Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung III
C-2516/2012

Urteil vom 7. März 2014

Besetzung

Richterin Franziska Schneider (Vorsitz),
Richter Beat Weber, Richter Vito Valenti,
Gerichtsschreiber Roger Stalder.

Parteien

A._____ **AG,** Schweiz,
vertreten durch Dr. iur. Bruno Pellegrini, Advokaturbüro
Streiff Pellegrini & Von Kaenel, Bahnhofstrasse 67,
Postfach 183, 8622 Wetzikon ZH,
Beschwerdeführerin,

gegen

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

Gegenstand

Umbuchung freier Mittel in die Arbeitgeberbeitragsreserve.

Sachverhalt:

A.

Am 4. Januar 1946 wurde die "Wohlfahrtsstiftung der B._____" im Handelsregister eingetragen. Diese Stiftung übernahm eine am 3. März 1934 gegründete Sparversicherung, wobei jener das gesamte Sparversicherungsvermögen, welches sich per 31. Dezember 1944 auf Fr. 50'139.80 belaufen hatte, überwiesen wurde. Nach erfolgter Umfirmierung (Eintragung im Handelsregister: 1. Januar 1985) hiess die Stiftung neu "C._____ AG" (vgl. www.zefix.ch; zuletzt besucht am 2. Dezember 2013; vgl. auch Akten [*im Folgenden:* act.] der BVG- und Stiftungsaufsicht des Kantons Zürich [*im Folgenden:* BVS oder Vorinstanz] 14). Am 7. Oktober 1985 wurde vom Amt für berufliche Vorsorge und Stiftungen des Kantons Zürich (resp. [später] die BVS) eine Urkundenänderung verfügt, mit der der Zweck der Stiftung geändert wurde. Der Zweck der Sparversicherung wurde gestrichen. Im Geschäftsjahr 1983 waren die letzten Versicherten aus der Wohlfahrtsstiftung ausgetreten und deren Sparguthaben wurden ausbezahlt. Der Arbeitgeberanteil wurde nicht zu 100 % mitgegeben. In der Folge firmierte die Stiftung in "A._____ AG" um (*im Folgenden:* Wohlfahrtsstiftung oder Beschwerdeführerin; vgl. den entsprechenden Handelsregistereintrag [abrufbar unter www.zefix.ch] sowie die Stiftungsurkunde der Wohlfahrtsstiftung vom 16. Juni 1998 resp. die Bestätigung, dass diese Urkunde der Änderungsverfügung vom 16. März 1999 entsprach [act. 1 und 14]).

B.

Anlässlich der jährlichen Berichterstattung teilte das Amt für berufliche Vorsorge und Stiftungen des Kantons Zürich (resp. [später] die BVS) der Wohlfahrtsstiftung am 6. Oktober 2011 unter anderem mit, gemäss Ziff. 66 des Anhangs sei ein Teil der freien Mittel in der Höhe von Fr. 1'037'393.65 per 31. Dezember 2010 in die Arbeitgeberbeitragsreserve umgebucht worden. Diese Umbuchung sei nur zulässig, sofern (a) die Wohlfahrtsstiftung seit der Gründung ausschliesslich patronal finanziert worden sei und (b) die Finanzierung von Arbeitgeberbeiträgen vom Zweck der geltenden Stiftungsurkunde gedeckt sei bzw. diese ein sogenanntes Finanzierungselement aufweise. Die Wohlfahrtsstiftung werde ersucht, innert Frist das unterzeichnete Protokoll der Stiftungsratssitzung, anlässlich derer die Umbuchung beschlossen worden sei, sowie eine Bestätigung der Revisionsstelle, dass die Wohlfahrtsstiftung ausschliesslich patronal finanziert worden sei, einzureichen. Seien in die Wohlfahrtsstiftung Mittel aus einer anderen Vorsorgeeinrichtung oder einem anderen

Wohlfahrtsfonds eingebracht worden, so habe die Bestätigung der Revisionsstelle über den Nachweis der rein patronalen Finanzierung auch diese Mittel in geeigneter Weise zu umfassen (act. 2).

C.
Nach Vorliegen des Sitzungsprotokolls des Stiftungsrates der Wohlfahrtsstiftung vom 9. Juni 2011 und des Berichts der Kontrollstelle an den Stiftungsrat vom 9. Juni 2011 sowie der Jahresrechnung 2010 (Bilanz Betriebsrechnung und Anhang; act. 3 bis 5) teilte die Wohlfahrtsstiftung der BVS mit Schreiben vom 9. November 2011 mit, das Anlagereglement werde mit der entsprechenden reglementarischen Grundlage ergänzt und dieses zusammen mit dem dazugehörenden Stiftungsratsbeschluss mit der nächsten Berichterstattung eingereicht. Die Bestätigung der Revisionsstelle werde Ende November 2011 vorliegen, weshalb für die Erfüllung dieser Auflage um Aufschub bis zum 15. Dezember 2011 ersucht werde (act. 6); diesem wurde stattgegeben (act. 7).

D.
Am 7. Dezember 2011 übermittelte die Wohlfahrtsstiftung der BVS das verlangte Protokoll sowie den Bericht der Revisionsstelle vom 2. Dezember 2011 (act. 8 bis 10). Im Rahmen des Schreibens vom 19. Dezember 2011 an die Wohlfahrtsstiftung führte die BVS aus, aus dem Schreiben der Revisionsstelle vom 2. Dezember 2011 gehe hervor, dass im Zeitpunkt der Gründung der Wohlfahrtsstiftung zunächst Sparkapital von 13 Arbeitnehmern in der Höhe von Fr. 56'900.- in die Stiftung eingebracht worden sei. Schliesslich seien knapp 40 Jahre (1946 bis 1983) Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträge geleistet worden, die in die Stiftung geflossen seien. Somit sei die Stiftung seit ihrer Gründung nicht ausschliesslich patronal finanziert worden, weshalb eine Umbuchung von freien Mitteln in die Arbeitgeberbeitragsreserve nicht möglich sei. Die Umbuchung sei deshalb rückgängig zu machen und in der nächsten Jahresberichterstattung auszuweisen (act. 11). In der Folge ersuchte die Wohlfahrtsstiftung am 3. Januar 2012 um Zustellung einer anfechtbaren Verfügung (act. 12).

E.
Am 2. April 2012 verfügte die BVS die Aufhebung des Stiftungsratsbeschlusses vom 9. Juni 2011 betreffend die Umbuchung von freien Mitteln in die Arbeitgeberbeitragsreserve in der Höhe von Fr. 1'037'393.65 (Ziff. 1 des Dispositivs der Verfügung). Die Wohlfahrtsstiftung wurde aufgefordert, die in der Jahresberichterstattung 2010 ausgewiesene Umbuchung

von freien Mitteln in die Arbeitgeberbeitragsreserve in der Höhe von Fr. 1'037'393.65 rückgängig zu machen, die Aufsichtsbehörde diesbezüglich zu informieren und die Umbuchung in der nächsten Jahresberichterstattung auszuweisen (Ziff. 2). Die Gebühr von Fr. 1'000.- wurde der Wohlfahrtsstiftung auferlegt (Ziff. 3).

F.
Hiergegen liess die Wohlfahrtsstiftung, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Bruno Pellegrini, beim Bundesverwaltungsgericht mit Eingabe vom 8. Mai 2012 Beschwerde erheben und beantragen, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen und es seien die Ziffern 1 bis 3 der Verfügung der BVS vom 2. April 2012 ersatzlos aufzuheben (act. im Beschwerdeverfahren [*im Folgenden:* B-act.] 1).

G.
Mit Zwischenverfügung vom 11. Mai 2012 wurde die Beschwerdeführerin unter Hinweis auf die Säumnisfolgen (Nichteintreten auf die Beschwerde) aufgefordert, einen Kostenvorschuss von Fr. 3'000.- in der Höhe der mutmasslichen Verfahrenskosten zu leisten (B-act. 3 und 4); dieser Aufforderung wurde nachgekommen (B-act. 5).

H.
Nachdem der Vorinstanz mit prozessleitender Verfügung vom 30. Mai 2012 betreffend den Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden war (B-act. 6), stellte jene am 7. Juni 2012 den Antrag, die aufschiebende Wirkung sei unter der Auflage zu erteilen, dass die Beschwerdeführerin Gewähr leiste, dass über die umgebuchten freien Mittel in der Höhe von Fr. 1'037'393.65 bis zum rechtskräftigen Abschluss des Beschwerdeverfahrens nicht verfügt werde (B-act. 7).

I.
In ihrer Vernehmlassung vom 27. Juni 2012 beantragte die Vorinstanz unter anderem die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden könne. Zur Begründung verwies sie auf ihre in der Verfügung vom 2. April 2012 gemachten Feststellungen (B-act. 9).

J.
Mit prozessleitender Verfügung vom 2. Juli 2012 schloss die Instruktionsrichterin den Schriftenwechsel (B-act. 10).

K.
Im Rahmen ihrer Eingabe vom 28. Juni 2012 liess die Beschwerdeführerin ausführen, es werde zugesichert, dass bis zum Abschluss des Beschwerdeverfahrens nicht über die strittigen Fr. 1'037'393.65 verfügt werde (B-act. 11).

L.
Mit Zwischenverfügung vom 5. Juli 2012 wurde die aufschiebende Wirkung unter der Auflage erteilt, dass die Beschwerdeführerin über die gemäss Jahresberichterstattung 2010 in die Arbeitgeberbeitragsreserven umgebuchten freien Mittel in der Höhe von Fr. 1'037'393.65 bis zum rechtskräftigen Abschluss des Beschwerdeverfahrens nicht verfüge (B-act. 12).

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

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Dazu gehören die Verfügungen der Aufsichtsbehörden im Bereiche der beruflichen Vorsorge nach Art. 61 in Verbindung mit Art. 74 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG, SR 831.40) und Art. 33 lit. i VGG. Eine Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG liegt in casu nicht vor (zur Zuständigkeit vgl. auch Urteile des Bundesverwaltungsgerichts C-5780/2008 vom 25. Oktober 2011 E. 2 und C-5899/2009 vom 22. Dezember 2011 E. 2.3).

1.2 Der Entscheid der BVS vom 2. April 2012 stellt ohne Zweifel eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG dar. Die Beschwerde gegen diese Verfügung ist frist- und formgerecht eingegangen (Art. 50 und 52 VwVG). Die Beschwerdeführerin ist durch die angefochtenen Verfügung besonders berührt und hat in diesem Zusammenhang ein schutzwürdiges Interesse

an deren Änderung oder Aufhebung (Art. 48 VwVG). Damit ist sie zur Beschwerde legitimiert. Nachdem auch der eingeforderte Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 3'000.- fristgerecht geleistet worden ist, ergibt sich zusammenfassend, dass sämtliche Prozessvoraussetzungen erfüllt sind. Auf die Beschwerde vom 8. Mai 2012 ist demnach einzutreten.

1.3 Anfechtungsobjekt bildet die Verfügung der Vorinstanz vom 2. April 2012. Streitig und zu prüfen ist, ob diese zu Recht die Aufhebung des Stiftungsratsbeschlusses vom 9. Juni 2011 betreffend Umbuchung von freien Mitteln in die Arbeitgeberbeitragsreserve in der Höhe von Fr. 1'037'393.65 verfügt (Ziff. 1) und die Beschwerdeführerin aufgefordert hat, die in der Jahresberichterstattung 2010 ausgewiesene Umbuchung von freien Mitteln in die Arbeitgeberbeitragsreserve in der Höhe von Fr. 1'037'393.65 rückgängig zu machen, die Aufsichtsbehörde diesbezüglich zu informieren und die Umbuchung in der nächsten Jahresberichterstattung auszuweisen (Ziff. 2). Ferner ist die der Beschwerdeführerin auferlegte Gebühr in der Höhe von Fr. 1'000.- streitig und zu prüfen.

1.4 Das Bundesverwaltungsgericht prüft die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich der Überschreitung oder des Missbrauchs des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und die Unangemessenheit, wenn nicht – wie vorliegend – eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat (Art. 49 VwVG). Ermessensmissbrauch ist gegeben, wenn die entscheidende Stelle zwar im Rahmen des ihr eingeräumten Ermessens bleibt, sich aber von unsachlichen, dem Zweck der massgebenden Vorschriften fremden Erwägungen leiten lässt oder allgemeine Rechtsprinzipien, wie das Verbot von Willkür und von rechtsungleicher Behandlung, das Gebot von Treu und Glauben sowie den Grundsatz der Verhältnismässigkeit verletzt (BGE 123 V 152 E. 2 mit Hinweisen). Ermessensüberschreitung liegt vor, wenn die Behörden Ermessen ausüben, wo das Gesetz kein oder nur ein geringes Ermessen einräumt (ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz 627).

2.

2.1 Mit Bezug auf das anwendbare Recht ist davon auszugehen, dass in zeitlicher Hinsicht grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend sind, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben (BGE 132 V 215 E. 3.1.1 S. 220, 127 V 466 E. 1 S. 467).

Mit der Revision des BVG per 1. Januar 2012 (sog. "Strukturreform", AS 2011 3393, BBl 2007 5669) wird die Aufsicht in der beruflichen Vorsorge neu organisiert und sind neue Bestimmungen in Art. 61 ff. BVG aufgenommen worden. Übergangsbestimmungen zum anwendbaren Recht im Aufsichtsbereich enthält die Gesetzesänderung jedoch keine; dementsprechend gelangt das bis zum Zeitpunkt des angefochtenen Entscheids in Kraft stehende materielle Recht zur Anwendung. Die angefochtene Verfügung datiert vom 2. April 2012, weshalb einerseits die neuen Bestimmungen ab dem 1. Januar 2012 und andererseits das BVG in seiner Fassung vom 3. Oktober 2003 (AS 2004 1677, in Kraft bis 31. Dezember 2011), die Verordnung über die Beaufsichtigung und Registrierung von Vorsorgeeinrichtungen (BVV 1) in ihrer Fassung vom 29. Juni 1983 (in Kraft bis 31. Dezember 2011) und die Verordnung über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVV 2) in ihrer Fassung vom 18. August 2004 (AS 2004 4279, in Kraft bis 31. Dezember 2011) zur Anwendung gelangen können.

2.2 Die Aufsichtsbehörde BVG hat über die Einhaltung der gesetzlichen, statutarischen und reglementarischen Vorschriften durch die Vorsorgeeinrichtungen sowie die Einrichtungen, die nach ihrem Zweck der beruflichen Vorsorge dienen, zu wachen (Art. 62 Abs. 1 BVG in der bis zum 31. Dezember 2011 geltenden Fassung), indem sie insbesondere die Übereinstimmung der reglementarischen Bestimmungen mit den gesetzlichen Vorschriften prüft (Bst. a), von den Vorsorgeeinrichtungen und den Einrichtungen, die nach ihrem Zweck der beruflichen Vorsorge dienen, jährlich Berichterstattung fordert, namentlich über die Geschäftstätigkeit (Bst. b), Einsicht in die Berichte der Kontrollstelle und des Experten für berufliche Vorsorge nimmt (Bst. c), die Massnahmen zur Behebung von Mängeln trifft (Bst. d) und Streitigkeiten betreffend das Recht der versicherten Person auf Information beurteilt (Bst. e). Art. 62 Abs. 1 Bst. a BVG in der ab 1. Januar 2012 geltenden Fassung erfuhr insofern eine Änderung, als dass die Aufsichtsbehörde darüber wacht, 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. Art. 62 Abs. 1 Bst. b bis e

BVG blieb im Vergleich zu der bis Ende Dezember 2011 in Kraft gewesenen Fassung unverändert.

2.3 Die Aufsichtsbehörde ist gemäss Art. 62 Abs. 1 Bst. d BVG auch befugt, Massnahmen zur Behebung von Mängeln zu treffen. Hierzu stehen ihr repressive und präventive Aufsichtsmittel zur Verfügung. Mittels des repressiven Handelns soll der rechtmässige Zustand wieder hergestellt werden und die präventiven Mittel sind darauf ausgelegt, gesetzes- und statutenwidriges Verhalten der Pensionskasse durch eine laufende Kontrolle ihrer Geschäftstätigkeit zu verhindern. Als repressive Aufsichtsmittel kommen unter anderem in Frage die Mahnung pflichtvergessener Organe, das Erteilen von Weisungen oder Auflagen, soweit die Vorsorgeeinrichtung keinen Ermessensspielraum hat, oder die Aufhebung und Änderung von Entscheiden oder Erlassen der Stiftungsorgane, wenn und soweit diese gesetzes- oder urkundenwidrig sind (ISABELLE VETTER-SCHREIBER, Staatliche Haftung bei mangelhafter BVG-Aufsichtstätigkeit, Zürich 1996, S. 63 ff.; CHRISTINA RUGGLI, Die behördliche Aufsicht über Vorsorgeeinrichtungen, Basel 1992, S. 111 ff.; JÜRG BRÜHWILER, Obligatorische berufliche Vorsorge, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Ulrich Meyer [Hrsg.], 2. Aufl. 2007, S. 2020 Rz. 52). Die Aufzählung ist nicht abschliessend. Auf Grund der gesetzlichen Bestimmungen steht fest, dass die Aufsichtsbehörde bloss dann mittels Massnahmen repressiv eingreifen kann, falls sie im Handeln der Vorsorgeeinrichtung einen Verstoss gegen gesetzliche oder statutarische Vorschriften erkennt. Die Aufsichtstätigkeit ist mithin als eine Rechtskontrolle ausgestaltet (ISABELLE VETTER-SCHREIBER, a.a.O., S. 33 f.; CARL HELBLING, Personalvorsorge und BVG, 8. Auflage, Bern 2006, S. 667). Dabei hat die Aufsichtsbehörde zu beachten, dass der Vorsorgeeinrichtung ein Ermessen zusteht. Sie hat nur bei Ermessensfehlern (Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens) einzugreifen, während ein sich an den Rahmen des Ermessens haltendes Verhalten ein richtiges Verhalten darstellt, das die Aufsichtsbehörde nicht korrigieren darf (HANS MICHAEL RIEMER, GABRIELA RIEMER-KAFKA, Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz, 2. Aufl., Bern 2006, § 2 Rz. 98, S. 62 mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, vgl. auch JÜRG BRÜHWILER, a.a.O, S. 2019 Rz. 51).

2.4 Bei Stiftungen übernimmt die Aufsichtsbehörde auch die Aufgaben nach den Art. 84 Absatz 2, 85 und 86 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB; SR 210; vgl. Art. 62 Abs. 2 BVG). Diese Zuständigkeiten für Aufsicht und Rechtspflege gelten ebenso für nicht registrierte Personalfürsorgestiftungen, die ausserobligatorisch auf

dem Gebiet der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge tätig sind (Art. 89bis Abs. 6 ZGB; Urteil des Bundesgerichts [*im Folgenden:* BGer] 9C_954/2010 vom 16. Mai 2011 E. 5.1 mit Hinweisen), aber auch für patronal finanzierte Vorsorgestiftungen.

2.5 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).

3.

3.1 Zur Begründung der Verfügung vom 2. April 2012 – auf welche auch anlässlich der Vernehmlassung vom 27. Juni 2012 verwiesen worden ist (B-act. 9) – führte die BVS im Wesentlichen aus, basierend auf den Ausführungen in den Bundesgerichtsurteilen 9C_804/2010 vom 20. Dezember 2010 und 9C_954/2010 vom 16. Mai 2011 habe die Aufsichtsbehörde ihre Aufsichtspraxis dahingehend festgelegt, dass eine Umbuchung möglich und Art. 331 Abs. 3 (Fünfter Teil: Obligationenrecht [OR; SR 220] vom 30. März 1911) dann keine Anwendung finde, wenn der Wohlfahrtsfonds seit seiner Gründung ausschliesslich patronal finanziert und die Finanzierung von Arbeitgeberbeiträgen vom Zweck der geltenden Stiftungsurkunde gedeckt sei. Soweit eine Abspaltung oder Aussonderung bis Ende 1984 nicht stattgefunden habe und das Stiftungsvermögen insgesamt nicht rein patronal finanziert gewesen sei, sei Art. 331 Abs. 3 OR anwendbar und die Finanzierung von Arbeitgeberbeiträgen aus dem Stif-

tungsvermögen – und somit auch eine Umbuchung von freien Mitteln in die Arbeitgeberbeitragsreserve – ausgeschlossen.

3.2 Die Wohlfahrtsstiftung liess zur Begründung ihrer Anträge im Wesentlichen vorbringen, im Zeitpunkt der strittigen Umbuchung habe sich das freie Stiftungsvermögen auf Fr. 4'105'797.56 (per 31. Dezember 2010 bilanzierte freie Mittel in der Höhe von Fr. 3'068'403.91 zuzüglich die gleichzeitig umgebuchten Fr. 1'037'393.65) belaufen. Weil sich rechnerisch in dieser Bilanzposition auch die vor Inkrafttreten des BVG und des geänderten Art. 331 Abs. 3 OR faktisch gemischt-finanzierten Fr. 16'500.- befunden hätten, habe die Vorinstanz kurzerhand gleich alle bis 2010 geäufneten weiteren freien Stiftungsmittel als gemischt-finanziert behandelt. Die von der Vorinstanz angenommene "Kontaminierungswirkung" erfasse damit neben den gut 1.5 Millionen aus der D._____ auch die weiteren, unstreitig ausschliesslich patronalen Zuwendungen, die zwischen dem 31. Dezember 1983 und dem 31. Dezember 2010 zu einem Vermögenszuwachs von Fr. 2'134'144.71 geführt hätten. Wie das Bundesgericht im Entscheid 9C_804/2010 vom 20. Dezember 2010 richtig festgehalten habe, seien ausschliesslich patronal finanzierte Stiftungsmittel auch nach Inkrafttreten des BVG bzw. des revidierten Art. 331 Abs. 3 OR zu einem beliebigen Zeitpunkt als Arbeitgeberreserven ausscheidbar. Der Gesetzgeber habe mit der Revision des Art. 331 Abs. 3 OR lediglich verhindern wollen, dass sich der Arbeitgeber an seine (paritätische) Beitragspflicht Mittel anrechnen lasse, die nicht ausschliesslich von ihm allein finanziert worden seien. Die Verwendung von Mitteln, die ausschliesslich von ihm allein in die Stiftung eingespiesen worden seien, sollte indessen nach dem klaren Willen des Gesetzgebers nicht eingeschränkt werden. Es sei daher von der Vorinstanz zu Unrecht die Rückgängigmachung der Umbuchung angeordnet worden. Das leuchte auch vor dem Umstand ein, dass der umgebuchte Betrag markant unter dem vor der Gesetzesrevision erfolgten Mittelzufluss seitens der D._____ in Höhe von Fr. 1'612'000.- liege und der seitherige Vermögenszuwachs mehr als zwei Millionen betrage. Die von der strittigen Umbuchung betroffenen Mittel seien somit offensichtlich zu 100 % ausschliesslich arbeitgeberseitig finanziert worden. Die Zuweisung dieses Teilbetrags an die Arbeitgeberbeitragsreserven halte damit vor dem Bundesrecht stand, zumal sich die freien Mittel insgesamt vor der Umbuchung auf mehr als vier Millionen Franken belaufen hätten. Mitnichten sei mit der Neufassung von Art. 331 Abs. 3 OR bezweckt worden, das freie Verfügungsrecht über die Kapitalien auf einen Schlag zu entziehen, die ausschliesslich vom Arbeitgeber stammten. Bekanntlich sei es nicht bei dieser patronalen Einlage im Jahr 1983 geblie-

ben, welche das damalige (bescheidene) Stiftungskapital nahezu verfünffacht habe. Vielmehr hätten die freien Mittel aufgrund weiterer patronaler Zuwendungen bis 2010 um weitere Fr. 2'134'144.71 zugenommen. Vor diesem Hintergrund die Umbuchung freier Stiftungsmittel auf die Arbeitgeberbeitragsreserve in der Höhe von Fr. 1'037'393.65 aufsichtsrechtlich zu verbieten, lasse sich nicht mit Art. 331 Abs. 3 OR rechtfertigen. Das Gesetz verlange einzig, dass Arbeitgeberbeiträge nicht kurzerhand zulasten der freien Stiftungsmittel verbucht würden; vielmehr müssten allfällige Umbuchungen in die Bilanzposition "Arbeitgeberbeitragsreserve" vorgängig erfolgen. Mit "vorgängig" sei in Art. 331 OR entschieden nicht "vor 31. Dezember 1984" gemeint, wie die Vorinstanz unausgesprochen anzunehmen scheine. Vor dem 31. Dezember 1984 wäre es der Beschwerdeführerin bekanntlich erlaubt gewesen, auch die von Arbeitnehmerseite mitfinanzierten bescheidenen Stiftungsmittel für die Finanzierung der Arbeitgeberbeiträge zu verwenden. Lediglich das "auf arbeitnehmerseitig mitfinanzierte Mittel bezogene freie Verfügungsrecht" zu Gunsten des Arbeitgebers sei Ende 1984 aufgehoben worden. Es müsse zulässig sein und bleiben, eindeutig ausschliesslich arbeitgeberseitig finanzierte Stiftungsmittel bilanztechnisch "nach Massgabe der Beitragsverhältnisse" jederzeit umzubuchen. Im vorliegenden Fall stehe fest, dass die von der Verfügung betroffene Umbuchung von Fr. 1'037'393.65 nur Stiftungsmittel betreffe, die ausschliesslich patronal finanziert worden seien. Die Vorinstanz leite aus den Entscheiden des Bundesgerichts ab, "Sinn und Zweck" von Art. 331 Abs. 3 OR entfalle nur, wenn es bis zur Umbuchung überhaupt nie Arbeitnehmerbeiträge gegeben habe. Habe es dagegen zumindest einmal Arbeitnehmerbeiträge gegeben, sei jede Umbuchung von patronal finanzierten Mittel seit dem 1. Januar 1985 unzulässig. Diese Auffassung verkenne, weshalb in Art. 331 Abs. 3 OR überhaupt von "Beiträgen" der Arbeitnehmer die Rede sei. Weiterhin könne das, was der Stiftung ausschliesslich vom Arbeitgeber zugewendet werde, im Bedarfsfall der Arbeitgeberbeitragsreserve zugewiesen werden. Im vorliegenden Fall habe sich das Vermögen der Beschwerdeführerin nach dem Ausscheiden des letzten Sparversicherten lediglich noch auf bescheidene Fr. 359'652.85 belaufen. Seither seien ihr ausschliesslich patronale Zuwendungen gemacht worden mit der Folge, dass sich die freien Mittel bis Ende 2010 um Fr. 3'746'144.70 auf Fr. 4'105'797.56 erhöht hätten.

3.3 Zu prüfen ist, ob die Vorinstanz – gestützt auf Art. 331 Abs. 3 OR und der dazu ergangenen höchstrichterlichen Rechtsprechung – zu Recht die Rückgängigmachung der Umbuchung angeordnet hat.

3.3.1 Art. 331 Abs. 3 OR lautet in der vorliegend anwendbaren Fassung gemäss Anhang Ziff. 2 des Bundesgesetzes vom 3. Okt. 2003 (1. BVG-Revision; in Kraft seit 1. Jan. 2005 [AS 2004 1677 1700; BBl 2000 2637]) wie folgt: " Hat der Arbeitnehmer Beiträge an eine Vorsorgeeinrichtung zu leisten, so ist der Arbeitgeber verpflichtet, zur gleichen Zeit mindestens gleich hohe Beiträge wie die gesamten Beiträge aller Arbeitnehmer zu entrichten; er erbringt seine Beiträge aus eigenen Mitteln oder aus Beitragsreserven der Vorsorgeeinrichtung, die von ihm vorgängig hierfür geäufnet worden und gesondert ausgewiesen sind. Der Arbeitgeber muss den vom Lohn des Arbeitnehmers abgezogenen Beitragsanteil zusammen mit seinem Beitragsanteil spätestens am Ende des ersten Monats nach dem Kalender- oder Versicherungsjahr, für das die Beiträge geschuldet sind, an die Vorsorgeeinrichtung überweisen".

3.3.2 Im Urteil 9C_804/2010 vom 20. Dezember 2010 erwog das Bundesgericht, dass für die Anwendbarkeit von Art. 331 Abs. 3 OR nicht massgebend sei, ob es sich um eine reine Finanzierungsstiftung handle oder ob die Arbeitnehmer Destinatäre der Stiftung seien, sondern ob die Arbeitnehmer Beiträge zu leisten hätten (E. 3.3, 4.2, 5.1 und 5.3). Sinn und Zweck dieser Bestimmung liege darin, zu verhindern, dass von den Arbeitnehmern mitalimentiertes freies Stiftungsvermögen einzig dem Arbeitgeber zugutekomme; weil die freien Mittel von Arbeitgeber und Arbeitnehmer gemeinsam erwirtschaftet würden, müssten grundsätzlich beide nach Massgabe ihrer Beitragsverhältnisse an den freien Mitteln partizipieren; mithin sei es ausgeschlossen, aus diesen Mitteln einseitig die Arbeitgeberbeiträge zu bezahlen. Diese ratio legis entfalle jedoch, wenn es gar keine Beiträge der Arbeitnehmer gebe, sondern das Stiftungsvermögen vollumfänglich vom Arbeitgeber finanziert worden sei. Auch die revidierte Fassung von Art. 331 Abs. 3 OR beziehe sich somit nach ihrem Sinn und Zweck wie die frühere nicht auf Mittel, die ausschliesslich vom Arbeitgeber aufgebracht worden seien, ohne dass die Arbeitnehmer zu Beiträgen verpflichtet gewesen seien (E. 3.4.4 und 4.2 mit weiteren Hinweisen; vgl. auch Urteil des BGer 9C_954/2010 vom 16. Mai 2011 E. 6.1 mit Hinweis auf BGE 128 II 24 E. 4). Art. 331 Abs. 3 OR sei nicht anwendbar auf rein patronal finanzierte Stiftungen (E. 3.5 mit Hinweis auf das Urteil 2A.605/2004 des BGer vom 26. April 2005 E. 2.3). Ferner wurde erwogen, dass auch nach 1985 das Vermögen einer Stiftung, deren Zweck nicht die Personalvorsorge nach Art. 331 OR und die rein patronal finanziert gewesen sei, als Arbeitgeberbeitragsreserve in eine Vorsorgeeinrichtung gemäss BVG bzw. Art. 331 ff. OR eingebracht werden dürfe, sofern der Stiftungszweck dies zulasse; denn auch damit werde kein Vermögen,

das von Arbeitnehmern mitfinanziert worden sei, zweckentfremdet (E. 3.6 u.a. mit Anmerkungen zu den Urteilen 2A.9/1991 vom 26. März 1993 E. 2b sowie 5A.22/1999 vom 21. Dezember 1999 E. 3b).

3.3.3 Im Bericht der Revisionsstelle vom 2. Dezember 2011 wurde ausgeführt, im Rahmen des Nachvollzugs der Finanzierung sei festgestellt worden, dass im Zeitpunkt der Gründung die Sparversicherung der Firma "B._____" auf die Wohlfahrtsstiftung übertragen worden sei. Es habe sich dabei um 13 Arbeitnehmer mit einem Sparkapital von rund Fr. 56'900.- gehandelt. Im Zeitraum von 1946 bis 1983 sei die Wohlfahrtsstiftung als Sparkasse geführt worden, wobei neben dem Arbeitgeber auch die Arbeitnehmer Beiträge geleistet hätten. Im Geschäftsjahr 1983 seien die letzten Versicherten aus der Wohlfahrtsstiftung ausgetreten, wobei deren Sparguthaben ausbezahlt und die Sparkasse aufgelöst worden seien. Da bei Austritten der Arbeitgeberanteil des Sparguthabens nicht 100%ig mitgegeben worden sei, seien im vorgenannten Zeitraum freie Mittel in Form von Mutationsgewinnen angehäuft worden. Im Zeitpunkt der Auflösung der Sparkasse hätten diese rund Fr. 16'500.- betragen. Im Geschäftsjahr 1983 seien von der D._____ Stiftungsmittel in der Höhe von Fr. 1'612'000.- auf die Wohlfahrtsstiftung übertragen worden. Es habe sich dabei um Mittel in Form eines freien Fonds und eines Krankenkassenfürsorgefonds gehandelt, die in der übertragenden Vorsorgeeinrichtung ausschliesslich durch den Arbeitgeber finanziert worden seien. Hierfür liege eine Bestätigung des Bezirksrates E._____ vom 20. März 1985 vor. Bei der Durchsicht der testierten Jahresrechnungen der Geschäftsjahre 1984 bis 2010 sei die Revisionsstelle nicht auf Sachverhalte gestossen, aus denen geschlossen werden müsste, dass die Wohlfahrtsstiftung nicht rein patronal finanziert worden sei (act. 8).

3.3.4 Gemäss BGE 138 V 502 (E. 5.3) und den weiteren Urteilen des Bundesgerichts 9C_804/2010 vom 20. Dezember 2010 (E. 3.6 mit Hinweisen) und 9C_954/2010 vom 16. Mai 2011 (E. 6.2 mit Hinweisen) waren die Vorsorgeeinrichtungen nur noch bis Ende 1984 berechtigt gewesen, freies Vorsorgevermögen, das auch durch die Arbeitnehmer mitfinanziert worden sein konnte (Arbeitnehmerbeiträge, Mutationsgewinne, technische Überschüsse, Gewinnrückvergütungen etc.), als Arbeitgeberbeitragsreserve auszuweisen, sei es durch Abspaltung aus dem vorbestandenen freien Stiftungskapital in eine separate Bilanzposition, sei es durch Aussonderung aus dem vorbestandenen freien Stiftungskapital unter gleichzeitiger Überführung in einen rechtlich verselbständigten patronalen Wohlfahrtsfonds. Darauf konnte nur im Falle einer reinen Fi-

nanzierungsstiftung verzichtet werden, wenn also das Stiftungsvermögen insgesamt rein patronal finanziert war und dieses gemäss Stiftungsurkunde zur Erbringung von Arbeitgeberbeiträgen herangezogen werden durfte.

3.3.5 Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass die Wohlfahrtsstiftung im Zeitraum von 1946 bis 1983 als Sparkasse geführt wurde, wobei nebst dem Arbeitgeber auch Arbeitnehmer Beiträge geleistet hatten (act. 8). Die Beschwerdeführerin verzichtete darauf, bis Ende 1984 freies Vorsorgevermögen, das nicht durch Arbeitnehmer mitfinanziert worden war, durch Abspaltung oder Aussonderung als Arbeitgeberbeitragsreserven auszuweisen. Dies sowie der Umstand, dass das Stiftungsvermögen insgesamt nicht rein patronal finanziert worden war, hat mit Blick auf die Erwägungen in den vorstehend erwähnten, zusammengefasst wiedergegebenen Bundesgerichtsurteilen betreffend Art. 331 Abs. 3 OR zur Folge, dass die von der Beschwerdeführerin beabsichtigte Umbuchung von freien Mitteln in die Arbeitgeberbeitragsreserve ausgeschlossen ist. Den Argumenten der Beschwerdeführerin, die patronale Finanzierung müsse erst ab dem Jahre 1984 vorliegen und es müsse zulässig sein, eindeutig ausschliesslich vom Arbeitgeber finanzierte Stiftungsmittel bilanztechnisch "nach Massgabe der Beitragsverhältnisse" jederzeit umzubuchen, kann demnach nicht gefolgt werden.

3.4 Aufgrund der vorstehenden Erwägungen ist zusammenfassend festzuhalten, dass in Anwendung von Art. 331 Abs. 3 OR die Finanzierung von Arbeitgeberbeiträgen aus den freien Mitteln und somit eine Umbuchung dieser Mittel in die Arbeitgeberbeitragsreserve unzulässig ist. Aus diesem Grund wurde der Stiftungsratsbeschluss vom 9. Juni 2011 betreffend Umbuchung von freien Mitteln in die Arbeitgeberbeitragsreserven in der Höhe von Fr. 1'037'393.65 von der Vorinstanz zu Recht aufgehoben und die Beschwerdeführerin in nicht zu beanstandender Weise aufgefordert, die in der Jahresberichterstattung 2010 ausgewiesene Umbuchung in der genannten Höhe rückgängig zu machen, die Aufsichtsbehörden diesbezüglich zu informieren und die Umbuchung in der nächsten Jahresberichterstattung auszuweisen. Die Beschwerde vom 8. Mai 2012 ist folglich hinsichtlich der Rechtsbegehren Ziff. I. und II. abzuweisen.

4.

Betreffend die Auferlegung der Gebühr in Höhe von Fr. 1'000.- (Ziff. III. der angefochtenen Verfügung vom 2. April 2012 ergibt sich abschliessend was folgt:

4.1 Gemäss Art. 62*a* Abs. 3 Satz 1 BVG gehen die Kosten für aufsichtsrechtliche Massnahmen zulasten der Vorsorgeeinrichtung oder Einrichtung, die nach ihrem Zweck der beruflichen Vorsorge dient, welche die Massnahme verursacht hat. Gemäss § 24 des kantonal Zürcher Gesetzes über die BVG- und Stiftungsaufsicht vom 11. Juli 2011 (BVSG; Ordnungsnummer 833.1) in Verbindung mit § 4 Abs. 1 Bst. h der Verordnung über die berufliche Vorsorge und das Stiftungswesen vom 19. Juli 2000 (in der Fassung ab 1. März 2004; aufgehoben per 1. Januar 2013 [ABI 2012-11-02]; Ordnungsnummer 831.4) ist für aufsichtsrechtliche Massnahmen und besondere Entscheide ein Gebührenrahmen von Fr. 500.- bis Fr. 5'000.- gegeben.

4.2 Die von der Vorinstanz erhobene Gebühr in der Höhe von Fr. 1'000.- liegt im unteren Bereich des zulässigen Rahmens und erweist sich sowohl als rechtmässig als auch als angemessen. Folglich ist auch die Gebührenauflage nicht zu beanstanden, und die Beschwerde ist auch in diesem Punkt abzuweisen.

5.
Zu befinden bleibt noch über die Verfahrenskosten und eine allfällige Parteientschädigung.

5.1 Gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG werden die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind der unterliegenden Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten, welche auf Fr. 3'000.- festzusetzen sind, aufzuerlegen und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss in derselben Höhe zu verrechnen.

5.2 Die Beschwerdeinstanz kann der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Keinen Anspruch auf Parteientschädigung haben Bundesbehörden und, in der Regel, andere Behörden, die als Parteien auftreten (Art. 7 Abs. 3 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Der obsiegenden Vorinstanz ist somit keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. BGE 126 V 143 E. 4). Der unterliegenden Beschwerdeführerin ist ebenfalls keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Die Verfahrenskosten von Fr. 3'000.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Verfahrenskostenvorschuss in derselben Höhe verrechnet.

3.
Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

4.
Dieses Urteil geht an:

– die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
– die Vorinstanz (Ref-Nr. […]; Gerichtsurkunde)
– die Oberaufsichtskommission (Einschreiben)
– das Bundesamt für Sozialversicherungen (Einschreiben)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:	Der Gerichtsschreiber:
Franziska Schneider	Roger Stalder

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: