

BVGer C-2178/2022 vom 12. Februar 2026

Bundesverwaltungsgericht, 2026-02-12, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-2178_2022

FR: TAF C-2178/2022 du 12 février 2026

IT: TAF C-2178/2022 del 12 febbraio 2026

Regeste

Aufsichtsmittel

Erwägungen

E. 1.1

Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 74 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG, SR 831.40; vorliegend in seiner Fassung gültig ab 1. Januar 2022) i.V.m. Art. 31 bis 33 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen der Aufsichtsbehörden im Bereich der beruflichen Vorsorge. Die Beschwerdeführerin mit Sitz in B._____ untersteht als mit der Durchführung der beruflichen Vorsorge betraute Stiftung im Sinne von Art. 80 ff. des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210; in seiner Fassung gültig bis 1. Juli 2022) gemäss Art. 61 BVG in Verbindung mit § 2 Abs. 1 und § 11 des zürcherischen Gesetzes vom 11. Juli 2011 über die BVG- und Stiftungsaufsicht (BVSG, LS 833.1) der Aufsicht der damaligen Vorinstanz. Letztere hat in ihrer Funktion als Aufsichtsbehörde eine Feststellungsverfügung betreffend die Unterstellung der Beschwerdeführerin unter die Weisung OAK BV 01/2021 erlassen. Sie hat damit - mit Ausnahme der Auflage einer Verwaltungsgebühr (Dispositivziffer IV) - keine gestaltende Anordnung i.S.v. Art. 62 und Art. 62a BVG getroffen. Die in der Sache zuständige Behörde ist aber auch zum Erlass einer allfälligen Feststellungsverfügung zuständig (vgl. Art. 25 Abs. 1 VwVG). Feststellungsverfügungen sind analog bei derjenigen Rechtsmittelbehörde anzufechten, welche im betreffenden Bereich auch die Gestaltungs- oder Leistungsverfügungen zu beurteilen hat. Die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts ist demnach gegeben (vgl. Urteil des BVGer C-4034/2014 vom 4. Februar 2016 E. 1.1 m.H.).

E. 1.2

Anfechtungsgegenstand des vorliegenden Verfahrens ist die Feststellungsverfügung der BVG- und Stiftungsaufsicht des Kantons Zürich vom 29. März 2022, welche eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG darstellt. Nach der Rechtsprechung sind Feststellungsverfügungen dort, wo sie nicht spezialgesetzlich vorgesehen sind, nur zulässig, wenn ein schutzwürdiges, unmittelbares und aktuelles Interesse rechtlicher oder tatsächlicher Natur an der betreffenden Feststellung besteht, das nicht durch eine rechtsgestaltende Verfügung gewahrt werden kann. Diese Voraussetzungen gelten nicht nur für Feststellungsverfügungen, welche ein Hoheitsträger auf Ersuchen hin erlässt, sondern auch dann, wenn er von Amtes wegen verfügt (vgl. Urteil des BGer 2C_737/2010 vom 18. Juni 2011 E. 4.6 m.w.H.). Vorliegend ist die Beschwerdeführerin durch die Feststellung, dass sie als eine im Wettbewerb stehende Vorsorgeeinrichtung gemäss der Weisung OAK

BV W-01/2021 zu betrachten sei, unzweifelhaft in ihren Rechten und Pflichten direkt betroffen, zumal die Unterstellung der Beschwerdeführerin unter die Weisung OAK BV W-01/2021 weitreichende Folgen für sie und ihre Organe hat (Beachtung der Vorgaben zur formellen internen Kontrolle; Einreichung von Informationen zur Beurteilung der Finanzierung, der finanziellen Lage und der Anlagerisiken der Vorsorgeeinrichtung). Die Beschwerdeführerin hat als Vorsorgeeinrichtung vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen, ist durch die angefochtene Verfügung als direktbetroffene Verfügungsadressatin besonders berührt und hat - wie oben dargelegt - ein schutzwürdiges Interesse an der Änderung oder Aufhebung der angefochtenen Verfügung (Art. 48 VwVG).

E. 1.2.1

Gemäss Art. 25 Abs. 2 VwVG ist dem Begehren um Erlass einer Feststellungsverfügung zu entsprechen, wenn der Gesuchsteller ein entsprechendes schutzwürdiges Interesse nachweist. Laut konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist der Anspruch auf Erlass einer Feststellungsverfügung subsidiär gegenüber rechtsgestaltenden Verfügungen (statt vieler: BGE 142 V 2 E. 1.1, 137 II 199 E. 6.5; Urteile des BGer 2C_403/2017 vom 4. Dezember 2018 E. 1.2, 2C_176/2012 vom 18. Oktober 2012 [in BGE 138 II 536 nicht publizierte] E. 1.5, 2C_508/2010 vom 24. März 2011 E. 1.4; Isabelle Häner in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl. 2023 [nachfolgend: Praxiskommentar VwVG], Art. 25 N. 20).

E. 1.2.2

Soweit die Beschwerdeführerin neben der Aufhebung der angefochtenen Verfügung die Feststellung beantragt, dass sie nicht als Gemeinschaftseinrichtung mit offenem Stiftungszweck gelte (Begehren Nr. 1), sowie in einem weiteren selbständigen Feststellungsbegehren die Nichtanwendbarkeit von Art. 46 BVV 2, der Weisung OAK BV W-01/2021 und von § 2a GebR-BVS verlangt, fehlt es am eigenständigen schutzwürdigen Interesse; diese Begehren sind subsidiär gegenüber rechtsgestaltenden Anträgen (Art. 25 Abs. 2 VwVG; BGE 142 V 2 E. 1.1; 137 II 199 E. 6.5; Praxiskommentar VwVG, Art. 25 N. 20). Auf die Feststellungsanträge ist daher nicht einzutreten. Gegenstand der materiellen Beurteilung ist damit die Qualifikation der Beschwerdeführerin als offene Gemeinschaftseinrichtung sowie die daraus abgeleitete Anwendbarkeit von Art. 46 BVV 2 und der Weisung OAK BV W-01/2021, einschliesslich der daraus abgeleiteten Gebühreneinstufung gemäss § 2a GebR-BVS.

E. 1.2.3

Im Übrigen wurde die Beschwerde form- und fristgerecht eingereicht und der Kostenvorschuss fristgerecht in die Gerichtskasse einbezahlt (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 VwVG und Art. 63 Abs. 4 VwVG). Auf die Beschwerde ist daher insoweit einzutreten.

E. 2

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG). Die Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG, SR 830.1), insbesondere dessen 2. Abschnitt des 4. Kapitels über das Sozialversicherungsverfahren, sind für den Bereich des BVG mangels eines entsprechenden Verweises nicht anwendbar (Art. 2 ATSG e contrario).

E. 3

Zur Kognition des Gerichts ist Folgendes festzuhalten: Das Bundesverwaltungsgericht prüft gemäss Art. 49 VwVG die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich der Überschreitung oder des Missbrauchs des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und die Unangemessenheit, wenn nicht eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat. Da sich die Kognition in oberer Instanz nur verengen, nicht aber erweitern kann, gilt es jedoch zu beachten, dass die Aufsichtstätigkeit im Bereich der beruflichen Vorsorge als Rechtskontrolle ausgestaltet ist (vgl. Isabelle Vetter-Schreiber, Berufliche Vorsorge, BVG und FZG Kommentar, 4. Aufl. 2021, Art. 62 BVG, Rz. 1, 3 und 5), mit Einschluss des Ermessensmissbrauchs oder der Ermessensüberschreitung (Urteil des BGer 9C_756/2009, 9C_757/2009, 9C_758/2009, 9C_759/2009, 9C_760/2009 vom 8. Februar 2010 E. 5 m.w.H.), weshalb sich auch das angerufene Gericht - in Abweichung von Art. 49 Bst. c VwVG - auf eine Rechtskontrolle zu beschränken hat, soweit Entscheide des Stiftungsrates zu überprüfen sind (BGE 139 V 407 E. 4.1.2; Urteil des BGer 9C_446/2016 vom 24. November 2016 E. 3.1.1). Dies gilt insbesondere dort, wo die Aufsichtsbehörde in den Autonomiebereich der Stiftungsorgane eingreift, da ein solcher Eingriff ohne gesetzliche Grundlage Bundesrecht verletzt (BGE 141 V 416 E. 2.1; 140 V 348 E. 2.2; 138 V 346 E. 5.5). Von der Aufsichtsbehörde gestützt auf Art. 62 BVG erlassene Massnahmen sind hingegen mit voller Kognition zu prüfen. Dabei hat die Beschwerdeinstanz aber zu berücksichtigen, dass der Aufsichtsbehörde bei der Anordnung von Massnahmen ein erheblicher Beurteilungs- beziehungsweise Ermessensspielraum zusteht, weshalb eine gewisse Zurückhaltung bei der gerichtlichen Überprüfung geboten ist (vgl. BGE 132 II 144 E. 1.2; Urteil des BGer 2A.395/2002 vom 14. August 2003 E. 2.1; Vetter-Schreiber, a.a.O., Art. 62 BVG, Rz. 7).

E. 4.1

Nach den allgemeinen intertemporalrechtlichen Grundsätzen sind in verfahrensrechtlicher Hinsicht in der Regel diejenigen Rechtssätze massgebend, welche im Zeitpunkt der Beschwerdebeurteilung Geltung haben, unter Vorbehalt spezialgesetzlicher Übergangsbestimmungen (statt vieler: BGE 130 V 1 E. 3.2; vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, N. 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.; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-4980/2018 vom 20. Mai 2019 E. 2.1). Somit sind materiell-rechtlich das BVG und die BVV 2 in den Fassungen vom 1. Januar 2022 und das GebR-BVS in der Fassung vom 1. Januar 2015 anwendbar.

E. 4.2

Die vom Kanton bezeichnete Aufsichtsbehörde hat gemäss Art. 62 Abs. 1 BVG (i.V.m. Art. 62 Abs. 2 BVG und Art. 84 Abs. 2 ZGB) darüber zu wachen, dass die Vorsorgeeinrichtungen sowie die Einrichtungen, die nach ihrem Zweck der beruflichen Vorsorge dienen, die gesetzlichen und statutarischen Vorschriften einhalten, indem die Aufsichtsbehörde insbesondere die Übereinstimmung der reglementarischen Bestimmungen mit den gesetzlichen Vorschriften (einschliesslich Normen auf Verordnungsstufe) 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). Die Aufsichtsbehörde verfügt über weitreichende Kompetenzen präventiver und repressiver Art (BGE 141 V 416 E. 2.1). Sie kann gesetzwidrige Reglemente oder Teile davon aufheben und den betreffenden Einrichtungen verbindliche Weisungen über die Ausgestaltung entsprechender Bestimmungen erteilen (BGE 128 II 24 E. 1a; 112 Ia 180 E. 3). In reinen Ermessensfragen hat sie sich allerdings grösste Zurückhaltung aufzuerlegen und nur dann einzugreifen, wenn die Stiftungsorgane bei der Ausführung des Stifterwillens das ihnen zustehende Ermessen überschritten oder missbraucht haben, das heisst, wenn ein Entscheid unhaltbar ist, weil er auf sachfremden Kriterien beruht oder einschlägige Kriterien ausser Acht lässt (BGE 141 V 416 E. 2.1; vgl. auch oben E. 3 in fine).

E. 5.1

Streitgegenstand in der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege ist das Rechtsverhältnis, welches Gegenstand der angefochtenen Verfügung bildet, soweit es umstritten ist (André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler/Martin Kayser, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 3. Aufl. 2022, N. 2.213 f. mit Hinweisen).

E. 5.2

Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet die Verfügung der BVG- und Stiftungsaufsicht des Kantons Zürich (BVS) vom 29. März 2022. Darin qualifizierte die Vorinstanz die Beschwerdeführerin - eine öffentlich-rechtliche Vorsorgeeinrichtung in der Rechtsform einer Stiftung - als Gemeinschaftseinrichtung mit offenem Anschlusskreis, welche im Wettbewerb mit anderen Vorsorgeeinrichtungen stehe. Gestützt auf diese Einordnung unterstellte die Vorinstanz die Beschwerdeführerin der Weisung OAK BV W-01/2021 sowie den Vorgaben von Art. 46 BVV 2. Zudem reihte sie die Einrichtung in die Gebührenkategorie gemäss § 2a der Gebührenverordnung der BVS ein, was eine höhere jährliche Aufsichtsgebühr zur Folge hat (BVGer-act. 1 Beilage 2).

E. 5.3

Mit ihrer Beschwerde ficht die Beschwerdeführerin die Verfügung in sämtlichen Teilen an. Sie bestreitet insbesondere die rechtliche Qualifikation als Gemeinschaftseinrichtung mit offenem Anschlusskreis im Wettbewerb und macht geltend, es handle sich bei ihr um eine primär arbeitgeberbezogene öffentlich-rechtliche Einrichtung, deren Anschlusskreis faktisch stark eingeschränkt sei. Infolge dieser fehlerhaften Qualifikation sei die Unterstellung unter Art. 46 BVV 2 und die Weisung OAK BV W-01/2021 unrechtmässig. Ebenso rügt sie die Gebühreneinstufung nach § 2a GebR-BVS als gesetzwidrig und vertrauensschutzwidrig (BVGer-act. 1 und 17).

E. 5.4

Die Vorinstanz hält dem entgegen, dass die Beschwerdeführerin gemäss Stiftungsurkunde und Reglement einen formell offenen Anschlusszweck verfolge, was sie zwingend als Gemeinschaftseinrichtung mit offenem Anschlusskreis erscheinen lasse. Daraus folge notwendig die Unterstellung unter die genannten aufsichtsrechtlichen Instrumente sowie die Gebührenordnung (BVGer-act. 8 und 21).

E. 5.5

Zentral zu klären ist daher die Frage, ob die Beschwerdeführerin gestützt auf ihre Stiftungsurkunde und Reglemente neue Anschlüsse von Arbeitgebern aufnehmen darf, die keine wirtschaftliche oder organisatorische Verbundenheit mit der Stadt B. _____ aufweisen, und ob sie folglich als Gemeinschaftseinrichtung im Wettbewerb zu qualifizieren ist. Untrennbar damit verbunden ist die Frage, ob die Vorinstanz ihr aufsichtsrechtliches Ermessen bei der Bejahung einer Wettbewerbsstellung korrekt ausgeübt oder dieses überschritten hat. Die materiell zu prüfenden Streitfragen betreffen zunächst die Qualifikation der Beschwerdeführerin. Es ist zu bestimmen, ob sie als Gemeinschaftseinrichtung mit offenem Anschlusskreis zu qualifizieren ist, die im Wettbewerb mit anderen Vorsorgeeinrichtungen steht, oder ob sie vielmehr als öffentlich-rechtliche Vorsorgeeinrichtung mit faktisch beschränktem Anschlusskreis ohne eigentliche Marktteilnahme zu gelten hat (E. 8). Daran schliesst sich die Frage nach der Anwendbarkeit von Art. 46 BVV 2 an. Zu klären ist, ob die Einordnung als Gemeinschaftseinrichtung im Wettbewerb zwingend die Unterstellung unter diese Bestimmung nach sich zieht und ob die Norm - wie von der Beschwerdeführerin geltend gemacht - überhaupt auf sie anwendbar ist (E. 9). Sodann ist zu prüfen, ob die Weisung OAK BV W-01/2021, die auf Vorsorgeeinrichtungen mit mehreren Anschlüssen im Wettbewerb zugeschnitten ist, auf die Beschwerdeführerin Anwendung findet oder ob deren Unterstellung den Geltungsbereich der Weisung überschreitet (E. 10). Schliesslich stellt sich die Frage, ob die Einreihung der Beschwerdeführerin in eine höhere Gebührenkategorie gemäss § 2a GebR-BVS rechtmässig ist oder ob diese Änderung gegen das Legalitätsprinzip, den Grundsatz von Treu und Glauben sowie den Anspruch auf rechtsgleiche Behandlung verstösst (E. 11). Fragen ausserhalb dieses Rahmens - etwa zur generellen Verfassungsmässigkeit von Art. 46 BVV 2 oder zur Rechtsnatur der Weisung OAK BV W-01/2021 im Allgemeinen - sind nur insoweit zu behandeln, als sie für die konkrete Beurteilung des vorliegenden Falls von Bedeutung sind.

E. 6.1

Nach Art. 48 Abs. 1 BVG sind Vorsorgeeinrichtungen, die an der Durchführung der obligatorischen Versicherung teilnehmen wollen, verpflichtet, sich in das Register der beruflichen Vorsorge eintragen zu lassen. Mit dieser Registrierung sind rechtliche und organisatorische Voraussetzungen verknüpft, die den institutionellen Rahmen der beruflichen Vorsorge prägen (Konrad/Lauener, in: BSK Berufliche Vorsorge, 1. Aufl., 2020, Art. 48 BVG N. 10 f.). Vorsorgeeinrichtungen müssen entweder die Rechtsform einer Stiftung oder diejenige einer öffentlich-rechtlichen Einrichtung mit eigener Rechtspersönlichkeit aufweisen. Die Verselbstständigung in dieser Hinsicht ist zwingend, um eine klare Trennung zwischen Gemeinwesen und Vorsorgeträger zu gewährleisten und Interessenkonflikte auszuschliessen. Die Literatur weist darauf hin, dass diese rechtliche Selbstständigkeit nicht nur formale Bedeutung hat, sondern auch die Grundlage für eine gleichmässige Beaufsichtigung und die Sicherstellung der finanziellen Stabilität bildet (vgl. Konrad/Lauener, a.a.O., Art. 48 BVG N. 26 und 29). Art. 48 BVG unterscheidet zwischen verschiedenen Typen von Vorsorgeeinrichtungen, wobei neben den klassischen firmeneigenen Kassen auch Sammel- und Gemeinschaftseinrichtungen vorgesehen sind. Während erstere sich auf die Vorsorge für die Arbeitnehmenden eines einzelnen Arbeitgebers beschränken, zeichnen sich Sammel- und Gemeinschaftseinrichtungen durch die Möglichkeit aus, mehrere Arbeitgeber zu versichern. Dabei liegt der Unterschied in der internen Organisation: Sammelstiftungen errichten für jeden angeschlossenen Arbeitgeber ein separates Vorsorgewerk, dem keine eigene Rechtspersönlichkeit zukommt, während

Gemeinschaftseinrichtungen für alle angeschlossenen Arbeitgeber eine einheitliche Kasse führen, was zu einer stärkeren wirtschaftlichen Verbundenheit führt (vgl. Hans-Ulrich Stauffer, Berufliche Vorsorge, 3. Aufl. 2019, N. 1802). Diese Differenzierung ist für die Beurteilung der Wettbewerbsstellung zentral, da die Marktöffnung und der Charakter des Anschlusskreises entscheidend bestimmen, ob eine Einrichtung als im Wettbewerb stehend qualifiziert werden kann (Weisung OAK BV W-01/2021, Ziff. 2).

E. 6.2

Die Registrierungsspflicht gemäss Art. 48 Abs. 1 BVG dient nicht nur der formellen Anerkennung, sondern auch der materiellen Sicherstellung der Funktionsfähigkeit der Einrichtung. Die Vorsorgeeinrichtung hat dazu die in Art. 12 BVV 1 erwähnten Unterlagen einzureichen. Sie hat mittels dieser Unterlagen nachzuweisen, dass sie Gewähr für die finanzielle Sicherheit und die Integrität der für die Führung und Verwaltung verantwortlichen Personen bietet und dass eine anerkannte Revisionsstelle sowie ein anerkannter Experte für berufliche Vorsorge beauftragt worden sind. Die Aufsichtsbehörde hat anschliessend zu prüfen, ob die geplante Organisation, die Geschäftsführung, die Vermögensverwaltung und die Vermögensanlage die gesetzlichen und reglementarischen Erfordernisse erfüllen, insb. ob die Organisation (Aufbau, Abläufe und Aufgaben) klar und hinreichend geregelt ist und ob die Art. 51b Abs. 2 BVG und 48h BVV 2 befolgt werden. Weitere Erfordernisse für die Registrierung einer Vorsorgeeinrichtung sind die Wahl einer zulässigen Rechtsform gemäss Art. 48 Abs. 2 Satz 1 BVG und die Erbringung der gesetzlich sichergestellten Mindestleistungen, die Organisation, Finanzierung und Verwaltung im Rahmen des BVG (Art. 48 Abs. 2 Satz 2 BVG). Die Übereinstimmung mit den gesetzlichen Erfordernissen muss sich aus dem jeweiligen (Vorsorge-)Reglement ergeben (Stauffer, a.a.O., N. 1824; Konrad/Lauener, a.a.O., Art. 48 BVG N. 11 ff.). Die Reglementsprüfung bildet einen zentralen Teil der Registrierung. Dabei werden die Reglemente nur geprüft, nicht genehmigt (repressive Kontrolle). Dies bedeutet, dass sie gemäss den Verfahrensvorschriften der Vorsorgeeinrichtungen mit dem Erlass durch die zuständigen Organe in Kraft treten (vgl. Art. 50 BVG). Dieser rechtlichen Situation ist auch im Verfahren der Registrierung Rechnung zu tragen. Die Aufsichtsbehörden prüfen ausschliesslich die Rechtmässigkeit der Reglemente, wobei sie in den Bereich des pflichtgemässen Ermessens der zuständigen Organe der Vorsorgeeinrichtungen nicht eingreifen dürfen (Konrad/Lauener, a.a.O., Art. 48 BVG N. 19 f.).

E. 6.3

Art. 46 BVV 2 enthält spezifische Vorschriften über die Einschränkung von Leistungsverbesserungen von Sammel- und Gemeinschaftseinrichtungen bei ungenügender Risikofähigkeit. Die Norm wurde als aufsichtsrechtliches Instrument geschaffen um sicherzustellen, dass Vorsorgeeinrichtungen in angespannten finanziellen Situationen keine Leistungsverbesserungen beschliessen, die ihre Stabilität weiter gefährden könnten. Sie knüpft an die Risikofähigkeit und die finanziellen Verhältnisse der Einrichtung an und soll verhindern, dass durch übermässige Leistungen die gesetzlich gebotene Sicherheit der Vorsorge gefährdet wird. Dabei ist zu beachten, dass Art. 46 BVV 2 nicht auf alle Einrichtungen unterschiedslos Anwendung findet, sondern seinem Zweck nach insbesondere auf solche abzielt, die mit anderen Einrichtungen im Wettbewerb stehen und bei denen durch eine Konkurrenzsituation die Gefahr von Fehlanreizen zur Gewährung von Leistungen auf Kosten der langfristigen Stabilität besonders virulent ist. Die dogmatische und systematische Stellung von Art. 46 BVV 2 im Gefüge der Verordnung zur beruflichen

Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge verdeutlicht, dass es sich um eine Norm handelt, die in engem Zusammenhang mit der Wettbewerbsordnung der beruflichen Vorsorge steht. Ihre Anwendung setzt mithin voraus, dass die Einrichtung nach Art. 48 BVG als eine solche mit offenem Anschlusskreis und marktorientierter Ausrichtung qualifiziert werden kann. In der Lehre wird in diesem Zusammenhang betont, dass die Norm die Gratwanderung zwischen der Wahrung der finanziellen Stabilität und der Gestaltungsfreiheit der Vorsorgeeinrichtungen reflektiert und daher restriktiv zu handhaben ist (vgl. Mitteilungen OAK BV W-01/2021 und M-03/2022).

E. 6.4

Die Weisung OAK BV W-01/2021 bildet einen zentralen Bestandteil des aufsichtsrechtlichen Instrumentariums für Vorsorgeeinrichtungen im Wettbewerb. Gestützt auf Art. 64a Abs. 1 BVG ist die OAK BV befugt, Weisungen zur einheitlichen Anwendung des Aufsichtsrechts zu erlassen. Die Weisung vom 26. Januar 2021 konkretisiert die Anforderungen an Transparenz, Strukturabbildung und interne Kontrolle für Vorsorgeeinrichtungen, die im Wettbewerb um Anschlüsse stehen. Sie regelt insbesondere die Pflicht der Vorsorgeeinrichtungen, ihre Risiko- und Entscheidungsstrukturen in standardisierter Form offen zu legen und durch den Experten für berufliche Vorsorge bestätigen zu lassen. Zudem verlangt sie ein der Grösse und Komplexität angemessenes internes Kontrollsystem nach Art. 35 Abs. 1 BVV 2, das sowohl auf Ebene der Einrichtung als auch auf Ebene der Vorsorgewerke und Solidargemeinschaften greifen muss. Diese Pflichten dienen nach den Erläuterungen der OAK BV der Sicherstellung einer kohärenten Aufsichtspraxis, sollen Interessenkonflikte verhindern und gewährleisten, dass Vorsorgeeinrichtungen im Wettbewerb ihre Stabilität nicht zugunsten kurzfristiger Marktvorteile gefährden. Bei der Rechtsnatur solcher Weisungen handelt es sich nicht um Verordnungen im formellen Sinn, sondern um Verwaltungsweisungen, die keine unmittelbare Rechtsverbindlichkeit gegenüber den beaufsichtigten Einrichtungen entfalten. Indes werden sie von der Rechtsprechung als verbindliche Konkretisierung des geltenden Aufsichtsrechts anerkannt, soweit sie die gesetzlichen und verordnungsrechtlichen Vorgaben präzisieren und deren einheitliche Anwendung gewährleisten. Das Bundesgericht hat in vergleichbaren Konstellationen festgehalten, dass Aufsichtsbehörden an die von der Oberaufsicht erlassenen Vorgaben gebunden sind und deren Nichtanwendung nur dann zulässig ist, wenn diese Weisungen offensichtlich gegen höherrangiges Recht verstossen. Damit entfalten die Weisungen faktisch eine erhebliche Bindungswirkung, auch wenn ihnen keine formelle Normqualität zukommt (Tristan Imhof in: BSK Berufliche Vorsorge, Art. 64a BVG N. 5 ff.; BGE 138 V 346 E. 6.2; 148 V 385 E. 5.2.). Für die konkrete Anwendbarkeit ist entscheidend, ob die Vorsorgeeinrichtung unter den Geltungsbereich fällt. Die Weisung konkretisiert diesen Wettbewerbsbegriff dahingehend, dass eine Vorsorgeeinrichtung bereits dann als im Wettbewerb stehend gilt, wenn ihre statutarischen oder reglementarischen Grundlagen den Anschluss von Arbeitgebern oder Rentnerbeständen zulassen, die nicht wirtschaftlich oder finanziell eng verbunden sind, und wenn diese Möglichkeit tatsächlich genutzt wird. Nach Ziffer 2 der Weisung OAK BV W-01/2021 stehen Vorsorgeeinrichtungen immer dann im Wettbewerb, wenn sich ihnen gemäss Statuten oder Reglementen Arbeitgeber oder Rentnerbestände anschliessen können, die nicht wirtschaftlich oder finanziell eng verbunden sind. Dabei differenziert die Weisung nicht nach dem Umfang der Drittanschlüsse oder danach, ob die Vorsorgeeinrichtung aktiv Marketing betreibt, sondern stellt auf die institutionelle und praktische Offenheit des Anschlusskreises ab. Die Feststellung, ob dies zutrifft, obliegt der zuständigen kantonalen

Aufsichtsbehörde. Diese verfügt dabei über ein weites Ermessen, dessen Ausübung durch das Bundesverwaltungsgericht nur auf Willkür hin überprüft wird (vgl. E. 3. und E. 6.5.3).

E. 6.5

Die Beurteilung der Qualifikation der Beschwerdeführerin als betriebseigene Vorsorgeeinrichtung einerseits oder als Gemeinschaftseinrichtung mit offenem Anschlusskreis andererseits hat sich an den verfassungsrechtlichen Grundsätzen des Legalitätsprinzips, der Rechtsgleichheit und des Vertrauensschutzes zu orientieren und ist unter Berücksichtigung der Rechtsprechung zur Kognition des Bundesverwaltungsgerichts bei Ermessensentscheiden der Aufsichtsbehörden vorzunehmen (Art. 5 Abs. 1, Art. 8 Abs. 1 und Art. 9 BV; Art. 49 VwVG).

E. 6.5.1

Das Legalitätsprinzip verpflichtet die Verwaltung, einschneidende Akte auf eine genügende gesetzliche Grundlage zu stützen und dabei inhaltlich klar umrissene Vorgaben einzuhalten (Art. 5 Abs. 1 BV). Dies gilt auch für die Aufsichtsbehörden im Bereich der beruflichen Vorsorge, die bei der Qualifikation von Einrichtungen in die Kategorien des Art. 48 BVG eingreifen und damit weitreichende Folgen für deren Rechtsstellung und Pflichten im Rahmen der Aufsichtsunterstellung auslösen. Die Zulässigkeit neuer Anschlüsse und die Frage, ob eine Einrichtung im Wettbewerb steht, dürfen nicht nach Opportunitätsabwägungen beantwortet werden, sondern müssen sich auf die Statuten sowie auf die durch die Rechtsprechung entwickelten Kriterien stützen. Der Anwendungsbereich einer Vorsorgeeinrichtung bestimmt sich in erster Linie nach ihren statutarischen Grundlagen; die faktische Praxis ist ergänzend heranzuziehen, soweit sie geeignet ist, diese Grundlagen zu konkretisieren oder allenfalls ein vom statutarischen Zweck abweichendes Bild zu vermitteln (vgl. Marc Hürzeler, Berufliche Vorsorge, 2020, S. 16 ff.).

E. 6.5.2

Der Grundsatz der Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV) verlangt vorliegend, dass Vorsorgeeinrichtungen mit vergleichbarer Struktur und identischem Tätigkeitsprofil gleich behandelt werden. Insoweit darf die Aufsichtsbehörde nicht eine einzelne Einrichtung abweichend von der Praxis bei anderen, strukturell gleichgelagerten Vorsorgeträgern qualifizieren, ohne dass hierfür sachliche Gründe bestehen. Gerade die Frage, ob eine Vorsorgeeinrichtung als Gemeinschaftseinrichtung im Wettbewerb gilt, ist praxisprägend und verlangt eine konsistente, nicht diskriminierende Anwendung der Kriterien des Art. 48 BVG. Ein Abweichen von der bisherigen Einstufung muss deshalb besonders sorgfältig begründet werden, um den Vertrauensschutz der betroffenen Einrichtung zu wahren. Dieser verfassungsrechtlich verankerte Grundsatz (Art. 9 BV) verpflichtet die Behörden, berechnete Erwartungen zu respektieren, die eine Einrichtung gestützt auf eine gefestigte Aufsichtspraxis bilden durfte. Zwar vermag der Grundsatz des Vertrauensschutzes eine gesetzeswidrige Praxis nicht fortzuschreiben; er ist jedoch bei Praxisänderungen oder bei der erstmaligen aufsichtsrechtlichen Qualifikation einer Vorsorgeeinrichtung im Rahmen einer sachgerechten Abwägung mit dem Legalitätsprinzip angemessen zu berücksichtigen (vgl. BGE 131 II 627 E. 6.1; Hürzeler, a.a.O. S. 22 ff.; Weisung OAK BV W-01/2021).

E. 6.5.3

Übertragen auf die vorliegende Konstellation bedeutet dies, dass das Bundesverwaltungsgericht nicht in eigenständiger Weise festlegt, ob die Beschwerdeführerin eine Gemeinschaftseinrichtung darstellt, sondern prüft, ob die

Vorinstanz aufgrund der Statutenlage und der tatsächlichen Anschlussverhältnisse in vertretbarer Weise von einem im Wettbewerb stehenden Anschlusskreis ausgehen durfte. Das Gericht hat dabei die statutarischen Grundlagen als primäre Rechtsquelle heranzuziehen und sodann die tatsächliche Praxis zu würdigen, um festzustellen, ob die Annahme einer Offenheit des Anschlusskreises sachlich begründet ist. Ergibt sich aus den Statuten eine grundsätzliche Anschlussmöglichkeit für Dritte, die über den Kreis der Stadt B._____ und ihrer nahestehenden Institutionen hinausgeht, und sind in der Praxis tatsächlich Anschlüsse ohne Bezug zur Stadt B._____ realisiert worden, so darf die Aufsichtsbehörde diese Elemente im Rahmen ihres Ermessens zur Bejahung einer Wettbewerbssituation heranziehen. Nur wenn eine solche Beurteilung jeglicher Grundlage entbehrte oder die Behörde wesentliche Elemente willkürlich ausser Acht gelassen hätte, wäre eine Korrektur durch das Bundesverwaltungsgericht angezeigt.

E. 7.1

Die Beschwerdeführerin bestreitet ihre Qualifikation als Gemeinschaftseinrichtung mit offenem Anschlusskreis und damit ihre Unterstellung unter die Weisung OAK BV W-01/2021, unter Art. 46 BVV 2 sowie unter § 2a GebR-BVS. Sie macht geltend, sie sei zwar eine öffentlich-rechtliche Gemeinschaftseinrichtung, verfüge jedoch über einen reglementarisch eingeschränkten Anschlusskreis, der eine Teilnahme am Wettbewerb ausschliesse. Die tatsächliche Praxis zeige, dass der Anschluss weiterer Arbeitgeber ausschliesslich unter engen Voraussetzungen erfolge, insbesondere bei ideeller, organisatorischer oder historischer Nähe zur Stadt B._____ oder bei Tätigkeit im öffentlichen Interesse. Die formelle Offenheit des Stiftungszwecks werde durch das detaillierte Anschlusskonzept hinreichend eingeschränkt. Insofern fehle es an einem relevanten Wettbewerbsverhalten, wie es Art. 46 BVV 2 und die Weisung OAK BV W-01/2021 voraussetzten. In Bezug auf Art. 46 BVV 2 stellt die Beschwerdeführerin in Abrede, dass für diese Bestimmung eine hinreichende gesetzliche Grundlage bestehe. Weder Art. 65b lit. c BVG noch Art. 65 Abs. 4 BVG könnten als Delegationsnorm herangezogen werden. Auch Art. 48e BVV 2 erfasse lediglich die Verpflichtung zur Festlegung reglementarischer Mindestvorschriften, nicht aber die Möglichkeit zur Verordnungsgebung von Restriktionen bei Leistungsverbesserungen. In der Beschwerde wird unter Verweis auf einschlägige Literatur und auf das Legalitätsprinzip geltend gemacht, Art. 46 BVV 2 sei in dieser Form bundesrechtswidrig und daher auf die Beschwerdeführerin nicht anwendbar. Bezüglich der Weisung W-01/2021 der OAK BV bringt die Beschwerdeführerin vor, dass es sich dabei um eine Verwaltungsweisung ohne normative Wirkung handle. Diese sei im Übrigen inhaltlich fehlerhaft, da sie von einem unzulässigen Konnex zwischen der Struktur als Sammel- oder Gemeinschaftseinrichtung und einer behaupteten Teilnahme am Wettbewerb ausgehe. Die Weisung unterlasse eine differenzierte Betrachtung von öffentlich-rechtlichen Einrichtungen mit eingeschränktem Anschlusskreis und wende stattdessen eine generalisierende Vermutung an, wonach jede mehrgliedrige Einrichtung im Wettbewerb stehe. Diese Vermutung werde auf die Beschwerdeführerin angewandt, ohne dass die tatsächlichen Verhältnisse (Anschlusspraxis, Markteintrittsverhalten, Werbung usw.) berücksichtigt worden seien. Zur gebührenrechtlichen Einstufung gemäss § 2a GebR-BVS rügt die Beschwerdeführerin eine unzulässige Praxisänderung. Sie habe in den Jahren 2015-2021 stets die Gebühr für betriebseigene Einrichtungen entrichtet. Die neue Einstufung als Gemeinschaftseinrichtung mit offenem Anschlusskreis sei ein Bruch mit der bisherigen Verwaltungspraxis. Es fehle an einem hinreichenden sachlichen Grund für diesen Wechsel. Insbesondere könne die

Publikation der Weisung OAK BV W-01/2021 nicht als tauglicher Anlass für eine belastende Praxisänderung gelten. Die Beschwerdeführerin beruft sich auf den verfassungsrechtlichen Grundsatz des Vertrauensschutzes, der in Verbindung mit dem Legalitätsprinzip eine rückwirkende oder überraschende Änderung der Gebührenveranlagung ausschliesse.

E. 7.2

Die Vorinstanz vertritt die Auffassung, die Beschwerdeführerin sei zutreffend als offene Gemeinschaftseinrichtung im Wettbewerb qualifiziert worden. Massgeblich sei nicht nur die (offene) Formulierung des Stiftungszwecks, sondern die faktische Anschlussmöglichkeit gemäss reglementarischem Konzept. Dieses lasse auch den Anschluss von Unternehmen zu, die keine wirtschaftliche oder finanzielle Verbindung zur Stadt B. _____ aufwiesen, sofern sie in deren indirektem Interesse tätig seien. Damit sei der Kreis potenzieller Anschlussberechtigter hinreichend offen. Eine Öffnung auf Basis eines weiten Interessenbegriffs - etwa «Dienstleistungserbringer in der Stadt B. _____» - erlaube faktisch einen Marktauftritt, auch ohne aktives Werbeverhalten oder Einsatz von Brokern. Das moderate Wachstum der Einrichtung belege dies zusätzlich. In Bezug auf Art. 46 BVV 2 verweist die Vorinstanz auf das Urteil des BVGer A-863/2017 vom 23. November 2017, in welchem eine ausreichende gesetzliche Grundlage für die Bestimmung bejaht wurde. Die angefochtene Verfügung beziehe sich nicht allgemein auf öffentlich-rechtliche Einrichtungen, sondern konkret auf die Beschwerdeführerin in ihrer Ausgestaltung und Praxis. Das Feststellungsinteresse sei durch den Antrag der Beschwerdeführerin selbst gegeben gewesen. Eine Verletzung des Legalitätsprinzips oder der Gewaltenteilung liege nicht vor. Zur Weisung OAK BV W-01/2021 hält die Vorinstanz fest, diese stelle eine sachlich gerechtfertigte und verwaltungsintern verbindliche Konkretisierung der aufsichtsrechtlichen Anforderungen dar. Die darin enthaltene Vermutung, dass Gemeinschaftseinrichtungen mit offenem Anschlusskreis grundsätzlich im Wettbewerb stehen, sei zulässig. Eine Ausnahme sei nur in engen Grenzen zu prüfen. Im vorliegenden Fall bestehe keine genügende faktische Abgrenzung vom Markt, um eine solche Ausnahme zu rechtfertigen. Bezüglich § 2a GebR-BVS sieht die Vorinstanz keine unzulässige Praxisänderung. Vielmehr sei die bisherige Gebührenerhebung unter dem Regime des § 2 GebR-BVS vorläufig erfolgt, bis die aufsichtsrechtliche Beurteilung der Rechtsnatur der Einrichtung abgeschlossen sei. Die Anwendung des neuen Tarifs erfolge nicht rückwirkend, sondern für die Zukunft. Die Qualifikation anderer vergleichbarer öffentlich-rechtlicher Gemeinschaftseinrichtungen sei ebenfalls überprüft worden, sodass keine Ungleichbehandlung oder Willkür vorliege.

E. 8.1.1

Die Beschwerdeführerin entstand durch die Umwandlung der bisherigen Pensionskasse der Stadt B. _____ von einer unselbständigen Anstalt des öffentlichen Rechts in eine öffentlich-rechtliche Stiftung im Sinne von Art. 48 Abs. 2 BVG (vgl. Bst. A.b). Gestützt auf Art. 2 der Stiftungsurkunde vom 1. Januar 2003 bezweckt sie, die berufliche Vorsorge für die Behördenmitglieder und das Personal der Stadt B. _____ sowie «der weiteren der Stiftung angeschlossenen Unternehmen» zu führen (BVGer-act. 1 Beilage 3 Ziff. 2.2). Der Stiftungszweck ist mithin nicht ausschliesslich auf die Stadt B. _____ und deren Verwaltung beschränkt, sondern schliesst ausdrücklich die Möglichkeit ein, dass weitere Unternehmen angeschlossen werden können. Zur Konkretisierung dieses Zwecks sieht die Stiftungsurkunde vor, dass die Voraussetzungen für den Anschluss von Unternehmen im

Reglement näher geregelt werden, wobei insbesondere aus der Stadtverwaltung ausgegliederte Betriebe der Stadt auch künftig bei der Stiftung versichert bleiben dürfen. In Bezug auf Anschlüsse von Dritten, die nicht aus der Stadtverwaltung stammen, bestimmt die Stiftungsurkunde, dass die Aufnahme von Unternehmen einer besonderen Genehmigung durch den Stiftungsrat bedarf, insbesondere wenn deren Versichertenbestand eine reglementarisch festgelegte Grenze überschreitet (Ziff. 2.5). Damit anerkennt die Stiftungsurkunde zwar den Charakter der Einrichtung als der Stadt nahestehend, lässt aber ausdrücklich Raum für eine weitergehende Öffnung.

E. 8.1.2

Im Vorsorgereglement 2021 wird dieser Ansatz fortgeführt. Gemäss Art. 1 Abs. 2 erstreckt sich der Zweck der Vorsorgeeinrichtung nicht nur auf die Arbeitnehmenden und Behördenmitglieder der Stadt B._____, sondern auch auf das Personal der «angeschlossenen Unternehmen» (BVS-act. 4). Art. 4 des Reglements («angeschlossene Unternehmen») konkretisiert, dass die Pensionskasse standardisierte Anschlussverträge anbietet, wobei einzelne Bestimmungen, etwa zur Beitragsaufteilung oder zur Vorsorgeplangestaltung, abweichend geregelt werden können (Abs. 1). Besondere Erwähnung findet, dass Dienststellen, die aus der Stadtverwaltung ausgegliedert werden, auch weiterhin als angeschlossene Unternehmen im Kreis der Pensionskasse verbleiben können (Abs. 2). Dies unterstreicht den institutionellen Willen, die Vorsorgeeinrichtung nicht statisch auf die Stadtverwaltung zu begrenzen, sondern strukturell auch weitere Arbeitgeber aufzunehmen.

E. 8.1.3

Bereits 2004 hatte der Stiftungsrat - mit späteren Anpassungen im Jahr 2019 - ein spezifisches «Konzept zur Aufnahme neuer Unternehmen» beschlossen (BVS-act. 6). Dieses Konzept legt die strategischen Leitlinien für Neuanschlüsse fest und verweist im Grundsatz auf ein moderates, kontrolliertes Wachstum der Vorsorgeeinrichtung. Neuanschlüsse sind willkommen, wobei eine selektive Vorgehensweise vorgesehen ist. So sollen insbesondere grössere und versicherungstechnisch attraktive Unternehmen akquiriert werden («sind insbesondere auch Unternehmen mit mehr als 100 Versicherten zu akquirieren» [...]. Mittels aktiver Akquisition wird innerhalb eines Zeithorizonts von drei bis fünf Jahren auf eine Zielgrösse von 27'000 Versicherten hingearbeitet. Allfällige Gelegenheiten zur Aufnahme grosser Unternehmen würden zusätzlich und umfassend geprüft, solange die obere Schranke der optimalen Grösse nicht überschritten wird.»), während Kleinunternehmen mit weniger als 50 Versicherten nur in begründeten Ausnahmefällen aufgenommen werden. Inhaltlich wird damit das Spannungsfeld zwischen der traditionell städtischen Verankerung der Einrichtung und der Öffnung gegenüber externen Arbeitgebern austariert. Das Konzept definiert zudem Kategorien von Unternehmen, die für eine Aufnahme in Betracht kommen: neben ausgelagerten Dienststellen der Stadt sind dies namentlich Unternehmen, die im direkten oder indirekten Interesse der Stadt tätig sind, ferner Non-Profit-Organisationen oder Spin-offs von (...). Damit wird der Anschlusskreis formal über die Stadtverwaltung hinaus erweitert, faktisch aber durch materielle Kriterien eingegrenzt, die eine gewisse Nähe zur Stadt B._____ voraussetzen.

E. 8.1.4

Zusammenfassend ergibt sich aus der Stiftungsurkunde, dem Vorsorgereglement und dem Konzept zur Aufnahme neuer Unternehmen, dass die Beschwerdeführerin von Anfang an nicht ausschliesslich als reine Arbeitgeberkasse der Stadt konzipiert war, sondern institutionell die Möglichkeit der Erweiterung vorsah bzw. vorsieht. Zwar stehen für die Erweiterung ausgegliederte städtische Betriebe im Vordergrund, doch lassen sowohl die Stiftungsurkunde als auch die nachfolgenden Reglemente und Konzepte den Beitritt weiterer Unternehmen zu. Diese Offenheit wird durch spezifische Aufnahmebedingungen kontrolliert, die einerseits eine gewisse Nähe zur Stadt B. _____ sichern, andererseits aber auch externen Akteuren den Zugang ermöglichen.

E. 8.2.1

Aus den in E. 8.1 dargestellten Grundlagen ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin statutarisch nicht auf die Stadt B. _____ und deren Verwaltung beschränkt ist. Massgeblich ist, dass die Stiftungsurkunde eine Öffnung des Anschlusskreises ausdrücklich vorsieht und die Aufnahme weiterer Unternehmen - über ausgegliederte städtische Betriebe hinaus - nicht ausgeschlossen, sondern einem geregelten Verfahren unterstellt (BVGer-act. 1 Beilage 3). Damit besteht eine formelle Anschlussmöglichkeit, die über den engeren städtischen Bereich hinausweist.

E. 8.2.2

Zentral ist sodann, dass die Stiftungsurkunde die Kompetenz zur Aufnahme weiterer Unternehmen dem Stiftungsrat als oberstem Organ zuweist (BVGer-act. 1 Beilage 3 Ziff. 2.5). Die Anschlussöffnung erfolgt damit nicht automatisch, sondern unterliegt einer wertenden Entscheidung, welche namentlich die Zweckmässigkeit und die Auswirkungen eines Neuanschlusses umfasst. Diese Organisations- und Entscheidungsstruktur ist mit einer rein betriebseigenen Vorsorgeeinrichtung nur begrenzt vereinbar, da sie gerade auf die Möglichkeit ausgerichtet ist, verschiedene Arbeitgeber in die Versicherungsgemeinschaft einzubeziehen.

E. 8.2.3

Das Vorsorgereglement 2021 trägt diesem Modell Rechnung, indem es die Anschlussbeziehung zu Unternehmen in einer standardisierbaren Vertragsform vorsieht und zugleich die Möglichkeit eröffnet, einzelne Punkte - etwa Vorsorgeplan, Beitragsaufteilung oder Einkauf in Reserven - im Rahmen des Anschlusses differenziert auszugestalten (Art. 4 Vorsorgereglement; BVS-act. 4). Rechtlich ist damit eine institutionelle Ausgestaltung gegeben, welche die Aufnahme weiterer Arbeitgeber strukturell ermöglicht und nicht auf eine einheitliche städtische Arbeitgeberkonstellation zugeschnitten ist.

E. 8.2.4

Die in den Grundlagen angelegte Öffnung wird durch das Konzept zur Aufnahme neuer Unternehmen materiell gesteuert. Indem dieses Konzept Kategorien und Kriterien definiert (insbesondere sachliche oder funktionale Nähe zur Stadt B. _____ sowie Vorgaben zur finanziellen Absicherung), wird der Anschlusskreis zwar inhaltlich reguliert, jedoch nicht auf ausgegliederte Dienststellen oder einen geschlossenen umgrenzten Kreis städtischer Arbeitgeber reduziert (Ziff. 2.2 und 2.3 sowie 3.1 des Konzepts; BVGer-act. 1 Beilage 6). Solche Steuerungsmechanismen sind rechtlich als Ausgestaltung einer selektiven, aber grundsätzlich offenen Anschlussordnung zu würdigen.

E. 8.2.5

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin nach ihrer statutarisch-reglementarischen Ausgestaltung eine formelle Anschlussöffnung aufweist, welche durch materielle Kriterien gelenkt wird, ohne den Anschlusskreis rechtlich auf die Stadt B. _____ zu beschränken (BVGer-act. 1 Beilagen 3 und 6; BVS-act. 4). Diese rechtliche Ausgangslage bildet den Rahmen für die nachfolgend zu würdigende tatsächliche Anschluss- und Strukturpraxis (vgl. E. 8.3 ff.)

E. 8.3.1

Die tatsächliche Situation des Anschlusskreises der Beschwerdeführerin lässt sich aus den Akten, den Parteieingaben sowie den vorgelegten Geschäftsberichten nachvollziehen. Gemäss Geschäftsbericht 2020 waren Ende des Berichtsjahres insgesamt (...) Unternehmen der Pensionskasse angeschlossen, gegenüber (...) im Vorjahr. Diese Zahl verdeutlicht, dass die Beschwerdeführerin über den ursprünglichen Kreis der Stadtverwaltung hinaus eine erhebliche Anzahl von Arbeitgebern umfasst, die durch Anschlussverträge in die Versicherungsgemeinschaft integriert worden sind. Unbestritten ist, dass ein beträchtlicher Teil dieser Arbeitgeber organisatorisch oder sachlich mit der Stadt B. _____ verbunden ist, sei es durch eine Ausgliederung von Verwaltungsaufgaben, durch öffentliche Leistungen im Interesse der Stadt oder durch enge vertragliche Bindungen. Gleichwohl ergibt sich aus der Zusammensetzung des Versichertenkreises, dass sich unter den angeschlossenen Unternehmen auch 16 befinden, die keinen unmittelbaren institutionellen oder wirtschaftlichen Bezug zur Stadt B. _____ bzw. zur Stadtverwaltung aufweisen. Zu erwähnen sind: C. _____, D. _____, E. _____, F. _____, G. _____, H. _____, I. _____, J. _____, K. _____, L. _____, M. _____, N. _____, O. _____, P. _____, Q. _____ und R. _____. Dies entspricht im Übrigen der im Konzept zur Aufnahme neuer Unternehmen von 2019 festgelegten Praxis, welche ausdrücklich die Möglichkeit vorsieht, neben ausgegliederten städtischen Dienststellen auch Non-Profit-Organisationen, Betriebe des Gesundheits- und Sozialwesens, kulturelle Institutionen oder Spin-offs von (...) aufzunehmen (BVGer-act. 1 Beilage 6 Ziff. 2.2).

E. 8.3.2

Die Beschwerdeführerin macht in ihren Eingaben geltend, dass sich die Zahl der Anschlüsse im Wesentlichen auf Unternehmen beschränke, die im engeren oder weiteren Einflussbereich der Stadt B. _____ tätig seien, und dass sich daraus keine eigentliche Wettbewerbssituation ergebe. Sie hebt insbesondere hervor, dass keine aktive Werbung betrieben werde, dass eine gezielte Akquisition von Arbeitgebern unterbleibe und dass die Auswahl neuer Anschlüsse streng nach inhaltlichen Kriterien erfolge, die eine Nähe zur Stadt B. _____ sicherstellten. Damit wird der Eindruck erweckt, der Anschlusskreis sei faktisch beschränkt und eine Marktöffnung habe nicht stattgefunden. Die Vorinstanz hat demgegenüber in ihrer Verfügung zutreffend darauf hingewiesen, dass die Stiftungsurkunde und das Vorsorgereglement eine grundsätzliche Anschlussmöglichkeit für Unternehmen vorsehen, die über die Stadtverwaltung hinausgeht, und dass die tatsächliche Zahl der Anschlüsse ein wesentliches Indiz für die faktische Offenheit des Anschlusskreises bildet. Entscheidend ist dabei nicht, ob die Beschwerdeführerin aktiv um Anschlüsse wirbt, sondern ob Dritte, die keine unmittelbare Verbindung zur Stadt aufweisen, effektiv aufgenommen wurden.

E. 8.3.3

Die Geschäftsberichte belegen, dass die Zahl der angeschlossenen Unternehmen kontinuierlich gewachsen ist und dass der Kreis der Versicherten heute weit über die ursprünglichen städtischen Betriebe hinausreicht. Die Parteieingaben bestätigen, dass zusätzlich unter den (...) angeschlossenen Unternehmen 16 Betriebe sind, die weder organisatorisch noch wirtschaftlich eng mit der Stadt B._____ verbunden sind, sondern als externe Arbeitgeber mit eigenständiger Tätigkeit am Markt agieren. Dies gilt namentlich für Non-Profit-Organisationen wie beispielsweise E._____, die zwar im öffentlichen Interesse tätig sein mögen, deren Existenz aber nicht notwendig mit der Stadt B._____ verknüpft ist (BVGer-act. 1 Beilage 7). Die Aufnahme solcher Betriebe entspricht der in den Statuten verankerten Anschlussregelung und den im Konzept von 2019 niedergelegten Kriterien, belegt jedoch zugleich, dass die Beschwerdeführerin nicht ausschliesslich als betriebsbezogene Einrichtung der Stadt B._____ tätig ist, sondern ihre Tätigkeit auch auf Arbeitgeber ohne direkten Bezug zur Stadt ausdehnt.

E. 8.3.4

In ihrer Replik legt die Beschwerdeführerin dar, der Anteil der Aktivversicherten und Rentnerinnen und Rentner, die nicht bei einem im direkten oder indirekten Interesse der Stadt B._____ tätigen Arbeitgeber angestellt seien, sei kapitalgewichtet lediglich gering; der ganz überwiegende Teil des Vorsorgekapitals entfalle auf die Stadt B._____ und ihr nahestehende Arbeitgeber. Sie hebt hervor, dass in den letzten 14 Jahren keine Arbeitgeber mehr angeschlossenen worden seien, die mit der Stadt B._____ nicht direkt oder indirekt eng verbunden seien, und dass die wenigen in früheren Jahren angeschlossenen Arbeitgeber ohne solchen Bezug nicht aufgrund eines aktiven Werbeverhaltens der Beschwerdeführerin, sondern auf Initiative dieser Arbeitgeber hin beigetreten seien. Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie habe sich weder früher noch aktuell im Wettbewerb um neue Anschlüsse befunden, verfüge über kein Vertriebsnetz, arbeite nicht mit Brokern zusammen und verzeichne lediglich ein überaus moderates Wachstum. Vor diesem Hintergrund rügt sie, die Vorinstanz habe die Frage, ob sie im Wettbewerb stehe, unzulässigerweise allein anhand der statutarisch vorgesehenen theoretischen Anschlussmöglichkeit beantwortet und dabei das einschränkende Aufnahmekonzept, den deutlich eingeschränkten Anschlusskreis sowie das tatsächliche Anschlussverhalten und die bestehende Versicherten- und Anschlussstruktur nicht ausreichend berücksichtigt (BVGer-act. 17).

E. 8.3.5

Die Würdigung der Vorinstanz, wonach die Beschwerdeführerin im Wettbewerb steht, ist aus den weiter oben genannten Gründen nicht willkürlich. Die Vorinstanz hat in ihrer Verfügung überzeugend dargelegt, dass der formell offene Anschlusszweck der Stiftung durch die tatsächliche Aufnahme externer Arbeitgeber bestätigt wird. Dass die Beschwerdeführerin keine aktive Werbung betreibt, vermag daran nichts zu ändern, denn Wettbewerb im Sinne der einschlägigen Rechtsprechung setzt keine Marketingtätigkeit voraus, sondern lediglich die Möglichkeit, sich Arbeitgebern ausserhalb des eng definierten institutionellen Umfelds der Stadt B._____ zu öffnen, und die tatsächliche Realisierung solcher Anschlüsse.

E. 8.3.6

Die Beschwerdeführerin hat in den Parteieingaben zwar betont, dass sie vornehmlich Arbeitgeber mit Bezug zur Stadt B._____ angeschlossenen habe, und ausgeführt, dass eine Vielzahl der angeschlossenen Unternehmen im Bereich öffentlicher Dienstleistungen tätig

sei. Gleichwohl ergibt sich aus den dargelegten Zahlen und Kategorien, dass auch Arbeitgeber ohne institutionelle Bindung zur Stadt in den Kreis der angeschlossenen Unternehmen integriert wurden. Diese Tatsache indiziert eine Marktteilnahme, selbst wenn die Zahl dieser Anschlüsse im Verhältnis zur Gesamtzahl begrenzt sein mag.

E. 8.4

Die Abgrenzung zwischen firmeneigener Einrichtung und Gemeinschaftseinrichtung kann nicht schematisch anhand quantitativer Kriterien erfolgen, sondern ist nach dem Gesamtbild zu beurteilen, insbesondere unter Berücksichtigung der institutionellen Offenheit und der gelebten Praxis.

E. 8.4.1

Ausgangspunkt ist, dass der Vorinstanz bei der Qualifikation einer Vorsorgeeinrichtung nach Art. 48 BVG ein erheblicher Beurteilungs- und Ermessensspielraum zukommt. Dieser Spielraum betrifft namentlich die Gewichtung statutarischer Öffnungsklauseln, die Einordnung reglementarischer Anschlussmechanismen sowie die Bewertung der gelebten Anschluss- und Strukturpraxis (vgl. E 6.5.3). Dass die zuständige Aufsichtsbehörde bei der Frage, ob eine Vorsorgeeinrichtung als offene Gemeinschaftseinrichtung im Sinne von Art. 48 BVG - und damit als im Wettbewerb stehend - zu qualifizieren ist, ein Ermessen besitzt und die tatsächlichen Verhältnisse sowie die Besonderheiten des Einzelfalls zu berücksichtigen hat, wird im Übrigen auch von der OAK BV hervorgehoben (BVGer-act. 10). Gemessen an diesen Massstäben ist festzuhalten, dass die Vorinstanz ihr Ermessen vertretbar und rechtskonform ausgeübt hat. Sie ist von den zutreffenden rechtlichen Prämissen ausgegangen (Art. 48 BVG) und hat im Rahmen einer normzweckgerechten Abklärung die einschlägigen Grundlagen berücksichtigt: d.h. die Stiftungsurkunde 2003 mit der ausdrücklich vorgesehene Möglichkeit des Anschlusses weiterer Unternehmen, das Vorsorgereglement 2021 mit der Ausgestaltung standardisierter Anschlussverträge sowie das 2019 bekräftigte Konzept zur Aufnahme neuer Unternehmen, das Kategorien und qualitative Kriterien für Neuanschlüsse definiert. In einem zweiten Schritt hat sie die tatsächliche Anschlusssituation in die Beurteilung miteinbezogen und namentlich den Umstand gewürdigt, dass per Ende 2020 insgesamt (...) Arbeitgeber angeschlossen waren und darunter mehrere ohne unmittelbaren institutionellen Bezug zur Stadt B. Die Behörde hat damit weder sachfremde noch dem Normzweck widersprechende Kriterien herangezogen; vielmehr hat sie jene Umstände gewichtet, die nach Gesetzessystematik und Rechtsprechung für die Qualifikation entscheidend sind: institutionelle und praktische Offenheit des Anschlusskreises, tatsächliche Realisierung von Drittanschlüssen sowie deren Einbettung in das reglementarische und organisatorische Gefüge der Einrichtung. Ein Ermessensmissbrauch ist schon deshalb zu verneinen, weil die Vorinstanz die Auslegung nicht an äusserliche Marketing- oder Werbeaktivitäten geknüpft hat. Die Auffassung der Beschwerdeführerin, Wettbewerb setze aktive Werbung voraus, verkennt den normativen Beurteilungsmaßstab. Ebenso wenig liegt eine Ermessensüberschreitung vor: Art. 48 BVG überlässt der Aufsichtsbehörde die Qualifikation der Art der Vorsorgeeinrichtung; die Vorinstanz hat innerhalb dieses gesetzlichen Rahmens ihr Ermessen ausgeübt. Eine Ermessensunterschreitung scheidet aus, weil die Behörde ihr Ermessen tatsächlich ausgeübt, Alternativen geprüft und die tragenden Elemente ihrer Entscheidung dargelegt hat. Schliesslich rechtfertigt auch der Einwand einer möglichen Unangemessenheit kein Einschreiten: Selbst wenn die von der Beschwerdeführerin bevorzugte Einordnung (betriebsnaher Charakter) vertretbar erschiene, fehlte es an der für eine Korrektur

erforderlichen Unhaltbarkeit des vorinstanzlichen Ergebnisses. Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die Vorinstanz die massgeblichen Rechts- und Sachkriterien vollständig und sachgerecht ermittelt, diese nachvollziehbar gewichtet und ihre Entscheidung folgerichtig auf die festgestellte statutarische und tatsächliche Offenheit des Anschlusskreises gestützt hat. Sie hat damit den ihr eingeräumten Entscheidungsspielraum im Sinne des Gesetzes korrekt genutzt.

E. 9.1

Die Beschwerdeführerin rügt im Zusammenhang mit der Unterstellung unter Art. 46 BVV 2 zunächst, die Bestimmung entbehre einer genügenden gesetzlichen Grundlage und sei daher verfassungswidrig. Sie macht geltend, der Bundesrat habe mit Art. 46 BVV 2 eine Schranke für Leistungsverbesserungen geschaffen, die im Gesetz keine Stütze finde, weil weder das BVG noch die Bundesverfassung eine ausdrückliche Grundlage dafür enthielten, Vorsorgeeinrichtungen mit finanziellen Einschränkungen die Möglichkeit von Leistungsverbesserungen zu verwehren. Zudem liege ein Verstoß gegen das Legalitätsprinzip vor, weil der Bundesrat in Art. 46 BVV 2 eine wesentliche materiellrechtliche Frage normiere, die im Gesetz selbst zu regeln gewesen wäre. Ferner sei die Norm sachlich nicht haltbar, weil sie die Gestaltungsfreiheit der Vorsorgeeinrichtungen übermässig beschneide und deren Autonomie in unzulässiger Weise einschränke. Schliesslich betont die Beschwerdeführerin, selbst wenn man die formelle Gültigkeit der Bestimmung bejahen wollte, so könne diese nur auf Vorsorgeeinrichtungen angewandt werden, die sich im offenen Wettbewerb befinden, was bei ihr nicht der Fall sei, da sie keine Werbung betreibt, den Anschlusskreis faktisch stark eingeschränkt halte und nur vereinzelt Arbeitgeber ohne engen Bezug zur Stadt aufgenommen habe.

E. 9.2

Diese Vorbringen sind im Lichte der systematischen Stellung und des Zwecks von Art. 46 BVV 2 in der am 1. Januar 2012 in Kraft getretenen Fassung (AS 2011 3435) mit der Überschrift «Leistungsverbesserungen von Sammel- und Gemeinschaftseinrichtungen bei nicht vollständig geäuften Wertschwankungsreserven» zu würdigen. Art. 46 BVV 2 ist systematisch im 4. Kapitel (Finanzierung), 1. Abschnitt (Finanzierung der Vorsorgeeinrichtungen) der Verordnung eingebettet und sieht Folgendes vor: «1Sammel- und Gemeinschaftseinrichtungen, die dem FZG unterstellt sind, dürfen bei nicht vollständig geäuften Wertschwankungsreserven Leistungsverbesserungen gewähren, wenn: a. höchstens 50 Prozent des Ertragsüberschusses vor Bildung der Wertschwankungsreserve für die Leistungsverbesserung verwendet werden; und b. die Wertschwankungsreserve mindestens zu 75 Prozent des aktuellen Zielwertes geäuft ist. 2Nicht als Leistungsverbesserung gilt die Gutschrift von Überschussbeteiligungen aus Versicherungsverträgen zugunsten der Sparguthaben der Versicherten nach Artikel 68a BVG. 3Nicht unter diese Bestimmung fallen Verbandseinrichtungen sowie Vorsorgeeinrichtungen mit mehreren wirtschaftlich oder finanziell eng miteinander verbundenen Arbeitgebern.» Die Bestimmung konkretisiert gestützt auf Art. 65b lit. c BVG die Voraussetzungen, unter denen Sammel- und Gemeinschaftseinrichtungen bei nicht vollständig geäuften Wertschwankungsreserven Leistungsverbesserungen vorsehen dürfen. Damit dient sie der Sicherung der finanziellen Stabilität und Risikofähigkeit der betroffenen Einrichtungen. Der Bundesrat ist im Rahmen seiner Verordnungskompetenz gemäss Art. 65b lit. c BVG befugt, Regelungen zu erlassen, welche der Sicherung der finanziellen Stabilität der Vorsorgeeinrichtungen dienen. Die Grenze der

Verordnungskompetenz ist dort erreicht, wo selbständige neue Rechte oder Pflichten ohne genügende gesetzliche Grundlage begründet würden. Art. 46 BVV 2 bewegt sich innerhalb dieses Rahmens, weil die Sicherung der finanziellen Risikofähigkeit der Einrichtungen eine zentrale Zielsetzung des BVG ist und die Verweigerung von Leistungsverbesserungen in einer angespannten finanziellen Situation lediglich eine Konkretisierung dieses Grundsatzes darstellt. Der Zweck von Art. 46 BVV 2 liegt darin, zu verhindern, dass sich Vorsorgeeinrichtungen im Wettbewerb durch zu hohe Leistungen im Verhältnis zu ihrer finanziellen Lage einen Wettbewerbsvorteil verschaffen. Art. 46 BVV 2 sieht besondere Anforderungen für Leistungsverbesserungen von Sammel- und Gemeinschaftseinrichtungen bei nicht vollständig geäufteten Wertschwankungsreserven vor. Gemäss den Erläuterungen des Bundesamtes für Sozialversicherungen zu Art. 46 Abs. 1 BVV 2 sollen diese Bestimmungen verhindern, dass Vorsorgeeinrichtungen bei gutem Renditeverlauf sehr schnell Leistungsverbesserungen vornehmen und der Äufnung der Sollwertschwankungsreserven nicht erste Priorität einräumen (Mitteilung OAK BV M-03/2022). Die Regelung dient damit der Sicherung der finanziellen Stabilität der Vorsorgeeinrichtungen und dem Schutz der Versicherten.

E. 9.3

Diese Auslegung entspricht auch der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts. Das Bundesverwaltungsgericht hat sich mit Art. 46 BVV 2 bereits auseinandergesetzt und dessen Vereinbarkeit mit dem übergeordneten Recht geprüft. Im Urteil A-863/2017 vom 23. November 2017 erwog es, dass Art. 46 BVV 2 als Ausführungsbestimmung im Rahmen der dem Bundesrat in Art. 65b Bst. c BVG eingeräumten Verordnungskompetenz erlassen wurde und der Sicherstellung der finanziellen Stabilität von Sammel- und Gemeinschaftseinrichtungen dient. Es hielt fest, dass die Bestimmung Vorsorgeeinrichtungen bei nicht vollständig geäufteten Wertschwankungsreserven daran hindert, Leistungsverbesserungen vorzusehen, und dass diese Einschränkung eine zulässige aufsichtsrechtliche Konkretisierung der bundesrechtlichen Vorgaben zur Finanzierung und Risikofähigkeit darstellt und im konkreten Anwendungsfall als bundesrechtskonform beurteilt wurde. Das Gericht verneinte namentlich eine Verletzung des Legalitätsprinzips sowie einen unzulässigen Eingriff in die Autonomie der Vorsorgeeinrichtungen, da Art. 46 BVV 2 keine neuen gesetzlichen Pflichten begründe, sondern die bestehenden finanzierungsrechtlichen Grundsätze des BVG normkonkret ausforme (Urteil A-863/2017 E. 6.2 ff.).

E. 9.4

Die Beschwerdeführerin beruft sich in ihrer Argumentation weiter auf politische Diskussionen um die Abschaffung von Art. 46 BVV 2, wie sie etwa in den parlamentarischen Beratungen thematisiert worden seien (BVGer-act. 1). Diese Überlegungen betreffen jedoch nicht die aktuelle Rechtslage, sondern stellen politische Wertungen dar, die allenfalls zukünftige Gesetzesänderungen vorbereiten, aber keine Rückschlüsse auf die geltende Rechtsbeständigkeit zulassen. Solange Art. 46 BVV 2 in Kraft ist, ist er für die rechtsanwendenden Behörden verbindlich. Notabene ist im vorliegenden Verfahren die Rechtslage zum Zeitpunkt der angefochtenen Verfügung zu beachten (vgl. E. 4.1).

E. 9.5

In Bezug auf die Anwendungsvoraussetzungen von Art. 46 BVV 2 ist massgeblich, dass der Verordnungsgeber den Anwendungsbereich der Bestimmung bewusst auf bestimmte Vorsorgeeinrichtungen beschränkt hat. Der erläuternde Bericht zu den Änderungen der Verordnungen im Rahmen der Strukturreform in der beruflichen Vorsorge sowie der Finanzierung von Vorsorgeeinrichtungen öffentlich-rechtlicher Körperschaften des Bundesamtes für Sozialversicherungen vom Juni 2011 hält ausdrücklich fest, dass Art. 46 BVV 2 jene Einrichtungen erfassen soll, bei denen aufgrund der gegenseitigen Konkurrenz ein besonders hohes Risiko besteht, dass unverantwortlich hohe Leistungsverbesserungen zugesprochen werden, namentlich Sammel- und Gemeinschaftseinrichtungen, mit Ausnahme der in Absatz 3 genannten Einrichtungen. Für Vorsorgeeinrichtungen ausserhalb dieses Kreises wird demgegenüber auf eine Regelung verzichtet, da davon ausgegangen wird, dass sie eigenverantwortlicher handeln. Art. 46 BVV 2 knüpft damit typologisch an die Zugehörigkeit zur Kategorie der Sammel- und Gemeinschaftseinrichtungen an und nicht an eine im Einzelfall festzustellende Wettbewerbsstellung (Erläuternder Bericht zu den Änderungen der Verordnungen im Rahmen der Strukturreform in der beruflichen Vorsorge sowie der Finanzierung von Vorsorgeeinrichtungen öffentlich-rechtlicher Körperschaften, BSV, Juni 2011, S. 25 f.). Vorliegend durfte die Vorinstanz von einer Wettbewerbsstellung der Beschwerdeführerin ausgehen. Wie in Ziffer 8 dargelegt, ist die Wettbewerbsstellung der Beschwerdeführerin in angemessener Würdigung der Sachlage bejaht worden. Art. 46 BVV 2 findet Anwendung, weil die Vorinstanz aufgrund statutarischer Öffnung und realisierter Anschlüsse vertretbar eine Wettbewerbsstellung bejaht hat (vgl. E. 8.1 ff.). Weitergehende Erörterungen zu Willkür/Ermessen erübrigen sich damit.

E. 10.1

Die Weisung OAK BV W-01/2021 ist als aufsichtsrechtliche Verwaltungsweisung zu qualifizieren, die gestützt auf Art. 64a Abs. 1 BVG erlassen wurde und der Sicherstellung einer einheitlichen Vollzugspraxis im Bereich der Aufsicht über die berufliche Vorsorge dient. Die Weisung ist als verwaltungsinterne Konkretisierung des Aufsichtsrechts für die nachgeordneten Aufsichtsbehörden verbindlich, soweit sie das delegierte Recht präzisiert und dessen einheitliche Anwendung sicherstellt. Das Gericht weicht nicht ohne triftigen Grund von Verwaltungsweisungen ab, wenn diese eine überzeugende Konkretisierung der rechtlichen Vorgaben darstellen (vgl. oben E. 6.4). Nach der Weisung OAK BV W-01/2021 steht eine Vorsorgeeinrichtung grundsätzlich dann im Wettbewerb, wenn ihre statutarischen Grundlagen die Aufnahme weiterer, nicht wirtschaftlich oder finanziell eng verbundener Arbeitgeber zulassen; im Einzelfall ist jedoch eine Würdigung der tatsächlichen Verhältnisse erforderlich. Weiter formuliert die Weisung OAK BV W-01/2021 inhaltliche Mindeststandards für Transparenz, Governance und das interne Kontrollsystem, die für sämtliche Einrichtungen im Wettbewerb gelten, unabhängig davon, ob es sich um Sammel- oder Gemeinschaftseinrichtungen handelt. Damit dient sie der einheitlichen Aufsicht und soll verhindern, dass durch eine uneinheitliche Qualifikationspraxis Rechtsungleichheiten entstehen.

E. 10.2

Vorliegend durfte die Vorinstanz die Beschwerdeführerin gestützt auf die Weisung OAK BV W-01/2021 als unterstellte Vorsorgeeinrichtung qualifizieren. Das Vorliegen tatsächlicher Anschlüsse ohne Bezug zur Stadt B. _____ erfüllt dieses Kriterium. Die in Ziffer 3-4 der Weisung statuierten Mindestanforderungen an Strukturtransparenz und interne Kontrolle sind in diesem Rahmen aufsichtsrechtlich massgeblich. Wie bereits

dargelegt, enthalten die Stiftungsurkunde, das Vorsorgereglement und das Konzept zur Aufnahme neuer Unternehmen eine formelle Öffnungsklausel, die den Beitritt externer Arbeitgeber zulässt. Die tatsächliche Praxis belegt zudem, dass die Beschwerdeführerin von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht hat und dass per Ende 2020 unter den (...) angeschlossenen Unternehmen mehrere Arbeitgeber ohne institutionelle Verbindung zur Stadt B. _____ vertreten waren. Diese Konstellation entspricht dem in der Weisung OAK BV W-01/2021 beschriebenen Tatbestand einer Vorsorgeeinrichtung im Wettbewerb, weil die Aufnahme von Drittarbeitgebern nicht nur aufgrund der Stiftungsgrundlagen möglich ist, sondern auch konkret realisiert wurde. Die Argumentation der Beschwerdeführerin, wonach die Weisung nicht einschlägig sei, da die Beschwerdeführerin weder eine Sammel- noch eine Gemeinschaftseinrichtung im klassischen Sinn sei und keine Werbung betreibe, vermag daran nichts zu ändern. Entscheidend ist, dass die Beschwerdeführerin offen für Neuanschlüsse ist und solche ausserhalb eines engen Bezugs zur Stadtverwaltung auch erfolgt sind, und nicht, ob die Einrichtung ihre Marktstellung durch aktive Akquisition forciert.

E. 10.3

Damit ist mit der festgestellten Unterstellung der Beschwerdeführerin unter die Weisung OAK BV W-01/2021 keine Verletzung des Legalitätsprinzips zu erkennen und eine angemessene Ausübung des der Aufsichtsbehörde zustehenden Ermessens erfolgt. Nachdem der Gesetz- und Verordnungsgeber mit der Einführung von Art. 65b BVG und dessen Konkretisierung in Art. 46 BVV 2 die Sammel- und Gemeinschaftseinrichtungen strengeren Aufsichtsregelungen unterstellt hat, ist mit der angefochtenen Verfügung auch keine Praxisänderung und/oder eine Verletzung des Vertrauensgrundsatzes zu erkennen.

E. 11.1

Die Beschwerdeführerin wendet sich schliesslich gegen ihre Einstufung in eine höhere Gebührenkategorie gemäss § 2a der Gebührenverordnung der BVG- und Stiftungsaufsicht des Kantons Zürich (GebR-BVS). Sie macht im Wesentlichen geltend, die Neueinstufung stelle eine unzulässige Praxisänderung dar, verletze das Legalitätsprinzip und missachte ihren Anspruch auf Vertrauensschutz. Nach ihrer Auffassung sei sie über Jahre hinweg als betriebseigene Vorsorgeeinrichtung qualifiziert worden und habe in dieser Funktion nur die tieferen, für solche Einrichtungen vorgesehenen Aufsichtsgebühren entrichtet. Die plötzliche Umqualifikation als Gemeinschaftseinrichtung im Wettbewerb mit entsprechender Erhöhung der Gebühren sei nicht durch eine sachliche Änderung der Verhältnisse gerechtfertigt, sondern beruhe allein auf einer geänderten rechtlichen Würdigung durch die Aufsichtsbehörde.

E. 11.2

Die Vorinstanz hält in ihrer Stellungnahme vom 2. August 2022 dem entgegen, dass keine eigentliche Praxisänderung vorliege. Die Einstufung der Beschwerdeführerin nach § 2a GebR-BVS sei bereits seit längerer Zeit Gegenstand aufsichtsrechtlicher Prüfung gewesen. Die nunmehr vorgenommene Einordnung beruhe auf einer vertieften rechtlichen Beurteilung im Lichte der Weisung OAK BV W-01/2021, welche die Abgrenzung der Gemeinschaftseinrichtungen im Wettbewerb präzisiere. Die Beschwerdeführerin sei über diese Diskussionen informiert gewesen; insbesondere sei keine rückwirkende Gebührenerhebung erfolgt. Selbst wenn von einer faktischen Praxisänderung auszugehen wäre, seien deren Voraussetzungen erfüllt, da sachliche Gründe vorlägen und ein

überwiegendes Interesse an der richtigen Rechtsanwendung bestehe (BVGer-act. 8).

E. 11.3

Für die Erhebung der Aufsichtsgebühren war bis 31. Dezember 2025 die Gebührenverordnung der BVG- und Stiftungsaufsicht des Kantons Zürich massgebend (GebR-BVS, vom 10. Oktober 2012 [LS 833.15; in Kraft bis 31. Dezember 2025]): «1Die jährliche Aufsichtsgebühr für Vorsorgeeinrichtungen (§ 2 Abs. 1 und 3 BVSG), denen mehrere, wirtschaftlich oder finanziell nicht eng verbundene Arbeitgeber angeschlossen sind (Sammel- und Gemeinschaftseinrichtungen), wird aufgrund des Bruttovermögens einschliesslich Rückkaufswerten aus Versicherungsverträgen mittels der im Anhang 2 aufgeführten Formel festgelegt. 2Als Sammel- und Gemeinschaftseinrichtungen gelten auch Verbandsvorsorgeeinrichtungen. 3Die jährliche Aufsichtsgebühr beträgt mindestens Fr. 600. 4Die maximale Gebühr von Fr. 60 600 wird ab einem Bruttovermögen einschliesslich Rückkaufswerte aus Versicherungsverträgen von 11,25 Mrd. Franken erhoben.» § 2a GebR-BVS sah eine nach dem Einrichtungstyp differenzierte Tarifierung der jährlichen Aufsichtsgebühren vor. Vorsorgeeinrichtungen, die als Sammel- oder Gemeinschaftseinrichtungen im Wettbewerb qualifiziert werden, werden höheren Gebührenkategorien zugeordnet als rein betriebseigene Vorsorgeeinrichtungen. Die Gebührendifferenzierung trägt dem Umstand Rechnung, dass Einrichtungen im Wettbewerb aufgrund ihrer Struktur, der Zahl der angeschlossenen Arbeitgeber sowie der erhöhten organisatorischen und finanziellen Komplexität einen gesteigerten Aufsichtsaufwand verursachen. Die Rechtmässigkeit solcher Gebührenregelungen beurteilt sich nach dem Legalitätsprinzip sowie nach Art. 5 Abs. 2 BV. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts bedürfen Gebührenregelungen einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage, müssen transparent ausgestaltet sein und dürfen nicht zu einer sachlich ungerechtfertigten Ungleichbehandlung führen (vgl. BGE 141 I 105 E. 3.3). Die Abstufung nach dem Einrichtungstyp ist demnach grundsätzlich zulässig, sofern sie sachlich begründet ist.

E. 11.4

Zu prüfen ist, ob die angefochtene Gebühreneinstufung eine unzulässige Praxisänderung darstellt oder ob sie sich als sachlich begründete Neueinstufung erweist. Nach konstanter Rechtsprechung ist eine Praxisänderung zwar grundsätzlich zulässig, unterliegt jedoch erhöhten Anforderungen an die Begründung, namentlich im Hinblick auf das Gebot der Rechtsgleichheit und den Anspruch auf Vertrauensschutz. Ein Abweichen von einer gefestigten Verwaltungspraxis setzt gewichtige Gründe voraus, die sich aus einer geänderten Rechtslage, aus veränderten tatsächlichen Verhältnissen oder aus einer überzeugenden Neuurteilung der Rechtslage ergeben können (vgl. BGE 137 III 352 E. 4.6; BGE 136 III 6 E. 3; BGE 135 I 79 E. 3). Keine eigentliche Praxisänderung liegt vor, wenn die Behörde bei gleichbleibender Rechtsgrundlage und unveränderter Ausgangslage erstmals eine einheitliche, an den normativen Kriterien orientierte Qualifikation vornimmt.

E. 11.5

§ 2a GebR-BVS knüpft die Gebühreneinstufung ausdrücklich an den Typ der Vorsorgeeinrichtung und den damit verbundenen Aufsichtsaufwand an. Die Norm ist klar und allgemein-abstrakt gefasst. Da die Qualifikation der Beschwerdeführerin als Gemeinschaftseinrichtung im Wettbewerb vorliegend rechtmässig bejaht wurde, bildet diese den sachlichen Grund für die Zuordnung zu einer höheren Gebührenkategorie.

Einrichtungen mit offenem Anschlusskreis verursachen einen erhöhten Aufsichtsaufwand, was die differenzierte Gebührenbelastung rechtfertigt. Unter diesen Umständen liegt weder eine unzulässige Praxisänderung noch eine Verletzung des Legalitätsprinzips oder des Vertrauensschutzes vor. Die angefochtene Gebühreneinstufung beruht auf der konsequenten Anwendung der bestehenden Ordnung und erweist sich als rechtmässig.

E. 11.6

Die Frage, ob es sich bei der angefochtenen Einstufung um eine Praxisänderung oder um eine sachlich begründete Neueinstufung handelt, ist von zentraler Bedeutung. § 2a GebR-BVS sieht ausdrücklich vor, dass Vorsorgeeinrichtungen je nach Typ in unterschiedliche Gebührenkategorien eingeteilt werden und dass insbesondere Sammel- und Gemeinschaftseinrichtungen im Wettbewerb wegen des höheren Aufsichtsaufwandes höheren Gebühren unterstellt werden. § 2a GebR-BVS knüpft die Gebühreneinstufung damit an die institutionelle Stellung der Vorsorgeeinrichtung; die Norm ist klar und allgemein-abstrakt. Die Qualifikation der Beschwerdeführerin als Gemeinschaftseinrichtung im Wettbewerb bildet den sachlichen Grund für die höhere Gebührenkategorie, da Einrichtungen mit offenem Anschlusskreis einen erhöhten Aufsichtsaufwand verursachen. Eine Praxisänderung oder vertrauensschutzwidrige Neuerung liegt nicht vor; die Einstufung beruht auf der konsequenten Anwendung der bestehenden Ordnung und erweist sich als rechtmässig.

E. 12.1

Die vorstehenden Erwägungen ergeben insgesamt ein kohärentes Bild: Die massgebenden Grundlagen, namentlich Stiftungsurkunde, Vorsorgereglement und Konzept zur Aufnahme neuer Unternehmen, weisen die Beschwerdeführerin als Vorsorgeeinrichtung aus, die institutionell nicht auf den Kreis der Stadt B._____ beschränkt ist und eine formell wie materiell hinreichend offene Anschlussmöglichkeit vorsieht. Die Vorinstanz durfte gestützt auf diese Unterlagen und die gelebte Anschluss- und Strukturpraxis in vertretbarer Weise annehmen, dass die Beschwerdeführerin als Gemeinschaftseinrichtung mit offenem Anschlusskreis zu qualifizieren ist und damit im Wettbewerb steht. Die behördeninterne Würdigung der tatbestandlichen Elemente hält sich im Rahmen des ihr zustehenden Ermessens; Hinweise auf eine Ermessensüberschreitung, Ermessensunterschreitung oder einen Ermessensmissbrauch bestehen nicht.

E. 12.2

Die rechtlichen Konsequenzen dieser Qualifikation ergeben sich unmittelbar aus dem geltenden Recht und wurden von der Vorinstanz zutreffend angewendet. Eine im Wettbewerb stehende Sammel- oder Gemeinschaftseinrichtung untersteht sowohl Art. 46 BVV 2 als auch den von der OAK BV erlassenen Weisungen zur einheitlichen Aufsichtspraxis, insbesondere der Weisung OAK BV W-01/2021. Die Vorinstanz durfte die Beschwerdeführerin ohne Rechtsverletzung diesen aufsichtsrechtlichen Instrumenten unterstellen. Die gegenteiligen Einwände der Beschwerdeführerin vermögen weder die Gültigkeit der einschlägigen Normen zu erschüttern noch eine Ausnahme von deren Anwendung zu begründen.

E. 12.3

Ebenfalls rechtmässig ist die Einreihung der Beschwerdeführerin in die entsprechende Gebührenkategorie gemäss § 2a GebR-BVS. Die Zuordnung knüpft an den Einrichtungstyp und den damit verbundenen Aufsichtsaufwand an. Da vorliegend die Qualifikation als

Gemeinschaftseinrichtung im Wettbewerb rechtmässig bejaht wurde, ist auch die daran anknüpfende gebührenrechtliche Behandlung zutreffend und verletzt weder das Legalitätsprinzip noch den Anspruch auf rechtsgleiche Behandlung oder den Grundsatz des Vertrauensschutzes.

E. 12.4

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die angefochtene Verfügung der Vorinstanz in allen Teilen rechtmässig ist; die Beschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen.

E. 13

Abschliessend bleibt über die Verfahrenskosten und eine allfällige Parteientschädigung zu befinden.

E. 13.1

Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Bei diesem Verfahrensausgang sind der unterliegenden Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten von Fr. 5'000.- aufzuerlegen (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG in Verbindung mit Art. 1 ff des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigung vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Der geleistete Kostenvorschuss in gleicher Höhe ist zur Bezahlung der Verfahrenskosten zu verwenden.

E. 13.2

Die Beschwerdeführerin beantragt die Zusprechung einer angemessenen Parteientschädigung, worauf sie bei diesem Verfahrensausgang jedoch keinen Anspruch hat (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Die Vorinstanz hat keinen Anspruch auf Parteientschädigung Art. 7 Abs. 3 VGKE).

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