Anteil von Fr. 75'643'643 sei somit für andere Zwecke verwendet worden, wie für die Erfüllung fälliger Ansprüche aus dem Leistungsprimatplan, was nicht angehe. Was die Auferlegung der vorinstanzlichen Gebühr anbelange, hätte die Vorinstanz diese aufgrund der im Zeitpunkt der Einreichung der Aufsichtsbeschwerde geltenden Fassung von § 4 Abs. 1 Bst. h der kantonalen Verordnung über die berufliche Vorsorge und das Stiftungswesen höchstens auf Fr. 2'500.- festsetzen dürfen, da die Beschwerdeführer ihr Kostenrisiko nach der zu diesem Zeitpunkt geltenden Rechtslage kalkuliert hätten und mit einer Verdoppelung der Gebühr aufgrund der späteren Änderung per 1. März 2004 nicht hätten rechnen müssen.

#### **G.**

Mit Beschwerdeantwort vom 23. Dezember 2009 (act. 12) liess die Personalvorsorgestiftung der X.\_\_\_\_\_ (Schweiz), Beschwerdegegnerin, die Abweisung der Beschwerde beantragen. Sie trug dabei im Wesentlichen vor, die freien Mittel seien nach Massgabe der Übernahmeverträge vom 27. August 1997 sowie des Urteils des Bundesgerichts 2A.735/2005 vom 19. Juni 2005 zu Recht kollektiv in die Stiftung übertragen worden, was vorliegend nicht mehr zu hinterfragen und auch in der Aufsichtsbeschwerde nicht gerügt worden sei. Zudem handle es sich nach einem Urteil des Bundesgerichts 9C\_98/2009 vom 30. Juni 2009 bei der Austrittsleistung und einem Anteil an freien Mitteln im Teilliquidationsfall um unterschiedliche Leistungen. Somit seien kollektiv übertragene freie Mittel nicht Teil der mitübertragenen gesetzlichen oder reglementarischen Austrittsleistungen. Nach gängiger Praxis sei die übernehmende Vorsorgeeinrichtung berechtigt, die kollektiv übernommenen Mittel für den Einkauf in bestehende Reserven zu verwenden, was vorliegend denn auch mit dem Einkauf in die Zinsreserve Beitragsprimat geschehen sei, andernfalls die Beschwerdeführer rechtsungleich zulasten der bestehenden Destinatäre profitiert hätten. Der Zinsreserve komme ihrem Zweck nach eine Ausgleichsfunktion zu, weshalb sie dazu diene, sowohl positive Zinsgutschriften zu gewähren als auch negative Verzinsungen soweit wie möglich zu vermeiden. Letzteres sei im Jahr 2001 der Fall gewesen, indem die negative Performance von 7,6 % zusammen mit der Zinsgutschrift von 2,75 % eine Entnahme aus der Zinsreserve von 10,35 % und somit Fr. 26,6 Mio.

erforderlich gemacht habe, um die angestrebte Verzinsung der Altersguthaben von 4 % im Beitragsprimatplan zu garantieren, wovon letztlich auch die Beschwerdeführer profitiert hätten.

#### **H.**

In ihrer Vernehmlassung vom 8. Januar 2010 (act. 13) beantragte die Vorinstanz ihrerseits die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Zur Begründung verwies sie auf die Erwägungen in der angefochtenen Verfügung sowie auf die Stellungnahme der Beschwerdegegnerin.

#### **I.**

Mit Replik vom 15. März 2010 (act. 17) hielten die Beschwerdeführer an ihren Anträgen und der Begründung gemäss ihrer Beschwerde fest. Ergänzend machten sie geltend, die Verwendung der eingebrachten freien Mittel in die Stiftung sei nicht Gegenstand der genannten höchstrichterlichen Rechtsprechung im Teilliquidationsfall gewesen. Auch gehe es hier nicht um die Bestimmung einer Austrittsleistung, sondern um die Verwendung einer Eintrittsleistung in die neue Vorsorgeeinrichtung. Vorliegend seien neben den individuellen Austrittsleistungen der eintretenden Destinatäre auch freie Mittel in die Stiftung übertragen worden, welche diese nach dem Grundsatz der Kongruenz zwischen Mittelherkunft und Mittelverwendung weiterhin als freie Mittel für das eingetretene Kollektiv verwenden müsse. Dagegen seien durch den Einkauf in die Zins- und Wertschwankungsreserven diese Mittel in gebundene Mittel umgewandelt worden, was nicht angehe. Vielmehr müssten mangels reglementarischer Grundlage die übergetretenen Destinatäre mit der Zeit nach pflichtgemäßem Ermessen des Stiftungsrates individuell in den Genuss der freien Mittel gelangen, wobei diese Mittelverteilung nicht beliebig lange aufgeschoben werden könne.

#### **J.**

In ihrer Duplik vom 10. Mai 2010 (act. 24) hielt die Beschwerdegegnerin an ihren Anträgen und deren Begründung gemäss ihrer Beschwerdeantwort fest. Zusätzlich hob sie hervor, nach der genannten höchstrichterlichen Rechtsprechung sei davon auszugehen, dass die kollektiv übertragenen Mittel in der Vorsorgeeinrichtung den übergetretenen Destinatären als Kollektiv zugute kämen und nicht andere Destinatäre der aufnehmenden Vorsorgeeinrichtung zu ihren Ungunsten besser gestellt würden. Zur Frage, ob mit kollektiv übertragenen freien Mitteln Einkäufe in Reserven der übernehmenden Vorsorgeeinrichtung getätigt werden dürften, habe sich das Bundesgericht in dem von den Beschwerdeführern zitierten BGE

131 II 525 nicht geäußert. Vielmehr seien diese Mittel mit dem Einkauf in die Zinsreserve kollektiv zugunsten der Beschwerdeführer eingesetzt worden.

**K.**

Mit Duplik vom 11. Mai 2010 (act. 25) hielt die Vorinstanz an ihren Anträgen und deren Begründung gemäss ihrer Vernehmlassung und unter Verweis auf die Duplik der Beschwerdegegnerin, welche sie unterstützt, fest.

**L.**

Mit Verfügung vom 18. Mai 2010 (act. 26) schloss der Instruktionsrichter den Schriftenwechsel.

**M.**

Den mit Zwischenverfügung vom 17. September 2009 (act. 2) erhobenen Kostenvorschuss von Fr. 20'000.- haben die Beschwerdeführer am 16. Oktober 2009 einbezahlt (act. 6).

**N.**

Mit Entscheid vom 13. November 2009 (act. 1/1 im Verfahren C-7811/2009, Eingang beim Bundesverwaltungsgericht am 16. November 2009, act. 8) wies die Vorinstanz die Einsprache der Beschwerdeführer vom 7. August 2009 gegen die ihnen von der Vorinstanz mit der angefochtenen Verfügung von 7. Juli 2009 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 von den Beschwerdeführern verlangt - das alte Recht, welches im Zeitpunkt der Erhebung ihrer Aufsichtsbeschwerde gegolten habe.

**O.**

Gegen diesen Entscheid wandten sich die Beschwerdeführer mit Beschwerde vom 16. Dezember 2009 an das Bundesverwaltungsgericht (act. 1 im Verfahren C-7811/2009) und beantragten die Aufhebung der angefochtenen Verfügung sowie die Vereinigung des Verfahrens mit dem hängigen Verfahren C-5685/2009. Zur Begründung machten sie im Wesentlichen geltend, sie hätten mit ihrer Beschwerde vom 8. September 2009 gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 7. Juli 2009 auch den Kostenpunkt gerügt. Vorsorglich hätten sie in einer separaten Eingabe vom 7. August 2009 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 sie sich bei der Anhebung ihrer Aufsichtsbeschwerde gestützt und dabei das Prozessrisiko eingeschätzt hätten.

**P.**

Mit Verfügung vom 25. März 2010 (act. 2 im Verfahren C-7811/2009 bzw. act. 19 im Verfahren C-5685/2009) vereinigte der Instruktionsrichter die Verfahren C-7811/2009 und C-5685/2009.

**Q.**

Mit Schreiben vom 27. Mai 2011 (act. 30) gab der Rechtsvertreter der Beschwerdeführenden dem Bundesverwaltungsgericht bekannt, dass die Beschwerdeführer 14 und 18 verstorben seien und teilte mit Schreiben vom 9. August 2011 (act. 34) dem Bundesverwaltungsgericht mit, dass die Erbgemeinschaften an der Beschwerde der beiden verstorbenen Beschwerdeführer festhalten.

**R.**

Auf die weiteren Ausführungen und Vorbringen der Parteien sowie die eingereichten Akten wird - sofern für die Entscheidungsfindung erforderlich - in den nachfolgenden Erwägungen 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 7. Juli 2009 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.** 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.

**1.3.** 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). Die Beschwerdeführer sind Destinatäre der Beschwerdegegnerin und von der beschlossenen Verwendung der Mittel, was sie in die Beschwerdegegnerin eingebracht haben, welche mit der angefochtenen Verfügung bestätigt wurde (C-5685/2009), beziehungsweise von der Kostenaufgabe (C-7811/2009) besonders berührt. Zudem haben sie am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen. Sie sind daher zur Beschwerde legitimiert.

**1.4.** Die Beschwerden wurden innert Frist (Art. 50 VwVG) und formgerecht (Art. 52 VwVG) eingereicht. Auch der verlangte Kostenvorschuss im Verfahren C-5685/2009 wurde fristgerecht einbezahlt.

**1.5.** Auf die Beschwerden ist daher unter Vorbehalt der nachfolgenden Erwägung 3 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.).

Vorliegend hat die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung vom 7. Juli 2009 einerseits die Aufsichtsbeschwerde abgewiesen (Dispositivziffer I) und andererseits den unterliegenden Beschwerdeführern 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).

**3.2.** Die Beschwerdeführer fechten mit ihrer Beschwerde vom 8. September 2009 (C-5685/2009) die Verfügung vom 7. Juli 2009 formell als Ganzes an. Wie sie in ihrer Beschwerde vom 16. Dezember 2009 (C-7811/2009) geltend machen, haben sie sich mit ihrer Einsprache vom 7. August 2009 an die Vorinstanz *nochmals* gegen die ihnen in dieser Verfügung auferlegte Gebühr gewendet; dies nachdem ihnen die Vorinstanz in der (ihnen separat zugestellten) Gebührenrechnung laut Rechtsmittelbelehrung Gelegenheit zur Einsprache innerhalb von 30 Tagen gewährte (vgl. act. 1/3 im Verfahren C-7811/2009), was auch von der Vorinstanz in ihrer angefochtenen Verfügung vom 13. November 2009 (vgl. Erwägung I.5 und I.6) bestätigt wird.

Mit letzterer Verfügung hat die Vorinstanz damit zum zweiten Mal über denselben Sachverhalt (Auferlegung einer Gebühr im aufsichtsrechtlichen Beschwerdeverfahren; vgl. Verfügung vom 7. Juli 2009 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 ihrer separaten Eingabe vom 16. Dezember 2009, welche ebenfalls form- und fristgerecht erfolgte, wollten die Beschwerdeführer ihre Beschwerde vom 8. September 2009 dahingehend ergänzen, dass

diese auch die ihnen auferlegte Gebühr betreffe und damit zum Streitgegenstand der angefochtenen Verfügung vom 7. Juli 2009 gehöre. Daher hätte die Vorinstanz diese Eingabe unverzüglich an das Bundesverwaltungsgericht weiterleiten müssen, nachdem Letzteres die Vorinstanz mit Zwischenverfügung vom 17. September 2009 im Verfahren C-5685/2009 (act. 2) über den Eingang der Beschwerde in Kenntnis setzte. Daher erweist sich die angefochtene Verfügung vom 13. November 2009 im Verfahren C-7811/2009 hinsichtlich ihres Zustandekommens als fehlerhaft und ist aufzuheben. Die darin vorgebrachten Darlegungen der Vorinstanz werden statt dessen als zusätzliche Vernehmlassung zur Beschwerde vom 8. September 2009 im Verfahren C-5685/2009 hinsichtlich der bestrittenen Auferlegung der Gebühren entgegengenommen. Den Beschwerdeführern erwächst dadurch insofern kein Nachteil (Art. 38 VwVG), als ihre diesbezüglichen Rügen im vorliegenden Verfahren geprüft und in Erwägung 7 näher behandelt werden.

**3.3.** Die Beschwerdeführer machen in ihrem Hauptantrag (Antrag 1a und Eventualantrag 1b) geltend, die kollektiv übertragenen freien Mittel seien per Transferdatum 31. Dezember 1997 den Altersguthaben der eingetretenen Destinatäre anteilmässig gutzuschreiben, statt wie in den Übernahmeverträgen zwischen der G.\_\_\_\_\_-Pensionsstiftung I bzw. G.\_\_\_\_\_-Pensionsstiftung II sowie Pensionskasse der H.\_\_\_\_\_- bzw. Vorsorgestiftung der H.\_\_\_\_\_- (abgebende Stiftungen) und der Beschwerdegegnerin (übernehmende Stiftung) vorgesehen, kollektiv zum Einkauf in die Zinsreserve zu verwenden bzw. dem Sonderkonto "Besitzstandgarantie" gutzuschreiben. Ihrer Ansicht nach seien diese Übernahmeverträge nicht rechtsgültig erfolgt. Dieselbe Rüge hatten verschiedene Destinatäre, auch die Beschwerdeführer, bereits in ihrer Aufsichtsbeschwerde vom 6. Dezember 2002 vorgebracht, welche zuerst von der Vorinstanz und im anschliessenden Rechtsmittelverfahren von der Eidgenössischen Beschwerdekommission der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge mit Urteil BKBVG 109/04 vom 9. November 2005 (Vorakten 1/20) sowie letztinstanzlich vom Bundesgericht mit Urteil 2A.735/2005 vom 19. Juni 2006 (Vorakten 1/23) abgewiesen wurde. Damit ist im vorliegenden Verfahren auf die erneut vorgebrachte Rüge, welche im Übrigen auch nicht zum Streitgegenstand der angefochtenen Verfügung gehört, zumal sie die Vorinstanz – da sie von den Beschwerdeführern in ihrer Aufsichtsbeschwerde vom 6. Dezember 2002 vorgebracht wurde – nicht zu prüfen hatte, nicht einzutreten.

Wie die Beschwerdeführer jedoch zu Recht geltend machen, hat das

Bundesgericht im besagten Urteil nicht geprüft, ob die in die *neue, übernehmende* Vorsorgeeinrichtung (vorliegend die Beschwerdegegnerin) eingebrachten freien Mittel rechtskonform verwendet wurden, zumal die Überprüfung dieser Verpflichtungen der Aufsichtsbehörde der übernehmenden Vorsorgeeinrichtung (hier die Vorinstanz) obliege (vgl. E. 3.4 im erwähnten BGer-Urteil).

Somit bleibt vorliegend einzig materiell zu prüfen, ob die Vorinstanz zu Recht die zweckkonforme Verwendung der Zinsreserve im Jahr 2001 durch die Beschwerdegegnerin bejaht hat, was von den Beschwerdeführer bestritten wird (vgl. Subeventualantrag 1c).

#### **4.**

**4.1.** 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). Bei Rechtsänderungen gilt, dass Verfahrensvorschriften grundsätzlich mit dem Tag ihres Inkrafttretens sofort und uneingeschränkt anwendbar sind. Anders verhält es sich aber, wenn eine grundlegend neue Verfahrensordnung geschaffen worden ist, sodass keine Kontinuität zwischen bisherigem und neuem Recht besteht (ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, a.a.O. Rz. 327a). In solchen Fällen ist für die Beurteilung von Ansprüchen und Forderungen, die ausschliesslich während der Geltungszeit des alten Rechts begründet worden sind, bisheriges Recht anzuwenden. Das neue Verfahrensrecht gelangt nur dann zur Anwendung, wenn dies aus dem neuen Recht klar hervorgeht oder spezielle Umstände dies notwendig machen, wie etwa die im öffentlichen Interesse liegende sofortige Durchsetzung des neuen materiellen Rechts (vgl. BGE 112 V 356 E. 4).

Vorliegend sind die angefochtenen Verfügungen der Vorinstanz am 7. Juli und 13. November 2009 erlassen worden, weshalb vorliegend für die Beurteilung der aufsichtsrechtlichen Massnahmen, die sich auf materielles Recht abstützen, das BVG in seiner bis zum 31. Dezember 2011 geltenden Fassung zu berücksichtigen ist.

**4.2.** 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 Bst. a BVG).

**4.3.** 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).

**4.4.** 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 vollwertig-

ges 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).

## 5.

**5.1.** In diesem Sinne gelangten wie erwähnt die Beschwerdeführer im vorinstanzlichen Verfahren mit ihrer Eingabe vom 6. Dezember 2002 (Vorakten 1) an die Vorinstanz als Aufsichtsbehörde. Die Beschwerdeführer wandten sich dabei gegen die von der Beschwerdegegnerin im Geschäftsjahr 2001 gemäss Bilanz erfolgte Belastung der Zinsreserve im Umfang von Fr. 25'766'790, welche laut Geschäftsbericht 2001, zusammen mit anderen Mitteln, zur Deckung einer Lücke von Fr. 253.6 Mio. in der Erfolgsrechnung verwendet wurde (vgl. Vorakten 1/1 S. 4). Sie machen eine zweckwidrige Verwendung der Zinsreserve geltend, da diese ihrer Ansicht nach keine Wertschwankungsreserve darstelle, sondern dazu bestimmt sei, die Minimalverzinsung der Altersguthaben von 4 Prozent in den Jahren mit schlechter Performance zu finanzieren.

**5.2.** Gemäss den erwähnten Übernahmeverträgen vom 29. August 1997 verpflichtet sich die Beschwerdegegnerin, die ihr übertragenen freien Mittel der übernommenen Destinatäre als Kollektivanspruch für den Einkauf in die Zinsreserve Beitragsprimat und für die Finanzierung des Sonderkontos "Besitzstandsgarantie" zu verwenden. Der Einkauf in die Zinsreserve Beitragsprimat hat bis zur Höhe der effektiv ausgewiesenen Höhe zum Stichtag 31. Dezember 1997, jedoch maximal 15 % des Altersguthabens, zu erfolgen. Die übrigen Mittel werden dem Sonderkonto "Besitzstandsgarantie" gutgeschrieben (vgl. Ziff. 5).

Vorliegend wird nicht bestritten und ergibt sich auch aus den Akten, dass diese freien Mittel in das genannte Sonderkonto sowie zum Einkauf in die Zinsreserve Beitragsprimat eingebracht wurden. Unbestritten und aktenkundig ist im Weiteren, dass die übergetretenen Destinatäre (worunter die Beschwerdeführer) in den Vorsorgeplan Beitragsprimat aufgenommen wurden, wo sie sich mit den eingebrachten Eintrittsleistungen in die regulatorischen Leistungen eingekauft haben (vgl. Bericht über die Geschäftstätigkeit 1998 [Vorakten 1/5], Jahresrechnung 1998 und Bericht der Kontrollstelle ([act. 1/6])). Dabei waren die eingetretenen Destinatäre gleich wie die bestehenden zu behandeln. Dies ergibt sich aus dem

Gleichbehandlungsprinzip der Destinatäre in demselben Vorsorgeplan, welches zwar erst mit der 1. BVG-Revision ab dem 1. Januar 2006 im BVG vgl. (Art. 1 BVG i.V.m Art. 1f BVV2) verankert wurde, indes von der bisherigen Rechtsprechung und Praxis übernommen wurde (Urteil des Bundesgerichts 2A.408/2002 vom 4. Februar 2004 E. 2.2 und E. 2.4.1; AB SR 2002 1036, AB NR 2003 618; Erläuterungen des Bundesamtes für Sozialversicherungen zur BVV2, ad Art. 1f [in Mitteilungen über die berufliche Vorsorge Nr. 83 vom 16. Juni 2005 Rz 484]). Diese Voraussetzung war mit dem Einkauf der eingetretenen Destinatäre in die bestehende Zinsreserve gegeben, wurde doch, wie die Beschwerdegegnerin zu Recht geltend macht, damit sichergestellt, dass die eingetretenen Destinatäre nicht zulasten der bestehenden von der vorhandenen Reservesituation profitieren und damit deren Ansprüche verwässert würden. Dies zeigt sich ganz besonders im Jahre 2001, wo mangels Vermögensertrag die Zinsreserve für die Finanzierung der Zinsgutschriften auf den Altersguthaben im Beitragsprimat herangezogen wurde, wovon die eingetretenen Destinatäre (und damit auch die Beschwerdeführer) in gleichem Mass wie die bestehenden profitiert haben (hierzu im Einzelnen hinten E 6.3 ff.). Daher bestand für die Beschwerdeführer entgegen ihrer Ansicht (vgl. Beschwerde S. 10 Ziff. 21) auch kein Anspruch darauf, dass die eingebrachten Mittel ausschliesslich für ihre individuellen Ansprüche reserviert bleiben würden.

## 6.

**6.1.** Über die Bildung und Verwendung der fraglichen Zinsreserve (im massgebenden Jahr 2001) finden sich in den Akten keine Regelungen seitens der Beschwerdegegnerin. Wohl haben, wie die Beschwerdeführer geltend machen, die Vorsorgeeinrichtungen gemäss Art. 48e BVV2 i.V. m. Art. 65b BVG in einem Reglement Regeln zur Bildung von Rückstellungen und Schwankungsreserven festzulegen, wobei der Grundsatz der Stetigkeit zu beachten ist. Diese Vorschrift ist allerdings erst mit der 1. BVG-Revision neu aufgenommen worden und am 1. Januar 2005 in Kraft getreten, weshalb sie vorliegend nicht anwendbar ist und auch die Beschwerdegegnerin zu einer reglementarischen Festlegung nicht verpflichtet war. Vor diesem Zeitpunkt wurden Zinsreserven in der Praxis als anerkannte, nicht technische Rückstellungen zur Sicherung der Finanzierung betrachtet, welche gebildet werden, um bei ungenügenden Anlageerträgen die Verzinsung der Sparguthaben mit dem Mindestzinssatz zu gewährleisten (vgl. JÜRIG BRECHBÜHL, in: Schneider/Geiser/Gächter, Handkommentar zum BVG und FZG, Bern 2010, Art. 65b BVG N. 20; ebenso BGE 131 II 514 E. 5.1 mit Hinweisen).

**6.2.** Auch im vorliegenden Fall hatte die Beschwerdegegnerin in der Bilanz unter den Passiven eine entsprechende Zinsreserve vorgesehen. Über deren Bildung und Verwendung wurde dabei in den jeweiligen Jahresberichterstattungen (bestehend aus dem Geschäftsbericht sowie der Jahresrechnung mit Anhang) berichtet. Dementsprechend bildete sie – wie andere Positionen der Rechnungslegung - Gegenstand der jährlichen Prüfung durch die Kontrollstelle, der Y.\_\_\_\_\_ AG, in ihrem Kontrollstellenbericht sowie der anerkannten Pensionsversicherungsexpertin, der Z.\_\_\_\_\_ AG, in ihrem versicherungstechnischen Gutachten.

**6.3.** Was den vorliegend beanstandeten Zeitraum 1998 – 2001 anbelangt, wird die Verwendung der Zinsreserve in der Jahresberichterstattung wie folgt dargestellt: In der im Geschäftsbericht dargestellten Mittelflussrechnung figuriert die Zinsreserve als "Zinsreserve Beitragsplan" (vgl. Geschäftsberichte 1997 – 2001). Laut den Erläuterungen in der Mittelflussrechnung 1997 (vgl. Geschäftsbericht 1997 S. 11) wird die Zinsreserve dazu benötigt, um in Jahren einer schlechten Performance die angestrebte minimale Verzinsung von 4 % finanzieren zu können. In diese Zinsreserve hätten sich sämtliche Kollektiv-Eintritte einzukaufen, damit die Ansprüche der bestehenden Mitglieder nicht verwässert würden. In den Jahresrechnungen 2000 und 2001 wird die Zinsreserve für die Sicherstellung der Verzinsung der Altersguthaben (vgl. 2000: S. 17 Ziff. 5.2; 2001: S. 17 Ziff. 2.4.2) und in der Jahresrechnung 2001 zudem für die Deckung der Negativperformance (vgl. S. 22 Ziff. 5.1) verwendet. Aus diesen Darstellungen folgt mit der Beschwerdegegnerin, dass die Zinsreserve für den Beitragsprimatplan als Reserve für die Verzinsungen dient, welche aus den Vermögenserträgen zu finanzieren sind, was von der erzielten Performance abhängig ist. Darunter werden sämtliche realisierten und nicht-realisierten Gewinne sowie Verluste auf Wertschriften und Währungen nach Abzug der Vermögensverwaltungskosten verstanden (vgl. zum Begriff Geschäftsberichte sub Kapitel "Performance der Vermögensanlagen"). Unter solchen Zinsverpflichtungen figuriert (nicht abschliessend) die Verzinsung der Altersguthaben der Versicherten im Beitragsprimatplan: So wird gemäss Art. 20 des Reglements Beitragsprimat der Zinssatz vom Stiftungsrat unter angemessener Berücksichtigung der Anlageerträge der Pensionskasse nach Bildung der zur Sicherstellung der reglementarischen Leistungen notwendigen Rückstellungen jährlich neu festgelegt (vgl. hierzu Urteil des BVGer C-4658/2007 bzw. C-7867/2009 vom 26. Februar 2010 E. 6.2).

**6.4.** Im Jahr 2001 hat die Beschwerdegegnerin gemäss ihrer Jahresberichterstattung keinen Vermögensertrag, sondern einen Vermögensverlust von Fr. 132'335'693.- und eine Performance von -7,6 % (im Gegensatz zum Vorjahr von + 3,2 %) des Anlagevermögens erzielt. Trotz des schlechten finanziellen Ergebnisses habe der Stiftungsrat der Beschwerdegegnerin beschlossen, die Altersguthaben im Beitragsprimat mit insgesamt 4 % zu verzinsen. Gestützt auf Art. 20 des Reglements habe er eine Verzinsung von 2,75 % sowie gestützt auf Art. 19 eine Verzinsung von 1,25 % zulasten einer in der Vergangenheit geäußneten Reserve festgelegt (vgl. Bericht über die Geschäftstätigkeit 2001 S. 4 [act. 1.1]; Anhang zur Jahresrechnung S. 22 [Erläuterungen zur Betriebsrechnung]). Die Zinsgutschrift führte laut den Darstellungen in der Mittelflussrechnung 2001 (Geschäftsbericht 2001 S. 11) sowie des versicherungstechnischen Ergebnisses 2001 im versicherungstechnischen Gutachten (S. 7) zu einem Fehlbetrag von Fr. 6,4 Mio. Zu finanzieren war zudem, wie die Beschwerdeführerin zu Recht geltend macht, die negative Performance, ging es doch darum, eine negative Verzinsung der Altersguthaben zu verhindern. Dieser Auffassung scheinen sich auch die Beschwerdeführer anzuschliessen, machen sie doch in ihrer Replik (S. 9 Abschnitt 3) zutreffenderweise geltend, die Zinsreserve dürfe nur zum Ausgleich eines ungenügenden Zinsertrags auf dem Anlagevermögen verwendet werden. Dass die Beschwerdegegnerin im Jahr 2001 für die Finanzierung dieses Fehlbetrags die Zinsreserve im Sinne einer Schwankungsreserve herangezogen hat, ist daher grundsätzlich nicht zu beanstanden.

**6.5.** Gemäss der Jahresberichterstattung 2001 belief sich die Entnahme aus der Zinsreserve auf Fr. 25'766'790. Nach den Beschwerdeführern lasse sich eine Entnahme höchstens im Umfang von Fr. 2'089'933 rechtfertigen (act. 1 S. 10). Demgegenüber seien nach ihrer Vermutung die weitergehenden Entnahmen für die Ausfinanzierung anwartschaftlicher Ansprüche aus dem Leistungsprimatplan verwendet worden, was zweckwidrig sei. Die Einwände der Beschwerdeführer finden indes weder in der Berichterstattung 2001 der Beschwerdegegnerin noch in den Darstellungen bzw. Beurteilungen der Pensionsversicherungsexpertin in ihrem versicherungstechnischen Gutachten eine Grundlage: Nach dem versicherungstechnischen Ergebnis ist für die Verzinsung der Altersguthaben ein Bedarf von Fr. 6.4 Mio ausgewiesen. Hinzu kommt der Bedarf für die Verzinsung der Deckungskapitalien für die laufenden Renten im Beitragsprimat, welche im Gesamtbedarf von Fr. 42.5 Mio enthalten sind und für das Beitragsprimat Fr. 1.2 Mio. ausmachen dürften (technischer Zins von 4,5 % auf das Deckungskapital der laufenden Renten im Beitragsprimat

von Fr. 27,7 Mio). Diese Verpflichtungen hätten laut der Gutachterin aus dem Vermögensertrag finanziert werden müssen. Da statt dessen ein Vermögensverlust sowie eine negative Performance realisiert wurden, war dieser Fehlbetrag ebenfalls anteilmässig aus der Zinsreserve (zusammen mit der Aktiven-Schwankungsreserve) zu finanzieren. Unter diesem Blickwinkel ist die dahingehende Darstellung der Beschwerdegegnerin über die Verwendung der Zinsreserve, nämlich Entnahme von Fr. 25,3 Mio (aufgrund der negativen Performance und der Zinsgutschrift von 2,75 %) zuzüglich Zinsbedarf für die Verzinsung der Deckungskapitalien von Fr. 1,3 Mio. und somit eine Entnahme von Fr. 26,6 Mio. plausibel (vgl. Beschwerdeantwort S. 7 und eingehend in der Duplik im vorinstanzlichen Verfahren vom 1. Dezember 2003 S. 5).

**6.6.** Nach dem Gesagten ergeben sich entgegen den Beschwerdeführern keine Zweifel darüber, dass die Zinsreserve zweckkonform verwendet worden ist. Insbesondere ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass diese nicht ausschliesslich für die Destinatäre des Beitragsprimatplans verwendet worden ist, weshalb auch keine Ungleichbehandlung der Destinatäre vorliegt. Die korrekte Verwendung der Zinsreserve wird im Übrigen weder von der Gutachterin noch von der Kontrollstelle bezweifelt. Dementsprechend lässt sich auch nicht die Beurteilung der Vorinstanz in ihrer angefochtenen Verfügung beanstanden (vgl. E. 7), welche der Beschwerdegegnerin gefolgt ist. Ebenso wenig lässt sich ihr angefochtener Beschluss beanstanden, mit welchem sie die Aufsichtsbeschwerde abgewiesen hat. Auch im vorliegenden Verfahren erweisen sich die Rügen der Beschwerdeführer als unbegründet, sodass ihre Beschwerde, soweit darauf einzutreten ist, abzuweisen ist.

## **7.**

**7.1.** Die Vorinstanz hat den Beschwerdeführern 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. Die Beschwerdeführer wenden sich gegen die Höhe der Gebühr und machen geltend, diese Tarifänderung sei im Verlauf des hängigen Beschwerdeverfahrens vor der Vorinstanz in Kraft getreten und daher für sie nicht anwendbar. Massgebend sei der – wesentlich tiefere – Tarif nach

altem Recht, welcher im Zeitpunkt der Erhebung ihrer Beschwerde am 6. Dezember 2002 gültig gewesen sei und eine Maximalgebühr von Fr. 2'500.- vorgesehen habe. Auf dieser Grundlage hätten sie die Kostenfolgen bei einem allfälligen Unterliegen eingeschätzt und die erfolgte Änderung auch nicht vorhersehen können. Auch hätten sie nicht mit einer derart erheblichen Anhebung des Gebührenrahmens rechnen können.

**7.1.1.** Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung und Lehre ist die Rechtmässigkeit eines Verwaltungsakts beim Fehlen einer Übergangsordnung grundsätzlich nach der Rechtslage zur Zeit seines Erlasses 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.

**7.1.2.** Nichts zu ihren Gunsten können die Beschwerdeführer aus dem weiteren Einwand ableiten, die Vorinstanz verwende für ihre Gebührenrechnungen noch jahrelang Formulare, auf denen der alte Gebührenrahmen figuriere, wie aus der ins Recht gelegten Gebührenrechnung an den Beschwerdeführer 11 in einem anderen Verfahren mit Mahndatum vom 10. September 2007 hervorgehe. Offensichtlich handelt es sich hierbei um das Beschwerdeverfahren C-7867/2009, wo dieselbe Gebührenrechnung aktenkundig ist (vgl. act. 1/2 in diesem Verfahren). Dort stützte sich die Gebührenrechnung auf die angefochtene Verfügung vom 6. Juni 2007. Davon kann auch vorliegend ausgegangen werden. In der ange-

fochtenen Verfügung hat die Vorinstanz die Anwendung des neuen Rechts korrekt dargelegt (E. 10), sodass für die Beschwerdeführer ersichtlich war, dass es sich in der Gebührenrechnung - welche im Übrigen keine Verfügung darstellt - um einen Kanzleifehler handelt. Sie durften deshalb nicht darauf vertrauen, nach alter Gebührenordnung beurteilt zu werden.

**7.2.** Hinsichtlich der den Beschwerdeführern auferlegten Gebühr lässt sich die angefochtene Verfügung somit nicht beanstanden, weshalb die Beschwerde auch in diesem Punkt (Subeventualantrag 1d) abzuweisen ist.

## **8.**

**8.1.** Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens werden die 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. 4'000.-- festgelegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 20'000.- verrechnet, und die Restanz von Fr. 16'000.- wird nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils auf ein von ihnen zu bezeichnendes Konto zurückerstattet.

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 143 E. 4b), 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.

## **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde im Verfahren C-5685/2009 wird, soweit darauf eingetreten wird, abgewiesen und der Entscheid der Vorinstanz vom 7. Juli 2009 bestätigt.

**2.**

Die Verfügung der Vorinstanz vom 13. November 2009 im Verfahren C-7811/2009 wird aufgehoben.

**3.**

Die Verfahrenskosten von Fr. 4'000.- werden den Beschwerdeführern auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 20'000.- verrechnet und die Restanz von Fr. 16'000.- wird nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

**4.**

Der obsiegenden Beschwerdegegnerin sowie der Vorinstanz wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

**5.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Beschwerdegegnerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]; Gerichtsurkunde)
- das Bundesamt für Sozialversicherungen (Einschreiben)
- die Oberaufsichtskommission (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 (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: