Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung I
A-3821/2016

Urteil vom 29. September 2016

Besetzung

Richter Jürg Steiger (Vorsitz),
Richterin Marianne Ryter,
Richter Daniel Riedo,
Gerichtsschreiber Beat König.

Parteien

Pensionskasse A._____,
vertreten durch
Dr. Kurt C. Schweizer, LL.M., Rechtsanwalt,
Beschwerdeführerin,

gegen

BVSA BVG- und Stiftungsaufsicht Aargau,
Vorinstanz.

Gegenstand

Superprovisorische Anordnung von Aufsichtsmassnahmen.

Sachverhalt:

A.

A.a Am 25. April 2016 liess die B._____ AG bei der BVSA BVG- und Stiftungsaufsicht Aargau (nachfolgend: BVSA) ein «Gesuch um Aufsichtsmassnahmen» betreffend die Pensionskasse A._____ einreichen. Mit diesem Gesuch machte die B._____ AG verschiedene Missstände bei dieser Pensionskasse geltend. Insbesondere bemängelte sie, dass der Stiftungsrat der Pensionskasse A._____ nicht in der vorgeschriebenen Weise paritätisch zusammengesetzt sei. Ferner verwies sie auf (angebliche) Beitragsausstände von Gesellschaften, die von Mitgliedern dieses Stiftungsrates kontrolliert seien. Nach Darstellung der B._____ AG hat die Pensionskasse A._____ sodann intransparente Immobilientransaktionen mit nahestehenden Personen getätigt, zu fragwürdigen Konditionen ein Vorsorgewerk übernommen, Verbindlichkeiten unrichtig verbucht sowie Darlehen in Verletzung des Anlagereglements gewährt.

A.b Die BVSA nahm das erwähnte Gesuch als Gefährdungsmeldung entgegen und ordnete mit Verfügung vom 9. Mai 2016 insbesondere die Erstellung eines Gutachtens sowie die Durchführung einer Inspektion durch die C._____ AG und die D._____ AG an (Dispositiv-Ziff. 1 der Verfügung). Zugleich verfügte die BVSA unter anderem, dass der Stiftungsrat der Pensionskasse A._____ Geschäfte mit Nahestehenden, Immobiliengeschäfte, Darlehensvergaben, Treuhandverträge, den Kauf nicht kotierter Aktien sowie «die Eingehung von Unternehmensbeteiligungen» bis auf Widerruf nur mit Zustimmung der BVSA abschliessen dürfe (Dispositiv-Ziff. 4 der Verfügung). In der Verfügung wurde ferner auf die Strafbestimmung von Art. 79 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG, SR 831.40) betreffend Missachtung von Verfügungen der zuständigen BVG-Aufsichtsbehörden hingewiesen (Dispositiv-Ziff. 3 der Verfügung).

A.c In einer weiteren Verfügung vom 8. Juni 2016 erklärte die BVSA, die beauftragten Gutachterinnen hätten anlässlich der Inspektion verschiedene Missstände festgestellt und «per 8. Juni 2016» ein Gutachten in Sachen Pensionskasse A._____ erstellt. Dabei kündigte die BVSA an, zur Behebung der Missstände umgehend eine Verfügung zu erlassen, und zwar unter anderem mit der «Anweisung an die Finanzintermediäre, über welche die Pensionskasse A._____ Finanztransaktionen abwickelt, […] die bestehenden Vollmachten und Unterschriftenregelungen per sofort aufzuheben». Mit ihrer Verfügung vom 8. Juni 2016 verlangte die BVSA von

den Gutachterinnen, das Gutachten sei um Angaben zu allen Kundenstämmen bei Finanzintermediären, über welche die Pensionskasse A._____ Finanztransaktionen abwickelte, zu ergänzen.

A.d Die C._____ AG und die D._____ AG erstatteten mit Datum vom 9. Juni 2016 ein Gutachten, in welchem die Verfügung vom 8. Juni 2016 berücksichtigt wurde. In der Einleitung des Gutachtens hielten die Gutachterinnen fest, dass sie sich «nur zum Vorwurf 'nicht paritätische Zusammensetzung des Stiftungsrates' äussern» würden (S. 6 des Gutachtens). Im Gutachten findet sich zur Beurteilung dieses Vorwurfes folgendes Fazit (S. 22 f. des Gutachtens):

> «Das oberste Organ der PK A._____ (Stiftungsrat) war in der Zeit vom 29. Juni 2012 bis 31. Dezember 2012 nicht statuten- und reglementskonform besetzt. Seit 1. Januar 2013 fehlt der Stiftungsrat.
>
> Der Stiftungsrat konnte somit seit 29. Juni 2012 weder rechtsgültig nach innen noch nach aussen handeln. Im Aussenbereich verlor die Stiftung somit auch ihre Handlungsfähigkeit (Art. 54 ZGB).
>
> Offen bleiben kann an dieser Stelle, ob [sich] die Stiftung durch das Handeln ihrer im Handelsregister eingetragenen Zeichnungsbefugten – ggf. nach den Grundsätzen von Treu und Glauben – im Aussenverhältnis verpflichten könnte.»

Die Gutachterinnen empfahlen der BVSA den Erlass einer aufsichtsrechtlichen Verfügung gegenüber der Pensionskasse A._____, und zwar mit dem im Gutachten näher umschriebenen Mindestinhalt (insbesondere Feststellung der Handlungsunfähigkeit der Pensionskasse und Einsetzung eines interimistischen Sachwalters). Sie erklärten dabei, dass der Pensionskasse A._____ vorgängig das rechtliche Gehör gewährt werden sollte, wobei aber «die Frist auf das absolut vertretbare Minimum» zu beschränken sei (S. 24 des Gutachtens).

A.e Die BVSA (im Folgenden auch: Vorinstanz) traf mit Verfügung vom 9. Juni 2016 unter Verzicht auf eine vorgängige Anhörung der Pensionskasse A._____ folgende Anordnungen:

> «1. Es wird festgestellt, dass betreffend den Stiftungsrat der Pensionskasse A._____ […] Organisationsmängel bestehen (fehlender Stiftungsrat) und die Stiftung daher handlungsunfähig geworden ist.
>
> 2. Bis zur Neubesetzung des Stiftungsrates infolge Neuwahlen wird an Stelle des Stiftungsrates ein neutraler interimistischer Sachwalter mit Einzelzeichnungsbefugnis eingesetzt. Bei diesem Sachwalter dürfen

keine Interessenkollisionen, insbesondere keine Verbindung zur Pensionskasse A._____, ihren zeichnungsbefugten Personen und Mitarbeitenden, ihren Vertrags- und Geschäftspartnern und angeschlossenen Unternehmen, vorliegen (Phase 1). Als neutraler interimistischer Sachwalter wird Herr [Rechtsanwalt] lic. iur. E._____ […] eingesetzt. Er hat für seine Bemühungen mit der Stiftung direkt abzurechnen. Der Stundenansatz wird auf CHF 350.00 festgelegt.

3. Die im Handelsregister neben dem Stiftungsrat als zeichnungsbefugt eingetragenen Personen zeichnen in Phase 1 kollektiv zu zweien mit dem interimistischen Sachwalter.

4. Der Handelsregisterführer wird angewiesen, die neuen Zeichnungsverhältnisse im Handelsregister einzutragen. Weiter wird der Handelsregisterführer angewiesen, die im Handelsregister aufgeführten Stiftungsräte der Pensionskasse A._____

   a) F._____ […]
   b) G._____ […]
   c) H._____ […]
   d) I._____ […]

   zu streichen.

5. Der Sachwalter wird betreffend seine Aufgaben in Phase 1 angewiesen, umgehend die Rückführung der im Rahmen der Treuhandverträge an die J._____ AG übergebenen Treugüter an die Pensionskasse A._____ anzugehen, Neuwahlen durchzuführen, die seit 29. Juni 2012 getätigten Rechtsgeschäfte (einschliesslich der Frage, inwiefern der Pensionskasse A._____ aus diesen Rechtsgeschäften Ansprüche zustehen, die noch nicht geltend gemacht wurden, und des Entscheides betreffend Geltendmachung und Durchsetzung dieser Ansprüche) zu prüfen, eine Prüfung auf Verantwortlichkeitsansprüche durchzuführen und allfällige sich daraus ergebende Ansprüche durchzusetzen sowie ein monatliches Reporting (erstmals per 30. Juni 2016) abzugeben.

6. In Ergänzung des neu gewählten Stiftungsrates wird ein neutraler interimistischer Sachwalter mit besonderen Aufgaben und Kollektivzeichnungsbefugnis zu zweien eingesetzt. Dieser Sachwalter darf keinerlei Verbindung zur Pensionskasse A._____, ihren Mitarbeitenden, ihren Vertrags- und Geschäftspartnern und angeschlossenen Unternehmen aufweisen (Phase 2).

7. Der Sachwalter wird betreffend seine Aufgaben in Phase 2 angewiesen, die Aufgaben aus Phase 1 fortzuführen und ein vierteljährliches Reporting abzugeben.

8. Der neu gewählte Stiftungsrat zeichnet bis zum Ende des Mandates des interimistischen Sachwalters mit besonderen Aufgaben jeweils kollektiv zu zweien mit diesem.

9. Die im Handelsregister neben dem Stiftungsrat als zeichnungsbefugt eingetragenen Personen zeichnen in Phase 2 kollektiv zu zweien mit dem interimistischen Sachwalter.

10. Der Handelsregisterführer wird angewiesen, die neuen Zeichnungsverhältnisse im Handelsregister einzutragen.

11. Die in Ziffer 4 aufgeführten Personen und die als zeichnungsbefugt eingetragenen Personen sind verpflichtet, dem neutralen interimistischen Sachwalter unaufgefordert und unter Strafandrohung nach Art. 79 BVG die Stiftungskonten bzw. auch Schliessfächer etc. bekannt zu geben.

12. Die K._____ AG wird unter Strafandrohung nach Art. 79 BVG angewiesen, die für den Kundenstamm […] bestehenden Vollmachten und Unterschriftenregelungen per sofort aufzuheben und der BVSA allfällige nicht auf den gleichen Kundenstamm lautende Exposures bekannt zu geben. Des Weitern hat sie die für die Ausstellung einer Vollmacht und einer Unterschriftenregelung lautend auf den neutralen interimistischen Sachwalter notwendigen Arbeiten an die Hand zu nehmen.

13. Die Kantonalbank L._____ wird unter Strafandrohung nach Art. 79 BVG angewiesen, die für den Kundenstamm […] und alle übrigen Kundenstämme der Pensionskasse A._____ bestehenden Vollmachten und Unterschriftenregelungen per sofort aufzuheben und der BVSA allfällige nicht auf die gleichen Kundenstämme lautenden Exposures bekannt zu geben. Des Weitern hat sie die für die Ausstellung einer Vollmacht und einer Unterschriftenregelung lautend auf den neutralen interimistischen Sachwalter notwendigen Arbeiten an die Hand zu nehmen.

14. Die Kantonalbank M._____ wird unter Strafandrohung nach Art. 79 BVG angewiesen, die für den Kundenstamm […] bestehenden Vollmachten und Unterschriftenregelungen per sofort aufzuheben und der BVSA allfällige nicht auf den gleichen Kundenstamm lautende Exposures bekannt zu geben. Des Weitern hat sie die für die Ausstellung einer Vollmacht und einer Unterschriftenregelung lautend auf den neutralen interimistischen Sachwalter notwendigen Arbeiten an die Hand zu nehmen.

15. Die N._____ AG wird unter Strafandrohung nach Art. 79 BVG angewiesen, die für die Kundenstämme der Pensionskasse A._____ bestehenden Vollmachten und Unterschriftenregelungen per sofort

aufzuheben und der BVSA allfällige nicht auf den gleichen Kundenstamm lautende Exposures bekannt zu geben. Des Weitern hat sie die für die Ausstellung einer Vollmacht und einer Unterschriftenregelung lautend auf den neutralen interimistischen Sachwalter notwendigen Arbeiten an die Hand zu nehmen.

16. Die O._____ AG wird unter Strafandrohung nach Art. 79 BVG angewiesen, die für den Kundenstamm […] bestehenden Vollmachten und Unterschriftenregelungen per sofort aufzuheben und der BVSA allfällige nicht auf den gleichen Kundenstamm lautende Exposures bekannt zu geben. Des Weitern hat sie die für die Ausstellung einer Vollmacht und einer Unterschriftenregelung lautend auf den neutralen interimistischen Sachwalter notwendigen Arbeiten an die Hand zu nehmen.

17. Die J._____ AG wird unter Strafandrohung nach Art. 79 BVG angewiesen, die für die Treuhandverträge der Pensionskasse A._____ bestehenden Vollmachten und Unterschriftenregelungen per sofort aufzuheben und der BVSA allfällige weitere Exposures bekannt zu geben. Des Weitern hat sie die für die Ausstellung einer Vollmacht und einer Unterschriftenregelung lautend auf den neutralen interimistischen Sachwalter notwendigen Arbeiten an die Hand zu nehmen.

18. Im Rahmen der nachträglichen Gewährung des rechtlichen Gehörs wird der Pensionskasse A._____ und den in Ziffer 11 genannten Personen eine Frist zur Stellungnahme von zwanzig Tagen seit Zustellung der vorliegenden Verfügung gesetzt.

19. Die Gebühr für den Erlass der vorliegenden Verfügung wird auf CHF 5‘000.00 festgelegt.»

B.

Die Pensionskasse A._____ (nachfolgend: Beschwerdeführerin) liess gegen die zuletzt genannte Verfügung der Vorinstanz am 17. Juni 2016 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erheben. Sie beantragt die Aufhebung der Verfügung unter Entschädigungsfolgen zu Lasten der BVSA. In formeller Hinsicht verlangt sie zum einen, den in Dispositiv-Ziff. 4, 5 und 10-17 des angefochtenen Entscheids genannten Vollzugsadressaten dieser Verfügung sei superprovisorisch einstweilen zu untersagen, den ihnen erteilten Anweisungen nachzukommen. Zum anderen fordert die Beschwerdeführerin, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen.

C.

Mit Zwischenverfügung vom 20. Juni 2016 hiess das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch um Erlass superprovisorischer Massnahmen gut. Es

erteilte der Beschwerde in dem Sinne aufschiebende Wirkung, als es den Vollzugsadressaten der angefochtenen Verfügung gemäss deren Dispositiv-Ziff. 4, 5 und 10-17 einstweilen untersagte, die ihnen erteilten Anweisungen zu vollziehen.

D.
Die Beschwerdeführerin reichte am 11. Juli 2016 eine Beschwerdeergänzung ein. Sie bekräftigt damit ihren Antrag auf Aufhebung des angefochtenen Entscheids unter Entschädigungsfolgen zu Lasten der Vorinstanz sowie ihr Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde.

E.
Mit innert erstreckter Frist eingereichter Vernehmlassung vom 9. September 2016 beantragt die Vorinstanz, die Beschwerde sei vollumfänglich abzuweisen und der angefochtene Entscheid vom 9. Juni 2016 sei als rechtmässig zu bestätigen.

F.
Mit unaufgefordert eingereichter Eingabe vom 20. September 2016 erklärte die Beschwerdeführerin unter Einreichung verschiedener Dokumente namentlich, sie habe zwischenzeitlich Neuwahlen ihres Stiftungsrates durchgeführt.

G.
Soweit entscheidrelevant, wird auf die Eingaben der Verfahrensbeteiligten und die vorliegenden Akten im Rahmen der Erwägungen näher eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
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).

1.2

1.2.1 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.

1.2.2 Es fragt sich, ob der vorliegend angefochtene Entscheid eine End- oder Teilverfügung ist oder eine selbständig eröffnete Zwischenverfügung bildet. Selbständig eröffnete Zwischenverfügungen, die nicht die Zuständigkeit oder Fragen des Ausstands betreffen (Art. 45 VwVG), können nämlich gemäss Art. 46 Abs. 1 VwVG nur dann mit Beschwerde angefochten werden, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können (Bst. a der Bestimmung) oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Mehraufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Bst. b der Bestimmung).

End- und Teilverfügungen schliessen das Verfahren vor einer Behörde jedenfalls teilweise prozessual ab, sei es für einzelne, von anderen unabhängige Rechtsbegehren, sei es für einen Teil der Beteiligten. Demgegenüber stellen Zwischenverfügungen einen Zwischenschritt auf dem Weg zur Verfahrenserledigung dar und sind insofern ein organisatorisches Instrument zur Verfahrenserledigung. Für die Qualifikation einer Verfügung ist nicht die Bezeichnung, sondern der materielle Gehalt entscheidend (zum Ganzen anstelle vieler BGE 136 II 165 E. 1.1; Urteile des BGer 2C_450/2012 vom 27. März 2013 E. 1.3 f., 1C_46/2012 vom 10. Oktober 2012 E. 1.2; Urteile des BVGer A-7711/2015 vom 23. August 2016 E. 1.3.2, A-1184/2015 vom 2. Mai 2016 E. 1.2, A-226/2014 vom 16. November 2015 E. 1.2.1 f.).

Vorliegend hat die Vorinstanz mit der angefochtenen Verfügung verschiedene Massnahmen getroffen, ohne die Beschwerdeführerin vorgängig anzuhören. Dabei hat die Vorinstanz mit Dispositiv-Ziff. 18 der Verfügung der Beschwerdeführerin zur «nachträglichen Gewährung des rechtlichen Gehörs» eine Frist zur Stellungnahme angesetzt. Letzteres zeigt, dass es sich bei den getroffenen Anordnungen letztlich um superprovisorisch angeordnete vorsorgliche Massnahmen handelt, die mit einer nach Gewährung des rechtlichen Gehörs zu erlassenden Verfügung wegfallen bzw. ersetzt

werden sollen. Das entsprechende Verfahren vor der Vorinstanz wird demnach erst mit letzterer, noch ausstehender (End-)Verfügung abgeschlossen. Der angefochtene Entscheid bildet demgegenüber in Bezug auf die seitens der Vorinstanz getroffenen vorsorglichen Massnahmen lediglich einen *Zwischenschritt* im Verfahren auf den Erlass dieser Endverfügung (vgl. zum Ganzen auch FELIX UHLMANN/SIMONE WÄLLE BÄR, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, Art. 45 N. 7, wonach die von einem Verwaltungsverfahren losgelöste Anordnung vorsorglicher Massnahmen praktisch ausgeschlossen werden könne). Insoweit steht somit eine Zwischenverfügung zur Debatte.

Offen gelassen werden kann hier, ob hinsichtlich der Dispositiv-Ziff. 19 des angefochtenen Entscheids statt von einer Zwischenverfügung von einer End- oder Teilverfügung auszugehen ist. Die mit dieser Anordnung erfolgte definitive Festlegung der Kostenfolgen des angefochtenen Entscheids könnte zwar allenfalls für sich allein als End- oder Teilverfügung qualifiziert werden. Gegebenenfalls wäre sie unabhängig von den Voraussetzungen von Art. 46 Abs. 1 VwVG anfechtbar (vgl. auch Urteil des BVGer A-7711/2015 vom 23. August 2016 E. 1.3.3). Aufgrund dieser Regelung der Nebenfolgen des angefochtenen Entscheids darauf zu schliessen, dass das Anfechtungsobjekt der vorliegenden Beschwerde in toto keine Zwischenverfügung bildet, ist jedoch schon mit Blick auf die erwähnte nachträgliche Gehörsgewährung durch die Vorinstanz nicht gerechtfertigt.

Jedenfalls in Bezug auf die Hauptpunkte des streitbetroffenen Entscheids lässt sich dieser gemäss dem Gesagten als Zwischenverfügung, die weder die Zuständigkeit noch Fragen des Ausstands betrifft (vgl. Art. 45 VwVG), nur unter den Voraussetzungen von Art. 46 VwVG anfechten.

1.2.3 Ob eine superprovisorische Zwischenverfügung der vorliegend im Streit liegenden Art geeignet ist, einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG zu bewirken, ist nach den jeweiligen Umständen des konkreten Einzelfalles zu beurteilen. In erster Linie ist diesbezüglich entscheidend, ob bzw. innert welcher Frist die Vorinstanz im konkreten Einzelfall nach der Gewährung des rechtlichen Gehörs über die Bestätigung, Modifizierung oder Aufhebung der superprovisorisch verfügten Massnahmen verfügen sollte, und ob konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass sie dies nicht zeitgerecht tun wird oder gar bereits im Verzug ist (vgl. Urteile des BVGer B-4804/2016 vom 31. August 2016, B-7038/2009 vom 20. November 2009 E. 1.6). Allein

der Umstand, dass ein Beschwerdeführer seine Einwände zuerst bei der Vorinstanz vorbringen muss und er erst die dadurch erwirkte Verfügung – falls noch erforderlich – beim Bundesverwaltungsgericht anfechten kann, bildet keinen nicht wieder gutzumachenden Nachteil, sofern keine Anhaltspunkte vorliegen, dass die Vorinstanz ihre Verfügung nicht zeitgerecht erlassen wird (vgl. Urteile des BVGer B-4804/2016 vom 31. August 2016, B-7038/2009 vom 20. November 2009 E. 1.8).

Über die Bestätigung von superprovisorisch verfügten Massnahmen ist «unmittelbar» nach der Gewährung des rechtlichen Gehörs bzw. nach Eingang der Einwände der Betroffenen zu verfügen (vgl. Urteil des BGer 2A.438/2004 vom 1. Dezember 2004 E. 1.3.2).

1.2.4 Vorliegend ist die seitens der Vorinstanz angesetzte 20-tägige Frist zur nachträglichen Gehörsgewährung am 30. Juni 2016 ungenutzt abgelaufen (vgl. Dispositiv-Ziff. 18 der angefochtenen Verfügung sowie Beschwerdebeilage 11; vgl. ferner das Schreiben der BVSA vom 12. Juli 2016, mit welchem der Beschwerdeführerin diese Frist abgenommen wurde). Die Beschwerdeführerin hat ihre Beschwerde bereits vor Ablauf dieser Frist erhoben.

Es bestanden bereits vor Ablauf der seitens der Vorinstanz angesetzten Frist zur Stellungnahme bis zum 30. Juni 2016 Anhaltspunkte für die Annahme, dass diese Behörde nicht im Sinne der genannten Rechtsprechung «unmittelbar» nach Eingang allfälliger Einwände der Beschwerdeführerin über die Bestätigung der streitbetroffenen superprovisorischen Anordnungen befinden wird. Die Vorinstanz hat nämlich mit der angefochtenen Verfügung superprovisorisch Massnahmen getroffen, welche weit über den Zeitraum, welcher für die Gehörsgewährung und den anschliessenden Erlass einer an die Stelle dieser Massnahmen tretenden aufsichtsrechtlichen Verfügung notwendig ist, hinausreichen. So hat sie namentlich ohne Anhörung der Beschwerdeführerin Anordnungen betreffend die von ihr so genannte «Phase 2» erlassen. Diese Phase schliesst erst an die nach der angefochtenen Verfügung vom interimistischen Sachverwalter vorzunehmenden Neuwahlen des Stiftungsrates der Beschwerdeführerin an (vgl. Dispositiv-Ziff. 5 ff. der angefochtenen Verfügung). Aufgrund des Umstandes, dass die angefochtene Verfügung vom Zeitpunkt ihres Erlasses her gesehen einen derart weitreichenden zukünftigen Zeitraum betrifft, bestand von Beginn weg keine hinreichende Gewähr, dass die Vorinstanz ihre superprovisorischen Anordnungen rechtzeitig mit einer unter Anhörung erlassenen Verfügung bestätigen, ändern oder aufheben wird.

Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass der angefochtene Entscheid einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG bewirken kann. Diese Verfügung ist demnach selbständig anfechtbar.

1.2.5 In diesem Zusammenhang bleibt anzumerken, dass die Verfahrensbeteiligten fehl gehen, sofern sie annehmen sollten, dass die Vorinstanz während des laufenden Beschwerdeverfahrens infolge des Devolutiveffekts der vorliegenden Beschwerde nicht zum Erlass einer die superprovisorischen Anordnungen bestätigenden, gehörswahrenden Verfügung schreiten durfte (vgl. dazu Schreiben der Vorinstanz vom 12. Juli 2016, wo im Zusammenhang mit der für die Einreichung einer Stellungnahme angesetzten Frist im Sinne von Dispositiv-Ziff. 18 der angefochtenen Verfügung von der devolutiven Wirkung der Beschwerde die Rede ist). Zwar geht nach Art. 54 VwVG mit der Erhebung der Beschwerde die Herrschaft über den Streitgegenstand von der Vorinstanz auf die Beschwerdeinstanz über. Dieser sog. Devolutiveffekt gilt jedoch einzig im Rahmen des Streitgegenstandes, also bei der Anfechtung von Zwischenverfügungen nur hinsichtlich ihres Gegenstandes. Die Vorinstanz bleibt deshalb für das Hauptverfahren zuständig, soweit dieses nicht vom Entscheid über die angefochtene Zwischenverfügung abhängt. Ist etwa lediglich ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen angefochten, darf die Vorinstanz in der Hauptsache weiterhin entscheiden (siehe zum Ganzen Urteil des BVGer A-4956/2012 vom 16. Januar 2013 E. 2.2.2; HANSJÖRG SEILER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], a.a.O., Art. 54 N. 28).

1.3 Im vorliegenden Beschwerdeverfahren wird die Beschwerdeführerin unbestrittenermassen nicht durch den gemäss der angefochtenen Verfügung eingesetzten interimistischen Sachwalter, sondern durch Mitglieder des Stiftungsrates vertreten. Diese haben im Namen der Beschwerdeführerin den Rechtvertreter zur Beschwerdeführung bevollmächtigt. Rechtsprechungsgemäss ist davon auszugehen, dass diese Vertretung rechtsgültig ist, selbst wenn sie im Widerspruch zu den von der Vorinstanz getroffenen Anordnungen steht. Denn es ginge nicht an, in einer Konstellation wie der vorliegenden der Stiftung vorzuhalten, sie müsste durch den gemäss dem angefochtenen Entscheid allein zeichnungsberechtigten interimistischen Sachwalter Beschwerde erheben, weil das Rechtsbegehren auf Aufhebung der entsprechenden Anordnungen der Aufsichtsbehörde in direktem Zusammenhang mit der Einsetzung dieses Sachwalters steht (vgl. Urteil des BVGer A-1696/2015 vom 27. April 2016 E. 1.2.2).

1.4 Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin der angefochtenen Verfügung von dieser unmittelbar betroffen und daher ohne Weiteres beschwerdelegitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG).

1.5 Die Beschwerde ist (samt Beschwerdeergänzung vom 11. Juli 2016) frist- und formgerecht eingegangen (vgl. Art. 50 und 52 VwVG). Auch wurde der eingeforderte Kostenvorschuss innert der gesetzten Frist geleistet.

Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

2.

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 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, 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).

2.2 Von der Aufsichtsbehörde gestützt auf Art. 62 BVG (vgl. zu dieser Vorschrift nachfolgend E. 4) erlassene Massnahmen sind hingegen mit voller Kognition zu überprüfen. 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 A-1696/2015 vom 27. April 2016 E. 2.1).

3.

3.1 Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist als selbständiges Grundrecht in Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) verankert und wird für das Verwaltungsverfahren in den Art. 29 ff. VwVG konkretisiert. 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 (vgl. BGE 132

V 368 E. 3.1; Urteil des BGer I 3/05 vom 17. Juni 2005 E. 3.1.3; Urteil des BVGer A-1696/2015 vom 27. April 2016 E. 2.2.1).

3.2

3.2.1 Art. 30 Abs. 1 VwVG konkretisiert den Anspruch auf rechtliches Gehör im engeren Sinne, indem er die Behörde verpflichtet, die Parteien anzuhören, bevor sie verfügt (vgl. BERNHARD WALDMANN/JÜRG BICKEL, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], a.a.O., Art. 30 N. 3). Allerdings besteht in den Fällen von Art. 30 Abs. 2 VwVG keine Pflicht zur vorgängigen Anhörung. Gemäss Art. 30 Abs. 2 Bst. e VwVG braucht die Behörde die Parteien im erstinstanzlichen Verfahren vor Verfügungserlass insbesondere dann nicht anzuhören, wenn Gefahr im Verzug ist, ihnen die Beschwerde gegen die Verfügung zusteht und keine andere Bestimmung des Bundesrechts einen Anspruch auf vorgängige Anhörung gewährleistet. Dabei darf die Verweigerung des rechtlichen Gehörs aber nach Rechtsprechung und Lehre nicht unverhältnismässig sein (Urteil des BVGer A-727/2016 vom 13. Juli 2016 E. 3.2.1; WALDMANN/BICKEL, a.a.O., Art. 30 N. 79 und N. 84 f.; die weiteren Tatbestände von Art. 30 Abs. 2 VwVG sind vorliegend nicht von Interesse).

3.2.2 Gefahr im Verzug liegt dann vor, wenn die Betroffenen aufgrund wichtiger Anliegen und zeitlicher Dringlichkeit nicht vorgängig angehört werden können. Der befürchtete Nachteil muss indessen aufgrund objektiver Anhaltspunkte wahrscheinlich sein, ohne dass eine Fehleinschätzung jedoch völlig auszuschliessen wäre (zum Ganzen BVGE 2009/61 E. 4.1.1; Urteil des BVGer A-727/2016 vom 13. Juli 2016 E. 3.2.2, mit Hinweisen). Verfügt die Behörde nicht unverzüglich, also nicht (in der Regel) innert weniger Tage nach Kenntnis der Gefahrensituation, bildet dies ein Indiz dafür, dass die Gefahr nicht derart ist, dass auf eine vorgängige Anhörung hätte verzichtet werden dürfen (WALDMANN/BICKEL, a.a.O., Art. 30 N. 72; vgl. dazu ferner Urteil des BVGer A-5218/2013 vom 9. September 2014 E. 5.3.2).

3.2.3 Die erwähnte Voraussetzung von Art. 30 Abs. 2 Bst. e VwVG, wonach für einen Verzicht auf eine vorgängige Anhörung bei Gefahr in Verzug die betreffende Verfügung der Beschwerde unterliegen muss, ist rechtsprechungsgemäss nur bei voller Überprüfungsbefugnis der Beschwerdeinstanz erfüllt (vgl. BGE 128 V 272 E. 5b/ee; BVGE 2009/61 E. 4.1; WALDMANN/BICKEL, a.a.O., Art. 30 N. 77).

3.2.4 Auf die vorgängige Anhörung darf nur dann gänzlich verzichtet werden, wenn der besonderen Gefahrensituation nicht durch eine mildere Massnahme gleichermassen Rechnung getragen werden kann (WALDMANN/BICKEL, a.a.O., Art. 30 N. 79). So kann die Behörde dem Gebot der Eile unter Umständen auch dadurch nachkommen, dass sie dem Betroffenen gegenüber eine kurze Vernehmlassungsfrist von wenigen Tagen ansetzt (BVGE 2009/61 E. 4.1.2; Urteil des BVGer A-727/2016 vom 13. Juli 2016 E. 3.2.3). Soweit es die Sachlage erlaubt und die Einräumung der Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme infolge der zeitlichen Dringlichkeit ausser Betracht fällt, kann es unter Umständen auch geboten sein, die Betroffenen bei einschneidenden Eingriffen zumindest mündlich zu den geplanten Massnahmen anzuhören (WALDMANN/BICKEL, a.a.O., Art. 30 N. 79).

3.3 Aufgrund des aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) fliessenden Rechts auf einen begründeten Entscheid muss dieser so abgefasst sein, dass der Betroffene ihn sachgerecht anfechten kann (vgl. Art. 35 Abs. 1 VwVG). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung soll die Begründungspflicht verhindern, dass sich die Behörde von unsachlichen Motiven leiten lässt, und es dem Betroffenen ermöglichen, die Verfügung gegebenenfalls sachgerecht anzufechten. Dies ist nur dann möglich, wenn sowohl er wie auch die Rechtsmittelinstanz sich über die Tragweite des Entscheids ein Bild machen können. In diesem Sinn müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf welche sich ihre Verfügung stützt. Dies bedeutet indessen nicht, dass sie sich ausdrücklich mit jeder tatbeständlichen Behauptung und jedem rechtlichen Einwand auseinandersetzen muss. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte bzw. auf jene Aspekte beschränken, die von der Behörde ohne Willkür als wesentlich betrachtet werden (vgl. BGE 136 I 184 E. 2.2.1, 124 V 180 E. 1a, 118 V 56 E. 5b; Urteile des BVGer A-1805/2014 vom 16. Dezember 2014 E. 3.3, B-523/2012 vom 11. Juli 2012 E. 2.1; MICHELE ALBERTINI, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, 2000, S. 403 f., mit Hinweisen).

Welchen Anforderungen eine Begründung zu genügen hat, ist im Einzelfall anhand der konkreten Umstände und der Interessen der Betroffenen festzulegen. Die Begründungsdichte ist dabei insbesondere abhängig von der Entscheidungsfreiheit der Behörde, der Eingriffsintensität des Entscheids sowie der Komplexität des Sachverhalts und der sich stellenden Rechts-

fragen (BGE 129 I 232 E. 3.3; Urteile des BVGer A-3593/2014 vom 13. April 2015 E. 3.2, A-6377/2013 vom 12. Januar 2015 E. 3.3, A-1239/2012 vom 18. Dezember 2013 E. 4.2).

3.4 Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur. Dessen Verletzung führt grundsätzlich ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde 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 aber 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 E. 3d/aa). 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 E. 5.1, mit Hinweis, vgl. auch BGE 133 I 201 E. 2.2; siehe zum Ganzen Urteile des BVGer A-1696/2015 vom 27. April 2016 E. 2.2.2, C-3698/2011, C-3721/2011 und C-3743/2011 vom 4. September 2013 E. 4.6).

4.

4.1 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 in der ab dem 1. Januar 2012 gültigen Fassung, vgl. AS 2011 3393; BBl 2007 5669), indem sie insbesondere die Übereinstimmung der statutarischen und reglementarischen Bestimmungen der Vorsorgeeinrichtungen und der Einrichtungen, die nach ihrem Zweck der beruflichen Vorsorge dienen, mit den gesetzlichen Vorschriften prüft (Bst. a), von den Vorsorgeeinrichtungen und den Einrichtungen, die nach ihrem Zweck der beruflichen Vorsorge dienen, jährlich Berichterstattung fordert, namentlich über die Geschäftstätigkeit (Bst. b), Einsicht in die Berichte der Kontrollstelle und des Experten für berufliche Vorsorge nimmt (Bst. c), Massnahmen zur Behebung von Mängeln trifft (Bst. d) und Streitigkeiten betreffend das Recht der versicherten Person auf Information beurteilt (Bst. e).

4.2 Die Aufsichtsbehörde ist – wie erwähnt – gemäss Art. 62 Abs. 1 Bst. d BVG befugt, Massnahmen zur Behebung von Mängeln zu treffen. Hierzu stehen ihr repressive und präventive Aufsichtsmittel zur Verfügung. Mittels des repressiven Handelns soll der rechtmässige Zustand wieder hergestellt werden, und die präventiven Mittel sind darauf ausgelegt, gesetzes- und statutenwidriges Verhalten der Pensionskasse durch eine laufende Kontrolle ihrer Geschäftstätigkeit zu verhindern. Als repressive Aufsichtsmittel 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, (v) die Ersatzvornahme durch Dritte auf Kosten der Stiftung oder die Einsetzung eines Beistandes oder eines interimistischen Stiftungsrates unter gleichzeitiger Enthebung des ordentlichen Stiftungsrates (Urteile des BVGer A-1696/2015 vom 27. April 2016 E. 2.3.2, C-6709/2007 vom 23. Oktober 2009 E. 4.1; zur Einsetzung eines Sachwalters vgl. auch Art. 83d Abs. 1 Ziff. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs vom 10. Dezember 1907 [ZGB, SR 210] sowie Urteil des BVGer C-3698/2011, C-3721/2011 und C-3743/2011 vom 4. September 2013 E. 5.3 und 6.4.3; s. zum Ganzen ferner JÜRG 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.

4.3 Bei der Prüfung, ob und gegebenenfalls welche Aufsichtsmittel zu ergreifen sind, hat die Aufsichtsbehörde das in Art. 5 Abs. 2 BV verankerte Verhältnismässigkeitsprinzip zu beachten. Aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips sind die Massnahmen anhand der konkreten Umstände zu bestimmen, und es ist jeweils diejenige Massnahme zu ergreifen, welche mit der geringsten Intensität zur Zielerreichung führt (Urteil des BVGer C-6253/2014 vom 4. Februar 2016 E. 6.4.2; vgl. CHRISTINA RUGGLI in: Jacques-André Schneider et al. [Hrsg.], BVG und FZG, 2010, Art. 62 N. 18).

5.

5.1 Im vorliegenden Fall ordnete die Vorinstanz gegenüber der Beschwerdeführerin diverse Massnahmen an, wobei sie unter Berufung auf Art. 30

Abs. 2 Bst. e VwVG auf eine vorgängige Anhörung verzichtete. Die Beschwerdeführerin macht vor dem Bundesverwaltungsgericht insbesondere geltend, die Anwendungsvoraussetzungen dieser Bestimmung seien mangels Gefahr in Verzug nicht erfüllt gewesen. Ihrer Ansicht nach verletzt der angefochtene Entscheid deshalb ihren Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV).

Mit Blick auf die formelle Natur des Gehörsanspruchs (vgl. E. 3.3) ist auf diese Rüge vorab einzugehen.

5.2 Bei der hier zu beurteilenden Konstellation greift unbestrittenermassen keine Bestimmung des Bundesrechts, welche der Beschwerdeführerin abweichend von Art. 30 Abs. 2 Bst. e VwVG einen Anspruch auf vorgängige Anhörung eingeräumt hätte. Insofern bestand grundsätzlich Raum für eine Anwendung von Art. 30 Abs. 2 Bst. e VwVG (vgl. E. 3.2.1).

5.3 Für die Anwendung von Art. 30 Abs. 2 Bst. e VwVG wird insbesondere vorausgesetzt, dass die ohne Anhörung zu erlassende Verfügung der Beschwerde mit umfassender Kognition der Beschwerdeinstanz unterliegt (vgl. E 3.2.1 und 3.2.3).

Vorliegend gilt es keinen Entscheid des Stiftungsrates, sondern gestützt auf Art. 62 BVG getroffene aufsichtsrechtliche Anordnungen der BVSA zu überprüfen. Zwar hat das Bundesverwaltungsgericht volle Kognition, soweit Entscheide der Aufsichtsbehörde in Frage stehen (vgl. E. 2.1). Allerdings ist bezüglich Massnahmen im Sinne von Art. 62 BVG eine gewisse Zurückhaltung bei der gerichtlichen Prüfung geboten (vgl. E. 2.2). Ob es aus letzterem Grund an einer Beschwerdemöglichkeit im Sinne von Art. 30 Abs. 2 Bst. e VwVG mangelt, kann hier offen gelassen werden. Denn wie im Folgenden ersichtlich wird, greift diese Vorschrift beim hier zu beurteilenden Fall unabhängig von dieser Anwendungsvoraussetzung nicht.

5.4 Die Anwendung von Art. 30 Abs. 2 Bst. e VwVG bedingt, dass Gefahr im Verzug ist (vgl. E. 3.2.1 f.).

5.4.1 In der angefochtenen Verfügung erklärte die Vorinstanz unter Verweisung auf das eingeholte Gutachten, aufgrund des festgestellten Organisationsmangels in Form der nicht statuten- und reglementskonformen Besetzung des Stiftungsrates sei die Beschwerdeführerin handlungsunfähig. Dieser «schwer wiegende objektive Anhaltspunkt» führe «zur Befürchtung eines Nachteils» in Form der Nichteinhaltung der gesetzlichen Vorschriften (S. 3 der angefochtenen Verfügung). Die Aufgabe der Aufsichtsbehörde,

für die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften zu sorgen, bilde ein wichtiges Anliegen. Unter diesen Umständen, d.h. bei der vorliegenden Gefahrensituation sowie der sich daraus ergebenden Gefährdung der Vorsorgeeinrichtung, sei die BVSA gezwungen, ohne vorgängige Anhörung unverzüglich Aufsichtsmittel zur Behebung des Organisationsmangels zu ergreifen.

In der Vernehmlassung führte die Vorinstanz ergänzend aus, sie habe den Zweck verfolgt, Schaden abzuwenden, welcher aus der mangelhaften Besetzung des Stiftungsrates aktuell bzw. künftig noch entstehen könnte. Es habe die Vermutung bestanden, «dass […] ungünstige Vermögensdispositionen erst noch würden getroffen werden können» (Vernehmlassung, S. 7). Diese Vermutung kann sich gemäss der in der Vernehmlassung sinngemäss geäusserten Auffassung der Vorinstanz stützen auf

– die nicht ordnungsgemässe Besetzung des Stiftungsrates,

– ein mangelhaftes Inkassowesen bei den Unternehmen der Stiftungsratsmitglieder (Mahnstopp),

– den Verstoss gegen Rechnungslegungs- und Buchführungsvorschriften namentlich im Zusammenhang mit einer Forderung der S._____ AG,

– den Verdacht, dass missbräuchlich zulasten der Beschwerdeführerin Rechtsgeschäfte mit Nahestehenden abgeschlossen wurden,

– ungenügend gesicherte Darlehen bei der J._____ AG,

– eine Bereicherung der J._____ AG zulasten der Beschwerdeführerin durch unnötige bzw. unseriöse Rechtsgeschäfte,

– die für die Beschwerdeführerin nachteilige, insbesondere ohne vorgängige Einholung eines schlüssigen Gutachtens des zuständigen Experten für berufliche Vorsorge erfolgte Übernahme eines Rentnervorsorgewerks per 1. Januar 2014,

– die mit Blick auf zahlreiche Betreibungen eines Stiftungsrates fehlende Gewähr für die ordnungsgemässe Geschäftsführung,

– Pflichtverletzungen durch die Revisionsstelle, und

– den Abschluss von Immobiliengeschäften auf der Grundlage von Wertgutachten einer befangenen Person.

5.4.2 Missstände der von der Vorinstanz gemäss den vorstehenden Ausführungen ins Feld geführten Art rechtfertigen an sich durchaus den Schluss, dass aufgrund der Verletzung von Vorschriften die drohende Gefahr eines Schadens für die Beschwerdeführerin besteht. Auch ist die Abwendung einer solchen Gefahr als wichtiges Anliegen zu betrachten, das unter den weiteren Voraussetzungen von Art. 30 Abs. 2 Bst. e VwVG einen Verzicht auf eine vorgängige Anhörung erlauben kann.

Es muss hier aber nicht geklärt werden, ob die vorstehend aufgelisteten Missstände bei der Beschwerdeführerin tatsächlich vorlagen oder nicht. Denn es besteht – wie im Folgenden ersichtlich wird – kein Grund zur Annahme, dass die seitens der Vorinstanz getroffenen Massnahmen zeitlich derart dringlich waren, dass auch unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips nur ein Verzicht auf eine vorgängige Anhörung der Beschwerdeführerin in Frage kam.

5.4.3

5.4.3.1 Die Vorinstanz hat dem Stiftungsrat der Beschwerdeführerin bereits mit Verfügung vom 9. Mai 2016 die Verpflichtung auferlegt, für Geschäfte mit Nahestehenden, Immobiliengeschäfte, Darlehensvergaben, Treuhandverträge, den Erwerb nicht kotierter Aktien sowie «die Eingehung von Unternehmensbeteiligungen» die Zustimmung der Aufsichtsbehörde einzuholen. Es liegen keine Anhaltspunkte vor, dass diese mit Strafandrohung angeordnete Verpflichtung in der Zeitspanne bis zum Erlass der angefochtenen Verfügung missachtet worden wäre. Auch bestanden im Zeitpunkt des Erlasses des angefochtenen Entscheids keine genügenden Hinweise für die Annahme, dass dieser Verpflichtung bei vorgängiger Gewährung des rechtlichen Gehörs nicht nachgelebt worden wäre. Letzteres gilt ungeachtet des Umstandes, dass nach den Akten anscheinend einer mit der Verfügung der Vorinstanz vom 9. Mai 2016 gemachten Auflage zur Einreichung von Strafregister- und Betreibungsregisterauszügen nicht fristgerecht nachgelebt wurde (vgl. dazu die aktenkundige Verfügung der BVSA vom 26. Mai 2016).

Bei dieser Sachlage ist nicht ersichtlich, weshalb das erwähnte, mit Verfügung vom 9. Mai 2016 aufgestellte Zustimmungserfordernis für den Abschluss bestimmter Rechtsgeschäfte nicht genügt hätte, um der angeblich

drohenden Gefahr für die finanzielle Situation der Beschwerdeführerin einstweilen zu begegnen. Es wäre deshalb möglich und mit Blick auf das Verhältnismässigkeitsprinzip geboten gewesen, statt der superprovisorischen Verfügung der Beschwerdeführerin in geeigneter Form vorgängig das rechtliche Gehör zu gewähren, sei es in Form einer Einräumung einer Gelegenheit zu einer mündlichen Äusserung oder aber durch Ansetzung einer kurzen Vernehmlassungsfrist von wenigen Tagen. Die BVSA hätte dabei ihre Massnahmen nach entsprechender Gewährung des rechtlichen Gehörs allenfalls zunächst auch als (nicht superprovisorisch verfügte) vorsorgliche Massnahmen anordnen können.

Eine zumindest mündliche vorgängige Gewährung des rechtlichen Gehörs war vorliegend umso weniger a priori ausgeschlossen, als die Vorinstanz bereits am Tag vor Erlass der angefochtenen Verfügung abgesehen von Einzelheiten zu den beteiligten Finanzintermediären über umfassende Kenntnis des Sachverhalts verfügte und sie zu diesem Zeitpunkt bereits die Absicht hegte, gestützt auf den Befund der Gutachterinnen eine Verfügung der streitbetroffenen Art zu erlassen. Keine Rolle spielt dabei, dass die Vorinstanz zu diesem Zeitpunkt im Rahmen einer Gehörsgewährung die betroffenen Bank- sowie Geschäftsbeziehungen nur in bestimmbarer, aber nicht bestimmter Weise hätte benennen können.

5.4.3.2 Gegen die Dringlichkeit der getroffenen Massnahmen bzw. für die Unverhältnismässigkeit der superprovisorischen Anordnung dieser Massnahmen spricht sodann, dass sich die angefochtene Verfügung in Bezug auf die Begründung und den Inhalt stark an das von der Vorinstanz eingeholte Gutachten anlehnt, die Gutachterinnen aber die vorgängige Anhörung der Beschwerdeführerin (mit Gewährung einer kurzen Frist zur Stellungnahme) ausdrücklich als angezeigt erachteten. Die Vorinstanz hat weder in der angefochtenen Verfügung noch vor dem Bundesverwaltungsgericht überzeugend ausgeführt, weshalb sie sich veranlasst sah, in letzterem Punkt von der von den Gutachterinnen empfohlenen Vorgehensweise abzuweichen.

5.4.3.3 Von vornherein keine zeitliche Dringlichkeit bestand im Übrigen hinsichtlich der superprovisorischen Anordnung von Massnahmen für die (von der Vorinstanz so genannte) «Phase 2»: Diese Phase beginnt gemäss der angefochtenen Verfügung erst nach der erfolgreichen Neubesetzung des Stiftungsrates. Die entsprechenden Massnahmen regeln damit vom Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung her gesehen in der weiteren Zukunft liegende Verhältnisse. Insofern bestand daher klarerweise

keine zeitliche Dringlichkeit und war auch die Verhältnismässigkeit nicht gegeben, weil das Interesse an einer sofortigen Verfügung das Interesse der Beschwerdeführerin an der Gewährung des rechtlichen Gehörs nicht überwog.

5.5 Es steht somit fest, dass die Vorinstanz mangels zeitlicher Dringlichkeit sowie wegen Unverhältnismässigkeit zu Unrecht gestützt auf Art. 30 Abs. 2 Bst. e VwVG auf eine vorgängige Anhörung der Beschwerdeführerin verzichtet hat. Es liegt somit eine Verletzung des rechtlichen Gehörs der Beschwerdeführerin vor.

Mit dem Vorgehen der Vorinstanz wurde zudem das rechtliche Gehör der in der angefochtenen Verfügung namentlich genannten Stiftungsräte verletzt. Diese hätten als aufgrund der angeordneten Streichung im Handelsregister direkt Betroffene vor Erlass der Verfügung ebenfalls angehört werden müssen (vgl. dazu auch Urteile des BVGer A-1696/2015 vom 27. April 2016 E. 3.1, C-3698/2011, C-3721/2011 und C-3743/2011 vom 4. September 2013 E. 4.4 am Ende). Letzteres ist aber nicht geschehen. Insbesondere wurde diesen Stiftungsräten nicht vorgängig mittels eines direkt an sie gerichteten Schreibens der Vorinstanz Gelegenheit eingeräumt, zur Sache Stellung zu nehmen.

6.

6.1 Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet im vorliegenden Fall mit voller Kognition, übt sich aber mit Bezug auf die gerichtliche Überprüfung der von der Vorinstanz gestützt auf Art. 62 BVG getroffenen Massnahmen in einer gewissen Zurückhaltung (vgl. E. 2). Ob vorliegend bereits aus letzterem Grund eine Heilung der festgestellten Gehörsverletzung nicht in Betracht kommt, kann hier – wie im Folgenden ersichtlich wird – dahingestellt bleiben (vgl. aber Urteil des BVGer A-1696/2015 vom 27. April 2016 E. 3.2, wo das Bundesverwaltungsgericht bei aufsichtsrechtlichen Massnahmen im Sinne von Art. 62 BVG eine Heilung angenommen hat).

6.2 Die vorliegende Gehörsverletzung wiegt schwer. Denn sie erschöpft sich nicht bloss darin, dass sich die Betroffenen vor dem Erlass des angefochtenen Entscheids nicht zur Sache äussern und damit keinen Einfluss auf den Prozess der Entscheidfindung ausüben konnten. Vielmehr kommt eine Verletzung der Begründungspflicht hinzu:

Die ergriffenen Massnahmen werden in der angefochtenen Verfügung im Wesentlichen einzig unter Hinweis auf den im Gutachten festgestellten Organisationsmangel der nicht korrekten Besetzung des Stiftungsrates begründet. Erst aus der im Beschwerdeverfahren eingereichten Vernehmlassung wird ersichtlich, dass für die Vorinstanz über den behaupteten Organisationsmangel hinaus verschiedene weitere (angebliche) Missstände ausschlaggebend waren. Eine Abwägung zwischen verschiedenen in Betracht kommenden Massnahmen unter dem Blickwinkel des Verhältnismässigkeitsprinzips (vgl. E. 4.3) fehlt sodann gänzlich. Angesichts der Tatsache, dass die angefochtene Verfügung mit schwerwiegenden Eingriffen in die Autonomie der Beschwerdeführerin und die Rechtsstellung der Stiftungsräte verbunden ist, hätte sie mit Blick auf den Gehörsanspruch sorgfältiger begründet werden müssen. Dies gilt ungeachtet des Umstandes, dass sich eine Behörde bei der Begründung ihrer Verfügung auf jene Aspekte beschränken kann, die sie ohne Willkür als wesentlich betrachten durfte (vgl. E. 3.3). Denn eine sachgerechte Anfechtung der streitbetroffenen Verfügung war den Beteiligten umso weniger möglich, als sich die Gutachterinnen gemäss den einleitenden Ausführungen im Gutachten nur zum Vorwurf der mangelhaften Zusammensetzung des Stiftungsrates äusserten und damit für die Betroffenen nicht ersichtlich war, inwiefern sich die Vorinstanz für die von ihr ergriffenen Massnahmen auf weitere Missstände stützt (unbehelflich ist in diesem Zusammenhang im Übrigen das Vorbringen der BVSA, sie habe in der angefochtenen Verfügung mit Blick auf deren Publikation im Handelsregister und aus Rücksicht auf die Persönlichkeitsrechte der Beschwerdeführerin auf weitere Ausführungen verzichtet und stattdessen der Verfügung das Gutachten beigelegt [vgl. Vernehmlassung, S. 16]. Allfälligen Geheimhaltungsinteressen dieser Art hätte durch eine teilweise Schwärzung der im Handelsregister einsehbaren Verfügung Rechnung getragen werden können und rechtfertigen jedenfalls keine Herabsetzung der erforderlichen Begründungsdichte).

6.3 Da – wie aufgezeigt – eine schwerwiegende Gehörsverletzung vorliegt, wäre rechtsprechungsgemäss nur dann keine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz vorzunehmen, wenn dies zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, welche mit dem Interesse der Beschwerdeführerin an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht in Einklang zu bringen wären (vgl. E. 3.4).

Eine ohne materielle Beurteilung erfolgende Aufhebung der angeordneten superprovisorischen Massnahmen hätte vorliegend weder einen formalis-

tischen Leerlauf noch unnötige Verzögerungen zur Folge: Bei einer solchen Aufhebung des angefochtenen Entscheids wäre die Vorinstanz faktisch gezwungen, die aus ihrer Sicht nach wie vor notwendigen Anordnungen unter vorgängiger Gewährung des rechtlichen Gehörs zu erlassen. Obschon die Vorinstanz beantragt, die Beschwerde sei abzuweisen, ist dabei nicht gewiss, ob solche Anordnungen nach Anhörung der Beschwerdeführerin und ihrer Stiftungsräte inhaltlich gleich ausfallen werden wie gemäss der angefochtenen Verfügung. Denn soweit ersichtlich werden seit Ergehen des angefochtenen Entscheids bei der Beschwerdeführerin verschiedene Schritte unternommen, um den Beanstandungen seitens der Vorinstanz zu begegnen (vgl. dazu den aktenkundigen Bericht der BVSA vom 9. September 2016 über den Stand des bei ihr hängigen Verfahrens sowie die Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 20. September 2016 mit den zugehörigen Beilagen). Aufgrund der entsprechend neuen Sachlage würde ein die materielle Rechtmässigkeit der streitbetroffenen superprovisorischen Massnahmen bestätigender oder verneinender Entscheid nicht per se bedeuten, dass die Vorinstanz nach ordnungsgemässer Gewährung des rechtlichen Gehörs die superprovisorischen Massnahmen für die weitere Zukunft bestätigen oder nicht bestätigen bzw. als vorsorgliche oder unbefristete Massnahmen anordnen oder nicht anordnen darf.

7.
Zusammengefasst hat die Vorinstanz die angefochtene Verfügung zu Unrecht ohne vorgängige Gewährung des rechtlichen Gehörs erlassen und nicht in einer dem Gehörsanspruch genügenden Weise begründet. Weil dieser Verfahrensfehler vorliegend nicht geheilt werden kann, ist die Verfügung vom 9. Juni 2016 aufzuheben und die Sache zum neuen Entscheid im Sinne der Erwägungen (vgl. E. 6.3) an die Vorinstanz zurückzuweisen. Folglich ist die Beschwerde gutzuheissen.

8.
Das von der Beschwerdeführerin gestellte Gesuch, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen, wird mit dem vorliegenden Entscheid gegenstandslos (vgl. Urteil des BGer 1B_60/2015 vom 5. März 2015 E. 3.2; Urteil des BVGer C-3853/2011 vom 8. Juli 2011).

9.
9.1 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). Zudem sind bei einer Rückweisung aufgrund eines Verfahrensfehlers der Vorinstanz, namentlich bei einer Verletzung des rechtlichen Gehörs, der beschwerdeführenden Partei keine Verfahrenskosten aufzuerlegen oder ihr diese zu erlassen (siehe zum Ganzen Urteil des BVGer A-5276/2013 vom 11. Februar 2014 E. 6).

Demzufolge sind der Beschwerdeführerin keine Verfahrenskosten aufzuerlegen. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 3'000.- wird ihr zurückerstattet. Der Vorinstanz können keine Verfahrenskosten auferlegt werden (vgl. Art. 63 Abs. 2 VwVG).

9.2 Die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin hat aufgrund ihres Obsiegens Anspruch auf eine Parteientschädigung für ihr erwachsene, notwendige und verhältnismässig hohe Kosten (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Da der Vertreter der Beschwerdeführerin dem Bundesverwaltungsgericht keine Kostennote eingereicht hat, ist die Parteientschädigung vorliegend aufgrund der Akten – namentlich mit Blick auf den verhältnismässig grossen, aber mit Blick auf die unzureichende Begründung der angefochtenen Verfügung gerechtfertigten Umfang der Rechtsschriften der Beschwerdeführerin – praxisgemäss auf Fr. 6'000.- (inkl. Mehrwertsteuerzuschlag im Sinn von Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE) festzusetzen (vgl. Art. 14 Abs. 2 VGKE).

(Das Dispositiv befindet sich auf der nächsten Seite.)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird gutgeheissen, die Verfügung der BVSA vom 9. Juni 2016 aufgehoben und die Sache zur neuen Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.
Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der Kostenvorschuss von Fr. 3'000.- wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

3.
Die Vorinstanz hat der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 6'000.- zu bezahlen.

4.
Dieses Urteil geht an:

– die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde; Beilagen: Kopie der Vernehmlassung der Vorinstanz vom 9. September 2016 [inkl. Aktenverzeichnis und Stellungnahme der Vorinstanz zum Stand des bei ihr hängigen Verfahrens vom 9. September 2016] sowie Rückerstattungsformular);
– die Vorinstanz (Ref.-Nr. […]; Gerichtsurkunde; Beilage: Kopie der Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 20. September 2016 [inkl. Kopien der Beilagen zur dieser Stellungnahme]);
– das Bundesamt für Sozialversicherungen (Gerichtsurkunde);
– die Oberaufsichtskommission BVG (Gerichtsurkunde).

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:	Der Gerichtsschreiber:
Jürg Steiger	Beat König

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: