



Abteilung I  
A-5524/2015

## Urteil vom 1. September 2016

Besetzung

Richter Michael Beusch (Vorsitz),  
Richterin Marianne Ryter,  
Richterin Marie-Chantal May Canellas,  
Gerichtsschreiber Beat König.

Parteien

1. **A.**\_\_\_\_\_ **AG**,  
2. **Pensionskasse B.**\_\_\_\_\_,  
3. **C.**\_\_\_\_\_,  
alle vertreten durch lic. iur. Andrea Trüssel  
und Dr. Benno Ambrosini, Pensionskassen-Experte SKPE,  
Beschwerdeführende,

gegen

**Pensionskasse D.**\_\_\_\_\_,  
vertreten durch lic. iur. Hans-Peter Stäger, Rechtsanwalt,  
Beschwerdegegnerin,

**BVG- und Stiftungsaufsicht des Kantons Zürich (BVS),**  
Vorinstanz.

Gegenstand

Teilliquidation der Vorsorgeeinrichtung.

## Sachverhalt:

### A.

**A.a** Die Pensionskasse D. \_\_\_\_\_ ist eine umhüllende Gemeinschaftseinrichtung mit Sitz in E. \_\_\_\_\_, die als autonome Beitragsprimatkasse alle Risiken (Alter, Invalidität und Tod) selbst deckt.

Per Anfang 2012 waren der Pensionskasse D. \_\_\_\_\_ [...] Unternehmen (abzüglich [...] stillgelegter Policen) mit [...] Versicherten angeschlossen. Unter diesen Unternehmen fand sich auch die mit Wirkung ab 1. Januar 2010 angeschlossene F. \_\_\_\_\_ AG.

**A.b** Die F. \_\_\_\_\_ AG wurde rückwirkend per 1. Oktober 2012 mittels Absorptionsfusion von der A. \_\_\_\_\_ AG übernommen. Im Rahmen dieser Absorptionsfusion wechselten die [...] Mitarbeiter der F. \_\_\_\_\_ AG zur A. \_\_\_\_\_ AG. Diese Mitarbeiter erhielten dabei neue Arbeitsverträge mit Letzterer, in welchen standardmässig ein Anschluss an die Pensionskasse B. \_\_\_\_\_ vorgesehen war.

Die Vorsorgeguthaben der [...] Mitarbeiter der ehemaligen F. \_\_\_\_\_ AG wurden per 1. Januar 2013 an die Pensionskasse B. \_\_\_\_\_ übertragen.

**A.c** Mit Schreiben vom 2. November 2012 und 16. Januar 2013 beantragte die A. \_\_\_\_\_ AG bei der Pensionskasse D. \_\_\_\_\_ die Durchführung eines Teilliquidationsverfahrens.

Die Pensionskasse D. \_\_\_\_\_ teilte der A. \_\_\_\_\_ AG mit Schreiben vom 14. August 2013 mit, dass gemäss Beschluss des Stiftungsrates der Pensionskasse vom 24. Juni 2013 keine Teilliquidation durchgeführt werde, weil die nötigen Voraussetzungen nicht gegeben seien.

Auf eine seitens der A. \_\_\_\_\_ AG erhobene «Einsprache» vom 29. August 2013 hin erklärte die Pensionskasse D. \_\_\_\_\_ mit Schreiben vom 18. Oktober 2013, dass darauf nicht eingetreten werden könne und ein allfälliges Begehren um Überprüfung des Teilliquidationsreglements der Pensionskasse bei der zuständigen Aufsichtsbehörde gestellt werden müsste.

**A.d** Die Pensionskasse B. \_\_\_\_\_ und C. \_\_\_\_\_, einer der [...] früheren Arbeitnehmer der F. \_\_\_\_\_ AG, verlangten mit (je separaten) Schreiben vom 5. November 2013 von der Pensionskasse D. \_\_\_\_\_ ebenfalls die Durchführung eines Teilliquidationsverfahrens. Die Pensionskasse

D.\_\_\_\_\_ teilte ihnen daraufhin mit, dass sie am Entscheid ihres Stiftungsrates vom 24. Juni 2013, keine Teilliquidation durchzuführen, festhalte (Schreiben vom 19. November 2013). Hiergegen erhoben die Pensionskasse B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ am 20. Dezember 2013 «Einsprachen», welche von der Pensionskasse D.\_\_\_\_\_ am 20. Januar 2014 abgewiesen wurden.

#### **B.**

Die A.\_\_\_\_\_ AG, die Pensionskasse B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ liessen je separat die an sie adressierten «Einspracheentscheide» der Pensionskasse D.\_\_\_\_\_ (bzw. deren Schreiben) vom 18. Oktober 2013 und 20. Januar 2014 mit Beschwerden vom 11. November 2013 (Beschwerde der A.\_\_\_\_\_ AG) bzw. vom 29. Januar 2014 (Beschwerde der Pensionskasse B.\_\_\_\_\_ und Beschwerde C.\_\_\_\_\_) bei der BVG- und Stiftungsaufsicht des Kantons Zürich (BVS) anfechten.

#### **C.**

Die BVS (nachfolgend: Vorinstanz) vereinigte die drei Beschwerdeverfahren und wies die Rechtsmittel mit Verfügung vom 13. Juli 2015 unter Kostenfolge zulasten drei Beschwerdeführenden A.\_\_\_\_\_ AG, Pensionskasse B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ sowie ohne Ausrichtung einer Parteientschädigung ab.

#### **D.**

Die A.\_\_\_\_\_ AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin 1), die Pensionskasse B.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Beschwerdeführerin 2) und C.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Beschwerdeführer; zusammen: Beschwerdeführende) liessen mit gemeinsamer Eingabe vom 8. September 2015 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erheben und folgendes Rechtsbegehren stellen (Beschwerde, S. 2):

- «1. Die Verfügung [der Vorinstanz] vom 13. Juli 2015 und damit auch der Entscheid vom 18. Oktober 2013 sowie der Beschluss des Stiftungsrates [der Pensionskasse D.\_\_\_\_\_ bzw. der Beschwerdegegnerin] vom 24. Juni 2013 seien aufzuheben.
2. Die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, für die Austritte der Versicherten der F.\_\_\_\_\_ AG eine Teilliquidation [...] durchzuführen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin.»

Im Sinne einer Beweisofferte beantragen die Beschwerdeführenden die Edition verschiedener Unterlagen bei der Pensionskasse D.\_\_\_\_\_.

**E.**

Innert erstreckter Frist reichte die Vorinstanz am 15. Dezember 2015 ihre Vernehmlassung ein. Sie beantragt, unter Bestätigung ihrer Verfügung vom 13. Juli 2015 sei die Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführenden abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden könne.

**F.**

Infolge interner Reorganisation des Bundesverwaltungsgerichts ging das vorliegende Verfahren per 1. Januar 2016 von der Abteilung III auf die Abteilung I über.

**G.**

In ihrer innert zweimal erstreckter Frist eingereichten, mit Beilagen versehenen Beschwerdeantwort vom 1. Februar 2016 beantragt die Beschwerdegegnerin, die Beschwerde sei unter Kostenfolgen zu Lasten der Beschwerdeführenden abzuweisen.

**H.**

Die Beschwerdeführenden halten mit Replik vom 14. März 2016 unter Einreichung verschiedener Beilagen an ihren Beschwerdeanträgen fest. Zudem stellen sie im Sinne einer Beweisofferte den Antrag, G.\_\_\_\_\_ sei als Zeuge zu befragen.

**I.**

Mit Duplik vom 11. April 2016 wiederholt die Vorinstanz ihre in der Vernehmlassung gestellten Anträge.

**J.**

Die Beschwerdegegnerin bekräftigt die in der Beschwerdeantwort gestellten Begehren mit einer am 30. Mai 2016 innert zweimal erstreckter Frist eingereichten Duplik.

**K.**

Mit einer am 6. Juli 2016 unaufgefordert eingereichten Stellungnahme, welche in der Folge den übrigen Verfahrensbeteiligten übermittelt wurde, erklären die Beschwerdeführenden, an ihren Anträgen in der Beschwerde und der Replik festzuhalten.

**L.**

Soweit entscheidrelevant, wird auf die Eingaben der Verfahrensbeteiligten und die vorliegenden Akten im Rahmen der Erwägungen näher eingegangen.

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

**1.****1.1**

**1.1.1** Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG; SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Als Vorinstanzen gelten die in Art. 33 VGG genannten Behörden.

Zu den beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbaren Verfügungen gehören nach Art. 74 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG; SR 831.40) in Verbindung mit Art. 33 Bst. i VGG jene der Aufsichtsbehörden im Bereich der beruflichen Vorsorge. Eine Ausnahme nach Art. 32 VGG liegt in casu nicht vor. Die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts ist somit gegeben.

**1.1.2** Gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG ist zur Beschwerde legitimiert, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat (Bst. a), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c). Die primären Verfügungsadressaten, d.h. die materielle Adressaten der Verfügung, erfüllen das Erfordernis, dass sie durch den angefochtenen Hoheitsakt besonders berührt sind, in der Regel ohne Weiteres. Die Eigenschaft als Verfügungsadressat richtet sich dabei grundsätzlich nach dem Inhalt der angefochtenen Verfügung (vgl. ALFRED KÖLZ et al., Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl. 2013, N. 949, mit weiteren Hinweisen).

Die Beschwerdeführenden sind Adressaten des angefochtenen Entscheids. Ihre Legitimation ist auch mit Blick auf ihre Interessen gegeben:

Die Beschwerdeführerin 1 ist als Rechtsnachfolgerin der F.\_\_\_\_\_ AG ein Arbeitgeberunternehmen, das sich an die neue Vorsorgeeinrichtung (bzw. die Beschwerdeführerin 2) angeschlossen hat und deren von der F.\_\_\_\_\_ AG übernommenen Arbeitnehmer die von der Nichtdurchführung der Teilliquidation der Beschwerdegegnerin betroffenen Destinatäre sind. Als Arbeitgeberin hat die Beschwerdeführerin 1 zwar nicht selber einen Anspruch auf Vorsorgeleistungen, wohl aber einen vertraglichen Anspruch darauf, dass die Beschwerdegegnerin als Vorsorgeeinrichtung die ihr obliegenden Vorsorgepflichten gegenüber den bei ihr versicherten Arbeitnehmern korrekt wahrnimmt, was auch die Abwicklung der Rechtsfolgen im Falle der Kündigung des Anschlussvertrages mitumfasst. Dazu gehört auch, dass allenfalls, sofern die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind, eine Teilliquidation durchgeführt wird und die entsprechenden freien Mittel den Arbeitnehmern mitgegeben werden. Damit hat sie rechtssprechungsgemäss ein aktuelles schutzwürdiges Interesse an der Anfechtung eines Entscheids der Aufsichtsbehörde, wonach keine Teilliquidation der abgebenden Vorsorgeeinrichtung (vorliegend: der Beschwerdegegnerin) durchzuführen ist (vgl. Urteil des BVGer C-2399/2006 vom 6. Oktober 2009 E. 3.2.3; siehe zur Legitimation des neuen Arbeitgebers ferner BGE 140 V 22 E. 4.2).

Nach der Rechtsprechung ist auch eine übernehmende Vorsorgeeinrichtung zur Anfechtung eines Entscheides legitimiert, mit welchem die Aufsichtsbehörde die Voraussetzungen der Teilliquidation bei der abgebenden Vorsorgeeinrichtung verneint (vgl. Urteil des BVGer C-2399/2006 vom 6. Oktober 2009 E. 3.2.2). Dementsprechend zu bejahen ist auch die Legitimation der Beschwerdeführerin 2, bei welcher die zuvor bei der Beschwerdegegnerin versicherten Arbeitnehmer der früheren F.\_\_\_\_\_ AG nunmehr versichert sind.

Ebenfalls gegeben ist die Legitimation des Beschwerdeführers, ist er doch ein infolge der Absorptionsfusion zwischen der Beschwerdeführerin 1 und der F.\_\_\_\_\_ AG aus der Beschwerdegegnerin ausgetretener und bei der Beschwerdeführerin 2 neu eingetretener Versicherter (vgl. zur Legitimation des Destinatärs Urteil des BVGer C-2399/2006 vom 6. Oktober 2009 E. 3.2.2).

**1.1.3** Anfechtungsobjekt im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bildet einzig der vorinstanzliche Entscheid; dieser ersetzt allfällige Entscheide unterer Instanzen (sog. Devolutiveffekt; vgl. BGE 134 II 142 E. 1.4; Urteile des BVGer A-7010/2015 vom 19. Mai 2016 E. 1.2, A-2771/2015

vom 27. Oktober 2015 E. 1.2, A-5127/2013 vom 13. März 2014 E. 1.2, A-272/2013 vom 21. November 2013 E. 1.3, A-5151/2011 vom 2. Oktober 2012 E. 1.1; ANDRÉ MOSER et al., Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, N. 2.7).

Soweit die Beschwerdeführenden beantragen, die Entscheide der Beschwerdegegnerin vom 24. Juni und 18. Oktober 2013 seien aufzuheben, ist mit Blick auf das Ausgeführte auf ihre Beschwerde nicht einzutreten. Immerhin gelten diese Entscheide vorliegend inhaltlich als mit angefochten.

**1.1.4** Die Beschwerdeführenden haben die Beschwerde frist- und formgerecht erhoben (vgl. Art. 50 und 52 VwVG). Da zudem auch der erhobene Kostenvorschuss in der dafür angesetzten Frist geleistet worden ist, ist auf das Rechtsmittel mit der hiervor genannten Einschränkung (E. 1.1.3) einzutreten.

## **2.**

Das Bundesverwaltungsgericht prüft gemäss Art. 49 VwVG die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich der Überschreitung oder des Missbrauchs des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und die Unangemessenheit, wenn nicht eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat. Da sich die Kognition in oberer Instanz nur verengen, nicht aber erweitern kann, gilt es jedoch zu beachten, dass die Aufsichtstätigkeit im Bereich der beruflichen Vorsorge als Rechtskontrolle ausgestaltet ist (vgl. ISABELLE VETTEL-SCHREIBER, Berufliche Vorsorge, Kommentar, 2009, Art. 62 N. 1; siehe dazu auch hinten E. 3.2), weshalb sich auch das angerufene Gericht – in Abweichung von Art. 49 Bst. c VwVG – auf eine Rechtskontrolle zu beschränken hat, soweit Entscheide eines Stiftungsrates zu überprüfen sind (BGE 135 V 382 E. 4.2; Urteil des BGer 9C\_756/2009 vom 8. Februar 2010 E. 5 [zur Publikation vorgesehen]).

## **3.**

**3.1** Die Aufsichtsbehörde BVG hat darüber zu wachen, dass die Vorsorgeeinrichtungen, die Revisionsstellen für berufliche Vorsorge, die Experten für berufliche Vorsorge sowie die Einrichtungen, die nach ihrem Zweck der beruflichen Vorsorge dienen, die gesetzlichen Vorschriften einhalten und dass das Vorsorgevermögen zweckgemäss verwendet wird (Art. 62 Abs. 1 BVG), indem sie insbesondere die Übereinstimmung der statutarischen und reglementarischen Bestimmungen der Vorsorgeeinrichtungen und der

Einrichtungen, die nach ihrem Zweck der beruflichen Vorsorge dienen, mit den gesetzlichen Vorschriften prüft (Bst. a), von den Vorsorgeeinrichtungen und den Einrichtungen, die nach ihrem Zweck der beruflichen Vorsorge dienen, jährlich Berichterstattung fordert, namentlich über die Geschäftstätigkeit (Bst. b), Einsicht in die Berichte der Kontrollstelle und des Experten für berufliche Vorsorge nimmt (Bst. c), Massnahmen zur Behebung von Mängeln trifft (Bst. d) und Streitigkeiten betreffend das Recht der versicherten Person auf Information beurteilt (Bst. e).

Wenn die Vorsorgeeinrichtung bzw. deren oberstes Organ die Voraussetzungen für eine Teilliquidation verneint, hat die Aufsichtsbehörde BVG ein von den Betroffenen gestelltes Begehren, die Vorsorgeeinrichtung sei anzuweisen, eine Teilliquidation durchzuführen, zu beurteilen (vgl. Urteil des BVGer A-2907/2015 vom 23. Mai 2016 E. 3.2; MONIKA BIEHLE, Die praktische Abwicklung einer Teilliquidation und die damit verbundenen Informationsrechte und -pflichten, in: Gewos AG [Hrsg.], Gesamt- und Teilliquidation von Pensionskassen, 2013, S. 57 ff., S. 64 f.).

**3.2** Vorsorgeeinrichtungen regeln gemäss Art. 53b Abs. 1 BVG in ihren Reglementen – welche von der Aufsichtsbehörde zu genehmigen sind (Art. 53b Abs. 2 BVG) – die Voraussetzungen und das Verfahren zur Teilliquidation, wobei die Voraussetzungen vermutungsweise erfüllt sind, wenn:

- «a. eine erhebliche Verminderung der Belegschaft erfolgt;
- b. eine Unternehmung restrukturiert wird;
- c. der Anschlussvertrag aufgelöst wird.»

Der Wortlaut von Art. 53b Abs. 1 BVG ist zunächst insoweit klar, als die Vorsorgeeinrichtungen in ihren Reglementen unter anderem die Voraussetzungen für eine Teilliquidation *regeln*. Die Bestimmung statuiert gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts ein «reglementarisches Konkretisierungsgebot hinsichtlich der einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen» (BGE 138 V 346 E. 6.3.4). Unbestrittenermassen sind dabei vor allem die in Art. 53b Abs. 1 Bst. a und b BVG enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffe «erhebliche Verminderung der Belegschaft» und «Restrukturierung» reglementarisch zu konkretisieren (BGE 138 V 346 E. 6.5.2).

Hinsichtlich der Voraussetzungen einer Teilliquidation können die Vorsorgeeinrichtungen allerdings lediglich die gesetzliche Vermutung von Art. 53b Abs. 1 BVG konkretisieren; denn mit einem Reglement kann das Gesetz



weder eingegrenzt noch umgestossen werden (vgl. schon Urteil der Eidg. Beschwerdekommision BVG vom 4. August 1992, in: Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherungsrecht und berufliche Vorsorge [SZS] 1995, S. 233; FRITZ STEIGER, Die Voraussetzungen zur Teilliquidation einer Vorsorgeeinrichtung, in: Der Schweizer Treuhänder [ST] 2008, S. 463 ff., S. 466). Es obliegt also in erster Linie dem Stiftungsrat, nach seinem Ermessen die Voraussetzungen für eine Teilliquidation und das damit verbundene Verfahren festzulegen. Dabei sind ihm – allerdings nur im Rahmen der Konkretisierung der gesetzlichen Vermutung für das Vorliegen eines Teilliquidationstatbestandes – lediglich Grenzen gesetzt durch den Stiftungszweck, die Grundsätze der Verhältnismässigkeit, der Gleichbehandlung und des guten Glaubens. Zudem muss er dem Fortführungsinteresse der verbleibenden Destinatäre wie auch den Interessen der ausgetretenen Mitglieder Rechnung tragen (vgl. BGE 119 Ib 46 E. 4 betreffend Genehmigung von Verteilungsplänen; KURT SCHWEIZER, Rechtliche Grundlagen der Anwartschaft auf eine Stiftungsleistung in der beruflichen Vorsorge, 1985, S. 106 ff.). Die Aufsichtsbehörde darf dabei nicht ihr eigenes Ermessen anstelle desjenigen des Stiftungsrates setzen. Sie kann nur einschreiten, wenn der Entscheid des Stiftungsrates unhaltbar ist, weil er auf sachfremden Kriterien beruht oder einschlägige Kriterien ausser Acht lässt (vgl. BGE 128 II 394 E. 3.3, 108 II 497 E. 5, 101 Ib 235 E. 2). Allerdings hat die Aufsichtsbehörde einzugreifen, falls sie einen Verstoß gegen gesetzliche oder statutarische Vorschriften erkennt. Die Aufsichtstätigkeit ist mithin – wie ausgeführt (E. 2) – als Rechtskontrolle ausgestaltet (siehe zum Ganzen auch BVGE 2008/53 E. 4.2).

### 3.3

**3.3.1** Das Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV) hat in seinen Mitteilungen über die berufliche Vorsorge nähere Ausführungen zur Teilliquidation von Vorsorgeeinrichtungen gemacht (vgl. BVG-Mitteilungen des BSV, Nr. 100 vom 19. Juli 2007). Zu den Voraussetzungen der Teilliquidation hält es dabei fest, dass die in Art. 53b Abs. 1 BVG aufgelisteten «Tatbestandsvermutungen» im Teilliquidationsreglement zu konkretisieren seien und es diesbezüglich nicht genüge, die genannte gesetzliche Vorschrift abzuschreiben (BVG-Mitteilungen des BSV, Nr. 100, N. 590; bestätigt mit BGE 138 V 346 E. 6.2). Bei Gemeinschaftseinrichtungen, also Einrichtungen, denen mehrere Arbeitgeber angeschlossen sind, «ohne dass die einzelnen Vorsorgewerke eine separate Rechnung führen» (BVG-Mitteilungen des BSV, Nr. 100, N. 590 Fn. 2), darf nach diesen Mitteilungen des BSV in besonderen und begründeten Fällen «bei allen drei Tatbeständen

(erhebliche Verminderung der Belegschaft, Restrukturierung einer Unternehmung, Auflösung eines Anschlussvertrags) ein ergänzendes Kriterium (z.B. Verminderung des Gesamtversichertenbestands, des gesamten Deckungskapitals)» vorgesehen werden, wobei indessen durch den Beizug eines solchen zusätzlichen Kriteriums der Grundsatz nicht relativiert werden dürfe, «dass auf die Belegschaft der einzelnen Unternehmung abzustellen ist» (BVG-Mitteilungen des BSV, Nr. 100, N. 590 in fine).

**3.3.2** In seinen BVG-Mitteilungen hat das BSV unter anderem auch Folgendes festgehalten (BVG-Mitteilungen des BSV, Nr. 75 vom 2. Juli 2004, N. 444, Erläuterungen zu Art. 27h BVV 2):

«Die Vorsorgeeinrichtungen haben eine gewisse Autonomie: Sie müssen in ihren Reglementen die Voraussetzungen der Teilliquidation regeln. Dies gilt vor allem für die Gemeinschaftsstiftungen, die sehr kleine Unternehmen anschliessen, deren Austritt nicht zu einer Teilliquidation führt. Die Vorsorgeeinrichtungen haben festzulegen, unter welchen Bedingungen eine Teilliquidation durchgeführt wird.»

**3.3.3** Verwaltungsverordnungen, darunter fallen auch die hiervor genannten BVG-Mitteilungen des BSV, sind Meinungsäusserungen der Verwaltung über die Auslegung der anwendbaren Gesetzesbestimmungen (vgl. Urteil des BGer 2A.321/2002 vom 2. Juni 2003 E. 3.2.1). Sie sollen eine einheitliche, gleichmässige und sachrichtige Praxis des Gesetzesvollzugs sicherstellen (MICHAEL BEUSCH, Was Kreisschreiben dürfen und was nicht, in: ST 2005, S. 613 ff.). Verwaltungsverordnungen sind für die als eigentlichen Adressaten figurierenden Verwaltungsbehörden verbindlich, wenn sie nicht klarerweise einen verfassungs- oder gesetzwidrigen Inhalt aufweisen (vgl. BVGE 2010/33 E. 3.3.1, mit Hinweisen). Nicht verbindlich sind Verwaltungsverordnungen dagegen für die Justizbehörden, deren Aufgabe es ist, die Einhaltung von Verfassung und Gesetz im Einzelfall zu überprüfen. Die Gerichte sollen Verwaltungsverordnungen bei ihrem Entscheid allerdings mitberücksichtigen, sofern diese eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulassen. Dies gilt umso mehr, als es nicht die Aufgabe der Gerichte ist, als Zweitinterpreten des der Verwaltungsverordnung zugrunde liegenden Erlasses eigene Zweckmässigkeitsüberlegungen an die Stelle des Vollzugskonzepts der zuständigen Verwaltungsbehörde zu setzen (siehe zum Ganzen BGE 123 II 16 E. 7; Urteile des BVer A-6904/2015 vom 22. Juni 2016 E. 1.3, A-2599/2015 vom 19. Oktober 2015 E. 2.3, A-6108/2014 vom 22. Juli 2015 E. 2).

### 3.4

**3.4.1** Vorliegend sieht das Reglement Teilliquidation der Beschwerdegegnerin vom November 2009 (gültig ab 1. Januar 2009; nachfolgend: Reglement Teilliquidation) in Ziff. 3 – soweit hier interessierend – Folgendes vor:

«Einzelaustritte gelten nicht als Teilliquidation. Die Voraussetzungen für den Tatbestand der Teilliquidation gelten vermutungsweise als erfüllt (Art. 53b Abs. 1 BVG), wenn [...]:

3.1. eine erhebliche Veränderung des Versichertenbestandes erfolgt, d.h. mindestens 10% der aktiv Versicherten ausscheiden oder

3.2. eine erhebliche Anzahl angeschlossener Mitgliedfirmen den Anschlussvertrag auflösen, d.h. mindestens 10% der angeschlossenen Betriebe, oder

3.3 eine angeschlossene Mitgliedfirma mit mindestens 500 aktiv Versicherten Restrukturierungsmassnahmen durchführt und 10% der aktiv Versicherten dieser Mitgliedfirma dadurch unfreiwillig aus der Mitgliedfirma ausscheiden.»

Nach insoweit unbestrittenen Angaben der Vorinstanz wurde das Reglement Teilliquidation von der damaligen Aufsichtsbehörde, dem BSV, mit Verfügung vom 6. Juli 2010 genehmigt (vgl. angefochtener Beschwerdeentscheid, Ziff. 15).

Der erfolgten Genehmigung der hier in Frage stehenden Vorschrift von Ziff. 3 des Reglements Teilliquidation durch die damalige Aufsichtsbehörde kommt zwar konstitutive Bedeutung zu. Sie hat aber keinen rechtsetzenden Charakter und schliesst eine inzidente bzw. akzessorische Normenkontrolle nicht aus (vgl. BGE 139 V 72 E. 2.1, 2.2.2 und 3.1.4; Urteile des BVGer A-2907/2015 vom 23. Mai 2016 E. 4.2, C-543/2012 vom 16. Mai 2013 E. 5.2, C-4814/2007 vom 3. April 2009 E. 8.3 f.). Soweit die Beschwerdegegnerin annimmt, die Vorinstanz könne das Reglement Teilliquidation aufgrund der Genehmigung durch das BSV mit Blick auf die Rechtssicherheit und den Vertrauensschutz in einem konkreten Anwendungsfall nicht auf seine Rechtmässigkeit überprüfen (vgl. Beschwerdeantwort, N. 13 f.), kann ihr somit nicht gefolgt werden.

**3.4.2** Bei der Beschwerdegegnerin handelt es sich unbestrittenermassen um eine sog. Gemeinschaftsstiftung bzw. Gemeinschaftseinrichtung, mithin um eine Vorsorgeeinrichtung mit einheitlichem Versicherungsplan, der mehrere Arbeitgeber angeschlossen sind, ohne dass die einzelnen Vorsorgewerke eine separate Rechnung führen (vgl. zum Begriff der Gemeinschaftsstiftung bzw. -einrichtung BVGE 2008/53 E. 5.2; vorn E. 3.3.1).

#### 4.

**4.1** Im vorliegenden Fall ist unter den Verfahrensbeteiligten insbesondere streitig, ob der Teilliquidationstatbestand der Auflösung eines Anschlussvertrages von Art. 53b Abs. 1 Bst. c BVG erfüllt ist. Dabei besteht namentlich Uneinigkeit bezüglich der Frage, ob die Beschwerdegegnerin diesen Tatbestand mit Ziff. 3.2 Reglement Teilliquidation dahingehend konkretisieren durfte, dass mindestens 10 % der angeschlossenen Mitgliedunternehmen den Anschlussvertrag auflösen.

**4.2** Vor diesem Hintergrund ist vorab im Rahmen einer akzessorischen Normenkontrolle zu prüfen, ob Ziff. 3.2 des Reglements Teilliquidation gesetzes- und verfassungskonform ist. Zunächst stellt sich dabei die Frage, ob Art. 53b Abs. 1 Bst. c BVG generell eine Konkretisierung des in dieser Vorschrift geregelten Teilliquidationstatbestandes zulässt (vgl. nachfolgend E. 5). Sollte dies zu bejahen sein, wäre zu prüfen, ob das von der Beschwerdegegnerin mit der hier in Frage stehenden Reglementsbestimmung gewählte Kriterium der Auflösung der Anschlussverträge durch mindestens 10 % der angeschlossenen Betriebe statthaft ist (vgl. nachfolgend E. 6).

#### 5.

**5.1** Bezüglich der Frage, ob Art. 53b Abs. 1 Bst. c BVG in einem Teilliquidationsreglement konkretisiert werden darf, gehen die Meinungen der Verfahrensbeteiligten auseinander:

Die Beschwerdeführenden sind der Ansicht, dass der Wortlaut von Art. 53b Abs. 1 Bst. c BVG keinen Raum lasse, auf die Durchführung einer Teilliquidation zu verzichten, wenn – wie vorliegend – ein Anschlussvertrag aufgelöst worden sei. Die Vermutungsbasis des entsprechenden gesetzlichen Teilliquidationstatbestandes könne nach der Rechtsprechung nicht umgestossen werden, denn entweder sei ein Anschlussvertrag aufgelöst oder nicht aufgelöst. Unweigerliche Rechtsfolge einer Auflösung müsse die Eröffnung des Teilliquidationsverfahrens sein.

Demgegenüber gehen die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin davon aus, dass bei Art. 53b Abs. 1 Bst. c BVG reglementarisch ergänzende Voraussetzungen bzw. Kriterien für das Vorliegen eines Teilliquidationstatbestandes statuiert werden können.

**5.2** Das Bundesverwaltungsgericht hat jüngst festgehalten, dass die mit Art. 53b Abs. 1 Bst. c BVG aufgestellte gesetzliche Vermutung zwar nicht

durch einen sog. Gegenbeweis, aber durch einen sog. Beweis des Gegenteils widerlegt werden könne. Ein solcher Beweis des Gegenteils gelte als erbracht, wenn bewiesen werde, dass trotz der Auflösung eines Anschlussvertrages keine Teilliquidation durchzuführen sei. Letzteres könne prinzipiell dadurch geschehen, dass reglementarisch zusätzliche Kriterien zur Auflösung eines Anschlussvertrages vorgesehen werden, bei deren Erfüllung keine Teilliquidation erfolgen müsse (vgl. Urteil des BVGer A-2907/2015 vom 23. Mai 2016 E. 5.1.2 ff.).

Unter eingehender Würdigung der einschlägigen, vorliegend namentlich von den Beschwerdeführenden herangezogenen Rechtsprechung und mittels Gesetzesauslegung kam das Bundesverwaltungsgericht im genannten Urteil sodann zum Schluss, dass Gemeinschaftseinrichtungen bei der reglementarischen Umschreibung der Teilliquidationsvoraussetzungen zum Tatbestand der Auflösung eines Anschlussvertrages im Sinne von Art. 53b Abs. 1 Bst. c BVG zusätzliche Umstände wie namentlich eine Reduktion des Gesamtversichertenbestandes vorsehen dürfen, welche zu einer Umkehr der mit dieser Vorschrift statuierten gesetzlichen Vermutung führen (Urteil des BVGer A-2907/2015 vom 23. Mai 2016 E. 5.2 ff., insbesondere E. 5.2.4).

Die Verfahrensbeteiligten haben vorliegend nichts vorgebracht, was die nach dem erwähnten Urteil anerkannte grundsätzliche Zulässigkeit der reglementarischen Konkretisierung von Art. 53b Abs. 1 Bst. c BVG ernstlich in Frage stellen würde. Vor diesem Hintergrund ist mit der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin davon auszugehen, dass Letztere in ihrem Reglement Teilliquidation eine Ausführungsbestimmung zum Tatbestand der Auflösung eines Anschlussvertrages im Sinne von Art. 53b Abs. 1 Bst. c BVG aufnehmen durfte.

## **6.**

**6.1** Es ist nach dem Gesagten zu klären, ob das mit Ziff. 3.2 Reglement Teilliquidation aufgestellte Kriterium für die Teilliquidation bei Auflösung eines Anschlussvertrages, wonach mindestens 10 % der angeschlossenen Mitgliedunternehmen den Anschlussvertrag auflösen müssen, rechtmässig ist. Unter den Verfahrensbeteiligten stellt sich einzig die Beschwerdegegnerin auf den Standpunkt, dass dieses Kriterium zulässig ist. Sie macht geltend, das Kriterium sei sachgerecht, «da damit eine erhebliche Veränderung im Bestand der angeschlossenen Arbeitgeberfirmen eine Teilliquidation auslöst, selbst wenn dadurch weniger als 10% der aktiv Versicher-

ten aus der Beschwerdegegnerin austreten und somit die Voraussetzungen gemäss Ziff. 3.1 [...] [Reglement Teilliquidation] nicht erfüllt sind». Das Kriterium der Auflösung von 10 % aller Anschlussverträge sei auch durch den Umstand gerechtfertigt, «dass der Beschwerdegegnerin auch Unternehmen mit wenigen aktiv Versicherten angeschlossen sind, deren Austritt – für sich allein betrachtet – keine Teilliquidation auszulösen vermag» (Beschwerdeantwort, N. 30).

**6.2** Ein reglementarisches Teilliquidationserfordernis, wonach mindestens 10 % der angeschlossenen Unternehmen ihre Anschlussverträge auflösen müssen, führt regelmässig dazu, dass bei Auflösung eines Anschlussvertrages die freien Mittel erhöht werden und diese den verbleibenden Destinatären zulasten der austretenden zugutekommen. Dies läuft dem Gleichbehandlungsgrundsatz und dem aus dem Grundsatz von Treu und Glauben abgeleiteten Prinzip, wonach das Kapital den Destinatären folgt, zuwider. Im Falle einer Unterdeckung würde umgekehrt bei Nichtdurchführung einer Teilliquidation trotz Auflösung eines einzelnen Anschlussvertrages der Grad der Unterdeckung der verbleibenden Destinatäre steigen, was ebenfalls dem Grundsatz der Gleichbehandlung zuwiderlaufen würde (vgl. zum Ganzen – allerdings zum Teilliquidationserfordernis, wonach von einer Auflösung eines Anschlussvertrages bei einer Gemeinschaftseinrichtung ein gewisser Mindestanteil der Versicherten betroffen sein muss – Urteil des BVGer A-2907/2015 vom 23. Mai 2016 E. 5.4, mit Hinweisen).

Die genannten Einschränkungen des Grundsatzes der Gleichbehandlung der austretenden sowie der verbleibenden Destinatäre zum einen und des Grundsatzes von Treu und Glauben zum anderen könnten zwar allenfalls aus Praktikabilitätsgründen und mit Blick auf das Verhältnismässigkeitsprinzip gerechtfertigt sein, verhindert doch das fragliche Teilliquidationserfordernis (Auflösung der Anschlussverträge von mindestens 10 % der Betriebe), dass sich eine Gemeinschaftseinrichtung in einem Zustand permanenter Teilliquidation befindet, indem bereits der mit der Auflösung eines einzigen Anschlussvertrages verbundene Austritt von Arbeitnehmenden eines einzigen Arbeitgebers zu einer Teilliquidation führt (vgl. zur entsprechenden Rechtfertigung ergänzender reglementarischer Kriterien zu Art. 53b Abs. 1 Bst. c BVG BGE 136 V 322 E. 10 sowie Urteil des BVGer A-2907/2015 vom 23. Mai 2016 E. 5.4).

Ein Abstellen auf die Auflösung der Anschlussverträge durch eine Mindestzahl der an die Gemeinschaftseinrichtung angeschlossenen Betriebe führt indessen dazu, dass die Frage, ob bei Auflösung von Anschlussverträgen

eine Teilliquidation durchgeführt werden muss, unabhängig von der Grösse der damit verbundenen Verminderung des Gesamtversichertenbestandes oder Deckungskapitals beantwortet werden muss (dies gilt jedenfalls, soweit – was vorliegend unbestrittenermassen der Fall ist – die Zahl der Angestellten je nach angeschlossenen Unternehmen variiert). Im Ergebnis würde dies etwa bedeuten, dass die Auflösung eines einzigen Anschlussvertrages eines Unternehmens mit einer Vielzahl von Angestellten von weniger als 10 % der aktiv Versicherten (vgl. Ziff. 3.1 Reglement Teilliquidation) keine Teilliquidation nach sich ziehen würde und damit diese grosse Zahl an Angestellten bei Vorhandensein freier Mittel auf rechtswidrige Weise benachteiligt würde, während demgegenüber die Auflösung einer erheblichen Zahl der Anschlussverträge von Kleinunternehmen mit einer gesamthaft viel geringeren Zahl von Angestellten – anders als dies die Beschwerdegegnerin suggeriert – eine Teilliquidation ohne rechtswidrige Benachteiligung dieser Arbeitnehmer infolge fehlender Partizipation an freien Mitteln zur Folge hätte. Diese Ungleichbehandlung lässt sich sachlich nicht rechtfertigen (ähnliche Überlegungen wie hier wurden im Übrigen in der Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Frage angestellt, ob eine schematische Festlegung des Anteils am Personalbestand auf 10 %, welcher einer erheblichen Verminderung der Belegschaft im Sinne von Art. 53b Abs. 1 Bst. a BVG entspricht, zulässig ist: So führte das Bundesverwaltungsgericht aus, dass die schematische Anwendung eines solchen 10 %-Kriteriums ohne Rücksicht auf die Grösse des Betriebes nicht angehe, weil andernfalls bei einem kleinen Betrieb eine Teilliquidation der Vorsorgeeinrichtung bereits nach einigen wenigen Austritten durchgeführt werden müsse, nicht aber im Falle eines Grosskonzernes, welcher das Arbeitsverhältnis von 1'000 Mitarbeitenden kündige, deren Anzahl aber 10% knapp nicht erreiche [Urteil des BVGer C-6540/2007 vom 30. April 2010 E. 8.2.1, mit Hinweisen]).

Es erhellt aus dem Gesagten, dass das von der Beschwerdegegnerin gewählte Kriterium der Auflösung von 10 % aller Anschlussverträge rechtswidrig und daher unzulässig ist.

Am hier gezogenen Schluss kann nichts ändern, dass nach der Rechtsprechung und den vorn erwähnten BVG-Mitteilungen des BSV als reglementarisches ergänzendes Kriterium zu Art. 53b Abs. 1 Bst. c BVG «beispielsweise» eine Reduktion des Versichertenbestandes oder eine Verminderung des Gesamtkapitals in Betracht kommen (vgl. BGE 136 V 322 E. 8 und 10; vorn E. 3.3.1). Denn damit wurde nicht erklärt, dass neben diesen

beiden Kriterien beliebige andere in Frage kommen und ein reglementarisches Kriterium – wie vorliegend – potentiell zu einer sachlich nicht zu rechtfertigenden Ungleichbehandlung führen darf.

Offen gelassen werden kann hier, ob Ziff. 3.2 Reglement Teilliquidation auch den zulässigen Rahmen einer *Konkretisierung* der gesetzlichen Vermutung für das Vorliegen eines Teilliquidationstatbestandes im Sinne von Art. 53b Abs. 1 BVG (vgl. E. 3.2) sprengt, weil danach die Voraussetzungen für eine Teilliquidation «vermutungsweise» – entgegen der gesetzlichen Regelung (vgl. Art. 53 Abs. 1 Bst. c BVG) – nicht bereits bei Auflösung eines *einzigsten* Anschlussvertrages erfüllt sind, sondern nur bei Auflösung von mindestens 10 % der Anschlussverträge (vgl. dazu auch das Vorbringen in der Beschwerde [N. 42], wonach «das zusätzliche [reglementarische] Kriterium bei der Auflösung *eines* Anschlussvertrages nicht die Auflösung *mehrerer* Anschlussverträge sein» könne).

## 7.

**7.1** Da im Rahmen der hiervor vorgenommenen akzessorischen Normkontrolle festgestellt wurde, dass Ziff. 3.2 Reglement Teilliquidation gesetzwidrig ist, ist diese Reglementsbestimmung nicht anzuwenden (vgl. zu den Folgen der festgestellten Rechtswidrigkeit bei akzessorischen Normenkontrollen Urteil des BVGer C-5912/2013 vom 30. April 2015 E. 3.4, mit Hinweis).

**7.2** Nach Auffassung der Beschwerdeführenden ist im Falle der Nichtanwendbarkeit von Ziff. 3.2 Reglement Teilliquidation infolge Gesetzwidrigkeit Art. 53 Abs. 1 Bst. c BVG entsprechend seinem Wortlaut anzuwenden und demzufolge bei Auflösung des Anschlussvertrages zwischen der F. \_\_\_\_\_ AG und der Beschwerdegegnerin eine Teilliquidation durchzuführen. Demgegenüber hat die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid angenommen, dass bei Gesetzwidrigkeit von Ziff. 3.2 Reglement Teilliquidation «das vom Stiftungsrat [der Beschwerdegegnerin] gewählte Zusatzkriterium [der Auflösung von mindestens 10 Prozent der Anschlussverträge] [...] auf die praxisgemäss noch maximal zulässige Schwelle von 5 Prozent der Anzahl Versicherter zu reduzieren sei» (angefochtener Entscheid, Ziff. 37). Die Vorinstanz begründete Letzteres damit, dass der vom Stiftungsrat mit Erlass des Teilliquidationsreglements zum Ausdruck gebrachte Wille, dass nicht jede Auflösung eines Anschlussvertrages zwingend eine Teilliquidation nach sich ziehe, von der Aufsichtsbehörde berücksichtigt werden müsse (Vernehmlassung, N. 4). Die Beschwerdegegnerin hält das Vorge-



hen, das unzulässige Kriterium der Auflösung von 10 % aller Anschlussverträge durch das Kriterium der Betroffenheit von mindestens 5 % der Versicherten zu ersetzen, mit Blick auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung für geboten (Beschwerdeantwort, N. 31 f.). Unter sämtlichen Verfahrensbeteiligten unbestritten ist, dass letzterer Schwellenwert vorliegend nicht erreicht wurde und damit bei Anwendung dieses Kriteriums auch unter Annahme einer Auflösung des Anschlussvertrages zwischen der Beschwerdegegnerin und der F.\_\_\_\_\_ AG keine Teilliquidation durchzuführen ist.

Es gilt vor diesem Hintergrund zu klären, ob der Tatbestand von Art. 53b Abs. 1 Bst. c BVG vorliegend ohne weitere Voraussetzungen allein bei Auflösung des Anschlussvertrages zwischen der F.\_\_\_\_\_ AG und der Beschwerdegegnerin greift, oder ob stattdessen ein zusätzliches Kriterium in der von der Vorinstanz angewendeten Art aufzustellen ist.

**7.3** Vorauszuschicken ist, dass sich in der Rechtsprechung bislang nicht die Frage gestellt hat, ob der Tatbestand von Art. 53b Abs. 1 Bst. c BVG zwingend reglementarisch konkretisiert werden muss. Zwar sprach das Bundesgericht im Zusammenhang mit Art. 53b Abs. 1 BVG – wie ausgeführt – von einem reglementarischen «Konkretisierungsgebot hinsichtlich der einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen» (vorn E. 3.2). Es führte dabei aber – wie ebenfalls bereits dargelegt – aus, dass vor allem die in Art. 53b Abs. 1 Bst. a und b BVG enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffe «erhebliche Verminderung der Belegschaft» und «Restrukturierung» im Reglement zu konkretisieren seien (vorn E. 3.2). In Bezug auf Art. 53b Abs. 1 Bst. c BVG geprüft wurde in der Judikatur – soweit ersichtlich – jeweils nur die *Zulässigkeit* der Einführung eines ergänzenden reglementarischen Kriteriums wie der Voraussetzung, dass ein bestimmter Mindestanteil des Gesamtbestandes der Versicherten von der Auflösung des Anschlussvertrages betroffen ist (vgl. etwa Urteil des BVGer A-2907/2015 vom 23. Mai 2016 E. 4 f.). Vor diesem Hintergrund kann – anders als dies die Beschwerdegegnerin suggeriert – aus der Rechtsprechung (namentlich des Bundesgerichts) nicht abgeleitet werden, dass in ihrem Fall die Voraussetzungen der Teilliquidation bei Auflösung eines Anschlussvertrages nur erfüllt wären, wenn von der Vertragsauflösung mindestens 5 % aller Versicherten betroffen sind.

Das Konkretisierungsgebot von Art. 53b Abs. 1 BVG hat zum Zweck, dass die einzelnen Voraussetzungen der Teilliquidation präventiv so spezifiziert werden, dass kein Spielraum für einen Entscheid im konkreten Einzelfall verbleibt (vgl. LUCREZIA GLANZMANN-TARNUTZER, Aktuelle Problemfelder

bei der Teilliquidation von Vorsorgeeinrichtungen, AJP 2014, S. 451 ff., S. 452). Im Falle des Teilliquidationstatbestandes von Art. 53 Abs. 1 Bst. c BVG besteht freilich bei fehlender reglementarischer Konkretisierung von vornherein kein Spielraum für einen Entscheid im konkreten Einzelfall. Denn die in dieser Bestimmung aufgestellte Vermutung lässt sich nicht durch Gegenbeweis entkräften (vgl. E. 5.2), da ein Anschlussvertrag entweder aufgelöst oder nicht aufgelöst ist (vgl. Urteil des BVGer A-2907/2015 vom 23. Mai 2016 E. 5.1.3). Das Fehlen einer reglementarischen Konkretisierung des Tatbestandes von Art. 53b Abs. 1 Bst. c BVG bedeutet im Grunde lediglich, dass (auch) die Möglichkeiten der Erbringung des Beweises des Gegenteils, «dass trotz [...] Auflösung eines Anschlussvertrages keine Teilliquidation durchzuführen ist» (vgl. MARTINA STOCKER, Die Teilliquidation von Vorsorgeeinrichtungen, 2012, S. 120), beschränkt sind. In diesem Sinne ist der Entscheidungsspielraum im Einzelfall bei einem Verzicht auf eine reglementarische Konkretisierung von Art. 53b Abs. 1 Bst. c BVG sogar regelmässig kleiner als bei Erlass einer Reglementsbestimmung mit einem Zusatzkriterium zur Auflösung eines Anschlussvertrages.

**7.4** Die hiervor gemachten Ausführungen sprechen dafür, Art. 53b Abs. 1 Bst. c BVG bei Vorliegen einer gesetzeswidrigen Reglementsbestimmung zum Teilliquidationstatbestand der Auflösung eines Anschlussvertrages ohne zusätzliche Kriterien anzuwenden, also die Voraussetzungen für eine Teilliquidation allein schon aufgrund der Auflösung eines Anschlussvertrages als erfüllt zu betrachten. Mit anderen Worten besteht in einer solchen Konstellation trotz Nichtanwendung der rechtswidrigen Reglementsvorschrift keine Lücke im Reglement bzw. keine planwidrige Unvollständigkeit der Regelung der Teilliquidation, welche durch die rechtsanwendenden Behörden (namentlich die Aufsichtsbehörde und das Bundesverwaltungsgericht) im Rahmen der Rechtsanwendung zu beheben wäre. Für diesen Schluss spricht auch, dass die Nichtdurchführung einer Teilliquidation bei Auflösung eines Anschlussvertrages – wie ausgeführt – regelmässig zu einer dem Gleichbehandlungsgrundsatz (und teilweise dem Grundsatz von Treu und Glauben) zuwiderlaufenden Benachteiligung der austretenden oder verbleibenden Destinatäre führt (vgl. E. 6.2). Es erscheint als sachgerecht, eine solche Benachteiligung nur dann als mit Blick auf Praktikabilitätsüberlegungen und den Verhältnismässigkeitsgrundsatz als gerechtfertigt (vgl. E. 6.2) und zulässig zu erachten, wenn dafür eine gesetzeskonforme Reglementsbestimmung gegeben ist.

Zwar hat die Vorinstanz zutreffend erkannt, dass der Stiftungsrat der Beschwerdegegnerin mit Erlass von Ziff. 3.2 des Reglements Teilliquidation

den Willen bekundete, bei Auflösung eines Anschlussvertrages eine zusätzliche Hürde für eine Teilliquidation vorzusehen. Allerdings lässt sich daraus nicht ableiten, dass anstelle des gesetzwidrigen reglementarischen Kriteriums der Auflösung von 10 % aller Anschlussverträge als Voraussetzung für die Teilliquidation bei Auflösung eines Anschlussvertrages zu verlangen ist, dass mindestens 5 % der Versicherten von der Vertragsauflösung betroffen sind. Denn zum einen steht hier – anders als nach der Darstellung im angefochtenen Entscheid – nicht etwa eine bloße Reduktion des von der Beschwerdegegnerin auf unzulässige Weise eingeführten Schwellenwertes auf das zulässige Mass auf dem Spiel, würde doch an die Stelle eines Anteils an den Anschlüssen ein Anteil der Versicherten gesetzt. Zum anderen lässt sich aus Ziff. 3.2 des Reglements Teilliquidation entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht ableiten, dass die Beschwerdegegnerin bei Erlass dieses Reglements den (hypothetischen) Willen hatte, die Teilliquidation bei Auflösung eines Anschlussvertrages im Falle der Rechtswidrigkeit dieser Bestimmung von einer Betroffenheit eines bestimmten Anteils der Versicherten abhängig zu machen. Was den von der Vorinstanz als maximal zulässig und damit massgebend erachteten Schwellenwert von mindestens 5 % der Versicherten betrifft, fällt nicht zuletzt ins Gewicht, dass unter Umständen trotz dessen Überschreitung – nämlich bei gleichzeitiger Auflösung von weniger als 10 % der Anschlussverträge – bei Anwendung von Ziff. 3.2 des Reglements Teilliquidation, also gemäss dem im Zeitpunkt des Erlasses dieses Reglements bestehenden Willen der Beschwerdegegnerin, kein Teilliquidationsverfahren durchzuführen wäre.

Dem Umstand, dass sich die Beschwerdegegnerin nunmehr damit einverstanden erklärt, dass bei Gesetzwidrigkeit des Kriteriums der Auflösung von 10 % der Anschlussverträge ein Schwellenwert von 5 % der Versicherten zur Anwendung gelangt (vgl. Beschwerdeantwort, N. 31 ff.), kommt im vorliegenden Kontext kein entscheidendes Gewicht zu.

**7.5** Nach dem Gesagten ist im hier zu beurteilenden Fall Art. 53b Abs. 1 Bst. c BVG gemäss dem Wortlaut dieser Bestimmung anzuwenden. Folglich genügt für das Vorliegen der Voraussetzungen der Teilliquidation die Auflösung des Anschlussvertrages zwischen der Beschwerdegegnerin und der F.\_\_\_\_\_ AG. Ob es vorliegend zu einer entsprechenden Vertragsauflösung gekommen ist, ist freilich unter den Verfahrensbeteiligten streitig:

Die Vorinstanz ist im angefochtenen Entscheid davon ausgegangen, dass der genannte Anschlussvertrag seitens der F.\_\_\_\_\_ AG mit Schreiben

vom 27. Juni 2012 gekündigt worden ist. Die Beschwerdegegnerin stellt indessen in Abrede, dass der Anschlussvertrag mit der F.\_\_\_\_\_ AG im Sinne von Art. 53b Abs. 1 Bst. c BVG aufgelöst wurde. Sie macht geltend, sie habe die erfolgte «ausserterminliche Kündigung» des Anschlussvertrages vor Ablauf der darin vorgesehenen Mindestdauer bis zum 31. Dezember 2014 nicht – namentlich nicht durch die Überweisung der Austrittsleistungen an die Beschwerdeführerin 2 – anerkannt. Demgemäss sei der Anschlussvertrag nicht aufgelöst worden. Stattdessen sei der Anschluss an die Beschwerdegegnerin «einfach ‚geleert‘» worden, indem die Versicherten der F.\_\_\_\_\_ AG ausgetreten seien (Beschwerdeantwort, N. 8). Die Beschwerdeführenden stellten sich im vorinstanzlichen Verfahren auf den Standpunkt, dass der Anschlussvertrag zwischen der Beschwerdegegnerin 2 und der F.\_\_\_\_\_ AG zwar nicht gekündigt, so doch im Sinne von Art. 53b Abs. 1 Bst. c BVG aufgelöst worden sei (Beschwerde an die Vorinstanz, N. 28). Vor dem Bundesverwaltungsgericht führen sie aus, dass dieser Vertrag einvernehmlich aufgehoben worden sei (vgl. Replik, N. 4 ff.).

**7.6** Aktenkundig ist, dass die F.\_\_\_\_\_ AG der Beschwerdegegnerin mit Schreiben vom 27. Juni 2012 mitteilte, den Anschlussvertrag «vorsorglich» per 31. Dezember 2012 zu kündigen (Akten Vorinstanz, act. 7.4). Die Beschwerdegegnerin erklärte daraufhin mit Schreiben vom 2. Juli 2012, sie sehe sich veranlasst, die vorsorgliche Kündigung «abzulehnen» (Akten Vorinstanz, act. 7.5). Mit einem Schreiben vom 21. September 2012 machte die Beschwerdegegnerin sodann unter dem Betreff «Kündigung Personalvorsorgevertrag» Ausführungen zu den «Übertragungsmodalitäten» (Akten Vorinstanz, act. 7.6). Am 2. November 2012 informierte die Beschwerdeführerin 1 die Beschwerdegegnerin, dass sie «an der Kündigung des Anschlussvertrages» festhalte (Akten Vorinstanz, act. 7.7).

Die Kündigung ist ein Gestaltungsrecht, welches durch einseitiges Rechtsgeschäft ausgeübt wird (BGE 128 III 129 E. 2a). Deshalb ist vorliegend einzig massgebend, dass die F.\_\_\_\_\_ AG den Anschlussvertrag mit dem unbestrittenenmassen der Beschwerdegegnerin zugegangenen Schreiben vom 27. Juni 2012 («vorsorglich») kündigte. Mit diesem Schreiben wurde der Anschlussvertrag rechtsgültig im Sinne von Art. 53b Abs. 1 Bst. c BVG aufgelöst (entgegen der Darstellung der Beschwerdeführenden vor dem Bundesverwaltungsgericht liegt demnach keine einvernehmliche Vertragsauflösung vor). Ob die Kündigung auf einen gemäss dem Anschlussvertrag nicht zulässigen Zeitpunkt hin erfolgte, spielt entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin für die Gültigkeit der einseitigen Vertragsauflösung keine Rolle.

**8.**

**8.1** Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass der Anschlussvertrag zwischen der Beschwerdegegnerin und der F.\_\_\_\_\_ AG per 31. Dezember 2012 aufgelöst wurde und damit die Voraussetzungen der Teilliquidation nach Art. 53b Abs. 1 Bst. c BVG erfüllt sind. Da der Sachverhalt bezüglich dieses Teilliquidationstatbestandes genügend erstellt ist, sind der in diesem Zusammenhang seitens der Beschwerdeführenden gestellte Beweisantrag auf Befragung von G.\_\_\_\_\_ als Zeugen und der Beschwerdeantrag auf Edition von Unterlagen bei der Beschwerdegegnerin in antizipierter Beweiswürdigung abzuweisen (vgl. zur antizipierten Beweiswürdigung anstelle vieler BGE 136 I 229 E. 5.3, mit weiteren Hinweisen). Angesichts der erfüllten Voraussetzungen für eine Teilliquidation erübrigt es sich sodann, auf die weiteren gesetzlichen Teilliquidationstatbestände von Art. 53b Abs. 1 Bst. a und b BVG und die weiteren Vorbringen der Verfahrensbeteiligten einzugehen.

**8.2** Die Beschwerde ist nach dem Gesagten in dem Sinne gutzuheissen, als die Verfügung der Vorinstanz vom 13. Juli 2015 aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen ist, damit sie zum einen die Beschwerdegegnerin anweise, ein Teilliquidationsverfahren einzuleiten (vgl. auch Urteil des BVGer C-2399/2006 vom 6. Oktober 2009 E. 10), und zum anderen neu über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorinstanzlichen Verfahrens befinde.

Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

**9.**

**9.1** Ausgangsgemäss sind die auf Fr. 6'000.- festzusetzenden Verfahrenskosten der unterliegenden Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (vgl. Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG sowie Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE; SR 173.320.2]). Die obsiegenden Beschwerdeführenden haben keine Verfahrenskosten zu tragen. Der einbezahlte Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 10'500.- wird ihnen nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet. Der Vorinstanz sind ebenfalls keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG).

**9.2** Die rechtsvertretenen Beschwerdeführenden haben dem Verfahrensausgang entsprechend Anspruch auf eine Parteientschädigung (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG in Verbindung mit Art. 7 VGKE). Dies gilt auch mit Bezug auf

die Beschwerdeführerin 2: Zwar haben Trägerinnen der beruflichen Vorsorge praxisgemäss keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung *zulasten der Versicherten*, damit nicht der im Sozialversicherungsprozess geltende Grundsatz der Kostenfreiheit zugunsten der oft sozial schwachen Partei seines Gehalts entleert wird (vgl. statt vieler Urteil des BVGer A-693/2016 vom 28. Juli 2016 E. 7 mit Hinweisen bezüglich aufsichtsrechtlicher Streitigkeiten und BGE 126 V 143 E. 4 zum erstinstanzlichen Verfahren). Diese Praxis ist aber bei der hier zu beurteilenden Konstellation nicht einschlägig. Die Parteientschädigung ist nämlich vorliegend nicht von einer versicherten Person zu entrichten. Stattdessen ist die Parteientschädigung der Beschwerdegegnerin, die sich vorliegend mit selbständigen Begehren am Verfahren beteiligt hat, aufzuerlegen (vgl. Art. 64 Abs. 2 VwVG).

Wird keine Kostennote eingereicht, setzt das Gericht die Entschädigung auf Grund der Akten fest Art. 14 Abs. 2 VGKE). Angesichts der Bedeutung der Streitsache und des Umfangs des aus den vorliegenden Akten ersichtlichen Aufwandes ist die Parteientschädigung praxisgemäss auf Fr. 9'000.- (inkl. Mehrwertsteuerzuschlag im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE) festzusetzen.

*(Das Dispositiv befindet sich auf der nächsten Seite.)*

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:****1.**

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen und die Verfügung der Vorinstanz vom 13. Juli 2015 wird aufgehoben. Die Sache wird im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

**2.**

Die Verfahrenskosten von Fr. 6'000.- werden der Beschwerdegegnerin auferlegt. Dieser Betrag ist innert 30 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen. Die Zustellung des Einzahlungsscheines erfolgt mit separater Post.

**3.**

Der von den Beschwerdeführenden geleistete Kostenvorschuss von Fr. 10'500.- wird diesen nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

**4.**

Den Beschwerdeführenden wird zu Lasten der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung von Fr. 9'000.- zugesprochen.

**5.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführenden (Gerichtsurkunde;  
Beilage: Rückerstattungsformular);
- die Beschwerdegegnerin (Gerichtsurkunde);
- die Vorinstanz (Ref.-Nr. [...]; Gerichtsurkunde)
- das Bundesamt für Sozialversicherungen (Gerichtsurkunde);
- die Obergerichtskommission BVG (Gerichtsurkunde).

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Michael Beusch

Beat König

### **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 BGG). 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: