

# **BVGer A-1134/2018 vom 28. Februar 2019**

Bundesverwaltungsgericht, 2019-02-28, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_A-1134\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-1134_2018)

FR: TAF A-1134/2018 du 28 février 2019

IT: TAF A-1134/2018 del 28 febbraio 2019

## **Regeste**

(Teil-)Liquidation von Vorsorgeeinrichtungen

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 74 Abs. 1 BVG (SR 831.40) i.V.m. Art. 31 bis 33 VGG Beschwerden gegen Verfügungen der Aufsichtsbehörden im Bereich der beruflichen Vorsorge. Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

### **E. 1.2**

Zur Beschwerdeführung berechtigt ist, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 VwVG i.V.m. Art. 37 VGG). Vorliegend haben die Beschwerdeführenden am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und sind als Adressaten der angefochtenen Verfügung ohne Weiteres durch diese berührt. Zudem kommt allen Beschwerdeführenden gemäss den Feststellungen der Vorinstanz die Versicherteneigenschaft zu und sie haben somit ein Interesse an der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Verfügung, denn diese beeinflusst die Höhe ihrer Ansprüche aus beruflicher Vorsorge. Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

### **E. 1.3**

Im Rahmen ihrer Aufsichtstätigkeit hat sich die Aufsichtsbehörde auch mit der Teilliquidation einer Vorsorgeeinrichtung zu befassen, wenn - wie im vorliegenden Fall - Versicherte oder Rentenbeziehende an sie gelangen, um die Voraussetzungen, das Verfahren und den Verteilungsplan einer von der Vorsorgeeinrichtung aufgrund ihres Reglements beschlossenen Teilliquidation (Art. 53b BVG) überprüfen zu lassen (Art. 53d Abs. 6 BVG). Die Genehmigung eines Teilliquidationsreglements durch die Aufsichtsbehörde hat keinen rechtsetzenden Charakter und steht somit einer akzessorischen Normenkontrolle im Rahmen einer konkreten Teilliquidation nicht entgegen (BGE 143 V 200 E. 5.1, 139 V 72 E. 4 sowie Urteile des BVGer A-2720/2016 vom 31. Mai 2018 E. 2.1 und A-1626/2015 vom 8. Dezember 2017 E. 7.2.3 mit Hinweisen). Die Beschwerdelegitimation der Destinatäre zur abstrakten Normenkontrolle wird hingegen verneint (BGE 139 V 72 E. 3.1.2). Entsprechend sind die Beschwerdeführenden im vorliegenden Verfahren legitimiert, auch die Rechtmässigkeit des Teilliquidationsreglements überprüfen zu lassen, soweit es um die Durchführung einer konkreten Teilliquidation geht (s.a. Urteil des BVGer A-2946/2017 vom 26. Juli 2018 E. 1.5).

#### **E. 1.4**

Das Bundesverwaltungsgericht kann im konkreten Anwendungsakt auf Beschwerde hin vorfrageweise Verordnungen des Bundesrates auf ihre Gesetz- und Verfassungsmässigkeit prüfen (konkrete Normenkontrolle; vgl. Moser/Beusch/Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 2.177 f.).

#### **E. 1.5**

Nach den allgemeinen intertemporalrechtlichen Grundsätzen sind in verfahrensrechtlicher Hinsicht - unter Vorbehalt spezialgesetzlicher Übergangsbestimmungen - in der Regel diejenigen Rechtssätze massgebend, welche im Zeitpunkt der Beschwerdebeurteilung Geltung haben (statt vieler BGE 130 V 1 E. 3.2; vgl. auch Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 296 f.). In materiell-rechtlicher Hinsicht sind demgegenüber grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Sachverhalts Geltung haben (statt vieler BGE 140 V 136 E. 4.2.1 m.w.H.).

#### **E. 1.6**

Der Inhalt einer Norm ist durch Auslegung zu ermitteln. Ausgangspunkt jeder Auslegung ist der Wortlaut, wobei bei Erlassen des Bundesrechts die Fassungen in den drei Amtssprachen gleichwertig sind. Ist der Wortlaut der Bestimmung klar, das heisst eindeutig und unmissverständlich, darf davon nur abgewichen werden, wenn ein triftiger Grund für die Annahme besteht, der Wortlaut ziele am "wahren Sinn" der Regelung vorbei. Anlass für eine solche Annahme können die Entstehungsgeschichte der Bestimmung (historisches Element), ihr Zweck (teleologisches Element) oder der Zusammenhang mit andern Vorschriften (systematisches Element) geben (BGE 143 II 646 E. 3.3.6, 142 I 135 E. 1.1.1; Urteil des BVGer A-3285/2017 vom 21. Juni 2018 E. 2.6.1).

#### **E. 2.1**

Zunächst ist auf die Rüge der Beschwerdeführenden, ihr Anspruch auf rechtliches Gehör sei verletzt worden, einzugehen. Sie machen diesbezüglich geltend, sie hätten gegenüber der Beschwerdegegnerin und gegenüber der Vorinstanz die Herausgabe des Revisionsberichts mit Bilanz per 31. Dezember 2007 und des versicherungstechnischen Gutachtens vom 4. Juli 2008 verlangt; diese Unterlagen seien ihnen verweigert worden, obwohl sie im Teilliquidationsbeschluss vom 30. November 2015 explizit erwähnt worden seien. Damit sei das Akteneinsichtsrecht verweigert worden. Die Beschwerdeführenden beantragen im vorliegenden Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht erneut die Herausgabe der erwähnten Unterlagen. Mit Beschwerdeantwort vom 12. April 2018 führt die Beschwerdegegnerin zu diesem Akteneinsichtsbegehren im Wesentlichen aus, gegen eine Einsicht in die Akten des vorinstanzlichen Überprüfungsverfahrens habe sie nichts einzuwenden. Abzulehnen wäre aber eine Einsicht in das gesamte Aufsichtsdossier der Beschwerdegegnerin. Der Stichtag der Teilliquidation sei der 31. Dezember 2006 gewesen. Für die Beurteilung der Teilliquidation seien der Jahresabschluss 2006 und das damals gültige versicherungstechnische Gutachten massgebend, nicht aber die Jahresrechnung 2007 und das Gutachten vom 4. Juli 2008. Die Beschwerdeführenden hätten folglich keinen Anspruch auf Einsichtnahme in diese Dokumente. In gleicher Weise hat sie sich schon im vorinstanzlichen Verfahren gegen das Herausgabebegehren gewendet. Die Vorinstanz ist ebenfalls der Ansicht, es bestehe kein Anspruch auf Einsicht in die besagten Akten.

#### **E. 2.2**

Gemäss Art. 29 Abs. 2 BV haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Das rechtliche Gehör dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheids dar, welcher in die Rechtsstellung einer Person eingreift. Dazu gehört insbesondere deren Recht, sich vor Erlass des in ihre Rechtsstellung eingreifenden Entscheids zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (BGE 143 V 71 E. 4.1, 142 II 218 E. 2.3, 132 V 368 E. 3.1 mit zahlreichen Hinweisen). Ein Teilgehalt des rechtlichen Gehörs ist das Akteneinsichtsrecht. Dieses bezieht sich auf "Akten" bzw. "Aktenstücke" (Art. 26 Abs. 1 Bst. b VwVG). Es geht um "verfahrensbezogene Akten", die "für ein bestimmtes Verfahren erstellt oder beigezogen wurden" (BGE 132 V 387 E. 3.2). Ein weiterer Teilgehalt ist das Recht auf Abnahme der rechtzeitig und formrichtig angebotenen rechtserheblichen Beweismittel (Art. 33 VwVG; BGE 134 I 140 E. 5.3; 131 I 153 E. 3). Beweise, welche geeignet sind, den Entscheid zu beeinflussen, sind zu erheben und der Beschwerdeführer hat das Recht, diesbezüglich mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern (BGE 140 I 285 E. 6.3.1; 135 I 279 E. 2.3; Urteile 8C\_649/2017 vom 4. Januar 2018 E. 7.6.2; 1C\_1/2015 vom 10. August 2015 E. 2.1; 2C\_110/2015 vom 1. September 2015 E. 4.1; 2D\_54/2014 vom 23. Januar 2015 E. 5.2). Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung kann das Beweisverfahren geschlossen werden, wenn die noch im Raum stehenden Beweisanträge eine nicht erhebliche Tatsache betreffen oder offensichtlich untauglich sind, etwa weil ihnen die Beweiseignung abgeht oder umgekehrt die betreffende Tatsache aus den Akten bereits genügend ersichtlich ist, oder wenn die entscheidende Behörde ihre Überzeugung bereits gebildet hat und annehmen kann, dass ihre Überzeugung durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert würde (sog. antizipierte Beweiswürdigung, statt vieler: BGE 141 I 60 E. 3.3, 131 I 153 E. 3; Urteil des BVGer A-5444/2017 vom 22. März 2018 E. 2.7.2, A-2244/2017 vom 27. Februar 2018 E. 1.2.3).

### **E. 2.3**

Vorliegend verlangen die Beschwerdeführenden die Herausgabe des Revisionsberichts mit Bilanz per 31. Dezember 2007 und des versicherungstechnischen Gutachtens vom 4. Juli 2008 (betreffend das Jahr 2007).

#### **E. 2.3.1**

Zunächst ist festzuhalten, dass diese Dokumente nicht Bestandteil der Akten des Bundesverwaltungsgerichts und auch nicht der ihm eingereichten Akten der Vorinstanz in Bezug auf das vorliegende Verfahren bilden. Die Vorinstanz hat die Akten im Zusammenhang mit ihrem Entscheid nicht hinzugezogen bzw. edieren lassen. Es handelt sich somit nicht um "Verfahrensakten", in welche Einsicht verlangt werden könnte (vgl. E. 2.2). Die verlangten Dokumente müssten vielmehr erst beigezogen werden. Es geht somit beim Antrag der Beschwerdeführenden (zunächst) nicht um eine Frage der Akteneinsicht, sondern um einen Beweisantrag (Editionsbegehren). Erst wenn dem Beweisantrag stattzugeben wäre, handelte es sich in der Folge um Akten des vorliegenden Verfahrens, in welche den Beschwerdeführenden gegebenenfalls Einsicht zu gewähren wäre.

#### **E. 2.3.2**

Die Frage, ob die Beschwerdeführenden ein grundsätzliches - unabhängig vom vorliegenden Verfahren bestehendes - Recht haben, von der Beschwerdegegnerin die entsprechenden Unterlagen zu verlangen (etwa gestützt auf Art. 86b Abs. 2 Satz 1 BVG), ist vorliegend nicht Streitgegenstand. Vielmehr geht es darum, ob die Beschwerdeführenden im vorliegenden Verfahren einen Anspruch darauf haben, dass diese Dokumente ediert und ihr in der Folge zur Einsicht zuzustellen sind. Wie ausgeführt (E. 2.2) besteht ein Anspruch auf eine Beweiserhebungsmassnahme nur, wenn die Dokumente, deren Edition verlangt wird, überhaupt entscheiderelevant sein können und geeignet sind, den Entscheid zu beeinflussen. Zur Begründung, weswegen sie die Dokumente zur Einsicht erhalten möchte, bringen die Beschwerdeführenden einzig vor, dass die Dokumente unter Ziff. 8 des Teilliquidationsbeschlusses vom 30. November 2015 erwähnt worden waren. Diese Erwähnung allein führt aber noch nicht zur Annahme, dass die Akten für das vorliegende oder für das vorinstanzliche Verfahren von Relevanz gewesen wären. Die Beschwerdeführenden begründen hingegen nicht, inwiefern die Dokumente im vorliegenden Verfahren und in Bezug auf den Streitgegenstand eine Rolle spielen sollten. Eine solche Entscheiderelevanz ist denn auch nicht erkennbar. Urteilsthema ist die rein rechtliche Frage, ob bei Barabgeltungen ein Anspruch auf eine anteilige Wertschwankungsreserve bestehen könne. Der für die Beantwortung dieser Frage massgebliche Sachverhalt ist erstellt und nicht strittig. Weiter bezieht sich Ziff. 8 des Teilliquidationsbeschlusses, in welchem die Dokumente erwähnt werden, nicht auf die hier strittigen Wertschwankungsreserven, sondern auf die freien Mittel. Der Anspruch auf freie Mittel ist im vorliegenden Verfahren nicht mehr strittig und auch im vorinstanzlichen Verfahren haben die Beschwerdeführenden und die Beschwerdegegnerin diesbezüglich eine Einigung gefunden, weswegen die Vorinstanz diesbezüglich keine Abklärungen mehr vornehmen musste (vgl. Sachverhalt Bst. F.b). Insgesamt ist nicht ersichtlich, weswegen die Dokumente, welche im Übrigen das Jahr 2007 betreffen und nicht den Abschluss per hier massgeblichem Stichtag vom 31. Dezember 2006, geeignet sein sollten, im vorliegenden Verfahren einen Beweis zu erbringen. Der Beweisantrag ist somit abzulehnen. Aus den gleichen Gründen durfte auch die Vorinstanz das Editionsbegehren ablehnen und sie hat damit das rechtliche Gehör der Beschwerdeführenden nicht verletzt.

### **E. 3.1**

Im Hinblick auf eine Teilliquidation ist zunächst die Vermögenssituation, und namentlich die Höhe der freien Mittel, der Rückstellungen und der Wertschwankungsreserve, der Vorsorgeeinrichtung am Stichtag - welcher sich nach dem die Teilliquidation auslösenden Ereignis bestimmt (BGE 140 V 22 E. 5.3) - zu ermitteln. Zu diesem Zweck sind eine kaufmännische und eine technische Teilliquidationsbilanz mit Erläuterungen zu erstellen, aus denen die tatsächliche finanzielle Lage der Kasse deutlich hervorgeht (Art. 27g Abs. 1 bis 2. Satz BVV 2). Das Vermögen ist dabei zu Veräusserungswerten einzusetzen (Art. 53d Abs. 2 BVG). Nach Abzug der Passiven sind dem Nettovermögen der Vorsorgeeinrichtung die reglementarisch gebundenen Mittel gegenüber zu stellen. Aus der Differenz zwischen diesen beiden Grössen sind die (zulässigen) Reserven zu äufnen und allenfalls erforderliche Rückstellungen zu bilden. Was danach an Vermögen verbleibt, stellt freies Vermögen der Vorsorgeeinrichtung dar (BGE 131 II 514 E. 2.2; Urteile des BVGer A-565/2013 vom 8. November 2016 E. 3.1.2 m.Hw.; s.a. Martina Stocker, Die Teilliquidation von Vorsorgeeinrichtungen, 2012, S. 127).

### **E. 3.2**

Bei den Wertschwankungsreserven handelt es sich nicht um freie Mittel, sondern um einen Bilanzposten zur Absicherung des Risikos von Wertschwankungen der Vermögensanlagen. Sie stellen einen Korrekturposten auf den Aktiven dar (BGE 131 II 525 E. 5.2 f.).

Grundsätzlich wird eine Wertschwankungsreserve in Höhe von 10-20% der Vermögensanlagen bzw. der Bilanzsumme als angemessen erachtet, um den Versicherten die Weiterführung ihrer Vorsorge im bisherigen Rahmen zu erlauben; dies gilt namentlich bei Teilliquidationen zwecks Wahrung des Fortbestandsinteresses (BGE 128 II 394 E. 6.3 m.Hw.). Art. 48e BVV 2 verlangt, dass die Vorsorgeeinrichtungen die Bestimmungen über die Bildung von Rückstellungen und Schwankungsreserven in einem Reglement festlegen; darin werden die Grundsätze und Methoden zur Berechnung der Wertschwankungsreserve festgelegt.

### **E. 3.3**

Gemäss Art. 53d Abs. 1 BVG muss die Teil- und Gesamtliquidation der Vorsorgeeinrichtung unter Berücksichtigung des Gleichbehandlungsgrundsatzes und nach fachlich anerkannten Grundsätzen durchgeführt werden; der Bundesrat wird beauftragt, diese Grundsätze zu bezeichnen (dazu unten E. 3.5). Nach Art. 53d Abs. 4 BVG legt das paritätisch besetzte Organ oder das zuständige Organ im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen und des Reglements den genauen Zeitpunkt, die freien Mittel und den zu verteilenden Anteil, den Fehlbetrag und dessen Zuweisung und den Verteilungsplan fest.

#### **E. 3.4.1**

Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts sind bei einer Teilliquidation einer Vorsorgeeinrichtung das Fortbestandsinteresse und das Gleichbehandlungsgebot zu berücksichtigen. Sie gelten als gleichwertig und es ist eine Gewichtung im Einzelfall vorzunehmen (BGE 131 II 514 E. 5.4 m.Hw.).

#### **E. 3.4.2**

Einerseits wird der Vorsorgeeinrichtung ein "Fortbestands- oder Fortführungsinteresse" zugebilligt. Unter dem betreffenden Titel bildet die Pensionskasse jene Reserven und Rückstellungen, welche sie mit Blick auf die anlage- und versicherungstechnischen Risiken nach Abwicklung der Teilliquidation benötigt, um die Vorsorge der verbleibenden Destinatäre im bisherigen Rahmen weiterzuführen. Zu diesen Reserven gehören namentlich die Wertschwankungsreserven auf den Aktiven (BGE 140 V 121 E. 4.3, BGE 131 II 525 E. 4.1, BGE 131 II 514 E. 5.1, je m.Hw. auf die Lehre).

#### **E. 3.4.3**

Andererseits ist das Gleichbehandlungsgebot zu beachten. Aus dem Rechtsgleichheitsgebot sowie aus dem Grundsatz von Treu und Glauben leitete das Bundesgericht seit jeher die Verpflichtung der Vorsorgeeinrichtung zu einer den konkreten Verhältnissen angepassten Aufteilung des Stiftungsvermögens ab. Das Personalvorsorgevermögen hat den bisherigen Destinatären zu folgen, damit nicht wegen einer Personalfluktuatation einzelne Gruppen von Versicherten zulasten anderer profitieren (BGE 143 V 200 E. 4.2.3; BGE 140 V 121 E. 4.3, BGE 131 II 525 E. 4.2, mit Hinweisen). Mit Erlass des Freizügigkeitsgesetzes und zuletzt mit Art. 53d Abs. 1 BVG ist die Bedeutung des Gleichbehandlungsgebots weiter betont worden (vgl. BGE 131 II 514 E. 5.3; 131 II 525 E. 4.2). Das Gleichbehandlungsgebot schliesst aus, dass die Vorsorgeeinrichtung zugunsten des Fortbestandes alle erdenklichen Reserven und Rückstellungen bildet, während sie dem Abgangsbestand neben der gesetzlichen oder reglementarischen Freizügigkeitsleistung bloss noch einen Teil des

(gegebenenfalls verbleibenden) freien Stiftungsvermögens mitgibt (vgl. BGE 131 II 514 E. 6.2, mit Hinweisen, vgl. BGE 131 II 525 E. 6.2; Urteile des BVGer A-565/2013 vom 8. November 2016 E. 3.1.5 und C-3181/2011 vom 2. Mai 2013 E. 5.3.2, Isabelle Vetter-Schreiber, Berufliche Vorsorge, Kommentar BVG und FZG, 3. Aufl. 2013, Art. 27h BVV 2 N. 1, Sabina Wilson, Die Erstellung des Teilliquidationsreglements einer Vorsorgeeinrichtung und weitere Einzelfragen zur Durchführung einer Teilliquidation, 2016, S. 29 ff. Rz. 85 ff. ).

### **E. 3.5**

Der Delegation in Art. 53d Abs. 1 BVG (vgl. oben E. 3.3) ist der Bundesrat mit Art. 27g und 27h BVV 2 nachgekommen. Diese Bestimmungen sind am 1. Januar 2005 in Kraft getreten. Sie konkretisieren namentlich den in Art. 53d Abs. 1 BVG festgehaltenen Grundsatz der Gleichbehandlung (Urteil des BVGer A-1024/2016 vom 19. Juli 2017 E. 2.2). Im Grundsatz besteht danach bei einem kollektiven Austritt im Rahmen einer Teil- oder Gesamtliquidation ein individueller oder kollektiver Anspruch auf einen Anteil der freien Mittel (Art. 27g Abs. 1 BVV 2; das Gleiche sieht auch Art. 18a FZG [SR 831.42; früher Art. 23] vor) und zusätzlich ein kollektiver anteilmässiger Anspruch auf die Rückstellungen und Schwankungsreserven (Art. 27h Abs. 1 BVV 2), die diesbezügliche Regelung lautet wie folgt:

#### **E. 3.5.1**

Der am 1. Januar 2005 in Kraft getretene Art. 27h Abs. 1 BVV 2 regelte (bis zur am 1. Juni 2009 in Kraft getretenen Revision) unter dem Titel "Kollektiver Anspruch auf Rückstellungen und Schwankungsreserven bei Teil- oder Gesamtliquidation" was folgt: Treten mehrere Versicherte als Gruppe gemeinsam in eine andere Vorsorgeeinrichtung über (kollektiver Austritt), besteht zusätzlich zum Anspruch auf die freien Mittel ein kollektiver anteilmässiger Anspruch auf die Rückstellungen und Schwankungsreserven nach Artikel 48e, soweit versicherungs- und anlagentechnische Risiken mit übertragen werden. Dabei ist insbesondere auch der Form der zu übertragenden Vermögenswerte Rechnung zu tragen. Zudem kann dem Beitrag Rechnung getragen werden, den das austretende Kollektiv zur Bildung der Rückstellungen und Schwankungsreserven geleistet hat.

#### **E. 3.5.2**

Seit dem 1. Juni 2009 hat Art. 27h Abs. 1 BVV 2 folgenden Wortlaut: Treten mehrere Versicherte gemeinsam in eine andere Vorsorgeeinrichtung über (kollektiver Austritt), so besteht zusätzlich zum Anspruch auf die freien Mittel ein kollektiver anteilmässiger Anspruch auf die Rückstellungen und Schwankungsreserven. Bei der Bemessung des Anspruchs ist dem Beitrag angemessen Rechnung zu tragen, den das austretende Kollektiv zur Bildung der Rückstellungen und Schwankungsreserven geleistet hat. Der Anspruch auf Rückstellungen besteht jedoch nur, soweit auch versicherungstechnische Risiken übertragen werden. Der Anspruch auf Schwankungsreserven entspricht anteilmässig dem Anspruch auf das Spar- und Deckungskapital. Wertschwankungsreserven müssen somit ab dem 1. Juni 2009 auch dann mitgegeben werden, wenn keine anlagentechnischen Risiken übergehen.

### **E. 3.6**

Das Bundesgericht hat - bereits vor Inkrafttreten von Art. 27h BVV 2 - aus dem Gleichbehandlungsgebot einen Anspruch des Abgangsbestands auf Beteiligung an Reserven und Rückstellungen abgeleitet. Es hat festgehalten, dass ein solcher Anspruch

jedoch nur insoweit bestehe, als entsprechende versicherungs- und anlagetechnische Risiken auf die neue Vorsorgeeinrichtung übertragen werden (vgl. BGE 131 II 514 E. 6.2, mit Hinweisen, BGE 131 II 525 E. 6.2; s.a. Urteile des BVGer A-565/2013 vom 8. November 2016 E. 3.1.5 und C-3181/2011 vom 2. Mai 2013 E. 5.3.2). Das Bundesgericht hatte sich im Urteil BGE 131 II 525 im Besonderen mit dem Anspruch auf Wertschwankungsreserven zu beschäftigen. Es ging um eine Teilliquidation, die noch vor Inkrafttreten von Art. 27h Abs. 1 BVV 2 (in der in E. 3.5.1 erwähnten Fassung) stattfand. Das Bundesgericht hat erkannt, dass für den Fall, dass die austretenden Versicherten mit Barmitteln abgefunden werden, der Abgangsbestand keinen anteiligen Anspruch auf die Wertschwankungsreserve erwerbe. Es begründete dies wie folgt: Wertschwankungsreserven würden das Risiko von Wertschwankungen auf den Vermögensanlagen absichern und seien an jene Aktiven gebunden, für die sie gebildet wurden. Die Wertschwankungsreserven folgten im Rahmen einer Teilliquidation dem Aktivum, mit dem sie verbunden seien. Angesichts der Funktion der Wertschwankungsreserve sei es logisch, dass auf Barmitteln, die selbst keinen Wertschwankungen unterliegen, keine Reserven gebildet werden, weswegen bei einer Barabfindung keine Wertschwankungsreserven bestünden, die mitzuübertragen wären (E. 6.1). Auch das Gleichbehandlungsgebot verlange eine Teilung von Wertschwankungsreserven nur insoweit, als bezüglich der abgesicherten Risiken auch gleiche Verhältnisse vorliegen. Wenn der Abgangsbestand nur Aktiven mitnehme, die keinen Wertschwankungen unterliegen, so werden auf seine neue Vorsorgeeinrichtung keine (unmittelbaren) Anlagerisiken übertragen, die mit einem Anteil an den Wertschwankungsreserven abzusichern wären. Bei einer Barabfindung gebiete das Gleichbehandlungsgebot deshalb keine Teilung der Wertschwankungsreserve, da am Stichtag hinsichtlich der Anlagerisiken nicht gleiche, sondern unterschiedliche Verhältnisse vorlägen. Nichts anderes hätte sich sodann ergeben, wenn der am 1. Januar 2005 in Kraft getretene Art. 27h Abs. 1 BVV 2 bereits anwendbar gewesen wäre, da die Bestimmung ausdrücklich statuiert, dass der anteilmässige Anspruch auf die Wertschwankungsreserve nur insoweit bestehe, als auch anlagetechnische Risiken übertragen werden, was bei einer gänzlichen Abgeltung der Ansprüche mit Barmitteln gerade nicht der Fall sei (E. 6.2). Das Urteil wurde in einem späteren Urteil bestätigt (Urteil 2A.639/2005 vom 10. April 2006 E. 5.4 und 5.8; vgl. ferner auch BGE 140 V 420 E. 5.1).

#### **E. 4.1**

Im vorliegenden Fall haben die Arbeitgeber der Beschwerdeführenden den Anschlussvertrag bei der Beschwerdegegnerin per Ende 2006 aufgelöst. Dies löste eine Teilliquidation mit Stichtag per 31. Dezember 2006 aus. Die Frage, ob eine Teilliquidation vorliegt, ist hier nicht umstritten, von einer solchen kann angesichts der Umstände denn auch ohne Weiteres ausgegangen werden. Die Beschwerdegegnerin erliess am 30. November 2015 einen entsprechenden Teilliquidationsbeschluss (Beschwerdebeilage 8). Sie beschloss u.a., dass der Abgangsbestand keinen Anspruch auf freie Mittel sowie auf Wertschwankungsreserven habe (Ziff. 7 und 8). Strittig ist vorliegend einzig noch die Frage der Wertschwankungsreserve. Die Höhe der zuzuweisenden freien Mittel war zwar noch Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens, diesbezüglich erfolgte aber gestützt auf die übereinstimmenden Anträge der Beschwerdeführenden und der Beschwerdegegnerin eine teilweise Gutheissung durch die Vorinstanz (Dispositiv Ziff. 2; vgl. dazu Sachverhalt Bst. F.b).

#### **E. 4.2**

Umstritten ist vorliegend somit einzig noch die Frage, ob die Beschwerdeführenden Anspruch auf einen Anteil an den Wertschwankungsreserven der Beschwerdegegnerin haben. Im Rahmen der vorliegenden Teilliquidation sollte der Abgangsbestand unbestrittenermassen durch Barmittel abgefunden werden (vgl. Ziff. 7 des Teilliquidationsbeschlusses in Beschwerdebeilage 8). Die Beschwerdegegnerin schloss aus dieser Tatsache, dass die Beschwerdeführenden keinen Anspruch auf einen Anteil an den Wertschwankungsreserven haben. aArt. 27h Abs. 1 BVV 2 bestimme, dass ein Anspruch auf Wertschwankungsreserve bestehe, wenn anlagetechnische Risiken mitübertragen würden. Gemäss der Rechtsprechung (BGE 131 II 525) bestehe bei einer Abfindung des Abgangsbestandes mit Barmitteln kein Anspruch auf einen Anteil an den Wertschwankungsreserven, weil in diesem Fall keine anlagetechnischen Risiken übertragen würden (zum Ganzen: vgl. Abweisung der Einsprache vom 18. März 2016). Diese Auffassung wurde von der Vorinstanz gestützt. Die Beschwerdeführenden sind der Ansicht, dass ihnen an den Wertschwankungsreserven ein Anteil im Verhältnis des Deckungskapitals zustehe. Zu überprüfen ist somit im Folgenden, ob die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin zu Recht vertreten, dass bei einer Abgeltung des Abgangsbestandes mit Barmitteln kein Anspruch auf einen Anteil der Wertschwankungsreserve besteht, weil in diesem Fall die Voraussetzung von aArt. 27h Abs. 1 BVV 2, dass anlagetechnische Risiken übertragen wurden, nicht erfüllt sei.

#### **E. 4.3**

Der Anspruch des Abgangsbestandes auf Wertschwankungsreserve wird seit dem 1. Januar 2005 durch Art. 27h Abs. 1 BVV 2 geregelt, wobei die Bestimmung per 2009 revidiert worden ist (E. 3.5). Stichtag der vorliegenden Teilliquidation ist (unbestrittenermassen) der 31. Dezember 2006. Auf diese Teilliquidation ist somit Art. 27h Abs. 1 BVV 2 in der am 1. Januar 2005 in Kraft getretenen Fassung (E. 3.5.1) anwendbar (im Folgenden aArt. 27h Abs. 1 BVV 2). Dieser hält explizit fest, dass ein anteilmässiger Anspruch auf Schwankungsreserven nur besteht, soweit anlagetechnische Risiken übertragen werden.

#### **E. 4.4**

Das Teilliquidationsreglement vom 20. März 2012, in Kraft seit 1. Januar 2005 (vgl. Beschwerdebeilage 20) enthält für Teilliquidationen, deren Stichtag wie vorliegend zwischen dem 1. Januar 2005 und dem 31. Mai 2009 liegt, in Art. 4.1 Bst. b ebenfalls diesen in aArt. 27h Abs. 1 BVV 2 normierten Grundsatz: "Soweit bei einem kollektiven Austritt versicherungs- und anlagetechnische Risiken mit übertragen werden, haben die kollektiv austretenden Versicherten einen kollektiven anteilmässigen Anspruch an den Rückstellungen und Wertschwankungsreserven." Die Beschwerdeführenden rügen eine unzulässige Rückwirkung, weil das im Jahr 2012 beschlossene Teilliquidationsreglement auf den 1. Januar 2005 in Kraft gesetzt worden sei. Das Teilliquidationsreglement stimmt jedoch wie gesagt in der hier strittigen Frage mit der Verordnung überein, womit sich für die hier strittige Frage nichts ändern würde, selbst wenn das Teilliquidationsreglement aufgrund einer unzulässigen Rückwirkung ungültig und nicht anwendbar wäre: Der in Art. 4.1 Bst. b des Teilliquidationsreglements festgehaltene Grundsatz gilt bereits gestützt auf aArt. 27h Abs. 1 BVV 2. Die Beschwerdeführenden leiten sodann nichts anderes aus der geltend gemachten Ungültigkeit des Reglements ab, womit die Frage der Zulässigkeit der Rückwirkung vorliegend nicht geprüft werden muss. Hingegen trifft es nicht zu, wie die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung ausführt, dass das Teilliquidationsreglement

den Grundsatz wiedergebe, dass wenn im Rahmen einer Teilliquidation Barmittel übertragen werden, keine Wertschwankungsreserven mitzugeben seien. Das Reglement spricht sich nicht explizit über die Situation der Barabfindung aus, sondern gibt - wie gesagt - nur die Verordnungsbestimmung wieder. In Bezug auf die Behandlung von Barabgeltungen gilt es, die Verordnung (und das Teilliquidationsreglement) auszulegen (dazu sogleich E. 4.6).

#### **E. 4.5**

aArt. 27h Abs. 1 BVV 2 und das darin enthaltene, hier entscheidende Kriterium der "Übertragung von anlagetechnischen Risiken" wären nur dann nicht anzuwenden, wenn die Bestimmung gegen übergeordnetes Recht verstossen würde. Eine Gesetzes- oder Verfassungswidrigkeit ist aber nicht ersichtlich. Im Gegenteil: Den genau gleichen Grundsatz, dass ein Anspruch auf Wertschwankungsreserve nur bestehe, wenn auch anlagetechnische Risiken übertragen würden, hat das Bundesgericht bereits vor Inkrafttreten von aArt. 27h BVV 2 aus dem Gleichbehandlungsgebot (vgl. Art. 53d Abs. 1 BVG) abgeleitet (oben E. 3.6, 1. Absatz). Das Gleichbehandlungsgebot wiederum ist in Art. 53d Abs. 1 BVG explizit statuiert und in dieser Gesetzesbestimmung wird die Ausarbeitung entsprechender Grundsätze an den Bundesrat delegiert. Die Verordnungsbestimmung entspricht also der Delegation und einer zulässigen Konkretisierung von Verfassung (Gleichbehandlungsgrundsatz) und Gesetz (Art. 53d Abs. 1 BVG). Ein Verstoß gegen übergeordnetes Recht wird von den Beschwerdeführenden denn auch nicht geltend gemacht bzw. begründet. Die von den Beschwerdeführenden hervorgehobene Tatsache, dass aArt. 27h Abs. 1 BVV 2 mit Inkrafttreten per 1. Juni 2009 angepasst wurde und der Anspruch auf einen Anteil an den Schwankungsreserven neu unabhängig davon besteht, ob anlagetechnische Risiken übertragen werden (E. 3.5.2), ändert nichts am Gesagten, zumal die Verordnungsänderung nicht damit begründet wurde, dass die bisherige Bestimmung übergeordnetem Recht widersprochen habe (zu den Motiven der Revision s.a. hinten E. 4.8.2).

#### **E. 4.6**

Zu überprüfen ist im Folgenden somit, ob der (von der Vorinstanz geschützte) Teilliquidationsbeschluss der Beschwerdegegnerin (Ziff. 7), mit welchem ein Anspruch der Beschwerdeführenden auf einen Anteil an den Wertschwankungsreserven verneint wurde, mit aArt. 27h Abs. 1 BVV 2 in der hier anwendbaren, am 1. Januar 2005 in Kraft getretenen Fassung im Einklang steht. Diese Verordnungsbestimmung regelt, dass ein anteilmässiger Anspruch auf Schwankungsreserven nur besteht, soweit anlagetechnische Risiken mit übertragen werden. Ergänzt wird, dass dabei auch der Form der zu übertragenden Vermögenswerte Rechnung zu tragen ist. Zur Behandlung von Barabgeltungen spricht sich die Verordnung nicht explizit aus. Es ist durch Auslegung zu eruieren, ob die Beschwerdegegnerin und die Vorinstanz zu Recht davon ausgehen, dass bei einer Barabgeltung die Voraussetzung der Übertragung von anlagetechnischen Risiken zu verneinen ist.

##### **E. 4.6.1**

Das Bundesgericht hat sich im Urteil BGE 131 II 525 betreffend eine Teilliquidation, die noch vor Inkrafttreten von aArt. 27h Abs. 1 BVV 2 stattfand, bereits mit dieser Frage befasst. Es ist zum Schluss gekommen, dass bei einer Barabgeltung kein anteiliger Anspruch auf Wertschwankungsreserven besteht; es hat auch präzisiert, dass in diesem Fall

gerade keine anlagetechnischen Risiken übertragen würden (zur ausführlichen Begründung des Bundesgerichts vgl. vorn E. 3.6, 2. Absatz). Das Urteil wurde in einem späteren Urteil bestätigt (vgl. E. 3.6). Die Aussagen des Bundesgerichts müssen - wie dieses auch selbst präzisiert hat - auch nach Inkrafttreten von aArt. 27h Abs. 1 BVV 2 weiterhin ihre Gültigkeit haben, nachdem in dieser Bestimmung das vom Bundesgericht ebenfalls angewendete Kriterium explizit normiert wurde, dass der Anspruch auf Mitgabe von Wertschwankungsreserven bedingt, dass auch anlagetechnische Risiken übergegangen sind. Wie das Bundesgericht dargelegt hat, ist diese Voraussetzung nicht gegeben, wenn die Ansprüche des Abgangsbestandes durch Barmittel befriedigt werden, denn die Wertschwankungsreserven bleiben in diesem Fall an die bei der Vorsorgeeinrichtung des Fortbestands verbleibenden Aktiven gebunden, deren Risiken sie absichern. Werden demnach bei einer Barabgeltung keine anlagetechnischen Risiken übertragen, sondern verbleiben diese bei der Vorsorgeeinrichtung des Fortbestands, besteht nach aArt. 27h Abs. 1 BVV 2 kein Anspruch auf eine anteilige Mitgabe von Wertschwankungsreserven.

#### **E. 4.6.2**

Diese Rechtsprechung in BGE 131 II 525 wurde in der Lehre kontrovers diskutiert. Neben Zustimmung (z.B. Markus Moser, Bundesgerichtsentscheide zur Teilliquidation, SPV 2005, H. 09, S. 77 ff.) gab es auch kritische Stimmen, auf welche im Folgenden eingegangen wird.

##### **E. 4.6.2.1**

In der Lehre wurde etwa die Auffassung vertreten, dass berücksichtigt werden müsse, dass die neue Vorsorgeeinrichtung, die aus einer Teilliquidation nur liquide Mittel erhält, diese Mittel wieder anlegen müsse und somit eine Wertschwankungsreserve brauche. Deswegen würden auch bei Barabgeltungen anlagetechnische Risiken übertragen (Beat Schmid, Teilliquidation einer Vorsorgeeinrichtung - keine Übertragung von Wertschwankungsreserven auf Barmitteln, in: Jusletter vom 31. Oktober 2005, Rz. 16 f.; Thomas Geiser, Teilliquidationen bei Pensionskassen, ST 2007, S. 81 ff., 90; vgl. auch die Argumentation von NR Rudolf Rechsteiner in seiner parlamentarischen Initiative 05.461 "Vermögensverteilung bei Teilliquidationen von Vorsorgeeinrichtungen"; sowie Mitteilungen über die berufliche Vorsorge Nr. 111 des BSV vom 6. April 2009 Ziff. 684). Diesem Argument hat das Bundesgericht jedoch bereits in BGE 131 II 525 E. 6.2 eine Absage erteilt, und festgestellt, der Umstand, dass die neue Vorsorgeeinrichtung die übertragenen Barmittel anlegen und alsdann auf den neu erworbenen Aktiven Wertschwankungsreserven bilden müsse, ändere nichts daran, dass bei einer Barabgeltung keine Anlagerisiken übertragen würden und somit kein Anspruch auf Mitgabe von Wertschwankungsreserven bestehe (s.a. Urteil 2A.639/2005 vom 10. April 2006 E. 5.4). In dieser Situation kann denn auch nicht von einer "Übertragung" von Anlagerisiken von der einen auf die andere Vorsorgeeinrichtung gesprochen werden, wie dies in aArt. 27h Abs. 1 BVV 2 vorausgesetzt wird. Der Wortlaut der Bestimmung ist insofern klar, und es besteht kein Grund zur Annahme, dass er den wahren Sinn der Bestimmung nicht wiedergebe und damit auch kein Grund für ein Abweichen vom Wortlaut (vgl. E. 1.6).

##### **E. 4.6.2.2**

Zu erwähnen ist weiter die Auffassung von Schmid (a.a.O.). Seiner Meinung nach könne zwar für den Fall, in welchem bei der übertragenden Vorsorgeeinrichtung genügend Barmittel vorbestanden haben, um die Barabgeltung zu finanzieren, der Argumentation des

Bundesgerichts gefolgt werden (Rz. 9). Anders verhält es sich nach Schmid, wenn eine Vorsorgeeinrichtung nicht über genügend flüssige Mittel verfügt, um den Abgangsbestand abzugelten, und sie folglich - wenn sie eine Barabgeltung vornehmen will - Anlagen in Barmittel umwandeln muss. In diesem Fall treffe die Argumentation des Bundesgerichts, wonach keine Wertschwankungsreserven bestehen würden, die mitzuübertragen werden, nicht zu. Es bestünden in diesem Fall Wertschwankungsreserven, die aber mangels abzusichernden Aktiven vorübergehend ohne Funktion seien, d.h. sie seien nicht an bestimmte Aktiva gebunden. Somit rechtfertige es sich, diese dem Abgangsbestand mitzugeben (Schmid, Rz. 8-12). Dieser Auffassung von Schmid ist entgegenzuhalten, dass es nach dem Wortlaut von aArt. 27h Abs. 1 BVV 2 wie auch nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts (E. 3.6) nicht genügt, wenn anlagetechnische Risiken bei der übertragenden Vorsorgeeinrichtung abgehen, solche müssen auch auf die übernehmende Vorsorgeeinrichtung "übertragen" werden, was bei einer Barabgeltung, selbst wenn die übertragende Vorsorgeeinrichtung zu diesem Zweck Anlagen veräussern musste, nicht der Fall ist. In einer solchen Situation (Veräusserung von Anlagen zwecks Barabfindung) muss die Tatsache, dass sich bei der übertragenden Vorsorgeeinrichtung die anlagetechnischen Risiken reduziert haben, zwar durchaus berücksichtigt werden; dies aber nicht mittels einer Übertragung von Wertschwankungsreserve auf die neue Vorsorgeeinrichtung. Vielmehr muss die übertragende Vorsorgeeinrichtung die Höhe der Wertschwankungsreserve mit Blick auf die Teilliquidation überprüfen. Wenn zwecks Abwicklung der Teilliquidation Anlagen verkauft werden müssen, muss sie die Wertschwankungsreserve entsprechend reduzieren (dies gemäss der von der Vorsorgeeinrichtung in einem Reglement zu definierenden Methode, vgl. vorn E. 3.2). Die von Schmid erwähnten "Wertschwankungsreserven ohne Funktion" müssen bei diesem Vorgehen aufgelöst werden. Die Auflösung von Wertschwankungsreserven bewirkt dabei eine Erhöhung der freien Mittel, an welchen auch der Abgangsbestand partizipiert (Art. 27g BVV 2) (vgl. zum Ganzen auch BGE 131 II 525 E. 5.2 und 6.3). Zusammenfassend wird in dieser von Schmid erwähnten Situation die Wertschwankungsreserve neu kalkuliert und nach unten angepasst, wodurch sich der anteilige Anspruch des Abgangsbestands auf freie Mittel erhöht. Ein Anspruch auf Mitgabe von Wertschwankungsreserve im Sinn von aArt. 27h Abs. 1 BVV 2 besteht hingegen mangels "Übertragung" von anlagetechnischen Risiken nicht.

#### **E. 4.6.3**

Insgesamt bleibt somit auch und gerade unter der Geltung von aArt. 27h BVV 2 festzuhalten, dass - wie das Bundesgericht bereits festgehalten hat - dem Abgangsbestand kein Anspruch auf einen Anteil an den Wertschwankungsreserve zusteht, wenn er mit Barmitteln abgefunden wurde. Die Ausführungen der Beschwerdeführenden, mit welchen sie diese Rechtsprechung als nicht anwendbar bezeichnen, sind somit nicht stichhaltig.

#### **E. 4.7**

In Bezug auf den vorliegenden Fall ergibt sich, dass die Beschwerdegegnerin und die Vorinstanz zu Recht angesichts der vorgenommenen Barabfindung einen Anspruch der Beschwerdeführenden auf einen Anteil an den Wertschwankungsreserven verneint haben. Der Tatsache, dass bei der Beschwerdegegnerin aufgrund der Teilliquidation die Wertschwankungsreserve zu hoch geworden war, wurde vorliegend - wenn auch erst nachträglich im Rahmen des vorinstanzlichen Verfahrens (vgl. Sachverhalt Bst. F.b) - wie unter E. 4.6.2 beschrieben Rechnung getragen: Die Beschwerdegegnerin hat im Anlagereglement vom 1. Juli 2005 (welches sich nicht in den Akten befindet) für die

Wertschwankungsreserve offenbar eine Zielgrösse von 16,7% der Bilanzsumme fixiert (vgl. Jahresrechnung 2006 S. 13, act. 30). Aufgrund der geringeren Bilanzsumme nach der Teilliquidation musste die Wertschwankungsreserve nach unten angepasst werden. Dadurch erhöhten sich wiederum die zu verteilenden freien Mittel. Entsprechend wurde im vorinstanzlichen Verfahren der Anspruch der Beschwerdeführenden auf freie Mittel nach oben korrigiert (Dispositiv Ziff. 2 der angefochtenen Verfügung; zum Ganzen im Detail Sachverhalt Bst. F.b). Somit haben die Beschwerdeführenden indirekt an der vorbestehenden Wertschwankungsreserve der Beschwerdegegnerin partizipiert, ein (weitergehender) Anspruch auf Mitgabe eines Anteils an den Wertschwankungsreserven im Sinn von aArt. 27h Abs. 1 BVV 2 ist hingegen zu verneinen.

#### **E. 4.8**

Im Folgenden ist auf die (weiteren) Argumente der Beschwerdeführenden einzugehen:

##### **E. 4.8.1**

Sie sind der Meinung, aArt. 27h BVV 2 in der hier geltenden Fassung bedeute nicht, dass das damalige Recht es verboten hätte, aufgrund einer Vereinbarung einen Anteil an der Wertschwankungsreserve mitzugeben, auch wenn keine Anlagerisiken übertragen wurden. aArt. 27h BVV 2 sei nicht absolut zwingend und stehe einer abweichenden vertraglichen Regelung (wie hier im Anschlussvertrag) nicht entgegen. Der Auffassung der Beschwerdeführenden, es handle sich um "dispositives" Recht, kann nicht gefolgt werden; aArt. 27h Abs. 1 Satz 1 BVV 2 enthält keine kann-Formulierung, welche der Vorsorgeeinrichtung Spielraum zubilligen würde. Nichts anderes ergibt sich aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts (E. 3.6). Diese Argumentation verfängt auch deswegen nicht, weil vorliegend gerade keine solche Parteivereinbarung, einen Anteil an den Wertschwankungsreserven mitzugeben (und zwar unabhängig von der Übertragung von Anlagerisiken), vorliegt. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführenden (sowie des Parteigutachters Dr. C. \_\_\_\_\_, vgl. Beschwerdebeilage 19) kann eine solche Vereinbarung nicht aus Ziff. 10 der Anschlussvereinbarung abgeleitet werden. Gemäss dieser Bestimmung haben die Austretenden einen auf das Deckungskapital bezogenen verhältnismässigen Anteil am übrigen Vermögen. Damit wird jedoch nur ein allgemeiner Grundsatz wiedergegeben und die Bestimmung behandelt nicht spezifisch die Wertschwankungsreserve. Aus Art. 10 der Anschlussvereinbarung lässt sich somit in Bezug auf die hier vorliegende Frage nichts zu Gunsten der Beschwerdeführenden ableiten.

##### **E. 4.8.2**

Die Beschwerdeführenden führen zudem aus, BGE 131 II 525 sowie aArt. 27h Abs. 1 BVV 2 seien umstritten gewesen, wie aus den Mitteilungen über die berufliche Vorsorge Nr. 111 ersichtlich sei, weswegen aArt. 27h BVV 2 geändert worden sei. Nunmehr sei der mitzugebende Anteil an den Wertschwankungsreserven unabhängig davon, ob Anlagerisiken mitgegeben werden oder nicht. Bei der Auslegung des aArt. 27h BVV 2 in der bis Ende Mai 2009 gültigen Fassung sei zu berücksichtigen, dass sein Inhalt als falsch erkannt und deshalb geändert worden sei. Tatsächlich wurde Art. 27h Abs. 1 BVV 2 mit Inkrafttreten per 1. Juni 2009 wie erwähnt angepasst: Der Anspruch auf einen Anteil an den Schwankungsreserven ist nunmehr unabhängig davon, ob anlagetechnische Risiken übertragen werden (E. 3.5.2). Unter dem neuen Regime wird deswegen auch davon ausgegangen, dass ein Anspruch auf Wertschwankungsreserven auch dann besteht, wenn eine Abgeltung mit Barmitteln erfolgt; die Bestimmung wurde denn auch als Reaktion auf

das Urteil des Bundesgerichts vom 9. Juni 2005 (BGE 131 II 514, vgl. oben E. 3.6) revidiert (vgl. Mitteilungen über die berufliche Vorsorge Nr. 111 des BSV vom 6. April 2009 Ziff. 684; zum Hintergrund der Revision s.a. Stocker, a.a.O., S. 137 ff. m.Hw.). Der Auffassung der Beschwerdeführenden, dass diese Verordnungsrevision einen Einfluss auf das vorliegende Verfahren hat, kann nicht gefolgt werden. Gesetzesrevisionen können zwar unter Umständen für die Auslegung einer Norm beigezogen werden, dies jedoch hauptsächlich dann, wenn das geltende System nicht grundsätzlich geändert und der bestehende Rechtszustand lediglich konkretisiert oder Lücken des geltenden Rechts ausgefüllt werden sollen (BGE 124 II 193 E. 5d, mit Hinweisen). Diese Voraussetzungen sind hier offenkundig nicht erfüllt; im Gegenteil sollte der bestehende Rechtszustand gerade grundsätzlich geändert werden. Neu ist für den Anspruch auf anteilige Wertschwankungsreserven nicht mehr verlangt, dass anlagetechnische Risiken übertragen wurden, während die frühere Bestimmung dies gerade explizit verlangt hatte. Aus der Verordnungsrevision können die Beschwerdeführenden somit nichts zu Gunsten der von ihnen gewünschten Auslegung ableiten.

#### **E. 4.8.3**

Weiter verweisen die Beschwerdeführenden auf verschiedene Dokumente, welche belegten, dass über die Teilung der Wertschwankungsreserven diskutiert worden sei (Notiz der Pensionskassenexpertin der X. \_\_\_\_\_ vom 12. September 2006, Beschwerdebeilage 12; Protokolle zu verschiedenen Stiftungsratssitzungen, Beschwerdebeilagen 15-18). Daraus, dass im Stiftungsrat über die Aufteilung der Wertschwankungsreserve diskutiert worden sei, können die Beschwerdeführenden jedoch nichts zu ihren Gunsten ableiten. Wie die Vorinstanz zu Recht ausführt, wurden die behaupteten Aussagen und Diskussionen im Stiftungsrat nie zu Beschlüssen des Stiftungsrats erhoben und sind somit nicht verbindlich.

#### **E. 5.1**

Strittig sind überdies die vorinstanzlichen Verfahrenskosten. Mit Verfügung vom 23. Januar 2018 setzte die Vorinstanz die Verfahrensgebühr auf Fr. 9'150.- fest. In der Beschwerde wird beantragt, es sei die Vorinstanz anzuweisen, die Spruchgebühr nach Massgabe des anteiligen Obsiegens und unter Wahrung der Verhältnismässigkeit zu reduzieren. Die Beschwerdeführenden sind der Meinung, dass die Spruchgebühr überhöht sei, namentlich stehe sie in keinem Verhältnis zur lediglich sechsseitigen Verfügung. Zudem hätten die Beschwerdeführenden vor der Vorinstanz betreffend einen Anteil an den freien Mitteln teilweise obsiegt, was bei der Auferlegung der Kosten ausser Acht gelassen worden sei. Die Vorinstanz beantragt in der Vernehmlassung, die Auferlegung der Kosten sei zu bestätigen. Für eine Auferlegung nach Massgabe des Obsiegens bleibe nach den gesetzlichen Vorgaben kein Raum. Die Gebühr sei nach dem Aufwand festgesetzt worden. Der Betrag, der sich deutlich unter der Obergrenze von Fr. 20'000.- bewege, sei angesichts der zahlreichen, im dreifachen Schriftenwechsel vorgebrachten Argumente und der zu klärenden Sachverhaltsumstände, z.B. die Frage der Legitimation der einzelnen Beschwerdeführenden, nicht unverhältnismässig.

#### **E. 5.2**

Zunächst fragt sich, ob die BVSA die Gebühr überhaupt den Beschwerdeführenden auferlegt hat. Im Dispositiv der angefochtenen Verfügung wurde nämlich nicht verfügt, wer die Gebühr zu bezahlen habe. Zu erwähnen ist auch, dass die Honorarnote an die X. \_\_\_\_\_ adressiert wurde. In der Vernehmlassung wird zudem u.a. ausgeführt, Träger

der Gebührenpflicht seien "die beaufsichtigten Einrichtungen", was hier die X. \_\_\_\_\_ wäre. Die X. \_\_\_\_\_ und die Beschwerdeführenden hingegen gehen offenbar davon aus, dass die Gebühr den Beschwerdeführenden auferlegt worden sei. Es ist somit anzunehmen, dass die Vorinstanz die Gebühren den Beschwerdeführenden auferlegen wollte.

### **E. 5.3**

In grundsätzlicher Hinsicht ist folgendes vorzuschicken: Weder das BVG noch die Verordnung vom 10. und 22. Juni 2011 über die Aufsicht in der beruflichen Vorsorge (BVV 1, SR 831.435.1) enthalten Bestimmungen betreffend die Gebühren von kantonalen Aufsichtsbehörden. Es lässt sich daher nicht beanstanden, dass die Vorinstanz die Gebühren gestützt auf kantonales Recht erhoben hat. Verdeutlicht wird dies mit Blick auf die Äusserungen in der Botschaft vom 15. Juni 2007 zur Änderung des BVG (Strukturreform; BBl 2007 5669 5703 f.). Darin wurde bezüglich Art. 61 Abs. 3 BVG ausgeführt, diese Bestimmung sei so formuliert, dass der kantonale Gesetzgeber unter anderem im Bereich des Gebührenfestsetzungsverfahrens über eine gewisse Ermessensfreiheit verfüge (Urteil des BVGer C-4534/2012 vom 2. Dezember 2014 E. 6.4). Ist für die Kostentragung - wie im vorliegenden Fall - kantonales Recht massgebend (BVGE 2017 V/3 E. 3.2.2), so kann gegen die kantonale Kostenentscheidung nur vorgebracht werden, sie verletze Bundesrecht. Mit dem kantonalen Recht hat sich das Bundesverwaltungsgericht nicht zu befassen (Art. 49 Bst. a VwVG). Eine Bundesrechtsverletzung im Sinne von Art. 49 Bst. a VwVG liegt namentlich vor, wenn die Anwendung kantonalen Rechts, sei es wegen seiner Ausgestaltung oder aufgrund des Ergebnisses im konkreten Fall, zu einer Verfassungsverletzung (z.B. des Willkürverbots) führt (vgl. Urteil des BGer 9C\_484/2010 vom 16. September 2010 E. 1.2 m.Hw. [zu Art. 95 Bs. a BGG]; BVGE 2010/51 E. 3.2; Urteil des BVGer C-4534/2012 vom 2. Dezember 2014 E. 6.5; Kölz/Häner/Bertschi, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl. 2013, Rz. 1034 und 1426). Ob eine solche Verletzung vorliegt, ist nachfolgend zu prüfen.

### **E. 5.4**

Als Erstes ist zu prüfen, ob die Vorinstanz die Gebühr grundsätzlich den Beschwerdeführenden auferlegen durfte. Das BVG äussert sich wie erwähnt (E. 5.3) nicht zu der Gebührenregelung vor der Aufsichtsbehörde. Was das kantonale Recht anbelangt, so enthält dieses zwar eine gesetzliche Grundlage für die Gebührenerhebung (vgl. § 9 Abs. 4 des Gesetzes des Kantons Aargau vom 15. Januar 2013 über die BVG- und Stiftungsaufsicht [G-BVSA, SAR 210.700] und § 4 der Gebührenordnung der BVG- und Stiftungsaufsicht Aargau vom 11. Juni 2012 [Gebührenordnung BVSA, SAR 210.120]). Es wird aber nicht geregelt, wem die Gebühren aufzuerlegen sind. Die Kostenauflegung auf die Parteien (nach dem Unterliegerprinzip, dazu E. 5.5) ist jedoch in § 31 Abs. 2 des kantonalen Gesetzes vom 4. Dezember 2007 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG, SAR 271.200) vorgesehen, welcher zumindest analog angewendet werden kann. Das Bundesverwaltungsgericht hat zudem in einem ähnlichen Verfahren bereits erkannt, dass in Auslegung des BVG von der Anwendung des Verursacherprinzips auszugehen ist und die Aufsichtsbehörde folglich befugt ist, den (unterliegenden) Beschwerdeführenden Verfahrenskosten aufzuerlegen (Urteil des BVGer C-4534/2012 vom 2. Dezember 2014 E. 6.2; vgl. auch Urteil des BVGer C-1031/2012 vom 7. Mai 2014 E. 9; anders allerdings Ueli Kieser, in: *Schneider/Geiser/Gächter [Hrsg.], Handkommentar BVG und FZG*, Art. 53d N. 69, der davon ausgeht, dass den Versicherten oder Rentnerinnen und Rentnern keine Kosten auferlegt werden können). Da das Verfahren von den Beschwerdeführenden eingeleitet und

insofern "verursacht" wurde, ist die Kostenauflegung (zumindest im Umfang des Unterliegens, dazu sogleich E. 5.5) somit rechtmässig.

### **E. 5.5**

Weiter ist zu prüfen, in welchem Umfang den Beschwerdeführenden die vorinstanzlichen Kosten auferlegt werden können. Die Beschwerdeführenden haben im vorinstanzlichen Verfahren teilweise obsiegt, weil die Vorinstanz ihnen einen Anteil an den freien Mitteln zugestanden hat, was gemäss dem Teilliquidationsbeschluss der Beschwerdegegnerin nicht der Fall gewesen war (vgl. Sachverhalt Bst. F.b und oben E. 4.7). Sie sind deswegen der Auffassung, dass die Gebühr nach Massgabe des anteiligen Obsiegens festgelegt werden müsse. Die Vorinstanz habe das teilweise Obsiegen der Beschwerdeführenden bei der Auferlegung der Kosten zu Unrecht ausser Acht gelassen. Gemäss dem Unterliegerprinzip werden die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt; unterliegt diese nur teilweise, werden die Kosten ermässigt. Dass die zu erhebende Verwaltungsgebühr nach Massgabe des Obsiegens und Unterliegens auf die Verfahrensparteien zu verlegen ist, entspricht einem allgemeinen prozessualen Grundsatz (BGE 132 II 47 E. 3.3 vgl. auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-5979/2010 vom 9. Juni 2011 E. 4.2). Dieser lässt sich aus der Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) ableiten. Nicht nur dürfen Gerichtskosten und -vorschüsse nicht derart hoch angesetzt werden, dass der Zugang zu einem Gericht übermässig erschwert wird (Urteil des BGer 2C\_513/2012 vom 11. Dezember 2012 E. 3.1; Andreas Kley, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender, Die Schweizerische Bundesverfassung, 3. Aufl. 2014, Art. 29a Rz. 7 m.Hw.; in Bezug auf Art. 6 EMRK: Olivier Bigler, in: Gonin/Bigler, Convention européenne des droits de l'homme, 2018, Art. 6 [volet civil] N. 87; Christoph Grabenwarter, European Convention on Human Rights, 2014, Art. 6 N. 69). Eine Partei soll auch - von hier nicht zutreffenden Ausnahmen abgesehen - nicht dadurch von der Einleitung des Verfahrens abgehalten werden, weil sie auch im Falle des Obsiegens sämtliche Kosten übernehmen muss. Zwar befasst sich Art. 29a BV mit gerichtlichen Verfahren, doch muss er auch im vorgelagerten Verfahren zumindest soweit gelten, dass ein wirksamer Zugang zum Gericht nicht bereits dort verunmöglicht wird. Beim vorliegenden Verfahren vor der Vorinstanz vertraten zwei Parteien gegensätzliche Standpunkte. Erst dieser Umstand veranlasste die Vorinstanz, auf Begehren der einen Partei hin tätig zu werden. Dieses Verfahren unterscheidet sich von einem solchen, in dem eine Person eine Leistung vom Staat bezieht, ohne dass (vorerst) eine andere Partei beteiligt ist. Beim vorliegenden Verfahren handelt es sich somit um eine Art Rechtsmittelverfahren, so dass - dem allgemeinen Rechtsgrundsatz folgend - das Unterliegerprinzip zur Anwendung gelangt. Die Gebührenordnung BVSA sieht keine Verlegung der Kosten nach Massgabe des Obsiegens vor. Wie ausgeführt enthält sie überhaupt keine Grundsätze dazu, wem eine Gebühr aufzuerlegen ist. Das Unterliegerprinzip findet sich jedoch in § 31 Abs. 2 VRPG (vgl. E. 5.4). Somit ist vorliegend das Unterliegerprinzip anwendbar und die Gebühr durfte nicht vollumfänglich den teilweise obsiegenden Beschwerdeführenden auferlegt werden. Zum gleichen Ergebnis gelangt man vorliegend auch gestützt auf das Verursacherprinzip, nach dem Kosten demjenigen aufzuerlegen sind, der sie verursacht hat. Auch dieses stellt einen allgemeinen Rechtsgrundsatz dar. Die Beschwerdegegnerin hat nämlich die freien Mittel falsch berechnet. Für die Beschwerdeführenden gab es keine andere Möglichkeit, dies zu beanstanden, als das vorinstanzliche Verfahren auszulösen. Das Verfahren wurde demnach teilweise aufgrund des Verhaltens der Beschwerdegegnerin (und nicht der Beschwerdeführerin) notwendig, die in diesem Umfang das Verfahren verursachte (vgl.

Art. 62a Abs. 3 BVG; Urteil des BVGer A-5766/2016 vom 20. Februar 2017 E. 4.5.1). Die Vorinstanz hat somit sowohl das Verursacherprinzip (als allgemeiner Rechtsgrundsatz) als auch das Unterliegerprinzip (welches vom kantonalen Recht vorgesehen ist, aber auch als allgemeiner Rechtsgrundsatz aus der Verfassung abgeleitet werden kann) verletzt. Die Kostenauflegung stellt somit eine Bundesrechtsverletzung dar.

#### **E. 5.6**

Was die Höhe der Gebühr als solches anbelangt, so ist Folgendes festzuhalten: Der Gebührenrahmen bewegt sich gemäss § 4 Abs. 2 der Gebührenordnung BVSA zwischen Fr. 900.- und Fr. 20'000.-; die Höhe der Gebühr richtet sich nach dem Aufwand. Die Gebühr von Fr. 9'150.- scheint tatsächlich relativ hoch angesetzt zu sein. Der Hauptpunkt der Verfügung (Ziff. II Bst. B) wurde gerade einmal auf einer Seite abgehandelt. Die Vorinstanz hat sich weder mit den gesetzlichen Grundlagen noch mit der Rechtsprechung auseinandergesetzt. Ihre Ausführungen sind teilweise fehlerhaft (vgl. oben E. 4.4, 3. Absatz). Es kann somit von einem geringen Aufwand ausgegangen werden. Gemäss der "Honorarnote" (act. 279 ff.) betrug der Aufwand jedoch 60 Stunden, was nicht vollständig nachvollzogen werden kann. Die Bezeichnungen in der "Honorarnote" erweisen sich zudem als wenig aussagekräftig. Die vorinstanzlichen Verfahrenskosten können vom Bundesverwaltungsgericht jedoch nur bei einer eigentlichen Bunderechtsverletzung (etwa bei Willkür) aufgehoben werden. Hinzu kommt, dass der Behörde bei der Festsetzung von Gebühren innerhalb eines Gebührenrahmens regelmässig ein grosser Spielraum zukommt. Es kann vorliegend nicht gesagt werden, dass die Höhe der Gebühr geradezu willkürlich wäre und auch ist keine Bundesrechtsverletzung ersichtlich.

#### **E. 5.7**

Die Beschwerde ist teilweise, nämlich in Bezug auf die vorinstanzlichen Gebühren gutzuheissen. Diese sind den Beschwerdeführenden lediglich im Umfang des Unterliegens aufzuerlegen. Die Sache ist in diesem Punkt an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit sie neu über die Verlegung der Verfahrenskosten befindet. In diesem Verfahren wird sich die Vorinstanz auch (erneut) zur im Überprüfungsbegehren beantragten Parteientschädigung (vgl. Sachverhalt Bst. F.a) zu äussern haben.

#### **E. 6**

Die Verfahrenskosten vor Bundesverwaltungsgericht werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt. Unterliegt diese nur teilweise, so werden sie ermässigt (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG). Der Umfang des Obsiegens ist jedoch vorliegend so gering, dass es sich rechtfertigt, den Beschwerdeführenden die gesamten Verfahrenskosten in Höhe von Fr. 10'000.- aufzuerlegen (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG sowie Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE; SR 173.320.2]). Der einbezahlte Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 10'000.- ist zur Bezahlung der Verfahrenskosten zu verwenden. Der Beschwerdegegnerin und der Vorinstanz sind keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG). Gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG kann die Beschwerdeinstanz der obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsende Kosten aussprechen. Den unterliegenden Beschwerdeführenden ist demnach keine Parteientschädigung zuzusprechen. Der Vorinstanz steht als "anderer Behörde" gemäss Art. 7 Abs. 3 VGKE in der Regel keine Parteientschädigung zu. Es besteht hier kein Grund, von dieser Regel abzuweichen. Der Beschwerdegegnerin ist rechtsprechungsgemäss keine

Parteientschädigung zuzusprechen (BGE 126 V 143 E. 4; Urteil des BVGer A-2907/2015 vom 23. Mai 2016 E. 6.2 m.Hw.). (Das Dispositiv befindet sich auf der nächsten Seite.)

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.