

BVGer C-5858/2019 vom 23. Juni 2021

Bundesverwaltungsgericht, 2021-06-23, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-5858_2019

FR: TAF C-5858/2019 du 23 juin 2021

IT: TAF C-5858/2019 del 23 giugno 2021

Regeste

(Teil-)Liquidation von Vorsorgeeinrichtungen

Erwägungen

E. 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) in Verbindung mit Art. 31-33 VGG Beschwerden gegen Verfügungen der Aufsichtsbehörden im Bereich der beruflichen Vorsorge. Da die Vorinstanz vorliegend in ihrer Funktion als BVG-Aufsichtsbehörde verfügt hat, ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig. Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin der angefochtenen Verfügung durch diese besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Abänderung (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Nachdem auch der Kostenvorschuss rechtzeitig geleistet wurde (Art. 63 Abs. 4 VwVG), ist auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde einzutreten (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG).

E. 2

Angefochten ist die Verfügung der BBSA vom 4. Oktober 2019 soweit damit der Einspracheentscheid des Stiftungsrats der Beschwerdeführerin vom 4. Juli 2018, der einen kollektiven anteilmässigen Anspruch der austretenden Gruppe der D._____ SA auf versicherungstechnische Rückstellungen und Wertschwankungsreserven verneint hat, aufgehoben wurde. Nicht angefochten wurde die Verfügung der BBSA vom 4. Oktober 2019 insoweit, als die Vorinstanz auf das Begehren, die laufenden Renten sowie die pendenten Leistungsfälle seien auf die Beschwerdegegnerin 2 zu übertragen, mangels sachlicher Zuständigkeit nicht eingetreten ist (Dispositiv-Ziffer 2). Diese Frage ist somit nicht Prozessthema.

E. 3.1

Im Verfahren nach Art. 53d Abs. 6 BVG betreffend die Überprüfung der Voraussetzungen und des Verfahrens der Teilliquidation sowie des Verteilungsplanes beschränkt sich die Prüfungsbefugnis der Aufsichtsbehörde gemäss Art. 62 Abs. 1 Bst. a BVG auf eine reine Rechtskontrolle (Sabina Wilson, Die Erstellung des Teilliquidationsreglements einer Vorsorgeeinrichtung und weitere Einzelfragen zur Durchführung einer Teilliquidation, 2016, S. 153 Rz. 485 und S. 121 Rz. 396, mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung; Isabelle Vetter-Schreiber, Berufliche Vorsorge, Kommentar, 3. Aufl. 2013, Art. 62 BVG Rz. 1, 3 und 5). Da sich die Kognition der oberen Instanz nur verengen, nicht aber erweitern kann (Einheit des Verfahrens), hat sich auch das Bundesverwaltungsgericht - in Abweichung von Art. 49 Bst. c VwVG - auf eine

Rechtskontrolle zu beschränken. Es darf deswegen sein eigenes Ermessen nicht an die Stelle desjenigen der Aufsichtsbehörde setzen und kann nur einschreiten, wenn der Entscheid der Aufsichtsbehörde Bundesrecht verletzt (vgl. Art. 49 Bst. a VwVG), namentlich, weil er auf sachfremden Kriterien beruht oder einschlägige Kriterien ausser Acht lässt und damit unhaltbar ist (statt vieler BGE 139 V 407 E. 4.1.2; Urteile des BVGer A-141/2017 und A-331/2017 vom 20. November 2018 E. 3; A-2946/2017 vom 26. Juli 2018 E. 2.1, je mit weiteren Hinweisen).

E. 3.2

Im Beschwerdeverfahren gilt der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen. Das Bundesverwaltungsgericht ist verpflichtet, auf den unter Mitwirkung der Verfahrensbeteiligten festgestellten Sachverhalt die richtigen Rechtsnormen und damit jenen Rechtssatz anzuwenden, den es als den zutreffenden erachtet, und ihm jene Auslegung zu geben, von der es überzeugt ist (BGE 119 V 347 E. 1a; Moser/Beusch/Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, S. 24 Rz. 1.54).

E. 3.3

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, S. 70 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 mit weiteren Hinweisen).

E. 4

Vorweg rügt die Beschwerdeführerin in formeller Hinsicht eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör im Sinne der Begründungspflicht.

E. 4.1

Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass die Vorinstanz zu Unrecht ihre Ausführungen zu den Unterschieden zwischen Konzernkassen einerseits und Sammel- und Gemeinschaftsstiftungen andererseits völlig unberücksichtigt gelassen habe. Mit den diesbezüglichen Ausführungen habe sie sich in der angefochtenen Verfügung überhaupt nicht auseinandergesetzt, obwohl sie für die Anwendung von Art. 27h Abs. 5 der Verordnung vom 18. April 1984 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen und Invalidenvorsorge (BVV 2, SR 831.441.1) von Bedeutung seien. Die Vorinstanz hält dem in ihrer Vernehmlassung entgegen, dass diese Frage für die materielle Beurteilung irrelevant sei. Der Vorwurf der Beschwerdeführerin, ihr rechtliches Gehör sei verletzt worden, werde entschieden zurückgewiesen.

E. 4.2

Die aus dem verfassungsmässigen Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) fließende Pflicht der Behörde, ihren Entscheid zu begründen, bedeutet nicht, dass sie sich mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr genügt es, wenn der Entscheid die wesentlichen Faktoren hinlänglich feststellt und würdigt, sodass er gegebenenfalls sachgerecht angefochten

werden kann (BGE 142 II 49 E. 9.2; 136 I 184 E. 2.2.1; 134 I 83 E. 4.1; je mit Hinweisen).

E. 4.3

Diesen Anforderungen genügt die angefochtenen Verfügung. Die Vorinstanz hat ihren Standpunkt in der angefochtenen Verfügung ausführlich begründet. Sie hat dabei insbesondere dargelegt, wie aus ihrer Sicht Art. 27h Abs. 5 BVV 2 auszulegen ist und aus welchen Gründen der vorliegende Sachverhalt nicht in den Anwendungsbereich dieser Verordnungsbestimmung fällt. Zwar hat sich die Vorinstanz nicht zum Argument der Beschwerdeführerin in Bezug auf die Unterschiede zwischen Konzernkassen und Sammel- bzw. Gemeinschaftsstiftung geäußert. Sie hat aber die für sie entscheidenden Überlegungen genannt, sodass die Beschwerdeführerin sich über deren Tragweite ein Bild machen und diese sachgerecht anfechten konnte. Die Rüge der Verletzung ihres rechtlichen Gehörs ist unbegründet.

E. 5.1

Die Durchführung einer Teil- oder Gesamtliquidation einer Einrichtung für berufliche Vorsorge richtet sich nach den Art. 53b ff. BVG. Gemäss Art. 53b Abs. 1 BVG regeln die Vorsorgeeinrichtungen in ihren Reglementen die Voraussetzungen und das Verfahren zur Teilliquidation. Die Voraussetzungen für eine Teilliquidation sind vermutungsweise erfüllt, wenn: a. eine erhebliche Verminderung der Belegschaft erfolgt; b. eine Unternehmung restrukturiert wird; c. der Anschlussvertrag aufgelöst wird. Die reglementarischen Vorschriften über die Voraussetzungen und das Verfahren zur Teilliquidation müssen von der Aufsichtsbehörde genehmigt werden (Art. 53b Abs. 2 BVG).

E. 5.2

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. 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. Die Versicherten und die Rentnerinnen und Rentner haben das Recht, die Voraussetzungen, das Verfahren und den Verteilungsplan bei der zuständigen Aufsichtsbehörde überprüfen und entscheiden zu lassen (Art. 53d Abs. 6 Satz 1 BVG).

E. 5.3

Bei einer Teil- oder Gesamtliquidation besteht bei einem individuellen Austritt ein individueller, bei einem kollektiven Austritt ein individueller oder kollektiver Anspruch auf einen Anteil der freien Mittel (Art. 27g Abs. 1 BVV 2).

E. 5.4

Nach Art. 27h Abs. 1 BVV 2 besteht bei einem gemeinsamen Übertritt von mehreren Versicherten in eine andere Vorsorgeeinrichtung (kollektiver Austritt), 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. Nach Art. 27h Abs. 2 BVV 2 entscheidet das paritätische Organ oder das zuständige Organ der Vorsorgeeinrichtung über einen kollektiven Anspruch auf Rückstellungen und Schwankungsreserven bei einem kollektiven Austritt. Der kollektive Anspruch auf Rückstellungs- und Schwankungsreserven ist in jedem Fall kollektiv an die neue Vorsorgeeinrichtung zu übertragen (Art. 27h Abs. 3 BVV 2). Bei wesentlichen Änderungen der Aktiven oder der Passiven zwischen dem Stichtag der Teilliquidation oder der Gesamtliquidation und der Übertragung der Mittel sind die zu übertragenden Rückstellungen und Schwankungsreserven entsprechend anzupassen (Art. 27h Abs. 4 BVV 2). Der kollektive Anspruch auf Rückstellungen und Schwankungsreserven besteht nicht, wenn die Teil- oder Gesamtliquidation der Vorsorgeeinrichtung durch die Gruppe, welche kollektiv austritt, verursacht wurde (Art. 27h Abs. 5 BVV 2).

E. 5.5

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 mit Hinweisen; siehe auch Martina Stocker, Die Teilliquidation von Vorsorgeeinrichtungen, 2012, S. 127).

E. 5.6

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 mit Hinweisen). 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. 6

Die Voraussetzungen und das Verfahren zur Teilliquidation sind im ab 1. Januar 2005 gültigen und mit Verfügung vom 30. Juni 2011 (BBSA-act. 12/12) genehmigten Teilliquidationsreglement der Beschwerdeführerin geregelt.

E. 6.1

Gemäss Art. 1 Abs. 1 des Teilliquidationsreglements sind die Voraussetzungen für eine Teilliquidation ab einer Vertragsdauer von zwei Jahren erfüllt, wenn ein Anschlussvertrag mit mindestens 10 aktiven Versicherten aufgelöst wird oder durch die Auflösung mehrerer Anschlussverträge auf den gleichen Zeitpunkt mindestens 30 aktive Versicherte betroffen sind. Verfügt ein Anschluss über mindestens 20 aktive Versicherte, so sind die Voraussetzungen nach Art. 1 Abs. 2 des Teilliquidationsreglements auch erfüllt, wenn aufgrund der Verminderung der Belegschaft oder im Rahmen der Restrukturierung des Unternehmens mindestens 50 % (bei 20 bis 30 aktiv Versicherten), mindestens 40 % (bei 31 bis 40 aktiv Versicherten), mindestens 30 % (bei 41 bis 50 aktiv Versicherten), mindestens 20 % (bei 51 bis 70 aktiv Versicherten) oder mindestens 10 % (ab 71 aktiv Versicherten) der aktiv Versicherten unfreiwillig austreten.,

E. 6.2

Nach Art. 5 Abs. 1 des Teilliquidationsreglements liegt ein kollektiver Austritt vor, wenn mehrere Versicherte gemeinsam in eine andere Vorsorgeeinrichtung übertreten. Innerhalb des Abgangsbestands wird demnach zwischen kollektiven Austritten und Einzelaustritten unterschieden.

E. 6.3

Art. 5 Abs. 2 des Teilliquidationsreglements sieht vor, dass bei einem kollektiven Übertritt auf eine neue Vorsorgeeinrichtung ergänzend zu den allgemeinen Voraussetzungen der Teilliquidation unter den folgenden kumulativen Voraussetzungen ein kollektiver anteilmässiger Anspruch auf die versicherungstechnischen Rückstellungen und Wertschwankungsreserven: - Der Übertritt betrifft mehrere Personen. - Der Übertritt wurde nicht durch die kollektiv austretende Gruppe verursacht respektive der Anschlussvertrag wurde nicht durch die Arbeitgeberin gekündigt. - Ein anteilmässiger Anspruch auf die Rückstellungen für versicherungstechnische Risiken besteht nur, soweit entsprechende Risiken mit übertragen werden.

E. 7.1

In tatsächlicher Hinsicht ist unbestritten, dass der Anschluss der D._____ SA bei der Beschwerdeführerin per 31. Dezember 2017 aufgelöst wurde. Aufgrund der übereinstimmenden Ausführungen der Verfahrensbeteiligte ist davon auszugehen, dass sämtliche 24 Arbeitnehmer der D._____ SA per 1. Januar 2018 infolge der Fusion neue Arbeitsverträge mit der Beschwerdegegnerin 1 abgeschlossen haben, die einen Eintritt in die Beschwerdegegnerin 2 vorsehen. Die Arbeitnehmer der D._____ SA sind in der Folge per 31. Dezember 2017 aus der Beschwerdeführerin ausgetreten und sind seitdem mit ihrem Einverständnis bei der für die Mitarbeitenden der Beschwerdegegnerin 1 zuständigen Beschwerdegegnerin 2 versichert (BBSA-act. 16/7).

E. 7.2

In rechtlicher Hinsicht steht nicht zur Diskussion, dass der Teilliquidationstatbestand der Auflösung eines Anschlussvertrages gemäss Art. 53b Abs. 1 Bst. c BVG und Art. 1 Abs. 1 des Teilliquidationsreglements gegeben ist. Unabhängig der Vertragsbedingungen, die zwischen der Beschwerdeführerin und der D._____ SA galten, liegt infolge des Eintritts der übernommenen Arbeitnehmer in die Beschwerdegegnerin 2 ein Freizügigkeitsfall gemäss Art. 2 Abs. 1 des Freizügigkeitsgesetzes (FZG, SR 831.42; Anspruch auf eine Austrittsleistung) und Art. 3 Abs. 1 FZG (Überweisung der Austrittsleistung an die neue Vorsorgeeinrichtung) vor, der die Pensionskasse A._____ grundsätzlich verpflichtet, die

entsprechenden Austrittsleistungen der Beschwerdegegnerin 2 zu überweisen sowie grundsätzlich eine Teilliquidation durchzuführen (vgl. BGE 143 V 200 E. 3.2 und E. 3.3 mit Hinweis auf das Urteil des BGer 2A.425/2000 vom 10. Juli 2001 E. 2c). Unbestritten ist ebenfalls, dass hier ein kollektiver Übertritt im Sinn von Art. 27h Abs. 1 BVV 2 und Art. 5 Abs. 1 des Teilliquidationsreglements vorliegt (vgl. dazu auch Stocker, a.a.O., S. 73 f.). Nicht strittig ist schliesslich, dass der austretenden Gruppe im vorliegenden Fall keine freien Mittel mitzugeben sind (Art. 27g Abs. 1 BVV 2).

E. 8

Die Beschwerdeführerin hat gestützt auf Art. 27h Abs. 5 BVV 2 und Art. 5 Abs. 2 Lemma 2 ihres Teilliquidationsreglements einen anteilmässigen kollektiven Anspruch der austretenden Gruppe der D._____ SA auf Rückstellungen und Wertschwankungsreserven abgelehnt. Es stellt sich die Frage, ob die Vorinstanz dieses Vorgehen zu Recht als bundesrechtswidrig beurteilt hat und den entsprechenden Einspracheentscheid des Stiftungsrats aufheben durfte. Streitig ist dabei insbesondere die Auslegung von Art. 27h Abs. 5 BVV 2 bzw. ob Art. 5 Abs. 2 Lemma 2 des Teilliquidationsreglements eine zulässige Präzisierung dieser Verordnungsbestimmung darstellt.

E. 8.1

Die Vorinstanz hielt in der angefochtenen Verfügung fest, die strikte Anwendung des Wortlautes von Art. 27h Abs. 5 BVV 2 hätte zur Folge, dass der kollektive Anspruch auf Rückstellungen und Wertschwankungsreserven stets abgesprochen werden könnte, weil das austretende Kollektiv immer der Auslöser für die Teilliquidation sei. Dies widerspreche aber dem grundsätzlichen Anspruch auf Rückstellungen und Wertschwankungsreserven. Zum Verständnis dieser Bestimmung sei auf die Entstehungsgeschichte zurückzugreifen. Aus den Erläuterungen des BSV zu Art. 27h Abs. 5 BVV 2, die auf den sogenannten «Diasan-Fall» (BGE 119 Ib 46) verweisen, ergebe sich, dass nur dann kein Anspruch auf Rückstellungen und Wertschwankungsreserven bestehe, wenn der freiwillige kollektive Austritt einiger Mitarbeitenden zu teilliquidationsrelevanten Veränderungen beim alten Arbeitgeber führe. Aufgrund ständiger Rechtsprechung seien freiwillige Austritte bei der Prüfung der Teilliquidationsbedingen ohnehin nicht zu berücksichtigen. Im vorliegenden Fall habe der Austritt der Mitarbeitenden nicht zu teilliquidationsrelevanten Veränderungen bei der D._____ SA geführt. Der Wortlaut von Art. 27h Abs. 5 BVV 2 stelle nicht klar, was unter einer Verursachung der Teilliquidation durch die Austretenden zu verstehen sei. Auch beim Tatbestand einer erheblichen Verminderung der Belegschaft oder der Restrukturierung einer Unternehmung werde jede Teilliquidation per se erst durch den Abgang von Mitarbeitenden ausgelöst. Würde man der Interpretation der Beschwerdeführerin folgen, so würde auch in diesen Fällen eine Mitgabe von versicherungstechnischen Rückstellungen und Wertschwankungsreserven nie stattfinden. Dies entspreche nicht der Absicht des Gesetzgebers. Unter die Einschränkung von Art. 27h Abs. 5 BVV 2 könnten somit nur freiwillige kollektive Austritte fallen, die zu teilliquidationsrelevanten Veränderungen beim alten Arbeitgeber geführt hätten. Art. 5 Abs. 2 Lemma 2 des Teilliquidationsreglements sei nicht als Präzisierung von Art. 27h Abs. 5 BVV 2 zu sehen. Durch diese Reglementsbestimmung werde Art. 53b Abs. 1 Bst. c BVG unzulässigerweise eingeschränkt. Daher sei die Weigerung der Beschwerdeführerin, der kollektiv austretenden Gruppe der D._____ SA einen Anteil der Rückstellungen und Wertschwankungsreserven mitzugeben bzw. die Abweisung der Einsprache vom 4. Juli 2018 nicht rechtskonform.

E. 8.2

Die Verfahrensparteien und die Vorinstanz haben sich im Beschwerdeverfahren zusammengefasst wie folgt zur Streitfrage geäußert:

E. 8.2.1

Die Beschwerdeführerin macht im Wesentlichen geltend, dass die Vorinstanz Art. 27h Abs. 5 BVV 2 zu eng ausgelegt und falsch auf den zu beurteilenden Sachverhalt angewendet habe. Der Wortlaut von Art. 27h Abs. 5 BVV 2 sei klar. Demnach sei diese Bestimmung auf sämtliche Teilliquidationstatbestände - somit auch auf den Teilliquidationsgrund der Auflösung eines Anschlussvertrages - anwendbar. Die Beschränkung des Anwendungsbereichs von Art. 27h Abs. 5 BW 2 auf freiwillige kollektive Austritte bei Umstrukturierungen entleere diese Bestimmung jeglicher Wirkung, seien doch freiwillige Austritte bei einer Teilliquidation ohnehin nicht zu berücksichtigen. Massgebendes Kriterium bei der Anwendung von Art. 27h Abs. 5 BVV 2 sei die Entscheidung, die zur Teilliquidation geführt habe. Bei einem Austritt aus freiem Entscheid der Versicherten (und nicht aufgrund eines wirtschaftlich bedingten Stellenabbaus oder einer betrieblichen Umstrukturierung) sei der Anspruch auf Rückstellungen und Wertschwankungsreserven zu verneinen. Vorliegend habe die Verantwortung für den Entscheid der Auflösung des Anschlusses vollumfänglich bei der austretenden Gruppe gelegen. Die Vorinstanz habe den Anwendungsbereich von Art. 27h Abs. 5 BVV unter Bezugnahme auf den «Diasan-Fall» zu Unrecht eingengt. Es sei auch zu berücksichtigen, dass in Bezug auf die Mitgabe von Rückstellungen und Wertschwankungsreserven massgebliche Unterschiede zwischen Konzernkassen einerseits und Sammel- und Gemeinschaftsstiftungen anderseits bestünden. Die vorinstanzliche enge Auslegung von Art. 27h Abs. 5 BVV 2 führe zu einer Schlechterstellung von Verbandseinrichtungen gegenüber Konzernkassen. Weiter bringt die Beschwerdeführerin vor, dass selbst wenn davon ausgegangen werde, dass nur freiwillige Austritte in den Anwendungsbereich von Art. 27h Abs. 5 BVV 2 fallen würden, im vorliegenden Fall kein Anspruch auf Rückstellungen und Wertschwankungsreserven bestünde. Es liege ein freiwilliger Austritt vor, weil sich die austretenden Mitarbeitenden der D._____ SA zum Wechsel der Vorsorgeeinrichtung entschieden hätten, obwohl sie weiterhin bei der Pensionskasse A._____ hätten angeschlossen bleiben können. Die Voraussetzungen von Art. 27h Abs. 5 BVV 2 seien daher erfüllt.

E. 8.2.2

Die Beschwerdegegnerinnen sind der Ansicht, dass die angefochtene Verfügung rechtskonform sei. Sie weisen darauf hin, dass dem Teilliquidationsreglement der Beschwerdeführerin insofern keine rechtliche Relevanz zukomme, als es nicht im Einklang mit den zwingenden Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen stehe. Art. 27h Abs. 1 BVV 2 setze das Gleichbehandlungsgebot gemäss Art. 53d Abs. 1 BVG bei kollektiven Austritten um. Es entspreche der gesetzgeberischen Absicht, dass der abgehende und der verbleibende Bestand grundsätzlich gleichbehandelt würden. Dem Gleichbehandlungsgrundsatz komme gegenüber einem Fortbestandsinteresse das Übergewicht zu. Jede Teilliquidation werde grundsätzlich durch Veränderungen arbeitgeberseits ausgelöst. Dies allein könne nicht dazu führen, dass ein kollektiver Anspruch auf Rückstellungen und Wertschwankungsreserven verneint werde. Das Verständnis der Beschwerdeführerin von Art. 27h Abs. 5 BVV 2 würde faktisch den Tatbestand der Teilliquidation aushöhlen, was nicht dem Willen des Gesetzgebers entspreche. Es könne nicht ausschlaggebend sein, dass die Beschwerdegegnerin 1 mit der

Fusion und den sich daraus ergebenden neuen Arbeitsverträgen den Austritt aus der Beschwerdeführerin herbeigeführt habe. Die Vorsorgeeinrichtung könne in ihrem Reglement nicht zu Lasten des austretenden Bestandes den Grundsatz der anteilmässigen Aufteilung der Rückstellungen und Wertschwankungsreserven wegbedingen. Art. 27h Abs. 5 BVV 2 knüpfe nicht an die Verursachung des Austritts, sondern an ein Verhalten an, das zur Teilliquidation geführt habe. Art. 5 Abs. 2 Lemma 2 des Teilliquidationsreglements stelle eine unzulässige Einschränkung des zwingenden Anspruchs auf anteilmässige Rückstellungen und Wertschwankungsreserven dar. Art. 27h Abs. 5 BVV 2 regle nur eine ganz spezifische Ausnahmesituation. Der Beschluss des Stiftungsrats der Beschwerdeführerin stelle eine klare Verletzung der gesetzlichen Teilliquidationsbestimmungen, des Grundsatzes der Gleichbehandlung sowie von Treu und Glauben dar.

E. 8.2.3

Die Vorinstanz hält in ihrer Vernehmlassung fest, dass die wörtliche Auslegung von Art. 27h Abs. 5 BVV 2, wie dies die Beschwerdeführerin fordere, zu eng sei. Die von der Beschwerdeführerin geforderte Anwendung von Art. 27h Abs. 5 BVV 2 würde den Anwendungsbereich von Art. 53d Abs. 1 BVG in unrechtmässiger Weise einschränken und somit die Normenhierarchie verletzen. Bei einer teleologischen Auslegung von Art. 27h Abs. 5 BVV 2 spiele die Unterscheidung zwischen Konzerneinrichtungen einerseits und Sammel- sowie Gemeinschaftseinrichtungen andererseits, keine Rolle.

E. 8.3

Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, Art. 5 Abs. 2 ihres Teilliquidationsreglements sei von der Aufsichtsbehörde überprüft und mit unangefochten gebliebener Verfügung vom 30. Juni 2011 genehmigt worden, kann sie daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten. Die Genehmigung des Teilliquidationsreglements durch die zuständige Aufsichtsbehörde schliesst eine inzidente Normenkontrolle nicht aus (BGE 139 V 72 E. 4; Urteil des BVGer A-2668/2015 vom 19. Mai 2017 E. 3.3.1). Wird dabei eine Rechtswidrigkeit festgestellt, führt dies nicht zur Aufhebung der betreffenden Regelung, sondern grundsätzlich zu ihrer Nichtanwendung im strittigen Einzelfall (BGE 143 V 200 E. 5.1).

E. 8.4

Zur Klärung der umstrittenen Frage ist Art. 27h Abs. 5 BVV 2 auszulegen. Hierzu ist einleitend festzuhalten, dass es grundsätzlich am Stiftungsrat liegt, diese Bestimmung zu interpretieren (Art. 53d Abs. 4 BVG). Weder die Vorinstanz als Aufsichtsbehörde noch das Bundesverwaltungsgericht dürfen in das pflichtgemäss ausgeübte Ermessen des Stiftungsrats eingreifen, sondern sie müssen sich auf eine Rechtskontrolle beschränken (vgl. Urteil des BVGer A-1427/2019 vom 25. Januar 2020 E. 6.3.3).

E. 8.5

Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der Wortlaut der Bestimmung (grammatikalisches Element). Ist er klar, das heisst eindeutig und unmissverständlich, darf vom Wortlaut nur abgewichen werden, wenn ein triftiger Grund für die Annahme besteht, der Wortlaut ziele am «wahren Sinn», das heisst am Rechtssinn der Regelung vorbei. Anlass für eine solche Annahme können die Entstehungsgeschichte der Bestimmung (historisch), ihr Zweck (teleologisch) oder der Zusammenhang mit anderen Vorschriften (systematisch) geben, so namentlich, wenn die grammatikalische Auslegung zu einem Ergebnis führt, das der

Gesetzgeber nicht gewollt haben kann. Verordnungsrecht ist gesetzeskonform auszulegen. Es sind die gesetzgeberischen Anordnungen, Wertungen und der in der Delegationsnorm eröffnete Gestaltungsspielraum mit seinen Grenzen zu berücksichtigen (BGE 145 V 289 E. 4; BGE 144 V 327 E. 3 S. 331; BGE 142 V 466 E. 3.2 S. 471; je mit Hinweisen). Eine Gesetzesinterpretation *lege artis* kann ergeben, dass ein an sich klarer Wortlaut zu weit gefasst und auf einen an sich davon erfassten Sachverhalt nicht anzuwenden ist (teleologische Reduktion; BGE 140 I 305 E. 6.2; 137 III 487 E. 4.5; 131 V 242 E. 5.2).

E. 8.6

Gemäss dem Wortlaut von Art. 27h Abs. 5 BVV 2 besteht kein kollektiver Anspruch auf Rückstellungen und Wertschwankungsreserven, wenn «die Teil- oder Gesamtliquidation der Vorsorgeeinrichtung durch die Gruppe, die kollektiv austritt, verursacht wurde» («[...] lorsque le groupe qui sort collectivement est à l'origine de la liquidation partielle ou totale de l'institution de prévoyance»; «[...] se la liquidazione parziale o totale dell'istituto di previdenza è stata causata dal gruppo che esce collettivamente»). Art. 5 Abs. 2 Lemma 2 des Teilliquidationsreglements der Beschwerdeführerin spricht dagegen nicht wie Art. 27h Abs. 5 BVV 2 von der «Verursachung der Teilliquidation», sondern von der «Verursachung des Übertritts» durch die kollektiv austretende Gruppe. Zudem wird in Art. 5 Abs. 2 Lemma 2 des Teilliquidationsreglements - anders als in Art. 27h Abs. 5 BVV 2 - die Kündigung des Anschlussvertrags durch den Arbeitgeber ausdrücklich als Anwendungsfall erwähnt. Der Wortlaut von Art. 27h Abs. 5 BVV 2 ist aber relativ offen formuliert und weit gefasst. Er gibt keinen klaren Aufschluss darüber, was im Einzelnen als Verursachung einer Teilliquidation durch die austretende Gruppe zu verstehen ist (vgl. Wilson, a.a.O., S. 72 Rz. 224). Es wird auch nicht ausdrücklich zwischen freiwilligen und unfreiwilligen Austritten unterschieden. Aus dem Wortlaut von Art. 27h Abs. 5 BVV 2 ergibt sich daher nicht ohne Weiteres, dass die Vorinstanz zu Recht davon ausgeht, dass Art. 5 Abs. 2 Lemma 2 des Teilliquidationsreglements nicht von dieser Verordnungsbestimmung gedeckt ist. Zu prüfen ist im Folgenden, ob der Wortlaut von Art. 27h Abs. 5 BVV 2 zu weit gefasst ist und den Sinn der Bestimmung nicht richtig wiedergibt bzw. in dem Sinne restriktiv zu interpretieren ist, dass lediglich bei freiwilligen kollektiven Abgängen, die zu teilliquidationsrelevanten Veränderungen beim ehemaligen Arbeitgeber führen, ein kollektiver Anspruch auf Rückstellungen und Wertschwankungsreserven verneint werden darf.

E. 8.7

Die in Frage stehende Verordnungsbestimmung wurde vom Bundesrat gestützt auf die gesetzliche Delegation in Art. 53d Abs. 1 BVG (in Kraft seit dem 1. Januar 2005; 1. BVG-Revision vom 3. Oktober 2003 [AS 2004 1677]) erlassen (vgl. Urteil des BVGer A-1134/2018 vom 28. Februar 2019 E. 3.5). Demnach muss die Teil- und Gesamtliquidation der Vorsorgeeinrichtung unter Berücksichtigung des Gleichbehandlungsgrundsatzes und nach fachlich anerkannten Grundsätzen durchgeführt werden. Der Bundesrat bezeichnet diese Grundsätze.

E. 8.7.1

Aus den Materialien zu Art. 53d Abs. 1 BVG ergibt sich, dass der Hinweis auf den Gleichbehandlungsgrundsatz - der im bundesrätlichen Vorschlag noch fehlte (Botschaft des Bundesrats zur 1. BVG-Revision vom 1. März 2000, BBl 2000 2637 ff; vgl. auch Ueli Kieser, Kommentar zum schweizerischen Sozialversicherungsrecht, BVG und FZG, Art. 53d Rz. 1) - im Rahmen der parlamentarischen Beratungen eingefügt wurde. Der

Nationalrat hatte gerade Ungleichbehandlungen zwischen den Bleibenden und den Austretenden im Bereich der Verteilung von Reserven und Rückstellungen vor Augen, als er im neuen Art. 53d Abs. 1 BVG den ausdrücklichen Hinweis auf das Gleichbehandlungsgebot einfügte (vgl. AB 2002 N 553 f.). Die schliesslich zum Gesetz erhobene offenere Formulierung von Art. 53d Abs. 1 BVG wurde in der ständerätlichen Beratung vorgeschlagen (AB 2002 S 1050 f.; vgl. auch Stocker, a.a.O., S. 55). Obwohl - im Gegensatz zur im Nationalrat ursprünglich angenommenen Formulierung («Bei der Teilliquidation müssen die Bleibenden und die Austretenden gleichbehandelt werden») - die Gleichbehandlung zwischen Bleibenden und Austretenden nicht ausdrücklich im definitiven Gesetzestext erwähnt wurde, war man auch im Ständerat der Ansicht, dass diese miterfasst ist (AB 2003 S 451). Es ist der klar geäusserte Wille des Parlaments, beim Verfahren der Gesamt- oder Teilliquidation den Gleichbehandlungsgrundsatz als zentrales Element zu behandeln (vgl. BGE 140 V 121 E. 4.2). Der Gesetzgeber hat mit der Regelung in Art. 53d Abs. 1 BVG (unter anderem) beabsichtigt, dass bei einer Teilliquidation die Austretenden und die Bleibenden in Bezug auf die Verteilung von Reserven und Rückstellungen gleichbehandelt werden (vgl. BGE 131 II 514 E. 6.2). Das ist im Rahmen der Auslegung von Art. 27h Abs. 1 BVV 2 zu berücksichtigen.

E. 8.7.2

Die zentrale Bedeutung des Gleichbehandlungsgebots bei der Durchführung einer Teilliquidation ergibt sich auch aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. Kieser, a.a.O., Art. 53d Rz. 11 ff.). In BGE 143 V 200 hielt das Bundesgericht fest, dass hinter den Teilliquidationsbestimmungen von Art. 53b und 53d BVG ein elementarer Grundgedanke stehe: Die freien Mittel folgen grundsätzlich dem Personal unter Gleichbehandlung aller Destinatäre, so wie diese auch gleichmässig am Defizit respektive an der Unterdeckung partizipieren. Mit anderen Worten gehe es um den Ausgleich der Be- oder Entreichung unter sämtlichen Versicherten (E. 4.2.3). 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 einen Teil des gegebenenfalls verbleibenden freien Stiftungsvermögens mitgibt. Mit anderen Worten soll eine Vorsorgeeinrichtung die erforderlichen versicherungstechnischen Reserven und Rückstellungen bilden können, die sie nach Abwicklung der Teilliquidation benötigt, um die Vorsorge der bisherigen Destinatäre im bisherigen Rahmen weiterzuführen, ohne dass der Fortbestand von der Teilliquidation profitiert und damit der Abgangsbestand ungleich behandelt würde (vgl. zum Ganzen statt vieler: BGE 144 V 120 E. 2.2; 140 V 121 E. 4.3; 131 II 514 E. 6.2, je mit Hinweisen; Urteil des BVGer A-141/2017 und A-331/2017 vom 20. November 2018 E. 7.1.2). 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).

E. 8.7.3

Zu beachten ist indes, dass der Vorsorgeeinrichtung bei einer Teilliquidation ein Fortbestandsinteresse zukommt, das sich aus Art. 65 Abs. 1 BVG ergibt, wonach die

Vorsorgeeinrichtung jederzeit Sicherheit dafür zu bieten hat, dass sie die übernommenen Verpflichtungen erfüllen kann (vgl. Stocker, a.a.O., S. 140 f.). Unter diesem Titel bildet sie 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. Es handelt sich dabei insbesondere um Risikoschwankungsreserven, Wertschwankungsreserven auf den Aktiven, Zinsreserven, Reserven wegen Zunahme der Lebenserwartung, Reserven für die Anpassung der laufenden Renten an die Teuerung sowie Rückstellungen für latente Steuern und Abgaben (statt vieler: BGE 131 II 525 E. 4; Urteil des BVGer A-141/2017 und A-331/2017 vom 20. November 2018 E. 7.7.1; siehe auch E. 8.1.1 des Urteils des BVGer A-1626/2015 vom 8. Dezember 2017 [das Bundesgericht hat in BGE 145 V 22 die entsprechenden Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts nicht beanstandet]).

E. 8.7.4

Das Gleichbehandlungsgebot der Austretenden und der Bleibenden und Fortbestandsinteresse der Vorsorgeeinrichtung stehen in einem Spannungsverhältnis zu einander. Das Fortbestandsinteresse zielt aber nicht auf eine Privilegierung der zurückbleibenden Versicherten ab, sondern bezweckt allein die Erhaltung von deren bisherigem Vorsorgeschutz. Der Wahrung von Fortbestandsinteressen kommt demnach gegenüber Gleichbehandlungsanliegen kein Vorrang zu (BGE 131 II 514 E. 5.4).

E. 8.8

Art. 27h Abs. 5 BVV 2 steht auf Verordnungsebene systematisch im engen Zusammenhang mit Art. 27h Abs. 1 BVV 2 (in der hier massgebenden ab 1. Juni 2009 geltenden Fassung), der bei einem kollektiven Austritt zusätzlich zum Anspruch auf die freien Mittel im Grundsatz einen kollektiven anteilmässigen Anspruch auf die Rückstellungen und Wertschwankungsreserven vorsieht.

E. 8.8.1

Art. 27h Abs. 1 BVV 2 ist eine Konkretisierung der gesetzgeberischen Vorgabe zur Gleichbehandlung und schränkt die Geltendmachung von Fortbestandsinteressen der Vorsorgeeinrichtung ein (Mitteilungen über die berufliche Vorsorge Nr. 75 S. 26 f.; vgl. auch BGE 140 V 121 E. 4.3). Ziel von Art. 27h Abs. 1 BVV 2 ist es, im Sinne des Gleichbehandlungsgebotes sicherzustellen, dass das austretende Kollektiv im Vergleich zu den verbleibenden Versicherten nicht benachteiligt wird (Urteil des BVGer A-662/2018 vom 13. Februar 2019 E. 3.2.2 mit Hinweis auf E. Peter, Die Verteilung von Rückstellungen bei Teilliquidation, in: SZS 2014, S. 79 ff., S. 91, mit Hinweisen).

E. 8.8.2

Gemäss der ursprünglichen, im Rahmen der 1. BVG-Revision am 1. Januar 2005 in Kraft getretenen Fassung von Art. 27h Abs. 1 BVV 2 war die Wertschwankungsreserve nur dann mitzugeben, wenn auch anlagetechnische Risiken übertragen wurden. Seit der Änderung von Art. 27h Abs. 1 BVV 2, die auf den 1. Januar 2009 in Kraft getreten ist, ist die Wertschwankungsreserve auch dann anteilmässig mitzugeben, wenn kein anlagetechnisches Risiko übergeht und die Austrittsleistungen ausschliesslich in bar auf die neue Vorsorgeeinrichtung übertragen werden. Die Änderung per 1. Januar 2009 hat aber keine Veränderung der Voraussetzungen für den kollektiven Anspruch auf Rückstellungen und Schwankungsreserven mit sich gebracht. Unverändert geblieben ist auch der Grundsatz, dass nur so weit Anspruch auf Rückstellungen besteht, als auch entsprechende

versicherungstechnische Risiken übertragen werden (Mitteilungen des BSV über die berufliche Vorsorge Nr. 111 vom 6. April 2009, Rz. 684 Ziff. 2.2; BGE 140 V 121 E. 2.2).

E. 8.9

Der strittige Art. 27h Abs. 5 BVV 2 statuiert eine Ausnahme vom aus dem Gleichbehandlungsgebot gemäss Art. 53d Abs. 1 BVG abgeleiteten und in Art. 27h Abs. 1 BVV statuierten Grundsatz, dass bei einem kollektiven Austritt ein kollektiv anteilmässiger Anspruch auf die Rückstellungen und Wertschwankungsreserven besteht. Eine rein wörtliche Auslegung von Art. 27h Abs. 5 BVV 2 respektive eine strikte Befolgung des Verordnungstextes hätte zur Folge, dass die Mitgabe von Rückstellungen und Wertschwankungsreserven regelmässig verweigert werden könnte, weil in aller Regel die Liquidation durch den Austritt einer Gruppe «verursacht» wird (vgl. Kieser, a.a.O., Art. 53d Rz. 40 FN 104; Stocker, a.a.O., S. 142). Gerade dies dürfte aber nicht dem Zweck von Art. 27h Abs. 5 BVV 2 entsprechen (Marc Hürzeler, Berufliche Vorsorge, 2020, S. 478 Rz. 43; nachfolgend: Berufliche Vorsorge) und stünde im Widerspruch zum Gleichbehandlungsgebot und dem daraus abgeleiteten grundsätzlichen kollektiven Anspruch auf Rückstellungen und Wertschwankungsreserven, weshalb zum Verständnis dieser Bestimmung auf die Entstehungsgeschichte zurückzugreifen ist (vgl. Stocker, a.a.O., S. 143).

E. 8.9.1

Das BSV hat in seinen Mitteilungen über die berufliche Vorsorge Nr. 75 vom 2. Juli 2004 (S. 26 f.) festgehalten, dass gemäss dem am 1. Januar 2005 in Kraft getretenen Art. 27h Abs. 5 BVV 2 der kollektive Anspruch auf Rückstellungen und Wertschwankungsreserven nur dann bestehen soll, «wenn mehrere Versicherte als Gruppe in eine neue Vorsorgeeinrichtung übertreten, weil sie von einer Massnahme betroffen sind, die nicht von dieser Gruppe verursacht wurde». Ein Musterbeispiel für eine Massnahme, die von der Gruppe selbst verursacht worden sei, finde sich im sogenannten «Diasan-Fall» (BGE 119 Ib 46). Dort habe das Bundesgericht entschieden, dass eine Gruppe von Mitarbeitenden, welche das Unternehmen verlassen habe, um ein Konkurrenzunternehmen zu gründen, keinen Anspruch auf freie Mittel aus der ehemaligen Vorsorgeeinrichtung habe (Mitteilungen über die berufliche Vorsorge Nr. 75 S. 26 f.).

E. 8.9.2

Angesichts des ausdrücklichen Hinweises in den Erläuterungen zu Art. 27h Abs. 5 BVV 2 auf den «Diasan-Fall» (BGE 119 Ib 46) ist davon auszugehen, dass sich der Verordnungsgeber massgebend an diesem Urteil orientiert hat (vgl. auch Stocker, a.a.O., S. 143; Lucrezia Glanzmann-Tarnutzer, Bekanntes und Neues zur Teilliquidation von Vorsorgeeinrichtungen, in: AJP 2019 S. 606). In diesem Urteil hatte das Bundesgericht einen Sachverhalt zu beurteilen, in dem 16 Mitarbeitende innerhalb von zwei Monaten ihre Arbeitgeberin verlassen und in ein Konkurrenzunternehmen eingetreten sind. Dieser Austritt hatte bei der ehemaligen Arbeitgeberin zu organisatorischen Veränderungen geführt, was die Entlassung eines grösseren Teils der verbliebenen Mitarbeitenden und die Teilliquidation der Vorsorgeeinrichtung zur Folge hatte. Strittig und vom Bundesgericht zu beurteilen war, ob die zum Konkurrenzunternehmen übergetretenen ehemaligen Mitarbeitenden zusätzlich zur reglementarischen Austrittsleistung nach dem Gleichbehandlungsgrundsatz einen Anspruch auf einen Anteil an den freien Stiftungsmitteln hatten. Diese verlangten die gleiche Behandlung wie die bei der

ehemaligen Arbeitgeberin verbliebenen und später entlassenen bzw. zu einem Nachfolgeunternehmen gewechselten Mitarbeiter, denen ein Anspruch auf einen Anteil an den freien Mitteln zugestanden worden war. Das Bundesgericht hat den Anspruch der zum Konkurrenzunternehmen übergetretenen Gruppe auf freie Mittel verneint, mit der Begründung, dass der freiwillig erfolgte Austritt dieser grösseren Gruppe Auslöser für die Umstrukturierung bei der Stifterfirma und in der Folge bei der Vorsorgestiftung selbst gewesen sei. Verlasse ein Arbeitnehmer aus freien Stücken ein bisheriges Arbeitsverhältnis, so werde er nicht in seinem Vertrauen auf allfällige künftige Leistungen der Vorsorgestiftung enttäuscht. Auch wenn es kurze Zeit später zu einer Teilliquidation komme, weil ein grosser Teil des verbleibenden Personals habe entlassen werden müssen, lasse sich nicht sagen, dem (freiwilligen) Personalabgang lägen dieselben Ursachen zugrunde, die schliesslich zur Teilliquidation und zur Begünstigung der verbliebenen Destinatäre geführt hätten. Sei es bei letzteren der wirtschaftliche Niedergang der bisherigen Arbeitgeberfirma, so sei es bei den anderen deren freier Entschluss gewesen, in ein Konkurrenzunternehmen einzutreten. Die Gruppe, die zum Konkurrenzunternehmen gewechselt habe, erscheine geradezu als Verursacher der Krise bei der ehemaligen Arbeitgeberin, während die verbliebenen Arbeitnehmer als Opfer dastünden. In dieser diametral entgegengesetzten Rollenverteilung liege ein zureichender Grund für die getroffene Differenzierung (in Bezug auf den Anspruch auf freie Mittel). Das Gleichbehandlungsgebot sei daher nicht verletzt (BGE 119 Ib 46 E. 4c).

E. 8.10

Als Musterbeispiel für eine «Verursachung einer Teilliquidation durch eine kollektiv austretende Gruppe» diente dem Verordnungsgeber damit eine Konstellation, in der eine Gruppe freiwillig und aus eigenem Antrieb aus einem Unternehmen ausgetreten ist und dadurch Veränderungen bei der ehemaligen Arbeitgeberin ausgelöst hat, die eine Teilliquidation der Vorsorgeeinrichtung zur Folge hatte. Aus den Materialien ergeben sich wie ausgeführt (vgl. oben E. 8.7.1) keine Hinweise darauf, dass der Verordnungsgeber die Absicht hatte, bei der Auflösung eines Anschlussvertrags durch die Arbeitgeberin einen kollektiven Anspruch auf Rückstellungen und Wertschwankungsreserven kategorisch zu verneinen. Das wäre ohnehin mit dem oben in E. 8.7.2 näher dargelegten Gleichbehandlungsgebot gemäss Art. 53d Abs. 1 BVG kaum zu vereinbaren. Es darf auch davon ausgegangen werden, dass sich der Verordnungsgeber bewusst war, dass das «Diasan-Urteil» den Anspruch auf freie Mittel und nicht den kollektiven Anspruch auf Rückstellungen und Wertschwankungsreserven betrifft. Aus der Entstehungsgeschichte von Art. 27h Abs. 5 BVV 2 ergeben sich damit klare Hinweise darauf, dass der Verordnungsgeber den Anwendungsbereich dieser Ausnahmebestimmung enger verstand, als er im Wortlaut zum Ausdruck kommt. Der Wortlaut der streitigen Bestimmung ist mit anderen Worten weiter gefasst, als es der Regelungsabsicht des Verordnungsgebers entsprochen hat. Aufgrund des ausdrücklichen Hinweises auf BGE 119 Ib 46 in den Erläuterungen des BSV ist der in der Literatur vertretene Ansicht zu folgen, wonach Art. 27h Abs. 5 BVV 2 so zu verstehen ist, dass die Verursachung von teilliquidationsrelevanten Veränderungen bei der Arbeitgeberin - und die nicht Verursachung einer Teil- oder Gesamtliquidation - dazu führt, dass die kollektiv austretende Gruppe keinen Anspruch auf Rückstellungen und Wertschwankungsreserven hat (vgl. Stocker, a.a.O., S. 144; Kieser, a.a.O., Art. 53d Rz. 40). Der Ausschluss einer Gruppe vom kollektiven Anspruch auf Rückstellungen und Wertschwankungsreserven kommt daher nur in Frage, wenn diese aus freien Stücken und ohne durch das Arbeitgeberunternehmen veranlasste wirtschaftliche

Umstände ausgetreten ist (vgl. Hürzeler, Berufliche Vorsorge, S. 478 Rz. 43). Müssen dagegen Mitarbeitende unfreiwillig in ein anderes Unternehmen wechseln (aufgrund einer Restrukturierung), sind sie im Rahmen einer Teilliquidation so zu behandeln, wie wenn sie ihren bisherigen Arbeitnehmer nie verlassen hätten (BGE 110 II 436 E. 5; vgl. auch Stocker, a.a.O., S. 83; Mitteilungen über die berufliche Vorsorge Nr. 111 vom 6. April 2009 S. 2). Der Umstand, dass nach der Rechtsprechung freiwillig aus dem Unternehmen austretende Arbeitnehmer grundsätzlich nicht in die Teilliquidation einzubeziehen sind (BGE 128 II 394 E. 5.5 und E. 5.6; Urteil des BVGer A-2946/2017 vom 26. Juli 2018 E. 3.4.1), lässt entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin nicht darauf schliessen, dass es nicht Absicht des Verordnungsgebers gewesen sein könne, den Anwendungsbereich von Art. 27h Abs. 5 BVV2 auf solche Austritte zu beschränken.

E. 8.11

Diese Sichtweise wird auch dadurch bestätigt, dass sich weder aus dem Wortlaut noch der Entstehungsgeschichte von Art. 27h Abs. 1 BVV Hinweise darauf ergeben, dass der Verordnungsgeber den Teilliquidationstatbestand der Auslösung des Anschlussvertrags durch den Arbeitgeber vom Anwendungsbereich dieser Bestimmung ausschliessen wollte. Es ist davon auszugehen, dass Art. 27h Abs. 1 BVV 2 grundsätzlich auf sämtliche drei Teilliquidationstatbestände, das heisst auch auf auch die Auflösung des Anschlussvertrags durch den Arbeitgeber, anwendbar ist (vgl. Stocker, a.a.O., S. 144; Glanzmann-Tarnutzer, a.a.O., S. 607). Eine kategorische Verneinung eines kollektiven Anspruchs auf Rückstellungen und Wertschwankungsreserven bei der Kündigung eines Anschlussvertrags durch die Arbeitgeberin, wie dies in Art. 5 Abs. 2 Lemma 2 des Teilliquidationsreglements vorgesehen ist, steht dazu im Widerspruch.

E. 8.12

Zum gleichen Ergebnis führt eine Auslegung der umstrittenen Bestimmung nach ihrem Sinn und Zweck (teleologische Auslegung). Wie soeben erwähnt, ging es dem Verordnungsgeber mit der Regelung von Art. 27h Abs. 1 BVG darum, im Grundsatz die Gleichbehandlung bei kollektiven Austritten zu regeln. Damit soll gemäss dem Grundsatz, dass das Stiftungsvermögen den bisherigen Destinatären folgen muss, bei einer Teilliquidation auch die Aufteilung der nichtindividualisierten Mittel (Rückstellungen, Wertschwankungsreserven, freie Mittel) durchgeführt werden (vgl. Stocker, a.a.O., S. 66). Eine Ausnahme von der Gleichbehandlung soll gemäss Art. 27h Abs. 5 BVV 2 dann gemacht werden, wenn die austretende Gruppe von einer Massnahme betroffen ist, die sie selbst verursacht hat. Damit soll insbesondere eine missbräuchliche Geltendmachung des kollektiven Anspruchs auf Rückstellungen und Wertschwankungsreserven verhindert werden soll (vgl. Stauffer, a.a.O., S. 515 Rz. 1591). Käme Art. 27h Abs. 5 BVV bei jeder Auflösung eines Anschlussvertrags durch die Arbeitgeberin zur Anwendung - so wie das in Art. 5 Abs. 2 des Teilliquidationsreglements vorgesehen ist - würde damit dem Ausnahmecharakter dieser Bestimmung keine Rechnung getragen.

E. 8.13

Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, die Praxis zur Mitgabe von Rückstellungen und Wertschwankungsreserven sei vornehmlich in Bezug auf Konzernkassen konzipiert worden, so lassen sich darauf weder dem Wortlaut von Art. 27h Abs. 1 BVV2 noch den Erläuterungen des BSV Hinweise entnehmen. Auch sind in den Materialien zu Art. 53d Abs. 1 BVG keine Absichten des Gesetzgebers ersichtlich, dass beim Verfahren für die

Teilliquidation bei Sammel-, Gemeinschafts- und Konzerneinrichtungen unterschiedliche Grundsätze zur Anwendung gelangen sollen (vgl. Botschaft des Bundesrats zur 1. BVG-Revision vom 1. März 2000, BBl 2000 2672 f.). Auch wenn im Rahmen der parlamentarischen Beratungen zu Art. 53d Abs. 1 BVG von Umstrukturierungen und Abspaltungen von Firmenteilen gesprochen wurde (vgl. AB 2002 N 553 f.), kann daraus entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin nicht gefolgert werden, der Gesetzgeber habe eine unterschiedliche Behandlung von Konzernkassen und Gemeinschafts- bzw. Sammelstiftungen in Bezug auf die Mitgabe von nicht individualisierten Stiftungsmittel beabsichtigt.

E. 8.14

Aus dem Dargelegten folgt, dass Art. 27h Abs. 5 BVV 2 mit der Vorinstanz und den Beschwerdegegnerinnen so zu interpretieren ist, dass nur bei einem freiwilligen kollektiven Austritt, der zu teilliquidationsrelevanten Veränderungen beim ehemaligen Arbeitgeber führt, der kollektive Anspruch der austretenden Gruppe auf Rückstellungen und Wertschwankungsreserven verneint werden darf (so auch Stocker, a.a.O., S. 143 f.; Glanzmann-Tarnutzer, a.a.O., S. 607). Die Ansicht der Beschwerdeführerin, dass das Kriterium der Auflösung des Anschlussvertrages durch den Arbeitgeber in Art. 5 Abs. 2 des Teilliquidationsreglements vom Wortlaut von Art. 27h Abs. 5 BVV 2 mitumfasst sei und eine zulässige Präzisierung der Verordnungsbestimmung darstelle, erweist sich dagegen als nicht gesetzes- und verordnungskonform.

E. 8.15

Zu prüfen bleibt die Anwendbarkeit von Art. 27h Abs. 5 BVV 2 auf den vorliegenden Sachverhalt.

E. 8.15.1

Die Beschwerdeführerin geht davon aus, dass im vorliegenden Fall der zur Teilliquidation führende Prozess durch die austretenden Mitarbeitenden ausgelöst worden sei, indem diese sich entschlossen habe, mit der neuen Eigentümerin Arbeitsverträge abzuschliessen und so den Austritt aus der Pensionskasse A._____ und damit die Auflösung des Anschlussvertrags zu erzwingen. Die Initiative zum Wechsel der Vorsorgeeinrichtung habe bei der D._____ SA bzw. der B._____ AG als Arbeitgeberin zusammen mit den betroffenen Versicherten gelegen und nicht bei der Pensionskasse A._____. Die Pensionskasse A._____ habe sich ausdrücklich bereit erklärt, den Anschluss auch nach der Fusion für die Versichertengruppe weiterzuführen. In diesem Zusammenhang sei zu berücksichtigen, dass sowohl die Fusion der Arbeitgeber als auch der Wechsel der Vorsorgeeinrichtung nur in Rücksprache und mit dem Einverständnis der ehemaligen Mitarbeiter der D._____ SA habe zustande kommen können. Im vorliegenden Fall sei mindestens ein konkludentes Einverständnis mit dem Übertritt anzunehmen. Wie im «Diasan-Fall» sei vorliegend die kollektiv austretende Gruppe die Auslöserin bzw. die Verursacherin der Teilliquidation. Es liege daher ein freiwilliger Übertritt und damit ein Sachverhalt nach Art. 27h Abs. 5 BVV 2 vor.

E. 8.15.2

Die Beschwerdegegnerinnen halten dem entgegen, dass es sich vorliegend nicht um eine erzwungene Auflösung des Anschlussvertrags handle, sondern um die Folgen der Fusion der Arbeitgeberin mit der Beschwerdegegnerin 1. Die ehemaligen Mitarbeiter der D._____ SA hätten weder im Kontext mit der Fusion irgendwelche Mitwirkungsrechte

noch hätten ihnen solche im Kontext des Kassenwechsels zugestanden. Die Mitarbeiter könnten eine Fusion ihres Arbeitgebers nicht verhindern. Sie hätten lediglich das Arbeitsverhältnis kündigen können, falls sie die Fusion nicht hätten mitmachen wollen. Weiter halten die Beschwerdegegnerinnen fest, dass die Wahrnehmung des Mitspracherechts nach Art. 11 BVG nicht dazu führen könne, dass das Personal im Gegenzug den kollektiven Anspruch auf Rückstellungen und Wertschwankungsreserven verliere. Daran ändere nichts, dass die Mitarbeitenden den Wechsel der Vorsorgeeinrichtung akzeptiert hätten. Die Alternative wäre nur die Kündigung des Arbeitsverhältnisses gewesen. Es sei also nicht so, dass der Anschlussvertrag auf Initiative der Mitarbeitenden gekündigt worden sei. Die der Teilliquidation zugrundeliegende Fusion stelle nicht etwa einen freien Entscheid des austretenden Kollektivs dar, sondern habe auf den Veränderungen beim Arbeitgeber basiert. Es wäre unter Berücksichtigung der konkreten Umstände nicht sachgerecht und willkürlich, dem Personal der D. _____ SA den anteilmässigen Anspruch auf Rückstellungen und Wertschwankungsreserven zu verwehren, zumal der Anschluss während 35 Jahren bestanden habe.

E. 8.15.3

Ein Austritt aus einer Vorsorgeeinrichtung ist nach der Rechtsprechung als freiwillig zu betrachten, wenn das Ausscheiden nicht auf Ereignisse auf Betriebs- oder Unternehmensebene, sondern auf individuelle Gründe zurückzuführen ist (BGE 128 II 394 E. 5.5 und E. 5.6; Urteil des BVGer A-2946/2017 vom 26. Juli 2018 E. 3.4.1; vgl. auch Stocker, a.a.O. S. 83 f.). Im vorliegenden Fall ist der Abschluss der neuen Arbeitsverträge zwischen der austretenden Gruppe und der Beschwerdegegnerin 1 sowie der damit verbundene Wechsel der Vorsorgeeinrichtung von der Beschwerdeführerin zur Beschwerdegegnerin 2 auf Ereignisse auf Betriebs- oder Unternehmensebene, namentlich auf die Fusion per 1. Januar 2018, und nicht auf individuelle Gründe der Mitarbeitenden zurückzuführen. Der Wechsel der Vorsorgeeinrichtung wurde nicht durch einen Entschluss der austretenden Gruppe ausgelöst. Auch wenn bei einer Fusion den Arbeitnehmenden gemäss Art. 28 Abs. 1 Fusionsgesetz (FusG, SR 221.301) in Verbindung mit Art. 333a Abs. 1 und 2 OR Informations- und Konsultationsrechte und gemäss Art. 11 Abs. 3bis BVG bei einem Wechsel des Vorsorgeträgers ein Mitwirkungsrecht im Sinne, dass ihre Zustimmung zum Anschlusswechsel einzuholen ist, zustehen (vgl. Marc Hürzeler, Betriebsschliessung und Betriebsübernahme - Auswirkungen auf die berufliche Vorsorge, in: BVG-Tagung 2015 - Aktuelle Fragen der beruflichen Vorsorge, 2016, S. 16 f.), würde es zu weit gehen, daraus die Freiwilligkeit des Austritts abzuleiten, zumal das Einverständnis des Personals im Sinn von Art. 11 Abs. 3bis BVG bei jeder Kündigung eines Anschlussvertrags eingeholt werden muss, ansonsten eine Kündigung nicht rechtswirksam erfolgen kann (Urteil des BGer 9C_409/2019 vom 5. Mai 2020 E. 4.4). Weiter ist zu beachten, dass der Anschluss des Arbeitgebers an eine Vorsorgeeinrichtung grundsätzlich zum Anschluss aller dem BVG unterstellten Arbeitnehmer führt (Art. 7 Abs. 1 BVV 2; vgl. Kieser, a.a.O., Art. 11 Rz. 44). Es erscheint auch fraglich, ob eine vertragliche Bindung einer Arbeitgeberfirma an eine Vorsorgeeinrichtung im Falle der Fusion mit einer anderen Arbeitgeberfirma aufgrund der Rechtsnatur des Anschlussvertrages überhaupt auf die übernehmende Arbeitgeberfirma übertragen wird, setzt der Anschluss bzw. das Vorsorgeverhältnis doch den selbständigen Weiterbestand der Arbeitgeberfirma voraus (Urteil des BGer 2A.425/2000 vom 20. Juli 2001 E. 2c). Zwar wäre es unter bestimmten Voraussetzungen zulässig, dass ein Arbeitgeber bei mehreren Vorsorgeeinrichtungen angeschlossen ist (Art. 7 Abs. 2 BVV 2). Dies ist jedoch nicht entscheidend. Im vorliegenden Fall ist nicht davon auszugehen, dass

die Mitarbeitenden der D. _____ SA eine faktische Wahl hatten, die neuen Arbeitsverträge mit der Regelung betreffend den Wechsel der Vorsorgeeinrichtung zu unterzeichnen oder nicht. Es ist daher nicht gerechtfertigt, hier von einem freiwilligen kollektiven Austritt auszugehen.

E. 8.15.4

Im vorliegenden Fall wurden die teilliquidationsrelevanten Veränderungen bei der ehemaligen Arbeitgeberin daher nicht durch das austretende Kollektiv verursacht. Aufgrund der dargelegten Auslegung fällt die Subsumtion des zu beurteilenden Sachverhalts unter Art. 27h Abs. 5 BVV 2 ausser Betracht.

E. 8.16

Aus dem Dargelegten folgt, dass die Vorinstanz den Einspracheentscheid der Beschwerdeführerin vom 4. Juli 2018, soweit mit diesem gestützt auf Art. 5 Abs. 2 des Teilliquidationsreglements ein kollektiver Anspruch der austretenden Gruppe (Mitarbeiter der D. _____ SA) auf Rückstellungen und Wertschwankungsreserven im Sinn von Art. 27h Abs. 1 BVV 2 abgelehnt wurde, zu Recht als nicht bundesrechtskonform betrachtet und daher aufgehoben hat. Die Beschwerde ist abzuweisen.

E. 9.1

Die Beschwerdeinstanz auferlegt die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei. Unterliegt diese nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt. Ausnahmsweise können sie ihr erlassen werden (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Als unterliegende Partei wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig. Die Spruchgebühr richtet sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (vgl. Art. 63 Abs. 4bis VwVG). Für das vorliegende Verfahren sind die Verfahrenskosten auf Fr. 5'000.- festzusetzen. Dieser Betrag wird dem in dieser Höhe geleisteten Kostenvorschuss entnommen.

E. 9.2

Gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG hat die obsiegende Partei Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten (vgl. auch Art. 7 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Entschädigung wird der Körperschaft oder autonomen Anstalt auferlegt, in deren Namen die Vorinstanz verfügt hat, soweit sie nicht einer unterliegenden Gegenpartei auferlegt werden kann (Art. 64 Abs. 2 VwVG).

E. 9.3

Der unterliegenden Beschwerdeführerin ist keine Parteientschädigung auszurichten (Art. 64 Abs. 1 VwVG e contrario). Die Vorinstanz hat ebenfalls keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE). Dasselbe gilt für die Beschwerdegegnerin 2; das damalige Eidgenössische Versicherungsgericht und heutige Bundesgericht hat mit Urteil vom 3. April 2000 erwogen, dass Trägerinnen oder Versicherer der beruflichen Vorsorge grundsätzlich keinen Anspruch auf Parteientschädigung haben (BGE 126 V 143 E. 4). Diese Praxis wird vom Bundesverwaltungsgericht in ständiger Rechtsprechung auch im Rahmen von Aufsichtsstreitigkeiten analog angewendet (vgl. Urteile des BVGer A-3829/2019 vom 29. September 2020 E. 4.2; A-663/2018 vom 29. Mai 2020 E. 9.3; A-3146/2018 vom 24. Januar 2019 E. 3.2). Dagegen hat die obsiegende und anwaltlich

vertretene Beschwerdegegnerin 1 als Arbeitgeberin einen Anspruch auf eine Parteientschädigung zu Lasten der Beschwerdeführerin (vgl. Urteil des BVGer C-3721/2019 vom 11. Januar 2013 E 12.2; vgl. auch Urteile des BGer 9C_130/2015 vom 14. September 2015 E. 9; 9C_20/2019, 9C_25/2019, 9C_26/2019 vom 28. August 2019 E. 4). Da sich die Beschwerdegegnerin 1 gemeinsam mit der Beschwerdegegnerin 2 von einer Anwältin vertreten liess, hat sie nur Anspruch auf Ersatz ihres Anteils der Parteikosten (vgl. Moser/Beusch/Kneubühler, Prozessieren vor Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, S. 273 Rz. 4.88). Die Rechtsvertreterin hat keine Kostennote eingereicht, weshalb die Parteientschädigung aufgrund der Akten zu bestimmen ist (Art. 14 Abs. 2 Satz 2 VGKE). Unter Berücksichtigung des gebotenen und aktenkundigen Aufwands, der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des vorliegend zu beurteilenden Verfahrens ist eine Parteientschädigung von pauschal Fr. 1'500.- angemessen.

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