



Abteilung I  
A-663/2018

## Urteil vom 29. Mai 2020

Besetzung

Richter Keita Mutombo (Vorsitz),  
Richter Daniel Riedo, Richterin Annie Rochat Pauchard,  
Gerichtsschreiberin Monique Schnell Luchsinger.

Parteien

1. **A.** \_\_\_\_\_ **AG**,  
2. **B.** \_\_\_\_\_,  
beide vertreten durch lic. iur. Stephan Mullis, Rechtsanwalt,  
Beschwerdeführende,

gegen

**C.** \_\_\_\_\_,  
vertreten durch Urs Pfister, Rechtsanwalt LL.M.,  
Beschwerdegegnerin,

**BBSA Bernische BVG- und Stiftungsaufsicht**,  
Belpstrasse 48, Postfach, 3000 Bern 14,  
Vorinstanz.

Gegenstand

Aufsicht.

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

Mit Eingabe vom 17. April 2015 gelangten die A. \_\_\_\_\_ AG (nachfolgend: Gesuchstellerin 1) und B. \_\_\_\_\_ (nachfolgend: Gesuchsteller 2; gemeinsam: Gesuchstellende) an die Bernische BVG- und Stiftungsaufsicht (BBSA, nachfolgend: Aufsichtsbehörde) und beantragten zusammengefasst zum einen, der Stiftungsrat der Personalvorsorgestiftung C. \_\_\_\_\_ (nachfolgend: Personalvorsorgestiftung) sei anzuweisen, seine Aufsichtsfunktion gegenüber der Geschäftsführung wahrzunehmen. Zum anderen beantragten sie, für die Personalvorsorgestiftung sei im Sinne einer vorsorglichen Massnahme ein Sachwalter einzusetzen.

Zur Begründung brachten die Gesuchstellenden vor, die Gesuchstellerin 1 stehe in einer zivilrechtlichen Auseinandersetzung mit der Personalvorsorgestiftung. Der Gesuchsteller 2 sei bei der Personalvorsorgestiftung vorsorgeversichert. Die Gesuchstellerin 1 sei auf die Rückforderung von Retrozessionen bei Banken und anderen Finanzinstituten spezialisiert. Sie habe von der Personalvorsorgestiftung einen Auftrag zur Abklärung von Rückforderungsansprüchen erhalten. Die Personalvorsorgestiftung habe diesen Auftrag gekündigt und habe die Gesuchstellerin 1 für die von Letzterer erbrachten Leistungen lediglich mit Fr. 20'000.- entschädigt. Der effektive Aufwand liege aber weit über Fr. 200'000.-.

Daneben gebe es aber noch weitere Rechtsangelegenheiten, die dringend einer Kontrolle durch die Stiftungsorgane bedürften. Die Gesuchstellenden nannten in diesem Zusammenhang drei Problemfelder, die mutmasslich auf die neue Geschäftsleitung zurückzuführen seien und aufgrund derer massive Schäden drohen würden.

Zum einen sei die Personalvorsorgestiftung der Auffassung, dass der inzwischen beendete Auftrag gezeigt habe, dass kein wesentlicher Ertrag aus Retrozessionen zu erzielen sei. Die Gesuchstellenden hegen zusammengefasst die Befürchtung, dass die Personalvorsorgestiftung es unterlassen werde, ihr zustehende Retrozessionen einzufordern, wodurch ihr beziehungsweise den Versicherten ein Schaden in der Höhe von ca. Fr. 21 Mio. entstehen würde.

Zum anderen habe die Personalvorsorgestiftung als Vermieterin der D. \_\_\_\_\_ AG (nachfolgend: D. \_\_\_\_\_ AG) den Mietvertrag über die Rennbahnklinik gekündigt, wogegen sich die D. \_\_\_\_\_ AG zur Wehr setze. Wenn die D. \_\_\_\_\_ AG den Mietvertrag verliere, müsse mit einem

Konkurs der D. \_\_\_\_\_ AG gerechnet werden. Dieser Konkurs würde der Personalvorsorgestiftung den Verlust von Darlehen in der Höhe von ca. Fr. 24 Mio. sowie einen Rückbau- und Leerstandschaden in der Höhe von ca. Fr. 2 Mio. bescheren.

Die Personalvorsorgestiftung stehe sodann auch mit der E. \_\_\_\_\_ AG (nachfolgend: E. \_\_\_\_\_) in einer weiteren gerichtlichen Auseinandersetzung. Der Personalvorsorgestiftung drohe diesbezüglich durch eine unbedachte Kündigung eine Schadenersatzforderung in der Höhe von ca. Fr. 40 Mio. bis Fr. 60 Mio.

## **B.**

Die Aufsichtsbehörde nahm mit Bezug auf den Vorwurf, wonach die Personalvorsorgestiftung ihr zustehende Retrozessionsansprüche in grossem Ausmass nicht geltend mache, insbesondere auch keine verjährungsunterbrechenden Massnahmen ergreife, weitere Abklärungen vor. Hierbei veranlasste sie bei einer externen Expertin ein Gutachten zur Frage, ob die von den Gesuchstellenden behaupteten Retrozessionsansprüche von rund Fr. 70 Mio. plausibel seien. Nach durchgeführter Untersuchung wies die Aufsichtsbehörde mit Verfügung vom 14. Dezember 2017 die Aufsichtsbeschwerde ab. Dabei auferlegte sie die Verfahrenskosten von Fr. 3'500.- sowie die Kosten für das eingeholte Gutachten in der Höhe von Fr. 94'391.90 den beiden Gesuchstellenden je zur Hälfte.

Die Aufsichtsbehörde führte in diesem Zusammenhang im Wesentlichen aus, die Gutachterin sei bei der Prüfung der Retrozessionsansprüche zum Schluss gekommen, dass ein maximaler, hypothetischer Schaden bei wohlwollender Auslegung der Beschwerdeschrift sowie unter Berücksichtigung der Jahre 2008 bis 2014 im Umfang von Fr. 5'449'877.- anzunehmen sei. Der wesentliche Anteil des hypothetischen Schadens betreffe diejenigen Finanzinstitute, bei welchen keine Offenlegung der Retrozessionen erfolgt sei. Die Einforderung der möglichen Retrozessionen sei mit einem gewissen Prozessrisiko und Kostenaufwand verbunden. Es liege dabei im Ermessen des Stiftungsrates, eine Abwägung vorzunehmen, ob entsprechende Schritte einzuleiten seien.

Weiter führte die Aufsichtsbehörde aus, die Personalvorsorgestiftung habe in ihren Schlussbemerkungen vom 14. November 2017 zum Gutachten hinsichtlich aller offenen Positionen dargelegt, dass kein oder kein relevanter Schaden entstanden sei. Die Aufsichtsbehörde habe sich auf eine Rechtskontrolle zu beschränken. Die Gesuchstellenden hätten jedoch in

keiner Weise einen Ermessensmissbrauch dargelegt oder belegt. Somit könne festgehalten werden, dass die durch die Gesuchstellenden behauptete Schadenssumme als nicht plausibel zu bezeichnen sei. Es könne der Personalvorsorgestiftung keine Rechtsverletzung vorgeworfen werden, welche ein aufsichtsrechtliches Einschreiten der Aufsichtsbehörde im Sinne der Anträge der Gesuchstellenden rechtfertigen würde.

Ferner führte die Aufsichtsbehörde aus, aufgrund der während des laufenden Verfahrens bundesgerichtlich geklärten Frage betreffend die Verjährung von Retrozessionsansprüchen stelle sich für die Personalvorsorgestiftung die Frage, ob sie weitere Retrozessionen geltend machen könne. Dies gelte auch für den Fall, dass bereits eine vertragliche Einigung mit Banken, Vermögensverwaltern und Brokern getroffen worden sei. Es bestehe insbesondere bei denjenigen Positionen, bei denen keine Offenlegung der Retrozessionen erfolgt sei und hierbei insbesondere in Bezug auf die Position «F. \_\_\_\_\_» Klärungsbedarf. Es würden gegenüber der Personalvorsorgestiftung aufsichtsrechtliche Schritte eingeleitet, falls Letztere die notwendigen Prüf-, Abklärungs- und gegebenenfalls Rückforderungspflichten nicht wahrnehmen und im Anhang zur Jahresrechnung nicht offenlegen werde.

Schliesslich führte die Aufsichtsbehörde aus, aufgrund der Substantiierungspflicht, welche zu den Mitwirkungspflichten der Parteien zähle, sei es Sache der Gesuchstellenden, die behauptete Schadenssumme soweit zu substantiieren, damit die vorgebrachten Einwände überprüft werden könnten. Die Gesuchstellenden seien aufgefordert worden, sämtliche Unterlagen einzureichen, welche die behauptete Schadenssumme zu plausibilisieren vermöchten. Die Gesuchstellenden hätten lediglich darauf hingewiesen, dass die Personalvorsorgestiftung nach der Beendigung des Vertragsverhältnisses sämtliche Unterlagen zurückgefordert habe und dass sich die Aufsichtsbehörde an die Personalvorsorgestiftung wenden möge. Damit hätten die Gesuchstellenden in krasser Weise ihre Mitwirkungspflichten verletzt. Schliesslich sei es den Gesuchstellenden zumutbar gewesen, bei der Personalvorsorgestiftung die wesentlichen Akten zu verlangen, um ihre Behauptungen zu untermauern, insbesondere da sie selber bestens gewusst hätten, welche Dokumente dies belegen könnten. Durch ihr Verhalten hätten die Gesuchstellenden den Aufwand der Aufsichtsbehörde beträchtlich erhöht, weshalb es sich rechtfertige, die Kosten für das Gutachten den Gesuchstellenden je zur Hälfte aufzuerlegen. Es sei zudem rechtsmissbräuchlich, wenn die Gesuchstellenden auf die Einreichung relevanter Unterlagen komplett verzichten würden und dabei die Aufbereitung der

Entscheidungsgrundlagen gänzlich der Aufsichtsbehörde überliessen. Sie (die Aufsichtsbehörde) qualifiziere sodann das Aufsichtsbeschwerdeverfahren praxisgemäss als nichtstreitiges Verwaltungsverfahren, in welchem gemäss Art. 107 Abs. 3 des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Bern (VRPG/BE, BSG 155.21) kein Anspruch auf Parteikostenersatz bestehe.

### **C.**

**C.a** Mit Beschwerde vom 30. Januar 2018 gelangen die beiden Gesuchstellenden (nachfolgend: Beschwerdeführerin 1 und Beschwerdeführer 2 oder Beschwerdeführende) an das Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragen die Aufhebung der Verfügung vom 14. Dezember 2017 und Gutheissung der mit der Aufsichtsbeschwerde vom 17. April 2015 eingereichten Anträge. Eventualiter sei die angefochtene Verfügung mit Bezug auf die Kosten von total Fr. 97'891.90 aufzuheben. Subeventualiter sei die Sache zwecks erneuter Prüfung an die Aufsichtsbehörde (nachfolgend auch: Vorinstanz) zurückzuweisen. In prozessualer Hinsicht beantragen die Beschwerdeführenden die Erteilung der aufschiebenden Wirkung.

**C.b** Zur Begründung führen die Beschwerdeführenden aus, die Vorinstanz habe die Eingabe vom 17. April 2015 zu Unrecht als Stiftungsaufsichtsbeschwerde im Sinne von Art. 62 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG, SR 831.40) betrachtet. Der Beschwerdeführerin 1 sei im vorinstanzlichen Verfahren daher zu Unrecht die Parteistellung eingeräumt worden.

**C.c** Zum Sachverhalt führen die Beschwerdeführenden aus, die Beschwerdeführerin 1 sei auf die Rückforderung von Retrozessionen, Kickbacks und ähnliche Provisionszahlungen spezialisiert. Der Beschwerdeführer 2 sei bis zum (Datum) Verwaltungsrat der Beschwerdeführerin 1 gewesen. Die Beschwerdeführerin 1 habe am 13./17. Mai 2013 mit der Personalvorsorgestiftung einen Vertrag (nachfolgend: Abklärungsauftrag) zur Klärung und Geltendmachung von Rückforderungsansprüchen (nachfolgend allgemein: Retrozessionen) geschlossen, wobei die Beschwerdeführerin 1 die Besorgung des Abklärungsauftrags auch Dritten habe übertragen dürfen. Die Beschwerdeführerin 1 habe in der Folge Rechtsanwalt G. \_\_\_\_\_ und dessen Kanzleipartnerin (nachfolgend Unterbeauftragter oder Unterbeauftragte) unterbeauftragt. Dieses Mandat sei per 30. September 2014 beendet worden. Anlässlich der Beendigung des Unterauftrags habe der Unterbeauftragte die Personalvorsorgestiftung dahingehend informiert, dass die

Ansprüche auf allfällige Retrozessionen wegen fehlender Vertragsunterlagen nicht hätten verifiziert werden können. Der Personalvorsorgestiftung sei hierbei eine Übersicht «Stand Teilmandate per 30. September 2014» überreicht worden. Mit Schreiben vom 15. Oktober 2014 habe die Beschwerdeführerin 1 die Personalvorsorgestiftung über die weiteren Schritte informiert und ihr insbesondere von der Annahme der erhaltenen Vergleichsofferte der H. \_\_\_\_\_ (nachfolgend: H. \_\_\_\_\_-Bank) in der Höhe von Fr. 219'000.- abgeraten. Am 11. November 2014 habe der Rechtsvertreter der Personalvorsorgestiftung den Abklärungsauftrag gekündigt. Mit Schreiben vom 9. Dezember 2014 habe die Beschwerdeführerin 1 die Personalvorsorgestiftung darauf hingewiesen, dass Letztere mutmasslich Retrozessionsansprüche von über Fr. 70 Mio. habe. Gleichzeitig habe die Beschwerdeführerin 1 den ihr davon vertraglich zustehenden Anteil von 30%, mithin Fr. 21 Mio. eingefordert. Am 28. Januar 2015 habe die Beschwerdeführerin 1 der Personalvorsorgestiftung die Mandatsunterlagen bestehend aus sieben Bundesordnern von Dokumenten retourniert. Mit Schreiben vom 16. Februar 2015 habe die Beschwerdeführerin 1 die Personalvorsorgestiftung erneut aufgefordert, die Retrozessionsansprüche von mindestens Fr. 70 Mio. geltend zu machen und verjährungsunterbrechende Handlungen zu ergreifen. Mit Zahlungsbefehl vom 16. März 2015 habe die Beschwerdeführerin 1 die Personalvorsorgestiftung im Umfang der der Beschwerdeführerin 1 zustehenden Honorarforderung von Fr. 21 Mio. betrieben.

**C.d** Sodann führen die Beschwerdeführenden aus, da die Personalvorsorgestiftung weiterhin keine Anzeichen habe erkennen lassen, die Retrozessionsansprüche geltend zu machen, hätten sie sich am 17. April 2015 an die Aufsichtsbehörde gewandt. Die Aufsichtsbehörde habe am 11. Mai 2015 die Personalvorsorgestiftung zur Vernehmlassung aufgefordert. In der Folge habe die Personalvorsorgestiftung mehrmals um Fristerstreckung ersucht. Am 11. August 2015 hätten sie (die Beschwerdeführenden) eine «Ergänzung zur Aufsichtsbeschwerde» eingereicht. Die Personalvorsorgestiftung habe sich schliesslich am 21. August 2015 vernehmen lassen. Mit Eingabe vom 15. Oktober 2015 hätten sie repliziert. In der Folge habe jeder der Beschwerdeführenden mit der Personalvorsorgestiftung erneut den direkten Kontakt gesucht. Die Vorinstanz habe die Parteien mit Schreiben vom 19. Februar 2016 über den Abschluss des Schriftenwechsels informiert. Mit Schreiben vom 30. März 2016 habe die Vorinstanz die Beschwerdeführenden aufgefordert, die sich in deren Besitz befindenden Unterlagen einzureichen damit der behauptete Schaden plausibilisiert werden könne. Die Beschwerdeführenden hätten der Vorinstanz am 6. April

2016 mitgeteilt, dass die Beschwerdeführerin 1 am 28. Januar 2015 der Personalvorsorgestiftung sämtliche Unterlagen retourniert habe. Die Personalvorsorgestiftung habe am 2. Mai 2016 nur zwei Bundesordner eingereicht. Auf weitere Aufforderung der Vorinstanz habe die Personalvorsorgestiftung am 20. September 2016 zusätzliche Unterlagen nachgereicht. In der Folge habe die Gutachterin um Herausgabe der seinerzeit vom Unterbeauftragten erstellten 26 Dossiers gebeten. Dieser Aufforderung sei die Personalvorsorgestiftung am 22. Dezember 2016 nachgekommen. Die Gutachterin habe am 31. Mai 2017 das Gutachten ausgestellt. Während die Beschwerdeführerin 1 auf eine Stellungnahme verzichtet habe, habe sich der Beschwerdeführer 2 am 17. Oktober 2017 zum Gutachten vernehmen lassen. Die Personalvorsorgestiftung habe am 14. November 2017 zum Gutachten Stellung genommen und gleichzeitig weitere «Beweismittel» eingereicht. Nachdem am 22. November 2017 die Stellungnahmen zum Gutachten je wechselseitig und ohne weitere Möglichkeit zur Stellungnahme zugestellt worden seien, habe die Vorinstanz am 14. Dezember 2017 die vorliegend angefochtene Verfügung erlassen.

**C.e** Die Beschwerdeführenden argumentieren, die Vorinstanz habe die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin 1 zu Unrecht bejaht, denn der in der angefochtenen Verfügung erwähnte Art. 51a Abs. 2 Bst. m BVG fände im vorliegenden Fall keine Anwendung. Die Verantwortlichen der Personalvorsorgestiftung hätten sich indessen gemäss Art. 51b Abs. 2 BVG aktiv mit dem Thema «Retrozessionen» zu befassen und gegebenenfalls zurückzufordern. Sie seien jedoch jahrelang untätig geblieben und hätten nicht einmal verjährungsunterbrechende Massnahmen vorgenommen.

**C.f** Die Vorinstanz habe keine andere Massnahme als die Erstellung eines Gutachtens in Erwägung gezogen und damit das Verhältnismässigkeitsprinzip verletzt. Sie habe die Beschwerdeführenden auch nicht vorgängig darüber informiert, dass sie ein Gutachten einholen werde und damit das Gebot des rechtlichen Gehörs verletzt. Die Personalvorsorgeeinrichtung sei demgegenüber über die Einholung eines Gutachtens informiert worden und habe für ihre Stellungnahme zum Gutachten mehr Zeit erhalten, womit die Vorinstanz gegen das Gebot der Waffengleichheit verstossen habe. Weiter habe die Vorinstanz angesichts der langen Verfahrensdauer das Beschleunigungsgebot verletzt.

**C.g** Die Gutachterin habe sodann darauf hingewiesen, dass zu mehreren Vermögenspositionen keinerlei Informationen vorliegen würden. Die Beschwerdeführenden erblickten darin eine Verletzung der Editions- oder der Aufbewahrungspflicht der Personalvorsorgestiftung. Demzufolge habe es genügend Anhaltspunkte gegeben für ein aufsichtsrechtliches Einschreiten durch die Vorinstanz und seien ihre Anträge zu Unrecht abgewiesen worden.

**C.h** Die Anordnung eines Gutachtens sei eine aufsichtsrechtliche Massnahme. Die Kosten hierfür seien gemäss der abschliessenden Bestimmung von Art. 62a Abs. 3 BVG der Personalvorsorgestiftung zu überbinden. Die Beschwerdeführenden monieren, sie hätten ihre Mitwirkungspflichten nicht verletzt, hätten sie doch umgehend nach der Aufforderung zur Edition darauf hingewiesen, dass die Beschwerdeführerin 1 die entsprechenden Unterlagen der Personalvorsorgestiftung retourniert habe. Diese Unterlagen bei der Personalvorsorgestiftung erneut zu verlangen – wie ihr das die Vorinstanz vorhalte – habe sich wegen der Gesprächsverweigerung der Personalvorsorgestiftung erübrigt. Der Beschwerdeführerin 1 dürften auch keine weiteren Verfahrenskosten auferlegt werden, weil das Verfahren der Aufsichtsanzeige kostenfrei sei. Dem Beschwerdeführer 2 dürften keine Verfahrenskosten auferlegt werden, weil die Anordnung des Gutachtens unter Verletzung des rechtlichen Gehörs des Beschwerdeführers 2 erfolgt sei und unverhältnismässig gewesen sei.

**D.**

Mit Zwischenverfügung vom 6. März 2018 wird die aufschiebende Wirkung erteilt.

**E.**

**E.a** Am 11. Mai 2018 reicht die Vorinstanz ihre Vernehmlassung ein. Sie beantragt, die Beschwerde unter Kostenfolge zulasten der Beschwerdeführenden vollumfänglich abzuweisen.

**E.b** Sie begründet ihren Antrag im Wesentlichen dahingehend, dass sie zur Plausibilisierung des von den Beschwerdeführenden behaupteten Schadens betreffend Retrozessionen ein Gutachten im Sinne von Art. 62a Abs. 2 Bst. c BVG in Auftrag gegeben habe, worüber sie die Beschwerdeführenden und die Beschwerdegegnerin in Kenntnis gesetzt habe. Diese Massnahme gehe als mildere Massnahme der Einsetzung eines Sachwalters vor. Die Beschwerdeführenden hätten spätestens nach Erhalt einer Orientierungskopie des Schreibens der Personalvorsorgestiftung vom

20. September 2016 von der Anordnung des Gutachtens Kenntnis gehabt und weder gegen dessen Anordnung noch gegen die Gutachterin Einwände vorgebracht. Die Beschwerdeführenden hätten aufgrund des von ihnen selbst erhobenen Vorwurfes auch den Gegenstand des Gutachtens gekannt. Während die Beschwerdeführerin 1 sich nicht habe vernehmen lassen, habe der Beschwerdeführer 2 in den Schlussbemerkungen keine entsprechenden Rügen vorgebracht. Das Gutachten habe gezeigt, dass der von den Beschwerdeführenden behauptete Schaden von über Fr. 70 Mio. nicht plausibel sei. Somit habe es sich erübrigt, einen Sachwalter einzusetzen. Das Gutachten habe aufgezeigt, dass gewisse Positionen noch zu klären seien. Dies geschehe im Rahmen der jährlichen aufsichtsrechtlichen Tätigkeit der Aufsichtsbehörde. Bezüglich der Kostenfolgen sei zwischen den Verfahrenskosten und den Gutachterkosten zu unterscheiden. Die Beschwerdeführenden hätten als unterliegende Partei die Verfahrenskosten zu tragen. In Anwendung des Verursacherprinzips hätten sie auch die Gutachterkosten zu tragen, weil infolge des Verhaltens der Beschwerdeführenden keine andere Möglichkeit bestanden habe, den Schaden zu plausibilisieren als ein Gutachten in Auftrag zu geben.

#### **F.**

Auf Aufforderung des Bundesverwaltungsgerichts reicht die Vorinstanz mit Eingabe vom 21. Juni 2019 weitere Verfahrensakten ein.

#### **G.**

Mit Zwischenverfügung vom 3. Juli 2019 wird die Personalvorsorgestiftung (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) zum vorliegenden Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht beigeladen.

#### **H.**

**H.a** Am 7. August 2019 beantragt die Beschwerdegegnerin unter Kosten- und Entschädigungsfolge die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden könne.

**H.b** Sie führt hierzu aus, dass die Beschwerdeführerin 1 deren Legitimation in der Hauptsache bestreite. Eine derartige Prozessführung sei nachgerade mutwillig. Die Beschwerdeführenden rügten, die Vorinstanz gebe den Sachverhalt nur auszugsweise wieder. Es werde aber nicht dargelegt, welche Sachverhaltselemente fehlen würden und inwiefern dies entscheidungswesentlich sei. Sie, die Beschwerdegegnerin, habe bereits im Vorverfahren die fachliche Kompetenz der Beschwerdeführerin 1 zur Rückforderung von

Retrozessionen etc. bestritten. Hierzu lege sie nochmals ihre zusätzlichen Beweismittel vor.

**H.c** Die Beschwerdegegnerin ergänzt sodann den Sachverhalt dahingehend, dass die Gründung der Beschwerdeführerin 1 auf I. \_\_\_\_\_ als «spiritus rector» sowie ihrem vormaligen Geschäftsführer, weiter einem künftigen Verwaltungsrat der Beschwerdeführerin 1 sowie Rechtsanwalt G. \_\_\_\_\_ als Gründungsnotar und späterem Unterbeauftragter von ihr zurückgehe. Der vormalige Geschäftsführer der Beschwerdeführerin habe bereits zuvor verschiedene Geschäftsbeziehungen mit Unternehmungen im Umfeld von I. \_\_\_\_\_ aufgebaut. Es habe die Vermutung bestanden, dass der defizitäre Betrieb der D. \_\_\_\_\_ AG aus Mitteln hätte quersubventioniert werden sollen, welche sie, die Beschwerdegegnerin, in das Projekt «Rechenzentrum [...]» habe investieren wollen. Sinngemäss führt die Beschwerdegegnerin weiter aus, das investierte Kapital hätte von der für das Rechenzentrum zuständigen Betriebsgesellschaft, der E. \_\_\_\_\_ AG, an die D. \_\_\_\_\_ AG fliessen sollen. Eine solche Quersubventionierung habe sie jedoch nie genehmigt.

**H.d** Weiter führt die Beschwerdegegnerin aus, ihr vormaliger Geschäftsführer habe die Beschwerdeführerin 1 mit der Rückforderung von Retrozessionen beauftragt. Der Vertrag sehe eine Gewinnabschöpfung zugunsten der Beschwerdeführerin 1 vor. Ebenso werde in jenem Vertrag der überschuldete Verein J. \_\_\_\_\_ in (Ort) begünstigt, dessen Präsident gleichzeitig Verwaltungsrat der Beschwerdeführerin 1 gewesen sei. Auch damit habe sie, die Beschwerdegegnerin, als Geldquelle erschlossen werden sollen. Die Beschwerdeführenden seien daher aus eigennützigen Motiven an die Aufsichtsbehörde gelangt. Entgegen Ziff. 3 des Abklärungsauftrages habe nicht die Beschwerdeführerin 1 den Unterbeauftragten bzw. die Unterbeauftragten beigezogen, sondern sie, die Beschwerdegegnerin, selber. Die Abklärungen hätten sich vorerst auf die H. \_\_\_\_\_-Bank und die K. \_\_\_\_\_-Bank beschränkt. Nachdem die Mehrheit der Banken und Vermögensverwalter die Zahlungsströme offengelegt bzw. bestätigt hätten, dass keine Retrozessionen geflossen oder die Rückvergütungen an sie, die Beschwerdegegnerin, bereits früher vertraglich vereinbart worden seien, hätten die Unterbeauftragten die ausgewiesenen Zahlen der H. \_\_\_\_\_-Bank und der K. \_\_\_\_\_-Bank durch die L. \_\_\_\_\_ GmbH plausibilisieren lassen. Weiter hätten die Unterbeauftragten bei M. \_\_\_\_\_ ein Kurzgutachten eingeholt. Diese Abklärung habe ergeben, dass die ursprüngliche Schätzung des Volumens absolut unrealistisch gewesen sei.

Die Mandatsniederlegung sei – entgegen der Darstellung der Beschwerdeführenden – nicht erfolgt, weil Unterlagen gefehlt hätten. Der nachfolgende Rat der Beschwerdeführerin 1 habe in diametralem Widerspruch zur Beurteilung der Unterbeauftragten gestanden, weshalb sie, die Beschwerdegegnerin, davon ausgegangen sei, dass die Beschwerdeführerin 1 lediglich beabsichtige höhere Honorare zu erwirken.

**H.e** Die Beschwerdegegnerin argumentiert sodann, die Beschwerdeführenden hätten keinen Nachweis für die mögliche Schadenssumme von Fr. 70 Mio. erbracht. Die Beschwerdeführenden hätten ihr, der Beschwerdegegnerin, die Ergebnisse der überjährigen juristischen und finanztechnischen Abklärungen nie offengelegt und keine solchen Dokumente übergeben. Die Beschwerdeführenden müssten daher noch über Aufzeichnungen verfügen, die sie zu Plausibilisierung ihrer Behauptung hätten vorlegen können.

**H.f** Die Beschwerdeführenden hätten massive Vorwürfe erhoben, die von der Vorinstanz hätten untersucht werden müssen. Vor diesem Hintergrund sei die Anordnung einer Begutachtung gerechtfertigt. Sie – so die Beschwerdegegnerin weiter – betrachte diese Anordnung als ein Mittel der präventiven Aufsicht. Diese gehe einer repressiven Aufsichtsmaßnahme vor, weshalb das Verhältnismässigkeitsprinzip gewahrt sei.

**H.g** Die Beschwerdeführenden würden das Fazit des Gutachtens vom 31. Mai 2017 übergehen, welches dahingehe, dass die von ihnen bezeichnete Schadenssumme von Fr. 70 Mio. keinesfalls plausibel sei.

**H.h** Die Beschwerdegegnerin macht sodann geltend, sie habe sich schon vor dem Bundesgerichtsentscheid aus dem Jahre 2006 um Retrozessionen bemüht und allfällige Ansprüche rückwirkend für die letzten 10 Jahre geprüft und dies in der Jahresrechnung 2007 dargestellt. Dieser Abschluss sei von der Aufsichtsbehörde genehmigt worden. Im Jahre 2013 habe keine Veranlassung bestanden, weitergehende Massnahmen zu ergreifen. Die Verhandlungen mit den einzelnen Instituten seien noch im Gange gewesen. Von einer Verletzung der Sorgfaltspflicht durch ihre Organe könne daher keine Rede sein.

**H.i** Weiter macht die Beschwerdegegnerin geltend, hinsichtlich der für die Gutachterin bereitzustellenden Unterlagen habe für sie die Schwierigkeit bestanden, dass sie die genaue Fragestellung nicht gekannt habe. Daher

habe sie nicht gewusst, welche Dokumente die Begutachtung erleichtern würden.

**H.j** Sinngemäss führt die Beschwerdegegnerin weiter aus, die Beschwerdeführenden hätten die Begutachtung veranlasst und daher auch die Kosten hierfür zu tragen.

**H.k** Die Beschwerdegegnerin führt ferner aus, die Beschwerdeführerin 1 sei nicht legitimiert eine Aufsichtsbeschwerde zu erheben, weshalb die Vorinstanz darauf nicht hätte eintreten dürfen. Entsprechend sei auch vor oberer Instanz auf die Beschwerde kostenfällig nicht einzutreten. Die Beschwerdeführerin 1 führe zudem den Prozess in mutwilliger Weise.

**H.l** Bezüglich der Verfahrenskosten stellt sich die Beschwerdegegnerin auf den Standpunkt, dass ihr selber keine Kosten für das Verfahren vor erster Instanz auferlegt werden dürften, weil die Beschwerdeführenden keinen entsprechenden reformatorischen Antrag gestellt hätten.

## **I.**

Die Beschwerdeführenden replizieren am 25. September 2019.

Hinsichtlich der Kostenliquidation machen die Beschwerdeführenden geltend, dass nach Art. 9 der Allgemeinen Gebührenverordnung vom 8. September 2004 (AllgGebV, SR 172.041.1) in Verbindung mit Art. 11 der Verordnung vom 10. und 22. Juni 2011 über die Aufsicht in der beruflichen Vorsorge (BVV 1, SR 831.435.1) die Verwaltungseinheit die gebührenpflichtige Person vorgängig über die voraussichtliche Gebühr unterrichte, sofern eine Verfügung oder eine Dienstleistung einen aussergewöhnlichen Aufwand erfordere. Auch nach Treu und Glauben sei die Vorinstanz dazu gehalten gewesen, zumal sie, die Beschwerdeführenden, damals noch nicht anwaltlich vertreten gewesen seien. Die Verletzung der Aufklärungspflicht rechtfertige es, vorliegend auf die Einforderung der Gebühr zu verzichten bzw. diese zu erlassen. Für eine mutwillige Prozessführung bedürfe es neben der Aussichtslosigkeit zusätzlich eines subjektiven tadelnswerten Verhaltens einer Partei. Ein solches liege nicht vor. Es sei zudem fraglich – so die Beschwerdeführenden abschliessend –, ob für sie überhaupt eine Mitwirkungspflicht bestanden habe. Eine Mitwirkung sei aber ohnehin nicht möglich gewesen, weil die Beschwerdeführerin 1 die Unterlagen an die Beschwerdegegnerin retourniert habe.

**J.**

Die Duplik der Vorinstanz datiert vom 29. Oktober 2019. Hierbei stellt sich die Vorinstanz unter anderem auf den Standpunkt, die Gebühren für Dienstleistungen und spezielle Tätigkeiten seien gemäss Art. 15 Abs. 2 des Gesetzes über die bernische Stiftungsaufsicht (Gesetz über die Bernische BVG- und Stiftungsaufsicht [BBSAG, BSG 212.223]) von der beaufsichtigten Institution oder von Dritten zu entrichten, die solche Dienstleistungen oder Tätigkeiten verursachen oder in Anspruch nehmen würden. Sie, die Vorinstanz, habe das rechtliche Gehör gewahrt, indem sie den Beschwerdeführenden die Möglichkeit eingeräumt habe, Schlussbemerkungen einzureichen. Die Beschwerdeführerin 1 habe darauf verzichtet. Der Beschwerdeführer 2 habe sich in seinen Schlussbemerkungen nicht zur Kostenaufgabe an ihn geäußert.

**K.**

Mit Eingabe vom 15. November 2019 hält die Beschwerdegegnerin zusammengefasst fest, dass die Beschwerdeführenden durch die Anrufung der Aufsichtsbehörde in erster Linie deren Honoraransprüchen gegenüber ihr, der Beschwerdegegnerin, hätten Nachdruck verleihen wollen. Einzig der Vorwurf der unterlassenen Rückforderung von Retrozessionen sei aufsichtsrechtlich relevant. Die Vorinstanz habe die Beschwerdeführenden aufgefordert, diesen Vorwurf zu substantiieren und Angaben zur Schadensberechnung zu machen. Dieser Aufforderung hätten sich die Beschwerdeführenden unter dem Vorwand entzogen, ihr (der Beschwerdegegnerin) alle Unterlagen zurückgegeben zu haben. Ihr (der Beschwerdegegnerin) gegenüber habe die Beschwerdeführerin 1 jedoch noch Ende 2014 ausgeführt, gemäss vertraglicher Vereinbarung einen Anspruch von 30% des aufgrund ihrer Berechnungen mutmasslich erzielbaren Rückforderungsvolumens von mehr als Fr. 70 Mio. zu haben. Ob die Aufsichtsbehörde gehalten gewesen sei, umfangreiche Untersuchungen vorzunehmen, werde das Bundesverwaltungsgericht zu beurteilen haben. Die Beschwerdeführenden hätten jedenfalls diesen Aufwand verursacht.

**L.**

Auf die vorstehenden und die weiteren Vorbringen der Parteien sowie die Akten wird nachfolgend insoweit eingegangen, als sie für den vorliegenden Entscheid wesentlich sind.

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

### **1.**

**1.1** Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG, SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Als Vorinstanzen gelten die in Art. 33 VGG genannten Behörden.

Zu den beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbaren Verfügungen gehören nach Art. 74 Abs. 1 BVG in Verbindung mit Art. 33 Bst. i VGG jene der Aufsichtsbehörden im Bereich der beruflichen Vorsorge. Eine Ausnahme nach Art. 32 VGG liegt nicht vor. Die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts ist somit gegeben.

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

**1.2** Zur Beschwerde berechtigt ist, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Die Beschwerdeführenden haben bereits am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, sind durch die angefochtene Verfügung beschwert und haben offenkundig ein Interesse an der Abänderung derselben. Sie sind folglich zur Beschwerde vor dem Bundesverwaltungsgericht legitimiert.

**1.3** Nach dem Gesagten ist auf die im Übrigen form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG) – vorbehältlich E. 1.4 und E. 7.3.2 – einzutreten.

**1.4** Soweit die Beschwerdeführenden im vorliegenden Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht die Gutheissung ihrer ursprünglichen Anträge vom 17. April 2015 fordern, fehlt es an einer hinreichenden Substantiierung, insbesondere, weshalb es sich weiterhin rechtfertige, den Stiftungsrat der Beschwerdegegnerin anzuweisen, seine Aufsichtsfunktion gegenüber der Geschäftsführung wahrzunehmen und einen Sachwalter einzusetzen. In soweit ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

### **1.5**

**1.5.1** Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV,

SR 101]) umfasst eine Anzahl verschiedener verfassungsrechtlicher Garantien. Er gewährleistet der vom Entscheid in ihrer Rechtsstellung betroffenen Person insbesondere das Recht, sich vor Erlass des Entscheids 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 (vgl. BGE 132 V 368 E. 3.1). Eine rechtsgenügende GehörsGewährung liegt nur vor, wenn sie im Rahmen einer formellen Verfahrenshandlung der Behörde erfolgt und sich die betroffene Person bewusst sein kann sowie muss, dass die Behörde die Verfahrenshandlung mit Blick auf die Gewährung des rechtlichen Gehörs in einem konkreten Verfahren vornimmt (Urteile des BVGer A-714/2018 vom 23. Januar 2019 E. 3.1, A-1696/2015 vom 27. April 2016 E. 2.2.1 mit Hinweis).

**1.5.2** Die Rechtsprechung leitet aus Art. 29 Abs. 1 BV und aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK das Gebot eines fairen Verfahrens ab (BGE 133 I 1 E. 5.3.1 mit Hinweisen). Das Gebot der Waffengleichheit bildet daraus einen Teilgehalt. Er betrifft den Anspruch der versicherten Person, nicht in eine prozessuale Lage versetzt zu werden, aus der sie keine vernünftige Chance hat, ihre Sache dem Gericht zu unterbreiten, ohne gegenüber der anderen Partei klar benachteiligt zu sein (BGE 137 V 210 E. 2.1.2.1, 135 V 465 E. 4.3.1, je mit Hinweis auf die Urteile des EGMR *Steel und Morris gegen Vereinigtes Königreich* vom 15. Mai 2005, Recueil CourEDH 2005-II S. 45 § 62 und *Yvon gegen Frankreich* vom 24. April 2003, Recueil CourEDH 2003-V S. 29 § 31; RENÉ WIEDERKEHR, *Fairness als Verfassungsgrundsatz*, 2006, S. 25 ff.). Dieses formale Prinzip ist schon dann verletzt, wenn eine Partei bevorteilt wird; nicht notwendig ist, dass die Gegenpartei dadurch tatsächlich einen Nachteil erleidet (BGE 137 V 210 E. 2.1.2.1 mit Hinweisen; zum Ganzen: BGE 139 I 121 E. 4.2.1).

**1.5.3** Als Minimalanforderung an ein rechtsstaatliches Verfahren gewährleistet Art. 29 Abs. 1 BV den Erlass eines Entscheides innerhalb einer angemessenen Frist. Die Angemessenheit der Dauer bestimmt sich nicht absolut. Sie ist im Einzelfall unter Berücksichtigung der gesamten Umstände einer Angelegenheit wie Umfang und Bedeutung des Verfahrens, das Verhalten der betroffenen Privaten und der Behörden, die Bedeutung für die Betroffenen sowie die für die Sache spezifischen Entscheidungsabläufe zu berücksichtigen (BGE 135 I 265 E. 4.4 mit Hinweisen; BGE 130 I 312 E. 5.1). Für die Rechtsuchenden ist es unerheblich, auf welche Gründe

eine übermässige Verfahrensdauer zurückzuführen ist; mangelnde Organisation oder Überlastung bewahren nicht vor dem Vorwurf der Rechtsverzögerung (BGE 130 I 312 E. 5.2). Entscheidend ist ausschliesslich, dass die Behörde nicht oder nicht fristgerecht handelt. Bei der Feststellung einer übermässigen Verfahrensdauer ist daher zu prüfen, ob sich die Umstände, die zur Verlängerung des Verfahrens geführt haben, objektiv rechtfertigen lassen (BGE 125 V 188 E. 2a; vgl. auch Urteil des BVGer B-4757/2017 vom 27. Februar 2020 E. 2.1.1).

**1.5.4** Nach abgeschlossenem Verfahren kann die Verfassungsverletzung nicht mehr aus der Welt geschaffen werden (GEROLD STEINMANN, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender [Hrsg.], Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl. 2014 [nachfolgend: SG-Kommentar], Art. 29 N 26). Neben einer förmlichen Feststellung der Verfassungsverletzung kann ihr auch im Rahmen einer vorteilhaften Kostenregelung Rechnung getragen werden (vgl. Urteil des BVGer A-714/2018 vom 23. Januar 2019 E. 40.1; STEINMANN, SG-Kommentar, Art. 29 N 26 mit Hinweis auf BGE 138 II 513 E. 6.5 und 130 I 312 E. 5.3).

**1.5.5** Der Grundsatz des Vorrangs von Bundesrecht nach Art. 49 Abs. 1 BV schliesst in Sachgebieten, welche die Bundesgesetzgebung abschliessend regelt, eine Rechtssetzung durch die Kantone aus. In Sachgebieten, die das Bundesrecht nicht abschliessend ordnet, dürfen die Kantone nur solche Vorschriften erlassen, die nicht gegen Sinn und Geist des Bundesrechts verstossen und dessen Zweck nicht beeinträchtigen oder vereiteln. Dieser sog. Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts kann als verfassungsmässiges Individualrecht angerufen werden (BGE 140 I 277 E. 4.1, 138 I 468 E. 2.3.1, 137 I 31 E. 4.1 mit Hinweis).

## **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.

**2.2** Gemäss Art. 62 Abs. 1 BVG hat die Aufsichtsbehörde darüber zu wachen, dass die Vorsorgeeinrichtung die gesetzlichen und statutarischen Vorschriften einhält und dass das Stiftungsvermögen seinem Zweck gemäss verwendet wird, indem sie insbesondere (a) die Übereinstimmung der reglementarischen Bestimmungen mit den gesetzlichen Vorschriften

(einschliesslich Normen auf Verordnungsstufe) prüft, (b) von den Vorsorgeeinrichtungen periodisch Berichterstattung fordert, namentlich über die Geschäftstätigkeit, (c) Einsicht in die Berichte der Kontrollstelle und des Experten für berufliche Vorsorge nimmt, (d) die Massnahmen zur Behebung von Mängeln trifft sowie (e) Streitigkeiten betreffend das Recht der versicherten Person auf Information beurteilt. Die Aufsichtsbehörde verfügt über weitreichende Kompetenzen präventiver und repressiver Art (BGE 126 III 499 E. 3a; Urteile des BGer 9C\_480/2011 vom 11. November 2011 E. 2.1 in: SVR 2012 BVG Nr. 15 S. 64, 9C\_846/2009 vom 5. Februar 2010 E. 4.1 in: SVR 2010 BVG Nr. 35 S. 132; vgl. auch Urteile des BVGer A-494/2013 vom 10. November 2016 E. 3.3.3, C-1781/2011 vom 17. Juni 2013 E. 5.2).

**2.3** In reinen Ermessensfragen hat sich die Aufsichtsbehörde grösste Zurückhaltung aufzuerlegen. Sie hat nur dann einzugreifen, wenn die Stiftungsorgane bei der Ausführung des Stifterwillens das ihnen zustehende Ermessen überschritten oder missbraucht haben, das heisst, wenn ein Entscheid unhaltbar ist, weil er auf sachfremden Kriterien beruht oder einschlägige Kriterien ausser Acht lässt. Greift die Aufsichtsbehörde ohne gesetzliche Grundlage in den Autonomiebereich der Stiftungsorgane ein, so verletzt sie Bundesrecht (BGE 138 V 346 E. 5.5.1, 111 II 97 E. 3; zum Ganzen: BGE 140 V 348 E. 2.2; vgl. auch Urteil des BVGer A-2370/2018 vom 16. Oktober 2019 E. 2.4.5).

**2.4** Da sich die Kognition bei der oberen Instanz nur verengen, nicht aber erweitern kann, gilt es jedoch zu beachten, dass die Aufsichtstätigkeit im Bereich der beruflichen Vorsorge als Rechtskontrolle ausgestaltet ist (vgl. ISABELLE VETTER-SCHREIBER, Berufliche Vorsorge, Kommentar, 3. Aufl. 2013 [nachfolgend: OF-Kommentar], Art. 62 N 3). Deshalb hat sich auch das angerufene Gericht – in Abweichung von Art. 49 Bst. c VwVG – auf eine Rechtskontrolle zu beschränken, soweit Entscheide des Stiftungsrates zu überprüfen sind (BGE 135 V 382 E. 4.2; Urteil des BGer 9C\_756/2009 vom 8. Februar 2010 E. 5; Urteil des BVGer A-358/2018 vom 10. Januar 2019 E. 2.1).

**2.5** Von der Aufsichtsbehörde gestützt auf Art. 62 BVG erlassene Massnahmen sind hingegen mit voller Kognition zu prüfen. Dabei hat die Beschwerdeinstanz aber zu berücksichtigen, dass der Aufsichtsbehörde bei der Anordnung von Massnahmen ein erheblicher Beurteilungs- bzw. Ermessensspielraum zusteht, weshalb eine gewisse Zurückhaltung bei der gerichtlichen Überprüfung geboten ist (vgl. BGE 132 II 144 E. 1.2; Urteil

des BGer 2A.395/2002 vom 14. August 2003 E. 2.1; Urteile des BVGer A-358/2018 vom 10. Januar 2019 E. 2.1, C-6253/2014 vom 4. Februar 2016 E. 3.2).

### **3.**

**3.1** Die Aufsichtsbehörde wird in erster Linie von Amtes wegen im Rahmen der jährlichen Überprüfung der von ihr beaufsichtigten Stiftungen und Vorsorgeeinrichtung tätig. Sie kann aber auch auf Gesuch z.B. im Rahmen der aufsichtsrechtlichen Genehmigung von Fusionen tätig werden. Schliesslich wird sie auf eine Aufsichtsbeschwerde oder aber auf eine Aufsichtsanzeige hin tätig (vgl. BGE 144 III 433 E. 6.1; vgl. CHRISTINA RUGGLI, in: Schneider/Geiser/Gächter [Hrsg.], Kommentar zum schweizerischen Sozialversicherungsrecht, BVG und FZG, 2. Aufl. 2019 [nachfolgend: BVG und FZG], Art. 62 N 4; HANS-ULRICH STAUFFER, Berufliche Vorsorge, 3. Aufl. 2019, Rz. 2292).

### **3.2**

**3.2.1** Bei der Aufsichts*beschwerde* handelt es sich um ein Rechtsmittel eigener Art mit Anspruch auf Behandlung und Einräumung von Parteirechten (BGE 107 II 385 E. 3 f.; Urteil des BGer 9C\_823/2011 vom 23. März 2012 E. 2.1; vgl. statt vieler: Urteil des BVGer A-3146/2018 vom 24. Januar 2019 E. 2.2.4 mit weiteren Hinweisen).

**3.2.2** Das Bundesgericht hat die Legitimation zur Erhebung einer Aufsichtsbeschwerde weit gefasst. Wohl setzt die Stiftungsaufsichtsbeschwerde ein eigenes Interesse des Beschwerdeführers voraus. Doch werden an das Interesse, das zur Beschwerdeführung erforderlich ist, keine hohen Anforderungen gestellt (BGE 107 II 385 E. 4; Urteil des BGer 9C\_823/2011 vom 23. März 2012 E. 2.1). Wer hingegen nicht zumindest potentieller Destinatär der Stiftung ist und kein besonderes persönliches Interesse an der Verfolgung des Stiftungszwecks ausweisen kann, ist zur Beschwerdeführung nicht berechtigt (vgl. auch BGE 144 III 433 E. 5; Urteil des BGer 9C\_823/2011 vom 23. März 2012 E. 2.1 mit Hinweisen).

Das Bundesgericht hat sich in seinem Urteil BGE 144 III 433 E. 6.2.1 im Rahmen einer Stiftungsaufsichtsbeschwerde nach Art. 84 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (SR 210; nachfolgend: ZGB) die Legitimation einer Beschwerdeführerin geprüft, die ihr persönliches Interesse an der Erhebung der Stiftungsaufsichtsbeschwerde mit drohenden Verantwortlichkeitsansprüchen und Strafverfahren begründet hatte

und die auch Persönlichkeitsschutzverfahren von Seiten der Beschwerdegegner zu gewärtigen hatte. Das Bundesgericht erwog, die Stiftungsaufsichtsbeschwerde diene dazu, die zweckgemässe Verwendung des Stiftungsvermögens zu gewährleisten (dasselbst E. 6.1). Sie bezwecke hingegen nicht, die Grundlage für Haftungsansprüche irgendwelcher Art zu schaffen. Diesbezüglich gelte somit, was bereits zu Aufsichtsbeschwerden in anderen Rechtsbereichen festgehalten worden sei (z.B. für die betriebsrechtliche Beschwerde: BGE 138 III 265 E. 3.2, z.B. für die Aufsicht über den Willensvollstrecker: Urteile des BGer 5D\_136/2015 vom 18. April 2016 E. 5.2, 5A\_672/2013 vom 24. Februar 2014 E. 6.4). In der Folge verneinte das Bundesgericht die Beschwerdelegitimation.

Diese Überlegungen haben auch für eine Aufsichtsbeschwerde im Rahmen von Art. 62 Abs. 1 BVG Geltung.

**3.3** Zu unterscheiden von der formellen Aufsichtsbeschwerde mit Anspruch auf Eintreten und Einräumung von Parteirechten ist die *Aufsichtsanzeige*. Jedermann ist gestützt Art. 84 Abs. 2 ZGB – ohne näher umschriebenes persönliches Interesse – jederzeit berechtigt, gegen Handlungen und Unterlassungen des Stiftungsrates eine Anzeige bei der Aufsichtsbehörde zu deponieren. Es handelt sich dabei um ein nicht förmliches Rechtsmittel, so dass der Anzeigsteller weder Parteistellung erhält noch über die Möglichkeit verfügt, förmliche Rechtsmittel gegen einen negativen Entscheid der Aufsichtsbehörde zu ergreifen (Urteil des BGer 9C\_15/2019 vom 21. Mai 2019 E. 3.2 mit Hinweis auf Urteil des BGer 9C\_823/2011 vom 23. März 2012 E. 2.2; zum Unterschied zwischen Aufsichtsbeschwerde und Aufsichtsanzeige siehe auch: Urteil des BVGer A-6278/2018 vom 7. November 2019 E. 2.3.2 mit weiteren Hinweisen).

Gleiches gilt für eine Aufsichtsanzeige im Bereich der beruflichen Vorsorge gemäss Art. 62 Abs. 1 BVG.

**3.4** Auf eine Aufsichtsanzeige wird nur eingetreten, wenn Begehren vorgebracht werden, die der Anzeigsteller mit keinem anderen ordentlichen oder ausserordentlichen Rechtsmittel rügen kann (sogenannte Subsidiarität der Aufsichtsanzeige). Bleibt die Aufsichtsbehörde trotz Eingang einer Aufsichtsanzeige untätig, kann der Anzeigsteller bei der übergeordneten Behörde wiederum Aufsichtsanzeige gegen das Untätigbleiben der Aufsichtsbehörde erstatten (Urteil des BGer 9C\_823/2011 vom 23. März 2012 E. 2.2).

#### **4.**

**4.1** Das Bundesverwaltungsgericht hatte sich bereits in seinem Entscheid BVGE 2016/30 – im Rahmen einer Aufsichtsbeschwerde – mit der Retrozessionsproblematik bei Pensionskassen zu beschäftigen. Damals ging es um den Anspruch eines Versicherten auf Offenlegung von Retrozessionsansprüchen. Das Bundesverwaltungsgericht führte hierbei aus, dass aus der Gewährung von Retrozessionen entstandene Forderungen aus früheren und/oder noch laufenden Vertragsverhältnissen, die noch nicht verjährt seien, Gegenstand einer aufsichtsrechtlichen Überprüfung sein können (dasselbst E. 6.5 mit Verweis auf E. 6.4.2). Retrozessionen, Vermittlungsprovisionen oder andere (gleichartige) Zahlungen, die im Rahmen der Vermögensanlage von Anlagefonds an den unabhängigen Vermögensverwalter fliessen, würden zusätzliche Leistungen darstellen, die gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung den Auftraggebern beziehungsweise den Pensionskassen zustehen würden (dasselbst E. 6.5 mit Verweis auf E. 6.4.2). Ein allfälliger Rückforderungsanspruch habe Auswirkungen auf das jährliche Anlageergebnis der Kasse und sei bei einer Teilliquidation als Leistungssubstrat zugunsten der Destinatäre zu beachten (dasselbst E. 6.5). Seit dem 1. Januar 2012 bestehe gemäss Art. 86b BVG eine gesetzliche Offenlegungspflicht (dasselbst E. 6.6; vgl. auch Art. 48a Abs. 1 Bst. d in Verbindung mit Art. 47 Abs. 2 und Art. 48c der Verordnung vom 18. April 1984 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge [BVV 2, SR 831.441.1]).

**4.2** Weiter hat das Bundesverwaltungsgericht in jenem Entscheid ausgeführt, dass der Stiftungsrat bezüglich der Frage, ob die Kasse auf die Einforderung der Retrozessionen verzichten wolle, einen Ermessensspielraum habe. Er sei jedoch gehalten, zu überprüfen, ob für die Vermögensanlage Retrozessionen oder Vermittlungsprovisionen geflossen seien, beziehendenfalls deren Höhe zu ermitteln, gestützt auf die Unterlagen des Vermögensverwalters über die Rückforderung dieser Zahlungen oder den Verzicht darauf Beschluss zu fassen und die Höhe der einzelnen Zahlungen inklusive allfälligen Verzicht im Anhang zur Jahresrechnung offenzulegen (vgl. auch Art. 51a Abs. 2 Bst. m und Art. 65a Abs. 3 BVG, Fassung in Kraft ab 1. Januar 2012 [AS 2011 3385]; BVGE 2016/30 E. 6.8).

#### **5.**

**5.1** Die Aufsicht über die gesetzeskonforme Durchführung der beruflichen Vorsorge geschieht durch ein Zusammenspiel verschiedener Beteiligter, auch wenn die abschliessende Beurteilung durch die Aufsichtsbehörde erfolgt (STAUFFER, a.a.O., Rz. 2287).

**5.2** Art. 62 BVG wird unter dem Titel «Aufgaben» geführt, während Art. 62a BVG unter dem Titel «Aufsichtsmittel» genannt ist. Die Abgrenzung zwischen Aufsichtsaufgaben und Aufsichtsmitteln ist dabei nicht zwingend schlüssig, wobei Art. 62 BVG sich auf die Frage bezieht «was tut die Aufsicht», während Art. 62a BVG sich mit dem «wie» befasst (vgl. RUGGLI, BVG und FZG, Art. 62a N 1).

**5.3** Gemäss Art. 62a Abs. 2 BVG kann die Aufsichtsbehörde vom obersten Organ der Vorsorgeeinrichtung, vom Experten für berufliche Vorsorge oder von der Revisionsstelle jederzeit Auskunft oder die Herausgabe von sachdienlichen Unterlagen verlangen (Bst. a) und im Einzelfall dem obersten Organ, der Revisionsstelle oder dem Experten für berufliche Vorsorge Weisungen erteilen (Bst. b) und Gutachten anordnen (Bst. c). Weiter stehen der Aufsichtsbehörde folgende Aufsichtsmittel zur Verfügung: die Aufhebung von Entscheiden des obersten Organs einer Vorsorgeeinrichtung (Bst. d), die Anordnung einer Ersatzvornahme (Bst. e), die Ermahnung oder Verwarnung oder Abberufung des obersten Organs oder einzelner Mitglieder (Bst. f), die Anordnung einer amtlichen Verwaltung der Vorsorgeeinrichtung (Bst. g), die Ernennung oder die Abberufung einer Revisionsstelle oder eines Experten für berufliche Vorsorge (Bst. h) sowie schliesslich die Ahndung von Ordnungswidrigkeiten mit einer Busse nach Art. 79 BVG (Bst. i). Die in Art. 62a Abs. 2 BVG enthaltenen Massnahmen sind ihrer Schwere nach geordnet (STAUFFER, a.a.O., Rz. 2288 mit Hinweis).

**5.4** Das Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 2 BV) verlangt, dass die von der Aufsichtsbehörde angeordneten Massnahmen zur Behebung von Mängeln für das Erreichen des im öffentlichen oder privaten Interesse liegenden Zieles geeignet und erforderlich ist. Erforderlich ist eine Massnahme dann, wenn das Ziel nicht mit einem weniger schweren Eingriff erreicht werden kann. Die Massnahme muss sich zudem für die Betroffenen als zumutbar erweisen; es muss mit anderen Worten eine vernünftige Zweck-Mittel-Relation vorliegen (BGE 132 I 49 E. 7.2; Urteile des BVGer A-358/2018 vom 10. Januar 2019 E. 7.2, A-5766/2016 vom 20. Februar 2017 E. 4.3; STAUFFER, a.a.O., Rz. 2293 mit weiteren Hinweisen).

**5.5** Nach einem Teil der Lehre handelt es sich bei der Anordnung eines Gutachtens um eine präventive Aufsichtsmassnahme (vgl. STAUFFER, a.a.O., Rz. 2289 f.).

**5.6** Im Rahmen der Strukturreform wurde per 1. Januar 2012 unter anderem ein neuer Art. 62a Abs. 3 Satz 1 BVG ins Gesetz eingefügt. Danach gehen die Kosten für aufsichtsrechtliche Massnahmen zulasten der Vorsorgeeinrichtung oder Einrichtung, die nach ihrem Zweck der beruflichen Vorsorge dient, welche die Massnahme verursacht hat. Gemäss Botschaft vom 15. Juni 2007 zur Änderung des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (Botschaft Strukturreform, BBl 2007 5669 ff.) sind damit Massnahmen nach Abs. 2 gemeint, die eine Dienstleistung von Dritten (bspw. Gutachten, kommissarische Verwaltung etc.) erfordern (BBl 2007 5705 zu Art. 62a E-BVG; in diesem Sinne auch PETRA CAMINADA, Staatliche Aufsicht in der beruflichen Vorsorge, S. 150 f.). Nach STAUFFER [heute: STAUFFER, a.a.O., Rz. 2295] ist in Art. 62a Abs. 3 BVG der Grundsatz enthalten, «dass die Kosten der Aufsicht entsprechend dem Verursacherprinzip der beaufsichtigten Vorsorgeeinrichtung auferlegt werden» (zum Ganzen vgl.: BGE 141 V 509 E. 3.1).

## **6.**

**6.1** Die Durchführung der Aufsicht ist an die Kantone resp. an regionale Aufsichtsbehörden delegiert (Art. 61 Abs. 1 und 2 BVG). Die Organisation der Aufsicht, die Zusammensetzung der Mitglieder und die Festlegung der Kosten obliegen somit den Kantonen (vgl. STAUFFER, a.a.O., Rz. 2294).

**6.2** Das BBSAG enthält in Art. 13 ff. eine Gebührenregelung.

**6.3** Nach Art. 13 Abs. 1 Bst. b BBSAG erhebt die Aufsichtsbehörde Gebühren für Dienstleistungen und spezielle Tätigkeiten. Dazu zählen insbesondere Gebühren für den Erlass von Verfügungen (Art. 15 Abs. 1 Bst. a BBSAG), Gebühren für Abklärungen im Zusammenhang mit aufsichtsrechtlichen Eingaben (Art. 15 Abs. 1 Bst. b BBSAG) und Gebühren für die Anordnung von aufsichtsrechtlichen Massnahmen (Art. 15 Abs. 1 Bst. e BBSAG).

Diese Gebühren sind von den beaufsichtigten Institutionen oder Dritten zu entrichten, die solche Dienstleistungen und spezielle Tätigkeiten verursachen oder in Anspruch nehmen (Art. 15 Abs. 2 BBSAG).

**6.4** Die Höhe der Gebühren richtet sich nach dem Gebührenreglement der Bernischen BVG- und Stiftungsaufsicht vom 20. August 2014 (GebR BBSA, BSG 212.223.3), insbesondere den Tarifen in dessen Anhang (Art. 4 Abs. 1 GebR BBSA). Gemäss Anhang 1 zu Art. 4 GebR BBSA Ziff. 2.7 beträgt der Rahmentarif für Vorsorgeeinrichtungen und

Einrichtungen, die nach ihrem Zweck der beruflichen Vorsorge dienen, für die Androhung oder Verhängung von aufsichtsrechtlichen Massnahmen Fr. 450.- bis Fr. 30'000.-. Für Dienstleistungen und spezielle Tätigkeiten, für die im Anhang kein Tarif oder kein Tarifraster festgelegt ist, bemisst sich die Gebühr nach dem Zeitaufwand (Art. 4 Abs. 3 GebR BBSA). Gibt eine beaufsichtigte Institution Anlass zu einer ausserordentlichen Kontrolle oder zu aufwändigen Abklärungen, die mit den Gebühren gemäss Anhang nicht gedeckt werden, erhebt die Aufsichtsbehörde einen Gebührensuschlag von Fr. 2'000 bis Fr. 100'000.- (Art. 5 Abs. 1 GebR BBSA).

## **7.**

**7.1** Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz die Eingabe der Beschwerdeführenden vom 17. April 2015 als Aufsichtsbeschwerde im Sinne von Art. 62 Abs. 1 BVG betrachtet und hat diese vollumfänglich abgewiesen.

**7.2** Die Beschwerdeführenden machen vorab geltend, die Vorinstanz habe hierbei die Beschwerdeführerin 1 zu Unrecht als Beschwerdepartei in das vorinstanzliche Verfahren einbezogen, mithin die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin 1 zu Unrecht bejaht.

## **7.3**

**7.3.1** Die Eingabe der Beschwerdeführenden vom 17. April 2015 ist eine Aufsichtsbeschwerde. Dies ergibt sich nicht nur aus der ausdrücklichen Überschrift, sondern auch aus den gestellten Rechtsbegehren, worin die Aufsichtsbehörde unmissverständlich zum Einschreiten aufgefordert wird. Hierbei wird der Aufsichtsbehörde auch nahegelegt, welche Massnahmen sie ergreifen soll, freilich ohne letztere in ihrer Kompetenz einschränken zu wollen (vgl. Aufsichtsbeschwerde vom 17. April 2015 S. 8; vgl. E. 3.2.1).

**7.3.2** Mit Bezug auf das erforderliche Interesse der Beschwerdeführerin 1 (vgl. E. 3.2.2) gilt es Folgendes zu berücksichtigen:

Die Vorinstanz bejaht in der angefochtenen Verfügung vom 14. Dezember 2017 die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin 1, da die Beschwerdeführerin 1 durch vertragliche Vereinbarung einen Teil der Aufgaben des obersten Organs gestützt auf Art. 51a Abs. 2 Bst. m BVG übernommen habe.

Es ist mit den Beschwerdeführenden (Sachverhalt C.e) einig zu gehen, dass Art. 51a Abs. 2 BVG (in Kraft seit 1. Dezember 2012) nach dem Wort-

laut unübertragbare Aufgaben des obersten Organs der Vorsorgeeinrichtung betrifft und damit im vorliegenden Fall keine Anwendung findet. Soweit die Vorinstanz geltend machen wollte, dass der Stiftungsrat bzw. die Geschäftsleitung in Umsetzung der festgelegten Ziele und Grundsätze die Beschwerdeführerin 1 mit der Abklärung und Rückforderung von Retrozessionen betraut habe, so beruhte die Kompetenz der Beschwerdeführerin 1 hierfür einzig auf vertraglicher Abmachung. Die Vorinstanz übersieht hierbei, dass im Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung die vertragliche Beziehung zwischen der Beschwerdeführerin 1 und der Personalvorsorgestiftung zur Abklärung und Rückforderung von Retrozessionsansprüchen bereits beendet gewesen und es Sache der Personalvorsorgestiftung gewesen ist, über die Durchsetzung von allfälligen Retrozessionsansprüchen zu befinden.

Ob die Beschwerdeführerin 1 mit der Eingabe vom 17. April 2015 einzig egoistische oder auch altruistische Motive verfolgt, kann in Bezug auf die Beschwerdelegitimation offenbleiben. Die Beschwerdeführerin 1 ist weder Destinatarin der Personalvorsorgestiftung noch verfügt sie aus dem beendeten Vertragsverhältnis über ein eigenes Interesse an der Verfolgung des Stiftungszwecks (vgl. E. 3.2.2).

Die Beschwerdeführerin 1 hat bereits zu Beginn des Verfahrens offengelegt, dass sie mit der Beschwerdegegnerin in einer zivilrechtlichen Auseinandersetzung über Honoraransprüche aus dem beendeten Abklärungsauftrag steht. Ein solches Interesse gereicht jedoch nicht zu einem Anspruch auf Durchführung und Teilnahme an einem aufsichtsrechtlichen Beschwerdeverfahren (vgl. E. 3.2.2).

Demzufolge hat die Vorinstanz die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin 1 zu Unrecht bejaht.

Infolgedessen ist in teilweiser Gutheissung der Beschwerde vom 30. Januar 2018 an das Bundesverwaltungsgericht die angefochtene Verfügung vom 14. Dezember 2017 insoweit aufzuheben, als sie die Aufsichtsbeschwerde der Beschwerdeführerin 1 vom 17. April 2015 abweist. Stattdessen ist im Sinne eines reformatorischen Entscheids darauf nicht einzutreten. Die fehlende Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin 1 ist sodann bei der weiteren Liquidation der Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens zu berücksichtigen (nachfolgend E. 7.6 ff.).

**7.4** Soweit der Beschwerdeführer 2 im vorliegenden Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht die Gutheissung der Anträge vom 17. April 2015 fordert, ist bereits in E. 1.4 ausgeführt worden, weshalb auf das Hauptbegehren nicht einzutreten ist.

**7.5** Die von den Beschwerdeführenden geltend gemachten weiteren formellen und materiellen Mängel sind zum heutigen Zeitpunkt einzig noch unter dem Aspekt der Kostentragung relevant.

Somit ist nachfolgend der Eventualantrag der Beschwerdeführenden zu beurteilen. Vereinfacht ausgedrückt geht es noch darum, ob die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens, insbesondere aber die Kosten für das im vorinstanzlichen Verfahren eingeholte Gutachten zu Recht den Beschwerdeführenden je zur Hälfte auferlegt worden sind. Insoweit liegt eine sog. Kostenbeschwerde vor.

Die Bemessung, d.h. die Höhe der Verfahrens- und der Gutachterkosten, ist nicht bestritten. Bestritten ist vielmehr, wer diese Kosten zu tragen hat.

## **7.6**

**7.6.1** Gemäss Art. 15 Abs. 1 Bst. b BBSAG sind Abklärungen im Zusammenhang mit aufsichtsrechtlichen Eingaben kostenpflichtig (E. 6.3). Damit ist das vorinstanzliche Verfahren grundsätzlich kostenpflichtig. In diesem Zusammenhang ist vorab auf das Schreiben der Vorinstanz vom 19. Februar 2016 zu erinnern, worin diese die materielle Prüfung der Beschwerde und den Erlass einer kostenpflichtigen Verfügung angekündigt hat. Damit musste den Beschwerdeführenden bewusst sein, dass das vorinstanzliche Verfahren Kostenfolgen nach sich ziehen wird.

**7.6.2** Das BBSAG enthält in Art. 15 Abs. 2 eine Regelung zur Kostenverteilung (vgl. dazu oben E. 6.3). Im vorliegenden Fall geht es einzig darum zu prüfen, wer die Verfahrenskosten verursacht hat.

Nach der Lehre handelt es sich beim Aufsichtsbeschwerdeverfahren nach Art. 62 Abs. 1 BVG um ein formelles Zweiparteienverfahren (CHRISTINA RUGGLI-WÜEST, Absetzung von Stiftungsräten, Einsetzung von Sachwaltern und andere aufsichtsrechtliche Massnahmen, in: EIZ – Europa Institut Zürich Band/Nr. 194: Beste Stiftungsratspraxis, Welche Aufsicht haben wir und welche Aufsicht brauchen wir?, 2019, S. 65 – 77, S. 74 mit weiterem Hinweis).

Insoweit rechtfertigt es sich, im vorliegenden Kontext den Begriff des Verursachers gemäss Art. 15 Abs. 2 BBSAG im Sinne einer Kostenverlegung nach Obsiegen und Unterliegen auszulegen.

Infolgedessen stellt sich die Frage, wer im vorinstanzlichen Verfahren obsiegt hat.

**7.6.3** Die Vorinstanz hat die Beschwerdeführerin 1 zwar auf deren sinngemässes Begehren, letztlich aber zu Unrecht als Partei ins Recht gefasst. Auf die Aufsichtsbeschwerde vom 17. April 2015 ist insoweit – wie vorstehend ausgeführt – richtigerweise nicht einzutreten. Ein Nichteintreten gilt in der Praxis als Unterliegen. Der Beschwerdeführerin 1 sind daher als unterliegende Person die (hälftigen) vorinstanzlichen Verfahrenskosten von Fr. 1'750.- zu Recht auferlegt worden.

**7.6.4** Mit Bezug auf den Beschwerdeführer 2 bestätigt das Bundesverwaltungsgericht den vorinstanzlichen Entscheid vom 14. Dezember 2017 insoweit, als es auf die Beschwerde vom 30. Januar 2018 an das Bundesverwaltungsgericht im Hauptpunkt nicht eintritt. Damit unterliegt der Beschwerdeführer 2 im vorinstanzlichen Verfahren auch weiterhin und sind ihm die (hälftigen) vorinstanzlichen Verfahrenskosten von Fr. 1'750.- ebenfalls zu Recht auferlegt worden.

## **7.7**

**7.7.1** Zu den Verfahrenskosten zählen in der Regel die eigentlichen Spruchgebühren sowie weitere Kosten (z.B. Zustellkosten, Kopien, Abklärungskosten etc.). Im vorliegenden Fall wurde während des vorinstanzlichen Aufsichtsbeschwerdeverfahrens ein Gutachten eingeholt. Dieses diente im vorliegenden Fall lediglich zur Klärung des Sachverhaltes. Die angefallenen zusätzlichen Kosten sind somit die Folge des angewendeten Aufsichtsmittels (E. 5.2). Insoweit liegt zwar nach dem Wortlaut von Art. 62a Abs. 3 BVG eine aufsichtsrechtliche Massnahme vor. Es handelt sich dabei aber noch nicht um eine aufsichtsrechtliche Massnahme zur Behebung eines Mangels nach Art. 62 Abs. 1 Bst. d BVG (E. 2.2).

**7.7.2** Es kann offenbleiben, wie Art. 15 Abs. 2 BBSAG im Falle von Gutachterkosten zu verstehen und anzuwenden ist. Denn bezüglich der Gutachterkosten besteht mit Art. 62a Abs. 3 BVG eine bundesrechtliche Regelung. Dieser kommt Vorrang zu (E. 1.5.5), soweit Art. 15 Abs. 2 BBSAG von ihr abweicht.

**7.7.3** In der Botschaft Strukturreform wird zu den Gutachterkosten im Sinne von Art. 62a Abs. 2 Bst. c BVG ausgeführt: «Massnahmen nach Abs. 2, die eine Dienstleistung von Dritten (bspw. Gutachten, kommissarische Verwaltung etc.) erfordern, lösen zusätzliche Kosten aus. Diese sind entsprechend dem Verursacherprinzip von der Vorsorgeeinrichtung zu finanzieren, die Anlass zu aufsichtsrechtlichen Massnahmen gibt. Dieser Umstand wird das oberste Organ der Vorsorgeeinrichtung dazu motivieren, die Geschäftsführung der Vorsorgeeinrichtung sorgfältig zu überwachen, da andernfalls kostenrelevante Massnahmen seitens der Aufsichtsbehörde drohen, die die freie Verfügbarkeit über das Vorsorgevermögen beschränken» (Botschaft Strukturreform, S. 5705).

Nach der Gesetzessystematik ist die Kostenverteilung in Art. 62a BVG geregelt, mithin im Artikel der die möglichen Aufsichtsmittel nennt (E. 5.2). Damit gehen die Kosten für sämtliche in Art. 62a BVG aufgeführten Aufsichtsmittel zulasten der beaufsichtigten Institution. Es ist hierbei unerheblich, ob es sich um ein präventives oder repressives Aufsichtsmittel handelt.

Mit Bezug auf das Aufsichtsbeschwerdeverfahren drängt sich keine andere Betrachtungsweise auf. Es ist also nicht erforderlich, dass die Aufsichtsbehörde nach dem durchgeführten Abklärungsverfahren eine (aufsichtsrechtliche) Massnahme zur Behebung eines Mangels nach Art. 62 Abs. 2 Bst. d BVG ergreift.

Abklärungskosten sind somit dem Betriebsrisiko der beaufsichtigten Institutionen zuzurechnen und damit grundsätzlich von ihr «verursacht». Dies gilt auch, wenn sie im Rahmen einer Aufsichtsbeschwerde nach Art. 62 Abs. 1 BVG anfallen.

Diese bundesrechtliche Regelung schliesst für das Aufsichtsbeschwerdeverfahren Verfahrenskosten im Sinne einer Spruchgebühr nach kantonalem Recht nicht aus.

Zu prüfen bleibt somit noch, ob im hier zu beurteilenden Fall vom oben genannten Grundsatz abgewichen werden durfte.

**7.8** Die Vorinstanz begründet die Auferlegung der Gutachterkosten insbesondere damit, dass die Beschwerdeführenden ihre Mitwirkungspflicht verletzt hätten.

Die Beschwerdeführerin 1 ist zu Unrecht als Partei in das Aufsichtsbeschwerdeverfahren einbezogen worden. Sie treffen daher auch keine Mitwirkungspflichten.

Auch dem Beschwerdeführer 2 kann keine Verletzung einer Mitwirkungspflicht vorgehalten werden, wonach er weder sachdienliche Angaben gemacht noch Unterlagen zur Plausibilisierung des möglichen Schadens von Fr. 70 Mio. beigebracht habe. Der Beschwerdeführer 2 hat ausgeführt, dass es sich beim Gegenstand der Aufsichtsbeschwerde um Retrozessionsansprüche gegenüber Banken und Vermögensverwaltern der Beschwerdegegnerin handle. Er hat auch auf das Schreiben der Unterbeauftragten vom 30. September 2014 und deren Zusammenstellung vom gleichen Tag hingewiesen. In der Ergänzung zur Aufsichtsbeschwerde vom 11. August 2016 hat der Beschwerdeführer 2 auf 26 Dossiers verwiesen, die er an die Beschwerdegegnerin retourniert habe. Damit hat er zwar seine eigenen Schadensberechnungen bzw. jene der Beschwerdeführerin 1 nicht dargelegt, indessen zahlreiche Angaben zur Überprüfung des vermuteten Retrozessions Schadens gemacht.

Die massgeblichen Unterlagen beschlagen sodann den Vermögensbereich der Beschwerdegegnerin. Dass der Beschwerdeführer 2 im Hinblick auf die Einleitung eines Aufsichtsbeschwerdeverfahrens vorgängig die Beschwerdegegnerin zur Edition hätte anhalten müssen – wie ihm das die Vorinstanz vorhält – wäre schon infolge der aktenkundigen Vertragsauflösung wohl tatsächlich wenig aussichtsreich gewesen.

## **7.9**

**7.9.1** Zu prüfen bleibt schliesslich noch, ob die Beschwerdeführenden mit der Einleitung des Aufsichtsbeschwerdeverfahrens rechtsmissbräuchlich gehandelt haben und aus diesem Grunde die Gutachterkosten zu tragen haben.

**7.9.2** Der Grundsatz von Treu und Glauben gebietet ein loyales und vertrauenswürdiges Verhalten im Rechtsverkehr. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung bildet das Verbot des Rechtsmissbrauchs Teil dieses Grundsatzes (BGE 110 Ib 332 E. 3a). Das Rechtsmissbrauchsverbot gilt als allgemeiner Rechtsgrundsatz auch im öffentlichen Recht. Rechtsmissbrauch ist insbesondere dann gegeben, wenn ein Rechtsinstitut zweckwidrig zur Verwirklichung von Interessen verwendet wird, die dieses Rechtsinstitut nicht schützen will (Urteil des BVGer A-5798/2009 vom 16. Juni 2011

E. 5.2). Es lässt scheinbares Recht weichen, wo offenes Unrecht geschaffen würde (BGE 125 III 257 E. 2c). Nur stossendes, zweckwidriges Verhalten erscheint aber rechtsmissbräuchlich und soll über das Rechtsmissbrauchsverbot sanktioniert werden (vgl. Urteil des BGer 8C\_607/2013 vom 28. November 2013 E. 6.1 mit Hinweisen, in: SVR 2014 UV Nr. 9 S. 29; Urteil des BVGer C-5908/2015 vom 18. März 2019 E. 12.4).

**7.9.3** Im vorliegenden Fall erblickt die Vorinstanz einen Rechtsmissbrauch darin, dass die Beschwerdeführenden ihren Vorwurf weder ausreichend substantiiert noch plausibilisiert hätten. Vielmehr hätten sie die Abklärung des Sachverhalts allein der Aufsichtsbehörde überlassen und ihr damit einen beträchtlichen Mehraufwand verursacht.

Allein darin kann jedoch kein missbräuchliches Verhalten erblickt werden. Anzeichen dafür, dass die Beschwerdeführenden den Vorwurf wider besseres Wissen erhoben haben, werden weder geltend gemacht noch ergeben sich hierfür hinreichende Anhaltspunkte aus den Akten, zumal das Gutachten immerhin mögliche Retrozessionsansprüche von rund Fr. 5 Mio. aufzeigt. Ferner weist die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid ausdrücklich darauf hin, dass die Beschwerdegegnerin weitere Abklärungen vorzunehmen habe zu Retrozessionsansprüchen, die diese zuvor als der kürzeren Verjährungsfrist von fünf Jahren unterliegend und damit möglicherweise als verjährt betrachtet habe.

**7.9.4** Auch die Beschwerdegegnerin wirft den Beschwerdeführenden ein missbräuchliches Verhalten vor, da der Zweck der Aufsichtsbeschwerde einzig darin bestehe, sie, die Beschwerdegegnerin, dazu zu bringen, die geltend gemachten Honoraransprüche der Beschwerdeführerin 1 von Fr. 21 Mio. zu bezahlen.

In der Tat ist es nicht von der Hand zu weisen, dass die Beschwerdeführenden vor allem die Bezahlung der Fr. 21 Mio. erstreiten wollen. Sie stellen dies auch nicht grundsätzlich in Abrede. Vielmehr wiesen sie von Anfang an auf die zivilrechtliche Streitigkeit zwischen der Beschwerdeführerin 1 und ihrer vormaligen Auftraggeberin hin. Das Bundesverwaltungsgericht weist darauf hin, dass es nicht angeht, zivilrechtliche Ansprüche im Rahmen eines Aufsichtsbeschwerdeverfahrens ohne Kostenrisiko durch die Vorinstanz abklären lassen zu wollen. Die von den Beschwerdeführenden gewählte Vorgehensweise ist unter diesem Blickwinkel zumindest fragwürdig. Indessen kann mit Bezug auf die Beschwerdeführerin 1 bereits dadurch einhalten geboten werden, dass auf die Aufsichtsbeschwerde

nicht eingetreten wird. Mit Bezug auf den Beschwerdeführer 2 ist im hier zu beurteilenden Fall ein Rechtsmissbrauch jedoch ebenfalls zu verneinen, da er am Honoraranspruch der Beschwerdeführerin 1 nicht direkt partizipiert.

**7.9.5** Aus dem vorstehend Gesagten ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung vom 14. Dezember 2017 insoweit aufzuheben ist, als darin die Gutachterkosten den Beschwerdeführenden auferlegt wurden. Die Beschwerdegegnerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, wurde aber im angefochtenen Entscheid nicht als Partei aufgeführt. In Abänderung dieses Entscheids sind die Gutachterkosten gestützt auf Art. 62a Abs. 3 BVG auch ohne reformatorischen Antrag der Beschwerdeführenden der – im Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen beigeordneten (vgl. Sachverhalt G ) – Beschwerdegegnerin aufzuerlegen.

## **7.10**

**7.10.1** Soweit die Beschwerdeführenden geltend machen wollten, die Vorinstanz habe den Grundsatz des rechtlichen Gehörs verletzt, weshalb ihnen die Verfahrenskosten zu erlassen seien (vgl. E. 1.5.4), erweist sich ihre Rüge als unbegründet.

**7.10.2** Wohl ist nicht erstellt, dass die Vorinstanz den Beschwerdeführenden die Begutachtung formell angekündigt und ihnen vorab die Gutachterin bekannt gegeben hat. Indessen ergibt sich aus den Schreiben der Beschwerdeführerin 1 vom 25. November 2016, dass diese am 23. August 2016 zumindest telefonisch über die externe Begutachtung informiert worden ist (vgl. Beilage 2 zur Vernehmlassung der Vorinstanz vom 11. Mai 2018). Eine solche Ankündigung ist insoweit relevant, als die Beschwerdeführenden Einwände gegen die Gutachterin erheben oder Ergänzungsfragen hätten anbringen wollen. Immerhin haben die Beschwerdeführenden selber bereits aussergerichtlich ein externes Gutachten angeregt (vgl. Ergänzungen vom 11. August 2018 zur Aufsichtsbeschwerde, daselbst S. 4 und Schreiben der Beschwerdeführenden an die Beschwerdegegnerin vom 23. Juni 2015 nicht aktenkundige Beilage 2 zu den Ergänzungen vom 11. August 2018). Mit der Zustellung des Gutachtens zur Stellungnahme hat die Vorinstanz auch dem Beschwerdeführer 2 die Teilnahme am Beweisverfahren ermöglicht und damit das rechtliche Gehör ausreichend gewährt (E. 1.5.1).

**7.10.3** Selbst wenn die Beschwerdeführenden über die Anordnung eines externen Gutachtens zeitlich erst nach der Beschwerdegegnerin informiert sein worden sollten, so erfolgte dies noch vor Fertigstellung des Gutachtens und ist in der allfälligen Verzögerung im vorliegenden Kontext keine Verletzung der Waffengleichheit zu erblicken. Auch die einmalige Fristerstreckung für die Beschwerdegegnerin zur Einreichung ihrer Schlussbemerkungen zum Gutachten ist keine Verletzung der Waffengleichheit (E. 1.5.2), zumal keine Anhaltspunkte ersichtlich sind, dass den Beschwerdeführenden auf entsprechenden Antrag hin keine Fristerstreckung gewährt worden wäre.

**7.10.4** Ob die Vorinstanz das Beschleunigungsgebot verletzt hat, kann ebenfalls dahingestellt bleiben, da die vorinstanzlichen Verfahrenskosten zum einen in der Höhe nicht bestritten worden sind, zum andern aber auch die eigentliche Verfahrensdauer hinsichtlich der besagten Verfahrenskosten nicht kostentreibend gewesen sein dürfte (vgl. E. 1.5.3).

## **8.**

Zusammenfassend ergibt sich, dass der angefochtene vorinstanzliche Entscheid insofern teilweise aufzuheben ist, als im Sinne eines reformatorischen Entscheides auf die Aufsichtsbeschwerde vom 17. April 2015 mit Bezug auf die Beschwerdeführerin 1 nicht einzutreten ist. Dies führt zu einer teilweisen Gutheissung der Beschwerde vom 30. Januar 2018 an das Bundesverwaltungsgericht. Weiter ist auch im übrigen Umfang auf das Hauptbegehren der Beschwerde vom 30. Januar 2018 (Anweisung an den Stiftungsrat und Einsetzung eines Sachwalters) nicht einzutreten. Insoweit wird der vorinstanzliche Entscheid mit Bezug auf den Beschwerdeführer 2 bestätigt. Das Eventualbegehren ist teilweise abzuweisen, und der vorinstanzliche Entscheid ist in Bezug auf die Verfahrenskosten von Fr. 3'500.- zu bestätigen. Mit Bezug auf die Gutachterkosten ist die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht gutzuheissen und sind diese der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens erübrigt sich eine Rückweisung (Subeventualbegehren) an die Vorinstanz. Insoweit ist die Beschwerde ebenfalls abzuweisen.

## **9.**

Mit Bezug auf die Kosten für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ergibt sich was folgt:

**9.1** Mit Blick auf den Streitgegenstand handelt es sich bei der vorliegenden Beschwerdesache nicht um eine Streitigkeit betreffend das Recht der versicherten Person auf Information im Sinn von Art. 62 Abs. 1 Bst. e BVG. Das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht ist damit kostenpflichtig (Art. 74 Abs. 2 BVG e contrario).

**9.2** Die Verfahrenskosten, welche vorliegend auf Fr. 5'000.- festzusetzen sind (Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]), werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt; unterliegt diese nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Beschwerdeführerin 1 obsiegt vor dem Bundesverwaltungsgericht fast vollumfänglich. Ihr Unterliegen in Bezug auf die vorinstanzlichen Verfahrenskosten ist als marginal zu betrachten. Sie hat daher für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht keine Kosten zu tragen. Der Beschwerdeführer 2 unterliegt im Hauptpunkt, obsiegt aber im Eventualstandpunkt fast vollumfänglich. Es rechtfertigt sich daher, ihm die Kosten für das vorliegende Verfahren zu einem Viertel, mithin im Betrag von Fr. 1'250.- aufzuerlegen. Der einbezahlte Kostenvorschuss von Fr. 5'000.- ist im Umfang von Fr. 1'250.- für die Bezahlung der Verfahrenskosten zu verwenden. Im verbleibenden Betrag von Fr. 3'750.- ist der Kostenvorschuss nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückzuerstatten. Der teilweise unterliegenden Vorinstanz sind keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Ihr Anteil ist auf die Staatskasse zu nehmen. Die Beschwerdegegnerin obsiegt im Umfang des Nichteintretens und unterliegt im Umfang der Gutachterkosten. Es rechtfertigt sich daher, ihr die Kosten im Umfang von Fr. 1'875.- aufzuerlegen.

**9.3** Die teilweise obsiegenden, anwaltlich vertretenen Beschwerdeführenden haben gemäss Art. 64 Abs. 1 und 2 VwVG in Verbindung mit Art. 7 ff. VGKE Anspruch auf eine (reduzierte) Parteientschädigung. Diese geht zu lasten der Vorinstanz, weil die Beschwerdegegnerin gemäss ihren Anträgen bzw. deren Begründung in Bezug auf das zur teilweisen Guttheissung der Beschwerde führende Nichteintreten nicht als unterliegend zu qualifizieren ist. Da der Vertreter der Beschwerdeführenden dem Bundesverwaltungsgericht keine Kostennote eingereicht hat, ist die Parteientschädigung vorliegend aufgrund der Akten festzusetzen. Im vorliegenden Fall erachtet das Gericht – im Einklang mit seiner entsprechenden Praxis – eine Parteientschädigung von Fr. 5'625.- als angemessen (vgl. Art. 14 Abs. 2 VGKE).

Ein Mehrwertsteuerzuschlag ist nicht geschuldet, da die Beschwerdeführerin 1 mehrwertsteuerpflichtig ist und nicht erstellt ist, in welchem Umfang die Anwaltskosten durch den Beschwerdeführer 2 getragen wurden.

Der Vorinstanz steht als «anderer Behörde» gemäss Art. 7 Abs. 3 VGKE in der Regel keine (reduzierte) Parteientschädigung zu. Es besteht hier kein Grund, von dieser Regel abzuweichen.

Die anwaltlich vertretene Beschwerdegegnerin hat mit Blick auf ihre Anträge und deren Begründung teilweise obsiegt. Praxisgemäss haben Sozialversicherungsträger, als mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben betraute Organisationen, unter Vorbehalt einer mutwilligen oder leichtfertigen Prozessführung keinen Anspruch auf Parteientschädigung zulasten der Versicherten (BGE 128 V 124 E. 5b, 126 V 143 E. 4; vgl. auch Art. 68 Abs. 3 BGG). Es besteht kein Grund, von dieser Regel abzuweichen.

### **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

#### **1.**

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen. Der angefochtene vorinstanzliche Entscheid vom 14. Dezember 2017 wird insofern teilweise aufgehoben und abgeändert, als auf die Aufsichtsbeschwerde vom 17. April 2015 mit Bezug auf die Beschwerdeführerin 1 nicht eingetreten wird. Weiter wird die Beschwerde hinsichtlich der Gutachterkosten von Fr. 94'391.90 gutgeheissen und diese der Beschwerdegegnerin auferlegt. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

#### **2.**

Die Verfahrenskosten von Fr. 5'000.- werden im Umfang von Fr. 1'250.- dem Beschwerdeführer 2 auferlegt. Der Beschwerdeführerin 1 werden keine Verfahrenskosten auferlegt. Der einbezahlte Kostenvorschuss von Fr. 5'000.- wird im Umfang von Fr. 1'250.- zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet. Im Umfang von Fr. 3'750.- wird er nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet. Im Umfang von Fr. 1'875.- werden die Kosten der Beschwerdegegnerin auferlegt.

**3.**

Die Vorinstanz wird verpflichtet, den Beschwerdeführenden nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils eine Parteientschädigung von Fr. 5'625.- zu bezahlen. Weitere Parteientschädigungen werden nicht zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführenden (Gerichtsurkunde)
- die Beschwerdegegnerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Gerichtsurkunde )
- das Bundesamt für Sozialversicherungen (Gerichtsurkunde)
- die Obergerichtskommission BVG (Gerichtsurkunde)

*(Die Rechtsmittelbelehrung befindet sich auf der nächsten Seite.)*

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Keita Mutombo

Monique Schnell Luchsinger

**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 Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: