Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung III
C-3698/2011, C-3721/2011, C-3743/2011

Urteil vom 4. September 2013

Besetzung

Richter Daniel Stufetti (Vorsitz),
Richterin Elena Avenati-Carpani,
Richterin Madeleine Hirsig-Vouilloz,
Gerichtsschreiberin Regula Hurter Urech.

Parteien

1. **A.**_____,
2. **B.**_____,
3. **Sammelstiftung C.**_____,
vertreten durch lic. iur. Hans-Peter Stäger, Rechtsanwalt,
Beschwerdeführer,

gegen

Bundesamt für Sozialversicherungen BSV,
Direktionsbereich Amtsgeschäfte, Bereich Recht,
Effingerstrasse 20, 3003 Bern,
Vorinstanz,

Gegenstand

Aufsichtsmassnahmen
(Einsetzung Sachwalter bei der Sammelstiftung C._____);
Verfügung des BSV vom 24. Juni 2011.

Sachverhalt:

A.
Die Sammelstiftung C._____ (nachfolgend Sammelstiftung oder Beschwerdeführerin 3) ist eine im Register für die berufliche Vorsorge eingetragene Vorsorgeeinrichtung mit Sitz in Winterthur. Gemäss Art. 3 der Stiftungsurkunde vom 25. Mai 2005 (StU, act. 1/24) bezweckt sie die obligatorische berufliche Vorsorge für Arbeitnehmer und Arbeitgeber bei Alter und Invalidität bzw. Tod für deren Hinterbliebene. Die Vorsorge erfolgt nach Massgabe des BVG. Die Stiftung kann über die gesetzlichen Mindestleistungen hinaus weitergehende Vorsorge betreiben. Der Stiftungszweck wird erreicht, indem sich anschlusswillige Arbeitgeber durch Anschlussverträge an die Sammelstiftung anschliessen. Mit dem Anschlussvertrag wird ein Vorsorgewerk errichtet. Für den Abschluss von allfälligen Versicherungsverträgen muss die Stiftung Versicherungsnehmerin und Begünstigte sein. Die Sammelstiftung steht unter Aufsicht des Bundesamtes für Sozialversicherungen, Direktionsbereich Amtsgeschäfte, Bereich Recht, vormals Aufsicht Berufliche Vorsorge (Vorinstanz).

B.
Die C._____ AG besitzt als Holdinggesellschaft die D._____ AG, welche seit 2006 die Geschäftsführung der Sammelstiftung durchführt, und die E._____ AG, welche die Vermögensverwaltung und Vermittlungstätigkeiten für die Sammelstiftung durchführte. Mit Schreiben vom 27. Mai 2010 (act. 1/5) beanstandete die Vorinstanz, die Sammelstiftung habe im Dezember 2009 die C._____ AG zu einem überhöhten Preis von Fr. 10,5 Mio. gekauft und der D._____ AG einen (ungesicherten) Kredit von Fr. 5,75 Mio. gewährt, um mit diesen Transaktionen die zu hohen Verwaltungskosten senken zu wollen. Im Einzelnen kritisierte die Vorinstanz die personelle Verflechtung und die sich daraus ergebenden potentiellen Interessenkonflikte, indem verschiedene Mitglieder des Stiftungsrates gleichzeitig an den Unternehmen der C._____-Gruppe als Aktionäre beteiligt seien und von diesen Entschädigungen wie Abschlussprovisionen erhalten hätten. Die Vorinstanz gelangte zum Schluss, der Abschluss des Verwaltungsvertrages wie auch der Kauf der C._____-Gruppe erfolgten nicht ausschliesslich im Interesse der Versicherten, sondern dienten zumindest zum Teil den persönlichen Interessen der an der Verwaltung der Sammelstiftung Beteiligten. Zudem seien Vorsorgemittel zweckentfremdet worden, weshalb aufsichtsrechtliche Massnahmen zu treffen und Verantwortlichkeitsansprüche zu prüfen seien. Sie beabsichtige deshalb, für die nähere Prüfung einen Beistand einzusetzen.

C.
Am 23. Juli 2010 verfügte die Vorinstanz wie angekündigt eine unabhängige Untersuchung im Zusammenhang mit dem Kauf der C._____ AG durch die Sammelstiftung und dem Verwaltungsvertrag zwischen dieser und der D._____ AG (act. 1/6). Hierbei setzte sie Dr. X._____, Rechtsanwalt, (nachfolgend Gutachter) ein, welcher den Sachverhalt zu klären, eine rechtliche Würdigung vorzunehmen und der Vorinstanz Empfehlungen abzugeben hatte.

D.
Am 19. April 2011 legte der Gutachter das Ergebnis seiner Untersuchungen der Vorinstanz vor (nachfolgend Bericht X._____ [act. 1/14]). Er bestätigte die Einschätzungen der Vorinstanz, wonach es für die Sammelstiftung aufgrund von personellen Verflechtungen zwischen ihr und den Unternehmen der C._____-Gruppe zu einem Schaden gekommen sei. In seiner Würdigung bejaht der Gutachter eine Verletzung von Treue- und Sorgfaltspflichten durch den Stiftungsrat, wodurch der Sammelstiftung ein Schaden entstanden sei, für welchen der Stiftungsrat solidarisch hafte. Zudem sei das Handeln des Stiftungsrates auch strafrechtlich relevant (ungetreue Geschäftsführung sowie Veruntreuung). Der Gutachter beschliesst seinen Bericht mit folgenden Empfehlungen an die Vorinstanz: der Stiftungsrat sei abzuberufen und ein Sachwalter einzusetzen, welcher die Verantwortlichkeitsansprüche der Sammelstiftung gegen die Mitglieder des Stiftungsrates abkläre und dies mittels Klage durchsetze; für die C._____ AG habe der Sachwalter die Rückerstattung der Zahlungen zu erwirken; der tatsächliche Unternehmenswert der C._____ AG, das Ausfallrisiko des Darlehens an die D._____ AG sowie die Verwaltungskosten seit 2006 seien betriebswirtschaftlich abzuklären; gegen die Mitglieder des Stiftungsrates sowie allfällige Dritte habe die Vorinstanz bzw. der Sachwalter Strafanzeige zu erstatten.

E.
Am 1. Juni 2011 liess die Vorinstanz den Dispositiventwurf der angefochtenen Verfügung, ergänzt mit dem Vermerk, dass Massnahmen wie die Orientierung der Öffentlichkeit oder die Einreichung einer Strafanzeige, welche nicht Gegenstand einer Verfügung sind, vorbehalten bleiben (act. 1/13) sowie die bisher nicht abgegebenen Teile des Berichts X._____ (act. 1/14) den Stiftungsratsmitgliedern und der Sammelstiftung zukommen.

F.
Mit Gesuch vom 14. Juni 2011 beantragte A._____ beim Bundesverwaltungsgericht den Erlass einer superprovisorischen Massnahme, indem die Vorinstanz bis auf Weiteres anzuweisen sei, die im Dispositiventwurf vorbehaltene Orientierung der Öffentlichkeit über die verfügungsweise beabsichtigten Aufsichtsmassnahmen gegen die Sammelstiftung zu unterlassen beziehungsweise deren Unterlassung durch den eingesetzten Sachwalter sicherzustellen (act. 1 in C-3363/2011).

Mit Zwischenentscheid vom 17. Juni 2011 (act. 1/26 bzw. act. 2 in C-3363/2011) hiess das Bundesverwaltungsgericht diesen Antrag gut. Die Vorinstanz wurde superprovisorisch angewiesen, bis auf Weiteres jegliche Publikation von aufsichtsrechtlichen Massnahmen gegen die Sammelstiftung C._____ sowie deren Mitglieder des Stiftungsrates zu unterlassen beziehungsweise deren Unterlassung durch einen allfälligen Sachwalter sicherzustellen (Dispositivziffer 4).

G.
Am 24. Juni 2011 verfügte die Vorinstanz was folgt (act. 1/1):

> „ 1. Es wird festgestellt, dass die Amtsdauer der Stiftungsräte der Sammelstiftung C._____, Frau F._____, Herr B._____, Herr A._____, Herr G._____, am 30. Juni 2011 endet und sämtliche Stiftungsräte nicht für eine Wiederwahl kandidieren.
>
> 2. Es wird festgestellt, dass am 1. Juli 2011 keine Stiftungsräte mehr im Amt sind. Es finden per 1. Juli 2011 keine Neuwahlen statt.
>
> 3. Herr lic. iur. Y._____, eidg. dipl. Pensionsversicherungsexperte, wird per 1. Juli 2011 als Sachwalter eingesetzt.
>
> 4. Der Sachwalter erhält vollumfängliche Kompetenzen entsprechend denjenigen eines Stiftungsrates und wird angewiesen, alle notwendigen Handlungen durchzuführen. Der Sachwalter erstattet dem BSV vierteljährlich und bei aussergewöhnlichen Begebenheiten umgehend Bericht über seine Tätigkeiten.
>
> 5. Der Handelsregisterführer des Kantons Zürich wird ersucht, per 1. Juli 2011 den Sachwalter, Herr Y._____, mit Einzelzeichnungsberechtigung ins Handelsregister einzutragen und ebenfalls per 1. Juli 2011 die bisherigen Stiftungsräte, Frau F._____, Herr B._____, Herr A._____ und Herr G._____, zu löschen.
>
> 6. Einer allfälligen Beschwerde gegen diese Verfügung wird die aufschiebende Wirkung entzogen (Art. 55 Abs. 2 VwVG).

7. Die Kosten für die Tätigkeit des Sachwalters werden von der Stiftung getragen.

8. (Gebühren)

9. (Eröffnung)

10. (Mitteilung).“

Zur Begründung führte die Vorinstanz im Wesentlichen aus, aufgrund des Berichts des Gutachters Dr. X._____ stehe fest, dass die Stiftungsräte ihren Auftrag in verschiedener Weise nicht pflichtgemäss erfüllt hätten und somit für die Aufsichtsbehörde nicht mehr tragbar seien. Deren vorzeitige Absetzung erübrige sich, nachdem ihre Amtszeit per 30. Juni 2011 beendet sei und sie sich für die Amtsperiode ab 1. Juli nicht mehr für eine Wiederwahl zur Verfügung gestellt hätten. Eine Neuwahl des Stiftungsrates könne die Vorinstanz indes nicht zulassen. So hätten die bisherigen Stiftungsräte Neuwahlen eingeleitet, ohne die Aufsichtsbehörde zu informieren, obwohl ihnen bekannt gewesen sei, dass sie beabsichtige, einen Sachwalter einzusetzen. Zudem bestehe keine Gewähr dafür, dass die neuen Stiftungsräte unabhängig seien. Die Einsetzung eines Sachwalters sei aufgrund der gegebenen Umstände die einzige Massnahme, um die Stiftungsgeschäfte im Sinne der Versicherten führen zu können.

H.
Gegen diese Verfügung wurden folgende Beschwerden beim Bundesverwaltungsgericht erhoben:

1. von A._____ (nachfolgend Beschwerdeführer 1) am 28. Juni 2011 (Verfahren C-3698/2011) mit den Anträgen, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen, das Handelsregisteramt des Kantons Zürich sei unverzüglich anzuweisen, die gemäss angefochtener Verfügung auf den 1. Juli 2011 vorzunehmenden Mutationen bis auf Weiteres zu unterlassen, es sei dem Beschwerdeführer die Frist für eine ergänzende Begründung der Beschwerde offen zu halten (act. 1);

2. von B._____ (nachfolgend Beschwerdeführer 2) am 30. Juni 2011 (Verfahren C-3743/2011) mit dem Antrag, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben, und der Erklärung, dass er sich den prozessualen Anträgen von A._____ und deren Begründung anschliesse (act. 1 in C-3743/2011);

3. von der Sammelstiftung C._____ (nachfolgend Beschwerdeführerin 3) am 30. Juni 2011 (Verfahren C-3721/2011) mit den Anträgen, es sei die aufschiebende Wirkung der Beschwerde wieder herzustellen, es sei die angefochtene Verfügung aufzuheben, das Handelsregisteramt des Kantons Zürich sei anzuweisen, die verfügten Mutationen bis auf Weiteres zu unterlassen, der Beschwerdeführerin sei Gelegenheit zur Ergänzung der Begründung zu gewähren (act. 1 in C-3721/2011).

Zur Begründung wird im Wesentlichen vorgebracht, die Abklärungen des Gutachters zu den fraglichen Transaktionen seien unvollständig, teilweise unzutreffend und unausgewogen. Zudem stehe eine betriebswirtschaftliche Untersuchung noch aus. Zum Bericht des Gutachters hätten die Beschwerdeführenden nicht eingehend Stellung nehmen können, zumal die Vorinstanz ihnen den Bericht nur auszugsweise zugestellt und eine übermässig kurze Frist eingeräumt habe. Die dennoch rechtzeitig abgegebenen Stellungnahmen der Beschwerdeführenden habe die Vorinstanz für das weitere Vorgehen jedoch nicht beachtet. Die Neuwahl des Stiftungsrates, welche die Sammelstiftung eigenverantwortlich bereits eingeleitet habe, stehe in keinem Zusammenhang mit den fraglichen Transaktionen, zur aufsichtsrechtlichen Untersagung von Neuwahlen bestehe deshalb kein Anlass. Auch wenn der Stiftungsrat per 1. Juli 2011 möglicherweise noch nicht vollständig neu bestellt gewesen wäre, ergebe sich daraus noch keine Handlungsunfähigkeit der Stiftung. Dem neu zu wählenden Stiftungsrat könne nicht zum vorneherein fehlende Unabhängigkeit attestiert werden, vielmehr wäre dieser durchaus in der Lage, die Vergangenheit hinsichtlich des Kaufs der C._____ AG aufzuarbeiten. Die Einsetzung eines Sachwalters anstelle des Stiftungsrates dränge sich daher nicht auf.

I.
Mit Zwischenverfügung vom 6. Juli 2011 (act. 4) vereinigte das Bundesverwaltungsgericht die Verfahren C-3698/2011, C-3743/2011 und C-3721/2011 (Dispositivziffer 1) und ersuchte den Handelsregisterführer des Kantons Zürich, die gemäss Dispositivziffer 5 der angefochtenen Verfügung vom 24. Juni 2011 beantragten Eintragungen im Handelsregister vorerst bis zum Entscheid über die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde gegen die angefochtene Verfügung nicht vorzunehmen (Dispositivziffer 8).

J.
Mit vorab per Telefax übermittelter Eingabe vom 7. Juli 2011 (act. 5) sowie mit nachträglich ergänzter Eingabe vom 8. Juli 2011 (act. 6, 7) bean-

tragte der Beschwerdeführer 1 beim Bundesverwaltungsgericht, es seien superprovisorisch und unverzüglich Anordnungen dahingehend zu erlassen, dass die aufschiebende Wirkung der Beschwerde – in Wiedererwägung der Zwischenverfügung vom 6. Juli 2011 – ohne vorherige Anhörung der Vorinstanz wieder herzustellen sei (1), eventualiter seien dem für die Sammelstiftung C._____ eingesetzten Sachwalter einstweilen sämtliche Handlungen zu untersagen, die für die Zukunft präjudizierende Wirkung entfalten könnten (2). Der Beschwerdeführer 1 machte dazu unter anderem geltend, der Handelsregisterführer des Kantons Zürich habe die Mutationen, welche er gemäss Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 6. Juli 2011 nicht hätte vornehmen sollen, inzwischen trotzdem eingetragen und im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) publiziert.

K.
Mit Verfügung des Instruktionsrichters vom 8. Juli 2011 (act. 15) wurde der Handelsregisterführer des Kantons Zürich ersucht, die am 4. Juli 2011 erfolgten Mutationen rückwirkend zu löschen (Dispositivziffer 1) und die Vorinstanz angewiesen, bis zum Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts über die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde gegen die angefochtene Verfügung aufsichtsrechtlich sicherzustellen, dass die Sammelstiftung C._____ gemäss Gesetz und Statuten handlungsfähig sei (Dispositivziffer 2).

Am 11. Juli 2011 wurden die betreffenden Mutationen im Handelsregister und am 14. Juli im SHAB gelöscht (act. 21).

L.
Am 29. August 2011 reichten die Beschwerdeführenden die Begründungsergänzungen ein (act. 25; act. 24 in C-3721/2011; act. 22 in C-3743/2011), wobei sie ihre bisherigen Anträge und Begründungen bestätigten. Der Beschwerdeführer 2 machte überdies geltend, die Vorinstanz habe das vom Bundesverwaltungsgericht am 17. Juni 2011 verfügte Publikationsverbot verletzt, indem sie den Handelsregisterführer zur Löschung des bisherigen Stiftungsrates und zur Eintragung des Sachwalters anwies. Die Beschwerdeführerin 3 brachte zudem vor, aufgrund der Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 8. Juli 2011 dürfe der Streitgegenstand während des Verfahrens nicht geändert werden, weshalb der neugewählte Stiftungsrat nicht in das Handelsregister einzutragen sei und der bisherige Stiftungsrat die Stiftung interimistisch weiterführen müsse; ebenfalls aufgrund der Zwischenverfügung vom 8. Juli

2011 bestehe das Vertretungsbefugnis des unterzeichneten Rechtsvertreters bis zum Entscheid über die aufschiebende Wirkung der Beschwerde weiter und die Kündigung des Mandatsverhältnisses durch den eingesetzten Sachwalter entfalte keine Wirkung; ferner sei der Sammelstiftung zu den gravierenden Vorwürfen der Wahlmanipulation das rechtliche Gehör nicht gewährt worden, was auch im Rechtsmittelverfahren nicht geheilt werden könne.

M.
Mit Zwischenentscheid vom 6. September 2011 (act. 28) verfügte das Bundesverwaltungsgericht die Gutheissung des Gesuchs um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerden gegen die angefochtene Verfügung (Dispositivziffer 1) und ersuchte die Vorinstanz, zu den Beschwerden der Beschwerdeführer 1 – 3 eine Vernehmlassung einzureichen (Dispositivziffer 3).

N.
Mit Eingabe vom 16. Januar 2012 (act. 37) liess sich die Vorinstanz zu den ergänzenden Beschwerdebegründungen der Beschwerdeführenden vernehmen. Sie stellte die Anträge, auf die Beschwerden der Beschwerdeführer 1 und 2 nicht einzutreten, eventualiter seien deren Beschwerden abzuweisen, die Beschwerde von Beschwerdeführerin 3 sei abzuweisen. Den Beschwerdeführern 1 und 2 fehle das für die Beschwerdelegitimation notwendige Rechtsschutzinteresse; denn sie seien seit dem 1. Juli 2011 nicht mehr Mitglieder des Stiftungsrats, auch reiche die durch die Streichung im Handelsregister allenfalls bewirkte Beeinträchtigung des guten Rufes nicht für eine Begründung ihrer Beschwerdelegitimation aus, und schliesslich sei die allfällige Erhebung einer Verantwortlichkeitsklage gegen die Beschwerdeführer 1 und 2 nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Im Weiteren verneinte die Vorinstanz, das rechtliche Gehör der Beschwerdeführenden verletzt zu haben; so sei die Gehörsfrist nicht zu kurz bemessen, da der Bericht X._____ keine für die Beschwerdeführenden unbekannten Tatsachen enthalte, der Bericht sei auch nicht Gegenstand des Dispositivs der angefochtenen Verfügung, weshalb sie in der Verfügungsbegründung nicht auf die Stellungnahmen der Beschwerdeführenden habe eingehen müssen.

O.
Am 27. März 2012 reichte die Beschwerdeführerin 3 ihre Replik ein (act. 44 in C-3721/2011). Sie hielt an den bisher gestellten Anträgen und deren Begründung fest. Dazu hob sie hervor, das aufsichtsrechtliche Einschrei-

ten sei durch die Handlungen des bisherigen Stiftungsrates ausgelöst worden, trotzdem richteten sich die verfügten Anordnungen der Vorinstanz ausschliesslich gegen den neugewählten Stiftungsrat. Die Vorinstanz habe somit das rechtliche Gehör der neuen Stiftungsratsmitglieder verletzt. Der neue Stiftungsrat sei aber ordnungsgemäss und rechtskonform gewählt worden, er sei vom bisherigen Stiftungsrat vollkommen unabhängig, lege seine Vorgehensweise gegenüber der Vorinstanz offen und kooperiere mit ihr. Die Einsetzung eines Sachwalters sei daher nicht erforderlich.

P.
Am 30. März 2012 reichte der Beschwerdeführer 1 seine Replik ein (act. 46) und bekräftigte seine in den bisherigen Eingaben gestellten Begehren und deren Begründung. Inbezug auf die Beschwerdelegitimation hob er zudem hervor, er selber sowie der Beschwerdeführer 2 seien im Zeitpunkt des Verfügungserlasses Mitglieder des Stiftungsrates gewesen, sie beide hätten am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und die Vorinstanz habe die angeordneten Massnahmen mit dem Bericht X._____ begründet, gegen den er und der Beschwerdeführer 2 in einem späteren Verantwortlichkeitsverfahren zwar Einwendungen erheben könnten, ihre Position sei dann aber beeinträchtigt. Er und der Beschwerdeführer 2 hätten daher ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der angefochtenen Verfügung.

Der Beschwerdeführer 2 schloss sich diesen Ausführungen wiederum an (act. 42 in C-3743/2011).

Q.
Am 14. September 2012 reichte die Vorinstanz ihre Duplik zur Replik der Beschwerdeführer 1 und 2 ein (act. 50), wobei sie ebenfalls an ihren Anträgen und deren Begründung vollumfänglich festhielt.

R.
Mit Eingabe an das Bundesverwaltungsgericht vom 7. Juni 2013 reichte die Vorinstanz unaufgefordert Unterlagen zur Berichterstattung 2011 und 2012 der Beschwerdeführerin 3 (act. 55) nach. Dazu führte sie aus, diese Dokumente würden belegen, dass der von der Beschwerdeführerin 3 bezahlte Kaufpreis für die C._____ AG zu hoch und das der D._____ AG gewährte Darlehen nicht werthaltig gewesen seien. Ein Stiftungsrat, welcher dermassen offensichtliche Fehlinvestitionen tätigte, habe keine Gewähr geboten, dass die Gelder der Versicherten zweckgemäss und

BVV 2-konform angelegt würden. Die verfügte Einsetzung eines Sachwalters sei daher gerechtfertigt.

S.
Am 27. Juni 2013 reichte die Vorinstanz ihre Duplik zu zur Replik der Beschwerdeführerin 3 ein (act. 56), wobei sie ihre bisherigen Anträge und Begründungen bestätigte. Insbesondere verneinte sie eine Verletzung des rechtlichen Gehörs gegenüber den neuen Stiftungsratsmitgliedern, denn diese seien im Zeitpunkt der angefochtenen Verfügung noch nicht gewählt gewesen und es richte sich keine Dispositivziffer gegen sie.

T.
Den vom Gericht mit Zwischenverfügung vom 6. Juli 2011 einverlangten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 4'000.- (act. 4) haben die Beschwerdeführenden am 8. Juli 2011 überwiesen (act. 20).

U.
Auf die Ausführungen der Parteien wird - sofern erforderlich - in den nachfolgenden Erwägungen näher eingegangen.

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. 74 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG; SR 831.40), dies in Verbindung mit Art. 61 Abs. 1 BVG und Art. 33 Bst. i VGG. Eine Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG liegt in casu nicht vor.

1.2 Anfechtungsgegenstand des vorliegenden Verfahrens ist der Verwaltungsakt des Bundesamts für Sozialversicherungen BSV vom 24. Juni 2011, welcher ohne Zweifel eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG darstellt.

1.3 Die Beschwerden der Beschwerdeführer 1 - 3 gegen diese Verfügung sind frist- und formgerecht eingegangen (Art. 50 und 52 VwVG).

1.4 Mit Schreiben vom 7. Juli 2011 (act. 17) wandte sich Y._____ an das Bundesverwaltungsgericht und erklärte, in seiner Funktion als von der Vorinstanz eingesetzter Sachwalter der Sammelstiftung C._____ ziehe er deren Beschwerde zurück. Dagegen erklärte Rechtsanwalt Hans-Peter Stäger mit Eingabe an das Bundesverwaltungsgericht vom 11. Juli 2011 (act. 19), im vorliegenden Verfahren sei die Sammelstiftung C._____ ausschliesslich durch ihn vertreten und diese halte an ihrer Beschwerde vom 30. Juni 2011 gegen die angefochtene Verfügung fest. Damit stellt sich die Frage, ob die Beschwerdeführerin 3 ihre Beschwerde rechtsgültig zurückgezogen hat oder nicht. Die Bejahung bedingt, dass der von der Vorinstanz in ihrer angefochtenen Verfügung eingesetzte Sachwalter rechtsgültig im Namen der Beschwerdeführerin 3 handeln konnte, was wiederum voraussetzt, dass die angefochtene Verfügung – aufgrund der entzogenen aufschiebenden Wirkung der Beschwerde – zumindest vorläufig vollzogen werden konnte. Der Entzug des Suspensiveffekts lässt regelmässig eine vorzeitige Zustandsänderung für den Betroffenen eintreten, ohne dass die verfügungsweise angeordneten Massnahmen im Hinblick auf das eingelegte Rechtsmittel bereits materiell rechtskräftig geworden wären (vgl. BGE 98 V 220 E. 4). Vorliegend erfolgte die Erklärung von Y._____ zu einem Zeitpunkt, in dem bereits ein beschwerdeweise gestelltes Gesuch der Beschwerdeführenden 1 – 3 um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung beim Bundesverwaltungsgericht hängig war (vgl. vorne H). Dementsprechend blieb der verfügte Entzug der aufschiebenden Wirkung so lange in der Schwebe, bis über das Gesuch entschieden wurde. Dieser Zustand wurde durch die Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 6. September 2011 beendet, indem die aufschiebende Wirkung der Beschwerden gegen die angefochtene Verfügung wiederhergestellt wurde (vgl. vorne M). Nach BGE 130 III 657 E. 2.2 kommt dem Entscheid durch den Richter, dem Rechtsmittel die aufschiebende Wirkung zu gewähren, Wirkung ex tunc zu (BGE 127 III 569 E. 4a und b S. 571), d. h. der Beginn der aufschiebenden Wirkung fällt auf den Zeitpunkt des Erlasses des angefochtenen Entscheides. Vorliegend ist das der 24. Juni 2011, worauf auch die Beschwerdeführerin 3 hinweist. Zwischenzeitlich sollen die Wirkungen der angefochtenen Verfügung nach dem Sinn des Suspensiveffekts also nicht eintreten. Somit war Y._____ am 7. Juli 2011 (noch) nicht rechtsgültig als Sachwalter der Sammelstiftung eingesetzt, konnte also nicht in ihrem Namen handeln, und demzufolge blieb seine Erklärung vom 7. Juli

2011 wirkungslos. Die Beschwerde ist daher nicht rechtswirksam zurückgezogen worden.

2.

2.1 Nach Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG ist zur Beschwerde nur legitimiert, wer ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Verfügung hat. Dieses Interesse muss im Allgemeinen nicht bloss bei Einreichung der Beschwerde, sondern auch noch im Zeitpunkt der Urteilsfällung bestehen (vgl. BGE 128 II 34 E. 1b, 111 Ib 56 E. 2a). Entfällt das Rechtsschutzinteresse im Verlaufe des Verfahrens, ist letzteres als gegenstandslos geworden vom Geschäftsverzeichnis abzuschreiben (ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, S. 184 f., Rz. 3.206; PHILIPPE WEISSENBERGER, Kommentar zu Art. 61 VwVG, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/Basel/Genf 2009, S. 1205, Rz. 4; BGE 118 Ib 1 E. 2). Das Rechtsschutzinteresse fehlt insbesondere auch dann, wenn die dem Rechtsstreit zugrunde liegende Sache untergeht (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., S. 185, Rz. 3.209; WEISSENBERGER, a.a.O., S. 1205, Rz. 4).

Ausnahmsweise kann auf das Erfordernis eines aktuellen, praktischen Interesses verzichtet werden, wenn sich die aufgeworfenen Fragen jeweils unter gleichen oder ähnlichen Umständen wieder stellen könnten, an ihrer Beantwortung angesichts ihrer grundsätzlichen Bedeutung ein hinreichendes öffentliches Interesse besteht und eine rechtzeitige richterliche Prüfung im Einzelfall kaum je stattfinden könnte (vgl. BGE 131 II 670 E. 1.2, 128 II 34 E. 1b, 127 I 164 E. 1a, 126 I 250 E. 1b, 125 I 394 E. 4b, 111 Ib 182 E. 2c, 111 Ib 56 E. 2a). Eine entsprechende Konstellation ist vorliegend jedoch nicht gegeben.

2.2 Die Beschwerdeführer 1 und 2 waren sowohl im Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung als auch im Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung Mitglieder des Stiftungsrates der Beschwerdeführerin 3. Als solche haben sie am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und sind als Adressaten der angefochtenen Verfügung beschwerdebefugt.

2.3 Die Beschwerdeführerin 3 hat als Partei am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und ist Adressatin der angefochtenen Verfügung, mit welcher die Neubesetzung des Stiftungsrates der Beschwerdeführerin 3 untersagt und im Gegenzug die Einsetzung eines von der Vorinstanz be-

stimmten Sachwalters angeordnet wird. Diese aufsichtsrechtlichen Massnahmen stellen schwerwiegende Eingriffe in die Stiftungsorganisation und mithin in die Stiftungsautonomie der Beschwerdeführerin 3 dar, und dementsprechend hat sie an der Aufhebung bzw. Änderung der angefochtenen Verfügung ein schutzwürdiges Interesse. Sie ist daher beschwerdebefugt.

2.4 Nachdem auch der eingeforderte Kostenvorschuss in der gesetzten Frist geleistet wurde, ist auf das ergriffene Rechtsmittel der Beschwerdeführenden 1 – 3 einzutreten.

2.5

2.5.1 Am 30. Juni 2011 lief die Amtszeit der Beschwerdeführer 1 und 2 als Stiftungsräte der Beschwerdeführerin 3 aus und sie stellten sich, wie sie selber darlegen und im Übrigen unbestritten ist, nicht mehr zur Wiederwahl. Damit endete ihre Funktion auf ordentlichem Wege und nicht etwa aufgrund der verfügungsweise angeordneten Massnahmen. Davon ist vorliegend auszugehen.

2.5.2 Die Beschwerdeführer 1 und 2 machen geltend, sie seien von den mit der angefochtenen Verfügung angeordneten Aufsichtsmassnahmen der Vorinstanz jedoch auch über den 30. Juni 2011 berührt, indem sie nicht zuletzt als Folge der aufsichtsrechtlichen Intervention und nach den Empfehlungen im Bericht X._____ allenfalls in verantwortungsrechtlicher Hinsicht von der Beschwerdeführerin 3 belangt werden könnten. Die Anordnung der Vorinstanz, dass anstelle eines neu besetzten Stiftungsrates ein von ihr eingesetzter Sachwalter für die Beschwerdeführerin 3 handelt, ist zwar streitig. Unabhängig davon bleibt es der Beschwerdeführerin 3 aber nicht verwehrt, entweder durch den neuen Stiftungsrat oder durch den eingesetzten Sachwalter Ansprüche gegen ehemalige Mitglieder des Stiftungsrates geltend zu machen, worauf die Vorinstanz zu Recht hinweist. Gegebenenfalls hätten die Beschwerdeführer 1 und 2 alsdann die Möglichkeit, im Rahmen des entsprechenden Zivilverfahrens ihre Interessen wahrzunehmen. Insoweit entsteht ihnen durch die vorliegende Verfügung kein Nachteil, zu dessen Abwendung sie in diesem Verfahren ein schützenswertes Interesse haben.

2.5.3 Damit ist das Rechtsschutzinteresse der Beschwerdeführer 1 und 2 und somit eine Prozessvoraussetzung für das vorliegende Verfahren weggefallen: Fällt das aktuelle Rechtsschutzinteresse nach Einreichen des Rechtsmittels dahin, ist das Verfahren grundsätzlich infolge Gegen-

standslosigkeit abzuschreiben (BGE 137 I 23 E. 1.3.1 m. w. H.; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz. 696).

2.5.4 Dies hat zur Folge, dass die Verfahren C-3698/2011 (Beschwerdeführer 1) sowie C-3743/2011 (Beschwerdeführer 2) als gegenstandlos geworden abzuschreiben sind.

3.

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

3.2 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/MARTIN BERTSCHI, a.a.O., Rz. 1037.).

4.

4.1 In verfahrensmässiger Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin 3, ihr rechtliches Gehör sei beim Erlass der angefochtenen Verfügung verletzt worden. So habe ihr die Vorinstanz nicht oder nicht hinreichend Gelegenheit gegeben, zur angebrachten Kritik Stellung zu nehmen, indem sie namentlich die angesetzten Fristen übermässig kurz bemessen habe, in den Bericht X._____ nur unvollständig Einsicht gewährte und auf die vorgebrachten Einwände nicht eingegangen sei (vgl. Beschwerdeschrift Rz. 12 ff., 26 ff. [act. 1 in C-3721/2011]).

4.2 Nach Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101; vgl. auch Art. 26 ff. VwVG) haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Das rechtliche Gehör dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es aber auch ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass von

Verfügungen dar, welche in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreifen. Dazu gehört insbesondere das Recht der Parteien, sich vor Erlass eines in ihre Rechtsstellung eingreifenden Entscheides zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen; die Behörde darf sich bei ihrem Entscheid grundsätzlich nicht auf Akten stützen, von welchen die betroffene Partei keine Kenntnis hat (vgl. Urteil BGer I 3/05 vom 17. Juni 2005 E. 3.1.3; BGE 132 V 368 E. 3.1. m. w. H.; Urteil BVGer C-6718/2010 vom 2. Mai 2011 E. 3.5.1).

4.3 Vorliegend informierte die Vorinstanz die Beschwerdeführenden erstmals am 11. Mai 2011 über das Ergebnis des Berichts X._____ sowie über zu prüfende Aufsichtsmassnahmen gemäss den Empfehlungen des Berichts. Im Vordergrund standen die Absetzung der Stiftungsräte und die Einsetzung eines Sachwalters (vgl. act. 1/8, 1/9 [Aktennotiz]). Dabei wurde nach übereinstimmender Darstellung der Parteien den Beschwerdeführenden zunächst nur ein Teil des Berichts X._____ übergeben. Dazu nahm die Beschwerdeführerin 3 mit Schreiben vom 20. Mai 2011 Stellung, wobei sie auch gleichzeitig bekanntgab, dass sich sämtliche Stiftungsratsmitglieder nicht mehr zur Wiederwahl stellen würden (act. 1/12). Am 1. Juni 2011 liess die Vorinstanz den Beschwerdeführenden den vollständigen Bericht X._____ inklusive Beilagen sowie das Dispositiv der beabsichtigten Verfügung zugehen (vgl. vorne E) und gewährte ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme bis zum 15. Juni 2011. Nachdem ihr die Vorinstanz eine Fristerstreckung von 5 Tagen eingeräumt hatte (act. 1/18), liess sich die Beschwerdeführerin 3 am 20. Juni 2011 vernehmen (1/23).

4.4 In Anbetracht der einschneidenden Massnahmen, welche die Vorinstanz offenbar massgeblich gestützt auf die Empfehlungen im Bericht X._____ zu erlassen beabsichtigte, sowie angesichts des Umfangs und der Schwere der im Bericht geltend gemachten Mängel bei der Anlage des Stiftungsvermögens rügen die Beschwerdeführenden und vorab die Beschwerdeführerin 3 zu Recht ihre mangelnde Möglichkeit zur Mitwirkung. Das ganze Verfahren – von der erstmaligen Information über den Bericht X._____ und über die allfälligen aufsichtsrechtlichen Massnahmen vom 11. Mai 2011 bis zum Erlass der Verfügung am 24. Juni 2011 – dauerte nur rund 6 Wochen. Für die Stellungnahme zum vollständigen Bericht und zum Entwurf des Verfügungsdispositivs räumte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin 3 nur rund zwei Wochen ein. Für das ra-

sche Vorgehen der Vorinstanz und damit verbunden die den Beschwerdeführenden gewährten unangemessen kurzen Fristen für die Einreichung ihrer Stellungnahmen ist kein Anlass ersichtlich. Überdies ging die Vorinstanz auf die Einwände der Beschwerdeführerin 3 zum Bericht X._____ und zum Entwurf des Verfügungsdispositivs in der angefochtenen Verfügung gar nicht ein, was sie im Nachhinein damit begründete, der Bericht sei nicht Gegenstand des Verfügungsdispositivs. Dem ist nicht zu folgen; bildete doch für die Vorinstanz gerade der Bericht X._____ die wesentliche Grundlage für ihr aufsichtsrechtliches Einschreiten.

Ferner ist nicht aktenkundig, dass die Beschwerdeführerin 3 zum verfügten Verbot von Neuwahlen – diese Massnahme wurde im Bericht X._____ nicht thematisiert – überhaupt angehört wurde. Jedenfalls erhielt die Vorinstanz erst mit dem erwähnten Schreiben der Beschwerdeführerin 3 vom 20. Mai 2011 Kenntnis über das Ende der Amtsdauer aller vier Stiftungsräte und deren Verzicht auf eine Wiederwahl (vgl. vorne 4.3), so dass Neuwahlen erst ab diesem Zeitpunkt zum Thema für die Vorinstanz werden konnten. Trotzdem erliess sie nur rund vier Wochen später das diesbezügliche Verbot. Auch für dieses überaus eilige Vorgehen ergibt sich aufgrund der Akten kein Anlass.

Schliesslich ist unter den Parteien streitig, ob nur die bisherigen oder auch die zur Wahl vorgeschlagenen neuen Mitglieder des Stiftungsrates hätten angehört werden müssen. Diese Frage kann jedoch offen bleiben. Die Adressaten der angefochtenen Verfügung waren die vier namentlich aufgeführten Einzelpersonen sowie die Beschwerdeführerin 3, vertreten durch Rechtsanwalt Stäger; die gestützt auf Art. 62 Abs. 1 Bst. d BVG angeordneten Massnahmen – Verbot von Neuwahlen, Einsetzung eines Sachwalters – richten sich aber lediglich gegen die Beschwerdeführerin 3 als beaufsichtigte Vorsorgeeinrichtung, denn ihr obliegt die Organisation des obersten Stiftungsorgans. Damit bestimmt die Beschwerdeführerin 3 darüber, ob und gegebenenfalls welche Mitglieder des Stiftungsrates sie für das rechtliche Gehör beiziehen will.

4.5 Die Vorinstanz hat nach dem Gesagten die Anforderungen an ein rechtskonformes Verwaltungsverfahren in schwerwiegender Weise verletzt und – soweit es sich um Teilaspekte des rechtlichen Gehörs handelt – ist auch dieses verletzt.

4.6 Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur. Dessen Verletzung führt grundsätzlich ungeachtet der Erfolgsaussichten der Be-

schwerde in der Sache selbst zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung (BGE 132 V 387 E. 5.1, 127 V 431 E. 3d/aa). Nach der Rechtsprechung kann eine – nicht besonders schwerwiegende – Verletzung des rechtlichen Gehörs ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie die Rechtslage frei überprüfen kann (BGE 127 V 431 a.a.O.). Von einer Rückweisung der Sache an die Verwaltung ist selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des rechtlichen Gehörs dann 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 (BGE 132 V 387 a.a.O. mit Hinweis, vgl. auch BGE 133 I 201 E. 2.2).

Die Beschwerdeführerin 3 konnte sich im vorliegenden Verfahren, in dem das Bundesverwaltungsgericht sowohl den Sachverhalt als auch die Rechtslage frei überprüft, in Kenntnis sämtlicher relevanter Vorakten einlässlich zur angefochtenen Verfügung äussern. Im Rahmen eines zweifachen Schriftenwechsels hatte die Beschwerdeführerin 3 ausreichend Gelegenheit, ihre Anträge zu begründen und zu den umstrittenen Fragen Stellung zu nehmen. Unter diesen Umständen würde eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zweifelsohne zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu einer unnötigen Verzögerung des Verfahrens führen, was nicht mit dem prozessökonomischen Interesse (auch) der Beschwerdeführerin 3 an einer beförderlichen Beurteilung der Sache zu vereinbaren ist. Es ist daher gerechtfertigt, die festgestellten Gehörsverletzungen im vorliegenden Rechtsmittelverfahren als geheilt zu erachten.

5.

5.1 Gemäss Art. 62 Abs. 1 BVG in der hier anzuwendenden, bis 31. Dezember 2011 geltenden Fassung wacht die Aufsichtsbehörde darüber, dass die Vorsorgeeinrichtung die gesetzlichen Vorschriften einhält, indem sie insbesondere die Übereinstimmung der reglementarischen Bestimmungen mit den gesetzlichen Vorschriften prüft (Bst. a), von den Vorsorgeeinrichtungen periodisch Berichterstattung fordert, namentlich über die Geschäftstätigkeit (Bst. b), Einsicht in die Berichte der Kontrollstelle und des Experten für berufliche Vorsorge nimmt (Bst. c) sowie die Massnahmen zur Behebung von Mängeln trifft (Bst. d) und Streitigkeiten betreffend das Recht der versicherten Person auf Information beurteilt (Bst. e).

5.2 Die Stiftungsaufsicht hat dafür zu sorgen, dass das Stiftungsvermögen seinen Zwecken gemäss verwendet wird (Art. 84 Abs. 2 ZGB), und sie hat darüber zu wachen, dass sich die Organe einer Stiftung an das Gesetz, die Stiftungsurkunde, allfällige Reglemente und die guten Sitten halten. Zur Erfüllung dieser Aufgaben steht der Aufsichtsbehörde eine ganze Anzahl präventiver und repressiver Aufsichtsmittel zur Verfügung. Diesbezüglich verlangt das in Art. 5 Abs. 2 BV verankerte Verhältnismässigkeitsprinzip, dass eine behördliche Massnahme für das Erreichen des im öffentlichen oder privaten Interesse liegenden Ziels 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 m. w. H., Urteil BGer 1C_49/2010 vom 28. April 2010; Urteil BVGer C-5462/2008, C-2795/2009 vom 11. April 2011 E. 5). Für die Anordnung von präventiven wie auch von repressiven Massnahmen gelten, wie für Verwaltungsmassnahmen schlechthin, die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Subsidiarität (Urteil BGer 5A_274/2008 vom 19. Januar 2009 E. 5.1).

5.3 Die präventiven Aufsichtsmittel sind weitgehend gesetzlich geregelt (vgl. Art. 62 Abs. 1 Bst. a-c BVG). Sie sind darauf ausgelegt, gesetzes- und statutenwidriges Verhalten der Vorsorgeeinrichtung durch eine laufende Kontrolle ihrer Geschäftstätigkeit zu verhindern.

Mittels des repressiven Handelns soll der rechtmässige Zustand wieder hergestellt werden (BVGE 2009/22 E. 3.2.1). Als repressive Aufsichtsmittel kommen unter anderem die Mahnung pflichtvergessener Organe, das Erteilen von Weisungen oder Auflagen in Frage, soweit die Vorsorgeeinrichtung keinen Ermessensspielraum hat, auch die Aufhebung und Änderung von Entscheiden oder Erlassen der Stiftungsorgane, wenn und soweit diese gesetzes- oder urkundenwidrig sind, im Weiteren die Abberufung und Neueinsetzung von Stiftungsorganen und Liquidatoren, die Ersatzvornahme durch Dritte auf Kosten der Stiftung oder die Einsetzung eines Beistandes (vgl. dazu BGE 126 III 499 E. 3) oder eines interimistischen Stiftungsrates unter gleichzeitiger Enthebung des ordentlichen Stiftungsrates. Diese Aufzählung ist nicht abschliessend. Die Kantone können die Aufsichtsmittel in ihren kantonalen Ausführungserlassen regeln (Urteil BVGer C-6709/2007 vom 23. Oktober 2009 E. 4.1; ISABELLE VETTER-SCHREIBER, Staatliche Haftung bei mangelhafter BVG-Aufsichtstätigkeit, Zürich 1996, S. 63 ff.; CHRISTINA RUGGLI, Die behördli-

che Aufsicht über Vorsorgeeinrichtungen, Basel 1992, S. 111 ff.; HANS MICHAEL RIEMER/GABRIELA RIEMER-KAFKA, Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz, 2. Auflage, Bern 2006, § 2 Rz. 98).

5.4 Auf Grund der dargelegten 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. Dabei hat sie den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten. 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).

6.

6.1 Die Vorinstanz hat mit der angefochtenen Verfügung festgestellt, dass die Amtsdauer der Mitglieder des Stiftungsrats der Beschwerdeführerin 3 am 30. Juni 2011 endet und sämtliche Stiftungsräte nicht für eine Wiederwahl kandidieren (Dispositivziffer 1). Wie erwähnt (vorne E. 2.5) waren es die Stiftungsratsmitglieder und mithin auch die Beschwerdeführer 1 und 2, welche den diesbezüglichen Beschluss fassten. Mit Schreiben vom 20. Mai 2011 wurde die Vorinstanz von der Beschwerdeführerin 3 entsprechend informiert. Diese Feststellung in der angefochtenen Verfügung ist daher unbestritten.

6.2

6.2.1 Die Vorinstanz hat weiter festgestellt, dass am 1. Juli 2011 keine Stiftungsräte mehr im Amt sind (Dispositivziffer 2, Satz 1). Dazu führt sie aus, gemäss Webseite der Beschwerdeführerin 3 stünden am 22. Juni 2011 noch keine Arbeitnehmervertreter zur Wahl und die bereits aufgegleisten Neuwahlen entsprächen nicht dem Organisationsreglement der Beschwerdeführerin 3, da die reglementarisch vorgesehenen Fristen nicht eingehalten werden könnten. In ihrer Vernehmlassung vom 16. Januar 2012 macht die Vorinstanz zudem geltend, die Beschwerdeführerin 3 habe eine stille Wahl durchgeführt, obwohl diese Verfahrensform nicht im Organisationsreglement erwähnt sei. Dagegen wendet die Beschwerdeführerin 3 zusammenfassend ein, es hätten rechtzeitig gültige Nominationen von neuen Stiftungsratsmitgliedern vorgelegen, eine stille Wahl sei nicht ausgeschlossen und aus der angeblich fehlenden Arbeitnehmervertretung könne nicht auf die Handlungsunfähigkeit der Stiftung geschlossen werden. Die angefochtene Verfügung basiere deshalb auf einem falschen, willkürlich festgestellten Sachverhalt.

Nachfolgend ist zu prüfen, ob die Feststellung der Vorinstanz zutrifft.

6.2.2 Die Besetzung des Stiftungsrates der Beschwerdeführerin 3 wird in den Statuten und im Organisationsreglement geregelt. Demgemäss besteht der Stiftungsrat aus mindestens je zwei für eine Amtsdauer von drei Jahren gewählten Arbeitnehmer- und Arbeitgebervertretern (Art. 9 Abs. 1 StU). Der Stiftungsrat ist beschlussfähig, wenn mindestens ein Arbeitnehmer- und ein Arbeitgebervertreter anwesend sind (Art. 9 Abs. 4 StU). Zudem ist er auch dann handlungsfähig, wenn ihm lediglich ein Arbeitnehmer- und Arbeitgeber angehören (Art. 2 Abs. 1 des Organisationsreglements vom 10. Mai 2005 [act. 1/25]).

Das Wahlverfahren verläuft gemäss Art. 7 – 9 des Organisationsreglements wie folgt: Der Stiftungsrat setzt spätestens drei Monate vor Ablauf der Amtsdauer seiner Mitglieder den Vorsorgewerken eine Frist von mindestens 30 Tagen zur schriftlichen Einreichung ihrer Nominationen. Dabei kann er eigene Kandidaten vorschlagen. Die Nomination ist nur gültig, wenn sie bis zum Fristablauf bei der Sammelstiftung eingetroffen ist und die nominierte Person durch Mitunterzeichnung bestätigt, eine allfällige Wahl anzunehmen. Der Stiftungsrat befindet über die Gültigkeit von Nominationen. Er darf nominierte Personen jedoch nur dann als nicht wählbar bezeichnen, wenn offensichtlich ist, dass sie die Voraussetzung des passiven Wahlrechts nicht erfüllen. Die Sammelstiftung orientiert die Vorsorgewerke innert 20 Tagen seit Ablauf der Nominationsfrist und setzt ihnen eine Frist von mindestens 30 Tagen zur schriftlichen Wahl. Die Wahlzettel sind gültig, wenn sie u. a. bis zum Fristablauf bei der Sammelstiftung eingetroffen sind. Der Stiftungsrat hält die Wahl in einem Erwahrungsbeschluss fest und beruft mit einer Einladungsfrist von mindestens 10 Tagen eine konstituierende Sitzung des neu gewählten Stiftungsrates ein.

6.2.3 An der Sitzung des Stiftungsrats vom 11. Januar 2011 erklärten die Stiftungsräte F._____ und G._____, bei den kommenden Stiftungsratswahlen nicht mehr zur Wiederwahl antreten zu wollen (vgl. Protokoll vom 11. Januar 2011, S. 5 [act. 25/47]), die Beschwerdeführer 1 und 2 gaben ihre gleichlautenden Beschlüsse an der Stiftungsratssitzung vom 12. Mai 2011 bekannt (vgl. Protokoll vom 16. Mai 2011 [act. 1/6]). Mit Schreiben vom 28. März 2011 (act. 37/2) rief die Beschwerdeführerin 3 ihre Vorsorgewerke auf, bis zum 30. April 2011 Nominationen für die Arbeitnehmer- und Arbeitgebervertreter einzureichen. Der Aufruf zur Nominati-

on erfolgte somit drei Monate vor Ablauf der Amtszeit des Stiftungsrates und die Nominationsfrist betrug 30 Tage. Auf das erste Aufforderungsschreiben gingen drei Kandidaturen für die Arbeitgebervertretung ein, wobei die dritte Kandidatur erst am 13. Mai 2011 bei der Beschwerdeführerin 3 eintraf (act. 27/7, 8, 9). Die Orientierung der Vorsorgewerke über die eingegangenen Kandidaturen erfolgte am 1. Juni 2011 und somit innert 20 Tagen seit Eintreffen der letzten Nomination. Dabei wurden die Vorsorgewerke zur Wahl der beiden Arbeitgeber bis 30. Juni 2011 aufgefordert (act. 37/6), was einer Frist von 30 Tagen entspricht. Ebenfalls am 1. Juni 2011 wurden die Vorsorgewerke ein zweites Mal zur Nomination von Arbeitnehmervertretungen aufgefordert (act. 37/7), da es dafür bis dato nur eine einzige Kandidatur gab; Eingabetermin war der 15. Juni 2011, wodurch die bisherige Nominationsfrist um 15 Tage verlängert wurde. Am 4. Juli 2011 stellte sich eine zweite Person als Arbeitnehmervertreterin für den Stiftungsrat zur Verfügung (act. 37/8). Beide Arbeitnehmervertreterinnen wurden in stiller Wahl gewählt, ohne dass diese Verfahrensform im Organisationsreglement der Beschwerdeführerin 3 erwähnt würde. Die Erwahrung der Wahlresultate sowie die Konstituierung des neugewählten Stiftungsrates fanden am 5. Juli 2011 statt (vgl. Protokoll der Stiftungsratssitzung vom 5. Juli 2011, S. 2 [act. 24/1]).

6.2.4 Demnach ist rückblickend festzustellen, dass die Beschwerdeführerin 3 die reglementarisch vorgesehenen Fristen betreffend Ankündigung von Neuwahlen, Einreichung der Nominationen, Bekanntgabe der Kandidaturen und Wahl der Kandidaten einhielt. Allerdings wurden in zwei Fällen Personen zur Wahl aufgestellt (und später in den Stiftungsrat gewählt), deren Nominationen verspätet - am 13. Mai anstatt 30. April 2011 und 4. Juli anstatt 15. Juni 2011 - eintrafen. Diese Personen scheinen in Ermangelung weiterer Kandidaten berücksichtigt worden zu sein. Damit gab es am 24. Juni 2011, dem Zeitpunkt des Verfügungserlasses, zwei rechtzeitig nominierte und einen verspätet nominierten Arbeitgebervertreter sowie eine rechtzeitig nominierte Arbeitnehmervertreterin. Besetzt wurde der Stiftungsrat schliesslich mit zwei ordentlich gewählten Arbeitgebervertretern und zwei still gewählten Arbeitnehmervertreterinnen. Die stille Wahl mangels weiterer Kandidaturen ist zwar im Organisationsreglement nicht ausdrücklich vorgesehen, aber auch nicht verboten. Sie verstösst denn auch nicht gegen gesetzliche, statutarische oder reglementarische Grundsätze. Ob die um 19 Tage verspätet eingetroffene Kandidatur der zweiten Arbeitnehmervertreterin rechtsgültig war, was die Vorinstanz bestreitet, muss nicht geprüft werden, da der Stiftungsrat bereits in der Mindestbesetzung mit je einem Arbeitgeber- und einem Arbeitnehmerver-

treter handlungsfähig bzw. beschlussfähig ist (vgl. vorne 6.2.2). Da auch das vorinstanzlich angeordnete Verbot von Neuwahlen einer Neubesetzung des Stiftungsrates nicht entgegensteht – dies wird nachfolgend aufgezeigt – erweist sich die Feststellung der Vorinstanz, dass am 1. Juli 2011 keine Stiftungsräte mehr im Amt sind, als unzutreffend.

6.3

6.3.1 Die Vorinstanz hat angeordnet, dass per 1. Juli 2011 keine Neuwahlen in den Stiftungsrat stattfinden sollen (Dispositivziffer 2, Satz 2). Sie ist der Auffassung, eine Neuwahl des Stiftungsrates durch die Beschwerdeführerin 3 könne nicht zugelassen werden, denn die bisherigen Stiftungsräte hätten Neuwahlen eingeleitet, ohne die Aufsichtsbehörde zu informieren und obwohl ihnen bekannt gewesen sei, dass die Aufsichtsbehörde einen Sachwalter einzusetzen beabsichtigte. Es bestehe deshalb keine Gewähr dafür, dass die neuen Stiftungsräte unabhängig seien. Alle Kandidaten hätten den gleichen Beweggrund genannt und deren Glaubwürdigkeit sei von keinem der Beschwerdeführenden erhärtet worden. Durch den geschlossenen Rücktritt der vier Stiftungsräte habe überdies kein Know-how in den neuen Stiftungsrat eingebracht werden können. Im Übrigen sei die angefochtene Verfügung aufgrund des angeordneten Entzuges der aufschiebenden Wirkung sofort wirksam geworden, so dass die trotzdem durchgeführten Neuwahlen nicht zulässig gewesen seien.

Demgegenüber stellt sich die Beschwerdeführerin 3 auf den Standpunkt, dem neu gewählten Stiftungsrat könne nicht zum vorneherein fehlende Unabhängigkeit attestiert werden, das Nominationsverfahren gebe keinerlei Hinweise oder Anhaltspunkte, aus denen geschlossen werden könne, es seien Strohleute des bisherigen Stiftungsrates zur Wahl vorgeschlagen worden. Der neue Stiftungsrat sei in der Lage, die Vergangenheit hinsichtlich des Kaufs der C._____ AG aufzuarbeiten. Die Neuwahl des Stiftungsrates stehe in keinem Zusammenhang mit dem Kauf der C._____ AG, so dass es keinen Anlass gegeben habe, die Neuwahl aufsichtsrechtlich zu untersagen.

6.3.2 Gemäss Art. 52 Abs. 1 BVG sind alle mit der Verwaltung, Geschäftsführung oder Kontrolle der Vorsorgeeinrichtung betrauten Personen für den Schaden verantwortlich, den sie ihr absichtlich oder fahrlässig zufügen. Als Schaden gilt dabei jede Verminderung des Stiftungsvermögens, welche nicht zur satzungskonformen Zweckverwirklichung erfolgt (Urteil BGer B 11/06 vom 2. August 2007 E. 5.1 m. w. H.). Als weitere

Haftungsvoraussetzung ist ein widerrechtliches Verhalten der verantwortlichen Person erforderlich. Im Bereich der Vermögensverwaltung besteht die Widerrechtlichkeit in erster Linie in einer Verletzung der gesetzlichen (Art. 71 BVG, Art. 49 ff. BVV 2) und reglementarischen Anlagevorschriften (vgl. Art. 49*a* BVV 2), wobei Art. 50 BVV 2 die bei der Vermögensanlage gebotene erhöhte Sorgfaltspflicht zum Ausdruck bringt (BGE 128 V 124 E. 4d mit Hinweisen). Die Pflicht, allfällige Verantwortlichkeitsansprüche abzuklären und gegebenenfalls geltend zu machen, obliegt dem Stiftungsrat als oberstem Organ. Diese Pflicht folgt aus der Pflicht zur Geltendmachung von Forderungen, welche sich wiederum aus der Pflicht zur zweckgemässen Vermögensverwendung ergibt (DOMENICO GULLO, Die Verantwortlichkeit des Stiftungsrats in der Vorsorgeeinrichtung und die Delegation von Aufgaben, in Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge [SZS] 45/2001, S. 54).

6.3.3 Im vorliegenden Fall kam der von der Vorinstanz beauftragte Gutachter zum Schluss, es hätten zwischen dem Stiftungsrat und der Vorsorgeeinrichtung Interessenverflechtungen gegeben, der Stiftungsrat habe Treue- und Sorgfaltspflichten verletzt, wodurch der Vorsorgeeinrichtung ein Schaden entstanden sei, für den er solidarisch hafte, sein Handeln sei auch strafrechtlich relevant (vgl. vorne D). Auch die von der Vorinstanz nachträglich eingereichten Berichterstattungsunterlagen von 2011 und 2012 scheinen diesen Schluss zu bestätigen. Im Hinblick darauf, dass – wovon der Gutachter ausgeht – die selben Personen in ihrer Funktion als Stiftungsräte nun verpflichtet wären, die Verantwortlichkeitsansprüche abzuklären und allenfalls geltend zu machen, würde diese Konstellation zweifelsohne zu einer Interessenkollision führen. Diese Gefahr würde mit der vorinstanzlich vorgesehenen Absetzung des Stiftungsrates verhindert. Vorliegend hat sich diese Massnahme jedoch erübrigt, nachdem sämtliche Stiftungsratsmitglieder nicht mehr zur Wiederwahl per 1. Juli 2011 antraten. Eine drohende Interessenkollision, wie sie vom Gutachter dargelegt wird, ist damit nicht mehr auszumachen. Das wird denn auch von der Vorinstanz grundsätzlich zu Recht nicht in Frage gestellt. Allerdings schliesst sie eine solche Interessenkollision auch gegenüber den neu nominierten (und später gewählten) Mitgliedern des Stiftungsrates nicht aus. Angesichts der Verstösse, welche dem bisherigen Stiftungsrat im Bericht X._____ vorgeworfen werden, ist ein gewisses Misstrauen der Vorinstanz, der vom bisherigen Stiftungsrat neu bestellte Stiftungsrat könnte nicht unabhängig genug sein, verständlich. Dies ist denn auch das einzige Argument, mit dem die Vorinstanz der Beschwerdeführerin 3 die Durchführung von Neuwahlen untersagt (vgl. angefoch-

tene Verfügung insbes. E. 4. j [act. 1/1]) und lässt es dabei bewenden. Ansonsten hat sie ihre Gründe für das Verbot von Neuwahlen weder konkretisiert noch substantiiert. So ergeben sich aus den Akten keine Anhaltspunkte dafür, dass die neu gewählten Stiftungsräte an den umstrittenen Transaktionen beteiligt gewesen wären, etwas Anderes behauptet auch die Vorinstanz nicht. Dass es bei einer späteren Prüfung und Durchsetzung von allfälligen Verantwortlichkeitsansprüchen beim neu gewählten Stiftungsrat zu einer Interessenkollision kommen könnte, wie das beim bisherigen Stiftungsrat der Fall wäre, steht keineswegs fest und wird aktenkundig nicht dargetan. Ebenso wenig erhellt aus den Akten, inwiefern die neuen Mitglieder des Stiftungsrates nicht über die erforderliche fachliche Qualifikation (Art. 4 Abs. 1 Organisationsreglement) verfügen sollen, zumal sie die Möglichkeit haben, externe Personen als Sachverständige beizuziehen (Art. 9 Abs. 2 StU, Art. 3 Abs. 3 Organisationsreglement). Insofern ist nicht einzusehen, weshalb der neue Stiftungsrat nicht in der Lage sein sollte, neben der ordentlichen Geschäftstätigkeit auch allfällige Verantwortlichkeitsansprüche zu prüfen und gegebenenfalls durchzusetzen. Dass er dabei nicht mit der Vorinstanz kooperieren würde, ist ebenfalls nicht aus den Akten zu schliessen. Demzufolge gab es für die Vorinstanz keine objektiven Gründe, aufsichtsrechtlich einzuschreiten und der Beschwerdeführerin 3 die Neuwahl der Mitglieder des Stiftungsrates zu untersagen.

6.3.4 Aus dem Gesagten erweist sich die angeordnete Massnahme, wonach per 1. Juli 2011 keine Neuwahlen stattfinden, als sachlich nicht gerechtfertigt, als unverhältnismässig und damit als nicht rechtmässig. Dementsprechend ist auch nicht näher auf den Standpunkt der Vorinstanz einzugehen, wonach die Stiftungsratswahlen aufgrund des angeordneten Entzuges der aufschiebenden Wirkung nicht hätten durchgeführt werden dürfen und daher bereits aus diesem Grund nicht rechtmässig seien.

6.4

6.4.1 Die Vorinstanz hat als weitere Massnahmen lic. iur. Y._____, eidg. dipl. Pensionsversicherungsexperte, per 1. Juli 2011 als Sachwalter eingesetzt, diesem vollumfängliche Kompetenzen entsprechend denjenigen eines Stiftungsrates eingeräumt mit der Anweisung, alle notwendigen Handlungen durchzuführen, um ihn mit Einzelzeichnungsberechtigung ins Handelsregister eintragen zu lassen. Zu prüfen bleibt, ob diese in den Dispositivziffern 3 - 5 angeordneten Massnahmen rechtens sind.

6.4.2 Als Begründung macht die Vorinstanz geltend, es habe bereits bei Verfügungserlass ein Schaden bestanden, was nun mit den nachträglich eingereichten Berichterstattungsunterlagen per 2011 und 2012 belegt werde. Die Einsetzung eines Sachwalters sei aufgrund der gegebenen Umstände die einzige Massnahme, um die Stiftungsgeschäfte im Sinne der Versicherten führen zu können. Zwar treffe es zu, dass eine Vorsorgeeinrichtung vom gesetzlich und reglementarisch vorgesehenen Stiftungsrat geführt werden soll, er dürfe sich aber nicht aufsichtsrechtlichen Massnahmen entziehen, die Aufsichtsbehörde müsse ihre Anordnungen durchsetzen können. Auch müssten die Entscheidkompetenzen in einer Hand liegen, ansonsten könne es zu Kompetenzkonflikten zwischen dem Stiftungsrat und dem Sachwalter kommen.

Dagegen ist nach Ansicht der Beschwerdeführerin 3 die Einsetzung eines Sachwalters nicht erforderlich. Auch eine Aufgabenteilung zwischen einem Sachwalter und dem Stiftungsrat sei keine geeignete Massnahme mehr. Die Beschwerdeführerin 3 habe mit H._____ bereits eine fachlich kompetente Rechtsvertreterin mandatiert. Auch könne ein allfälliger formeller Fehler bei der Neuwahl nicht im Nachhinein die Einsetzung eines Sachwalters legitimieren.

6.4.3 Gemäss Art. 83*d* Abs. 1 ZGB muss die Aufsichtsbehörde die erforderlichen Massnahmen ergreifen, wenn die vorgesehene Organisation der Stiftung nicht genügend ist, wenn der Stiftung eines der vorgeschriebenen Organe fehlt oder wenn eines dieser Organe nicht rechtmässig zusammengesetzt ist. Sie kann insbesondere (1.) der Stiftung eine Frist ansetzen, binnen derer der rechtmässige Zustand wieder herzustellen ist; oder (2.) das fehlende Organ oder einen Sachwalter einsetzen. Das Gesetz zählt die Massnahmen, die die Aufsichtsbehörde treffen kann, nicht abschliessend auf und nennt lediglich zwei Beispiele. Möglich sind auch andere geeignete Massnahmen (Urteil BGer 5A 401/2010 vom 11. August 2010 E. 5.1; Botschaften BBl 2002 3148 S. 3244 und BBl 2004 3969 S. 4055; vgl. auch Parlamentarische Initiative "Revision des Stiftungsrechts", BBl 2003 8153 S. 8164 f.). Im Einzelnen wird in der Rechtsprechung die Einsetzung eines Sachwalters als zweckmässig erachtet, wenn beispielweise die in Frage kommenden Stiftungsräte zerstritten sind und der Sachwalter die geordnete Geschäftsübergabe besorgt oder jedenfalls begleitet, zumal ihm nicht nur die Behebung von Organisationsmängeln, sondern insbesondere auch die Führung der oder bestimmter Geschäfte übertragen werden kann (Urteil BGer 5A_274/2008 vom 19. Januar 2009 E. 6.2 unter Hinweis auf BBl 2002 III 3232), wenn Stiftungsorgane pflicht-

vergessen sind und keine Anstalten machen, ihre Pflichten trotz Mahnung zu erfüllen (Urteil BVGer C-5462/2008 C-2795/2009 vom 11. April 2011 E. 5.) oder wenn für die Vorinstanz nach langen und intensiven Abklärungen feststand, dass der amtierende Stiftungsrat keine Hand zu eigenverantwortlichem Handeln bot und so seiner Abklärungspflicht betreffend Verantwortlichkeitsansprüchen nicht nachkam (Urteil BVGer C-2365/2006 vom 19. Februar 2008 E. 6.3).

6.4.4 Wie bereits ausgeführt, verfügte die Beschwerdeführerin 3 nach der Beendigung der Amtszeit des bisherigen Stiftungsrates per 30. Juni 2011 auch ab dem 1. Juli 2011 über eine genügende Organisation, indem der Stiftungsrat mit neuen Mitgliedern besetzt und handlungsfähig war (vgl. vorne E. 6.2.4). Die Einsetzung eines Sachwalters wegen Fehlen eines vorgeschriebenen Stiftungsorgans steht hier folglich nicht zur Debatte.

6.4.5 Dem eigentlichen Fehlen des Stiftungsrates werden nach der zitierten Rechtsprechung Fälle gleichgesetzt, bei denen die Stiftung wohl einen Stiftungsrat hat, dieser seine Pflichten aber nicht erfüllen kann oder nicht zur Pflichterfüllung gewillt erscheint; in derartigen Fällen wird die Einsetzung eines Sachwalters bejaht. Auch im vorliegenden Fall werden dem bei Verfügungserlass amtierenden Stiftungsrat Pflichtverletzungen gegen die Vorsorgeeinrichtung zur Last gelegt. Diese Personen abzusetzen und sie durch einen Sachwalter zu ersetzen, erübrigte sich jedoch aufgrund der freiwilligen Beendigung ihrer Amtszeit per 30. Juni 2011.

Was die bei Verfügungserlass nominierten Stiftungsratskandidaten anbelangt, gibt es wie erwähnt (vgl. vorne E. 6.3) keinen Anhaltspunkt dafür, ihnen zum vorneherein mangelnde Handlungsbereitschaft, mangelnde Kooperationsbereitschaft gegenüber der Vorinstanz oder irgendwelche Pflichtverletzungen gegenüber der Vorsorgeeinrichtung anzulasten, so dass an ihrer statt ein Sachwalter ab 1. Juli 2011 alle notwendigen Handlungen für die Vorsorgeeinrichtung durchführen müsste. Ebenso wenig steht fest, dass sich der Stiftungsrat – sowohl in der bisherigen wie auch in der neuen Besetzung – den aufsichtsrechtlichen Massnahmen habe entziehen wollen. Diesbezüglich macht die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung vom 27. Juni 2013 zwar geltend, die neuen Stiftungsräte hätten sich auch zwei Jahre nach ihrer Wahl zu keinem Entscheid durchringen können und es sei zweifelhaft, ob sie jemals Verantwortlichkeitsklagen erheben würden (vgl. S. 5 Ziff. 4). Diese nicht näher ausgeführte Argumentation bezieht sich indes nicht auf die Verhältnisse, wie sie im Zeit-

punkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung bestanden, und ist deshalb nicht zu berücksichtigen.

6.4.6 Um das Verhältnismässigkeitsprinzip zu wahren, hat die Behörde die jeweils mildeste Massnahme zu ergreifen. Erforderlich ist eine Massnahme dann, wenn das Ziel nicht mit einem weniger schweren Eingriff erreicht werden kann (vgl. vorne 5.2). Einen Sachwalter setzt die Aufsichtsbehörde ein, nachdem sie schrittweise und erfolglos gegen die amtierenden Stiftungsratsmitglieder vorgegangen ist (Urteile BVGer C-5462/2008 C-2795/2009 vom 11. April 2011 E. 5.3.2, C-2365/2006 vom 19. Februar 2008 E. 6.3).

Im vorliegenden Fall vertritt die Vorinstanz die Ansicht, es stünden ihr zwei mögliche Massnahmen zur Verfügung: entweder dem neugewählten Stiftungsrat eine Anweisung zu erteilen oder einen Sachwalter einzusetzen (vgl. angefochtene Verfügung E. 4. k). Die Vorinstanz stützt ihr aufsichtsrechtliches Einschreiten massgeblich auf die Ergebnisse und Empfehlungen des Berichts, den sie zur Abklärung der Transaktionen rund um die C._____-Gruppe an den Gutachter X._____ in Auftrag gegeben hatte. Dagegen ist an sich nichts einzuwenden, entbindet sie als Aufsichtsbehörde aber nicht davon, zu prüfen, ob im Hinblick auf ihre weiteren beabsichtigten Interventionen nicht mildere Massnahmen als die Einsetzung eines Sachwalters geeignet gewesen wären. Dies drängt sich umso eher auf, als aufgrund des Beschlusses des gesamten Stiftungsrates, auf eine Wiederwahl per 30. Juni 2011 zu verzichten, ab 1. Juli 2011 eine neue Situation entstand, was der Gutachter nicht vorhersehen und daher nicht berücksichtigen konnte. Umso mehr hätte die Vorinstanz die neue Ausgangslage eingehend abklären müssen, beispielsweise durch eine ergänzende Begutachtung. In diesem Zusammenhang hätte die Vorinstanz auch prüfen müssen, ob eine geeignete aufsichtsrechtliche Weisung an die Beschwerdeführerin 3 vorerst genügt hätte; in der angefochtenen Verfügung hat sie das Erteilen einer Weisung als Massnahme zwar genannt, hat sich dann aber in keiner Weise damit auseinandergesetzt.

6.4.7 Unter diesen Umständen und nach dem Gesagten erweist sich die von der Vorinstanz getroffene Einsetzung des mit den Kompetenzen eines Stiftungsrates ausgestatteten Sachwalters, welcher alle notwendigen Handlungen durchzuführen hat (Dispositivziffern 3, 4), als unverhältnismässig und ist daher nicht rechtens. Demzufolge entfällt auch die Grundlage für die Anweisung, wonach die Einzelzeichnungsberechtigung des Sachwalters Y._____ im Handelsregister einzutragen ist (Dispositivzif-

fer 5). Ebenso besteht keine Grundlage für die weitere Anweisung, wonach die Kosten für die Tätigkeit des Sachwalters von der Stiftung zu tragen sind (Dispositivziffer 7).

7.

7.1 Als Zwischenergebnis steht nach dem Gesagten fest, dass die von der Vorinstanz angeordneten Massnahmen nicht rechtmässig sind. Zutreffend ist einzig die Feststellung, wonach die Amtszeit der bisherigen Stiftungsräte am 30. Juni 2011 endet und sie nicht für eine Wiederwahl kandidieren (Dispositivziffer 1). Es fragt sich, ob unter diesen Umständen eine entsprechende Feststellung noch erforderlich ist.

7.2 Gemäss Art. 25 Abs. 1 VwVG kann die in der Sache zuständige Behörde über den Bestand, den Nichtbestand oder den Umfang öffentlich-rechtlicher Rechte oder Pflichten von Amtes wegen oder auf Begehren eine Feststellungsverfügung treffen. Durch die feststellende Verfügung werden zwar keine neuen Rechte und Pflichten begründet, geändert oder aufgehoben. Immerhin dient sie der Klärung der Rechtslage, indem das Bestehen, das Nichtbestehen oder der Umfang von verwaltungsrechtlichen Rechten und Pflichten verbindlich festgestellt wird. Dem Begehren um eine Feststellungsverfügung ist zu entsprechen, wenn der Gesuchsteller ein schutzwürdiges, rechtliches oder tatsächliches Interesse nachweist, das nicht durch eine rechtsgestaltende Verfügung gewahrt werden kann. Besonderheiten gelten im Übrigen im Steuerrecht, wo die Feststellungsverfügung von Bedeutung ist (Art. 25 Abs. 2 VwVG; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich Basel Genf 2006, Rz. 895; BGE 129 III 503; VPB 69 [2005] Nr. 83).

7.3 Vorliegend haben die Beschwerdeführenden 1 – 3 kein Begehren um Erlass einer vorgängigen Feststellungsverfügung gestellt, was im Übrigen auch von keiner Seite behauptet wird. Ein spezifisches, aktuelles Feststellungsinteresse ist daher nicht gegeben. Da, wie sich zeigte, im Zusammenhang mit der Beendigung der Amtszeit der bisherigen Stiftungsräte auch keine aufsichtsrechtlichen Massnahmen zu treffen sind, erübrigt sich eine diesbezügliche behördliche Feststellung. Dispositivziffer 1 der angefochtenen Verfügung ist daher ebenfalls aufzuheben.

8.

Zusammenfassend erweisen sich nach dem Gesagten die von der Vorinstanz angeordneten Massnahmen als nicht rechtens. Die Beschwerde

der Beschwerdeführerin 3 ist daher gutzuheissen und die angefochtene Verfügung aufzuheben.

9.

9.1 Die Verfahrenskosten bestimmen sich nach dem Reglement vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE; SR 173.320.2). Sie werden gesamthaft auf Fr. 4'000.- festgesetzt. In der Regel werden die Verfahrenskosten der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Bei Gegenstandlosigkeit werden sie in der Regel jener Partei auferlegt, deren Verhalten die Gegenstandslosigkeit bewirkt hat (Art. 5 VGKE). Die Vorinstanz hat keine Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Nach dem Ausgang des Verfahrens sind den Beschwerdeführern 1 und 2, deren Verfahren gegenstandslos geworden sind, die aufgelaufenen Verfahrenskosten von je Fr. 1'000.-, zusammen somit Fr. 2'000.-, aufzuerlegen. Der obsiegenden Beschwerdeführerin 3 sind keine Verfahrenskosten aufzuerlegen. Die Verfahrenskosten werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss im Betrag von Fr. 4‘000.- verrechnet. Der Restbetrag ist den Beschwerdeführenden an die von ihnen bekanntzugebende Zahladresse nach Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückzuerstatten.

9.2 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 in Verbindung mit Art. 7 Abs. 1 VGKE). Die Parteientschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere notwendige Auslagen der Partei (Art. 8 VGKE).

Die unterliegenden Beschwerdeführer 1 und 2 haben keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 64 Abs. 1 VwVG e contrario). Die anwaltlich vertretene obsiegende Beschwerdeführerin hat Anspruch auf eine Parteientschädigung. Wird keine Kostennote eingereicht, setzt das Gericht die Entschädigung auf Grund der Akten fest (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Vorliegend erweist sich eine Parteientschädigung unter Berücksichtigung des aktenkundigen notwendigen Aufwandes sowie der Verwendung der Arbeiten im Vorverfahren von Fr. 5'000.- inkl. Mehrwertsteuer (MWSt) als angemessen. Diese gehen zu Lasten der Vorinstanz.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Verfahren C-3698/2011 (Beschwerdeführer 1) und C-3743/2011 (Beschwerdeführer 2) werden als gegenstandslos geworden abgeschrieben.

2.
Die Beschwerde der Beschwerdeführerin 3 wird gutgeheissen. Die angefochtene Verfügung der Vorinstanz vom 24. Juni 2011 wird aufgehoben.

3.
Den Beschwerdeführern 1 und 2 werden Verfahrenskosten von je Fr. 1'000.- auferlegt. Diese werden mit dem von den Beschwerdeführenden 1 – 3 geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 4'000.- verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 2'000.- wird an die von ihnen anzugebende Zahladresse nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet. Der Beschwerdeführerin 3 sowie der Vorinstanz werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

4.
Der Beschwerdeführerin 3 wird eine Parteientschädigung von Fr. 5'000.- (inkl. MwSt) zugesprochen. Diese geht zu Lasten der Vorinstanz. Weitere Parteientschädigungen werden nicht zugesprochen.

5.
Dieses Urteil geht an:

– den Beschwerdeführer 1 (Gerichtsurkunde)
– den Beschwerdeführer 2 (Gerichtsurkunde)
– die Beschwerdeführerin 3 (Gerichtsurkunde)
– die Vorinstanz (Ref-Nr._____)
– die Oberaufsichtskommission BVG

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:	Die Gerichtsschreiberin:
Daniel Stufetti	Regula Hurter Urech

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 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: