



## Urteil vom 7. November 2019

---

Besetzung

Richter Daniel Riedo (Vorsitz),  
Richter Michael Beusch,  
Richter Raphaël Gani,  
Gerichtsschreiberin Zulema Rickenbacher.

---

Parteien

1. **A.**\_\_\_\_\_, [...],  
2. **B.**\_\_\_\_\_, [...],  
3. **C.**\_\_\_\_\_, [...],  
alle vertreten durch  
Daniel Kettiger, Rechtsanwalt,  
[...],  
Beschwerdeführende,

gegen

**Pensionskasse D.**\_\_\_\_\_,  
[...],  
Beschwerdegegnerin,

**BBSA Bernische BVG- und Stiftungsaufsicht,**  
[...],  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

BVG; Pensionskassenreglement; Wahl Arbeitnehmervertretung in Stiftungsrat.

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

**A.a** Die Pensionskasse D. \_\_\_\_\_ (nachfolgend: Pensionskasse) ist eine privatrechtliche Gemeinschaftsstiftung mit Sitz in [Ort]. Sie übernimmt die berufliche Vorsorge für die Arbeitnehmenden der D. \_\_\_\_\_ AG [...]. Der Stiftungsrat der Pensionskasse besteht aus zehn Mitgliedern und ist paritätisch zusammengesetzt. Die Vertretung der Arbeitgeber wird durch die Stifterin, die Konzernleitung der D. \_\_\_\_\_ AG, bestimmt. Betreffend die Arbeitnehmervertretung beschloss der Stiftungsrat Ende 2015 einstimmig, für die Amtsperiode beginnend am 1. Januar 2018, unter Beachtung von Art. 49 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG; SR 831.40) in Verbindung mit Art. 51 Abs. 2 und 3 BVG, die Vertretung der Arbeitnehmenden mittels Wahlen durch die Aktiv-Versicherten zu bestimmen und dafür ein Wahlreglement zu erlassen.

**A.b** Für die Erarbeitung des Wahlreglements setzte der Stiftungsrat eine Arbeitsgruppe «Wahlen» ein. Diese bestand aus je einem Arbeitgeber- und Arbeitnehmervertreter aus dem Stiftungsrat sowie je einer Vertretung der Gewerkschaft C. \_\_\_\_\_ (nachfolgend: Gewerkschaft) und des Personalverbandes E. \_\_\_\_\_ (nachfolgend: Personalverband). Aus dem aktenkundigen Entscheidprotokoll der Arbeitsgruppe vom 26. Januar 2016 geht u.a. hervor, dass diese die Wahlliste für die freien Kandidaturen nicht auf fünf Namen beschränken wollte. Gebe es maximal fünf freie Kandidaturen, werde die Wahlliste analog jener der Personalverbände ausgestaltet. Gebe es mehr solcher Kandidaturen, müsse der Wähler entweder fünf Namen ankreuzen oder alle Namen bis auf maximal fünf streichen. Das Wahlbüro habe nach Eingang der Kandidaturen über die Methode zu entscheiden.

**A.c** Anlässlich seiner Sitzung vom 13. April 2016 genehmigte der Stiftungsrat das ausgearbeitete «Reglement für die Wahl der Vertretung der Arbeitnehmenden in den Stiftungsrat der Pensionskasse (Wahlreglement)» und seine [Zahl] Anhänge. Dem Sitzungsprotokoll ist zu entnehmen, dass das Wahlreglement von der Arbeitsgruppe im Detail geprüft worden sei und die Vorgaben des Stiftungsrats (namentlich die Proporzwahl) erfülle. Sodann seien die Empfehlungen der Bernischen BVG- und Stiftungsaufsicht (nachfolgend: Aufsichtsbehörde) allesamt übernommen und die Gewerkschaften konsultiert worden. Letztere hätten an einer Sitzung teilgenommen und seien zwecks Stellungnahme laufend mit den überarbeiteten Versionen be-

dient worden. Sowohl die Gewerkschaft als auch der Personalverband würden dem Stiftungsrat das vorliegende Wahlreglement und die [Zahl] Anhänge zur Genehmigung und Verabschiedung empfehlen.

**A.d** Mit Prüfbericht vom 13. Juli 2016 teilte die Aufsichtsbehörde der Pensionskasse mit, das Wahlreglement sei entsprechend Art. 62 Abs. 1 Bst. a BVG und Art. 17 Abs. 2 Bst. d der Verordnung vom 21. Oktober 2009 über die Aufsicht über die Stiftungen und die Vorsorgeeinrichtungen (ASVV; BSG 212.223.1) geprüft worden und es würde aufsichtsrechtlich kein Anlass zu Einwänden bestehen.

**A.e** Mit E-Mail vom 1. September 2017 teilte die Pensionskasse der Gewerkschaft Bezug nehmend auf deren entsprechende Anfrage vom 31. August 2017 mit, sämtliche freien Kandidierenden auf "eine" (im Sinne von "einzige") Wahlliste zu setzen, entspreche dem Wortlaut von Art. 15 Abs. 2 des Wahlreglements. Diese Bestimmung beinhalte keine anzahlmässige Beschränkung der auf der Liste aufgeführten Kandidaten. Damit liege keine Reglementsverletzung vor und das Wahlbüro habe keinen Spielraum.

In der Folge gelangte die Gewerkschaft mit Schreiben vom 13. September 2017 an das Wahlbüro der Pensionskasse und teilte mit, sie sei mit der in der E-Mail vom 1. September 2017 geäusserten Reglementsauslegung nicht einverstanden. Aus ihrer Sicht stehe zweifelsfrei fest, dass – bei korrekter Anwendung der Bestimmungen des Wahlreglements – für die freien Kandidierenden mehrere Listen geführt werden müssten. Die Kandidierenden hätten sich entweder in einer Liste mit fünf Kandidaturen oder einer Einzelliste konstituieren müssen. Andernfalls komme keine – wie im Wahlreglement vorgesehene – Proporzwahl zustande. Sollte das Wahlbüro dennoch von der Richtigkeit einer einzigen Liste für die freien Kandidierenden ausgehen, habe es diesen Entscheid entsprechend den Vorgaben von Art. 22 Abs. 3 Bst. g und h des Wahlreglements (d.h. mittels anfechtbaren Entscheids) zu erlassen. Komme das Wahlbüro dieser Pflicht nicht nach, sehe man sich gezwungen, nach erfolgter Wahl eine Verfahrensbeschwerde wegen Verletzung des Wahlreglements zu erheben.

Das Wahlbüro antwortete der Gewerkschaft mit Schreiben vom 23. Oktober 2017 und begründete, weshalb gemäss Wahlreglement nur eine einzige Liste für die freien Kandidierenden vorgesehen sei. Sinn und Zweck dieser – tatsächlichen – Abweichung vom reinen Proporzsystem sei es, den von den Gewerkschaften unabhängigen, freien Kandidaturen, trotz der

hervorragenden Mobilisierungsmöglichkeiten der Gewerkschaften und der notorisch tiefen Wahlbeteiligung, nicht nur theoretische, sondern ernsthafte Wahlchancen zu gewähren. Darüber habe in der Arbeitsgruppe «Wahlen» wie auch im Stiftungsrat Konsens bestanden.

**A.f** Im Herbst 2017 fanden die ersten Wahlen in Anwendung des neuen Wahlreglements statt. Dabei standen den Wählern vier Listen zur Verfügung: Auf der jeweiligen Liste des Personalverbands und der Gewerkschaft standen je fünf vorgedruckte Namen. Die Liste der freien Kandidierenden enthielt mehr als fünf Namen und die leere Liste naturgemäss keinen. Für eine gültige Stimmabgabe mussten die Listen (gegebenenfalls) so verändert werden, dass sie höchstens fünf Namen aufwiesen. Gewählt wurden schliesslich drei Kandidaten der Gewerkschaft, eine Kandidatin des Personalverbandes sowie eine "freie Kandidatin".

**A.g** Gegen dieses am 10. November 2017 veröffentlichte Wahlresultat reichten A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Versicherte 1 und 2) sowie die Gewerkschaft je eine Wahlbeschwerde (alle datierend vom 21. November 2017) bei der Pensionskasse ein. Begründet wurde die Beschwerde damit, dass durch das Führen einer einzigen Wahlliste für die freien Kandidierenden mit einer unbegrenzten (und nicht auf fünf beschränkten) Anzahl von Namen das Wahlreglement verletzt worden sei. Namentlich sei beim gewählten Vorgehen das Prinzip der Proporzwahl nicht gewahrt worden.

**A.h** Mit separaten Schreiben vom 22. Januar 2018 informierte die Pensionskasse die Beschwerdeführenden über ihren Beschluss vom 7. Dezember 2017, die Wahlbeschwerden abzuweisen. Dabei wies sie darauf hin, dass der Personalverband die konkrete Anwendung des Wahlreglements ebenfalls moniert und beantragt habe, eine Arbeitsgruppe zur Überprüfung des Wahlreglements zu bilden. Der Stiftungsrat habe diesem Antrag stattgegeben und den Personalverband zur Mitwirkung eingeladen. Der Stiftungsrat biete auch der Gewerkschaft an, der Arbeitsgruppe beizutreten, wobei die Meinung vertreten werde, eine konstruktive Zusammenarbeit sei nur möglich, wenn auf einen Weiterzug der Beschwerde verzichtet werde.

**A.i** Mit Aufsichtsbeschwerde vom 7. Februar 2018 gelangten die Versicherten 1 und 2 sowie die Gewerkschaft innert Frist an die Aufsichtsbehörde und stellten folgende Rechtsbegehren:

- a. Der mit Schreiben vom 22. Januar 2018 eröffnete Entscheid der Pensionskasse sei aufzuheben und die Wahl der Arbeitnehmervertretung in den Stiftungsrat vom Oktober/November 2017 sei für ungültig zu erklären.
- b. Es sei anzuordnen, dass die bisherige Arbeitnehmervertretung im Stiftungsrat über ihre Amtsdauer hinaus bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Gültigkeit der Wahl im Amt bleibe.
- c. Die Pensionskasse sei anzuweisen, die Gewerkschaft ungeachtet der Beschwerdeführung in der Arbeitsgruppe zur Überprüfung des Wahlreglements mitwirken zu lassen.
- d. Aufsichtsexperte F. \_\_\_\_\_ und weitere an der Prüfung des Wahlreglements Beteiligte hätten bei der Behandlung der Beschwerde in den Ausstand zu treten.
- e. Es seien die gesamten Akten der angefochtenen Wahl, einschliesslich aller Wahlzettel zu edieren.

**A.j** Mit Verfügung vom 2. Oktober 2018 wies die Aufsichtsbehörde die Beschwerde vom 7. Februar 2018 ab, soweit sie darauf eintrat. Sie erwoh namentlich, dass sie aufgrund des Umstandes, dass sie das Wahlreglement in seiner Gesamtheit bereits geprüft und für rechtmässig befunden habe (vgl. vorangehend Bst. A.d), keine abstrakte Normenkontrolle mehr durchführen könne. Sollten die Beschwerdeführenden also nicht nur die Verletzung des Wahlreglements behaupten, sondern die Rechtmässigkeit des Wahlreglements als solches in Frage stellen, sei auf die Beschwerde nicht einzutreten. Ebenfalls nicht einzutreten sei auf das Ausstandsbegehren betreffend den genannten Aufsichtsexperten, zumal dieser zwischenzeitlich pensioniert worden sei. Inhaltlich kam die Aufsichtsbehörde zum Schluss, dass in der gerügten Vorgehensweise der Pensionskasse bei der Ausgestaltung der Wahllisten keine Reglementsverletzung zu erblicken sei.

## **B.**

**B.a** Mit Eingabe vom 2. November 2018 liessen die Versicherten 1 und 2 sowie die Gewerkschaft (nachfolgend: Beschwerdeführende) gegen die Verfügung der Aufsichtsbehörde vom 2. Oktober 2018 Beschwerde vor Bundesverwaltungsgericht erheben. Beantragt wird die Aufhebung der angefochtenen Verfügung sowie die Ungültigerklärung der Wahl der Arbeitnehmervertretung in den Stiftungsrat der Pensionskasse vom Oktober/November 2017. Eventualiter sei die betreffende Verfügung aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen, es sei denn, das Bundesverwaltungsgericht entscheide – in Heilung des Mangels

– selbst; dies alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Im Rahmen eines Beweisantrages verlangen die Beschwerdeführenden die Edition der gesamten Akten der angefochtenen Wahl (einschliesslich aller Wahlzettel) bei der Beschwerdegegnerin (vgl. dazu nachfolgend E. 1.7.2 und E. 3.5.5).

**B.b** Die Vorinstanz verweist mit Eingabe vom 20. Dezember 2018 vollumfänglich auf die angefochtene Verfügung und beantragt die Abweisung der Beschwerde.

**B.c** Die Pensionskasse (nachfolgend auch: Beschwerdegegnerin) beantragt, ebenfalls mit Eingabe vom 20. Dezember 2018, die Abweisung der Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.

*Auf die konkreten Vorbringen der Verfahrensbeteiligten und die eingereichten Unterlagen wird – sofern entscheidungswesentlich – in den folgenden Erwägungen eingegangen.*

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

### **1.**

**1.1** Gemäss Art. 31 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (VGG; SR 173.32) beurteilt dieses 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.

**1.2** Zu den beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbaren Verfügungen gehören nach Art. 74 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG; SR 831.40) 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.

**1.3** Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts Anderes bestimmt (Art. 37 VGG). Die Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1), insbesondere dessen 2. Abschnitt über das Sozialversicherungsverfahren, sind für den Bereich des BVG mangels

eines entsprechenden Verweises nicht anwendbar (Art. 2 ATSG e contrario).

**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 Abs. 1 VwVG). Die Beschwerdeführenden haben bereits am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, sind durch die angefochtene Verfügung beschwert und zur Beschwerde legitimiert.

**1.5** Nach dem Gesagten ist auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG) einzutreten.

**1.6** Das Bundesverwaltungsgericht prüft gemäss Art. 49 VwVG die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich der Überschreitung oder des Missbrauchs des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und die Unangemessenheit, wenn nicht eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat. Da sich die Kognition 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, 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; Urteile des BVGer A-358/2018 vom 10. Januar 2019 E. 2.1; vgl. nachfolgend E. 3.5.5).

## **1.7**

**1.7.1** Im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist der rechtserhebliche Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen (Art. 12 VwVG). Das Gericht ist demnach nicht an die Beweisanträge der Parteien gebunden. Der Untersuchungsgrundsatz gilt jedoch nicht uneingeschränkt, sondern ist eingebunden in den Verfügungsgrundsatz, das Erfordernis der Begründung einer Rechtschrift (Art. 52 Abs. 1 VwVG), die objektive Beweislast sowie in die Regeln der Sachabklärung und Beweiserhebung mit richterlichen Obliegenheiten und Mitwirkungspflichten der Parteien (Art. 13 VwVG).

**1.7.2** Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung kann das Beweisverfahren geschlossen werden, wenn die noch im Raum stehenden Beweisanträge eine nicht erhebliche Tatsache betreffen oder offensichtlich untauglich sind, etwa weil ihnen die Beweiseignung abgeht oder umgekehrt die betreffende Tatsache aus den Akten bereits genügend ersichtlich ist, oder wenn die entscheidende Behörde ihre Überzeugung bereits gebildet hat und annehmen kann, dass ihre Überzeugung durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert würde (sog. antizipierte Beweismündigung, statt vieler: BGE 141 I 60 E. 3.3; BGE 134 I 140 E. 5.3; Urteil des BGer 6B\_353/2017 vom 24. November 2017 E. 4.3; Urteil des BVGer A-1475/2018 vom 1. Juli 2019 E. 3.2 m.w.H.).

## **2.**

### **2.1**

**2.1.1** Gemäss Art. 49 Abs. 1 BVG sind die Vorsorgeeinrichtungen im Rahmen dieses Gesetzes in der Gestaltung ihrer Leistungen, in deren Finanzierung und in ihrer Organisation frei. Nach Art. 50 Abs. 1 BVG erlassen die Vorsorgeeinrichtungen Bestimmungen über: die Leistungen (Bst. a), die Organisation (Bst. b), die Verwaltung und Finanzierung (Bst. c), die Kontrolle (Bst. d) sowie das Verhältnis zu den Arbeitgebern, zu den Versicherten und zu den Anspruchsberechtigten (Bst. e). Diese Bestimmungen können in der Gründungsurkunde, in den Statuten oder im Reglement enthalten sein.

**2.1.2** Gemäss Art. 51 Abs. 1 BVG haben Arbeitnehmer und Arbeitgeber das Recht, in das oberste Organ der Vorsorgeeinrichtung (gemäss Art. 106 des Vorsorgereglements der Pensionskasse [Vorsorgereglement; ab 1. Januar 2016 gültige Fassung] ist dies der Stiftungsrat) die gleiche Zahl von Vertretern zu entsenden. Nach Art. 51 Abs. 2 BVG hat die Vorsorgeeinrichtung die ordnungsgemässe Durchführung der paritätischen Verwaltung zu gewährleisten. Es sind namentlich zu regeln: die Wahl der Vertreter der Versicherten (Bst. a), eine angemessene Vertretung der verschiedenen Arbeitnehmerkategorien (Bst. b), die paritätische Vermögensverwaltung (Bst. c) sowie das Verfahren bei Stimmgleichheit (Bst. d). Die Versicherten wählen ihre Vertreter unmittelbar oder durch Delegierte. Ist dies wegen der Struktur der Vorsorgeeinrichtung, namentlich bei Sammelstiftungen, nicht möglich, so kann die Aufsichtsbehörde andere Formen der Vertretung zulassen. Den Vorsitz des paritätischen Organs führt abwechselungsweise ein Arbeitnehmer- und ein Arbeitgebervertreter. Das paritätische Organ kann jedoch die Zuordnung des Vorsitzes anders regeln (Art. 51 Abs. 3 BVG).

**2.1.3** Das oberste Organ der Vorsorgeeinrichtung nimmt die Gesamtleitung der Vorsorgeeinrichtung wahr, sorgt für die Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben, bestimmt die strategischen Ziele und Grundsätze der Vorsorgeeinrichtung sowie die Mittel zu deren Erfüllung. Es legt die Organisation der Vorsorgeeinrichtung fest, sorgt für ihre finanzielle Stabilität und überwacht die Geschäftsführung (Art. 51a Abs. 1 BVG). Gemäss Art. 51a Abs. 2 BVG gehört zu dessen unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben u.a. der Erlass und die Änderung von Reglementen (Bst. c).

## **2.2**

**2.2.1** Am 1. Mai 2016 trat das vom Stiftungsrat der Pensionskasse am 13. April 2016 verabschiedete «Reglement für die Wahl der Vertretung der Arbeitnehmenden in den Stiftungsrat der Pensionskasse (Wahlreglement)» in Kraft. Das Reglement sieht vor, dass die Arbeitnehmendenvertreter sowohl aus dem Kreise freier Kandidierender (Art. 8) als auch aus dem Kreise der (registrierten) Personalverbände (Art. 9) gewählt werden. Letztere dürfen je bis zu fünf Kandidaten nominieren (Art. 9 Abs. 1 des Wahlreglements). Für die freien Kandidaturen gibt es hingegen gemäss Wahlreglement keine zahlenmässige Beschränkung.

**2.2.2** Gemäss Art. 15 Abs. 1 des Wahlreglements erstellt die Pensionskasse Wahllisten nach den Art. 8 und 9 mit sämtlichen gültigen Kandidaturen sowie eine leere Wahlliste. Die bei der Pensionskasse versicherten Personen und amtierende Stiftungsräte, welche gemäss Art. 8 kandidieren, werden auf einer entsprechenden Wahlliste aufgeführt. Die Kandidaturen gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. b des Wahlreglements werden zuerst, in alphabetischer Reihenfolge nach Namen, aufgeführt, gefolgt von den weiteren Kandidaturen, ebenfalls in alphabetischer Reihenfolge (Art. 15 Abs. 2 des Wahlreglements). Die Kandidaturen der Personalverbände nach Art. 9 des Wahlreglements werden nach der Gültigkeitsprüfung auf ihre Wahlliste übernommen. Die Kandidaturen gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. a des Wahlreglements werden zuerst, in alphabetischer Reihenfolge nach Namen, aufgeführt, gefolgt von den weiteren Kandidaturen, ebenfalls in alphabetischer Reihenfolge. Für jeden Personalverband wird eine Wahlliste erstellt (Art. 15 Abs. 3 des Wahlreglements). Die leere Wahlliste gemäss Art. 15 Abs. 1 des Wahlreglements kann handschriftlich mit bis zu fünf Kandidaten aus den anderen Wahllisten ausgefüllt werden (Art. 15 Abs. 4 des Wahlreglements).

**2.2.3** In Art. 25 Abs. 1 des Wahlreglements wird sodann bestimmt, dass für die Schliessung allfälliger Lücken im vorliegenden Wahlreglement das

Bundesgesetz vom 17. Dezember 1976 über die politischen Rechte (BPR; SR 161.1) sowie dessen Verordnungen sinngemäss anzuwenden sind.

## 2.3

**2.3.1** Gemäss Art. 61 Abs. 1 BVG bezeichnen die Kantone die zuständige Behörde für die Aufsicht über die Vorsorgeeinrichtungen sowie die Einrichtungen, die nach ihrem Zweck der beruflichen Vorsorge dienen, mit Sitz im Kantonsgebiet. Im vorliegenden Fall ist die zuständige Aufsichtsbehörde die Bernische BVG- und Stiftungsaufsicht bzw. die Vorinstanz.

Zu den Aufgaben der Aufsichtsbehörde gehört es u.a., darüber zu wachen, dass die Vorsorgeeinrichtungen die gesetzlichen Vorschriften einhalten und dass das Vorsorgevermögen zweckgemäss verwendet wird. Sie tut dies – soweit hier interessierend – indem sie die Übereinstimmung der statutarischen und reglementarischen Bestimmungen der Vorsorgeeinrichtungen mit den gesetzlichen Vorschriften prüft (vgl. Art. 62 Abs. 1 Bst. a BVG) und Massnahmen zur Behebung von Mängeln trifft (Art. 62 Abs. 1 Bst. d BVG). So kann sie gesetzwidrige Reglemente oder Teile davon aufheben und den betreffenden Einrichtungen verbindliche Weisungen über die Ausgestaltung entsprechender Bestimmungen erteilen (BGE 128 II 24 E. 1a; BGE 112 Ia 180 E. 3). Dabei handelt es sich um eine *abstrakte* Normenkontrolle, zumal die Überprüfung der Gesetzmässigkeit losgelöst von einem konkreten Streitfall erfolgt (vgl. Urteil des BVGer A-5815/2016 vom 16. Mai 2017 E. 1.4). Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz das in Frage stehende Wahlreglement vor dessen ersten Anwendung einer solchen abstrakten Normenkontrolle unterzogen und für rechtmässig befunden (vgl. dazu Sachverhalt Bst. A.d).

**2.3.2** Die Aufsichtsbehörde hat sodann aufgrund von Art. 84 Abs. 2 ZGB, wonach die Aufsichtsbehörde dafür zu sorgen hat, dass das Stiftungsvermögen seinen Zwecken gemäss verwendet wird, in Zusammenhang mit einer Aufsichtsanzeige die Pflicht, den mitgeteilten Tatsachen nachzugehen und allfällige Massnahmen von Amtes wegen zu ergreifen (BGE 107 II 385 E. 3). Im Gegensatz zur *Aufsichtsanzeige* handelt es sich bei der von Lehre und Rechtsprechung aus Art. 84 Abs. 2 ZGB abgeleiteten *Aufsichtsbeschwerde* 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; Urteil des BVGer B-2948/2017 vom 21. Dezember 2017 E. 4.1; vgl. zum Ganzen: Urteil des BVGer A-3146/2018 vom 24. Januar 2019 E. 2.2.3 m.w.H.). Im vorliegenden Fall

handelte es sich bei der Eingabe der Beschwerdeführenden vom 7. Februar 2018 an die Vorinstanz unbestrittenermassen um eine solche *Aufsichtsbeschwerde* (vgl. Sachverhalt Bst. A.i).

### **3.**

#### **3.1**

**3.1.1** Die vorliegende Beschwerde richtet sich gegen die Wahl der Arbeitnehmervertretung in den Stiftungsrat der Pensionskasse, welche im Oktober/November 2017 stattgefunden hat.

**3.1.2** Anders als noch vor der Vorinstanz machen die Beschwerdeführenden im vorliegenden Verfahren zu Recht nicht mehr geltend, die Zusammenfassung aller freien Kandidierenden auf einer einzigen Wahlliste widerspreche den Bestimmungen des Wahlreglements. Zu Recht deshalb, weil sich sowohl aus dem Wortlaut der einschlägigen Reglementsbestimmungen (vgl. E. 2.2.1 ff.) als auch aus der Entstehungsgeschichte des Wahlreglements (vgl. Sachverhalt Bst. A.b) ergibt, dass das Wahlreglement effektiv vorsieht, dass für alle freien Kandidierenden nur eine Wahlliste geführt wird. Demnach liegt auch keine Lücke vor, die es zu füllen gälte (vgl. E. 2.2.3). Entsprechend kann festgehalten werden, dass die konkrete Ausgestaltung der Wahllisten für die Wahl im Herbst 2017 das geltende Wahlreglement nicht verletzt hat.

**3.1.3** Umstritten und im vorliegenden Verfahren zu prüfen ist dagegen die Rüge der Beschwerdeführenden, das Wahlreglement verletze durch den Umstand, dass bestimmt werde, alle freien Kandidierenden seien auf einer einzigen Wahlliste zu führen, übergeordnetes Recht, namentlich Art. 34 BV. In diesem Zusammenhang machen die Beschwerdeführenden zunächst geltend, die Vorinstanz sei zu Unrecht auf diese Rüge nicht eingetreten.

#### **3.2**

**3.2.1** Auf die Frage, ob die Vorinstanz eine konkrete Normenkontrolle im Rahmen der Aufsichtsbeschwerde zu Recht mit der Begründung abgelehnt hat, sie habe das Wahlreglement bereits anlässlich dessen Prüfung gemäss Art. 62 Abs. 1 Bst. a BVG (E. 2.3.1) in seiner Gesamtheit einer abstrakten Normenkontrolle unterzogen und dessen Rechtmässigkeit bestätigt (vgl. Sachverhalt Bst. A.d und Bst. A.j), muss im vorliegenden Fall nicht abschliessend eingegangen werden. Denn aus der angefochtenen Verfügung geht hervor, dass die Vorinstanz keinen Grund sieht, von ihrem seinerzeitigen Prüfbefund Abstand zu nehmen. Namentlich weist sie darauf hin, es stehe ihr nicht zu, in das weite Ermessen der Vorsorgeeinrichtung

schon dann einzugreifen, wenn sie nach der Prüfung der Sachlage einfach zu einem anderen Ermessensentscheid gekommen wäre. Sie habe nur bei Ermessensfehlern (Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens) einzugreifen, während ein sich an den Rahmen des Ermessens haltendes Verhalten ein richtiges Verhalten darstelle, das die Aufsichtsbehörde nicht korrigieren dürfe. Ein Ermessensfehler liege im konkreten Fall nicht vor, weshalb sich ein Eingreifen erübrige. Daraus wird ersichtlich, dass die Vorinstanz auch bei einer Rückweisung zwecks Überprüfung der Rechtmässigkeit des in Frage stehenden Wahlreglements zu keinem anderen Ergebnis kommen würde, als dass sich das Reglement aus ihrer Sicht als rechtskonform erweist. Unter den gegebenen Umständen würde eine Rückweisung zu entsprechendem Entscheid einen prozessualen Leerlauf bedeuten, welchen es im Lichte des verfassungsrechtlichen Beschleunigungsgebots (Art. 29 Abs. 1 BV) nach konstanter Praxis – nicht zuletzt auch im Interesse der Beschwerdeführenden – zu vermeiden gilt.

**3.2.2** Nach dem Gesagten ist im Folgenden durch das Gericht zu klären, ob das Wahlreglement tatsächlich – wie von den Beschwerdeführenden geltend gemacht – zu beanstanden ist.

### **3.3**

**3.3.1** Wahlsysteme lassen sich grundsätzlich unterteilen in Majorz-, Proporz- und Mischsysteme. Beim Majorz- oder Mehrheitswahlsystem fallen die zu vergebenden Sitze den Personen mit der grössten Stimmenzahl zu. Je nach Ausgestaltung der Wahlordnung ist für eine Wahl das absolute Mehr (mehr als die Hälfte der abgegebenen Stimmen) oder das relative Mehr (Erreichen der höchsten Stimmenzahlen) erforderlich. Im Unterschied dazu werden beim Proporz- oder Verhältniswahlsystem die Sitze auf verschiedene Parteien bzw. Gruppierungen im Verhältnis ihres Wähleranteils verteilt. Die Wählerinnen und Wähler geben dabei ihre Stimme in der Regel einer Liste, auf der die Namen mehrerer Kandidaten stehen. Danach werden die Mandate proportional zur Stärke der an der Wahl beteiligten Gruppierungen verteilt. Diese Verteilung kann nach unterschiedlichen Verfahren erfolgen.

Majorz und Proporz sind idealtypische Wahlsysteme. Wie rein sie verwirklicht sind und sich entfalten können, hängt ab von der konkreten Wahlordnung und von der Praxis der politischen Parteien. Das anwendbare Recht kann ein gemischtes Wahlsystem vorsehen, welches Elemente sowohl des Majorz- als auch des Proporzprinzips enthält. Denkbar ist beispielsweise, dass in den Wahlkreisen jeweils ein Sitz nach dem Majorzprinzip vergeben

wird, während allfällige weitere Sitze proportional verteilt werden. Letztlich kann eine bestimmte Wahlordnung – selbst wenn sie ausdrücklich das Proporz- oder Majorzprinzip für anwendbar erklärt – systemfremde Effekte hervorrufen (BGE 140 I 394 E. 6.3).

**3.3.2** Wie Kantone hinsichtlich der Wahl ihrer Parlamente, sind auch Vorsorgestiftungen grundsätzlich – d.h. im Rahmen übergeordneter Bestimmungen – frei, das Verfahren für die Wahl der Vertretung der Arbeitnehmenden im paritätischen Organ bzw. über die Modalitäten der demokratischen Mitwirkung zu bestimmen. Ebenso wie die Kantone, nehmen sie mit der Ausgestaltung eine bewusste Wahl vor, die für den demokratischen Prozess von grundlegender Bedeutung ist und tragen sowohl für die Vorals auch für die Nachteile ihre eigene Verantwortung (vgl. betreffend Kantone: BGE 140 I 394 E. 8.1; Urteil des BGer 1C\_495/2017 vom 29. Juli 2019 E. 4.2).

Eine bedeutsame Schranke bei der Ausgestaltung des Verfahrens für die Wahl der kantonalen Parlamente bildet Art. 34 BV, welchen die Beschwerdeführenden auch im vorliegenden Kontext als anwendbar (und verletzt) ansehen (vgl. E. 3.1). Art. 34 Abs. 1 BV gewährleistet die politischen Rechte (auf Bundes-, Kantons- und Gemeindeebene) in abstrakter Weise und ordnet die wesentlichen Grundzüge der demokratischen Partizipation im Allgemeinen. Die in Art. 34 Abs. 2 BV verankerte Wahl- und Abstimmungsfreiheit gibt den Stimmberechtigten Anspruch darauf, dass kein Abstimmungsergebnis anerkannt wird, das nicht den freien Willen der Stimmberechtigten zuverlässig und unverfälscht zum Ausdruck bringt (BGE 140 I 394 E. 8.2; Urteil des BGer 1C\_495/2017 vom 29. Juli 2019 E. 4.3). Bestandteil von Art. 34 BV bildet die Wahlrechtsgleichheit, welche sich in drei Teilgehalte unterteilen lässt: Die Zählwertgleichheit verlangt, dass alle Stimmen formell gleichbehandelt werden. Differenzierungen des Stimmengewichts sind unzulässig. Stimmkraft- oder Stimmgewichtsgleichheit bedeutet, dass das Verhältnis zwischen der repräsentierten Bevölkerung und der zugeteilten Sitzzahl in den einzelnen Wahlkreisen möglichst gleich sein soll. Sodann soll die Erfolgswertgleichheit sicherstellen, dass allen Stimmen derselbe Erfolg zukommt, d.h. dass sie materiell und in gleicher Weise zum Wahlergebnis beitragen und bei der Mandatsverteilung berücksichtigt werden. Der Grundsatz der Zählwertgleichheit gilt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung absolut. Dagegen wird eine sachlich gerechtfertigte Einschränkung der Stimmkrafts- und der Erfolgswertgleichheit bis zu einem gewissen Grad zugelassen (BGE 140 I 394 E. 8.3; Urteil des BGer 1C\_495/2017 vom 29. Juli 2019 E. 4.4).

Auch wenn Art. 34 BV im vorliegenden Kontext nicht unmittelbar anwendbar ist, so kann die Bestimmung doch analog zur Prüfung der Frage herangezogen werden, ob die Ausgestaltung des in Frage stehenden Wahlreglements der Beschwerdeführerin als rechtswesentlich mangelhaft einzustufen ist.

**3.4** Die Beschwerdeführenden rügen im Wesentlichen, durch den Umstand, dass die jeweilige Wahlliste der Gewerkschaft bzw. des Personalverbandes je nur fünf, die Liste der freien Kandidierenden jedoch auch mehr Kandidaten aufführen durfte, sei gegen "die allgemeinen Regeln" der Proporzwahl verstossen worden. Die gewählte Regelung sei nicht sachgerecht und führe zu Verzerrungen des Wählerwillens, womit der Grundsatz der Gewährleistung des unverfälschten Wählerwillens gemäss Art. 34 Abs. 2 verletzt worden sei. Es gebe keinen sachlichen Grund dafür, dass sich die ungebundenen Versicherten nicht – gleich wie die Gewerkschaften – in Listen à fünf Kandidaten organisieren müssten, wie dies bei Proporzahlen üblich sei. Durch die verschieden ausgestalteten Wahllisten würden die Kandidierenden der Gewerkschaften benachteiligt, denn das persönliche Umfeld von zehn Kandidaten (so viele freie Kandidierende stellten sich zur Wahl) sei vermutlich grösser als jenes von nur fünf Kandidaten. Damit sei das Potential zur Rekrutierung von Wählerinnen und Wählern der Wahlliste der freien Kandidaturen erheblich grösser gewesen als jenes für die gewerkschaftlichen Listen. Diese ungleiche Behandlung verletze den Rechtsgleichheitsgrundsatz nach Art. 8 BV. Der freie Wählerwille werde sodann dadurch verzerrt, dass die Wählenden einzelner freier Kandidaten durch deren Zusammenfassung auf einer einzigen Liste gezwungen würden, mit den durch sie generierten (Listen-)Stimmen andere freie Kandidierende zu unterstützen, die allenfalls eine vollständig andere programmatische Ausrichtung hätten. Weiter bemängeln die Beschwerdeführenden, das Wahlsystem erweise sich namentlich für Wahlberechtigte mit einem eher tiefen Bildungsgrad als zu kompliziert.

### **3.5**

**3.5.1** Die Beschwerdeführenden lassen bei ihrer Argumentation namentlich ausser Acht, dass Majorz- und Proporzsysteme nicht zwangsläufig idealtypisch geregelt und auch nicht so angewendet werden müssen. Wie vorangehend in Erwägung 3.3.1 dargelegt, sind Durchbrechungen und Mischsysteme möglich und zulässig. Im vorliegenden Fall ist zwar nicht ausgeschlossen, dass die Liste der freien Kandidierenden durch die grössere Auswahl an Personen und der Überlegung, dass anzunehmen ist,

dass zehn Kandidierende ein grösseres Umfeld haben als fünf Kandidierende, geeignet sein könnte, verhältnismässig mehr Listenstimmen zu generieren. Darin ist jedoch nicht ein derart gravierender Systemfehler zu sehen, dass die Wahl für ungültig zu erklären und zu wiederholen wäre. Zum einen wird nämlich – was wesentlich ist – die in Erwägung 3.3.2 genannte Zählwertgleichheit nicht verletzt (jeder Stimmende hat maximal fünf Stimmen zu vergeben; vgl. Sachverhalt Bst. A.f). Zum anderen ist nicht zu vernachlässigen, dass dem allfälligen Vorteil einer längeren Liste der freien Kandidierenden der Vorteil der Gewerkschaften bzw. Personalverbände gegenübersteht, die durch ihre professionelle Organisation ungleich effektivere Möglichkeiten zur Wählermobilisierung haben. Entgegen der unsubstantiierten Meinung der Beschwerdeführenden wird dieser gewichtige Vorteil nicht mit der Möglichkeit der Nutzung der sozialen Medien durch die freien Kandidierenden wettgemacht.

**3.5.2** Mit der Rüge, der freie Wählerwille werde dadurch verzerrt, dass bei Zusammenfassung aller freien Kandidaten auf einer Liste nicht zwangsläufig der Wunschkandidat gewählt werde, sondern allenfalls ein Kandidat mit völlig anderem Profil, zielen die Beschwerdeführenden ebenfalls ins Leere. Denn unabhängig davon, ob sich die freien Kandidierenden auf einer einzigen Wahlliste oder mittels Einzelkandidaturen (mit Listenverbindungen) zur Wahl stellen, ergibt sich die Konstellation, dass nicht zwangsläufig der jeweilige Wunschkandidat der wählenden Person gewählt wird. Dies ist bei Proporzahlen systeminhärent.

**3.5.3** Zu berücksichtigen ist im Weiteren auch Folgendes: Vor Erlass des in Frage stehenden Wahlreglements wurde im Vorsorgereglement der Beschwerdegegnerin bestimmt, dass die Vertretung der Arbeitnehmenden sich aus vier Kandidaten der Gewerkschaft sowie einer Kandidatin des Personalverbandes zusammensetzt (Art. 106 Abs. 5 des Vorsorgereglements). Diese Bestimmung war von der Aufsichtsbehörde offenbar seit längerem unterschwellig mit der Begründung bemängelt worden, bei dieser Sitzverteilung würde die Gesamtheit der Aktiv-Versicherten nicht korrekt repräsentiert, zumal der Organisationsgrad durch die Personalverbände knapp weniger als 50% ausmache. Signalisiert wurde, dass bei einer Anpassung der Bestimmung über die Besetzung des Stiftungsrats eine derartige Lösung, gemäss welcher alle Sitze der Arbeitnehmervertretung von Gewerkschaft und Personalverband besetzt werden, nicht mehr akzeptiert würde. Ende 2015 beschloss der Stiftungsrat dann einstimmig, ein Wahlreglement zu erlassen (vgl. Sachverhalt Bst. A.a). Dieses sollte sicherstel-

len, dass die verschiedenen Gruppen von Aktiv-Versicherten (durch Gewerkschaft vertretene, durch Personalverband vertretene sowie nicht organisierte Versicherte) proportional zu ihrer Stärke im Stiftungsrat vertreten sind. Gewählt wurden anlässlich der ersten Wahl in Anwendung des betreffenden Wahlreglements schliesslich drei Kandidaten der Gewerkschaft, eine Kandidatin des Personalverbandes sowie eine freie Kandidatin (vgl. Sachverhalt Bst. A.f). Angesichts des Umstandes, dass 50% der Aktiv-Versicherten nicht organisiert sind und diese Gruppe auch im Stiftungsrat vertreten sein sollte, ist ein Sitz als legitimes Minimum zu betrachten. Rein proportional wären gar zwei Sitze als nicht übermässig zu werten.

**3.5.4** Nicht gefolgt werden kann sodann der Rüge der Beschwerdeführenden, das Wahlsystem und die Wahlanleitung seien zu kompliziert gewesen. Der Ablauf und die Anforderungen waren mit dem, was sich Schweizer Wahlberechtigte gewohnt sind, ohne Weiteres vergleichbar. Abgesehen davon, war den offiziellen "Erklärungen zu den Wahlen der Vertretung der Arbeitnehmenden in den Stiftungsrat der Pensionskasse" auch zu entnehmen, an welche Stelle man sich bei Fragen zu den Wahlen wenden könne. Hinzu kommt, dass die Gewerkschaft ihren Mitgliedern ein umfangreiches Dokument mit dem Titel «[...]» mit Informationen, Hinweisen und Anmerkungen zu den Stiftungsratswahlen Pensionskasse 2017 hat zukommen lassen, welches genaueste Anleitungen enthielt, wie im Sinne der Gewerkschaft abgestimmt werden kann.

**3.5.5** Vorstellbar ist, dass ein anderes – je nach Position subjektiv betrachtet – allenfalls auch besseres als das angefochtene Wahlreglement ersonnen werden kann. Wie die Vorinstanz jedoch bereits festgehalten hat, hat die Beschwerdegegnerin im vorliegenden Fall bei der Ausgestaltung des angefochtenen Wahlreglements ihr Ermessen nicht überschritten oder missbraucht. Entsprechend steht es auch dem Gericht nicht zu, einzugreifen (vgl. vorangehend E. 1.6).

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die im Herbst 2017 durchgeführte Wahl der Arbeitnehmersvertretung in den Stiftungsrat der Beschwerdegegnerin – entgegen der Überzeugung der Beschwerdeführenden (vgl. Sachverhalt Bst. B.a) – nicht für ungültig zu erklären bzw. nicht zu wiederholen ist. Auf die Edition allfälliger weiterer Akten zur Wahl bzw. aller Wahlzettel (vgl. Sachverhalt Bst. B.a), kann daher in antizipierter Beweiswürdigung verzichtet werden (vgl. E. 1.7.2).

**3.5.6** Sodann ist die angefochtene Verfügung auch in Bezug auf die weiteren Vorbringen der Beschwerdeführenden nicht zu beanstanden.

Auch wenn zu befürworten wäre, dass alle betroffenen Akteure in entsprechende Arbeiten eingebunden werden, ist der Entscheid der Vorinstanz, es liege im Ermessen der Pensionskasse, ob sie im Rahmen einer Arbeitsgruppenbildung (unter Einbindung der Gewerkschaft) das Wahlreglement weiterentwickeln wolle, nicht zu bemängeln. Die Aufsichtsbehörde hat der Pensionskasse zu Recht keine entsprechende Weisung erteilt.

Ebenso ist die Vorinstanz – mangels Beschwer – zu Recht nicht auf das Ausstandsbegehren betreffend den zwischenzeitlich in den Ruhestand getretenen Aufsichtsexperten eingetreten.

Bei diesem Ergebnis ist der Abweisung des Begehrens der Beschwerdeführenden, die bisherige Arbeitnehmervertretung im Stiftungsrat solle bis zum rechtskräftigen Entscheid in der Sache im Amt bleiben, nicht zu beanstanden.

**3.5.7** Nach dem Dargelegten ist die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen.

#### **4.**

**4.1** Ausgangsgemäss haben die unterliegenden Beschwerdeführenden die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Diese sind auf Fr. 2'400.-- festzulegen (vgl. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE; SR 173.320.2]). Der einbezahlte Kostenvorschuss in gleicher Höhe ist zur Bezahlung dieser Kosten zu verwenden.

**4.2** Eine Parteientschädigung ist nicht zuzusprechen (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG e contrario und Art. 7 Abs. 1 VGKE e contrario sowie Art. 7 Abs. 3 VGKE).

*Das Dispositiv befindet sich auf der folgenden Seite.*

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**

Die Verfahrenskosten von Fr. 2'400.-- werden den Beschwerdeführenden auferlegt. Der einbezahlte Kostenvorschuss in gleicher Höhe wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

**3.**

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

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

*Die Rechtsmittelbelehrung befindet sich auf der folgenden Seite.*

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Daniel Riedo

Zulema Rickenbacher

**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 Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: