Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung III
C-3053/2011

Urteil vom 25. April 2013

Besetzung

Richter Beat Weber (Vorsitz),
Richter Francesco Parrino, Richter Vito Valenti,
Gerichtsschreiber Urs Walker.

Parteien

1. **A.**_____**,** M._____,
2. **B.**_____**,** N._____,
3. **C.**_____**,** O._____,
4. **D.**_____**,** P._____,
5. **E.**_____**,** Q._____,
6. **F.**_____**,** R._____,
7. **G.**_____**,** S._____,
8. **H.**_____**,** T._____,
9. **I.**_____**,** U._____,

alle vertreten durch lic. iur. Peter Rösler, Rechtsanwalt,
Aeplistrasse 7, Postfach, 9008 St. Gallen,
Beschwerdeführende,

gegen

Vorsorgestiftung der Valeant Pharmaceuticals Switzerland GmbH in Liquidation, c/o Wirtschaftstreuhand AG,
Arnold Böcklin-Strasse 25, Postfach, 4011 Basel,
Beschwerdegegnerin,

BSABB BVG- und Stiftungsaufsicht beider Basel, Eisengasse 8, Postfach, 4001 Basel,
Vorinstanz.

Gegenstand

Übertragungsverträge/Verteilplan/Genehmigung/Verfügung betreffend Vorsorgestiftung der Valeant Pharmaceuticals Switzerland GmbH (in Liquidation); Verfügung des Amtes für Stiftungen und berufliche Vorsorge des Kantons Basel-Landschaft vom 24. März 2011.

Sachverhalt:

A.
Die Vorsorgestiftung der Valeant Pharmaceuticals Switzerland GmbH in Liquidation (nachfolgend Vorsorgeeinrichtung oder Beschwerdegegnerin) ist eine im Register für die berufliche Vorsorge eingetragene Vorsorgeeinrichtung. Bevor sie in Liquidation gesetzt wurde, bezweckte sie die berufliche Vorsorge im Rahmen des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG,SR 831.40) und seiner Ausführungsbestimmungen für die Arbeitnehmer der Valeant Pharmaceuticals Switzerland GmbH und mit dieser wirtschaftlich oder finanziell eng verbundener Unternehmungen sowie für deren Angehörige und Hinterlassene gegen die wirtschaftlichen Folgen von Alter, Tod und Invalidität. Sie stand bis zum 31. Dezember 2011 unter der Aufsicht des Amtes für Stiftungen und berufliche Vorsorge des Kantons Basel-Landschaft; seit dem 1. Januar 2012 steht sie unter der Aufsicht der BVG- und Stiftungsaufsicht beider Basel (BSABB, nachfolgend Vorinstanz).

Die Beschwerdegegnerin befindet sich in Liquidation, weil die Geschäftsaktivitäten der Stifterfirma per 28. Juni 2007 auf eine andere Firma, auf die Legacy Pharmaceuticals Switzerland GmbH, übertragen wurden und damit auch der Zweck der Vorsorgeeinrichtung nicht mehr erfüllt werden konnte. Die meisten Mitarbeitenden wurden von der neuen Firma (Legacy) übernommen und ab dem 1. Januar 2008 bei der PKG Pensionskasse versichert. Die Beschwerdegegnerin wurde mit Zustimmung der Aufsichtsbehörde vom 21. August 2007 in Liquidation gesetzt und der Stiftungsrat vollzog anschliessend die notwendigen Liquidationshandlungen.

B.
Mit Liquidationsverfügung vom 24. März 2011 (act. 1 Beilage 2) genehmigte die Vorinstanz die Übernahmeverträge zwischen der Beschwerdegegnerin als abgebende Vorsorgeeinrichtung und den drei übernehmenden Vorsorgeeinrichtungen. Das Kapital der Rentner wurde auf die pensionskasse pro, Schwyz, übertragen, das Kapital der wenigen bei der Valeant Pharmaceuticals Switzerland GmbH verbliebenen Mitarbeiter auf die BVG-Sammelstiftung der Swiss Life, Zürich, und das Kapital der von der Legacy Pharmaceuticals Switzerland GmbH übernommenen Mitarbeiter auf die PKG Pensionskasse, Luzern. Daneben genehmigte die Aufsichtsbehörde den Verteilplan vom 16. Dezember 2009.

Die Übertragung der freien Mittel für die Rentner an die pensionskasse pro und für die bei der Valeant verbleibenden Aktivversicherten an die

BVG-Sammelstiftung der Swiss Life erfolgte individuell auf die Konten der einzelnen Destinatäre. Die Übertragung der freien Mittel an die PKG Pensionskasse hingegen erfolgte kollektiv. Die Vorinstanz ordnete an, dass die Übertragungsverträge und der Verteilungsplan erst vollzogen werden dürften, wenn die Verfügung in Rechtskraft erwachsen sei.

C.
Gegen diese Verfügung erhoben A._____ und 8 Konsorten (Beschwerdeführer) am 26. Mai 2011 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht (act. 1). Darin beantragten sie, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben, soweit sie eine kollektive Zuteilung und eine kollektive Übertragung von freien Mitteln an die PKG Pensionskasse in Luzern zulasse, und die Vorinstanz sei anzuweisen, eine individuelle Zuweisung und Mitgabe der freien Mittel an die PKG Pensionskasse anzuordnen. Als Begründung führten sie u. a. aus, dass alle zwischen 2008 und 2010 ausgetretenen Mitarbeiter ihre Ansprüche an den freien Mitteln verlören, falls die kollektive Mitgabe genehmigt würde. Dies sei angesichts der Tatsache, dass der Deckungsgrad der Beschwerdegegnerin beinahe 140% betragen habe, nicht sachgerecht. Gleichzeitig beantragten sie, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen.

D.
Mit Zwischenverfügung vom 1. September 2011 wies das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch der Beschwerdeführenden um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde ab (act. 14).

E.
Die Beschwerdegegnerin nahm in ihrer Beschwerdeantwort vom 22. September 2011 (act. 20) nicht Stellung zur Hauptsache und stellte auch keinen formellen Antrag.

F.
Die Vorinstanz hielt in ihrer Vernehmlassung vom 29. September 2011 fest, die kollektive Übertragung an die PKG-Pensionskasse sei im Rahmen des Ermessens der zuständigen Organe der involvierten Vorsorgeeinrichtung und unter Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes erfolgt und in sachlicher und rechtlicher Hinsicht nicht zu beanstanden. Die Beschwerde erweise sich als unbegründet. Die Vorinstanz enthielt sich ebenfalls eines formellen Antrags (act. 21).

G.
In der Replik vom 18. Januar 2012 bekräftigten die Beschwerdeführenden ihren Antrag auf Aufhebung der angefochtenen Verfügung, soweit sie eine kollektive Zuteilung und eine kollektive Übertragung von freien Mitteln an die PKG Pensionskasse zulasse. Die Vorinstanz sei anzuweisen, eine individuelle Zuweisung und Mitgabe der freien Mittel an die PKG Pensionskasse, Luzern, anzuordnen (act. 27).

H.
Die Vorinstanz hielt in ihrer Duplik vom 7. Februar 2012 fest, dass sich die Beschwerde als unbegründet erweise. Sie enthielt sich indes weiterhin eines formellen Antrags (act. 29).

I.
Die Beschwerdegegnerin nahm mit Eingabe vom 15. Februar 2012 die Replik zur Kenntnis und verzichtete auf eine inhaltliche Stellungnahme (act. 30).

J.
Mit Zwischenverfügung vom 20. Februar 2012 brachte das Bundesverwaltungsgericht die Duplik der Vorinstanz vom 7. Februar 2012 sowie die Stellungnahme der Beschwerdegegnerin vom 15. Februar 2012 den Parteien zur Kenntnis und schloss den Schriftenwechsel ab (act. 31).

K.
Auf den weiteren Inhalt der Akten sowie der Rechtsschriften der Parteien ist – soweit erforderlich – in den nachfolgenden Erwägungen einzugehen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
1.1 Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG; SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Als Vorinstanzen gelten die in Art. 33 VGG genannten Behörden.

1.2 Zu den beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbaren Verfügungen gehören jene der Aufsichtsbehörden im Bereiche der beruflichen Vorsor-

ge nach Art. 74 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG; SR 831.40), dies in Verbindung mit Art. 33 Bst. i VGG. Eine Ausnahme nach Art. 32 VGG liegt in casu nicht vor.

2.

2.1 Anfechtungsgegenstand des vorliegenden Verfahrens ist der Verwaltungsakt der Vorinstanz vom 24. März 2011, welcher eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG darstellt.

2.2 Nach der Rechtsprechung stellt das Sozialversicherungsgericht bei der Beurteilung der Streitsache in der Regel auf den bis zum Zeitpunkt des Erlasses der streitigen Verwaltungsverfügung (hier: 24. März 2011) eingetretenen Sachverhalt ab (BGE 129 V 1 E. 1.2 mit Hinweis).

2.3 Zur Beschwerde berechtigt ist, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 lit. a, b, und c VwVG). Als schutzwürdig in diesem Sinne gilt jedes faktische und rechtliche Interesse, welches eine von der Verfügung betroffene Person an deren Änderung oder Aufhebung geltend machen kann.

Die Beschwerdeführenden sind Destinatäre der Beschwerdegegnerin und vom Verteilungsplan, den die Vorinstanz mit der angefochtenen Verfügung genehmigt hat, unmittelbar betroffen. Zudem haben sie am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, indem sie einerseits mit Schreiben der Beschwerdegegnerin vom 3. Dezember 2008 über den Ablauf der Liquidation der Stiftung sowie über die Möglichkeit der Einsprache an den Liquidator orientiert wurden und anderseits indem die Vorinstanz die Beschwerdegegnerin in der angefochtenen Verfügung anwies, diese allen Destinatärinnen und Destinatären zu eröffnen und sie u. a. auf die Möglichkeit der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht aufmerksam zu machen. Die Beschwerdeführenden sind daher im Sinne von Art. 48 VwVG zur Beschwerde legitimiert.

2.4 Die Beschwerdeführenden haben frist- und formgerecht Beschwerde erhoben (Art. 50 und 52 VwVG). Nachdem auch der verfügte Kostenvorschuss in der gesetzten Frist geleistet worden ist, ist auf das ergriffene Rechtsmittel einzutreten**.**

3.

3.1 Mit Bezug auf das anwendbare Recht ist davon auszugehen, dass in zeitlicher Hinsicht grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend sind, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben (BGE 132 V 215 E. 3.1.1 S. 220, 127 V 466 E. 1 S. 467). Mit der Revision des BVG per 1. Januar 2012 (sog. "Strukturreform", AS 2011 3393, BBl 2007 5669) wird die Aufsicht in der beruflichen Vorsorge neu organisiert und sind neue Bestimmungen in Art. 61 ff. BVG aufgenommen worden. Übergangsbestimmungen zum anwendbaren Recht im Aufsichtsbereich enthält die Gesetzesänderung jedoch keine; dementsprechend gelangt das bis zum Zeitpunkt des angefochtenen Entscheids in Kraft stehende materielle Recht zur Anwendung. Der angefochtene Entscheid datiert vom 24. März 2011, weshalb vorliegend das BVG in seiner Fassung vom 3. Oktober 2003 (AS 2004 1677, in Kraft bis 31. Dezember 2011), die Verordnung über die Beaufsichtigung und Registrierung von Vorsorgeeinrichtungen (BVV 1) in ihrer Fassung vom 29. Juni 1983 (in Kraft bis 31. Dezember 2011) und die Verordnung über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVV 2) in ihrer Fassung vom 18. August 2004 (AS 2004 4279, in Kraft bis 31. Dezember 2011) anwendbar sind.

3.2 Das Bundesverwaltungsgericht prüft die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich der Überschreitung oder des Missbrauchs des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und die Unangemessenheit, wenn nicht – wie vorliegend – eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat (Art. 49 VwVG).

3.3 Ermessensmissbrauch ist gegeben, wenn die entscheidende Stelle zwar im Rahmen des ihr eingeräumten Ermessens bleibt, sich aber von unsachlichen, dem Zweck der massgebenden Vorschriften fremden Erwägungen leiten lässt oder allgemeine Rechtsprinzipien, wie das Verbot von Willkür und von rechtsungleicher Behandlung, das Gebot von Treu und Glauben sowie den Grundsatz der Verhältnismässigkeit verletzt (BGE 123 V 152 E. 2 mit Hinweisen). Ermessensüberschreitung liegt vor, wenn die Behörden Ermessen ausüben, wo das Gesetz kein oder nur ein geringes Ermessen einräumt (ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz 627).

4.

4.1 Die Aufsichtsbehörde BVG hat über die Einhaltung der gesetzlichen, statutarischen und reglementarischen Vorschriften durch die Vorsorgeeinrichtungen sowie die Einrichtungen, die nach ihrem Zweck der beruflichen Vorsorge dienen, zu wachen (Art. 62 Abs. 1 BVG in der bis zum 31. Dezember 2011 geltenden Fassung), indem sie insbesondere die Übereinstimmung der reglementarischen Bestimmungen mit den gesetzlichen Vorschriften prüft (Bst. a), von den Vorsorgeeinrichtungen und den Einrichtungen, die nach ihrem Zweck der beruflichen Vorsorge dienen, jährlich Berichterstattung fordert, namentlich über die Geschäftstätigkeit (Bst. b), Einsicht in die Berichte der Kontrollstelle und des Experten für berufliche Vorsorge nimmt (Bst. c), die Massnahmen zur Behebung von Mängeln trifft (Bst. d) und Streitigkeiten betreffend das Recht der versicherten Person auf Information beurteilt (Bst. e).

4.2 Die Aufsichtsbehörde ist gemäss Art. 62 Abs. 1 Bst. d BVG auch befugt, Massnahmen zur Behebung von Mängeln zu treffen. Hierzu stehen ihr repressive und präventive Aufsichtsmittel zur Verfügung. Mittels des repressiven Handelns soll der rechtmässige Zustand wieder hergestellt werden und die präventiven Mittel sind darauf ausgelegt, gesetzes- und statutenwidriges Verhalten der Pensionskasse durch eine laufende Kontrolle ihrer Geschäftstätigkeit zu verhindern. Als repressive Aufsichtsmittel kommen unter anderem in Frage, die Mahnung pflichtvergessener Organe, das Erteilen von Weisungen oder Auflagen, soweit die Vorsorgeeinrichtung keinen Ermessensspielraum hat, oder die Aufhebung und Änderung von Entscheiden oder Erlassen der Stiftungsorgane, wenn und soweit diese gesetzes- oder urkundenwidrig sind (ISABELLE VETTER-SCHREIBER, Staatliche Haftung bei mangelhafter BVG-Aufsichtstätigkeit, Zürich 1996, S. 63 ff.; CHRISTINA RUGGLI, Die behördliche Aufsicht über Vorsorgeeinrichtungen, Basel 1992, S. 111 ff.; JÜRG BRÜHWILER, Obligatorische berufliche Vorsorge, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Ulrich Meyer [Hrsg.], 2. Aufl. 2007, S. 2020 Rz 52). Die Aufzählung ist nicht abschliessend. Auf Grund der gesetzlichen Bestimmungen steht fest, dass die Aufsichtsbehörde bloss dann mittels Massnahmen repressiv eingreifen kann, falls sie im Handeln der Vorsorgeeinrichtung einen Verstoss gegen gesetzliche oder statutarische Vorschriften erkennt. Die Aufsichtstätigkeit ist mithin als eine Rechtskontrolle ausgestaltet (ISABELLE VETTER-SCHREIBER, a.a.O., S. 33f.; CARL HELBLING, Personalvorsorge und BVG, 8. Auflage, Bern 2006, S. 667). Dabei hat die Aufsichtsbehörde zu beachten, dass der Vorsorgeeinrichtung ein Ermessen zusteht. Sie hat nur bei Ermessensfehlern (Überschreitung oder Missbrauch des Ermes-

sens) einzugreifen, während ein sich an den Rahmen des Ermessens haltendes Verhalten ein richtiges Verhalten darstellt, das die Aufsichtsbehörde nicht korrigieren darf (HANS MICHAEL RIEMER, GABRIELA RIEMER-KAFKA, Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz, 2. Aufl., Bern 2006, § 2 Rz. 98, S. 62 mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, vgl. auch JÜRG BRÜHWILER, a.a.O, S. 2019 Rz 51).

Im Rahmen ihrer Aufsichtstätigkeit hat sich die Aufsichtsbehörde auch mit der Gesamtliquidation von Vorsorgeeinrichtungen zu befassen: sie entscheidet darüber, ob die Voraussetzungen und das Verfahren eingehalten sind, und sie genehmigt den Verteilungsplan (Art. 53*c* BVG); dies im Unterschied zur Teilliquidation, bei welcher nach dem Teilliquidationsreglement vorzugehen ist (Art. 53*b* BVG). Zu erstellen ist der Verteilungsplan von der Vorsorgeeinrichtung selbst (Art. 53*d* Abs. 4 Bst. d BVG).

5.

5.1 Anfechtungsgegenstand und Ausgangspunkt bildet die angefochtene Verfügung. Davon zu unterscheiden ist der Streitgegenstand. Im Bereich der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege ist der Streitgegenstand das Rechtsverhältnis, welches – im Rahmen des durch die Verfügung bestimmten Anfechtungsgegenstandes – den auf Grund der Beschwerdebegehren angefochtenen Verfügungsgegenstand bildet (BGE 110 V 48 E. 3b und c, mit Hinweisen; FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 44 ff.).

5.2 Mit der angefochtenen Verfügung genehmigte die Vorinstanz den von der Beschwerdegegnerin am 16. Dezember 2009 beschlossenen Verteilungsplan sowie alle Übernahmeverträge. Der Verteilungsplan definiert die Kriterien für die Verteilung der freien Mittel an die Destinatäre; die Übernahmeverträge regeln die Modalitäten der Vermögensübertragung. Die Verfügung hielt unter Buchst. a) ausdrücklich fest, dass die Übertragung der freien Mittel an jene Mitarbeitenden, welche gesamthaft zur Legal Pharmaceuticals Switzerland GmbH übergetreten sind, *kollektiv* erfolge, wie dies im Übernahmevertrag vom 9. bzw. 23. Dezember 2010 mit der PKG Pensionslasse festgehalten sei. Die Übertragung der freien Mittel an die Rentner und an die restlichen bei der ursprünglichen Firma verbleibenden Mitarbeiter würde hingegen - ebenfalls gemäss den Übernahmeverträgen - *individuell* erfolgen (Buchst. b und c, vgl. act. 1 Beilage 2).

5.3 Die Beschwerdeführenden beantragen die Aufhebung der angefochtenen Verfügung der Vorinstanz nur, soweit sie die *kollektive* Übertragung der freien Mitteln an die PKG Pensionskasse betrifft, und sie beantragen die individuelle Überweisung der freien Mittel an die PKG Pensionskasse.

Der Anfechtungsgegenstand ist daher dahingehend einzuschränken, dass nur die kollektive Zuteilung und die kollektive Übertragung der freien Mittel an die PKG Pensionskasse umstritten und vorliegend zu prüfen ist.

6.

6.1 Die Beschwerde wird hauptsächlich damit begründet, dass es bei einer kollektiven Übertragung der freien Mittel zu einer Verwässerung komme, d.h. dass die freien Mittel nicht bzw. nicht vollumfänglich derjenigen Personengruppe zugute komme, für welche die freien Mittel gebildet worden seien. Das Prinzip, wonach die freien Mittel denjenigen Destinatären folgen soll, welche zu deren Äufnung beigetragen haben, werde so verletzt (act. 1 S. 15). Jene Beschwerdeführenden, die zwischen 2008 und 2010 aus dem Arbeitsverhältnis mit der neuen Firma, der Legacy Pharmaceuticals Switzerland GmbH, ausgetreten seien, verlören bei einer kollektiven Übertragung sämtliche Ansprüche auf ihren Anteil, obwohl sie zur Äufnung beigetragen hätten. Den Beschwerdeführenden allein würden bei einer individuellen Zuteilung zusammen rund Fr. 850'000.- zustehen (act. 1 S. 5). Der Entscheid, bei nur *einem* betroffenen Personenkreis die Mittel kollektiv zu übertragen und bei den anderen nicht, verletze das Gleichheitsgebot und nehme auf die finanziellen Interessen der übernehmenden Firma Rücksicht. Da die Beschwerdegegnerin einen Deckungsgrad von fast 140% aufweise (ca. Fr. 7 Mio. freie Mittel bei einem Deckungskapital von ca. Fr. 17 Mio.), sei es nicht sachgerecht, die freien Mittel kollektiv zu übertragen; die übernehmende Vorsorgeeinrichtung benötige diese Mittel nicht, da es sich um eine Gemeinschaftsstiftung handle, und die freien Mittel dort auch anderen Versicherten zugute kämen (act. 27 S. 7). Indem die Vorinstanz die Ereignisse nach dem 1. Januar 2008, konkret die vielen Austritte sowie die bevorstehende Massentlassung, nicht berücksichtigt habe, habe sie den Sachverhalt nicht vollständig abgeklärt (act. 27 S. 5). Die Vorinstanz bestreite im Übrigen die Überkapitalisierung zum Beginn der Gesamtliquidation nicht (act. 27 S. 5/6).

6.2 Die Vorinstanz geht in der angefochtenen Verfügung auf die Genehmigung des Übernahmevertrags zwischen der Beschwerdegegnerin und der PKG Pensionskasse nicht näher ein und nimmt darin auch zur spezifischen Frage der kollektiven Übertragung nicht Stellung; sie verweist auf

den grossen Ermessenspielraum des Stiftungsrates bei der Ausgestaltung des Verteilplans; er habe objektive Verteilkriterien zu wählen und er habe sich strikt an das Gebot der Gleichbehandlung der Destinatärinnen und Destinatäre zu halten. Die Liquidatoren hätten diese Voraussetzungen beachtet, weshalb vorliegend keine Veranlassung bestanden habe, korrigierend einzugreifen (act. 1 Beilage 2).

6.3 Die Beschwerdegegnerin äusserte sich im Verfahren nicht näher zur Frage, ob der Beschluss des Stiftungsrates, die freien Mittel kollektiv an die PKG-Pensionskasse zu übertragen, rechtmässig sei.

7.
Gemäss Art. 12 f. VwVG stellt das Versicherungsgericht unter Mitwirkung der Parteien die für den Entscheid erheblichen Tatsachen fest. Der Untersuchungsgrundsatz gehört zu den allgemeinen Grundsätzen des Sozialversicherungsprozesses. Danach hat das Gericht von Amtes wegen, aus eigener Initiative und ohne Bindung an die Vorbringen oder Beweisanträge der Parteien für die richtige und vollständige Abklärung und Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts zu sorgen. Dieser Grundsatz gilt indessen nicht uneingeschränkt; er findet sein Korrelat in den Mitwirkungspflichten der Parteien (BGE 122 V 157 E. 1a, BGE 119 V 347).

Zu prüfen ist deshalb nachfolgend zunächst, ob die Gesamtliquidation insgesamt rechtmässig durchgeführt wurde (E. 7.1). Anschliessend ist im Hinblick auf die einzelnen Anträge und Rügen der Beschwerdeführenden zu prüfen, und ob es vorliegend rechtlich zulässig ist, die kollektive Übertragung der freien Mittel an die PKG Pensionskasse zu beschliessen und zu genehmigen (E. 8).

7.1 Für die Gesamtliquidation sind folgende Normen massgeblich:

> Gemäss Art. 23 FZG besteht bei einer Teil- oder Gesamtliquidation einer Vorsorgeeinrichtung neben dem Anspruch auf die Austrittsleistung eine individueller oder kollektiver Anspruch auf freie Mittel. Gemäss Absatz 2 richtet sich die Teil- oder Gesamtliquidation nach den Artikeln 53*b*-53*d* BVG.
>
> Gemäss Art. 53*d* Abs. 1 BVG muss die Teil- und Gesamtliquidation der Vorsorgeeinrichtung unter Berücksichtigung des Gleichbehandlungsgrundsatzes und nach fachlich anerkannten Grundsätzen durchgeführt werden. Der Bundesrat bezeichnet diese Grundsätze. Gemäss Absatz 4 legt das paritätische Organ oder das zuständige Organ im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen fest:

a) den genauen Zeitpunkt
b) die freien Mittel und den zu verteilenden Anteil
c) den Fehlbetrag und dessen Zuweisung
d) den Verteilungsplan.

Nebst den formellen Erfordernissen gilt es also auch den Grundsatz der Rechtsgleichheit sowie die sonstigen fachlich anerkannten Grundsätze zu beachten.

7.2 In den Akten befinden sich folgende Unterlagen: Der Übernahmevertrag zwischen der Beschwerdegegnerin und der PKG Pensionskasse vom 9./23. Dezember 2010 (act. 21 Beilage 1); die Bestätigung des Experten für berufliche Vorsorge vom 24. Februar 2011, wonach bei der Übertragung des Anschlusses der Legacy Pharmaceuticals Switzerland GmbH an die PKG Pensionskasse die erworbenen Recht der Versicherten gewahrt werden (Grundlage: Bilanz zu Verkehrswerten per 31. Dezember 2007) und dass der Destinatärskreis des Vorsorgewerks der Legacy Pharmaceuticals Switzerland GmbH und bei der PKG Pensionskasse identisch ist (act. 21 Beilage 2). Zusätzlich befinden sich in den Akten das Protokoll der Stiftungsratssitzung vom 16. Dezember 2009 (act. 21 Beilage 3) sowie das Orientierungsschreiben an die Destinatäre vom 3. Dezember 2008 (act. 1 Beilage 6).

Aus diesen Akten geht hervor, dass der Stichtag auf den 31. Dezember 2007 festgelegt wurde, die Bilanz per 31. Dezember 2007 zu Verkehrswerten erstellt wurde, vom zuständigen Organ im Beisein des Experten ein Verteilschlüssel festgelegt wurde, der Verteilschlüssel den Destinatären mit Schreiben vom 3. Dezember 2008 mitgeteilt worden war (act. 1 Beilage 6), die freien Mittel entsprechend dem Verteilschlüssel individuell verteilt werden sollen (mit Ausnahme der freien Mittel derjenigen Destinatäre, welche von der PKG Pensionskasse kollektiv übernommen wurden) und dass sowohl ein unterzeichneter Übernahmevertrag zwischen der Beschwerdegegnerin und der PKG Pensionskasse als auch ein provisorischer Verteilplan vom 16. Dezember 2009 vorhanden sind, welche es erlauben, die einzelnen Betreffnisse den berechtigten Destinatären zuzuteilen, sobald die definitive Höhe der freien Mittel bekannt sein wird.

7.3 Nach Prüfung der vorhandenen Akten bestehen deshalb keine Anhaltspunkte dafür, dass die Gesamtliquidation insgesamt – mit Ausnahme der noch zu prüfenden Frage, ob die kollektive Übertragung an die PKG-Pensionskasse rechtmässig ist – nicht unter Berücksichtigung der gesetzlichen Bestimmungen und unter Beachtung des Gleichheitsprinzips sowie

der fachlich anerkannten Grundsätze durchgeführt worden wäre. Auch die Beschwerdeführenden machen keine solchen Mängel geltend.

8.
Nach ständiger Praxis steht der Entscheid, ob Ansprüche individuell oder kollektiv abgegolten werden, im freien Ermessen des Stiftungsrates der abgebenden Vorsorgeeinrichtung (vgl. ISABELLE VETTER SCHREIBER, Berufliche Vorsorge, Kommentar, Zürich 2005, S. 191). Der Stiftungsrat hat hierbei die Grundsätze der Gleichbehandlung und von Treu und Glauben zu beachten (vgl. dazu RUGGLI/STOHLER, Umstrukturierung in der Wirtschaft und ihre Auswirkungen auf die berufliche Vorsorge, BJM 2000, S. 124 ff.; JACQUES-ANDRÉ SCHNEIDER, Fonds libres et liquidations des caisses de pension, SZS 2001 S. 471 ff.; CARL HELBLING, Zum Verfahren der Teil- und Gesamtliquidation von Personalvorsorgeeinrichtungen, in: Hans Schmid [Hrsg.], Teilliquidationen von Vorsorgeeinrichtungen, Bern 2000, S. 81). Es bleibt der abgebenden Vorsorgeeinrichtung überlassen, ob die freien Mittel individualisiert oder kollektiv übertragen werden, wobei ihr Entscheid sachgerecht zu sein und sie das Gleichbehandlungsgebot zu beachten hat (BGE 131 II 533 E. 71).

Nachfolgend sind die Rügen der Beschwerdeführenden im einzelnen zu prüfen.

8.1 Zunächst machen die Beschwerdeführenden geltend, der Entscheid des Stiftungsrates habe begründete Erwartungen der Versicherten verletzt und widerspreche dem Grundsatz von Treu und Glauben, da allen Versicherten schriftlich eine individuelle Mitgabe in Aussicht gestellt worden sei (act 1 S. 9). Sie verweisen dabei auf das Orientierungsschreiben über den Verteilplan für die freien Mittel vom 3. Dezember 2008 (act. 1 Beilage 6) sowie auf das der Mitteilung beigelegte Formular, in welchem die Versicherten aufgefordert wurden, die Präferenzen für die Übertragung des individuellen Anspruchs an den freien Mitteln anzugeben. Da alle Destinatäre aufgefordert worden seien, das Formular auszufüllen, seien alle Destinatäre der Meinung gewesen, dass sie ihren Anteil individuell erhalten würden. Zudem sei der Hinweis, wonach für die Versicherten der PKG Pensionskasse die Übertragung kollektiv erfolge, versteckt gewesen. Schliesslich machen die Beschwerdeführenden geltend, dass auch an der Informationsveranstaltung der an die PKG Pensionskasse angeschlossenen Vorsorgekommission der Legacy vom Dezember 2008 bestätigt wurde, dass die freien Mittel den Alterskonten der einzelnen Destinatären gutgeschrieben würden (act. 1 S. 10).

Zur Frage der Verletzung von Treu und Glauben führt die Vorinstanz aus, es sei nicht an ihr, zu entscheiden, ob der Hinweis versteckt erfolgt sei. Immerhin finde er sich unter dem Titel "Einzahlungen an die neue Personalvorsorgeeinrichtung". Weiter sei zu erwähnen, dass Herr E._____, einer der Beschwerdeführenden, das Schreiben mitunterzeichnet habe.

Offen bleiben kann, ob an der Informationsveranstaltung im Dezember 2008 die individuelle Mitgabe der freien Mittel tatsächlich bestätigt worden ist oder nicht. Die Veranstaltung wurde nämlich von einem für den Entscheid über den Verteilplan unzuständigen Organ durchgeführt, der Vorsorgekommission der Legacy bei der PKG Pensionskasse. Deren Aussagen sind vorliegend unbeachtlich; insbesondere muss der Stiftungsrat die dort gemachten Aussagen nicht gegen sich gelten lassen. Dem weiteren Argument der Beschwerdeführenden, wonach aufgrund des Formulars zwingend die Schlussfolgerung zu ziehen gewesen sei, dass alle Destinatäre ihre freien Mittel individuell erhalten, kann ebenfalls nicht gefolgt werden, ist doch zu berücksichtigen, dass es sich beim Informationsschreiben vom 3. Dezember 2008 um einen Massenversand gehandelt hat und es sehr aufwändig gewesen wäre, bereits im Vorfeld eine Trennung zwischen kollektivberechtigten und individuell-berechtigen Destinatären vorzunehmen. Hingegen wird – wie die Vorinstanz zurecht festhält - im erwähnten Informationsschreiben der Beschwerdegegnerin an korrekter Stelle darauf hingewiesen, dass für die Destinatäre, welche zur PKG Pensionskasse wechseln, eine kollektive Übertragung erfolgen wird. Deshalb ist festzustellen, dass vorliegend der Stiftungsrat den Grundsatz von Treu und Glauben nicht verletzt hat.

8.2 Die Beschwerdeführenden machen weiter geltend, die PKG Pensionskasse könne als Gemeinschaftsstiftung die Identität des Destinatärkreises nicht gewährleisten und damit auch nicht, dass die freien Mittel denjenigen Destinatären zukommen, für welche sie bestimmt seien. Die Gemeinschaftsstiftung kenne keine freien Mittel und "werfe die gesamten Vorsorgemittel in einen Topf." (act. 1 S. 15).

Die Vorinstanz führt dazu aus, dass sich die PKG Pensionskasse im Übernahmevertrag ausdrücklich dazu bereit erklärt habe, die Mittel für den bisherigen Zweck zu verwenden. Zudem habe der Experte bestätigt, dass die wohlerworbenen Rechte der Destinatäre durch die Übertragung gewahrt würden (act. 21 S. 3/4).

Im Urteil des Bundesgerichts 2A.735/2005 vom 19. Juni 2006 E. 3.4 wird folgendes ausgeführt: "Wesentlich ist in diesem Zusammenhang, dass die kollektiv übertragenen Mittel in der neuen Vorsorgeeinrichtung den übertretenden Destinatären als Kollektiv zugute kommen und nicht andere Destinatäre der aufnehmenden Vorsorgeeinrichtung zu ihren Ungunsten besser gestellt werden."

Vorliegend wurde im Übernahmevertrag die Regelung aufgenommen, wonach die wohlerworbenen Rechte der Destinatäre gewahrt blieben und ihnen keine Nachteile erwachsen würden (vgl. act. 21 Beilage 1, Ziffer 2.5); zudem bestätigte der Experte für berufliche Vorsorge, dass der Destinatärskreis identisch sei (vgl. act. 21 Beilage 2). Die Rüge der Beschwerdeführenden, die PKG sei eine Gemeinschaftseinrichtung und die Mittel könnten deshalb gar nicht für den bisherigen Destinatärskreis verwendet werden, erweist sich als nicht stichhaltig. Auch wenn sich die PKG Pensionskasse als Gemeinschaftsstiftung bezeichnet, hat sie im Rahmen der gesetzlichen und statutarischen Vorschriften die Möglichkeit, freie Mittel für einen ganz bestimmten definierten Destinatärskreis zu verwenden. Dazu wird sie im Übernahmevertrag verpflichtet. Es wird Aufgabe der Aufsichtsbehörde der übernehmenden Vorsorgeeinrichtung sein, darüber zu wachen, dass letztere diese Verpflichtung einhält (vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts 2A_735/2005 vom 19. Juni 2006, E. 3.4).

8.3 Die Beschwerdeführenden machen weiter geltend, der Grundsatz der Rechtsgleichheit würde gleich in mehrfacher Weise verletzt (act. 1 S. 17/18), was nachfolgend im Einzelnen zu prüfen ist.

Nach dem Gebot der Gleichbehandlung ist Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln. Nach ständiger Rechtsprechung verstösst ein Entscheid dann gegen Art. 8 Abs. 1 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV, SR 101), wenn er sich nicht auf ernsthafte Gründe stützen lässt, sinn- oder zwecklos ist oder wenn rechtliche Unterscheidungen getroffen werden, für die sich ein vernünftiger Grund nicht finden lässt (BGE 132 I 157 E. 4 mit Hinweisen). Zusätzlich verbietet der Grundsatz der Gleichbehandlung, Unterscheidungen ohne sachlichen Grund vorzunehmen, sofern die nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung im konkreten Einzelfall ein gewisses erhebliches Mindestmass erreicht (BGE 131 III 459 E. 5).

8.3.1 Zur Verletzung des Gleichheitsgebots zwischen den Aktivversicherten, die bis zum 31. Dezember 2007 ausgetreten sind, und den Aktivversicherten, die ab dem 1. Januar 2008 ausgetreten sind (vgl. act. 1 S. 18 lit. d), ist auf Folgendes zu verweisen:

Im Bundesgerichtsentscheid vom 8. Februar 2010 (9C_756/2009), welcher sich zwar vom Sachverhalt her auf eine Teilliquidation bezieht, dessen Erwägungen jedoch auch hier massgeblich sind, da – hier wie dort – ein Versichertenkollektiv auf eine neue Vorsorgeeinrichtung übertragen wird, wird folgendes ausgeführt:

"Insbesondere ist es nicht an sich sachwidrig, wenn bei einem kollektiven Übertritt eine kollektive Überweisung der freien Mittel erfolgt (BGE 131 II 533 E. 7.2; Urteil 9C_489/2009 vom 11. Dezember 2009 E. 2.2 und E. 4.3). Dass dabei die Mittel nicht den einzelnen Versicherten gutgeschrieben werden, entspricht der Grundidee der beruflichen Vorsorge, die durch ihren kollektiven Charakter gekennzeichnet ist (THOMAS GEISER, Teilliquidationen bei Pensionskassen, in: Der Schweizerische Treuhänder 2007 S. 81). Die neue Vorsorgeeinrichtung führt an Stelle der bisherigen die kollektive Vorsorge für die Versicherten durch. Diese wären bei Verbleib in der bisherigen Einrichtung dort ebenfalls weiterhin kollektiv versichert und hätten keinen Anspruch auf individuelle Zuteilung. Die kollektive Übertragung führt somit bloss den Zustand weiter, der auch ohne Teilliquidation bestanden hätte, weshalb sie für die Versicherten grundsätzlich keine Verschlechterung bedeutet. Sie ist freilich bei denjenigen Versicherten, die individuell aus der bisherigen Vorsorgeeinrichtung austreten, naturgemäss nicht möglich (s. heute auch Art. 27*g* Abs. 1 BVV 2). Gibt es sowohl kollektive als auch individuelle Aus- bzw. Übertritte, ist es daher systemkonform und sachgerecht, dass den kollektiv Übertretenden die freien Mittel kollektiv, den individuell Übertretenden hingegen individuell übertragen werden. Zwar hat es das Bundesgericht ebenfalls als zulässig erachtet, bei allen eine individuelle Gutschrift vorzunehmen (BGE 131 II 533 E. 7.3). Angesichts des der Vorsorgeeinrichtung zustehenden Ermessensspielraums kann daraus jedoch nicht umgekehrt gefolgert werden, die von der Beschwerdegegnerin getroffene Lösung sei nicht rechtmässig. Nach dem oben Gesagten stellt die teilweise kollektive Übertragung der freien Mittel weder eine rechtsungleiche noch eine missbräuchliche Ermessensbetätigung dar." (E. 6.4).

Vorliegend ist bei den Aktivversicherten, welche vor dem 1. Januar 2008 individuell ausgetreten sind, eine kollektive Mitgabe der freien Mittel fak-

tisch nicht möglich. Es liegt jedoch ein sachlicher Grund für eine kollektive Mitgabe der freien Mittel an die PKG-Pensionskasse vor, nämlich das Weiterbestehen des Versichertenkollektivs. Deshalb ist es vorliegend nicht zum Vornherein unzulässig, dass einerseits eine individuelle und andererseits eine kollektive Übertragung erfolgt, und die gerügte Verletzung des Gleichheitsgebots liegt nicht zum Vornherein vor. Ob dies auch bei einem ausserordentlich hohen Deckungsgrad gilt, wird nachfolgend in E. 8.4 diskutiert.

8.3.2 Zur Verletzung des Gleichheitsgebots zwischen denjenigen Destinatären, die zwischen dem 28. Juni 2007 und dem 31. Dezember 2007 ausgetreten sind (laut Beschwerdeschrift ist der 28. Juni 2007 der Zeitpunkt der Übertragung der Geschäftsaktivitäten von der Firma Valeant auf die Firma Legacy; die Übertragung der Aktiven/Passiven fand gemäss Handelsregisterauszug am 22. Juni 2007 statt [act. 1 Beilage 5]) und denjenigen Destinatären, die nach dem 1. Januar 2008 ausgetreten sind (act. 1 S. 18 Ziff. 5b), ist Folgendes festzuhalten:

Vorweg ist auf das in E. 8.3.1 Gesagte zu verweisen. Im Weiteren sind die Versicherten, die zwischen dem 28. Juni 2007 und 31. Dezember 2007 individuell ausgetreten sind, vorsorgerechtlich denjenigen gleichzustellen, welche vor dem 28. Juni 2007 individuell ausgetreten sind, da der Stichtag auf den 1. Januar 2008 festgesetzt wurde, was nicht bestritten ist. Dass der Austritt der Versicherten ab dem 28. Juni 2007 aus der Firma Legacy erfolgte und nicht mehr aus der Firma Valeant, ist vorliegend vorsorgerechtlich unbeachtlich, da sie bis Ende 2007 der bisherigen Kasse angehörten. Somit ist auch hier das Gleichheitsgebot - in Bezug auf diejenigen, die nach dem 1. Januar 2008 ausgetreten sind - nicht verletzt.

8.3.3 Zur Verletzung des Gleichheitsgebots zwischen Rentnern vor und nach der Auflösung des Anschlussvertrags mit der Beschwerdegegnerin (act. 1 S. 18 Ziff. 5 c) gilt es festzuhalten, dass die Rentner, welche vor dem Stichtag bereits pensioniert waren, neu bei der pensionskasse pro versichert sind. Per Stichtag existieren keine anderen Rentner, mit denen der von den Beschwerdeführern angesprochene "Rentnerkreis" verglichen werden könnte, gehen doch ausschliesslich Aktivversicherte auf die beiden anderen übernehmenden Vorsorgeeinrichtungen über. Nach der Pensionierung bilden die Rentner nicht mehr ein geschlossenes Kollektiv, wie dies die Aktivversicherten tun. Auch hier liegt ein sachlicher Grund vor, eine Unterscheidung in Bezug auf die Art der Mitgabe der freien Mittel vorzunehmen, weshalb der Gleichheitsgrundsatz nicht verletzt wird.

8.3.4 Abschliessend machen die Beschwerdeführenden unter dem Titel "Verletzung des Gleichheitsgebots" geltend, die kollektive Mitgabe der freien Mittel an nur *eine* Gruppe von Destinatären verletze den Gleichheitsgrundsatz unter den verschiedenen Gruppen (act. 1 S. 17 Ziff. 5a). Dabei machen sie insbesondere eine Verletzung der Rechtsgleichheit geltend zwischen den Aktivversicherten, die zur BVG-Sammelstiftung der Swiss Life wechseln, und den Aktivversicherten, die sich der PKG Pensionskasse angeschlossen haben.

Weder die Vorinstanz noch die Beschwerdegegnerin äussern sich zu dieser Rüge.

Wie vorgängig ausgeführt, ist es üblich und rechtmässig, freie Mittel kollektiv zu übertragen, wenn dieselben Destinatäre weiterhin ein Kollektiv bilden (vgl. vorne E. 8.3.1). Es liegt aber in der Tat vorliegend keine Begründung dafür vor, warum auf die PKG-Pensionskasse eine kollektive Übertragung erfolgt, auf die BVG-Sammelstiftung der Swiss Life hingegen eine individuelle, wurde doch in beiden Fällen ein Kollektiv von Aktivversicherten übertragen. In den Akten befinden sich keinerlei Hinweise auf sachliche Gründe, welche eine Unterscheidung rechtfertigen würden (vgl. auch Protokoll der Stiftungsratssitzung vom 16. Dezember 2009 Ziff. 8, act. 21 Beilage 3). Die Vorinstanz weist in ihrer Vernehmlassung einzig darauf hin, dass der Stiftungsrat dies im Rahmen seines Ermessens so entschieden (act. 21 Ziff. 9, 14) und die paritätische Vorsorgekommission die kollektive Übertragung ausdrücklich gewünscht habe (act. 21 Ziff. 15). Tatsächlich wird der Grundsatz der Rechtsgleichheit verletzt, wenn – ohne sachlichen Grund – bei dem einen Kollektiv von Aktivversicherten eine kollektive Übertragung stattfindet und bei dem anderen Kollektiv eine individuelle. Es wäre daher Aufgabe der Vorinstanz gewesen, zu prüfen, ob ein sachlicher Grund für eine solche Unterscheidung besteht, und dies in der Verfügung nachvollziehbar aufzuzeigen, was sie nicht getan hat.

Die Rüge der Beschwerdeführenden, wonach das Gleichheitsgebot verletzt werde, wenn die beiden Gruppen von Aktivversicherten in Bezug auf die kollektive Mitgabe der freien Mittel unterschiedlich behandelt würden, kann damit nicht ohne Weiteres als unbegründet zurückgewiesen werden. Eine abschliessende Beurteilung durch das Gericht ist jedoch aufgrund der Aktenlage und unter Rücksichtnahme auf das Ermessen, das dem Stiftungsrat in seinen Entscheidungen zusteht (BGE 128 II 394 E. 3.3, Urteil 9C_2/2012 vom 30. August 2012 E. 5.5, Urteil 9C_489/2009 vom 11. Dezember 2009 E. 2), nicht möglich.

8.4 Weiter machen die Beschwerdeführenden geltend, der Entscheid des Stiftungsrates sei nicht *sachgerecht.*

8.4.1 Als Begründung führen sie aus, alle zwischen 2008 und 2010 aus der Legacy ausgetretenen Mitarbeiter würden ihre individuellen Ansprüche an den freien Mitteln verlieren, falls die kollektive Mitgabe genehmigt werde. Dies sei insbesondere angesichts der Tatsache, dass der Deckungsgrad der Beschwerdegegnerin beinahe 140% betragen habe, nicht sachgerecht. Mit der kollektiven Übertragung würden übermässig hohe Reserven an die neue Kasse übertragen. Dies widerspreche dem Prinzip, wonach das Vermögen denjenigen Destinatären folgen solle, welche zu dessen Äufnung beigetragen haben. Profitieren würde dabei vor allem die übernehmende Firma. Gleichzeitig finde eine Verletzung des Gleichheitsprinzips statt, indem die bei der Legacy verbleibende Versichertengruppe sowie die Versichertengruppe der neu hinzukommenden Mitarbeiter von verbesserten Kassenleistungen profitieren würden, zulasten der individuell austretenden Versichertengruppe.

8.4.2 Die Vorinstanz führt dazu im Wesentlichen aus, dass es sich um einen Ermessensentscheid des Stiftungsrates handle und die Aufsichtsbehörde nur Eingreifen dürfe, wenn ein Verstoss gegen eine statutarische oder gesetzliche Vorschrift bestehe, was hier nicht der Fall sei (act. 21 Ziff. 14).

8.4.3 Weder im Entscheid des Stiftungsrates noch in der Genehmigungsverfügung der Vorinstanz finden sich Hinweise dafür, warum vorliegend die Übertragung an die beiden anderen Vorsorgeeinrichtungen individuell erfolgte und diejenige an die PKG-Pensionskasse kollektiv. Offenbar gingen sowohl der Stiftungsrat als auch die Vorinstanz stillschweigend davon aus, dass die kollektive Übertragung sinnvoll sei, da die von der neuen Firma übernommenen Mitarbeiter weiterhin eine Gemeinschaft bilden. Dies ist dem Grundsatze nach richtig (vgl. vorne E. 8.3.1) und wird in der Praxis oft so praktiziert, wenn ganze Belegschaften sich neu einer Sammel- oder Gemeinschaftseinrichtung anschliessen.

In den gesamten Akten fehlt aber eine sachliche Begründung dafür, weshalb die kollektive Übertragung bei einem Deckungsgrad von annähernd 140%, also beim Bestehen einer massiven Überdeckung, ebenfalls sachgerecht sein soll. Angesichts der üblichen, voraussehbaren Personalfluktuation im Zusammenhang mit der Firmenübernahme hätte sich der Stiftungsrat Rechenschaft darüber geben sollen, dass angesichts des sehr

hohen Deckungsgrades eine kollektive Mitgabe der *gesamten* freien Mittel nicht mehr sachgerecht sein könnte und nur die teilweise kollektive Mitgabe der freien Mittel zu einem sachgerechten Resultat führt. Vorliegend fehlt eine sachgerechte Begründung dafür, die gesamten freien Mittel kollektiv zu übertragen. Entscheidend sind dabei folgende Überlegungen:

Vorliegend wird ein Versichertenkollektiv auf eine bzw. mehrere neue Vorsorgeeinrichtungen übertragen. Von der Ausgangslage und der Interessenslage her sind im Hinblick auf das Gleichbehandlungsgebot genau dieselben Überlegungen anzustellen, wie bei dem Teilliquidationssachverhalt, dem der Bundesgerichtsentscheid BGE 131 II 514 zugrunde liegt, welcher u. a. auf den Entscheid BGE 128 II 394 ff. Bezug nimmt. In diesen beiden Entscheiden wird ausführlich beschrieben, welche Grundsätze bei der Durchführung einer Teilliquidation zur Anwendung zu gelangen haben.

BGE 131 II 514, E. 5.1: "Kommt es zu einer Teilliquidation einer Vorsorgeeinrichtung, so wird dieser ein so genanntes "Fortbestands- oder Fortführungsinteresse" zugebilligt. Unter diesem Titel bildet die Pensionskasse jene Reserven und Rückstellungen, welche sie mit Blick auf die anlage- und versicherungstechnischen Risiken nach Abwicklung der Teilliquidation benötigt, um die Vorsorge der verbleibenden Destinatäre im bisherigen Rahmen weiterzuführen (vgl. CARL HELBLING, Zum Verfahren der Teil- und Gesamtliquidation von Personalvorsorgeeinrichtungen, in Schmid [Hrsg.], Teilliquidationen von Vorsorgeeinrichtungen, Bern 2000, S. 72; CHRISTINA RUGGLI-WÜEST, Liquidationen/Teilliquidationen der Vorsorgeeinrichtung, in Schaffhauser/Stauffer [Hrsg.], Neue Entwicklungen in der beruflichen Vorsorge, St. Gallen 2000, S. 162, Fn. 36). Es handelt sich dabei insbesondere um Risikoschwankungsreserven, Wertschwankungsreserven auf den Aktiven, Zinsreserven (im Hinblick auf die Mindestverzinsung der Altersguthaben nach Art. 12 BVV 2), Reserven wegen der Zunahme der Lebenserwartung, Reserven für die Anpassung der laufenden Renten an die Teuerung sowie Rückstellungen für latente Steuern und Abgaben (vgl. CARL HELBLING, Personalvorsorge und BVG, 7. Aufl., Bern 2000, S. 267; OLIVIER DEPREZ, Feststellung der freien Mittel, in: Schmid [Hrsg.], Teilliquidationen von Vorsorgeeinrichtungen, Bern 2000, S. 46 ff.; OSKAR LEUTWYLER, Teilliquidation einer Pensionskasse, in: der Schweizer Treuhänder [ST], 1999 S. 324; JACQUES-ANDRÉ SCHNEIDER, Fonds libres et liquidations de caisses de pensions, in: SZS 2001 S. 462 f.).

In BGE 131 II 514, E. 5.3, hält das Bundesgericht Folgendes fest: "Bei letzterem [Gleichbehandlungsgebot] handelt es sich um das zweite zentrale Prinzip, das neben dem Fortbestandsinteresse bei der Teilliquidation einer Vorsorgeeinrichtung zu beachten ist. Dem Gleichbehandlungsgebot kommt seit jeher grosse Bedeutung zu: Bereits vor Inkrafttreten des Freizügigkeitsgesetzes erachtete das Bundesgericht eine Teilliquidation als erforderlich, wenn wirtschaftliche Veränderungen beim Arbeitgeberbetrieb grössere Personalabgänge zur Folge hatten (vgl. BGE 128 II 394 E. 3.2 S. 396). Aus dem Rechtsgleichheitsgebot sowie aus dem Grundsatz von Treu und Glauben leitete es für solche Fälle die Verpflichtung der Vorsorgeeinrichtung zu einer den konkreten Verhältnissen angepassten Aufteilung des Stiftungsvermögens ab: Das Personalvorsorgevermögen hat den bisherigen Destinatären zu folgen, damit nicht wegen Personalfluktuationen einzelne Gruppen von Versicherten zulasten anderer profitieren (BGE 119 Ib 46 E. 4c S. 54 m.H.). […] Im auf den 1. Januar 2005 in Kraft getretenen neuen Art. 53d Abs. 1 BVG wird dies nunmehr auch ausdrücklich festgehalten."

BGE 131 II 514, E. 6.2: "Weiter schliesst das Gleichbehandlungsgebot aus, dass die Vorsorgeeinrichtung zugunsten des Fortbestands alle erdenklichen Reserven und Rückstellungen bildet, während sie dem Abgangsbestand neben der gesetzlichen und reglementarischen Freizügigkeitsleistung bloss noch einen Teil des (gegebenenfalls verbleibenden) freien Stiftungsvermögens mitgibt."

Der Entscheid des Stiftungsrates, *die vollständigen freien Mittel* kollektiv zu übertragen und nicht zu prüfen, welche Mittel als Rückstellungen und Schwankungsreserven (im Sinne des Fortbestandsinteresses, analog dem Vorgehen bei einer Teilliquidation, vgl. dazu BGE 128 II 394 E. 3.2, BGE 131 II 514 E. 5.3 und 5.4, Fachrichtlinien für Pensionsversicherungsexperten Nr. 3) benötigt werden und den Rest individuell zu verteilen, ist deshalb vorliegend zu beanstanden.

Das aus dem Gleichheitsgebot hervorgehende Prinzip, wonach die freien Mittel denjenigen Destinatären folgen soll, welche zu deren Äufnung beigetragen haben, wird vorliegend ebenfalls verletzt, da die ab dem Stichtag Einzelaustretenden leer ausgehen, obwohl freie Mittel in der Höhe von ca. 40% vorhanden sind und dieser Personenkreis auch zu deren Äufnung beigetragen hat (zu diesem Grundsatz vgl. BGE 128 II 394 E. 3.2. S. 397; Urteil des Bundesgerichts B 156/2006 vom 21. Juni 2007, E. 6.3; 2A 539/1997 vom 30. April 1998, E. 3c/aa; JÜRG BRÜHWILER, Obliga-

torische berufliche Vorsorge, in: Ulrich Meyer [Hrsg.], SBVR, Band XIV Soziale Sicherheit, 2. Aufl., S. 2012). Weiter wird dadurch der Grundsatz der Rechtsgleichheit verletzt, da diejenigen Versicherten, die vor dem 1. Januar 2008 ausgeschieden sind, einen 40% höheren Betrag erhalten als diejenigen Versicherten, welche nach dem 1. Januar 2008 ausgeschieden sind und keine freien Mittel erhalten. Dies führt zu einem stossenden Resultat; die diesbezügliche Rüge ist deshalb begründet.

Das Bundesamt für Sozialversicherungen hat bereits in seinen Mitteilungen Nr. 51 vom 22. Juni 2000 unter der Randziffer 303 folgendes festgehalten: "… Aus diesen Gründen rät das BSV, freie Mittel periodisch zu verteilen. Dies bietet folgende Vorteile: Dem Grundsatz, wonach das Vermögen denjenigen Destinatären folgen soll, welche es geäufnet haben, wird genüge getan. Es verstösst gegen den Willen des Gesetzgebers, möglichst freie Mittel zu äufnen, um damit beispielsweise die Altersgutschriften der verbleibenden Angestellten höher zu verzinsen. Dadurch wird der Grundsatz, "das Vermögen folgt den Destinatären" zulasten derjenigen Austretenden, welche bei der Verteilung nicht mitberücksichtigt werden, klar verletzt."

Auch an der BVG-Tagung 2012 (vgl. UELI KIESER/HANS-ULRICH STAUFFER [Hrsg.], Universität St. Gallen, Aktuelle Fragen der beruflichen Vorsorge) wurde die Problematik der kollektiven Übertragung von freien Mitteln thematisiert. Auf Seite 185 der Tagungsunterlagen wird ausgeführt: "Nur selten wird die Problematik thematisiert, dass kollektiv übertragene Mittel bei der neuen Vorsorgeeinrichtung oft in den "Gesamtpool" fliessen und damit die übertretenden Arbeitnehmer nicht den ihnen zustehenden "Gewinn" haben – letzteres wäre aber der eigentliche Leitgedanke der Teilliquidation. Da drängen sich klare Lösungen auf – oder es ist dann die individuelle Übertragung als prinzipielle Lösung zu wählen."

Die Argumentation der Beschwerdeführenden, wonach die angefochtene getroffene Lösung v.a. im Interesse der übernehmenden Kasse liege und – soweit die Arbeitgeberin künftig tendenziell geringere Beiträge zu zahlen hat und sich die freien Mittel im Rahmen von internationalen Rechnungslegungsstandards als Aktiva ausweisen lassen – auch im Interesse der Firma Legacy, ist vorliegend nicht von der Hand zu weisen. Der Experte bestätigt zwar, dass der Destinatärskreis identisch sei; er äussert sich aber nicht zur Frage, inwieweit die kollektive Übertragung der Gesamtheit der freien Mittel angesichts des hohen Deckungsgrades von 140% und der abzusehenden Personalfluktuation voraussichtlich dazu

führt, dass einzelne bisherige Versicherte von den freien Mittel nicht profitieren werden, obwohl auch sie zu deren Äufnung beigetragen haben.

Die vorliegende Lösung erweist sich als nicht sachgerecht, verletzt das Gleichheitsgebot und ist daher zu beanstanden.

8.5 Die Beschwerdeführenden machen schliesslich geltend, dass die Vorinstanz den Sachverhalt in zeitlicher Hinsicht nicht vollständig abgeklärt habe, weil sie die Entwicklung vom Zeitpunkt des Stichtags am 1. Januar 2008 bis zum Zeitpunkt der Verfügung am 24. März 2011 nicht mitberücksichtige (act. 27 S. 1).

8.5.1 Die Vorinstanz führt dazu aus, dass die künftige Entwicklung ab dem 1. Januar 2008 von der Aufsichtsbehörde der übernommenen Vorsorgeeinrichtung zu überwachen sei; die neue Aufsichtsbehörde habe zu prüfen, ob angesichts der vielen Austritte und der anstehenden Massenentlassungen Teilliquidationen durchgeführt werden müssten (act. 21 S. 3, act. 29 S. 3 Ziff. 8).

8.5.2 In Bezug auf die Prüfung von Teilliquidationstatbeständen ab dem 1. Januar 2008 ist der Vorinstanz insoweit zuzustimmen, als dies Aufgabe der neuen Aufsichtsbehörde ist. Hingegen handelt es sich um eine Erfahrungstatsache, dass – wie hier – nach erfolgter Firmenübernahme vermehrt Personalmutationen stattfinden. Das Heranziehen derartiger Erfahrungssätze gehört auch zur Sachverhaltsermittlung (vgl. dazu CHRISTOPH AUER, zu Art. 12 VwVG, in Auer/Müller/Schindler, Kommentar zum VwVG, S. 191, St. Gallen 2008). Dies hätte der Stiftungsrat bei seinem Entscheid betreffend individuelle/kollektive Übertragung im Hinblick auf den Grundsatz, dass die freien Mittel denjenigen Destinatären folgen sollen, welche zu deren Äufnung beigetragen haben, und im Hinblick auf den ausserordentlich hohen Deckungsgrad mitberücksichtigen müssen. Kollektive Übertragungen sind unter diesem Gesichtspunkt nur mit Zurückhaltung zu beschliessen, da kollektiv übertragene freie Mittel tendenziell nicht ausschliesslich denjenigen Destinatären zugutekommen, die zu deren Äufnung beigetragen haben, sondern auch neueintretenden Mitarbeitern.

8.6 Durch den Entscheid des Stiftungsrates, bei einem derart hohen Deckungsgrad *die Gesamtheit* der freien Mittel kollektiv an die neue Vorsorgeeinrichtung der Firma Legacy zu übertragen, verletzt die Beschwerdegegnerin das Prinzip, dass das Vermögen denjenigen Destinatären folgen soll, welche zu deren Äufnung beigetragen haben. Der Entscheid verletzt

auch das Gleichheitsgebot und ist zudem nicht sachgerecht. Der Entscheid des Stiftungsrates verletzt somit Bundesrecht, was nicht zulässig und deshalb zu korrigieren ist.

9.
Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es vorliegend an einer sachgerechten Begründung mangelt, welche es zuliesse, die beiden Aktivversichertenkollektive in Bezug auf die kollektive bzw. individuelle Übertragung der freien Mittel unterschiedlich zu behandeln. Dadurch wird das Gleichheitsgebot verletzt. Weiter ist es nicht sachgerecht und verletzt ebenfalls das Gleichheitsgebot, bei einem Deckungsgrad von 140% die freien Mittel vollumfänglich kollektiv mitzugeben, ohne vorher mit Hilfe des Experten das Fortbestandsinteresse abzuklären – analog einer Teilliquidation. Dabei ist die finanzielle Situation zum Zeitpunkt der Verfügung zu berücksichtigen.

Die Beschwerde ist daher teilweise gutzuheissen und die Beschwerdegegnerin ist von der Vorinstanz anzuweisen, eine nachvollziehbare und BVG-konforme Begründung für die unterschiedliche Behandlung der beiden Versichertenkollektive der Aktivversicherten nachzureichen, will die Vorsorgeeinrichtung an der kollektiven Übertragung bei dem einen Versichertenkollektiv und an der individuellen Übertragung bei dem anderen festhalten. Weiter ist die Beschwerdegegnerin von der Vorinstanz anzuweisen, zusammen mit dem Experten das Fortbestandsinteresse (analog einer Teilliquidation) zu prüfen und danach neu zu entscheiden. Der noch festzulegende überschiessende Anteil bzw. der nicht benötigte Anteil der freien Mittel ist zwingend individuell mitzugeben.

10.
10.1 Eine Rückweisung gilt praxisgemäss als Obsiegen der beschwerdeführenden Partei (BGE 132 V 215 E. 6), sodass der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 2'000.- den Beschwerdeführenden nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils auf ein von ihnen anzugebendes Konto zurückzuerstatten ist. Der Vorinstanz werden keine Verfahrenskosten auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Gestützt auf das Reglement vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) werden die Verfahrenskosten auf Fr. 2'000.- festgesetzt und sind der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen.

10.2 Die anwaltlich vertretenen Beschwerdeführenden haben laut Art. 64 Abs. 1 VwVG in Verbindung mit Art. 7 VGKE Anspruch auf eine Parteientschädigung für ihnen erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten. Wird keine Kostennote eingereicht, setzt das Gericht die Entschädigung auf Grund der Akten fest (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Vorliegend erweist sich eine Parteientschädigung in Berücksichtigung des Aufwands (19 Seiten Beschwerde, Eingaben vom 9. und 14. Juni 2011 sowie 5. November 2011, 8 Seiten Replik) von Fr. 5'400.-- inkl. Mehrwertsteuer (MWSt) zu Lasten der Beschwerdegegnerin als angemessen. Der Vorinstanz steht keine Parteientschädigung zu (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen und die Vorinstanz wird angewiesen, im Sinne der Erwägung 9 vorzugehen.

2.
Der Beschwerdegegnerin werden Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 2'000.- auferlegt. Der geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 2'000.- wird den Beschwerdeführenden nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

3.
Den Beschwerdeführenden wird zu Lasten der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung von Fr. 5'400.- inkl. Mehrwertsteuer zugesprochen.

4.
Dieses Urteil geht an:

– die Beschwerdeführenden (Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular)
– die Beschwerdegegnerin (Gerichtsurkunde)
– die Vorinstanz (Ref-Nr. BL […]; Gerichtsurkunde)
– das Bundesamt für Sozialversicherungen (Eingeschrieben)
– die Oberaufsichtskommission BVG (Eingeschrieben)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter: Der Gerichtsschreiber:

Beat Weber Urs Walker

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden, sofern die Voraussetzungen von Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) gegeben sind. Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: