

Die Vorschriften der Teil- und Gesamtliquidation wurden mit Wirkung ab 1. Januar 2005 ins Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG) integriert. Neu wird die Teilliquidation von den Vorsorgeeinrichtungen autonom aufgrund eines von der Aufsichtsbehörde genehmigten Teilliquidationsreglements abgewickelt.

ERICH PETER

LUKAS ROOS

KONKRETISIERUNG DER TEILLIQUIDATIONS- TATBESTÄNDE IM REGLEMENT

Verlagerung der Entscheidungsbefugnisse von der Aufsicht hin zur Vorsorgeeinrichtung

1. EINLEITUNG

Mit dem zweiten Paket der 1. BVG-Revision, welches am 1. Januar 2005 in Kraft trat, wurden die Vorschriften der Teil- und Gesamtliquidation ins *Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG)* [1] integriert, und zwar in Art. 53b–53d BVG. Zuvor war die Teilliquidation im *Freizügigkeitsgesetz (FZG)* [2] geregelt, welches am 1. Januar 1995 in Kraft trat. Gemäss Art. 23 Abs. 1 aFZG hatte die Aufsichtsbehörde zu entscheiden, ob die Voraussetzungen für eine Teilliquidation erfüllt waren und einen allfälligen Verteilungsplan zu genehmigen [3]. Neu wird die Teilliquidation aufgrund von Art. 53 b BVG nicht mehr in einem aufsichtsbehördlichen Verfahren, sondern von den Vorsorgeeinrichtungen autonom aufgrund eines zuvor erlassenen und von der Aufsichtsbehörde genehmigten Teilliquidationsreglements abgewickelt. Die Vorsorgeeinrichtungen haben insbesondere auch die Voraussetzungen zur Teilliquidation reglementarisch zu regeln (Art. 53 b Abs. 1 BVG) [4]. Die im Folgenden dargestellte rechtliche Würdigung entspricht auch der Auffassung der Konferenz der kantonalen BVG- und Stiftungsaufsichtsbehörden.

2. GESETZLICHE GRUNDLAGEN

Am 1. Januar 1995 trat das FZG in Kraft. Darin bildet Art. 23 aFZG die Grundlage der Teil- und Gesamtliquidation und bestätigte im Wesentlichen die bis dato geltende aufsichtsrechtliche Praxis zur Teilliquidation von Vorsorgeeinrichtungen [5]. Gemäss Art. 23 Abs. 1 aFZG hatte die Aufsichtsbehörde zu entscheiden, ob die Voraussetzungen für eine Teilliquidation erfüllt waren. Sie genehmigte zudem einen

allfälligen Verteilungsplan. Die Destinatäre konnten diese Verfügung gemäss Art. 74 BVG anfechten.

Mit der 1. BVG-Revision, welche am 1. Januar 2005 in Kraft trat, wurden die Vorschriften der Teil- und Gesamtliquidation ins BVG integriert, und zwar in Art. 53b–53d BVG, auf welche Art. 23 Abs. 2 FZG verweist. Ergänzt werden diese Bestimmungen auf Verordnungsstufe durch Art. 27g–27h BVV2. Nach Art. 53 b Abs. 1 BVG regeln die Vorsorgeeinrichtungen in ihren Reglementen die Voraussetzungen und das Verfahren zur Teilliquidation. Gemäss Art. 53 b Abs. 1 Satz 2 BVG sind die Voraussetzungen für eine Teilliquidation vermutungsweise erfüllt, wenn (a) eine erhebliche Verminderung der Belegschaft erfolgt, (b) eine Unternehmung restrukturiert wird oder (c) der Anschlussvertrag aufgelöst wird. Die Aufsichtsbehörde hat die reglementarischen Vorschriften über die Voraussetzungen und das Verfahren zur Teilliquidation zu genehmigen (Art. 53 b Abs. 2 BVG).

Der Entwurf zur 1. BVG-Revision sah ursprünglich vor, dass die neue Regelung des Verfahrens nur für Vorsorgeeinrichtungen gelten sollte, denen mehrere Arbeitgeber oder mehrere Verbände von Arbeitgebern angeschlossen sind (Sammel- oder Gemeinschaftseinrichtungen). Grund hierfür war, dass bei Sammel- und Gemeinschaftseinrichtungen das Durchführen von Teilliquidationen zum Tagesgeschäft geworden ist und in den meisten Fällen der Aufwand für die aufsichtsrechtliche Genehmigung der Teilliquidation als unverhältnismässig erschien [6]. Für die übrigen Vorsorgeeinrichtungen sollte das bisherige Verfahren der aufsichtsbehördlichen Entscheidung über die Voraussetzungen und den Verteilungsplan beibehalten werden [7]. Im Rahmen der par-



ERICH PETER,
DR. IUR., RECHTSANWALT,
LL. M. TAXATION,
AMTSCHIEF, AMT FÜR
BERUFLICHE VORSORGE
UND STIFTUNGEN (BVS),
KANTON ZÜRICH,
ZÜRICH



LUKAS ROOS, DR. IUR.,
RECHTSANWALT,
AMT FÜR BERUFLICHE
VORSORGE UND
STIFTUNGEN (BVS),
KANTON ZÜRICH,
ZÜRICH

lamentarischen Beratung wurde der Anwendungsbereich der neuen Regelung aufgrund eines Antrags von *Vreni Spoerry* auf alle Vorsorgeeinrichtungen ausgeweitet [8].

3. WOZU EIN TEILLIQUIDATIONSREGLEMENT?

Nach neuem Recht wird die Teilliquidation von der Vorsorgeeinrichtung autonom durchgeführt. Die Vorsorgeeinrichtung entscheidet selbständig über das Vorliegen eines Teilliquidationstatbestandes, den genauen Zeitpunkt, die freien Mittel und den zu verteilenden Anteil, einen Fehlbetrag und dessen Zuweisung sowie den Verteilungsplan (vgl. Art. 53 d Abs. 4 BVG). Die Aufsichtsbehörde wird nur noch ausnahmsweise eingeschaltet, wenn einer der Betroffenen mit dem Entscheid der Vorsorgeeinrichtung nicht einverstanden ist und eine Überprüfung verlangt (Art. 53 d Abs. 6 BVG). Diese grundsätzliche Neuordnung des Verfahrens führt zu einer erheblichen Verlagerung der Entscheidungsbefugnisse von

«Nach neuem Recht wird die Teilliquidation von der Vorsorgeeinrichtung autonom durchgeführt.»

der Aufsicht hin zur Vorsorgeeinrichtung: War es nach altem Recht die Aufsicht, die über das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Teilliquidation und den Verteilungsplan zu entscheiden hatte, so ist dies neu Sache der Vorsorgeeinrichtung selbst.

Um gleichwohl sicherzustellen, dass eine Teilliquidation trotz dem Prinzip der autonomen, von der Aufsicht unbeleiteten Abwicklung nicht willkürlich, sondern nach einheitlichen und rechtskonformen Grundsätzen vollzogen wird, muss die Vorsorgeeinrichtung vorgängig in einem Reglement die Voraussetzungen und das Verfahren zur Teilliquidation regeln und dieses Reglement der Aufsicht zur Prüfung und (konstitutiven) [9] Genehmigung vorlegen. Dies ist umso wichtiger, als die Entscheidungsträger in der Vorsorgeeinrichtung – anders als die Aufsichtsbehörde nach altem Recht – in aller Regel ebenfalls Destinatäre der Stiftung sind und damit ein eigenes (finanzielles) Interesse am Ausgang des Teilliquidationsverfahrens haben, sei es dass sie zum Abgangs- oder zum Fortbestand gehören. Im ersten Fall sind sie an einer grosszügigen Mitgabe von freien Mitteln interessiert, im zweiten Fall an einer möglichst umfangreichen Berücksichtigung des Fortbestandsinteresses. Es liegt auf der Hand, dass bei dieser Ausgangslage die Gefahr besteht, dass eigene Interessen der Entscheidungsträger die Teilliquidation beeinflussen können [10].

Mit der Pflicht zur Regelung im Reglement wird sichergestellt, dass auf künftige Teilliquidationen einheitliche, voraussehbare und überprüfbare Grundsätze angewendet werden (Rechtssicherheit und Gleichbehandlung) [11]. Mit dem Erfordernis der Prüfung und Genehmigung durch die Aufsicht soll erreicht werden, dass die betreffenden Regelungen der Rechtsordnung entsprechen (Rechtmässigkeitskontrolle). Diese beiden Funktionen des Teilliquidationsreglements stellen freilich keine Besonderheit dieses Reglementtyps dar.

Vielmehr sind sie dem Grundsatz nach allen Reglementen zu eigen: Für die Leistungsreglemente ist der Gedanke der Rechtssicherheit und der Gleichbehandlung als sog. Prinzip der Planmässigkeit in Art. 1 Abs. 2 BVG i. V. m. Art. 1g BVV2 ausdrücklich festgehalten. Die Rechtmässigkeitskontrolle, also die Prüfung auf Übereinstimmung mit den gesetzlichen Vorschriften durch die Aufsicht, ist in Art. 62 Abs. 1 lit. a BVG für sämtliche Reglemente vorgesehen.

Die Pflicht zur Erstellung eines Teilliquidationsreglements ist folglich die logische Konsequenz aus der Änderung des Verfahrens und der dadurch gewachsenen Entscheidungsmacht und Verantwortung der Vorsorgeeinrichtungen.

4. KONKRETISIERUNG CONTRA ERMESSEN

Damit das Teilliquidationsreglement seine Aufgabe erfüllen kann, muss es möglichst konkret sein. Offene oder ungenaue Formulierungen oder solche, die dem Stiftungsrat ein erhebliches Ermessen lassen, können die gewünschte Rechtssicherheit und Gleichbehandlung nicht gewährleisten. Derartige Formulierungen erschweren zudem die Rechtmässigkeitskontrolle durch die Aufsichtsbehörde, da ihre konkrete Auslegung im Einzelfall kaum vorauszusehen ist.

Diesem Umstand war sich auch der Gesetzgeber bewusst. Die Botschaft zur 1. BVG-Revision hält daher die Notwendigkeit einer Konkretisierung unmissverständlich fest [12]: «Neu müssen diese Vorsorgeeinrichtungen in ihrem Reglement selber festlegen, wann die Voraussetzungen für eine Teilliquidation bei den drei gesetzlich abschliessend aufgeführten Fällen wie «erhebliche Verminderung der Belegschaft», «Restrukturierung einer Unternehmung» und «Auflösung von Anschlussverträgen» erfüllt sind und welches Verfahren zum Tragen kommen soll. Die Voraussetzungen sollten möglichst objektiv und abschliessend geregelt sein. Damit soll verhindert werden, dass der Entscheid des paritätischen Organs davon beeinflusst wird, ob Vertreterinnen und Vertreter der Arbeitnehmenden der ausscheidenden oder verbleibenden Versichertengruppe angehören. Ebenso soll verhindert werden, dass die Vertretung der Arbeitgebenden die Voraussetzungen für das Vorliegen einer Teilliquidation tendenziell verneinen.» [13]

5. BEDEUTUNG DER «VERMUTUNG» IN ART. 53 B ABS. 1 SATZ 2 BVG

Für eine gewisse Verwirrung sorgte in diesem Zusammenhang die Formulierung in Art. 53 b Abs. 1 Satz 2 BVG. Während im ersten Satz dieser Bestimmung wie gesehen die Pflicht zur Regelung der Voraussetzungen zur Teilliquidation im Reglement postuliert wird, erklärt der zweite Satz, die Voraussetzungen einer Teilliquidation seien «vermutungsweise erfüllt, wenn (a) eine erhebliche Verminderung der Belegschaft erfolgt; (b) eine Unternehmung umstrukturiert wird oder (c) der Anschlussvertrag aufgelöst wird.» Das eingeschobene Wort «vermutungsweise» wirft Fragen auf, insbesondere diejenige nach dem Verhältnis zum Gebot der Konkretisierung gemäss dem ersten Satz der Bestimmung. In der Literatur wurde hierzu wiederholt die Meinung vertreten, bei der «Vermutung» von Art. 53 b Abs. 1 Satz 2 handle es sich um eine gesetzliche Vermutung [14], die als solche die

Beweislastverteilung regle [15]. Es muss an dieser Stelle festgehalten werden, dass diese Auffassung unzutreffend ist, da sie die Rechtsnatur der gesetzlichen Vermutung verkennt.

Bei den gesetzlichen Vermutungen handelt es sich ganz allgemein um ein gesetzgeberisches Instrument zur Regelung der Beweislast. Mit dem Beweis einer Vermutungsbasis wird auf das Vorhandensein eines vermuteten Sachverhalts geschlossen. Wer diesen bestreitet, hat seinerseits den Beweis des Gegenteils zu erbringen, um die Vermutung umzustossen [16]. Solche gesetzlichen Vermutungen beziehen sich – ihrer Natur als Beweislastverteilungsregeln entsprechend – stets auf Tatfragen, niemals auf Rechtsfragen. Denn nur mit Bezug auf Tatfragen ist überhaupt ein Beweis bzw. ein Beweis des Gegenteils möglich.

Die «Vermutung» in Art. 53 b Abs. 1 Satz 2 bezieht sich jedoch trotz des missverständlichen Wortlauts nicht auf eine Tatfrage, sondern regelt eine Rechtsfolge: Bei Vorliegen einer der drei Tatbestandsvarianten Verminderung der Belegschaft, Restrukturierung und Auflösung eines Anschlussvertrages ist (vermutungsweise) eine Teilliquidation durchzuführen. Dabei stellt nur das Vorliegen der Tatbestandsvarianten Verminderung der Belegschaft, Restrukturierung und Auflösung eines Anschlussvertrages eine (beweisbare) Tatfrage dar [17]. Bei der Frage, ob infolge des Vorliegens einer dieser Tatbestandsvarianten eine Teilliquidation durchzuführen ist, handelt es sich dagegen um eine Rechtsfrage. Hierüber ist ein Beweis nicht möglich [18].

Um die Bedeutung der «Vermutung» des Art. 53 b Abs. 1 Satz 2 BVG zu verstehen, ist es hilfreich, sich die Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung vor Augen zu führen: Die gleiche Formulierung wie in Art. 53 b Abs. 1 Satz 2 BVG fand sich interessanterweise bereits in Art. 23 Abs. 4 aFZG [19]. Damals richtete sich die «Vermutung» in Art. 23 Abs. 4 aFZG – entsprechend dem damaligen Verfahren – nicht an die Vorsorgeeinrichtungen, sondern an die Aufsichtsbehörde, welche über die Durchführung einer Teilliquidation zu entscheiden hatte. Mit dem Einschub des Wortes «vermutungsweise» in Art. 23 Abs. 4 aFZG sollte der Aufsichtsbehörde ein Ermessenspielraum im Sinne der früheren Praxis eingeräumt und eine am Grundsatz von Treu und Glauben orientierte Gesamtbetrachtung ermöglicht werden [20]. Der Einschub «vermutungsweise» sollte mit anderen Worten eine an den Umständen des Einzelfalles orientierte Entscheidung ermöglichen. In diesem Sinn wurde (bzw. wird) Art. 23 Abs. 4 aFZG auch vom Bundesgericht verstanden. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist eine Verminderung der Belegschaft von 10% des Personalbestandes im allgemeinen als erheblich zu betrachten. Diese Regel könne indes nicht unabhängig von der Grösse schematisch auf sämtliche Unternehmungen angewandt werden. Für kleinere Unternehmungen mit wenigen Arbeitnehmern sei die Schwelle von 10% zu tief, für sehr grosse Unternehmungen dagegen zu hoch [21].

Das neue Recht hat die Formulierung des Art. 23 Abs. 4 aFZG mitsamt der darin enthaltenen «Vermutung» in Art. 53 b Abs. 1 Satz 2 BVG übernommen. Damit wurden neu die Vorsorgeeinrichtungen selbst Adressaten dieser Bestimmung, denn sie sind es, die nach neuem Recht über die Durch-

führung einer Teilliquidation zu entscheiden haben. Sie haben dabei – ebenso wie die Aufsichtsbehörde nach altem Recht – ein Ermessen. Freilich besteht dieses Ermessen nicht bezüglich des Entscheides, ob eine Teilliquidation durchgeführt werden soll oder nicht, denn dies würde den Grundsätzen der Rechtssicherheit und der Gleichbehandlung zuwiderlaufen. Das Ermessen besteht vielmehr nur (aber immerhin)

«Die Vorsorgeeinrichtungen müssen in ihren Reglementen die drei gesetzlich abschliessend aufgeführten Varianten einer Teilliquidation konkretisieren.»

mit Blick auf die Konkretisierung der Teilliquidationstatbestände im Reglement. Die Vorsorgeeinrichtung darf (und muss) nach pflichtgemäsem Ermessen entscheiden, wie es die Teilliquidationstatbestände unter Berücksichtigung der konkreten Verhältnisse beim Arbeitgeber im Reglement konkretisieren will. Sobald diese Regelung aber beschlossen und von der Aufsichtsbehörde genehmigt wurde, ist sie entsprechend anzuwenden, ohne dass diesbezüglich noch ein Ermessen bestünde [22].

6. SCHRANKEN BEI DER KONKRETISIERUNG DER TEILLIQUIDATIONSTATBESTÄNDE

Die Vorsorgeeinrichtung hat wie gesehen bezüglich der Frage, wie sie die Teilliquidationstatbestände im Reglement konkretisiert, ein gewisses Ermessen. Diesem Ermessen sind allerdings Schranken gesetzt: Wie jedes Reglement, muss auch das Teilliquidationsreglement die gesetzlichen Vorschriften einhalten [23]. Ob dies der Fall ist, prüft die Aufsichtsbehörde im Rahmen des Genehmigungsverfahrens. Dabei stellt sich die Frage, welche Schranken bei der Konkretisierung der Teilliquidationstatbestände zu beachten sind.

Eine gewisse Schranke ergibt sich zunächst aus zwei allgemeinen Grundsätzen zur Teilliquidation. Der Grundsatz von Treu und Glauben gebietet, dass das Vermögen der Vorsorgeeinrichtung dem Personal folgt. Das Prinzip der Gleichbehandlung verbietet eine bevorzugte Behandlung einer Destinatärsgruppe zu Lasten einer anderen [24]. Beiden Grundsätzen lässt sich nur (aber immerhin) entnehmen, dass die Voraussetzungen für eine Teilliquidation nicht übermässig hoch angesetzt werden dürfen, da dies treuwidrig wäre und die Austretenden benachteiligen würde.

Weitere Schranken ergeben sich aus der Rechtsprechung: Zu berücksichtigen ist dabei, dass die Formulierung des

Art. 23 aFZG wie erwähnt im neuen Art. 53 b Abs. 1 Satz 2 BVG übernommen wurde. Weder der Botschaft noch den parlamentarischen Beratungen lässt sich entnehmen, dass der Gesetzgeber mit Art. 53 b BVG die Teilliquidation materiell neu regeln wollte. Ziel der Revision war primär die Änderung des Verfahrens. Zudem wurde der Geltungsbereich der Teilliquidationsbestimmungen mit der Überführung vom FZG in das BVG auf Vorsorgeeinrichtungen ohne reglementarische Leistungen ausgeweitet [25]. Da die Teilliquidation materiell nicht neu geregelt werden sollte, ist die Rechtsprechung zu Art. 23 Abs. 4 aFZG betreffend die Voraussetzungen einer Teilliquidation weiterhin beachtlich, wenn auch nur sinngemäss [26]. Sinngemäß deshalb, weil es um zwei verschiedene Fragestellungen geht. Während die Aufsichtsbehörde (und die Gerichte) nach altem Recht zu entscheiden hatte, ob eine Teilliquidation durchzuführen ist, muss sie nach neuem Recht entscheiden, ob die Konkretisierung der Teilliquidationstatbestände im Reglement rechtskonform erfolgt ist. Im ersten Fall ist ein konkreter Einzelfall zu beurteilen. Aus diesem Grund finden sich in der Rechtsprechung zum alten Recht zur Frage der Durchführung einer Teilliquidation keine festen Schranken, sondern höchstens Faustregeln (z. B. die «10%-Regel»). Diese Zurückhaltung erklärt sich damit, dass die Vorsorgeeinrichtungen erhebliche Unterschiede v. a. bezüglich ihrer Grösse aufweisen. Dies machte es für die Rechtsprechung schwierig, allgemeinverbindliche, für alle Vorsorgeeinrichtungen geltende Grundsätze aufzustellen.

Dagegen muss die Aufsichtsbehörde nach neuem Recht entscheiden, ob eine Regelung betreffend Konkretisierung des Teilliquidationstatbestandes rechtskonform ist oder nicht. Sie muss mit anderen Worten die Schranken für das Ermessen der Vorsorgeeinrichtungen festlegen. In der Regel wird die Aufsichtsbehörde dabei nicht umhinkommen, im Sinne einer Praxisfestlegung allgemeine Grundsätze aufzustellen. Dabei hat sie sich sinngemäss – aber eben nur sinngemäss – an der Rechtsprechung zum alten Recht zu orientieren [27].

7. FAZIT

Die Vorsorgeeinrichtungen müssen in ihren Reglementen die drei gesetzlich abschliessend aufgeführten Varianten einer Teilliquidation konkretisieren. Dabei haben sie ein gewisses Ermessen. Die Regelungen sollten jedoch möglichst objektiv und abschliessend sein. Die Aufsichtsbehörde prüft die Regelungen auf ihre Übereinstimmung mit der Rechtsordnung. Sie orientiert sich dabei an der (bundesgerichtlichen) Rechtsprechung zu Art. 23 Abs. 4 aFZG. Die genehmigten Regelungen sind für die betreffenden Vorsorgeeinrichtungen verbindlich, ein Ermessen bezüglich ihrer Anwendung oder weiterer Tatbestände besteht nicht. ■

Anmerkungen: 1) Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 25. Juni 1982 (BVG; SR 831.40). 2) Bundesgesetz über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 17. Dezember 1993 (FZG; SR 831.42). 3) Die Bestimmungen galten aufgrund des Geltungsbe-

reichs des FZG für alle (privaten und öffentlich-rechtlichen) Vorsorgeeinrichtungen, welche reglementarische Leistungen bei Alter, Tod oder Invalidität vorsahen (Art. 1 Abs. 2 FZG), mithin auch für Genossenschaften. Auf Vorsorgeeinrichtungen ohne reglementarische Leistungen (sog. Wohlfahrtsfonds) fanden die Teilliquidationsbe-

stimmungen des FZG hingegen keine Anwendung. Diese Einrichtungen wurden wie bereits vor der Einführung des FZG nach stiftungsrechtlichen Grundsätzen teilliquidiert. Vgl. hierzu Bruno Lang, Liquidation und Teilliquidation von Personalvorsorgeeinrichtungen unter Berücksichtigung des Freizügigkeitsgesetzes, SZS 1994, Heft 2, S. 111 ff.

4) Die Vorschriften der Art. 53b–53d BVG zur Teilliquidation sind auf alle Vorsorgeeinrichtungen anzuwenden, die reglementarische Leistungen erbringen (also auf obligatorische, umhüllende und rein überobligatorische Kassen; Art. 1 Abs. 2 FZG i. V. m. Art. 23 FZG). Sie gelten überdies auch für reine Wohlfahrtsfonds ohne reglementarische Leistungen (vgl. Art. 89^{bis} Abs. 6 Ziff. 9 ZGB). 5) Thomas Geiser, Teilliquidationen bei Pensionskassen, *Der Schweizer Treuhänder*, 2007/1–2, S. 81 ff. Grundsätzlich neue Aspekte ergaben sich aber bei der Behandlung versicherungstechnischer Fehlbeträge (vgl. hierzu Bruno Lang, S. 115 ff.). 6) Vgl. Botschaft zur Revision des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG) vom 1. März 2000, BBl 2000, S. 2672 f. (im Folgenden: Botschaft 1. BVG-Revision). 7) Vgl. Botschaft 1. BVG-Revision, BBl 2000, S. 2672 ff. 8) In der vorberatenden ständerätlichen Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit (SGK-S) beantragte Vreni Spoerry, das neue Verfahren auf alle Vorsorgeeinrichtungen anzuwenden (vgl. Protokoll der SGK-S vom 4./5. November 2002, S. 10 ff., und Anhang zum Protokoll SGK-S vom 4./5. November 2002, Antrag 21). Im Ständerat führte Jean Studer als Berichterstatter der SGK-S dazu aus, dass in Art. 53b Abs. 1 BVG einige Sachverhalte aufgezählt seien, bei denen eine Teilliquidation zu vermuten sei. Dies schliesse nicht aus, dass aufgrund der Umstände eine gegenteilige Meinung vertreten und Elemente beigebracht werden könnten, welche dieser Vermutung entgegenstünden. Der geänderte Artikel bringe lediglich eine einheitliche Regelung der Teilliquidation für alle Vorsorgeeinrichtungen. Der Antrag Spoerry wurde vom Ständerat am 28. November 2002 angenommen (vgl. Amtl Bull 2002, S. 1049). Der Nationalrat folgte dem Ständerat diskussionslos (vgl. Amtl Bull 2003, S. 628). Vgl. zum Ganzen auch Thomas Geiser, *Der Schweizer Treuhänder*, 2007/1–2, S. 81, 82. 9) Es handelt sich um eine vorgängige Prüfung mit konstitutiver Wirkung (Botschaft 1. BVG-Revision, BBl 2000, S. 2697). 10) Der Gesetzgeber war sich dieser Problematik bewusst. Dies zeigt sich darin, dass die

Prüfung des Teilliquidationsreglements durch die Aufsichtsbehörde – anders als die Prüfung der übrigen Reglemente – ausnahmsweise als vorgängige und konstitutive Prüfung ausgestaltet ist. 11) Vgl. auch Thomas Geiser, *Der Schweizer Treuhänder*, 2007/1–2, S. 81, 85 mit dem Hinweis, dass es sich beim Teilliquidationsreglement um eine generell-abstrakte Regelung handle, welche unabhängig von einer konkreten Teilliquidation zu erlassen sei; Christina Ruggli-Wüest, Die Umsetzungserfahrungen der Aufsichtsbehörde – Knackpunkt der 1. BVG-Revision aus Sicht der Aufsichtsbehörde, Schriftenreihe des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis der Universität St. Gallen, Band 42, BVG-Tagung 2006, S. 183 ff. 12) Botschaft 1. BVG-Revision, BBl 2000, S. 2696 ff. 13) Ebenso Isabelle Vetter-Schreiber, *Berufliche Vorsorge*, Handkommentar, 1. Aufl., S. 178 zu Art. 53b BVG. 14) Zuletzt Fritz Steiger, Die Teilliquidation nach Art. 53b BVG, AJP 8/2007, S. 1051, 1053; ders., Bemerkungen zum Urteil des Bundesgerichtes vom 11. 5. 2007 (2A.699/2006), AJP 3/2008, S. 360, 362; ders., Die Voraussetzungen zur Teilliquidation einer Vorsorgeeinrichtung – Die Bedeutung der gesetzlichen Vermutung, *Der Schweizer Treuhänder*, 2008/6–7, 463, 464 f.; Hans-Ullrich Stauffer, *Berufliche Vorsorge*, N 1144; vgl. auch Bundesgericht, 2. Öffentlichrechtliche Abteilung, Urteil vom 11. 05. 2007 (2A.699/2006) zum Stand der Meinungen (zu Art. 23 Abs. 4 aFZG). 15) Fritz Steiger, AJP 8/2007, S. 1051, 1053; ders., *Der Schweizer Treuhänder*, 2008/6–7, S. 463, 464 f. 16) Statt vieler Basler Kommentar, *Zivilgesetzbuch I*, Art. 1–456 ZGB, 3. Aufl. 2006, Hans Schmid, Art. 8 ZGB N 34 mit Nachweisen. 17) Der Beweis dafür, ob sich eine Tatbestandsvariante verwirklicht hat, obliegt der Vorsorgeeinrichtung und darf im Reglement nicht den Destinatären aufgebürdet werden (Mitteilungen über die berufliche Vorsorge des Bundesamtes für Sozialversicherungen BSV, Nr. 100 vom 19. Juli 2007, N 590). 18) Erhellend ist in diesem Zusammenhang auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung. Das Bundesgericht hatte verschiedentlich zu entscheiden, ob als Folge eines bestimmten Sachverhalts eine Teilliquidation durchgeführt

werden muss. Dies konnte es aufgrund der eingeschränkten Kognition nur tun, weil es sich bei dieser Frage um eine Rechtsfrage handelt. Vgl. auch Art. 23 Abs. 1 aFZG, wonach die Aufsicht darüber zu entscheiden hatte, ob eine Teilliquidation durchgeführt werden muss. Der Entscheid hierüber konnte vom Gesetzgeber nur deshalb der Aufsichtsbehörde überlassen werden, weil es sich um eine zu entscheidende Rechtsfrage handelte. 19) Art. 23 Abs. 4 aFZG: «Die Voraussetzungen für eine Teilliquidation sind vermutungsweise erfüllt, wenn: a. eine erhebliche Verminderung der Belegschaft erfolgt; b. eine Unternehmung restrukturiert wird; c. ein Arbeitgeber oder eine Arbeitgeberin den Anschlussvertrag mit einer Vorsorgeeinrichtung auflöst und diese Einrichtung nach der Auflösung weiterbesteht.» 20) Bruno Lang in: Carl Helbling, *Personalvorsorge und BVG*, 6. Aufl. 1995, S. 499 zu Art. 23 Abs. 4 aFZG; ders., SZS 1994, Heft 2, S. 111, 114: «Nach FZG behält die Aufsichtsbehörde den Entscheidungsspielraum im Sinne bisheriger Praxis auch insofern, als die Voraussetzungen für eine Teilliquidation bei den in Art. 23 Abs. 4 aufgezählten Sachverhalten nur «vermutungsweise» erfüllt sind.» 21) Zuletzt Bundesgericht, 2. Öffentlichrechtliche Abteilung, Urteil vom 11. 5. 2007 (2A.699/2006) E. 3. mit weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung; Urteil der BVG-Beschwerdekommision vom 10. 4. 1997, Fall 427/96. 22) A. M. offenbar Thomas Geiser, *Der Schweizer Treuhänder*, 2007/1–2, S. 81, 84, wonach mit Blick darauf, dass Art. 53b Abs. 1 BVG nur eine Vermutung vorsehe, immer noch die Möglichkeit bestehe, den Besonderheiten des Einzelfalles gebührend Rechnung zu tragen. 23) Dieser Vorrang des (zwingenden) Rechts ist keine Besonderheit des Teilliquidationsreglements, sondern besteht bei allen Reglementen. Daraus zu schliessen, das Teilliquidationsreglement könne die gewünschte Rechtssicherheit nicht bringen, wie dies Fritz Steiger, AJP 8/2007, S. 1051, 1065 und ders., *Der Schweizer Treuhänder*, 2008/6–7, S. 463, 466 tut, ist unbegründet. 24) BGE 128 II 397 E. 3.2 mit Hinweisen; 119 Ib 52 f. E. 3d u. 4a; 110 II 442 ff. 25) Vorsorgeeinrichtungen ohne reglementarische Leistungen

wurden auch nach Einführung des FZG nach stiftungsrechtlichen Grundsätzen teilliquidiert (vgl. hierzu Bruno Lang, Liquidation und Teilliquidation von Vorsorgeeinrichtungen, SZS 1994, Heft 2, S. 111 ff.; Christina Ruggli-Wüest, S. 182). 26) Ebenso, wenn auch ohne die Einschränkung der bloss sinnngemässen Beachtlichkeit, Fritz Steiger, AJP

8/2007, 1051, 1054; Isabelle Vetter-Schreiber, Berufliche Vorsorge, Handkommentar, 1. Aufl., S. 178 zu Art. 53 b BVG. 27) Die Konferenz der kantonalen BVG- und Stiftungsaufsichtsbehörden hat in zwei Merkblättern ihre Praxis zur Teilliquidation von Vorsorgeeinrichtungen mit und ohne reglementarische Leistungen publiziert. Auch das Amt

für berufliche Vorsorge und Stiftungen des Kantons Zürich (BVS) hat zwei Merkblätter zur Genehmigung von Teilliquidationsreglementen und ein Musterreglement für Wohlfahrtsfonds veröffentlicht. Ziel dieser Publikationen ist es, aufzuzeigen, was die Vorsorgeeinrichtungen bei der Reglementfestlegung zu beachten haben.

RÉSUMÉ

Concrétisation des conditions de la liquidation partielle dans le règlement

Selon le nouveau droit, l'institution de prévoyance procède à sa liquidation partielle de manière autonome. Elle détermine elle-même si les conditions d'une liquidation partielle sont réunies et décide du moment exact de la liquidation, des fonds libres et de la part à répartir lors de la liquidation, du montant du découvert et de la répartition de celui-ci et enfin du plan de répartition (cf. art. 53d al. 4 LPP). Pour s'assurer que les institutions ne procèdent pas à des liquidations partielles de façon arbitraire mais selon des principes uniformes et légaux, les conditions et la procédure de liquidation partielle doivent être fixées au préalable dans le règlement de l'institution, lequel doit être soumis à l'autorité de surveillance pour approbation (constitutive). L'obligation de fixer ces principes dans le règlement a pour but de garantir l'application de règles uniformes, prévisibles et vérifiables lors de futures liquidations partielles (sécurité juridique et égalité de traitement). L'objectif du contrôle de l'autorité de surveillance est de s'assurer que les règles sont adoptées dans le respect du droit (contrôle de légalité).

Pour que le règlement sur la liquidation partielle puisse remplir son rôle, il est doit être le plus concret possible. Les formulations ouvertes ou imprécises, de même que celles qui offrent une marge discrétionnaire importante au conseil de fondation ne sont pas à même de garantir la sécurité juridique et l'égalité de traitement. Cela n'a pas échappé au législateur. D'ailleurs, le message relatif à la première révision de la LPP soulignait sans ambiguïté la nécessité d'une telle concrétisation. Des ouvrages de doctrine ont défendu le point de vue selon lequel la présomption prévue à la deuxième

phrase de l'article 53b alinéa 1 LPP était une présomption légale qui, à ce titre, réglait la question du fardeau de la preuve. Nous relevons ici que cette opinion n'est pas pertinente car elle méconnaît la nature juridique de la présomption légale. Les présomptions légales sont en effet un instrument législatif qui sert à régler la question du fardeau de la preuve et, partant, elles se rapportent toujours à des questions de fait et jamais de droit. Pourtant, la «présomption» qui nous intéresse ici ne se rapporte pas – malgré un libellé équivoque – à un fait mais à une conséquence juridique. Si l'une des trois conditions que sont la réduction de l'effectif, la restructuration de l'entreprise et la résiliation du contrat d'affiliation est remplie, (on présume que) une liquidation partielle est nécessaire. Cette interprétation découle tout particulièrement de la genèse de cette disposition.

La marge discrétionnaire de l'institution de prévoyance dans la transposition des conditions de la liquidation partielle dans son règlement a toutefois des limites. La première est fixée par deux principes généraux applicables en cas de liquidation partielle: premièrement, le principe de la bonne foi veut que la fortune de l'institution de prévoyance suive le personnel et, deuxièmement, le principe de l'égalité de traitement interdit de privilégier un groupe de bénéficiaires au détriment d'un autre. D'autres limites ont été fixées par la jurisprudence: étant donné que la réglementation sur la liquidation partielle ne doit pas être modifiée sur le fond, la jurisprudence concernant l'article 23 alinéa 4 aLFLP concernant les conditions d'une liquidation partielle demeure valable, même si ce n'est que par analogie puisqu'il s'agit

de deux problématiques différentes. Selon l'ancien droit, l'autorité de surveillance (et les tribunaux) devait statuer sur la nécessité d'une liquidation partielle, tandis qu'en vertu du nouveau droit elle doit déterminer si les conditions de liquidation partielle ont été transposées dans le règlement en conformité avec le droit. C'est pour cela que la jurisprudence relative à l'ancien droit ne définit pas de limites strictes pour la liquidation partielle mais énonce, dans le meilleur des cas, des règles générales (comme la «règle des 10%»). Or le nouveau droit oblige l'autorité de surveillance à statuer sur la légalité de la réglementation adoptée pour transposer les conditions de liquidation partielle. Autrement dit, elle doit fixer des limites à la marge discrétionnaire de l'institution de prévoyance. Dans ce contexte, l'autorité de surveillance développera une pratique, ce qui l'amènera à énoncer quelques principes généraux en s'inspirant, par analogie, de la jurisprudence relative à l'ancien droit.

Pour conclure, les institutions de prévoyance doivent transposer les trois conditions de liquidation partielle prévues par la loi dans leur règlement. Elles jouissent d'une marge discrétionnaire, mais les règles énoncées doivent être aussi objectives et complètes que possible. L'autorité de surveillance vérifie si ces règles sont conformes au droit en s'appuyant notamment sur la jurisprudence (du Tribunal fédéral) relative à l'article 23 alinéa 4 aLFLP. Les règles approuvées ont ensuite force obligatoire pour l'institution de prévoyance concernée, qui n'a alors plus aucune marge discrétionnaire, que ce soit au niveau de leur application ou de l'adoption d'autres conditions. EP/PB