

# **BVGer C-1875/2010 vom 5. September 2012**

Bundesverwaltungsgericht, 2012-09-05, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_C-1875\\_2010](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-1875_2010)

FR: TAF C-1875/2010 du 5 septembre 2012

IT: TAF C-1875/2010 del 5 settembre 2012

## **Regeste**

Aufsichtsmittel

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG; SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Als Vorinstanzen gelten die in Art. 33 VGG genannten Behörden.

### **E. 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.

### **E. 1.3**

Anfechtungsgegenstand des vorliegenden Verfahrens ist der Verwaltungsakt der Vorinstanz vom 18. Februar 2010, welcher eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG darstellt.

### **E. 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 hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist durch die angefochtene Verfügung als Adressatin besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Anfechtung (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Sie ist daher zur Beschwerde berechtigt.

### **E. 1.5.1**

Der Beschwerdegegner macht in seiner Beschwerdeantwort geltend, die Beschwerde sei nicht rechtzeitig erhoben worden (Ziffer 2 zu act. 7). Diese sei am 22. März 2010 der schweizerischen Post übergeben worden, welche die Sendung umgehend retourniert habe, da sie statt an das Bundesverwaltungsgericht an die nicht mehr existierende Beschwerdekommision BVG adressiert gewesen sei. Da die Beschwerde anschliessend

erst am 24. März 2010 eingereicht worden sei, sei die Frist verpasst worden. Ein Privater könne sich laut Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht auf das durch die Rechtsmittelbelehrung erweckte Vertrauen berufen, wenn er oder sein Anwalt deren Unrichtigkeit durch Konsultieren des massgeblichen Gesetzestextes allein hätte erkennen können. Die massgebliche Bestimmung befinde sich in Artikel 74 Absatz 1 BVG. Diese sei leicht erkennbar. Die Beschwerdeführerin könne sich somit nicht auf die fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung der Aufsichtsbehörde berufen. Die Frist zur Einreichung der Beschwerde sei verpasst worden und auf die Beschwerde sei nicht einzutreten.

### **E. 1.5.2**

Die Beschwerdeführerin ihrerseits argumentiert in ihrer Replik (act. 12), die von der Gegenseite zitierte Bundesgerichtspraxis zur Fristwahrung würde lediglich Entscheide betreffen, bei denen es um die Frist im engeren Sinne gehe, um die Anzahl Tage. In casu seien ein falscher Name und ein falscher Ort genannt worden. Ein allzu strenger Massstab sei nicht gerechtfertigt, da das "Verführungspotenzial" dieser Angaben wesentlich grösser gewesen sei (act. 3). Die Frist sei deshalb nicht verpasst worden und auf die Beschwerde sei einzutreten

### **E. 1.5.3**

Zur Frage der Fristwahrung ist Art. 50 Abs. 1 VwVG, auf welchen Art. 37 VGG verweist, zu entnehmen, dass die Beschwerde innerhalb von 30 Tagen nach Eröffnung der Verfügung einzureichen ist. Berechnet sich eine Frist nach Tagen und bedarf sie der Mitteilung an die Parteien, so beginnt sie an dem auf ihre Mitteilung folgenden Tage zu laufen (Art. 20 Abs. 1 VwVG). Ist der letzte Tag der Frist ein Samstag, ein Sonntag (...), so endet sie am nächstfolgenden Werktag (Art. 20 Abs. 3 VwVG). Vorliegend hat die Beschwerdeführerin die vorinstanzliche Verfügung vom 18. Februar 2010 frühestens am 19. Februar 2010 erhalten. Der fristbeendende 21. März 2010 fiel auf einen Sonntag, weshalb die Beschwerdefrist frühestens am 22. März 2010 abgelaufen wäre (s. oben). An diesem Datum hat die Beschwerdeführerin die Beschwerdeschrift zum ersten Mal der Post übergeben. Es ist deshalb hier festzustellen, dass die Beschwerde rechtzeitig eingereicht worden wäre, wäre sie nicht aufgrund einer falschen Rechtsmittelbelehrung an eine falsche bzw. nicht mehr existierende Adresse gesandt worden. Zudem steht fest, dass die Beschwerdeschrift umgehend nach deren Retournerung, am 24. März 2010, an die zuständige Behörde eingereicht wurde (act. 1). Es ist deshalb zu prüfen, ob vorliegend die falsche Rechtsmittelbelehrung, konkret die falsche Adressangabe, Grund dafür ist, trotz Verspätung auf die Beschwerde einzutreten. Gemäss Art. 9 der Schweizerischen Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV; SR 101) hat jede Person Anspruch darauf, von den staatlichen Organen ohne Willkür und nach Treu und Glauben behandelt zu werden. Gemäss Art. 38 VwVG darf den Parteien aus mangelhafter Eröffnung kein Nachteil erwachsen. "Abgesehen von den Situationen, in denen der Adressat die Unrichtigkeit der Rechtsmittelbelehrung ohnehin selbst erkannt hat, liegt ein Fall einzig dann vor, wenn er sie hätte erkennen müssen. (BGE 117 Ia 421 ff, E. 2b). Rechtsuchende geniessen keinen Vertrauensschutz, wenn sie bzw. ihr Rechtsvertreter den Mangel allein schon durch Konsultierung der massgeblichen Verfahrensbestimmung hätten erkennen können. Allerdings vermag nur eine grobe prozessuale Unsorgfalt der betroffenen Partei oder ihres Anwaltes eine falsche Rechtsmittelbelehrung aufzuwiegen (BGE 124 I 255 E. 1a/aa). Vorliegend wird in der Rechtsmittelbelehrung die nicht mehr existierende Adresse der Vorgängerorganisation (Beschwerdekommission BVG) genannt, was schliesslich Grund dafür war, dass die

Eingabe verspätet erfolgte. Angesichts der Tatsache, dass die falsche Rechtsmittelbelehrung von einer BVG-spezialisierten Behörde ausgestellt wurde, die Beschwerde von einem Anwalt eingereicht wurde, welcher sich nicht vorwiegend mit dem BVG beschäftigt, so dass er die falsche Rechtsmittelbelehrung auch nicht auf den ersten Blick hätte erkennen müssen, und er diese zudem an die richtige Beschwerdeinstanz, jedoch unter Verkennung der Nachfolge durch das Bundesverwaltungsgericht, gesandt hat, ist vorliegend das Vertrauen des Beschwerdeführers in die Richtigkeit der Rechtsmittelbelehrung zu schützen. Die rechtzeitige Einreichung bei der Vorgängerorganisation bzw. an deren Adresse wirkt hier fristwährend. Deshalb ist auf die Beschwerde einzutreten.

## **E. 2**

Die Beschwerdeführerin beantragt die Aufhebung von Dispositivziffer 3 der erstinstanzlichen Verfügung, wonach die Wahl der Arbeitnehmervorteiler zu wiederholen und E.\_\_\_\_\_ als Arbeitnehmervorteiler nicht wählbar und damit zu ersetzen sei. Der Beschwerdegegner hingegen beantragt eventualiter die Abweisung der Beschwerde.

### **E. 2.1**

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.). Nach der Begriffsumschreibung sind Anfechtungs- und Streitgegenstand identisch, wenn die Verfügung insgesamt angefochten wird. Bezieht sich demgegenüber die Beschwerde nur auf einen Teil des durch die Verfügung bestimmten Rechtsverhältnisses, gehören die nicht beanstandeten Teilaspekte des verfügungsweise festgelegten Rechtsverhältnisses zwar wohl zum Anfechtungs- nicht aber zum Streitgegenstand, welche folglich der Richter nicht zu überprüfen hat; dies als Ausfluss der im Verwaltungsbeschwerdeverfahren geltenden Dispositionsmaxime. Der Streitgegenstand ist einmal dahingehend einzuschränken, dass nur der Wahlvorgang vom 28. April 2008 zu diskutieren ist und nicht auch derjenige, der bereits am 24. November 2007 stattgefunden hatte, weil am 28. April 2008 sämtliche Arbeitnehmenden angeschrieben wurden, beide Arbeitnehmervorteiler zur Wahl standen und die Wahl deshalb als Gesamterneuerungswahl auf Arbeitnehmerseite zu qualifizieren ist. Somit spielen die Vorgänge rund um die vorherige Wahl, welche von der Vorinstanz und den Parteien in ihren Rechtsschriften beschrieben werden, hier keine Rolle mehr. Streitgegenstand bildet einerseits die Frage, ob der Wahlvorgang vom 28. April 2008 rechtmässig erfolgt ist, wobei hier zu prüfen ist, welche gesetzlichen, statutarischen und reglementarischen Bestimmungen zum damaligen Zeitpunkt in Kraft standen (nachfolgend E. 2.1.), ob die reglementarischen Bestimmungen des Reglements vom 27. Mai 2009 anwendbar waren (s. E. 2.2.) und ob sie im konkreten Fall richtig angewendet wurden (s. E. 2.3.). Weiter gehört zum Streitgegenstand die Frage, ob E.\_\_\_\_\_ als Geschäftsführer der F.\_\_\_\_\_ AG, einer Tochtergesellschaft der Stifterin, als Arbeitnehmervorteiler gewählt werden kann (nachfolgend E. 3).

### **E. 2.2**

Gemäss Art. 51 Abs. 1 und 2 BVG haben Arbeitnehmer und Arbeitgeber das Recht, in das oberste Organ der Vorsorgeeinrichtung die gleiche Zahl von Vertretern zu entsenden. Die Vorsorgeeinrichtung hat die ordnungsgemässe Durchführung der paritätischen Verwaltung zu gewährleisten. Es sind namentlich zu regeln: a. die Wahl der Vertreter der Versicherten; b. eine angemessene Vertretung der verschiedenen Arbeitnehmerkategorien; c. (.....)." In den Stiftungsstatuten vom 14. Dezember 2007 (VI/act. 21) wird in Art. 5 festgehalten, dass der Stiftungsrat oberstes Organ ist. Der Stiftungsrat besteht aus 2 oder mehr Mitgliedern, von denen die eine Hälfte durch den Arbeitgeber ernannt und die andere durch die Arbeitnehmer aus ihrer Mitte gewählt wird. Der Stiftungsrat regelt die Einzelheiten der paritätischen Verwaltung in einem Reglement. Der Stiftungsrat konstituiert sich im Übrigen selbst. Dem Vorsorgereglement vom 27. Mai 2009 (VI/act. 22, Ziff. 8.1.2) ist bezüglich Wahlverfahren zu entnehmen, dass der Stiftungsrat 4 Mitglieder umfasst. "Diese 4 Mitglieder setzen sich aus 2 Vertretern der Arbeitnehmenden, wobei 1 Mitglied die Mitarbeitenden und 1 Mitglied die Führungsstufe vertritt, sowie aus 2 Vertretern der Arbeitgebenden, zusammen. Der Stiftungsrat (...) unterbreitet den Arbeitnehmenden jeweils mindestens 2 Vertreter der Arbeitnehmenden, 1 Vertreter der Mitarbeitenden und 1 Vertreter der Mitglieder von Führungsstufen, zur Annahme der Wahl. Sind von Seiten des Stiftungsrates (...) nur 2 Vertreter der Arbeitnehmenden zur Wahl vorgeschlagen, können die Arbeitnehmenden weitere Kandidaten innert 20 Tagen schriftlich zur Wahl vorschlagen, sofern diesen Kandidaturen mindestens jeweils 10 Prozent der Arbeitnehmenden schriftlich ihre Zustimmung erteilen."

### **E. 2.3**

Das Vorsorgereglement, welches die obigen reglementarischen Bestimmungen zu den Stiftungsratswahlen enthält, wurde vom Stiftungsrat mit Beschluss vom 27. Mai 2009 rückwirkend auf den 1. Januar 2008 in Kraft gesetzt. Es ist zu prüfen, ob die Anwendung des Vorsorgereglements auf die Wahl vom 28. April 2008 zurecht rückwirkend erfolgt ist. Vorliegend handelt es sich um einen Fall der echten Rückwirkung, weil der Wahlvorgang bei Inkraftsetzung des neuen Reglements bereits beendet war. Die echte Rückwirkung ist grundsätzlich unzulässig (BGE 119 Ia 254 E. 3b), sofern sie sich belastend auswirkt; gegen eine begünstigende Rückwirkung bestehen hingegen im Allgemeinen keine Bedenken. Ein Abweichen von diesem Grundsatz ist verfassungsrechtlich nur ganz ausnahmsweise und unter strengen Voraussetzungen zulässig; dies ist dann der Fall, wenn die Rückwirkung ausdrücklich angeordnet oder nach dem Sinn des Erlasses klar gewollt ist, wenn sie zeitlich mässig ist, wenn sie keine stossenden Rechtsungleichheiten bewirkt, wenn sie sich durch triftige Gründe rechtfertigen lässt und wenn sie nicht in wohlverworbene Rechte eingreift (BGE 125 I 182 E. 2b/cc, BGE 2A.228/2005 E. 2.3 mit Hinweisen). Die rückwirkende Anwendung des Reglements hat sich für die Beschwerdeführerin zwar belastend ausgewirkt, da die Vorinstanz die Freiheit des Wahlverfahrens eingeschränkt hat. Es ist aber auch festzustellen, dass die massgeblichen gesetzlichen Bestimmungen zur Wahl des paritätischen Organs (Art. 51 Abs. 1 und 2 BVG) zur Erhöhung der Rechtssicherheit ausdrücklich verlangen, dass das Wahlverfahren in einem Reglement geregelt wird. Nach Sinn und Zweck dieser gesetzlichen Bestimmung sollte die paritätische Verwaltung bereits bei Beginn der Tätigkeit einer Vorsorgeeinrichtung (vorliegend 1. 1. 2008) geregelt sein. Entsprechend hat der Stiftungsrat die Bestimmungen zum Wahlvorgang ebenfalls rückwirkend auf den 1. Januar 2008 in Kraft gesetzt (VI act. 22 Ziff. 9.10); die rückwirkende Anwendung war also ausdrücklich gewollt. Zudem ist vorliegend die zeitliche Rückwirkung nicht übermässig, führt zu keinen stossenden Rechtsungleichheiten

und greift auch nicht in wohlerworbene Rechte ein. Somit sind die Voraussetzungen für eine rückwirkende Anwendung erfüllt. Weder die Vorinstanz noch die Beschwerdeführerin noch der Beschwerdegegner bestreiten denn auch die rückwirkende Anwendbarkeit des Reglements.

#### **E. 2.4**

Es ist somit zu prüfen, ob die auf Sachverhalte ab dem 1. Januar 2008 anzuwendenden reglementarischen Bestimmungen zum Wahlvorgang richtig angewendet wurden.

##### **E. 2.4.1**

Die Vorinstanz hat in der angefochtenen Verfügung (Beilage 1 zu act. 1) festgestellt, dass die reglementarischen Bestimmungen nicht richtig angewendet worden seien. Sie hat dies damit begründet, dass den Arbeitnehmenden der Wahlvorschlag mit dem Schreiben 'Information zur Personalfürsorgestiftung A.\_\_\_\_\_ Unternehmungen zwar unterbreitet worden sei, ein der reglementarischen Bestimmung entsprechender Hinweis jedoch gefehlt habe, wonach "die Arbeitnehmenden die Möglichkeit haben, weitere Kandidaten innert 20 Tagen schriftlich zur Wahl vorzuschlagen, sofern diesen Kandidaturen mindestens jeweils 10% der Arbeitnehmenden schriftlich ihre Zustimmung erteilen."

##### **E. 2.4.2**

Die Ansicht, dass die Wahl nicht reglementsconform durchgeführt worden sei, vertritt auch der Beschwerdegegner in seiner Beschwerdeantwort (act. 7, Ziffer 4) mit der Begründung, die vorgängige Übermittlung eines Wahlreglements an die Wahlberechtigten gehöre zu den Informationspflichten einer Vorsorgeeinrichtung. Damit könne der Betreffende auch seine Rechte konkret wahrnehmen. Vorliegend habe er sich sogar persönlich um ein definitives Reglement bemüht, dieses aber erst nach der Wahl erhalten.

##### **E. 2.4.3**

Die Beschwerdeführerin ihrerseits macht in der Beschwerde (act. 3, Ziffer 1.4) geltend, der Wahlvorgang sei reglementsconform durchgeführt worden. Eine Vorsorgeeinrichtung geniesse im Rahmen der gesetzlichen Schranken betreffend die Ausgestaltung des Wahlverfahrens weitestgehende Freiheit. Dem Vorsorgereglement könne keine Vorschrift entnommen werden, gemäss der die Arbeitgeber auf die Möglichkeit hingewiesen werden müssten, dass sie weitere Kandidaten vorschlagen könnten (.....). Es sei nicht Sache der Stiftung, die Arbeitnehmenden auf jede Möglichkeit im Wahlverfahren hinzuweisen.

##### **E. 2.4.4**

Der Ansicht der Beschwerdeführerin, wonach der Stiftungsrat nicht verpflichtet ist, die Versicherten über den Wahlvorgang allgemein, über dessen Ablauf und insbesondere über die Möglichkeit, zusätzliche Kandidaten zu nominieren, zu informieren, kann nicht gefolgt werden. Der Stiftungsrat ist laut Art. 5 der Statuten oberstes Organ der Vorsorgeeinrichtung und hat als solches die Gesamtverantwortung für den Wahlvorgang. Dabei ist er auch verantwortlich dafür, dass den Bestimmungen des Reglements konkret nachgelebt werden kann. Dazu hätte er sicherstellen müssen, dass allen Versicherten bekannt ist, dass sie weitere Kandidaturen vorschlagen können. Dies hat der Stiftungsrat nicht getan: In einem Informationsschreiben vom 4. März 2008 wurden den Arbeitnehmenden zwei von der Leitung der A.\_\_\_\_\_ Gruppe vorgeschlagene Kandidaten zur unterschriftlichen Wahl vorgelegt; ein Hinweis auf die Möglichkeit der Bezeichnung weiterer Kandidaturen fehlte gänzlich (VI/act. 81, Beilage 8 zu act. 8). Das BSV hat in seinen Richtlinien zur

Neuregelung der paritätischen Verwaltung von Sammel- und Gemeinschaftseinrichtungen festgehalten, dass die Vorsorgeeinrichtung dafür sorgen müsse, dass sich Arbeitnehmer und Arbeitgeber in den Stiftungsrat wählen lassen könnten (BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge Nr. 77, Bst. C, Ziff. 2b). Es führte dazu aus, dass "mit dem Gedanken der paritätischen Verwaltung nicht vereinbar ist, wenn der Gründer der Sammelstiftung oder der aktuell nicht zusammengesetzte Stiftungsrat Wahlvorschläge macht." Ob das Schreiben vom Stiftungsrat oder von der Unternehmensleitung veranlasst wurde, lässt sich aus den dem Gericht vorliegenden Akten nicht feststellen; als Absender wird in normalgrosser Schrift "A. \_\_\_\_\_ Unternehmungen" genannt, in kaum lesbarer Schrift darunter "Personalfürsorgestiftung"; eine Bezeichnung oder die Unterschrift des Absenders fehlt. Zudem steht fest, dass zum Zeitpunkt der Wahl noch kein Vorsorgereglement in Kraft war und dass ein allfällig vorhandener Reglementsentwurf nicht allen Versicherten ausgehändigt worden ist, sondern im Verlauf des 1. Semesters 2008 nur an die Führungsstufe (VI/act. 70). Der Beschluss über ein Wahlreglement sowie dessen Zustellung an die Versicherten hätte in dieser Situation, nämlich kurz vor den Wahlen - einem für die Versicherten zentralen Ereignis - ebenfalls zu den Pflichten des Stiftungsrates gehört. Im Ergebnis waren damit nicht alle Versicherten über das Wahlverfahren informiert und die Arbeitnehmerschaft konnte die ihr im Reglement ausdrücklich eingeräumte Möglichkeit, selber weitere Kandidaten aufzustellen, nicht wahrnehmen. Das Bundesgericht hat zu dieser Problemstellung im Falle einer Sammeleinrichtung folgendes ausgeführt: "Der Zweck des Art. 51 BVG liegt darin, eine effektiv gleichberechtigte Mitbestimmung der Arbeitgeber- und Arbeitnehmervertreter zu gewährleisten und die Stellung der Arbeitnehmervertreter im paritätischen Organ zu stärken (...). Die paritätische Verwaltung setzt mit Blick auf das Vertrauen der Versicherten und Destinatäre in die Entscheide des paritätischen Organs eine ordnungsgemässe und unverfälschte Willensbildung voraus. Dem dient die Erhaltung der formellen Vorschriften bezüglich Wahl, Konstituierung und Verfahren der Vorsorgekommissionen einschliesslich Protokollierungs- und Mitteilungspflichten an den Stiftungsrat, der seinerseits über die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften zu wachen hat (Urteil des Bundesgerichts B 117/05 vom 19. Oktober 2006, E. 3.2.1.1)." Diese Überlegungen haben analog - wie vorliegend - für die Stiftung einer Holding-Gesellschaft zu gelten. Weiter stellt der Beschwerdegegner in seiner Beschwerdeantwort (act 7, Ziffer 4) zurecht fest, dass die Informationspflicht der Stiftung gemäss Artikel 86b BVG auch Informationen zum Wahlprozedere umfasst; dazu gehöre die Übermittlung des Reglements, damit der Betreffende auch all seine Rechte wahrnehmen könne (mit Hinweis auf Carl Helbling, Personalvorsorge im BVG, 8. Auflage, S. 299). Dieser Feststellung ist angesichts des Wortlauts von Art. 86b Abs. 1 BVG beizupflichten: "Die Vorsorgeeinrichtung muss ihre Versicherten jährlich in geeigneter Form informieren über: (...) b. die Organisation und die Finanzierung." Der Stiftungsrat hätte daher die Versicherten zwingend über das Wahlprozedere informieren müssen. Insgesamt wird deshalb festgestellt, dass die reglementarischen Bestimmungen nicht richtig angewendet bzw. ungenügend beachtet wurden und deshalb das Wahlverfahren nicht rechtmässig erfolgt ist.

### **E. 3**

Schliesslich ist zu prüfen, ob E. \_\_\_\_\_, Geschäftsführer der F. \_\_\_\_\_ AG, einer Tochterunternehmung der Stifterin, als Arbeitnehmervertreter wählbar ist.

#### **E. 3.1**

Die Vorinstanz stellt in Ziffer 2.2.1. der angefochtenen Verfügung generell zur Wählbarkeit eines Organs als Arbeitnehmervertreter fest, dass Personen, die in der Stifterfirma Organstellung (also auch die eines faktischen Organs) innehaben, nicht als Arbeitnehmervertreter wählbar seien. Es könne niemand als Arbeitnehmervertreter in Frage kommen, der "auf Seiten der Firma an wesentlichen Entscheidungen beteiligt ist" (Hans Michael Riemer, Das Recht der beruflichen Vorsorge, 1985, S. 66/67). Folglich fielen Personen der obersten Entscheidungsstufen des Unternehmens (Geschäftsleitungsmitglieder wie z.B. der Geschäftsführer, Direktoren) als Arbeitnehmervertreter ausser Betracht (Beilage 1 zu act. 1). Die Vorinstanz führt weiter zur Person von E. \_\_\_\_\_ in Ziffer 2.2.2. der angefochtenen Verfügung aus, er sei seit dem 13. April 2000 als Geschäftsführer der F. \_\_\_\_\_ AG mit Kollektivunterschrift zu Zweien im Handelsregister eingetragen. In seiner Stellung als Geschäftsführer sei er an wesentlichen Entscheidungen der F. \_\_\_\_\_ AG, einer Tochtergesellschaft der Stifterfirma A. \_\_\_\_\_ Holding AG, beteiligt. Der Handelsregisterauszug der F. \_\_\_\_\_ AG ergebe, dass diese einer gewichtigen Einflussnahme durch die A. \_\_\_\_\_ Holding AG unterliege. E. \_\_\_\_\_ als Geschäftsführer der F. \_\_\_\_\_ AG sei bei seinen Entscheidungen A. \_\_\_\_\_ (Verwaltungsratspräsident mit Einzelunterschrift), G. \_\_\_\_\_ (Vizepräsident mit Kollektivunterschrift) sowie H. \_\_\_\_\_ (Kollektivunterschrift zu zweien) abhängig. Aufgrund dieser Umstände könne schlussgefolgert werden, dass E. \_\_\_\_\_ ebenfalls an wesentlichen Entscheidungen betreffend die Stifterfirma beteiligt sei und damit eine Stellung als Arbeitnehmervertreter nicht möglich sei. Erschwerend komme hinzu, dass A. \_\_\_\_\_ sowie H. \_\_\_\_\_ selber als Arbeitgebervertreter im Stiftungsrat vertreten seien.

### **E. 3.2**

Die Beschwerdeführerin geht in ihrer Beschwerde bezüglich der Person von E. \_\_\_\_\_ mit der Vorinstanz einig, dass er im Handelsregister als Geschäftsführer der F. \_\_\_\_\_ AG eingetragen und bei seinen Entscheidungen von den Herren A. \_\_\_\_\_ und G. \_\_\_\_\_ abhängig sei und dass die F. \_\_\_\_\_ AG von den Herren A. \_\_\_\_\_ und G. \_\_\_\_\_ straff geführt werde (act. 3, Ziffer 2.2.2). Anders als die Vorinstanz zieht die Beschwerdeführerin aber den Schluss, dass E. \_\_\_\_\_ allenfalls auf dem Papier als formales Organ in Erscheinung trete. Tatsächlich sei er aber an der wesentlichen Willensbildung der F. \_\_\_\_\_ AG nicht beteiligt. Materiell könne E. \_\_\_\_\_ somit nicht als Organ der F. \_\_\_\_\_ AG betrachtet werden, weshalb er als Arbeitnehmervertreter wählbar sei.

### **E. 3.3**

Der Beschwerdegegner führt in der Beschwerdeantwort (act. 7, Ziffern 5 und 6) aus, dass nicht nur als Organ anzusehen sei, wer de forma zur Erfüllung gesellschaftlicher Aufgaben berufen sei (formelles Organ), sondern auch, wer de facto Leitungsfunktion wahrnehme bzw. effektiv und in entscheidender Weise an der Bildung des Verbandswillens teilhabe, indem er Organen vorbehalten Entscheidungen treffe oder die eigentliche Geschäftsführung besorge und so die Willensbildung der Gesellschaft massgeblich mitbestimme (faktisches Organ). Organ sei nicht nur, wer mit der Leitung einer juristischen Person betraut, sondern auch, wer damit befasst sei. Organstellung werde schliesslich angenommen, wenn die Organstellung nicht durch Handelsregistereintrag und Publikation im SHAB, sondern durch Mitteilung oder konkludentes Verhalten kundgetan werde. Die Organstellung infolge Kundgabe beruhe weder auf Formalakt noch auf tatsächlichem Einfluss, sondern auf dem Anschein (mit Hinweis auf Claire Huguenin, Basler Kommentar, 2010, ZGB I, Art. 55 N. 13). E. \_\_\_\_\_ sei kollektivzeichnungs berechtigt und damit seien ihm gewisse

Kompetenzen und Verantwortlichkeiten übertragen worden, weshalb er nicht nur ein rein formelles Organ sei; zudem werde er im Handelsregister als Geschäftsführer der F.\_\_\_\_\_ AG ausgewiesen. Damit werde ihm nach aussen hin der Anschein gegeben, er sei Organ der Gesellschaft.

#### **E. 3.4**

Es gibt keine gesicherte Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Frage, wer als Arbeitnehmer in das paritätische Organ einer Vorsorgeeinrichtung gewählt werden kann bzw. wer explizit davon ausgeschlossen werden muss. Fest steht, dass nicht auf formale Kriterien wie das Bestehen eines Arbeitsvertrages, die Funktionsbezeichnung oder darauf abgestellt werden darf, ob eine Person an der Firma beteiligt ist, da sich allein aufgrund dieser Merkmale die Arbeitnehmer- bzw. Arbeitgeberbereitschaft nicht eindeutig bestimmen lässt. Die Mehrheit der Lehre und das BSV (BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge Nr. 48, Rz. 280, Ziff. 3.6) halten dafür, das im Haftpflichtrecht entwickelte Kriterium der Unterscheidung zwischen Organ i.S.v. Art. 55 Abs. 2 ZGB und Hilfsperson i.S.v. Art. 55 OR heranzuziehen. Danach sind Personen, die die Willensbildung einer juristischen Person bzw. eines Unternehmens wesentlich zu beeinflussen vermögen, nicht als Arbeitnehmer wählbar (Thomas Gächter/Maya Geckeler Hunziker, BVG und FZG, Bern 2010, N. 17 und N. 15 zu Art. 51 BVG).

#### **E. 3.5**

An diesem Grundsatz ist nach Auffassung des Gerichts festzuhalten. Abweichungen davon wären nur unter bestimmten Voraussetzung denkbar, z.B. wenn dadurch die Arbeitnehmerschaft im paritätischen Organ besser vertreten wäre. Dies wäre z.B. dann der Fall, wenn sich von den Arbeitnehmern niemand als Arbeitnehmersvertreter im Stiftungsrat zur Verfügung stellen würde. Davon ist im vorliegenden Fall nicht auszugehen, haben doch die Arbeitnehmenden keine eigenen Kandidaturen vorschlagen können. E.\_\_\_\_\_ hätte zwar im Interesse der Versicherten eine gewisse Erfahrung im Bereich der beruflichen Vorsorge, dies genügt jedoch nicht, um vom oben erwähnten Grundsatz abzuweichen. Im Gegenteil liegen hier konkrete Gründe vor, die eine Wahl von E.\_\_\_\_\_ als Arbeitnehmersvertreter ausschliessen. So kann festgestellt werden, dass er im Rahmen eines nicht rechtmässig durchgeführten Wahlgangs gewählt wurde (vgl. oben E. 2.4.4.), in welchem ausschliesslich die Arbeitgeberschaft Vorschläge gemacht hat. Das Argument der Beschwerdeführerin, er sei ja von der Arbeitnehmerschaft gewählt worden, ist deshalb nicht stichhaltig. Weiter steht fest, dass er im Handelsregister als Geschäftsführer der F.\_\_\_\_\_ AG eingetragen ist und damit Organeigenschaft innehat (vgl. Auszug zefix vom 13. Juni 2012); die straffe Führung durch die Vertreter der Holding vermag deshalb an der Tatsache, dass er der Arbeitgeberseite zuzurechnen ist, nichts zu ändern. Mit Blick auf einen aktuellen Handelsregisterauszug der Personalfürsorgestiftung ist weiter festzustellen, dass nebst den Herren A.\_\_\_\_\_ und G.\_\_\_\_\_, die der Arbeitgeberseite zuzurechnen sind, mittlerweile mit I.\_\_\_\_\_ ein weiteres Geschäftsleitungsmitglied einer Tochtergesellschaft (J.\_\_\_\_\_ AG) in den Stiftungsrat der Personalfürsorgestiftung gewählt wurde (vgl. Auszug zefix vom 18. Juni 2012), welcher ebenfalls der Arbeitgeberseite zuzurechnen ist. Falls zusätzlich E.\_\_\_\_\_ im Stiftungsrat Einsitz nähme, hätte dies hier - unter Berücksichtigung aller Umstände - eine Untervertretung der Arbeitnehmerschaft zur Folge; offenbar aufgrund einer zwischenzeitlich erfolgten Reglementsänderung besteht der Stiftungsrat laut zefix (vgl. Auszug zefix vom 13. Juni 2012) heute aus 6 Mitgliedern, davon sind aufgrund der Aktenlage mindestens 4 der Arbeitgeberseite zuzurechnen. Die Beschwerdeführerin

argumentiert zurecht, dass laut Vorsorgereglement auf Arbeitnehmerseite auch die Führungsstufe vertreten sein soll. Wiederum mit Blick ins Handelsregister kann indes festgestellt werden, dass mit K.\_\_\_\_\_ der L.\_\_\_\_\_ AG, Bern, Firmennummer [...] (mit Kollektivprokura zu zweien, vgl. Auszug zefix vom 13. Juni 2012), schon ein Mitglied der Führungsstufe auf Arbeitnehmerseite im Stiftungsrat vertreten ist. Somit ist E.\_\_\_\_\_ als Arbeitnehmersvertreter nicht wählbar. Seine Erfahrung kann weiterhin im Interesse der Vorsorgeeinrichtung und der Versicherten genutzt werden, allerdings nicht in der Funktion als Arbeitnehmersvertreter im Stiftungsrat. An der unzulässigen Zusammensetzung des Stiftungsrates vermag auch die gegenteilige Stellungnahme der gesetzlichen Revisionsstelle der Beschwerdegegnerin (VI/act. 110) nichts zu ändern, weil bei genauerer Prüfung des Sachverhalts und entsprechend der zitierten Lehre und Rechtsprechung deren Schlussfolgerungen nicht geteilt werden können.

#### **E. 4**

Die Beschwerde ist nach dem oben Gesagten abzuweisen. Mittlerweile haben gemäss einem aktuellen Handelsregisterauszug Neuwahlen stattgefunden (SHAB-Dat. 22.7.2011). E.\_\_\_\_\_ ist immer noch als im Jahr 2008 gewählter Stiftungsrat eingetragen. Sollte er weiterhin als Arbeitnehmersvertreter fungieren - was aus dem Handelsregisterauszug nicht explizit hervorgeht - hat dies zur Folge, dass der Stiftungsrat auch zum Zeitpunkt der Auszüge aus dem zefix (13. bzw. 18.6.2012) nicht rechtmässig zusammengesetzt ist, sodass zumindest im Hinblick auf die Person von E.\_\_\_\_\_ Ersatzwahlen zu erfolgen haben, wie das die Aufsichtsbehörde in ihrer Verfügung vom 18. Februar 2010 zurecht festgestellt hat. Sollte sie zudem feststellen, dass auch andere Stiftungsratsmitglieder entweder in einem nicht rechtmässig durchgeführten Verfahren gewählt wurden oder die Arbeitnehmersvertreter die Kriterien eines "Arbeitnehmers" im Sinne der obenstehenden Erwägungen nicht erfüllen, müsste sie eine zusätzliche aufsichtsrechtliche Verfügung erlassen.

#### **E. 5.1**

Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG kostenpflichtig. Die Verfahrenskosten sind gemäss dem Reglement vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) zu bestimmen. Sie werden auf Fr. 2'000.- festgelegt und mit dem am 30. April 2010 geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet.

#### **E. 5.2**

Gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG kann die Beschwerdeinstanz der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsende Kosten aussprechen. Allerdings steht der obsiegenden Vorinstanz gemäss Art. 7 Abs. 3 VGKE keine Parteientschädigung zu. Der Beschwerdegegner, welcher durch einen Anwalt vertreten ist, ist mit seinen Anträgen durchgedrungen und hat obsiegt. Gemäss Art. 14 Abs. 2 VGKE setzt das Gericht die Parteientschädigung und die Entschädigung für die amtlich bestellten Anwälte und Anwältinnen auf Grund der Kostennote fest. Wird keine Kostennote eingereicht, so setzt das Gericht die Entschädigung auf Grund der Akten fest. Dem Beschwerdegegner wird deshalb eine nach Ermessen festgelegte Parteientschädigung von Fr. 1'200.- (inkl. MWSt.) zugesprochen. Diese geht zulasten der Beschwerdeführerin.

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