

# **BVGer A-358/2018 vom 10. Januar 2019**

Bundesverwaltungsgericht, 2019-01-10, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_A-358\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-358_2018)

FR: TAF A-358/2018 du 10 janvier 2019

IT: TAF A-358/2018 del 10 gennaio 2019

## **Regeste**

Aufsichtsmittel

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), soweit das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

### **E. 1.2**

Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 VGG Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG. Die zur Beurteilung stehende Sache fällt nicht unter die Ausnahmebestimmung von Art. 32 VGG, und die BVSA ist eine Vorinstanz im Sinne von Art. 33 Bst. i VGG in Verbindung mit Art. 74 Abs. 1 BVG, gegen deren Verfügungen die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zulässig ist.

### **E. 1.3**

Im vorliegenden Verfahren handeln zwei der von der BVSA mit dem angefochtenen Entscheid abberufenen Stiftungsräte im Namen der Beschwerdeführerin. Die Frage, ob diese Stiftungsräte befugt sind, im Namen der Beschwerdeführerin Beschwerde zu erheben, ist zu bejahen. Denn es ginge mit Blick darauf, dass das Rechtsbegehren auf Aufhebung der aufsichtsrechtlichen Anordnungen der BVSA auch die erfolgte Einsetzung des kommissarischen Verwalters beschlägt, nicht an, in einer Konstellation wie der vorliegenden der Stiftung vorzuhalten, sie müsste durch den gemäss dem angefochtenen Entscheid allein zeichnungsberechtigten kommissarischen Verwalter Beschwerde erheben (vgl. auch Urteil des BVGer A-1696/2015 vom 27. April 2016 E. 1.2). Zu Recht nicht bestritten wird, dass die Beschwerdeführerin als Adressatin der Verfügung vom 15. Januar 2018 im Sinne von Art. 48 Abs. 1 VwVG zu deren Anfechtung legitimiert ist (vgl. aber zum Fehlen der Legitimation in Bezug auf einzelne Beschwerdeanträge sogleich E. 1.6).

### **E. 1.4**

Die vorliegende Beschwerde wurde formgerecht erhoben (vgl. Art. 52 VwVG).

### **E. 1.5.1**

Gemäss Art. 50 Abs. 1 VwVG ist die Beschwerde innerhalb von 30 Tagen seit der Eröffnung der Verfügung einzureichen. Diese Frist beginnt am Tag nach der Zustellung der Verfügung zu laufen (vgl. Art. 20 Abs. 2 VwVG). Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde am letzten Tag der Frist der Behörde eingereicht oder zu deren Händen der

Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben wird (vgl. Art. 21 Abs. 1 VwVG). Nach Ablauf der Beschwerdefrist können Beschwerdebegehren nicht mehr erweitert, sondern höchstens präzisiert, eingengt oder fallengelassen werden (Urteil des BVGer A-2588/2013 vom 4. Februar 2016 E. 1.3.1; André Moser et al., Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, N. 2.218; Frank Seethaler/Fabia Portmann, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 52 N. 39 ff.).

#### **E. 1.5.2**

Im vorliegenden Fall wurde die angefochtene Verfügung der BVSA vom 15. Januar 2018 der Beschwerdeführerin unbestrittenermassen nicht vor dem 16. Januar 2018 zugestellt. Die Beschwerdefrist begann damit frühestens am 17. Januar 2018 zu laufen und endete somit am Donnerstag, 15. Februar 2018, oder später. Vor diesem Hintergrund wurde die Beschwerdefrist durch die bereits am 16. Januar 2018 erfolgte Übergabe der Beschwerdeschrift an die Schweizerische Post ohne Weiteres gewahrt. Zwar hat die Beschwerdeführerin ihre Beschwerdeanträge mit ihrer Eingabe vom 15. Februar 2018 erweitert. Da auch diese Eingabe nach dem Gesagten als innert der Beschwerdefrist eingereicht zu betrachten ist, liegt keine infolge Ablaufes der Rechtsmittelfrist unzulässige Ausdehnung oder Ergänzung der in der Beschwerdeschrift gestellten Begehren vor.

#### **E. 1.6.1**

Mit ihrem Antrag auf (vollumfängliche) Aufhebung der angefochtenen Verfügung verlangt die Beschwerdeführerin auch die Aufhebung der vorinstanzlichen Anordnungen, wonach F.\_\_\_\_\_ aus seinem Amt als interimistischer Sachwalter entlassen wird und er dementsprechend vom Handelsregisteramt des Kantons Aargau im Handelsregister zu streichen ist. Zwar ist fraglich, ob F.\_\_\_\_\_ vor Erlass der angefochtenen Verfügung überhaupt noch interimistischer Sachwalter der Beschwerdeführerin war, hat doch das Bundesverwaltungsgericht den Entscheid der BVSA vom 9. Juni 2016, mit welchem ihm diese Funktion übertragen worden war, aufgehoben (rechtskräftig gewordenes Urteil des BVGer A-3821/2016 vom 29. September 2016). Wie es sich damit verhält, kann aber dahingestellt bleiben. Denn hinsichtlich der Entlassung von F.\_\_\_\_\_ aus seinem (allfälligen) Amt als interimistischer Sachwalter und den damit zusammenhängenden Änderungen im Handelsregister ist kein schutzwürdiges Interesse der Beschwerdeführerin an einer Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Verfügung auszumachen. Diesbezüglich ist daher mangels Legitimation (vgl. Art. 48 Abs. 1 VwVG) nicht auf die Beschwerde einzutreten.

#### **E. 1.6.2**

Mit der erwähnten Eingabe vom 15. Februar 2018 wird unter anderem das Begehren gestellt, die BVSA sei anzuweisen, die grundsätzliche Ordnungsmässigkeit der Organisation und Geschäftsführung der Beschwerdeführerin festzustellen. Dieser Antrag kommt einem Feststellungsbegehren gleich. Ein Feststellungsbegehren ist - abgesehen von hier nicht einschlägigen Ausnahmen - praxisgemäss nur zulässig, wenn das geltend gemachte schutzwürdige Interesse nicht ebenso gut mit einer Leistungs- oder Gestaltungsverfügung gewahrt werden kann (sog. Subsidiarität der Feststellungsverfügung; statt vieler: Urteil des BVGer A-5243/2017 vom 16. August 2018 E. 1.4, mit Hinweisen; Isabelle Häner, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], a.a.O., Art. 25 N. 17 ff.). Ein schutzwürdiges Interesse der Beschwerdeführerin an der Feststellung der grundsätzlichen

Ordnungsmässigkeit ihrer Organisation und Geschäftsführung, welches nicht bereits mit der beantragten, ersatzlosen (und rechtsgestaltenden) Aufhebung der angefochtenen Verfügung gewahrt würde, ist vorliegend weder substantiiert geltend gemacht noch aus den Akten ersichtlich. Folglich ist auf das erwähnte Begehren mangels schutzwürdigen Interesses bzw. mangels Legitimation nicht einzutreten.

#### **E. 1.7**

Die Beschwerdeführerin fordert sodann, die BVSA sei anzuweisen, a) keine weiteren aufsichtsrechtlichen Massnahmen im Zusammenhang mit den untersuchten Sachverhalten zu ergreifen und b) das aufsichtsrechtliche Massnahmeverfahren mit der Nummer [...] als abgeschlossen zu erklären. Sinngemäss fordert die Beschwerdeführerin damit, die BVSA sei zu verpflichten, eine Einstellungsverfügung zu erlassen. Ein Beschwerdeantrag ist zulässig, wenn er im Beschwerdeentscheid zur Entscheidungsformel (Dispositiv) erhoben werden kann, was sich nach Art. 61 VwVG richtet. Danach entscheidet die Beschwerdeinstanz in der Sache selbst oder weist diese ausnahmsweise mit verbindlichen Weisungen an die Vorinstanz zurück (Art. 61 Abs. 1 VwVG). Die Beschwerdeinstanz hat indessen keine Kompetenz, die Vorinstanz anzuweisen, ein Verfahren einzustellen. Eine Verfahrenseinstellung im technischen Sinne, die durch eine formelle Einstellungsverfügung erfolgt, ist weder im BVG (sowie den zugehörigen Ausführungserlassen) noch im allgemeinen Verwaltungsrecht vorgesehen. Die Verwaltungsverfahrensordnung kennt im Unterschied zu anderen Verfahrensordnungen (z.B. Art. 319 ff. der Schweizerischen Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 [StPO, SR 312.0]) keine solche Verfahrenseinstellung durch Verfügung. Da eine Einstellung jedenfalls die Rückweisungskompetenz der Beschwerdeinstanz übersteigt, kann sie mit einem Haupt- oder Eventualbegehren nicht beantragt werden. Vor diesem Hintergrund ist der erwähnte Antrag der Beschwerdeführerin unzulässig und ist diesbezüglich auf die Beschwerde nicht einzutreten (vgl. Urteil des BVGer B-642/2016 vom 11. Juni 2018 E. 1.2).

#### **E. 1.8**

Ferner verlangt die Beschwerdeführerin, die BVSA sei anzuweisen, «zeitnah» über eine Aufhebung der Verfügung dieser Behörde vom 9. Mai 2016 zu entscheiden. Streitgegenstand der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege und damit des Beschwerdeverfahrens ist grundsätzlich einzig das Rechtsverhältnis, das Gegenstand des angefochtenen Entscheids bildet oder bei richtiger Rechtsanwendung hätte bilden sollen, soweit es nach Massgabe der Beschwerdebegehren im Streit liegt. Der Streitgegenstand darf im Lauf des Beschwerdeverfahrens weder erweitert noch qualitativ verändert, sondern höchstens verengt und um nicht mehr streitige Punkte reduziert werden. Der Entscheid der unteren Instanz (Anfechtungsobjekt) bildet somit den Rahmen, der den möglichen Umfang des Streitgegenstandes begrenzt: Gegenstände, über welche die vorinstanzliche Behörde nicht entschieden hat und nicht zu entscheiden hatte, darf die Beschwerdeinstanz grundsätzlich nicht beurteilen, da sie ansonsten in die funktionelle Zuständigkeit der Vorinstanz eingreifen würde. Insoweit, als eine Beschwerde in Bezug auf solche Gegenstände erhoben wird, ist auf das Rechtsmittel nicht einzutreten (BGE 142 I 155 E. 4.4.2, 131 II 200 E. 3.2; Urteile des BGer 2C\_71/2017 vom 23. August 2017 E. 4.2, 2C\_343/2010 und 2C\_344/2010 vom 11. April 2011 [in BGE 137 II 199 nicht publizierte] E. 2.5; Urteil des BVGer A-5347/2017 vom 5. Juni 2018 E. 2.1). Bei Erlass des in casu angefochtenen Entscheids vom 15. Januar 2018 hat die Vorinstanz zu Recht nicht darüber befunden, ob und gegebenenfalls wann ihre frühere Verfügung vom 9. Mai 2016

aufzuheben ist. Dementsprechend kann diese Frage auch nicht Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens bilden. Deshalb ist insoweit, als die Beschwerdeführerin fordert, die BVSA sei anzuweisen, zeitnah über eine Aufhebung der Verfügung vom 9. Mai 2016 zu entscheiden, auf die Beschwerde nicht einzutreten.

### **E. 1.9**

Mit den hiervor genannten Einschränkungen (E. 1.6 ff.) ist auf die Beschwerde einzutreten.

### **E. 2.1**

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. Da sich die Kognition bei der oberen 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, 3. Aufl. 2013, Art. 62 N. 3), weshalb sich auch das angerufene Gericht - in Abweichung von Art. 49 Bst. c VwVG - auf eine Rechtskontrolle zu beschränken hat, 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; Urteil des BVGer A-7252/2016 vom 14. Dezember 2017 E. 2.1). Von der Aufsichtsbehörde gestützt auf Art. 62 BVG (vgl. dazu hinten E. 7.1) erlassene Massnahmen sind hingegen mit voller Kognition zu prüfen. Dabei hat die Beschwerdeinstanz aber zu berücksichtigen, dass der Aufsichtsbehörde bei der Anordnung von Massnahmen ein erheblicher Beurteilungs- bzw. Ermessensspielraum zusteht, weshalb eine gewisse Zurückhaltung bei der gerichtlichen Überprüfung geboten ist (vgl. BGE 132 II 144 E. 1.2; Urteil des BGer 2A.395/2002 vom 14. August 2003 E. 2.1; Urteil des BVGer C-6253/2014 vom 4. Februar 2016 E. 3.2).

### **E. 2.2**

Im Beschwerdeverfahren gilt der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen. Das Bundesverwaltungsgericht ist verpflichtet, auf den unter Mitwirkung der Verfahrensbeteiligten festgestellten Sachverhalt jenen Rechtssatz anzuwenden, den es als den zutreffenden erachtet, und ihm jene Auslegung zu geben, von der es überzeugt ist (BGE 119 V 347 E. 1a; Urteil des BVGer A-5081/2014 vom 16. Februar 2016 E. 1.5; Moser et al., a.a.O., N. 1.54). Dieses Prinzip hat zur Folge, dass das Bundesverwaltungsgericht als Beschwerdeinstanz an die rechtliche Begründung der Begehren nicht gebunden ist (vgl. Art. 62 Abs. 4 VwVG).

### **E. 2.3**

Die Beschwerdeinstanz entscheidet - wie erwähnt (E. 1.7) - in der Sache selbst oder weist diese ausnahmsweise mit verbindlichen Weisungen an die Vorinstanz zurück (Art. 61 Abs. 1 VwVG). Bei der Wahl zwischen diesen beiden Entscheidarten steht dem Gericht ein weiter Ermessensspielraum zu. Liegen sachliche Gründe für eine Rückweisung vor, ist diese regelmässig mit dem Untersuchungsgrundsatz und dem Prinzip eines einfachen und raschen Verfahrens vereinbar. Zur Rückweisung führt namentlich eine mangelhafte Abklärung des Sachverhalts durch die Vorinstanz, die ohne eine aufwendigere Beweiserhebung nicht behoben werden kann. Die Vorinstanz ist mit den tatsächlichen Verhältnissen besser vertraut und darum im Allgemeinen besser in der Lage, die erforderlichen Abklärungen durchzuführen. Zudem bleibt der betroffenen Partei in diesem

Fall der gesetzlich vorgesehene Instanzenzug erhalten (statt vieler: Urteil des BVGer A-6108/2016 vom 28. März 2018 E. 8.2).

#### **E. 2.4.1**

Ist eine Verordnungsregelung in der Sache durch das Gesetz vorausbestimmt, so spricht man von einer Vollziehungsverordnung. Enthält sie im Gegenteil Elemente, die im Gesetz nicht angelegt sind, liegt eine gesetzesvertretende Verordnung vor. Gesetzesvertretende Verordnungen darf der Bundesrat nur gestützt auf eine besondere Ermächtigung des Gesetzgebers beschliessen. Über die Kompetenz zum Erlass von Vollziehungsverordnungen verfügt er dagegen schon kraft Art. 182 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101; statt vieler: Urteil des BVGer A-3537/2014 vom 16. März 2016 E. 4.3.1). Die Vollziehungsverordnung führt die durch das Gesetz bereits begründeten Rechte und Pflichten weiter aus und entfaltet das Gesetz. Da blosses Abschreiben des Gesetzes nicht sinnvoll wäre, enthalten auch Vollziehungsverordnungen ein gewisses Mass an Normen, die in dieser Weise nicht im Gesetz stehen. Dies schadet nicht, soweit dadurch keine grundsätzlich neuen Rechte und Pflichten eingeführt werden (Urteil des BVGer A-3537/2014 vom 16. März 2016 E. 4.3.2). Die gesetzesvertretende Verordnung dagegen ergänzt die gesetzliche Regelung und übernimmt damit bereichsweise Gesetzesfunktion.

#### **E. 2.4.2**

Das Bundesverwaltungsgericht kann im konkreten Anwendungsakt auf Beschwerde hin vorfrageweise Verordnungen des Bundesrates auf ihre Gesetz- und Verfassungsmässigkeit prüfen (konkrete Normenkontrolle; vgl. Moser et al., a.a.O., N. 2.177 f.).

#### **E. 2.5**

Die Konkretisierung einer Norm im Hinblick auf einzelne Lebenssach-verhalte als Teil der Gesetzesanwendung geschieht durch Auslegung. Deren Ziel ist die Ermittlung des Sinngehalts der Bestimmung. Ausgangs-punkt jeder Auslegung ist der Wortlaut. Ist der Wortlaut der Bestimmung klar, das heisst eindeutig und unmissverständlich, darf davon nur abgewichen werden, wenn ein triftiger Grund für die Annahme besteht, der Wortlaut ziele am «wahren Sinn» der Regelung vorbei. Anlass für eine solche Annahme können die Entstehungsgeschichte der Bestimmung (historisches Element), ihr Zweck (teleologisches Element) oder der Zusammenhang mit anderen Vorschriften (systematisches Element) geben (BGE 143 II 646 E. 3.3.6, 142 I 135 E. 1.1.1; Urteil des BVGer A-3285/2017 vom 21. Juni 2018 E. 2.6.1).

#### **E. 3.1**

Der verfassungsrechtliche Anspruch auf rechtliches Gehör im Sinne von Art. 29 Abs. 2 BV verleiht dem Betroffenen insbesondere das Recht, vor Erlass eines in seine Rechtsstellung eingreifenden Entscheids Einsicht in die Akten zu nehmen (BGE 133 I 270 E. 3.1, 132 V 368 E. 3.1; vgl. zum Akteneinsichtsrecht auch Art. 26 ff. VwVG). Das Einsichtsrecht erstreckt sich auf alle Unterlagen und Aktenstücke, welche zur jeweiligen Sache gehören (vgl. Art. 26 Abs. 1 VwVG, wonach die Partei oder ihr Vertreter Anspruch darauf hat, «in ihrer Sache» namentlich alle als Beweismittel dienenden Aktenstücke einzusehen. Siehe dazu Bernhard Waldmann/Magnus Oeschger, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], a.a.O., Art. 26 N. 59). Voraussetzung ist, dass es sich um verfahrensbezogene Akten handelt, welche geeignet sind, Grundlage des zu fällenden Entscheids zu bilden (Urteil des BGer 2C\_63/2011 vom 20. Oktober 2011 E. 3.2.4).

### **E. 3.2**

Die Wahrnehmung des Akteneinsichtsrechts durch den von einer Verfügung Betroffenen setzt eine Aktenführungspflicht der Verwaltung voraus. Die Behörden haben alles in den Akten festzuhalten, was zur Sache gehört und entscheidungswesentlich sein kann. Daraus resultiert die Pflicht, Abklärungen, Befragungen, Zeugeneinvernahmen und Verhandlungen zu protokollieren, diese zu den Akten zu nehmen und aufzubewahren (BGE 130 II 473 E. 4.2; BVGE 2011/37 E. 5.4.1). Diese Aktenführungspflicht ergibt sich nicht nur aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör (vgl. BVGE 2011/37 E. 5.4.1), sondern auch aus der Untersuchungsmaxime, wonach die Behörde den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen hat (vgl. BGE 138 V 218 E. 8.1). Die Aktenführung hat geordnet, übersichtlich und vollständig zu sein und es muss ersichtlich sein, wer sie durchgeführt hat und wie das Dossier zustande gekommen ist (vgl. BVGE 2011/37 E. 5.4.1).

### **E. 3.3**

Der Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt sodann als persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht, dass die Behörde die Vorbringen der Parteien tatsächlich hört, prüft und in ihrer Entscheidungsfindung berücksichtigt. Damit hängt die Pflicht der Behörde zusammen, ihre Verfügung zu begründen, da sich meist nur anhand der Verfügungsbegründung feststellen lässt, ob die Behörde ihrer Prüfungs- und Berücksichtigungspflicht nachgekommen ist (vgl. Art. 35 Abs. 1 VwVG; BGE 135 V 65 E. 2.4; Urteil des BGer 2A.377/2000 vom 13. Februar 2001 E. 2b/bb). Die aus dem Gehörsanspruch fliessende Begründungspflicht erfordert es indessen nicht, dass sich die Behörde ausdrücklich mit jeder tatbestandlichen Behauptung und jedem rechtlichen Einwand auseinandersetzt. Vielmehr kann sich die Behörde auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte bzw. auf jene Aspekte beschränken, die von ihr ohne Willkür als wesentlich betrachtet werden (vgl. BGE 136 I 184 E. 2.2.1; Urteil des BVer A-7149/2016 vom 14. Februar 2018 E. 1.8.1).

### **E. 3.4**

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur. Dies bedeutet, dass eine Verletzung desselben grundsätzlich zur Aufhebung des Entscheids führt. Eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs kann aber ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt als auch die Rechtslage frei prüfen kann. Unter dieser Voraussetzung ist darüber hinaus - im Sinne einer Heilung des Mangels - selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (statt vieler: BGE 137 I 195 E. 2.3.2, 133 I 201 E. 2.2; Urteil des BVer A-4061/2016 vom 3. Mai 2017 E. 2.2). Bei Verstössen gegen die Begründungspflicht wird der Mangel namentlich dann als behoben erachtet, wenn die Rechtsmittelbehörde über umfassende Kognition verfügt und sie eine hinreichende Begründung liefert (Urteile des BVer A-5741/2017 und A-5742/2017 vom 29. Juni 2018 E. 4.2, A-1617/2016 vom 6. Februar 2017 E. 2.3.4).

### **E. 4.1**

Im vorliegenden Fall rügt die Beschwerdeführerin insbesondere, ihr sei im vorinstanzlichen Verfahren in Missachtung ihres Akteneinsichtsrechts nur selektiv Einsicht in die bei der BVSA vorhandenen Akten gewährt worden und diese Behörde habe die Aktenführungspflicht verletzt. Die Beschwerdeführerin macht in diesem Zusammenhang sinngemäss geltend, das von der BVSA beim Bundesverwaltungsgericht eingereichte Dossier, das im Wesentlichen dem von ihr schon eingesehenen Aktenbestand entspreche, sei unvollständig und entspreche nicht den sich aus der Aktenführungspflicht ergebenden Anforderungen. Die Aktenführung hat - wie erwähnt (E. 3.2) - in dem Sinne vollständig zu sein, als die Behörde alles, was zur Sache gehört und entscheidungswesentlich sein kann, in den Akten festzuhalten bzw. ins Dossier aufzunehmen hat. Es ist daher zu prüfen, ob vorliegend dieser Vorgabe entsprochen wurde. Hierzu zu würdigen sind im Folgenden insbesondere die einzelnen Vorbringen, mit welchen die Beschwerdeführerin ihre Behauptung der Unvollständigkeit der von der BVSA vorgelegten Akten zu stützen sucht.

#### **E. 4.2.1**

Nach Ansicht der Beschwerdeführerin spricht für die Unvollständigkeit des ihr seitens der Vorinstanz zur Einsicht gegebenen und dem Bundesverwaltungsgericht vorliegenden Dossiers, dass ihr im vorinstanzlichen Verfahren fast ausnahmslos Kopien vorgelegt worden seien. Letzterer Umstand begründe den dringenden Verdacht, dass die Vorinstanz die Akten in Hinblick auf die Einsichtnahme durch den Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin «präpariert» und ihr auf diese Weise bestimmte Dokumente vorenthalten habe (Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 15. Februar 2018, S. 15). In diesem Punkt kann der Beschwerdeführerin aber nicht gefolgt werden. Das Vorlegen von Kopien lässt nämlich - jedenfalls für sich allein betrachtet - nicht darauf schliessen, dass es sich bei den der Beschwerdeführerin zur Einsicht gegebenen Akten nur um eine eigens zu diesem Zweck getroffene Auswahl der zur Sache gehörenden und möglicherweise entscheidungswesentlichen Dokumente gehandelt hat.

#### **E. 4.2.2**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass sich folgende Dokumente nachgewiesenermassen sowie zu Unrecht nicht in den ihr im Verfahren vor der BVSA vorgelegten Akten befunden hätten und ein Teil dieser Dokumente nach wie vor nicht vorliege (vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 15. Februar 2018, S. 15 f.): a) eine vom Bundesverwaltungsgericht im Verfahren A-3821/2016 superprovisorisch erlassene Verfügung vom 20. Juni 2016, b) ein beim Bundesverwaltungsgericht im Verfahren A-3821/2017 gestelltes Fristerstreckungsgesuch vom 3. August 2016 sowie eine diesbezüglich in diesem Verfahren erlassene Verfügung vom 4. August 2016, c) eine vom Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin bei der BVSA eingereichte Eingabe vom 22. Dezember 2016 betreffend Rechtsgeschäfte mit Nahestehenden, und d) zwei Schreiben der M.\_\_\_\_\_ AG vom 30. Juni 2016. Aus den von der BVSA vorgelegten Aktenverzeichnissen ist zu schliessen, dass die hiervor unter Bst. a-c genannten Unterlagen der Beschwerdeführerin im Rahmen der Gewährung der Akteneinsicht im vorinstanzlichen Verfahren tatsächlich nicht zur Verfügung gestellt wurden. Hierin kann aber keine relevante Gehörsverletzung erblickt werden, da die Beschwerdeführerin um die Existenz dieser (zum Teil von ihr selbst erstellten) Dokumente wusste und es ihr damit unbenommen gewesen wäre, von der BVSA diesbezügliche Akteneinsicht zu fordern (Letzteres hat die Beschwerdeführerin soweit ersichtlich nicht getan). Auch die zwei Schreiben der M.\_\_\_\_\_ AG vom 30. Juni 2016 wurden der Beschwerdeführerin im vorinstanzlichen

Verfahren (soweit ersichtlich) nicht als Bestandteil der Akten präsentiert. Hätte die Vorinstanz damit das Akteneinsichtsrecht der Beschwerdeführerin verletzt, wäre die entsprechende Gehörsverletzung aber im vorliegenden Beschwerdeverfahren geheilt worden. Die beiden Schreiben wurden nämlich der Beschwerdeführerin mit Instruktionsverfügung vom 2. Februar 2018 übermittelt. Zudem hatte die Beschwerdeführerin Gelegenheit, dazu vor dem Bundesverwaltungsgericht, das den Sachverhalt und die Rechtslage frei prüfen kann (vgl. E. 2.1), Stellung zu nehmen (vgl. zur Heilung von Gehörsverletzungen E. 3.4).

#### **E. 4.2.3**

Die Beschwerdeführerin macht auch geltend, sie habe zu Unrecht keine Einsicht in eine gegen ihr ehemaliges Stiftungsratsmitglied und ihren ehemaligen Vorsitzenden der Geschäftsleitung, N.\_\_\_\_\_, bei der Staatsanwaltschaft Q.\_\_\_\_\_ erstattete Strafanzeige der BVSA vom 16. September 2016 erhalten. Die Vorinstanz stellt sich in ihrer Stellungnahme vom 2. März 2018 auf den Standpunkt, es bestehe in Bezug auf die erwähnte Strafanzeige ein die Verweigerung der Akteneinsichtsgewährung rechtfertigendes Interesse an der noch laufenden Strafuntersuchung. Sowohl die Beschwerdeführerin als auch die Vorinstanz verkennen jedoch, dass sich die Strafanzeige vom 16. September 2016 unter den seitens der BVSA eingereichten Aktenstücken befindet (vgl. Akten Vorinstanz, act. GM 41). Diese Strafanzeige ist auch auf dem elektronischen Datenträger abgespeichert, welcher nach Darstellung der Beschwerdeführerin sämtliche ihr am 31. Oktober 2017 zur Einsicht vorgelegten Akten enthält (vgl. dazu Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 15. Februar 2018, S. 14, sowie act. GM 41 in Beilage 48 zu dieser Stellungnahme). Es lässt sich daher nicht mit Recht behaupten, das Akteneinsichtsrecht der Beschwerdeführerin sei verletzt worden, indem ihr die Strafanzeige gegen N.\_\_\_\_\_ vorenthalten worden sei.

#### **E. 4.2.4**

Die Beschwerdeführerin rügt sodann, ihre zwei mit Eingangsstempeln der BVSA vom 2. und 3. Mai 2016 versehenen, undatierten Schreiben an die Vorinstanz betreffend das Vorsorgewerk P.\_\_\_\_\_ seien in Verletzung der Aktenführungspflicht nicht in die «Dossiers zum betreffenden Sachgebiet» aufgenommen worden (vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 15. Februar 2018, S. 17). Mit diesem Vorbringen stösst die Beschwerdeführerin ins Leere. Die beiden genannten Schreiben sind unter der Nummer GM 93 im Dossier der Vorinstanz abgelegt, weshalb in diesem Punkt nicht von einer unvollständigen Aktenführung ausgegangen werden kann. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin war die BVSA zur Wahrung der Aktenführungspflicht nicht gehalten, die beiden Schreiben mehrfach im Dossier - insbesondere auch im Ordner zum Vorsorgewerk P.\_\_\_\_\_ (vgl. Akten Vorinstanz, act. VI 1 ff.) - aufzunehmen.

#### **E. 4.2.5**

Die Beschwerdeführerin legt sodann ein an ihre ehemalige Revisionsstelle, die O.\_\_\_\_\_ AG, gerichtetes Schreiben der Eidgenössischen Revisionsaufsichtsbehörde (RAB) vom 25. April 2017 ins Recht. In diesem Schreiben erklärt die RAB unter anderem, sie sei darauf hingewiesen worden, dass die O.\_\_\_\_\_ AG bei der Prüfung der Jahresrechnungen 2012-2015 der Beschwerdeführerin womöglich gegen berufsrechtliche Sorgfaltspflichten verstossen habe (Beilage 52 zur Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 15. Februar 2018). Die Beschwerdeführerin geht davon aus, dass der entsprechende Hinweis von der Vorinstanz stammt und dazu ein Schreiben dieser Behörde an die RAB existieren müsse.

Sie rügt, die Vorinstanz habe die Aktenführungspflicht verletzt, indem sie dieses Schreiben nicht ins vorliegende Dossier aufgenommen habe. Eine allfällige Anzeige der Vorinstanz an die RAB betreffend die O.\_\_\_\_\_ AG betrifft ein vom vorliegenden aufsichtsrechtlichen Verfahren unabhängiges Verfahren. Ein entsprechendes Schreiben gehört folglich nicht zu den verfahrensbezogenen Akten, welche die Beschwerdeführerin «in ihrer Sache» einsehen können muss. Die BVSA hat dementsprechend die Aktenführungspflicht und das Akteneinsichtsrecht selbst dann, wenn sie die RAB schriftlich auf eine mögliche Missachtung von Sorgfaltspflichten durch die O.\_\_\_\_\_ AG hingewiesen haben sollte, nicht missachtet.

#### **E. 4.2.6**

Die Vorinstanz stützte sich bei Erlass der angefochtenen Verfügung massgeblich auf einen Untersuchungsbericht von F.\_\_\_\_\_ vom 18. September 2017 (nachfolgend auch: Untersuchungsbericht F.\_\_\_\_\_). Dabei hat sie beim Bundesverwaltungsgericht zwar diesen Bericht sowie einen Entwurf dieses Berichtes vom 15. September 2017, soweit ersichtlich aber nicht die rund 150 Beilagen zu diesem Bericht eingereicht (vgl. Akten Vorinstanz, act. GM 97 und GM 101). Diese Beilagen hat die Beschwerdeführerin aber im vorinstanzlichen Verfahren erhalten. Auch sind sie auf dem von der Beschwerdeführerin dem Bundesverwaltungsgericht übermittelten elektronischen Datenträger gespeichert (vgl. den Ordner BVSA-GM101 in Beilage 48 zur Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 15. Februar 2018). In diesem Punkt lässt sich somit weder eine Verletzung der Aktenführungspflicht noch eine Missachtung des Akteneinsichtsrechts ausmachen.

#### **E. 4.2.7**

In der Eingabe vom 15. Februar 2018 wird geltend gemacht, die BVSA habe bereits vor dem 13. Mai 2015 bzw. früher als in den vorliegenden Akten vermerkt von einer Übernahme des Vorsorgewerkes P.\_\_\_\_\_ durch die Beschwerdeführerin Kenntnis erlangt oder erlangen müssen. Indem die Vorinstanz diese Kenntnis nicht in geeigneter Weise dokumentiert habe, sei sie ihrer Aktenführungspflicht nicht nachgekommen (vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 15. Februar 2018, S. 17 f.). Wie die Beschwerdeführerin zutreffend festhält, reichen die im Unterdossier mit der Bezeichnung «Vorsorgewerk P.\_\_\_\_\_» abgelegten Dokumente nicht weiter als bis zum 13. Mai 2015 zurück (vgl. Akten Vorinstanz, act. VI 1). Da im ältesten, auf diesen Zeitpunkt datierenden Dokument dieses Unterdossiers behauptet wird, dass die BVSA früher einmal auf Nachfrage hin die Notwendigkeit einer aufsichtsrechtlichen Genehmigung des Übernahmevertrages verneint habe, erscheint es durchaus möglich, dass schon früher bei der Vorinstanz vorhanden gewesene Dokumente zur genannten Übernahme nicht in dieses Unterdossier aufgenommen wurden und/oder seinerzeit bei der Vorinstanz rechtserhebliche Vorgänge betreffend diese Übernahme nicht dokumentiert wurden (vgl. Akten Vorinstanz, act. VI 1; siehe auch Beilage 55 zur Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 15. Februar 2018, S. 2 und 27. Keine Rolle spielt dabei, dass das aufsichtsrechtliche Verfahren gegen die Beschwerdeführerin erst später, nämlich durch das «Gesuch um Aufsichtsmaßnahmen» der B.\_\_\_\_\_ AG vom 25. April 2016 ausgelöst wurde). Selbst wenn aber angenommen würde, dass die BVSA die Aktenführungspflicht im Zusammenhang mit Vorgängen rund um die Übernahme des Vorsorgewerkes P.\_\_\_\_\_ in der behaupteten Art und Weise verletzt hat, liesse sich daraus im Ergebnis nichts zugunsten der Beschwerdeführerin ableiten. Zu berücksichtigen ist nämlich zum einen, dass mit den der Beschwerdeführerin zur Kenntnis gebrachten Beilagen 107-140 zum

Untersuchungsbericht von F. \_\_\_\_\_ vom 18. September 2018 eine ganze Reihe von Dokumenten vorliegt, welche nach der (sinngemäss geäusserten) Ansicht der Vorinstanz den der Beschwerdeführerin zur Last gelegten Vorwurf eines Verstosses gegen Governance-Regeln im Zusammenhang mit der Übernahme des Vorsorgewerkes P. \_\_\_\_\_ begründen sollen (vgl. allgemein zu den Beilagen dieses Berichtes hiervor E. 4.2.6). Zum anderen fällt ins Gewicht, dass nicht einmal ansatzweise ersichtlich ist, inwiefern die Beurteilung der angefochtenen Verfügung anders ausfallen sollte, wenn tatsächlich Belege dafür existieren sollten, dass die BVSA vor dem 13. Mai 2015 von der Übernahme dieses Vorsorgewerkes wusste oder hätte wissen müssen. Unter diesen Umständen liefe es auf einen formalistischen Leerlauf hinaus und widerspräche es dem Interesse der Beschwerdeführerin an einer beförderlichen Erledigung der Angelegenheit, die Sache wegen Gehörsverletzung an die Vorinstanz zurückzuweisen, und ist praxisgemäss von einer solchen Rückweisung abzusehen (vgl. E. 3.4).

#### **E. 4.2.8**

Nach Ansicht der Beschwerdeführerin ist davon auszugehen, dass im vorliegenden Dossier auch Dokumente zu Kontakten zwischen der B. \_\_\_\_\_ AG und der Vorinstanz fehlen. Zur Untermauerung dieser Ansicht beruft sich die Beschwerdeführerin zum einen auf zwei E-Mails vom 22. und 23. Juni 2016, welchen zu entnehmen ist, dass R. \_\_\_\_\_, der damalige Verwaltungsratspräsident und Geschäftsführer der B. \_\_\_\_\_ AG, ein Telefonat mit der Vorinstanz ankündigte (Beilage 55 zur Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 15. Februar 2018). Zum anderen sucht die Beschwerdeführerin aus angeblichen Kontakten zwischen der B. \_\_\_\_\_ AG und F. \_\_\_\_\_ abzuleiten, dass in den vorliegenden Akten zu Unrecht nicht dokumentierte Kontakte zwischen der B. \_\_\_\_\_ AG sowie der Vorinstanz bestanden haben müssen. Zwar hat die B. \_\_\_\_\_ AG mit Schreiben an die BVSA vom 24. Oktober 2016 ausdrücklich auf eine Parteistellung im aufsichtsrechtlichen Verfahren verzichtet (Akten Vorinstanz, act. GM 48), was dafür spricht, dass ab diesem Zeitpunkt keine Kontakte der von der Beschwerdeführerin behaupteten Art bestanden. Indessen hat die B. \_\_\_\_\_ AG mit Schreiben vom 25. Oktober 2016 der Vorinstanz eine Honorarrechnung zugestellt, welche gemäss diesem Schreiben Anwaltskosten für das «Gesuch um Aufsichtsmaßnahmen» und das von der BVSA eingeleitete aufsichtsrechtliche Verfahren betrifft (Akten Vorinstanz, act. GM 49). Der Umstand, dass somit anscheinend auch nach Einreichung dieses Gesuches bei der B. \_\_\_\_\_ AG Aufwand im Zusammenhang mit dem aufsichtsrechtlichen Verfahren angefallen ist, spricht dafür, dass in der Tat nicht in den vorliegenden Akten dokumentierte Kontakte dieser Gesellschaft zur BVSA bestanden. Freilich ist weder substantiiert dargetan noch aus den Akten ersichtlich, dass im Rahmen dieser Kontakte Informationen an die Vorinstanz geflossen sein könnten, welche geeignet sind, eine Grundlage des Entscheids in der vorliegenden Angelegenheit (im vorinstanzlichen Verfahren und im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht) zu bilden. Aus diesem Grund kann keine Rede davon sein, dass die Vorinstanz die Aktenführungspflicht und/oder das Akteneinsichtsrecht der Beschwerdeführerin verletzt hat, indem sie diese Dokumente und Angaben zu Kontakten zur B. \_\_\_\_\_ AG vorenthielt.

#### **E. 4.2.9**

In Bezug auf das «Dossier Sachwalter/Beauftragter» macht die Beschwerdeführerin im Wesentlichen geltend, es würden ohne ersichtlichen Grund Berichte von F. \_\_\_\_\_ an die Vorinstanz für die Monate Juni sowie Juli 2017 fehlen. Ferner erklärt die

Beschwerdeführerin, das Vorliegen eines Entwurfes des Untersuchungsberichtes von F. \_\_\_\_\_ und weitere Umstände (wie ein E-Mail vom 21. Dezember 2017 sowie eine vorliegende Honorarrechnung) würden auf «informelle», in den Akten zu Unrecht nicht näher dokumentierte Kontakte dieses Anwalts zur Vorinstanz hindeuten; auch sei - namentlich aufgrund von Aussagen, welche der Anwalt dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin gegenüber gemacht habe - nicht auszuschliessen, dass die Vorinstanz auf den Inhalt der endgültigen Fassung des Untersuchungsberichtes Einfluss genommen habe (vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 15. Februar 2018, S. 19 ff.). Es ist weder hinreichend substantiiert dargetan noch aus den Akten ersichtlich, dass vorliegend seitens der BVSA einzelne Aktenstücke weggelassen worden wären oder eine Protokollierung von relevanten Gesprächen mit F. \_\_\_\_\_ unterlassen worden wäre. Auch fehlt es an genügenden Anhaltspunkten für die Annahme, dass die Vorinstanz F. \_\_\_\_\_ das Ergebnis der von ihm geführten Untersuchung vorbestimmende Vorgaben machte. Der Grundlage der angefochtenen Verfügung bildende (Schluss-)Bericht von F. \_\_\_\_\_ ist zudem samt Beilagen vorhanden (vgl. E. 4.2.6). Es muss davon ausgegangen werden, dass in diesen Bericht sämtliche von diesem Anwalt - auch in den Monaten Juni sowie Juli 2017 - zum vorliegenden Fall erlangten Erkenntnisse miteingeflossen sind. Eine Verletzung der Aktenführungspflicht und/oder des Akteneinsichtsrechts der Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit Kontakten zwischen der BVSA und F. \_\_\_\_\_ lässt sich vor diesem Hintergrund nicht ausmachen.

#### **E. 4.3**

Wie gesehen, besteht vorliegend kein Anlass, mit Blick auf die Aktenführungspflicht oder das Akteneinsichtsrecht den angefochtenen Entscheid aufzuheben.

#### **E. 5**

Die Beschwerdeführerin macht mit ausführlicher Begründung auch geltend, die Vorinstanz habe ihre Begründungspflicht verletzt, indem sie sich in der angefochtenen Verfügung nicht mit einer Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 11. Dezember 2017 und den dazu eingereichten Beilagen auseinandergesetzt habe. Es kann hier offen gelassen werden, ob die BVSA bei ihrer Entscheidungsfindung bzw. in der Begründung der angefochtenen Verfügung die Vorbringen der Beschwerdeführerin in der erwähnten Stellungnahme vom 11. Dezember 2017 sowie die dazu vorgelegten Beilagen in einer dem Gehörsanspruch genügenden Art und Weise berücksichtigt hat oder nicht (vgl. zur Berücksichtigungspflicht E. 3.3). Denn eine entsprechende allfällige Gehörsverletzung in Form der Verletzung der Begründungspflicht müsste jedenfalls durch die vorliegende Urteilsbegründung als geheilt gelten, zumal das Bundesverwaltungsgericht Sachverhalt und Rechtslage frei überprüfen kann (vgl. E. 2.1 und 3.4).

#### **E. 6**

Zudem rügt die Beschwerdeführerin, die BVSA habe in Verletzung des Gehörsanspruches in der angefochtenen Verfügung auf einen Management Letter vom 6. Oktober/15. November 2017 und ein E-Mail von F. \_\_\_\_\_ vom 21. Dezember 2017 abgestellt. Diese Dokumente seien erst beizogen worden, nachdem der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 11. Oktober 2017 ein Entwurf der Verfügung zur freigestellten Stellungnahme zugestellt worden sei. Deshalb und weil dieser Aktenbeizug nicht erkennbar in Hinblick auf den Erlass der Verfügung erfolgt sei, sei es der Beschwerdeführerin verwehrt gewesen, sich (vorgängig) dazu zu äussern. Mit anderen Worten habe die Vorinstanz durch eine

nachträgliche Einführung neuer Entscheidungsgrundlagen das rechtliche Gehör verletzt. Auch eine allfällige Gehörsverletzung, wie sie die Beschwerdeführerin unter Hinweis auf den Management Letter vom 6. Oktober/15. November 2017 und das E-Mail von F. \_\_\_\_\_ vom 21. Dezember 2017 geltend macht, wäre im vorliegenden Beschwerdeverfahren als geheilt zu betrachten, hatte die Beschwerdeführerin doch vor dem Bundesverwaltungsgericht Gelegenheit, zu diesen Dokumenten Stellung zu nehmen (vgl. zu den Heilungsvoraussetzungen vorn E. 3.4).

### **E. 7.1**

Die Aufsichtsbehörde BVG hat 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 das Vorsorgevermögen zweckgemäss verwendet wird (Art. 62 Abs. 1 BVG). Sie ist gemäss Art. 62 Abs. 1 Bst. d BVG befugt, Massnahmen zur Behebung von Mängeln zu treffen. Hierzu stehen ihr insbesondere repressive Aufsichtsmittel zur Verfügung. Mittels des repressiven Handelns soll der rechtmässige Zustand wieder hergestellt werden. Als repressive Aufsichtsmittel in Frage kommen unter anderem (i) die Mahnung pflichtvergessener Organe, (ii) das Erteilen von Weisungen oder Auflagen, soweit die Vorsorgeeinrichtung keinen Ermessensspielraum hat, oder (iii) die Aufhebung und Änderung von Entscheiden oder Erlassen der Stiftungsorgane, wenn und soweit diese gesetzes- oder urkundenwidrig sind, (iv) die Abberufung und Neueinsetzung von Stiftungsorganen und Liquidatoren, sowie (v) die Ersatzvornahme durch Dritte auf Kosten der Stiftung oder die Einsetzung eines Beistandes oder eines interimistischen Stiftungsrates unter gleichzeitiger Enthebung des ordentlichen Stiftungsrates (Urteil des BVGer C-6709/2007 vom 23. Oktober 2009 E. 4.1; JÜRIG BRÜHWILER, Obligatorische berufliche Vorsorge, in: Ulrich Meyer [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, 2. Aufl. 2007, S. 2020 N. 52; CHRISTINA RUGGLI, Die behördliche Aufsicht über Vorsorgeeinrichtungen, 1992, S. 111 ff.; ISABELLE VETTER-SCHREIBER, Staatliche Haftung bei mangelhafter BVG-Aufsichtstätigkeit, 1996, S. 63 ff.). Die Aufzählung ist nicht abschliessend (Urteil des BVGer A-1696/2015 vom 27. April 2016 E. 2.3.2). 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 (CARL HELBLING, Personalvorsorge und BVG, 8. Aufl. 2006, S. 667; VETTER-SCHREIBER, a.a.O., S. 33 f.). Dabei hat die Aufsichtsbehörde zu beachten, dass der Vorsorgeeinrichtung ein Ermessen zusteht. Sie hat nur bei 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 (Urteile des BVGer A-6188/2014 vom 26. September 2016 E. 2.1.2, C-6253/2014 vom 4. Februar 2016 E. 4.2, C-4279/2012 vom 21. August 2014 E. 5.2).

### **E. 7.2**

Das Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 2 BV) verlangt, dass die von der Aufsichtsbehörde angeordneten Massnahmen zur Behebung von Mängeln für das Erreichen des im öffentlichen oder privaten Interesse liegenden Zieles geeignet und erforderlich ist. Erforderlich ist eine Massnahme dann, wenn das Ziel nicht mit einem weniger schweren Eingriff erreicht werden kann. Die Massnahme muss sich zudem für die Betroffenen als

zumutbar erweisen; es muss mit anderen Worten eine vernünftige Zweck-Mittel-Relation vorliegen (BGE 132 I 49 E. 7.2; Urteil des BVGer A-5766/2016 vom 20. Februar 2017 E. 4.3). Da es sich bei einer Abberufung des Stiftungsrates aus seiner Funktion um einen gravierenden Eingriff handelt, ist bei einer solchen Massnahme besonders sorgfältig zu prüfen, ob sich diese Massnahme mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit vereinbaren lässt (vgl. Urteil des BVGer A-1696/2015 vom 27. April 2016 E. 4.1).

### **E. 8.1**

Mit der sog. Strukturreform wurden die am 1. August 2011 in Kraft getretenen Vorschriften von Art. 51b BVG über die Integrität und Loyalität und Art. 51c BVG über Rechtsgeschäfte mit Nahestehenden ins BVG aufgenommen (vgl. AS 2011 3393). Die beiden Gesetzesbestimmungen sind auf Verordnungsstufe - namentlich gestützt auf den ebenfalls per 1. August 2011 revidierten Art. 53a BVG (betreffend Ausführungsbestimmungen) - konkretisiert worden, und zwar mit einem eigenen Abschnitt (Art. 48f-48l der Verordnung vom 18. April 1984 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge [BVV 2, SR 831.441.1]) mit dem Titel «Integrität und Loyalität der Verantwortlichen» (vgl. zum Ganzen Hans-Ulrich Stauffer, Berufliche Vorsorge, 2. Aufl. 2012 [nachfolgend: Stauffer, Berufliche Vorsorge], N. 1620 ff.; ders., BVG-Revision - Pensionskassen-Governance gestärkt, HAVE 2012 S. 329 ff., mit weiteren Hinweisen).

#### **E. 8.2.1**

Nach Art. 51b Abs. 1 BVG müssen «die mit der Geschäftsführung oder Verwaltung der Vorsorgeeinrichtung oder mit der Vermögensverwaltung betrauten Personen» einen guten Ruf geniessen sowie Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten. Gemäss Art. 51b Abs. 2 BVG trifft diese Personen die treuhänderische Sorgfaltspflicht und haben sie in ihrer Tätigkeit die Interessen der Versicherten der Vorsorgeeinrichtung zu wahren (Satz 1). Zu diesem Zweck müssen sie dafür Sorge tragen, dass aufgrund ihrer persönlichen sowie geschäftlichen Verhältnisse kein Interessenkonflikt entsteht (Satz 2).

#### **E. 8.2.2**

Nach Art. 48f Abs. 4 BVV 2 dürfen nur folgende Personen und Institutionen mit der externen Vermögensverwaltung betraut werden: «a. registrierte Vorsorgeeinrichtungen nach Artikel 48 BVG; b. Anlagestiftungen nach Artikel 53g BVG; c. öffentlich-rechtliche Versicherungseinrichtungen nach Artikel 67 Absatz 1 BVG; d. Banken nach dem Bankengesetz vom 8. November 1934 [Bankengesetz, BankG; SR 952.0]; e. Effektenhändler nach dem Börsengesetz vom 24. März 1995 [Börsengesetz, BEHG; SR 954.1]; f. Fondsleitungen, Vermögensverwalterinnen und -verwalter kollektiver Kapitalanlagen nach dem Kollektivanlagengesetz vom 23. Juni 2006 [Kollektivanlagegesetz, KAG; SR 951.31]; g. Versicherungsunternehmen nach dem Versicherungsaufsichtsgesetz vom 17. Dezember 2004 [Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG; SR 961.01]; h. im Ausland tätige Finanzintermediäre, die der Aufsicht einer ausländischen Aufsichtsbehörde unterstehen.» Gemäss Art. 48f Abs. 5 BVV 2 kann die OBERAUFSICHTSKOMMISSION (Oberaufsichtskommission Berufliche Vorsorge, nachfolgend: OAK) unter bestimmten (hier nicht interessierenden) Voraussetzungen andere Personen oder Institutionen auf Gesuch hin für die Vermögensverwaltung als befähigt erklären.

#### **E. 8.3.1**

Art. 51c Abs. 1 BVG hält fest, dass die von Vorsorgeeinrichtungen abgeschlossenen Rechtsgeschäfte marktüblichen Bedingungen entsprechen müssen. Diese Vorschrift betrifft

namentlich Rechtsgeschäfte mit nahestehenden Personen, d.h. Rechtsgeschäfte der Vorsorgeeinrichtung mit natürlichen oder juristischen Personen, welche Mitgliedern des obersten Organs, angeschlossenen Arbeitgebern oder natürlichen oder juristischen Personen, die mit der Geschäftsführung oder der Vermögensverwaltung betraut sind, nahestehen (vgl. zum Begriff des Rechtsgeschäfts mit nahestehenden Personen Art. 51c Abs. 2 BVG). Als nahestehend gelten dabei (soweit hier interessierend) insbesondere juristische Personen, an welchen eine wirtschaftliche Berechtigung besteht (vgl. Art. 48l Abs. 2 BVV 2). Bei bedeutenden Rechtsgeschäften mit nahestehenden Personen sind nach Art. 48i Abs. 1 BVV 2 Konkurrenzofferten einzufordern und muss über die Vergabe vollständige Transparenz herrschen. Dies soll verhindern, dass nahestehende Personen marktunübliche Vorteile erzielen können (vgl. Stauffer, Berufliche Vorsorge, N. 1624).

### **E. 8.3.2**

Nach Art. 51c Abs. 2 BVG sind (soweit hier interessierend) Rechtsgeschäfte der Vorsorgeeinrichtung mit nahestehenden Personen bei der jährlichen Prüfung der Jahresrechnung gegenüber der Revisionsstelle offenzulegen. Die Revisionsstelle prüft nach Art. 51c Abs. 3 BVG, ob bei den offen gelegten Rechtsgeschäften die Interessen der Vorsorgeeinrichtung gewahrt sind.

### **E. 8.3.3**

Zum Erfordernis der Marktüblichkeit der Vertragskonditionen bei Rechtsgeschäften der Vorsorgeeinrichtung und zur erwähnten Offenlegungspflicht wird in der Botschaft des Bundesrates vom 15. Juni 2007 zur Änderung des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (Strukturreform) insbesondere Folgendes festgehalten (BBl 2007, 5669 ff., 5697; vgl. dazu auch Urteil des BVGer C-7584/2014 vom 30. Juni 2017 E. 6.2): Gemäss [Artikel 51c] Absatz 1 [BVG] sollen Rechtsgeschäfte der Vorsorgeeinrichtungen verhindert werden, welche zu ungünstigen Konditionen abgeschlossen werden, d.h. der Vorsorgeeinrichtung dadurch potentiell Schaden entstehen kann. Ein generelles Verbot von gewissen, als heikel einzustufenden Geschäften mit Nahestehenden erweist sich jedoch als nicht durchführbar, da keine genügend präzisen Tatbestände gefunden werden können. Oftmals kann bei zwei praktisch identischen Konstellationen der eine Fall absolut erwünscht sein und der andere Fall verpönt sein. [...] Somit muss der Tatbestand der als heikel eingestufteten Rechtsgeschäfte relativ offen formuliert werden und eine Prüfung für den konkreten Einzelfall vorgesehen werden. Diese Prüfung erfolgt durch die Revisionsstelle. [...] Aus diesen Gründen werden gemäss [Artikel 51c] Absatz 2 [BVG] Rechtsgeschäfte mit [nahestehenden Personen] [...] bei der Vorlage der Jahresrechnung der Revisionsstelle vorgelegt werden, welche sodann von Fall zu Fall die Ausgewogenheit des Vertragsverhältnisses zu prüfen hat.»

### **E. 8.3.4**

Art. 48l Abs. 1 BVV 2 schreibt vor, dass mit der Geschäftsführung oder Vermögensverwaltung betraute Personen und Institutionen jährlich gegenüber dem obersten Organ ihre Interessenverbindungen offenlegen müssen (Satz 1). Zu den offenzulegenden Interessenverbindungen zählen namentlich wirtschaftliche Berechtigungen an Unternehmen, welche in einer Geschäftsbeziehung zur Einrichtung stehen (Satz 2). Die Offenlegung hat beim obersten Organ gegenüber der Revisionsstelle zu erfolgen (Satz 3).

### **E. 8.4**

Gemäss Art. 51 Abs. 1 BVG haben Arbeitnehmer und Arbeitgeber das Recht, die gleiche Zahl von Vertretern in das oberste Organ der Vorsorgeeinrichtung zu entsenden (paritätische Verwaltung).

### **E. 9**

Im vorliegenden Fall zu klären ist vorab, ob die Vorinstanz zu Recht davon ausgeht, dass bei der Beschwerdeführerin Rechtsverletzungen begangen wurden, welche zum in Frage stehenden aufsichtsrechtlichen Einschreiten Anlass geben.

### **E. 10**

Zu prüfen ist namentlich der im Raum stehende Vorwurf, die Beschwerdeführerin habe die Vorschriften zu Rechtsgeschäften mit nahestehenden Personen nicht beachtet.

#### **E. 10.1**

Die Beschwerdeführerin hat zahlreiche Verträge abgeschlossen, so namentlich a) fünf Verträge mit der S.\_\_\_\_\_ GmbH vom 19. Dezember 2013, 31. Januar 2013, 10. Februar 2014, 2. Juni 2014 und 8. Dezember 2014 im Zusammenhang mit dem Erwerb von Liegenschaften in V.\_\_\_\_\_ und W.\_\_\_\_\_ (vgl. Beilagen 1-3, 8 und 33 zum Untersuchungsbericht F.\_\_\_\_\_), b)einen mit der U.\_\_\_\_\_ AG und einer weiteren Verkäuferin abgeschlossenen Kaufvertrag vom 29. Februar 2016 betreffend eine Liegenschaft in T.\_\_\_\_\_ (Beilage 37 zum Untersuchungsbericht F.\_\_\_\_\_), c) einen Beratungs-/Vertriebsvertrag vom 3. September 2015 mit der X.\_\_\_\_\_ vom 3. September 2015 (Beilage 38 zum Untersuchungsbericht F.\_\_\_\_\_), d)einen Liegenschaftsverwaltungsvertrag mit der Y.\_\_\_\_\_ AG vom 17. März 2014 (Beilage 62 zum Untersuchungsbericht F.\_\_\_\_\_), e) einen Vertrag betreffend Geschäftsbesorgung und Maklertätigkeit mit der Y.\_\_\_\_\_ AG vom 3. September 2015 (Beilage 63 zum Untersuchungsbericht F.\_\_\_\_\_), f)zwei Verwaltungsverträge mit der B.\_\_\_\_\_ AG vom 6. Mai und 25. August 2015 (Beilagen 64 und 65 zum Untersuchungsbericht F.\_\_\_\_\_), und g)einen Beratungsauftrag mit der C.\_\_\_\_\_ AG vom 31. März 2015 (Beilage 72 zum Untersuchungsbericht F.\_\_\_\_\_). Bei den hier namentlich genannten Vertragspartnerinnen der Beschwerdeführerin handelt es sich um nahestehende Personen im Sinne der hier interessierenden Vorschriften des BVG und der BVV 2. Dies ist unbestritten und ergibt sich - wie F.\_\_\_\_\_ ausführlich darlegte (Untersuchungsbericht F.\_\_\_\_\_, S. 8 ff.) - aus wirtschaftlichen Beziehungen, welche N.\_\_\_\_\_ zu diesen Vertragsparteien unterhielt.

#### **E. 10.2**

Die erwähnten Rechtsgeschäfte mit nahestehenden Personen waren gemäss der gesetzlichen Ordnung bei der jährlichen Prüfung der Jahresrechnung gegenüber der Revisionsstelle offenzulegen (vgl. E. 8.3.2). Zwar wurden einzelne der hiervor genannten Verträge anlässlich der Revisionen der Jahresrechnungen nachweislich offengelegt. Doch ist nicht ersichtlich, dass der Revisionsstelle O.\_\_\_\_\_ AG für die jährliche Prüfung der jeweiligen Jahresrechnung auch die Verträge vom 19. Dezember 2013, 8. Dezember 2014, 31. März 2015, 3. September 2015, 6. Mai 2015 und 25. August 2015 schriftlich gemeldet worden wären (vgl. Bericht F.\_\_\_\_\_, S. 20, 38, 44 und 54). Damit übereinstimmend räumt die Beschwerdeführerin vor dem Bundesverwaltungsgericht im Zusammenhang mit den fraglichen Rechtsgeschäften mit nahestehenden Personen ein, dass die «schriftliche Offenlegung der Interessenbindung» nicht vollständig erfolgt sei (vgl. Beschwerde, S. 26). Freilich stellt sich die Beschwerdeführerin auf den Standpunkt, dass «ein unterlassener Hinweis auf den massgebenden Organen [einschliesslich der Revisionsstelle] bereits

bekannte Interessenbindungen von vornherein keine Verletzung der Offenlegungspflicht» darstelle (Beschwerde, S. 26; vgl. auch Eingabe der Beschwerdeführerin an die Vorinstanz vom 11. Dezember 2017 [= Beilage 47 zur Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 15. Februar 2018], insbesondere S. 10 ff. und S. 23 ff.). Mit den entsprechenden Ausführungen behauptet die Beschwerdeführerin zwar, die Revisionsstelle habe unabhängig von den einzelnen Verträgen Kenntnis davon gehabt, dass es sich bei den hiervor (in E. 10.1) genannten Gesellschaften um N.\_\_\_\_\_ nahestehende Personen handelte. Ob die O.\_\_\_\_\_ AG anlässlich der Revisionen tatsächlich über eine solche Kenntnis verfügte, kann aber dahingestellt bleiben. Denn soweit die Beschwerdeführerin sinngemäss geltend macht, dass sich angesichts eines solchen Wissens der Revisionsstelle eine Offenlegung der einzelnen Verträge anlässlich der Jahresrevisionen erübrigte, stösst sie von vornherein ins Leere. Schon nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes sowie gemäss dem auch in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck kommenden Sinn und Zweck der einschlägigen Bestimmung, einen aus ungünstigen Vertragskonditionen der Vorsorgeeinrichtung erwachsenden Schaden zu verhindern, ist es unabdingbar, jedes einzelne Rechtsgeschäft mit einer nahestehenden Person bei der jährlichen Prüfung der Jahresrechnung gegenüber der Revisionsstelle offenzulegen und ihr so die ihr obliegende Prüfung der Marktüblichkeit zu ermöglichen. Nicht von ungefähr wird denn auch in der Botschaft des Bundesrates davon gesprochen, dass eine Prüfung der Ausgewogenheit des Vertragsverhältnisses im konkreten Einzelfall vorgesehen werde (vgl. E. 8.3.3). Die Frage, ob die einzelnen Rechtsgeschäfte in der gebotenen Art und Weise offengelegt wurden, darf im Übrigen nicht vermischt werden mit der Frage nach der Einhaltung der Pflicht der obersten Organe der Vorsorgeeinrichtung, die eigenen Interessenverbindungen gegenüber der Revisionsstelle offenzulegen (vgl. zu dieser Pflicht E. 8.3.4). Von vornherein nichts zugunsten der Beschwerdeführerin ableiten lässt sich auch aus dem Umstand, dass im Gesetz im hier interessierenden Kontext nur von einer Offenlegungspflicht (vgl. E. 8.3.2), nicht aber von einer Dokumentationspflicht die Rede ist (anders jedoch Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 15. Februar 2018, S. 26). Denn mit Blick darauf, dass Vertreter der O.\_\_\_\_\_ AG ausweislich einer Aktennotiz von F.\_\_\_\_\_ ihm gegenüber ausdrücklich bestätigt haben, dass dieser Revisionsstelle einzelne der hier interessierenden Rechtsgeschäfte mit Nahestehenden anlässlich der jährlichen Revisionen nicht offengelegt wurden (vgl. Beilage 13 zum Bericht F.\_\_\_\_\_), ist davon auszugehen, dass auch eine bloss mündliche Mitteilung der Existenz der fraglichen Verträge unterlassen wurde.

### **E. 10.3.1**

Gemäss Auffassung der Vorinstanz gibt zum aufsichtsrechtlichen Einschreiten auch Anlass, dass der Stiftungsrat der Beschwerdeführerin in Verstoß gegen Art. 48i Abs. 1 BVV 2 beim Abschluss der hiervor (in E. 10.1) aufgelisteten Rechtsgeschäfte mit nahestehenden Personen keine Konkurrenzofferten eingeholt hat. In Bezug auf die Liegenschaft in T.\_\_\_\_\_ macht die Beschwerdeführerin zwar sinngemäss geltend, es hätte eine Konkurrenzofferte vorgelegen (vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 15. Februar 2018, S. 29, sowie Beilage 47 zu dieser Stellungnahme, S. 26). Den zur Untermauerung dieser Behauptung angerufenen E-Mails vom 10. und 11. Dezember 2015 ist aber lediglich zu entnehmen, dass nebst der Beschwerdeführerin die Pensionskasse Z.\_\_\_\_\_ «einen positiven Kaufentscheid» gefällt hat (vgl. Akten Vorinstanz, act. GM 118 Beilagen 20 f.). Jedenfalls lässt sich aus der entsprechenden Korrespondenz nicht ableiten, dass die Beschwerdeführerin eine Vergleichsofferte, geschweige denn die Kaufofferte der Pensionskasse Z.\_\_\_\_\_ eingeholt hätte. Auch im Übrigen hat die

Beschwerdeführerin soweit ersichtlich vor dem Abschluss der genannten Rechtsgeschäfte keine Konkurrenzofferten eingefordert, so dass die Vorschrift von Art. 48i Abs. 1 BVV 2 nicht eingehalten wurde.

### **E. 10.3.2**

Die Beschwerdeführerin macht insbesondere geltend, Art. 48i Abs. 1 BVV 2 entbehre einer gesetzlichen Grundlage. Massgebend sei nach dem übergeordneten BVG einzig, ob die Rechtsgeschäfte mit nahestehenden Personen zu marktüblichen Bedingungen abgeschlossen worden seien. Art. 48i Abs. 1 BVV 2 könne sich im Übrigen - wenn überhaupt - «rein faktisch nur auf Gattungssachen» beziehen (vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 15. Februar 2018, S. 26 f.; siehe auch Beilage 47 zu dieser Stellungnahme, S. 13 f.). Das Vorbringen der Beschwerdeführerin, das Erfordernis der Einholung von Konkurrenzofferten in Art. 48i Abs. 1 BVV 2 sei gesetzwidrig und deshalb vorliegend nicht anzuwenden, verfängt nicht: Die Einholung von Konkurrenzofferten ist ein Mittel zur qualifizierten Kontrolle der materiellen Angemessenheit bzw. Marktüblichkeit geplanter Rechtsgeschäfte mit nahestehenden Personen (vgl. Simon L. Gubler, Der Interessenkonflikt im Stiftungsrat, 2018, S. 55). Es ist davon auszugehen, dass es schon zur Wahrung der im Gesetz statuierten treuhänderischen Sorgfaltspflicht der Verantwortlichen (vgl. Art. 51b Abs. 2 BVG [zu dieser Bestimmung vorn E. 8.2.1]) erforderlich ist, jedenfalls bei bedeutenden Rechtsgeschäften mit nahestehenden Personen eine qualifizierte Kontrolle der Marktüblichkeit vorzunehmen (vgl. dazu - freilich zum allgemeinen Stiftungsrecht - Gubler, a.a.O., S. 56, wonach anhand der Umstände des Einzelfalles zu eruieren ist, «wann und inwieweit die Sorgfaltspflicht bzw. die Pflicht zur ordnungsgemässen Ermessensausübung eine qualifizierte Überprüfung einer geplanten Handlung auf ihre materielle Angemessenheit erfordert»). Aus diesem Grund hat der Bundesrat mit dem auf Verordnungsstufe statuierten Erfordernis der Einforderung von Konkurrenzofferten bei bedeutenden Rechtsgeschäften mit Nahestehenden keine im Gesetz nicht bereits angelegte Pflicht statuiert und konnte er für den Erlass der fraglichen Verordnungsbestimmung die in der Bundesverfassung vorgesehene Kompetenz zum Erlass von Vollziehungsverordnungen in Anspruch nehmen (vgl. E. 2.4.1). Zwar kann die Einholung von Konkurrenzofferten mit einem unverhältnismässigen, unzumutbaren Aufwand verbunden sein (Gubler, a.a.O., S. 56). Angesichts des Umstandes, dass vorliegend unbestrittenermassen (im Sinne von Art. 48i Abs. 1 BVV 2) bedeutende Rechtsgeschäfte auf dem Spiel standen, lässt sich aber nicht mit Recht behaupten, der Nutzen der Einholung von Konkurrenzofferten wäre im Verhältnis zum damit verbundenen Aufwand von vornherein unverhältnismässig gewesen. Mit ihrem Einwand, die Regelung von Art. 48i Abs. 1 BVV 2 könne «rein faktisch nur auf Gattungssachen» zugeschnitten sein, mag die Beschwerdeführerin zwar mit Blick auf den vorliegenden Fall geltend machen wollen, dass es beim Kauf von bestimmten Liegenschaften keine Offerten verschiedener Verkäufer geben könne. Indessen beschränkt diese Vorschrift nach ihrem Wortlaut die Pflicht zur Einholung von Konkurrenzofferten bei Rechtsgeschäften mit Nahestehenden nicht auf Fälle, bei welchen es um Gattungssachen geht. Nach ihrem Sinn und Zweck, für die Versicherten ungünstige Vertragsbedingungen bei Geschäften mit nahestehenden Personen zu verhindern, und mit Blick darauf, dass das Gesetz ohne Ausnahme verlangt, dass die von Vorsorgeeinrichtungen abgeschlossenen Rechtsgeschäfte marktüblichen Bedingungen entsprechen (Art. 51c Abs. 1 BVG; vgl. E. 8.3.1), muss die Vorschrift von Art. 48i Abs. 1 BVV 2 auch dann Anwendung finden, wenn die Vorsorgeeinrichtung bei einem Nahestehenden eine Speziessache wie eine bestimmte Liegenschaft kauft. In einer Konstellation wie der vorliegenden ist die Bestimmung dabei

so zu verstehen, dass Konkurrenzofferten bzw. Verkaufsofferten betreffend Liegenschaften einzuholen sind, welche mit den der Vorsorgeeinrichtung von der nahestehenden Person zum Kauf angebotenen Liegenschaften ihrer Art und Funktion nach vergleichbar sind. Es ist vorliegend nicht erkennbar, dass solches nicht möglich gewesen oder unzumutbar war und aus diesem Grund unterlassen wurde.

#### **E. 10.4**

Es ist sodann (mit F. \_\_\_\_\_) davon auszugehen, dass Vorschriften nicht eingehalten wurden, indem N. \_\_\_\_\_ in seiner am 15. April 2014 abgegebenen Erklärung zur Integrität und Loyalität der Verantwortlichen für das Jahr 2013, in welchem er Vorsitzender der Geschäftsleitung der Beschwerdeführerin war, seine Beteiligung an der S. \_\_\_\_\_ GmbH nicht als Interessenverbindung offenlegte (vgl. E. 8.3.4; Bericht F. \_\_\_\_\_, S. 11, 20 und 98; Beilage 14 zu diesem Bericht). Angesichts des Umstandes, dass N. \_\_\_\_\_ eine unvollständige schriftliche Erklärung zu seinen Interessenverbindungen einreichte, lässt sich in diesem Punkt von vornherein nicht zugunsten der Beschwerdeführerin argumentieren, für eine Offenlegung von Interessenverbindungen genüge eine mündliche Mitteilung (in diesem Sinne jedoch Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 15. Februar 2018, S. 26).

#### **E. 11.1**

F. \_\_\_\_\_ beanstandete in seinem Bericht vom 18. September 2017 zu Recht auch, dass die Beschwerdeführerin von der C. \_\_\_\_\_ AG gestützt auf den erwähnten Beratungsauftrag vom 31. März 2015 Leistungen im Bereich der Vermögensverwaltung bezogen hat, ohne dass diese Gesellschaft nach Art. 48f Abs. 4 BVV 2 oder gestützt auf eine Bewilligung der OAK im Sinne von Art. 48f Abs. 5 BVV 2 zur Übernahme der externen Vermögensverwaltung befugt war (vgl. Bericht F. \_\_\_\_\_, S. 54). Den vorliegenden Akten lässt sich nämlich insbesondere nicht entnehmen, dass die C. \_\_\_\_\_ AG seinerzeit über eine von der OAK erteilte provisorische Zulassung für die Vermögensverwaltung verfügte (anders jedoch Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 15. Februar 2018, S. 30). Die aktenkundige Mitteilung der OAK an die Inhaber einer entsprechenden provisorischen Zulassung ist nämlich nicht ausdrücklich an die C. \_\_\_\_\_ AG gerichtet. Zudem ist diese Gesellschaft in der vorliegenden Liste der zugelassenen Vermögensverwalter in der beruflichen Vorsorge zwar aufgeführt, doch datiert diese (monatlich aktualisierte) Liste (erst) auf den 4. Dezember 2017 (vgl. Akten Vorinstanz, act. GM 118, Beilagen 34 f.). Keine Rolle spielt, dass die C. \_\_\_\_\_ AG bei der OAK bereits früher einen Antrag um Zulassung als externe Vermögensverwalterin eingereicht haben soll.

#### **E. 11.2**

Auch bei einem weiteren Vertragspartner der Beschwerdeführerin, von welchem diese faktisch Dienstleistungen im Bereich der externen Vermögensverwaltung bezog, nämlich bei der Ax. \_\_\_\_\_ AG, ist F. \_\_\_\_\_ richtigerweise zum Schluss gelangt, dass die Übernahme der externen Vermögensverwaltung weder nach Art. 48f Abs. 4 BVV 2 noch gestützt auf eine Bewilligung der OAK im Sinne von Art. 48f Abs. 5 BVV 2 zulässig war (vgl. Bericht F. \_\_\_\_\_, S. 64 f.).

#### **E. 12.1**

Es fragt sich weiter, ob es dem nach der angefochtenen Verfügung abzusetzenden Stiftungsrat der Beschwerdeführerin - wie die BVSA annimmt - an der vorgeschriebenen paritätischen Zusammensetzung fehlt. Zwei der vier Mitglieder des genannten

Stiftungsrates, nämlich H.\_\_\_\_\_ und I.\_\_\_\_\_, waren bzw. sind unbestrittenermassen Arbeitgebervertreter. Streitig ist aber, ob die übrigen Stiftungsräte K.\_\_\_\_\_ und J.\_\_\_\_\_ als Arbeitnehmervertreter im Sinne der gesetzlichen Regelung der paritätischen Verwaltung qualifiziert werden können: Diese beiden Stiftungsräte sind Angestellte von Unternehmen, welche der Beschwerdeführerin angeschlossen sind. Im Falle von K.\_\_\_\_\_ handelt es sich um die Bx.\_\_\_\_\_ AG und bei J.\_\_\_\_\_ um die Cx.\_\_\_\_\_ GmbH. Die Vorinstanz betrachtet diese Stiftungsräte indessen trotz dieser Anstellungen nicht als Arbeitnehmervertreter, und zwar insbesondere unter Verweisung auf die Ausführungen von F.\_\_\_\_\_, wonach K.\_\_\_\_\_ und J.\_\_\_\_\_ die Willensbildung ihrer jeweiligen entsendenden Gesellschaft (Bx.\_\_\_\_\_ AG bzw. Cx.\_\_\_\_\_ GmbH) massgeblich hätten beeinflussen können (vgl. Bericht F.\_\_\_\_\_, S. 96 ff.). Demgegenüber stellt die Beschwerdeführerin in Abrede, dass die letztgenannten beiden Stiftungsräte massgebenden Einfluss auf die Willensbildung ihrer entsendenden Gesellschaften hatten. Aus Sicht der Beschwerdeführerin folgt daraus, dass sie als Arbeitnehmervertreter anzuerkennen sind.

### **E. 12.2**

Es stellt sich vor dem Hintergrund der genannten unterschiedlichen Standpunkte der Verfahrensbeteiligten vorab die Frage, ob und gegebenenfalls unter welchen Umständen ein Angestellter eines angeschlossenen Unternehmens nicht als Arbeitnehmervertreter im Sinne von Art. 51 Abs. 1 BVG gelten kann. In Bezug auf diese Frage ist diese Gesetzesvorschrift auslegungsbedürftig (vgl. zur Auslegung vorn E. 2.5).

#### **E. 12.2.1**

Der Wortlaut von Art. 51 Abs. 1 BVG würde es an sich nahelegen, für die Unterscheidung zwischen Arbeitgebervertretern und Arbeitnehmervertretern einzig darauf abzustellen, ob die betreffende Person mit einem Arbeitsvertrag im Sinne von Art. 319 ff. des Bundesgesetzes vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, OR, SR 220) an das angeschlossene Unternehmen gebunden ist oder nicht. Es bestehen jedoch, wie sogleich ersichtlich wird, triftige Gründe für die Annahme, dass der so verstandene Gesetzeswortlaut nicht den wahren Sinn von Art. 51 Abs. 1 BVG wiedergibt.

#### **E. 12.2.2**

Der Sinn und Zweck von Art. 51 Abs. 1 BVG liegt darin, eine effektiv gleichberechtigte Mitbestimmung von Arbeitgeber- und Arbeitnehmervertretern zu gewährleisten und die Stellung der Arbeitnehmervertreter im paritätischen Organ zu stärken (Urteil des BVGer C-2371/2006 vom 17. August 2007 E. 2.3.3; Hans Michael Riemer/Gabriela Riemer-Kafka, Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz, 2. Aufl. 2006, S. 46). Dieser Zweck der Vorschrift kommt als vom Gesetzgeber angestrebtes Ziel auch in den Materialien zum Ausdruck (vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 19. Dezember 1975, BBl 1976 I 149 ff., 202 ff.; Botschaft zur Revision des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge [1. BVG-Revision], BBl 2000 2637 ff., 2677; Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit [SGK-N] über den Vorsorgeschutz für Teilzeitbeschäftigte und Personen mit kleinen Einkommen, über die Anpassung des Umwandlungssatzes und über die paritätische Verwaltung der Vorsorgeeinrichtungen vom 21./22. Februar 2002 an den Nationalrat für die Beratungen zur 1. BVG-Revision, S. 28 ff., ebenso Bericht der Subkommission BVG zuhanden der Kommission für soziale Sicherheit

und Gesundheit [SGK-N], S. 27 ff.; vgl. zum Ganzen auch Urteil des BVGer C-2371/2006 vom 17. August 2007 E. 2.3.3). Der genannte Zweck des Gesetzes und der Wille des Gesetzgebers, die Stellung der Arbeitnehmervertretung im paritätischen Organ zu stärken, sowie der Umstand, dass Arbeitnehmer häufig mangelhaft für die Möglichkeiten der paritätischen Mitbestimmung sensibilisiert sind, sprechen dafür, Art. 51 Abs. 1 BVG als Schutznorm zugunsten der Arbeitnehmer dahingehend auszulegen, dass nicht als Arbeitnehmervertreter anerkannt werden kann, wer beim Unternehmen an wesentlichen Entscheiden beteiligt ist bzw. die Willensbildung des Unternehmens wesentlich zu beeinflussen vermag (in diesem Sinne - auch zum Folgenden - Thomas Gächter/Maya Geckeler Hunziker, in: Jacques-André Schneider et al. [Hrsg.], Stämpfli Handkommentar BVG und FZG, 2010, Art. 51 BVG N. 15 ff., mit weiteren Hinweisen; Roland A. Müller, Die Verantwortlichkeit der Stiftungsräte von Vorsorgeeinrichtungen, in: AJP 2004, S. 131 ff., S. 132; Riemer/Riemer-Kafka, a.a.O., S. 49 f.; tendenziell a.M. Anton Eggermann, Die paritätische Verwaltung im Rahmen des BVG, ABVS-Seminar 1985, Referate über die Einführung des BVG im Kanton Bern, S. 30 ff., S. 35; Hans J. Pfitzmann, Kontroll-, Aufsichts- und Registerfragen nach Erlass der BVV 2, Aktuelle Fragen zur Einführung des BVG, IST Nr. 13, 1985, S. 5 ff., S. 12; Hans-Ulrich Stauffer, Die paritätische Verwaltung - Eine Auslegeordnung, in: Schweizer Personalvorsorge [SPV] 3/98, S. 189 ff., S. 189. Vgl. auch Kurt C. Schweizer, Parität und Disparitäten, in: SPV 11/2018, S. 112 f., wonach die Entscheidbefugnis betreffend «unternehmensrelevante Investitionen» massgebend sein soll). Es drängt sich deshalb auf, an die im Haftpflichtrecht entwickelte Unterscheidung anzuknüpfen, wonach Organ (Art. 55 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 [ZGB, SR 210]) ist, wer die Willensbildung des Unternehmens massgeblich zu beeinflussen vermag, und Hilfsperson (Art. 55 OR), wer keinen solchen Einfluss ausüben kann (vgl. zur haftpflichtrechtlichen Unterscheidung Urteil des BGer 4P.105/2005 vom 31. August 2005 E. 3.2; im gleichen Sinne zum Organbegriff im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht BGE 128 III 92 E. 3). Nicht allein ausschlaggebend für die Abgrenzung zwischen Arbeitnehmervertreter und Arbeitgebervertreter im Sinne von Art. 51 Abs. 1 BVG können demgegenüber der arbeitsvertragsrechtliche Arbeitnehmerbegriff (Art. 319 ff. OR), der für das Versicherungsobligatorium nach Art. 2 Abs. 1 BVG massgebende Arbeitnehmerbegriff von Art. 10 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG, SR 830.1) und - zur Abgrenzung - auch der Arbeitgeberbegriff von Art. 11 ATSG sein (vgl. Gächter/Geckeler Hunziker, a.a.O., Art. 51 BVG N. 14, mit Hinweisen; zur Bedeutung der AHV-rechtlichen Qualifikation für das Versicherungsobligatorium siehe Stauffer, Berufliche Vorsorge, N. 530).

### **E. 12.2.3**

Für die Beantwortung der Frage, ob eine Person im erwähnten Sinne wesentlich auf die Willensbildung des Unternehmens Einfluss nehmen kann, ist weder der Handelsregistereintrag noch die Unterschriftsberechtigung allein entscheidend. Rechtsprechungsgemäss ist stattdessen darauf abzustellen, ob die Person tatsächlich die Funktion eines Organes erfüllt, indem sie den Organen vorbehaltene Entscheide trifft oder die eigentliche Geschäftsführung besorgt und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmt (vgl. - freilich zur Haftung im Sinne von Art. 52 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung [AHVG, SR 831.10] - BGE 114 V 213 E. 4e, mit weiteren Hinweisen).

#### **E. 12.2.4**

Es ergibt sich aus der Auslegung, dass Angestellte eines angeschlossenen Unternehmens dann als Arbeitnehmervertreter im Sinne von Art. 51 Abs. 1 BVG gelten bzw. in das oberste Organ der Vorsorgeeinrichtung entsendet werden können, wenn sie nicht wie ein Organ im Sinne von Art. 55 ZGB in massgeblicher Weise Einfluss auf die Willensbildung des Unternehmens Einfluss zu nehmen vermögen. Dies muss - entgegen der von der Beschwerdeführerin vertretenen Ansicht (vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 15. Februar 2018, S. 42) - auch dann gelten, wenn es (wie vorliegend) um die Vertretung in Sammel- und Gemeinschaftseinrichtungen geht. Letzteres gilt umso mehr, als die SGK-N, der sich die beiden Räte im Gesetzgebungsverfahren diskussionslos anschlossen (vgl. den hiervor genannten Bericht der SGK-N sowie Amtl. Bull. N 2002 S. 551, Amt. Bull. S 2003 S. 451), erkannte, dass bei Sammel- und Gemeinschaftseinrichtungen häufig keine übergreifende paritätische Verwaltung oder nur eine paritätische Verwaltung in einer unbefriedigenden Form bestanden hatte, und sie dies mit dem Erlass der geltenden Fassung von Art. 51 Abs. 1 BVG ändern wollte.

#### **E. 12.3**

Im Lichte der vorstehenden Ausführungen ist im Folgenden zu klären, ob zumindest einer der beiden Stiftungsräte K.\_\_\_\_\_ und J.\_\_\_\_\_ die Willensbildung bei der Bx.\_\_\_\_\_ AG bzw. bei der Cx.\_\_\_\_\_ GmbH massgeblich zu beeinflussen vermag. Wäre dies der Fall, wäre die Vorinstanz zu Recht zum Schluss gelangt, dass das oberste Organ der Beschwerdeführerin nicht in rechtskonformer Weise paritätisch besetzt ist.

##### **E. 12.3.1**

K.\_\_\_\_\_ ist unbestrittenermassen als Mitglied der Geschäftsleitung seiner Arbeitgeberin Bx.\_\_\_\_\_ AG im Handelsregister eingetragen und zeichnet nach dem entsprechenden Eintrag mit Kollektivunterschrift zu zweien. Die im Handelsregister nach aussen kundgegebene Eigenschaft als kollektiv zeichnungsberechtigtes Geschäftsleitungsmitglied ist aber für die Frage, ob K.\_\_\_\_\_ im Sinne der gesetzlichen Regelung der paritätischen Verwaltung als Arbeitgeber zu qualifizieren ist, nicht allein ausschlaggebend. Stattdessen ist entscheidend darauf abzustellen, ob er bei der Bx.\_\_\_\_\_ AG tatsächlich mit der Geschäftsführung befasst ist (vgl. E. 12.2). Dem von der Beschwerdeführerin vorgelegten Anhang zum Organisationsreglement der Bx.\_\_\_\_\_ AG zufolge beschränken sich die Kompetenzen der im Handelsregister eingetragenen Geschäftsleitungsmitglieder dieser Gesellschaft auf eng umschriebene Bereiche, nämlich auf die Anstellung sowie Entlassung von anderen Mitarbeitenden (einschliesslich Recruiting und Personalressourcenplanung), auf die Aus- und Weiterbildung, die Regelung von Versicherungsfragen, die finanzielle Führung im Rahmen des Budgets, die Qualitätskontrolle, das Marketing, die «Festlegung von Dienstleistungen und Konditionen», die «Kontrolle Konkurrenz» und das Verfassen von Zwischen- sowie Jahresberichten (Akten Vorinstanz, act. GM 118 Beilage 14). Es ist zumindest fraglich, ob die Wahrnehmung dieser Aufgaben als Besorgung der eigentlichen Geschäftsführung qualifiziert werden kann. Auf den genannten Anhang zum Organisationsreglement lässt sich aber ohnehin nicht abstellen, weil er undatiert ist und deshalb ungewiss ist, ob er bei Erlass der angefochtenen Verfügung galt und heute noch massgebend ist. Indessen ist auch ein Organisationsdiagramm der Filiale Fx.\_\_\_\_\_ der Bx.\_\_\_\_\_ AG für den August 2017 aktenkundig (Akten Vorinstanz, act. GM 118 Beilage 13). Danach sind (unter Einschluss von K.\_\_\_\_\_) nicht weniger als sechs von sechzehn Personen der Filiale Geschäftsleitungsmitglieder. Angesichts dieses Umstandes und mit

Blick auf die Tatsache, dass im Organigramm nebst den Geschäftsleitern im Wesentlichen von Junior-Mandatsleitern und Backoffice-Angestellten die Rede ist, erscheint die Darstellung der Beschwerdeführerin, wonach die Bx.\_\_\_\_\_ AG ihre Senior-Manager häufig - ohne dass diese Führungsaufgaben wahrnehmen würden - als Geschäftsleitungsmitglieder im Handelsregister eingetragen habe und dies auch bei K.\_\_\_\_\_ der Fall sein soll, als plausibel. Dies gilt umso mehr, als die Beschwerdeführerin glaubhaft darlegt, dass diese Praxis deshalb eingeführt worden sei, weil die Kunden der Bx.\_\_\_\_\_ AG eine Betreuung durch Personen mit gewichtigen Titeln schätzen würden (vgl. Akten Vorinstanz, act. GM 118 S. 18). Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass der im Handelsregister als Mitglied der Geschäftsleitung eingetragene K.\_\_\_\_\_ keinen hier wesentlichen Einfluss auf die Willensbildung der Bx.\_\_\_\_\_ AG zu nehmen vermochte und vermag. Folglich hat die Vorinstanz K.\_\_\_\_\_ zu Unrecht als Arbeitgeber qualifiziert, statt ihn als Arbeitnehmervertreter im Sinne von Art. 51 Abs. 1 BVG zu anerkennen.

#### **E. 12.3.2**

Für die Qualifikation von J.\_\_\_\_\_ als Arbeitgeber stützt sich die Vorinstanz sinngemäss auf den Umstand, dass dieser gemäss Einträgen im Handelsregister bei der Cx.\_\_\_\_\_ GmbH über eine Einzelunterschriftsberechtigung verfügt und er zugleich einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsrat der diese Gesellschaft zu 33.33 % haltenden Ey.\_\_\_\_\_ AG ist. Freilich kann auch in diesem Punkt der BVSA nicht gefolgt werden. Abgesehen davon, dass weder die Handelsregistereinträge noch die Unterschriftsberechtigungen allein entscheidend sind (vgl. E. 12.2), fällt nämlich ins Gewicht, dass die Ey.\_\_\_\_\_ AG über keine Mehrheitsbeteiligung an der Cx.\_\_\_\_\_ GmbH verfügt. Es kommt hinzu, dass innerhalb der Cx.\_\_\_\_\_ GmbH verbindlich vereinbart wurde, dass ab November 2015 einzig (der als alleiniger Geschäftsführer im Handelsregister eingetragene) Dx.\_\_\_\_\_ die Geschäfts- und Buchführung wahrnehmen soll (vgl. Akten Vorinstanz, act. GM 118 Beilage 9). Es ist unter diesen Umständen nicht ersichtlich, inwiefern J.\_\_\_\_\_ die Willensbildung bei seiner Arbeitgeberin Cx.\_\_\_\_\_ GmbH in der hier massgebenden Weise beeinflussen kann. J.\_\_\_\_\_ muss deshalb als Arbeitnehmervertreter betrachtet werden.

#### **E. 12.4**

Es erweist sich somit, dass der abgesetzte Stiftungsrat der Beschwerdeführerin entgegen der Auffassung der Vorinstanz in der gesetzlich gebotenen Weise paritätisch zusammengesetzt war.

#### **E. 13.1**

Die Vorinstanz erklärt im angefochtenen Entscheid, die (neue) Revisionsstelle L.\_\_\_\_\_ habe in einem Management Letter vom 6. Oktober/15. November 2017 «eine ganze Reihe von Feststellungen mit unmittelbarem Handlungsbedarf bei hoher Priorität» aufgelistet. Diese «Auflistung von Verfehlungen» zeige schon für sich allein, dass der Stiftungsrat der Beschwerdeführerin keine Gewähr für eine einwandfreie Geschäftsführung biete. Einzelne der angeblichen «Verfehlungen» zählt die Vorinstanz in der Verfügung stichwortartig als Beispiele auf (E. 10 der angefochtenen Verfügung).

#### **E. 13.2**

Anders als die BVSA es mit diesen Ausführungen suggeriert, lassen sich jedenfalls nicht sämtliche im Management Letter vom 6. Oktober/15. November 2017 gemachten

Feststellungen zur Rechtfertigung der getroffenen aufsichtsrechtlichen Massnahmen heranziehen: Zum einen handelt es sich bei den entsprechenden Ausführungen der Revisionsstelle L. \_\_\_\_\_ teilweise gar nicht um Feststellungen von Rechtsverletzungen, sondern lediglich um Hinweise auf unter Risikoaspekten optimierbare Strukturen sowie Abläufe sowie daran geknüpfte Empfehlungen. Dies gilt etwa in Bezug auf die Feststellung, dass im Bereich der reglementarischen Leistungen keine direkte Abstimmung zwischen der technischen Buchhaltung und der Finanzbuchhaltung habe vorgenommen werden können und zur Vermeidung der damit verbundenen Risiken empfohlen werde, eine regelmässige Abstimmung der beiden Buchhaltungen zu ermöglichen (vgl. Beilage 5 zur Stellungnahme der Vorinstanz vom 31. Januar 2018, S. 35). Zum anderen beziehen sich die Feststellungen der Revisionsstelle im Management Letter vom 6. Oktober/15. November 2017 in erster Linie auf das Berichtsjahr 2016 und hat die Revisionsstelle in diesem Dokument nicht durchgängig festgehalten, ob die entsprechenden Missstände auch später noch vorlagen. Diese Missstände und deren Fortbestehen im Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung im Einzelnen zu prüfen wäre Sache der Vorinstanz gewesen. Eine solche Prüfung hat die BVSA aber unterlassen. So hat sie namentlich nicht untersucht, ob die in der Rubrik «Stellungnahme Stiftungsrat / Geschäftsführung» des Management Letters vom 6. Oktober/15. November 2017 erwähnten verschiedenen, nach Darstellung der Führungsorgane der Beschwerdeführerin (angeblich) getroffenen Massnahmen zur Behebung der von der Revisionsstelle genannten Mängel tatsächlich ergriffen wurden. Angesichts des Umstandes, dass die Vorinstanz die im Management Letter vom 6. Oktober/15. November 2017 erwähnten (angeblichen) Rechtsverstösse und allfällige in diesem Zusammenhang bis zum Erlass der angefochtenen Verfügung ergriffene Bereinigungsmassnahmen nicht im Einzelnen untersucht sowie gewürdigt hat, erscheint der rechtserhebliche Sachverhalt als nicht rechtsgenügend erstellt.

### **E. 13.3**

Gemäss der Darstellung im nunmehr aktenkundigen Bericht der Revisionsstelle zur Jahresrechnung 2017 und dem zu dieser Jahresrechnung verfassten Management Letter bestanden im (entscheidenden) Jahr 2017 verschiedene Rechtsverstösse und wurden in diesem Jahr im Zusammenhang mit im Vorjahr 2006 festgestellten Missständen zum Teil Massnahmen ergriffen (vgl. die Beilagen zur Eingabe des kommissarischen Verwalters vom 4. Januar 2019). Indessen lagen diese Dokumente, welche nota bene nicht durch die Vorinstanz, sondern durch den kommissarischen Verwalter in das gegenwärtige Verfahren eingebracht wurden, im Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung noch nicht vor und standen die darin aufgeführten Punkte dementsprechend nicht im Fokus der von der Vorinstanz vorgenommenen Sachverhaltsabklärung und -würdigung. Nicht von ungefähr lässt sich denn auch die in diesen Dokumenten enthaltene Darstellung des Zustandes im Jahr 2017 gestützt auf die vorliegenden Akten nicht im Einzelnen über das hiervor Ausgeführte hinaus überprüfen. Auch diesbezüglich ist somit von einem nicht rechtsgenügend erstellten Sachverhalt auszugehen.

### **E. 13.4**

Insgesamt ergibt sich das Bild, dass die Vorinstanz in zu pauschaler Weise die Feststellungen der Revisionsstelle im Management Letter vom 6. Oktober/15. November 2017 zur Rechtfertigung der von ihr getroffenen aufsichtsrechtlichen Massnahmen herangezogen hat. Auch hat sie nicht genügend untersucht, ob und inwiefern gegebenenfalls seitens der Beschwerdeführerin bzw. seitens ihres Stiftungsrates bis zum Erlass der

angefochtenen Verfügung den hiavor festgestellten sowie den allfälligen weiteren, namentlich im Management Letter vom 6. Oktober/15. November 2017 erwähnten Rechtsverletzungen Rechnung getragen worden ist. Diesbezüglich ist der rechtserhebliche Sachverhalt nicht hinreichend erstellt. Ohne weitergehende Sachverhaltsabklärungen lässt sich auch nicht mit genügender Gewissheit sagen, ob und inwieweit die im Bericht der Revisionsstelle zur Jahresrechnung 2017 sowie im zugehörigen Management Letter enthaltene Darstellung, soweit sie sich nicht auf die hiavor gewürdigten Vorwürfe (etwa der angeblich nicht paritätischen Besetzung des Stiftungsrates) bezieht, zutrifft. Es kann vor diesem Hintergrund zurzeit nicht entschieden werden, inwieweit Gewähr für eine einwandfreie Geschäftsführung bestand.

#### **E. 14**

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass jedenfalls die hiavor in E. 10 f. dargestellten Rechtsverstösse, welche Teil der gemäss Untersuchungsbericht von F.\_\_\_\_\_ der Beschwerdeführerin zur Last gelegten Rechtsverletzungen bilden, tatsächlich begangen wurden. Damit war ein aufsichtsrechtliches Einschreiten zwar grundsätzlich geboten (vgl. E. 7.1). Indessen ist der von der Vorinstanz zur Rechtfertigung ihrer aufsichtsrechtlichen Massnahmen erhobene Vorwurf der nicht paritätischen Besetzung des Stiftungsrates nicht stichhaltig (E. 12). Entgegen den Ausführungen in E. 6 der angefochtenen Verfügung lässt sich die angeordnete Absetzung des Stiftungsrates bei dieser Sachlage folglich nicht mit dem Argument rechtfertigen, im Falle der fehlenden Parität bleibe der Aufsichtsbehörde nur die Möglichkeit, alle Stiftungsräte abzuberaufen. Eine abschliessende Beurteilung der streitbetroffenen aufsichtsrechtlichen Massnahmen - namentlich ihrer Verhältnismässigkeit - ist zurzeit nicht möglich, weil der rechtserhebliche Sachverhalt nicht hinreichend ermittelt wurde, nämlich insbesondere in Bezug auf die Frage, ob und inwiefern gegebenenfalls die Beschwerdeführerin bzw. ihr Stiftungsrat den hier festgestellten sowie den im Management Letter vom 6. Oktober/15. November 2017 dargestellten allfälligen weiteren Rechtsverletzungen bis zum Erlass der angefochtenen Verfügung genügend Rechnung getragen hat (vgl. E. 13.2 f.). Weil zu diesem Punkt sowie zu den im Bericht der Revisionsstelle zur Jahresrechnung 2017 und im zugehörigen Management Letter erhobenen, hiavor noch nicht abschliessend gewürdigten Vorwürfen (vgl. E. 13.3) aufwendige Sachverhaltsabklärungen nachgeholt werden müssen, rechtfertigt es sich, die Angelegenheit an die Vorinstanz zurückzuweisen (vgl. E. 2.3). Eine Rückweisung der Sache zur weiteren Untersuchung und neuem Entscheid drängt sich unter den gegebenen Umständen umso mehr auf, als der BVSA bei der Anordnung aufsichtsrechtlicher Massnahmen ein erheblicher Beurteilungs- bzw. Ermessensspielraum zusteht (vgl. E. 2.1). Die Vorinstanz wird im Lichte des vorliegenden Urteils sowie gestützt auf den Befund der von ihr vorzunehmenden ergänzenden Sachverhaltsermittlungen zu entscheiden haben, ob sich die angeordneten aufsichtsrechtlichen Massnahmen auch im Lichte der von der Beschwerdeführerin bzw. ihrem Stiftungsrat aufgrund der Beanstandungen vorgenommenen Anpassungen rechtfertigen. Dabei wird sich die BVSA nicht - wie im angefochtenen Entscheid - mit einer blossen Auflistung von Beanstandungen begnügen dürfen, sondern die einzelnen Beanstandungen von F.\_\_\_\_\_ und der Revisionsstelle L.\_\_\_\_\_ (soweit nicht mit diesem Urteil bereits geschehen) zu würdigen sowie unter Berücksichtigung der von der Beschwerdeführerin bzw. ihrem Stiftungsrat allenfalls getroffenen Abhilfemassnahmen in Wahrung des Verhältnismässigkeitsprinzips zu gewichten haben. Auch die noch nicht gewürdigten Missstände, welche nach dem Bericht der Revisionsstelle zur Jahresrechnung 2017 sowie gemäss dem Entwurf des Management

Letters zu dieser Jahresrechnung angeblich in diesem Jahr vorgelegen haben sollen, werden Gegenstand der ergänzenden Sachverhaltsabklärung sein müssen und gegebenenfalls in die von der Vorinstanz neu vorzunehmende Verhältnismässigkeitsprüfung mit einzubeziehen sein. Es ist davon auszugehen, dass vorliegend selbst dann eine Rückweisung der Angelegenheit an die BVSA zur ergänzenden Sachverhaltsabklärungen angezeigt wäre, wenn diejenigen Sachumstände, welche die Beschwerdeführerin mit ihren Beweisofferten zu belegen sucht, erstellt wären. Deshalb erübrigt sich im gegenwärtigen Beschwerdeverfahren die Abnahme der entsprechenden Beweise.

#### **E. 15**

Die Beschwerde ist demnach, soweit darauf einzutreten ist (vgl. E. 1.6 ff.), insoweit gutzuheissen, als die Verfügung der BVSA vom 15. Januar 2018 aufzuheben und die Angelegenheit zu neuem Entscheid im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen ist. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen.

#### **E. 16.1**

Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei (Art. 63 Abs. 1 VwVG). In der Verwaltungsrechtspflege des Bundes gilt die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zu weiteren Abklärungen und neuem Entscheid (mit noch offenem Ausgang) praxisgemäss als volles Obsiegen der beschwerdeführenden Partei (BGE 137 V 57, 137 V 271 E. 7.1; Urteile des BVGer A-2601/2012 vom 3. Januar 2013 E. 4, A-7809/2010 vom 5. September 2011 E. 4). Demzufolge sind der Beschwerdeführerin keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (das teilweise, nur in geringfügigem Umfang erfolgende Nichteintreten auf die Beschwerde rechtfertigt vorliegend keine andere Kostenverlegung). Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 4'000.- wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet. Der Vorinstanz können keine Verfahrenskosten auferlegt werden (vgl. Art. 63 Abs. 2 VwVG).

#### **E. 16.2**

Die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin hat nach Massgabe ihres Obsiegens (vgl. E. 16.1) Anspruch auf eine Parteientschädigung für ihr erwachsene, notwendige und verhältnismässig hohe Kosten (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Da der Vertreter der Beschwerdeführerin dem Bundesverwaltungsgericht - obschon in seiner Eingabe vom 9. Oktober 2018 und derjenigen von G.\_\_\_\_\_ vom 17. Oktober 2018 von einer Honorarnote die Rede ist - keine Kostennote übermittelt hat, ist die Parteientschädigung vorliegend aufgrund der Akten praxisgemäss auf Fr. 6'000.- festzusetzen (vgl. Art. 14 Abs. 2 VGKE).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.