



Urteil vom 8. Juni 2016

Besetzung

Richter Beat Weber (Vorsitz),
Richterin Madeleine Hirsig-Vouilloz, Richter Daniel Stufetti,
Gerichtsschreiber Urs Walker.

Parteien

Fürsorgestiftung des Personals der A. _____ AG,
Zustelladresse: c/o A. _____ AG, Mühlebachstrasse 20,
8008 Zürich,
vertreten durch lic. iur. Hans-Peter Stäger, Rechtsanwalt,
Advokaturbüro Maurer & Stäger, Fraumünsterstrasse 17,
Postfach 2018, 8022 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

BVG- und Stiftungsaufsicht des Kantons Zürich (BVS),
Stampfenbachstrasse 63, Postfach, 8090 Zürich,
Vorinstanz.

Gegenstand

Umbuchung freier Mittel; Verfügung der BVG- und Stiftungs-
aufsicht des Kantons Zürich vom 4. August 2014.

Sachverhalt:**A.**

Die Fürsorgestiftung des Personals der A. _____ AG (*nachfolgend: Stiftung oder Beschwerdeführerin*) bezweckt die Vorsorge der Arbeitnehmer der A. _____ AG, in Zürich, sowie deren Hinterbliebenen gegen die wirtschaftlichen Folgen von Alter, Invalidität und Tod sowie Unterstützung des Vorsorgenehmers oder seiner Hinterlassenen in Notlagen wie bei Krankheit, Unfall, Invalidität und Arbeitslosigkeit. Auch das Personal von der mit der Firma wirtschaftlich oder finanziell eng verbundener Unternehmungen kann der Stiftung angeschlossen werden (www.zefix.ch, abgerufen am 11. April 2016). Sie betreibt ausschliesslich die überobligatorische Vorsorge und steht unter Aufsicht der BVG- und Stiftungsaufsicht des Kantons Zürich (*nachfolgend: Vorinstanz*). Gemäss Art. 2 Abschnitt 4 der geltenden Urkunde vom 12. Januar 2001 kann die Stiftung zur Finanzierung von Beiträgen und Versicherungsprämien auch Leistungen an andere steuerbefreite Personalvorsorgeeinrichtungen erbringen, die zugunsten der Destinatäre bestehen (Akten der Vorinstanz [act.] 17).

Die Stiftung wurde im Jahr 1940 unter dem Namen "Fürsorgestiftung des Personals der B. _____ Aktiengesellschaft" gegründet (act. 18) und im Jahr 1972 in "Fürsorgestiftung der C. _____ AG" umbenannt (act. 19, 20). Am 3. Januar 1991 erfolgte eine (weitere) Änderung der Stiftungsurkunde (B-act. 1 Beilage 5). Im Jahr 2001 erfolgte eine weitere Namensänderung der Beschwerdeführerin; sie heisst heute "Fürsorgestiftung des Personals der A. _____ AG" (act. 21).

Im Jahr 1976 wurden die beiden (paritätisch zusammengesetzten) Vorsorgestiftungen "Vorsorgestiftung für das Personal der C. _____ Unternehmungen in der Schweiz" und "Vorsorgestiftung für das Personal der C. _____ Unternehmungen im Ausland" gegründet und Teile des Vermögens der Stiftung auf diese beiden Vorsorgestiftungen übertragen. Per 1. Januar 2004 erfolgte aufgrund des Zusammenschlusses der C. _____ Gruppe mit der D. _____ Gruppe die Übernahme der im Jahr 1943 gegründeten "Fürsorgestiftung des Personals der D. _____ AG" durch die Beschwerdeführerin (B-act. 1 Beilage 6; act. 22). Im Jahr 2009 übernahm die Beschwerdeführerin auch die Personalfürsorgestiftung der E. _____ (act. 23).

B.

B.a Mit Stiftungsratsbeschluss vom 4. Dezember 2012 nahm die Stiftung eine Umbuchung von freien Stiftungsmitteln in die Arbeitgeberbeitragsreserve in der Höhe von Fr. 15 Mio. vor (act. 6/2).

B.b Mit Schreiben vom 20. Juni 2013 ersuchte die Vorinstanz die Stiftung um konkretere Angaben, um zu beurteilen, ob sämtliche Mittel der Stiftung seit ihrer Gründung ausschliesslich patronal finanziert worden seien, einschliesslich derjenigen Mittel, welche aus den zwei aufgelösten Stiftungen "Personalfürsorgestiftung der E. _____ AG" und "Fürsorgestiftung des Personals der D. _____ AG" eingebracht worden seien (act. 7).

B.c Nachdem die Stiftung mit Schreiben vom 28. August 2013 (act. 8) nähere Angaben gemacht und diverse Unterlagen eingereicht hatte, teilte ihr die Vorinstanz mit Schreiben vom 17. Dezember 2013 mit, dass die Umbuchung – nach Würdigung aller Akten – unzulässig sei, da der Nachweis der rein patronalen Finanzierung nicht erbracht worden sei (act. 10). Als verbliebene drei Kritikpunkte nannte die Vorinstanz Mutationsgewinne, welche ein Indiz für eine reglementarische Vorsorge bildeten sowie Zuwendungen in der Höhe von Fr. 57'769.50 im Jahr 1989 und Fr. 29'979.- im Jahr 1993. Es verblieben somit unüberwindbare Zweifel, ob die Stiftung seit ihrer Gründung ausschliesslich patronal finanziert worden sei. Am 16. Januar 2014 reichte die Stiftung bei der Vorinstanz zusätzliche Unterlagen ein (act. 11). Am 5. Februar 2014 fand eine gemeinsame Besprechung zwischen der Stiftung und der Vorinstanz statt, an welcher die Vorinstanz daran festhielt, dass die Umbuchung unzulässig sei (vgl. Besprechungsnotiz, [act. 13]). In der Folge gewährte sie der Stiftung eine weitere Frist zur Einreichung zusätzlicher Unterlagen. Am 25. März 2014 reichte die Stiftung Unterlagen und Verwaltungsratsprotokolle der C. _____ AG der Jahre 1940 bis 1988 ein. Sie wies darauf hin, dass sie aufgrund der Unterlagen weiterhin der Meinung sei, dass die Stiftung patronal finanziert worden sei (act. 15, 16).

B.d Am 21. Juli 2014 teilte die Vorinstanz der Stiftung telefonisch mit, dass sie an der Unzulässigkeit der Umbuchung festhalte, worauf der neu beauftragte Rechtsanwalt um Akteneinsicht ersuchte. Mit Schreiben vom 29. Juli 2014 sandte die Vorinstanz der Stiftung die vollständigen Akten zu, mit Ausnahme einer internen Aktennotiz vom 26. Januar 2011. Mit Schreiben vom 30. Juli 2014 beantragte die Stiftung bei der Vorinstanz die Offenlegung des entscheidrelevanten Sachverhaltes und die Einräumung einer

Frist zu einer Stellungnahme, vorsorglich auch die Anordnung eines neutralen Gutachtens (act. 27).

C.

C.a Mit Verfügung vom 4. August 2014 (Beschwerdeakten [B-act.] 1 Beilage 2) hob die Vorinstanz den Stiftungsratsbeschluss der Stiftung vom 4. Dezember 2012 betreffend Umbuchung von freien Mitteln in die Arbeitgeberbeitragsreserve in der Höhe von Fr. 15 Mio. auf (Dispositivziffer II) und wies die Beschwerdeführerin an, die in der Jahresberichterstattung 2012 ausgewiesene Umbuchung von Fr. 15 Mio. rückgängig zu machen, die Aufsichtsbehörde diesbezüglich zu informieren und die Umbuchung in der nächsten Berichterstattung auszuweisen (Dispositivziffer III.)

C.b Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, die Stiftung sei seit ihrer Gründung nicht ausschliesslich patronal finanziert gewesen und es habe bis 1984 auch keine Aussonderung oder Abspaltung der freien Mittel in eine separate Arbeitgeberbeitragsreserve bzw. in einen rechtlich selbstständigen Fonds stattgefunden, weshalb gestützt auf Art 331 Abs. 3 OR die Finanzierung von Arbeitgeberbeiträgen aus den freien Mitteln und somit eine Umbuchung dieser Mittel in die Arbeitgeberbeitragsreserve unzulässig sei (Ziff. 3 der Verfügung). Unstreitig sei, dass die Mittel, welche von der Personalfürsorgestiftung der E. _____ eingebracht wurden, ausschliesslich vom Arbeitgeber finanziert worden seien. Sie nannte folgende drei Kritikpunkte:

1. Aus den Protokollen des Verwaltungsrates der C. _____ AG ergebe sich, dass die Stiftung am 1. Januar 1949 einen Kollektivversicherungsvertrag mit der I. _____ Lebensversicherung AG abgeschlossen habe und das Personal 3% sowie die Firma 7% der anrechenbaren Besoldung als Beiträge bezahlt hätten (vgl. act. 16/4 S. 8). Anfangs 1949 seien die erste Jahresprämie und die Einmaleinlagen, beides inklusive Personalanteil, einbezahlt worden (vgl. act. 16/5). Bei der I. _____ sei ein Prämiendepot auf den Namen der Stiftung errichtet worden. Es sei davon auszugehen, dass die Stiftung die Beiträge der Arbeitnehmer zwecks Weiterleitung an die Versicherung erhoben habe. Das Gegenteil sei durch die Akten nicht belegt. Demzufolge wären Arbeitnehmerbeiträge zumindest für eine gewisse Zeit in der Stiftung verblieben und hätten Zinsen erwirtschaftet (Ziff. 2.1.1).

2. Es seien Mutationsgewinne bei Fehlen von Hinterlassenen denkbar, welche durch Arbeitnehmerbeiträge entstanden seien (Ziff. 2.1.2). In den Jahresrechnungen 1989-2004 sei denn auch jeweils eine Reserve aus Mutationsgewinnen in der Höhe von je Fr. 50'000.- passiviert und im Jahr 2005 den freien Mitteln zugewiesen worden (act. 3, 8).

3. In den Protokollen des Verwaltungsrates von 1969 bis 1972 werde unter dem Titel "Fürsorgestiftung des Personals" die Position "I. _____ Gewinnanteil" erwähnt (act. 16 30-33). Angesichts des bestehenden Kollektivversicherungsvertrages dränge sich die Annahme auf, dass hier Überschussanteile an die Stiftung zurückgeflossen seien, welche auch von Arbeitnehmerbeiträgen erwirtschaftet worden seien (Ziff. 2.1.3).

Zur Beweiswürdigung insgesamt führte die Vorinstanz aus, die von der Stiftung gemachten Interviews und die abgegebenen schriftlichen Bestätigungen, wonach keine Arbeitnehmerbeiträge in die Stiftung geflossen seien, stammten von Personen, welche eine gewisse Nähe zur Stiftung aufwiesen; zudem gehe keine der Anstellungen dieser Personen auf den Zeitraum der Gründung zurück. Deshalb seien diese entsprechend zu würdigen (Ziff. 2.2). Es liege zwar ein Bericht des Wirtschaftsprüfers vor, welcher die ausschliesslich patronale Finanzierung der Stiftung seit deren Gründung bestätige (Ziff. 2.3, unter Hinweis auf act. 6/1). Allerdings sei die Prüfung lediglich durch Einsicht in diejenigen Unterlagen erfolgt, welche von der Stiftung zur Verfügung gestellt worden seien. Darüber hinaus sei gemäss Beurteilung des Wirtschaftsprüfers die Finanzierung "wie vom Stiftungsrat bestätigt" erfolgt. Dazu sei zu bemerken, dass diese Bestätigung des Stiftungsrates gestützt auf die vorhandenen Unterlagen und weiterführenden Abklärungen mit ehemaligen Stiftungsratsmitgliedern und dem damals zuständigen Revisor und der Buchhalterin erfolgt sei und eine lückenlose Dokumentation seit der Gründung im Jahr 1940 bzw. 1943 nicht vorliege. Der Aussagewert der Bestätigung sei deshalb zu relativieren.

Insgesamt lägen für die im Jahr 1940 gegründete Stiftung nur die Jahresrechnungen ab dem Jahr 1989 vor, bei der im Jahr 1943 gegründeten Fürsorgestiftung des Personals der D. _____ AG, welche von der Stiftung im 2004 übernommen wurde, erst ab 1992. Damit fehlten seit der Gründung im Jahre 1940 bzw. 1943 für jeweils 49 Jahre Beweismittel. Damit habe die Stiftung den Beweis nicht erbringen können, dass sämtliche Mittel der Stiftung durch den Arbeitgeber finanziert worden seien. Die Behauptung, alle Mittel seien rein patronal finanziert worden, wäre ihrer Natur nach ohne weiteres dem unmittelbaren Beweis zugänglich. Die Stiftung habe die

Folgen der Beweislast zu tragen, da sie Rechte aus der Beweisführung ableiten wolle. Somit sei die Umbuchung unzulässig.

Schliesslich wies die Vorinstanz den Antrag auf Offenlegung des entscheidungsrelevanten Sachverhaltes mit der Begründung ab, der Anspruch auf rechtliches Gehör verlange nicht, dass der Betroffene die Gelegenheit erhalten müsse, sich zu jedem möglichen Ergebnis, das von der entscheidenden Behörde ins Auge gefasst werde, zu äussern. Es genüge, dass sich der Betroffene zu den Grundlagen der Verfügung, insbesondere zum Sachverhalt, vorweg äussern und seine Standpunkte einbringen könne. Die Stiftung habe sich insbesondere zum Schreiben der Vorinstanz vom 17. Dezember 2013 äussern können. Weiter habe sie sich an der gemeinsamen Besprechung vom 5. Februar 2014 äussern können. Der Antrag auf Anordnung eines Gutachtens sei abzuweisen, da ein Gutachten wegen fehlender Beweismittel nichts Neues zur Sachverhaltsermittlung beitragen könne und die Vorinstanz selber über das notwendige Fachwissen zur Beurteilung der relevanten Tatsachen verfüge.

D.

D.a Am 15. September 2014 (B-act. 1) erhob die Stiftung Beschwerde und stellte folgende Rechtsbegehren: Es sei die Verfügung der Vorinstanz vom 4. August 2014 aufzuheben, *eventualiter* sei die Verfügung aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit diese ein Gutachten zur patronalen Finanzierung der Stiftung anordne und gestützt darauf neu entscheide. Zur Begründung machte sie im Wesentlichen geltend, der Sachverhalt sei falsch bzw. unrichtig festgestellt worden. Der Nachweis der patronalen Finanzierung sei erbracht worden. Zudem habe die Vorinstanz das rechtliche Gehör verletzt.

D.b Zum Vorwurf, das rechtliche Gehör sei nicht gewährt worden, führte die Beschwerdeführerin folgendes aus:

Nachdem sie am 28. August 2013 die verlangten Unterlagen eingereicht habe, habe die Vorinstanz im Schreiben vom 17. Dezember 2013 drei Kritikpunkte angebracht. Nachdem die Beschwerdeführerin von diesen drei Kritikpunkten erfahren habe, habe sie am 16. Januar 2014 weitere Unterlagen eingereicht. Anlässlich der Sitzung vom 5. Februar 2014 habe die Vorinstanz an ihrer Auffassung festgehalten und der Beschwerdeführerin Zeit für Nachforschungen bei der Stifterfirma eingeräumt, worauf die Be-

schwerdeführerin mit Schreiben vom 25. März 2014 die Verwaltungsratsprotokolle der C._____ AG der Jahre 1940 – 1988 eingereicht habe. Anschliessend habe die Vorinstanz – ohne den entscheiderelevanten Sachverhalt offenzulegen und ohne eine Frist im Rahmen des rechtlichen Gehörs anzusetzen, obwohl eine solche verlangt worden sei – verfügt. Dabei bildeten die Protokolle des Verwaltungsrates Grundlage für zwei zusätzliche Kritikpunkte der Vorinstanz: erstens nehme sie an, dass die Beschwerdeführerin die Beiträge der Arbeitnehmer zwecks Weiterleitung an die Versicherung erhoben habe; zweitens nehme sie an, dass angesichts des Kollektivvertrages mit der I._____ Versicherung von Arbeitnehmern mitalimientierte Überschussbeteiligungen an die Stiftung zurückgeflossen seien. Der Sachverhalt sei auf der Grundlage der eingereichten Verwaltungsratsprotokolle zulasten der Beschwerdeführerin ergänzt worden. Zu diesen beiden zusätzlichen Kritikpunkten habe sich die Beschwerdeführerin vorgängig nicht äussern können. Deshalb habe die Vorinstanz das rechtliche Gehör verletzt. Zwei ursprüngliche Kritikpunkte, nämlich die beiden Zuwendungen von den Vorsorgestiftungen in den Jahren 1989 und 1993, seien dagegen in der Verfügung fallengelassen worden. (Ziff. 23 -27).

D.c Zur unvollständigen bzw. falschen Abklärung des Sachverhaltes führte die Beschwerdeführerin folgendes aus:

a) Die Vorinstanz gehe zutreffend davon aus, dass die Beschwerdeführerin 1949 bis 1975 einen Kollektivversicherungsvertrag mit der I._____ abgeschlossen habe und die Arbeitnehmer Beiträge an die Versicherung hätten leisten müssen (Ziff. 35). Es sei jedoch eine Aussonderung erfolgt. Die Vorinstanz habe die Frage der Aussonderung bzw. Abspaltung gar nicht geprüft. Im Jahr 1976 habe die Beschwerdeführerin die abgeschlossenen Kollektivversicherungsverträge auf zwei neu errichtete paritätische Stiftungen (Vorsorgestiftung für das Personal der C._____ Unternehmungen in der Schweiz [nachfolgend: Vorsorgestiftung Schweiz] und Vorsorgestiftung für das Personal der C._____ Unternehmungen im Ausland [nachfolgend Vorsorgestiftung Ausland], vgl. act. 16/34 S. 3) übertragen, wobei die bestehenden Reglemente übernommen worden seien (Ziff. 52). Im Protokoll des Stiftungsrates werde festgehalten, dass die bisherige Stiftung, deren Vermögen ausschliesslich durch Zuwendungen der Firma geäufnet worden sei, als patronale Stiftung weitergeführt werde. Es habe damit eine Entflechtung des Vermögens der patronalen Stiftung und Übertragung der entsprechenden Aktiven auf die neu gegründeten Vorsorgeeinrichtungen

stattgefunden. Damit sei eine Aussonderung im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung erfolgt (Ziff. 54). Seither (seit 1976) werde die Stiftung als rein patronale Stiftung geführt.

b) Die gesamten Beiträge betreffend den Kollektivversicherungsvertrag seien vom Arbeitgeber vorfinanziert worden. Es seien deshalb keine Zinsgewinne entstanden (Ziff. 37-39).

c) Die Vorinstanz halte es für denkbar, es seien Mutationsgewinne entstanden. In den Akten gebe es keine Hinweise dafür, dass die Beschwerdeführerin von der I. _____ Leistungen erhalten habe, welche sie nicht vollumfänglich an die Versicherten weitergegeben habe. Vielmehr sei davon auszugehen, dass die Leistungen der Versicherung direkt den Anspruchsberechtigten zugeflossen seien. Da die Beschwerdeführerin seit 1976 keine reglementarische Vorsorge mehr betreibe, erscheine es als unwahrscheinlich, dass eine Position "Reserve aus Mutationsgewinnen" aus dieser Periode unverändert bis 1989 und dann bis 2004 in der Bilanz geführt worden sei (Ziff. 43). Zudem wären allfällige Mutationsgewinne vorgängig rein patronal finanziert worden. Somit lasse sich unter dem Titel Mutationsgewinne nicht belegen, dass das Stiftungsvermögen aus Arbeitnehmerbeiträgen mitfinanziert worden sei (Ziff. 44-46).

d) Es seien keine von Arbeitnehmern mitalimentierte Überschüsse an die Stiftung zurückgeflossen. 1976 seien die Kollektivversicherungsverträge an die beiden neuen Vorsorgestiftungen übertragen worden. Es sei deshalb nicht ersichtlich, weshalb die Vorinstanz mit der Möglichkeit rechne, es seien von Arbeitnehmern mitalimentierte Überschüsse an die Stiftung zurückgeflossen. Es sei davon auszugehen, dass diese an die neu errichteten Vorsorgeeinrichtungen aufgeteilt worden seien (Ziff. 50).

e) In Bezug auf die Fürsorgestiftung D. _____ AG sei davon auszugehen, dass diese Beiträge an die entsprechende Vorsorgeeinrichtung bezahlt habe. Wohl deshalb habe der damalige Leiter der Aufsichtsbehörde eine entsprechende Zweckerweiterung empfohlen und festgehalten, dass es sich um eine rein patronale Stiftung handle (vgl. B-act. 1 Beilage 10). Dies habe die Vorinstanz nicht berücksichtigt und damit den rechtserheblichen Sachverhalt unvollständig abgeklärt. Zudem verhalte sich die Vorinstanz gegen Treu und Glauben, wenn sie nun den rein patronalen Charakter verneine (Ziff. 56-60).

Den Antrag auf Anordnung eines Gutachtens begründete die Beschwerdeführerin damit, dass die Vorinstanz Zweifel an der Beurteilung der J._____ AG im Bericht vom 30. Oktober 2012 habe, wonach die Finanzierung wie vom Stiftungsrat in der Beilage bestätigt erfolgt sei. Falls Zweifel am Gutachten der J._____ bestanden hätten, hätte die Vorinstanz ein Gutachten anordnen müssen. Aufgrund der Komplexität des Sachverhaltes könnte ein Wirtschaftsprüfer den Sachverhalt umfassender prüfen als die Vorinstanz. Einer sachverständigen Person komme die Aufgabe zu, aufgrund besonderer Kenntnisse Tatsachen festzustellen und zu beurteilen (Ziff. 69-70)

E.

Mit Zwischenverfügung vom 18. September 2014 verlangte das Bundesgericht einen Kostenvorschuss von Fr. 5'000.-, welcher am 25. September 2014 in der Gerichtskasse eingegangen ist (B-act. 3, 5).

F.

In ihrer Vernehmlassung vom 28. Oktober 2014 beantragte die Vorinstanz, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden könne, und die Verfügung vom 4. August 2014 sei zu bestätigen.

Sie verwies zunächst auf die Ausführungen in der angefochtenen Verfügung, wonach nicht nachgewiesen sei, dass die Stiftung ausschliesslich patronal finanziert worden sei. Weiter wies sie darauf hin, dass die Beschwerdeführerin hinreichend Gelegenheit gehabt habe, ihre Standpunkte einzubringen. Das rechtliche Gehör sei deshalb nicht verletzt worden. Daneben nahm sie zu den Ausführungen in der Beschwerde hinsichtlich Aussonderung, Mutationsgewinne, Überschüsse und Beweiswürdigung Stellung und ergänzte die eigenen Ausführungen. Falls die Auslagerung der reglementarischen Vorsorge mit der von der Rechtsprechung geforderten Aussonderung gleichzusetzen sei, müsste gefolgert werden, dass sämtliche Wohlfahrtsfonds, die vor 1985 die obligatorische Vorsorge ausgelagert haben, als patronale Wohlfahrtsfonds zu qualifizieren seien. In Bezug auf die Fürsorgestiftung des Personals der D._____ AG legte sie dar, dass aus der handschriftlichen Notiz eines damaligen Prüfers der Aufsichtsbehörde aus dem Jahr 1990 nicht der Beweis abgeleitet werden könne, es handle sich um eine rein patronale Stiftung, da damals keine vertiefte Prüfung erfolgt sei. Zuletzt wiederholte die Vorinstanz ihre Auffassung, wonach die Anordnung eines Gutachtens nicht geeignet sei, den Sachverhalt weiter abzuklären, da die entsprechenden Beweismittel fehlten. Die Beschwerdeführerin habe die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen.

Daneben reichte sie die Vorakten 1 - 27 mit Aktenverzeichnis ein.

G.

In der Replik vom 16. Januar 2015 hielt die Beschwerdeführerin an den beschwerdeweise gestellten Rechtsbegehren fest (B-act. 11).

Sie wiederholte, ihr sei das rechtliche Gehör nicht gewährt worden. Anerkanntermassen habe sie Kenntnis von den selbst eingereichten Akten, habe jedoch nicht erkennen können, aus welchen Sachverhaltselementen die Vorinstanz zum vorliegenden Beweisergebnis gelangt sei. Das Beweisergebnis hätte ihr vorgängig offengelegt und es hätte ihr Gelegenheit zu einer Stellungnahme gewährt werden müssen. Dies sei in Bezug auf die angeblichen Mutationsgewinne, den I._____-Gewinnanteil und den Zinsgewinn auf Arbeitnehmerbeiträgen von Bedeutung gewesen (Ziff. 6). Die Vorinstanz habe auch gewusst, dass die Beschwerdeführerin den Rechtsvertreter erst am 25. Juli 2014, also kurz vor Erlass der angefochtenen Verfügung, mandatiert habe. Es liege eine gravierende, nicht heilbare Verletzung des Gehörsanspruchs vor.

Zu den Mutationsgewinnen sei anzumerken, dass im Todesfall nach damaligem Recht allen gesetzlichen Erben ein Rechtsanspruch auf Leistungen zugestanden habe. Deshalb seien entgegen den Mutmassungen der Vorinstanz keine solchen Leistungen als Mutationsgewinne angefallen (Ziff. 11). Der I._____-Gewinnanteil der Beschwerdeführerin dürfte vermutlich in einer Forderung gegenüber der Versicherungsgesellschaft bestanden haben. Es habe somit kein Rückfluss an die Beschwerdeführerin stattgefunden. Aufgrund der Aktenlage sei davon auszugehen, dass im Jahr 1976 der I._____-Gewinnanteil auf die beiden neu gegründeten Stiftungen der Stifterfirma zediert worden sei; es liege auf der Hand, dass diese beiden Stiftungen nicht bereits im ersten Jahr über einen Gewinnanteil von Fr. 414'813.50 hätten verfügen können. Damit sei im Rahmen der reglementarischen Vorsorge eine Aussonderung der entstandenen freien Mittel auf eine neue Personalfürsorgestiftung erfolgt. Die ursprüngliche Stiftung sei als rein patronale Stiftung weitergeführt und Arbeitnehmerbeiträge seien ab diesem Zeitpunkt nicht mehr erhoben worden (Ziff. 15).

Mit der Übertragung der gebundenen und ungebundenen Mittel (Deckungskapitalien gemäss Kollektivversicherungsvertrag sowie der "I._____-Gewinnanteil") auf die beiden damals neu gegründeten Vorsorgestiftungen sei eine Aussonderung auf einen rechtlich verselbständigten Träger im Sinne der Rechtsprechung erfolgt. Damit erscheine zumindest

plausibel, dass in diesem Gewinnanteil auch die Mutationsgewinne enthalten gewesen seien.

Aus der Aktennotiz der Rechtsvorgängerin der Vorinstanz vom 26. November 1990 (B-act. 1 Beilage 10) gehe hervor, dass die damalige Aufsichtsbehörde nachweislich davon ausgegangen sei, dass es sich bei der "Fürsorgestiftung für das Personal der D. _____ AG" um eine rein patronale Stiftung handle, und ihr empfohlen habe, neu das Finanzierungselement aufzunehmen.

Weiter rügte die Beschwerdeführerin eine Verletzung der Aktenführungspflicht durch die Vorinstanz, da sich zwei Stiftungsurkunden und dazu eingereichte Unterlagen nicht in den Akten der Vorinstanz befunden hätten. Aus den beiden Dokumenten gehe hervor, dass 1988 das Finanzierungselement neu aufgenommen worden sei (Replik S. 6, 7).

Zudem machte die Beschwerdeführerin geltend, ihr hätte eine Kopie der vorinstanzlichen internen Aktennotiz "Vorbereitung Sitzung vom 26. Januar 2011" überlassen werden müssen. Die Akteneinsicht in dieses Dokument sei von der Vorinstanz zu Unrecht nicht gewährt worden (Replik S. 7).

H.

In der Duplik vom 10. Februar 2015 hielt die Vorinstanz an den Ausführungen in der angefochtenen Verfügung und an den Anträgen und Ausführungen der Vernehmlassung fest.

In der angefochtenen Verfügung habe sich die Vorinstanz mit den von der Beschwerdeführerin eingereichten Unterlagen betreffend Versicherungsverträge auseinandergesetzt. Die Problemstellungen betreffend Überschüsse und Gewinnanteile hätten sich bestätigt. Dies seien keine wesentlichen Umstände, welche die Beschwerdeführerin nicht habe kennen können. Das rechtliche Gehör sei nicht verletzt worden. Die Begründungspflicht verlange nicht, dass sich die Behörde mit jedem einzelnen Aktenstück einlässlich auseinandersetze. Es genüge, wenn sie die wesentlichen Überlegungen nenne, von denen sie sich habe leiten lassen und auf die sie ihren Entscheid stütze (unter Hinweis auf BGE 136 I 184 E. 2.2.1). Der Vorwurf, die Vorinstanz habe Akten bei Erlass der Verfügung nicht berücksichtigt, gehe daher fehl (Ziff. 5 unten).

Zur Verletzung des Akteneinsichtsrechts legte sie dar, aus Art. 29 Abs. 2 BV lasse sich kein Anspruch auf Einsicht in interne Notizen der Behörde ableiten. Bereits die Überschrift weise darauf hin, dass es sich um eine

interne Meinungsbildung des Verfassers handle. Zudem habe die interne Notiz bei der Besprechung vom 26. Januar 2011 zur Verfügung gestanden (Ziff. 5).

Bezüglich der Übertragung von Fr. 3,5 Mio. im Jahr 1976 auf die neuen Vorsorgestiftungen sei – unter Hinweis auf act. 16/35 – davon auszugehen sei, dass freie Mittel in der Stiftung verbleiben seien, welche möglicherweise durch Arbeitnehmerbeiträge mitfinanziert worden seien (Ziff. 4).

Zu den möglichen Mutationsgewinnen führte die Vorinstanz aus, dass auch heute noch die gesetzlichen Erben zum Kreis der begünstigten Personen gehörten. Es könne dahingestellt werden, ob die damaligen Arbeitgeber einen weitergehenden, über die gesetzlichen Mindestleistungen hinausgehenden Sozialgedanken gepflegt hätten (Ziff. 3).

Betreffend die "Fürsorgestiftung des Personals der D. _____ AG" lägen keine Jahresrechnungen vor, weshalb die konkrete Finanzierung nicht nachgewiesen werden könne. Aus der internen Notiz 1990 und dem Protokoll des Stiftungsrates vom 23. März 1988 könne nicht auf eine rein patronale Stiftung geschlossen werden, u.a. auch da die interne Notiz zwei-einhalb Jahre nach der beschlossenen Urkundenänderung ausgestellt worden sei (Ziff. 5).

I.

Mit Zwischenverfügung vom 12. Februar 2015 brachte das Bundesverwaltungsgericht der Beschwerdeführerin die Duplik der Vorinstanz vom 10. Februar 2015 zur Kenntnis und schloss den Schriftenwechsel ab (B-act. 14).

J.

Auf die weiteren Unterlagen und Ausführungen der Parteien wird – soweit für die Entscheidungsfindung notwendig – in den nachstehenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gemäss Art. 31 des VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG, sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Als Vorinstanzen gelten die in Art. 33 VGG genannten Behörden.

1.2 Zu den beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbaren Verfügungen gehören jene der Aufsichtsbehörden im Bereiche der beruflichen Vorsorge nach Art. 74 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG; SR 831.40), dies in Verbindung mit Art. 33 Bst. i VGG. Eine Ausnahme nach Art. 32 VGG liegt in casu nicht vor.

1.3 Laut Art. 37 VGG richtet sich das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach dem VwVG, soweit dieses Gesetz nichts anderes bestimmt.

1.4 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 lit. a, b, und c VwVG). Als schutzwürdig in diesem Sinne gilt jedes faktische und rechtliche Interesse, welches eine von der Verfügung betroffene Person an deren Änderung oder Aufhebung geltend machen kann.

Die Beschwerdeführerin ist Adressatin der angefochtenen Verfügung und damit unmittelbar betroffen. Sie ist daher im Sinne von Art. 48 VwVG zur Beschwerde legitimiert.

1.5 Die Beschwerdeführerin hat frist- und formgerecht Beschwerde erhoben (Art. 50 und 52 VwVG). Nachdem auch der Kostenvorschuss in der gesetzten Frist geleistet worden ist, ist auf das ergriffene Rechtsmittel einzutreten.

2.

2.1 Anfechtungsgegenstand des vorliegenden Verfahrens ist der Verwaltungsakt der Vorinstanz vom 4. August 2014, welcher eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG darstellt.

2.2 Anfechtungsgegenstand und Ausgangspunkt bildet die angefochtene Verfügung. Davon zu unterscheiden ist der Streitgegenstand. Im Bereich der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege ist der Streitgegenstand das

Rechtsverhältnis, welches – im Rahmen des durch die Verfügung bestimmten Anfechtungsgegenstandes – den auf Grund der Beschwerdebegehren angefochtenen Verfügungsgegenstand bildet (BGE 110 V 48 E. 3b und c, mit Hinweisen; FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 44 ff.).

2.3 Anfechtungsgegenstand der angefochtenen Verfügung ist die Aufhebung des Stiftungsratsbeschlusses vom 4. Dezember 2012 betreffend die Umbuchung freier Mittel in die Arbeitgeberbeitragsreserven in der Höhe von Fr. 15 Mio., die Anordnung, die Umbuchung rückgängig zu machen, die Aufsichtsbehörde diesbezüglich zu informieren, die Umbuchung in der nächsten Jahresrechnung auszuweisen und die Auferlegung von Aufsichtsgebühren (B-act. 1 Beilage 2 Dispositivziffern II-IV). Umstritten und vorliegend Streitgegenstand ist die Feststellung der Vorinstanz, die Umbuchung freier Mittel in die Arbeitgeberbeitragsreserve sei rechtswidrig, die damit verbundenen, oben erwähnten Anordnungen sowie die Gebührenauflage für die aufsichtsrechtlichen Massnahmen.

2.4 Die Beschwerdeführerin rügt beschwerdeweise eine Verletzung des rechtlichen Gehörs (B-act. 1 Ziff. 3.1). Diese Rüge ist einleitend zu prüfen.

3.

3.1 Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 42 ATSG) 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 (BGE 132 V 368 E. 3.1). Der Gehörsanspruch verpflichtet die Behörde, die Vorbringen der betroffenen Person auch tatsächlich zu hören, zu prüfen und in der Entscheidfindung zu berücksichtigen, weshalb sie ihren Entscheid zu begründen hat (BGE 134 I 83 E. 4.1).

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur. Deshalb führt dessen Verletzung ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung (BGE 127 V 431 E. 3d/aa; 126 I 19 E. 2d/bb). Nach der Rechtsprechung kann jedoch eine Verletzung des Gehörsanspruchs dann geheilt werden, wenn die un-

terbliebene Gewährung des rechtlichen Gehörs in einem Rechtsmittelverfahren nachgeholt wird, in dem die Beschwerdeinstanz mit der gleichen Prüfungsbefugnis entscheidet wie die untere Instanz. Die Heilung ist aber ausgeschlossen, wenn es sich um eine besonders schwerwiegende Verletzung der Parteirechte handelt. Zudem darf den Beschwerdeführenden kein Nachteil erwachsen und die Heilung soll die Ausnahme bleiben (BGE 129 I 129 E. 2.2.3; 126 V 130 E. 2b; 126 I 68 E. 2).

3.2 Die Beschwerdeführerin macht vorliegend geltend, sie habe der Vorinstanz mit Schreiben vom 16. Januar 2014 Unterlagen der Stiftung und mit Schreiben vom 25. März 2014 die Verwaltungsratsprotokolle der C. _____ AG der Jahre 1940 bis 1988 eingereicht, welche sich auf Belange der beruflichen Vorsorge bezogen hätten. Anschliessend habe die Vorinstanz – ohne den entscheiderelevanten Sachverhalt offenzulegen und eine Frist im Rahmen des rechtlichen Gehörs anzusetzen – verfügt. Die Verwaltungsratsprotokolle hätten Grundlage für die Annahme der Vorinstanz gebildet, dass die Beschwerdeführerin die Beiträge der Arbeitnehmer zwecks Weiterleitung an die Versicherung erhoben habe und für die Annahme, angesichts des Kollektivvertrages mit der I. _____ Versicherung seien von Arbeitnehmern mitalimentierte Überschussbeteiligungen an die Stiftung zurückgeflossen (B-act. 1 Ziff. 23-25). Die Beschwerdeführerin habe sich dazu und damit zum Beweisergebnis vor Erlass der Verfügung nicht äussern können (Ziff. 26). Deshalb habe die Vorinstanz das rechtliche Gehör verletzt.

3.3 Die Vorinstanz macht geltend, die Beschwerdeführerin habe hinreichend Gelegenheit gehabt, ihre Standpunkte einzubringen. Die Vorinstanz habe schon anlässlich der Sitzung vom 5. Februar 2014 darauf hingewiesen, dass Versicherungsverträge bestanden hätten und dass diese entweder von Arbeitnehmerbeiträgen mitalimentiert worden seien oder von der Beschwerdeführerin Überschüsse oder Mutationsgewinne vereinnahmt worden, was beides dazu führe, dass nun eine Umbuchung unzulässig sei. Die Beschwerdeführerin habe anlässlich ihrer Eingabe vom 25. März 2014 (act. 15) nur dargelegt, dass sie nach wie vor der Meinung sei, dass die Stiftung patronal finanziert gewesen sei. Die eingereichten Beilagen habe sie nicht kommentiert. Auch habe die Beschwerdeführerin gewusst, dass der Beweis der rein patronalen Finanzierung auch die Fürsorgestiftung des Personals der D. _____ AG und der E. _____ AG umfasse. Das rechtliche Gehör sei deshalb nicht verletzt worden (B-act. 7 Ziff. 2).

3.4

3.4.1 Eine Partei muss nicht Gelegenheit erhalten, sich zu jedem möglichen Ergebnis, das von einer entscheidenden Behörde ins Auge gefasst wird, zu äussern, wie die Vorinstanz in ihrer Duplik (Ziff. 2) unter Hinweis auf BGE 132 II 257 E. 4.2 zu Recht ausführt (vgl. dazu auch PATRICK SUTTER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Zürich 2008, Ziff. 14 zu Art. 29).

Die Vorinstanz hat der Beschwerdeführerin vorliegend mehrfach Gelegenheit geboten, sich zu äussern: mit Schreiben vom 20. Juni 2013, vom 17. Dezember 2013 sowie im Anschluss an die Sitzung vom 5. Februar 2014. Dem kurz vor Erlass der Verfügung am 25. Juli 2014 mandatierten Vertreter der Beschwerdeführerin hat die Vorinstanz am 28. Juli 2014 telefonisch mitgeteilt, dass sie an der Unzulässigkeit der Umbuchung festhalte und dass die Eingabe der Beschwerdeführerin vom 16. Januar 2014 sowie die am 25. März 2014 eingereichten Verwaltungsratsprotokolle entscheidrelevante Unterlagen beinhalten würden. Die Vorinstanz bot dem Vertreter der Beschwerdeführerin am 29. Juli 2014 die Gelegenheit, in den Räumlichkeiten der Vorinstanz die Akten einzusehen. Diese Tatsachen sprechen zunächst für die vollständige Gewährung des rechtlichen Gehörs.

3.4.2 Der Sachverhalt, wie er sich aus Sicht der Behörde darstellt, muss aber im Mindesten derart detailliert unterbreitet werden, dass die Partei hierzu konkret ihre Einwände erheben kann (SUTTER, a.a.O, unter Hinweis auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts E-1472/2007 vom 4. Juni 2007 E. 6.1.2 und VPB 69 (2005) Nr. 28 E. 7b und 7c (ARK). Aus dem Recht auf Anhörung folgt ein grundsätzlicher Anspruch auf Stellungnahme zur Tatbestandsaufnahme, zu den Beweismitteln und zum Beweisergebnis (vgl. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl. 2013, N 525, mit Hinweis auf BGE 136 I 265 E. 3.2).

Die Vorinstanz hat der Beschwerdeführerin vorliegend zwar mehrfach Gelegenheit geboten, sich zu äussern. Mit Schreiben vom 30. Juli 2014 verlangte der Rechtsvertreter aber ausdrücklich die Offenlegung des entscheiderelevanten Sachverhalts sowie die Möglichkeit, Stellung zu nehmen (doc. 27). Er begründete dies – unter Hinweis auf BGE 127 I 54 E. 2b – damit, dass die Vorinstanz ihm telefonisch mitgeteilt habe, dass die beiden letztgenannten Eingaben der Beschwerdeführerin (gemeint sind diejenigen vom 16. Januar 2014 und vom 25. März 2014) entscheiderelevante Unterlagen enthielten und diese das Beweisergebnis beeinflussten. Auf diese

Unterlagen habe sich die Vorinstanz in ihrem letzten Schreiben an die Beschwerdeführerin noch nicht gestützt. Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin machte geltend, er habe das Recht, sich dazu und zum Beweisergebnis zu äussern, wenn es geeignet sei, den Ausgang des Verfahrens zu beeinflussen (doc. 27).

3.4.3 Tatsächlich stützt sich die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung (B-act. 1 Beilage 2) für ihre Annahme, dass die Beschwerdeführerin die Beiträge der Arbeitnehmer zwecks Weiterleitung an die Versicherung erhoben habe, und dass angesichts des Kollektivvertrages mit der I. _____ Versicherung von Arbeitnehmern mitalimentierte Überschussbeteiligungen an die Stiftung zurückgeflossen seien (Ziff. 24, 25), hauptsächlich auf die Verwaltungsratsprotokolle, welche die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 25. März 2014 (doc. 16) eingereicht hat. Vor diesem Hintergrund muss hier näher geprüft werden, ob die Vorinstanz dem Vertreter der Beschwerdeführerin nicht hätte Gelegenheit bieten müssen, eine Stellungnahme zum vollständigen Beweisergebnis abzugeben. Denn im vorliegenden Verfahren steht eine schwierige Beweiserhebung im Vordergrund, nämlich der Nachweis einer rein patronalen Finanzierung über Jahre hinweg. Die nähere Prüfung drängt sich umso mehr auf, als die Vorinstanz dem Vertreter der Beschwerdeführerin kurz vor Erlass der Verfügung telefonisch mitteilte, dass die Eingabe vom 25. März 2014 entscheiderelevanten Unterlagen beinhalte. Zudem gewährte sie ihm – ebenfalls kurz vor Erlass der Verfügung – Akteneinsicht; ungeachtet dessen verfügte sie – trotz einem Antrag auf Offenlegung des entscheiderelevanten Sachverhalts und auf Stellungnahme – vier Tage später die Aufhebung des Stiftungsratsbeschlusses vom 4. Dezember 2012. Diese Tatsachen und Umstände sprechen für eine Verletzung des rechtlichen Gehörs.

3.5 Vorliegend hat die Beschwerdeführerin den Beweis zu erbringen, dass in einem Zeitraum von 72 Jahren (1940-2012) entweder keine Arbeitnehmerbeiträge in die massgeblichen Stiftungen geflossen sind oder dass eine Aussonderung sämtlicher eingeflossener Arbeitnehmerbeiträge stattgefunden hat. Diesen Beweis zu erbringen ist naturgemäss besonders schwierig. Entsprechend muss der Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin in einem solchen Verfahren weit gefasst werden.

3.5.1 Die Beschwerdeführerin räumt in der Beschwerdeschrift selber ein, dass Arbeitnehmerbeiträge in die Stiftung geflossen sind (B-act. 1 Ziff. 35, 36). Laut konstanter Rechtsprechung muss sie deshalb den Beweis erbringen, dass eine Aussonderung aller Arbeitnehmerbeiträge stattgefunden

hat (vgl. Art. 331 Abs. 1 OR sowie die Urteile des Bundesgerichts 9C_804/2010 vom 20. Dezember 2010, E. 3.3 f., sowie 9C_954/2010 vom 16. Mai 2011, E. 6.1). Um diesen Beweis zu erbringen, wäre es unabdingbar gewesen, dass die Vorinstanz die eingeflossenen Arbeitnehmerbeiträge bezeichnet und insbesondere die konkreten Unterlagen nennt, auf welche Indizien oder Beweise sie sich beim Erlass ihrer Verfügung stützen will. Da die Vorinstanz diese konkreten Unterlagen – sie stützte sich hauptsächlich auf die zuletzt am 25. März 2014 eingereichten Unterlagen – vor Erlass der Verfügung nicht bezeichnet hat, hatte die Beschwerdeführerin keine Kenntnis davon, welche Arbeitnehmerbeiträge konkret zur Diskussion stehen und für welche Arbeitnehmerbeiträge sie mittels Indizien oder Beweisen den Beweis der Aussonderung hätte antreten sollen. Die Vorinstanz hätte bei der vorliegenden Beweissituation der Beschwerdeführerin die Möglichkeit einräumen müssen, zum Endergebnis der Beweiswürdigung Stellung zu nehmen, wie dies der Vertreter der Beschwerdeführerin beantragte.

3.5.2 Aus den Akten ergeben sich vorliegend konkrete Hinweis für eine Aussonderung, nämlich die Übertragung von Vorsorgevermögen auf die zwei neu gegründeten Vorsorgeeinrichtungen (Vorsorgestiftung Ausland und Vorsorgestiftung Schweiz) per 1. Januar 1976 (doc. 16/34 S. 3) sowie die Tatsache, dass diese beiden neu gegründeten Vorsorgeeinrichtungen bereits im Juni 1976 einen erheblichen "I. _____ Gewinnanteil" ausgewiesen haben (doc. 16/35 S. 2). Richtig ist die Feststellung der Vorinstanz, dass nur die Aktivseite abgebildet sei und möglicherweise freie Mittel und auch durch Arbeitnehmerbeiträge alimentierte freie Mittel in der Stiftung verblieben seien (B-act. 13 Ziff. 4). Dass keine weiteren Beweismittel existierten, wie die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung (B-act. 7 Ziff. 8) darstellt, ist indes nur in dem Sinne richtig, als solche Beweismittel bisher nicht eingereicht wurden. Hingegen weist der Vertreter der Beschwerdeführerin zu Recht darauf hin, dass allenfalls noch zusätzliche Unterlagen z.B. der "K. _____" (ehemals I. _____) beigebracht werden könnten. Diese Gelegenheit wurde der Beschwerdeführerin von der Vorinstanz nicht gewährt. Ebenfalls könnten Stiftungsratsprotokolle aus den Jahren 1989 bis 2004 weiteren Aufschluss über die Natur des umstrittenen Mutationsgewinnes von Fr. 50'000.- liefern; unklar bleibt aufgrund der Aktenlage beispielsweise, ob es sich dabei um die Fortschreibung (bzw. die Auflösung) eines Darlehens von Fr. 50'000 an L. _____, das erstmals in einem Protokoll vom 27. September 1973 (vgl. Protokoll des Verwaltungsrates der C. _____ AG in B-act. 1 Beilage 7) erwähnt wird, handelt.

3.5.3 Der Einwand der Vorinstanz, die Beschwerdeführerin habe lange Zeit gehabt, solche Beweismittel einzureichen, ist berechtigt. Auch ist nicht der Vorinstanz anzulasten, dass die Beschwerdeführerin in dieser komplexen Angelegenheit nicht früher einen spezialisierten Vertreter mandatiert hat. Dennoch erscheint das Verhalten der Vorinstanz bezüglich der Gewährung des rechtlichen Gehörs zumindest widersprüchlich, wenn sie den Vertreter der Beschwerdeführerin über das Ergebnis der Beweiswürdigung vororientiert, ihm Einsicht in die Akten gewährt, um dann ohne Gewährung des rechtlichen Gehörs innert vier Tagen zu verfügen. Es wäre der Vorinstanz ohne weiteres möglich gewesen, der Beschwerdeführerin vor Erlass der Verfügung die konkreten Unterlagen zu nennen, auf welche sie sich abstützt, damit diese die Möglichkeit gehabt hätte, dazu Stellung zu nehmen bzw. weitere Unterlagen zur Sachverhaltsklärung einzureichen. Da die Vorinstanz dies nicht getan hat, liegt unter Würdigung aller Umstände eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor.

3.5.4 Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass es der Beschwerdeführerin – nach Nennung der konkreten Unterlagen durch die Vorinstanz – ohne Weiteres gelungen ist, drei im Verwaltungsverfahren von der Vorinstanz geäusserte Kritikpunkte, nämlich die Prämienaufwände 1992 bis 1996 in den Jahresrechnungen der Fürsorgestiftung des Personals der A. _____ AG, die Zuwendung "Vorsorgestiftung Schweiz" im Betrag von Fr. 57'769.50 sowie die Zuwendung "Vorsorgestiftung Ausland" im Betrag von Fr. 29'979.-, mittels Schreiben vom 28. August 2013 und 16. Januar 2014 zu entkräften (doc. 8, 11), worauf diese ursprünglichen Kritikpunkte in der angefochtenen Verfügung nicht mehr aufgeführt wurden. Verblieben sind die Kritikpunkte bezüglich der möglichen Mutationsgewinne und der Leistungen aus Kollektivversicherungsvertrag bei der Gemeinschaftsstiftung BVG der I. _____ Lebensversicherungsgesellschaft. Deshalb ist nicht auszuschliessen, dass durch weitere Beweismittel die restlichen Kritikpunkte entkräftet werden könnten.

3.5.5 Weiter ist in Bezug auf das Beweisergebnis folgendes festzuhalten: die Vorinstanz hat den schriftlichen Bestätigungen von vier ehemaligen Stiftungsräten, dem damals zuständigen Revisor, der Buchhalterin, sowie dem Bericht des Wirtschaftsprüfers der Beschwerdeführerin, wonach die Stiftung ausschliesslich patronal finanziert worden sei, unter Hinweis auf die Nähe zur Firma nur verminderten Beweiswert zuerkannt (Verfügung Ziff. 2.2, 2.3). Schriftlichen Bestätigungen kommt indessen in der Regel erhebliche Beweiskraft zu. Inwieweit die Nähe dieser Personen zur Firma als

erheblicher zu gewichten ist als ihre Nähe zur Stiftung als mögliche Destinatäre, kann hier offen bleiben. Indes ist festzustellen, dass sich die Beschwerdeführerin dazu nicht hat äussern können, da der indirekte Vorwurf der "Befangenheit" erst im Rahmen der angefochtenen Verfügung erhoben wurde. Die eingeschränkte Beweiskraft der schriftlichen Bestätigungen hätte von der Vorinstanz nur nach Gewährung des rechtlichen Gehörs festgestellt werden dürfen.

Anzufügen bleibt, dass dem Sitzungsprotokoll des Verwaltungsrats der C._____ AG vom 10. Dezember 1975, und damit zeitlich weit bevor das Bundesgericht seine Praxis zur Zulässigkeit der Ausscheidung von Arbeitgeberbeitragsreserven entwickelt hat, zu entnehmen ist, dass "die bisherige Stiftung, deren Vermögen ausschliesslich durch Zuwendungen der Firma geäufnet wurde", als "Patronale Stiftung" weitergeführt werde (S. 3). Eine materielle Würdigung hat die Vorinstanz diesbezüglich nicht vorgenommen.

3.6 Insgesamt ist das rechtliche Gehör verletzt worden, indem der Beschwerdeführerin keine Gelegenheit geboten wurde, zum Beweisergebnis Stellung zu nehmen. Aus den Akten kann nicht geschlossen werden, dass der verlangte Beweis zum Vornherein nicht erbracht werden kann. Zu prüfen bleibt, ob dieser Mangel geheilt werden kann.

3.7 Vorliegend ist das Beweisergebnis der Vorinstanz in Frage gestellt. Da der Vertreter der Beschwerdeführerin nicht wusste, zu welchen Arbeitnehmerbeiträgen und zu welchen Unterlagen er den Beweis der Aussonderung hätte antreten müssen, ist ihm im Rahmen des Beweisverfahrens ein nicht wiedergutzumachender Nachteil entstanden. Somit ist eine Heilung vorliegend nicht möglich. Es ist zudem nicht Sache des Gerichts, die Beweisaufnahme zu vervollständigen. Ausserdem würde die Beschwerdeführerin eine Instanz verlieren, falls das Gericht hier reformatorisch urteilen würde (vgl. WALDMANN/WEISSENBERGER, Praxiskommentar zum VwVG, N. 123 zu Art. 29 VwVG).

3.8 Deshalb ist die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen. Sie hat der Beschwerdeführerin die Gelegenheit einzuräumen, sich zum Beweisergebnis zu äussern und ergänzende Beweismittel einzureichen. Anschliessend hat die Vorinstanz neu zu verfügen, insbesondere unter eingehenderer Auseinandersetzung mit der Rüge, die Beschwerdeführerin habe 1976 bzw. spätestens im Zeitpunkt des Inkrafttretens des BVG (1. Januar 1985) allfällig paritätisch gebildetes Vermögen aus der Stiftung ausgesondert.

3.9 Nicht zu folgen ist der Beschwerdeführerin hingegen betreffend ihre Rüge, die Vorinstanz habe das Verhältnismässigkeitsprinzip nicht beachtet. Die Vorinstanz hat der Beschwerdeführerin mehrmals signalisiert, dass sie den Stiftungsratsbeschluss vom 4. Dezember 2012 als nicht rechtens beurteile und die Überführung der freien Mittel in die Arbeitgeberbeitragsreserven rückgängig zu machen sei. Die Beschwerdeführerin hat diese Sichtweise im Laufe des Verwaltungsverfahrens bestritten und schliesslich den Erlass einer anfechtbaren Verfügung verlangt. Die Aufhebung des Stiftungsratsbeschlusses ist aus dieser Optik nicht zu bemängeln.

3.10 Der Antrag auf Erstellung eines Gutachtens ist abzuweisen, zumal der Sachverhalt – wie aufgezeigt – nicht abschliessend erhoben worden ist, nach Ergänzung der Aktenlage durch die Vorinstanz neu zu beurteilen sein wird und diese für die zu klärende Frage – wie zutreffend dargelegt – über genügend eigenes Fachwissen verfügt. Der Beschwerdeführerin steht frei, zur vorliegend interessierenden Tatbestandsfrage einen Bericht ihres Experten für die berufliche Vorsorge (Art. 52e BVG) einzuholen und diesen ins Recht zu legen.

Ob das Recht auf Akteneinsicht in Bezug auf das Dokument "Vorbereitung Sitzung vom 26. Januar 2011" verletzt wurde, kann vorliegend nicht abschliessend beurteilt werden, zumal es dem Gericht nicht vorliegt. Aufgrund der Tatsache, dass der Fall ohnehin an die Vorinstanz zurückgewiesen wird, kann die Frage hier offen bleiben. Dies gilt auch für die Vorwürfe, die Aktenführungspflicht in Bezug auf zwei Stiftungsurkunden (u.a. aus dem Jahr 1988) verletzt und gegen Treu und Glauben verstossen zu haben, wenn sie in der internen Notiz von 1990 den rein patronalen Charakter der Stiftung feststelle und diesen nun verneine.

4.

Die Beschwerde ist demnach gutzuheissen und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit diese im Sinne der Erwägung E. 3 vorgehe.

5.

Zu befinden bleibt über die Verfahrenskosten und eine allfällige Parteient-schädigung.

5.1 Da eine Rückweisung praxisgemäss als Obsiegen der beschwerdeführenden Partei gilt, sind weder der Beschwerdeführerin noch der Vorinstanz Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 *e contrario* und 2 VwVG; vgl. BGE 132 V 215 E. 6.1). Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 5'000.- ist der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils auf ein von ihr anzugebendes Konto zurückzuerstatten.

5.2 Die durch einen Anwalt vertretene Beschwerdeführerin hat Anspruch auf eine Parteientschädigung, die von der Vorinstanz zu leisten ist (Art. 64 Abs. 1 und 2 VwVG i.V.m. Art. 7 ff. VGKE). Da keine Kostennote eingereicht wurde, ist die Entschädigung aufgrund der Akten festzusetzen (14 Abs. 2 VGKE). Unter Berücksichtigung des gebotenen und aktenkundigen Aufwandes ist eine Parteientschädigung von Fr. 8'000.- (inklusive Auslagen) gerechtfertigt.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird insoweit gutgeheissen, als die Verfügung vom 4. August 2014 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen 3 zur Durchführung weiterer Abklärungen, zur neuen Beurteilung und zum Erlass einer neuen Verfügung an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 5'000.- wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils auf ein von ihr zu bezeichnendes Konto zurückerstattet.

3.

Der Beschwerdeführerin wird zu Lasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung von Fr. 8'000.- zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde; Beilage: Formular "Zahladresse")
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...] / IN; Gerichtsurkunde)
- das Bundesamt für Sozialversicherungen (Einschreiben)

– die Oberaufsichtskommission BVG (Einschreiben)

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Beat Weber

Urs Walker

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden, sofern die Voraussetzungen dafür gegeben sind (vgl. Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Rechtschrift 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: