



## **Urteil vom 18. Mai 2016**

---

Besetzung

Richter Daniel Stufetti (Vorsitz),  
Richter Vito Valenti,  
Richter Beat Weber,  
Gerichtsschreiber Kilian Meyer.

---

Parteien

**X. \_\_\_\_\_-Fonds,**  
Zustelladresse: c/o Z. \_\_\_\_\_ AG,  
vertreten durch lic. iur. Martin Hubatka, Rechtsanwalt,  
Beschwerdeführer,

gegen

**BVG- und Stiftungsaufsicht des Kantons Zürich (BVS),**  
Neumühlequai 10, Postfach, 8090 Zürich,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Berufliche Vorsorge,  
Umbuchung von freien Mitteln in Arbeitgeberbeitragsreserve,  
Verfügung vom 27. Juni 2013.

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

Der "X. \_\_\_\_\_-Fonds" mit Sitz in A. \_\_\_\_\_ (*nachfolgend: Fürsorgefonds oder Beschwerdeführer*) wurde am 5. Juli 1957 durch die Z. \_\_\_\_\_ AG (Stifterfirma) als Stiftung errichtet (Vorakten 46). Am 22. November 1984 wurde die Stiftungsurkunde totalrevidiert, wobei unter anderem der Destinatärkreis erweitert und die Finanzierung von Arbeitgeberbeiträgen statuiert wurden. Am 30. November 1989 (Vorakten 4b) erfolgte letztmals eine Änderung der Stiftungsurkunde im Hinblick auf die Sitzverlegung von Zürich nach A. \_\_\_\_\_. Der Fürsorgefonds untersteht der BVG- und Stiftungsaufsicht des Kantons Zürich (BVS [nachfolgend: Vorinstanz]).

**B.**

**B.a** Der Fürsorgefonds wies gemäss revidierter Bilanz per 31. Dezember 2010 freie Stiftungsmittel im Betrag von Fr. 10'543'542.27 auf (Vorakten 18a). Davon sollten gemäss Stiftungsratsbeschluss vom 10. Oktober 2011 (act. 1/7) Mittel im Betrag von Fr. 516'340.- als freie Stiftungsmittel weitergeführt und die übrigen Mittel im Betrag von Fr. 10'027'202.- per 1. Januar 2011 als Arbeitgeberbeitragsreserve ausgeschieden werden.

**B.b** Im Zuge der jährlichen Berichterstattung 2011 erhielt die Vorinstanz Kenntnis über den Stiftungsratsbeschluss betreffend die Umbuchung von freien Mitteln in die Arbeitgeberbeitragsreserve. In der Folge forderte sie den Fürsorgefonds zur Rückbuchung der Mittel im Betrag von Fr. 10'027'202.- in die freien Mittel auf (act. 1/8). Mit E-Mail vom 23. April 2013 (act. 1/9) informierte der Rechtsvertreter des Fürsorgefonds die Vorinstanz über den Entscheid des Stiftungsrates, wonach dieser die Rückbuchung nicht vornehmen wolle.

**C.**

Am 27. Juni 2013 (act. 1/2) verfügte die Vorinstanz unter anderem die Aufhebung des Stiftungsratsbeschlusses vom 10. Oktober 2011 betreffend die Umbuchung von freien Mitteln in die Arbeitgeberbeitragsreserve von Fr. 10'027'202.- (I) und forderte den Fürsorgefonds auf, die Umbuchung des erwähnten Betrags samt allfälligen Zinsen rückgängig zu machen, die Aufsichtsbehörde darüber zu informieren und die Umbuchung in der nächsten Jahresberichterstattung auszuweisen (II). Zur Begründung führte die Vorinstanz im Wesentlichen aus, der Fürsorgefonds wäre bis Ende 1984 berechtigt gewesen, von Arbeitnehmern mitfinanziertes Vorsorgevermögen als separate Arbeitgeberbeitragsreserve auszuweisen, insbesondere was die 1983 erfolgte paritätisch finanzierte Zuwendung von

Fr.120'000.- anbelange, was jedoch nicht erfolgt sei. Insoweit sei der Fürsorgefonds nicht rein patronal finanziert, weshalb gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung Art. 331 Abs. 3 OR anwendbar sei. Daraus ergebe sich, dass die Finanzierung von Arbeitgeberbeiträgen aus freien Mitteln und mithin die Umbuchung von freien Mitteln in die Arbeitgeberbeitragsreserve demzufolge unzulässig sei.

#### **D.**

Gegen diese Verfügung liess der Fürsorgefonds am 27. August 2013 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erheben (act. 1). Er beantragte die Aufhebung der vorinstanzlichen Verfügung vom 27. Juni 2013 (1) und die Gewährung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde (2). Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, der Fürsorgefonds habe als patronaler Wohlfahrtsfonds zu gelten. Der Stiftungszweck gehe eindeutig von einer Finanzierung einzig durch den Arbeitgeber aus. Daran ändere auch die 1983 anlässlich der Auflösung der Y.\_\_\_\_\_ Altersstiftung erhaltene Zuwendung von Mitteln im Betrag von Fr. 120'000.-, welche mit maximal Fr. 60'000.- Arbeitnehmerbeiträgen belastet sei, nichts. Im Übrigen habe der Stiftungsrat beschlossen, die zugeflossenen Fr. 120'000.- in der Periode von 1984 bis 2010 zu verzinsen und diese Mittel als freie Mittel zu belassen und nicht in die Arbeitgeberbeitragsreserve umzubuchen. Damit würden durch die vorgenommene Umbuchung der übrigen freien Mittel die Rechte der Arbeitnehmer nicht beschnitten.

#### **E.**

Der mit Zwischenverfügung vom 29. August 2013 (act. 2) beim Beschwerdeführer einverlangte Kostenvorschuss von Fr. 18'000.- ging am 19. September 2013 bei der Gerichtskasse ein (act. 7).

#### **F.**

Mit Zwischenverfügung vom 12. November 2013 wurde wie von den Parteien gemeinsam beantragt der Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt (act. 11).

#### **G.**

In ihrer Vernehmlassung vom 9. Dezember 2013 (act. 14) hielt die Vorinstanz an ihrer angefochtenen Verfügung vom 27. Juni 2013 fest, worauf sie zur Begründung verwies, und beantragte die Abweisung der Beschwerde.

#### **H.**

Auf die Einreichung einer Replik verzichtete die Beschwerdeführerin mit

Eingabe vom 7. Januar 2014 und hielt an ihrer Beschwerde und deren Begründung vollumfänglich fest. Daraufhin wurde der Schriftenwechsel am 9. Januar 2014 (act. 17) geschlossen.

## I.

Auf die weiteren Vorbringen der Parteien sowie die eingereichten Unterlagen wird – soweit für die Entscheidungsfindung erforderlich – in den nachstehenden Erwägungen eingegangen.

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

#### 1.

**1.1** Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG, 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 Vorsorge nach Art. 74 Abs. 1 BVG (SR 831.40), dies in Verbindung mit Art. 33 Bst. i VGG. Eine Ausnahme nach Art. 32 VGG liegt in casu nicht vor.

**1.3** Laut Art. 37 VGG richtet sich das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach dem VwVG, soweit dieses Gesetz nichts anderes bestimmt.

#### 2.

**2.1** Anfechtungsgegenstand des vorliegenden Verfahrens ist der Verwaltungsakt der Vorinstanz vom 27. Juni 2013, welcher eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG darstellt.

**2.2** 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 Bst. 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. Der Beschwerdeführer ist Adressat der angefochtenen Verfügung, damit unmittelbar betroffen,

und hat am Verwaltungsverfahren teilgenommen. Er ist daher im Sinne von Art. 48 VwVG zur Beschwerde legitimiert.

**2.3** Der Beschwerdeführer hat gegen die Verfügung frist- und formgerecht Beschwerde erhoben (Art. 50 und 52 VwVG, unter Berücksichtigung des Fristenstillstandes gemäss Art. 22a VwVG). Nachdem auch der verfügte Kostenvorschuss in der gesetzten Frist geleistet worden ist, ist auf das ergriffene Rechtsmittel einzutreten.

### **3.**

**3.1** Nach den allgemeinen intertemporalrechtlichen Regeln sind in verfahrensrechtlicher Hinsicht in der Regel diejenigen Rechtsätze massgebend, welche im Zeitpunkt der Beschwerdebeurteilung Geltung haben (BGE 130 V 1 E. 3.2), unter Vorbehalt spezialgesetzlicher Übergangsbestimmungen.

**3.2** In materiell-rechtlicher Hinsicht sind grundsätzlich diejenigen Rechtsätze massgebend, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Sachverhalts Geltung haben (BGE 132 V 215 E. 3.1.1, 130 V 329 E. 2.3 und 127 V 466 E. 1). Mit der Revision des BVG per 1. Januar 2012 (sog. "Strukturreform", AS 2011 3393, BBI 2007 5669) wurde die Aufsicht in der beruflichen Vorsorge neu organisiert und es wurden neue Bestimmungen in Art. 61 ff. BVG aufgenommen. Übergangsbestimmungen zum anwendbaren Recht im Aufsichtsbereich enthält die Gesetzesänderung keine; dementsprechend gelangt das im Zeitpunkt des angefochtenen Entscheids in Kraft stehende Recht zur Anwendung. Die angefochtene Verfügung datiert vom 27. Juni 2013, weshalb vorliegend das BVG in seiner Fassung vom 19. März 2010 ("Strukturreform", AS 2011 3393, BBI 2007 5669, in Kraft seit 1. Januar 2012), die Verordnung über die Beaufsichtigung und Registrierung von Vorsorgeeinrichtungen (BVV 1, SR 831.435.1) in ihrer Fassung vom 10. und 22. Juni 2011 (AS 2011 3425, in Kraft seit 1. Januar 2012) und die Verordnung über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVV 2) in ihrer Fassung vom 16. November 2011 (AS 2011 5679, in Kraft seit 1. Januar 2012) anwendbar sind. Noch nicht anwendbar ist hingegen die am 1. April 2016 in Kraft getretene Änderung von Art. 89a ZGB (Personalfürsorgestiftungen).

### **4.**

**4.1** Das Bundesverwaltungsgericht prüft gemäss Art. 49 VwVG die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich der Überschreitung oder des Missbrauchs des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und die Unangemessenheit, wenn nicht eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat.

**4.2** Da sich die Kognition in oberer Instanz nur verengen, nicht aber erweitern kann, gilt es jedoch zu beachten, dass die Aufsichtstätigkeit im Bereich der beruflichen Vorsorge als Rechtskontrolle ausgestaltet ist (vgl. ISABELLE VETTER-SCHREIBER, Berufliche Vorsorge, Kommentar, Zürich 2009, Art. 62 N. 1). Das angerufene Gericht hat sich deshalb – in Abweichung von Art. 49 Bst. c VwVG – auf eine Rechtskontrolle zu beschränken, soweit Entscheide des Stiftungsrates zu überprüfen sind (BGE 135 V 382 E. 4.2; Urteil des BGer 9C\_756/2009 vom 8. Februar 2010 E. 5).

## **5.**

**5.1** Nach Art. 62 Abs. 1 BVG hat die Aufsichtsbehörde darüber zu wachen, dass die Vorsorgeeinrichtungen, die Revisionsstellen für berufliche Vorsorge, die Experten für berufliche Vorsorge sowie die Einrichtungen, die nach ihrem Zweck der beruflichen Vorsorge dienen, die gesetzlichen Vorschriften einhalten und dass das Vorsorgevermögen zweckgemäss verwendet wird, indem sie insbesondere die Übereinstimmung der statutarischen und reglementarischen Bestimmungen der Vorsorgeeinrichtungen und der Einrichtungen, die nach ihrem Zweck der beruflichen Vorsorge dienen, 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).

**5.2** Als Massnahmen zur Behebung von Mängeln im Sinne von Art. 62 Abs. 1 Bst. d BVG stehen der Aufsichtsbehörde 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.

**5.2.1** 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, 1996, S. 63 ff.; CHRISTINA RUGGLI, Die behördliche Aufsicht über Vorsorgeeinrichtungen, 1992, S. 111 ff.; JÜRIG BRÜHWILER, Obli-

gatorische berufliche Vorsorge, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Ulrich Meyer [Hrsg.], 2. Aufl. 2007, S. 2020 Rz. 52). Die Aufzählung ist nicht abschliessend. Aufgrund 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 (VETTER-SCHREIBER, a.a.O., S. 33 f.; CARL HELBLING, Personalvorsorge und BVG, 8. Auflage, 2006, S. 667).

**5.2.2** 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 (BGE 138 V 346 E. 5.5.1; BGE 111 II 97 E. 3 S. 99). Ein sich an den Rahmen des Ermessens haltendes Verhalten stellt ein richtiges Verhalten dar, das die Aufsichtsbehörde nicht korrigieren darf (HANS MICHAEL RIEMER, GABRIELA RIEMER-KAFKA, Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz, 2. Aufl., 2006, § 2 Rz. 98, S. 62 mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung; vgl. auch BRÜHWILER, a.a.O., S. 2019 Rz. 51).

## **6.**

**6.1** Anfechtungsgegenstand und Ausgangspunkt bildet die angefochtene Verfügung der Vorinstanz vom 27. Juni 2013. Innerhalb des Anfechtungsgegenstandes bestimmen die Anträge der beschwerdeführenden Partei den Streitgegenstand. Streitgegenstand ist das Rechtsverhältnis, das Gegenstand der angefochtenen Verfügung bildet, soweit es im Streit liegt. Die Rechtsmittelinstanz darf die Verfügung grundsätzlich nur insoweit überprüfen, als sie angefochten ist (THOMAS FLÜCKIGER, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Auflage 2016, Art. 7 Rz. 19).

**6.2** Umstritten und zu prüfen ist vorliegend die Rechtmässigkeit der Anordnung der Vorinstanz, wonach der Stiftungsratsbeschluss vom 10. Oktober 2011 aufzuheben und die darin beschlossene Umbuchung von freien Mitteln im Betrag von Fr. 10'027'202.- samt allfälligen Zinsen rückgängig zu machen sind. Nicht umstritten ist, dass das restliche Stiftungsvermögen, worunter namentlich die im Jahre 1983 aus der Y.\_\_\_\_\_ Altersstiftung

eingebrachten Mittel in der Höhe von Fr. 120'000.- figurieren, den freien Mitteln zugewiesen sind.

## 7.

**7.1** Die Vorinstanz begründet ihre Anordnung damit, dass der Beschwerdeführer eine bis Ende 1984 zulässige Abspaltung der Arbeitgeberbeitragsreserve aus dem freien Stiftungsvermögen in eine separate Bilanzposition nicht vorgenommen hatte. Nachdem das Stiftungsvermögen des Beschwerdeführers insgesamt nicht rein patronal finanziert gewesen sei, komme Art. 331 Abs. 3 OR zur Anwendung, welcher vorsehe, dass der Arbeitgeber seine Beiträge aus eigenen Mitteln oder Beitragsreserven der Vorsorgeeinrichtung erbringe. Dementsprechend sei die Finanzierung von Arbeitgeberbeiträgen aus dem Stiftungsvermögen ausgeschlossen und somit auch eine Umbuchung von freien Mitteln in die Arbeitgeberbeitragsreserve.

**7.2** Der Beschwerdeführer begründet die Rechtmässigkeit der strittigen Umbuchung damit, dass der Fürsorgefonds zu keinem Zeitpunkt ein Vorsorgereglement über Beiträge und Leistungen erlassen habe und das Stiftungsvermögen in der Vergangenheit nie direkt durch Beiträge von Arbeitnehmern der angeschlossenen Unternehmungen alimentiert worden sei. Unsicherheiten beständen einzig hinsichtlich der Zuwendung von Fr. 120'000.- aus der Auflösung der Y.\_\_\_\_\_ Altersstiftung, weshalb diese Mittel separat ausgeschieden worden und von der Umbuchung nicht betroffen seien. Demgegenüber bestehe die ausgeschiedene Arbeitgeberbeitragsreserve einzig aus Mitteln, die durch den Arbeitgeber zugewendet worden seien. Damit komme Art. 331 Abs. 3 OR nicht zur Anwendung.

**7.3** Art. 331 Abs. 3 OR, welcher im gesamten Bereich der beruflichen Vorsorge gilt, schreibt dem Arbeitgeber vor, dass er seine Beiträge aus eigenen Mitteln oder aus Beitragsreserven der Einrichtung, die von ihm vorgängig hierfür geäuftet worden und gesondert ausgewiesen sind, zu erbringen. Sinn und Zweck dieser Bestimmung ist zu verhindern, dass von den Arbeitnehmern mitalimentiertes freies Stiftungsvermögen einzig dem Arbeitgeber zugute kommt; weil die freien Mittel von Arbeitgeber und Arbeitnehmer gemeinsam erwirtschaftet werden, müssen grundsätzlich beide nach Massgabe ihrer Beitragsverhältnisse an den freien Mitteln partizipieren; mithin ist es ausgeschlossen, aus diesen Mitteln einseitig die Arbeitgeberbeiträge zu bezahlen. Diese Ratio entfällt jedoch, wenn es gar keine Beiträge der Arbeitnehmer gibt, sondern das Stiftungsvermögen vollumfänglich vom Arbeitgeber finanziert wurde. Die Vorsorgeeinrichtungen waren, wie die Vorinstanz richtig darlegt, nur noch bis Ende 1984 berechtigt,

freies Vorsorgevermögen, das auch durch die Arbeitnehmer mitgeöffnet wurde, als Arbeitgeberbeitragsreserve umzuwandeln, sei es durch Bildung einer separaten Arbeitgeberbeitragsreserve in der Bilanz oder durch Aussonderung und Überführung in einen verselbständigten patronalen Wohlfahrtsfonds, wobei sich eine besondere Bilanzierung als Arbeitgeberbeitragsreserve erübrigt, wenn es sich um eine Finanzierungsstiftung handelt, die schon nach ihrem Zweck einzig die Alimentierung von Vorsorgeeinrichtungen bezweckt. Ebenso darf auch nach 1985 das Vermögen einer Stiftung, deren Zweck nicht die Personalvorsorge nach Art. 331 OR war und die rein patronal finanziert war, als Arbeitgeberbeitragsreserve in eine Vorsorgeeinrichtung gemäss BVG bzw. Art. 331 ff. OR eingebracht werden, sofern der Stiftungszweck dies zulässt, denn auch damit wird kein Vermögen, das von Arbeitnehmern mitfinanziert wurde, zweckentfremdet (vgl. zum Ganzen Urteil BGer 9C\_804/2010 vom 20. Dezember 2010 E. 3, m.w.H, bestätigt in 138 V 502 E. 5 sowie im Urteil BGer 9C\_707/2014 vom 15. April 2015 E. 1).

**7.4** Gemäss den Stiftungsstatuten des Beschwerdeführers vom 5. Juli 1957 besteht der Zweck des Fürsorgefonds in der Fürsorge für die männlichen und weiblichen Arbeitnehmer der Stifterfirma im Falle von Alter, Ableben, Krankheit, Unfall oder unverschuldeter Notlage (Art. 2). Dieser wird erreicht durch Unterstützung einmaliger oder periodischer Art an aktive oder aus Gründen von Alter, Krankheit oder Invalidität ausgeschiedene Mitarbeiter der Stifterfirma (Art. 3 Bst. a) oder mittels Zuwendungen an bereits bestehende Wohlfahrtseinrichtungen der Stifterfirma, bzw. an deren Angehörigen (Art. 3 Bst. b). Zur Finanzierung des Zwecks dienen gemäss Art. 4 Zuwendungen der Stifterfirma, Zinsertrag und Kapitalgewinne des Stiftungsvermögens, andere Zuweisungen, Geschenke oder Vermächtnisse. Die Erhebung von Beiträgen des Personals ist ausgeschlossen.

Am 22. November 1984 wurden die Stiftungsstatuten geändert. Der Stiftungszweck blieb im Wesentlichen unverändert. Der Destinatärkreis wurde erweitert und umfasst nun auch das Personal von mit der Stifterfirma wirtschaftlich eng verbundenen Firmen (Art. 3 Abs. 1). Sodann kann die Stiftung neu auch Zuwendungen an andere dem Stiftungszweck dienende steuerbefreite Vorsorgeeinrichtungen machen, denen die Stifterfirma oder eine mit ihr wirtschaftlich eng verbundene Firma angeschlossen ist. Insbesondere können auch reglementarische Arbeitgeberbeiträge im Rahmen der genannten Vorsorgeeinrichtungen finanziert werden (Art. 3 Abs. 3). Der Stiftungszweck kann durch den Abschluss geeigneter Versicherungsverträge oder durch Eintritt in solche Verträge verwirklicht werden (Art. 3 Abs. 4). Gemäss Art. 5 kann der Stiftungsrat für die Destinatäre ein Reglement

erlassen, welches insbesondere die Voraussetzungen und den Umfang der Zuwendungen an die Destinatäre regelt. Solange kein solches Reglement besteht, entscheidet der Stiftungsrat nach pflichtgemäßem Ermessen über die Zusprechung von Leistungen.

Unter den Parteien ist unbestritten und ergibt sich auch aus den Akten, dass der Stiftungsrat kein entsprechendes Reglement erlassen hat. Ebenso wenig hat der Stiftungsrat einen Versicherungsvertrag gemäss Art. 3 Abs. 4 abgeschlossen, was von den Parteien ebenfalls nicht behauptet wird. Die letzte Änderung der Stiftungsurkunde vom 29. November 1989 umfasste im Wesentlichen die Sitzverlegung am Domizil der Stifterfirma in A. \_\_\_\_\_ (Art. 2). Stiftungszweck und Finanzierung blieben dabei unverändert. Somit gewährt der Beschwerdeführer laut Statuten seit dessen Gründung unverändert den Destinatären blosse Ermessensleistungen, ohne festen Plan, ohne versicherbare Risikodeckung und ohne Rechtsanspruch (vgl. hierzu BGE 138 V 346 E. 3.1.1).

**7.5** Die Finanzierung der Leistungen und die Alimentierung des Stiftungsvermögens erfolgen nach den Stiftungsstatuten somit patronal. Demgegenüber findet sich keine statutarische oder reglementarische Grundlage, wonach Destinatäre, mithin die Arbeitnehmer der Stifterfirma sowie der angeschlossenen Firmen, zur Zahlung von Beiträgen verpflichtet würden. Im Gegenteil wurde bereits in der ersten Fassung der Stiftungsstatuten vom 5. Juli 1957 eine Erhebung von Beiträgen des Personals (d.h. der Arbeitnehmer) ausdrücklich ausgeschlossen (Art. 4). Dabei soll es auch bei den nachfolgenden Statutenänderungen geblieben sein.

**7.6** Aus den Jahresberichterstattungen des Beschwerdeführers – soweit sie aktenkundig sind, mithin seit den Jahren 2001 bis 2012 – ergibt sich, dass das Stiftungsvermögen aus freiwilligen Zuwendungen der Stifterfirma, Wertschriftenerträgen und Aktivzinsen finanziert wurde. Die einzelnen Zuwendungen der Stifterfirma Z. \_\_\_\_\_ in den Jahren 1957 bis 2011 werden in einer Übersicht des Beschwerdeführers aufgeführt (act. 1/5). Daraus figurierten in keinem dieser Jahre Zuwendungen in der Form von Beiträgen von Arbeitnehmern der Stifterfirma oder der angeschlossenen Firmen. Die Zuwendungen an den Fürsorgefonds im Zeitraum seit der Gründung vom 5. Juli 1957 bis zum 31. Dezember 2011 wurden auch von der Kontrollstelle I. \_\_\_\_\_ auf Wunsch der Vorinstanz hinsichtlich deren Herkunft und Höhe überprüft. In ihrem Bericht vom 13. Dezember 2012 (Vorakten 41) gelangt die Kontrollstelle zum Schluss, es liessen sich Zuwendungen seitens des Arbeitgebers an die Stiftung Allgemeiner X. \_\_\_\_\_-Fonds in der Höhe von insgesamt Fr. 5'690'000 seit der Gründung der Stiftung bis zum 31.

Dezember 2011 nachweisen. Es seien keine Feststellungen gemacht worden, die darauf hindeuten, dass die Stiftung X.\_\_\_\_\_-Fonds – abgesehen von Zuwendungen des Arbeitgebers und der einmaligen Zuwendung der Y.\_\_\_\_\_- Altersstiftung im Jahr 1983 über Fr. 120'000 – von weiteren Parteien Zuwendungen seit der Gründung bis zum 31. Dezember 2011 erhalten habe. Daher könne davon ausgegangen werden, dass die Stiftung, abgesehen von der einmaligen Zuwendung der Y.\_\_\_\_\_- Altersstiftung im Jahr 1983 über Fr. 120'000.-, *ausschliesslich patronal* finanziert worden sei. Der Vermögenszuwachs der Stiftung sei daher auf die patronalen Zuwendungen des Arbeitgebers, die einmalige Zuwendung der Y.\_\_\_\_\_- Altersstiftung im Jahr 1983 und die Netto-Performance auf den Aktiven abzüglich den getätigten freiwilligen Leistungen und Verwaltungskosten zurückzuführen.

**7.7** Beim Fürsorgefonds handelt es sich somit nach Massgabe des Stiftungszwecks und der stiftungsrechtlich vorgesehenen Finanzierung der Stiftungsaufgaben seit der Gründung um einen *patronalen Wohlfahrtsfonds* (vgl. zur Qualifikation BGE 138 V 346 E. 3.1 m.w.H.).

**7.7.1** Die Vorinstanz zieht die patronale Eigenschaft des Beschwerdeführers mit Blick auf die erhaltene Zuwendung aus der Y.\_\_\_\_\_- Altersstiftung im Jahr 1983 im Betrag von Fr. 120'000.-, welche ihrerseits nicht ausschliesslich patronal finanziert gewesen sei, in Zweifel (vgl. angefochtene Verfügung E. 9, Vernehmlassung Ziff. 3).

**7.7.2** Die Rechtsfrage, ob eine Personalfürsorgestiftung ein patronaler Wohlfahrtsfonds ist, beurteilt sich nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht nach den dazu von den Stiftungsorganen oder Revisoren in den Jahres- und Revisionsberichten oder korrespondenzweise angegebenen Verlautbarungen, sondern nach dem reglementarisch umschriebenen Stiftungszweck und der stiftungsrechtlich vorgesehenen Finanzierung der Stiftungsaufgaben (BGE 138 V 346 E. 3.1.3). So ist es auch beim Beschwerdeführer: Die besagte Zuwendung der Y.\_\_\_\_\_- Altersstiftung ist einmalig und darüber hinaus die einzige Zuwendung, deren Herkunft nach übereinstimmender Ansicht der Parteien und wie zu zeigen sein wird, möglicherweise nicht ausschliesslich patronal sei. An der dargelegten Qualifikation des Beschwerdeführers als patronaler Wohlfahrtsfonds hat diese Zuwendung jedoch nichts geändert.

## **8.**

Als Nächstes ist zu prüfen, in welchem Umfang der Beschwerdeführer Stif-

tungsmittel ausserhalb der Anwendung von Art. 331 Abs. 3 OR in die Arbeitgeberbeitragsreserve umbuchen durfte. In diesem Zusammenhang stellt sich auch die Frage, wie es sich mit der besagten Zuwendung aus der Y.\_\_\_\_\_ Altersstiftung im Jahr 1983 im Betrag von Fr. 120'000.- verhält.

**8.1** Wie die Parteien übereinstimmend darlegen, finden sich tatsächlich Hinweise, wonach letztere Mittel mit hoher Wahrscheinlichkeit auch durch Beiträge der Arbeitnehmer finanziert wurden. Dafür spricht die Betriebsrechnung der Y.\_\_\_\_\_ Altersstiftung über das Versicherungsjahr vom 1. Juli 1983 bis 31. Dezember 1984 (act. 1/6). Daraus geht hervor, dass das Stiftungsvermögen unter anderem mittels Zuwendungen zu gleichen Teilen der Stifterfirma sowie der Versicherten (im Umfang von je Fr. 29'196.-) finanziert wurde. Das legt mit den Parteien den Schluss nahe, dass entsprechende Mittel auch in der Vermögensübertragung von Fr. 120'000 an den X.\_\_\_\_\_ -Fonds enthalten sind.

**8.2** Der Fürsorgefonds hat die zugeflossene Zuwendung allerdings, aber immerhin, erst später per 1. Januar 2011 aus dem Stiftungsvermögen separat ausgeschieden, seit 1983 verzinst und am Vermögenszuwachs der Stiftung anteilmässig teilhaben lassen, sodass sich die ausgeschiedenen Mittel per 1. Januar 2011 auf Fr. 516'340.- belaufen (vgl. Beschluss des Stiftungsrates vom 10. Oktober 2011). Diese Mittel wurden in den nachfolgenden Jahresrechnungen des Beschwerdeführers von 2011 und 2012 als "freie Mittel" ausgeschieden und betragen per Ende 2011 Fr. 533'437.18 und per Ende 2012 Fr. 545'312.79.

**8.3** Dieses Vorgehen liegt im Ermessen des Stiftungsrates des Beschwerdeführers und lässt sich nicht beanstanden. Durch diese Ausscheidung reduzierte sich laut Jahresrechnung per 1. Januar 2011 das freie Stiftungskapital des Beschwerdeführers von Fr. 10'543'542.- und betrug noch Fr. 10'027'202.-. In diesem Umfang handelt es sich somit um rein patronal finanzierte Stiftungsmittel. Diesen Betrag durfte der Beschwerdeführer somit in die vorliegend bestrittene Arbeitgeberbeitragsreserve ausserhalb der Anwendung von Art. 331 Abs. 3 OR umbuchen (vgl. hierzu Urteil BGer 9C\_707/2014 vom 15. April 2014 E. 1; SZS 59/2015 S. 350; SVR 2015 BVG Nr. 40). Zugleich hat der Beschwerdeführer sichergestellt, dass die verbleibenden freien Stiftungsmittel im besagten Umfang von Fr. 516'340.- (per 1. Januar 2011) für eine allfällige spätere Verwendung nach Massgabe von Art. 331 Abs. 3 OR erhalten bleiben.

**9.**

**9.1** Schliesslich bleibt zu prüfen, ob die erfolgte Umbuchung von Stiftungsvermögen in eine Arbeitgeberbeitragsreserve mit dem Stiftungszweck vereinbar ist, was von der Vorinstanz implizit verneint und vom Beschwerdeführer bejaht wird.

**9.2** Zuwendungen des Beschwerdeführers zur Finanzierung der reglementarischen Arbeitgeberbeiträge im Rahmen der Vorsorgeeinrichtungen der Stifterfirma und angeschlossenen Unternehmen sind nach den Statuten ausdrücklich vorgesehen (vgl. Art. 3 Abs. 3 Stiftungsurkunde in den Fassungen vom 22. November 1984 und 29. bzw. 30. November 1989). Die vorliegend bestrittene vom Beschwerdeführer vorgenommene Umbuchung von Stiftungsmitteln in eine Arbeitgeberbeitragsreserve war somit auch durch den Stiftungszweck gedeckt.

## **10.**

Zusammenfassend lässt sich der Beschluss des Stiftungsrates des Beschwerdeführers vom 10. Oktober 2011 betreffend die Umbuchung von freien Mitteln in die Arbeitgeberbeitragsreserve in der Höhe von Fr. 10'027'202.- per 1. Januar 2011 insgesamt nicht beanstanden. Die Vorinstanz hatte somit keinen Anlass zur aufsichtsrechtlichen Intervention. Die Beschwerde ist daher gutzuheissen und die angefochtene Verfügung der Vorinstanz vom 27. Juni 2013 aufzuheben.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist die vom Beschwerdeführer gerügte Verletzung des Verhältnismässigkeitsprinzips nicht mehr zu prüfen.

## **11.**

**11.1** Gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG werden die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt, wobei die Vorinstanz gemäss Art. 63 Abs. 2 VwVG keine Verfahrenskosten zu tragen hat. Dem obsiegenden Beschwerdeführer werden keine Verfahrenskosten auferlegt. Der von ihm einbezahlte Kostenvorschuss im Betrag von Fr. 18'000.- ist ihm zurückzuerstatten.

**11.2** Der anwaltlich vertretene obsiegende Beschwerdeführer hat laut Art. 64 Abs. 1 VwVG in Verbindung mit Art. 7 VGKE Anspruch auf eine Parteientschädigung. Wird keine Kostennote eingereicht, setzt das Gericht die Entschädigung auf Grund der Akten fest (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Vorliegend erweist sich eine Parteientschädigung unter Berücksichtigung des aktenkundigen notwendigen Aufwandes von Fr. 4'000.- inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer (MWSt) zu Lasten der Vorinstanz als angemessen.

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird gutgeheissen und die Verfügung der BVG- und Stiftungsaufsicht des Kantons Zürich vom 27. Juni 2013 wird aufgehoben.

**2.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der vom Beschwerdeführer einbezahlte Kostenvorschuss von Fr. 18'000.- wird ihm nach Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

**3.**

Dem Beschwerdeführer wird zulasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung von Fr. 4'000.- (inkl. Auslagen und MwSt) zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde; Beilage: Formular Zahladresse)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]; Gerichtsurkunde)
- das Bundesamt für Sozialversicherungen
- die Obergerichtskommission BVG

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Daniel Stufetti

Kilian Meyer

**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 BGG). 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: