



## Urteil vom 21. September 2011

---

Besetzung

Richter Philippe Weissenberger (Vorsitz), Richterin Franziska Schneider, Richter Francesco Parrino,  
Gerichtsschreiber Jean-Marc Wichser.

---

Parteien

X.\_\_\_\_\_,  
vertreten durch lic. iur. Franziska Bur Bürgin, Advokatin,  
Ludwig + Partner AG, St. Alban-Vorstadt 110, Postfach 419,  
4010 Basel,  
Beschwerdeführer,

gegen

**Wohlfahrtsfonds der Y.\_\_\_\_\_ AG,**  
vertreten durch Dr. iur. Rudolf Mosimann, Rechtsanwalt,  
Baarerstrasse 78, 6300 Zug,  
Beschwerdegegner,

**Amt für berufliche Vorsorge und Stiftungen des Kantons  
Zürich (BVS),** Neumühlequai 10, Postfach, 8090 Zürich,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Verwendung der Arbeitgeberbeitragsreserve, Verfügung vom  
16. Februar 2009.

**Sachverhalt:****A.**

**A.a** Unter dem Namen "Wohlfahrtsfonds der H.\_\_\_\_\_ AG" wurde mit Stiftungsurkunde vom 30. November 1984 eine Wohlfahrtsstiftung mit Sitz in L.\_\_\_\_\_ errichtet. In der Folge ist der Name des Wohlfahrtsfonds (nachfolgend der Fonds oder der Beschwerdegegner) dreimal geändert worden. Das erste Mal geschah dies im Zusammenhang mit der Namensänderung der Stifterfirma in S.\_\_\_\_\_ AG und gestützt auf neu gefasste Statuten vom 10. August 1999, worauf der Fonds in "Wohlfahrtsfonds der S.\_\_\_\_\_ AG" umgetauft wurde (vgl. Öffentliche Urkunde vom 10. August 1999, act. 3/25). Als die damalige Stifterfirma am 18. Dezember 2000 die operativen Aktiven und Passiven an die neu gegründete H.\_\_\_\_\_ AG verkaufte und ein Teil der Mitarbeiter von dieser übernommen wurde, wurde der Fonds teilliquidiert. Nach Abschluss dieser Teilliquidation bestand der Fonds per 31. Dezember 2003 nur noch aus Arbeitgeberbeitragsreserven von rund Fr. 1,05 Mio (vgl. Bericht der Kontrollstelle zur Jahresrechnung 2003, act. 3/17).

In der Folge verlegte der Fonds, der nun materiell eine Finanzierungsstiftung war, seinen Sitz nach N.\_\_\_\_\_ und änderte seinen Namen in "Wohlfahrtsfonds der H.\_\_\_\_\_ AG", dies gestützt auf revidierte Statuten vom 5. Januar 2006 (vgl. aufsichtsrechtliche Verfügung vom 18. Januar 2006, act. 3/24). Per 18. Dezember 2006 übernahm die Y.\_\_\_\_\_ AG die Stifterfirma, worauf der Fonds am 16. März 2007 in "Wohlfahrtsfonds der Y.\_\_\_\_\_ AG", seinem seither und bis heute geltenden Namen, umgetauft wurde (vgl. aufsichtsrechtliche Verfügung vom 26. März 2007, act. 1/20 bzw. act. 3/23). Die übernommene Stifterfirma H.\_\_\_\_\_ AG ist zu jenem Zeitpunkt im Handelsregister gelöscht worden (act. 1/7).

**A.b** Mit Eingabe vom 15. November 2007 (vgl. act. 3/12) beantragte X.\_\_\_\_\_, Mitglied des Stiftungsrates des Fonds, beim Amt für berufliche Vorsorge und Stiftungen des Kantons Zürich (nachfolgend die Aufsichtsbehörde oder die Vorinstanz), es seien im Rahmen einer durchzuführenden Teilliquidation des Fonds ein Teil der Arbeitgeberbeitragsreserve an die Mitarbeiter der ehemaligen Stifterfirma H.\_\_\_\_\_ AG auszu zahlen. Im Zeitraum 2001 bis 2006 habe die H.\_\_\_\_\_ AG Arbeitgeberbeiträge von Fr. 573'048.-- bezahlt, welche der Fonds hätte zu Lasten der Arbeitgeberbeitragsreserve übernehmen können. Dieser Betrag (erhöht durch eine kleine Reserve) könne im Fonds verbleiben. Die Differenz von

rund Fr. 450'000.-- sei nach einem von ihm in der Eingabe vorgeschlagenen Schlüssel an die Destinatäre zu verteilen.

**A.c** Mit Schreiben vom 9. Januar 2008 (vgl. act. 3/10) beantragte der Stiftungsrat des Fonds, es sei dem Anliegen von X.\_\_\_\_\_ keine Folge zu geben, da der Fonds als reine Finanzierungsstiftung keine Vorsorgeeinrichtung mehr sei. Die in der neugegründeten H.\_\_\_\_\_ AG übernommenen Mitarbeiter seien für die 2. Säule der Personalvorsorgeeinrichtung der Y.\_\_\_\_\_ AG angeschlossen worden und die an sie im Rahmen der Teilliquidation infolge der Fusion der Stifterfirma übertragenen freien Mittel seien bereits deren Altersguthaben gutgeschrieben worden. Die H.\_\_\_\_\_ AG habe nur noch als Konzerntochtergesellschaft funktioniert, und zwar zur Beibehaltung der Marke und Geschäftsbezeichnung. Im Übrigen beantragte der Fonds, es seien rund Fr. 300'000.-- aus seinem Vermögen für die Arbeitgeberbeiträge der Y.\_\_\_\_\_ AG ab September 2007 bis August 2008 zu verwenden und die Frist zur Einreichung eines Anlagereglements sei zu erstrecken.

**A.d** Mit Eingabe vom 17. Januar 2008 (vgl. act. 3/9) bat X.\_\_\_\_\_ die Vorinstanz, seine Eingabe vom 15. November 2007 als aufsichtsrechtliche Beschwerde zu behandeln. Er bestätigte diese, indem er im Wesentlichen geltend machte, dass die Firma H.\_\_\_\_\_ AG bei der Fusion de facto liquidiert worden sei. Nachdem die gesamte Aktivität verkauft worden sei, hätte die Bereinigung der Bilanz auch ohne Fusion erfolgen müssen. Dann wäre nur noch ein "Mantel" übriggeblieben. Dem Vorsorgegeecht widerspreche es, wenn eine Arbeitgeberbeitragsreserve an einen Dritten übertragen werden könne, der sie zu Gunsten seiner eigenen Arbeitnehmer verwende. Der Fonds sei zu liquidieren, denn die Stiftungsurkunde habe vorgesehen, dass die Arbeitgeberbeitragsreserve bei der Auflösung der Firma zu einer freien Reserve werde, welche den Mitarbeitenden zu verteilen sei.

**A.e** Im Rahmen eines weiteren Schriftenwechsels wurde von Seiten des Fonds im Wesentlichen geltend gemacht, dass X.\_\_\_\_\_ nicht aktivlegitimiert sei, da er kein Destinatär sei und ein Rechtsschutzinteresse fehle, der Fonds als Finanzierungsstiftung keine Destinatäre mehr habe, die beantragte Liquidation des Fonds sich nicht auf Verhältnisse der früheren H.\_\_\_\_\_ AG stützen könne und bis zur Absorptionsfusion zwischen der H.\_\_\_\_\_ AG und der Y.\_\_\_\_\_ AG eine Leistungsvereinbarung über die gegenseitigen Dienstleistungen bestanden habe (act. 3/7 und 3/3). Dagegen befand X.\_\_\_\_\_, dass er als Stiftungsratsmitglied sehr wohl

die Aufsichtsbehörde mittels Aufsichtsbeschwerde zur Klärung einer strittigen Frage auffordern dürfe. Im Übrigen hätten zahlreiche Mitarbeitende die H.\_\_\_\_\_ AG mit der Sitzverlegung anfangs 2003 verlassen und seien die "Aktivitäten" mit Teilen der Aktiven an eine Drittfirma in Deutschland verkauft worden (act. 3/5).

### **B.**

Mit Verfügung vom 16. Februar 2009 (vgl. act. 1/2) wies die Aufsichtsbehörde die Aufsichtsbeschwerde ab im Wesentlichen mit der Begründung, dass die vorhandenen Unterlagen sowie die Parteidarstellungen den Schluss nicht zulassen würden, dass die Fusion zwischen der H.\_\_\_\_\_ AG und der Y.\_\_\_\_\_ AG und die Verlegung des Sitzes rechtsmissbräuchlich zwecks Verwendung der Arbeitgeberbeitragsreserve zugunsten der Y.\_\_\_\_\_ AG beschlossen und durchgeführt worden seien. Damit sei weder eine Liquidation des Fonds durchzuführen noch seien aufsichtsrechtliche Massnahmen gegen diesen zu treffen. Insbesondere liege keine "Mantelabsorption" vor, so dass kein Gesamtliquidationstatbestand erfüllt sei. Es bestehe keine gesetzliche Pflicht, Arbeitgeberbeitragsreserven zu verteilen. Hingegen verkenne der Fonds, dass die in Art. 2 der Stiftungsurkunde erwähnten Mitarbeitenden sehr wohl Destinatärstatus hätten, die zwar kein reglementarischen Ansprüche, aber eine Anwartschaft auf Leistungen hätten.

### **C.**

Mit Eingabe vom 20. März 2009 (vgl. act. 1) erhob X.\_\_\_\_\_ (nachfolgend der Beschwerdeführer) Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und beantragte die Aufhebung der Verfügung der Vorinstanz vom 16. Februar 2009 und die Anweisung, es sei dem Beschwerdegegner zu untersagen, die sich in seinem Vermögen befindliche Arbeitgeberbeitragsreserve in Höhe von rund Fr. 1.06 Mio per 31. Dezember 2007 ganz oder teilweise zur Begleichung von Arbeitgeberbeiträgen der Y.\_\_\_\_\_ AG zu verwenden sowie die genannte Arbeitgeberbeitragsreserve in anderer Weise ganz oder teilweise im wirtschaftlichen Interesse der Y.\_\_\_\_\_ AG zu verwenden. Eventualiter sei die Streitsache mit einer entsprechenden verbindlichen Weisung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Dabei machte der Beschwerdeführer im Wesentlichen geltend, dass gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch die Arbeitgeberbeitragsreserve vorsorgerechtlich verhaftet sei und unter keinen Umständen dem Arbeitgeber zur freien Verwendung zugeführt werden dürfe; so sei diese Reserve bei – auch einer bloss faktischen – Auflösung der Stifterfirma unter die Destinatäre zu verteilen. Dies gelte auch bei einer Finanzierungsstiftung

als Einrichtung der beruflichen Vorsorge. Der Beschwerdegegner müsse gesamthaft liquidiert werden, da die Stifterfirma H. \_\_\_\_\_ AG nach dem Verkauf ihrer Aktivität weder Betrieb noch Personal hatte, womit der statutarische Zweck nicht mehr habe erfüllt werden können und die Firma zur reinen Mantelgesellschaft geworden sei. Eine teilweise Auflösung der Arbeitgeberbeitragsreserve wäre auch bei Annahme einer blossen Teilliquidation erforderlich, weil die genannte Reserve so bedeutend sei, dass sie nicht innert nützlicher Frist zugunsten der berechtigten Arbeitnehmenden aufgezehrt werden könne. Die Verwendung der Arbeitgeberbeitragsreserve zur Bezahlung von Arbeitgeberbeiträgen des Beschwerdegegners würde gegen Bundesrecht verstossen.

**D.**

Mit Vernehmlassung vom 7. Mai 2009 (vgl. act. 3) beantragte die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden könne, und verwies auf ihre einlässlich begründete Verfügung vom 16. Februar 2009. Es bestünde kein Anlass, darauf zurückzukommen.

**E.**

Mit Eingabe vom 2. Juni 2009 (Datum des Poststempels), aber vom 6. Mai 2009 datiert, reichte der Beschwerdegegner eine Stellungnahme ein und beantragte die Abweisung der Beschwerde. In formeller Hinsicht verwies er auf eine angeblich am 6. Mai 2009 abgeschickte, nicht eingeschriebene Sendung. Für die Berücksichtigung der verspäteten Eingabe berief er sich auf die Oficialmaxime, auf Art. 23 VwVG und auf den fehlenden Hinweis auf die Säumnisfolgen in der fristansetzenden Instruktionsverfügung. In materieller Hinsicht machte er im Wesentlichen geltend, dass nach der im Oktober 2003 korrekt durchgeführten Teilliquidation bei ihm nur noch eine Arbeitgeberbeitragsreserve verblieben sei. Das Fortbestandsinteresse habe denn auch in diesen Rückstellungen für künftige Beitragsbefreiungen des Arbeitgebers und allenfalls für weitere Leistungen zu Gunsten von Arbeitnehmern der Stifterfirma nach freiem Ermessen bestanden. Der Gleichbehandlungsgrundsatz sei nicht tangiert. Der sogenannte Abgangsbestand könne nachträglich keine Beteiligung an den Arbeitgeberbeitragsreserven verlangen. Die Rechnungsabschlüsse würden aufzeigen, dass die H. \_\_\_\_\_ AG kein "Mantel"-Unternehmen ohne Aktiven gewesen sei. Weder die Sitzverlegung noch die Fusion seien rechtsmissbräuchlich erfolgt. Das einzige Ziel sei gewesen, in N. \_\_\_\_\_ eine überlebensfähige Unternehmung zu erhalten (act. 7).

**F.**

Mit Replik vom 23. Juli 2009 (vgl. act. 11) hielt der Beschwerdeführer an seinen Rechtsbegehren fest und machte in formeller Hinsicht geltend, dass die Antwort des Beschwerdegegners verspätet erfolgt und daher unbeachtlich sei. In materieller Hinsicht legte er im Wesentlichen dar, dass die gebildeten Arbeitgeberbeitragsreserven unwiderruflich dem Zweck der beruflichen Vorsorge gewidmet würden und mit den Arbeitnehmenden eines aktiven Betriebs verknüpft werden müssten. Sie seien nicht handelbar. Anlässlich der Fusion zwischen der H.\_\_\_\_\_ AG und der Y.\_\_\_\_\_ AG sei kein aktiver Betrieb übergegangen und die einzelnen im Zuge der Fusion übertragenen Mitarbeitenden seien ohne wirtschaftliche oder sachliche Gründe auf der Lohnliste der H.\_\_\_\_\_ AG gehalten worden. Eine Nutzung durch die Y.\_\_\_\_\_ AG der vom Beschwerdegegner geführten Arbeitgeberbeitragsreserve sei missbräuchlich. Eventuell sei deren Höhe zu beschränken, der überschüssende Teil aufzulösen und zugunsten der ehemaligen Destinatäre des Beschwerdegegners zu verteilen.

**G.**

**G.a** Mit Duplik vom 19. August 2009 (vgl. act. 13) hielt auch die Vorinstanz an ihren Rechtsbegehren und der Begründung in der angefochtenen Verfügung fest. Zudem führte sie im Wesentlichen aus, dass weder ein Personalabbau noch eine Fusion bei der Arbeitgeberfirma noch freiwillige Austritte einen Gesamtliquidationstatbestand darstellen würden.

Mit Stellungnahme vom 28. August 2009 (vgl. act. 14) hielt ebenso der Beschwerdegegner an seinen Rechtsbegehren fest. Er hielt zudem vor, dass eine Arbeitgeberbeitragsreserve nie für ein bestimmtes Kollektiv vorgesehen sei, sondern für eine Unternehmung, und für deren aktuell tätige Arbeitnehmer einzusetzen sei. Eine Fusion von Unternehmungen führe automatisch dazu, dass die Arbeitgeberbeitragsreserven aller beteiligten Unternehmen zusammenfliessen würden, was kein Missbrauch darstelle. Eine Arbeitgeberbeitragsreserve könne nicht zur nachträglichen Äufnung der Altersguthaben von früheren Arbeitnehmern dienen, ansonsten verlöre sie ihren bestimmungsgemässen Zweck und würde zu gewöhnlichen freien Mitteln. Im Übrigen habe es der Beschwerdeführer wohlweislich unterlassen, den Destinatärskreis und die Kriterien einer Verteilung zu definieren, oder die Höhe einer rückwirkenden Überweisung. Weder die Vorinstanz noch das Gericht könne dies an seiner Stelle tun.

## **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

### **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. Dazu gehören die Verfügungen der Aufsichtsbehörden im Bereiche der beruflichen Vorsorge 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 lit. i VGG. Eine Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG liegt in casu nicht vor.

### **2.**

**2.1.** Anfechtungsgegenstand des vorliegenden Verfahrens ist die Verfügung des Amtes für berufliche Vorsorge und Stiftungen des Kantons Zürich vom 16. Februar 2009, welche ohne Zweifel eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG darstellt. Die Beschwerde gegen diese Verfügung ist frist- und formgerecht eingegangen (Art. 50 und 52 VwVG).

**2.2.** Im vorliegenden Fall hat der Beschwerdeführer das Verfahren durch eine BVG-Aufsichtsbeschwerde bei der Aufsichtsbehörde eingeleitet; dieser Beschwerde kommt – wie die Aufsichtsbehörde in der angefochtenen Verfügung (vgl. die dortigen Erwägungen 3 bis 5 in act. 1/2) zu Recht ausführt – nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung den Charakter eines förmlichen Rechtsmittels zu (BGE 112 Ia 180 E. 3d; vgl. auch HANS-ULRICH STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Zürich 2005, N. 1717, S. 638f.). Die Legitimationsvoraussetzungen sind in diesem Rahmen weitgefasst worden. Vorliegend hat der Beschwerdeführer erstens vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen, ist zweitens als Stiftungsratsmitglied des Beschwerdegegners insoweit besonders berührt, als er mit erwähnter Aufsichtsbeschwerde geltend gemacht hat, die Mehrheit des Stiftungsrates habe einen unrechtmässigen Beschluss gefasst, und hat drittens auch ein schutzwürdiges Interesse an der Änderung oder Aufhebung der angefochtenen Verfügung, da der Stiftungsrat für die zweckgemässe Verwendung der Mittel verantwortlich ist und der Beschwerdeführer wegen des von ihm behaupteten unrechtmässigen Beschlusses allenfalls eine Verantwortlichkeitsklage gewärtigen könnte (Art. 48 Abs. 1 VwVG); insoweit ist der Beschwerdeführer auch dann zur Beschwerde legitimiert,

wenn er kein Destinatär der Stiftung ist, so dass auf das ergriffene Rechtsmittel hiermit einzutreten ist.

### 3.

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 eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat (Art. 49 VwVG).

### 4.

**4.1.** Die Aufsichtsbehörde 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), indem sie insbesondere die Übereinstimmung der reglementarischen Bestimmungen mit den gesetzlichen Vorschriften prüft (lit. a), von den Vorsorgeeinrichtungen und den Einrichtungen, die nach ihrem Zweck der beruflichen Vorsorge dienen, periodisch Berichterstattung fordert, namentlich über die Geschäftstätigkeit (lit. b), Einsicht in die Berichte der Kontrollstelle und des Experten für berufliche Vorsorge nimmt (lit. c), die Massnahmen zur Behebung von Mängeln trifft (lit. d) und Streitigkeiten betreffend das Recht der versicherten Person auf Information beurteilt (lit. e). Im Rahmen ihrer Aufsichtstätigkeit hat sich die Aufsichtsbehörde auch mit der Gesamtliquidation von Vorsorgeeinrichtungen zu befassen, und zwar indem sie entscheidet, ob dafür die Voraussetzungen und das Verfahren erfüllt sind (53c BVG).

**4.2.** Bei Stiftungen übernimmt die Aufsichtsbehörde auch die Aufgaben nach den Artikeln 84 Absatz 2, 85 und 86 des Zivilgesetzbuches (Art. 62 Abs. 2 BVG). Diese Zuständigkeiten für Aufsicht und Rechtspflege gelten auch für nicht registrierte Personalfürsorgestiftungen, die ausserobligatorisch auf dem Gebiet der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge tätig sind (Art. 89<sup>bis</sup> Abs. 6 ZGB; Urteil des BGer 9C\_954/2010 vom 16. Mai 2011 E. 5.1 mit Hinweisen).

Gemäss Art. 84 Abs. 2 ZGB hat die Aufsichtsbehörde allgemein dafür zu sorgen, dass das Stiftungsvermögen seinen Zwecken gemäss verwendet wird. Sie hat darüber zu wachen, dass die Organe der Stiftung keine Verfügungen treffen, die der Stiftungsurkunde oder dem Reglement bzw.

dem Gesetz widersprechen oder unsittlich sind. Die Aufsicht erstreckt sich aber nicht nur auf die Anlage und Verwendung des Stiftungsvermögens im engeren Sinne, sondern in dieser Hinsicht auch auf die generellen Anordnungen der Stiftungsorgane wie den Erlass von Reglementen und Statuten und auf die Verwaltung im Allgemeinen. In reinen Ermessensfragen hat sich die Aufsichtsbehörde indessen grosse Zurückhaltung aufzuerlegen. Sie hat nur dann einzugreifen, wenn die Stiftungsorgane bei der Ausführung des Stifterwillens das ihnen zustehende Ermessen überschritten oder missbraucht haben, mit andern Worten, wenn ein Entscheid unhaltbar ist, weil er auf sachfremden Kriterien beruht oder einschlägige Kriterien ausser Acht lässt. Greift die Aufsichtsbehörde ohne gesetzliche Grundlage in den Autonomiebereich der Stiftungsorgane ein, so verletzt sie Bundesrecht (Urteil des BGer 9C\_954/2010 vom 16. Mai 2011 E. 5.1.1, BGE 111 II 97 E. 3).

## 5.

**5.1.** Beim Beschwerdegegner handelt es sich seit der Teilliquidation per Ende 2003, spätestens aber seit anfangs 2006 (Änderung der Stiftungsurkunde) um eine sogenannte Finanzierungsstiftung. So besteht der Stiftungszweck gemäss Art. 2 der zuletzt im März 2007 infolge der Fusion der ursprünglichen Stifterfirma H.\_\_\_\_\_ AG mit der Y.\_\_\_\_\_ AG geänderten Stiftungsurkunde darin, Leistungen an andere steuerbefreite Personalvorsorgeeinrichtungen zur Finanzierung von Beiträgen und Versicherungsprämien zu erbringen. Als Finanzierungsstiftung ist sie keine Personalfürsorgesstiftung gemäss Art. 89<sup>bis</sup> Abs. 6 ZGB (Jacques-André Schneider in: Schneider/Geiser/Gächter, [Hrsg.], Handkommentar zum BVG und FZG, Bern 2010, Einleitung N. 217).

Das einzige Vermögen des Beschwerdegegners besteht in einer als solche in den jeweiligen Jahresrechnungen 2003-2007 (vgl. act. 3/13 – 3/17) ausgewiesenen Arbeitgeberbeitragsreserve von rund Fr. 1.06 Mio per 31. Dezember 2007. Unbestritten ist, dass diese Reserve ausschliesslich durch den Arbeitgeber geäufnet worden ist (vgl. angefochtene Verfügung, E. 7, act. 1/2). Nachdem der Beschwerdegegner im Jahre 2003 teilliquidiert worden ist, liegen auch keine freien Mittel vor.

Zu ergänzen bleibt, dass gemäss Art. 9 Abs. 1 der Stiftungsurkunde die Stiftung bei Übergang der Stifterfirma an einen Rechtsnachfolger oder bei Fusion ohne gegenteiligen Beschluss des Stiftungsrates der Stifterfirma nachfolgt, dass gemäss Abs. 2 dieser Bestimmung die Stiftung bei Auflö-

sung der Stifterfirma oder ihrer Rechtsnachfolger "in Liquidation" (gemeint in Gesamtliquidation) gilt, wobei die Arbeitgeberbeitragsreserve dann zu einer freien Reserve umgewandelt würde, die auf dort bezeichnete Destinatäre verteilt würde, und dass gemäss Abs. 3 dieser Bestimmung ein Rückfall von Stiftungsmitteln an die Stifterfirma oder deren Rechtsnachfolger sowie eine andere Verwendung als zu Zwecken der Personalvorsorge ausgeschlossen ist.

**5.2.** Auslöser des vorliegenden Rechtsstreites ist im vorgegebenen Rahmen der Zirkularbeschluss des Stiftungsrates des Beschwerdegegners vom 30. August 2007, die Arbeitgeberbeiträge der (fusionierten) Stifterfirma Y.\_\_\_\_\_ AG ab September 2007 bis August 2008 im Gesamtbetrag von Fr. 300'000.-- aus den Mitteln des Stiftungsvermögens des Beschwerdegegners, also aus der Arbeitgeberbeitragsreserve zu finanzieren (act. 1/23). Im vorliegenden Fall beantragt der Beschwerdeführer mit seiner Beschwerde denn auch, dem Beschwerdegegner sei zu untersagen, die in dessen Vermögen befindliche Arbeitgeberbeitragsreserve zur Begleichung von Arbeitgeberbeiträgen der fusionierten Arbeitgeberin oder in deren wirtschaftlichem Interesse zu verwenden, resp. die Vorinstanz anzuweisen, dies entsprechend anzuordnen.

### **5.3.**

**5.3.1.** Mit dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes vom 17. Dezember 1993 über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (Freizügigkeitsgesetz, FZG; SR 831.42) entstand auf Seiten der Vorsorgewerke und namentlich der Arbeitgeber das Bedürfnis, Arbeitgeberbeitragsreserven von den so genannten freien Mitteln zu scheiden und sie davor zu bewahren, im Rahmen einer möglichen Teilliquidation verteilt zu werden (vgl. CARL HELBLING, Personalvorsorge und BVG, 8. Aufl., Bern/Stuttgart/Wien 2006, S. 195; Urteil des BGer 2A.707/2005 vom 6. Juni 2006). Nach Art. 331 Abs. 3 OR sind Arbeitgeberbeitragsreserven gesondert auszuweisen, soweit sie auch durch die Arbeitnehmer mitfinanziert worden sind (Urteil des BGer 9C\_954/2010 vom 16. Mai 2011 E. 6.1 mit Hinweisen), was vorliegend wie erwähnt nicht der Fall ist. Arbeitgeberbeitragsreserven dienen gerade dazu, dass der Arbeitgeber daraus seine Beiträge erbringen kann (vgl. HANS-ULRICH STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Zürich 2005, N. 1449, S. 548). Sie können nur, aber immerhin herangezogen werden, um die Beiträge des Arbeitgebers an die Stiftung zu finanzieren. Dadurch wird das vorhandene Vermögen weder gemindert noch dem Stiftungszweck entfremdet (BGE

130 V 518 E. 5.1, Urteil des BGer 9C\_804/2010 vom 20. Dezember 2010 E. 6.2).

**5.3.2.** Vor diesem Hintergrund können vorliegend der vom Beschwerdeführer bekämpfte Zirkularbeschluss des Stiftungsrates vom 30. August 2007, einen Teil der Arbeitgeberbeitragsreserve für die Finanzierung der Beiträge der fusionierten Arbeitgeberin zur Verfügung zu stellen, und damit zusammenhängend die angefochtene Verfügung, mit welcher die Vorinstanz keine Gründe für ein aufsichtsrechtliches Einschreiten sieht, an sich nicht beanstandet werden, denn die Mehrheit des Stiftungsrates möchte die Stiftungsmittel auf Ersuchen der Arbeitgeberin eben gerade zweckentsprechend verwenden. Insoweit der Beschwerdeführer mit den konkret gestellten Beschwerdebegehren diese - zumindest vordergründig - nicht zu beanstandende Verwendung der Stiftungsmittel verhindern will, könnte die Beschwerde aus diesen Erwägungen ohne Weiteres abgewiesen werden.

**5.3.3.** Auch wenn der Beschwerdeführer vor dem Bundesverwaltungsgericht nicht ausdrücklich beantragt, es sei eine Gesamtliquidation des Beschwerdegegners gemäss Art. 9 Abs. 2 der Stiftungsurkunde anzuordnen und durchzuführen (resp. die Vorinstanz anzuweisen, dies zu verfügen), hat er einen solchen Liquidationsantrag im Vorverfahren gestellt, den die Vorinstanz abgewiesen hat, und weist er in der Begründung seiner Beschwerde mit Nachdruck auf die Notwendigkeit einer Gesamtliquidation hin (vgl. act. 1 S. 18f.). Auch behauptet er in ausführlicher Weise, dass die Vorgehensweise des Beschwerdegegners anlässlich der Fusion missbräuchlich und nur darauf ausgerichtet gewesen sei, die ansehnliche Arbeitgeberbeitragsreserve zugunsten der Arbeitnehmenden der Schwestergesellschaft Y.\_\_\_\_\_ AG nutzbar zu machen, dies indem die ursprüngliche Stifterfirma (die H.\_\_\_\_\_ AG) im Zeitpunkt der Fusion keine Betriebstätigkeit mehr aufgewiesen und nur sechs Mitarbeiter in Anstellung gehabt habe, wovon 2 kurzfristig vorher angestellt worden und 3 gleich nach der Fusion wieder ausgetreten seien, womit es sich um eine sogenannte Mantelfusion respektive -absorption gehandelt habe. Nach Ansicht des Beschwerdeführers seien die Voraussetzungen einer Gesamtliquidation faktisch erfüllt gewesen. Damit übersieht er nicht, dass eine von ihm im Ergebnis angestrebte Verteilung der Arbeitgeberbeitragsreserve statutengemäss nur infolge einer Gesamtliquidation erfolgen kann. Aufgrund des Untersuchungsgrundsatzes im Verwaltungsverfahren (Art. 12 VwVG) ist dieser Aspekt des Rechtsstreits und insbesondere der

Missbrauchsvorwurf einer näheren Prüfung zu unterziehen, auch wenn wie gesagt kein entsprechender formeller Beschwerdeantrag besteht.

## **6.**

**6.1.** Das Verbot des Rechtsmissbrauchs setzt der Ausübung eines Anspruchs, der formal im Einklang mit der Rechtsordnung steht, jedoch treuwidrig und damit unredlich geltend gemacht wird, eine ethisch-materielle Schranke. Es steht der Inanspruchnahme eines Rechtsinstituts zu Zwecken entgegen, welche dieses nicht schützen will (BGE 131 I 166 E. 6.1; 128 II 145 E. 2.2). Das Rechtsmissbrauchsverbot lässt scheinbares Recht weichen, wo offenkundiges Unrecht geschaffen würde (BGE 125 III 257 E. 3). Nur stossendes, zweckwidriges Verhalten erscheint rechtsmissbräuchlich und soll über das Rechtsmissbrauchsverbot sanktioniert werden (Urteil des BGer 2C\_327/2010 vom 19. Mai 2011 E. 5.1.1).

**6.2.** Im vorliegenden Fall könnte allenfalls nur dann von einem Rechtsmissbrauch die Rede sein, wenn die Voraussetzungen für eine Gesamtliquidation des Beschwerdegegners tatsächlich erfüllt gewesen wären, also wenn die Stifterfirma oder ihr Rechtsnachfolger selbst aufgelöst worden wäre und der Stiftungszweck somit nicht mehr hätte erreicht werden können, aber man die Arbeitgeberin nur formell am Leben erhalten hätte, um eine Auszahlung der von der Arbeitgeberbeitragsreserve in eine freie Reserve umgewandelten Stiftungsmittel an die berechtigten Mitarbeiter gemäss Art. 9 Abs. 2 der Stiftungsurkunde zu verhindern. Davon kann nicht die Rede sein, wie nachstehend aufzuzeigen ist.

## **6.3.**

**6.3.1.** Die Vorinstanz setzt sich in der angefochtenen Verfügung einlässlich mit der Behauptung des rechtsmissbräuchlichen Vorgehens auseinander. Zunächst stellt sie unter Hinweis auf Art. 88 ZGB fest, dass eine Gesamtliquidation nur in Betracht kommt, wenn der Stiftungszweck nicht mehr erreichbar ist. Ein solcher Tatbestand lag in casu nicht vor, denn die (wenigen) Mitarbeiter der H.\_\_\_\_\_ AG sind durch die Y.\_\_\_\_\_ AG übernommen und weiterbeschäftigt worden, wie die Vorinstanz zu Recht festhält. Die Fusion als solche löst denn auch zwar eine Teilliquidation, nicht aber eine Gesamtliquidation aus. Eine Fusion bezweckt eine Optimierung der wirtschaftlichen Leistungen der beteiligten Firmen. Gemäss der Vorinstanz konnte aufgrund der Unterlagen und der Parteivorbringen nicht hergeleitet werden, dass die Fusion nur zwecks Verwendung der

Arbeitgeberbeitragsreserven durch die übernehmende Firma beschlossen und durchgeführt worden sei.

**6.3.2.** Der Beschwerdegegner legt in seiner Duplik überzeugend dar, dass eine Fusion automatisch dazu führe, dass die vorgängig angehäuften Arbeitgeberbeitragsreserven der beteiligten Firmen zusammenfliessen, und dass solche Reserven keine latente Gewinnbeteiligung der Arbeitnehmer begründen. Der Beschwerdegegner weist auch darauf hin, dass die Produktionstätigkeiten, nicht aber die übrigen Aktivitäten der H.\_\_\_\_\_ AG etwa im Zusammenhang mit der Markenverwendung oder gewissen internen Dienstleistungen eingestellt worden sind. Auch waren im Zeitpunkt der Fusion noch sechs Mitarbeiter tätig. Insofern kann selbst bei einer bescheidenen Tätigkeit und einem bescheidenen Mitarbeiterbestand – entgegen den Ausführungen des Beschwerdeführers - nicht von einer faktisch völlig aufgelösten Stifterfirma ausgegangen werden. Es wäre zudem eine sehr weit hergeholte, nicht ganz nachvollziehbare Konstruktion, wenn man davon ausgehen würde, dass die angeblich bereits aufgelöste ursprüngliche Stifterfirma mit der übernehmenden Firma eine technisch doch aufwändige Fusion zum Schein durchgeführt hätte, nur um die Umwandlung und Verteilung der Arbeitgeberbeitragsreserve gemäss Art. 9 Abs. 2 der Stiftungsurkunde zu verhindern.

**6.4.** Insgesamt kann das Gericht keinen Rechtsmissbrauch in der Vorgehensweise der beteiligten Arbeitgeberfirmen - und noch weniger des unmittelbar betroffenen Beschwerdegegners - erblicken, so dass die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen ist.

## **7.**

**7.1.** Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens wird der Beschwerdeführer gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG kostenpflichtig. Die Verfahrenskosten sind gemäss dem Reglement vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) zu bestimmen. Sie werden auf Fr. 2'000.-- festgelegt.

**7.2.** Gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG kann die Beschwerdeinstanz der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene Kosten zusprechen. Allerdings steht der obsiegenden Vorinstanz gemäss Art. 7 Abs. 3 VGKE keine Parteientschädigung zu. Dasselbe gilt für den Beschwerdegegner; denn das Eidg. Versicherungsgericht hat mit Urteil vom 3. April 2000 erwogen, dass

Trägerinnen oder Versicherer der beruflichen Vorsorge grundsätzlich keinen Anspruch auf Parteientschädigung haben (BGE 126 V 149 E. 4), eine Praxis, welche das Bundesverwaltungsgericht in ständiger Rechtsprechung auch im Rahmen von Aufsichtsstreitigkeiten analog angewandt hat (Urteile C-5462/2008; C-2795/2009 vom 11. April 2011 E. 8.2 und C-5218/2009 vom 29. Oktober 2010 E. 6.2).

### **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**

Die Verfahrenskosten von Fr. 2'000.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt. Dieser Betrag ist innert 30 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils mit dem beiliegenden Einzahlungsschein zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen.

**3.**

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
- den Beschwerdegegner (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. \_\_\_\_\_; Gerichtsurkunde)
- das Bundesamt für Sozialversicherungen

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Philippe Weissenberger

Jean-Marc Wichser

### **Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). 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: